

## RECHTSPRECHUNG

**Exit vom Brexit?****Zur Möglichkeit einer einseitigen Rücknahme der notifizierten Austrittsabsicht nach Art. 50 Abs. 2 EUV – zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 10.12.2018, Rs. C-621/18 (Wightman)***Von Alexander Thiele, Göttingen/Hannover\**

**Art. 50 EUV ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat, der dem Europäischen Rat im Einklang mit diesem Artikel mitgeteilt hat, dass er beabsichtige, aus der Europäischen Union auszutreten, gestattet, solange ein Austrittsabkommen zwischen ihm und der Europäischen Union nicht in Kraft getreten ist oder, falls kein solches Abkommen geschlossen wurde, solange die in Art. 50 Abs. 3 EUV vorgesehene Frist von zwei Jahren, die gegebenenfalls im Einklang mit dieser Bestimmung verlängert werden kann, nicht abgelaufen ist, die genannte Mitteilung durch ein an den Europäischen Rat gerichtetes Schreiben einseitig, eindeutig und unbedingteurückzunehmen, nachdem er den Rücknahmebeschluss im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften getroffen hat. Gegenstand einer solchen Rücknahme ist die Bestätigung der Zugehörigkeit dieses Mitgliedstaats zur Europäischen Union unter Bedingungen, die hinsichtlich seines Status als Mitgliedstaat unverändert sind, so dass die Rücknahme das Austrittsverfahren beendet.**

*Das nur rudimentär geregelte Austrittsverfahren schweigt zu der Frage, inwieweit eine erklärte Austrittsabsicht einseitig zurückgenommen werden kann. Der EuGH hat nunmehr – dem Generalanwalt folgend – ein solches Rücknahmerecht bejaht. Schnell wurde der Vorwurf einer politisch motivierten aber dogmatisch nicht überzeugenden Entscheidung erhoben. Ein näherer Blick zeigt jedoch, dass sich durchaus gute Gründe für ein solches Recht anführen lassen. Ein ohnehin unwahrscheinlicher Missbrauch dürfte dabei auch nach Ansicht des EuGH normativ unzulässig sein. Mit dem Hinweis auf die Souveränität der Mitgliedstaaten greift der EuGH freilich auf ein Argumentationsmuster zurück, dass ein Indiz für eine gewisse Neujustierung der Rechtsprechung im Hinblick auf die Rechtsnatur der EU sein könnte.*

\* Dr. Alexander Thiele ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen und vertritt im Sommersemester 2019 einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Leibniz Universität Hannover.

## I. (K)eine politische Entscheidung?

Die Fälle, in denen der EuGH im Plenum der (noch) 28 Richterinnen und Richter entscheidet sind schon angesichts des enormen organisatorischen Aufwands selten und zeugen von hoher (politischer) Umstrittenheit der zugrunde liegenden normativen Fragen.<sup>1</sup> So war es bei der Pringle-Entscheidung aus dem Jahre 2012<sup>2</sup> und so war es nun erneut bei der Wightman-Entscheidung vom 10. Dezember 2018.<sup>3</sup> Deren Hintergrund bildete die vom schottischen Court of Session dem Gerichtshof nach Art. 267 AEUV vorgelegte Frage, ob bzw. inwieweit eine nach Art. 50 Abs. 2 EUV beim Europäischen Rat notifizierte Austrittsabsicht einseitig (durch den zuvor austrittswilligen Mitgliedstaat) wieder zurückgenommen werden kann. Die politische Brisanz dieser Frage leuchtet schnell ein, beeinflusst sie doch unmittelbar die (politischen) Handlungsoptionen Großbritanniens im Hinblick auf die Abwendung eines („hard“) Brexit.<sup>4</sup> Sollte ein einseitiges Rücknahmerecht bestehen, könnte Großbritannien einen ungeordneten Austritt selbst dann verhindern, wenn der rechtzeitige Abschluss eines Austrittsvertrages scheitern sollte, ohne dabei auf die Zustimmung der Mitgliedstaaten angewiesen zu sein.<sup>5</sup> Das aber erhöht unweigerlich den Druck auf die britische Regierung, wenn die Fraktion der „Remainer“ stets auf diese (einfache) rechtliche Möglichkeit verweisen kann, den Austritt aus der EU und möglicherweise auftretende chaotische Zustände noch autark verhindern zu können.

Tatsächlich bejahte der EuGH in seiner Entscheidung denn auch ein weitgehendes und nur an wenige Bedingungen geknüpftes einseitiges Rücknahmerecht, das danach bis zum Abschluss eines Austrittsvertrages bzw. dem Ablaufen der zweijährigen (ggf. verlängerten) Verhandlungsfrist prinzipiell jederzeit geltend gemacht werden kann. Der Vorwurf einer politisch motivierten Entscheidung ließ anschließend nicht lange auf sich warten. Mit dieser Kritik sollte jedoch nicht allein auf die (offensichtlichen) politischen Implikationen verwiesen, sondern vornehmlich zum Ausdruck gebracht werden, dass die Entscheidung normativ-dogmatisch nicht zu überzeugen vermag: Politisch wünschenswert also, rechtlich indes verfehlt.<sup>6</sup> Ein näherer Blick offenbart freilich, dass der Vorwurf einer rein politischen Entscheidung überzogen ist. Es sprechen vielmehr durchaus gute, jedenfalls aber gut vertretbare normative Gründe dafür, ein einseitiges Rücknahmerecht anzunehmen. Bevor die materiellen Aspekte näher beleuchtet werden (III.) muss aber ge-

1 Vgl. auch *F. Kainer*, Anmerkung EuGH, Rs. C-621/18, EuZW 2019, S. 36.

2 EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle), ECLI:EU:C:2012:756.

3 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999.

4 *F. Kainer* (Fn. 1), EuZW 2019, S. 36, 37. Zum politischen und rechtlichen Hintergrund der Brexit-Entscheidung siehe nur *A. Thiele*, Der Austritt aus der EU, EuR 2016, S. 281 ff.

5 Art. 50 EUV selbst sieht als Option explizit allein die vom Europäischen Rat einstimmig zu beschließende Verlängerung der zweijährigen Verhandlungsphase vor, äußert sich zur Frage der Rücknahme einer notifizierten Austrittsabsicht also nicht. Es dürfte aber der ganz herrschenden Ansicht entsprechen, dass jedenfalls eine vom Europäischen Rat einstimmig befürwortete Rücknahme möglich ist.

6 Siehe etwa *J. A. Kämmerer*, Das „Wightman“-Urteil des EuGH, NVwZ 2019, S. 129. Für gänzlich (also auch politisch) verfehlt hält *P. Ostendorf*, NVwZ -Editorial, Heft 3/2019 die Entscheidung.

klärt werden, warum der EuGH über diese (hypothetische?) Frage überhaupt entscheiden durfte (II.).

## II. Zur Zulässigkeit der Vorlagefrage

Bekanntlich beantwortet der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV keine hypothetischen Fragen.<sup>7</sup> Der Gerichtshof sieht es nicht als seine Aufgabe an, zu konstruierten Rechtsfällen gutachterlich Stellung zu nehmen.<sup>8</sup> Die vorgelegte Frage muss mithin entscheidungserheblich für den Ausgangsrechtsstreit, die Antwort des EuGH für die Tenorierung maßgeblich sein. Selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beantwortung der Frage nach der Entscheidungserheblichkeit grundsätzlich in die Zuständigkeit des vorliegenden nationalen Gerichts fällt<sup>9</sup> und der EuGH Vorabentscheidungsersuchen daher nur in „exzeptionellen Fällen“<sup>10</sup> wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit zurückweist, schien die Sache hier auf den ersten Blick wenig zweifelhaft: Weder war es zum Zeitpunkt der Vorlage zu einem einseitigen Rücktritt gekommen, noch zeichnete sich ein solcher Schritt in der britischen Politik ab, im Gegenteil: Die britische Premierministerin *Theresa May* lehnte einen einseitigen „Exit vom Brexit“ ausdrücklich ab. Welcher „Rechtsstreit“ sollte dementsprechend vom Ausgangsgericht entschieden werden? Wenig überraschend wurde der Einwand der Unzulässigkeit der Vorlagefrage denn auch von der britischen Regierung vorgebracht.<sup>11</sup>

Der EuGH folgte dieser Argumentation (wie zuvor auch der Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona*) zu Recht nicht und verwies auf die Besonderheit des Ausgangsrechtsstreits: Es handelte sich hier nämlich um eine Feststellungsklage, die unter anderem von Abgeordneten des britischen Parlaments eingebracht worden war. Zwar kennt das europäische Prozessrecht keine Feststellungsklagen (wohl aber Feststellungsurteile).<sup>12</sup> Gleichwohl finden sie sich in vielen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und auch bei dieser Klageart muss es die prinzipielle Möglichkeit geben, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten, sofern europarechtliche Fragen aufkommen. Um einen hypothetischen Fall würde es sich insofern nur handeln, wenn bereits das Verfahren vor dem nationalen Gericht der Sache nach als offensichtlich konstruiert und hypothetisch einzuordnen wäre. Das aber lag jedenfalls nicht auf der Hand: Das auch in Großbritannien erforderliche Feststellungsinteresse bejahte das nationale Ausgangsgericht nachvollziehbar mit

7 EuGH, Rs. 104/79 (Foglia/Novello), ECLI:EU:C:1980:73, Slg. 1980, 745.

8 *A. Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 9, Rn. 42.

9 *M. Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 819.

10 *A. Middeke*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., 2014, § 10, Rn. 52.

11 Siehe EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 20: „The United Kingdom Government argues that the question referred is inadmissible because it is hypothetical.“

12 Kritisch insoweit *B. Wegener*, Der Numerus Clausus der Klagearten – Eine Gefahr für die Effektivität des Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht?, EuGRZ 2008, S. 354 ff.

der (politischen) Relevanz der Möglichkeit einer einseitigen Rücknahme für das weitere (politische) Vorgehen der klagenden Abgeordneten. Wenn eine solche Rücknahme möglich wäre, könnte es als „Remainer“ politisch etwa sinnvoll sein, das ausgehandelte Abkommen abzulehnen, um so den Druck auf die Regierung zu erhöhen. Aus der Perspektive des EuGH war dabei (wie stets) weniger entscheidend, ob diese Ansicht des Ausgangsgerichts mit britischem Prozessrecht umfassend vereinbar war,<sup>13</sup> als vielmehr der Umstand, dass sich die nationale Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens dadurch jedenfalls nicht von vornherein als konstruiert und abwegig von der Hand weisen ließ.<sup>14</sup> Auch wenn der EuGH hier möglicherweise strenger hätte sein können, ihm eine Anmaßung von Entscheidungskompetenzen vorzuwerfen, erscheint vor diesem Hintergrund verfehlt. Wie andere Verfassungsgerichte auch – und als ein solches muss man den EuGH zumindest aus funktionaler Perspektive einordnen – kommt dem Gerichtshof eine gewisse Flexibilität im Hinblick auf die von ihm anzunehmenden Entscheidungen und Vorlagefragen zu.<sup>15</sup> Diesen typischen Steuerungsspielraum hat der EuGH mit der Annahme dieser Vorlage jedenfalls nicht überschritten.<sup>16</sup>

### III. Die Entscheidung in der Sache

In der Sache bejahten sowohl der Generalanwalt (1.) als auch der Gerichtshof (2.) ein einseitiges Rücknahmerecht, das bis zum Abschluss eines Austrittsvertrages bzw. bis zum Ablauf der Verhandlungsfrist geltend gemacht werden kann. Auch wenn die Argumentation des Gerichtshofs partiell überrascht, vermag sie im Ergebnis zu überzeugen, zumal auch danach ein missbräuchliches Gebrauchmachen des Rücktrittsrechts ausgeschlossen sein dürfte – von einer bewussten Anregung zum Missbrauch durch den EuGH, wie teilweise behauptet,<sup>17</sup> kann also keine Rede sein (3.).

#### 1. Der Schlussantrag des Generalanwalts

Da es hier unzweifelhaft um eine neue Rechtsfrage ging, kam eine Entscheidung ohne vorherigen Schlussantrag trotz der gebotenen Eile nach Art. 20 Abs. 5 der Satzung des EuGH nicht in Betracht.<sup>18</sup> In seinem Schlussantrag fokussierte sich der Generalanwalt auf eine umfassende (systematische, teleologische und histo-

13 Die Vorinstanz (Outer House) hatte die Feststellungsklage noch als unzulässig angesehen, vgl. auch *F. Kainer* (Fn. 1), EuZW 2019, S. 36.

14 Siehe auch EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 30 sowie *F. Kainer* (Fn. 1), EuZW 2019, S. 36 f.

15 Dazu etwa *P. Lange*, Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2011; sowie für den EuGH *K. Zierke*, Die Steuerungswirkung der Darlegungs- und Beweislast im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2015.

16 Im Ergebnis wohl ebenso *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), NVwZ 2019, S. 129 f.

17 So aber *J. Brauneck*, Brexit-Urteil des EuGH, EuZW 2019, S. 20.

18 In der Praxis wird in etwa der Hälfte der Fälle vor dem Gerichtshof von einem vorherigen Schlussantrag nach Art. 20 Abs. 5 der Satzung abgesehen, vgl. *A. Thiele* (Fn. 8), § 2, Rn. 24.

rische) Interpretation des Art. 50 EUV, der zur Frage der (einseitigen) Rücknehmbarkeit bekanntlich keine expliziten Aussagen macht. Zentral waren für den Generalanwalt zwei Erwägungen: Erstens der unilaterale Charakter des Notifizierungs- und des Verhandlungsverfahrens nach Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 EUV. Dieser besondere Charakter folgte für den Generalanwalt zum einen aus dem Wortlaut, der lediglich von „Austrittsabsicht“ spreche und zum anderen aus dem Umstand, dass eine solche Austrittsabsicht auch während der Verhandlungsphase stets von den in Art. 50 Abs. 1 EUV genannten „verfassungsrechtlichen Voraussetzungen“ getragen werden müsse. Wenn diese aber entfielen – etwa weil ein nationales Verfassungsgericht diese als nicht gegeben ansähe oder aber weil innerstaatlich aus anderen Gründen die Absicht auszutreten fallen gelassen würde – müsse ein solcher innenpolitischer Wandel auch während der Verhandlungsphase durch eine einseitige Rücknahme durch den jeweiligen Mitgliedstaat geltend gemacht werden können.<sup>19</sup> Dieses Ergebnis würde zudem durch den Blick auf die Regelungen der Wiener Vertragsrechtskonvention gestützt.<sup>20</sup> Für eine einseitige Rücknehmbarkeit sprächen zweitens der Respekt vor der Souveränität und der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, die nach Art. 4 Abs. 2 EUV von Seiten der EU zu beachten seien, sowie das allgemeine Ziel einer „immer engeren Union“: Dieses würde massiv beeinträchtigt, wenn ein nicht mehr austrittwilliger Staat zu einem Austritt gezwungen würde; Art. 50 EUV installiere „keine Einbahnstraße ohne Ausweg“.<sup>21</sup>

Gleichwohl könne die einmal notifizierte Austrittsabsicht nicht bedingungs- und grenzenlos einseitig zurückgenommen werden. Abgesehen von gewissen formalen Anforderungen ergäben sich Grenzen aus den Grundsätzen von Treu und Glauben und der in Art. 4 Abs. 3 EUV vorgesehenen loyalen Zusammenarbeit. Diese Grundsätze stünden einer missbräuchlichen Nutzung einer Rücknahme entgegen, auf die vor allem die Kommission und der Rat ihre Ablehnung eines einseitigen Rücktrittsrechts gestützt hatten. Als problematisch sahen beide Institutionen an, dass ein Mitgliedstaat einseitig die Verhandlungsphase verlängern könnte, wenn er nach einer einseitigen Rücknahme umgehend ein erneutes Rücktrittsverfahren nach Art. 50 Abs. 2 EUV initiieren sollte – eine Option, der die Regelung des Art. 50 Abs. 3 EUV entgegenstünde, die allein eine einstimmig vereinbarte Verlängerung der Verhandlungsphase vorsieht.<sup>22</sup> Aus den erwähnten Grundsätzen folgte aus Sicht des Generalanwalts indes, dass ein solches Verhalten als unzulässig anzusehen wäre. Darüber hinaus gelte es zu beachten, dass ein missbräuchliches Verhalten im dargelegten Sinne letztlich (wenn überhaupt) erst in der erneuten Einleitung eines Austrittsverfahrens (nicht aber bereits in der einseitigen

19 So bereits *P. Eeckhout/E. Frantziou*, Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading, *Common Market Law Review* 54 (2017), S. 695, 712 f.

20 Dass diese zumindest als Interpretationshilfe herangezogen werden kann, begründet der Generalanwalt ausführlich in den Rn. 77-85 seines Schlussantrags.

21 GA *Sánchez-Bordona*, Schlussanträge v. 4.12.2018 in der Rs. C-621/18 (Wightman), Rn. 114.

22 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 39 f.

Rücknahme) gesehen werden könne. Dafür könne dann jedoch eine angemessene Lösung gefunden werden, ohne das generelle einseitige Rücknahmerecht auch eines nicht in Missbrauchsabsicht handelnden Mitgliedstaats ablehnen zu müssen – zumal aktuell nichts für ein solchermaßen missbräuchliches Vorgehen spreche.<sup>23</sup>

## 2. Die Entscheidung des Gerichtshofs

Der Gerichtshof folgte dem Generalanwalt und nahm zentrale Elemente des Schlussantrags auf, die er partiell noch um einige Punkte ergänzte. So folgte der Gerichtshof dem Generalanwalt zunächst im Hinblick auf den unilateralen Charakter auch des Austrittsverfahrens bis zum Abschluss eines förmlichen Austrittsvertrages. Auch der Gerichtshof verwies hier zunächst auf den Wortlaut der Norm und stellte fest, dass eine geäußerte Absicht „ihrem Wesen nach weder endgültig noch unwiderruflich“<sup>24</sup> sei, um sodann auszuführen, dass Art. 50 EUV seiner Konstruktion nach zwei Ziele verfolge: Sicherung der souveränen Austrittsentscheidung des Mitgliedstaats einerseits und Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Austrittsverfahrens andererseits. Die Ermöglichung einer einseitigen Rücknahme sei mit diesen Zielen vereinbar. Denn mit dieser bringe der jeweilige Mitgliedstaat lediglich zum Ausdruck, dass er an seinem bisherigen und auch durch die Notifizierung der Austrittsabsicht unveränderten Mitgliedschaftsstatus weiterhin festhalten wolle.<sup>25</sup> Insofern sei eine solche Rücknahme bereits ihrer Intention nach etwas fundamental anderes, als die Bitte um eine Verlängerung der Verhandlungsphase nach Art. 50 Abs. 3 EUV, wie von Kommission und Rat vorgetragen.<sup>26</sup> Auch im Hinblick auf die Beeinträchtigung des Ziels einer „immer engeren Union“ folgte der Gerichtshof dem Generalanwalt. Er verwies aber zusätzlich auf den Umstand, dass es sich bei der EU um einen freiwilligen Zusammenschluss von Staaten handele, die bestimmte Werte wie Demokratie und Freiheit teilten.<sup>27</sup> Daraus ergebe sich im Ergebnis, dass ein Staat ebenso wenig wie zu einem Beitritt zu einem Austritt aus der EU gezwungen werden könne, zumal bei einem Austritt auch die Rechte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger der anderen Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt wären. Die Ablehnung der Möglichkeit einer einseitigen Rücknahme käme aber einem solch erzwungenen Austritt gleich.<sup>28</sup> Obwohl der Gerichtshof zu Beginn seiner Ausführungen die Missbrauchseinwände der Kommission und des Rates explizit aufführte,<sup>29</sup> kam er bei seiner eigenen Interpretation des Art. 50 EUV auf dieses Problem abschließend nicht noch einmal zurück. Im Hinblick auf die Art und Form der Rücknahme

23 GA *Sánchez-Bordona*, Schlussanträge v. 4.12.2018 in der Rs. C-621/18 (Wightman), Rn. 156.

24 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 49.

25 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 59.

26 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 60.

27 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 61 ff.

28 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 65 f.

29 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 39 ff.

führte er jedoch aus, dass diese „eindeutig und unbedingt“ sein, also die Absicht zum Ausdruck bringen müsse, die bestehende Mitgliedschaft in der EU zu den bisherigen Bedingungen zu bestätigen und das Austrittsverfahren zu beenden.<sup>30</sup>

### 3. Bewertung und Kritik

Handelte es sich um eine (rein) politische Entscheidung? Wollte der Gerichtshof die aus seiner Sicht zu begrüßende Option begründen, obwohl sich diese mit den Verträgen normativ nicht vereinbaren lässt? Schon der erste Blick in die Entscheidungsgründe weckt Zweifel: Diese erschöpfen sich keineswegs in einem schlichten Verweis auf den „effet utile“ des Unionsrechts (wie es bei früheren umstrittenen Urteilen des Gerichtshofs bisweilen der Fall war),<sup>31</sup> sondern bemühen sich um eine normativ fundierte Argumentation.<sup>32</sup> Dass diese im Ergebnis sehr viel kürzer ausfällt, als dies gerade der deutsche Leser gewohnt sein mag, ist weder sonderlich überraschend noch prinzipiell zu beanstanden. Auch das gefundene Ergebnis erscheint kaum unvertretbar, wenn man die europarechtliche Literatur zu dieser Frage berücksichtigt – tatsächlich sprachen sich zahlreiche (auch namhafte) Autorinnen und Autoren mit ähnlichen Argumenten bereits zuvor für ein einseitiges Rücktrittsrecht aus<sup>33</sup> (nach einer Umfrage von „NarusReport“ unter 31 Juristinnen und Juristen aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU handelte es sich dabei gar um die Mehrheitsmeinung).<sup>34</sup>

Die Frage war und ist damit umstritten, was den Gerichtshof nicht davon entbinden konnte, seine gefundene Entscheidung methodisch vertretbar zu begründen. Auch insoweit lassen sich die beiden zentralen Argumente – der unilaterale Charakter des Verfahrens und die Beeinträchtigung des (verbindlichen) Ziels einer

30 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 74.

31 Von einer „neue(n) Dimension“ des „Pro-Europa-Drall(s)“ der Rechtsprechung des EuGH zu sprechen erscheint insoweit nicht angebracht. So aber *J. Brauneck* (Fn. 17), EuZW 2019, S. 20, 21.

32 *F. Kainer* (Fn. 1), EuZW 2019, S. 36, 37: „methodisch schulmäßig und juristisch nachvollziehbar“. A.A. offenkundig *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), NVwZ 2019, S. 129: Die Argumentation weise „mehr Inkonsistenz als rechtsdogmatischen Feinschliff“ auf.

33 *T. Tridimas*, Article 50: an endgame without an end?, *King's Law Journal* 27 (2016), S. 1, 7; *P. Eeckhout/E. Frantziou* (Fn. 19), *Common Market Law Review* 54 (2017), S. 695, 711 ff.; *P. Craig*, Brexit: A Drama in Six Acts, *European Law Review* 41 (2016), S. 447, 463 ff.; *A. Sari*, Reversing a Withdrawal Notification under Article 50 TEU: Can a Member State Change its Mind?, *European Law Review* 42 (2017), S. 451, 472; *R. Streinz*, Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten, in: *Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2016, S. 17, 23 f.; *W. Michl*, Die formellen Voraussetzungen für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union, NVwZ 2016, S. 1365, 1368 f.; *R. Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 50 EUV, Rn. 8; *V. Skouris*, Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, EuZW 2016, S. 806, 807; *M. Kotzur*, Do you „regrexit“? Die grundsätzliche Möglichkeit des (unilateralen) Widerrufs einer Austrittserklärung nach Art. 50 EUV, JZ 2017, S. 489, 492 ff.; *U. Becker*, in: *Schwarze u.a.* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 50 EUV, Rn. 3; *A. Thiele* (Fn. 4), EuR 2016, S. 281, 295. Der Hinweis von *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), NVwZ 2019, S. 129 wonach sich der EuGH gegen „nicht wenige Stimmen im Schrifttum“ wendet, ist insoweit zumindest missverständlich.

34 <https://www.narusreport.com/reports/narusreport-large-majority-of-legal-experts-consider-uk-s-brexit-notice-unilaterally-revocable>.

immer engeren Union – indes kaum als völlig abwegig abtun.<sup>35</sup> Zwar erscheint das erste Argument nur partiell überzeugend. Vor allem die Auffassung, wonach die Ablehnung einer einseitigen Rücknehmbarkeit einem erzwungenen Austritt gleichkäme, scheint angreifbar – immerhin hat der Mitgliedstaat zuvor gänzlich freiwillig seinen Austrittswillen bekundet.<sup>36</sup> Ihn anschließend daran festzuhalten, wird man kaum als unzulässigen Zwang ansehen können. Anderes gilt aber für den Verweis auf den Wortlaut und vor allem das zweite Argument: Dass das normative Ziel einer immer engeren Union eher für den Zusammenhalt und damit für ein einseitiges Rücknahmerecht spricht, wird man jedenfalls nur schwer bezweifeln können. Ob das gefundene Ergebnis normativ-dogmatisch überzeugt, hängt damit vor allem davon ab, inwieweit die Möglichkeit eröffnet wird, die Fristenregelung des Art. 50 Abs. 3 EUV zu umgehen (a).<sup>37</sup> Bemerkenswert ist zudem, dass der Gerichtshof in seinem ersten Argument mehrfach auf die Souveränität der Mitgliedstaaten verweist (b). Diese beiden Punkte seien daher noch etwas näher beleuchtet.

#### a) Zur Gefahr des Missbrauchs

Anders als der Generalanwalt geht der Gerichtshof bei seiner Argumentation nicht explizit auf die Frage des Missbrauchs und vor allem einer möglichen Umgehung der Fristenregelung des Art. 50 Abs. 3 EUV ein.<sup>38</sup> Damit wird zumindest scheinbar die Option eröffnet, in einer ungünstigen Verhandlungssituation die Austrittsabsicht zurückzunehmen, um im Anschluss umgehend ein neues Austrittsverfahren mit einer zweijährigen Verhandlungsfrist in Gang zu setzen. Dass sich der Gerichtshof zu dieser Frage nicht explizit äußert scheint schon deshalb überraschend, weil dies die zentralen Einwände der Kommission und des Rates, aber auch großer Teile der Literatur<sup>39</sup> waren, die gegen ein einseitiges Rücknahmerecht vorgebracht wurden. Man wird daher kaum unterstellen können, dass der Gerichtshof dieses Problem einfach übersehen oder für allzu abwegig gehalten hätte. Allerdings: Die Frage des vorlegenden Gerichts bezog sich zunächst allein auf die generelle Möglichkeit einer einseitigen Rücknahme. Und insofern wird

35 In der deutschen Debatte wurde ein einseitiges Rücktrittsrecht teilweise bereits mit dem Hinweis auf den Charakter der Austrittsnotifizierung abgelehnt: Dabei handele es sich um ein Gestaltungsrecht, das generell nicht zurücknehmbar sei (siehe auch *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), *NVwZ* 2019, S. 129, 130). Ob es sich wirklich um eine Gestaltungserklärung in diesem Sinne handelt, erscheint indes nicht eindeutig, auch muss daraus aus europarechtlicher Perspektive nicht der Ausschluss der Rücknehmbarkeit folgen.

36 Vgl. auch *J. Brauneck* (Fn. 17), *EuZW* 2019, S. 20, 26 sowie *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), *NVwZ* 2019, S. 129, 130 f.

37 Teilweise werden auch die frustrierten Kosten der anderen Mitgliedstaaten gegen die Möglichkeit eines einseitigen Rücknahmerechts angeführt, vgl. etwa *P. Ostendorf*, *The Withdrawal Cannot be Withdrawn: The Irreversibility of a Withdrawal Notification under Article 50(2) TEU*, *European Law Review* 42 (2017), S. 767, 772. Dieses Argument überzeugt aber schon deshalb nicht, weil die Ausübung von Rechten immer mit Kosten verbunden sein kann und zudem die Kosten eines (nicht gewollten) Austritts gegengerechnet werden müssten.

38 Siehe auch *J. Brauneck* (Fn. 17), *EuZW* 2019, S. 20, 21.

39 Siehe etwa *P. Ostendorf* (Fn. 37), *European Law Review* 42 (2017), S. 767, 770 f.; *S. Simon*, *Rechtliche Vorgaben für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU*, *JZ* 2017, S. 481, 483 f.

man nicht behaupten können, dass jede einseitige Rücknahme pauschal als missbräuchlich oder als Umgehung des Art. 50 Abs. 3 EUV angesehen werden müsste. Oder anders: Es gibt auch nicht missbräuchliche Rücknahmen. Dem Gerichtshof ist also zuzustimmen, wenn er ausführt, dass eine Rücknahme etwas prinzipiell anderes ist, als eine Fristverlängerung nach Art. 50 Abs. 3 EUV, weshalb bei einer Rücknahme im Grundsatz auch keine Umgehung vorliegt.<sup>40</sup> Hinzu kommen zwei weitere Punkte, die gegen eine explizite Auseinandersetzung sprechen: Erstens sprach zum Zeitpunkt der Vorlagefrage nichts für ein mögliches missbräuchliches Vorgehen. Ein solches nicht explizit zu behandeln, lässt sich daher eher als Ausdruck eines grundsätzlichen Vertrauens in die Mitgliedstaaten interpretieren, nicht rechtsmissbräuchlich zu handeln (Art. 4 Abs. 3 EUV). Und zweitens ist ein missbräuchliches Vorgehen schon aufgrund der Beteiligung unterschiedlicher nationaler Organe überaus unwahrscheinlich. Selbst wenn die britische Regierung nämlich bei einer Rücknahme einen solchen Plan verfolgen sollte, wäre es völlig unklar, ob das britische Parlament (dessen Selbstbewusstsein sich in den Verhandlungen bereits gezeigt hat) bereit wäre, einen solchen fragwürdigen Schritt mitzugehen. Ob es also tatsächlich umgehend zu einem erneuten Austrittsantrag käme, bliebe mehr als fraglich. Von einem „erhöhten Erpressungspotenzial“ zu sprechen, weil nun jeder Mitgliedstaat sich ermutigt fühlen könnte mit einer „gewissen Beliebigkeit“ einen Austritt zu erklären, „den er ja jederzeit wieder zurücknehmen und aufs Neue erklären kann“,<sup>41</sup> verkennt schlicht die komplexen und nicht umfänglich planbaren politischen Willensbildungsprozesse und Rationalitäten moderner demokratischer Verfassungsstaaten. In absolutistischen Zeiten mit einem einzelnen souveränen König<sup>42</sup> mögen solche taktischen Spielereien denkbar gewesen sein. Mit heutiger gewaltenteiliger Politik hat das wenig zu tun.<sup>43</sup> Darüber hinaus aber erscheint es vor allem vorschnell, dem Gerichtshof zu unterstellen, einen zumindest theoretischen Missbrauch nicht wenigstens implizit behandelt zu haben.<sup>44</sup> Auf diesen Umstand hat interessanterweise ausgerechnet die britische Generalanwältin *Eleanor Sharpston* in einem vielbeachteten Tweet hingewiesen. *Sharpston*, die an der Entscheidung selbst in keiner Weise beteiligt war, verwies insofern darauf, dass eine Rücknahme „eindeutig und unbedingte“ sein und das Ziel verfolgen müsse, den Mitgliedschaftsstatus aufrechtzuerhalten. Das aber wäre nicht der Fall, sofern der Mitgliedstaat das Ziel verfolge, nach einer Rücknahme umgehend eine neue Austrittsabsicht zu notifizieren: „Tactical revo-

40 So bereits *T. Tridimas* (Fn. 33), *King's Law Journal* 27 (2016), S. 1, 7 f. Vgl. auch *R. Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 33), Art. 50 EUV, Rn. 8.

41 *J. Brauneck* (Fn. 17), *EuZW* 2019, S. 20, 22.

42 Vgl. dazu *A. Thiele*, *Der gefräßige Leviathan*, 2019, S. 47 ff.

43 Anzunehmen, dass der gesamte politische Raum und die Öffentlichkeit ein solches (heimliches?) Taktieren stützen würden, erscheint auch vor dem Hintergrund der enormen wirtschaftlichen Konsequenzen einer Austrittserklärung nachgerade naiv. Zutreffend insoweit die abschließenden Hinweise bei *J. Brauneck* (Fn. 17), *EuZW* 2019, S. 20, 27.

44 So aber *J. Brauneck* (Fn. 17), *EuZW* 2019, S. 20, 21 sowie *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), *NVwZ* 2019, S. 129, 131. Wie hier hingegen *F. Kainer* (Fn. 1), *EuZW* 2019, S. 36, 37.

cation of an Article 50 notification to buy further time in which to try to tweak a deal that has been offered could not plausibly, in good faith, be described as fulfilling the twin conditions that the revocation must be ‚unequivocal‘ and ‚unconditional‘.“ Der jeweilige Mitgliedstaat ginge damit ein erhebliches Risiko ein, dass der Gerichtshof eine solchermaßen missbräuchliche Rücknahme, die von einer umgehenden neuen Austrittsabsicht gefolgt wird, für unwirksam erklärt.<sup>45</sup> Das aber dürfte in der Regel zu einem „harten Austritt“ führen – eine Konsequenz, die kaum ein Mitgliedstaat ernsthaft riskieren würde. Dem EuGH zu unterstellen, dass er „zu einem eigentlich als missbräuchlich eingestuften Verhalten des Mitgliedstaats ermuntern will“,<sup>46</sup> erscheint vor diesem Hintergrund kaum nachvollziehbar.

### b) Zur Souveränität der Mitgliedstaaten

Am Begriff der staatlichen Souveränität arbeiten sich die Staatsrechtlehre und die politische Wissenschaft bereits ab, seit er von *Jean Bodin* Ende des 16. Jahrhunderts in die Debatte eingeführt wurde.<sup>47</sup> Umstritten ist nicht nur, was Souveränität im Einzelnen ausmacht, sondern wo sie heute eigentlich zu verorten ist bzw. ob sie als Beschreibungskategorie vor dem Hintergrund gerade der Internationalisierungs- und Europäisierungsprozesse der Herrschaftsverhältnisse überhaupt noch zielführend herangezogen werden kann. Insofern betont der Gerichtshof denn auch in ständiger Rechtsprechung die Autonomie des Unionsrechts und den damit einhergehenden Vorrang vor nationalem Recht – eine Rechtsprechung, die bekanntlich vom Bundesverfassungsgericht gerade mit Verweis auf die Souveränität der Mitgliedstaaten nicht bedingungslos geteilt wird.<sup>48</sup> Dass nun ausgerechnet der Gerichtshof in seinem ersten Argument eine einseitige Rücknahme mit der „souveränen Entscheidung“ des Mitgliedstaats begründet und zudem noch auf die Freiwilligkeit des europäischen Zusammenschlusses verweist, überrascht und wäre wohl auch nicht zwingend erforderlich gewesen.<sup>49</sup> Sowohl das Wortlautargument als auch der Hinweis auf die Beeinträchtigung des Ziels einer immer engeren Union hätten als normative Unterfütterung eines einseitigen Rücknahmerechts prinzipiell ausgereicht. Jedenfalls hätte der Gerichtshof ohne Weiteres auf andere, weniger belastete Begrifflichkeiten zurückgreifen können.<sup>50</sup> Insofern lässt sich diese Aussage des Gerichtshofs durchaus als Positionierung im Hinblick auf die Rechtsnatur der Europäischen Union interpretieren: Gegen die Einordnung als

45 So bereits *P. Craig* (Fn. 33), *European Law Review* 41 (2016), S. 447, 464 f.

46 *J. Brauneck* (Fn. 17), *EuZW* 2019, S. 20, 21 f.

47 *J. Bodin*, Sechs Bücher über den Staat, Band I, 1981, S. 98. *J. Bodin* selbst verstand unter Souveränität „die dem Staat eignende absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt“ (aaO, S. 205). Siehe auch *A. Thiele* (Fn. 42), S. 50 ff.

48 Vgl. zu den unterschiedlichen Vorbehalten *A. Thiele*, Die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG als (einzige) Grenze des Vorrangs des Europarechts, *EuR* 2017, S. 367 ff.

49 Auch wenn sich diese Argumentation bereits in der Literatur findet, vgl. etwa *T. Tridimas* (Fn. 33), *King's Law Journal* 27 (2016), S. 1, 6 f. Vgl. auch *F. Kainer* (Fn. 1), *EuZW* 2019, S. 36, 37.

50 Z.B. „autonom“, „autark“, „im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegend“ etc.

Superstaat und damit sehr viel eher auf der Linie des Bundesverfassungsgerichts als man das vielleicht angenommen hätte. Dafür spricht zweifellos auch die Heranziehung der Wiener Vertragsrechtskonvention,<sup>51</sup> einer klassisch völkerrechtlichen Regelung,<sup>52</sup> der noch nicht einmal alle Mitgliedstaaten beigetreten sind. Der Hinweis auf die Autonomie des Unionsrechts fehlt zwar auch in diesem Urteil nicht,<sup>53</sup> betrifft jedoch allein die generelle Frage, wie Unionsrecht dogmatisch zu interpretieren ist. Einiges spricht damit dafür, dass der Gerichtshof die Ansicht teilt, dass die Europäische Union in ihrer gegenwärtigen Struktur auf funktionsfähigen Mitgliedstaaten beruht. Wie bereits an anderer Stelle betont,<sup>54</sup> besteht zwischen einer starken EU und starken Mitgliedstaaten<sup>55</sup> insofern in der Tat kein Gegensatz, als vielmehr ein Junktim und es ist nicht erforderlich, sich in diesem dualistischen Herrschaftssystem langfristig für eines der beiden Modelle (Nationalstaaten oder EU) zu entscheiden.<sup>56</sup>

#### IV. Ausblick

Die Entscheidung des Gerichtshofs überzeugt sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht.<sup>57</sup> Gute Gründe sprechen für ein einseitiges Rücknahmerecht einer notifizierten Austrittsabsicht bis zum Abschluss eines Austrittsvertrages bzw. dem Ablauf der Verhandlungsfrist. Die Option eines zumindest theoretisch denkbaren Missbrauchs wird dadurch ausgeschlossen, dass die Rücknahme „unzweideutig und bedingungslos“ erfolgen muss. Im Übrigen bleibt abzuwarten, inwieweit dieses Urteil mit dem bemerkenswerten Rückgriff auf die Souveränität der Mitgliedstaaten zugleich eine gewisse Neujustierung der Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsnatur der Europäischen Union und ihres Verhältnisses zu ihren Mitgliedstaaten einleitet.

51 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 70 f.

52 Kritisch dazu *J. A. Kämmerer* (Fn. 6), NVwZ 2019, S. 129, 130, der davon ausgeht, dass die Notifikation bereits rechtsgestaltende Wirkung hat, so dass auch Art. 68 WVK keine einseitige Lösung erlauben würde.

53 EuGH, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 44 f.

54 Vgl. *A. Thiele*, Verlustdemokratie, 2. Aufl. 2018, S. 21 ff.

55 Allerdings mittelfristig nicht in Form von Nationalstaaten, sondern denationalisierten demokratischen Verfassungsstaaten, vgl. *A. Thiele* (Fn. 42), S. 285 ff.

56 *A. Thiele* (Fn. 54), S. 21, 23.

57 Wie hier auch *F. Kainer* (Fn. 1), EuZW 2019, S. 36.