

PDF-Version der Druckfassung von:

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

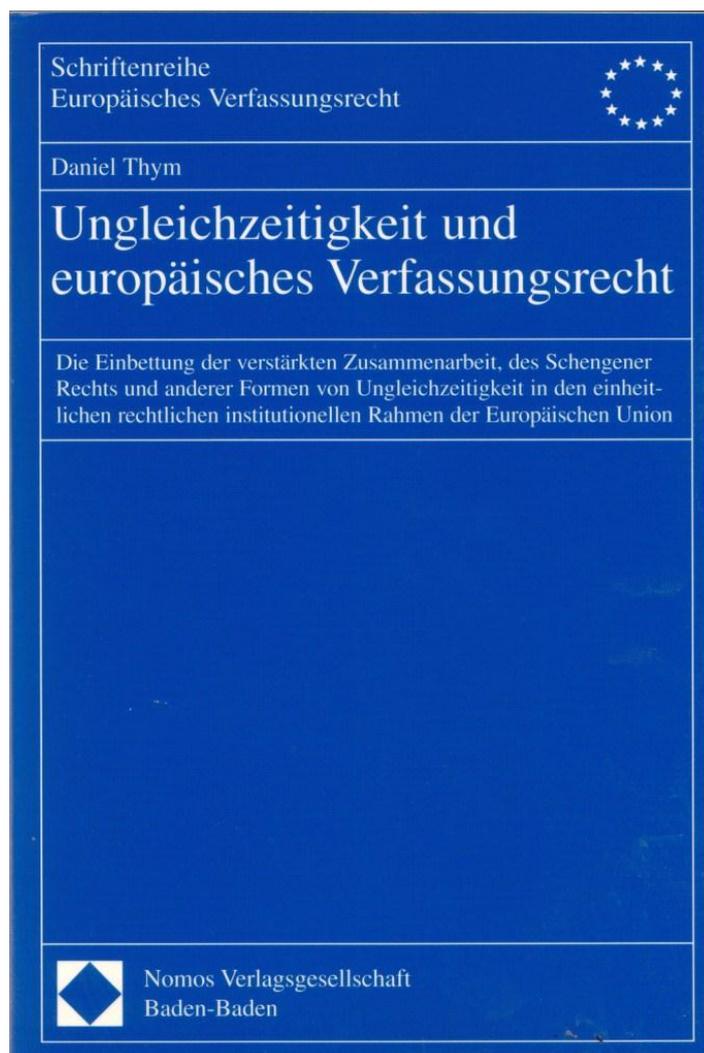
Die Einbettung des Schengener Rechts, der verstärkten Zusammenarbeit und anderer Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union

**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 12

### UNGLEICHZEITIGKEIT UND EUROPÄISCHE VERFASSUNGSTHEORIE

In ihrem ersten offiziellen Beitrag zur europäischen Verfassungsdebatte schlug die Kommission die Überprüfung und Abschaffung einzelner Formen von Ungleichzeitigkeit vor. Sie rechtfertigte dies unter anderem mit Begriff und Wesen einer europäischen Verfassung: „Die bestimmten Mitgliedstaaten durch spezifische Protokolle zugestandenen Ausnahmeregelungen resultieren aus nationalen Entscheidungen und bleiben auch weitgehend mit dem aktuellen rechtlichen Rahmen der Union – nämlich den zwischen souveränen Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen – vereinbar. Sollte sich der Konvent für einen Verfassungsvertrag entscheiden, der mittelfristig zur Annahme einer echten Verfassung durch die Gesamtheit der europäischen Bürger führen soll, wären die meisten dieser Ausnahmeregelungen allerdings kaum zulässig, da sie de facto gegen das für die europäischen Bürger geltende Gleichheitsgebot verstoßen würden.“<sup>1</sup> Allerdings hat sich die Auffassung nicht durchgesetzt. Der Europäische Konvent überführte das rechtliche Substrat der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit in den Verfassungsentwurf<sup>2</sup>.

Überzeugt die Übernahme der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den Verfassungsvertrag oder widerspricht sie den aufgezeigten Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie? Ein Widerspruch zwischen Ungleichzeitigkeit und europäischer Verfassung hätte zur Folge, dass die europäischen Verträge nicht als Verfassung zu qualifizieren sind, solange keine umfassende Gleichzeitigkeit hergestellt ist. Zugleich könnte die Annahme eines Widerspruchs in der politischen Diskussion – ganz im Sinn des zitierten Kommissionsvorschlages – als Argument für die Aufhebung von Ungleichzeitigkeit dienen<sup>3</sup>. Es geht hierbei konkret um die Vereinbarkeit von Ungleichzeitigkeit mit den Grundannahmen des rechtlichen Verfassungsverständnisses und dem Konzept des Gesellschaftsvertrags. Zudem sind völkerrechtliche Kooperationsmöglichkeiten im europäischen Verfassungsverbund und die Entwicklungsperspektiven einer europäischen Demokratie bei Ungleichzeitigkeit zu erörtern. Diese Untersuchungsschritte komplettieren in verfassungstheoretischer Perspektive die Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union und vervollständigen damit die Gesamtschau des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht.

---

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission: Ein Projekt für die Europäische Union, 22.5.2002, KOM(2002) 247, S. 17.

<sup>2</sup> Siehe die jeweiligen Verweise in den einzelnen Kapiteln zu den verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit. Auch die Kommission anerkennt dies inzwischen im Grundsatz; siehe die Mitteilung der Kommission, Eine Verfassung für die Union, 17.9.2003, KOM(2003) 548, S. 24 f.

<sup>3</sup> In diesem Sinn bereits *W. Hallstein*, Rechtsprechung, in: FS Böhm (1975), S. 223: „Einmal ist die eine Gruppe weiter fortgeschritten, einmal die andere. Der Ausgleich liegt darin, dass die Gruppen wechseln. Völliges Gleichgewicht wird erst erwartet vom Augenblick der föderalen Vollendung an.“ Ähnlich *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38: „Wenn ... die Bindung in der EU nicht (nur) zwischen Staaten und Völkern, sondern auch zwischen Unionsbürgern maßgeblich ist, dann ist der auf die Staaten bezogene, intergouvernementalistische Ansatz der Flexibilität nicht zielführend.“ Nunmehr aber *ders.*, Elements, in: Miccú/ders. (2003), S. 31: „It is important to ensure the dynamism which results of allowing a group of Member States to step forward while others may wait and see how this works out before they join.“

## I „Nous coalisons des États“

*Monnet* schrieb in seinen Memoiren: „Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes.“<sup>4</sup> Dies fügt sich in das Konzept des Gesellschaftsvertrags. Bei den aufgezeigten Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie dient der Gesellschaftsvertrag als Grundlage für die Eigenständigkeit der europäischen Verfassung, die aufgrund einer direkten Übertragung von Hoheitsrechten durch die Unionsbürger über eine eigene und originäre Hoheitsgewalt verfügt<sup>5</sup>. Auf den ersten Blick richtet Ungleichzeitigkeit die europäische Integration dagegen an den Mitgliedstaaten aus und lässt diese als eigentliche Träger der europäischen Hoheitsgewalt erscheinen. Hat dies zur Folge, dass Ungleichzeitigkeit der Annahme eines europäischen Gesellschaftsvertrags als konzeptioneller Grundlage der europäischen Verfassung entgegensteht? Wenn dies zuträfe, verkehrte Ungleichzeitigkeit die Aussage *Monnets* in ihr Gegenteil. Die Europäische Union wäre keine Vereinigung der Unionsbürger, sondern gründete auf den Mitgliedstaaten: „Nous coalisons des États.“

### 1 Vom funktionalen Zweckverband zur politischen Union

Ein Blick auf den Wortlaut der Verträge verdeutlicht die Ausrichtung von Ungleichzeitigkeit an den Mitgliedstaaten. Schon der Begriff der verstärkten *Zusammenarbeit* orientiert sich an den Mitgliedstaaten und wurde deshalb auch kritisiert<sup>6</sup>. Das *chapeau* des Art. 43 EUV beschreibt die verstärkte Zusammenarbeit in offenbar bewusster Umgehung eines textlichen Verweises auf die Europäische Union in ihrer Gesamtheit: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, können die in diesem Vertrag und im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen...“ Der Vertragsgeber orientierte sich insoweit am Wortlaut des Sozialprotokolls<sup>7</sup>. Dies ist zu bedauern. Anders als beim Sozialabkommen handelt es sich bei der verstärkten Zusammenarbeit und den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit nämlich um reguläres Europarecht und keine völkerrechtliche Kooperationsform<sup>8</sup>. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der europarechtliche Charakter der verstärkten Zusammenarbeit auch in der Formulierung des Art. 43 EUV seinen Niederschlag gefunden hätte. Dies hätte Missverständnissen vorgebeugt<sup>9</sup>. Der Wortlaut einer Vertragsbestimmung sollte freilich immer nur ein erster Zugriff auf die untersuchte Thematik sein.

Zutreffend ist der Verweis des Art. 43 EUV insofern, als er auf den Kooperationswillen der Mitgliedstaaten abstellt. Maßgeblich für den geographischen Geltungsbereich des un-

---

<sup>4</sup> *J. Monnet*, Mémoires (1976), Umschlagseite.

<sup>5</sup> Kapitel 11 III 2 (S. 331 ff.).

<sup>6</sup> Siehe zum Alternativvorschlag der „verstärkten *Integration*“ bereits Kapitel 2 III 1 (S. 63 ff.).

<sup>7</sup> Nr. 1 Sozialprotokoll: Die Mitgliedstaaten „(k)ommen überein, diese elf Mitgliedstaaten zu ermächtigen, die Organe Verfahren und Mechanismen des Vertrags in Anspruch zu nehmen, um die erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse zur Umsetzung des genannten Abkommens untereinander anzunehmen und anzuwenden, soweit sie betroffen sind.“

<sup>8</sup> Zur Rechtsnatur des Sozialabkommens und seinem Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht Kapitel 6 IV (S. 194 ff.). Die sprachliche Ausrichtung des Sozialprotokolls am Kooperationswillen der Mitgliedstaaten beschrieb die Rechtslage insoweit zutreffend.

<sup>9</sup> So kommen *H.-J. Hüvelmeier*, GASP (2002), S. 63 und *W. Schroeder*, Beziehungen, in: von Bogdandy (2003), S. 373/413 f. zu dem unzutreffenden Schluss, dass die verstärkte Zusammenarbeit einen „exit“ (*Schroeder*) aus der Gemeinschaftsmethode biete und eine intergouvernementale Rechtsetzung „außerhalb der Grundstrukturen“ des regulären Vertragsrechts (*Hüvelmeier*) erlaube.

gleichzeitigen Europarechts ist der politische Beteiligungswille der Mitgliedstaaten. Ungleichzeitigkeit unterscheidet sich insoweit von früheren Integrationskonzepten einer differenzierten Behandlung der Mitgliedstaaten, die auf vermeintlich objektive Unterschiede abstellten. Mit dem Fortfall des objektiven Differenzierungskriteriums sollte die differenzierte Behandlung gleichsam automatisch in eine umfassende Geltung des Europarechts münden<sup>10</sup>. Es besteht hier ein Zusammenhang mit der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts. Im Binnenmarkt wurde der Fortschritt der europäischen Integration meist als Ausfluss einer vermeintlichen volkswirtschaftlichen Naturgesetzlichkeit der *spill over* betrachtet und nicht primär auf den politischen Integrationswillen der Mitgliedstaaten verwiesen. Mit dieser Sicht der Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“<sup>11</sup> ist Ungleichzeitigkeit gerade wegen ihres politischen Charakters nicht vereinbar<sup>12</sup>.

Ungleichzeitigkeit durchbricht die entpolitisierte und funktionalistische Integrationslogik des Binnenmarkts und symbolisiert den Übergang in die politische Union. Die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion eignet sich besonders gut zur Illustration dieses politischen Charakters, da sie als Bindeglied zwischen den Integrationskonzepten des Binnenmarkts und der Integrationslogik der politischen Union fungiert: Die Konvergenzkriterien des Vertrags von Maastricht sind das einzige Beispiel für Ungleichzeitigkeit, das auf der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts gründet. Dagegen waren das Vereinigte Königreich und Dänemark aus politischen Gründen nicht zur Teilnahme an der gemeinsamen Währung bereit – trotz der vermeintlichen volkswirtschaftlichen Objektivität der Konvergenzkriterien und der als technokratischer Fachexpertise ausgestalteten Entscheidungsfindung der EZB<sup>13</sup>. Das Vereinigte Königreich und Dänemark beanspruchten eine politische Freistellung, die ihnen zur Wahrung der für eine Vertragsänderung erforderlichen Einstimmigkeit auch gewährt wurde<sup>14</sup>. Es erscheint als Ironie der Integrationsgeschichte, dass gerade die häufig als funktionalistische Vollendung des Binnenmarkts betrachtete Währungsunion den verfassungspolitischen Dammbbruch der politischen Ungleichzeitigkeit ins europäische Primärrecht darstellt.

Die politische Freistellung von der Währungsunion wird in ihrer symbolischen Wirkung verstärkt durch die innenpolitische Festlegung der Mitgliedstaaten, die Entscheidung über die Teilnahme an der gemeinsamen Währung der Bevölkerung in Referenden zu übertragen<sup>15</sup>. Diese Referenden nehmen in der nationalen politischen Debatte der *outs* eine zentrale Rolle ein und werden auch in den anderen Mitgliedstaaten von der breiteren Öffentlichkeit beachtet<sup>16</sup>. Sie verdeutlichen damit allen Unionsbürgern, dass der Fortschritt der europäischen In-

<sup>10</sup> Siehe Kapitel 1 II (S. 28 ff.).

<sup>11</sup> *H.-P. Ipsen*, Gemeinschaftsrecht (1972), S. 196. Ergänzend ebd. 199 f.: „... wirken die Gemeinschaften in funktioneller ... Integration, weil ihre Aktivität einen Gemeinsamen Markt schafft und sichert, in dem sich Marktgesetze ohne staatlich-hoheitliche Beschränkungen entfalten können, der Gemeinsame Markt also ‚funktionieren‘ kann.“

<sup>12</sup> Hierzu bereits Kapitel 1 II (S. 28 ff.) und Kapitel 11 II (S. 324 ff.) sowie allgemein zur entpolitisierten Integrationslogik des Binnenmarkts die Nachweise bei *C. Joerges*, Governance, EuR 2002, 17; *W. Mussler*, Wirtschaftsverfassung (1997); *M. Streit/W. Mussler*, Economic Constitution, ELJ 1 (1995), 5 und *D. Thym*, Entscheidungsfindung, in: van Aaken/Schmid-Lübbers (2003), S. 48-55. Differenzierend *M. Poiares Maduro*, We, the Court (1998).

<sup>13</sup> Zu den Konvergenzkriterien Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.) und zu Unabhängigkeit und Entscheidungskriterien der EZB etwa *P. Leino*, Legitimacy (2001); *Grabitz/Hilf-I. Pernice*, Art. 4a EGV (EL 10) Rn. 4 und *Thym* ebd. 50.

<sup>14</sup> Näher Kapitel 4 I 2 (S. 134 f.).

<sup>15</sup> Siehe Kapitel 4 I 4 (S. 139 ff.).

<sup>16</sup> Zur Bedeutung des Referendums im Vereinigten Königreich etwa *D. Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/364 f.

tegration kein unabwendbares „Schicksal“ ist, sondern auf politischen Entscheidungen beruht, deren Ausgang auch in der Hand der Bürger liegt, die als Souverän der nationalen und der europäischen Hoheitsgewalt den Fortgang der Integration mitbestimmen. Wenn die Währungsunion tatsächlich den oft erwarteten Beitrag zur Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins leistet und als „rocket launcher of political Union“ dient, wird dieser Prozess durch Ungleichzeitigkeit katalysatorisch verstärkt und symbolisch verkörpert<sup>17</sup>.

Entsprechendes gilt für das ablehnende erste dänische Referendum über den Vertrag von Maastricht. Auch diese Abstimmung und die hierauf gründenden Formen von Ungleichzeitigkeit zeigen allen Unionsbürgern, dass der Fortgang der Integration letztlich von ihrer Zustimmung abhängt. Die ungleichzeitigen Sonderpositionen Dänemarks im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik setzen die politische Kompromisslinie fort, die der dänischen Bevölkerung vor dem zweiten Referendum über den Vertrag von Maastricht zugesichert wurde<sup>18</sup>. Dagegen sind Übergangsbestimmungen in Beitrittsverträgen ein bloßer zeitlicher Aufschub der Anwendung des Europarechts im Sinn einer „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“. Sie gründen auf tatsächlichen oder vermeintlichen wirtschaftlichen und sozialen Problemen und folgen damit der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts. Anders als bei Ungleichzeitigkeit ist der geographische Geltungsbereich des Europarechts nicht beschränkt und es besteht keine politische Wahlfreiheit, ob die Nichtanwendung über den vereinbarten Zeitraum hinaus fortgesetzt werden kann<sup>19</sup>.

Wenn Ungleichzeitigkeit den Übergang zur politischen Union ausdrückt, ist es kein Zufall, dass Ungleichzeitigkeit sich vor allem auf die neueren nichtwirtschaftlichen Sachbereiche der europäischen Integration bezieht<sup>20</sup>. Es ist auch zu beachten, dass Ungleichzeitigkeit nach den allgemeinen Regeln des Europarechts die Grundfreiheiten und das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht beeinträchtigen darf und jede verstärkte Zusammenarbeit das geltende Gemeinschaftsrecht beachten muss<sup>21</sup>. Hierdurch werden die Grundfreiheiten als Kernbereich des Binnenmarkts und der gleichzeitige Besitzstand der ersten vier Integrationsdekade gesichert. Ungleichzeitigkeit ist grundsätzlich auf neue Gemeinschafts- und Unionspolitiken begrenzt. Die neuen europäischen Kompetenzfelder der Außen-, Verteidigungs-, Sozial-, Justiz- und Innenpolitik sind besonders eng mit dem Konzept der politischen Union verbunden und beruhen als neue europäische Politiken nicht mehr auf dem oft diffusen und unartikulierten politischen Grundkonsens der Bürgerinnen und Bürger, der die europäische Integration in ihren Anfängen trug.

---

<sup>17</sup> Zitat von *Jacques Delors* aus dem Jahr 1997; zitiert nach *F. Snyder*, *Constitution?*, in: *Craig/de Búrca* (1999), S. 468. Ebenso *Snyder* ebd. 420: „EMU has served as a stimulant and as a proxy for broader debates about ... the future of European integration... Even though not always realized consciously or articulated in political terms, ... EMU raised profound questions about European, national, and personal identities.“

<sup>18</sup> Näher Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.) und Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

<sup>19</sup> Siehe Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

<sup>20</sup> Neben der Währungsunion und den bereits erwähnten dänischen Sonderpositionen sei zusätzlich auf die britisch-irische Freistellung vom Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Kapitel 3 II; S. 90 ff.), die britische Nichtteilnahme am Sozialabkommen (Kapitel 6 IV; S. 194 ff.), die konstruktive Enthaltung in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Kapitel 5 I; S. 151 ff.) und die allgemeinen Regeln der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (Kapitel 5 III 1; S. 170 ff.) verwiesen.

<sup>21</sup> Siehe Kapitel 8 III (S. 250 ff.); Kapitel 8 IV (S. 254 ff.) und Kapitel 2 III 3 (S. 65).

Die Wahrnehmung dieser neuen und ihrem Wesen nach politischen Sachbereiche bedarf in den Augen der zunehmend an europäischen Fragen interessierten Bürger einer besonderen Legitimation. Soweit Ungleichzeitigkeit vereinbart wird, widerspricht dies nicht der Rückführung auf den Willen der Bürger. Ungleichzeitigkeit ist vielmehr die Folge der zunehmenden Herausbildung eines politischen Bürgerbewusstseins. Nachdem vier Jahrzehnte lang der gleichzeitige Fortschritt der Integration betont wurde, respektiert die europäische Rechtsordnung in den neuen Kompetenzfeldern der politischen Union nunmehr den unterschiedlichen Integrationswillen der Mitgliedstaaten und Bürger und gewährt ihnen gegebenenfalls eine ungleichzeitige Ausnahme<sup>22</sup>. Dies verbindet den Integrationswille einiger Mitgliedstaaten mit den abweichenden Vorstellungen in anderen Mitgliedstaaten und ist damit ein Instrument, die Vielfalt der Vorstellungen über Fortgang und Finalität der Integration in einer Synthese zusammenzuführen. Ungleichzeitigkeit bekräftigt in diesem Sinn das Konzept des europäischen Gesellschaftsvertrags, das die Bürger als Souverän auch der europäischen Hoheitsgewalt begreift.

## **2 Wahrung nationaler Interessen und Identität**

Im Binnenmarkt erschien und erscheint die Berufung auf „nationale Interessen“ als illegitim, weil der Binnenmarkt in erster Linie auf die Beseitigung von Handelshemmnissen zielt und die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen bezweckt. Nationale Sonderregeln im Binnenmarktrecht, wie sie in den vielfältigen Beispielen der „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“ zum Ausdruck kommen, müssen daher regelmäßig durch objektive Differenzierungsgründe gerechtfertigt sein<sup>23</sup>. Sie unterliegen häufig einer verstärkten Aufsicht durch den Gerichtshof oder einer Zustimmungspflicht durch die Kommission oder den Rat<sup>24</sup>. Bei Ungleichzeitigkeit ist dies anders. Ungleichzeitigkeit gründet ausdrücklich auf dem demokratisch formulierten Integrationsunwille einzelner Mitgliedstaaten. Ungleichzeitigkeit stellt es den Mitgliedstaaten gerade frei, an einem Integrationsschritt teilzuhaben oder Außen vor zu bleiben. Ausdrücklich anerkennt dies die Legitimität der Berufung auf nationale Interessen oder, freundlicher formuliert, die demokratisch formulierte nationale Identität<sup>25</sup>. Steht diese Durchbrechung der umfassenden Gegenseitigkeit der Verfassung im Widerspruch zum Konzept des Gesellschaftsvertrags?

In der politischen Union ist die Berufung auf nationale Interessen und Identität kein Verstoß gegen eine vermeintlich funktionalistische Integrationslogik, sondern eine legitime Positionierung im politischen Diskurs. In demokratischen Systemen ist die Divergenz politischer Vorstellungen über die Notwendigkeit eines Integrationsschritts und dessen politische Aus-

---

<sup>22</sup> Zur Abfolge von Gleichzeitigkeit und Ungleichzeitigkeit mittelbar auch *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 184: „Einheit ist konstitutiv für die Vielfalt. Daher bildeten sich im Verlauf der Integration zunächst die Einheit stiftenden Prinzipien heraus. Erst in einem zweiten Schritt konnten dem gegenüber die Vielfalt sichernden Prinzipien rechtliche Substanz erlangen.“

<sup>23</sup> Näher die kursorische Übersicht in Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

<sup>24</sup> Vgl. etwa die Regelungen in Art. 99 IV-IX EGV oder Art. 30 EGV als gerichtlich überprüfbare Ausnahme von der Warenverkehrsfreiheit sowie die besondere Schutzklausel des Art. 134 II EGV.

<sup>25</sup> So ausdrücklich auch *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/102: „The system is designed around ... the recognition of the continued significance, if not primacy of national interests“ und *J. Shaw*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/85: „... is the result of a considered attempt to deal with the crucial questions of citizen scepticism and alienation.“ Siehe allgemein auch Art. 6 III EUV: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“

richtung eine notwendige Folge der Pluralität der Meinungen<sup>26</sup>. Ungleichzeitigkeit verkörpert damit nicht nur den Übergang von der funktionalistischen Binnenmarktintegration in die politische Union, sondern verstärkt in der politischen Union die Entscheidungsoffenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses. Umstrittene Integrationsschritte können auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union verwirklicht werden. Anders als bei den Schengener Übereinkommen muss insoweit nicht mehr auf eine völkerrechtliche Regelung neben den Verträgen zurückgegriffen oder ein Projekt wie die Europäische Verteidigungsgemeinschaft nach dem negativen Votum der französischen Nationalversammlung gänzlich fallen gelassen werden<sup>27</sup>. Drittstaaten, die nicht alle Politikbereiche mitzutragen bereit sind, sind nicht mehr notwendig auf völkerrechtliche Assoziierungsverträge verwiesen, sondern können der Europäischen Union nach Maßgabe von Ungleichzeitigkeit beitreten<sup>28</sup>.

Ungleichzeitigkeit achtet demnach nicht nur die demokratisch formulierten Interessen und Identitäten der Mitgliedstaaten, sondern bindet sie konstruktiv in den demokratischen Entscheidungsprozess ein. Hierdurch wird die Pluralität nationaler Interessen und Identitäten in den europäischen Verfassungsrahmen integriert. Es ist ein Ausdruck der Reife des Integrationsprozesses, wenn die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit eine ungleichzeitige Differenzierung der Integration ohne politische Spaltung der Union erlauben<sup>29</sup>. Ungleichzeitigkeit ist ein Instrument „to accommodate diversity“<sup>30</sup> und der „acceptance of difference“<sup>31</sup>. Auch *von Bogdandy* hob jüngst hervor, dass es ein Ausdruck der Demokratisierung der europäischen Integration ist, wenn demokratisch formulierte Interessen und Identitäten der Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit gewahrt werden:

„Von noch größerer demokratischer Potenz erscheint eine Flexibilisierung der Union... Sie erlaubt eine Respektierung einer nationalen demokratischen Mehrheit, ohne dass diese nationale Mehrheit, die eine europäische Minderheit ist, die Verwirklichung des europäischen Mehrheitswillens unterbindet.“<sup>32</sup>

Nichtsdestotrotz könnte man Ungleichzeitigkeit im Widerspruch zur Annahme einer europäischen Verfassung auf Grundlage eines Gesellschaftsvertrags sehen, wenn man in einer Verfassung eine „rechtlich vermittelte Gegenseitigkeitsordnung“ im umfassenden Sinn sieht<sup>33</sup>. Ungleichzeitigkeit durchbricht bei unbefangener Betrachtung die politische Gegenseitigkeit der europarechtlichen Rechte und Pflichten, wie sie bislang auch der europäischen Integration

<sup>26</sup> Siehe auch *Shaw* ebd. 68: Das Sozialabkommen reflektiere den „rich, if contradictory ideological heritage brought in play by flexibility“; zur konstruktiven Enthaltung *D. Liñan Nogueras*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1153: „On pourrait argumenter qu'en fin de compte ce mécanisme ne règle que ce qui est, en fait, une réalité existante : la diversité.“

<sup>27</sup> Zur Entstehungsgeschichte des Schengener Rechts Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.) und zur heutigen Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik Kapitel 5 III (S. 169 ff.). Siehe auch *N. Reich*, Competition, CML Rev. 29 (1992), 861/895: „(T)he more competences the Community is acquiring, the less exclusive will be its jurisdiction.“

<sup>28</sup> Näher Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).

<sup>29</sup> Ebenso *C. Lyons*, Court, in: de Búrca/Scott (2000), S. 110: Ausdruck „of a mature polity to divide without fundamental rupture.“

<sup>30</sup> *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87.

<sup>31</sup> *M. Wind*, Neo-Medieval, in: Weiler/dies. (2003), S. 128.

<sup>32</sup> *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 180.

<sup>33</sup> So *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/162 unter Verweis auf *G. Haverkate*, Verfassungslehre (1992).

zu Grunde lag und im Begriff des *acquis communautaire* ihren Ausdruck fand<sup>34</sup>. Es geht hier auch um die Fortführung völkerrechtlicher Reziprozität<sup>35</sup> und die entsprechenden Normierungen in den Verfassungen der Mitgliedstaaten<sup>36</sup>. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit aufgrund einer von allen Mitgliedstaaten konsentierten Vertragsänderung im Primärrecht verankert wurden. Aus diesem Grund ist Ungleichzeitigkeit nicht nur mit dem völkerrechtlichen Grundsatz der Reziprozität zu vereinbaren<sup>37</sup>. Auch das politische Prinzip einer tatsächlichen Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten besteht bei Ungleichzeitigkeit fort.

Ungleichzeitiges Europarecht entfaltet grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen wie gleichzeitiges Europarecht. Nur der geographische Geltungsbereich des ungleichzeitigen Europarechts ist beschränkt. Insbesondere finden die Grundsätze der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* und alle hierauf aufbauenden Rechtsgrundsätze auch bei Ungleichzeitigkeit Anwendung<sup>38</sup>. Ungleichzeitigkeit bewirkt damit keine Relativierung der europarechtlichen Bindungskraft der jeweiligen Rechtsakte. Die *ins* dürfen sich ihrer europarechtlichen Verpflichtung nicht unter Verweis auf die Ungleichzeitigkeit entziehen<sup>39</sup>. Dementsprechend sah auch der französische *Conseil constitutionnel* in der Ungleichzeitigkeit der Währungsunion und des Visa-Regimes als Gegenstand des Art. 88-2 der französischen Verfassung mit seiner Verpflichtung auf die „Gegenseitigkeit“ der entsprechenden europarechtlichen Verpflichtungen<sup>40</sup> kein Ar-

<sup>34</sup> Zur Wechselwirkung von Ungleichzeitigkeit mit Begriff und Konzept des Besitzstands Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).

<sup>35</sup> Grundlegend zum völkerrechtlichen Reziprozitätsprinzip *B. Simma*, Völkergewohnheitsrechts (1970) und *B. Simma*, Verträge (1972).

<sup>36</sup> Siehe Art. 20 I der dänischen Verfassung: „... durch gegenseitige Übereinkunft“; Art. 28 III der griechischen Verfassung: „... wenn es in Gleichberechtigung und Gegenseitigkeit erfolgt“; Art. 7 VI der portugiesischen Verfassung: „... auf der Grundlage der Gegenseitigkeit“; Art. 11 der italienischen Verfassung: „Unter der Bedingung der Gleichstellung..“ sowie mittelbar die Präambel des Grundgesetzes: „... als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“. *P. Huber*, Flexibilität, EuR 1996, 347/352 f. sieht in Art. 23 I S.1 GG eine Verpflichtung des Grundgesetzes auf „die Existenz und Funktionsgrundsätze dieses Staatenverbundes“ in seiner von Art. 23 GG vorausgesetzten Maastrichter Fassung. Dies verbiete Bundesregierung und Bundestag die Zustimmung einer umfassenden Flexibilisierung der Integration. Ähnlich zu Art. 28 III der griechischen Verfassung *J. Iliopoulos-Strangas/E. Prevedourou*, *Hellénique*, S. 19: „pourrait poser quelques limites de fond à une Constitution (européenne, Anm. d. Verf.) qui instituerait éventuellement une Europe ‘à deux vitesses’.“ Zu Art. 88-2 der französischen Verfassung unten Fn. 40 (S. 347).

<sup>37</sup> Vgl. *B. Simma*, Verträge (1972), S. 68: Es ist „festzustellen, dass das allgemeine Völkerrecht kein Gebot des Inhalts kennt, dass völkerrechtliche Verträge welcher Art auch immer eine solche tatsächliche und normative Gegenseitigkeit zu verwirklichen haben und an einen Mangel von Reziprozität im Vertrag als solchen keine Rechtsfolgen knüpft. Inhaltliche Reziprozität vertraglicher Bindungen ist aus dem völkerrechtlichen Strukturprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten also keineswegs normlogisch abzuleiten. Ihre Verwirklichung unterliegt vielmehr der freien Disposition der Vertragsparteien. Außerdem gibt es zahlreiche Fälle, in denen die Absicht der vertragsschließenden Parteien darauf gerichtet ist, die Reziprozität der Vertragspflichten zu vermeiden.“

<sup>38</sup> Hierzu Kapitel 8 I (S. 234 ff.). Dies gilt auch für den Vorrang, den EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1269 – *Costa/E.N.E.L.* unter anderem mit dem Verweis auf die „auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene(n) Rechtsordnung“ begründet.

<sup>39</sup> Es sei zudem darauf hingewiesen, dass gewisse Formen völkerrechtlicher Selbsthilfe wie Repressalie, Retorsion und eigene Leistungsverweigerung bei Nichterfüllung von Verträgen als Ausdruck des völkerrechtlichen Reziprozitätsprinzips (hierzu *A. Verdross/B. Simma*, Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 50) nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Gemeinschaftsrecht ohnehin nicht gelten; vgl. EuGH, Rs. 90 & 91/63, Slg. 1964, 1329/1344 – *Kommission/Luxemburg und Belgien*. „(D)enn der Vertrag schafft nicht nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den Rechtssubjekten..., sondern er stellt eine neue Rechtsordnung auf, nach der sich ... die zur Feststellung und Ahndung etwaiger Rechtsverletzungen erforderlichen Verfahren bestimmen.“

<sup>40</sup> Art. 88-2 der französischen Verfassung: „Vorbehaltlich der Gegenseitigkeit ... stimmt Frankreich der Übertra-

gument für die Annahme, dass die Ratifikation des Vertrags von Maastricht mangels Gegenseitigkeit nicht von der französischen Verfassung gedeckt sei<sup>41</sup>. Ungleichzeitigkeit untergräbt nicht die Gegenseitigkeit der europarechtlichen Verpflichtungen. Der Umfang und die Rechtswirkungen des ungleichzeitigen Europarechts richten sich vielmehr nach den Vorgaben der europäischen Verträge, die auch im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit von allen Mitgliedstaaten und Bürgern nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts angenommen wurden.

Der europäische Gesellschaftsvertrag ist als Grundlage der nichtstaatlichen europäischen Verfassung gerade kein sachlich umfassendes Instrument staatlicher Daseinsvorsorge auf Grundlage einer „souveränen“ Kompetenz-Kompetenz<sup>42</sup>. Im modernen Verfassungsstaat ist der grundrechtlich gesicherte Freiheitsraum der Bürger eine theoretische Voraussetzung für die Einordnung der Bürger in den Gesellschaftsvertrag einer demokratischen Gemeinschaft<sup>43</sup>. Ebenso erleichtert die Gewährleistung eines originären Raums demokratisch formulierter nationaler Interessenwahrnehmung und Identität durch Ungleichzeitigkeit die Anerkennung des europäischen Gesellschaftsvertrags. Im europäischen Verfassungsverbund erscheint der europäische Gesellschaftsvertrag in doppelter Hinsicht als Ausdruck von Teilidentität: Er ist begrenzt durch die Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte einerseits und die Wahrung nationaler Identität andererseits. Wenn es den Bürgern eines Mitgliedstaats im Rahmen der rechtlichen Vorgaben der Verträge freisteht, den Umfang europäischer Kompetenzwahrnehmung in Einzelfällen zu variieren, werden die demokratisch formulierten nationalen Interessen und Identitäten der Bürger im besonderen Maße geschützt.

Die Ungleichzeitigkeit des europäischen Gesellschaftsvertrags versteht die Wahrung der demokratisch formulierten nationaler Identität auch als Alternative zu einer uniformen Verschmelzung der Bürger und Mitgliedstaaten in einer immer engeren Union nach Maßgabe der Formel *e pluribus unum* – ganz im Sinn einer „Identität als Pluralität“<sup>44</sup>. Die Möglichkeit einer ungleichzeitigen Variation des europäischen Kompetenzrahmens erlaubt einen schonenden Ausgleich zwischen dem Integrationswunsch einzelner Mitgliedstaaten und Bürger und der Bewahrung nationaler Zuständigkeit und Steuerungsmöglichkeit. Soweit einzelne Mitgliedstaaten dies wünschen, verbleiben ihnen nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben „eigene Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann“<sup>45</sup>. Dagegen entscheiden sich andere Mitgliedstaaten und Bürger in demokratischer Selbstbestimmung für die europäische Regelung einer Materie. Diese Gestaltungsfreiheit unterstreicht, ganz im Sinn eines freiwilligen Vertragsschlusses, die Rückführung europäischer Hoheitsgewalt auf den Willen der Bürger. Ungleichzeitigkeit ist hiernach eine besondere Gestaltungsform des Gesellschaftsvertrags der Unionsbürger in den europäischen Verträgen.

---

gung der zur Schaffung der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion sowie zur Festlegung der Bestimmungen über das Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft erforderlichen Kompetenzen zu.“ Die Ungleichzeitigkeit des Visa-Regimes wurde freilich erst durch die Überführung des Art. 100c EGV (1992) in Art. 62 Nr.2 EGV (1997) durch den Vertrag von Amsterdam und die nunmehrige Einschlägigkeit der britisch-irischen Sonderposition begründet; hierzu Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

<sup>41</sup> *Conseil constitutionnel*, Entscheidung No 92-312 DC vom 2.9.1992, *Maastricht II*, insb. Erwägungsgründe 32 ff.; abgedruckt in: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9. Aufl. 1997, S. 792 ff.

<sup>42</sup> Kapitel 11 III 1 (S. 329 ff.).

<sup>43</sup> Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

<sup>44</sup> So, wenn auch nicht im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit, P. Häberle, *Fragen*, EuGRZ 1992, 429/430.

<sup>45</sup> So, wenn auch im anderen Kontext möglicher Grenzen einer Kompetenzübertragung auf die europäische Ebene aufgrund des grundgesetzlichen Demokratieprinzips, BVerfGE 89, 155/186 – *Maastricht*.

### 3 Asymmetrischer „Föderalismus“

Die Symmetrie der Kompetenzzuweisungen an den Bund und die Länder im Grundgesetz erschwert deutschen Juristen und Bürgern das Verständnis für die differenzierte Integration eines asymmetrischen Föderalismus<sup>46</sup>. Schon die Erinnerung an die Präsidialrechte Preußens und die Reservatrechte der süddeutschen Staaten in der Reichsverfassung von 1871 zeigt jedoch, dass ein asymmetrischer oder „ungleichzeitiger“ Föderalismus auch Bestandteil der deutschen Verfassungsgeschichte ist<sup>47</sup>. Ein Blick in die Verfassungsgeschichte und -gegenwart anderer Bundesstaaten und quasi-föderaler Staaten mit einer weitgehenden Regionalisierung zeigt weitere Beispiele eines asymmetrischen Föderalismus auf. Dies illustriert allgemein, dass Vorstellung und Konzept eines einheitlichen Typus des föderalen Bundesstaats als „Kunstfigur ... aus den komplexen Phänomenen der Staatenwirklichkeit abstrahiert ist“<sup>48</sup>.

Ein asymmetrischer Föderalismus prägt etwa die bundesstaatlichen Verfassungsordnungen Russlands<sup>49</sup>, Kanadas<sup>50</sup> und Belgiens<sup>51</sup>. Auch die Regionalisierung in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist teilweise durch eine Asymmetrie gekennzeichnet. Es sei an dieser Stelle exemplarisch die *devolution* im Vereinigten Königreich erwähnt mit ihren unterschiedlichen Rechten der schottischen, nordirischen und walisischen Regionalkörperschaften bei einer fortbestehenden Zentralregierung Englands mit Ausnahme des Großraum Londons<sup>52</sup>. Im Hinblick hierauf haben britische Verfassungsrechtler in den vergangenen Jahren das britische Staats- und Verfassungsverständnis neu zu definieren versucht und etwa das Modell des *union state* entwickelt. Diesseits klassischer Bundesstaatstheorie gestattet der *union state* die Berücksichtigung regionaler Besonderheiten und Autonomie und erlaubt – ganz im Sinn europarechtlicher Ungleichzeitigkeit – eine dynamische Entwicklung derselben<sup>53</sup>. Ähnli-

<sup>46</sup> Siehe auch das „föderative Gleichbehandlungsgebot“ in der Finanzverfassung; BVerfGE 72, 330/404 – *Finanzausgleich I*: „Aus dem Bundesstaatsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt insoweit ein föderatives Gleichheitsgebot für den Bund im Verhältnis zu den Ländern.“

<sup>47</sup> Vgl. Art. 52 und die jeweiligen Schlussbestimmungen zu den Abschnitten XI und XII der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16.4.1871 zu den Reservatrechten Bayerns und Württembergs im Post- und Heereswesen sowie Art. 11 zur Personalunion des preußischen Kaisertums und des deutschen Königtums; näher etwa P. Laband, Staatsrecht, 2. Aufl. 1888, S. 108 f. und G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch, 7. Aufl. 1919, S. 698 ff. Zur weitgehenden „Gleichzeitigkeit“ der Weimarer Reichsverfassung R. Thoma, Staatsrecht, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts 1 (1930), S. 71.

<sup>48</sup> So J. Isensee, Föderalismus, in: Handbuch des Staatsrechts IV (1999), § 98 Rn. 4.

<sup>49</sup> Näher zu den unterschiedlichen „Subjekten der Föderation“ und den asymmetrischen Kompetenzzuweisungen in Art. 4, 65 ff. der Verfassung der Russischen Föderation vom 12.12.1993 B. Topornin, Russland, in: Kramer (1993), S. 99.

<sup>50</sup> Zur Asymmetrie des kanadischen Föderalismus insbesondere im Hinblick auf Québec J.-Y. Monrin/J. Woehrling, Canada/Québec (1994).

<sup>51</sup> Vgl. Art. 39, 115 ff. belgische Verfassung. M. Uyttendaele, Paradoxal (1997), S. 872 schlussfolgert für die neue Verfassung des Jahres 1993: „(L)es auteurs de la réforme de l'État ont, en 1993, délibérément rompu avec toute logique d'uniformité, voire d'égalité entre les entités.“

<sup>52</sup> Siehe etwa V. Bogdanor, Devolution (1999); R. Grote, Regionalautonomie, ZaöRV 58 (1998), 109; J. Hopkins, Comparative, EPL 4 (1998), 323; R. Rawlings, Concordats, L.Q.R. 116 (2000), 257 und A. Tomkins, Devolution, in: ders. (1998), S. 89.

<sup>53</sup> Grundlegend N. Walker, Beyond, Public Law 2000, 384; R. Brazier, Constitution, Cambridge Law Journal 58 (1999), 96 und J. McEldowney, Subordinate Sovereignty, in: Oliver/Drewrey (1998), S. 192. Walker ebd. 397 f. betont zusammenfassend: „The constitutional character of the union state, however, cannot simply be read off from its foundation parchments. Instead, they provide points of departure for the continuous renegotiation of variation in the light of changing social, economic and political circumstances. The union state, therefore, provides a key historical pathway towards a more general model of asymmetrical government, in which

che asymmetrische Regionalisierungen gibt es in Spanien sowie, begrenzt, in Italien. Dagegen sprach sich die Bevölkerung von Korsika in einem Referendum im Juli 2003 gegen eine asymmetrische Regionalisierung aus<sup>54</sup>. Die asymmetrische Autonomie Färöers und Grönlands nach dänischem Verfassungsrecht setzt sich in einer Ausnahme vom Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fort, während die nach finnischem Verfassungsrecht ebenfalls asymmetrisch autonomen Ålandinseln sich für die Geltung des Europarechts entschieden<sup>55</sup>.

Dieser kursorische verfassungsvergleichende Überblick illustriert, dass Elemente eines asymmetrischen oder „ungleichzeitigen“ Föderalismus auch in Bundesstaaten nach dem klassischen Verständnis der Staatslehre und quasi-föderalen Staatssystemen neueren Zuschnitts zu finden sind. In keinem der aufgeführten Fälle steht die Staatsqualität des Gesamtgebildes oder die Geltung der Volkssouveränität nach Maßgabe des Konzepts des Gesellschaftsvertrags in Frage. Unabhängig davon, ob man die Grundannahmen klassischer Bundesstaatstheorie auf die Europäische Union und ihre nichtstaatliche Verfassungsordnung übertragen kann, unterstützt dies dennoch die These, dass Ungleichzeitigkeit der Annahme eines asymmetrisch gestuften Mehrebenenmodells öffentlicher Gewalt in der Europäischen Union nicht entgegensteht. Der Aspekt der Ungleichzeitigkeit hindert nicht die Rückführung europäischer Hoheitsgewalt auf einen Gesellschaftsvertrag der Unionsbürger. Man kann die asymmetrische Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration auch als spezifischen Ausdruck des Verfassungsverbunds im Sinn von *Pernice* begreifen. Der Verfassungsverbund erfasst „die Staaten und ihre supranationalen Einbindungen in ihrer (hier ungleichzeitigen, Anm. d. Verf.) Gesamtheit“ und verbindet nationale und europäische Verfassungsebenen „gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne eines ‚multilevel constitutionalism‘ ... zu einem einheitlichen System“ einer hier asymmetrischer Kompetenzwahrnehmung<sup>56</sup>.

Gibt es konkrete Ausformungen der ungleichzeitigen Interaktion der nationalen und europäischen Verfassungen im insoweit asymmetrischen europäischen Verfassungsverbund? Ein Gedankengang kann an das Konzept des Wettbewerbsföderalismus anknüpfen, das im idealtypischen Sinn eines konstruktiven Wettbewerbs der Systeme zur Durchsetzung der jeweils „besten“ Regelungsstruktur führt<sup>57</sup>. Ganz im Sinn „fruchtbarer Evolution“ anstelle eines „schädlichen Chaos“<sup>58</sup> umfasst der Wettbewerb der Systeme bei Ungleichzeitigkeit nicht nur

---

a heterogeneity of government arrangements between regions becomes a normal and persistent feature of a state... Particularly in its eschewal of the idea of a uniform and symmetrical division of power, the union model may be even more accommodation of diversity – of pluralism – than the federal model.“

<sup>54</sup> Vgl. die verfassungsvergleichenden Darlegungen bei *A.A.M. Schrauwen*, Flexibility (1999); *R. Agrarnoff*, Asymmetry (1999); *K. Lenaerts*, Federalism, AJCL 1990, 205 und *F. Knipping*, Conceptions (1994). Zu Frankreich näher in Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

<sup>55</sup> Näher Art. 188, 299 EGV sowie *F. Harhoff*, Faeroe, in: EPIL 12 (1990), S. 108 ff.; *F. Weiss*, Greenland, EL Rev. 10 (1985), 173 und *D. Perrot/F. Miatti*, Lapons/Åland, RMC 1997, 670.

<sup>56</sup> Zitate nach *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/172-4; vgl. allgemein zum Verfassungsverbund schon Kapitel 11 III 3 (S. 333 ff.). Zum Zusammenhang zwischen asymmetrischem Föderalismus und Ungleichzeitigkeit allgemein auch *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351.

<sup>57</sup> Zum Wettbewerbs„föderalismus“ speziell in der Europäischen Union die Beiträge in *D. Schmidtchen/R. Cooter*, Economics (1997) sowie *M.E. Streit/W. Mussler*, Wettbewerb, in: Gerken (1995), S. 75; *G. Prosi*, Wettbewerb?, in: Radnitzky/Bouillon (1991), S. 119; *M.J. Koop/H. Siebert*, Competition, Oxford Review of Economic Policy 9 (1993), 15; *C.D. Ehlermann*, Ökonomische Aspekte, Integration 1995, 11 und *A. von Bogdandy*, Bird's Eye, ELJ 6 (2000), 208. Allgemein zur ökonomischen Analyse des Föderalismus auch *E. Haas/P. Schmitter*, Economics, IO 18 (1964), 705; *S. Oeter*, Föderalismus, in: Engel/Morlok (1998), S. 119 und *R. Eichenberger*, Zentralisierung, in: Engel/Morlok (1998), S. 157.

<sup>58</sup> *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/733: „komplexe, auf Vielfalt, auf flexible Strukturen aufbauende

den Inhalt der Regelung, sondern zugleich die Frage, auf welcher Ebene eine Zuständigkeit wahrgenommen werden soll. Bei Ungleichzeitigkeit besteht kein Nebeneinander verschiedener nationaler Regelungen, sondern vielmehr eine Parallelität von einer europarechtlichen Lösung der *ins* und fortbestehenden nationalen Regelungen der *outs*. Die politischen Akteure können einen direkten Vergleich zwischen der Effizienz und Effektivität der europäischen und der nationalen Kompetenzwahrnehmung ziehen. Die europäischen Institutionen unterliegen einem zusätzlichen Rechtfertigungsdruck über die Notwendigkeit der europäischen Rechtsetzung. Ungleichzeitigkeit trägt allgemein zu einem konstruktiven Wettbewerb der Systeme im europäischen Verfassungsverbund bei und kann auch dem Subsidiaritätsprinzip zu einer größeren Durchsetzungskraft verhelfen<sup>59</sup>.

Sinn und Zweck europäischer Rechtsetzung ist freilich gerade auch die Errichtung einheitlicher Standards. Anstelle eines als schädlich empfundenen *raise to the bottom* soll die europäische Regelung die politische Entscheidungshoheit der Bürger über die Ausrichtung des europäischen Wirtschafts- und Sozialmodells in einer globalisierten Welt wahren<sup>60</sup>. Vor diesem Hintergrund war vor allem die ungleichzeitige Nichtteilnahme des Vereinigten Königreichs am Sozialabkommen kritisiert worden<sup>61</sup>. Diese Kritik gilt entsprechend für die ungleichzeitige Normierung sozial-, steuer- oder umweltpolitischer Regeln im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit<sup>62</sup>. Es ist dies die Schattenseite des Wettbewerbs der Systeme bei Ungleichzeitigkeit. Der „Wettbewerb“ zwischen europäischer und nationaler Regelung fördert nicht nur die Suche nach der besseren Lösungsebene, sondern gefährdet zugleich die Vorteile, die einheitliche europäische Sozial-, Steuer- und Umweltstandards im Binnenmarkt mit sich bringen. Die ökonomische Analyse spricht insoweit vom Phänomen der *free rider*<sup>63</sup>. Wenn ein Mitgliedstaat an gemeinschaftlichen Standards nicht teilhat und stattdessen ein niedrigeres Schutzniveau wählt, kann ihm dies einen Wettbewerbsvorteil gewähren.

Die vertraglichen Regelungen zu Ungleichzeitigkeit ignorieren diese Dichotomie zwischen Wettbewerbsföderalismus und Einheitlichkeit nicht. Vielmehr gibt es verschiedene Sicherungsklauseln, die ein „Trittbrettfahren“ oder „Rosinenpicken“<sup>64</sup> verhindern und einem schädlichen Wettbewerb der Systeme vorbeugen. Es sei insoweit vor allem an die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit und die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Un-

---

Systeme bedeuten keineswegs notwendig schädliches Chaos, sondern erlauben vielmehr fruchtbare Evolution.“ Siehe auch K.-H. Ladeur, Network, ELJ 3 (1997), 33/53: „Variable geometry fits well with a flexible model of a distributed, network-adapted form of cooperation and coordination between public regulation and private networks; an arrangement which seeks to adapt to the experimental creation of new options (and) could entail a form of knowledge-producing competition between institutions.“

<sup>59</sup> Zur Stärkung des Subsidiaritätsprinzips bei Ungleichzeitigkeit bereits Kapitel 8 V (S. 258 ff.).

<sup>60</sup> Hierzu schon Kapitel 11 III 1 (S. 329 ff.).

<sup>61</sup> Etwa von K. Hailbronner, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 140; M. Coen, Abgestufte, EuZW 1995, 50/52; H. Konzen, Arbeitsrecht, EuZW 1995, 39/39 und G. Brinkmann, Social, in: Craig/Harlow (1998), S. 261.

<sup>62</sup> Hierzu allgemein C. Barnard, Flexibility, in: de Búrca/Scott (2000), S. 197; *dies.*, Competitive Federalism, in: Shaw (2000), S. 49 und P. Leslie, Asymmetry, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 192. U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/39 fürchtet bei Ungleichzeitigkeit einen „Wettbewerb der Systeme ..., wonach eine interventionistische Integration soweit wie möglich durch eine wettbewerbliche Integration zu ersetzen ist“ und E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/105 sehen in Ungleichzeitigkeit „some echoes of the drift noted elsewhere on the part of elites pushing for good governance and a post-modern conception of *res publica*. Efficiency is no longer necessarily equated with uniform integration through redistribution, but with coordination through more limited or different modes of regulation.“

<sup>63</sup> Speziell im Hinblick auf die Erweiterung M. Streit/S. Voigt, Economics, in: Schmidtchen/Cooter (1997), S. 223.

<sup>64</sup> So zur verstärkten Zusammenarbeit D. von Kyau, Herausforderung, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 20.

gleichzeitigkeit erinnert. Hiernach ist eine ungleichzeitige Kooperation unzulässig, wenn sie die Grundfreiheiten beeinträchtigt<sup>65</sup>, zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den *ins* und *outs* führt<sup>66</sup> oder allgemein Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der *outs* verletzt<sup>67</sup>. Dies sichert ein Mindestmaß an Einheitlichkeit, das für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts unerlässlich ist. Darüber hinaus umfassen die Verfahren zur Begründung, Fortentwicklung und Aufhebung von Ungleichzeitigkeit prozedurale Sicherungen, aufgrund derer die Zweckmäßigkeit einer Ungleichzeitigkeit im politischen Entscheidungsprozess überprüft wird. Im Rahmen dieser Verfahren und unter Einhaltung der vertraglichen Vorgaben obliegt es den europäischen Institutionen die notwendige Balance zwischen Einheitlichkeit und ungleichzeitiger Vielfalt im Binnenmarkt zu finden.

Die Belastbarkeit einer föderalen Struktur lässt aus der Finanzverfassung ablesen. Der finanziellen Solidarität zwischen Bund und Ländern wies das Bundesverfassungsgericht im Kontext der deutschen Bundesstaatlichkeit eine besondere Bedeutung zu. Sie gewährleiste eine „Balance zwischen Eigenstaatlichkeit der Länder und bundesstaatlicher Solidargemeinschaft“<sup>68</sup>. Wie steht es um die finanzielle Solidarität in der Europäischen Union bei Ungleichzeitigkeit? Grundsätzlich gilt hier die Regel der „nationalen Finanzierung“, aufgrund derer nur die *ins* die operativen Ausgaben tragen<sup>69</sup>. Dies ist grundsätzlich ein vernünftiger Ausgleich zwischen den legitimen Interessen der *ins*, der *outs* und dem gesamteuropäischen Gemeinwohl soweit es um die direkten operativen Folgekosten von Ungleichzeitigkeit geht. Etwas Anderes ist jedoch eine eventuelle Unterstützung von *outs* bei ihrer Heranführung an die ungleichzeitige Integrationsvorhut. So ergänzte der Vertrag von Maastricht ergänzte die Zielvorgabe der Währungsunion durch den Kohäsionsfonds, der den wirtschaftlich schwächeren südeuropäischen Mitgliedstaaten die Erfüllung der Konvergenzkriterien erleichtern sollte<sup>70</sup>. Auch den neuen Mitgliedstaaten soll nach der Erweiterung durch eine besondere Schengen-Fazilität bei Maßnahmen an den neuen Außengrenzen der Union zur Durchführung des Schengener Recht unterstützt werden<sup>71</sup>. Viele Beobachtern halten es für wünschenswert, dass auch bei der verstärkten Zusammenarbeit die Heranführung der *outs* „aktiv durch gemeinschaftliche Maßnahmen gefördert (wird)“<sup>72</sup>.

Dies ist im Grundsatz zweifellos zutreffend. Es sollte allerdings beachtet werden, dass Art. 43 lit.e EUV den gleichzeitigen Fortbestand des Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung ausdrücklich garantiert und hiermit eine gleichzeitige Fortführung der europäischen

<sup>65</sup> Siehe Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

<sup>66</sup> Zur Normierung des Art. 43 lit.f EUV näher Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

<sup>67</sup> Der rechtliche Gehalt des Art. 43 lit.h EUV wird in Kapitel 2 III 8 (S. 74 ff.) erläutert.

<sup>68</sup> BVerfGE 101, 158/Abschnitt C.I.2.c. – *Finanzausgleich III*.

<sup>69</sup> Allgemein Kapitel 7 IV (S. 225 ff.).

<sup>70</sup> Zum Kohäsionsfonds, dessen politische Konnexität mit der Währungsunion freilich umstritten ist, das Protokoll über den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt (1992) sowie Art. 161 EGV und VO 1164/94/EG des Rates vom 16.5.1994 zur Errichtung des Kohäsionsfonds (ABl. 1994 L 130, 1); mit späteren Änderungen.

<sup>71</sup> Art. 35 Beitrittsakte 2003 und allgemein zur abgestuften Inkraftsetzung des Schengener Recht nach der Erweiterung Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).

<sup>72</sup> U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/41. Kritisch auch C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/379; Léger-I. Pingel-Lenuzza, Art. 11 EGV Rn. 9; F. Tuyschaever, Differentiation (1999), S. 54; G. Gaja, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/858; J.-M. Favret, Nice, RTD eur. 37 (2001), 279/284 und Calless/Ruffert-M. Ruffert, Art. 11a EGV Rn. 2, der eine solche Pflicht aus Art. 10 EGV ableiten will – ausdrücklich anders Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43 EUV Rn. 11.

Strukturpolitik gewährleistet<sup>73</sup>. Dieser Fonds ist zwar nicht speziell auf den Aspekt der Ungleichzeitigkeit ausgerichtet, garantiert aber dennoch eine Politik des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts. Die Regionalpolitik mildert den Wettbewerbsdruck im Binnenmarkt und erlaubt aufgrund ihrer allgemeinen Wirkung auch bei Ungleichzeitigkeit eine solidarische Ergänzung wirtschaftlicher Disparitäten<sup>74</sup>. Ungleichzeitigkeit hebt die finanzielle und wirtschaftliche Solidarität der Mitgliedstaaten somit nicht auf. Aufgrund der Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union wird ein Mindestmaß an Gleichheit der Wettbewerbsbedingung und Solidarität auch bei Ungleichzeitigkeit durch die allgemeinen Regelungen des Europarechts und die Regionalpolitik gewährleistet. Ungleichzeitigkeit ergänzt den europäischen Gesellschaftsvertrag um die Komponente des asymmetrischen Föderalismus und garantiert zugleich ein Mindestmaß an Gemeinsamkeit im europäischen Verfassungsverbund.

#### **4 Einheitlicher institutioneller Rahmen**

*Jellinek* beschreibt im Rahmen seiner Darstellungen zur „Gliederung des Staates“ den Typus eines nicht-föderalen Landes, das „in größerem oder geringerem Umfange dem Staate eingeordnet (ist).“<sup>75</sup> Es besteht hier eine Parallele zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit. In überraschender Deutlichkeit kritisiert *Jellinek* die politischen Auswirkungen einer solchen Konstruktion, die er allgemein als „ein Element der unvollkommenen oder der Desorganisation eines Staates“ betrachtet. Ein derartiger Staat:

„... ermangelt der politischen Einheit. Häufig findet in den Gliedern ein zentrifugales Streben nach größerer Selbstständigkeit statt, das die Fortdauer dieser Form des Staates ebenso prekär macht wie die der meisten Staatenverbindungen... Der zentrifugalen entspricht von Seiten des Staates wiederum häufig eine zentralisierende Tendenz, woraus dann innere Kämpfe langwieriger Art zu entstehen pflegen. Von der Dezentralisation durch Selbstverwaltung unterscheidet sich die durch Länder somit politisch dadurch, dass jene eine normale, diese eine abnorme Form ist, die entweder zu neuen Staatenbildungen oder zu einer stärker zentralisierten ... Verfassung des ganzen Staates hinstrebt.“<sup>76</sup>

Dies Urteil *Jellineks* ist geprägt durch den historischen Kontext des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts: die Hochphase der Nationalstaatsidee, die Beobachtung der zerfallenden k.u.k. Monarchie und die Spannungen zwischen dem britischen Mutterland und den nach mehr Eigenständigkeit drängenden Kolonien in Kanada, Australien und Südafrika, auf denen seine Analyse im Wesentlichen beruht<sup>77</sup>. In der „postnationalen Konstellation“<sup>78</sup> der globalisierten Welt des frühen 21. Jahrhunderts und angesichts der positiven Erfahrungen mit einem asymmetrischen Föderalismus in verschiedenen europäischen Staaten würde sein Urteil heute vermutlich freundlicher ausfallen. Dennoch gibt es auch in der europarechtlichen Literatur verschiedene Stimmen, die in Ungleichzeitigkeit eine Gefährdung des Zusammenhalts der

<sup>73</sup> Näher Kapitel 2 III 5 (S. 68 f.).

<sup>74</sup> Es sei hier dahingestellt, ob im Rahmen des EFRE ein neues Ziel-X-Gebiet geschaffen werden könnte, das insbesondere nach der Konzentration der Ziel-1-Mittel auf die neuen Mitgliedstaaten eine Förderung speziell von *outs* einer Ungleichzeitigkeit ermöglichte.

<sup>75</sup> *G. Jellinek*, Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 642.

<sup>76</sup> Ebd. 644.

<sup>77</sup> Ebd. 632 ff.

<sup>78</sup> *J. Habermas*, Demokratie, in: postnationale Konstellation (1998), S. 91.

Union sehen, zugleich meist aber auch betonen, dass diese Gefährdung sich nicht notwendig realisieren muss<sup>79</sup>.

In diesem Zusammenhang kommt der Wahrung des einheitlichen institutionellen Rahmens bei Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung zu. Institutionelle Regeln waren in der europäischen Integration nie etwas Zufälliges oder Beliebiges, sondern eine ihrer wesentlichen Erfolgsbedingungen<sup>80</sup>. Mehr noch als im Rahmen des Nationalstaats verkörpern und garantieren sie den ständigen Diskurs der politischen Akteure und schaffen den Rahmen für wechselseitiges Zuhören und miteinander Reden als Grundlage für gegenseitiges Vertrauen, politische Konsenssuche und „Legitimität durch Verfahren“ (*Luhmann*)<sup>81</sup>. Der Rat als Organ mitgliedstaatlicher Interessenvertretung und vor allem die „supranationalen“ Institutionen Kommission, Gerichtshof und Parlament kann man insofern auch als eine Verkörperung des europäischen Gesellschaftsvertrags betrachten<sup>82</sup>. In den Institutionen finden die demokratisch formulierten Interessen und Ansichten der Bürger einen formalisierten Ausdruck und münden in einem gesamteuropäischen Diskurs, der bei Ungleichzeitigkeit um wechselseitige Rücksichtnahmepflichten als spezielle Ausprägung des Grundprinzips der Unionstreue ergänzt wird<sup>83</sup>.

Die in Kapitel 7 umfassend beschriebene Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union garantiert vor diesem Hintergrund, dass Ungleichzeitigkeit die konzeptionelle Rückführung der europäischen Hoheitsgewalt auf einen gesamteuropäischen Gesellschaftsvertrag nicht ausschließt. Die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung von Kommission, Gerichtshof und Parlament bei Ungleichzeitigkeit und die Aussetzung nur des Stimmrechts des Vertreters eines *out* im Rat bei vollem Teilnahme- und Rederecht beugen einer politischen Spaltung der Union infolge von Ungleichzeitigkeit vor. Die weitreichende Nutzung des britisch-irischen *opt-in* im Raum

<sup>79</sup> Vgl. *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38: „(I)st hierbei indessen höchste Skepsis angebracht. Auf dem Spiel stehen ... die rechtliche sowie politische Kohäsion der Union.“ *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/105 f.: „(M)ounting frustration when flexibility ceases to be a privilege but becomes perceived as an exclusion. It could just as well become a possible liability on EC policy-making style, insofar as the essence of the system of closer cooperation affects adversely the possibility for package deals and linkage.“ *S. Weatherhill*, Safeguarding, in: Heukels u.a. (1998), S. 175: „I am concerned that the Community is underpinned by *apparent* stability; but that, on closer inspection, the stability evaporates.“ *B. Martenczyk*, Struktur, EuR 2000, 351/358: „(D)ie asymmetrischen Arrangements in föderalen Ordnungen zeichnen sich durch eine unverkennbare Tendenz zur Instabilität aus.“ *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/7: „Il restera à savoir si le prix pédagogique de la persuasion des États récalcitrants par leur mise à l'écart ou à l'index n'est par trop cher payé pour l'avenir de la construction communautaire.“ *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/293: „sur un plan politique, des formes d'alliances entre divers États risquent de se former.“ Speziell zur Außenpolitik *D. Llan Nogueras*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1155: „(S)es structures ne sont pas suffisamment fermes pour éviter cette multiplication des options en politique étrangère au sein de l'UE, ni par conséquent, la division politique existant en la matière.“

<sup>80</sup> Statt vieler *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/480 ff.; *A. von Bogdandy*, Bird's Eye, ELJ 6 (2000), 208: „(O)rganisational unity building is understood on this reading as a precondition for a functional and normatively convincing differentiation“ und *W. Leisner*, Einigungszwang, JZ 2002, 735/741: „Auf europäischer Ebene ist also Verfahrensrecht ... nichts Beliebiges, Zufälliges, sondern ein bedeutsamer Integrationsmotor.“

<sup>81</sup> *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl. 1997.

<sup>82</sup> Siehe auch EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3/24 – *van Gend & Loos*: „... findet eine noch augenfälliger Bestätigung in der Schaffung von Organen, welchen Hoheitsrechte übertragen sind, deren Ausübung in gleicherweise die Mitgliedstaaten wie die Staatsbürger berührt“ sowie der zu Beginn des Kapitel 7 zitierte 5. Erwägungsgrund der Präambel des EGKS-Vertrags, wonach ein Ziel des Vertragswerks ist, „die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können.“

<sup>83</sup> Siehe Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zeigt, dass die Beteiligung der *outs* an den Beratungen des Rats und seinen Subgremien die Herstellung von Gleichzeitigkeit sogar begünstigt<sup>84</sup>. Auch bei der verstärkten Zusammenarbeit mündeten die Vorschläge für eine ungleichzeitige Kompetenzzuweisung bislang immer in der Annahme gleichzeitiger Rechtsakte<sup>85</sup>. Bei der verstärkten Zusammenarbeit entfalten zudem die besonderen Begründungs- und Teilnahmeverfahren eine zusätzliche Sicherungsfunktion<sup>86</sup>. Hiernach findet im einheitlichen institutionellen Rahmen ein Gesamtdiskurs aller Mitgliedstaaten, Bürger und Interessenvertreter auch dann statt, wenn einzelne Mitgliedstaaten als *out* vorerst von der Annahme und Geltung des ungleichzeitigen Europarechts ausgenommen sind.

Wenn man die Einheitlichkeit der europäischen Verfassung bei Ungleichzeitigkeit bewahren möchte, sollte auch in Zukunft der einheitliche institutionelle Rahmen bei Ungleichzeitigkeit aus konzeptionellen – und nicht nur aus praktischen<sup>87</sup> – Erwägungen gewahrt bleiben. Es ist daher zu begrüßen, dass der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents den Status quo der informellen Euro-Gruppe zwar anerkennt, im Rahmen des Verfassungsvertrags jedoch am Grundsatz einer Beteiligung der *outs* an den Beratungen des Rates festhält<sup>88</sup>. Der einheitliche institutionelle Rahmen beugt bei Ungleichzeitigkeit durch die Gewährleistung eines gesamteuropäischen Diskurses der Entstehung einer Zentripetalkraft vor, die *Jellinek* vor einem Jahrhundert als Defizit asymmetrischer Arrangements bezeichnete<sup>89</sup>. Die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen verhindert, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration eine politische Spaltung der Europäischen Union bewirkt. Seine Wahrung bei Ungleichzeitigkeit ist in verfassungstheoretischer Perspektive eine vermutlich unabdingbare Voraussetzung für die konzeptionelle Rückführung der europäischen Verfassung auf einen europäischen Gesellschaftsvertrag.

## II Völkerrechtliche Kooperationen im europäischen Verfassungsverbund

Im europäischen Verfassungsverbund interagiert die originäre europäische Hoheitsgewalt mit den ebenfalls originären und insoweit autonomen Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten auf einer nichthierarchischen Grundlage und begründet keinen europäischen Bundesstaat

<sup>84</sup> Hierzu Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

<sup>85</sup> Siehe Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

<sup>86</sup> Näher Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

<sup>87</sup> Der gleichwohl wichtige Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten einer Doppelung der Organe findet sich im Hinblick auf das Sozialabkommen bei *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 113: „Darüber hinaus scheidet die Errichtung eigener Organe aus praktischen Erwägungen aus. Es ist für die Abkommensstaaten wesentlich einfacher, von der Ermächtigung, die Gemeinschaftsorgane in Anspruch zu nehmen, Gebrauch zu machen, als eigene Organe und eine eigenständige Verwaltung zu etablieren.“ Vgl. auch Kommission, Mitteilung der Kommission: Ein Projekt für die Europäische Union, KOM(2002) 247, 22.5.2002, S. 17 f.: „... es sei denn, die Zusammensetzung der Institutionen würde je nach den behandelten Bereichen modifiziert, was für den Rat denkbar ist, für die Kommission und das Europäische Parlament aber auf offenkundige Schwierigkeiten stößt.“

<sup>88</sup> Hierzu Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.). Anders der ehemalige französische Wirtschafts- und Finanzminister *Strauss-Kahn*: „married couples don't want anybody else in their bedroom“; zitiert nach *F. Tuytschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 188. Verständnis für einen Ausschluss der *outs* äußern auch *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/672 ff.; *A. von Bogdandy*, Euro, EuZW 2001, 449 und *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/860: „When three people who want to play tennis or bridge are joined by a fourth person who would spoil the game, the first three may prefer not to play at all.“

<sup>89</sup> Siehe das einleitende Zitat oben bei Fn. 76 (S. 353).

nach klassischem Verständnis<sup>90</sup>. Es ist ein Ausdruck der Eigenständigkeit der nationalen Verfassungsordnungen im europäischen Verfassungsverbund, wenn das Europarecht die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten in Art. 17 und 34 EUV ausdrücklich anerkennt und die allgemeinen Regeln des Europarechts völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten nicht generell verbieten<sup>91</sup>. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Annahme eines Verfassungscharakters der europäischen Verträge mittelfristig zu einem Verbot völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten führt. Dies hätte Rückwirkungen insbesondere auf eine mögliche Verwirklichung der politischen Integrationskonzepte des Kerneuropa. Es wurde in der Grundlegung des ersten Kapitels ausgeführt, dass das politische Integrationskonzept des Kerneuropa sowohl nach den Vorstellungen *Chiracs* als auch nach dem Modell *Fischer* jedenfalls teilweise auf völkerrechtlicher Grundlage neben den derzeitigen Verträgen verwirklicht würde<sup>92</sup>. In welchem Umfang ist eine völkerrechtliche Ergänzung der Europäischen Union mit den Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie vereinbar?

Ein Blick auf die Regelungen in klassischen Bundesstaaten ergibt insoweit kein einheitliches Bild allgemeiner Verfassungstheorie – unabhängig davon, ob man die Gedanken der klassischen Bundesstaatslehre zur Zulässigkeit vertraglicher Kooperationen der Gliedstaaten überhaupt auf völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im europäischen Verfassungsverbund übertragen kann. Historisch gewachsene Bundesstaaten unterwerfen die horizontale Kooperation der Gliedstaaten regelmäßig keinen verfassungsrechtlichen Grenzen. Speziell in der Bundesrepublik wird die Zusammenarbeit der Bundesländer sogar als ein Mittel zur Wahrung gliedstaatlicher Eigenständigkeit gefördert. Man denke insoweit nur an die umfassenden Kooperationen der deutschen Bundesländer in den Bereichen der Bildung und des Rundfunks<sup>93</sup>. Eine ähnliche Situation besteht in der Schweiz und Österreich, deren Verfassungen sogar ausdrückliche Bestimmungen zur Zulässigkeit der vertraglichen Zusammenarbeit der Bundesländer und Kantone umfassen<sup>94</sup>.

Dagegen schränken bundesstaatliche Verfassungen, die zur Zeit ihrer Annahme eine Gefährdung des Bundesstaats durch „politische Allianzen“ der Gliedstaaten befürchteten, die Kooperation der Gliedstaaten regelmäßig ein. Sie enthalten entweder ein ausdrückliches Verbot von Kooperationen der Gliedstaaten oder sehen jedenfalls einen bundesstaatlichen Genehmigungsvorbehalt vor. Dies gilt etwa für die ehemalige Schweizer Bundesverfassung von 1874<sup>95</sup> und die spanische Verfassung von 1978<sup>96</sup>. Auch Art. I Section 10(3) der Verfassung

<sup>90</sup> Kapitel 11 III 3 (S. 333 ff.).

<sup>91</sup> Siehe Kapitel 6 I und II (S. 182 ff.) sowie Kapitel 10 (S. 297 ff.).

<sup>92</sup> Hierzu Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

<sup>93</sup> Näher insbesondere *H. Schneider*, Verträge, VVDStRL 19 (1961), 1; *C. Tomuschat*, Zwischenländerrecht, DÖV 1975, 453 und *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 13 ff.

<sup>94</sup> Art. 15a II österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz: „Vereinbarungen der Länder untereinander können nur über Angelegenheiten ihres selbständigen Wirkungsbereiches getroffen werden und sind der Bundesregierung unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.“ Zur Schweiz nunmehr Art. 48 I der Bundesverfassung vom 18.4.1999: „Die Kantone können miteinander Verträge schließen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen. Sie können namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen.“

<sup>95</sup> Vor dem Hintergrund der Erfahrung des Sonderbunds Kriegs von 1847 bestimmte die Schweizer Bundesverfassung in der Fassung der Totalrevision vom 29.5.1874 in Art. 7 I, II S.1: „Besondere Bündnisse und Verträge politischen Inhalts zwischen den Kantonen sind untersagt. Dagegen steht ihnen das Recht zu, Vorkommnisse über Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung unter sich abzuschließen...“ Zur heutigen Rechtslage ebd.

<sup>96</sup> Art. 145 II der spanischen Verfassung: „Die Autonomiestatute können die Voraussetzungen ... vorsehen, gemäß derer die Autonomen Gemeinschaften untereinander Abkommen schließen können, die die Ausführung

der Vereinigten Staaten stellt bestimmte Verträge der amerikanischen Bundesstaaten unter einen Genehmigungsvorbehalt der Kongresses<sup>97</sup>. Diese Bestimmung wurde vom US-Supreme Court nach der Stabilisierung der amerikanischen Bundesstaatlichkeit infolge des Bürgerkriegs allerdings restriktiv ausgelegt<sup>98</sup>. Auch der europäische Verfassungsverbund könnte durch ausufernde völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten untergraben werden.

Die Praxis des vergangenen Jahrzehnts zeigt jedoch, dass völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten eine abnehmende Bedeutung besitzen<sup>99</sup>. Das Schengener Recht ist das prominenteste Beispiel dafür, dass die Mitgliedstaaten eine gegebenenfalls ungleichzeitige Einbeziehung völkerrechtlicher Kooperationen in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union der völkerrechtlichen Kooperation vorziehen. Auch die Vergemeinschaftung des früheren Europäischen Währungssystems durch die Währungsunion, die Harmonisierung des internationalen Privatrechts durch Verordnungen nach Art. 65 EGV anstelle völkerrechtlicher Vereinbarungen nach dem Modell des EuGVÜ und die Vergemeinschaftung des Dubliner Übereinkommens bezeugen, dass die Europäische Union zum zentralen Integrationsrahmen der überstaatlichen europäischen Kooperation geworden ist. Dies stärkt das Verfassungsprimat der europäischen Verträge und spricht dagegen, die völkerrechtlichen Kooperationsrecht der Mitgliedstaaten weitergehend zu beschränken. Zudem sei daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft nicht untergraben darf<sup>100</sup>. Dies sichert als allgemeine Regel des Europarechts, dass völkerrechtliche Kooperationen die europäische Verfassungsordnung nicht unterminieren.

Schon aus praktischen Erwägungen werden die Mitgliedstaaten im Zweifelsfall eine Regelung im Rahmen der Europäischen Union der völkerrechtlichen Kooperation vorziehen. Das Europarecht bietet nämlich Vorteile gegenüber einer intergouvernementalen Zusammenarbeit. Die europäische Rechtsetzung erlaubt eine flexible Reaktion auf veränderte Umstände und wird nicht durch langwierige Ratifikationsverfahren verzögert, die auch bei der Zusammenarbeit in Strafsachen dazu führen, dass die europarechtliche Regelung zunehmend dem völkerrechtlichen Vertragsschluss vorgezogen wird<sup>101</sup>. Beim Europarecht können die Mitgliedstaaten regelmäßig sicher sein, dass die vereinbarten Regelungen in der Praxis vergleichsweise effektiv angewandt werden. In den meisten Mitgliedstaaten kommen dem Euro-

---

und Gewährung ihrer eigenen Dienstleistungen betreffen... In weiteren Fällen bedürfen Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen den Autonomen Gemeinschaften der Genehmigung durch die Cortes Generales.“

<sup>97</sup> Art. I Section 10(3) US-Verfassung: „No state shall, without the consent of congress, lay any duty of tonnage, kept troops, or ships of war, in time of peace, enter into any agreement or compact with another state, or with a foreign power, or engage in war, unless actually invaded, or in such imminent danger as will not admit of delay.“

<sup>98</sup> In Supreme Court, Entscheidung vom 3.4.1898, *Virginia v Tennessee*, 148 U.S. Supreme Court Reports (1893), 503 beschränkte dieser den Anwendungsbereich der Genehmigungspflicht auf Abkommen, welche die „political power of influence“ der Vertragsstaaten erhöhen und „the full and free exercise of federal authority“ unterminieren; bestätigt und fortentwickelt in Supreme Court, Entscheidung vom 21.2.1978, *U.S. Steel Corp. v Multistate Tax Commission*, 434 U.S. Supreme Court Reports (1978), 452.

<sup>99</sup> Allgemein auch *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 58: „Even without strict legal compulsions to stop the using these alternative routes, the Member States have, on their own account, come to the conclusion that it is advisable to concentrate their efforts and invest their political resources in the complex and game of the European Union rather than organising many little side-games“ und *F. Tnytschaever*, EMU, in: ebd. 193: „the EC/EU, time after time, has been able to spread out its tentacles to make these activities gravitate to the centre, if need be by means of differentiation.“

<sup>100</sup> Siehe Kapitel 10 II 2 b (3) (S. 312 f.).

<sup>101</sup> Speziell zu Verträgen nach Art. 34 lit.d EUV Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

parecht außerdem rechtliche Privilegien zu, die völkerrechtlichen Verträgen nicht gewährt werden. Die unmittelbare Anwendbarkeit und der Vorrang sind nur die prominentesten Rechtsgrundsätze, die die effektive und einheitliche Anwendung des Europarechts in allen Mitgliedstaaten sichern<sup>102</sup>. Dies gilt im Übrigen für ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in gleicher Weise. Aufgrund der Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen erstrecken sich die Vorteile der europarechtlichen Regelung einer Materie auf Ungleichzeitigkeit.

Der wesentliche Vorteil der europarechtlichen Regelung einer Materie ist jedoch die Zuständigkeit der europäischen Institutionen. Der einheitliche institutionelle Rahmen der Europäischen Union umfasst erprobte Mechanismen der Entscheidungsfindung und speichert ein hohes Maß an Fachexpertise und -wissen, das in neuen Koordinierungsmechanismen und Institutionen aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen erst geschaffen werden müsste. Die Errichtung neuer Institutionen ist aufgrund der begrenzten personellen und finanziellen Ressourcen nicht nur unwahrscheinlich. Dieser Schritt ist bei einer ökonomischen Betrachtung auch nicht sinnvoll, da eine Nutzung der vorhandenen institutionellen Infrastruktur der Gemeinschaft wohl günstiger ist<sup>103</sup>. Schließlich werden völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten häufig wegen ihres rechtsstaatlichen und demokratischen Defizits kritisiert – nicht nur mit Blick auf das Schengener Völkerrecht<sup>104</sup>. Im Rahmen der europäischen Verträge sichern die Zuständigkeit des Parlaments und des Gerichtshofs, dass das demokratische und rechtsstaatliche Defizit begrenzt bleibt oder gänzlich beseitigt wird. Nach Maßgabe der Kriterien der Demokratie und der Transparenz besteht für *Craig* und *de Búrca* kein Zweifel an den Vorteilen der europarechtlichen Regelung:

„There is little room for doubt here: if we apply these criteria then the people fare less well when matters are regulated through a series of *ad hoc* international agreements than they do when they are regulated through bodies such as the EU“<sup>105</sup>

<sup>102</sup> Hierzu im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.) und zum Unterschied zwischen Unionsrecht der dritten Säule und Völkerrecht Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

<sup>103</sup> Ebenso *T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/298: Die verstärkte Zusammenarbeit „renders the extent and scope of such a joint effort ... more efficient and less expensive“ als völkerrechtliche Kooperationen.

<sup>104</sup> Hierzu die umfassende Analyse von *D. Curtin/H. Meijers*, Retrogression, CML Rev. 32 (1995), 391, die ebd. 415 zu dem Schluss kommen, dass im Bereich der Justiz- und Innenpolitik „in particular, secret law, secret decision-making and secrecy of documents should be reserved to authoritarian régimes“. Näher zur Rechtslage nach der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218. Entsprechend zur Euro-Gruppe *I. Pernice/F. Hoffmeister*, Economic, in: FS Ehlermann (2002), S. 376: „The EURO group meetings are neither transparent nor democratically controlled. It is questionable whether this is a fully satisfactory procedure.“ Zur völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks an das Schengener Recht *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/300: „Perhaps what is most depressing about the Danish opt-in opt-out regime is its rejection of encouraging greater openness and accountability of Schengen through the EU framework as well as its over-simplistic assumption that national institutions will be able to render accountable decisions taken at intergovernmental level on justice and home affairs matters“ und *J. Shan*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/77: „sacrificing democracy and openness on the altar of encroachment upon its state sovereignty“. All dies unterstellt freilich, dass die Kontrolle völkerrechtlicher Verträge durch nationale Parlamente begrenzt ist; hierzu allgemein *C. Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/26-37.

<sup>105</sup> *P. Craig/G. de Búrca*, EU Law (1999), S. 158. Entsprechend *S. Weatherbill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 34 f. und *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/394.

## 1 Kerneuropa: „constitutional heart attack“?

Welche Schlussfolgerungen ergeben sich aus den vorstehenden Ausführungen für die Umsetzung der politischen Integrationskonzepte eines Kerneuropa nach den Vorstellungen *Chiracs* und *Fischers*? Nach den Vorschlägen des französischen Staatspräsidenten würde die Europäische Union als dem zentralen rechtlichen Integrationsrahmen der europäischen Zusammenarbeit nicht in Frage gestellt. Das Modell *Chirac* zielt vielmehr auf eine komplementäre Ergänzung der Europäischen Union durch verschiedene völkerrechtliche Kooperationsrahmen, die als rechtliche „Satelliten“ die Union umkreisen. Soweit diese sich hierbei primär um Politikbereiche beziehen, die – wie die Verteidigungspolitik, die Bildungspolitik oder die Einrichtung gemeinsamer Konsulate und diplomatischer Vertretungen – allenfalls am Rande dem derzeitigen Primärrecht unterfallen, bestehen an der europarechtlichen Zulässigkeit dieser Kooperationen nach allgemeinen Regeln keine grundsätzlichen Zweifel<sup>106</sup>. Im Einzelfall könnten die europäischen Institutionen auf der Grundlage einer Organleihe einzelne Funktionen im Rahmen der völkerrechtlichen Satellitenverträge wahrnehmen. Nur eine umfassende Organleihe scheidet nach den allgemeinen Regeln des Europarechts grundsätzlich aus<sup>107</sup>.

Die Verwirklichung des Modells *Chirac* würde hiernach die Funktionsweise der Europäischen Union und das Verfassungsprimat der Verträge als zentralem Rahmen für die Regelung europäischer Sachverhalte nicht in Frage stellen. Die völkerrechtlichen Satellitenverträge würden im Hinblick auf Effizienz, demokratische Legitimität und rechtsstaatliche Kontrolle zwar hinter den Errungenschaften der europäischen Verfassungsordnung zurückbleiben. Dies könnte indirekt aber den Vorzug einer europarechtlichen Regelung aufzeigen. Nach dem Vorbild der Schengener Übereinkommen könnten die Satelliten als „Laboratorium“ und „Experimentierfeld“<sup>108</sup> für die europäische Integration dienen und mittelfristig in den Rahmen der europäischen Verträge integriert werden. Soweit nicht alle Mitgliedstaaten hierzu bereit sind, könnte die Integration wie beim Schengener Recht gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit erfolgen. Ganz im Sinn eines unterstützenden *bypass* würden die völkerrechtlichen Satelliten nach dem Modell *Chirac* die europäische Verfassung komplementär ergänzen, ohne das Verfassungsprimat der europäischen Verträge generell in Frage zu stellen.

Dies wäre bei einer Verwirklichung des Modells *Fischer* anders. Wenn man die Vorschläge *Fischers* in der Humboldt-Rede vom Mai 2000 als Blaupause für die künftige juristische Geographie Europas verwandte, würde die Europäische Union nicht nur um einzelne Satellitenverträge ergänzt. Stattdessen würde durch einige Mitgliedstaaten ein Gravitationszentrum begründet, das auf Grundlage eines neuen „europäischen Grundvertrags“ die gesamte Bandbreite europäischer Zuständigkeiten durch eigene Institutionen wahrnimmt<sup>109</sup>. Die Begründung einer derartigen „Gegenorganisation“ mit umfassenden Kompetenzen und eigenen Institutionen würde eine „Entlegitimierung der Europäischen Union als dem zentralen Instrument

<sup>106</sup> Näher zu den entsprechenden Vorschlägen Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.). Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sind völkerrechtliche Kooperationen generell zulässig; Kapitel 10 III (S. 318 ff.). Auch im Bereich konkurrierender Zuständigkeit stehen die allgemeinen Regeln des Europarechts hier dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge regelmäßig nicht entgegen; Kapitel 10 II 2 b (S. 308 ff.).

<sup>107</sup> Siehe Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.).

<sup>108</sup> In diesem Sinn zu den Schengener Übereinkommen *L. Corrado*, *L'intégration*, RMC 1999, 342/349 und *H. Labayle*, *Espace*, RTD eur. 33 (1997), 813/877: „laboratoire“; *A. Wiener*, 'No' (2000), S. 16: „laboratory“; *D. O'Keefe*, *Model?*, Y.E.L. 11 (1991), 185/213 ff.; *K.-P. Nanz*, *Schengen, Integration 1994*, 92/94: „Vorreiter und Laboratorium“ und *K. Hailbronner/C. Thiery*, *Vergemeinschaftung*, EuR 1998, 583/605: „Pionierübereinkommen“.

<sup>109</sup> Hierzu bereits Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

und Baumuster der Verflechtung für die Demokratien Europas<sup>110</sup> bedeuten. Das Gravitationszentrum würde als „Nukleus einer Verfassung der Föderation“<sup>111</sup> die europäischen Verträge als Ausdruck und Gestaltform des europäischen Gesellschaftsvertrags ablösen. Die derzeitigen Verträge erlitten eine „constitutional heart attack“<sup>112</sup>, die den Verfassungsprimat des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union sprengt und beseitigt.

Aus der Perspektive der europäischen Verträge wäre ein solcher Schritt wohl rechtswidrig. Man könnte insoweit eine Umgehung des Vertragänderungsverfahrens annehmen<sup>113</sup> oder unter Rückgriff auf entsprechende Äußerungen des Gerichtshofs die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft gefährdet sehen<sup>114</sup>. Auch die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV kann nicht als Modell für eine „Föderationsklausel“ dienen, die als rechtliches Bindeglied das Gravitationszentrum mit der Europäischen Union verknüpft. Art. 306 EGV geht von einer Subsidiarität der Benelux-Integration gegenüber der Europäischen Union aus, dem ein Aufgehen der Europäischen Union im föderalen Kerneuropa nach den Vorstellungen *Fischers* entgegengesetzt ist<sup>115</sup>. Wenn man die europäischen Verträge als originäre Verfassungsordnung begreift, könnte man zudem aus dem Verfassungscharakter deduktiv das Gebot eines Verfassungsprimats der Verträge ableiten, das nicht durch die Begründung einer europäischen Gegenorganisation unterlaufen werden darf. Die Begründung eines Gravitationszentrums *à la Fischer* wäre dann allenfalls durch die verfassungstheoretische Grenzsituation einer Verfassungsneugestaltung gerechtfertigt, die als „konstitutionelle Revolution“<sup>116</sup> den Legitimationsrahmen der Europäi-

<sup>110</sup> J. Janning, *Geschwindigkeiten*, EA 1994, 527/532.

<sup>111</sup> J. Fischer, *Föderation*, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 50.

<sup>112</sup> So die Terminologie von M. Hedemann-Robinson, *Area*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/302, wenn auch nicht im Hinblick auf die Vorschläge *Fischers*, sondern auf die Gefahren einer Vielzahl ergänzender völkerrechtlicher Kooperationen.

<sup>113</sup> Überlegungen in diese Richtung finden sich, wenn auch nicht speziell im Hinblick auf die Vorschläge *Fischers*, bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-R. Meng, Art. N EUV Rn. 35; Grabitz/Hilf-C. Vedder/H.-P. Folz, Art. N EUV (1998) Rn. 7 und A. Peters, *Elemente* (2001), S. 447 ff.

<sup>114</sup> Siehe bereits Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.) zu EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 – *EWRI* und ergänzend EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 11 – *Binnenschiffahrt*: Verbot einer „Änderung der Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten im Widerspruch zu einer bereits im zweiten Absatz der Präambel aufgestellten Forderung, wonach die Ziele der Gemeinschaft durch ‚gemeinsames Handeln‘ erreicht werden sollen, wobei nach Artikel 4 diese Aufgabe von den jeweils im Rahmen der ihnen zugewiesenen Befugnisse handelnden Organen der Gemeinschaft wahrgenommen wird“ und EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 Rz. 33 – *Kernmaterialübereinkommen*: „Es steht außer Zweifel, dass das einseitige Vorgehen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich, auch wenn es gemeinsam und abgestimmt sein sollte, zur Folge hätte, dass einige der wesentlichen Funktionen der Gemeinschaft in Frage gestellt würden.“ Zudem erlaubt Art. 48 EUV nur eine Änderung der Verträge, „auf denen die Union beruht“. Dies könnte man als Verbot einer faktischen Aufgabe der Europäischen Union deuten. Es sei zudem daran erinnert, dass Art. 23 I GG die Bundesrepublik zur Mitwirkung „bei der Entwicklung der Europäischen Union“ verpflichtet, weshalb auch das Grundgesetz der Begründung einer eigenständigen Gegenorganisation wohl entgegensteht. Siehe auch T. Giegerich, *Konstitutionalisierungsprozess* (2003), S. 544: „Sicher ausgeschlossen ist eine auch nur vorübergehende Änderung der Gemeinschaftsverfassung durch einzelne Mitgliedstaaten untereinander, weil sie zu einer konstitutionell unerträglichen Spaltung des Verfassungsregimes zwischen den (*ins* und *outs*) führen würde.“

<sup>115</sup> Hierzu bereits Kapitel 6 V 2 (S. 200 f.).

<sup>116</sup> So auch J. Fischer, zitiert nach J. Hénard/D. Vernet/R. de Weck, Streitgespräch Joschka Fischer contra Jean-Pierre Chevènement, *Die Zeit* vom 21.6.2000, S. 13/26.

schen Union überschreitet und im Sinn eines „bewussten politischen Neugründungsakt(s)“<sup>117</sup> die Verfassung des Gravitationszentrums auf eine neue legitimatorische Basis gründet<sup>118</sup>.

## 2 Alternative: Reform von Ungleichzeitigkeit?

Es wurde in der Grundlegung des ersten Kapitels bereits darauf hingewiesen, dass die Vorschläge *Fischers* vermutlich nicht wörtlich zu nehmen sind und in erster Linie dem Ziel dienen, eine gesamteuropäische Debatte über den Fortgang der Integration anzustoßen. Das Kerneuropamodell diene hierbei als Entkräftung des Gegenarguments einer mangelnden Realisierbarkeit wegen unüberwindbarer Widerstände in einzelnen Mitgliedstaaten<sup>119</sup>. Nachdem die Initiative *Fischers* in der gesamteuropäischen Verfassungsdebatte des Europäischen Konvents mündete, hat sich der unmittelbare politisch-strategische Zweck der Humboldt-Rede erfüllt und wurde von ihm seither nicht wiederbelebt. Es ist daher in naher Zukunft nicht mit der Realisierung des Projekts zu rechnen. Gleichwohl sind die aufgezeigten Überlegungen nicht nur von akademischem Interesse. Das Kerneuropakonzept könnte in den kommenden Jahren einen Auftrieb erhalten, wenn die Ratifikation des Verfassungsvertrags scheitert oder sein Ergebnis als unbefriedigend empfunden wird. Als Alternative zu einer völkerrechtlichen Ergänzung der Europäischen Union könnte man hierbei eine Reform der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit anstreben.

Konkret könnte man einen dreifachen Reformschritt erwägen: Den Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen, die punktuelle Ausweitung europäischer Zuständigkeiten und die Änderung des Verfahrens zum Inkrafttreten von Vertragsänderungen. Auf den Aspekt des ungleichzeitigen Übergangs zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen wurde bereits hingewiesen, weil der Europäische Konvent mit Art. III-328 VVE-E eben diese Reform der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit *de constitutione ferenda* vorschlägt<sup>120</sup>. Auch einen Ausbau von Unionskompetenzen erlaubt der Verfassungsentwurf im Bereich der Verteidigungspolitik, die gegebenenfalls durch neue Sonderformen von Ungleichzeitigkeit umgesetzt werden sollen<sup>121</sup>. Um in anderen Bereichen der Aushöhlung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung vorzubeugen, sollte der Umfang möglicher anderer Kompetenzausweitungen in besonderen Vertragsbestimmungen ausdrücklich festgelegt sein<sup>122</sup>.

Diese Reformen könnte – ähnlich wie die Vorschläge des Konvents zur Verteidigungspolitik – entweder von allen Mitgliedstaaten gemeinsam umgesetzt oder von einigen Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit verwirklicht werden. Subsidiär könnte jeweils das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit Anwendung finden, soweit die besonderen vertraglichen Ermächtigungen keine speziellen Regelungen normieren<sup>123</sup>. Auch wäre es möglich, die nationalen Parlamente und Bürger in die Entscheidung einzubeziehen<sup>124</sup>. Eine

<sup>117</sup> J. Fischer, Föderation, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 41.

<sup>118</sup> Ebenso wie hier D. Hanf, Differentiation (2002), S. 399 f.: „revolutionary options“.

<sup>119</sup> So schon Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

<sup>120</sup> Siehe Kapitel 7 I 3 (S. 214 ff.).

<sup>121</sup> Hierzu Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

<sup>122</sup> Er könnte sich etwa auf die möglichen Betätigungsfelder eines Kerneuropa beziehen; Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

<sup>123</sup> So zur strukturierten Zusammenarbeit in der Verteidigungspolitik Art. III-213 V VVE-E; Kapitel 5 III 2 (S. 173 ff.).

<sup>124</sup> Art. 17 I EUV zur Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik und die *passerelle* des Art. 42 EUV zur „Vergemeinschaftung“ der dritten Säule könnten insoweit als Vorbild dienen, wenn sie die Annahme eines Integrationsschritts nach Maßgabe der nationalen Verfassungsrechts vorschreiben.

ungleichzeitige Umsetzung käme hiernach insbesondere dann in Betracht, wenn einige Mitgliedstaaten die Teilnahme von Anfang an nicht wünschen oder die Annahme des Reformschritts im nationalen Parlament oder einem anberaumten Referendum scheitert. Die neue Form von Ungleichzeitigkeit unterfiel den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit und wäre hiernach umfassend in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Verfassungsrahmen der Europäischen Union integriert.

Dagegen gestaltet sich eine Reform des Vertragsänderungsverfahrens schwierig. Keine rechtlichen Probleme bereitet nur eine Regelung wie diejenige der UN-Charta, wonach eine Vertragsänderung nach der Ratifikation durch ein bestimmtes Quorum der Vertragsstaaten mit Wirkung für alle Vertragsstaaten in Kraft tritt<sup>125</sup>. Ein solcher Integrationsschritt hat derzeit politisch jedoch keine Realisierungschance, weil die meisten Mitgliedstaaten nicht bereit sind, auf ihr Veto bei Vertragsänderungen zu verzichten. So behält auch der Verfassungsentwurf des Konvents das Einstimmigkeitserfordernis für Vertrags- bzw. Verfassungsänderungen bei und verlangt in Art. IV-7 IV VVE-E die Ratifikation aller Mitgliedstaaten<sup>126</sup>. Alternativ könnte man allenfalls ein „ungleichzeitiges“ Inkrafttreten von Vertragsänderungen nach der Ratifikation durch nicht alle Mitgliedstaaten mit Wirkung nur für diese Mitgliedstaaten erwägen. Ein solcher Integrationsschritt würde jedoch nicht nur erhebliche Probleme praktischer Natur mit sich bringen<sup>127</sup>. Es bestünde auch ein rechtliches Nebeneinander verschiedener Teilordnungen, die teils für alle und teils für einige Mitgliedstaaten gelten, ohne dass ihre Interaktion durch eine von allen Mitgliedstaaten ratifizierte Vertragsänderung geregelt würde, wie dies bei Ungleichzeitigkeit der Fall ist. Die europäischen Verträge begründeten keine einheitliche Rechtsordnung mehr und könnten nicht mehr als Verfassung im Rechtsinn qualifiziert werden<sup>128</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung des Art. IV-7 V VVE-E kein Einfallstor für ein ungleichzeitiges Inkrafttreten künftiger Vertragsänderungen, soweit es dort heißt, dass der Europäische Rat mit der Frage zu befassen ist, wenn „nach Ablauf von zwei Jahren ... vier Fünftel der Mitgliedstaaten den (Änderungsvertrag) ratifiziert (haben) und in einem Mitgliedstaat oder mehreren Mitgliedstaaten Schwierigkeiten bei der Ratifikation aufgetreten (sind).“ Der Europäische Rat hat nicht die Kompetenz, ein von Art. IV-7 IV VVE-E abweichendes Inkrafttreten der Verfassungsänderung mit Wirkung für einige Mitgliedstaaten zu beschließen. Allenfalls kann er andere Auswege aus der Blockadesituation erörtern. Neben einem freiwilligen Austritt des zögernden Mitgliedstaats<sup>129</sup> kommt die Vereinbarung einer neuen Form von Ungleichzeitigkeit in Betracht, die dessen Integrationsunwille mit dem Re-

---

<sup>125</sup> Vgl. Art. 108 UN-Charta.

<sup>126</sup> Trotz eines erneuten Vorstoßes von Kommission und Parlament wird der Vorschlag eines vereinfachten Änderungsverfahrens für vermeintlich technische Detailbestimmungen des dritten Teils des Verfassungsvertrags in der Regierungskonferenz nicht verwirklicht werden. Das Vereinigte Königreich hat seinen Widerstand bereits bekräftigt; vgl. zu all dem die Mitteilung der Kommission, Eine Verfassung für die Union, 17.9.2003 (KOM(2003) 548), Rz. 10 ff.; die Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, EP-Dok. P5\_TA-(2003)0407, Rz. 32 und The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, A Constitutional Treaty for the EU, September 2003, Nr. 66: „(W)e will insist that unanimity remain for Treaty change.“

<sup>127</sup> Erhebliche Komplikationen würden sich vor allem für die Zusammensetzung und Funktionsweise der Organe ergeben, wenn diese je nach Rechtsgrundlage variiert und je nach Rechtsgrundlage verschiedene Regeln gelten.

<sup>128</sup> Hierzu bereits Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

<sup>129</sup> Vgl. Art. I-59 VVE-E.

formbestreben der anderen Mitgliedstaaten in praktischer Konkordanz verbindet<sup>130</sup>. Die Vereinbarung einer neuen Form von Ungleichzeitigkeit, die über den Status quo des gelten Vertragsrechts hinausgeht, bedarf freilich ihrerseits als Vertragsänderung der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten. Soweit auch diese scheitert, bleibt den kooperationswilligen Mitgliedstaaten auch weiterhin nur die Option einer völkerrechtlichen Kooperation außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union.

### III Ungleichzeitigkeit und europäische Demokratie

*Graf Vitzthum* schließt seine Überlegungen zur Identität Europas und den Perspektiven europäischer Verfassungs- und Identitätspolitik mit den Worten „*Qui vivra veras*“<sup>131</sup>. Dies entspricht dem Ergebnis der verfassungstheoretischen Standortbestimmung, dass die Entwicklung eines europäischen Bürgerbewusstseins, welches die europäische Verfassung zu tragen vermag und eine originäre demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt vermittelt, sich in einem Entwicklungsprozess befindet<sup>132</sup>. *Hallsteins* Formel von der europäischen Integration als „*création continue*“<sup>133</sup> besitzt insoweit für die Entwicklung der europäischen Demokratie eine besondere Bedeutung. Welche Wechselwirkung besteht zwischen Ungleichzeitigkeit und der schrittweisen Herausbildung einer europäischen Identität? Erschwert oder verhindert Ungleichzeitigkeit diesen Integrationsprozess mit der Folge, dass die verfassungstheoretischen Anforderungen an eine europäische Demokratie auch wegen Ungleichzeitigkeit nicht erfüllt sind?

#### 1 Rechtsstatus der Unionsbürger

Die verfassungstheoretische Annahme, dass die europäische Verfassung auf einem Gesellschaftsvertrag der Unionsbürger gründet und diese die europäische Hoheitsgewalt über das Europäische Parlament, zumindest partiell, demokratisch direkt legitimieren, wäre in Frage gestellt, wenn die Rechtsstellung der Unionsbürger bei Ungleichzeitigkeit einzig über ihre Staatsangehörigkeit vermittelt würde. Es soll daher an dieser Stelle nochmals auf einzelne Aspekte des Rechtsstatus der Unionsbürger bei Ungleichzeitigkeit hingewiesen werden. Grundsätzlich wird die Unionsbürgerschaft zwar durch die nationale Staatsangehörigkeit vermittelt und ergänzt diese als Ausdruck des „bestehenden Maß(es) existentieller Gemeinsamkeit“<sup>134</sup>. Bei Ungleichzeitigkeit wird jedoch deutlich, dass die ergänzende Funktion der Unionsbürgerschaft sich von der nationalen Staatsangehörigkeit löst und eine eigenständige Bedeutung gewinnt. Bei Ungleichzeitigkeit besteht der Gleichheitsstatus der Unionsbürger unabhängig von deren Staatsangehörigkeit. Dies kann man als Element einer eigenen Personalhoheit der Europäischen Union im Anwendungsbereich des Europarechts betrachten<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> Siehe auch *D. Grimm*, Hintertür, Die Zeit vom 16.4.2003, S. 10: Das Ziel einer größeren Effizienz der Vertragsreform durch die Aufgabe von Einstimmigkeit für Vertragsänderungen sei alternativ durch „die Lösung unterschiedlicher Integrationsstufen in der EU“ zu erreichen.

<sup>131</sup> *W. Graf Vitzthum*, Identität, EuR 2002, 1/16 im Anschluss an: „Die EU-Identität dürfe weiterhin Schritt für Schritt entworfen und institutionell abgesichert werden; die Substanz wird dann – prozedural geordnet – nachwachsen, zumindest partiell.“

<sup>132</sup> Kapitel 11 IV 2 (S. 338 ff.).

<sup>133</sup> *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 46.

<sup>134</sup> BVerfGE 89, 155/184 – *Maastricht*. Allgemein zur ergänzenden Funktion der Unionsbürgerschaft Art. 17 I EGV.

<sup>135</sup> Zur „personalen Komponente“ der von ihm als „supranationale Föderation“ verstandenen Europäischen

Nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit muss auch ungleichzeitiges Europarecht das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten<sup>136</sup>. Bei Ungleichzeitigkeit richtet sich der personale Geltungsbereich des Europarechts einzig nach der Beschränkung des geographischen Geltungsbereichs. Die Gemeinschaft darf innerhalb des beschränkten Geltungsbereichs nicht zwischen Staatsangehörigen der *ins* und der *outs* unterscheiden. Der Rechtsstatus der Unionsbürger wird nicht über „ihren“ Mitgliedstaat vermittelt und ist unabhängig von dessen Teilnahme an der Ungleichzeitigkeit. So musste die Gemeinschaft das Förder- und Austauschprogramm für Rechtsberufe im Bereich des Zivilrechts zwingend für dänische Staatsangehörige öffnen, die einen Rechtsberuf im Geltungsbereich der Verordnung ausüben<sup>137</sup>. Dagegen ist die Nichtgeltung eines ungleichzeitigen Rechtsakts für alle Unionsbürger, gleich welcher Staatsangehörigkeit, im Staatsgebiet der *outs* eine notwendige Folge von Ungleichzeitigkeit<sup>138</sup>. Soweit die Gemeinschaft die Vorteile ungleichzeitigen Europarechts dennoch auf Staatsangehörigen eines *in* im Hoheitsgebiet eines *out* erstreckt, muss sie wiederum das Diskriminierungsverbot beachten. Im Fall des aufgeführten Förderprogramms durfte sie etwa nicht vorsehen, dass deutsche Staatsangehörige, die einen Rechtsberuf in Dänemark ausüben, sich an Fördermaßnahmen beteiligen können, nicht aber dänische Staatsangehörige in Dänemark<sup>139</sup>.

Ebenso ist es rechtlich zwingend geboten, dass britische und irische Staatsangehörige bei der Einreise in den Schengen-Raum nicht wie Drittstaatsangehörige behandelt werden, sondern demselben Kontrollregime wie Staatsangehörige der *ins* unterworfen sind<sup>140</sup>. Das Vereinigte Königreich und Irland sind *outs* des Grenzkontrollregimes des Schengener Rechts, ihre Staatsangehörigen gelten bei der Einreise in den Schengen-Raum aber gleichwohl als „Schengen-Bürger“. Der Rechtsstatus der Unionsbürger durchbricht den Ableitungszusammenhang der nationalen Staatsangehörigkeit und gewinnt ein eigenständiges Gewicht, das bei Ungleichzeitigkeit besonders deutlich wird. Das Gebot der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erleichtert identitätsstiftende Gruppenbildungsprozesse zwischen den Unionsbürgern<sup>141</sup>. Es trägt damit gerade auch bei Ungleichzeitigkeit zur Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins bei, auf dem die europäische Verfassung und die demokra-

---

Union *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/99 f. sowie, ihm folgend, *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351/355. Siehe auch bereits *C. Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/54 f.: „Die Verfestigung der Europäischen Gemeinschaft verwickelt indes das Konzept der Nation als eines geschlossenen Personenverbandes mit speziellen Rechten und Pflichten ihrer Angehörigen zunehmend in Widersprüche. Angesichts der gemeinschaftsrechtlich verbürgten Freizügigkeit muss die Anwesenheit der Angehörigen aller übrigen Gemeinschaftsmitglieder als dauerhafte von Rechts wegen gestattet werden.“ Der Begriff der Personalhoheit soll hier losgelöst von seinem klassischen staatsrechtlichen oder völkerrechtlichen Verständnis als Ausdruck des europäischen Gesellschaftsvertrags verwandt werden; siehe aber *J. Gerkerath*, Émergence (1997), S. 399: „On y rencontre ainsi des éléments qui ... présentent des analogies frappantes avec certains éléments constitutifs de l'État.“

<sup>136</sup> Siehe Kapitel 8 IV (S. 254 ff.).

<sup>137</sup> Hierzu die Darlegungen betreffend VO 290/2001/EG ebd.

<sup>138</sup> Derartige mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind zulässig. Siehe hierzu die Verweise auf EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 Rz. 13 – *Walt Wilhelm* und BVerfGE 33, 206/231 – *Waffengesetz* in Kapitel 8 IV (S. 254 ff.).

<sup>139</sup> So im Hinblick auf Art. 8 IV VO 290/2001/EG ebd.

<sup>140</sup> Siehe hierzu ebenfalls die Darlegungen betreffend Art. 1, 6 II lit.c Schengen II ebd.

<sup>141</sup> Entsprechend allgemein zum Diskriminierungsverbot *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/185: „Zum anderen begründet die Unionsbürgerschaft einen Status der Gleichheit unter den nationalen Rechtsordnungen. Dies erleichtert gegenseitige Anerkennungsprozesse zwischen den Unionsbürgern und damit Gruppenbildungsprozesse, welche durch Diskriminierungen massiv erschwert würden.“

tische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt durch das Europäische Parlament beruhen. In freier Fortentwicklung der Aussage *Brandts* zur deutschen Teilung kann man im Hinblick auf die „Teilung“ der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit formulieren: „Auch wenn verschiedene Integrationsgruppen in der Europäischen Union existieren, sind sie füreinander doch kein Ausland.“<sup>142</sup>

## 2 Europäisches Parlament

Die politische Debatte um die Ungleichzeitigkeit eines konkreten Sachthemas ist an den Mitgliedstaaten als monolithischen Blöcken demokratischer Entscheidungsfindung ausgerichtet. Dies garantiert zwar die Wahrung nationaler Interessen und Identität im europäischen Verfassungsverbund, stärkt zugleich aber den nationalen Legitimationsstrang europäischer Hoheitsgewalt<sup>143</sup>. Ungleichzeitigkeit erschwert insoweit die Herausbildung eines originären europäischen Diskurses. Es ist daher besonders wichtig, dass die Souveränität der Unionsbürger gegenüber der europäischen Hoheitsgewalt nicht nur in nationalen Wahlen und Referenden kanalisiert wird<sup>144</sup>. Dem Europäischen Parlament kommt gerade auch bei Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung zu. Allgemein betrachtet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Europäische Parlament in der *Matthews*-Entscheidung als „the principal form of democratic, political accountability in the Community system.“ Da es „derives democratic legitimation from the direct elections by universal suffrage, (it) must be seen as that part of the European Community structure which best reflects concerns as to ‘effective political democracy’.“ Der Ausschluss der Gibraltesen von den Europawahlen verstoße daher gegen das Recht auf freie Wahlen<sup>145</sup>. Bei Ungleichzeitigkeit stellt sich die Frage nach dem Wahlrecht zum Europäischen Parlament unter entgegengesetzten Vorzeichen: Ist es eine Verletzung des demokratischen Prinzips, wenn die Abgeordneten eines *out* über die Annahme und Änderung ungleichzeitiger Europarechtsakte mitbestimmen?

Die Fragestellung ist kein Spezifikum des Europarechts und stellt sich entsprechend in Mitgliedstaaten mit einer asymmetrischen Regionalisierung. So wird im Vereinigten Königreich seit den 70er-Jahren die *West Lothian Question* kontrovers diskutiert. Sie bezieht sich auf einen Einwand des Vertreters des schottischen Wahlkreises *West Lothian* im britischen Parlament in Westminster während einer früheren Regionalisierungsdebatte, ob es denn demokratisch sei, wenn er über Fragen mitentscheiden dürfe, die dem schottischen Parlament zur autonomen Entscheidung übertragen wurden, für England aber weiterhin in Westminster unter

<sup>142</sup> Ähnlich, ohne auf die Ungleichzeitigkeit des Schengener Rechts einzugehen, P. Häberle, *Öffentlichkeit* (2000), S. 8: „Schließlich sind die Mitgliedstaaten der EU nicht mehr ‚Ausland‘. Sie bilden schon ein Stück Inland und sind in einem tiefen Sinne ‚Freundesland‘ – nicht nur Schengen macht dies für den Europabürger erlebbar.“

<sup>143</sup> Als einer der beiden komplementären Quellen demokratischer Legitimation im europäischen Verfassungsverbund; Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

<sup>144</sup> Die gleichwohl die Funktion von „Europawahlen“ im europäischen Verfassungsverbund ausüben und die mittelbare demokratische Legitimation der Europäischen Union sichern; so zu Referenden über die Währungsunion Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.) und allgemein I. Pernice, *National Parliaments*, in: Melissas/ders. (2002), S. 73.

<sup>145</sup> Nach Art. 3 des (ersten) Zusatzprotokolls zur EMRK; EGMR, Application No. 24833/94, *Matthews v. United Kingdom*, Rz. 52 und 60 ff., EHRR 28 (1999), 361 ff. Es sei zudem daran erinnert, dass das Problem nicht neu ist und sich in den 50er-Jahren im Hinblick auf das Saarland und die entsprechende Bestimmung des Art. 79 I S.2 EGKSV stellte. Die von W. Hallstein, Schuman-Plan (1951), S. 25 „als undemokratisch“ verworfene Variante einer Nichtrepräsentation des Saarlands wurde seinerzeit durch die Anrechnung der Saardelegierten auf die französische Quote der seinerzeit noch nicht direkt gewählten Europaparlamentarier gelöst.

Beteiligung der schottischen Abgeordneten entschieden werden<sup>146</sup>. Die Debatte dauert bis heute an und ist bislang nicht im Sinn eines Ausschlusses derjenigen Abgeordneten entschieden, die einen Wahlkreis vertreten, in dem eine Gesetz nicht gilt<sup>147</sup>. Auch in den asymmetrischen Arrangements Belgiens und Spaniens sind alle Abgeordneten gleichberechtigt an der Annahme aller Gesetze beteiligt<sup>148</sup>.

Auch in der Europäischen Union berät und entscheidet das Europäische Parlament bei Ungleichzeitigkeit in unveränderter Zusammensetzung<sup>149</sup>. Eine variierte Beschlussfassung war im Verfassungsentwurf des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments von 1994 de constitutione ferenda noch ausdrücklich vorgesehen<sup>150</sup> – diese Forderung wurde während der Regierungskonferenz 1996/97 jedoch aufgegeben<sup>151</sup>. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde die unveränderte Zusammensetzung des Parlaments vielfach kritisiert. Die Kritik stützte sich dabei vor allem auf die unterstellte Abwesenheit eines europäischen Volkes und leitete hieraus die Konsequenz ab, dass die Beteiligung aller Abgeordneten undemokratisch sei<sup>152</sup>. Dies gelte insbesondere dann, wenn etwa britische Abge-

<sup>146</sup> Näher *V. Bogdanor*, *Devolution* (1999), S. 227 f.; *A. Ward*, *Limits*, in: Kilpatrick u.a. (2000), S. 129; *R. Hazell*, *Westminster*, in: ders. (1999), S. 121 und *J. Hopkins*, *Comparative*, EPL 4 (1998), 323/332 f.

<sup>147</sup> In Section 81 Scotland Act 1998 wurde die Frage insoweit mittelbar angegangen, als jedenfalls die bisherige Überrepräsentanz Schottlands durch eine Anpassung der Wahlkreisgröße beseitigt wurde; *R. Hazell*, *Westminster*, in: ders. (1999), S. 117. Die britischen Konservativen forderten vor der Unterhauswahl 2001 eine Beschneidung der Stimmrechte schottischer Abgeordneter; vgl. *B. Groom*, *A Show of Arms begins election's phoney war*, *Financial Times* vom 4.12.2000, S. 3 und *R. Brazier*, *Constitution?*, N.I.L.Q. 52 (2001), 1/12. Praktisch dürfte sich die Frage mit der anvisierten Schaffung englischer Regionen und der hiermit einhergehenden zunehmenden Symmetrie der Regionalisierung entschärfen.

<sup>148</sup> Nach *Hopkins* ebd. 332 wurde die Frage in Spanien nie ausdrücklich diskutiert, weil Regionalisierungsgegner im gleichen Stimmrecht eine Betonung der staatlichen Einheit sehen. Dagegen möchten die primär bevorzugten Andalusier und Katalanen ihren überproportionalen Einfluss wahren und andere Regionen das Argument als Druckmittel für mehr eigene Autonomie nutzen. Auch in Belgien entscheidet die föderale Ebene immer in unveränderter Zusammensetzung. Eine Asymmetrie besteht einzig in dem Sonderfall, dass die fusionierte flämische (Kultur-)Gemeinschaft/Region Flandern Entscheidungen für die Region Flandern trifft, die Brüssel nicht umfasst. Hier stimmen die Brüsseler Vertreter in der fusionierten Volksvertretung nicht mit ab; näher *R. Mörsdorf*, *Vergleich* (1996), S. 81.

<sup>149</sup> Dies ergibt sich schon aus der Abwesenheit einer abweichenden Regelung und bekräftigend aus Art. 44 I EUV; Kapitel 7 II (S. 216 f.).

<sup>150</sup> Art. 46 des Verfassungsentwurfs des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments vom 10.2.1994 („Herman-Bericht“), BT-Drs. 12/7074: „Die Mitglieder des Europäischen Parlaments..., die den anderen Mitgliedstaaten (*outs* einer Ungleichzeitigkeit, Anm. d. Verf.) angehören, enthalten sich bei Beratungen und Abstimmungen über Entscheidungen, die aufgrund dieser Bestimmung getroffen werden, der Stimme.“

<sup>151</sup> Während der Regierungskonferenz im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam forderte das Europäische Parlament – entgegen ersten Entwürfen aus nationalen Regierungskreisen – eine uneingeschränkte Beteiligung aller Abgeordneten bei Ungleichzeitigkeit; vgl. *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 65 und die Stellungnahme seines ehemaligen Präsidenten *J.M. Gil Robles*, *Flexibilität*, *EuZW* 1997, 353: „Wir sind die Vertretung aller Bürger, und alle Bürger werden von den Beschlüssen betroffen sein, die im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit gefasst werden. Deshalb müssen alle Europaabgeordneten die Möglichkeit haben, Einfluss auf die Beschlussfassung zu nehmen.“

<sup>152</sup> So zum Sozialabkommen *K. Hailbronner*, *EG-Sozialpolitik*, in: GS Grabitz (1995), S. 137 f.: „Das Europäische Parlament kann daher nicht als Repräsentantin eines nicht existierenden Gemeinschaftsvolkes angesehen werden... Aus diesem Blick scheint es aus grundsätzlichen Demokratieerwägungen heraus schwer verständlich, könnten die britischen Abgeordneten ... beim Zustandekommen sozialpolitischer Rechtsakte ein gleiches Stimmrecht ausüben, wie die Abgeordneten der elf Mitgliedstaaten.“ Zur verstärkten Zusammenarbeit *P. Huber*, *Flexibilität*, *EuR* 1996, 347/360: „Vor allem dann, wenn man die legitimationsabstützende Funktion in Betracht zieht, die dem Europäischen Parlament in den Fällen des Mitentscheidungsrecht ... zukommt, dürfte seine Legitimation durch ‚Dritte‘, d.h. durch Abgeordnete nicht teilnehmender Staaten, sys-

ordnete im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit für den Kontinent höhere Sozialstandards festlegen, die britischen Unternehmen im Binnenmarkt einen komparativen Wettbewerbsvorteil gewähren<sup>153</sup>. Auch bei ungleichzeitigen Förderprogrammen würden sie „effectively spending tax-payers' money from other Member States“<sup>154</sup>.

Die Befürworter einer unveränderten Zusammensetzung des Parlaments argumentieren umgekehrt, dass die Mitglieder des Parlaments anders als die nationalen Vertreter im Rat gerade nicht das mitgliedstaatliche Partikularinteresse in den europäischen Entscheidungsprozess einbringen. Vielmehr sei das Parlament als „eigenständiges, supranationales Repräsentativorgan“<sup>155</sup> auch aufgrund des von der Staatsangehörigkeit abgekoppelten Wahlrechts<sup>156</sup> und der internen Organisation nach parteipolitischer Grundausrichtung anstelle der Nationalität<sup>157</sup> dem gemeineuropäischen Interesse verpflichtet<sup>158</sup>. Diese Argumentation fügt sich in die verfassungstheoretische Grundannahme, dass das Europäische Parlament im europäischen Verfassungsverbund einen direkten demokratischen Legitimationsstrang für die europäische Hoheitsgewalt begründet<sup>159</sup>. Soweit man diese Auffassung teilt, bekräftigt die Entscheidung des Vertragsgebers für eine unveränderte Zusammensetzung des Parlaments bei Ungleichzeitigkeit die demokratische Legitimationsfunktion des Parlaments und die Rückführung der europäischen Hoheitsgewalt auf einen gesamteuropäischen Gesellschaftsvertrag<sup>160</sup>. Die unveränderte Zusammensetzung des Parlaments bestärkt seine Verpflichtung auf das europäische Gemeinwohl nach Maßgabe der Wahlentscheidung der Unionsbürger. Der umfassende parlamentarische Diskurs trägt auch bei Ungleichzeitigkeit zur Begründung einer europäischen Identität der Abgeordneten und, mittelbar, der diese wählenden Unionsbürger bei.

### 3 Verständlichkeit und Bürgernähe

Als erster Konsul im Jahr VII erklärte *Napoléon Bonaparte*, dass eine Verfassung „courte et obscure“ sein müsse. Dies zielt in erster Linie auf einen weitreichenden Entscheidungsfrei-

---

temfremd und problematisch sein.“ Allgemein kritisch auch *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/374 f.; *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/847; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 62; *ders.*, Amsterdam, CML Rev. 35 (1998), 1047/1063 und, de constitutione ferenda, *A. von Bogdandy*, Euro, EuZW 2001, 449: „Das dürfte das Mitbestimmen etwa dänischer Abgeordneter im Europäischen Parlament kaum zulassen.“

<sup>153</sup> Zum historischen Kontext des Sozialabkommens, der sich bei einer sozialpolitischen verstärkten Zusammenarbeit ohne das Vereinigte Königreich wiederholen könnte, *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/185; und *P. Watson*, Social, CML Rev. 30 (1993), 481/504.

<sup>154</sup> So *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O'Keeffe/Twomey (1999), S. 289/301; zur Finanzierung operativer Ausgaben bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 7 IV (S. 225 ff.).

<sup>155</sup> Calliess/Ruffert-M. Ruffert, Art. 44 EUV Rn. 3.

<sup>156</sup> Auf Art. 19 EGV verweisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/94.

<sup>157</sup> *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 117 f.

<sup>158</sup> In diesem Sinn *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 65; *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 82-84; *A. Dashwood*, Enlargement, in: *ders.* (1996), S. 145/150. Es sei zudem daran erinnert, dass *outs* das ungleichzeitige Europarecht nach der Herstellung von Gleichzeitigkeit grundsätzlich ohne inhaltliche Änderung übernehmen müssen. Soweit man die Abgeordneten als Vertreter ihres Mitgliedstaats betrachtet, kann man ihre Beteiligung somit auch als Vorgriff auf eine spätere Herstellung von Gleichzeitigkeit betrachten. In Ausnahmefällen einer Blockadehaltung von Abgeordneten der *outs* erwägt *Tuytschaever* ebd. 66 eine „constraint on the voting behaviour of the MEPs of the non-participating Member States.“

<sup>159</sup> Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

<sup>160</sup> Zum Zusammenhang von einheitlichem institutionellen Rahmen und dem Konzept des Gesellschaftsvertrags bereits Kapitel 12 I 4 (S. 353 ff.).

raum der politischen Institutionen und weniger auf die Förderung von Bürgernähe durch einen kurzen und verständlichen Verfassungstext<sup>161</sup>. Heute wird die Forderung nach einer Verfassung „plus clairs et mieux compris“<sup>162</sup> vor allem im Hinblick auf das Ziel einer „Vereinfachung der Verträge“<sup>163</sup> als Vorgabe für die aktuelle Verfassungsdebatte erhoben und allgemein auf die unterverfassungsrechtliche Ebene einer „möglichst offen(en) und bürgernah(en)“<sup>164</sup> Entscheidung über Sekundärrechtsakte erstreckt. In demokratietheoretischer Perspektive ist die Verständlichkeit und Klarheit einer Verfassung und der in ihrem Rahmen angenommenen Rechtsakte eine wichtige Voraussetzung für die Einbindung der Bürger. Eine klare und verständliche Rechts- und Verfassungssprache unterstützt die Herausbildung eines demokratischen Bürgerbewusstseins und damit die Entwicklung einer europäischen Demokratie. Dies betont auch das Bundesverfassungsgericht in seiner *Maastricht*-Entscheidung:

„Demokratie, soll sie nicht lediglich ein formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln ... und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt. Dazu gehört auch, dass die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten politischen Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind.“<sup>165</sup>

Die bloße Existenz dieser Untersuchung zeigt, dass Ungleichzeitigkeit eine zusätzliche Komplexitätsebene des Europarechts eröffnet, die wie jede zusätzliche Komplexität die Verständlichkeit erschwert. Die negativen Rückwirkungen von Ungleichzeitigkeit auf Verständlichkeit und Bürgernähe sind vielfach kritisiert worden. So merkt *Weatherhill* an: „Anxiety about the destabilising impact of increasing intransparency and accelerating fragmentation under the appealing name of flexibility is real.“<sup>166</sup> Und *Zuleeg* kritisiert die Ungleichzeitigkeit der EuGV-Verordnung: „Angesichts solchen Wirrwarrs verwundert es niemand, dass die europäische Verfassung nicht volkstümlich ist.“<sup>167</sup> Tatsächlich ist eine gleichzeitige Verfassung

<sup>161</sup> Näher der Bericht des französischen Senats, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur l'idée d'une Constitution pour l'Union européenne par M. Hubert Haenel (Rapport Haenel), No 363 Session ordinaire 2000/1, 7.6.2001, Abschnitt II.2.

<sup>162</sup> Nr. 5 Sps.3 Erklärung über die Zukunft der Union (2001); französische Sprachfassung.

<sup>163</sup> Ebd. in der deutschen Sprachfassung.

<sup>164</sup> Art. 1 II EUV.

<sup>165</sup> BVerfGE 89, 155/185 – *Maastricht*. Ebenso BVerfGE 97, 350 – *Euro*, wo nunmehr zutreffend von „verformt“ anstelle von „verformt“ gesprochen wird. Entsprechend *P. Craig*, Nature, in: ders./de Búrca (1999), S. 24; *J. Gerkerath*, Émergence (1997), S. 253 ff. und *C. Sobotta*, Transparenz (2000). Weniger kritisch *N. McCormick*, Democracy, in: ders. (1997), S. 5. Klagen über Rechtsfülle und mangelnde Transparenz des Gemeinschaftsrechts werden seit Jahrzehnten geführt und sind keine Neuheit im Rahmen des derzeitigen Verfassungsprozesses; vgl. etwa *C. Tomuschat*, Normenpublizität, in: FS Kutscher (1981), S. 461 ff.

<sup>166</sup> *S. Weatherhill*, Cooperation, in: O'Keeffe/Twomey (1999), S. 37. Ähnlich *ders.*, Safeguarding, in: Heukels u.a. (1998), S. 175: „The Treaty is scarcely palatable to the *communautaire connoisseur* ... for all its opaque cross-references, intricate Protocols and bewilderingly diverse Declarations.“

<sup>167</sup> *M. Zuleeg*, Vorzüge, in: von Bogdandy (2003), S. 949. Siehe auch *D. Curtin*, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17/67: „constitutional chaos“; *Callies/Ruffert-M Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 9; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/868: „potentially complicates the legal picture“; *P. Huber*, Flexibilität, EuR 1996, 347/358; *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/369; *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351/359 f.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 449: „(I)st das exzessive Protokollwesen unter dem Gesichtspunkt von einheitlicher Geltung und Transparenz des Verfassungsrechts ... nicht unbedenklich“; *G. de Búrca*, Institutional, in: ebd. 65: „Constitutional order can be said to imply at least a basic degree of clarity and comprehensibility, no matter how intrinsically complex the political entity in question, how manifold and diversified its aims“; *P. Beau-*

ihrem Wesen nach verständlicher als ihre ungleichzeitige Entsprechung. Die im zweiten Teil erörterten Vertragsbestimmungen über die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit wären gänzlich überflüssig, wenn das Europarecht in diesen Politikbereichen gleichzeitig gelten würde. Neben dieser allgemeinen Komplexität als notwendiger Folge jeder Ungleichzeitigkeit, weist die Redaktion der Vertragsbestimmungen aber auch eine Reihe von Defiziten und vermeidbaren zusätzlichen Komplexitätsebenen auf, die mit Ungleichzeitigkeit nicht notwendig einhergehen.

Es sei insoweit an die Reorganisation und Neunummerierung des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Nizza erinnert. Diese beseitigen zwar das Nebeneinander verschiedener Voraussetzungen für die erste und dritte Säule und sind insoweit ein Beitrag zu mehr Verständlichkeit. Zugleich wurden die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit aber teils in anderen Buchstaben des Art. 43 EUV niedergelegt als zuvor<sup>168</sup>. Auch die durch den Vertrag von Amsterdam eigentlich beseitigte Vermengung von Ziffern und Nummern in der Artikelbezeichnung wurde wieder eingeführt<sup>169</sup>. Auch die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion mit ihrer allgemeinen Verwendung des Begriffs „Mitgliedstaaten“, der erst im Lichte des Art. 122 IV EGV als „Mitgliedstaaten, für die keine Ausnahmeregelung gilt“ gelesen werden muss, untergräbt die Verständlichkeit<sup>170</sup>. Am weitesten reicht die unnötige Komplexität aber im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wo die Verfahren über Ausübung und Aufgabe der ungleichzeitigen Sonderpositionen im Detail variieren und jeweils zwischen dem Schengener Recht und anderen Rechtsbereichen unterschieden werden muss<sup>171</sup>. Es bleibt insoweit die Hoffnung, dass die Regierungskonferenz sich auf eine Angleichung der Sonderpositionen vorschlägt<sup>172</sup>. Dies wäre im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wegen der weitreichenden Implikationen der Justiz- und Innenpolitik für die Rechtsstellung der Bürger besonders zu begrüßen.

Die Ungleichzeitigkeit des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts könnte aber auch als Modell für künftige Vertragsgestaltungen dienen. Die Bestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind zwar uneinheitlich und unnötig komplex. Sie sind jedoch in gesonderten Protokol-

---

*mont/N. Walker*, Euro, in: dies. (1999), S. 194: „(N)ew, or at least intensified problems concerning ... democratic accountability along increasingly blurred lines of representation and responsibility“; *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/7: „Pour ce qui est ... de transparence et de compréhension par les citoyens de l'Union, l'échec est éclatant: le dispositif d'une obscurité complète“; *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/293: „la lisibilité des actions de la Communauté et de l'Union risque d'être fortement compromise“; *J.M. de Areilza Carvajal/A. Dastis Quecedo*, Flexibilidad, Rev.der.com.eur. 1997, 9/13: „serios problemas de transparencia y de comprensión por los ciudadanos del ejercicio del poder europeo“; *J. Shan*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/85: „considerable challenge to those whose task it is to present the new Treaty texts to a sceptical public“; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 96: „To me, it signals that the Treaty of Amsterdam occasionally attains, even exceeds, deliberately or not, the limits of the degree of differentiation which a legal system can bear before it moves from legal sophistication to legal absurdity“; *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 271: „The simple conclusion is that flexibility equals complexity“ und *I. Pernice*, Constitution, in: Sinclair (2001), S. 18: „(T)he law of the Union would threaten to devolve from a coherent legal system into normative chaos, where any clarity, any effective political control and any possibility of identification would be put at risk.“

<sup>168</sup> Siehe die Synopse im Anhang zu Kapitel 2 (S. 43 ff.).

<sup>169</sup> Siehe Art. 27a bis 27e, 40a, 43a, 43b, 44a EUV sowie Art. 11a EGV. Dies kritisiert explizit *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/195.

<sup>170</sup> Hierzu schon Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.).

<sup>171</sup> Näher Kapitel 3 (S. 79 ff.).

<sup>172</sup> So der ausdrückliche Vorschlag in der Mitteilung der Kommission: Eine Verfassung für die Union, 17.9.2003 (KOM(2003) 548), S. 24 f.

len niedergelegt, die nicht nur aufgrund der allgemeinen Anordnung des Art. 311 EGV Bestandteil des Primärrechts sind, sondern auch in der speziellen Normierung des Art. 69 EGV ausdrücklich erwähnt werden. Die Ausgliederung der rechtlichen Details wahrt die Verständlichkeit des eigentlichen Verfassungstextes und beugt durch den allgemeinen Verweis des Art. 69 EGV zugleich dem Missverständnis vor, dass die Rechtsakte nach diesem Titel gleichzeitig in allen Mitgliedstaaten gelten. Das Wissensbedürfnis eines unbefangenen Lesers wird durch Art. 69 EGV gestillt. Die Einzelheiten des ungleichzeitigen Vertragsregimes bleiben den Rechtsanwendern in der Ministerialbürokratie, den Gerichten und der Wissenschaft überlassen. Rechtliche Detailtreue und Verständlichkeit können so zusammengeführt werden<sup>173</sup>.

Auch die Redaktion des ungleichzeitigen Sekundärrechts kennzeichnet ein Mangel an Verständlichkeit und Bürgernähe. Dies gilt insbesondere für die Formulierung des abschließenden Artikels, in dem traditionell die Bindungswirkung und Adressatengruppe des jeweiligen Rechtsakts aufgeführt wird. Dieser lautet bei einer ungleichzeitigen Verordnung regelmäßig: „Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unmittelbar in den Mitgliedstaaten.“<sup>174</sup> Einzig der Verweis auf die Geltung „gemäß dem EG-Vertrag“ und die Formulierung „in den Mitgliedstaaten“ anstatt „in jedem Mitgliedstaat“ unterscheidet die Vorgaben für Ungleichzeitigkeit von denjenigen für gleichzeitiges Europarecht. Diese Redaktionstechnik ist formal-juristisch korrekt, da sich aus dem EG-Vertrag und seinen protokollarischen Ergänzungen die Beschränkung des geographischen Geltungsbereichs ergibt, auf die im Übrigen in den Erwägungsgründen verwiesen wird<sup>175</sup>. Aus Gründen der Verständlichkeit und Bürgernähe wäre ein spezieller Verweis dennoch vorzugswürdig. So könnte formuliert werden: „Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt gemäß dem EG-Vertrag unmittelbar in den Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Dänemarks und Irlands.“<sup>176</sup> Dies erhöhte die Verständlichkeit des ungleichzeitigen Europarechts und erleichterte durch ein Mehr an Bürgernähe und Transparenz die Zurechenbarkeit politischer Verantwortlichkeit im demokratischen Diskurs.

#### 4 Identity Building

Der europäische Integrationsprozess ist begleitet von einer Integration der politischen Identität der Unionsbürger, die im europäischen Verfassungsverbund zunehmend einen gestuften Bürgerstatus entwickeln, aufgrund dessen sie sich zugleich als Bürger ihres Mitgliedstaats und der Europäischen Union verstehen. Dieser Prozess vollzieht sich schrittweise und wird von symbolischen Erlebnissen, Ereignissen und Erfahrungen des *identity building* katalysatorisch

---

<sup>173</sup> Nicht als Vorbild sollte freilich der Grammatikfehler in der deutschen Sprachfassung des Art. 69 EGV dienen, wo das Akkusativ-Objekt fehlt und richtigerweise hätte formuliert werden müssen: „Dieser Titel gilt unbeschadet ...“ oder: „Die Anwendung dieses Titels berührt nicht die ...“.

<sup>174</sup> So die Vorgabe in Abschnitt A.4.a.i, ii i.V.m. Anhang II GO Rat. Nach Abschnitt B.3 findet der Verweis auf die „anwendbaren Bestimmungen des EG-Vertrags“ auch auf Richtlinien und Entscheidungen Anwendung.

<sup>175</sup> Zu diesem Verweis verpflichtet sich der Rat in seiner Geschäftsordnung selbst; ebd.: „Der Rat erinnert daran, dass in den in den Verträgen vorgesehenen Fällen, in denen ein Rechtsakt nicht auf alle oder in allen Mitgliedstaaten anwendbar ist, der räumliche Anwendungsbereich in der Begründung und im Inhaltsteil des Rechtsakts deutlich hervorzuheben ist.“

<sup>176</sup> Entsprechend, wenn auch nicht im abschließenden Artikel, Art. 1 II VO 743/2002/EG des Rates vom 25.4.2002 (Abl. 2002 L 115, 1): „Diese Verordnung gilt nicht für Dänemark.“

befördert<sup>177</sup>. Ganz im Sinn der Integrationslehre *Smends* besteht hierbei eine „gesteigerte Integrationskraft eines symbolisierten Sachgehalts“<sup>178</sup> etwa durch Flaggen, Wappen, Nationalhymnen – und eben auch durch eine gemeinsame Währung oder die Abschaffung von Grenzkontrollen. Wenn diese symbolträchtigen Verkörperungen der europäischen Integration ihre integrationsstiftende Kraft bei Ungleichzeitigkeit nicht in allen Mitgliedstaaten entfalten, hat dies Rückwirkungen auf die Entwicklungsperspektiven des europäischen Bürgerbewusstseins. Sei es, dass die identitätsstiftende Wirkung der Integrationsschritte nicht in allen Mitgliedstaaten wirkt und eine Asymmetrie des Bürgerbewusstseins begründet; sei es, dass die Symbolkraft der Integrationsschritte wegen der Komplexität von Ungleichzeitigkeit insgesamt abgeschwächt wird oder ganz ins Leere läuft.

Insbesondere die Integrationskraft der gemeinsamen Währung wird oft betont<sup>179</sup> – und bisweilen wohl überschätzt<sup>180</sup>. Welche Rückschlüsse ergeben sich hierbei aus der Ungleichzeitigkeit der Währungsunion? Die integrationsstiftende Wirkung von Symbolen wie dem Euro beruht nicht auf einer rationalen Analyse, sondern auf ihrer vereinfachten Identifikationskraft. Es ist gerade die Anschaulichkeit und irrationale Elastizität von Symbolen, auf der ihre Bedeutung für die Integration der Bürger gründet<sup>181</sup>. Diese wird notwendig abgeschwächt, wenn ein Symbol nicht unmittelbar begreifbar ist, weil sein Verständnis einen rationalen Differenzierungsschritt verlangt. Genau dies kann bei Ungleichzeitigkeit der Fall sein. Soweit sich die Bürger der Ungleichzeitigkeit der Währungsunion überhaupt bewusst sein, verstehen sie bei einer unbefangenen Betrachtung nicht intuitiv, warum der Euro in einigen Mitgliedstaaten gilt und in anderen nicht. Das intellektuelle Verständnis von Ungleichzeitigkeit erfordert eine rationale Analyse, die die integrationsstiftende Wirkung von Symbolen wie dem Euro abschwächt<sup>182</sup>. Es ist nicht ersichtlich, ob die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion ein Grund dafür ist, dass der europäische Kontinent und die Europäische Union auf den Euro-Münzen und Euro-Scheinen zwar geographisch dargestellt sind, der Begriff „Europäische Union“ oder die Abkürzung „EU“ aber nicht vorkommen. Stattdessen wird auf den Scheinen nur auf die „EZB“ verwiesen.

Unter Umständen kann die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion die Entwicklung einer gesamteuropäischen Identität der Unionsbürger sogar erschweren. Im Sinn einer Negativabgrenzung könnten sich die *ins* als „bessere“ und „eigentliche“ Europäer verstehen. Dagegen bewirkt die gemeinsame Währung bei den Bürgern der *outs* schon deshalb keine positive Integrationswirkung, weil sie weiterhin mit ihrem nationalen Geld bezahlen. Ergänzend sind jedoch auch bei den *outs* die Gefahren einer Negativabgrenzung groß. Die Bürger der *outs* fühlen sich entweder ausgeschlossen oder sind gegebenenfalls stolz auf die Ungleichzeitigkeit. Das innerstaatlich zugesagte und europarechtlich zulässige Referendum über die Einführung

<sup>177</sup> Kapitel 11 IV 2 (S. 338 ff.).

<sup>178</sup> R. *Smend*, Verfassungsrecht (1928), in: ders. (3. Aufl. 1994), S. 163.

<sup>179</sup> Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents erhebt den Euro in Art. IV-1 VVE-E formal zu einem der Symbole der Union.

<sup>180</sup> In diesem Sinn die soziologische Analyse von K. *Dyson*, EMU, JCMSt. 38 (2000), 645/654 ff.

<sup>181</sup> So *Smend* ebd. 163.

<sup>182</sup> In diesem Sinn auch S. *Weatherbill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 37: „But where, then, does the multiplicity of such layers of overlapping political authority leave the viability of notions of building beyond the national *demos* in order to shape and invigorate fresh forms of European constitutionalism“ und P. *Baumont/N. Walker*, Euro, in: dies. (1999), S. 187: „What European entity will the euro enable people to identify with?“ Sie sehen ebd. 188 die „consequence of people having a weak sense of which Europe, or which Europes, they belong to.“

der gemeinsamen Währung vermittelt ihnen das Gefühl einer Wahrung nationalstaatlicher Souveränität. Die Ungleichzeitigkeit hat damit auch Auswirkungen auf die verfassungspolitische Diskussion. So ist im Vereinigten Königreich eine Konzentration der europapolitischen Debatte auf die Frage des Euro-Beitritts festzustellen. Dagegen ist die Diskussion über die Sinnhaftigkeit der Währungsunion in Kontinentaleuropa grundsätzlich abgeschlossen und wurde durch Fragestellungen der aktuellen Verfassungsdebatte abgelöst<sup>183</sup>. Dessen ungeachtet haben die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion und die Referenden der *outs* aber auch einen positiven Einfluss auf die Entwicklung der europäischen Demokratie. Sie zeigen allen Unionsbürgern, dass der europäische Integrationsprozess kein unabwendbares „Schicksal“ ist, sondern auf politischen Entscheidungen beruht, deren Ausgang in der Hand der Bürger als dem Souverän auch der europäischen Hoheitsgewalt liegt<sup>184</sup>.

Im klassischen Nationalstaat waren Grenzen nicht nur die förmliche Delimitation des Staatsgebiets und eine konstitutive Voraussetzung für die Existenz des Staates. In einer mythischen Überformung dienten Staatsgebiet und -grenze teilweise auch als objektive und quasi naturgegebene Rechtfertigung nationaler Identität und nationalen Andersseins im Sinn eines geopolitischen „Lebensraums“<sup>185</sup>. Doch auch unter der Annahme der historischen Willkürlichkeit jeder Grenzziehung entfalteten Grenzen eine wichtige, für *Smend* sogar die wichtigste, sachlich-symbolische Integrationsfunktion: Ihre Existenz, effektive Kontrolle und militärische Verteidigung verkörpern und symbolisieren das herkömmliche Konzept umfassender Souveränität des geschlossenen Nationalstaats<sup>186</sup>. Die europäische Integration hat von Anbeginn an die innergemeinschaftlichen Staatsgrenzen schrittweise ihrer klassischen Bedeutung entkleidet. Der Gewährleistung der Freizügigkeit und dem Konzept des Binnenmarkts als einem „Raum ohne Binnengrenzen“ kommt hierbei eine besondere Bedeutung zu<sup>187</sup>. Der Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ lässt Grenzen in erster Linie als „Rechtzuordnungsgrenzen“ erscheinen<sup>188</sup>. Dies fügt sich ein in den faktischen Verlust umfassender staatlicher

<sup>183</sup> Zu Wechselwirkungen zwischen Euro-Debatte und Verfassungsdiskurs im Vereinigten Königreich *D. Thym*, *Superpower, Integration* 2001, 356/364 f. Allgemein auch *B. Martenczuk*, *Struktur*, *EuR* 2000, 351/361: „(Eine) politische Öffentlichkeit kann sich nur durch europaweite Strukturen von Parteien, Verbänden und Medien vollziehen. Die Herausbildung solcher Strukturen wird jedoch erheblich erschwert, wenn der Kreis der Betroffenen je nach Sachgebiet unterschiedlich ist.“

<sup>184</sup> In diesem Sinn bereits Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

<sup>185</sup> Siehe etwa *F. Ratzel*, *Lebensraum* (1901) und *R. Hennig*, *Geopolitik* (1928).

<sup>186</sup> *R. Smend*, *Verfassungsrecht* (1928), in: ders. (3. Aufl. 1994), S. 169 f.: „Die ... integrierende Funktion des Gebiets liegt darin, dass sich in ihm die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, die mit ihm gestellt sind, niederschlägt... Das Gebiet steht an erster Stelle unter den sachlichen Integrationsfunktionen des Staates.“ Zur Bedeutung der Grenze in der klassischen Staatslehre auch die neueren Analysen von *U. Di Fabio*, *Weltgesellschaft* (2001), S. 51 ff. und *J. Crowley*, *Border*, in: *Guild/Harlow* (2001), S. 13.

<sup>187</sup> Zitat nach Art. 14 II EGV. Eine Textstufenanalyse der europäischen Verträge zeigt nach der pauschalisierten Absage an die Grenzidee in Art. 14 EGV eine mittelbare textliche Wiederbelebung in Art. 62 Nr.1 EGV, der als nunmehrige Rechtsgrundlage für die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen nach Art. 2 I Schengen II vorsichtiger von Maßnahmen spricht, „die nach Artikel 14 sicherstellen, dass Personen ... beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden.“ Die Formulierung geht von der Fortexistenz der Binnengrenzen aus; nur die Grenzkontrollen, und nicht die Grenzen als solche, sind abgeschafft. Zur symbolischen Bedeutung der Freizügigkeit statt vieler *C. Tomuschat*, *Internationale Beziehungen*, *VVDStRL* 36 (1978), 7/54 f.: „Die Unentrinnbarkeit der Staatlichkeit ist aufgebrochen, statt einer im Regelfall angeborenen Zwangsheimat stehen dem Gemeinschaftsbürger neun Heimatländer offen, unter denen er seine Wahl in selbstbestimmter Freiheit treffen kann.“

<sup>188</sup> Näher im Hinblick auf die Europäische Union *U. Di Fabio*, *Weltgesellschaft* (2001), S. 62 ff. Zum Begriff der „offenen Staatlichkeit“ *K. Vogel*, *Verfassungsentscheidung* (1964), S. 33 ff.

Steuerungsmöglichkeit in einer globalisierten Welt<sup>189</sup>. Nicht-physische Grenzen wie Sprachgrenzen, die Reichweite von Medien und Transportmöglichkeiten relativieren die integrationsstiftende Funktion der Staatsgrenze insgesamt und ersetzen sie teilweise – nicht nur in der Europäischen Union<sup>190</sup>.

Trotz dieses allgemeinen Bedeutungsverlusts der Grenze beinhaltet die Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine Ausweitung der europäischen Integration auf die Innen- und Justizpolitik als einem klassischen Kernbereich staatlicher Zuständigkeit. Dies gilt insbesondere für die polizeiliche Nacheile, das Visa-Regime und die Perspektive einer gemeinsamen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik einschließlich der Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen<sup>191</sup>. Diese Entwicklung kann man als Ansatz zur Entwicklung einer territorialen Dimension der Europäischen Union werten<sup>192</sup>. Hierdurch schwindet die Bedeutung der Grenzen weiter und wird auf europäischer Ebene in Abgrenzung zu Drittstaaten teilweise nachgezogen<sup>193</sup>. Die symbolisch wichtigste Verkörperung der territorialen Dimension der europäischen Integration ist aber die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen: Das Schengener Recht fügt den europarechtlichen Gewährleistungen der Freizügigkeit bei einer formal-rechtlichen Betrachtung zwar nichts hinzu außer der Abwesenheit einer Identitätskontrolle, die – soweit sie überhaupt durchgeführt wurde – zuvor nur eine Reiseverzögerung von einigen Minuten bewirkte. Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen macht den Fortschritt der europäischen Integration aber als lebensweltliche Verkörperung greifbar. Ihre Symbolkraft gründet auf der negativen Umkehr der historischen Bedeutung der Grenze als Ausdruck nationalstaatlicher Souveränität. Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen verkörpert die Relativierung mitgliedstaatlicher Souveränität und stärkt die gemeinsame europäische Identität durch die parallele Errichtung eines verstärkten Außengrenzkontrollregimes<sup>194</sup>.

Die integrationsstiftende Wirkung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird durch Ungleichzeitigkeit ebenso unterminiert wie die Integrationskraft des Euros. Wenn die Bürger die Ungleichzeitigkeit des Grenzkontrollregimes bei einer unbefangenen Betrachtung

<sup>189</sup> Kapitel 11 III 1 (S. 329 ff.).

<sup>190</sup> Hierzu etwa G. Noll, *Asylum* (2000), S. 559 ff.; C. Himsworth, *No Longer*, Public Law 1996, 639/653 und J. Crowley, *Border*, in: Guild/Harlow (2001), S. 13 ff.

<sup>191</sup> Umfassend zu den bereits angenommenen Rechtsakten und den vorliegenden Vorschlägen zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Auflistung im Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.).

<sup>192</sup> In diesem Sinn etwa E. Wagner, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/2; B. Martenczuk, *Struktur*, EuR 2000, 351/355; P. Boeles, *Introduction*, in: Guild/Harlow (2001), S. 11 f.; T. Giegerich, *Konstitutionalisierungsprozess* (2003), S. 251 f.: „verstärkt die föderale Struktur“ und A. von Bogdandy, *supranationale Föderation*, *Integration* 1999, 95/99 f.: „föderalistische Entwicklungslinie“.

<sup>193</sup> Zur einheitlichen Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen, die im Sinn einer „Negativabgrenzung“ zwischen „uns“ Unionsbürgern und „Euch“ Drittstaatsangehörigen mittelbar zur Entwicklung europäischer Identität beiträgt H. Lindahl, *Boundaries*, ELJ 6 (2000), 239/240-242; I. Ward, *The Other Europeans*, JCMSt. 35 (1997), 79/80-87; J.H.H. Weiler, *Stranger*, EJIL 3 (1992), 65 und, kritisch, Wagner ebd. 44 sowie J. Crowley, *Border*, in: Guild/Harlow (2001), S. 18.

<sup>194</sup> So auch Wagner ebd. 42: „The incorporation of Schengen puts citizenship in a new constitutional context“; A. Toth, *Protocols*, in: Heukels u.a. (1998), S. 250: „... tremendous psychological effect. As long as they are applied, the individual is constantly reminded that ... he is not a ‘citizen of the Union’ but a subject of a nation-State who becomes an alien whenever he crosses a frontier“ und Crowley ebd. 14: „Whether one has to wave one’s passport at a border post is not, in most cases, a matter of vital economic concern, even to business travellers (especially if special ‘EU passport’ lines exist); it can however be regarded as expressing, and thereby making tangible, an identity and a legal status that would otherwise remain vacuous.“

tung nicht verstehen, sondern intellektuell nachvollziehen müssen, schwächt dies die integrationsfördernde Wirkung dieses Integrationsschritts<sup>195</sup>. Hinzu kommt beim Schengener Recht dessen völkerrechtliche Genese. In den Medien und der Öffentlichkeit wird regelmäßig noch von den „Schengener Abkommen“ gesprochen. Dies verwischt den Zurechnungszusammenhang zwischen der Europäischen Union und der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen. In den Augen der Briten und Iren wertet die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen im Schengen-Raum die symbolische Bedeutung ihrer Außengrenzen sogar auf. Im Vergleich zur früheren Situation begrenzter Grenzkontrollen zwischen allen Mitgliedstaaten schafft die Ungleichzeitigkeit des Grenzkontrollregimes nunmehr eine sichtbare Andersartigkeit. Dies kann das Gefühl einer nur begrenzten Zugehörigkeit zur Europäischen Union festigen – trotz ihrer Gleichbehandlung bei der Einreise in den Schengen-Raum. Bei Ungleichzeitigkeit erscheint die Europäische Union nicht als einheitlicher Verband. Die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion und des Schengener Rechts behindern die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins.

#### IV Rechtliche Einheit der Verfassung

Wenn Juristen einen möglichen Widerspruch zwischen Ungleichzeitigkeit und dem Verfassungscharakter der europäischen Verträge diskutieren und wie *Shaw* fragen, ob „there (is) something inherently contradictory in considering constitutionalism in conjunction with flexibility“<sup>196</sup>, bezieht sich dies meist auf ein rechtliches Verfassungsverständnis. Das rechtliche Verfassungsverständnis nimmt im Konzept der Rechtsgemeinschaft mit den europäischen Verträgen als höchste Norm der eigenständigen europäischen Rechtsordnung seinen Ausgang und entfaltet in den vom Gerichtshof entwickelten Grundprinzipien des Europarechts seine charakterbildenden Merkmale. Untergräbt Ungleichzeitigkeit den Vorrang der europäischen Verträge oder gefährdet es die Grundprinzipien des Europarechts mit der Folge, dass die europäischen Verträge nicht mehr als Verfassung im Rechtssinn zu qualifizieren wären? Anders als bei den zuvor erörterten Aspekten des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischer Verfassungstheorie fällt die Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Einheit der europäischen Verfassungsordnung bei Ungleichzeitigkeit vergleichsweise leicht.

##### 1 Vorrang der Verfassung

Die Grundannahme des rechtlichen Verfassungsverständnisses ist die Hierarchisierung des Verhältnisses von Verfassungsrecht und unterverfassungsrechtlichen Rechtsnormen im Sinn eines Stufenbaus der Rechtsordnung. Die Verfassung ist das rechtliche Dach einer Rechtsordnung und führt die einfachgesetzlichen Normen in einem Gesamtsystem zusammen. Der Vorrang der Verfassung sichert die Eigenständigkeit einer Rechtsordnung. Einfachgesetzliche Bestimmungen müssen mit den Vorgaben der Verfassung in Einklang stehen<sup>197</sup>. Ungleichzei-

---

<sup>195</sup> Ähnlich *G. Simpson*, *Asylum*, EPL 5 (1999), 91/114: „While differentiated integration or à la carte integration in relation to areas such as the Social chapter might arguably not endanger the Community’s essential coherence, the divergence here affects the heart of the Community’s aims as proclaimed in the Preamble and in Article 7a“; *H. Labayle*, *Espace*, RTD eur. 33 (1997), 813/839: „espace morcelé“; ebd. 843: „La complication qui résulte des morcellements matériels, temporels et géographiques nuit à la compréhension de l’ensemble“ und *L. Corrado*, *L’intégration*, RMC 1999, 342/348: „divergence fondamentale“.

<sup>196</sup> *J. Shaw*, *Constitutionalism*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 357.

<sup>197</sup> Hierzu bereits Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

tigkeit stellt den so verstandenen rechtlichen Verfassungscharakter der europäischen Verträge nicht in Frage: Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ungleichzeitigkeit sind im europäischen Primärrecht ausdrücklich normiert. Dies gilt für das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit ebenso wie für die Währungsunion und die konstruktive Enthaltung. Soweit die Ungleichzeitigkeit des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die dänische Ausnahme von der Verteidigungspolitik in Protokollen niedergelegt sind, besteht im Lichte des Art. 311 EGV ebenfalls kein Zweifel an deren primärrechtlichem Charakter, der ergänzend durch den besonderen Verweis des Art. 69 EGV abgesichert wird. Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind ein integraler Bestandteil der europäischen Verfassung.

Die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit wurden aufgrund einer regulären Vertragsänderung durch eine ausdrückliche Änderung des Wortlauts der Verträge in das Primärrecht eingeführt und von den Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts angenommen. Als integraler Bestandteil des europäischen Primärrechts sind sie ein Bestandteil der höchsten Stufe der europäischen Rechtsordnung und untergraben nicht den Vorrang der europäischen Verträge als rechtlicher Legitimationsquelle und Bezugspunkt des sekundären Europarechts. Vielmehr haben sie an deren Vorrang teil. Auch *Kelsen* weist darauf hin, dass eine verfassungsrechtlich abgesicherte und im geographischen Geltungsbereich differenzierte Geltung einzelner Rechtsnormen der verfassungstheoretischen Einheit der Rechtsordnung nicht entgegensteht:

„Haben die Normen einer Rechtsordnung verschiedene räumliche Geltungsbereiche, ist die Möglichkeit – wenn auch nicht die Notwendigkeit – gegeben, dass für verschiedene Teilgebiete Normen verschiedenen Inhaltes gelten. Die formale Einheit der Rechtsordnung muss nicht mit materieller Einheit des Rechtsinhalts verbunden sein. Im theoretischen Grenzfall, wenn die Einheit des Rechts nur durch die vorausgesetzte Grundnorm konstituiert ist, alle gesetzten Normen Geltung nur für Teilgebiete haben, ist eine einheitliche Rechtsordnung gegeben, ohne dass irgendein positiver Rechtsinhalt für das gesamte Gebiet gemeinsam gilt. Aus verschiedenen Gründen kann sich die Erforderlichkeit inhaltlicher Differenzierung der Rechtsordnung in Bezug auf verschiedene Teilgebiete ergeben. Geographische, nationale, religiöse Unterschiede innerhalb des rechtlich zu regulierenden Materials heischen Berücksichtigung durch eine territoriale Gliederung der Rechtsgemeinschaft; und das um so mehr, je größeren Umfang das Rechtsgebiet hat und je größere Differenzierungsmöglichkeit innerhalb der zu normierenden Lebensverhältnisse besteht.“<sup>198</sup>

Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit können wie alle anderen Bestimmungen der Verträge nur nach Maßgabe des erschwerten Verfahrens des Art. 48 EUV begründet, geändert oder aufgehoben werden<sup>199</sup>. Hiernach ist es dem Vertragsgeber vorbehalten, die Voraussetzungen, Grenzen und Rechtsfolgen von Ungleichzeitigkeit zu bestimmen. Wenn Ungleichzeitigkeit auf den europäischen Verträgen als höchster normativen Stufe der europäischen Rechtsordnung beruht, existiert insoweit kein Nebeneinander verschiedener gleichzeitiger und ungleichzeitiger europäischer Teilrechtsordnungen – anders als bei ergänzenden völker-

<sup>198</sup> *H. Kelsen*, Staatslehre (1925), S. 165.

<sup>199</sup> Soweit man mit *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928; Ausg. 1993), S. 101 ff.; *G. Jellinek*, Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 520 f. und anderen die erschwerte Abänderbarkeit als regelmäßiges Charakteristikum für die Existenz einer Verfassung in Abgrenzung zum einfachen Recht erachtet, ist die Zugehörigkeit der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit zur europäischen Verfassung auch insoweit gegeben.

rechtlichen Verträgen außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Vielmehr werden ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht unter dem Dach der europäischen Verträge in einer einheitlichen Verfassungsordnung zusammengeführt. Der Gerichtshof sichert im Rahmen seiner Zuständigkeit auch bei Ungleichzeitigkeit die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge. Diese Erkenntnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die europäischen Institutionen Schweden faktisch eine politische Freistellung von der Währungsunion gewähren. Eine solche wurde rechtlich nicht verankert und existiert auf der abstrakten Ebene des normativen Geltungsanspruchs des Rechts auch weiterhin nicht.

Diese heute unproblematische Einordnung der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit war zu Zeiten des Vertrags von Maastricht zweifelhaft. Anders als die primärrechtlich eindeutigen Vorgaben zur Ungleichzeitigkeit der Währungsunion gründete die ungleichzeitige Kooperation des Sozialabkommens auf einer rechtlichen Konstruktion, deren gemeinschafts- oder völkerrechtlicher Charakter umstritten blieb<sup>200</sup>. Auch die Ausnahmen Dänemarks nach Maßgabe des Edinburgher Beschlusses der im Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs vom Dezember 1992 beruhten auf einer zweifelhaften Rechtskonstruktion, bevor sie im Protokoll über die Position Dänemarks (1997) einer eindeutigen rechtlichen Regelung zugeführt wurden<sup>201</sup>. Vor diesem Hintergrund warf *Curtin* im Hinblick auf das Sozialabkommen – und gerade nicht hinsichtlich der klaren Bestimmungen zur Währungsunion – die Frage auf, „whether all Protocols *de facto* annexed to the Treaties, constitute ... an ‘integral part’ of Community law ... or violate certain fundamental constitutional principles ... in the Community legal order.“<sup>202</sup> Ihr grundsätzlich folgend erachtet *Peters* „das exzessive Protokollwesen unter dem Gesichtspunkt von ... dem Verbot der Verfassungsdurchbrechung ... (als) nicht unbedenklich.“<sup>203</sup>

Wenn *Peters* in der Folge ein mögliches Verbot derartiger „Verfassungsdurchbrechungen“ im Lichte des ersten EWR-Gutachten des Gerichtshofs untersucht und für die Änderung von „Grundlagen der Gemeinschaft“ die „zwingende Förmlichkeit für die Änderung von Grundlagenvorschriften“ nach Maßgabe des Art. 48 EUV vorschreibt, überzeugt dies auch dann, wenn man ihren hiermit – wenn auch nicht notwendig – verbundenen Ansatz einer konstitutionellen Hierarchisierung innerhalb des Primärrechts nicht teilt und Art. 48 EUV allgemein als eine zwingende Verfahrensvorgabe begreift<sup>204</sup>. Angesichts der einleitenden Bemerkungen

<sup>200</sup> Siehe Kapitel 6 IV 1 (S. 195 ff.).

<sup>201</sup> Zu den Amsterdamer Regelungen im Protokoll über die Position Dänemarks (1997) Kapitel 3 III (S. 103 ff.) und Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

<sup>202</sup> *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/63. Weiterhin zweifeln, wenn auch mit Sympathie für ein „polycentric Europe“ *M. Wind*, *Neo-Medieval*, in: *Weiler/dies.* (2003), S. 124-128.

<sup>203</sup> *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 449 unter expliziten Verweis auf *Curtin* ebd. 46-52 sowie die entsprechenden Darlegungen bei *Groeben/Thiesing/Ehlermann-M. Hilf*, Art. 238 EGV Rn. 14. Der zusätzliche Hinweis von *Peters* auf negative Rückwirkungen von Ungleichzeitigkeit auf die Verständlichkeit der europäischen Verträge wurde bereits erwähnt; Kapitel 12 III 3 (S. 367 ff.).

<sup>204</sup> Vgl. *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 452 ff. zu „Verfassungsdurchbrechungen“ und 341 ff. zur „konstitutionellen Hierarchisierung innerhalb des Primärrechts“. *Peters* versteht das erste EWR-Gutachten des Gerichtshofs (hierzu bereits Kapitel 10 II 2 b (5); S. 315 ff.) nur insoweit als Ausdruck einer Bindung auch des Vertragsgebers, als eine Änderung von „Grundlagen’vorschriften die ausdrückliche und förmliche Vertragsänderung (jetzt nach Art. 48 EUV) ... verlangt“ (ebd. 454) und nimmt nicht etwa die Möglichkeit materiell vertragswidrigen Vertragsrechts an; vgl. hierzu aber die Verweise in den einleitenden Bemerkungen zu Kapitel 8 (S. 233 ff.).

zum „exzessiven Protokollwesen“ im Besonderen und Ungleichzeitigkeit im Allgemeinen, bleibt bei den Darlegungen von *Peters* allerdings unklar, ob sie die verschiedenen Protokollbestimmungen des Vertrags von Amsterdam als eine „Verfassungsdurchbrechung“ im obigen Sinn einstuft und damit als primärrechtswidrig erachtet<sup>205</sup>. Soweit dieser Schluss bezweckt gewesen sein sollte, überzeugt er allenfalls hinsichtlich des nunmehr rechtshistorischen Sonderfalls des Sozialabkommens<sup>206</sup>. Die anderen Formen von Ungleichzeitigkeit wurden im Rahmen eines formellen Vertragsänderungsverfahrens in den europäischen Verträgen verankert. Eine Umgehung des Vertragsänderungsverfahrens liegt gerade nicht vor. Als integraler Bestandteil des Primärrechts haben die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit vielmehr am Vorrang der Verfassung teil.

Die Abhängigkeit von Ungleichzeitigkeit vom Inhalt der vorrangigen Verfassungsnormen findet eine Bestätigung in Mitgliedstaaten mit einem asymmetrischen Föderalismus. So besteht im Vereinigten Königreich weitgehende Einigkeit, dass die „ungleichzeitige“ Regionalisierung ihre rechtliche Legitimation aus der (einzigen) Verfassungsregel der *sovereignty of Parliament* ableitet und somit durch Annahme und Fortbestand der entsprechenden Parlamentsgesetze zur *devolution* bedingt und legitimiert ist<sup>207</sup>. Auch der französische *Conseil constitutionnel* bekräftigte in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit einer einfachgesetzlichen Delegation legislativer Funktionen an die vorgesehene *Assemblée de Corse* die Abhängigkeit der (asymmetrischen) Regionalisierung von den Vorgaben der Verfassung. Soweit er konkret einer Verletzung des Grundsatzes der *souveraineté nationale* in Verbindung mit den Gesetzgebungszuständigkeiten von Nationalversammlung und Senat annahm, verwies er die französische Politik auf die Möglichkeit einer Verfassungsänderung, die im Frühjahr 2003 beschlossen wurde<sup>208</sup>. Die Regionalisierung Frankreichs muss denselben Weg beschreiten wie die europäische Verfassungsentwicklung, die Ungleichzeitigkeit im Rahmen einer Vertragsänderung im Primärrecht verankerte. Dies wahrt und bekräftigt den Vorrang der europäischen Verträge als dem gemeinsamen Dach des gleichzeitigen und des ungleichzeitigen Europarechts.

<sup>205</sup> Neben dem bereits aufgeführten Verweis auf den Vertrag von Maastricht findet sich in den einleitenden Bemerkungen zum Abschnitt über die „Praxis irregulärer Vertragsänderungen“ ebd. 453 ein allgemeiner, nicht näher ausgeführter Verweis auf „territorial (nach Staaten) differenziert geltende(m) Recht“ und das Schengener Völkerrecht. Dies erweckt den Anschein, dass ihr folgenden Darlegungen sich auch auf Ungleichzeitigkeit beziehen. In den Verweisen bezieht sich *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 448 f. an dieser Stelle auf die Untersuchung von *R. Hofmann*, *Flexibilität*, *EuR* 1999, 713 und den erwähnten Artikel *Curtins* mit seiner mittlerweile rechtshistorischen Kritik des Sozialabkommens. Das Schengen-Protokoll und die anderen neuen Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit bleiben unerwähnt.

<sup>206</sup> Freilich ist insoweit zu beachten, dass das Sozialprotokoll das Sozialabkommen mit dem EG-Vertrag verknüpfte; Kapitel 6 IV (S. 194 ff.).

<sup>207</sup> Zur rechtlichen Bedingtheit der *devolution* durch den Bestand der Parlamentsgesetze nach der nahezu einhelligen Auffassung statt vieler *R. Brazier*, *Constitution*, *Cambridge Law Journal* 58 (1999), 96/100: “(T)he critical constitutional point will remain that those new institutions will owe their authority and, indeed, their existence to the Parliament of the United Kingdom. It established them; it could, as a matter of law, amend or take away their powers at any time through ordinary legislation; it could, legally, abolish any of those institutions at any time.” Modifizierende Überlegungen bei *N. Walker*, *Beyond*, *Public Law* 2000, 384; *E. Wicks*, 1707, *L.Q.R.* 117 (2001), 109 und *J. McEldowney*, *Subordinate Sovereignty*, in: *Oliver/Drewrey* (1998), S. 192.

<sup>208</sup> *Conseil constitutionnel*, Entscheidung No 2001-454 DC vom 17.1.2002, *Loi relative à la Corse* <[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)>, insb. Rz. 18-21, wo eine Verletzung der Art. 3 und 34 der französischen Verfassung angenommen wird. Der französische Kongress beschloss am 17.3.2003 eine entsprechende Verfassungsänderung; *P. Roger*, *Le Congrès inscrit la décentralisation dans la Constitution*, *Le Monde* vom 19.3.2003, S. 1. Freilich stimmten die Korse im Juli 2003 eine asymmetrische Regionalautonomie.

## 2 Wahrung europarechtlicher Grundprinzipien

Die europäische Rechtsordnung umfasst eine Vielzahl eigener Prinzipien und Grundsätze, die vom Gerichtshof in den vergangenen Jahrzehnten entwickelt wurden und zu den charakteristischen und wesensbildenden Merkmalen der europäischen Rechtsordnung zählen. Die Grundprinzipien der Einheit der Rechtsordnung und der Unionstreue, das Subsidiaritätsprinzip, die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die Formel des *acquis communautaire* prägen die nichtstaatliche europäische Verfassungsordnung jenseits des abstrakten Vorrangs der Verträge. Auch wenn man diese speziellen Grundprinzipien in verfassungstheoretischer Perspektive nicht notwendig als Voraussetzung für die Existenz einer europäischen Verfassung im Rechtssinn begreift, würde ihre Aufgabe oder grundlegende Modifikation gleichwohl den besonderen Charakter der europäischen Verfassung ändern. Die europäischen Verträge wären als höchste Stufe der europäischen Rechtsordnung noch Verfassung, es wäre dies ihrem Inhalt nach aber eine andere Verfassung.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde vielfach vor einer Gefährdung der spezifischen Grundprinzipien der europäischen Rechtsordnung durch Ungleichzeitigkeit gewarnt. So warnt *Curtin*, dass ein „Europe of bits and pieces“ ein konstitutionelles Chaos verursache: „potential victims are the cohesiveness and the unity and the concomitant power of a legal system painstakingly constructed over the course of some 30 odd years.“<sup>209</sup> Die Analyse des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht hat diese Befürchtungen allerdings nicht bestätigt – ein Ergebnis, das von den meisten Autoren geteilt wird, die sich ausführlicher mit einzelnen oder mehreren Formen von Ungleichzeitigkeit beschäftigen<sup>210</sup>. Es sei insoweit vor allem auf die Untersuchung des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und den Grundprinzipien des Europarechts in Kapitel 8 verwiesen. Zwar erfahren einige Grundprinzipien im Lichte von Ungleichzeitigkeit eine modifizierende Auslegung in Einzelaspekten. Die allgemeinen Regeln des Europarechts gewährleisten gleichwohl die Fortgeltung der Grundprinzipien des Europarechts und bewirken keine Kehrtwendung, die die europäische Rechtsordnung in ihren Grundfesten erschüttert.

Dies gilt insbesondere für die Grundsätze der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* sowie alle hierauf aufbauenden allgemeinen Rechtsgrundsätze: von der unmittelbaren Anwendung und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts, über die AETR-Grundsätze bis zur Rechtsprechungsfunktion des Gerichtshofs. Sie gelten bei Ungleichzeitigkeit ebenso wie bei Gleichzeitigkeit. Es besteht bei Ungleichzeitigkeit zwar keine einheitliche Geltung des Eu-

<sup>209</sup> *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/67. Es sei insoweit auch an die anderen zu Beginn des Kapitel 8 I (S. 234) zitierten Autoren erinnert.

<sup>210</sup> Siehe etwa *J. Shaw*, *Flexibility*, ELJ 4 (1998), 63/84: „The approach chosen by the negotiators ‘plays fair’ with the existing constitutional heritage of the EU“; *C.D. Ehlermann*, *Differentiation*, ELJ 4 (1998), 246/270: „(S)trict discipline in drafting what has been agreed on may mitigate the process and make it tolerable“; *E. Wagner*, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/50 „(T)he unity of the constitutional order is preserved by making differentiated integration legally possible but constitutionally limited“; *Wolfgang Wessels*, zitiert nach *J. Janning*, *Zweiter Anlauf*, in: Weidenfeld (2001), S. 146: „Die Flexibilität ist fast schon akademisch am grünen Tisch unter strikter Kontrolle seitens der Gemeinschaftsorthodoxie konstruiert worden“; *R. Wessel*, *Multi-Level*, in: de Witte (2004 i.E.), Abschnitt 4: „The strict requirements ... all point in the direction of an existing legal unity and the rules on flexibility strengthen the notion of the unity of the Union’s legal system rather than that they weaken it“; *B. Meyring*, *Innes*, EuR 1999, 309/320: „Einbahnstraße zu den Zielen der Integration“; *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, JCMS. 37 (1999), 87/102: „The system is designed around the defence and of the cohesion and coherence of the European construction“.

europarechts in allen Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien des Europarechts werden durch die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit aber dennoch gewahrt. Die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit bekräftigen diesen Befund. Sie sind zwar größtenteils eine deklaratorische Bekräftigung allgemeiner europarechtlicher Regeln, die unabhängig von Ungleichzeitigkeit zu beachten sind<sup>211</sup>. Ihre ausdrückliche Normierung unterstreicht gleichwohl, dass das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit mit seinem potentiell weitem Anwendungsbereich auch in rechtlicher Hinsicht in die europäische Rechtsordnung eingebettet ist und an die Vorgaben des Primärrechts in gleicher Weise gebunden ist wie das gleichzeitige Europarecht. Auch die rechtliche Domestizierung von Ungleichzeitigkeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist ein Beitrag zur schrittweisen Heranführung derselben an die rechtlichen Regelungsstrukturen der Gemeinschaftsmethode<sup>212</sup>.

Auch die Einbindung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union stellt sicher, dass die Grundprinzipien des Europarechts durch Ungleichzeitigkeit nicht in Frage gestellt werden. Die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung von Kommission, Parlament und Gerichtshof mit der Suspension nur des Stimmrechts der *outs* bei Ungleichzeitigkeit im Rat bewirkt, dass ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in Personalunion von denselben Personen ausgearbeitet, angewandt und ausgelegt wird. Schon deshalb werden die herkömmlichen Grundprinzipien des Europarechts in den neuen Rechtsbereichen der ungleichzeitigen Integration ebenso beachtet werden wie bei gleichzeitigen Gemeinschaftspolitiken. Darüber hinaus sind die Verfahren zur Begründung, Fortentwicklung und Aufhebung von Ungleichzeitigkeit so ausgestaltet, dass die Vereinbarkeit von Ungleichzeitigkeit mit den rechtlichen und politischen Grundprinzipien der europäischen Integration gewahrt bleibt. Nach Maßgabe der jeweiligen Verfahrensvorschriften und innerhalb der rechtlichen Grenzen der Verträge obliegt den europäischen Institutionen die Entscheidung über die politische Zweckmäßigkeit eines ungleichzeitigen Integrationsschritts.

Die Sicherung der europäischen Rechts- und Verfassungsordnung ist auch bei Ungleichzeitigkeit letztinstanzlich dem Gerichtshof überantwortet. Der Gerichtshof wacht auch bei Ungleichzeitigkeit über die Einhaltung der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit und die allgemeinen Regeln des Europarechts<sup>213</sup>. Die Adjudikation der Vorgaben der europäischen Verträge überschreitet bei Ungleichzeitigkeit die herkömmlichen Konfliktlinien zwischen einer vermeintlich integrationsfreundlichen Rechtsprechung auf der einen und der Wahrung mitgliedstaatlicher Interessen und Zuständigkeiten auf der anderen Seite. Ungleichzeitigkeit erfordert vielmehr einen umfassenden Ausgleich zwischen den legitimen Interessen der *ins*, der *outs* und der europäischen Institutionen. Die Rechtsprechung des Gerichtshof dient damit gerade auch bei Ungleichzeitigkeit der rechtlichen Kanalisation politischer Spannungen. Im Konfliktfall garantiert der Gerichtshof die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der europäischen Verträge und verhindert, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration eine politische Spaltung der Europäischen Union bewirkt.

---

<sup>211</sup> Zu den „zehn Geboten“ Kapitel 2 III (S. 62 ff.).

<sup>212</sup> Hierzu zusammenfassend Kapitel 5 IV (S. 179).

<sup>213</sup> Zur verfassungsgerichtlichen Garantie des Vorrangs der Verfassung als regelmäßiger, wenn auch nicht notwendiger, Voraussetzung für das rechtliche Verfassungsverständnis Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

## V Fazit

*Hans-Peter Ipsen* warnte vor drei Jahrzehnten davor, Perspektiven der Verfassungspolitik der Gemeinschaft „präjudiziell-voreilig auf ihre künftige oder gar endgültige Gestaltform (zu richten): auf die Einheit ihrer Rechtserscheinung, wie sie sich aus der Gesetzlichkeit ihres Aufbaues und ihrer Aufgaben ergebe oder ergeben müsse.“<sup>214</sup> Ungleichzeitigkeit ist eine Gestaltform der Europäischen Union, welche die gleichzeitige Integrationsmethode der ersten Jahrzehnte überschreitet und den schrittweisen Übergang vom funktionalen Zweckverband des Binnenmarkts zur politischen Union ausdrückt. Wenn Ungleichzeitigkeit der Wahrung der demokratisch formulierten nationalen Interessen und Identität der Mitgliedstaaten dient und eine Differenzierung ohne Spaltung ermöglicht, unterstreicht dies die politische Reife des Integrationsprozesses, im Rahmen dessen die Mitgliedstaaten und Bürger innerhalb und außerhalb des einheitlichen institutionellen Rahmens am europäischen Diskurs mitwirken. Trotz der negativen Rückwirkungen von Ungleichzeitigkeit auf die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins infolge der allgemeinen Komplexität von Ungleichzeitigkeit und der nicht allen Unionsbürgern gemeinsamen Integrationsfunktion von gemeinsamer Währung und Abschaffung der Binnengrenzkontrollen steht Ungleichzeitigkeit nicht im Widerspruch zur verfassungstheoretischen Rückführung europäischer Hoheitsgewalt auf einen europäischen Gesellschaftsvertrag.

Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind nicht nur ein formaler Bestandteil der europäischen Verträge und wahren damit deren verfassungsrechtlichen Vorrang als höchste Stufe der europäischen Rechtsordnung, sondern sind auch inhaltlich so ausgestaltet, dass ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in einem einheitlichen rechtlichen und institutionellen Verfassungsrahmen zusammengeführt wird. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Wahrung der Grundprinzipien des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit, die dessen unmittelbare und einheitliche Anwendung sichern und den Unionsbürgern aufgrund des Diskriminierungsverbots einen grundsätzlichen Gleichheitsstatus vermitteln. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zeigt an, dass sich das rechtliche Substrat der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit in absehbarer Zukunft nicht wandeln wird. Gleichwohl ist es jeder späteren Vertrags- oder Verfassungsänderung vorbehalten, über den Fortbestand, eine Ausweitung oder die Aufhebung von Ungleichzeitigkeit zu entscheiden. Soweit hierbei das aufgezeigte Verhältnis von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht grundsätzlich gewahrt bleibt, kann Ungleichzeitigkeit die dynamische Entwicklung der Verfassung Europas fördern und bleibt eine besondere Ausdrucksform des Gesellschaftsvertrags der Unionsbürger.

---

<sup>214</sup> *H.-P. Ipsen*, *Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 1050; siehe auch das Zitat in der Einleitung zu dieser Untersuchung.