
Rechtsprobleme der „verstärkten Zusammenarbeit“ nach dem Vertrag von Nizza

Christian von Buttlar*

Inhalt

A.	Zur Genese der Vorschriften über Flexibilität im Gemeinschaftsrecht	650
B.	Die Vorschriften zur verstärkten Zusammenarbeit in den Verträgen von Amsterdam und Nizza	659
I.	Verstärkte Zusammenarbeit zwischen einigen Mitgliedstaaten auch außerhalb des EU-/EG-Rahmens? Zur Reichweite der Artikel 43-45 EU-Vertrag	659
II.	Der Anwendungsbereich verstärkter Zusammenarbeit innerhalb des EG-Vertrages. Einige Rechtsfragen an ihre Bedingungen	663
1.	Artikel 43 Abs. 1 c) EUV: Zum Begriff des letzten Mittels	665
2.	Artikel 43 Abs. 1 e) und f) EUV: Zum Verbot der Beeinträchtigung des Besitzstandes der Gemeinschaft und der Interessen der Mitgliedstaaten	667
3.	Artikel 11 Abs. 1 e) EGV: Zum Verbot der Diskriminierung zwischen den Mitgliedstaaten	669
4.	Artikel 11 Abs. 2 S. 1 EGV: Zur Freiwilligkeit der Teilnahme	670
5.	Artikel 43 Abs. 1 g) EUV: Zur Offenheit der Teilnahme	672
III.	Kann der Gerichtshof die Rechtsfragen zur verstärkten Zusammenarbeit im Rahmen des EG-Vertrages beantworten? Zur Zuständigkeit des EuGH	676

* Christian von Buttlar, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Europarecht und europäisches öffentliches Recht von Prof. Dr. Torsten Stein, Universität des Saarlandes, Saarbrücken. Der Autor dankt Herrn PD Dr. Christian Calliess für seine hilfreichen Anmerkungen.

- C. Gefährdung der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts? Zur Rechtsnatur des im Rahmen verstärkter Zusammenarbeit ergehenden Rechts 679
- D. Schlußbemerkung 687

A. Zur Genese der Vorschriften über Flexibilität im Gemeinschaftsrecht

Seit der Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte von 1985 ist die Diskussion um die Gestalt der institutionellen Struktur des europäischen Integrationsprozesses konstanter Bestandteil der politischen Tagesordnung und folgerichtig auch verstärkt in das Blickfeld der wissenschaftlichen Forschung gerückt. War der mangelnde Integrationsfortschritt zu Beginn der siebziger Jahre – die Einführung einer Wirtschafts- und Währungsunion scheiterte, den Erlass von Rechtsangleichungsvorschriften erschwerte das Einstimmigkeitserfordernis, und sogar auf Politikfeldern, in denen Mehrheitsentscheidungen zulässig gewesen wären, konnte durch die mittels der „Politik des leeren Stuhls“ erzwungene Luxemburger Vereinbarung ein einzelner Mitgliedstaat eine Blockadehaltung einnehmen, die *de facto* einem Vetorecht gleichkam¹ – der Anlaß erster Überlegungen zugunsten einer vereinfachten Vertiefung der Integration der Mitgliedstaaten in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (*Willy Brandt, Leo Tindemans*²), so setzte die Planung zur Verwirklichung des Binnenmarktes eine neue Dynamik im Prozeß der europäischen Einigung frei. Im Zuge dieser Dynamik gewannen neue mittelfristige Integrationsziele rasch an Konkretisierung; vor allem mit der im Maastrichter Vertragswerk vereinbarten Stufenplanung zur Wirtschafts- und Währungsunion wurde ein zentraler Bereich der europäischen Zusammenarbeit unwiderruflich der supranationalen Steuerung übertragen.

Indes wich das allgemeine Stimmungshoch, das die Unterzeichnung des Unionsvertrages charakterisiert, alsbald einer durchaus zurückhaltenderen Selbsteinschätzung der Gemeinschaft. Der Verwirklichung des Binnenmarktes folgte eine Wachs-

¹ Siehe *Becker*, Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“, EuR-Beiheft 1, 1998, S. 29; *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl., 1999, Rdnrn. 39-43.

² Der Beginn der öffentlichen Debatte um Formen differenzierter Integration wird zumeist mit der Pariser Rede *Willy Brandts* v. 19.11.1974 angesetzt, in der dieser eine an den wirtschaftlichen Möglichkeiten der Mitgliedstaaten orientierte abgestufte Integration forderte, auszugsweise abgedruckt in: Europa-Archiv 1975, S. D 33 ff. Der Bericht des damaligen belgischen Ministerpräsidenten *Leo Tindemans* übernahm und konkretisierte diese Forderung, Die Europäische Union, Bericht an den Europäischen Rat, abgedruckt in: EG-Bulletin Beilage 1/1976, S. 1 ff. Zur historischen Entwicklung siehe ausführlich *Langeheine*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und abgestufte Integration, Dissertation Berlin 1988, S. 3 ff.

tumskrise, deren Ausmaß geraume Zeit darauf hinzuweisen schien, daß das als Meilenstein beschriebene „Europa der Bürger“ an Akzeptanz und somit auch an Legitimität einbüßen könnte. Der Verlauf der Ratifizierungsverfahren des Unionsvertrages, namentlich die Volksabstimmungen in Dänemark und Frankreich, die Debatten des britischen Unterhauses und nicht zuletzt in Deutschland bis zum „Maastricht“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts³ erhellten, daß durch die Weiterbildung der Gemeinschaft zur Europäischen Union zwar ein deutlicher engerer Zusammenschluß auf den Weg gebracht war; den nachfolgenden Auseinandersetzungen innerhalb der Mitgliedstaaten kam aber zweifelsfrei wesentlich mehr Gewicht zu als bloßen Rangeleien in einem nicht mehr aufhaltbaren Zug gen Europa. Die sich anschließende Erweiterung um Schweden, Finnland und Österreich⁴ zum Jahresbeginn 1995, im Verbund mit der vorangegangenen Erklärung des Europäischen Rates von Kopenhagen von Juni 1993 zugunsten der prinzipiellen Beitrittsmöglichkeit sämtlicher Länder Mittel- und Osteuropas⁵, rückte zunächst die Diskussion um das Ausmaß des damit einhergehenden Anpassungszwangs der Gemeinschaft in den Mittelpunkt der europapolitischen Auseinandersetzungen.⁶ Dabei ging es vordringlich um die Frage, inwieweit sich die Gemeinschaft einer institutionellen Reform unterziehen müsse, um die Handlungsfähigkeit ihrer Organe auch in einer Union von voraussichtlich mehr als zwanzig Mitgliedstaaten zu sichern. Die Vorbereitung einer solchen Neustruktur konnte bis zur Revisionskonferenz von Amsterdam⁷ allerdings nicht abgeschlossen werden und wurde dortselbst auf die Vertragskonferenz von Nizza⁸ vertagt.

Der Aufschub dieser allseits als unabdingbar eingeschätzten Pflichtaufgabe⁹ erklärt sich zum Teil damit, daß nicht lange nach der letzten Ratifizierung des Maas-

³ BVerfGE 89, 155 v. 12.10.1993, abgedruckt in: NJW 1993, S. 3047 ff. Siehe zur Stimmungskrise im Anschluß an die Verabschiedung des Maastricht-Vertrages *Fastenrath*, Die Struktur der erweiterten Europäischen Union, EuR-Beiheft 1, 1994, S. 102 ff. und *Lautenschlager*, Die Struktur der erweiterten Europäischen Union, EuR-Beiheft 1, 1994, S. 129 ff.

⁴ Norwegen als vierter Kandidat hatte zwar den Beitrittsvertrag unterzeichnet; das Referendum von November 1994 ging aber negativ aus.

⁵ Abgedruckt in: EG-Bulletin 6/1993, Ziff. 1.26.

⁶ *Fastenrath*, (Fn. 3), S. 114; *Lautenschlager*, (Fn. 3), S. 128 f., jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁷ Vom Europäischen Rat in Amsterdam am 16./17.6.1997 abgeschlossen. Der Vertrag von Amsterdam ist am 1.5.1999 in Kraft getreten.

⁸ Vom Europäischen Rat in Nizza am 7.-9.12.2000 abgeschlossen. Die endgültige Fassung des Vertrages in deutscher Sprache ist im Internet abrufbar unter <http://ue.eu.int/cigdocs/de/cig2000-DE.pdf> (alle in diesem Artikel zitierten Internetadressen beziehen sich auf den Stand v. 19.11.2001). Zur Vertagung der institutionellen Reform siehe die Erklärung Nr. 6 der „Von der Amsterdam-Konferenz zur Kenntnis genomme(n) Erklärungen“ zum Vertrag über die Europäische Union.

⁹ Stellvertretend für die allgemeine Einschätzung läßt sich die Erklärung des französischen Europa-ministers *Pierre Moscovici* vor der Nationalversammlung im Juni 1998 zitieren, wonach die nächste Erweiterungsrunde „zweifelloso die Frage der Grenzen der Europäischen Konstruktion“ aufwerfe, nicht bloß „geographisch, sondern vor allem funktionell“; eine Anpassung sei schlicht „eine biologische Notwendigkeit“, Agence Europe v. 6.6.1998.

tricht-Vertrages durch den Deutschen Bundestag ein neues Thema in den Vordergrund rückte, das alle Aufmerksamkeit auf sich zog. Die Debatte um die Agenda der Regierungskonferenz 1996, konzentriert auf eine Überprüfung der in Maastricht eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit mit dem Ziel, „die Wirksamkeit der Mechanismen und Organe der Gemeinschaft sicherzustellen“¹⁰, veränderte sich in geradezu dramatischer Weise im September 1994, als die schwergewichtigen Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich und England nacheinander in mehr oder minder offizieller Form ihre Vorstellung von der Zukunft der europäischen Integration präsentierten.¹¹ Alle drei Beiträge unterscheiden sich zwar erheblich, so daß es nicht unzutreffend ist, von einem grundlegenden integrationspolitischen Dissens zu sprechen;¹² ihnen ist aber die Einschätzung gemein, daß sie die breitangelegte Einführung einer differenzierten Integration nicht nur für unvermeidlich halten, sondern sogar für wünschenswert. Um der Gefahr kollektiver Handlungsunfähigkeit angesichts der zunehmenden Heterogenität der integrationspolitischen Interessen vorzubeugen, oder auch nur in Reaktion auf den wachsenden Druck der weiterhin integrationsbereiten und harmonisierungswilligen Länder, wurde die in den Römischen Verträgen verankerte Integrationsmethode nicht nur auf den Prüfstand gestellt, sondern durch konkrete Gegenkonzepte herausgefordert. Hiernach galt als stetes Leitbild die sogenannte Vollintegration, nach der eine Gemeinschaftsregelung von allen Mitgliedstaaten zum gleichen Zeitpunkt mit gleichem sachlichen Inhalt angewandt wird (gemeinsamer Standard).¹³ Mit der doppelten Herausforderung der Zukunft konfrontiert – einem innergemeinschaftlichen Integrationsstand, der nach dem gewaltigen Sprung in Maastricht nunmehr an die Grenzen politischer Konsensfähigkeit stößt, und noch

¹⁰ Vgl. Art. 2 EUV (Art. B Abs. 1 EUV a.F.).

¹¹ CDU/CSU-Bundesfraktion, 1/1995 Überlegungen zur Europäischen Politik: „Den festen Kern weiter festigen.“, sog. „Schäuble/Lamers-Papier“. Frankreichs Vorstellungen wurde vom damaligen Premierminister *Balladur* ausgeführt, *Le Figaro* v. 30.8.1994, S. 2; Premierminister *Major* stellte den britischen Vorschlag in einer Rede an der Universität Leiden vor, Auszüge abgedruckt in: *Europe* 6312 v. 10.9.1994, S. 1-2.

¹² Der „deutsche Beitrag“ schlug vor, ausgehend von der Überlegung, daß die Stabilisierung Mittel- und Osteuropas ein besonderes Anliegen Deutschlands sei, daß alle Staaten, die westlich der ehemaligen sowjetischen Grenzen liegen, in europäische Strukturen eingebunden werden. Mit einer solch weitreichenden Erweiterung aber sei die notwendige Vertiefung der Europäischen Union zu verbinden. Hierfür sei die angebotene Lösung ein harter Kern von Staaten innerhalb der jetzigen Union, die sowohl bereit als auch in der Lage sind, die Bedingungen für die Währungsunion zu erfüllen und deren politische Auswirkungen mitzutragen. Im einzelnen *Giering*, Vertiefung durch Differenzierung – Flexibilisierungskonzepte in der aktuellen Reformdebatte, *Integration* 1997, S. 77 f. Frankreich brachte die Vorstellung eines Europa der konzentrischen Kreise ein, nach dem im Sinne eines Europa der variablen Geometrie den politischen und wirtschaftlichen Bedürfnissen einzelner Staaten entsprechend ausgewählte Politikbereiche zum Feld gemeinsamer Aktionen gemacht werden. Der damalige Premierminister *Major* schließlich neigte im Sinne eines *Europe à la carte* dazu, zusätzliche Kompetenztransfers auf die Gemeinschaft zugunsten des Festhaltens an intergouvernementalen Prinzipien zu vermeiden.

¹³ *Scharner*, Abgestufte Integration – Eine Einführung, in: Grabitz (Hrsg.), *Abgestufte Integration, Eine Alternative zum herkömmlichen Konzept?*, Kehl/Straßburg 1984, S. 12 ff.

ohne klare Strategie nach außen –, befürworteten nunmehr alle drei Länder die Verpflichtung der Gemeinschaft, um ihrer selbst willen Forderungen nach generellen Differenzierungen nachzugeben. Die mit den drei zitierten Beiträgen ausgelöste, rasch gemeinschaftsweit geführte Debatte über die Alternativen gruppenweiser Vertiefung von Gemeinschaftszielen – der deutsche Vortrag wurde als Konzept eines „Kerneuropa“ verstanden, Frankreich betonte die Variante einer Bildung „konzentrischer Kreise“ und Großbritannien schien mit einem „Europe à la carte“ die schwächste Integrationsform zu favorisieren – erhitzte sich zunächst an den grundsätzlich auseinanderlaufenden Zielvorstellungen über die Gestalt der Europäischen Union. Parallel zu diesen (allgemein-)integrationspolitischen Auseinandersetzungen,¹⁴ in denen vor allem das unter den Mitgliedstaaten umstrittene Verständnis der *finalité politique* der Union zum Ausdruck kam, wie es sich schon in der Eliminierung der „föderalen Berufung“ der Europäischen Union aus der Präambel des Maastrichter Vertrags gezeigt hatte, entwickelte sich eine an den Zielvorgaben der Modellen orientierte Diskussion über die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Konsequenzen.

Dabei wurde schnell deutlich, daß der von den divergierenden Vorstellungen ausgehende Druck auf das innere Gefüge der Gemeinschaft nur durch eine Konzeptbildung in den Griff zu kriegen sein würde, die über die bislang geübten Formen von Integrationsabstufungen im Gemeinschaftsrecht¹⁵ deutlich hinausgeht. Während in der ursprünglichen Anschauung der Europäischen Gemeinschaft als Zweckverband funktioneller wirtschaftlicher Integration das Kohärenzgebot noch als das überragende Rechtsprinzip gegolten hatte, dessen Aufrechterhaltung für die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft von existentieller Bedeutung war,¹⁶ hatte sich unterdessen gezeigt, daß die Gemeinschaft durch ihre Weiterentwicklung zu einem umfassenden, komplexen „Staatenverbund“¹⁷, vor allem nach der Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen auf Bereiche, die stets der eigenständigen Verwaltung der Nationalstaaten vorbehalten waren, gezwungen sein würde, von selbst das Dogma der Kohärenz zu entschärfen, um Stagnation entgegenzuwirken, den Einigungsdruck zu relativieren und kommenden Erweiterungsrunden günstigere Grundlagen zu bereiten. In Maastricht hatte sich der Durchbruch zu einer Gemeinschaft unterschiedlicher Integrationsdichten vollzogen, vor allem mit dem

¹⁴ Zu Recht weist Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU- und zum EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 43 EUV, Rdnr. 3 (im Erscheinen), darauf hin, daß es sich bei den verwendeten Begriffen „Kerneuropa“, „konzentrische Kreise“, „Europe à la carte“ usw. meist um politische, nicht um Rechtsbegriffe handelt.

¹⁵ Zu den flexiblen Vertragsbestimmungen im Gemeinschaftsrecht siehe die ausführliche Darstellung von Ost, Flexibilität des Gemeinschaftsrechts – Vom Notantrieb zum Vertragsprinzip?, DÖV 1997, S. 497-501.

¹⁶ Siehe Oppermann, (Fn. 1), Rdnr. 525, mit weiteren Nachweisen auch zur einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

¹⁷ So die von Kirchhof geprägte Umschreibung des besonderen Charakters der Europäischen Union im „Maastricht“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, abgedruckt in: NJW 1993, S. 3047, 3052.

Stufenplan zur Währungsunion, aber auch an der Peripherie des Binnenmarktes, wie etwa im Umweltbereich oder mit dem Sozialprotokoll. In Amsterdam aber sollte es, dafür wog das Gewicht der Auseinandersetzung zu schwer, nicht länger um die rechtstechnische Fassung von abgestufter Rechtsgeltung in Einzelbereichen gehen oder um die Ausbreitung der bekannten Differenzierungsnormen auf weitere Bereiche, etwa auf die Grundfreiheiten oder das Wettbewerbsrecht. Statt dessen überlief die Diskussion weitgehend die Überlegung einer breiteren Anwendung flexibler Einzelnormen und wandte sich nur mehr der Konstruktion einer allgemeinen Ermächtigung zu differenzierter Rechtsanwendung zwischen den Mitgliedstaaten zu.¹⁸

Anfangen in der *Westendorp-Gruppe*¹⁹, liefen die Verhandlungen bis in die Schlußgespräche des Amsterdamer Gipfels. Ihr Ergebnis sind die neuen Flexibilitätsvorschriften, die eine umfassende Kodifizierung differenzierter Integration enthalten. Die Vorschriften in Titel VII. des Unionsvertrages über eine „verstärkte Zusammenarbeit“ regeln zum ersten Mal „in allgemeiner Form, zu welchen Zwecken, unter welchen Bedingungen, nach welchen Verfahren und mit welchen Rechtsfolgen eine Gruppe von Mitgliedstaaten innerhalb des institutionellen Rahmens und mit den Instrumenten der EG/EU enger zusammenarbeiten kann“.²⁰ Der insgesamt verhaltenen Kommentierung der potentiellen Bedeutung der Flexibilitätsklauseln zum Trotz²¹ ging das Verhandlungsergebnis damit über die Empfehlung einer differenzierten Integration mittels zeitlich begrenzter Derogationen respektive einer Art „Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten“, wie es noch im Zwischenbericht der Reflexionsgruppe im Dezember 1996 erwogen²² (und wie es in Maastricht bereits mit dem Stufenplan zur Währungsunion eingeführt) wurde, deutlich hinaus. Einige der in der Literatur beargwöhnten potentiellen Schwächen der Flexibilitätsvorschriften, vornehmlich die hohen Voraussetzungen an die Begründung einer solchen Gruppe, waren freilich auch Gegenstand der Vertragsverhandlungen; sie sind in ihrer Mehrzahl dem Umstand geschuldet, daß die

¹⁸ In dem umfassenden Ansatz der neuen Regelung sieht *Huber* die Ursache dafür, daß den bereits bekannten Formen der differenzierten Integration zum Trotz die Debatte um das Flexibilitätskapitel im Amsterdamer Vertrag stets als neues Konzept, „als neues Rezept gegen eine Stagnation in der Integrationsentwicklung verkauft“ wurde, in: *Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union?*, EuR 1996, S. 349 f.

¹⁹ Benannt nach dem Vorsitzenden des Ausschusses zur Vorbereitung der Agenda der Regierungskonferenz.

²⁰ So *Ehlermann*, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip?, EuR 1997, S. 362.

²¹ Siehe *Wessels*, Flexibility, differentiation and closer cooperation. The Amsterdam provisions in the light of the Tindemans Report, S. 85 ff., in: *Westlake* (Hrsg.), *The European Union beyond Amsterdam – New Concepts of European Integration*, 1998. Einen Überblick über die Bewertungen der neuen Vorschriften im Schrifttum liefern *Janning*, *Dynamik in der Zwangsjacke – Flexibilität in der Europäischen Union nach Amsterdam*, integration 1997, S. 285 und *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag*, 2. Aufl., Art. 45, Rdnr. 2 (im Erscheinen).

²² Bericht der Reflexionsgruppe zur Regierungskonferenz 1996, SN 509/95, S. 12 f.

neuen Vorschriften als eine gegen Ende der Verhandlungen bis ins letzte Detail ausbalancierte Kompromißformel zwischen den Staaten, die für eine weitergehende Öffnung zugunsten differenzierter Integration eintraten und jenen, die „verstärkte Zusammenarbeit“ noch strenger reglementieren wollten, zustande gekommen sind.²³

Schon bald nach Abschluß des Amsterdamer Vertrags wurde die Nachbesserung der Vorschriften gefordert. Neben den bereits früheren Bestrebungen nach abgestufter Integration entgegengebrachten Bedenken einer durch die Differenzierung beförderten EU-Mitgliedschaft zweiter Klasse wurde allerdings vor allem die fehlende Anwendung der Klausel als Einwand gegen eine umgehende Reform ins Feld geführt, weswegen die verstärkte Zusammenarbeit zunächst nicht auf die offizielle Agenda der Regierungskonferenz 2000 gelangte.²⁴ Mit dem Wiederaufleben der europapolitischen Grundsatzdebatte, vornehmlich im Zuge der Beiträge von *Delors*²⁵, von *Schmidt* und *Giscard d'Estaing*²⁶ sowie von *Fischer*²⁷, rückte die Ausgestaltung von Flexibilität und Differenzierung in der Europäischen Union aber in einen unmittelbaren Zusammenhang mit der bevorstehenden Osterweiterung. In der Folge entwickelten sich starke politische Kräfte, die in Amsterdam heißumkämpften Bedingungen in Nizza zu lockern und den Einstieg und die Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zu erleichtern, weil – in der Formulierung der Kommission – „angesichts der Art der bevorstehenden Erweiterung

²³ Während die „Lamers/Schäuble-Initiative“ – durch die Politisierung des Themas – auf die Debatte über Differenzierung in der *Westendorp-Gruppe* und der Regierungskonferenz vor allem indirekten, nicht so sehr aber inhaltlich Einfluß genommen hatte, entspricht das Verhandlungsergebnis weitgehend den Forderungen des gemeinsamen Briefes von *Kohl* und *Chirac* v. 6.12.1995, in dem diese unter teilweiser Aufgabe ihrer zunächst unterschiedlichen Positionen zum ersten Mal gemeinsam mahnten, daß „zeitweilige Schwierigkeiten eines Partners, Schritt zu halten, die Handlungsfähigkeit der Union und ihrer Möglichkeiten, Fortschritte zu erzielen, nicht beeinträchtigen dürfen“ und deswegen durch eine allgemeine Klausel Staaten, die dies wünschten, die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit unter Wahrung des einheitlichen institutionellen Rahmens zu eröffnen sei, abgedruckt in: *Internationale Politik* 8/1996, S. 80 f., siehe dazu auch Europäisches Parlament (Hrsg.), *Weißbuch für die Regierungskonferenz*, Band II, S. 95 f.

²⁴ *Giering/Janning*, Flexibilität als Katalysator der Finalität? Die Gestaltungskraft der „Verstärkten Zusammenarbeit“ nach Nizza, *Integration* 2001, S. 147.

²⁵ *Delors* schlug zunächst eine Avantgarde der sechs Gründungsmitglieder vor, die durch Institutionen innerhalb der Institutionen ein Föderation von Nationalstaaten zur Entstehung bringen sollten, *Reuniting Europe: Our historic mission*, abgedruckt in: *Agence Europe* 7625, v. 3./4.1.2000, Seite 3 ff.

²⁶ *Schmidt/Giscard d'Estaing* sprachen sich für die Gründung einer Kerngruppe durch die Euro-Länder aus, die einen eindeutig föderal ausgerichteten Integrationsansatz zur Grundlage nehmen sollte, *Die EU ist nicht reif für die Erweiterung*, *Welt am Sonntag* v. 23.4.2000, S. 34.

²⁷ *Fischers* weitgehende Vorstellungen sind in einem Stufenplan entwickelt, an deren Anfang die Erleichterung einer verstärkten Zusammenarbeit und an deren Ende eine umfassend parlamentarisierte „Europäische Föderation“ steht, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, Rede des Ministers des Auswärtigen Joseph Fischer am 12.5.2000 an der Humboldt-Universität zu Berlin. Im Internet abrufbar unter http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/index_html.

(die Bestimmungen) möglichst so gestaltet werden müssen, daß sie auch umsetzbar sind“.²⁸ Die in Nizza tatsächlich verabschiedete Reform konzentriert sich im Ergebnis auf lediglich drei bedeutsame Veränderungen, die die bisherigen Einschränkungen der Anwendbarkeit mindern sollen. Im übrigen dominieren redaktionelle Umstellungen.²⁹

Mit der Einführung und Umformulierung der Vorschriften über die verstärkte Zusammenarbeit hat die gemeinschaftsrechtliche Diskussion um die soeben angesprochenen Integrationsmodelle, die allesamt dadurch gekennzeichnet sind, daß nicht mehr alle Mitgliedstaaten gleichzeitig an allen Gemeinschaftsmaßnahmen teilnehmen, sicher eine neue Ebene, aber keinesfalls ihr Ende erreicht. Die verschiedenen Formen³⁰ – *Europe à géométrie variable*, *Europe à la carte* oder das Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten bzw. konzentrischen Kreise – schwebten schon seit geraumer Zeit, spätestens seit Maastricht mit der Drei-Säulen-Konstruktion und dem Projekt der Währungsunion, nicht mehr als theoretische Vertiefungsvarianten im gemeinschaftspolitischen Raum. Vielmehr hat einiges, was in ihnen vorgestellt wird, mittlerweile Eingang in die europarechtliche Praxis gefunden. Und auch nach Einführung der Vorschriften über die „verstärkte Zusammenarbeit“ sind diese Modelle nicht obsolet geworden, sondern bleiben zur Orientierung jeder Diskussion über vertiefte Integration unentbehrlich. Die Art. 43 ff. EUV³¹ ersetzen auch keine im Gemeinschaftsrecht vorhandenen Vorschriften zugunsten differenzierter Integration. Sie treten, als zukünftiges Modell für noch nicht festgelegte Politikbereiche, neben die bislang bekannten Einzelermächtigungen. Indessen verschieben sich, im Einklang mit der politischen Bewertung, nunmehr auch für die juristische Betrachtung differenzierter Integration die Beurteilungsmaßstäbe. Waren bis zu den Vertragsänderungen von Amsterdam und Nizza die Analysen zur Balance zwischen „gemeinsamem Standard“ und „abgestufter Integration“ im wesentlichen auf die Kategorisierung der Bestimmungen des Primär- und des Sekundärrechts gerichtet, die als flexible Normen durch Differenzierungen „nach unten“ bzw. durch die Einführung von *Opting-up-Rechten* in Einzelbereichen die prinzipielle Kohärenz des Gemeinschaftsrechts durchbrechen, und auf deren Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung zum Prinzip der Nicht-Diskriminierung,³² so scheint das Prinzip der Flexibilisierung von Einzel-

²⁸ Europäische Kommission, Stellungnahme v. Januar 2000 gemäß Art. 48 EU-Vertrag; im Internet abrufbar unter <http://db.consilium.eu.int/cigdocs/DE/4783d.pdf>.

²⁹ Zu den Einzelheiten der Vorschriften sogleich.

³⁰ Die regelrechte Inflation von Konzepten und Begriffen ist aufgelistet bei *Stubbs*, A Categorization of Differentiation, *Journal of Common Market Studies*, 1996, S. 283 f.

³¹ Sowie die zusätzlichen Vorschriften für die Erste bzw. Dritte Säule.

³² Vgl. dazu die im Sammelband Grabitz (Hrsg.), *Abgestufte Integration*, Eine Alternative zum herkömmlichen Konzept?, Straßburg/Kehl 1984, enthaltenen Beiträge, vor allem *Scharrer*, *Abgestufte Integration – Eine Einführung*, S. 3 ff. Außerdem *Ehlermann*, *How flexible is Community Law? An usual approach to the concept of „two-speeds“*, *Michigan Law Review* 1984, S. 1274 ff. und *Krämer*, *Abgestufte Integration und differenzierte Integration*, Gs. für Grabitz 1995, S. 307 ff.

bereichen nunmehr aufgegeben zu sein, um einem generellen Ansatz Raum zu geben.³³ Das Primärrecht anerkennt nun, daß einige Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen eine Vorreiterrolle einnehmen dürfen – ohne den Parcours vorab festzulegen.³⁴

Daher stellt sich die Frage, ob abgestufte Integration in der Europäischen Rechtsgemeinschaft überhaupt Anwendung finden kann (oder muß), nicht länger in ihrer prinzipiellen Bedeutung.³⁵ Die Untersuchung von abgestufter Integration kann sich, zumal wenn sie auf die kommenden Zeiten gerichtet ist, sinnvollerweise nur noch mit dem notwendigen Ausmaß differenzierter Rechtsanwendung und seinen Implikationen befassen.³⁶ Und an der Schwelle zu einer Europäischen Union von zwanzig oder mehr Mitgliedstaaten spitzt sich die Diskussion merklich zu. Die im Gebrauch befindlichen Formen differenzierter Integration in Einzelbereichen werden sich vermutlich schon in absehbarer Zeit als strukturell zu schwach erweisen, um einer wachsenden Heterogenität innerhalb der Europäischen Union zu begegnen.³⁷ Dann könnte die Stunde der neuen Vorschriften schlagen und die Vorgaben für „verstärkte Zusammenarbeit“, die im Vertrag gleichsam als präventive Schutzmaßnahme in Erwartung künftiger Meinungsverschiedenheiten konstruiert sind, das letzte Instrument sein, um Fortentwicklungen von Gemein-

³³ Ob der Grundsatz der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts aufgegeben ist und dem neuen deswegen der Rang eines „Verfassungsprinzips“ zukommt, wie es *Ehlermann*, (Fn. 20), S. 362, fragt (und verneint), oder voraussichtlich das „Strukturprinzip der Zukunft“ darstellt, wie *Müller-Brandeck-Bouquet*, *Flexible Integration – Eine Chance für die europäische Umweltpolitik?*, *integration* 1997, S. 295 voraussagt, muß hier nicht entschieden werden. Zur Gefährdung der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts siehe am Ende dieses Beitrags.

³⁴ Die vertragliche Festlegung der Felder, auf denen verstärkte Zusammenarbeit stattfinden dürfe, scheiterte in Amsterdam an der Uneinigkeit der Vertragspartner und wurde auch in Nizza verworfen.

³⁵ Zur ursprünglichen Untersuchung, ob nur durch eine Änderung des EWG-Vertrages abgestufte Integration rechtlich zulässig sei, siehe das nach wie vor grundlegende, von *Christoph Sasse* Anfang der achtziger Jahre initiierte Forschungsprojekt der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg „Abgestufte Integration“, *Grabitz* (Hrsg.), *Abgestufte Integration, Eine Alternative zum herkömmlichen Konzept?*, *Kehl/Straßburg* 1984, besonders die Beiträge von *Scharrer*, *Abgestufte Integration – Eine Einführung*; *Grabitz/Iliopoulos*, *Typologie der Differenzierungen und Ausnahmen im Gemeinschaftsrecht* und *Langeheine*, *Rechtliche und institutionelle Probleme einer abgestuften Integration in der Europäischen Gemeinschaft*.

³⁶ Ebenso *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., Art. 43 EUV, Rdnr. 9 (im Erscheinen). Ähnlich bereits *Lautenschlager*, (Fn. 3), S. 131 f., nach dessen Einschätzung sich die grundsätzliche Zielrichtung der erweiterten Europäischen Union, um ihre Funktions- wie Handlungsfähigkeit zu sichern, ohnehin nur noch zwischen intergouvernementalem Vorgehen und dem Weg der Integration (Vergemeinschaftung) bewegen kann; ein einheitliches Vorgehen im Sinne der ursprünglichen Integrationsmethode der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sei spätestens mit dem Unionsvertrag von Maastricht so nicht mehr möglich.

³⁷ Abgestufte Integration in Einzellermächtigungen werden nach aller Voraussicht aber gleichwohl Bestand haben, schon weil ihre tragenden Motive – starke Unterschiede in den für eine Integration relevanten wirtschaftlichen Voraussetzungen sowie zum Teil erheblich Souveränitätsvorbehalte – weiterhin in der Welt sind und die ökonomischen Unterschiede in Erwartung einer neuerlichen Erweiterung um die mittel- und osteuropäischen Beitrittskandidaten besonderer Rücksichtnahme bedürfen werden.

schaftsmaterien zumindest innerhalb des einheitlichen institutionellen Rahmens zu halten. Ein Anfang ist mit den Ausnahmeregelungen im neuen Titel IV des EG-Vertrages (v.a. Visa, Asyl und Einwanderung) und der gemeinschaftsrechtlichen Übernahme der Schengen-Abkommen gemacht.³⁸

Im folgenden wird das System der engeren Zusammenarbeit in Ausschnitten, nämlich mit Blick auf jene Vorschriften untersucht, die aus rechtlicher Sicht nicht eindeutig erscheinen.

Demgegenüber verzichtet dieser Beitrag auf eine Stellungnahme zu der unter integrationspolitischen Vorzeichen stehenden Debatte, inwieweit die in Amsterdam eingerichteten und in Nizza reformierten Vorschriften praktischen Gebrauch auf welchen Gebieten in den kommenden Jahren erwarten lassen und ob sie eine „kopernikanische Wende in der Geschichte der europäischen Integration“ (*Constantinesco*)³⁹ eingeleitet haben oder in Wahrheit doch nur „knapp unter der Schwelle zur Nutzlosigkeit“ liegen (*Janning*)⁴⁰. Zwar hat sich die Einschätzung, daß die Amsterdamer Kompromißformel für absehbare Zeit den „rechtlichen Ist-Zustand für ein mögliches Mehr an Flexibilität innerhalb des Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts darstellen“ werde⁴¹, als vorschnell erwiesen. Gleichwohl spricht jetzt manches dafür, die Diskussion auf etwaige rechtliche Schwachstellen zu begrenzen. Zum einen deutet die in Nizza beschlossene Änderung der notwendigen Teilnehmerzahl von „der Mehrheit der Mitgliedstaaten“ in „mindestens acht Mitgliedstaaten“ auf eine abschließend gemeinte Fassung, da sie offensichtlich mit Blickrichtung auf die zukünftige Erweiterung erfolgt ist. Und zum anderen sollen die nachfolgenden Bemerkungen zeigen, daß auch die überarbeitete Fassung der Vorschriften zum Zwecke größerer Praktikabilität Rechtsfragen offen gelassen hat, die sich bereits nach Amsterdam gestellt haben und durchaus nicht nur von theoretischem Interesse sind.

³⁸ Der neue Titel IV und das Schengen-Protokoll können nach ihrer Überführung in den EG-Vertrag als eine Art Pilotprojekt verstärkter Zusammenarbeit gewertet werden. Und selbst wenn man die Vermutung *Ehlermanns* teilt, wonach es für die Vergemeinschaftung der Schengen-Abkommen nicht notwendig gewesen sei, durch die besondere Konstruktion des Protokolls eine unübersichtliche Gemengelage von gemeinschaftlicher Rechtsgeltung und Ausnahmenvorschriften zugunsten einzelner Mitgliedstaaten zu schaffen, ist damit nur gesagt, daß es in Zukunft architektonisch wohl auch leichter gehen kann, siehe *Ehlermann*, (Fn. 20), S. 387.

³⁹ *Constantinesco*, „Les clauses de „coopération renforcée“ – Le protocole sur l’application des principes de subsidiarité et de proportionnalité“, *Revue trimestrielle de Droit Européen* 33 (4), 1997, S. 752.

⁴⁰ *Janning*, (Fn. 21), S. 285.

⁴¹ So *Huber*, Wieviel Flexibilität für welches Europa?, *EuR* 1999, S. 721.

B. Die Vorschriften über verstärkte Zusammenarbeit in den Verträgen von Amsterdam und Nizza

Die Vorschriften zur „verstärkten Zusammenarbeit“ tragen in ihrer Architektur der in Maastricht begründeten Drei-Säulen-Konstruktion Rechnung. Im neuen Titel VII des Unionsvertrages sind die horizontal geltenden Regeln festgelegt (Art. 43-45). Diese werden durch Art. 11 EGV für die Erste Säule und Art. 40 EUV für die Dritte Säule – Die Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Titel VI EUV) – ergänzt. Mit dem Vertrag von Nizza wird darüber hinaus die Möglichkeit vorgesehen, die verstärkte Zusammenarbeit auch im Bereich der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) zur Umsetzung einer gemeinsamen Aktion oder eines gemeinsamen Standpunktes zu begründen.⁴² Diese Möglichkeit hatte in Amsterdam noch keine einstimmige Unterstützung gefunden und war zuletzt fallengelassen worden.⁴³ Eine derartige verstärkte Zusammenarbeit wird aber auch nach Inkrafttreten der Reform nicht Fragen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen betreffen dürfen.⁴⁴

I. Verstärkte Zusammenarbeit zwischen einigen Mitgliedstaaten auch außerhalb des EU/EG-Rahmens? Zur Reichweite der Artikel 43-45 EU-Vertrag

Am Anfang steht die Bestimmung der „Reichweite“ der neuen Vorschriften. Die Generalklausel des Art. 43 EUV ermächtigt die Mitgliedstaaten, die im EU- und EG-Vertrag vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen für eine verstärkte Zusammenarbeit in Anspruch zu nehmen. Es ist das Markenzeichen der neuen Vorschriften, innerhalb des institutionellen Rahmens der EU/EG eine Einrichtung zu schaffen, in der eine Gruppe von Mitgliedstaaten sich enger zusammenfinden kann. Denn die ganz überwiegende Zahl⁴⁵ der Fälle engerer Zusammen-

⁴² Siehe Art. 27 a-e EUV in der Fassung von Nizza. Die Ermächtigung zur Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit wird vom Rat nach Stellungnahme der Kommission insbesondere zur Kohärenz des Vorhabens mit der Politik der Europäischen Union erteilt. In diesem Bereich ist ein Vetorecht vorgesehen: Der Rat beschließt grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit, aber jeder Mitgliedstaat kann verlangen, daß der Europäische Rat mit der Angelegenheit befasst wird und gegebenenfalls einen einstimmigen Beschluss fassen muß („Notbremse“), siehe Art. 27 c Abs. 2 EUV (Nizza).

⁴³ Allerdings enthält die Zweite Säule auch schon vor Inkrafttreten des Nizza-Vertrages eine gewisse Form von Flexibilität, deren englische Bezeichnung „*case-by-case flexibility*“ treffend wiedergibt, was mit „positiver Enthaltung“ nur schwachen Ausdruck findet. Nach Art. 23 Abs. 1 EUV werden Beschlüsse über die GASP grundsätzlich einstimmig gefaßt, wobei Stimmenthaltung nicht entgegensteht. Seit Amsterdam kann bei der Stimmenthaltung eine besondere Erklärung abgegeben werden, die den betreffenden Mitgliedstaat von der Verpflichtung befreit, den Beschluß durchzuführen; er muß allerdings akzeptieren, daß der Beschluß für die Union bindend ist und muß alles unterlassen, was dem Vorgehen der übrigen Mitglieder zuwiderlaufen könnte.

⁴⁴ Vgl. Art. 27 b S. 2 EUV (Nizza).

arbeit zwischen nur einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft finden sich bislang außerhalb der EU/EG, wie das ursprüngliche Europäische Währungssystem, die Schengen-Abkommen vor ihrer Vergemeinschaftung und bestimmte Formen der Zusammenarbeit im Sicherheits- und Verteidigungsbereich (WEU, Eurokorps).⁴⁶ Der Wortlaut des Art. 43 EUV, nach dem „die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, [den gemeinschaftlichen Rahmen in Anspruch nehmen] können“ – die Neufassung von Nizza hat hier keine Änderung gebracht – weist darauf hin, daß es auch in Zukunft zulässig bleiben wird, gegebenenfalls ebenso gut außerhalb des Unionsrahmens zu kooperieren, etwa weil die interessierten Mitgliedstaaten größere Flexibilität suchen, als es die Art. 43-45 EUV erlauben. Einen eindeutigeren Hinweis enthält der Vertrag allerdings nicht. Dennoch legen sich zahlreiche Autoren unter Berufung auf die Formulierung der Generalklausel fest, wonach die neuen Vorschriften lediglich die Möglichkeit schaffen, innerhalb des institutionellen Rahmens zu handeln, eine beliebige Gruppe von Mitgliedstaaten gleichwohl auch weiterhin außerhalb der EU gemeinsam handeln kann, vorausgesetzt, daß insbesondere die Grundsätze des Art. 10 EGV, mithin der Gemeinschaftstreue, eingehalten werden.⁴⁷ Demgegenüber unterscheidet Constantinesco in dieser Frage zwischen den Feldern, auf denen die Mitgliedstaaten ihre Hoheitsrechte an die Gemeinschaft abgetreten haben und jenen, für welche die Gemeinschaft keine Kompetenzen besitzt.⁴⁸ Nur im zweiten Fall sei noch Raum für intergouvernementale Zusammenarbeit außerhalb des Unionsrahmens. Als Ausgangspunkt seiner Überlegungen stellt er fest: „*Rien n’interdit à ceux des Etats membres de choisir, dans des domaines autres que ceux des compétences de l’organisation, des secteurs dans lesquels ils engagent des actions particulières.*“⁴⁹ Aus der Einführung der Generalklausel folge, daß in Zukunft jegliche Form flexibler Kooperation innerhalb einer Gruppe von Mitgliedstaaten nur noch unter den Voraussetzungen der „verstärkten Zusammenarbeit“ stattfinden könne: „*Dans le champ d’application des traités communautaires, les Etats membres ne disposent plus – en dehors de la coopération renforcée offerte par le Traité d’Amsterdam – d’autres possibilités d’engager des actions collectives.*“⁵⁰ Damit bringt

⁴⁵ Das einzige Beispiel gemeinschaftsrechtlich geregelter Gruppenbildung ist Art. 306 EGV, der eine engere Zusammenarbeit in Form regionaler Zusammenschlüsse zwischen den Benelux-Ländern gestattet.

⁴⁶ Siehe die historische Darstellung bei Ehlermann, (Fn. 20), S. 370.

⁴⁷ Etwa Ehlermann, (Fn. 20), S. 372; Hofmann, Wieviel Flexibilität für welches Europa?, EuR 1999, S. 727; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 43 EUV, Rdnr. 22 (im Erscheinen). Ohne auf Art. 10 EGV bzw. das Prinzip der Gemeinschaftstreue einzugehen Philippart/Edwards, The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union, Journal of Common Market Studies, 1998, S. 90.

⁴⁸ Constantinesco, (Fn. 39), S. 755. Dem folgend, ohne außervertragliche Kooperation einer Gruppe von Mitgliedstaaten vollständig auszuschließen, Martenczuk, Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam, ZEuS 1998, S. 464.

⁴⁹ Constantinesco, (Fn. 39), S. 755.

Constantinesco das Gebot der Unions- bzw. Gemeinschaftstreue nachgerade im umgekehrten Sinne zur Anwendung: Wenn das Unionsrecht selbst einen rechtlichen Rahmen für flexible partielle Integration anbietet, müssen sich die interessierten Mitgliedstaaten auch ausschließlich dieses Instruments bedienen.

Wie umfassend erstreckt sich nun die – potentielle – „Reichweite“ der neuen Vorschriften? Das erscheint um so unklarer als ja schon über ihren Anwendungsbereich grundsätzliche Unsicherheit herrscht. Der in Amsterdam beschlossene Verzicht auf die Einführung einer negativen Liste – die Bereiche, in denen „verstärkte Zusammenarbeit“ nicht stattfinden darf – bzw. einer positiven Liste der einer gruppenweisen Vertiefung zugänglichen Gebiete war freilich der Meinungsverschiedenheit der Verhandlungspartner über die darin aufzunehmenden Gemeinschaftspolitiken geschuldet – sowie der objektiven Schwierigkeit, daß auch im Falle einer Einigung die Prioritäten sich verschieben und eine heute noch im Konsens erstellte Liste sich übermorgen doch als unerwünschte Beschränkung herausstellen könnte.⁵¹ In Nizza hat sich an dieser Situation nichts geändert. Allerdings wäre selbst mit einer vertraglichen Festlegung der Anwendungsfelder die umstrittene Frage nach der Zulässigkeit „engerer Zusammenarbeit“ außerhalb der Verträge nicht eindeutig geklärt. Eine Antwort kann sich daher nur aus einer näheren Betrachtung ergeben.

Im Rahmen des EG-Vertrages muß sich jede künftige „engere Zusammenarbeit“ innerhalb der Kompetenzen halten, die der Europäischen Gemeinschaft von den Mitgliedstaaten übertragen worden sind, vgl. Artikel 11 Abs. 1 d) EGV.⁵² Anders gewendet: Auf Feldern, zu deren Bestellung die Gemeinschaft nicht zuständig ist, kann eine engere Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten im Rahmen und mit den Mitteln des Gemeinschaftsrechts nicht etabliert werden. Daraus folgt zunächst lediglich, daß im Falle der fehlenden Gemeinschaftskompetenz die Art. 43-45 EUV nicht darüber Auskunft geben, ob Mitgliedstaaten auch außerhalb dieser zusammenarbeiten können.

⁵⁰ *Constantinesco*, (Fn. 39), S. 755, ebenso *Kortenberger* (Pseudonym), *Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam*, *Common Market Law Review*, 1998, S. 855: „There is still room for cooperation outside the framework of the Treaty for matters *which are outside the Union's competence*“. (Hervorhebung d. Verf.).

⁵¹ Die Erklärung der Verhandlungspartner im Anschluß an die Schlußgespräche in Amsterdam erschien freilich in etwas fröhlicherem Gewand: Der freiwillige Verzicht auf eine Liste biete die Chance auf einen dynamischeren Gebrauch, der lediglich von allgemeinen Prinzipien und einigen Bedingungen begleitet werde. Während des Vertragsverhandlungen in Amsterdam waren verschiedene Entwürfe eingebracht worden, unter anderem auch von der Kommission mit dem Grundsatzpapier „Flexibilität/Verstärkte Zusammenarbeit“, Europäische Dokumente Nr. 2022 v. 29.1.1997, S. 1-4.

⁵² Diese Einschränkung gilt nicht für die Zusammenarbeit in der Dritten Säule, vgl. Art. 40 EUV. In der Neufassung von Nizza ist die Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit für den Gemeinschaftsvertrag auf einen „der unter diesen Vertrag fallenden Bereiche“ zu richten, vgl. Art. 11 Abs. 1 EGV (Nizza).

Gegen die Exklusivität der neuen Vorschriften, wie sie *Constantinesco* vertritt, läßt sich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Zulässigkeit von zwischenstaatlicher Kooperation außerhalb des Gemeinschaftsrechts, jedenfalls mittelbar, anführen. Danach steht es im Prinzip den Mitgliedstaaten frei, zwischen der Gemeinschaftsarbeit und der intergouvernementalen Zusammenarbeit zu wählen. Die Mitgliedstaaten können aber keine intergouvernementale Zusammenarbeit in Bereichen aufnehmen, die in den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsverträge fallen, wenn diese Zusammenarbeit sich auf die Erfüllung von Primär- und Sekundärrecht oder auf das Funktionieren der Gemeinschaftsorgane auswirkt, weil dies eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 EGV bedeuten würde.⁵³ Implizit erklärt der Gerichtshof demnach die Mitgliedstaaten zu intergouvernementaler Zusammenarbeit berechtigt, wenn sich eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht oder eine Störung der Funktionsfähigkeit der Organe nicht erkennen läßt. Diese Rechtsprechung spiegelt sicher ein entscheidendes Prinzip im Verhältnis zwischen gemeinschaftlicher Zuständigkeit und mitgliedstaatlichen Kompetenzen wider. Da erscheint es schlicht unwahrscheinlich, daß die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ sich mit der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit so weitgehend an eine einzige Vertiefungsalternative fesseln und auf das vom Gerichtshof zu ihrer Handlungsfreiheit aufgestellte Prinzip gleichsam *en passant* verzichten wollten.

Wie bereits erwähnt, streitet vor allem der Wortlaut der Generalklausel gegen die Absolutheit der „verstärkten Zusammenarbeit“. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten kann und muß nicht von den Organen, Verfahren und Mechanismen des Vertrages Gebrauch machen, wenn die Versuche, zu einer Entscheidung im normalen gemeinschaftlichen Rechtsetzungsverfahren zu kommen, gescheitert sind.⁵⁴ Eher für als gegen die fortlaufende Zulässigkeit der Wahl zwischen „verstärkter Zusammenarbeit“ und zwischenstaatlicher Kooperation liest sich auch die vertragliche Ausgestaltung des Verfahrens zur Begründung einer solchen Gruppe. Die Ermächtigung zu verstärkter Zusammenarbeit kann gemäß Art. 11 Abs. 2 EGV nur auf Vorschlag der Kommission ergehen. Einmal angenommen, die Kommission unterbreitet dem Rat einen solchen Vorschlag nicht und teilt den integrationswilligen Mitgliedstaaten ihre ablehnenden Gründe mit, soll damit wirklich zugleich entschieden sein, daß außerhalb des Vertrages jede Zusammenarbeit ausgeschlossen ist? Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß die engere Zusammenarbeit nur von einer Mehrheit der Mitgliedstaaten⁵⁵ – bzw. nach Nizza von mindestens acht Ländern⁵⁶ – in Angriff genommen werden kann. Müßte diese Mehrheit der Mitgliedstaaten, nachdem eine Entscheidung im normalen Entscheidungsverfahren im Rat nicht zustande kommt, wenn sie für die Entscheidung

⁵³ EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, S. 29 (*Derrick Guy Edmund Hurd*), ständige Rechtsprechung.

⁵⁴ „Verstärkte Zusammenarbeit“ ist nach Art. 43 Abs. 1 c) EUV „nur als letztes Mittel“ heranzuziehen.

⁵⁵ Art. 43 Abs. 1 d) EUV.

⁵⁶ Konsolidierte Fassung Art. 11 Abs. 1 g) EGV.

gestimmt hat, gemäß Art. 11 Abs. 2 UAbs. 3 EGV einen Antrag an die Kommission auf Vorlage eines Vorschlages zugunsten „verstärkter Zusammenarbeit“ stellen, weil sie – angeblich – daran gehindert ist, außerhalb des Vertrages zusammenzuarbeiten, während eine Minderheit (die von vornherein nicht zur Kooperation im Rahmen des EG-Vertrages autorisiert werden kann) eine solche außervertragliche Zusammenarbeit aufnehmen dürfte?

Es versteht sich in gewisser Weise von selbst, daß im Falle konkurrierender Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft eine Mehrheit von an vertiefter Integration interessierten Mitgliedstaaten es zunächst anstreben wird, innerhalb der Gemeinschaft die entsprechenden Fortschritte zu erreichen.⁵⁷ Allerdings wecken die obigen, nicht rein rhetorischen Fragen doch erhebliche Zweifel daran, ob es tatsächlich untersagt sein kann, Zusammenarbeit (die mit den Grundsätzen des Art. 10 EGV und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH in Einklang steht) auch außerhalb des Vertrages zu initiieren, wenn sich entweder keine Mehrheit von Staaten findet, die Kommission den nötigen Vorschlag nicht machen will oder der Gerichtshof eine der im Vertrag vorgegebenen Bedingungen als nicht gegeben betrachtet. Ohne abschließend entscheiden zu wollen, ob schon das Wortlaut-Argument die entgegenstehenden Folgerungen von *Constantinesco* überwindet, deutet doch der Umstand, daß jener sich ebenso wie die Befürworter einer außervertraglichen Kooperationsmöglichkeit auf das überwölbende Gebot der Gemeinschaftstreue stützt, auf nicht ganz unvereinbare Positionen hin. Vielleicht ist es gerechtfertigt, zu vermuten, daß mancher Vorbehalt ausgeräumt werden könnte, wenn mitgliedstaatliche Zusammenarbeit außerhalb des Vertrages nicht vollständig mit rein zwischenstaatlicher, mithin völkerrechtlicher Kooperation identifiziert würde. Die Geschichte nicht nur der Schengen-Abkommen steht Pate für die Überzeugung, daß auch solcherlei Zusammenarbeit schon im Anfang eine Art supranationalen Kern in sich tragen kann.

II. Der Anwendungsbereich verstärkter Zusammenarbeit innerhalb des EG-Vertrages. Einige Rechtsfragen an ihre Bedingungen

„Verstärkte Zusammenarbeit“ nach Titel VII EUV ist unter anderem geknüpft an die Voraussetzungen, die Grundsätze des EG- und des EU-Vertrags und ihren einheitlichen institutionellen Rahmen zu beachten;⁵⁸ sie soll stets nur als letztes Mittel eingesetzt,⁵⁹ also als Ausnahme von der Regel verstanden werden und dabei den Besitzstand der Gemeinschaft und die sonstigen Maßnahmen, die nach Maßgabe

⁵⁷ Strenger noch *Hofmann*, (Fn. 47), S. 729, der annimmt, daß das Gebot der Gemeinschaftstreue verlange, Integrationsfortschritte zuerst unter den neuen Vorschriften zu versuchen: „[...] nur wenn dies nicht möglich ist, dürfen Mitgliedstaaten außerhalb dieses Rahmens Schritte zu flexibler Integration unternehmen“.

⁵⁸ Art. 43 Abs. 1 b) EUV. Keine Änderung in Nizza.

⁵⁹ Art. 43 Abs. 1 c) EUV. Konsolidierte Fassung: Art. 43 a EUV.

der Verträge ergangen sind, nicht beeinträchtigen.⁶⁰ Die Generalklausel stellt darüber hinaus weitere vorbeugende Bedingungen auf, um ein (rechtliches) Auseinanderfallen innerhalb der Union zu limitieren. Verstärkte Zusammenarbeit muß darauf ausgerichtet sein, die gemeinschaftlichen Ziele der Union zu fördern sowie ihre Interessen schützen und ihnen dienen.⁶¹ Sie ist folglich nur als Mittel zum schnelleren Voranschreiten erlaubt, nicht als Instrument zum Rückschritt.⁶² Schließlich ist das Prinzip der Offenheit von zentraler Bedeutung, wonach die übrigen Mitgliedstaaten sich der Zusammenarbeit anschließen dürfen, sofern sie dem Grundsatzbeschluß und den bereits gefaßten Beschlüssen nachkommen.⁶³

Für die (vorerst) nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten ist ebenfalls ein Ausgleich zwischen Schutzmaßnahmen – die engere Zusammenarbeit darf ihre Zuständigkeiten, Rechte, Pflichten und Interessen nicht beeinträchtigen – und Verpflichtung – sie dürfen ihrerseits der Durchführung der engeren Zusammenarbeit nicht im Wege stehen – vorgesehen.⁶⁴ Das damit installierte Prinzip der gegenseitigen Rücksichtnahme impliziert, daß die zukünftigen Formen engerer Zusammenarbeit zwar eine Art getrennter Entwicklungen in der Europäischen Union zulassen; diese sollen indes nicht weitergehen als gleichsam ein wenig *Avantgarde*⁶⁵ in manchen Angelegenheiten zu üben und selbst darüber findet ein ständiger Austausch statt: Die nichtbeteiligten Mitgliedstaaten nehmen an den Beratungen der Gruppe im Rat teil (Art. 44 Abs. 1 S. 2 EUV).

Die Generalklausel des Art. 43 EUV und die „spezifischen zusätzlichen Kriterien nach Artikel 11 (EG-Vertrag)“⁶⁶ sind, im doppelten Sinn des Wortes, von der Vorsorge geprägt, mittels einer Kette von Bedingungen die Gemeinsamkeiten zu statuieren, die auch für die voranschreitende Gruppe bestimmend bleiben sollen, um ein Auseinanderbrechen der Rechtsgemeinschaft auszuschließen.⁶⁷ Ähnlich aber der politischen Bewertung, die weithin davon ausgeht, daß der erhoffte dynamisierende Effekt der Flexibilitätsklauseln⁶⁸ unter dem Eindruck einer zu starken

⁶⁰ Art. 43 Abs. 1 c) EUV. Konsolidierte Fassung: Art. 43 Abs. 1 c) EUV.

⁶¹ Art. 43 Abs. 1 a) EUV. Keine Änderung in Nizza.

⁶² So ausdrücklich *Ehlermann*, (Fn. 20), S. 372.

⁶³ Vgl. Art. 43 Abs. 1 g) EUV. Konsolidierte Fassung: Art. 43 Abs. 1 j) EUV.

⁶⁴ Vgl. Art. 43 Abs. 2 EUV. Konsolidierte Fassung: Art. 43 Abs. 1 h) EUV.

⁶⁵ Eine „Avantgarde für Europa“, die aber keine „selbsternannte Gruppe mit einer Hegemonialstellung in der Europäischen Union“ bildet, sondern der sich alle Staaten, die ihren entsprechenden politischen Willen kundtun, anschließen können, hatte im Vorfeld der Regierungskonferenz von Amsterdam auch der Club von Florenz (Hrsg.), *Europa: Der unmögliche Status quo*, S. 145, gefordert.

⁶⁶ Art. 43 Abs. 1 h) EUV.

⁶⁷ Das gilt umso mehr als die Flexibilitätsklauseln nicht nur die Bildung einer Vertiefungsgruppe zulassen. Vielmehr ist die Anzahl vertiefter Integrationsprojekte – bewußt – nicht begrenzt.

⁶⁸ Siehe nunmehr *expressis verbis* die konsolidierte Fassung des Art. 43 b S. 2 EUV: „Die Kommission und die an einer verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, daß möglichst große Zahl von Mitgliedstaaten zur Beteiligung angeregt wird.“

Beharrung auf den Leitbildern der Gemeinschaft (vor allem der Übernahme der Entscheidungsregeln des betreffenden Verfahrensbereichs), engen Verfahrensvorschriften (vor allem der zum Teil allein entscheidungsrelevanten Rolle der EU-Institutionen), sowie nicht zuletzt aufgrund der fehlenden vertraglichen Benennung der einer engeren Zusammenarbeit „offenen“ Gemeinschaftspolitiken ausbleiben wird,⁶⁹ ergibt auch deren rechtliche Prüfung einen Strauß von Fragen, die einem stürmischen Gebrauch der neuen Vorschriften nicht gerade Vorschub leisten. Die Vertragsänderungen von Nizza haben zwar mehrere Neuformulierungen einzelner Bedingungen gebracht. Allerdings hat dies bis auf drei wichtige Neuerungen – die Festlegung einer Mindestzahl von acht Teilnehmern,⁷⁰ die Abschaffung des Vetorechts für die Erste und die Dritte Säule sowie die Einführung einer Zustimmungspflicht des Europäischen Parlaments, wenn die verstärkte Zusammenarbeit einen Bereich betrifft, für den das Mitentscheidungsverfahren gilt⁷¹ – kaum inhaltliche Veränderungen zur Folge. Auch nach Nizza überwiegen deswegen Zweifel, ob in der Summe für Kooperationen im kleinen Kreis viel gewonnen ist.⁷²

Im Blickfeld des folgenden Abschnitts stehen die Kautelen des Art. 43 EUV und die Spezifizierungen in Art. 11 EGV, die sich verfahrensrechtlich wie materiell auf den Anwendungsbereich⁷³ „verstärkter Zusammenarbeit“ im Rahmen des EG-Vertrages⁷⁴ beziehen. Manche unter ihnen entbehren der Bestimmtheit, die zunächst einer Orientierung integrationsbereiter Länder hilfreich, von der juristischen Warte betrachtet aber vor allem im Hinblick auf ihre Justitiabilität wünschenswert wäre.

1. Artikel 43 Abs. 1 c) EUV: Zum Begriff des letzten Mittels

Die Generalklausel legt fest, daß eine verstärkte Zusammenarbeit als „letztes Mittel“ im Sinne von Art. 43 Abs. 1 c) EUV nur aufgenommen werden kann, „wenn

⁶⁹ Siehe stellvertretend für die zumeist skeptische Einschätzung *Janning*, (Fn. 21), S. 286 und *Wessels*, (Fn. 21), S. 85 ff.

⁷⁰ Art. 43 Abs. 1 g) EUV (Nizza).

⁷¹ Art. 11 Abs. 2 S. 2 EGV (Nizza).

⁷² *Giering/Janning*, (Fn. 24), S. 15; kritisch auch *Wiedmann*, Der Vertrag von Nizza, EuR 2001, S. 209.

⁷³ Im folgenden unberücksichtigt bleibt der Umfang der Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der „verstärkten Zusammenarbeit“ – obwohl das neue Zustimmungserfordernis des Parlaments eine wesentliche Veränderung bedeutet –, die Regelung der „Durchführung der Tätigkeiten im Rahmen der Zusammenarbeit erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse“ (Art. 11 Abs. 4 EGV), die Möglichkeit des „Anschlusses“ der zunächst nichtteilnehmenden Länder sowie die Regeln über die Finanzierung.

⁷⁴ Infolge des Versuches einer rein juristischen Betrachtung der Vorschriften enthält der folgende Abschnitt keine Untersuchung der Vorschriften zur verstärkten Zusammenarbeit im Dritten Pfeiler. Aus der Fassung des neuen Art. 40 EUV ergeben sich, soweit er sich überhaupt in seinen Einzelheiten von Art. 11 EGV unterscheidet, wie hinsichtlich der Regelung des Initiativrechts (die betreffenden Mitgliedstaaten anstelle der Kommission), der schwächeren Position des Europäischen Parlaments und insgesamt weniger strengen materiellen Anforderungen, keine offenen Rechtsfragen.

die Ziele der genannten Verträge mit den darin festgelegten einschlägigen Verfahren nicht erreicht werden konnten“. Genügt es zur Inanspruchnahme des Titels VII EUV, daß ein vorangehender Vorschlag zu gemeinschaftlicher Rechtsetzung im Rat scheitert? Oder ist, mit Rücksicht auf die Erfahrung, daß ein Gesetzgebungsprojekt oftmals erst nach einigen Anläufen und entsprechenden Anpassungen in die Entscheidungsverfahren eingeführt wird, eine bestimmte Zeitdauer abzuwarten, innerhalb derer sich die Nichtdurchsetzbarkeit des Vorschlages erweisen muß?⁷⁵ Und weitergehend noch: Wie sind die Fälle zu beurteilen, in denen eine Entscheidung zwar im normalen Entscheidungsverfahren möglich ist, eine Mehrheit von Mitgliedstaaten aber einen höheren Standard fordert und hierfür eine „verstärkte Zusammenarbeit“ einführen will? Oder in denen einige Mitgliedstaaten die Einigung auf eine gemeinschaftsweite Maßnahme von der Erfüllung bestimmter, beispielsweise finanzieller Forderungen abhängig machen, die an weitergehender verstärkter Zusammenarbeit interessierte Länder untereinander nicht erheben würden?⁷⁶

In Nizza ist die Vorschrift, wonach auf die „verstärkte Zusammenarbeit“ nur als letztes Mittel, zurückgegriffen werden darf, aus der Liste der allgemeinen Grundsätze genommen worden und in „Klausel B“⁷⁷ als besondere, eigenständige Voraussetzung wie folgt neu formuliert worden: „Eine verstärkte Zusammenarbeit kann nur als letztes Mittel aufgenommen werden, wenn der Rat zu dem Schluss gelangt ist, daß die mit dieser Zusammenarbeit angestrebten Ziele mit den einschlägigen Bestimmungen der Verträge nicht in einem vertretbaren Zeitraum verwirklicht werden können.“ Die exponierte Stellung der *Ultima-ratio-Bedingung* bestätigt allerdings nur die Einschätzung von *Janning*, wonach der Begriff des „letzten Mittels kaum formal eindeutig [sei], sondern politisch ausgelegt werden“ müsse.⁷⁸ Nach *Ruffert* muß bei der Beurteilung der Frage, ob die Vertragsziele auch mit den Mitteln des Vertrages erreichbar seien, den Gemeinschaftsorganen und den betroffenen Mitgliedstaaten gemeinsam ein weiter Spielraum konzidiert werden, der überdies nur in engen Grenzen justitiabel sei.⁷⁹ Die Fragen für den Fall divergierender Auffassungen zwischen integrationswilligen Ländern auf der einen Seite und den restlichen Mitgliedstaaten, eventuell im Verbund mit der Kommission, andererseits bleiben mithin dieselben, zumal auch die Begrenzung auf einen „vertretbaren Zeitraum“ keinen unmittelbaren Entscheidungszwang herbeiführt.

⁷⁵ Nach *Becker*, (Fn. 1), S. 49, ist der „Nachrang der verstärkten Zusammenarbeit“ so zu verstehen, daß die Kommission im Bereich des EG-Vertrags einen oder mehrere Anträge der integrationswilligen Länder abgelehnt haben muß, wobei sich das Mißlingen auf den gesamten Inhalt einer Zusammenarbeit zu beziehen hat. Jedenfalls soll es nicht reichen, die Unmöglichkeit einer Einigung im Rat vorab auf informellem Wege festzustellen, um auf das „letzte Mittel“ zu rekurrieren.

⁷⁶ Siehe die ähnliche Fragestellung bei *Ehlermann*, (Fn. 20), S. 373.

⁷⁷ In der Fassung von Nizza nunmehr als eigenständiger Art. 43 a EUV.

⁷⁸ *Janning*, (Fn. 21) S. 287.

⁷⁹ So *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 43 a EUV, Rdnr. 1 (im Erscheinen).

2. Artikel 43 Abs. 1 e) und f) EUV: Zum Verbot der Beeinträchtigung des Besitzstandes der Gemeinschaft und der Interessen der Mitgliedstaaten

Ebenso wenig wie das Merkmal des „letzten Mittels“ verfahrensrechtlich eindeutig geregelt ist, zieht die Bedingung, wonach der „Besitzstand der Gemeinschaft nicht beeinträchtigt“ werden darf,⁸⁰ materiellrechtlich eine scharfe Trennlinie zwischen erlaubter engerer Zusammenarbeit und unzulässiger Vertiefung. Ob eine Beeinträchtigung vorliegt, scheint je nach Standpunkt des Betrachters durchaus kontrovers beurteilt werden zu können.⁸¹ Wann ist der gemeinsame Besitzstand nur „berührt“ und über welche Schwelle hinaus ist er „beeinträchtigt“? Die englische Fassung verdeutlicht die Unbestimmtheit der Formulierung noch: „*Closer co-operation is possible if it does not affect the *acquis communautaire**“. „*To affect*“ kann aber zwanglos auch in der schwächeren Form des bloßen Einflußnehmens oder Effekt-Ausübens ausgelegt werden.⁸² Und eine solche Berührung des *acquis communautaire* ist jedenfalls nie ausgeschlossen, wenn dieser als die Gesamtheit der Regeln und Prinzipien begriffen wird, die seit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages im Gemeinschaftsrecht bestehen.⁸³ Aber selbst wenn im Sinne des Art. 43 EUV „gemeinschaftlicher Besitzstand“ weniger umfassend zu definieren wäre, etwa nur die fundamentalen Prinzipien der Europäischen Gemeinschaft gemeint wären,⁸⁴ ist nicht viel an Klarheit über das noch erlaubte Ausmaß der Berührung gewonnen. Im Rahmen des EG-Vertrages nämlich darf engere Zusammenarbeit auch nicht „die Gemeinschaftspolitiken, -aktionen oder -programme beeinträchtigen“,⁸⁵ so daß selbst nach Beachtung des allgemeinen Prinzips eine weitere Hürde auftaucht, die zu überspringen schwierig sein könnte, weil über ihre Höhe wiederum keine Klarheit herrscht.⁸⁶

Die Neuformulierungen von Nizza haben an dieser Unbestimmtheit nicht viel verändert. Hiernach heißt es, daß die Zusammenarbeit den „Besitzstand der Gemeinschaft und die nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen der genannten Verträge getroffenen Maßnahmen *beachtet*“.⁸⁷ (In der englischen Fassung: „*to respect*

⁸⁰ Art. 43 Abs. 1 e) EUV.

⁸¹ Siehe *Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam. Die neue Verfassung der EU, 1997, S. 116; *Philippart/Edwards*, (Fn. 47), S. 92.

⁸² Siehe dazu auch die Bemerkungen von *Tuytschaever*, Differentiation in European Law, S. 54.

⁸³ Siehe *Oppermann*, (Fn. 1), Rdnr. 1847 und Rdnr. 1852, der unter „*acquis communautaire*“ die „Integrationsverträge und ihr Folgerecht“ faßt und damit das gesamte „Primärrecht und Sekundärrecht in seinen näheren Ausformungen“ meint.

⁸⁴ Zu unterschiedlichen Interpretationen des Besitzstands der Gemeinschaft, siehe *Gialdino*, Some Reflections on the „*Acquis Communautaire*“, *Common Market Law Review*, 1995, S. 1089 ff.

⁸⁵ Siehe Art. 11 Abs. 1 b) EGV.

⁸⁶ Vgl. *Janning*, (Fn. 21), S. 285: „Flexibilität dürfe die Gemeinschaftspolitiken nicht beeinträchtigen – ist damit eine weitergehende Integration beispielsweise der Sozialpolitik über die flexible Integration ausgeschlossen?“

⁸⁷ Art. 43 Abs. 1 c) EUV (Nizza), (Hervorhebung d. Verf.).

the acquis communautaire“). Die aufgeworfenen Fragen bleiben deswegen auch hier nach offen. Die Voraussetzung für verstärkte Zusammenarbeit im EG-Bereich, sämtliche Gemeinschaftspolitiken, -aktionen oder -programme unbeeinträchtigt zu lassen, ist in Nizza gestrichen worden. Verstärkte Zusammenarbeit darf aber weiterhin nicht den Binnenmarkt oder den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt beeinträchtigen.⁸⁸ Diese Bedingung enthält freilich eine Selbstverständlichkeit, denn der Binnenmarkt bildet den Kern des *acquis communautaire*. Die Neufassung wird daher zu Recht für überflüssig gehalten.⁸⁹

Das zulässige Ausmaß der Einwirkung „verstärkter Zusammenarbeit“ auf das bestehende Recht der Gemeinschaft bzw. der gemeinschaftlichen Politiken scheint aus diesem Grunde nicht exakt vorhersagbar zu sein. Das ist aus juristischer Sicht zwar nicht erstrebenswert. Integrationspolitisch betrachtet aber kommen die Unbestimmtheiten der Bedingungen zumindest dem Vertragspartner gelegen, der generell eine straffere Reglementierung forderte (und deswegen in Amsterdam eine einstimmige Ermächtigung durch den Rat verlangte und in Nizza der Abschaffung des Vetorechts erst in letzter Minute zustimmte) und der Möglichkeit gruppenweiser Vertiefung im Gemeinschaftsrahmen nach wie vor grundsätzlich skeptisch gegenübersteht. So gesehen, erzielt die Unklarheit über die noch erlaubte Einwirkung auf *acquis communautaire* und Gemeinschaftspolitiken den nicht allseits unerwünschten Effekt, die Bildung schneller Vorreitergruppen zu erschweren. An dieser Stelle soll zwar nicht darüber rasoniert werden, ob das, was sich juristisch als zu unbestimmt ausnimmt, in der europapolitischen Realität das absichtsvolle Ziel verhandlungstaktischen Geschicks der präsumtiven Gegner flexibler Integration war. Wenn nämlich eingangs erwähnt wurde, daß die Generalklausel als Kompromißformel zwischen Befürwortern und Gegnern differenzierter Vertiefung entstand, schien damit zur Grundlage einer rechtlichen Würdigung in ausreichendem Maße der tatsächliche Hintergrund zur Kenntnis genommen. Indessen bleibt es nachgerade für die rechtliche Würdigung bemerkenswert, daß die „Im-Zaumhaltung“ verstärkter Zusammenarbeit nicht nur in explizit strengen Vorgaben seinen vertraglichen Niederschlag findet, sondern *au contraire* dieselbe Wirkung auch durch auffällig offengehaltene Vorschriften zu erzielen ist. Je unklarer sich die Protagonisten über die Rückwirkungen „verstärkter Zusammenarbeit“ sind, weil die rechtlichen wie politischen Konsequenzen nicht absehbar sind, um so unwahrscheinlicher wird der Erfolg gruppenweiser Vertiefung, ganz zu schweigen von der Aussicht eines Nachzug-Effekts („Sogwirkung“) auf die nichtteilnehmenden Länder. Diese Unsicherheit ist zuwenigst aus Sicht der potentiellen Gegner differenzierter Vertiefung ungewollt. Wenn man das im Auge behält, nimmt es auch nicht länger wunder, daß die Folgen des gedachten Falles, wonach den Mitgliedern

⁸⁸ Art. 43 Abs. 1 e) EUV (Nizza).

⁸⁹ *Rodrigues*, Le Traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union européenne, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2001, S. 11; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Auf., Art. 43 EUV, Rdnr. 16 (im Erscheinen).

einer Vertiefungsgruppe erst nach der Aufnahme ihrer Tätigkeit und entsprechender Rechtsetzung eine Verletzung der Bedingungen vorgeworfen wird, in Amsterdam ungeregelt blieben. Nach Art. 43 Abs. 1 f) EUV darf verstärkte Zusammenarbeit nicht die Rechte oder Interessen (!) der nichtbeteiligten Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Was aber geschieht, wenn ein nichtbeteiligtes Land späterhin vorträgt, die Durchführung der engeren Zusammenarbeit laufe seinen Interessen zuwider? Und welchen Schaden kann es ersetzt bekommen?

In Nizza ist das Verbot der „Beeinträchtigung der Interessen“ nichtteilnehmender Mitgliedstaaten ersatzlos entfernt worden. Statt dessen ist nun vorgesehen, daß die verstärkte Zusammenarbeit „die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht an der Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten *beachtet*“.⁹⁰ Freilich beantwortet auch diese Neufassung nicht, welche Konsequenzen die – berechnete – Rüge eines nicht-teilnehmenden Mitgliedstaates nach sich ziehen würde. Vielmehr enthält die Bedingung trotz der Streichung von „Interessen“ weder einen weitergehenden Gehalt noch eine präzisere Aufforderung als die in Amsterdam formulierte Voraussetzung, Rechte oder Pflichten der übrigen Länder nicht zu beeinträchtigen. Oder sollte das zukünftige Gebot, die Rechte der übrigen Länder zu beachten, weniger streng gemeint sein als das bislang geltende Verbot, dieselben zu beeinträchtigen?

3. Artikel 11 Abs. 1 e) EGV: Zum Verbot der Diskriminierung zwischen den Mitgliedstaaten

Eine ähnliche Fragestellung ergibt sich aus der Vorgabe des Art. 11 Abs. 1 e) EGV: Verstärkte Zusammenarbeit in der Ersten Säule darf keine Diskriminierung „zwischen den Mitgliedstaaten“ darstellen. Was bedeutet diese Bedingung für die Rechtsetzung im Rahmen „verstärkter Zusammenarbeit“ in bezug auf das Verhältnis zu den nichtteilnehmenden Staaten? Normalerweise ist der Anwendungsbereich von Gemeinschaftsrecht nicht beschränkt auf das Territorium einiger Mitgliedstaaten – nur weil andere Mitgliedstaaten sich entschließen, den Rechtsetzungsbeschluß nicht mitzutragen. Vielmehr muß für die teilweise Anwendung ein objektiver Rechtfertigungsgrund gegeben sein, widrigenfalls ein Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsgebot vorliegt.⁹¹ Folgt aus der hierzu gefestigten Rechtsprechung, daß auch „verstärkte Zusammenarbeit“ im EG-Bereich eines objektiven Rechtfertigungsgrundes bedarf, so daß es zu ihrer Ermächtigung nicht genügen würde, wenn ein Mitgliedstaat oder mehrere, die nicht teilzunehmen wünschen, hierfür lediglich subjektive politische Gründe angeben? Der Wortlaut der Vorschrift gibt das nicht her, schließt es aber auch nicht aus. Allerdings führt die

⁹⁰ Art. 43 Abs. 1 h) EUV (Nizza), (Hervorhebung d. Verf.).

⁹¹ Dabei ist nicht ganz klar, ob als Quelle des Gleichbehandlungsgebots das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV oder ein allgemeiner Rechtssatz gilt, siehe dazu *Becker*, (Fn. 1), S. 42 mit weiteren Nachweisen. Eingehend auch *Ehlermann*, (Fn. 32), S. 1288 f.

teleologische Auslegung der Vorschriften zu einer klaren Entscheidung. Die „verstärkte Zusammenarbeit“ verankert eine primärrechtlich abgesicherte Ausnahme des Prinzips der Nichtdiskriminierung, wie es zwischen den Mitgliedstaaten ansonsten zur Anwendung gelangt.⁹² Anders wäre eine vertiefte Arbeit unter einer Gruppe von Mitgliedstaaten, die schließlich untereinander weitergehendes Recht zur Geltung bringen wollen, nicht denkbar. Was normalerweise vor dem Gerichtshof als unzulässige Diskriminierung gegenüber den Nichtteilnehmern voraussichtlich keinen Bestand haben könnte, wird, sofern es im Rahmen engerer Zusammenarbeit beschlossen wird, zu zulässiger Differenzierung.⁹³

Wenn es sich aber so verhält, ist die Formulierung des Art. 11 Abs. 1 e) EGV – im Grunde gegen ihren Wortlaut –, so zu lesen, daß damit eine etwaige Diskriminierung nur zwischen den zusammenarbeitenden Mitgliedstaaten in ihren gegenseitigen Beziehungen bei der Durchführung des gemeinsamen Vorhabens für unzulässig erklärt ist. Der Zusatz des Art. 11 Abs. 1 e) a.E. hingegen, demzufolge engere Zusammenarbeit auch keine „Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten“ mit sich bringen darf, gilt sowohl unter den enger kooperierenden Ländern als auch im Verhältnis zu den nichtteilnehmenden Staaten. In Nizza ist das Diskriminierungsverbot aus Art. 11 Abs. 1 e) EGV herausgenommen und wortgleich in Art. 43 EUV überführt worden. Über die Verweisung des Art. 11 Abs. 2 EGV gilt das Diskriminierungsverbot damit in unveränderter Weise fort.

4. Artikel 11 Abs. 2 S. 1 EGV: Zur Freiwilligkeit der Teilnahme

Eine weitere, verdeckt liegende Unklarheit enthält die – von allen Bedingungen wegen der Entscheidung zwischen Einstimmigkeit und (qualifizierter) Mehrheitsentscheidung in Amsterdam am heftigsten umstrittene – Regelung über die Eintrittsentscheidung von Flexibilisierungsinitiativen. Es scheint in der Amsterdamer Fassung nicht eindeutig festgelegt zu sein, ob ein Mitgliedstaat auch gegen seinen Willen an „verstärkter Zusammenarbeit“ beteiligt werden kann. Nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EGV wird die Ermächtigung zur Zusammenarbeit auf Vorschlag der Kommission vom Rat mit qualifizierter Mehrheit erteilt. Gewissermaßen als Preis für das Nachgeben der Länder, die in den Vertragsverhandlungen auf einer einstimmigen Beschlußfassung bestanden hatten, wurde in buchstäblich letzter

⁹² Siehe zur eingeschränkten Bedeutung des Gleichbehandlungsgebotes im Fall von einzelfallbezogenen Differenzierungsnormen *Becker*, (Fn. 1), S. 42.

⁹³ Nach *Bleckmann*, *Europarecht*, 6. Aufl., 1997, Rdnr. 706, ist die in der Differenzierung liegende Ungleichbehandlung schon dadurch gerechtfertigt, daß sich die Mitgliedstaaten frei für eine engere Zusammenarbeit entschließen können. Die außen vor bleibenden Länder stimmen durch die Erklärung der Nichtteilnahme gewissermaßen der Differenzierung zu. Das erscheint nicht ganz unproblematisch, weil jedes Land dann auch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Differenzierung jedes Land eine reelle Beitrittsmöglichkeit haben muss, diese jedoch wegen tatsächlicher Integrationshindernisse zweifelhaft sein kann.

Minute⁹⁴ die Bestimmung des Art. 11 Abs. 2 S. 2 EGV in den Vertrag aufgenommen, wonach jeder Mitgliedstaat unter Angabe wichtiger Gründe der nationalen Politik die Möglichkeit hat, die Abstimmung über eine mit qualifizierter Mehrheit zu erteilende Ermächtigung zu verhindern. In solch einem Fall, der freilich an den Luxemburger Kompromiß von 1966 erinnert, kann der Rat, wiederum mit qualifizierter Mehrheit, verlangen, daß die Frage zur einstimmigen Beschlußfassung an den in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs tagenden Rat verwiesen wird. Das Recht, eine – außerordentliche – einstimmige Beschlußfassung zu verlangen, weist darauf hin, wovon ohnehin ausgegangen wird: Die Kommission ist daran gehindert, in ihren Vorschlag über die Teilnehmer der Vertiefungsgruppe auch einen Mitgliedstaat aufzunehmen, der sich an dem Projekt nicht beteiligen will. Zur Verdeutlichung der Freiwilligkeit der Teilnahme hatten die beiden Entwürfe des Art. 11 Abs. 2 S. 2 EGV der niederländischen Präsidentschaft von Februar und März 1997 als Abstimmungsregel vorgesehen, daß der Rat über die Ermächtigung mit „qualifizierter Mehrheit entscheidet, eingeschlossen die Stimmen der Vertreter der betreffenden Mitgliedstaaten“.⁹⁵ Die in Amsterdam verabschiedete Fassung spricht demgegenüber nur von „qualifizierter Mehrheit“ der Stimmen im Rat; sie selbst schließt daher nicht aus, daß die Kommission als Teilnehmer auch einen Mitgliedstaat vorschlägt, der sich nicht beteiligen will. Und wenn dieser Vorschlag wiederum mit qualifizierter Mehrheit im Rat anzunehmen wäre, könnte auf diese Weise ein Mitgliedstaat gegen seinen Willen zum Teilnehmer ernannt werden.

Trotz des nicht eindeutigen Wortlauts scheint eine solche Möglichkeit für die zukünftige Praxis der Kommission (mittels ihres Vorschlagsrechts) bzw. des Rates (durch die Ermächtigungserklärung) ausgeschlossen zu sein. Zum einen würde es offenbar dem „Geist der engeren Zusammenarbeit“ widersprechen, in eine Gruppe integrationswilliger Länder einen Teilnehmer zu plazieren, der sich an dem betreffenden Projekt nicht beteiligen will. Zum anderen kann Art. 11 Abs. 2 S. 1 EGV vernünftigerweise nicht isoliert, sondern nur in Zusammenhang mit den jeweils gleichlautenden Formulierungen in Art. 11 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 4 EGV zu lesen sein, wonach es um die Ermächtigung „der Mitgliedstaaten (geht), die beabsichtigen, eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen“. Schließlich spricht Art. 11 Abs. 2 S. 4 EGV insofern für die Freiwilligkeit der Teilnahme als die interessierten Mitgliedstaaten einen gemeinsamen Antrag an die Kommission richten können, dem Rat einen entsprechenden Vorschlag vorzulegen, also eine Anregung aller potentiellen Mitspieler an die Inhaberin des formellen Vorschlagsrechts vorgesehen ist. Allerdings führt das Unterfangen, in Ermangelung einer eindeutigen Textfassung wenigstens dem systematischen Zusammenhang der Vor-

⁹⁴ Zu den „letzten sieben Minuten“ Verhandlungscoutdown über die endgültige Fassung der Flexibilitätsklausel am letzten Morgen des Amsterdamer Gipfels siehe Duff (Hrsg.), *The Treaty of Amsterdam. Text and Commentary*, Seite 195.

⁹⁵ Zitiert nach *Tuytschaever*, (Fn. 82), S. 61.

schriften das Gewollte zu entnehmen, geradezu vom Regen in die Traufe, nämlich übergangslos zur nächsten Unbestimmtheit des Verfahrensrechts: Ist die Kommission eigentlich auch ohne einen entsprechenden Antrag der Mitgliedstaaten zur Vorlage eines Vorschlages berechtigt? Wenn die interessierten Mitgliedstaaten einen Antrag an die Kommission richten können, dann müssen sie doch nicht. Aber wenn die Kommission auch ohne vorgehenden Antrag einen Vorschlag vorlegen kann, auf welchem Wege muß sie sich dann über die Teilnehmer und den gewünschten Inhalt des Projektes Sicherheit verschafft haben?

Die in Nizza beschlossene Neufassung des Art. 11 EGV bringt in den angesprochenen Punkten wohl Klarheit. Zwar ist die Vetovorgekehrung über den Weg einer einstimmigen Entscheidung des Europäischen Rates gestrichen und durch das Recht der Ratsmitglieder ersetzt worden, den Europäischen Rat zu befassen, so daß eine Beschlußfassung gegen den Willen eines Landes theoretisch möglich bleibt.⁹⁶ Aus der Neuformulierung des Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGV geht aber eindeutig hervor, daß der Vorlage eines Vorschlags der Kommission stets ein Antrag der integrationswilligen Mitgliedstaaten vorauszugehen hat.⁹⁷ Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß die Kommission nur die Antragsteller als Teilnehmer vorschlagen kann, das Initiativmonopol der Kommission mithin durch ein vorgeschaltetes Antragsrecht begrenzt ist.

5. Artikel 43 Abs. 1 g) EUV: Zur Offenheit der Teilnahme

In enger Verbindung zur Freiwilligkeit der Teilnahme steht die zentrale Aussage des Art. 43 Abs. 1 g) EUV, wonach allen Mitgliedstaaten gestattet ist, sich jederzeit der engeren Zusammenarbeit anzuschließen, sofern sie dem Grundbeschluß und den bereits gefaßten Beschlüssen nachkommen. Interessanterweise entdeckt, soweit ersichtlich, nur *Gaja* eine Unklarheit in dieser Aufnahmevorschrift, die auch rechtlich erheblich scheint: Ist die „verstärkte Zusammenarbeit“ vielleicht zu offen für alle Mitgliedstaaten?⁹⁸

Die Vorschrift schließt aus, daß einem anschlussswilligen Mitgliedstaat, der anfangs nicht an der engeren Zusammenarbeit mitwirken wollte, aus politischen, ökonomischen oder sozialen Gründen die Teilnahme verwehrt wird, wenn dieser den Grundbeschluß und die darauf ergangenen Rechtsakte mitträgt bzw. übernimmt. Nach *Gaja* ist die Beitritts-offenheit des Systems zwar anerkennenswert („not with-

⁹⁶ Art. 11 Abs. 2 S. 3 u. 4 EGV (Nizza). Zur damit beschlossenen Beseitigung der „anachronistischen und systemwidrigen Regelung“ des Vetorechts siehe Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 11 EGV, Rdnr. 2. (im Erscheinen)

⁹⁷ „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit in einem der unter diesen Vertrag fallenden Bereiche zu begründen, richten einen Antrag an die Kommission, die dem Rat einen entsprechenden Vorschlag vorlegen kann.“

⁹⁸ Siehe zum folgenden *Gaja*, How flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?, Common Market Law Review 1998, S. 860 ff.

out merit“); die Gleichbehandlung provoziere aber die integrationspolitisch brisante Befürchtung, an der Vertiefung einer Gemeinschaftspolitik interessierte Staaten könnten auf vertiefte Zusammenarbeit verzichten und gegebenenfalls die außervertragliche Kooperation vorziehen, wenn sich abzeichne, daß ein Mitgliedstaat, den sie (und nicht die Kommission bzw. der Rat⁹⁹) aus – ungerechtfertigten – politischen Erwägungen für nicht teilnahmefähig hielten, doch dabei sein werde. „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.“ Wenn man einmal davon absieht, daß das Tennisspiel zu dritt kaum, zu viert aber viel Spaß macht und Bridge sich überhaupt nur zu viert spielen läßt – hat Gajas Einwand eine Schwachstelle aufgedeckt, die den tatsächlichen Gebrauch der Vorschriften behindern könnte? Nach dem vertraglichen Prozedere können die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, durch ihren Antrag an die Kommission das gewünschte Niveau der Vertiefung nach ihren Vorstellungen bekannt geben und, nach Vorlage des entsprechenden Vorschlags der Kommission, im Rat (selbst) darüber beschließen, wobei die nichtteilnehmenden Länder mitentscheiden. Nachziehende Länder müssen ausdrücklich das erreichte Integrationsniveau – in Gestalt des Grundbeschlusses und der bereits getroffenen Beschlüsse – vollständig übernehmen.¹⁰⁰ Der Vertrag selbst trifft damit Vorsorge, eine Aufweichung des erzielten Integrationsniveaus bei einem Anschluß weiterer Länder zu verhindern. Daher besteht auch kein Grund zur Ablehnung einer Erweiterung der Gruppe. Wenn sichergestellt ist, daß der erreichte Stand von den neuen Teilnehmern beachtet wird, sollte es kein Motiv – und erst recht keine „ungerechtfertigten politischen Gründe“ – geben, den zunächst nicht teilnehmenden Staat schlicht auszusperrern. Der Normalfall des Beitritts neuer Mitglieder in eine Gruppe, die ihre Arbeit bereits aufgenommen hat, ist damit eindeutig und offensichtlich sinnvoll geregelt.

Gajas Hinweis auf einen möglichen Zwist über die Teilnehmer und einen damit einhergehenden Verlust an Attraktivität der Vorschriften für integrationsfördernde Fortschritte aber bezieht sich nicht auf den Normalfall, sondern auf einen Ausnahmefall. Weil es in Art. 43 Abs. 1 g) EUV heißt, daß allen Mitgliedstaaten „jederzeit“ der Anschluß offen stehe, ist nach Auffassung von Gaja vertraglich konzidiert, daß jedes Land, wenn es dies wünscht, auch von Anfang an mitmachen darf. Und diese Möglichkeit führte in der Tat zu einer völlig neuen Beurteilung. Denn wenn die Offenheitsregel – die aufgrund des Insistierens der Gegner eines Kerneuropas bereits vor den eigentlichen Verhandlungen über die Ausgestaltung einer Flexibilitätsklausel zur Grundvoraussetzung erhoben worden war – auch schon für die Aufstellung der Startformation gelten sollte, scheint es tatsächlich

⁹⁹ Im Rahmen des EG-Vertrages entscheidet die Kommission über den Anschluß weiterer Mitgliedstaaten an die verstärkte Zusammenarbeit, Art. 11 Abs. 3 EGV. In der Dritten Säule ist der Rat zur Entscheidung über die Aufnahme eines weiteren Staates zuständig, Art. 40 Abs. 3 EUV.

¹⁰⁰ Art. 4 Abs. 1 g) EUV.

denkbar, daß sie zum Hemmnis im Sinne der Gajaschen Bedenken wird. So gesehen, gerät die Offenheitsregel geradezu zum Einfallstor für Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Vertiefungsprojekts, die den Nutzen der Vorschriften beeinträchtigen könnten.

Nach richtigem Verständnis der Vorschrift in der Amsterdamer Fassung aber sollte die Teilnahme von Anfang an dann nicht jedem Land möglich sein, wenn die übrigen integrationswilligen Länder eine ausreichende Mehrheit bilden, also nach derzeitigem Mitgliederstand acht Staaten. Wenn mindestens acht potentielle Teilnehmer sich über den Inhalt eines Vertiefungsprojekts einig sind und ein neuntes Land zwar ebenfalls sofort teilnehmen möchte, allerdings ein niedrigeres Schutzniveau fordert, kommt die Gruppe zu den Wünschen der acht zustande und der neunte hat lediglich die Wahl zwischen Nachgeben oder Nichtteilnahme. Ein Ablassen vom Projekt und ein eventuelles Ausweichen auf zwischenstaatliche Zusammenarbeit außerhalb des Unionsrahmens steht darum nicht ernsthaft zu befürchten. Für die Teilnahmeberechtigung jedes Landes von Anbeginn läßt sich zwar streng genommen das Wort „jederzeit“ ins Feld bringen. Wer „jederzeit“ mitmachen darf, der kann eigentlich auch von Anfang an dabei sein. Dieses Wortlautargument von *Gaja* scheint aber aus dem Zusammenhang der Vorschrift genommen und zu einer unzutreffenden Ausweitung des Beteiligungsrechts zu führen. Unbeschadet des nachhaltigen politischen Drucks, dem ein derartiges Opponieren unvermeidlich ausgesetzt wäre, stemmt sich gegen eine solche Lesart der Gesamtwortlaut der Vorschrift, wonach die Zusammenarbeit „allen Mitgliedstaaten offensteht und es ihnen gestattet, sich der Zusammenarbeit jederzeit anzuschließen, sofern sie dem Grundbeschluß und den in jenem Rahmen bereits gefaßten Beschlüssen nachkommen“. „Anschließen“ setzt zwar nicht zwingend voraus, daß die Arbeit bereits aufgenommen wurde, ist aber so gemeint, denn sonst hätte man auch „teilnehmen“ sagen können. Der „Grundbeschluß“ ist bereits verabschiedet, denn sonst kann sich ein weiteres Mitglied nicht mit ihm einverstanden erklären. Und wenn formuliert ist, die Mitgliedstaaten müßten den „bereits gefaßten Beschlüssen nachkommen“, dann ist damit nicht nur die Übernahmeverpflichtung für nachfolgende Beitritte ausgesprochen, die sich eigentlich von selbst versteht, sondern auch, daß engere Zusammenarbeit jedermann nur dann offen stehen kann, wenn die – freiwillige – Teilnahme zumindest dadurch reglementiert ist, daß das hinzutretende Land sich dem mehrheitlichen Willen fügt.

Die Gesamtschau unterstützt somit *Gajas* Zweifel an der Attraktivität der Flexibilitätsvorschriften wegen mutmaßlicher Auseinandersetzungen mit einem Teilnehmer, den man zur Erreichung des Teilnahmequorums nicht braucht, der sich aber mit inhaltlichen Forderungen in die Gruppe zwingen dürfe, nicht. Ganz zerstreuen lassen sie sich freilich auch nicht. Es bleibt ein Restbedenken, weil wiederum der Vertragstext nicht eindeutig ist und ein gedachter Streitfall, in dem beide Seiten mit dem Wortlaut argumentieren, wohl einen unsicheren Ausgang zeitigt. In der deutschsprachigen Fassung scheint tatsächlich nur „jederzeit“ für eine Teil-

nahmeberechtigung von Anfang an zu streiten, obwohl ein neuntes Land einen anderen Inhalt des Projektes will. Insgesamt spricht sie dagegen. Die englische Version, auf der *Gajas* Ausführungen gründen und die selbstverständlich ebenso verbindlich ist, nimmt sich wohl noch weniger entschieden aus: „[*Closer co-operation*] is open to all Member States and allows them to become parties to the co-operation at any time, provided that they comply with the basic decision and with the decisions taken within that framework.“ Wer wollte da zweifelsfrei die Streitentscheidung durch den Gerichtshof vorhersagen, zumal es ja nicht auf die Auswahl einer von zwölf möglichen Verfahrenssprachen ankommen kann?

Der Vertrag von Nizza hat hier eine textliche Änderung gebracht, die die aufgeworfene Frage ebenfalls nicht eindeutig beantwortet. Ähnlich dem Gebot, wonach „verstärkte Zusammenarbeit“ nur als letztes Mittel eingesetzt werden darf, ist auch der Grundsatz der Beitrittsoffenheit aus dem Katalog der allgemeinen Bedingungen herausgenommen und in einer gesonderten „Klausel C“¹⁰¹ neu formuliert worden. Hiernach gilt demnächst: „Jede verstärkte Zusammenarbeit steht bei ihrer Begründung allen Mitgliedstaaten offen. Sie steht ihnen ferner jederzeit nach Maßgabe der Artikel 27 e und 40 b dieses Vertrages und des Artikel 11 a des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft offen, sofern sie dem Grundbeschluß und den in jenem Rahmen gefaßten Beschlüssen nachkommen. Die Kommission und die an einer verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, daß eine größtmögliche Zahl von Mitgliedstaaten zur Beteiligung angeregt wird.“ Die neue Formulierung des ersten Satzes läßt für zukünftige Fälle *expressis verbis* die Teilnahme für alle Mitgliedstaaten von Anfang an zu. Der zweite Satz regelt, über den Verweis auf die neuen Vorschriften Art. 11 a EGV und 27 e und 40 b EUV, den Beitritt nach Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit. Damit findet sich die Auslegung von *Gaja* wenn nicht für das geltende Recht so doch für die Neufassung bestätigt, so daß sich die geschilderten Folgen theoretisch einstellen könnten. Dennoch läßt sich vernünftigerweise nicht annehmen, daß hieraus für jedes Land ein Anspruch entsteht, auch dann teilnehmen zu dürfen, wenn es für das betreffende Vorhaben abweichende Inhalte fordert. Hier ließe sich argumentieren, daß ein solches Land eben nicht beitrittswillig im Sinne des geplanten Projektes sei und Art. 34 b S. 1 EUV (Nizza) lediglich den grundsätzlich vorübergehenden Charakter verstärkter Zusammenarbeit zum Ausdruck bringen soll. Jedes andere Verständnis würde darauf hinauslaufen, daß sich der Grundsatz der offenen Teilnahme zu einem Blockaderecht verkehren kann, indem ein Land unter Verweis auf sein Recht, von Anfang an mitzumachen, ein Vorhaben der verstärkten Zusammenarbeit blockiert. Und eine solche Blockade soll nach dem Willen der Vertragspartner, wie die Beseitigung des Vetorechts gelegentlich der Konferenz von Nizza beweist, gerade ausgeschlossen sein.

¹⁰¹ Art. 43 b EUV (Nizza).

III. Kann der Gerichtshof die Rechtsfragen zur verstärkten Zusammenarbeit im Rahmen des EG-Vertrages beantworten? Zur Zuständigkeit des EuGH

Angesichts dieser Auslegungsschwierigkeiten und ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die Anwendbarkeit der Flexibilitätsklauseln scheint es nicht unwahrscheinlich, daß dem Europäischen Gerichtshof eine wichtige Rolle im Falle von Streitigkeiten um die Ausbildung der Zusammenarbeit zukommen wird. Allerdings sehen selbst Autoren, die sich einer vorwiegend juristischen Betrachtung der Vorschriften widmen, zu dem Hinweis veranlaßt, der Gerichtshof könne möglicherweise wenig Geschmack an einer aktiven Auslegungsarbeit finden, weil viele der vorgenannten Bedingungen (und, mehr noch, die hier nicht näher behandelten übrigen Voraussetzungen) sich „so sehr im politischen Bereich“ bewegen.¹⁰²

Der Gerichtshof übt seine Rechtsprechung unter Anwendung der allgemeinen Vorschriften der Art. 220-245 EGV aus, soweit es die Einhaltung der Bedingungen des Art. 11 EGV betrifft.¹⁰³ Er kann daher beispielsweise von Mitgliedstaaten angerufen werden, wenn die Kommission sich weigert, dem Rat den notwendigen Vorschlag vorzulegen. Mit Blick auf ihre Ermessensfreiheit bei der Vorschlagsvorlage¹⁰⁴ wird allerdings vorgebracht, daß eine etwaige Weigerung der Kommission zur Vorlage nur auf ihre formale Verpflichtung zur Offenlegung der Beweggründe hin überprüfbar sei, nicht aber die angegebenen Gründe selbst einer inhaltlichen Würdigung unterzogen werden könnten.¹⁰⁵ Tatsächlich ist nicht zu übersehen, daß die zitierte Vorschrift der Kommission ein Ermessen einräumt, über die Vorlage eines Vorschlages zu entscheiden und sie nicht etwa gehalten ist, den Vorschlag vorzulegen, weil (offensichtlich) die vertraglich vorausgesetzten Bedingungen erfüllt sind.¹⁰⁶ Indessen spricht doch mehr dafür, nicht unähnlich der deutschen Rechtsprechung zu Ermessensspielräumen im Verwaltungsrecht, der Ermessensausübung der Kommission nicht vollständig freien Lauf zu lassen. Der Fall etwa, daß die Kommission tatsächlich unter Berufung auf ihr weites Verständnis ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten einen Antrag auf Vorlage eines Vorschlags zurückweist,¹⁰⁷ sollte vor den Gerichtshof zur Überprüfung zu bringen

¹⁰² Vgl. Philippart/Edwards, (Fn. 47), S. 93: „The Court may in the past have been a highly active participant in the integration process, but it is unlikely to relish a proactive role where the preconditions are so much within the political domain.“

¹⁰³ Zur Zuständigkeit des Gerichtshof siehe Thun-Hohenstein, (Fn. 81), S. 116 f.

¹⁰⁴ Art. 11 Abs. 2 S. 5 EGV: „Legt die Kommission keinen Vorschlag vor, so unterrichtet sie die betroffenen Mitgliedstaaten und gibt ihre Gründe dafür an.“

¹⁰⁵ Shaw, The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy, European Law Journal 1998, S. 75.

¹⁰⁶ Becker, (Fn. 1), S. 51 weist darauf hin, daß es schon „äußerst fraglich ist, ob die Kommission einen Vorschlag nur dann unterlassen wird, wenn die formalen Voraussetzungen nicht eingehalten sind, oder ob sie nicht auch eventuell negative Auswirkungen für die europäische Integration berücksichtigen darf. Im letztgenannten Fall stünde ihr ein Ermessensspielraum zu, der gerichtlich kaum überprüfbar ist.“

¹⁰⁷ Siehe Art. 11 Abs. 1 a) EGV.

sein. Gleiches gilt für die Einrichtung des – nach Inkrafttreten des Nizza-Vertrages allerdings wegfallenden – Art. 11 Abs. 2 S. 2 EGV, wonach ein Mitgliedstaat aus „wichtigen Gründen der nationalen Politik“ eine Abstimmung im Rat über die Ermächtigung zu engerer Zusammenarbeit verhindern kann. Würde diese Rückzugsmöglichkeit auf ein Blockaderecht nicht inhaltlich überprüft werden können, hätte man auf den Zusatz eines „wichtigen“ Grundes auch verzichten und anstandslos ein unbedingtes Vetorecht installieren können.

Gegen eine bloß formale Überprüfbarkeit der Stellungnahme der Kommission spricht auch der Umstand, daß der Vertrag im weiteren offen läßt, ob die Kommission, wenn sie die Unterbreitung eines Vorschlags plant, inhaltlich von dem Antrag der Mitgliedstaaten abzuweichen berechtigt ist. Die Kommission kann „dem Rat einen entsprechenden Vorschlag vorlegen“, Art. 11 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 EGV.¹⁰⁸ Wann ist der Vorschlag denn „entsprechend“? Nur wenn er den Antrag inhaltlich komplett übernimmt? Oder reicht es aus, wenn die Sachmaterie, das entsprechende Politikfeld, von dem Vorschlag der Kommission aufgegriffen wird? Bedenkt man den notwendigen Inhalt des Grundbeschlusses, insbesondere die genaue Bezeichnung des „Arbeitsauftrags“ und das einzuhaltende Abstimmungsverfahren, so ist der genaue Inhalt des Vorschlags von großer Wichtigkeit. Die Entscheidung darüber, ob die Kommission auch hier einen Ermessensspielraum besitzt, ist aber offen. Da sollte es möglich sein, nötigenfalls eine gerichtliche Entscheidung zu fordern. Gegen eine Abänderungsbefugnis der Kommission spricht vielleicht, daß ein solches Ermessen im Vertrag nicht ausdrücklich eingeräumt ist. Möglicherweise geht die Frage auch deutlich tiefer und hängt davon ab, welche Funktion der verstärkten Zusammenarbeit im Gesamtwerk der Union insgesamt, sozusagen aus der Vogelperspektive betrachtet, zugeordnet ist. Sollte die verstärkte Zusammenarbeit nur im äußersten Notfall zustande kommen, wenn auch die von der Kommission gehütete gemeinschaftliche Sicht die weitere Verhinderung von Integrationsfortschritten schlicht inakzeptabel erscheinen ließe, nimmt die Kommission eher die Rolle eines Wächters ein, der darauf achtet, daß engere Zusammenschlüsse unter den Mitgliedstaaten nicht ausufern. Deren Antrag stellt dann nicht viel mehr als eine Anregung dar und könnte, den Vertragwortlaut ein wenig euphemistisch interpretiert, von der Kommission – „entsprechend“ – zu „korrigieren“ sein. Ist die engere Zusammenarbeit aber zuvörderst als eine Art vertragliches Handpfand zu verstehen, mit dem vertiefungswillige Mitgliedstaaten den zögernden Länder mit der gruppenweisen Kooperation drohen können sollen, um deren Integrationsbereitschaft zu fördern – dann könnte ebenso sehr dafür zu halten sein, der Kommission eine Pflicht zur Entscheidung zwischen Übernahme des Antrags oder seiner Ablehnung aufzuerlegen, wobei letzteres auf nachprüfbare Gründe zu stützen wäre.¹⁰⁹ Bereits hier, bei der Frage nach der Überprüfbarkeit des Kommis-

¹⁰⁸ In der konsolidierten Fassung von Nizza Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGV.

¹⁰⁹ Siehe hierzu *Becker*, (Fn. 1), S. 51, der durch eine ähnliche Überlegung zu der Schlußfolgerung gelangt, daß die Kommission eher einem sparsamen Einsatz der neuen Vorschriften den Vorzug geben wird.

sionshandelns, wird deutlich, daß manches, was gleichsam den Charakter der verstärkten Zusammenarbeit ausmacht, durchaus unterschiedlichen Interpretationen zugänglich ist und voraussichtlich erst durch praktische Erfahrungen an Kontur gewinnen wird. Von dieser Entwicklung sollte der Gerichtshof nicht von vornherein ausgeschlossen werden, zumal die Anerkennung der materiellen Überprüfbarkeit der Kommissionsvorschläge wohl kaum mit einer Beschneidung ihrer Kompetenzen gleichzusetzen ist.

Nicht eindeutig zu beantworten ist allerdings die Frage, ob der Gerichtshof, im Anschluß an die Vorlage eines Kommissionsvorschlages, eine künftige Ermächtigung zu engerer Zusammenarbeit durch den Rat gemäß Art. 11 Abs. 2 S. 1 EGV auch dem Kriterientest des Art. 43 Abs. 1 EUV unterziehen würde. Seine Zuständigkeit hierfür ist im Vertrag überraschenderweise nicht eindeutig festzustellen. Artikel 46 EUV sieht vor, daß die Bestimmungen des EG-Vertrages betreffend die Zuständigkeit des Gerichtshofs und die Ausübung dieser Zuständigkeit hinsichtlich der Bestimmungen des Titels VII „nach Maßgabe des Artikels 11 [EGV]“ gelten. Indessen schweigt Art. 11 EGV über solche Maßgaben; er enthält schlicht keine Bestimmungen zur Zuständigkeit des Gerichtshofs. Ist dieser deswegen gar nicht zuständig für eine Überprüfung verstärkter Zusammenarbeit in der Ersten Säule, soweit es die Beobachtung der Grundsätze des Art. 43 EUV angeht? Artikel 11 Abs. 4 EGV setzt nur fest, daß „die für die Durchführung der Tätigkeiten“ erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse allen einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrages (also auch den Art. 220-245 EGV) unterliegen. Daraus ist an sich im Umkehrschluß zu folgern, daß die Zuständigkeit des Gerichtshofs nur die Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit umfaßt, nicht aber die Ermächtigungsentscheidung des Rates und auch nicht die Entscheidung der Kommission über den Anschluß zunächst nicht teilnehmender Staaten. Die formal-juristische Betrachtung läßt, wie es scheint,¹¹⁰ kein anderes Ergebnis zu. Eine solche teilweise Unzuständigkeit des Gerichtshofs anzunehmen, widerspricht aber dem in der Verweisung des Art. 46 EUV auf Art. 11 EGV zum Ausdruck gelangenden Willen zur Begründung einer vollständigen Überprüfbarkeit „verstärkter Zusammenarbeit“. Zwar läßt sich – nachdem in Nizza diese Fragen keine Rolle spielten und die Amsterdamer Fassung unverändert blieb – nicht länger vermuten, daß die Vertragslücke auf die Hast zurückgeht, mit der die Verweisungen über Art. 46 EUV und der unterlassenen Angleichung des EG-Vertrages in Amsterdam abgefaßt wur-

¹¹⁰ Anders *Thun-Hohenstein*, (Fn. 81), S. 116. Dieser nimmt – nach Auslegung (!) – der Bestimmungen eine umfassenden Zuständigkeit an („Flexibilitätskontrolle des EuGH unter einer Gesamtschau der allgemeinen und besonderen Voraussetzungen“), indem er die wechselseitigen Verweisungen des Art. 46 EUV auf Art. 11 EGV und von Art. 11 EGV zurück auf Art. 43 und 44 EUV („die Mitgliedstaaten können vorbehaltlich der Artikel 43 und 44 EUV ermächtigt werden“) so interpretiert, daß „damit nicht nur die für die Prüfung der Zulässigkeit verstärkter Zusammenarbeit relevanten Kriterien des Art. 43 Abs. 1 EUV gemeint sein können“, sondern „auch die sonstigen Rahmenbedingungen und Grundsätze für verstärkte Zusammenarbeit“. Auf die aufgezeigte Vertragslücke geht er allerdings nicht ein.

den.¹¹¹ Gleichwohl spricht mehr dafür, ohne im weiteren auf den Schwierigkeiten einer Zuständigkeitsbegründung des Gerichtshofs durch entsprechende Auslegung des Vertrags zu verharren, keine Unterscheidung zwischen Überprüfbarkeit der Durchführung und Nichtzuständigkeit des Gerichtshofs hinsichtlich der Voraussetzungen zur Einsetzung einer Gruppe „verstärkter Zusammenarbeit“ zu treffen. Eine solche Differenzierung entbehrte nicht zuletzt auch jeder Zweckmäßigkeit.¹¹²

C. Gefährdung der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts? Zur Rechtsnatur des im Rahmen verstärkter Zusammenarbeit ergehenden Rechts

Ein zentraler Diskussionspunkt im Zusammenhang mit differenzierter Integration innerhalb der Europäischen Union ist die Bedeutung der Einheit des Gemeinschaftsrechts. Nicht wenige Stimmen im Schrifttum verbinden damit ihre unterschiedensten Bedenken. Als maßgebliches Kriterium zur Bewertung der Differenzierungsnormen wird die Wahrscheinlichkeit einer Zersplitterung gemeinschaftsrechtlicher Regeln geradezu als Kardinalfrage gestellt.¹¹³ Wenn die Fragmentierung des Europarechts weiter ungebremsst Einzug halte, so lautet es vielerorts, dann sei es schlecht bestellt um den Zustand der Gemeinschaft, die zuerst und vor allem eine Rechtsgemeinschaft darstelle.¹¹⁴

Die juristischen Bedenken an der „Aufweichung“ des Gemeinschaftsrechts haben früh begonnen. Die Europäische Gemeinschaft ist mit der – erfolgreichen – Verteidigung des Kohärenzgebotes gegen manches nationale Aufbegehren gleichsam groß geworden, vor allem dank der Rechtsprechung des Gerichtshofs Mitte der 60er Jahre zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten.¹¹⁵ Die seinerzeit gefundene, genuin europarechtliche Entscheidung des Konflikts zweier Rechtsordnungen hat überhaupt erst die Vor-

¹¹¹ Zur Eile bei der Verabschiedung der Vorschriften über verstärkte Zusammenarbeit in Amsterdam siehe *Bribosia*, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, in: Lejeune (Hrsg.), *Le Traité d'Amsterdam: Espoirs et déceptions*, 1998, S. 67.

¹¹² Oder sollte der Gerichtshof – gewissermaßen rückwirkend und nicht ohne systematische Holprigkeit – die Rechtmäßigkeit der Durchführung der Arbeiten auch daran messen dürfen, ob diese ursprünglich durch eine ordentliche Ermächtigung des Rates (der Kommission) aufgenommen wurden?

¹¹³ Ausdrücklich *Gaja*, (Fn. 98), S. 861.

¹¹⁴ *Ost*, (Fn. 15), S. 502; *Huber*, Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union?, *EuR* 1996, S. 358; abwägend aber *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., Art. 43 EUV, Rdnr. 9 und 10 (im Erscheinen). Allgemein zum Kohärenzgebot *Oppermann*, (Fn. 1), Rdnr. 523 ff.

¹¹⁵ Vgl. *EuGH* 1963, Rs. 26/62, S. 1 ff. (*Van Gend/Loos*); 1964, Rs. 6/64 S. 1251 ff. (*Costa/E.N.E.L.*); 1970, Rs. 11/70, S. 1125 ff. (*Internationale Handelsgesellschaft*).

aussetzung dafür geschaffen, daß die im Umlauf befindlichen Konzepte eines Europas der differenzierten Integration Vorschläge machen, inwieweit die Gemeinschaft selbst von dem Gebot eines einheitlichen Integrationsstands abweichen und die Bildung verschieden stark integrierter Schichten zulassen kann. Das Kohärenzgebot allerdings ist, wie eingangs kurz erwähnt, im Laufe der Integrationsgeschichte der Gemeinschaft wenn nicht verloren gegangen so doch vom Primat der Politik immer weiter überlagert worden. Den bisherigen Höhepunkt dieser Entwicklung mag das in Maastricht begründete (in Amsterdam aber wieder aufgelöste¹¹⁶) Sozialprotokoll markieren, dessen Konstruktion nicht nur zu einer bis dahin unbekannten Aufspaltung in gemeinschaftliche Sozialpolitik und eine sogenannte Sozialunion von damals elf Mitgliedstaaten führte, sondern in erster Linie eine Debatte um die wahre Rechtsnatur des Sozialabkommens – völkerrechtlicher Vertrag¹¹⁷, bloßes „*statement by the majority of the member states*“¹¹⁸ oder doch primäres Gemeinschaftsrecht¹¹⁹ – auslöste. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die typische, wenngleich mitunter auch künstlich anmutende Lagerbildung zwischen den politischen Kommentaren, die institutionelle Variabilität in der Europäischen Union für ein unabweisbares Gebot der Zukunftsfähigkeit erklären und den, grob gesagt, zumeist an der Rechtsordnung und ihrer Einheitlichkeit orientierten und daher regelmäßig zurückhaltenderen juristischen Analysen.

Die Bedeutung der Einheit des Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf die Zulässigkeit wie die Schwierigkeiten differenzierter Integration ist indes, worauf *Becker* aufmerksam macht, ambivalent.¹²⁰ Soweit, wie schon in der Sozialunion, neue Rechtsnormen geschaffen werden sollen, taugt sie nicht als alleiniger Maßstab. Denn wenn die Bedeutung der Rechtsgemeinschaft zitiert wird, bezieht sich das immer auf ihre Konstitution und Eigenheit – der Einheit ihres Rechts aber kommt in der Tat nur eine dienende Funktion zu; sie ist bloß ein Mittel zur Erreichung von (vertiefter) Integration. Die Einheit des Gemeinschaftsrechts zu schützen bedeutet darum auch kein Ziel um ihrer selbst willen. Anders als *Whiteford* anhand des Fallbeispiels des Protokolls über die Sozialpolitik ausführt, läßt sich mit der Bedeutung der Rechtseinheit allein die Notwendigkeit einer vollständigen, gleichzeitigen Geltung gemeinschaftsrechtlicher Normen für alle Mitgliedstaaten nicht belegen.¹²¹

¹¹⁶ In Amsterdam wurde die Regeln des Sozialprotokolls in Geltung für alle Mitgliedstaaten in die neuen Art. 136 ff. EGV übernommen.

¹¹⁷ *Curtin*, The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces, Common Market Law Review 1993, S. 17 ff.

¹¹⁸ *Whiteford*, Social Policy after Maastricht, European Law Review 1993, S. 202 ff.

¹¹⁹ *König*, Die Europäische Sozialunion als Bewährungsprobe der supranationalen Gerichtsbarkeit, EuR 1994, S. 175.

¹²⁰ *Becker*, (Fn. 1), S. 49.

¹²¹ *Whiteford*, (Fn. 118), S. 217. Dagegen auch *Becker*, (Fn. 1), S. 42.

Freilich steht das Gebot der Rechtseinheit, das durch die Abstufungen im geltenden Gemeinschaftsrecht seine Unantastbarkeit verloren hat, nicht gar so alleine da. Es findet sich, überspitzt formuliert, was den Kampf gegen Differenzierungen angeht, vielmehr gleichsam Seite an Seite mit einem weiteren tragenden Prinzip des Gemeinschaftsrechts, nämlich der Aufteilung der Kompetenzen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern, den Nationalstaaten. Es entspricht, wie erwähnt, der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, daß Gemeinschaftsrecht früherem nationalen Recht vorgeht. Damit geht einher, daß im Bereich der konkurrierenden Kompetenzen¹²² neben den Regelungen des Gemeinschaftsrechts entgegenstehende nationale Gesetzgebung keinen Platz mehr hat, mit anderen Worten, daß durch gemeinschaftliche Gesetzgebung das betreffende Feld besetzt ist und vom nationalen Gesetzgeber nicht mehr durch gültige Rechtsakte geregelt werden kann.¹²³

Die zunehmende Differenzierung, die nunmehr über das bis heute praktizierte Maß hinaus in Richtung „flexibler Gruppenbildung im Gemeinschaftsrecht“ ihren Weg nimmt, mag dieses fundamentale Prinzip in den Beziehungen zwischen Gemeinschaftskompetenzen und bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Rechtsetzungskompetenzen in Frage stellen, zumindest erheblich komplizieren. Wenn das erste Mal „verstärkte Zusammenarbeit“ vom Rat autorisiert wird, sind für die Beantwortung der Frage, wer für welche Rechtsetzung eigentlich noch zuständig ist, gleich vier verschiedene „Kompetenzverhältnisse“ zu unterscheiden: Die Beziehung zwischen der Gemeinschaft und der „verstärkten Zusammenarbeit“, zwischen „verstärkter Zusammenarbeit“ und den teilnehmenden Staaten, zwischen der Gemeinschaft und den nichtteilnehmenden Mitgliedsländern und zwischen der „verstärkten Zusammenarbeit“ und den nichtteilnehmenden Staaten. Artikel 44 EUV legt – zur Übersicht – fest, daß für die Annahme der Rechtsakte und Beschlüsse, die für die Durchführung erforderlich sind, die einschlägigen institutionellen Bestimmungen des Unionsvertrags und des EG-Vertrags gelten. Für die zukünftige Verfahrenspraxis ist damit eine eindeutige Festlegung getroffen. Es greifen die bewährten, jedenfalls bekannten Mechanismen und nur dort, wo sich zwangsläufig Abweichungen ergeben, wird Neues hinzugefügt: Deswegen geht Art. 44 Abs. 1 EUV eigens auf das Abstimmungsverfahren in der engeren Zusammenarbeit ein; wegen der Gruppenbildung gestattet der Vertrag eine geringe Variierung des üblichen Verfahrens.¹²⁴ Ist die Anordnung des Art. 44 EUV, was den Verfahrensgang anbelangt, folglich eindeutig, so scheint – wenn man so sagen kann – der Charakter der Vorschrift nicht ganz so eindeutig zu sein. Liegt der Verweisung auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften die Anschauung zu-

¹²² Für die ausschließlichen Kompetenzen stellt sich die folgende Frage nicht.

¹²³ *Isaac*, *Droit communautaire général*, 5. Aufl., 1998, § 2 II. B „Les compétences concurrentes“.

¹²⁴ Zu den Einzelheiten der Durchführung verstärkter Zusammenarbeit, die in Nizza verändert wurden, siehe *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag*, 2. Aufl., Art. 44 EGV, Rdnr. 2 und 3 (im Erscheinen).

grunde, daß die verstärkte Zusammenarbeit sich eng an die Gemeinschaft anlehnen, nämlich ihr Entscheidungssystem weitestgehend übernehmen muß? Oder versinnbildlicht die Übernahme der Gemeinschaftsverfahren, daß die fürderhin enger kooperierenden Mitgliedstaaten sich in einer Mini-Gemeinschaft für ein ausgesuchtes Arbeitsfeld zusammenschließen, also eher Selbständigkeit denn Anpassung üben? Dieses Verständnis, das den folgenden Ausführungen gleichsam als Arbeitshypothese zugrundegelegt werden soll – und das sich mit der in Nizza erfolgten vertraglichen Klarstellung, wonach die Maßnahmen differenzierter Integration nur in den daran beteiligten Mitgliedstaaten gelten und nur diese binden,¹²⁵ untermauern läßt – zieht nämlich unter Umständen einige Konsequenzen nach sich, die aus der Verteilung der Kompetenzen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten folgen. Im Rahmen verstärkter Zusammenarbeit gefaßte Rechtsakte und Beschlüsse genießen dann Vorrang vor früherem entgegenstehenden nationalen Recht der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Ihre Implementierung bedeutet, daß die Mitgliedstaaten auf dem in verstärkter Zusammenarbeit geregelten Feld kein anwendbares nationales Recht mehr setzen können. Dazu tritt die bislang noch nicht gestellte Frage nach dem Einfluß verstärkter Zusammenarbeit auf die Außenkompetenzen der Gemeinschaft. Geht man, wie *Ehlermann*, infolge der generellen Verweisung des Art. 44 EUV und mangels abweichender Regelung davon aus, engere Zusammenarbeit wird, wenn die Bedingungen der *AETR-Doktrin* erfüllt sind, hinsichtlich der Außenkompetenz der Gemeinschaft zukünftig den Effekt haben, daß eine ausschließliche Vertragskompetenz für den Abschluß völkerrechtlicher Abkommen mit Drittländern entsteht – aber nur für die Mitgliedstaaten, die an der Zusammenarbeit teilnehmen¹²⁶ –, müßte konsequenterweise auch die *Implied-powers-Lehre* zur Anwendung gelangen: Soweit gemeinsame Regeln zur Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit ergangen sind, fehlt den teilnehmenden Mitgliedstaaten die Zuständigkeit, zu Drittstaaten Beziehungen einzugehen, die den Rahmen dieser Regelungen betreffen würden.¹²⁷

Ist das nicht schon zu weit gedacht? Denn wohin führt die Annahme einer gleichsam organischen Einheit der Vertiefungsgruppe? Was bedeutet das für die Rechtsnatur der Rechtsakte dieser Gruppe? Im Schrifttum findet sich, wenn überhaupt darauf eingegangen wird, ohne weitere Prüfung die Feststellung, das im Rahmen verstärkter Zusammenarbeit gesetzte Recht sei sekundäres Gemeinschaftsrecht, sofern es im Bereich des EG-Vertrages ergehe und Unionsrecht bzw. völkerrechtliche Vereinbarung, soweit es im Bereich der Dritten Säule (und zukünftig auch der

¹²⁵ Art. 44 Abs. 2 S. 2 EUV (Nizza).

¹²⁶ So *Ehlermann*, (Fn. 20), Seite 379 f. Dagegen aber *Becker*, (Fn. 1), S. 54 („kein Zuwachs paralleler Außenkompetenzen“); *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 11 EGV, Rdnr. 11 (im Erscheinen) und *Martenczuk*, (Fn. 48), S. 468. Unter Hinweis auf eine fehlende Regelung unentschieden bleibt *Hofmann*, (Fn. 47), S. 725.

¹²⁷ Zur *Implied-powers-Lehre*, vgl. *Oppermann*, (Fn. 1), Rdnrn. 527-530.

Zweiten Säule) gesetzt werde.¹²⁸ Ist das überflüssig festzustellen? Nach Auffassung der meisten Kommentatoren scheint mit der Bemerkung, daß das Unions- wie Gemeinschaftsrecht selbst den Rahmen für engere Zusammenarbeit festlegt, inzident auch die Bestimmung der Rechtsnatur getroffen zu sein: Wie anders ist es zu verstehen, daß die Kommentierungen der Vorschriften gewissermaßen ohne Zögern *medias in res* gehen und sich sogleich der Problematik größerer Heterogenität des EG/EU-Rechts annehmen?¹²⁹

Ungeachtet dieser offenbar gesicherten Erkenntnis soll, ohne die Erwartung eines umstürzlerischen Ausgangs, die Frage nach der Zersplitterung des Gemeinschaftsrechts kurz zurückgestellt und für einen Augenblick der Gedanke der organischen Selbständigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit weiterverfolgt werden. Wenn es zutrifft, daß Art. 44 EUV durch die allgemeine Verweisung in Absatz 1 S. 1 auf die „einschlägigen institutionellen Bestimmungen“ des EU-Vertrags wie des EG-Vertrags so zu lesen ist, daß damit sozusagen eine „Mini-Gemeinschaft“ nach dem Vorbild der „Mutter-Gemeinschaft“ eingerichtet wird, hat dann – im Sinne des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung – die Gemeinschaft durch die Ermächtigungserklärung des Rates einen Teil ihrer Kompetenzen an eine andere Gemeinschaft, die Vertiefungsgruppe, unwiderruflich abgetreten?¹³⁰ In dieses Bild fügte sich nämlich Art. 43 Abs. 1 c) EUV ein, wonach verstärkte Zusammenarbeit nur als „letztes Mittel“ herangezogen wird, wenn die Ziele der Verträge mit den darin festgelegten Verfahren nicht erreicht werden konnten; weil die Gemeinschaft selbst nicht handlungsfähig ist, überträgt sie ihre Zuständigkeit auf die engere Zusammenarbeit. Und hinzu kommt noch, daß in Nizza Art. 44 Abs. 1 EUV durch den ausdrücklichen Hinweis ergänzt wurde, daß zur Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit ergehende Rechtsakte und Beschlüsse nicht Bestandteile des Besitzstandes der Union sind.

Die Annahme einer solchen definitiven Übertragung hätte einige Konsequenzen zu gewärtigen. Die Gemeinschaft hätte einen Teil ihrer Kompetenzen verloren und wäre zur Wiederherstellung auf das Einverständnis der enger zusammenarbeitenden Staaten angewiesen. Die Kompetenzübertragung hätte auch zur Folge, daß die Zuständigkeit der nichtteilnehmenden Staaten hinsichtlich der übertragenen Kompetenz nur noch von den Vertragsvorschriften über die verstärkte Zusammenarbeit geregelt wäre. Zwischen den nichtteilnehmenden Staaten und der Gemeinschaft würde nach der Übertragung auf die engere Zusammenarbeit in der Frage nach der Ausübung der konkurrierenden Kompetenz gar keine – materielle – Verbindung mehr bestehen. Damit würde den nichtteilnehmenden Staaten unter Umständen sogar ein Mehr an Kompetenz erwachsen: Mit der Übertragung der Zu-

¹²⁸ Becker, (Fn. 1), S. 53; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 43 EUV, Rdnr. 22 (im Erscheinen).

¹²⁹ Vgl. Gaja, (Fn. 98), S. 861; Ost, (Fn. 15), S. 502; Kortenbergh (Pseudonym), (Fn. 50), S. 836 ff.

¹³⁰ Vgl. die ähnliche Fragestellung bei Tuytschaever, (Fn. 82), S. 239.

ständigkeit auf die engere Zusammenarbeit wären die nichtteilnehmenden Staaten gegenüber der Gemeinschaft nicht mehr gebunden, sondern müßten nur Art. 43 Abs. 2 EUV beachten, wonach ihre Handlungen der Durchführung der engeren Zusammenarbeit nicht im Wege stehen dürfen. Artikel 10 EGV hingegen gelangte dann nicht mehr zur Anwendung. Da Art. 43 Abs. 2 EUV für das Verhältnis zwischen Teilnehmern an engerer Zusammenarbeit und Nichtteilnehmern wieder gibt, was Art. 10 EGV im Rahmen der Gemeinschaft verlangt, läßt sich die These von der organischen Einheit der engeren Zusammenarbeit, oder: der „Mini-Gemeinschaft“, durch die Anwendbarkeit des Rücksichtnahmegebotes des Art. 43 Abs. 2 EUV sogar kräftigen.¹³¹ Der Zusammenhalt wäre, im Geiste des Art. 10 EGV, vertraglich gesichert und das Nebeneinander beider Gemeinschaften, der großen wie der kleinen, könnte tatsächlich zu einem Verständnis führen, wie es der *Club de Florenz* entwickelt hat: Es würde eine *Avantgarde* entstehen, die „keine selbsternannte Gruppe mit einer Hegemonialstellung in der Europäischen Union“ bildet, sondern der sich alle Staaten, die ihren entsprechenden politischen Willen kundtun, anschließen könnten.¹³² Indes, die Fortführung dieser These einer organischen Einheit, die ihren Anfang in einer spezifischen Lesart der Verweisung des Art. 44 EUV auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts genommen hat und der durch die Annahme *Ehlermanns* hinsichtlich der Wirkung engerer Zusammenarbeit auf die Außenkompetenz ein wenig Wegzehrung mitgegeben wurde, geht, auch wenn sich nicht genau bestimmen läßt, ab welchem Punkt, wohl zu weit. Von einer „Mini-Gemeinschaft“ auszugehen müßte konsequenterweise wohl bedeuten, daß sie auch mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet sein müßte, unterschieden von der Rechtspersönlichkeit der Europäischen Gemeinschaft, und endlich, daß die in ihrem Rahmen ergehenden Rechtsakte doch kein Gemeinschaftsrecht wären.¹³³

Die Verhandlungen von Amsterdam waren demgegenüber eindeutig von dem Bemühen geprägt, soweit wie möglich einen einheitlichen institutionellen Rahmen aufrecht zu erhalten, in dessen Innern einer Gruppe die vertiefte Behandlung eines bestimmten, von der Gemeinschaft als ganzer autorisierten Projektes gestattet wird. Und der in Nizza eingefügte Zusatz, wonach die zur Durchführung verstärkter Zusammenarbeit ergehenden Rechtsakte nicht zum Besitzstand der Union zählen, birgt wohl lediglich den Regelungsgehalt, daß Maßnahmen der verstärkten Zusammenarbeit jenen Besitzstand nicht verändern dürfen.¹³⁴ Wenngleich es

¹³¹ *Tuytschaever*, (Fn. 82), S. 239. Diese ausdrückliche Verpflichtung zur Rücksichtnahme gemäß Art. 43 Abs. 2 EUV ist in Nizza in Art. 44 Abs. 2 EUV eingefügt worden.

¹³² *Club von Florenz*, (Fn. 65), S. 141 ff.

¹³³ So *Tuytschaever*, (Fn. 82), S. 239.

¹³⁴ Siehe hierzu *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und zum EG-Vertrag*, 2. Aufl., Art. 43 EUV, Rdnr. 3 (im Erscheinen), wonach die Schwierigkeiten der Beitrittskandidaten, ihre Rechtsordnungen dem *acquis communautaire* anzupassen, den politischen Hintergrund dieses Zusatzes bilden.

zwingend erscheint, einen Kompetenztransfer von der Gemeinschaft auf die engere Zusammenarbeit anzunehmen, kann vielleicht an der Stelle, an der diese Abtretung als unwiderruflich oder widerruflich zu qualifizieren ist, dem Schneeballeffekt der These einer selbständigen „Mini-Gemeinschaft“ Einhalt geboten und zu einer Kehrtwendung zurück in den Schoß der „Mutter-Gemeinschaft“ angesetzt werden. Zunächst ist, zur Klarstellung, zu wiederholen, daß die Kompetenzübertragung jedenfalls nicht endgültig sein kann. Denn die in engerer Zusammenarbeit stehenden Mitgliedstaaten können selbstverständlich die ihnen übertragene Zuständigkeit – etwa auf Anregung der übrigen Mitgliedstaaten – jederzeit auf die Gemeinschaft zurückübertragen bzw. die Gemeinschaft könnte, einfacher noch, gültiges Sekundärrecht erlassen, das in den Anwendungsbereich der engeren Zusammenarbeit fällt, wenn deren Teilnehmer zustimmen. Aber wie steht es um die Möglichkeit der Rückübertragung, wenn die teilnehmenden Mitgliedstaaten nicht zustimmen? Ist der Transfer dann unwiderruflich? Dem Vertragstext ist das nicht zu entnehmen. Die einschlägigen Vorschriften des Unions- bzw. EG-Vertrags weisen nicht ausdrücklich darauf hin, daß die Übertragung der Kompetenz, die der Rat durch seinen Ermächtigungsbeschluß ausspricht, unwiderruflich wäre. Und die Verweisung des Art. 44 EUV läßt sich so weit sicher nicht dehnen.

Tatsächlich würde eine vertragliche Feststellung der unwiderruflichen Kompetenzübertragung auch ihrerseits für Verwirrung sorgen, weil sie sich systematisch nicht in das System der Vorschriften einfügte. Die verstärkte Zusammenarbeit ist als Instrument zur Förderung der gemeinschaftlichen Weiterbildung konzipiert und die teilweise Abkapselung einiger Mitglieder, um auf noch unerschlossenem Gebiet voranzugehen, soll im Prinzip, auch wenn sie keiner Befristung unterstellt ist, nicht von Dauer sein. Im Vordergrund der Trennung zur Fortentwicklung einer Gemeinschaftspolitik steht nicht die Absicht einer Scheidung, sondern die Vorbereitung eines integrationspolitischen Konsenses innerhalb der Gemeinschaft. Das Mittel zur Herstellung dieses Konsenses soll die Sogwirkung sein, die, ihren Erfolg unterstellt, die engere Zusammenarbeit auf die zunächst zurückbleibenden Länder ausüben und zur Teilnahme veranlassen soll. Der Idealfall der verstärkten Zusammenarbeit aus Gemeinschaftssicht ist der – etappenweise – Anschluß aller Mitgliedstaaten. Sobald dieser Idealfall gelingt, lösen sich mit dem Beitritt des letzten Mitgliedstaates die vertraglichen Voraussetzungen, dann muß man wohl sagen: die Existenzberechtigung der verstärkten Zusammenarbeit von selbst auf. Mit der Wiederherstellung der Einheit gibt es keine Gruppe mehr. Vor diesem Hintergrund scheint es nur folgerichtig, daß der Vertrag keinen Hinweis auf eine unwiderrufliche Kompetenzübertragung auf die Vorreitergruppe trifft. Denn es entspricht dem System der engeren Zusammenarbeit, ihre Auflösung anzustreben und folglich die Rückübertragung der Zuständigkeit auf die Gemeinschaft sich automatisch vollziehen zu lassen.

Aber wie steht es, wenn in Zukunft dieser Idealfall nicht oder nicht immer eintritt? Die Vorstellung der Selbstauflösung ist an die Erwartung gebunden, daß alle übr-

gen Länder – freiwillig – nachziehen; umso rascher, je stärker die Sogwirkung eines sozusagen unbestreitbaren Integrationsfortschrittes ein Aufschließen regelrecht aufdrängt. Und wenn der eine oder andere Mitgliedstaat, aus welchen Gründen auch immer, bei seiner Ablehnung bleibt? Dann löst sich die verstärkte Zusammenarbeit nicht von selbst auf und demnach kann die Rückübertragung der Zuständigkeit auf die Gemeinschaft auch nicht automatisch erfolgen. Wenngleich also festzustellen ist, daß im Grunde der Kompetenztransfer gar nicht unwiderprüflich sein kann, weil die Zusammenarbeit sich mit dem kompletten Beitritt der übrigen Länder von selbst auflösen und deswegen auch die Zuständigkeit auf die Gemeinschaft zurückgelangen würde, ist damit doch auch festgestellt, daß der Kompetenztransfer unwiderruflich scheint, wenn die Gruppe sich nicht auflöst.

Zugunsten einer Rückübertragung der Zuständigkeit auf die Gemeinschaft ist daher nach einer Möglichkeit zu suchen, die verstärkte Zusammenarbeit auch dann aufzulösen, wenn ihr nicht alle Mitgliedsstaaten – freiwillig – beitreten. Hierfür läßt sich womöglich die Ausgestaltung des Verfahrens zur Aufnahme zunächst nichtteilnehmender Staaten heranziehen. Grundsätzlich sieht Art. 11 Abs. 3 EGV – in der konsolidierten Fassung von Nizza der wortgleiche Art. 11 a EGV – vor, daß die Kommission über den Antrag eines Mitgliedstaates entscheidet, der sich entschlossen hat, der Zusammenarbeit beizutreten. Im einzelnen ist bestimmt, daß der Mitgliedstaat seine Beitrittsabsicht zuvor der Kommission und dem Rat anzeigt, woraufhin die Kommission dem Rat eine Stellungnahme vorlegt und innerhalb des darauffolgenden Monats selbst, und nicht der Rat, über den Antrag entscheidet, wobei sie spezifische Regelungen treffen kann, die sie gegebenenfalls für notwendig hält. Wenn auch dieses Verfahren ein wenig kompliziert geraten ist, so überrascht doch vor allem, daß die Kommission zunächst dem Rat eine Stellungnahme vorlegt und dann, ungeachtet seines Kommentars, in eigener Zuständigkeit über die Aufnahme des Antragstellers entscheidet. Damit ist jedoch nicht *expressis verbis* gesagt, daß die Aufnahme nur in dieser Form vonstatten gehen kann.¹³⁵ Wenn man einmal annimmt, daß die verstärkte Zusammenarbeit auf einem Politikfeld stattfindet, für das der Gemeinschaftsvertrag ein Entscheidungsverfahren nach dem Prinzip der qualifizierten Mehrheitsentscheidung vorsieht und die bereits teilnehmenden Länder zusammen auf ein Stimmengewicht im Sinne dieser qualifizierten Mehrheit kommen und schließlich, daß beispielsweise drei weitere Länder sich anschließen möchten – unter diesen Umständen wäre es doch denkbar, daß die Kommission, anstelle das Verfahren nach Art. 11 Abs. 3 EGV einzuleiten, dem Rat einen Gesetzgebungsvorschlag im normalen Entscheidungsverfahren vorlegt, der exakt dem Inhalt des Projektes verstärkter Zusammenarbeit entspricht und über den der Rat (in dem die bereits an dem Projekt beteiligten und über die qualifizierte Mehrheit verfügenden Länder sitzen) im

¹³⁵ Die folgende Überlegung stellt auch *Tuytschaever*, (Fn. 82), S. 240 an und kommt zu dem etwas unbefriedigenden Ergebnis, „that there is no definitive answer currently available“.

qualifizierten Mehrheitsverfahren zu befinden hätte. Mit der Annahme eines solchen Vorschlags durch den Rat wären gleich ein paar Fragen beantwortet. Auf diese Weise könnte zum einen die verstärkte Zusammenarbeit – unter Mitwirkung ihrer Teilnehmer – wieder aufgelöst werden. Damit wäre die Rückübertragung der Zuständigkeit auf die Gemeinschaft gelungen. Zudem hätte die Wahl des normalen Verfahrens den Vorteil, daß der Rest der Mitgliedstaaten, die keinen Antrag auf Beitritt gestellt haben, auf diese Weise zur Übernahme des Vertiefungsstandards gezwungen und – ganz im Sinne des Kohärenzgebots – die Einheitlichkeit des Integrationsniveaus wiederhergestellt wäre. Lupenrein freilich ist diese Lösung aber nicht, weil sie erstens nur im Falle der Mehrheitsentscheidung funktioniert und zweitens impliziert, daß das normale Gesetzgebungsverfahren nachträglich die verstärkte Zusammenarbeit aufheben kann, obwohl diese ihrerseits zuvor als „letztes Mittel“ eingesetzt, mit anderen Worten: das gemeinschaftliche Verfahren bereits gescheitert war.

D. Schlußbemerkung

Vor allem Frankreich und Deutschland hatten im Vorfeld des Amsterdamer Gipfels ihr ganzes Gewicht in die Vorbereitungen zur Aufnahme einer Flexibilitätsklausel in den Unionsvertrag gelegt, um fortan über die vertragliche Grundlage für ein, jedenfalls was die potentielle Anwendbarkeit angeht, über die bislang bekannten Einzelmächtigungen weit hinausreichendes Instrument zur „positiven Differenzierung“ im Europäischen Integrationsprozess zu verfügen. Das Resultat sind die neuen Vorschriften, die, wenn auch nur als „letztes Mittel“, eine *Case-by-case-Differenzierung* erlauben, sofern der Rat mit qualifizierter Mehrheit den Vorschlag der Kommission annimmt. Auch nach den in Nizza vorgenommenen Verfahrenserleichterungen – an erster Stelle ist der Wegfall der Möglichkeit zu nennen, aus Gründen der nationalen Politik eine verstärkte Zusammenarbeit zu unterbinden – ist aber nach allgemeiner Einschätzung zu konstatieren, daß ihr zukünftiger Einsatz weiterhin offen ist, wenn nicht unsicher, denn die Voraussetzungen, über deren Einhaltung die Kommission mittels ihres Vorschlagsrechts vor allem im Bereich des EG-Vertrages wacht, sind unverändert eine gewaltige Bürde.¹³⁶

Aus juristischer Sicht herrscht, wenn man es in einem Satz zusammenfassen könnte, schon vor dem ersten Anwendungsfall *in praxi* der Eindruck vor, daß jedenfalls ein bemerkenswerter Wandel auf den Weg gebracht ist: Die neuen Vorschriften vermenden den Durchbruch zu einer generellen „positiven Differenzierung“ in der Rechtsordnung der Europäischen Union. Die differenzierte Integration rückt damit – obwohl auf der anderen Seite die in Amsterdam zugunsten von

¹³⁶ Siehe Wiedmann, Der Vertrag von Nizza, EuR 2001, S. 209 mit weiteren Nachweisen.

England, Irland und Dänemark getroffenen Ausnahmebestimmungen in Titel IV des EG-Vertrages und das positive Enthaltungsrecht im Rahmen der Gemeinsamen Sicherheits- und Außenpolitik neue Fälle „negativer Differenzierung“ darstellen – zum ersten Mal deutlich in Richtung der Befürworter einer weitergehenden Integration in der Gemeinschaft, anders gewendet: Abgestufte Rechtsanwendung ist nicht länger das Privileg der Staaten, die einer Integration eher zurückhaltend gegenüberstehen. Integrationspolitisch gesehen bleibt es bis auf weiteres offen, ob der Preis, den die „Integrationisten“ für die Einführung eines für die Zukunft flexibel gehaltenen Systems bezahlen mussten, damit auch die Gegner von mehr Flexibilität dem Vertrag zustimmten, zu hoch ist.¹³⁷ Deswegen kann man sich für den Moment nur mit der Aussicht bescheiden, daß es einen spannenden Augenblick verspricht, wenn die „verstärkte Zusammenarbeit“ das erste Mal nach ihrer Neufassung im Vertrag von Nizza erneut zum Politikum werden wird. Dies gilt umso mehr, als es durchaus denkbar scheint, daß ein erstes Projekt verstärkter Zusammenarbeit – auf potentielle Anwendungsfelder haben jüngst *Giering* und *Janning* hingewiesen¹³⁸ – auf der Grundlage der geltenden Amsterdamer Fassung initiiert und nach Inkrafttreten der Änderungen von Nizza fortgesetzt wird. Für den Augenblick halten sich zwar die Aspirationen der integrationswilligen Länder noch im Rahmen des gemeinsamen Vertragswerks. Man mag sich aber fragen, ob – vor dem Hintergrund, daß ein „Rückzug zum Fortschritt“ über die intergouvernementale Zusammenarbeit außerhalb der Unionsrechts wohl nicht ausgeschlossen ist – die im Grunde noch weitergehenden Vorstellungen der „Integrationisten“ nicht schon bald erneut virulent werden. Sind die Vorstöße Deutschlands und Frankreichs Ausdruck fester Zielvorstellungen ihrer Europapolitik oder liegt ihnen das taktische Moment zugrunde, mit Paukenschlägen die Positionen der zögerlichen Mitgliedstaaten aufzuweichen? Sollte ersteres der Fall sein, so werden sich die neuen Vorschriften vermutlich schon bald zu einem engen Korsett für Bewegungen in Richtung eines Kerneuropa bzw. zur Herausbildung einer echten Avantgarde zusammenziehen. Zielen die Vorgaben der beiden großen Staaten indes vornehmlich darauf ab, dem *Europe à la carte* eine Absage zu erteilen und das Signal zur behutsamen Bildung einer Vorhut von Mitgliedstaaten zugunsten einzelner Fortschritte zu setzen – erscheint es unter dem Eindruck unverändert strenger Vorgaben nicht minder ungewiß, ob die Rechnung aufgeht.

¹³⁷ Nach *Ehlermann*, der diese Frage nach der Amsterdamer Konferenz gestellt hat, ist der Preis nicht zu hoch, sondern angemessen, weil „der Eintritt in eine engere Zusammenarbeit“ im allgemeinen nicht einstimmig beschlossen werden muß“, (Fn. 20), S. 371.

¹³⁸ *Giering/Janning*, (Fn. 24), S. 148 ff.