

EUR EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2013

Armin Hatje [Hrsg.]

**Die Einheit des Unionsrechts
im Zeichen der Krise**



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2013

Armin Hatje [Hrsg.]

**Die Einheit des Unionsrechts
im Zeichen der Krise**



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-0652-5

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
<i>Martin Nettesheim</i>	
Die Einheit des Unionsrechts – ein überholtes Paradigma?	7
<i>Daniel Thym</i>	
Flexible Integration: Garant oder Gefahr für die Einheit und die Legitimation des Unionsrechts?	23
<i>Robert Uerpmann-Wittzack</i>	
Völkerrecht als Ausweichordnung – am Beispiel der Euro-Rettung	49
<i>Sven Hölscheidt</i>	
Intergouvernementale Zusammenarbeit in der Krise – Garant oder Gefahr für die Einheit der Union – aus der Sicht des Bundestages	61
<i>Matthias Pechstein</i>	
Herausforderungen für den Rechtsschutz in einer flexiblen Union	71

Vorwort

Die Einheit des Unionsrechts ist ein wesentliches Element der europäischen Verfassungsordnung. Nur ein gemeinsames Vorgehen auf der Grundlage gemeinsamen Rechts sichert auf Dauer die Funktionsfähigkeit der EU. In der gegenwärtigen Staatsschuldenkrise nutzen die Mitgliedstaaten indes verstärkt Formen einer flexiblen Integration. Vor allem die „Flucht ins Völkerrecht“ verheißt einen Ausweg aus der Enge des vorhandenen vertraglichen Rahmens. Die Verträge über den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) und den sog. Fiskalpakt wurden als internationale Abkommen geschlossen. Sie etablieren eine Sonderorganisation und besondere rechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten außerhalb des institutionellen Rahmens der EU. Zugleich dienen sie Zielen der Union, insbesondere der Stabilität der Euro-Zone. Sie gehören funktionell zur Union, ohne ein Bestandteil ihrer Rechtsordnung zu sein.

Das XXIII. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht, welches am 30. November 2012 mit Unterstützung der Stiftung Europa-Kolleg in Hamburg statt fand, hatte sich zur Aufgabe gemacht, die rechtlichen und verfassungspolitischen Folgen dieser Entwicklung zu untersuchen. Mit diesem Beiheft der Zeitschrift EUROPARECHT werden die Ergebnisse einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

Armin Hatje

Hamburg, im April 2013

Die Einheit des Unionsrechts – ein überholtes Paradigma?

Von Martin Nettesheim, Tübingen*

Es besteht noch keine Klarheit, ob sich die Vorhersage vom Ende der Einheit des Integrationsverbandes von 28 oder mehr Staaten bewahrheiten wird. Hat die Europäische Union nunmehr einen Integrationsstand erreicht, in dem es unvermeidlich und normativ zweckmäßig ist, die überkommende Vorstellung einer politischen und institutionellen Einheit aufzugeben? Der zerrissene und zerfaserte Anblick der Europäischen Union in der Euro-Krise könnte ein realitätsnahe Abbild einer zukünftigen Integration darstellen. Die Steuerung des weiteren Integrationsprozesses liegt in der politischen Verantwortung. Die Unionsinstitutionen bekämpfen jede Zerfaserung und drängen mit großer politischer Kraft auf die Durchsetzung der Gemeinschaftsmethode.

I. Zwischen Einheit und Heterogenität

Der politische Raum, in dessen Zentrum sich die Europäische Union befindet, weist einen schillernden und ambivalent stimmenden Anblick auf. Mit dem Vertrag von Lissabon ist es gelungen, die konstruktiv und inhaltlich problematische Tempelkonstruktion von Maastricht¹ in einen einheitlichen Verband mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit zu überführen. Es ist auch gelungen, die Vielfalt der Handlungsformen und –verfahren zurückzuführen, in diesem Bereich manches zu entschlacken und so für Stratifizierung zu sorgen.² Die Einheit des Unionsrechts³ als eigenständige, vom Völkerrecht und den mitgliedstaatlichen Ordnungen abgelöste Rechtsordnung steht heute so wenig in Frage wie nie zuvor.⁴ Niemand bezeichnet das EU-Recht heute mehr als Teilrechtsordnung des Völkerrechts.⁵ Und selbst der Wirkanspruch des Unionsrechts⁶ ist, wie die jüngere Rechtsprechung des BVerfG etwa im Fall Honeywell⁷ zeigt, im Großen und Ganzen akzeptiert.

Zur gleichen Zeit erweist sich der politische Raum als zerrissen und zerfasert. Auch dem Vertragsgeber des Lissabon-Vertrags ist es nicht gelungen, die Vielzahl von Sonderarrangements zu reduzieren, die im geltenden Vertragsrecht für einzelne

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Tübingen.

1 Hierzu von *A. von Bogdandy/M. Nettesheim*, Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union, NJW 1995, S. 2324.

2 Zur Zerrissenheit nach „Maastricht“: *D. Curtin*, The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, CMRL 30 (1993), S. 17.

3 *A. Hatje*, Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, EuR 1998, Beiheft 1, S. 7.

4 *W. Schröder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem: eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002.

5 Vgl. etwa *W. Meng*, Das Recht der Internationalen Organisationen – eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, 1979.

6 *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 10.

7 BVerfGE 126, 286. Besprechungen von *S. Pötters/J. Traut*, Die Ultra-vires-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts nach „Honeywell“, EuR 2011, S. 580; *H. Sauer*, Europas Richter Hand in Hand? Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH nach „Honeywell“, EuZW 2011, S. 94.

Staaten bzw. Staatengruppen bestehen.⁸ Die Sonderregime des Schengenraums⁹ und der Euro-Zone¹⁰ sind hierbei nur die bekanntesten Konstellationen. Weniger beachtet sind vertragliche Sonderregelungen etwa in so bedeutsamen Bereichen wie der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, aber auch in so abseitigen Fragen wie dem Zugang zu Ferienhäusern.¹¹ Auch von eingeweihten Beobachtern kaum zu überschauen sind Sonderregeln im sekundärrechtlichen Bereich. Inzwischen erfolgt auf einer wiederum anderen Ebene ein Ausbruch in para-unionale (manche würden auch sagen: in völkerrechtliche) Arrangements. Dem Europa der 27 ist es nicht gelungen, die Politik zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion im EU-vertraglichen Rahmen zu verankern. Sie erfolgt über plurilaterale Abkommen, in denen teils 25 Staaten zusammenwirken, teils auch nur die 17 Staaten der Euro-Zone kooperieren.¹²

In der Beschreibung dieser Situation wird es vielleicht leichte Akzentunterschiede, nicht aber große Meinungsverschiedenheiten geben. Anders in der normativen Deutung und Bewertung. Die EU ist eine offene Projektionsfläche. Teils wird sie dazu benutzt, um den Verband als eine Art werdende Supermacht zu beschreiben, auf dem Weg, den USA, China und Indien Konkurrenz zu machen. Europa muss danach zum eigenständigen Machtfaktor erwachsen, in dem die Mitgliedstaaten zwar nicht marginalisiert werden, wohl aber so aufgehen, dass die Handlungseffektivität der oberen Ebene nicht beeinträchtigt wird. Es geht danach um den Sprung in das post-nationale Europa, in dem sich die Staaten vielleicht noch nicht so auflösen wie Stücke Würfelzucker in einem heißen Tee, wohl aber in der Gesamtheit eingehüllt werden. Linker Antietatismus und politische Europagläubigkeit berühren sich hier: Es geht um die Verdichtung des europäischen Raums unter Auszehrung des staatlichen Bestands. Aus dieser Perspektive kommt dem Paradigma der Einheitssicherung und der grundsätzlich geschlossen-einheitlichen Entwicklung eine zentrale Bedeutung zu.

Die Wurzeln dieser Skepsis gegenüber jeder Form der Differenzierung oder Flexibilisierung sind alt und lassen sich Jahrzehnte zurückverfolgen. Jede Überlegung zur Entstehung von Differenzierungen ist – beginnend mit frühen Arbeiten etwa aus

8 Zur Entwicklung insb. *H.-J. Blanke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Art. 20 EUV Rn. 7 ff. mwN.; *U. Becker*, Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“, EuR Beiheft 1/1998, S. 29; *M. Kellerbauer*, *Von Maastricht bis Nizza – Neuformen differenzierter Integration in der Europäischen Union*, 2003.

9 Vertrag von Amsterdam, Protokoll (Nr. 2) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union. Zum damaligen Integrationskonzept etwa *B. Martenczuk*, *Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam*, ZEuS 1998, S. 447.

10 Vertrag von Maastricht, Protokoll (Nr. 11) über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland.

11 Vertrag von Maastricht, Protokoll (Nr. 1) betreffend den Erwerb von Immobilien in Dänemark.

12 Zur Entwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion: *T. Oppermann*, „Euro-Rettung“ und europäisches Recht, NJW 2013, S. 6; *F. Schorkopf*, Europas politische Verfasstheit im Lichte des Fiskalvertrages, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaft (ZSE), 1/2012, S. 1; *Chr. Möllers/J. Reinhardt*, Verfassungsrechtliche Probleme bei der Umsetzung des Europäischen Fiskalvertrages, JZ 2012, S. 693, *M. Nettesheim*, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz. Verfassungsgerichtliche Vorgaben für den Umbau der Währungsunion, EuR 2011, S. 765; *Chr. Callies*, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZEuS 2011, S. 213.

der Feder von Eberhard Grabitz in den 1980er Jahren¹³ – kritisch aufgenommen worden, als Beeinträchtigung einer bestimmten Idee der Integration angesehen worden, tendenziell zurückgewiesen und in ihrer Berechtigung in Frage gestellt worden. Wenn schon nicht ein Gleichschritt bei der Vertiefung der Integration möglich sei, dann müsse jedenfalls – im Sinne einer bloß zeitlichen Differenziertheit – sichergestellt werden, dass jeder Mitgliedstaat jedenfalls künftig aufschließe. Und wenn schon nicht die Einheit des politischen Raums im institutionellen Gefüge der EU-Organe gesichert werden könne, dann müsse jedenfalls ein Wiederanschluss vorgesehen werden.

Inzwischen machen sich aber auch andere Deutungen bemerkbar. Wer die EU als Form der Kooperation von souveränen Nationalstaaten begreift,¹⁴ wird ihrer Einheit eine ganz andere Bedeutung zuschreiben als ein europhiler Neo-Föderalist. Wer die Gehalte von EUV, AEUV und EAGV einer Gesamtschau unterzieht, wird in ihr möglicherweise eine Schimäre erblicken, eine Art „Palästinenserbehörde“, ohne Staatsgebiet und Armee, mit einer brüchigen und zerrißenen Autonomie.¹⁵ Wer sich fragt, ob einem Europa der 28 – oder gar einem sich abzeichnenden Europa der über 30 Staaten – wirklich ein „Einheitsmenu“ verschrieben werden kann, mit dem man den Gegebenheiten in allen Mitgliedstaaten gerecht werden kann, muss ins Zweifeln geraten. Die Art, wie Fragen der Flexibilität und Differenzierung normativ gedeutet werden, ändert sich. Selbst (ehemalige) hohe Funktionäre der EU-Institutionen diskutieren heute ein Europa der zwei oder der vielen Geschwindigkeiten affirmativ und als sinnvolle Lösung.¹⁶

Gilt, was die französische Zeitung *Le Monde* im Dezember 2011 formulierte: „L’Europe à 27, c’est fini“?¹⁷ Hat die EU heute – so die These, mit der ich mich hier auseinandersetzen will – einen Integrationsstand erreicht, in dem es unvermeidlich und normativ zweckmäßig ist, die überkommende Vorstellung einer politischen und institutionellen Einheit aufzugeben? Schimmert in dem zugleich zerrißenen und zerfaserten Anblick, den die EU im Prozess der Euro-Rettung zeigt, ein realistisches Bild der Zukunft der Integration durch?¹⁸

13 Grabitz (Hrsg.), *Abgestufte Integration. Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept?*, 1984; C.-D. Ehlermann, *How flexible is Community Law? An unusual approach to the concept of „two speeds“*, Michigan Law Review, 82 (1984), S. 1274; B. Langheine, *Abgestufte Integration*, EuR 1983, S. 227.

14 Danach ist die EU nicht mehr als ein bloßer Koordinationsmechanismus, in dem sich die Mitgliedstaaten zur gemeinsamen Erledigung ihrer Angelegenheiten zusammengeschlossen haben, ein Gebilde, in dem zwar mit Flagge, Hymne und Bürgerschaft hantiert und sogar ein Parlament gehalten wird, das aber keinen Selbststand erreichen darf (in diese Richtung etwa BVerfGE 123, 267).

15 L. Greven, *So geht’s nicht weiter, Europa!* Die Zeit-Online vom 19.7.2012.

16 J.-C. Piris, *The Future of Europe. Towards a Two-Speed EU?*, 2012. Aus der Presse etwa: P. Sorge, *Europa braucht zwei Geschwindigkeiten*, Cicero-Online vom 25.10.2012; B. Oswald, *Wie das Europa der zwei Geschwindigkeiten funktionieren kann*, Süddeutsche Zeitung vom 11.5.2010.

17 *Le Monde*, 10. Dezember 2011.

18 Gefordert ist danach ein Denken in fluiden Strukturen: Die EU baut auf den Mitgliedstaaten auf, ohne zum „Empire“ oder zum Zentralstaat zu werden.

II. Einheit und Herrschaft

Die Einheitsvorstellungen, die im Denken über die Europäische Integration so dominieren, haben ihre Wurzeln in der Überlagerung dreier Gedankenwelten.

Zunächst: Wenn es ein prägendes Kennzeichen für das juridische Nachdenken über Herrschaft gibt, dann ist dies die Vorstellung von Einheit. In der Projektionsfläche eines Gottes oder des Körpers des Monarchen lag dies dem Denken zunächst voraus und bildete einen quasi natürlichen Bezugspunkt.¹⁹ In der abstrakten Konstruktion des Staats als juristischer Person verhalf sich das juristische Denken dann selbst zu diesem Bezugspunkt. Im Übergang vom Körper zum Raum ging es allerdings nicht mehr darum, den Körper in seine Umgebung hinaus zu verlängern; es ging vielmehr darum, den immer abstrakten und potentiell offenen Raum erst einmal begrifflich und konzeptionell als Einheit zu begreifen. Erst auf dem Hintergrund dieser Konzeption einer Einheit konnten Differenz und Konflikt gedacht werden. Im staatlichen Kontext hat sich so ein Denken herausgebildet, das jedenfalls allen staatsrechtlich bewanderten Wissenschaftlern in Fleisch und Blut übergegangen ist: Staat als umfassende rechtliche Einheit, als Gebilde mit institutionellem Selbststand und politisch-kultureller Selbstbezogenheit und -autorisierung.²⁰ Die drei Elemente verweisen aufeinander.

Über die Gründe für diesen Ansatz einer Erschließung und Deutung der Welt hat schon *Hegel* nachgedacht. Würde man die Einheitskonzeption aufgeben, läge es nach *Hegel* auf der Hand, „dass zwei Selbstständigkeiten keine Einheit ausmachen können, wohl aber Kampf hervorbringen müssen, wodurch entweder das Ganze zerrüttet wird, oder die Einheit durch Gewalt sich wiederherstellt.“²¹ Der Staat könnte nicht durch Gewalt zusammengehalten werden: „aber das Haltende ist allein das Grundgefühl der Ordnung, das alle haben.“²²

Das bedeutet natürlich nicht, dass nicht Einheit in Vielheit bestehen kann. Der Gegensatz besteht zwischen dem Einen und den Vielen, nicht aber zwischen der Einheit und der in ihr aufgegangenen Mannigfaltigkeit, Gliederung oder Zusammensetzung. Es geht um den Gewinn einer Perspektive, eines Blicks.²³ Sie dominieren das verfassungsrechtliche Denken mit enormer Wirkmächtigkeit. Die Versuche, in politischen Herrschaftsräumen – über alle Heterogenität und Vielfalt, über alle Brüchigkeit und das schillernde Durcheinander hinweg – nach dem Einen zu suchen, der

19 E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, 1957.

20 Vgl. etwa R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928; zur heutigen Einordnung Lhotta (Hrsg.), *Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend*, 2005; R. Chr. van Ooyen, *Die Integrationslehre von Rudolf Smend und das Geheimnis ihres Erfolgs in Staatslehre und politischer Kultur nach 1945*, *Journal Juristische Zeitgeschichte*, 2/2008, S. 52.

21 G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 272 Zusatz.

22 Ebd., § 68 Zusatz.

23 „Einheit ist danach das Seiende als in sich Ungeteiltes oder Unzerlegtes.“ Es sei am Rande erwähnt, dass die einheitsstiftende Gewalt für Hegel die Regierung ist; mit der Vorstellung, dass das gesetzgebende Parlament die erste und die Regierung nur eine von ihr abgeleitete und abhängige Gewalt sei, kann er nichts anfangen.

Einheit und des Seins,²⁴ das als Anker und Orientierungspunkt dienen kann,²⁵ kennzeichnet denn auch jede Form modernen rechtlichen Nachdenkens über Herrschaft.²⁶ Wie viele Artikel sind darüber geschrieben worden, dass Demokratie Homogenität und Werteübereinstimmung verlangt?²⁷ Wie viel ist zu einer Lehre gesagt worden, die Demokratie als Mechanismus begreift, mit dem der „einheitliche“ Volkswille in allen staatlichen Entscheidungen abgebildet wird?²⁸ Eine anspruchsvolle Theorie der Gewaltenteilung besteht demgegenüber weiter nicht;²⁹ und auch die föderale Gliederung ist für weite Teile des Staatsrechts sperrig und fremd.

Diese Einheitskonzeptionen staatsrechtlicher Provenienz waren in der Frühzeit der europäischen Integrationsgeschichte zunächst kaum zu spüren. Das Denken über die neuen Institutionen war zunächst den Kategorien völkerrechtlichen Nachdenkens über Verträge und die durch sie geschaffenen Institutionen verhaftet. Man sprach von den Gemeinschaften und dachte intensiv über „Organleihe“ oder „Organfusion“ nach. Erst mit der Entstehung eines einheitlichen politischen Raums – geographisch verortet: mit der Herausbildung von „Brüssel“ als Machtzentrum – änderte sich das Selbstverständnis. Ab dieser Zeit machte sich das bis heute prägende Einheitsdenken bemerkbar. Man fing an, sich in Brüssel als Verwalter einer einheitlichen „community“ zu begreifen, fühlte sich als Träger einer „polity“.³⁰ Die Wirkmächtigkeit dieses – quasi aus den EU-Institutionen selbst heraus entwickelten – Denkens wäre wohl nicht so groß, wenn es nicht von außen verstärkt und substantiiert würde. Für die frühen europäischen Föderalisten³¹ lag das anstrebbende Gebilde – die Finalität Europas – noch in ferner Zukunft. Es war eine Option und ein („europäischer“) Traum,³² nicht aber eine Projektionsfläche, die für die Beschreibung und die Interpretation des Brüsseler Geschehens verwandt wurde. Mit dem Vertrag von Maastricht hat sich dies geändert. Der dort bewirkte Integrationsschub und die rasche Abfolge der Vertragsänderungen brachte eine Wiederer-

24 Vgl. etwa *J. Bühler*, Das Integrative der Verfassung. Eine politiktheoretische Untersuchung des Grundgesetzes, 2011.

25 Teufel (Hrsg.), Was hält die moderne Gesellschaft zusammen?, 1996. Vgl. auch *G. W. F. Hegel*: Einheit des Staates als „gewollte und gewußte Einheit“, die die Einheit der Familie als eine in der Natur begründete Einheit repliziert. Staat als Organismus, dessen Teile oder Seiten „die verschiedenen Gewalten und deren Geschäfte und Wirksamkeiten“ sind (*Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 269). Die verschiedenen Teile sind nicht je für sich selbstständig, sondern nur in der Einheit des Staates je in sich individuell. Sie haben in der Einheit des Staates „ihre letzte Wurzel“ (§ 278).

26 Anschaulich: *O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt*, Die Einheit des Staats, 1998.

27 Wirkmächtig etwa *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 22.

28 Beispielhaft *A. Janssen*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Volkswillens für die Legitimation der Staatsgewalt, DÖV 2010, S. 949; *R. Zuck*, Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus, ZRP 2012, S. 32.

29 *D. Horn*, Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates, AöR 127 (2002), S. 427.

30 Dagegen ließ sich dann die Realität spiegeln und auf Erscheinungen der Heterogenität und Polyzentrität hinweisen: *A. von Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus als Idee und Wirklichkeit einer neuen Herrschaftsform, 1999.

31 Darstellung bei *S. Pistone*, The Union of European Federalists, 2008; *S. Pistone/O. Schmuck*: Der Beitrag der Europäischen Föderalisten zum Einigungsprozess, in: Schmuck (Hrsg.): Die Menschen für Europa gewinnen – Für ein Europa der Bürger. In memoriam Claus Schöndube, 2008, S. 93.

32 *J. Rifkin*, The European Dream: How Europe's Vision of the Future Is Quietly Eclipsing the American Dream, 2004.

weckung konkreten föderalistischen Denkens mit sich.³³ Politisch sollte Europa der Weg in eine (naturgemäß einheitliche) Bundesstaatlichkeit oder doch Quasi-Bundesstaatlichkeit gewiesen werden. Teleologisch galt es, einer Zersplitterung des Gebildes auf diesem Weg entgegenzuwirken. Wer sich des neo-föderalen Denkens bediente, musste in der rechtlichen Fragmentiertheit der EU und ihren Säulen eine Gefahr sehen. Die politische Abhängigkeit der EU von ihren Mitgliedstaaten musste schmerzen: Die Entscheidungsprozesse im Brüsseler Raum ruhen nicht in sich, sondern werden im Wesentlichen von Mitgliedstaaten gesteuert und getragen. Selbst über die Einrichtung eines Bürgerschaftsstatus vermochte die EU jedenfalls bislang nicht zur Einheit mit Selbststand zu werden. Dies gilt trotz der vorsichtigen Andeutungen des EuGH in der „Rottmann“-Entscheidung.³⁴

Insofern bestand und besteht zwischen der ideellen Welt der Europapolitik und dem positiven Niederschlag des Vertragsrechts immer eine Differenz. Auch wenn kaum eine Idee handlungsleitend eine ähnliche Bedeutung wie diese Vorstellung von einer politischen Institution auf dem Weg in eine immer weitergehende Vertiefung („ever closer union“) hatte, waren doch immer wieder Zentrifugalkräfte zu beobachten und mühsam zu bewältigen. Gelang es nicht, die zeitweilige Flexibilität im Sozialbereich als Abnormalität erscheinen zu lassen und die Reintegration als Rückkehr zur Normalität darzustellen?³⁵ Gelang es nicht auch, den Schengen-Bestand in das EU-Recht zu integrieren,³⁶ auch die Spaltung in Union, Säulen und Gemeinschaften weitgehend aufzulösen und Einheit herzustellen? Niemand kam auf die Idee, dass es sich dabei vielleicht schon um eine letzte Besonderheit gehandelt haben könnte. Und das Problem von Left-overn wie der EAG wird nur zu gerne ausgeblendet. Zwischen der politischen und akademischen Konzeption der EU als einem einheitlichen Gebilde und den tatsächlichen Gegebenheiten bestand – so lässt sich hier festhalten – insofern immer eine deutliche Kluft.³⁷ Die EU hatte nie jene Einheit (Unterscheidbarkeit, Selbststand, Exklusivität), die man im Sinne hat, wenn man den Begriff im konstitutionell-rechtlichen Sinne versteht.³⁸

33 Vgl. etwa: *A. von Bogdandy* (oben Fn. 30); *Graf Vitzthum* (Hrsg.): *Europäischer Föderalismus*, 2000; *M. Nettesheim*, Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten, *ZEuS* 2002, S. 507. Das Bemühen um Einheitsbildung – und Effektivierung – war politisch und akademisch immer zu beobachten. Aus den Gemeinschaften wurde die EG. Aus dem merkwürdigen Gebilde, das mit dem Vertrag von Maastricht entstanden war, versuchten junge Berliner Assistenten mit integrationspolitischem Impetus eine Einheit zu zimmern, skeptisch beobachtet von ideologiefrei-nüchternen Kollegen.

34 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449.

35 *W. Kowalsky*, Europäische Sozialpolitik. Ausgangsbedingungen, Antriebskräfte und Entwicklungspotentiale, 1999; *Th. G. Arl*, Sozialpolitik nach Maastricht, 1997.

36 *A. Achermann/R. Bieber/A. Epiney/R. Wehner*, Schengen und die Folgen. Der Abbau der Grenzkontrollen in Europa, 1995; *Breitenmoser/Gless/Lagodny* (Hrsg.), Schengen in der Praxis. Erfahrungen und Ausblicke, 2009.

37 Das Scheitern des Verfassungsvertrags könnte nicht zuletzt hierauf zurückzuführen sein: Dem Vertrag eine staatsnahe „neo-föderalistische“ Deutung zu verleihen und zur gleichen Zeit den Selbststand der Mitgliedstaaten besonders zu schützen (Kompetenzkatalog, Rückbindung an die nationalen Parlamente, expliziter Schutz der nationalen Identität etc.), konnte im Gesamtbild nur Misstrauen auslösen.

38 Gerade deshalb wog etwa der Versuch, mit einer zugegeben mutigen Konstruktion das EU-Gebilde nach Maastricht zusammenzuziehen, wenig und war zugleich leicht.

III. Typologie der Formen differenzierter Integration

Der Integrationsprozess war nie die Realisierung eines allgemeinen oder großen Plans. Er war vielmehr immer das mehr oder weniger gelungene Ergebnis von politischem Druck, von intergouvernementalen Scharmützeln, von Verweigerung und Drohung. Europa ist das Ergebnis eines jahrzehntelangen Ringens von Politikern. Es geht um Interessen und um Kompromissbildung (Toni Judt). Die Vorstellung, dass eine neutrale Blaupause entwickelt werden könnte, von der aus die Entwicklung weiter getrieben werden könnte, ist ahistorisch und unpolitisch. Auch der Verfassungsvertrag stellte eine solche Blaupause nicht dar. Ein cartesianischer Geist hätte dieses Ergebnis so niemals entworfen. Heute steht deutlich vor Augen, wie hoch der Preis für dieses Vorgehen sein kann, wenn man den Blick auf die Wirtschafts- und Währungsunion mit ihren Fehlern und Fehlentwicklungen richtet. Es gab nie den großen Masterplan, der als Blaupause diente, sondern immer nur das Vortasten bei der Entwicklung von Lösungen, die aus mühsamer Konfliktbewältigung zwischen divergierenden nationalen Standpunkten entstanden.³⁹ In Laufe der vergangenen 60 Jahre ist im unionalen Raum so eine durchaus erstaunliche und teilweise unansehnliche Vielfalt entstanden. Man schaut auf ein Gebilde, das einer gotischen Kathedrale gleicht, mit einem erkennbaren Grundentwurf, der dann aber über die Jahrzehnte mit vielen Türmchen und Bögen, mit Erkern und kleinen Kapellen weiterentwickelt wurde.

1. Analysierende Beschreibung

Dieses Gesamtbild lässt sich mit einer Typologie erfassen, die bei den einzelnen Autoren zwar leichte Abweichungen aufweist, im Grundsatz aber konsentiert ist.⁴⁰ Vielfach werden fünf Hauptformen der Differenzierung mit verschiedenen Unterkategorien unterschieden.

- Ausgründung eines neuen Verbands (neue Europäische Union);
- Intergouvernementale Zusammenarbeit außerhalb der EU;
 - Integration neuer Sachmaterien und Schaffung eines institutionellen Rahmens (governance authority, parlamentarische Überwachung);
- Zusammenarbeit im Rahmen der EU;
 - Differenzierung zwischen Staatengruppen: „Kerneuropa“, „center of gravity“, konzentrische Kreise oder Voranschreiten einer „Avantgarde“ im Unionsrahmen;
 - Differenzierung zwischen Sachmaterien: Herausbildung eines Europa „a la carte“ oder der sachlich abgestuften Integration;

39 Zu den Kosten (Entstehung von Folgezwängen): *D. Grimm*, Prinzipien statt Pragmatismus, FAZ vom 6.2.2013.

40 *D. Thym*, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht, 2004; *J. A. Emmanouilidis*, Das differenzierte Europa. Königsweg oder Sackgasse der Integration? in: Decker/Höreth (Hrsg.), Die Verfassung Europas. Perspektiven des Integrationsprojekts, 2009, S. 344.

- Differenzierung durch sachliche Opt-out-Möglichkeiten;
- Integrationsformen unterhalb der Schwelle einer Vollmitgliedschaft.

Man könnte hier noch weiter danach differenzieren, ob die normative Erwartung besteht, dass die anderen nachziehen oder ob eine dauerhafte Differenz hingenommen und akzeptiert wird. Man kann sich insofern eine *dynamische* und eine *statische* Art der Differenzierung vorstellen. Sie kann vorausgreifen – etwa dann, wenn eine „core group“ voraneilt, dabei aber bereits zu erkennen gibt, dass Zurückbleibende nachkommen sollen. Im umgekehrten Fall würde ein Mitgliedstaat sich vorübergehend aus einem Integrationsbereich zurückzuziehen, um dann später wieder dazu zu stoßen. Man denkt unwillkürlich an die Vorschläge, dass Griechenland die Wählungsunion vorübergehend verlassen soll, um nach der Erlangung hinreichender Wettbewerbsfähigkeit wieder hinzuzustoßen.

2. Bewertungsmaßstäbe

Weniger Orientierungssicherheit besteht hinsichtlich des normativen Analyserahmens, mit dem diese Formen differenzierter Integration bewertet werden können. Im Lichte der Diskussion lassen sich drei Ebenen unterscheiden.

a) (Verfassungs-)politische Ebene

Auf einer ersten Ebene geht es um den zunächst politischen Streit um die Richtigkeit der föderalen Vision und der daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen. Bekanntlich treffen hier das neo-föderalistische Denken, das auf Selbststand der EU abzielt und eine Art (selbstverständlich geschlossenen und einheitlichen) europäischen Föderalstaat im Blick hat, auf etatistische Vorstellungen, die sich um die Bekämpfung der darin liegenden politischen Abnabelungstendenzen der EU bemühen.

In Deutschland wird dieser Kampf inzwischen auch verfassungsrechtlich geführt. Das BVerfG treibt die Position, wonach europäische Integration unter dem gelgenden Grundsatz keine Föderalisierung mit sich bringen dürfe und auf die zwischenstaatliche Kooperation beschränkt bleiben müsse, mit der ganzen Kraft seiner Autorität voran,⁴¹ allerdings auf brüchiger textueller Grundlage und mit gelegentlich überschießender Tendenz. Nur so lasse sich die EU ins Lot bringen.⁴² Diese Dimension des Themas soll hier nicht vertieft behandelt werden. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die Entwicklungen im Zuge der Finanzkrise dem BVerfG in dem Bestehen darauf, mitgliedstaatlichen Selbststand zu schützen, Recht gegeben haben.

41 BVerfGE 123, 267; Besprechungen etwa von: *Chr. Schönberger*, Lisbon in Karlsruhe, German Law Journal (GLJ) 2009, S. 1219; *D. Halberstam/Chr. Möllers*, The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“, GLJ 2009, S. 1241; *M. Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, S. 2867.

42 *F. Schorkopf*, Die Europäische Union im Lot – Karlsruher Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2009, S. 718.

b) (Rechts-)ökonomische Ebene

Bei der Beantwortung der Frage, was man in einem Club gemeinsam betreibt, was besser in Teilvereinigungen oder gar alleine erledigt wird, vermag vor allem die ökonomische Theorie des Rechts wertvolle Anhaltspunkte geben.⁴³ Die Antwort hängt zunächst von der Art des Guts ab, das zur Verfügung gestellt werden soll. Einige Güter sind ihrer Natur nach von potentiell unendlicher Reichweite – so etwa der Binnenmarkt. Andere Güter – wie etwa der Schengenraum oder, wie zur Zeit schmerzlich vor Augen geführt wird, eine Währungsunion⁴⁴ – sind demgegenüber ihrer Natur nach auf einen „optimalen Raum“ beschränkt, also auf einen Raum, in dem bestimmte Gegebenheiten der Homogenität oder Dynamik herrschen. Bei der Verwirklichung und Sicherung dieser Gegebenheiten sind einerseits die Kosten zu berücksichtigen, die im Prozess der Entscheidungsfindung, Entscheidungsdurchführung und -überwachung entstehen. Andererseits sind die Kosten in Rechnung zu stellen, die dadurch entstehen, dass Mitgliedstaaten über Mehrheitsentscheidungen oder Kompromisslösungen zu Akzeptanz von Ergebnissen gezwungen werden, die den Präferenzen und Interessen der eigenen Bevölkerung nicht entsprechen. Tritt an die Stelle der Selbstbestimmung eine supranational getroffene Entscheidung für und über die Mitgliedstaaten, so ist dies mit Kosten verbunden.

Leider werden diese Kosten der Integration nur selten in den Blick genommen. Auf der Ebene der EU-Normgebung sind zwar teilweise noch die Transaktionskosten bei der Herbeiführung einer Entscheidung beobachtbar. Schon die Durchführungskosten in einem Kreis von 27 heterogenen Mitgliedstaaten bleiben allerdings regelmäßig unbekannt. Eine zu geringe Rolle spielen schließlich die Präferenzkosten (oder, anders formuliert, die mit der Umsetzungspflicht verbundenen Freiheitseinbußen), die mit EU-Politiken einhergehen. Um dies an einem jüngeren Beispiel festzumachen: Die Einführung einer jährlichen TÜV-Prüfung für KFZ, wie kürzlich von einem EU-Kommissionsmitglied vorgeschlagen wurde, lässt sich in Brüssel mit geringen Kosten dekretieren. Niemand zwingt den vorschlagenden Kommissar allerdings zu einer Kostenrechnung, in der die Durchführungskosten aufgeführt und in Relation zu dem volkswirtschaftlichen Nutzen gesetzt werden. Ebenso wenig ist der EU-Normgeber dazu gezwungen, die Freiheitseinbußen zu bewerten und in Rechnung zu stellen, die mit dieser Form des Paternalismus einhergehen.

Hier ist nicht der Ort, dieses Analyse- und Bewertungsmuster an einzelnen Beispielen zu illustrieren. Einige skizzenhafte Bemerkungen müssen genügen. So wird das Clubgut „Marktoffenheit eines Binnenmarkts“ und seine Absicherung durch ein Beihilfeaufsichts- bzw. Wettbewerbsrecht allgemein als Gut angesehen, das in einem Europa der 27 Mitgliedstaaten effizient geschaffen und verwaltet werden kann. Es geht um die Organisation von „positive sum collective commitments“: Alle pro-

43 Die nachfolgenden Überlegungen stützen sich auf: *C. Brandi/M. Wohlgemuth, Strategies of flexible integration and enlargement of the European Union: a club-theoretical and constitutional economics perspective*, Walter Eucken Institut, 2006, WEI Discussion Papers 06/7.

44 Thematisierung dieser Frage schon in *Th. Oppermann/C.D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht*, 4. Aufl. 2009, § 20 I.

fitieren, keine Bevölkerung trägt bei einer Markttöffnung übermäßige Kosten. In dem Maße, in dem die EU dazu übergeht, Marktinterventionen zur Verfolgung politischer Ziele zu unternehmen (Gleichstellungspolitik, Arbeitsschutz, Verbraucherschutzpolitik, Umverteilungsmaßnahmen), bringt dies deutlich schwerwiegender Eingriffe in die mitgliedstaatliche Freiheit und teils schwerwiegende Zielkonflikte mit sich; die Kosten einer solchen Politik wachsen.⁴⁵

Auf der anderen Seite entspricht es keiner ökonomischen Logik, im Bereich der Agrarpolitik eine Umverteilungspolitik von den Verbrauchern zu einzelnen Erzeugern im Kreis von 27 Mitgliedstaaten gemeinsam zu organisieren. Im Bereich der Kohäsions- und Regionalpolitik wäre zwischen der Ebene der Umverteilung und der Ebene der Projektauswahl zu unterscheiden. Während eine Politik solidarischer Transfers in der Tat nach einheitlichen Gerechtigkeitsmaßstäben sinnvoll im Kreis der 27 Mitgliedstaaten organisiert werden kann, gibt es keinen Grund dafür, warum die konkrete Auswahl förderungswürdiger Projekte in einem Club von 27 Mitgliedstaaten erfolgen soll. Die ideale Clubgröße wäre hier „eins“.

Unter Effizienzgesichtspunkten gibt es aber auch Bereiche, in denen eine Vertiefung der Integration nahe liegt. So ließen sich erhebliche Gewinne erzielen, wenn man die Verteidigung des EU-Raums zu einem gemeinsamen Clubgut mache; dies gilt auch dann, wenn man in Rechnung stellt, dass diese Vergemeinschaftung eine Beschränkung mitgliedstaatlicher Handlungswillkür (im Umgang mit Krisenfällen wie Libyen oder Syrien) mit sich brächte.

Die vorstehenden Überlegungen legen es nahe, die EU als einen Raum zu begreifen, in dem verschiedene Clubs ineinander zu verschachteln und einander einzugliedern sind. Diese Konzeption stellt die Vorstellung eines quasi unvermeidlichen Entwicklungsprozesses der „ever closer union“ grundsätzlich in Frage. Sie hat für die Vorstellung von der EU als einem Fahrrad, das nicht anhalten kann, keinen Sinn.⁴⁶ Schon im Ansatz haben dann „Einheitlichkeit“ und „Einheitsbildung“ keinen Eigenwert. Dies gilt sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht: Effiziente Integration bedeutet danach nicht, dass im Falle zeitlicher Differenzen im Integrationsprozess alle irgendwann aufholen müssen. Ebenso wenig bedeutet es, dass zwischen einem Kern und einer Peripherie zu unterscheiden ist.

c) Legitimationstheoretische Ebene

Schließlich lässt sich die Frage nach Einheit und Vielfalt auch unter legitimations-theoretischer Perspektive erschließen. Für den Neo-Föderalisten, der in die Legitimationskraft des Europäischen Parlaments vertraut, entspricht die Gemeinschaftsmethode – vielleicht mit einem weiter aufgewerteten Parlament – der besten aller (legitimationstheoretischen) Welten. Die Erstreckung dieser Methode über möglichst viele Sachgebiete verhilft der EU-Politik damit zur notwendigen und hinrei-

45 Deutlich jetzt etwa in der Rede des britischen Premierministers Cameron vom 22. Januar 2013.

46 Hierzu etwa die Kritik von *U. di Fabio*, Spielräume des Grundgesetzes und Grenzen der Karlsruher Rechts-schöpfung, in: Baus u. a. (Hrsg.), *Die Finanzkrise als Juristische Zeitenwende?* 2012, S. 125, 128.

chenden Legitimation. Dem Europäischen Parlament kommt in diesem institutionellen „setting“ eine zentrale Rolle zu; sie verschafft zentrale demokratische Legitimation. Selbst ein starker Mitgliedstaat wird sich unter der Geltung des Mehrheitsprinzips nicht zum Hegemon aufschwingen können.

Wie tragfähig ist das hinter der Gemeinschaftsmethode stehende legitimatorische Arrangement tatsächlich?⁴⁷ Auch wenn man sich nicht der Sichtweise des BVerfG anschließt, wonach der Legitimationsanspruch des EP schon aufgrund seines Wahlmodus überdehnt ist,⁴⁸ bleiben doch Zweifel an der Fähigkeit, die Vielfalt der Kulturen, Werte und Interessen in der EU angemessen aufzunehmen und – das ist entscheidend – in einer Entscheidung auch abzubilden.⁴⁹ Das Subsidiaritätsprinzip hat nie die Hoffnungen erfüllt, die man in seine Wirkkraft gesetzt hat. Grundrechte bieten im Bereich der persönlichen Sphäre Schutz, wesentlich weniger aber im Bereich kultureller und sozialer Zusammenhänge. Legitimatorische Strukturen müssen sich vor allem in dem institutionellen „setting“ abbilden.

Der Legitimationswert, der einer Entscheidung des Parlaments zukommt, hängt vom Gegenstand und dem Entscheidungsumfeld ab. In einer politischen Lage, in der das Parlament aus institutionellen Eigeninteressen immer für „mehr Europa“ streiten wird, wird die föderale Balance von vorne herein in seinen Entscheidungen nicht abgebildet. In einer Situation, in der das Europäische Parlament sich der Idee der („solidarischen“) Umverteilung zwischen reichen und armen Mitgliedstaaten eher hingeben wird als der Durchsetzung einer Austeritätspolitik, wird es in der Euro-Krise keine befriedigende Lösung für die Bewältigung hochkomplexer Verteilungskonflikte entwickeln können. Die Gemeinschaftsmethode stößt insofern situationsspezifisch auf (legitimationstheoretische und politische) Grenzen.⁵⁰

Ein „setting“, in dem in verschiedenen Clubs mit unterschiedlicher Methode entschieden würde, wiese diese Grenzen nicht auf. Offensichtlich würde dieses „setting“ die Kosten erhöhen (Entscheidungskosten, Vermittlungskosten, Abstimmungskosten etc.). Es erscheint aber ohne weiteres als möglich, institutionelle Muster zu entwickeln, die der Verschiedenheit der jeweiligen Lagen gerecht werden und so die Legitimität supra- bzw. transnationaler „governance“ optimieren.⁵¹ In Lagen, in denen es um wertende Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse geht, wird regelmäßig eine parlamentarische Mitentscheidung angezeigt sein. In Fällen, in de-

47 Zu dieser Methode: *M. Sarrazin/S.-Chr. Kindler*, „Brügge sehen und sterben“ – Gemeinschaftsmethode versus Unionsmethode, *Integration* 3/2012, S. 213.

48 BVerfG, Urteil vom 9. November 2011, 2 BvC 4/10 u. a., NVwZ 2012, 33. Kritisch etwa *Chr. Schönberger*. Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, *JZ* 2012, S. 80.

49 Zum Distanzproblem etwa: *M. Nettesheim*, Wie weit kann die Vergemeinschaftung der Legitimierung der EU voranschreiten? *EuZW* 2013 (im Erscheinen).

50 Hierzu auch *M. Nettesheim*, Demokratische Legitimation und Vertrauenskultur – Zu den Grenzen majoritären Entscheidens in der EU, in: *Sommermann (Hrsg.)*, Festgabe Magiera zum 70. Geburtstag, 2013 (im Erscheinen).

51 Behält man die institutionellen Kosten im Blick, kann es etwa nicht darum gehen, für die einzelnen Clubs parallele Institutionen aufzubauen. Es ist eine anspruchsvolle, aber zu bewältigende Aufgabe, das Nebeneinander von Clubs mit gemeinsamen Institutionen so zu organisieren, ohne dass es das Gesamtgebilde zerreiht. Es bedarf etwa nicht einer Doppelung oder „Teilung“ des Europäischen Parlaments, sondern der Entscheidung, welche Abgeordnetengruppen in welcher Lage zu entscheiden haben.

nen es um horizontale Interessenkonflikte zwischen Mitgliedstaaten über Art, Umfang und Bedingungen eines Transfers zur Restabilisierung eines in die Krise geratenden Staats geht, würde die Beteiligung eines überstaatlichen Parlaments und seine majoritäre Entscheidung demgegenüber wenig Legitimation stiften. Derartige Interessenkonflikte werden durch Verhandlungen – und nicht durch die Deliberation eines Gremiums, das über fremdes Geld entscheidet – angemessen gelöst. Wer würde die Entscheidung über den Gebrauch seiner Kreditkarte seinem Freundeskreis zur Mehrheitsentscheidung übertragen? Legitimationstheoretisch ist es daher nicht zu bemängeln, sondern entspricht den Gegebenheiten der Entscheidungslage, wenn die finanzielle Stabilisierung krisengeschüttelter Mitgliedstaaten in transnationalen Verhandlungsstrukturen diskutiert wird. Für die supranationale Ausgestaltung einer Rettungspolitik ist die Zeit noch nicht reif.⁵²

Diesem Verständnis von demokratischer Legitimation fehlt die Einfachheit und Schlankheit, die hinter der Gemeinschaftsmethode steht. Es weist höhere Komplexität auf, verursacht im Bereich der Entscheidungsproduktion höhere Kosten, vermag aber auf der anderen Seite, sachangemessenere und interessengerechtere Entscheidungen zu treffen. Es ist ein Verständnis, das als eine Art „umgekehrter Föderalismus“ bezeichnet werden kann: Während im staatlichen Föderalismus in den Bundesstaat die Gliedstaaten eingegliedert sind, wachsen hier aus der EU einzelne Teilordnungen quasi heraus.

Nur zu häufig verlaufen Diskussionen um Flexibilität und Differenzierung ohne erkennbares Muster, unter Rückgriff auf Positionen, die vor allem vom politischen Willen und Interesse geprägt sind, mit Ergebnissen, die Machtverhältnisse und Koalitionsmuster abbilden. Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich gemacht, dass dies nicht so sein muss.

IV. Positivrechtliche Spielräume

In einem letzten Abschnitt soll es um die Frage gehen, wie sich diese Überlegungen unter der Geltung des bestehenden EU-Rechts verwirklichen lassen.⁵³ Der diesbezügliche Raum ist – integrationspolitisch verständlich – eher gering. Den oben geschilderten Formen differenzierter Integration setzt das EU-Recht engste Schranken.

Ohne eine vertragliche Ermächtigung wird es einer Staatenkerngruppe nicht möglich sein, über die EU noch eine weitere supranationale Organisation mit nennenswerter Kompetenzausstattung und effektivem Handlungsinstrumentarium zu setzen. Hierdurch würden Steuerungskonflikte mit dem EU-Recht entstehen, die aus der Perspektive des EuGH nicht hingenommen würden. Ebenso ist den Mitglied-

52 Eine Integration des ESM in den EU-Verbund ist erst dann möglich, wenn es nicht mehr um die Vergangenheitsbewältigung geht. Es müsste dann aber um die Stabilisierung mit EU-Mitteln gehen; und es müsste zukunftsgerichtet um Problemfälle gehen, die ihre Wurzeln in einer Situation hatten, in denen die EU-Organe die Möglichkeit und die Verantwortlichkeit hatten, Fehlentwicklungen in den Mitgliedstaaten entgegenzuwirken.

53 Vgl. H.-J. Blanke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Art. 20 EUV, Rn. 22 ff. mwN.

staaten ohne vertragliche Vorkehrung oder sekundärrechtliche Ermöglichung ein „Opt out“ in vergemeinschafteten Teilbereichen nicht möglich. Diesseits des Gesamtaustritts nach Art. 50 EUV sind die uni- oder plurilateralen Handlungsmöglichkeiten begrenzt. Eine „EU-light“-Mitgliedschaft, die noch hinter den *aquis communautaire* zurückfällt, könnte etwa das Vereinigte Königreich nur im Wege der Vertragsänderung erlangen.

Die Flexibilitätsbestimmung des Art. 20 EUV ermöglicht es Staatengruppen, auf einem weitgespannten Feld voranzuschreiten.⁵⁴ Allerdings sind die rechtlichen Anforderungen so schwierig zu erfüllen, dass dieser Weg praktisch verschlossen bleiben wird.

Den vergleichsweise größten Spielraum haben die Mitgliedstaaten bei der differenzierten Integration „neben“ dem EU-Recht. Die Bekämpfung der Euro-Krise belegt dies deutlich. Mit der Entscheidung vom 27. Oktober 2012 in der Rechtssache „Pringle“ hat der EuGH deutlich gemacht, dass die transnationale Kooperation „neben“ der EU unter Beachtung einer Reihe von Prämissen zulässig ist.⁵⁵ Der EuGH fordert, dass diese Kooperation sich auf einem Gebiet bewegen muss, in dem die EU nicht die ausschließliche Kompetenz innehalt. Eine Institution, die (wie der ESM) wirtschaftspolitische Aufgaben der Stabilisierung eines Mitgliedstaats der Euro-Zone erfüllt, kann danach transnational selbst dann gegründet werden, wenn sich mittelbare Auswirkungen auf die Währungspolitik ergeben.⁵⁶

Er fordert unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 AEUV weiter, dass die transnationale Kooperation der Mitgliedstaaten nicht zu einer Beeinträchtigung oder einer Tragweitenveränderung unionsrechtlicher Regelungen führen darf. Mit Blick auf den ESM hat der EuGH dies in „Pringle“ verneint. In vielen Bereichen versperren die Dichte und Breite des geltenden EU-Rechts den Mitgliedstaaten ein eigenständiges Vorgehen; der Raum für Differenzierung verengt sich mit zunehmender Integration immer weiter.

Zudem dürfen die Mitgliedstaaten transnational keine Schritte unternehmen, die direkt in Konflikt mit Vorgaben des Unionsrechts treten. Danach lässt sich ein Euro-Stabilisierungsprogramm nur so deswegen halten, weil es mit Art. 125 Abs. 1 AEUV vereinbar ist. Selbst der Grundsatz der gegenseitigen Loyalität kann hier – als extrem unbestimmter und formbarer Maßstab – vom EuGH noch zur Schrankensetzung herangezogen werden. Ich will hier nicht über die Abstimmung der Bestimmungen des Fiskalvertrags und des geltenden EU-Rechtskorpus sprechen; Reibereien sind hier offensichtlich, werden aber zu späterer Stunde behandelt.

Schließlich sind mitgliedstaatlichen Formen der transnationalen Kooperation auch insofern Grenzen gezogen, als dabei auf EU-Organe zugegriffen werden soll. Der

54 Ausführlich *D. Thym* (oben Fn. 40), S. 43 ff.

55 Zu den Spielräumen intergouvernementalen Vorgehens nummehr: EuGH, Urt. vom 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), NJW 2013, S. 29; dazu die Besprechungen von *M. Nettesheim*, Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus, NJW 2013, S. 14; *Chr. Calliess*, Der ESM zwischen Luxemburg und Karlsruhe, NVwZ 2013, S. 97. Restriktiver etwa: *A. Fischer-Lescarno/L. Oberndorfer*, Fiskalvertrag und Unionsrecht, NJW 2013, S. 9.

56 EuGH (oben Fn. 55), Rn. 97.

EuGH hat schon in mehreren Entscheidungen hervorgehoben, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich möglich ist, bei einem Vorgehen außerhalb des EU-Rahmens die EU-Organe mit Aufgaben – etwa der Koordinierung oder der Verwaltung von Mitteln – zu betrauen.⁵⁷ Im Einzelnen bestehen hier aber Unsicherheiten,⁵⁸ die „Pringle“-Entscheidung bemüht sich nicht um eine allgemeine Grenzziehung. Im subsumierenden Teil stellt der EuGH darauf ab, dass der Kommission und der EZB im Rahmen des ESM keine Entscheidungsbefugnisse übertragen werden. Zudem ist es für den EuGH von Bedeutung, dass die Übertragung nicht zu einer „Verfälschung“ der der Kommission und der EZB nach dem EU-Recht obliegenden Aufgaben führt. Es bleibt in diesem Zusammenhang unklar, was als „Verfälschung“ angesehen werden kann. Für den EuGH ist von Bedeutung, dass sich die den EU-Organen im ESM-Vertrag überantworteten Aufgaben mit ihren unionsrechtlichen Aufgaben decken,⁵⁹ dass es der Kommission durch die Einbeziehung in den ESM ermöglicht werde, die allgemeinen Interessen der EU zu fördern, und dass die Kommission auch über die Vereinbarkeit der ESM-Tätigkeit mit EU-Recht wachen könne.

Der Prozess der Maßstabsbildung ist damit noch nicht abgeschlossen.⁶⁰ Offen ist beispielsweise weiterhin, inwieweit die Existenz der Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit dort, wo diese rechtlich und tatsächlich verfügbar ist, einem Ausweichen auf transnationale Kooperationsformen Grenzen zieht. In „Pringle“ bedurfte es diesbezüglich keiner Antwort, weil eine Einrichtung wie der ESM nicht auf der Grundlage von Art. 20 EUV hätte errichtet werden können. Es fällt allerdings nicht schwer zu prognostizieren, dass der EuGH bei Vorhaben mit größerem Unionsrechtsbezug und geringerer Dringlichkeit hier nicht so großzügig wäre.

V. Über das Einheitsdenken hinaus

Für die Jurisprudenz legen diese Überlegungen einen bewussteren Umgang mit Einheit und Differenz nahe. Einerseits sollte sie bei ihrer Analyse und Bewertung scheinbar kategorialen Differenzen – wie jener zwischen völkerrechtlichem Vertrag und unionsrechtlichem Integrationsakt – keine unverhältnismäßige Bedeutung beimessen.⁶¹ Was gelegentlich dramatisch als „Flucht ins Völkerrecht“ bezeichnet wird, ist nicht mehr als ein flexibles Spiel mit verschiedenen Verhandlungsformen. Die Grenzziehungen, die von manchen zwischen supranationaler Entscheidung im Bereich des AEUV und der angeblich intergouvernementalen Zusammenarbeit im Bereich der GASP vorgenommen werden, erscheinen danach überzeichnet. Zu

57 EuGH (oben Fn. 55), Rn. 158 mwN.

58 Ausführlich *P. Craig, The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, European Law Review 2012, S. 231.

59 EuGH (oben Fn. 55), Rn. 165.

60 Generalanwältin Kokott thematisiert die Frage, ob die EU-Institutionen der Aufgabenübertragung widersprechen könnten; der EuGH geht hierauf nicht ein.

61 Die Differenzen zwischen EU-Recht und Völkerrecht, die von manchen Juristen als große Barrieren konzipiert und mit der Funktion von Trennlinien ausgestattet werden, verfließen bei einer politisch-entscheidungsorientierten Betrachtung.

Recht hat das BVerfG dem Versuch, zwischen transnationaler Kooperation und unionalem Zusammenwirken unter Art. 23 GG eine wesentliche Differenz und genuine Ebenenverschiedenheit zu postulieren, widersprochen.⁶² Wer auf Europa als politischen Raum schaut, sieht, dass zwischen der innerunionalen Entscheidung unter Anwendung der Unionsmethode und einer transnationalen Entscheidung unter Rückgriff auf EU-Organe gelegentlich nur geringe Unterschiede bestehen.

Andererseits sollte die Jurisprudenz der natürlichen Tendenz, in ihrem Denken und ihrer Argumentation Einheit und Einheitsstiftung das Primat zu geben, entgegenwirken und die jeweiligen Vor- und Nachteile von Einheit und Vielfalt sorgfältiger gegeneinander wägen. Viel zu wenig wird öffentlichrechtliche Wissenschaft als Wissenschaft der Differenz, des Konflikts, des politischen Streits betrieben. Viel zu häufig werden diese Konflikte, die doch den eigentlichen Gegenstand des öffentlichen Rechts bilden, abgedrängt und ausgeblendet. Viel zu großes Gewicht räumt man stattdessen der Suche nach Ableitungszusammenhängen ein, in denen die Gesamtheit des Gemeinwesens von einem Punkt aus begriffen und konzipiert werden kann. Die Organisation von Differenz ist mühsam und spannungsreich. Juristisches Denken ist häufig auch Denken in Regelungen über den Ruhezustand. Über Stress- und Krisenszenarien besagen diese Regelungen wenig. Das öffentliche Recht sollte sich mehr als Wissenschaft des Konflikts, der Krise und des Wandels begreifen – dem Gedanken der Einheit käme dann ein wichtiger, aber letztlich kein paradigmatischer Wert zu. Letztlich geht es nicht um Einheit oder Vielheit, sondern um sach- und lagenangemessene institutionelle Arrangements. Die Sorge vor einem Auseinanderbrechen, vor einer unüberschaubaren Vielzahl von Arrangements sollte den kreativen Geist nicht verschrecken.

Die Jurisprudenz vermag den weiteren Prozess der Integration letztlich nicht zu steuern. Sie kann der Politik Optionen aufzeigen und muss dort, wo das geltende Recht Grenzen zieht, auf Beachtung drängen.⁶³ Sie kann typisieren und konstruieren, auch (beschränkt) prognostizieren und bewerten. Die politische Entscheidung kann sie nicht ersetzen. Zwischen den Mitgliedstaaten muss ein neuer „contract social“ geschlossen werden. Die Euro-Krise hat das alte Arrangement zertrümmert. Fiskalpakt und ESM sind keine dauerhaften Lösungen.⁶⁴ Was tritt an die Stelle? Es ist bislang nicht wirklich abzusehen, ob sich die Prognose vom Ende der Einheit des Integrationsverbands von 27 oder mehr Staaten bewahrheiten wird. Die neoföderale Idee ist und bleibt wirkmächtig, ebenso die mehr oder weniger phantasievolle Übertragung von Erfahrungen und Errungenschaften aus dem Staat auf die EU-Ebene. Die politische Kraft der Unionsinstitutionen, die jede Zerfaserung bekämpfen und auf Durchsetzung der Gemeinschaftsmethode drängen werden, ist

62 BVerfG, Urt. vom 19. Juni 2012, 2 BvE 4/11, NVwZ 2012, S. 954.

63 Vgl. P. Kirchhof, Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union, NJW 2013, S. 1.

64 Zur Diskussion über die Richtigkeit der dabei getroffenen Maßnahmen: Chr. Schönberger, Hegemon wider Willen – zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union, Merkur 1/2012. Kritisch H. Kundnani, Internationale Politik, 3/2012, S. 21. Letzterer vertritt die Position, dass es Deutschland letztlich nur um eine Durchsetzung der eigenen Interessen gegangen sei (wenn auch notgedrungen Hilfe geleistet wurde). Das sei weder eine aufgeklärte Vorgehensweise noch eine solche eines klugen Hegemons.

groß. Zugleich bleibt ein vielgliedriges „Club“-Europa notwendig abstrakt und unanschaulich. Für die gestaltende Politik, die sich in dem zu schaffenden Gebilde akkommodieren muss, wird eine Verringerung der Kosten bei der Entscheidungsfindung möglicherweise wichtiger sein als eine Verringerung der Entscheidungsfolgekosten. Insofern erscheint die Erwartung nicht unplausibel, dass das Nebeneinander verschiedener Clubs jenseits des Binnenmarktes auch weiterhin als normative „second best“-Option betrachtet wird.

Flexible Integration: Garant oder Gefahr für die Einheit und die Legitimation des Unionsrechts?

Von Daniel Thym, Konstanz*

Zu den Ritualen der europäischen Integrationspolitik gehören periodische Diskussionen über eine variable Geometrie. Speziell in Zeiten der Krise wird regelmäßig eine abgestufte Integration einzelner Mitgliedstaaten als Ausweg beschworen. Damit wird ihre Bewertung zu einer Schicksalsfrage der Rechtsgemeinschaft: Gefährdet die flexible Integration die Einheit des Unionsrechts? Vermag das Unionsrecht völkerrechtliche „Satellitenverträge“ nach dem Modell des ESM-Vertrags und des Fiskalpakts zu bändigen? Welche Auswirkungen ergeben sich für das institutionelle Gleichgewicht und die Rolle der Mitgliedstaaten? Diese Fragen stehen im Vordergrund des vorliegenden Beitrags. Dessen Kernthese lautet, dass sich die rechtlichen Herausforderungen in den Griff bekommen lassen – im Fall der vertragsinternen Differenzierung nicht anders als bei völkerrechtlichen Ergänzungsverträgen. Zugleich lässt die Währungskrise das zentrale Risiko der Binnendifferenzierung offenbar werden: Flexibilität gefährdet die legitimatorische Infrastruktur der EU-Integration.

I. Konzept und Wirklichkeit Flexibler Integration

In der politischen und wissenschaftlichen Diskussion existieren unterschiedliche Begrifflichkeiten zur Beschreibung desjenigen Phänomens, das dieses Sonderheft mit dem Begriff der „flexiblen Integration“ beschreibt. Alternativ wird von variabler Geometrie, Avantgardegruppen, einer abgestuften Integration, Europa à la carte oder, schlicht, verschiedenen Geschwindigkeiten gesprochen.¹ All diese Begriffe haben denselben Bezugspunkt und transportieren dennoch teils abweichende Inhalte. Die Unterschiede betreffen zwei Betrachtungsebenen: Einerseits geht es um Integrationskonzepte, welche die zukünftige Architektur der europäischen Integration idealtypisch abstufen – und zwar unabhängig davon, ob diese Konzepte eine Verwirklichung im geltenden Recht erfahren. In einem zweiten Schritt sind sodann die Erscheinungsformen der flexiblen Integration im geltenden Europarecht der Gegenwart zu den Idealtypen in Bezug zu setzen.

1. Politische Integrationskonzepte

Zur Illustration eines grundlegenden Unterschieds eignet sich die Währungsunion: Bekanntlich folgt die Nichtgeltung des Euro im Vereinigten Königreich und Polen

* Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London) ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht und Ko-Direktor des Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht an der Universität Konstanz.

¹ Zur vielfältigen Begrifflichkeit *A. Stubb*, A Categorisation of Differentiated Integration, *JCMS* 34 (1996), S. 283 (287 f.).

unterschiedlichen Gründen. Im Fall Polens gründet die Nichtteilnahme auf einer Übergangsbestimmung, weil Polen die volkswirtschaftlichen Konvergenzkriterien (noch) nicht erfüllt. Sobald dies der Fall ist, erfolgt nach der Konzeption der Verträge gleichsam automatisch die Teilnahme.² Zuletzt wurde der Euro nach diesem Verfahren im Jahr 2011 in Estland eingeführt; der Aufschluss weiterer Mitgliedstaaten wird derzeit nicht aktiv verfolgt, steht aber weiterhin auf der Tagesordnung.³ Die volkswirtschaftlichen Konvergenzkriterien sind jedoch nur ein Beispiel für eine Sonderregelung, die auf vermeintlich objektiven Unterschieden beruht. Es geht in diesen Fällen um ein Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten, das von einer vermeintlich entpolisierten Sachlogik geprägt wird.

Im Fall von verschiedenen Geschwindigkeiten aufgrund von sachlichen Differenzierungsgründen muss deren Wegfall gleichsam automatisch einen Aufschluss zur Integrationsvorhut zur Folge haben. Der Verweis auf derartige Unterschiede vermeintlich objektiver Natur prägt bis heute die politische Diskussion um die Gewährung von Sonderregelungen im europäischen Sekundärrecht⁴ sowie um Übergangsbestimmungen in Beitrittsverträgen.⁵ Es geht *nicht* um eine politische Wahlfreiheit für oder wider die Teilnahme an einem Integrationsschritt, sondern die Reaktion auf vorgefundene Unterschiede – ganz im Sinn der entpolisierten Integrationslogik einer funktionalen Marktintegration in den ersten Dekaden der Einiung,⁶ mit der eine politisch motivierte Freistellung gerade wegen ihres politischen Charakters nicht vereinbar ist.⁷ Polen soll zur Euro-Gruppe aufschließen, darf dies jedoch erst, wenn es die Voraussetzungen erfüllt.

Im Fall des Vereinigten Königreichs ist dies anders. Dessen Sonderstellung gegenüber dem Euro entspringt keiner entpolisierten Integrationslogik, sondern gründet im Gegenteil auf einer politischen Wahlmöglichkeit. Das Vereinigte Königreich darf, soweit es die Konvergenzkriterien erfüllt, aufgrund politischer Erwägungen frei entscheiden: „Sofern das Vereinigte Königreich dem Rat nicht notifiziert, dass

2 Zur automatischen Aufhebung der Ausnahmeregelung siehe Art. 140 Abs. 2 AEUV.

3 Die wirtschaftliche Konvergenz wird von EZB und Kommission regelmäßig geprüft – und für Lettland und Rumänien gelten ungeachtet der Krise aktuell noch die Zieldaten 2014 bzw. 2015; vgl. zuletzt EZB: Konvergenzbericht, Mai 2012.

4 Hierbei geht es um Bestimmungen, die entweder explizit einem Mitgliedstaat eine Sonderstellung gewähren (z.B. die britische Sonderbehandlung bei der Arbeitszeit-Richtlinie oder die Stellung Österreichs und Luxemburgs bei der Kapitalertragssteuer) oder mit ihrem Regelungsinhalt faktisch auf die tatsächlichen Begebenheiten eines Mitgliedstaats Rücksicht nehmen (z.B. Spielräume bei der Richtlinienumsetzung, die faktisch nationale Sonderwege schützen); für weitere Einzelheiten ausführlich *F. Tuylschaever*, Differentiation in European Union Law, 1999, S. 116 ff. und *C.D. Ehlermann*, How Flexible is Community Law?, Michigan Law Review 1984, S. 1274 (1279-1286).

5 Deren Vorschlag in der Mitteilung der Kommission: Die Übergangszeit und die institutionellen Folgen der Erweiterung, KOM(78) 190 v. 24. 04. 1978, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften Beilage 2/78, waren ein wichtiger Anlass für die frühe Debatte um ein Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten in 1980er-Jahren.

6 Die Idee einer flexiblen Integration entstand in den 1970er-Jahren, als insb. *Willy Brandt* und *Leo Tindemans* in Reaktion auf die verbreitete Euroskepsis eine Differenzierung als Reaktion auf unterschiedliche Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten forderten; näher *D. Thym*, Einheit in Vielfalt, in: *Hatje/Müller-Graff (Hrsg.): Enzyklopädie Europarecht*, Band 1, 2013, Rn. 4-7 (i.E.).

7 Zum Verständnis der Gemeinschaft als funktionaler Zweckverband, der im Kern nicht-politischen Gesetzmäßigkeiten folgt und gerade auch deshalb keiner demokratischen Legitimation bedarf, klassisch *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 196 ff.

es den Euro einzuführen beabsichtigt, ist es dazu nicht verpflichtet.⁸ Der Unterschied zur vermeintlich objektiven Konzeption der volkswirtschaftlichen Konvergenzkriterien ist offenbar. Nicht tatsächliche Differenzierungsgründe, sondern der politische Integrationswille entscheidet über die Euro-Teilnahme.

Derartige „politische“ Ausnahmen nach dem Beispiel des britischen Opt-outs von der Währungsunion stehen im Zentrum der politischen Diskussion um die Chancen und Risiken der flexiblen Integration – und sollen auch das Augenmerk dieses Beitrags sein. Hierbei gründen politisch motivierte Ausnahmen bei näherer Betrachtung auf unterschiedlichen Zielvorstellungen. Ungeachtet zahlreicher Überschneidungen im Detail können bei einer idealtypischen Betrachtung zwei Lager unterschieden werden, die beide eine Binnendifferenzierung unterstützen, hierbei jedoch verschiedene Integrationskonzepte verfolgen. Es geht einerseits um die Errichtung eines (föderalen) „Kerneuropa“ und andererseits um die Forderung nach einem (flexiblen) „Europa à la carte“.

a) (Föderales) Kerneuropa

Mit dem Kerneuropabegriff bezeichne ich Vorhaben, welche die kontrollierte Binnendifferenzierung als Mittel zur weiteren Vertiefung der Integration betrachten. Es geht nicht darum, die supranationale Integrationsmethode durch eine Wahlfreiheit nach Maßgabe des nationalen Interesses zu ersetzen. Stattdessen dient die Differenzierung als Mittel zur Vertiefung, indem die fehlende Integrationsbereitschaft einiger Mitgliedstaaten durch eine Binnendifferenzierung aufgefangen wird. Für das Gravitationszentrum soll es keine Flexibilisierung geben, sondern an der Zielvorgabe eines „immer engeren Zusammenschluss[es] der europäischen Völker“⁹ festgehalten werden. Es geht den Verfechtern eines Kerneuropas mithin um eine dauerhafte Stärkung der Union als privilegiertem Forum der Zusammenarbeit – auch mit Blick auf föderale Zielvorgaben. Eben diese Zielsetzung meint dieser Beitrag mit der idealtypischen Kerneuropakonzeption.¹⁰

Ungeachtet aller Unterschiede im Detail wird die Forderung nach einer Kernbildung immer wieder erhoben. Von den Befürwortern selbst wird der Kerneuropabegriff nur selten verwandt; gemeinsam ist jedoch die Forderung nach einer Fortsetzung der bisherigen Integrationsmethode mit dem Fernziel einer (quasi-)föderalen politischen Einheit des Kontinents. Nach einem ersten Anlauf durch Wolfgang Schäuble und Karl Lamers im Jahr 1994,¹¹ unterstützten entsprechende Konzepte zur Jahr-

8 Nr. 1 Protokoll (Nr. 15) über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (ABI. EU 2008 C 115/284); sinngemäß das Protokoll (Nr. 16) über einige Bestimmungen betreffend Dänemark (ABI. EU 2008 C 115/287).

9 Erwägungsgrund 1 der Präambel des AEUV sowie des EWGV i.d.F. des Jahres 1957.

10 Allgemein zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Kerneuropakonzepte *H. Schneider*, Kerneuropa – ein aktuelles Stichwort und seine Bedeutung, *Journal für Rechtspolitik* 12 (2004), S. 136-161 und *D. Thym*, Ungleichzeitigkeit und Europäisches Verfassungsrecht, 2004, S. 32-38, erhältlich unter <http://www.ungleichzeitigkeit.de>.

11 Siehe *W. Schäuble/K. Lamers*, Überlegungen zur europäischen Politik, 1994, deren Vorschläge in erster Linie auf die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit abzielten.

tausendwende insbesondere *Joschka Fischer* und *Jacques Chirac*.¹² Wenige Jahre später reaktivierten *Guy Verhofstadt* und wissenschaftliche Beobachter die Ausdifferenzierung der Integration als möglichen Ausweg aus der Krise nach dem Scheitern des Verfassungsvertrags im Jahr 2005.¹³ In der Gegenwart unterstützen unter anderem *Wolfgang Schäuble* und *Jürgen Habermas* eine weitere Binnendifferenzierung der Integration als möglichen Ausweg aus der Währungskrise.¹⁴

b) (Flexibles) *Europa à la carte*

Einigkeit besteht zwischen den Befürwortern eines (föderalen) Kerneuropas und den Verfechtern eines (flexiblen) *Europa à la carte* nur beim Mittel: der Binnendifferenzierung. Mit diesem Instrument verfolgen beide Gruppen unterschiedliche Ziele. Während die Kerneuropakonzeption eine dauerhafte Stärkung der Union als privilegiertem Forum der Zusammenarbeit anstrebt, plädieren die Unterstützer eines (flexiblen) *Europa à la carte* für eine Neukonzeption der EU als flexibles Netzwerk überstaatlicher Kooperationsangebote. Ausgangspunkt der Teilnahmeentscheidung sei das nationale Interesse, ganz im Sinn des politischen Intergouvernementalismus.¹⁵ Die Idee einer quasi-bundesstaatlichen Einheit wird abgelehnt; die EU erscheint als ein mögliches Forum der Zusammenarbeit, an dem man *à la carte* teilhat – oder auch nicht. Britische Konservative unterstützen diese Konzeption ebenso wie wissenschaftliche Beobachter.¹⁶

Den Unterschied zum Kerneuropakonzept brachte *John Major* im Jahr 1994 auf den Punkt, als dieser prominent eine Abkehr von föderalen Zielvorstellungen forderte und die EU zur Rücksicht auf das nationale Interesse verpflichten wollte.¹⁷ Symbolisch bringt sein Nachfolger *David Cameron* diesen Wandel mit dem Vorschlag auf den Punkt, die Zielvorgabe der „ever closer union“ aus der Präambel zu streichen.¹⁸ Stattdessen soll das nationale Interesse die Grundlage für flexible (Nicht-)Kooperation sein: „We believe in a flexible union of free member states

12 Siehe die „Humboldt-Rede“ von Außenminister *J. Fischer*, Vom Staatenverbund zur Föderation, in: WHI (Hrsg.): Forum Constitutionis Europae, Band 2, 2000, S. 171-181 und die Antwort von Staatspräsident *J. Chirac*, „Notre Europe“, Le Monde vom 28. 06. 2000, wobei *Fischer* eine „revolutionäre“ Neugründung der EU vorschlug, während *Chirac* völkerrechtliche Ergänzungsverträge forderte.

13 Siehe *G. Verhofstadt*, Die vereinigten Staaten von Europa, 2007, sowie exemplarisch *B. de Witte*, The Process of Ratification of the Constitutional Treaty and the Crisis Options, EUI Working Paper Law 2004/16.

14 Vgl. *W. Schäuble*, Institutioneller Wandel und Europäische Einigung, FAZ vom 12. 01. 2013, S. 14 sowie *J. Habermas*, Zur Verfassung Europas, 2011, S. 75 ff.

15 Hierzu im Kontext der flexiblen Integration *D. Leuffen/B. Rittberger/F. Schimmelfennig*, Differentiated Integration, 2013, Kap. 2.

16 Exemplarisch zur wissenschaftlichen Abkehr von föderalen Zielvorstellungen und der alternativen Rückführung der EU-Integration auf eines von mehreren Formen überstaatlicher Zusammenarbeit *G. Majone*, Europe as the Would-be World Power, 2009, Kap. 8, der Beitrag von *M. Nettesheim* in diesem Band sowie zahlreiche Wortmeldungen beim Online-Symposium „Europe 2023 – An Educated Guess“ im Januar und Februar 2013 unter <http://www.verfassungsblog.de>.

17 Vgl. *J. Major*, Rede zur künftigen Gestalt Europas am 07. 09. 1994 in Leiden, Europa-Archiv 1994, D547; sechs Jahre zuvor hatte *M. Thatcher*, Address given at the College of Europe in Bruges, 20. 09. 1988, den Weg dafür gewiesen, hierbei jedoch (noch) keine Binnendifferenzierung gefordert, sondern die EU-Politik insgesamt verändern wollen.

18 *D. Cameron*, Speech at Bloomberg, 23. 01. 2013: „We understand and respect the right of others to maintain their commitment to this goal. But for Britain – and perhaps for others – it is not the objective.“

who share treaties and institutions ... This vision of flexibility and co-operation is not the same as those who want to build an ever closer political union – but it is just as valid.¹⁹ Ebenso wie beim Kerneuropakonzept bezeichnet das Europa *à la carte* abstrakte politische Vorhaben, die sich im Detail unterscheiden und keine Vorgaben für konkrete rechtliche Umsetzungsformen umfassen.²⁰ Auch wird die Begrifflichkeit eines Wahlrechts *à la carte* nicht verwandt, die gleichwohl die konzeptionelle Rückführung auf das nationale Interesse sowie den Verzicht auf politische Einheit auszudrücken vermag.

2. Pragmatismus bei der Umsetzung

Im geltenden Europarecht finden weder das Kerneuropa noch das Europa *à la carte* eine Umsetzung in Reinform. Stattdessen normiert das Primärrecht punktuelle Sonderregeln für einzelne Mitgliedstaaten, ergänzt um die verstärkte Zusammenarbeit. Gemeinsam ist diesen vielfachen Erscheinungsformen einer Binnendifferenzierung, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten von einem Integrationsschritt ausgenommen werden.²¹ Eine vergleichbare Situation besteht, wenn einige Mitgliedstaaten einen völkerrechtlichen Vertrag schließen, der nach dem Modell des Schengener Übereinkommens und des Fiskalpakts der EU-Integration zu dienen bestimmt ist.²² In all diesen Fällen existiert eine ungleichzeitige Nichtteilnahme einzelner Mitgliedstaaten an der Annahme und Geltung einzelner Integrations schritte, die im Zentrum dieses Beitrags stehen soll.

Gemeinsam ist der Binnendifferenzierung im geltenden Unionsrecht ein entstehungsgeschichtlicher Pragmatismus. Dies zeigt die Währungsunion: Kontinental-europäer forderten deren Verwirklichung in allen Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Konvergenzkriterien; dagegen lehnten die Briten den Integrationsschritt gänzlich ab. Binnendifferenzierung erlaubte als pragmatischer Kompromiss einen Ausweg aus dem Dissens und sicherte die für eine Vertragsänderung notwendige Ein stimmigkeit. Ähnlich war die Situation bei den anderen Beispielen im geltenden Recht.²³ Man mag insoweit auch von einer „Ungleichzeitigkeit“ der EU-integration sprechen, wenn sich bei der Redaktion und Deutung der Vertragsbestimmungen unterschiedliche Integrationskonzepte überlagern, die sich über das Mittel (Binnendifferenzierung) einig sind, nicht jedoch über das Ziel (Föderalisierung als politische Union oder flexible Integration aufgrund des nationalen Interesses). Ungleichzeitigkeit meint gerade keine lineare Abfolge von Ereignissen, die in ein gleichförmiges Ergebnis münden. Im Vordergrund steht das Nebeneinander verschiedener Integrationskonzepte im Augenblick, die ihre Überschneidung in der

19 D. Cameron ebd.

20 Für Einzelheiten wiederum D. Thym (Fn. 10), S. 29-32.

21 Hierzu ausführlicher in Abschnitt II.

22 Hierzu im Folgenden in Abschnitt III.

23 Sinngemäß J. Shaw, The Treaty of Amsterdam, ELJ 4 (1998), S. 63 (65-68) sowie K. Dyson/A. Sepos, Differentiation as Design Principle, in: dies. (Hrsg.): Which Europe?, 2010, S. 3 (5 f., 14 f.).

pragmatischen Verständigung auf die Einführung von Binnendifferenzierung erfahren.

Der Regelungsmodus einer ungleichzeitigen Binnendifferenzierung fand mit den Regelungen zur Währungsunion im Maastricht-Vertrag erstmals Eingang in das Primärrecht (ergänzt um die Sonderkonstruktion des Sozialabkommens).²⁴ Im Amsterdamer Vertrag wurde die Idee der Teilvergemeinschaftung der Justiz- und Innenpolitik aufgegriffen, als dem Vereinigten Königreich, Dänemark und Irland spezielle Ausnahmeregelungen vom Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zugestanden²⁵ und durch die Teilvergemeinschaftung des Schengener Völkerrechts sogleich mit Inhalt gefüllt wurden.²⁶ Bis heute begründet die Rechts- und Innenpolitik eine wichtige Fallstudie zur Binnendifferenzierung. Vielen Beobachtern ist nicht wirklich bewusst, dass in diesen Bereichen in den vergangenen zehn Jahren Dutzende von Rechtsvorschriften angenommen wurden, die nicht in allen Mitgliedstaaten gelten. In der Justiz- und Innenpolitik ist die supranationale Differenzierung eine gelebte Verfassungswirklichkeit, die in der Praxis überraschend reibungsfrei funktioniert.²⁷

Diese Praxisrelevanz der flexiblen Integration im Bereich der Justiz- und Innenpolitik steht im Gegensatz zum allgemeinen Mechanismus der Verstärkten Zusammenarbeit. Dieses generische Rechtsinstitut wurde durch die Verträge von Amsterdam, Nizza und Lissabon bereits drei Mal reformiert – und erst drei Mal angewandt. Die Premiere erfolgte knapp ein Jahrzehnt nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam.

II. Formen der Binnendifferenzierung

Eine kontrollierte Binnendifferenzierung ist seit mehr als zehn Jahren eine gelebte Rechtswirklichkeit, ohne dass diese bislang gravierende Probleme hervorgerufen hätte. Dies ist kein Zufall. Bewusst verankert der Unionsvertrag die Erscheinungsformen der flexiblen Integration im geltenden Recht fest in der supranationalen Integrationsmethode. Dies stellt sicher, dass die Binnendifferenzierung in kontrollierten Bahnen verläuft. Besonders deutlich werden diese Schutzvorkehrungen bei der Verstärkten Zusammenarbeit, die exemplarisch vorgestellt werden wird (hierzu 1.) und als allgemeiner Mechanismus die differenzierte Integration im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts,²⁸ der Außen- und Sicherheitspolitik²⁹ sowie

24 Siehe *M. Kellerbauer*, Von Maastricht bis Nizza, 2003, S. 43-90.

25 Für Einzelheiten, unter Einschluss der Ausweitung von Opt-out-Opt-in-Angeboten durch den Vertrag von Lissabon, siehe *D. Thym*, The Evolution of Supranational Differentiation, WHI-Paper 3/2009, S. 31-34, erhältlich online unter <http://www.whi-berlin.eu>.

26 Zu einhergehenden Rechtsfragen siehe *S. Peers*, EU Justice and Home Affairs Law, 3. Aufl. 2011, S. 73-88 und *M. Fletcher*, Schengen, the European Court of Justice and Flexibility under the Lisbon Treaty, EuConst 5 (2009), S. 71-98.

27 Ausführlicher *D. Thym* (Fn. 6), Rn. 35-54 (i.E.) und *D. Leuffen* u.a. (Fn. 15), Kap. 8.

28 Hierzu die Nachweise in Fn. 27.

29 Siehe *D. Thym* (Fn. 10), Kap. 5 sowie *ders.* (Fn. 6), Rn. 71-81 (i.E.).

der Währungsunion³⁰ anleitet. Zudem beweist der EuGH, dass die Unionsrechtsordnung auch völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten untereinander zu domestizieren in der Lage ist. Wie Satelliten im Bannkreis der Erde werden diese vom Eigengewicht des supranationalen Europarechts in der Bahn gehalten (hierzu 2.).

1. Ermöglichung Verstärkter Zusammenarbeit

In den ersten zehn Jahren ihrer Existenz wurde die Verstärkte Zusammenarbeit drei Mal reformiert und kein einziges Mal umgesetzt.³¹ Seither kam der Mechanismus drei Mal zum Einsatz. Prominent erteilte der Rat im Januar 2013 die Ermächtigung zur Realisierung der Finanztransaktionssteuer im kleinen Kreis.³² Die Vorgeschiehkte verdeutlicht die Zielrichtung der Verstärkten Zusammenarbeit: Im November 2011 hatte die Kommission einen ersten Gesetzgebungsprojekt unterbreitet, für den die notwendige Einstimmigkeit nicht erreicht wurde. Dies führt jedoch nicht zur Aufgabe des Vorschlags oder zu dessen Realisierung im Wege des völkerrechtlichen Vertragsschlusses außerhalb des EU-Rahmens nach dem Modell des Fiskalpakts, sondern zur Annahme der Richtlinie im kleinen Kreis. Das gleiche passierte im Jahr 2010 mit dem internationalen Privatrecht im Bereich der Ehescheidung³³ und im Jahr 2011 mit dem einheitlichen EU-Patent.³⁴ Weitere Anwendungsfälle könnten die Gemeinsame Bemessungsgrundlage für die Körperschaftssteuer³⁵ oder das Gemeinsame Kaufrecht³⁶ sein.

Was muss in einem solchen Fall konkret geschehen? Eigentlich ist alles ganz einfach: Wenn die Annahme eines Vorschlags mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten nicht erreichbar ist,³⁷ können neun oder mehr Mitgliedstaaten einen Antrag auf Einrichtung einer Verstärkten Zusammenarbeit stellen. Diese wird eingerichtet, wenn die Kommission den Antrag befürwortet und der Rat sowie das Europäische

30 Zur Konzeption des Maastricht-Vertrags siehe *M. Kellerbauer* (Fn. 24), S. 91-127; zu jüngeren Reformvorhaben innerhalb und außerhalb des EU-Rahmens siehe *C. Antpöhler*, Emergenz der europäischen Wirtschaftsregierung, *ZaöRV* 72 (2012), S. 353 (362-391) und *J. Bast/F. Rödl*, Jenseits der Koordinierung?, *EuGRZ* 2012, S. 269 ff.

31 Nach der Einführung im Amsterdamer Vertrag wurden Änderungen im Nizza-Vertrag, dem Verfassungsvertrag sowie, in seiner Folge, dem Lissabon-Vertrag realisiert; vgl. *A. Hatje*, in: *Schwarze* (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 20 EUV Rn. 4-13.

32 Vgl. Beschluss 2013/52/EU (ABl. EU 2013 L 22/11) in Bezug auf elf Mitgliedstaaten gem. Erwägungsgrund 6, die alle zur Euro-Zone gehören, wobei nach Art. 328 Abs. 1 EUV auch Nicht-Euro-Staaten hätten teilnehmen können.

33 Vgl. Ermächtigungs-Beschluss 2010/405/EU (ABl. EU 2010 L 189/12) nebst Umsetzung durch Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 (ABl. EU 2010 L 343/10), an der ursprünglich 14 Mitgliedstaaten teilhatten, die in den Erwägungsgründen 5 ff. genannt sind.

34 Vgl. Ermächtigungs-Beschluss 2011/167/EU (ABl. EU 2011 L 76/53) nebst Umsetzung durch Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 (ABl. EU 2012 L 361/1), an der alle Mitgliedstaaten außer Italien und Spanien teilhaben.

35 Eine Verständigung auf KOM(2011) 121 v. 16. 03. 2011 erfordert nach Art. 115 AEUV Einstimmigkeit im Rat, die schwerlich erreicht werden dürfte.

36 Siehe den Vorschlag gem. KOM(2011) 635 v. 11. 10. 2011.

37 Das Ultima-ratio-Kriterium in Art. 20 Abs. 1 S. 1 EUV fordert kein formales Scheitern des Rechtsetzungsvorschlags für alle Mitgliedstaaten und obliegt vorrangig dem Rat zur politischen Einschätzung; vgl. *C. von Buttlar*, Rechtsprobleme der „verstärkten Zusammenarbeit“ nach dem Vertrag von Nizza, *ZEuS* 2001, S. 649 (665 f.); zu restriktiv *S. Peers*, The Constitutional Implications of the EU Patent, *EuConst* 7 (2011), S. 229 (250 f.).

Parlament ihre Zustimmung erteilen.³⁸ Dieses supranationale Einrichtungsverfahren ist kein Zufall; es sichert einen politischen Grundkonsens über die Zweckmäßigkeit des Voranschreitens im kleinen Kreis. Früher besaßen die nicht-beteiligten Mitgliedstaaten ein Veto-Recht, das der Vertrag von Nizza jedoch beseitigte.³⁹ Es stimmt somit nicht, dass prohibitive Verfahrensvorschriften die Verstärkte Zusammenarbeit unnötig erschweren. Wenn man wollte, könnte das Verfahren binnen weniger Wochen durchlaufen werden. Wenn dies nicht geschieht, zeugt dies auch vom fehlenden politischen Willen.

Gleiches gilt für die materiell-rechtlichen Vorgaben.⁴⁰ Diese bestärken nach dem Ergebnis meiner Untersuchung im Kern allgemeine Grundsätze des Europarechts und errichten im Ergebnis gleichfalls keine prohibitiven Hürden.⁴¹ Dies gilt speziell für das Verbot von Handelsschranken sowie von Wettbewerbsverzerrungen gemäß Art. 326 UAbs. 2 AEUV, das die Avantgarde-Gruppe bei näherer Betrachtung im Lichte der Sprachfassungen und der Entstehungsgeschichte auf die Warenverkehrs-freiheit verpflichtet und mithin einer Teilharmonisierung der Produktions- und Vertriebsbedingungen im Binnenmarkt regelmäßig nicht entgegensteht.⁴² Dies ist an sich selbstverständlich und kann als solches dem EU-Patent oder der Finanztransaktionssteuer nicht entgegen gehalten werden. Eben dies bestätigte der Gerichtshof bei der Zurückweisung der spanisch-italienischen Klage gegen das EU-Patent.⁴³ In einem Satz: Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht errichtet der Vertrag keine prohibitiven Hürden für die Einrichtung einer Verstärkten Zusammenarbeit.

Es ist kein Zufall, dass die Verstärkte Zusammenarbeit in der Währungskrise aktiviert wird und etwa zur Realisierung der Finanztransaktionssteuer herangezogen wird. Warum? Ihre Einführung geht zurück auf einen deutsch-französischen Vorschlag im Jahr 1995.⁴⁴ Damals waren die Themen der aktuellen Debatte durchaus bereits präsent. Seinerzeit wurde unter anderem die Einrichtung des Stabilitätspakts diskutiert, der die Konstruktionsschwächen der Währungsunion auffangen sollte (und in der Rückschau dieses Ziel eindeutig verfehlte); auch hatten Wolfgang Schäuble und Karl Lamers ein Jahr zuvor ganz offen ein Kerneuropa gefordert –

38 Für Einzelheiten siehe Art. 20 Abs. 2 EUV, Art. 329 Abs. 1 AEUV und *M. Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.): EUV/EGV-Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 329 AEUV Rn. 1-8.

39 Nach Art. 20 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 329 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV sowie Art. 16 Abs. 3 EUV autorisiert der Rat eine Verstärkte Zusammenarbeit auch dann mit der qualifizierten Mehrheit aller Mitgliedstaaten, wenn für die spätere Annahme von Sekundärrechtsakten, etwa zur Steuerharmonisierung, innerhalb der Verstärkten Zusammenarbeit eine Einstimmigkeit der Teilnehmerstaaten im Rat nach Maßgabe des Art. 20 Abs. 3 EUV gilt.

40 Die vormaligen „zehn Gebote“ gemäß Art. 43 Buchst. a-j EUV-Nizza sind nunmehr an verschiedenen Stellen in Art. 20 EUV, 326-334 AEUV geregelt.

41 Hierzu *D. Thym* (Fn. 10), S. 62-76; negativer die Einschätzung von *A. Hatje*, Die institutionelle Reform der EU, EuR 2001, S. 143 (160).

42 Ausführlicher *D. Thym* (Fn. 10), S. 68-71 mit Blick auf die Formulierungen im Verfassungsvertrag, die unverändert in den Lissabon-Vertrag übernommen wurden.

43 EuGH, verb. Rs. C-274/11 & C-295/11 (Spanien & Italien/Rat), Slg. 2013, I-0000, Rn. 76 f., wobei es um die Errichtung der Verstärkten Zusammenarbeit an sich ging, nicht um die materiell-rechtliche Ausgestaltung der Verordnung über das Gemeinschaftspatent mit der umstrittenen Sprachenregelung.

44 Vgl. *H. Kohl/J. Chirac*, Lettre commun au président du Conseil européen, 09. 12. 1995 im Anschluss an ein Treffen in Nürnberg mit Blick auf die Regierungskonferenz über den späteren Vertrag von Amsterdam, erhältlich unter <http://www.cvce.eu>.

auf Grundlage der Währungsunion.⁴⁵ Die Verstärkte Zusammenarbeit führte beides zusammen. Sie verfolgte von Anfang an das Ziel, bei Bedarf eine Vertiefung der Währungsunion im kleinen Kreis zu ermöglichen. Dieses Bedürfnis wird offenbar erst in der Gegenwart akut. Dass die EU heute eine Steuerharmonisierung ohne das Vereinigte Königreich auf den Weg bringen könnte, liegt auch an der Vorsicht früherer Regierungskonferenzen.

In einem Punkt normiert das Vertragsregime der Verstärkten Zusammenarbeit ein starres Korsett: sie bleibt dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung verpflichtet. Ihr bleiben mithin Sachbereiche verschlossen, in denen die EU über keine Kompetenz verfügt.⁴⁶ Dies gilt etwa für zwischenstaatliche Finanzhilfen im Rahmen der Euro-Krise. Auch aufgrund fehlender EU-Kompetenz wurden diese außerhalb des EU-Rahmens durch völkerrechtliche Satellitenverträge verwirklicht.

2. Eingrenzung völkerrechtlicher Satellitenverträge

Mit der Bezeichnung Satellitenverträge meine ich völkerrechtliche Vereinbarungen einiger Mitgliedstaaten, die zur Ergänzung der EU-Integration geschlossen sind. Hierbei handelt es sich um keine Erfindung der Gegenwart. In der Geschichte der EU-Integration gab es zahlreiche Beispiele, in denen einige oder alle Mitgliedstaaten auf Grundlage des Völkerrechts enger zusammenarbeiteten. Dies gilt für das Schengener Völkerrecht, die Benelux-Kooperation, das ehemalige Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen und die Flugsicherheitsorganisation Eurocontrol ebenso wie für multinationale Streitkräfteverbände nach dem Modell des Eurokorps⁴⁷ oder, jüngst, den deutsch-französischen Vertrag über den familienrechtlichen Güterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft.⁴⁸ Eine neue Prominenz erlangte das zwischenstaatliche Paktieren aufgrund der Euro-Krise, weil ESM-Vertrag und Fiskalpakt außerhalb des EU-Rechts angesiedelt sind.

Als völkerrechtliche Verträge sind Satellitenabkommen einiger Mitgliedstaaten kein Bestandteil des supranationalen Unionsrechts; ihre Verhandlung, Ratifikation, Auslegung und Beendigung richtet sich nach Völkervertragsrecht. Vielfach sprechen durchaus gute Gründe für ein Ausweichen auf das Völkerrecht (hierzu a)). Freie Hand besitzen die Mitgliedstaaten beim völkerrechtlichen Paktieren jedoch nicht. Aus der Wechselwirkung mit dem Unionsrecht ergeben sich europarechtliche Grenzziehungen (hierzu b)). Wie Satelliten im Bannkreis der Erde werden die völkerrechtlichen Verträge vom Eigengewicht des Unionsrechts in der Bahn gehalten.

45 Siehe W. Schäuble/K. Lamers (Fn. 11), S. 4 f. mit der Forderung nach Elastizität und Flexibilität ganz im Sinn der späteren Verstärkten Zusammenarbeit.

46 Vgl. Art. 20 Abs. 1 UAbs. 1 EUV sowie Art. 5 EUV i.V.m. Art. 326 UAbs. 1 AEUV.

47 Für eine Übersicht siehe B. de Witte, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (Hrsg.): *Constitutional Change in the EU*, 2000, S. 31 sowie D. Thym (Fn. 10), Kap. 6.

48 Vgl. das deutsch-französische Abkommen über den Güterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft vom 04. 02. 2010 (BGBl. 2012 II 178), noch nicht in Kraft, das gem. Art. 21 Abs. 1 allen EU-Mitgliedstaaten zum Beitritt offen steht.

a) *Flucht in das Völkerrecht?*

Warum entscheiden sich die Mitgliedstaaten für einen völkerrechtlichen Vertragschluss, zumal man bei fehlender EU-Kompetenz immer auch die EU-Verträge ändern könnte? Ganz einfach. Das Ausbrechen aus dem rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union bietet manche Vorteile – unter Einschluss des erleichterten Inkrafttretens. Als Vertragsänderung hätten der ESM und der Fiskalpakt dem Einstimmigkeitsprinzip unterlegen und von allen Mitgliedstaaten ratifiziert werden müssen (unter Einschluss des Vereinigten Königreichs).⁴⁹ Diese hohe Hürde war ein Risiko, das man nicht eingehen wollte. ESM und Fiskalpakt erfordern keine Ratifikation aller, nicht einmal der gesamten Eurozone.⁵⁰ Das erleichterte Inkrafttreten war jedoch nicht der einzige Grund. Dem Vernehmen nach wünschten u.a. einige Stimmen innerhalb der Bundesregierung keine Beteiligung der supranationalen EU-Organe;⁵¹ die nationalen Regierungen sollten das Heft des Handelns in der Hand behalten.

Nun ist der völkerrechtliche Vertragsschluss keine Einbahnstraße, die nur Vorteile bringt. Das Ausweichen auf das Völkerrecht bewirkt zugleich, dass die Vorzüge des supranationalen Unionsrechts nicht gelten. Die speziell von kleinen Mitgliedstaaten geschätzte, unabhängige Aufsichtsfunktion von Kommission und EuGH als Vorkehrung gegen deutsch-französische Dominanz fällt grundsätzlich aus.⁵² Auch gelten völkerrechtliche Verträge innerstaatlich nicht mit Vorrang. Dies erschwert die Sicherung der Compliance, die nach der Spieltheorie den Erfolg der supranationalen Rechtsetzung und -durchsetzung als Ausweg aus dem Gefangenendilemma erklärt, wenn die Mitgliedstaaten sich darauf verlassen können, dass die vereinbarten Regeln auch eingehalten werden.⁵³ Eingeschränkt ist auch die parlamentarische Kontrolle. Nationale Parlamente können ihre Regierung auf völkerrechtlicher Ebene vielfach nicht effektiv kontrollieren; das Europäische Parlament besitzt keine Kontrollbefugnisse.⁵⁴

Hieraus folgt: Das Völkerrecht erlaubt schnelle Ergebnisse; mittel- und langfristig ist die supranationale Integrationsmethode mit ihren komplexen Abstimmungsverfahren und Durchsetzungsmechanismen jedoch meist erfolgreicher. Von daher überrascht es nicht, dass die Kommission und die CDU/CSU eine mittelfristige

49 Gem. Art. 48 Abs. 6 UAs. 2 EUV sowie Art. 2 Beschluss 2011/119/EU (ABl. EU 2011 L 91/1) bedurfte die Einführung des Art. 136 Abs. 3 AEUV der Ratifikation aller Mitgliedstaaten.

50 Art. 12 Abs. 2 Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion vom 02. 02. 2012 („Fiskalpakt“) (BGBl. 2012 II 1006), für Deutschland in Kraft seit 01. 01. 2013 (BGBl. 2013 II 162), verlangt 12 Ratifikationen; Art. 48 Abs. 1 Vertrag zur Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus vom 02. 02. 2012 („ESM-Vertrag“) (BGBl. 2012 II 981), für Deutschland in Kraft seit 27. 09. 2012 (BGBl. 2012 II 1086), fordert, dass die Ratifikationen zugleich 90 % des Stammkapitals abbilden.

51 So *M. Ruffert*, Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht, EuR 2011, S. 842 (844).

52 Vgl. *K. Alter*, Who Are the ‘Masters of the Treaty?’ (1998), in: dies.: The European Court’s Political Power: Selected Essays, 2010, S. 109 (125 f.).

53 Siehe *A. Stone Sweet*, The European Court of Justice, in: *Craig/de Búrca* (Hrsg.): The Evolution of EU Law, 2. Aufl. 2011, S. 121 (124 f.).

54 Dies kritisieren mit Blick auf Fiskalpakt und ESM-Vertrag etwa *C. Joerges*, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, Der Staat 51 (2012), S. 357 (371-373) sowie der Beitrag von *R. Uerpman-Wittack* in diesem Beiheft.

Vergemeinschaftung von ESM-Vertrag und Fiskalpakt fordern⁵⁵ (ebenso wie beim Schengener Übereinkommen).⁵⁶ Im Fall des Fiskalvertrags fand dieses Ziel sogar Eingang in den Vertragstext⁵⁷ und wurde zwischenzeitlich in einigen Punkten realisiert, wenn das sog. Six-Pack nebst Two-Pack zum Ausbau von Haushaltsaufsicht und makroökonomischer Koordinierung zentrale Errungenschaften des Fiskalpakts im Wege der überholenden Sekundärrechtssetzung verwirklichen (und über diese hinausgehen).⁵⁸ All dies bestätigt, dass der bisweilen prognostizierte Niedergang der Supranationalität infolge der Währungskrise ausfällt.⁵⁹ Bei ESM-Vertrag sowie Fiskalpakt besteht grundsätzliche Einigkeit, dass diese als völkerrechtliche Nothilfe die EU-Integration dauerhaft stärken sollen.⁶⁰ Es geht um einen völkerrechtlichen „Bypass“ und nicht um einen „Herzinfarkt“ für die supranationale Integrationsmethode.

b) Schutzvorkehrungen gegen unionsexterne Kooperationen

An der generellen Zulässigkeit völkerrechtlicher Satellitenverträge wurde nie gezwifelt. Aus gutem Grund: Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung bewahren die Mitgliedstaaten eine Residualzuständigkeit für nicht übertragene Hoheitsrechte und können diese auch im Wege der zwischenstaatlichen Kooperation ausüben (nicht viel anders als der Rundfunkstaatsvertrag der deutschen Bundesländer).⁶¹ Diese Zulässigkeit völkerrechtlicher Ergänzungsverträge unterstellt auch der EuGH in seinem *Pringle*-Urteil zum ESM-Vertrag als gleichsam selbstverständlich⁶² – und konzentriert sich auf die europarechtlichen Grenzziehungen. Tatsächlich lässt das EU-Recht nach der bereits etablierten EuGH-Rechtsprechung den Mitgliedstaaten keine freie Hand. Vier unionale Schutzvorkehrungen zwingen völkerrechtliche Verträge unter das Europarecht.

1. Eine erste Grenze errichtet die EU-Kompetenzordnung. Unproblematisch zulässig sind Satellitenverträge einzig in Sachbereichen, in denen keine EU-Kompetenz besteht. Dies gilt für die Organisation der nationalen Streitkräfte nach dem Modell des Eurokorps ebenso wie für die Umstellung der nationalen Bildungssysteme auf-

55 Vgl. die Mitteilung der Kommission, KOM(2012) 777 v. 28. 11. 2012, S. 16 und 39 sowie CDU: Starkes Europa – Gute Zukunft für Deutschland, Beschluss des 24. CDU-Bundesparteitages am 14. 11. 2011, Forderung Nr. 9.

56 Vgl. Art. 1 ff. Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (ABl. EG 1997 C 340/93); gleiches gilt für den völkerrechtlichen Prämer Vertrag zur Polizeizusammenarbeit, der durch Beschluss 2008/615/JI (ABl. EU 2008 L 210, 1) teilvergemeinschaftet wurde.

57 Siehe Art. 16 Fiskalvertrag (Fn. 50).

58 Vgl. C. Antpöhler (Fn. 30), S. 362 ff., 392 und C. Calliess/C. Schoenfleisch, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“?, JZ 2012, S. 477 (478-480); eine weitere Vertiefung avisieren die Kommissions-Vorschläge KOM(2013) 165 & 166 v. 20. 03. 2013.

59 Anders F. Schorkopf, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtssetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 183 (209-211).

60 Dies bedeutet *nicht*, dass wir die Währungsunion „einfach“ retten, indem wir ESM und Fiskalpakt vergemeinschaften, weil die Regeln für sich genommen weder als Völkerrecht noch als EU-Recht den Fortbestand der Währungsunion garantieren.

61 Zu Gliedstaatsvereinbarungen unter dem GG und rechtsvergleichend H. Schneider, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), S. 1-33; und J. Wuermeling, Kooperatives Gemeinschaftsrecht, 1998, S. 13 ff.

62 EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle), Slg. 2012, I-0000, Rn. 68 m. Anm. D. Thym, JZ 2013, S. 259-264.

grund des (informellen) Bologna-Prozesses.⁶³ Hier handeln die Mitgliedstaaten als souveräne Völkerrechtssubjekte aufgrund eigener Kompetenz. Im Anwendungsbe- reich ausschließlicher EU-Kompetenzen sowie ausgeübter paralleler Zuständigkeiten ist dagegen kein Raum für die zwischenstaatliche Zusammenarbeit.⁶⁴ Ein EU- Handeln sperrt völkerrechtliche Kooperationen. Aus diesem Grund war die Ver- ständigung auf den ESM-Vertrag nur zulässig, weil er nicht der ausschließlichen EU-Zuständigkeit für die Währungspolitik unterfiel.⁶⁵

Nun könnte man argumentieren, dass bereits die bloße Möglichkeit, einen Sachbe- reich gegebenenfalls im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit einer EU-Regelung zuzuführen, eine völkerrechtliche Kooperation ausschließt. Hiernach wäre der Ab- schluss völkerrechtlicher Ergänzungsverträge auch dann verboten, wenn die Euro- päische Union ihre Kompetenz noch nicht mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten ausübe, der Gegenstand des völkerrechtlichen Vertragsschlusses jedoch im Rah- men der Verstärkten Zusammenarbeit vertragsintern auf der Grundlage von Supra- nationalität realisiert werden könnte.⁶⁶ Aus dem Wortlaut, der Regelungssystematik sowie der Entstehungsgeschichte folgt jedoch, dass dies nicht der Fall ist.⁶⁷ Die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit verfolgte zwar das politische Ziel, ei- nem Ausbrechen aus dem EU-Rahmen vorzubeugen, indem sie eine Alternative zu einer „internationalen Zusammenarbeit“ bereitstellt.⁶⁸ Rechtlich zwingend ist die Aktivierung jedoch nicht.

2. Die Mitgliedstaaten dürfen sich beim völkerrechtlichen Vertragsschluss „nicht über die Beachtung des Unionsrechts hinwegsetzen.“⁶⁹ Dies gilt für die Beachtung des sog. „Bail-out-Verbots“ durch den ESM-Vertrag⁷⁰ ebenso wie für bilaterale Abkommen gegenüber den Grundfreiheiten sowie dem Diskriminierungsverbot.⁷¹ Dies Ergebnis folgt aus der Autonomie sowie dem Anwendungsvorrang des EU- Rechts, aufgrund derer die völkervertragsrechtliche Kollisionsregel des Artikels 30 Absatz 4 WVK für das Verhältnis von früherem Unionsrecht und späteren zwi- schenstaatlichen Verträgen keine Anwendung findet – und zwar unabhängig davon, ob dies, wie im Fall des Schengener Durchführungsübereinkommens und des Fis- kalpakts, deklaratorisch klargestellt wird.⁷²

63 Hierzu zwei Beiträge in S. Kadelbach (Hrsg.), 60 Jahre Integration in Europa. Variable Geometrie und politische Verflechtung jenseits der EU, 2011.

64 Dies folgt bereits aus der expliziten Anordnung aus Art. 2 Abs. 1 f. AEUV.

65 Hierzu EuGH (Fn. 62), Rn. 93-98.

66 Im *Pringle*-Urteil konnte sich der EuGH (Fn. 62), Rn. 166-168 mit der schlichten Feststellung begnügen, dass ein Rückgriff auf die Verstärkte Zusammenarbeit schon deshalb ausschied, weil keine EU-Kompetenz für den Gegenstand des ESM-Vertrags bestand.

67 Ausführlicher *D. Thym* (Fn. 10), S. 304-308.

68 Vgl. *H. Kortenberg* (Pseudonym): Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam, *CML Rev.* 35 (1998), S. 833 (835).

69 EuGH (Fn. 62), Rn. 69 sowie *D. Thym* (Fn. 10), S. 311 f. und *B. de Witte* (Fn. 47), S. 45-52.

70 Siehe EuGH (Fn. 62), Rn. 129-147.

71 In diesem Sinn etwa EuGH, Rs. C-307/97 (Saint-Gobain), Slg. 1999, I-6161, Rn. 57-59 und EuGH, Rs. C-55/00 (Gottardo), Slg. 2002, I-413, Rn. 33.

72 Explizit Art. 2 Abs. 2 Fiskalpakt (Fn. 50) sowie Art. 134 Schengener Durchführungsübereinkommen (ABl. EG 2000 L 239/13).

3. Mehrfach betont der EuGH im *Pringle*-Urteil die Pflicht der Mitgliedstaaten, das geltende Primär- und Sekundärrecht nicht zu „beeinträchtigen“ (*to affect/affecter*).⁷³ Dieses „Beeinträchtigungsverbot“ verlangt nicht nur die Nichtanwendung entgegenstehenden nationalen Rechts im Konfliktfall, sondern sichert die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts umfänglich. Es geht um eine föderale Konfliktvermeidung, die im US-Verfassungsrecht als *pre-emption* diskutiert und unter dem Grundgesetz als Sperrwirkung im Rahmen der Kompetenzordnung problematisiert wird.⁷⁴ Einen Rekurs auf die am deutschen Vorbild ausgerichteten Kompetenzregeln unterlässt der EuGH jedoch.⁷⁵ Dies liegt auch daran, dass das Unionsrecht offenbar keine strenge Sperrwirkung nach deutschem Vorbild kennt; die Mitgliedstaaten dürfen im Bereich der geteilten Zuständigkeiten tätig werden, solange sie das EU-Recht nicht beeinträchtigen.⁷⁶

Im Rahmen des Beeinträchtigungsverbots problematisiert der EuGH zugleich, ob der ESM-Vertrag so ausgestaltet ist, dass die effektive Wahrnehmung der Koordinierungs- und Aufsichtsbefugnisse der EU-Organe aufgrund des EU-Vertrags nicht gefährdet wird.⁷⁷ Hierdurch wendet sich Luxemburg zugleich gegen restriktive Regeln für die „Organleihe“, wenn die Kommission oder der Gerichtshof aufgrund völkerrechtlicher Satellitenverträge mit Aufgaben betraut werden, die über ihre Befugnisse im Rahmen des EU-Vertrags hinausgehen. Aufgrund früherer Urteile sowie prinzipieller Überlegungen hätte man durchaus einen strengeren Maßstab erwarten können.⁷⁸ Luxemburg wählt diesen Weg nicht. Das „Beeinträchtigungsverbot“ stellt eine flexible Grenzlinie bereit, deren Handhabung letztlich von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

4. Schließlich erfolgt eine Feinjustierung der alltäglichen Arbeitsbeziehung zwischen völkerrechtlichen Satelliten und den EU-Organen nach Maßgabe der Unionstreue.⁷⁹ Konkret wird man im Bereich einer konkurrierenden Unionskompetenz verlangen können, dass vor dem völkerrechtlichen Vertragsschluss die Möglichkeit einer supranationalen Lösung eruiert wird.⁸⁰ Vor allem jedoch verbietet die Unionstreue die Formierung eines „Abstimmungskartells“, wenn etwa die Euro-Gruppe

73 Insb. EuGH (Fn. 62), Rn. 101, 113, 119; wenn ebd. Rn. 101 auf Art. 3 Abs. 2 AEUV verweist, überzeugt dies insofern nicht, als die Norm eine ausschließliche EU-Verbandskompetenz für den Vertragsschluss mit Drittstaaten begründet; vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 26. 10. 2012, Rn. 96-99.

74 Instruktiv zu US-Tradition und EuGH-Rechtsprechung R. Schütze, *Supremacy without Pre-Emption?*, CML Rev. 43 (2006), S. 1023 (1032-1044) sowie A. von Bogdandy, *Grundprinzipien*, in: ders./Bast (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., 2009, S. 13 (38-42); zum GG näher BK-Bernhardt/Sacksofsky, Art. 31 GG Rn. 91 ff.

75 Speziell Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV wird nicht erwähnt.

76 Ebenso wie der Vorrang, die Staatshaftung, etc. folgt dieses Beeinträchtigungsverbot als allgemeiner Rechtsgrundssatz aus dem Wesen der supranationalen Rechtsgemeinschaft; zu früheren EuGH-Urteilen R. Schütze (Fn. 74), S. 1039-1044 sowie in Bezug auf das Völkerrecht B. de Witte (Fn. 47), S. 41 f. und D. Thym (Fn. 10), S. 313 f.

77 Vgl. EuGH (Fn. 62), Rn. 153 ff.

78 Vgl. D. Thym (Fn. 10), S. 315-318 und B. de Witte (Fn. 47), S. 45-52 sowie, in ihrer Strenge vom *Pringle*-Urteil wiederlegt, P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty*, EL Rev. 37 (2012), S. 231 (243 f.) und A. Fischer-Lescano/L. Oberndorfer, *Fiskalvertrag und Unionsrecht*, NJW 2013, S. 9 (10-12).

79 Hierzu mittelbar EuGH (Fn. 62), Rn. 148-152.

80 Siehe B. de Witte (Fn. 47), S. 52-54, D. Thym (Fn. 10), S. 309 f. sowie C. Calliess/C. Schoenfleisch (Fn. 58), S. 483.

eine Position informell abstimmt und die nicht-beteiligten Mitgliedstaaten im Rat sodann vor vollendete Tatsachen stellt.⁸¹ Die seinerzeitige Kritik der EU-Kommision am Elysée-Vertrag zeigt, dass die Furcht vor intergouvernementalen Absprachen keine neue Erfahrung ist.⁸² Am besten stellt man im Vorfeld sicher, dass eine solche „freundliche Übernahme“ erst gar nicht stattfindet – wie dies im Fall der Bankenunion derzeit diskutiert wird.⁸³

III. Schutz der Unionsrechtsordnung

Die einheitliche Geltung und Anwendung des Unionsrechts gehört zum Kernbestand der Europarechtslehre. Exemplarisch betont das Urteil *Costa/E.N.E.L.*: „Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der... Ziele des Vertrages bedeuten..., wenn das Gemeinschaftsrecht... von einem Staat zum andern verschiedene Geltung haben könnte.“⁸⁴ Zahlreiche europäische Rechtssätze leiten sich aus dem Einheitsprinzip ab und verhelfen ihm zum Durchbruch. Eben dies erklärt die prinzipielle Bedeutung der Binnendifferenzierung: die abgestufte Verwirklichung einzelner Integrationsschritte im kleinen Kreise stellt die Einheit des Europarechts in Frage. Aus diesem Grund begegnen zahlreiche Europarechtler und -politiker der flexiblen Integration traditionell mit Misstrauen. Sie betrachten die Infragestellung der herkömmlichen Rechtseinheit als Gefahr.

Nach meiner Überzeugung ist dieses Misstrauen nicht gerechtfertigt. Gewiss verlangt die Errichtung und Bewahrung einer supranationalen Rechtsgemeinschaft ein fortgesetztes Streben nach Rechtseinheit. Eben diese Zielrichtung wird jedoch durch die bestehenden Ausdrucksformen einer Binnendifferenzierung nicht aufgehoben. Im Gegenteil: materiell-rechtliche Schutzvorkehrungen garantieren, dass die Binnendifferenzierung in kontrollierten Bahnen verläuft – bei der Verstärkten Zusammenarbeit⁸⁵ nicht anders als bei völkerrechtlichen Satellitenverträgen.⁸⁶ Positiv gewendet garantieren eben diese Schutzvorkehrungen des geltenden Vertragsrechts die Verankerung der variablen Geometrie in der supranationalen Integrationsmethode. Diese gilt für die rechtlichen Grundannahmen (hierzu 1.) ebenso wie für den institutionellen Rahmen (hierzu 2.).

81 Zum Verhalten der Euro-Gruppe bei der „Vorbesprechung“ ausgesetzter Defizitverfahren in den Jahren 2002/03 siehe *D. Thym* (Fn. 10), S. 144, 312 f. sowie zu Konflikten im Vorfeld der Verständigung auf den Fiskalpakt aus Anlass des Europäischen Rats am 24. 10. 2012 siehe *A. Stratton/D. Gow*, Nicolas Sarkozy tells David Cameron: shut up over the euro, *Guardian unlimited* v. 23. 10. 2011 sowie *J. Chaffin/J. Clenski*, Currency ‘outs’ fear being left in the cold, *Financial Times* (European Edition) v. 03. 10. 2011.

82 Vgl. *B. Fassbender*, Der deutsch-französische Elysée-Vertrag von 1963, *DÖV* 2013, S. 125 (130 f.).

83 Siehe *A. Barker/R. Milne*, Eurozone ‘outs’ fear banking union plan, *Financial Times* v. 02. 10. 2012; konkret geht es um ein Abstimmungskartell der Euro-Zone (plus weiterer Staaten der Bankenunion im kleinen Kreis) innerhalb der European Banking Authority (EBA), deren Regeln für alle Mitgliedstaaten gelten.

84 EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

85 Hierzu vorstehend Abschnitt II.1.

86 Siehe hierzu Abschnitt II.2.

1. Einheit der Unionsverfassung

Die Europäische Union ist, weitaus mehr als der Nationalstaat, eine Schöpfung des Rechts, dessen abstrakte Gleichheit ein zentrales Mittel zur Überwindung nationaler und politischer Differenzen darstellt. Eben dies meint der Gerichtshof, wenn er von der „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“⁸⁷ spricht und hierdurch, relativierend, zum Ausdruck bringt, dass die fortgeschrittene Rechtsintegration keine Entsprechung in einer politischen und identifikatorischen Einheit findet.⁸⁸ Dass die rechtliche Einheit des Kontinents von der Gleichheit der Rechtspflichten abhängt, stellte *Walter Hallstein* schon vor 40 Jahren fest: „Rechtsgleichheit und -einheit sind untrennbar miteinander verbunden. Keine Rechtsordnung ohne Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit aber bedeutet Einheit. Auf dieser Einsicht beruht der Vertrag von Rom.“⁸⁹ Mit eben diesem Einheitsparadigma ist Binnendifferenzierung durchaus vereinbar.

Bei einer formalen Betrachtung wird die Einheit der europäischen Verfassungsordnung dadurch gewahrt, dass die Vertragsbestimmungen zur Differenzierung aufgrund einer förmlichen Vertragsänderung eingeführt wurden. Dies ist bei der Verstärkten Zusammenarbeit ebenso der Fall wie bei der abgestuften Realisierung der Währungsunion sowie der Justiz- und Innenpolitik. Anders als bei den rechtshistorischen Beispielen des Sozialabkommens sowie der Maastrichter Sonderstellung Dänemarks wurde nicht auf semivertragliche Rechtskonstruktionen mit unklarer Wirkungsmacht zurückgegriffen. Alle aktuellen Sonderreglungen wurden durch reguläre Vertragsänderungen eingeführt.⁹⁰ Dasselbe gilt für völkerrechtliche Satellitenverträge, weil diese von den Mitgliedstaaten nicht nach freiem Gutdünken geschlossen werden können und, insbesondere, den Vorrang des Unionsrechts achten müssen.⁹¹ Es handelt sich gerade nicht um extra-legale Maßnahmen exekutiven Zuschnitts zur Rettung des Euro im Sinn einer „Verfassungsdurchbrechung“.⁹² Hinsichtlich der formalen Einheit der europäischen Rechtsordnung im Angesicht einer Binnendifferenzierung gilt die Einsicht *Hans Kelsens*: „Haben die Normen einer Rechtsordnung verschiedene räumliche Geltungsbereiche, ist die Möglichkeit – wenn auch nicht die Notwendigkeit – gegeben, dass für verschiedene Teilgebiete Normen verschiedenen Inhaltes gelten. Die formale Einheit der Rechtsordnung

87 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 21.

88 Vgl. *C. Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 74), S. 227 (228 f.); sinngemäß *J. Přibáň*, The Self-Referential European Polity, its Legal Context and Systemic Differentiation, ELJ 15 (2009), S. 442 (449 ff.).

89 *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33; näher *I. Pernice*, Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, in: M. Zuleeg (Hrsg.), Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas, 2003, S. 56–70.

90 Die Überlegungen von *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001), S. 449 zum Vorliegen einer Verfassungsdurchbrechung überzeugen daher nicht; auch die Kritik von *D. Curtin*, The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, CML Rev. 30 (1993), S. 17 (63) betraf die unklaren Regelungen des Vertrags von Maastricht zum Sozialabkommen sowie Dänemark, die in der Tat auf einer zweifelhaften Rechtsgrundlage basierten. Dies ist heute anders.

91 Hierzu vorstehend Abschnitt II.2.b.

92 So bereits *D. Thym* (Fn. 62), S. 259 f. entgegen *C. Joerges* (Fn. 54), S. 377–381 und *F. Schorkopf*, Gestaltung mit Recht, AÖR 136 (2011), S. 323 (336–343).

muss nicht mit materieller Einheit des Rechtsinhalts verbunden sein... Aus verschiedenen Gründen kann sich die Erforderlichkeit inhaltlicher Differenzierung der Rechtsordnung in Bezug auf verschiedene Teilgebiete ergeben. Geographische, nationale, religiöse Unterschiede innerhalb des rechtlich zu regulierenden Materials heischen Berücksichtigung durch eine territoriale Gliederung der Rechtsgemeinschaft; und das umso mehr, je größer der Umfang des Rechtsgebietes ist und je größere Differenzierungsmöglichkeit innerhalb der zu normierenden Lebensverhältnisse besteht.“⁹³

Die Vertragsbestimmungen zur Binnendifferenzierung wahren jedoch nicht nur die formale Einheit der europäischen Rechtsordnung, sondern verknüpfen die Binnendifferenzierung mit der Beachtung der wesensbildenden Grundprinzipien des supranationalen Rechts.⁹⁴ Die einzige Ausnahme ist die Suspendierung des Stimmrechts der nicht-beteiligten Mitgliedstaaten bei Abstimmungen im Rat.⁹⁵ Ansonsten gelten die allgemeinen Regeln: die EU-Organe erlassen reguläre Richtlinien und Verordnungen, die an allen Privilegien des Europarechts teilhaben – unter Einschluss der unmittelbaren Anwendung, des Vorrangs und der Letztentscheidungsbefugnis des EuGH.⁹⁶ Ein Beispiel: Die fehlerhafte Umsetzung einer Richtlinie zum Asylrecht, an der das Vereinigte Königreich nicht teilhat, entfaltet in Deutschland dieselbe Wirkung wie jede andere Richtlinie. Der EuGH kann zur Auslegung angerufen werden, die nationalen Gerichte sind zur Konformauslegung verpflichtet und im Fall einer Nichtumsetzung droht ein Strafgeld.⁹⁷

Der einzige Unterschied zum regulären Europarecht besteht mithin in der geographischen Beschränkung des Anwendungsbereichs.⁹⁸ Es geht um eine Freiwilligkeit der Teilnahmeentscheidung – nicht jedoch um eine Beliebigkeit der Rechtsbefolung.⁹⁹ Eine kontrollierte Binnendifferenzierung erlaubt keinen Exit aus der supranationalen Integrationsmethode, sondern ist – im Gegenteil – fest in dieser verwurzelt.

2. Einheitlicher institutioneller Rahmen

Als juristische Geburtsurkunde der europäischen Integration bekräftigte die Präambel des EGKS-Vertrags eine Erfolgsbedingung der europäischen Einigung, wenn

93 H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, Nachdruck 1993, S. 165.

94 Ebenso im Ergebnis M. Dougan, The Unfinished Business of Enhanced Co-operation, in: Ott/Vos (Hrsg.): Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives, 2009, S. 157 (160), J. Shaw, Flexibility in a ‘Reorganised’ and ‘Simplified’ Treaty, CML Rev. 40 (2003), S. 279 (295) und C. Guillard, L’Intégration différenciée dans l’Union européenne, 2007, S. 107 ff.

95 Hierzu nachfolgend Abschnitt III.2.

96 Ausführlicher, auch zur Wahrung von materieller Vertragsprinzipien wie dem Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, siehe D. Thym (Fn. 10), Kap. 8 f.

97 Vgl. Art. 260 Abs. 2 f. AEUV; warum dies bei einer Verstärkten Zusammenarbeit entgegen Art. 326 AEUV nicht gelten sollte erklärt S. Zeitzmann, Das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit und dessen erstmalige Anwendung, ZEuS 2011, S. 87 (98) nicht.

98 Für die Verstärkte Zusammenarbeit ordnet dies Art. 20 Abs. 4 S. 1 EUV an.

99 Zum Sonderfall des britischen Opt-out aus einem Änderungsrechtsakt, hinsichtlich dessen London sich ursprünglich für eine Teilnahme entschieden hatte, siehe Art. 5 Abs. 2-4 Protokoll (Nr. 19) und Art. 4a Protokoll (Nr. 21) (ABl. EU 2008 C 115/290, 295); ausführlicher D. Thym (Fn. 6), Rn. 52-54 (i.E.).

sie das Ziel bezeichnet, „die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können.“¹⁰⁰ Einrichtung, Zuständigkeit und Struktur der EU-Organe sind eine wesentliche Erfolgsbedingung der EU-Integration.¹⁰¹ Es ist daher von zentraler Bedeutung, dass die supranationale Binnendifferenzierung fest im institutionellen Rahmen verankert ist. Dies gilt für die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit¹⁰² ebenso wie für die Annahme von Rechtsakten innerhalb derselben.¹⁰³ Es gelten die regulären Gesetzgebungsverfahren mit voller Parlamentsbeteiligung.¹⁰⁴ Einzige Ausnahme ist die Aussetzung des Stimmrechts (nicht jedoch des Teilnahme- und Rederechts) der nicht beteiligten Mitgliedstaaten im Rat.¹⁰⁵ Alle anderen Organe entscheiden in unveränderter Zusammensetzung.¹⁰⁶

Diese Einbettung in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen erklärt, warum die abgestufte Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in den vergangenen Jahren vergleichsweise reibungsfrei funktionierte.¹⁰⁷ Dass das Fehlen eines fortgesetzten Diskurses ein Problem darstellt, zeigt im Umkehrschluss der Streit um das Verhalten der Euro-Gruppe, wenn diese ihre Positionen informell abstimmt und die nicht-beteiligten Mitgliedstaaten aufgrund eines „Abstimmungskartells“ im Rat vor vollendete Tatsachen stellt.¹⁰⁸ Dem beugt die Anwendung der supranationalen Integrationsmethode vor. Sie garantiert den fortgesetzten Diskurs aller Mitgliedstaaten ebenso wie die Vermittlerrolle der supranationalen Organe und verhindert auf diese Weise eine politische Spaltung infolge der variablen Geometrie. Kontrollierte Binnendifferenzierung kombiniert den Integrations-(un-)willen verschiedener Mitgliedstaaten und verhindert, dass die abgestufte Integration zum Spaltpilz wird.

Speziell die Verstärkte Zusammenarbeit fungiert in der Rechtspraxis vielfach als „Veto-Brecher“ bei Einstimmigkeit im Rat, wenn die Option des Voranschreitens im kleinen Kreis einem Kompromiss aller Mitgliedstaaten den Weg bereitet¹⁰⁹ bzw. das Veto eines Mitgliedstaats durch die Einrichtung der Verstärkten Zusammenar-

100 Erwägungsgrund 5 der Präambel des EGKS-Vertrags (BGBl. 1952 II 445).

101 Dies gilt unabhängig davon, ob man die supranationalen Organe nach dem liberalen Intergouvernementalismus als Sachwalter des Staateninteresses einstuft oder ihnen nach Maßgabe des Neofunktionalismus, des historischen Institutionalismus bzw. des Konstruktivismus maßgeblichen Einfluss auf das Schicksal der EU zusisst; vgl. den ersten Teil von *E. Jones* u.a. (Hrsg.): *The Oxford Handbook of the European Union*, 2012.

102 Vgl. Art. 20 Abs. 2 EUV, Art. 328 f. AEUV sowie vorstehend Abschnitt II.1.

103 Siehe Art. 326 Abs. 1 AEUV; als Sonderform der Verstärkten Zusammenarbeit gilt diese Regelung für das Schengener Recht sowie die Sonderstellung von Irland, Dänemark und Großbritannien in der Justiz- und Innennpolitik entsprechend.

104 Hiernach folgt die Annahme der Richtlinie zur Finanztransaktionssteuer Art. 113 AEUV (Einstimmigkeit im Rat; Mitentscheidung des EP).

105 Siehe Art. 20 Abs. 3 EUV, Art. 330 AEUV sowie, für die Währungsunion, Art. 139 Abs. 4 AEUV.

106 Ausführlicher *D. Thym* (Fn. 10), Kap. 7.

107 Vgl. *F. Tekin*, *Differentiated Integration at Work*, 2012, S. 234-238 sowie die Befragung von nationalen Vertretern in Brüssel durch *R. Adler-Nissen*, *The Diplomacy of Opting Out*, JCMSt. 46 (2008), S. 663 (675).

108 Hierzu vorstehend Fn. 81 und begleitender Text.

109 Dies gilt speziell für die italienische Veto-Drohung gegen den Europäischen Haftbefehl, die u.a. durch die Forderung des EP-Ausschussvorsitzungen nach einer Binnendifferenzierung gebrochen wurde; vgl. *G. Watson*, *Go Ahead on Arrest Warrant Without Italy*, *Financial Times* (European Edition) vom 08. 12. 2001.

beit umgangen wird.¹¹⁰ Dass dies Vorgehen in keiner Weise rechtsmissbräuchlich ist, stellte der EuGH auf die spanisch-italienische Klage gegen das EU-Patent mit erfreulicher Klarheit fest.¹¹¹ Hier diente die Verstärkte Zusammenarbeit ganz konkret als Veto-Brecher. Nichts anderes gilt für Regierungskonferenzen, wenn die notwendige Einstimmigkeit für Vertragsänderungen durch die Gewährung von fall-spezifischen Opt-outs erreicht wird.¹¹² Auf dieses Muster spekuliert vermutlich auch die aktuelle britische Regierung, wenn sie die angestrebte EU-Reform in Reaktion auf die Euro-Krise zum Anlass nehmen möchte, um weitere Opt-outs durchzusetzen.¹¹³ Die Erfahrungen mit früheren Regierungskonferenzen zeigen, dass diese Strategie durchaus Erfolg haben könnte, wenn die Reform der Währungsunion hier-von abhängt.¹¹⁴

Die kontrollierte Binnendifferenzierung erfuhr im Vertrag von Lissabon eine wichtige Stärkung, wenn der Rat aufgrund der auf den ersten Blick eher abseitigen Bestimmung des Artikels 333 AEUV innerhalb einer Verstärkten Zusammenarbeit einen Beschluss über den Übergang zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren fassen kann. Ein Stimmrecht bei dieser Entscheidung haben nur die Teilnehmerstaaten.¹¹⁵ Was dies konkret bedeutet, zeigt ein Beispiel: Nach der Errichtung einer (potentiellen) Verstärkten Zusammenarbeit zur Harmonisierung der Körperschaftssteuer könnten die beteiligten Mitgliedstaaten durch einstimmigen Ratsbeschluss zur doppelten Mehrheit übergehen – und zwar ohne, dass den nicht-beteiligten Mitgliedstaaten, etwa dem Vereinigten Königreich, ein Veto-Recht zukäme. Auf diesem Wege kann man, soweit dies politisch gewünscht ist, eine Steuerharmonisierung ebenso betreiben wie einen Ausbau des Sozialrechts. Wer eine europäische Wirtschaftsregierung fordert, kann auf diesem Wege einiges (nicht: alles) erreichen. Wenn dies nicht geschieht, fehlt es am politischen Willen.¹¹⁶ Die Vertragsregeln sind besser als ihr Ruf.

110 Wie im Fall der Ehrechte, des EU-Patents bzw. der Finanztransaktionssteuer, wo ein Veto der nicht beteiligten Mitgliedstaaten durch die Errichtung einer Verstärkten Zusammenarbeit umgangen wurde; vgl. Abschnitt II, 1.

111 Siehe EuGH (Fn. 43), Rn. 33-36, weil die Verstärkte Zusammenarbeit sich nicht auf Situationen beschränkt, in denen ein Mitgliedstaat gar nicht am Rechtsakt teilnehmen will; das Kriterium des letzten Mittels (Art. 20 Abs. 2 EUV) stellt sicher, dass gleichwohl ein Kompromiss aller Mitgliedstaaten gesucht werden muss, vgl. ebd. Rn. 49.

112 Hierzu die Analyse des Akteursverhaltens in der Politikwissenschaft bei K. *Dyson/A. Sepos* (Fn. 23), S. 8 f. sowie A. *Kölliker*, The Functional Dimension, in: ebd., S. 39-53.

113 Hierzu recht direkt D. *Cameron* (Fn. 18).

114 Vgl. zu den Diskussionen in Maastricht und Amsterdam vorstehend Abschnitt I.2. und zur Verschärfung der Opt-outs im Vertrag von Lissabon C. *Ladenburger*, Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon, EuConst 4 (2008), S. 20 (28, 36 f.).

115 Dies ergibt sich aus dem Verweis auf Art. 330 AEUV; der Vorläufer in Art. III-422 Verfassungsvertrag (AbI. EU 2004 C 310/1), der nie in Kraft trat, wurde vom Europäischen Konvent in letzter Minute ohne Diskussion im Plenum eingeführt, vgl. D. *Thym*, United in Diversity, German Law Journal 6 (2005), S. 1731 (1746 f.).

116 Bei der Verstärkten Zusammenarbeit über das Recht der Ehescheidung (vgl. Fn. 33), hatte das Europäische Parlament anfangs eine Aktivierung der Passerelle-Klausel gefordert, seine Zustimmung nach Art. 329 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV letztlich jedoch nicht hiervon abhängig gemacht; vgl. J.-J. *Kuijpers*, The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation, ELJ 18 (2012), S. 201 (216).

In einem Punkt erfolgt regelmäßig der Ruf nach einer institutionellen Reform, der bislang jedoch ohne Konsequenz verhallte: aufgrund der unveränderten Zusammensetzung des Europäischen Parlaments können britische Abgeordnete das Schicksal der Euro-Zone beeinflussen.¹¹⁷ Dies wird regelmäßig kritisiert¹¹⁸ (nicht viel anders als bei nationalen Verfassungen mit einem asymmetrischen Zuschnitt).¹¹⁹ Tatsächlich wehrte sich das Parlament bei der Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit vehement gegen ein differenziertes Stimmrecht.¹²⁰ Auf denselben Widerstand dürften Versuche einer parlamentarischen Kammerbildung bei der Fortentwicklung der Währungsunion stoßen.¹²¹ Die Antwort hängt nicht zuletzt an den europapolitischen Grundüberzeugungen. Wer die legitimatorische Kraft vorrangig bei den Nationalstaaten verortet, wird eine Binnendifferenzierung des Europaparlaments nach Nationalitäten befürworten,¹²² während die neoföderale Lesart die gesamteuropäische Repräsentationsfunktion des Parlaments als Vertretung aller Unionsbürgerinnen und Unionsbürger betont und eine Aufspaltung ablehnt.¹²³

IV. Zusammenhalt und Legitimation der EU-Integration

Hans-Peter Ipsen warnte vor drei Jahrzehnten davor, Perspektiven der europäischen Verfassungspolitik „präjudiziel-voreilig auf ihre künftige oder gar endgültige Gestaltform [zu richten]: auf die Einheit ihrer Rechtserscheinung, wie sie sich aus der Gesetzlichkeit ihres Aufbaues und ihrer Aufgaben ergebe oder ergeben müsse.“¹²⁴ Die kontrollierte Binnendifferenzierung ist eine solche neue Gestaltform, die den unterschiedlichen Integrationswillen der Mitgliedstaaten konstruktiv einfängt. In den Anfangsdekaden der Integration war dies nicht vorstellbar, weil die geringe Integrationsdichte und die Konzentration auf den Abbau von Handelshemmnissen

117 Die unveränderte Zusammensetzung folgt schlicht aus der Abwesenheit einer Sonderregelung nach dem Modell des Art. 330 AEUV für den Rat.

118 Kritisch etwa *P.M. Huber*, Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union?, EuR 1996, S. 347 (360), *C.D. Ehlermann*, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag, EuR 1997, S. 362 (374 f.) sowie *A. von Bogdandy*, Editorial, EuZW 2001, S. 449.

119 Regelmäßig für Aufsehen sorgt etwa das unbegrenzte Stimmrecht schottischer Abgeordneter im britischen Parlament, etwa bei der Erhöhung der Studiengebühren für England, die Schottland abgeschafft hatte, die jedoch ohne die Zustimmung der schottischen Labour-Abgeordneten gescheitert wäre; vgl. *P. Hain*, The Balkanisation of Britain, The Guardian vom 21. 01. 2004.

120 Vgl. die Forderung gem. der Resolution, Dok. A4-0102/95 v. 17. 05. 1995 (ABl. EG 1995 C 151/56), Nr. 16 sowie *F. Tuylschaever* (Fn. 4), S. 65.

121 Eine „offene“ Debatte fordert *A. Merkel*, Rede vor dem EP am 07. 11. 2012; eine Euro-Kammer mit Beschlussbefugnissen erwägt die Mitteilung der Kommission, KOM(2012)777 v. 28. 11. 2012, S. 45; betont offen *H. Van Rompuy*, Interim Report to the European Council: Towards a Genuine Economic and Monetary Union, 05. 12. 2012; das Parlament bereitet derzeit einen Eigeninitiativbericht, Konstitutionelle Probleme ebenenübergreifender Verwaltungsmodalitäten, EP file 2012/2078(INI).

122 In diesem Sinn etwa *M. Dougan* (Fn. 94), S. 174-177 und *J.-C. Piris*, The Future of Europe, 2012, S. 128 f.

123 In diesem Sinn die oben ausgeführte EP-Forderung im Vorfeld des Amsterdamer Vertrags sowie die Neufassung der Art. 10f. EUV, die als zukunftsgewandte und insoweit visionäre Forderung auch dann für Einheitlichkeit sprechen, wenn in der Gegenwart kein hinreichendes Zusammenghörigkeitsgefühl unter den Bürgern besteht.

124 *H.-P. Ipsen* (Fn. 7), S. 1050.

eine Betonung der Einheit stiftenden Prinzipien verlangte.¹²⁵ Eben dies ist jedoch bei politischen Integrationsprojekten anders, die – wie die Währungsunion, die Justiz- und Innenpolitik sowie die Verteidigungspolitik – eine Nähe zum Projekt einer politischen Union aufweisen und gerade deshalb häufig der Gegenstand einer Binnendifferenzierung sind.¹²⁶ Binnendifferenzierung vermag in diesen Bereichen durchaus Zentrifugalkräfte konstruktiv einzubinden (hierzu 1.), könnte aber dennoch die Legitimation des EU-Projekts langfristig untergraben (hierzu 2.).

1. Einheit in Vielfalt

Eine kontrollierte Binnendifferenzierung erlaubt es den Mitgliedstaaten, unterschiedliche Zielvorstellungen über den Fortschritt sowie die Finalität des Integrationsprozesses offen zu lassen und dennoch beiden Sichtweisen gerecht zu werden. Neoföderalisten mögen die Währungsunion als Einstieg in ein föderales Kerneuropa betrachten, während zahlreiche Briten ihre Opt-outs als Vorboten einer EU als flexiblen Club der Nationalstaaten betrachten (hierzu einleitend I. 1.). Beide Seiten haben Recht und Unrecht zugleich: aufgrund des inhärenten Pragmatismus erlaubt die kontrollierte Binnendifferenzierung ein Voranschreiten ohne Entscheidung der Finalitätsfrage.¹²⁷ Dieser Pragmatismus ist eine zentrale Errungenschaft der euro-parechtlichen Ungleichzeitigkeit, wenn diese es der EU erlaubt, in rechtlicher, institutioneller und integrationspolitischer Hinsicht „In Vielfalt geeint“¹²⁸ zu sein. Es ist eine politische und demokratische Errungenschaft, wenn die Flexibilisierung der Union „eine Respektierung einer nationalen demokratischen Mehrheit [erlaubt], ohne dass diese nationale Mehrheit, die eine europäische Minderheit ist, die Verwirklichung des europäischen Mehrheitswillens unterbindet.“¹²⁹

Dieses positive Fazit zur rechtlichen Bewertung wird auch nicht durch die Euro-Krise in Frage gestellt. Hauptursache der aktuellen Krise sind Konstruktionsschwächen der Währungsunion – nicht der Umstand, dass diese Regeln nicht für alle Mitgliedstaaten gelten. Die Krise wäre nicht dadurch gelöst, dass das Vereinigte Königreich und Schweden dem Euro beitreten. Eher umgekehrt: Flexible Integration erlaubt Krisenbewältigung, wenn die Konstruktionsschwächen der Währungsunion durch die Verstärkte Zusammenarbeit sowie völkerrechtliche Satellitenverträge partiell abgedeckt werden. Im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit sowie im Wege des völkerrechtlichen Vertragsschlusses kann die Euro-Zone auch dann voranschreiten, wenn die britische Regierung nicht zustimmt. Dies wäre in den ersten

125 Siehe *A. von Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht, 1. Aufl. 2003, S. 149 (185 f.); hinzukommt, dass die entpolitiserte Integrationslogik des Binnenmarkts der 1960er- bis 1980er-Jahre auf Einheitlichkeit aus war; vgl. *D. Thym* (Fn. 6), Rn. 4-7.

126 In diesem Sinn bereits *D. Thym*, The Political Character of Supranational Differentiation, E.L. Rev. 31 (2006), S. 781 (785-787).

127 Sinengemäß *N. Walker*, Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union, ELJ 4 (1998), S. 355 (374, 369-371).

128 So das putative Motto der Union nach Art. I-8 Verfassungsvertrag (Fn. 115).

129 *A. von Bogdandy* (Fn. 125), S. 180.

Integrationsdekaden undenkbar gewesen. Flexible Integration ist insoweit Teil der Lösung – und nicht Teil des Problems.

Ob eine flexible Integration langfristig in der Lage sein wird, die unterschiedlichen Finalitätsvorstellungen auf Dauer zusammenzuhalten, hängt von Rahmenbedingungen ab, die die Verstärkte Zusammenarbeit nicht garantieren kann. Dies lehrt die Erfahrung mit föderativen Gebilden asymmetrischen Zuschnitts in der Vergangenheit. Zur Hochzeit des Nationalstaats wurden flexible Regelungen häufig mit Sezessions- und Auflösungsscheinungen verbunden, wie im Fall der zerfallenden k.u.k.-Monarchie sowie der nach Unabhängigkeit strebenden britischen Siedlungs- kolonien, die *Georg Jellinek* zu der Schlussfolgerung veranlassten, dass die Ein- ordnung einzelner Länder in den Gesamtstaat „in größerem oder geringerem Umfange... eine abnorme Form ist, die entweder zu neuen Staatenbildungen oder zu einer stärker zentralisierten... Verfassung des ganzen Staates hinstrebt.“¹³⁰ Dagegen zeigen die aktuellen Erfahrungen in Belgien, Kanada, dem Vereinigten Königreich und Spanien, dass ein asymmetrischer Föderalismus – trotz aller Probleme – zum dauerhaften Ausgleich der widerstrebenden Kräfte beitragen kann.¹³¹

Entsprechend gilt für die EU-Binnendifferenzierung, dass diese für sich genommen den dauerhaften Zusammenhalt der EU im Angesicht unterschiedlicher Zielvor- stellungen weder garantiert noch, für sich genommen, untergräbt. Das zeigt das Beispiel der britischen EU-Mitgliedschaft, die schon vor zwanzig Jahren auf der Kippe hätte stehen können, wenn der Widerstand der britischen Konservativen gegen die Währungsunion nicht durch ein Opt-out konstruktiv mit dem deutsch-fran- zösischen Integrationswunsch verbunden worden wäre. Entsprechend besteht in London eine verbreitete Einschätzung, dass ein künftiger Austritt nur durch weitere Opt-outs abgewendet werden kann, wenn diese als Kompromiss die Grundlage für ein positives britisches Referendum über den Verbleib in der Europäischen Union legen.¹³² Erneut wäre Ungleichzeitigkeit ein Teil der Lösung und nicht das zentrale Problem. Dies gilt jedenfalls für die politische Dynamik der Vertragsverhandlungen. Zugleich könnten weitere Ausnahmen die legitimatorischen Grundlagen der EU-Integration untergraben.

2. Rückwirkungen auf das Legitimationsgefüge

Es ist keine neue Erkenntnis, dass der europäischen Rechtsintegration eine unvoll- ständige politische Einheit gegenüber steht, wenn öffentliche Debatten und die identifikatorische Zuordnung der Bürger vorrangig im Nationalstaat stattfinden.¹³³ Anders formuliert: Für die Zukunft der EU-Integration besteht die zentrale Heraus-

130 *G. Jellinek*, Das Recht des modernen Staates, Band 1: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 642 und 644.

131 Siehe den vergleichenden Überblick bei *A. Schrauwen* (Hrsg.), *Flexibility in Constitutions*, 2. Auflage 2002 sowie *J. Wuermeling*, *Kooperatives Gemeinschaftsrecht*, 1988, S. 13 ff.

132 Eben dies ist die Strategie der aktuellen Tory-Regierung; vgl. vorstehend Abschnitt I.1.b sowie Fn. 113 und begleitender Text.

133 Klassisch *J. Weiler*, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, *Y.E.L.* 1 (1981), S. 257 (272 ff.).

forderung nicht in der Legalität sondern in der Legitimität der EU-Integration. Hier zeigt sich die Schattenseite der Binnendifferenzierung, die bei einer rechtlichen Betrachtung durchaus mit den Grundannahmen der supranationalen Integrationsmethode übereinstimmen mag. Aus der Perspektive des politischen Systems ist die Binnendifferenzierung jedoch nicht nur ein technisch-rechtlicher Vorgang, sondern Teil eines fundamentalen Wandels mit Rückwirkungen auf das Legitimationsgefüge.¹³⁴

So sichert der Vorrang des EU-Rechts im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit die Legalität des Europarechts, nicht jedoch dessen Legitimation. Letztere bedarf eines Mindestmaßes an gesellschaftlicher und politischer Integration auf der Grundlage eines Zusammengehörigkeitsgefühls der Bürger mit Elementen einer bürger-schaftlichen Identität.¹³⁵ Hier zeitigt Binnendifferenzierung negative Folgewirkungen. Es gehört zu den Gemeinplätzen der jüngeren Sozialwissenschaft, dass individuelle und kollektive Identitäten keine feststehenden Größen sind, sondern einem beständigen Wandlungsprozess unterliegen, der durch soziale und politische Praktiken und Symbole beeinflusst wird.¹³⁶ Derartige Identitätsbildungsprozesse finden tagtäglich statt – und können im Augenblick von Verfassungskrisen eine Zuspitzung in „konstitutionellen Momenten“ erfahren.¹³⁷

In der Rückwirkung auf die bürger-schaftliche Identität sowie die politische Legitimation liegt das zentrale Risiko der flexiblen Integration. Im politischen Alltagsleben erschwert eine Binnendifferenzierung die identifikatorische Rückbindung Europas an die Bürger. Speziell in Zeiten der Krise kann flexible Integration das erreichte Zusammengehörigkeitsgefühl sogar in Frage stellen. Hierzu drei abschließende Gedanken:

Erstens beweist jedes Gespräch mit einem Briten, dass Ungleichzeitigkeit ein Gefühl des Nicht-Dazugehörens stärken kann. Gewiss: Ohne Opt-outs wäre das Vereinigte Königreich vielleicht längst aus der EU ausgetreten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Opt-outs zugleich die identifikatorische Anbindung des Vereinigten Königreichs an den Kontinent im Sinn einer Negativabgrenzung erschweren. Viele Briten sind stolz auf ihre Grenzkontrollen, das Pfund und das britische Veto gegen den Fiskalpakt – und zwar gerade auch deshalb, weil die Deutschen keine D-Mark und keine nationalen Grenzkontrollen mehr haben. Ungleichzeitigkeit ist insoweit ein Symbol, das den Briten ihre Andersartigkeit vor Augen führt. Dies stärkt die nationale Identität.¹³⁸

134 Ähnlich *N. Walker*, Flexibility within a Metaconstitutional Frame, in: de Búrca/Scott (Fn. 47), S. 9 (9 f.).

135 Betont kritisch *J. Weiler*, Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration, in: Dickson/Eleftheriades (Hrsg.): Philosophical Foundations of European Union Law, 2012, S. 137 (139-144).

136 Stellvertretend *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, S. 91 (115 f.).

137 Zum Wandel des US-Verfassungsdenkens in Umbruchsituationen, ganz ähnlich wie in der EU-Währungskrise, siehe *B. Ackerman*, We, the People. Vol. 2 1998.

138 Sinngemäß *T. Risse*, The Euro Between National and European Identity, Journal of European Public Policy 10 (2003), S. 487 (492-495, 499 f.) sowie, mittelbar, zur Identität als Grundlage des Opt-outs *D. Leuffen* u.a. (Fn. 15), S. 182.

Zweitens gilt dasselbe in abgeschwächter Form für jede Form der flexiblen Integration. Wenn man bei Google die Stichworte „EU-Patent“ oder „Schengen“ eingibt, erwähnt beinahe jede Fundstelle früher oder später den Teilnehmerkreis und unterscheidet die „ins“ und die „outs“. Dies hat Rückwirkungen auf die Wahrnehmung der europäischen Politik. In Fällen der flexiblen Integration wird der Streit über EU-Rechtsakte nicht als transnationale Debatte zwischen parteipolitischen oder gar gesellschaftlichen Strömungen über Grenzen hinweg wahrgenommen. Stattdessen erscheint die EU-Rechtsetzung als bürokratische Zusammenarbeit intergouvernementalen Verwaltens.¹³⁹ Flexible Integration marginalisiert transnationale Diskussion, etwa im Europäischen Parlament, und stärkt die Dominanz nationaler Interessenvertretung, institutionell im (Europäischen) Rat. Anders formuliert: das nationale Interesse erscheint als Grundlage der EU-Politik – ganz im Sinn des Intergouvernementalismus.

Drittens und letztens erfährt das Vorstehende eine Potenzierung im Fall völkerrechtlicher Satellitenverträge. Die meisten Bürger kennen den Fiskalpakt und den ESM sowie die dazu gehörigen Entscheidungen des Bundestags sowie des Bundesverfassungsgerichts – nur wenige jedoch haben vom Six-Pack und dem *Pringle*-Urteil gehört. Völkerrechtliche Satellitenverträge sind Intergouvernementalismus pur, im doppelten rechts- und politikwissenschaftlichen Sinn. Durch den Fokus auf die Binnendifferenzierung und das Völkerrecht im öffentlichen Diskurs nimmt der Glaube an die Leistungsfähigkeit der supranationalen Gemeinschaftsmethode Schaden¹⁴⁰ – und zwar auch dann, wenn der EuGH eine rechtlich-institutionelle Intergouvernementalisierung durch Satellitenverträgen verhindert.¹⁴¹ Dies zeigt exemplarisch das Beispiel der Staats- und Regierungschefs, die wohl gar nicht realisierten, dass sie den Fiskalpakt weitgehend auch durch Sekundärrecht hätten realisieren können.

V. Fazit

Speziell die Verstärkte Zusammenarbeit war immer als ein möglicher Ausweg aus Krisensituationen gedacht, in denen unterschiedliche Integrationsvorstellungen nicht durch einen Kompromiss mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten gelöst werden können. Eben dieser Punkt wurde in der Währungskrise erreicht. Die Konstruktionschwächen der Währungsunion lassen der Euro-Zone keine andere Wahl, als durch Mechanismen der inner- und außervertraglichen Kooperation eine Schadensbegrenzung zu betreiben. Hierbei wird deutlich, dass die Binnendifferenzierung

139 Ähnlich *J. Pribáň*, Legal Flexibility, Governance and Differentiated Integration, in: Dyson/Sepos (Fn. 23), S. 24 (27-31), *C. Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 74), S. 227 (248 f.) und *J. Shaw*, Constitutionalism and Flexibility in the EU, in: de Búrca/Scott (Fn. 47), S. 337 (337 f.).

140 Sinngemäß *N. Scicchitano*, EU Constitutionalism in Flux, ELJ 18 (2012), S. 489 (493-495), *N. Walker* (Fn. 134), S. 12 und *K. Tuori*, The European Financial Crisis: Constitutional Aspects and Implications, EUI Working Papers LAW No. 2012/28, Abschn. IV.

141 Hierzu Abschnitt II.2.b.

keineswegs nur ein technischer Vorgang ist. Stattdessen zeitigt eine flexible Integration inhaltliche Auswirkungen auf drei Betrachtungsebenen, die zugleich die mittelfristigen Folgewirkungen der Binnendifferenzierung für den Integrationsprozess verdeutlichen. Es geht um eine Ungleichzeitigkeit der Finalitätsvorstellungen, die rechtsdogmatische Einbettung der Binnendifferenzierung in das supranationale Unionsrecht sowie die Auswirkungen auf die Verfassungsordnung nebst ihren legitimatorischen Grundlagen.

Einigkeit besteht unter den Befürwortern der Binnendifferenzierung nur hinsichtlich des Mittels, wenn maßgeschneiderte Opt-outs für einzelne Mitgliedstaaten sowie der allgemeine Mechanismus der Verstärkten Zusammenarbeit einen sachlich begrenzten Integrationsfortschritt im kleinen Kreis ermöglichen. Hierbei werden jedoch unterschiedliche verfassungspolitische Ziele verfolgt. Speziell britische Konservative befürworten den Umbau der Union zu einem flexiblen Forum für die überstaatliche Zusammenarbeit; Europa soll der Verwirklichung der Staatsinteressen dienen und möglichst wenig Eigenleben entfalten. Eben dies ist bei zahlreichen Kontinentaleuropäern anders, wenn diese die Binnendifferenzierung als Ausdruck eines Kerneuropas betrachten, das an der (zumeist vagen) Zielvorstellung einer quasi-bundesstaatlichen Einheit des Kontinents festhält. Eine Ungleichzeitigkeit begründet das Nebeneinander der Zielvorstellungen über Sinn und Zweck der Binnendifferenzierung gerade auch deshalb, weil die beiden Positionen konzeptionell nicht miteinander vereinbar sind. Es geht nicht um eine lineare Integrationsgesetzlichkeit, die in ein gleichförmiges Ergebnis mündet, sondern um ein Offenlassen der Vorstellungen über die langfristige Zielrichtung der Integration.

Zweitens bewirkt die Binnendifferenzierung eine Vielzahl an dogmatischen und rechtstechnischen Fragen zur Einbettung der Verstärkten Zusammenarbeit sowie der bereichsspezifischen Opt-outs in der Währungsunion, der Justiz- und Innenpolitik sowie der Verteidigungspolitik in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union. Hierbei zeigt sich, dass die Binnendifferenzierung nicht im Widerspruch zur hergebrachten Integrationsmethode steht. Insbesondere das Vertragsregime der Verstärkten Zusammenarbeit achtet die Grundprinzipien der supranationalen Rechtsordnung sowie die Vorrechte der EU-Organe. Das gleiche gilt in abgeschwächter Form für völkerrechtliche Satellitenverträge, die – exemplarisch im *Pringle*-Urteil – vom Eigengewicht des Unionsrechts in der Bahn gehalten werden. Sie müssen den Vorrang des Europarechts achten und dürfen die Funktionsfähigkeit der EU-Rechtsetzung nicht beeinträchtigen. Es geht um einen völkerrechtlichen Bypass, der einem Herzinfarkt der supranationalen Integration vorbeugt.

Aus der Vereinbarkeit der Binnendifferenzierung mit den Grundprinzipien der supranationalen Rechtsordnung folgt nicht, dass diese keine negativen Rückwirkungen auf den Integrationsprozess besitzt. Im Gegenteil: Zentrale Herausforderung der EU-Integration ist nicht die Legalität des Unionshandelns, sondern die Legitimation der europäischen Politik. Hier besitzt die Binnendifferenzierung negative Folgewirkungen, die die Herausbildung eines gemeineuropäischen Bürgerbewusst-

seins erschweren, weil die Binnendifferenzierung als politische Praxis sowie als Symbol speziell in Zeiten der Verfassungskrise die Wahrnehmung der europäischen Politik verändert. Diese erscheint nicht als transnationale Debatte zwischen parteipolitischen Strömungen, sondern präsentiert sich als intergouvernementaler Interessenausgleich zwischen Staaten. Auch aufgrund der Binnendifferenzierung wird die Währungskrise nicht zum Katalysator einer demokratischen Reformation, von der zahlreiche Föderalisten (vergebens) träumen. Binnendifferenzierung erschwert die identifikatorische Rückbindung des EU-Handelns an eine gesamteuropäische Bürgerschaft.

Völkerrecht als Ausweichordnung – am Beispiel der Euro-Rettung

*Von Robert Uerpman-Wittzack, Regensburg**

Mangels entsprechender Unionskompetenzen wurde der ständige Euro-Rettungsschirm ESM nach allgemeinem Völkerrecht als internationale Organisation neben der EU errichtet. Die völkerrechtliche Ausweichstrategie führt zu einem demokratischen Defizit. Während der ESM über Kommission, EZB und EuGH mit der Union verzahnt ist, wird das Europäische Parlament nicht beteiligt. Das Bundesverfassungsgericht setzt stattdessen auf eine Legitimation über den Deutschen Bundestag, doch ist dieser nicht in der Lage, komplexe Vorgänge auf europäischer Ebene effektiv zu kontrollieren oder gar mitzustalten. Als flexible Ausweichordnung ist das Völkerrecht zwar geeignet, um Kompetenzdefiziten im primären Unionsrecht kurzfristig zu begegnen. Langfristig müssen Instrumente wie der ESM aber in das Unionsrecht integriert werden, wenn die Währungsunion fortgeführt werden soll.

I. Einleitung

Die Euro-Krise stellt auch das Europarecht vor eine Bewährungsprobe. Obwohl der Euro die supranationale Währung der Europäischen Union ist, werden Lösungen zur Bewältigung der Krise vielfach außerhalb des supranationalen Rechtsrahmens der Union gesucht. Intergouvernementale Zusammenarbeit hat Konjunktur. Während die einen davon sprechen, dass supranationale und intergouvernementale Methode miteinander wetteifern,¹ stellen andere schlicht eine „Flucht ins Völkerrecht“ fest.² Diesem Phänomen ist im Folgenden nachzugehen. Dabei ist der Begriff der „Flucht“ negativ konnotiert. Daher soll hier in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten den unionsrechtlichen Rechtsrahmen zugunsten völkerrechtlicher Handlungsinstrumente verlassen, neutraler von einem Ausweichen auf das Völkerrecht gesprochen werden. Das Völkerrecht erscheint dann als Ausweichordnung. Im Folgenden soll zunächst exemplarisch dargestellt werden, wie die Mitgliedstaaten im Rahmen der Euro-Rettung auf das Völkerrecht als Ausweichordnung zurückgreifen (II.). Anschließend wird das demokratische Defizit als zentrales Problem der Ausweichstrategien identifiziert (III.). Vor diesem Hintergrund ist nach den Gründen für das Ausweichen zu fragen, die vor allem in der kompetenziellen Starrheit des Unionsrechts liegen (IV.). Schließlich sind die Antworten des Bundesverfassungsgerichts auf diese Ausweichstrategien kritisch zu analysieren (V.), bevor ein Fazit gezogen werden kann (VI.).

* Prof. Dr. Robert Uerpman-Wittzack, maître en droit, ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Regensburg.

1 So J. Bast/F. Rödl, Jenseits der Koordinierung? Zu den Grenzen der EU-Verträge für eine Europäische Wirtschaftsregierung, EuGRZ 2012, S. 269.

2 So U. Häde, Euro-Rettung zwischen Exekutivprimat und Parlamentsvorbehalt, 2012, S. 15.

Der Schwerpunkt der folgenden Betrachtungen wird auf dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) als Finanzierungsinstrument liegen. Dagegen wird der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion vom 2. März 2012³ (sog. Fiskalvertrag), den 25 der 27 Unionsmitglieder abgeschlossen haben, ausgeklammert. Das demokratische Defizit ist hier wesentlich geringer.⁴ Außerdem ist der Fiskalpakt ausweislich seiner 7. Präambelerwägung bereits auf eine Überführung in das Unionsrecht angelegt. Er ist damit früheren Ausweichstrategien wie den Vereinbarungen von Schengen vergleichbar.⁵ Während die Beiträge von *Martin Nettessheim* und von *Daniel Thym* in diesem Band im Kern europarechtlicher Natur sind, nähert sich der vorliegende Beitrag dem Problem eher von außen: vom Völkerrecht einerseits und vom nationalen, deutschen Recht andererseits.

II. Instrumente der Euro-Rettung

1. Der vorläufige Rettungsschirm: EFSM und EFSF

Im Jahr 2010 wurde zunächst ein vorläufiger Rettungsschirm aufgespannt, der aus zwei Säulen besteht. Die erste Säule bildet der Europäische Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM), der durch die Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates⁶ geschaffen wurde. Es handelt sich also um ein Unionsinstrument. Der EFSM hatte 60 Mrd. Euro zur Verfügung, die durch Hilfen für Portugal und Irland weitgehend verbraucht sind.⁷ Seine Rechtsgrundlage findet sich in Art. 122 Abs. 2 AEUV, wonach die Union einem Mitgliedstaat im Falle einer Naturkatastrophe oder eines außergewöhnlichen Ereignisses, das sich seiner Kontrolle entzieht, finanzielle Hilfe leisten kann. Indem die Finanzkrise Staaten in Bedrängnis gebracht hat, die an sich hinreichend stabil waren, ließ sie sich als Ereignis im Sinne von Art. 122 Abs. 2 AEUV verstehen.⁸ Allerdings deckt die Vorschrift, wie der EuGH nun im Pringle-Urteil festgestellt hat,⁹ jedenfalls nur befristete Maßnahmen zugunsten einzelner Staaten ab und keine dauerhaften Maßnahmen zur Stabilisierung des Euro-Währungsgebiets in seiner Gesamtheit.

Daneben wurde die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) als intergouvernementale Säule des vorläufigen Rettungsschirms errichtet. Ihr Volumen liegt mit 440 Mrd. Euro¹⁰ deutlich über dem des EFSM. Von der Rechtsform her handelt

3 BGBI. 2012 II S. 1008.

4 Die Kritik richtet sich insoweit eher gegen demokratische Defizite bei der Aushandlung des Vertrages, s. *I. Pernice/M. Wendel/L. S. Otto/K. Böttge/M. Mlynarski/M. Schwarz*, Die Krise demokratisch überwinden, 2012, S. 27 ff.

5 S. dazu den Beitrag von *D. Thym*, in diesem Heft.

6 ABl. EU 2010 L 118/1.

7 *U. Häde* (Fn. 2), S. 12 f.

8 *S. J. Wieland*, Der Rettungsschirm für Irland, NVwZ 2011, S. 340 (341).

9 EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn. 65.

10 *U. Häde* (Fn. 2), S. 13; *H. Kube/E. Reimer*, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, S. 1911.

es sich um eine Aktiengesellschaft nach luxemburgischem Recht.¹¹ Die Mitgliedstaaten haben hier also nicht das Völkerrecht als Ausweichordnung gewählt, sondern das noch flexiblere Privatrecht eines Mitgliedstaates. Diese intergouvernementale Flucht in das Privatrecht ist auch aus anderen Bereichen bekannt.¹²

2. Der endgültige Rettungsschirm ESM

Mit dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) wurde die Euro-Rettung nun auf eine völkerrechtliche Grundlage gestellt. Mit dem Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 2. Februar 2012¹³ wurde der ESM als Internationale Organisation errichtet. Vertragsstaaten und Mitglieder sind die 17 Unionsstaaten, deren Währung der Euro ist. Als Organe besitzt der ESM gemäß Art. 4-6 ESM-Vertrag einen Gouverneursrat und ein Direktorium. Im Gouverneursrat kommen gemäß Art. 5 Abs. 1 ESM-Vertrag die Finanzminister der Euro-Staaten zusammen. Das Direktorium ist gemäß Art. 6 Abs. 1 ESM-Vertrag ebenfalls mit Vertretern der Mitgliedstaaten besetzt.

Aufgabe des ESM ist es gemäß Art. 3 ESM-Vertrag, zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Raums einzelnen Mitgliedern bei schwerwiegenden Finanzierungsproblemen eine Stabilitätshilfe zu gewähren. Dazu verfügt er gemäß Art. 8 ESM-Vertrag über ein Stammkapital von 700 Mrd. Euro. Gemäß Art. 12 ESM-Vertrag dürfen Hilfen nur unter strengen Auflagen gewährt werden; regelmäßig ist ein makroökonomisches Anpassungsprogramm abzuschließen. Ein solches Programm ist Voraussetzung für die Bewilligung einer Hilfe und das Hilfsprogramm wird nur solange fortgeführt, wie der Mitgliedstaat die Auflagen erfüllt. Damit wird der ESM den Anforderungen des neu eingefügten Art. 136 Abs. 3 S. 2 AEUV¹⁴ gerecht. Zur Vorbereitung und Überwachung der Auflagen greift der ESM gemäß Art. 13 ESM-Vertrag im Wege der Organleihe¹⁵ auf zwei Unionsorgane zurück, nämlich auf die Kommission und auf die Europäische Zentralbank (EZB). Dies hat der EuGH im Pringle-Urteil gebilligt.¹⁶ Daneben bindet Art. 37 Abs. 3 ESM-Vertrag den EuGH als Streitschlichtungsorgan ein. Als Rechtsgrundlage nennt die 16. Präambulerwürdigung Art. 273 AEUV wonach die Mitgliedstaaten den EuGH aufgrund eines Schiedsvertrags mit Streitigkeiten befassen können, die mit dem Unionsrecht in Zusammenhang stehen, was der EuGH ebenfalls gebilligt hat.¹⁷ Der Sache nach handelt es sich auch hier um eine Organleihe. Hinsichtlich des Rats erübrigt sich

11 U. Häde (Fn. 2), S. 13; H. Kube/E. Reimer (Fn. 10), S. 1911; D. Thym, Euro-Rettungsschirm: zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, EuZW 2011, S. 167 (168).

12 S. nur R. Uerpman-Wittzack, Multilevel Internet Governance Involving the European Union, Nation States and NGOs, in: Follesdal/Wessel/Wouters (Hrsg.), Multilevel Regulation and the EU, 2008, S. 145 (163 ff.) zur Verwaltung des Internet-Domänenamensystems durch die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), eine gemeinnützige Organisation nach kalifornischem Recht.

13 BGBl. 2012 II S. 983.

14 Eingefügt durch Beschluss 2011/199/EU des Europäischen Rates, ABl. EU 2011 L 91/1 = BGBl. 2012 II S. 979.

15 So z.B. BVerfG, Urt. v. 19.6.2012, EuR 2012, 654 = NVwZ 2012, 954 – ESM/Euro-Plus-Pakt, Rn. 140 f.; D. Thym, Ungleichzeitigkeit und Europäisches Verfassungsrecht, 2004, S. 315.

16 EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn. 158 ff.

17 EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn. 171 ff.

eine Organleihe, weil sich dieses intergouvernementale Organ mit seiner Euro-Gruppe problemlos im Gouverneursrat abbilden lässt. Von den zentralen Unionsorganen fehlt damit allein das Europäische Parlament.¹⁸

Demgegenüber bindet das deutsche Recht den Deutschen Bundestag in die Tätigkeit des ESM ein. Insbesondere macht Art. 2 Abs. 1 des ESM-Vertragsgesetzes¹⁹ eine Änderung des ESM-Stammkapitals vom Erlass eines Zustimmungsgesetzes abhängig, und §§ 4-6 ESM-Finanzierungsgesetz²⁰ stellen weitere Entscheidungen des ESM unter Parlamentsvorbehalt. Dabei kann der Bundestag zwar nur die deutsche Position im Gouverneursrat und im Direktorium determinieren. Der deutsche Kapitalanteil von 27,1464 %²¹ führt aber dazu, dass Deutschland selbst dort, wo der ESM mit der in Art. 5 Abs. 5, 7 ESM-Vertrag definierten qualifizierten Mehrheit von 80 % der Kapitalanteile entscheidet, eine Sperrminorität besitzt, sodass sich der ESM über ein Veto des Bundestags letztlich nicht hinwegsetzen kann.

3. Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB

Als drittes Beispiel soll das Programm der Europäischen Zentralbank (EZB) zum Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt betrachtet werden. Die Eckpunkte dieses Programms hat der EZB-Rat am 6. September 2012 beschlossen.²² Danach ist die EZB bei Bedarf grundsätzlich bereit, in unbegrenzter Höhe Staatsanleihen der Mitgliedstaaten auf dem Sekundärmarkt aufzukaufen. Wichtig ist allerdings die sog. Konditionalität dieser Maßnahmen. Jeder Anleihenkauf steht unter der Voraussetzung, dass der entsprechende Staat Hilfen aus einem EFSF- oder ESM-Programm erhält. Die Hilfe durch die EZB knüpft also an das makroökonomische Anpassungsprogramm an, das auf der politischen Ebene als Auflage für die Finanzhilfe durch die EFSF bzw. in Zukunft den ESM ausgehandelt wurde. Erfüllt der Staat das makroökonomische Anpassungsprogramm nicht, beendet die EZB ihre Anleihenkäufe.

Anders als bei der EFSF und beim ESM handelt es sich also hier um Hilfsmaßnahmen innerhalb der supranationalen Union. Diese werden aber an Programme geknüpft, die außerhalb der Union aufgestellt wurden. Damit koppelt die EZB ihr unionsrechtliches Handeln an völkerrechtliche Vorgaben.

Dieses Vorgehen lässt sich doppelt interpretieren. Vordergründig sichert die Konditionalität die Vereinbarkeit des Anleihenkaufs mit Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV. Danach tritt die Union nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Mitgliedstaaten ein. Versteht man diese sog. No-Bail-Out-Klausel mit dem Pringle-Urteil dahingehend, dass die Mitgliedstaaten auf eine solide Haushaltspolitik achten und bei ihrer Ver-

18 S. demgegenüber T. Groß, Unabhängige EU-Agenturen – eine Gefahr für die Demokratie?, JZ 2012, S. 1087 (1093) zu den Kontrollrechten des EP gegenüber EU-Agenturen.

19 BGBl. 2012 II S. 981.

20 BGBl. 2012 I S. 1918.

21 S. den Beitragsschlüssel in Anhang I ESM-Vertrag.

22 EZB, Technical features of Outright Monetary Transactions, Pressemitteilung vom 6.9.2012.

schuldung der Marktlogik unterworfen bleiben,²³ ist jeder Anleihenkauf problematisch, der dem Staat eine Finanzierung ohne Rücksicht auf seine Bonität ermöglicht. Diesen Aspekt betont auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur einstweiligen Anordnung gegen den ESM-Vertrag. Es stellt dort fest, dass der EZB „ein Erwerb von Staatsanleihen am Sekundärmarkt …, der auf von den Kapitalmärkten unabhängige Finanzierung der Haushalte der Mitgliedstaaten zielte, … als Umgehung des Verbotes monetärer Haushaltsfinanzierung ebenfalls untersagt“ sei.²⁴ Das bedeutet aber auch, dass ein Anleihenkauf durchaus zulässig sein kann, wenn sichergestellt ist, dass der Mitgliedstaat der Marktlogik unterworfen bleibt. Dies bewirkt das makroökonomische Anpassungsprogramm, das den Mitgliedstaat zu den Reformen zwingt, die der Markt verlangt. Während ein Erwerb von Staatsanleihen auf dem Primärmarkt als „unmittelbarer Erwerb“ gegen Art. 123 Abs. 1 AEUV verstößt, bleibt ein Ankauf auf dem Sekundärmarkt unter den strengen Voraussetzungen des Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV zulässig. Die Koppelung an die Auflagen des ESM sichert also die Vereinbarkeit der Anleihenkäufe mit Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV. Dass der EuGH dies im Grundsatz ebenso sieht, zeigt sich daran, dass er im Pringle-Urteil pauschal mit Art. 125 AEUV argumentiert,²⁵ obwohl bei den mitgliedstaatlichen Hilfen durch den ESM allein Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV in Rede stand. In Rn. 136 des Pringle-Urteils nennt er sogar ausdrücklich Union und Mitgliedstaaten in einem Atemzug und stellt so klar, dass grundsätzlich beide unter strengen Voraussetzungen Finanzhilfen gewähren dürfen.

Über den Bezug zu Art. 125 AEUV hinaus lässt sich die Konditionalität zudem als Versuch interpretieren, Legitimität herzustellen. Als unabhängige Einrichtung wäre die EZB kaum legitimiert, aus eigener Machtvollkommenheit heraus wirtschaftliche Anpassungsprogramme auszuhandeln und zu überwachen. Indem sie sich an Auflagen anlehnt, die im Rahmen des ESM ausgehandelt wurden, macht sie sich die intergouvernementale Legitimation des ESM zunutze. Der Anleihekauf knüpft damit unmittelbar an die politische Bewertung und Kontrolle durch die Mitglieder des ESM-Gouverneursrats an. Damit lässt sich der Rückgriff der EZB auf völkerrechtliche Strukturen auch als Versuch deuten, ein erkanntes Legitimitätsdefizit auszugleichen. Dies leitet über zur Frage nach der demokratischen Legitimation der Maßnahmen zur Euro-Rettung.

III. Demokratische Legitimation

Demokratie bedeutet, dass hoheitliche Entscheidungen auf das Volk zurückgeführt werden können. Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, müssen dabei wesentliche Entscheidungen im Parlament beraten und entschieden

23 EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn. 135.

24 BVerfG, Urt. v. 12.9.2012, NJW 2012, 3145 – ESM-Eilantrag, Rn. 278; s. dazu auch F. Schorkopf, „Startet die Maschinen“ – Das ESM-Urteil des BVerfG vom 12.9.2012, NVwZ 2012, 1273 (1275 f.), wonach sich die EZB insoweit „an einer roten Linie“ bewege.

25 EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn. 129-147.

werden, das durch seine Wahl unmittelbar demokratisch legitimiert ist.²⁶ Die Notwendigkeit einer parlamentarischen Entscheidung bedeutet zunächst, dass die Legitimationskette von den Wählern zum entscheidenden Organ sehr kurz ist. Hinzu kommt ein Aspekt funktionaler Gewaltenteilung:²⁷ Durch seine Zusammensetzung, die die Vielfalt unterschiedlicher politischer Positionen in der Gesellschaft wider- spiegelt, und durch die Öffentlichkeit seiner Debatten ist das Parlament in besonderer Weise dazu geeignet, solche Entscheidungen zu treffen, die eine Gesellschaft grundsätzlich betreffen. In der parlamentarischen Arbeit kann sich Demokratie als Integrationsvorgang verwirklichen. Diesen Aspekt hat das Bundesverfassungsgericht in letzter Zeit besonders betont. In seinem Urteil zur Parlamentsbeteiligung bei der EFSF hat es für Entscheidungen von erheblicher Tragweite ein Verfahren verlangt, das eine öffentliche Diskussion ermöglicht und das Parlament dazu zwingt, „Notwendigkeit und Umfang der zu beschließenden Maßnahmen in öffentlicher Debatte zu klären ...“²⁸ In seinem Beschluss zum Wahlrecht der Auslandsdeutschen hat das Gericht den Kommunikationsaspekt vertieft.²⁹ Danach setzt Demokratie als materielles Prinzip einen „beständige[n] Dialog zwischen Parlament und gesellschaftlichen Kräften voraus ...“ Die periodische Wahl des Parlaments wird danach durch die Einflussnahme der Bürger „auf den ständigen Prozess der politischen Meinungsbildung“ ergänzt, was informierte Bürger voraussetzt.

Unter diesen Umständen ist die Beteiligung des Deutschen Bundestages an Entscheidungen der EFSF und des ESM positiv zu bewerten. Sie zwingt die Bundesregierung dazu, die von ihr mitgetragenen intergouvernementalen Beschlüsse zu rechtfertigen und im Bundestag sowie öffentlich für Zustimmung zu werben. Damit bleibt eine gewisse Rückkopplung an das Volk erhalten.

Freilich kann es für eine effektive demokratische Legitimation nicht genügen, dass eine Frage überhaupt diskutiert wird. Vielmehr muss dem Parlament ein echter Entscheidungsspielraum bleiben. Grundsätzlich muss es in der Lage sein, die von ihm zu verabschiedenden Akte mitzugegen. Zumindest muss die Ablehnung eine ernsthafte Option sein. Unter diesem Aspekt ist die Beteiligung des Deutschen Bundestages an Entscheidungen der EFSF und des ESM höchst defizitär. So bedurfte es für die Anpassung des Hilfsprogramms für Griechenland im Spätherbst 2012 mühevoller Verhandlungen zwischen der sog. Troika bestehend aus Kommission, EZB und Internationalem Währungsfonds (IWF) einerseits sowie Griechenland andererseits. Der Bundestag, der an diesen Verhandlungen nicht beteiligt war, stand am Ende vor der Wahl, die ausgehandelte Anpassung des Memorandum

26 BVerfGE 40, 237 (249) – Strafvollzug; 108, 282 (312) – Kopftuch; s. auch R. Uerpman-Wittack, Das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) als Herausforderung für die Demokratie in Europa, AVR 49 (2011), S. 103 (111).

27 Zu diesem Topos BVerfGE 68, 1 (86) – NATO-Doppelbeschluss; 95, 1 (15) – Südfahrung Stendal; 98, 218 (251 f.) – Rechtschreibreform.

28 BVerfGE 130, 318 (344) – Bundestagsbeteiligung/EFSF.

29 BVerfG, Beschl. v. 4.7.2012, NVwZ 2012, 1167 – Auslandsdeutschenwahlrecht, Rn. 40.

30 S. R. Uerpman-Wittack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, S. 461 (462 f.) zu den Aufgaben des Deutschen Bundestages.

of Understanding entweder *en bloc* anzunehmen oder zu verwerfen.³¹ Dabei führten die unabsehbaren wirtschaftlichen und politischen Folgen einer Ablehnung dazu, dass der Entscheidungsspielraum des Bundestages *de facto* gegen Null tendierte. Weist man dem Bundestag ein Mitentscheidungs- bzw. Vetorecht zu, muss man den Parlamenten der anderen 16 Euro-Staaten zudem dasselbe zugestehen. Versucht man aber die Euro-Rettung über 17 nationale Parlamente zu steuern, sind die Blockadepotenziale exorbitant, so dass die Kosten einer tatsächlichen Blockade prohibitiv erscheinen.

Reellen Einfluss könnte nur ein europäisches Parlament erlangen, das, mit entsprechenden Mitentscheidungsbefugnissen ausgestattet, den anderen Verhandlungspartnern auf Augenhöhe begegnet.³² Martin Nettesheim hat in seinem Beitrag³³ zu Recht auf das strukturelle Problem hingewiesen, dass ein europäisches Parlament schlecht über die Verwendung nationaler Haushaltssmittel entscheiden kann, für deren Bereitstellung allein der nationale Haushaltsgesetzgeber zu sorgen hätte. Insofern kann der ESM sicher nicht allein über das Europäische Parlament legitimiert werden, solange er unmittelbar aus nationalen Haushaltssmitteln gespeist wird. Eine solche monistische Legitimation widerspräche ohnehin dem dualistischen Legitimationsmodell des Art. 10 Abs. 2 EUV. Das ändert aber nichts daran, dass der ESM derzeit ausschließlich über nationale Parlamente legitimiert wird, die zu einer effektiven Kontrolle nicht in der Lage sind.³⁴

Das demokratische Defizit der völkerrechtlichen Ausweichstrategie erscheint damit offenkundig. Im Folgenden soll es darum gehen, die Gründe für dieses Defizit herauszuarbeiten.

IV. Die kompetenzielle Starrheit des Unionsrechts als Grund für völkerrechtliche Ausweichstrategien

Daniel Thym nennt drei Gründe für die Wahl völkerrechtlicher Ausweichstrategien: Das Bestreben, die supranationale Methode zu vermeiden, fehlende Kompetenzen im Primärrecht der Union sowie das Bestreben, Drittstaaten mit einzubeziehen.³⁵ Der dritte Grund spielt beim ESM, der nur von den 17 Staaten der Euro-Gruppe getragen wird, keine Rolle. Es ist vermutet worden, dass es gerade auch darum ging, die supranationale Methode mit der Einbeziehung des Europäischen Parlaments und

31 S. den Antrag des Bundesministeriums der Finanzen vom 27.11.2012, BT-Drs. 17/11647, angenommen durch Beschluss vom 30.11.2012, BT-Plenarprotokoll 17/212, S. 25967C, 25991C.

32 Zum grundsätzlichen Problem, Vorgänge auf der europäischen Ebene durch nationale Parlamente zu kontrollieren, s. auch *P. Dann*, Die politischen Organe, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 335 (378–381); grundlegend *ders.*, Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004, S. 210 ff., 269 ff., 279 ff., 397 ff.; ferner *R. Uerpman-Wittzack* (Fn. 26), S. 122; zur daher notwendigen Aufwertung des Europäischen Parlaments *G. Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDSrl 60 (2001), S. 246 (263 f.).

33 In diesem Heft.

34 Dahingehend auch die Analyse von *S. Hölscheidt*, in diesem Heft.

35 *D. Thym*, in diesem Heft.

mit dem Initiativrecht der Kommission zu vermeiden.³⁶ Darüber soll hier nicht spekuliert werden. Jedenfalls erklärt sich das Ausweichen auf eine völkerrechtliche Konstruktion durch die kompetenzielle Starrheit des Unionsrechts.

Die Institutionen des Unionsrechts weisen zwar ein gehöriges Maß an Flexibilität auf, wie die Organleihe im Rahmen des ESM zeigt, die der EuGH im Pringle-Urteil abgesegnet hat.³⁷ Das Primärrecht gibt jedoch einen vergleichsweise starren kompetenziellen Rahmen für das Handeln der Union vor, der sich nur schwer verändern lässt.

Gemäß Art. 122 Abs. 2 AEUV besitzt die Union zwar die Kompetenz, einem Mitgliedstaat bei außergewöhnlichen Ereignissen, die sich seiner Kontrolle entziehen und die einer Naturkatastrophe gleichkommen, finanzielle Hilfen zu gewähren. Von dieser Kompetenz hat der Rat mit der EFSM-Verordnung Gebrauch gemacht.³⁸ Liest man das Pringle-Urteil, in dem der EuGH zur Unionsrechtskonformität des ESM Stellung genommen hat, wird jedoch klar, dass Art. 122 Abs. 2 AEUV nur befristete Maßnahmen zugunsten eines einzelnen Mitgliedstaates trägt, nicht aber einen dauerhaften Mechanismus, der vorrangig die Stabilität des gesamten Währungssystems im Auge hat.³⁹

Damit bedürfte es einer Vertragsänderung, die nur schwer zu verwirklichen ist. Während Verfassungen auf nationaler Ebene regelmäßig mit qualifizierter Mehrheit verändert werden können, hat bei der Vertragsänderung jeder einzelne Mitgliedstaat eine Vetoposition. Es kommt hinzu, dass das Verfahren nach Art. 48 EUV deutlich aufwändiger ist als das einer Verfassungsänderung. Seit der Vertragsreform von Lissabon kennt Art. 48 Abs. 6 EUV zwar ein Verfahren der vereinfachten Vertragsänderung. In diesem Verfahren dürfen die Zuständigkeiten der Union jedoch gemäß Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 AEUV nicht ausgedehnt werden. Es wäre also nicht möglich, der Union im Rahmen der vereinfachten Vertragsänderung über Art. 122 Abs. 2 AEUV hinaus Kompetenzen zur Gewährung von Finanzhilfen an Euro-Staaten zu übertragen. Im Übrigen behalten die Mitgliedstaaten auch in diesem Verfahren nach Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 S. 3 EUV ihre Vetoposition.

Im Pringle-Urteil lässt der EuGH ausdrücklich offen, ob ein Europäischer Stabilitätsmechanismus auf die Vertragsabrandungskompetenz des Art. 352 AEUV gestützt werden könnte. Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist diese Kompetenz allerdings zumindest aus deutscher Sicht ebenso zu behandeln wie eine vereinfachte Vertragsänderung.⁴⁰ Dementsprechend bestimmt § 8 IntVG nun, dass der deutsche Vertreter im Rat einen Rechtsakt nach Art. 352 AEUV ablehnen muss, sofern er nicht durch ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 GG zur Zustimmung ermächtigt ist.

36 U. Häde (Fn. 2), S. 15; M. Ruffert, Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zum Urteil vom 7. September 2011, EuR 2011, S. 842 (844).

37 Oben Fn. 16 f.

38 S. o. zu II 1.

39 O. Fn. 9.

40 BVerfGE 123, 267 (395).

Wollte man die Euro-Rettung in das Unionsrecht integrieren, bedürfte es also in jedem Fall einer langwierigen politischen Konsensfindung. Das primäre Unionsrecht erweist sich als statischer als nationales Verfassungsrecht.

Man mag diesen Befund begrüßen, wenn man von der Souveränität der Mitgliedstaaten und dem darauf beruhenden Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen ausgeht.⁴¹ Daraus folgt aber, dass Antworten auf unvorhergesehene Krisen kurzfristig nur außerhalb der Verträge gefunden werden können, indem die Mitgliedstaaten auf völkerrechtliche Handlungsformen ausweichen.

V. Die Antwort des Bundesverfassungsgerichts

1. Materieller Begriff der Europäischen Union

Aus der Sicht des Grundgesetzes wirken sich die völkerrechtlichen Ausweichstrategien zunächst dadurch aus, dass die Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages beschnitten werden. Die auswärtige Gewalt ist unter dem Grundgesetz vorrangig eine Domäne der Exekutive.⁴² Parlamentarische Mitwirkungsrechte normiert das Grundgesetz nur punktuell. An erster Stelle ist hier Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG zu nennen, der den verbindlichen Abschluss bedeutenderer völkerrechtlicher Verträge von der parlamentarischen Zustimmung des Bundestages in Form eines Bundesgesetzes abhängig macht. Auch hier wird der Bundestag allerdings erst nach dem Schluss der Vertragsverhandlungen eingeschaltet, so dass ihm lediglich die Wahl zwischen Annahme und vollständiger Ablehnung des ausgehandelten Vertrages bleibt. Insofern bleibt das Grundgesetz hinter Art. 218 AEUV zurück. Handelt die Europäische Union einen völkerrechtlichen Vertrag aus, ist das Europäische Parlament gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV in allen Phasen des Verfahrens umfassend zu unterrichten. Es erhält damit die Möglichkeit, schon während der Vertragsverhandlungen seine Position einzubringen.

Das Grundgesetz kennt eine solche erweiterte Beteiligung nur bei Angelegenheiten der Europäischen Union. Dort ist der Bundestag gemäß Art. 23 Abs. 2 GG umfassend und zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu unterrichten, und er erhält durch Art. 23 Abs. 3 GG die Möglichkeit, sich schon in der Verhandlungsphase einzubringen. Weichen die Vertragsstaaten ins Völkerrecht aus, wird die erweiterte Beteiligung des Bundestages in Frage gestellt.

Diesen Effekt völkerrechtlicher Ausweichstrategien hat das Bundesverfassungsgericht allerdings zu Recht neutralisiert, indem es dem Begriff der Angelegenheiten der Europäischen Union, der die erweiterte Beteiligung auslöst, einen materiellen Gehalt gegeben hat. Danach ist es für die Anwendung von Art. 23 GG unerheblich, ob die Mitgliedstaaten im Rahmen des unionalen Primärrechts handeln oder ob sie Ziele, die sich materiell auf die Verwirklichung der von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG

41 So J. Bast/F. Rödl (Fn. 1), S. 277 f.

42 S. C. Calliess, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rn. 21 ff., 30 ff.; U. Häde (Fn. 2), S. 26 ff.

angestrebten Europäischen Union beziehen, außerhalb des institutionellen Rahmens der Union mit völkerrechtlichen Mitteln verfolgen.⁴³ Wählen die Mitgliedstaaten die Handlungsform eines völkerrechtlichen Vertrages, kommt es nach dem Urteil zur Parlamentsbeteiligung in Sachen ESM und Euro-Plus-Pakt allein darauf an, ob der Vertrag in einem „Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis“ zum Unionsrecht steht.⁴⁴ Ein besonders deutliches Indiz ist in diesem Zusammenhang eine Organleihe, wie sie beim ESM vorgesehen ist.⁴⁵

2. Demokratische Legitimation durch den Deutschen Bundestag

Zählt man den ESM zutreffend zu den Angelegenheiten der Europäischen Union, bedeutet das verfassungsrechtlich, dass der ESM auch den strukturellen Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gerecht werden muss.⁴⁶ Insbesondere muss er selbstverständlich demokratischen Grundsätzen genügen. Art. 10 Abs. 2 EUV setzt mit seinen Unterabsätzen 1 und 2 auf eine doppelte demokratische Legitimation unionaler Handelns über das direkt gewählte Europäische Parlament einerseits und über die nationalen Regierungen, die ihren nationalen Parlamenten verantwortlich sind, andererseits. Beim ESM, der als internationale Organisation neben der Union errichtet wurde, fällt die Legitimation über ein Europäisches Parlament aus. Damit bleibt derzeit nur die Legitimation über die Mitglieder des Gouverneursrats und des Direktoriums, die ihren nationalen Parlamenten verantwortlich sind.

Auf diese Legitimation über die nationalen Parlamente setzt das Bundesverfassungsgericht. Das wäre unproblematisch, solange es sich um eine ergänzende Integrationsverantwortung handelt, wie sie auch in Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 EUV angelegt ist. Zudem ist es konsequent, eine Reservefunktion der nationalen Parlamente zu aktivieren, solange eine ausreichende demokratische Kontrolle auf europäischer Ebene nicht gesichert ist.⁴⁷ Problematisch ist es aber, wie das Bundesverfassungsgericht eine mögliche unmittelbare demokratische Legitimation europäischer Institutionen ausblendet und damit namentlich die Legitimationsfunktion des Europäischen Parlaments vernachlässigt.

Neben der verfehlten volkszentrierten Demokratietheorie, die es ausschließt, neben den nationalen Staatsvölkern, die die Mitgliedstaaten legitimieren, ein paralleles europäisches Legitimationssubjekt anzunehmen, das die Europäische Union legiti-

43 R. A. Lorz/H. Sauer, Ersatzunionsrecht und Grundgesetz, DÖV 2012, S. 573 (575), haben dafür den Begriff „Ersatzunionsrecht“ geprägt.

44 BVerfG, Urt. v. 19.6.2012, EuR 2012, 654 = NVwZ 2012, 954 – ESM/Euro-Plus-Pakt, Rn. 100; s. nun auch § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 15 f. EUZBBG i.d.F. des Art. 2 des Zustimmungsgesetzes zum Fiskalvertrag, BGBl. 2012 II S. 1006.

45 BVerfG, Urt. v. 19.6.2012, EuR 2012, 654 = NVwZ 2012, 954 – ESM/Euro-Plus-Pakt, Rn. 100, 137 ff.

46 Zur Frage, wieweit auch Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG anwendbar ist, s. R. A. Lorz/H. Sauer (Fn. 43), S. 575 ff.; F. Wollenschläger, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG), NVwZ 2012, S. 713 (714 ff.).

47 Dies betont BVerfG, Urt. v. 12.9.2012, NJW 2012, 3145 – ESM-Eilantrag, Rn. 257 a. E.

miert,⁴⁸ sind es vor allem zwei Argumente, die gegen die Legitimationsleistung des Europäischen Parlaments vorgebracht werden, nämlich zum einen ein Mangel an demokratischer Gleichheit in seiner Zusammensetzung⁴⁹ und zum anderen das Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit.⁵⁰

In der Tat ist der Erfolgswert der Stimmen der einzelnen Unionsbürger je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie wählen, derzeit höchst ungleich. Hier wird bei einer Weiterentwicklung der Union nachzubessern sein. Wird die Integration vertieft, müsste im Europäischen Parlament die Gleichheit aller Unionsbürger gestärkt werden, während im Ministerrat als föderativem Organ gleichzeitig das Prinzip der Gleichheit der Mitgliedstaaten stärker betont werden könnte. Freilich ist das Problem nicht so dramatisch, wie es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Anschein hat, selbst wenn man die Anforderungen des Grundgesetzes zugrunde legt. Die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG, mit der das Bundesverfassungsgericht operiert,⁵¹ umfasst neben dem Demokratieprinzip insbesondere auch das Bundesstaatsprinzips, so dass selbst Art. 79 Abs. 3 GG ein abwägender Ausgleich zwischen demokratischen und föderalen Prinzipien nicht fremd ist.⁵² Dasselbe gilt für die unionalen Strukturvorgaben des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, wo Demokratie und föderative Grundsätze wiederum nebeneinander gestellt werden. Die Notwendigkeit eines funktionierenden Kommunikationsprozesses hat das Bundesverfassungsgericht kürzlich in seinem Beschluss zum Wahlrecht von Auslandsdeutschen besonders deutlich gemacht.⁵³ In der Tat ist dieser Kommunikationsprozess auf europäischer Ebene bislang defizitär. Freilich werden sich die notwendigen Kommunikationsstrukturen nicht entwickeln, solange die wesentlichen Entscheidungen auf nationaler Ebene und unter den Regierungen der Mitgliedstaaten verhandelt werden. Sobald das Europäische Parlament als wichtiger Akteur auftritt, wird sich auch die europäische Aufmerksamkeit auf dieses Gremium und seine nationalen Abgeordneten richten. Die Vorstöße des Europäischen Parlaments in der SWIFT-Kontroverse⁵⁴ und in der ACTA-Debatte⁵⁵ haben das gezeigt.

Während das Bundesverfassungsgericht das Europäische Parlament unterschätzt, überschätzt es die faktischen Legitimationsmöglichkeiten des Bundestags. Tatsächlich bleibt kein Raum für die notwendige parlamentarische Mitgestaltung, wenn der Bundestag bei der intergouvernementalen Zusammenarbeit in eine reine Veto-Position gedrängt wird. Sind die Veto-Kosten prohibitiv, gilt dies erst recht.⁵⁶

48 Gegen diese volkszentrierte Demokratietheorie schon *B.-O. Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 5 (1994), S. 305 ff.; s. auch *Claudio Franzius/Ulrich K. Preuß*, Die Zukunft der europäischen Demokratie, 2012, S. 30 ff.; *R. Uerpmann-Wittzack*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 23 Rn. 18.

49 BVerfGE 123, 267 (373-375) – Lissabon.

50 BVerfGE 89, 155 (185) – Maastricht; BVerfGE 123, 267 (359).

51 S. nur BVerfGE 123, 267 (340 ff.) – Lissabon; krit. *A. Hatje*, Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 2010, Beiheft 1, S. 123 ff.

52 S. auch *R. Uerpmann-Wittzack* (Fn. 48), Art. 23 Rn. 18 gegen BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon.

53 S. oben bei Fn. 29.

54 Dazu *W. Hummer*, Die SWIFT-Affäre, *AVR* 49 (2011), S. 203 (226-229).

55 Dazu *R. Uerpmann-Wittzack* (Fn. 26), S. 119 ff.

56 Dazu schon oben zu III.

Intergouvernementale Zusammenarbeit, wie sie das klassische Völkerrecht prägt und wie sie nun bei der Euro-Rettung wieder zum Zuge kommt, ist damit souveränitätsfreundlich, weil sie den Einfluss der nationalen Regierungen wahrt. Unter demokratischen Gesichtspunkten ist es hingegen problematisch, in diesem Verfahren Entscheidungen zu treffen, die tief in den nationalen Rechtsraum hineinwirken, weil nationale Parlamente kaum in der Lage sind, intergouvernementale Beschlüsse effektiv zu kontrollieren.⁵⁷ Insofern sind völkerrechtliche Ausweichstrategien problematischer, als es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Anschein hat.

VI. Fazit: Völkerrecht zwischen Flexibilität und mangelnder inhaltlicher Determinierung

Völkerrecht ist geeignet für Krisenreaktionen jenseits des engen primärrechtlichen Zuständigkeitskorsets. Es vermag aber eine verantwortungsvolle europäische Verfassungsgebung – oder weniger anspruchsvoll formuliert: Fortentwicklung der Verträge – nicht zu ersetzen. Soll die Europäische Währungsunion fortgeführt werden, muss sie von europäischen Institutionen getragen werden, die eigenständige demokratische Legitimation besitzen. Zugleich muss das europäische Primärrecht soweit flexibilisiert werden, dass sich künftige Krisen innerhalb des Primärrechts bewältigen lassen. Unter Umständen wird auch zu überlegen sein, ob eine gemeinsame Währung auf Dauer ohne einen gemeinsamen Haushalt bestehen kann.

Kurzfristig stellt das Völkerrecht als Ausweichordnung geeignete Instrumente der Krisenintervention bereit. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass die demokratischen Kosten gering bleiben. Zum Schutz der Demokratie die nationalen Parlamente zu bemühen, wie es das Bundesverfassungsgericht tut, kann in der hoch integrierten Europäischen Union allenfalls eine Notlösung bleiben. Ein institutionelles Arrangement, das im Wege der Organleihe auf die Europäische Kommission und den EuGH zurückgreift, aber auf ein Europäisches Parlament vollständig verzichtet, kann nicht das letzte Wort sein.

⁵⁷ S. schon R. Uerpmann-Wittzack (Rn. 26), S. 122 f.; *dens.*, Staatsziel vereintes Europa?, BDVR-Rundschreiben 2012, S. 72 (73 f.).

Intergouvernementale Zusammenarbeit in der Krise – Garant oder Gefahr für die Einheit der Union – aus der Sicht des Bundestages

*Von Sven Hölscheidt, Berlin**

Intergouvernementale Zusammenarbeit in der EU bedeutet: Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf Regierungsebene. Sie ist zwangsläufige Folge der Heterogenität der EU. Im Primärrecht ist diese Zusammenarbeit angelegt und deshalb nicht systemfremd. Die Mitgliedstaaten dürfen außerdem auf der Grundlage des Völkerrechts zusammenarbeiten, müssen allerdings ihre Pflichten aus dem Unionsrecht beachten. Dabei ist nicht die Zusammenarbeit als solche das Problem, sondern ihr Ergebnis, wenn es nicht alle Mitgliedstaaten umfasst. Auf diese Weise geschaffenes Komplementärrecht, das nicht für alle Mitgliedstaaten gilt, kann dazu beitragen, die Einheit der Union zu sichern. Gerade in einer existenziellen Krise kann die Union auseinanderbrechen, wenn nicht ergebnisorientiert zusammengearbeitet wird. Im Verhältnis zum Nichtstun ist die intergouvernementale Zusammenarbeit die bessere Alternative, aber kein Garant für die Einheit der Union. Sie ist eine latente Gefahr für diese Einheit, denn sie führt im Ergebnis zur Rechtszersplitterung. Intransparenz und Bürgerferne sind die Folgen. Für den Bundestag bringt die intergouvernementale Methode auf der einen Seite Machtgewinn: Er muss ihre Ergebnisse durch Gesetz legitimieren. Auf der anderen Seite führt ihn diese Legitimationsnotwendigkeit vor allem in der Eurokrise an die Grenzen seiner Legitimationskraft. Durch die Europäisierung des Budgetrechts wird der Bundestag zu einer Art Unionsorgan. Dazu ist er aber nicht angelegt.

I. Bestandsaufnahme „intergouvernementale Zusammenarbeit“

Diese Methode ist in Bezug zu setzen zur Gemeinschafts- und neuerdings zur Unionsmethode.

1. Methode der intergouvernementalen Zusammenarbeit

Die intergouvernementale Zusammenarbeit ist die klassische Methode des Völkerrechts. Sie bezeichnet die Zusammenarbeit von Staaten, die völkerrechtliche Regelungen schaffen wollen. Dabei werden die Staaten durch ihre Regierungen vertreten.¹ In der Europäischen Union bedeutet „intergouvernementale Zusammenarbeit“ schlicht „Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf Regierungsebene“.² Die ent-

* Prof. Dr. Sven Hölscheidt ist außerplanmäßiger Professor an der Freien Universität Berlin und Mitarbeiter der Verwaltung des Deutschen Bundestages. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

1 H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 59 GG, Rn. 6.

2 H. G. Fischer, Europarecht, 2. Aufl. 2008, S. 7.

scheidenden Weichen stellt der Europäische Rat.³ Das widerspricht nicht dem Vertrag über die Europäische Union (Art. 15 Abs. 1, 4 EUV). Er verleiht dem Europäischen Rat eine „allgemeine Impuls- und Leitlinienfunktion für sämtliche Unionspolitiken“.⁴

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) regelt diese Zusammenarbeit nicht immer widerspruchsfrei unter der Kategorie „Koordinierung“ (Art. 2 Abs. 3, 5, Art. 5, Art. 6).⁵ Die wichtigste Normierung dieser Zusammenarbeit enthält Art. 121 AEUV. Dort ist ausführlich geregelt, wie die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik koordinieren: eine „klassische Formulierung intergouvernementalen Zusammenwirkens“.⁶ Die Mitgliedstaaten entscheiden über die Koordinierung. Der Rat entwirft die „Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten“, der Europäische Rat billigt sie; sodann werden sie vom Rat formell verabschiedet (Art. 121 Abs. 2 AEUV).⁷ Das Europäische Parlament wird nur schwach beteiligt, z. B. gemäß Art. 121 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 2 AEUV unterrichtet.⁸ Auch für die Koordinierung der Haushaltsdisziplin gelten diese Regelungen (Art. 136 Abs. 1 AEUV). Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten ist auch im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 ff. AEUV) vorgesehen. Nach Art. 73 AEUV steht es den Mitgliedstaaten frei, untereinander und in eigener Verantwortung geeignete Formen der Zusammenarbeit zwischen den Dienststellen ihrer Verwaltungen einzurichten, die für den Schutz der nationalen Sicherheit verantwortlich sind. Das Recht der Mitgliedstaaten, in solchen Fragen der Sicherheit zusammenzuarbeiten, wird dadurch anerkannt und bekräftigt. Im Grundsatz wird auch bestätigt, dass grenzüberschreitende Zusammenarbeit nicht gegen das Unionsrecht verstößt.⁹ Auch die Möglichkeit der Verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20 ff. EUV, Art. 326 ff. AEUV steht einer Kooperation der Mitgliedstaaten außerhalb des Vertrags grundsätzlich nicht im Weg. Die Organe, Verfahren und Mechanismen der EU „können“ für diese Zusammenarbeit in Anspruch genommen werden (Art. 20 Abs. 1 EUV), sie müssen aber nicht.¹⁰ Intergouvernementale Zusammenarbeit ist also in der EU nicht systemfremd.¹¹ Der EuGH sieht das ebenso. In der jüngsten unmittelbar einschlägigen Entscheidung hat er ausgeführt, es bleibe „den Mitgliedstaaten unbenommen, einen Stabilitätsmechanismus wie den ESM einzurichten, soweit bei seiner Funktionsweise das Unionsrecht und insbesondere

3 D. Thym, Ein Bypass, kein Herzinfarkt, in: Verfassungsblog.de, online abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/ein-bypass-kein-herzinfarkt/> (letzter Abruf: 6.8.2012).

4 A. J. Kumin, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, EL 45 August 2011, Art. 15 EUV, Rn. 67.

5 M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41 Juli 2010, Art. 2 AEUV, Rn. 38; ders., zur Methode der „Offenen Koordinierung“, a.a.O., Rn. 39.

6 P.-C. Müller-Graff, Euroraum – Budgethilfenpolitik im rechtlichen Neuland, integration 2011, S. 289, 290.

7 R. Badilla, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 44 Mai 2011, Art. 121 AEUV, Rn. 9, 11.

8 C. Calliess, Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, S. 1, 2.

9 H.-H. Herrenfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 73 AEUV, Rn. 3.

10 A. Hatje (Fn. 9), Art. 20 AEUV, Rn. 36.

11 P.-C. Müller-Graff (Fn. 6), S. 303.

die Maßnahmen der Union im Bereich der wirtschaftspolitischen Koordinierung der Mitgliedstaaten beachtet werden [...].¹²

Die aktuelle Krise hat neben der im Primärrecht vorgesehenen Zusammenarbeit eine Zusammenarbeit hervorgebracht, die rein völkerrechtlicher Natur ist.¹³ Als Herren der Verträge können die Mitgliedstaaten außerhalb des Unionsrechts nach allgemeinem Völkerrecht Maßnahmen ergreifen, um die Integration zu vertiefen.¹⁴ Treffen sie untereinander Vereinbarungen, darf dies ihre Pflichten aus dem Unionsrecht nicht verletzen. Zu beachten ist die ausschließliche Zuständigkeit der EU (Art. 3 AEUV); den gemeinschaftlichen Besitzstand dürfen die Mitgliedstaaten nicht anstasten.¹⁵ Zusammengearbeitet wird gemäß dem Völkerrecht, legitimiert durch nationales Recht, unter Beachtung des Unionsrechts und zum Wohle der Union. Wichtige Ergebnisse dieser Zusammenarbeit sind:¹⁶

- die Griechenland-Fazilität,¹⁷
- die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF),¹⁸
- der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) und
- der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (Fiskalvertrag).¹⁹

Die schwache Beteiligung des Europäischen Parlaments bedeutet zwangsläufig, dass die intergouvernementale Zusammenarbeit durch die nationalen Parlamente legitimiert werden muss. Sie tragen die Integrationslast und -verantwortung.²⁰ Der Bundestag hat seine Integrationsverantwortung²¹ dadurch wahrzunehmen, dass er kontrolliert, wie sich Bundeskanzler und Bundesminister bei der Zusammenarbeit verhalten. Sind völkerrechtliche Verträge das Ergebnis der Zusammenarbeit, muss er sich in dem Ratifikationsverfahren, das das Grundgesetz vorsieht, damit auseinandersetzen.

Zur Kontrollfunktion des Bundestages hat das Bundesverfassungsgericht im Juni 2012 ein wichtiges Urteil gefällt.²² Es hat nämlich klargestellt, dass es sich auch bei völkerrechtlichen Verträgen um Angelegenheiten der Europäischen Union handelt, „wenn sie in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum

12 EuGH, Urteil v. 27.11.2012, Rs. 370/12 (Pringle/Irland), NJW 2013, S. 29; m. Anm. *M. Nettesheim*, Europa-rechtskonformität des europäischen Stabilitätsmechanismus, NJW 2013, S. 14 ff.

13 *C. Calliess* (Fn. 8), S. 2.

14 *H.-J. Blanke* (Fn. 5), Art. 20 EUV, Rn. 26.

15 *A. Hatje* (Fn. 9), Art. 20 EUV, Rn. 36.

16 Gesamtüberblick bei *U. Häde*, Euro-Rettung zwischen Exekutivprimat und Parlamentsvorbehalt, 2012, S. 11 ff.; *P.-C. Müller-Graff* (Fn. 6), S. 290 ff.

17 Vgl. die Erklärung der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebietes vom 25.3.2010: „Die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets sind bereit, im Rahmen eines Pakets [...] zu koordinierten bilateralen Darlehen beizutragen“ sowie § 1 S. 3 Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz – WFStG (BGBl. 2010 I S. 537).

18 BVerfGE 129, 124, 133.

19 BT-Drs. 17/9046.

20 *C. Calliess* (Fn. 8), S. 1; *M. Ruffert*, Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zum Urteil vom 7. September 2011 –, EuR 2011, S. 842, 852; *T. Oppermann*, „Euro-Rettung“ und europäisches Recht, NJW 2013, S. 6, 7.

21 Ausführlich dazu *S. Hölscheidt*, Die Verantwortung des Deutschen Bundestages für die europäische Integration, DÖV 2012, S. 105 ff.

22 BVerfG, 2 BvE 4/11 vom 19.6.2012.

Recht der Europäischen Union stehen.“²³ Infolgedessen hat die Bundesregierung über solche Verträge gemäß Art. 23 Abs. 2 GG umfassend und zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu unterrichten. Dabei heißt „umfassende Unterrichtung“, „es ist eine umso intensivere Unterrichtung geboten, je komplexer ein Vorgang ist, je tiefer er in den Zuständigkeitsbereich der Legislative eingreift und je mehr er sich einer förmlichen Beschlussfassung oder Vereinbarung annähert.“²⁴ Die Zeitvorgabe „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“ bedeutet, „dass der Bundestag die Informationen der Bundesregierung spätestens zu einem Zeitpunkt erhalten muss, der ihn in die Lage versetzt, sich fundiert mit dem Vorgang zu befassen und eine Stellungnahme zu erarbeiten, bevor die Bundesregierung nach außen wirksame Erklärungen, insbesondere bindende Erklärungen zu unionalen Rechtsetzungsakten und intergouvernementalen Vereinbarungen, abgibt.“²⁵

Die Kontrolle des Bundestages mündet in das Ratifikationsverfahren. Wird im Wege der intergouvernementalen Zusammenarbeit Völkerrecht vereinbart, ist es nur mit Zustimmung des Bundestages in Deutschland anwendbar. Der Bundestag muss den Rechtsanwendungsbefehl erteilen (Art. 59 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 oder Art. 23 GG).²⁶ Der Bundestag entscheidet darüber abschließend und verantwortet es gegenüber dem Bürger. Das schafft einen erheblichen Anreiz für die Bundesregierung, den Bundestag über die Zusammenarbeit zu unterrichten, und für den Bundestag, sich intensiv damit auseinanderzusetzen. Schließlich ist für die Umsetzung der Verträge zu sorgen, im Fall der Eurorettung also die Finanzierung der so genannten Rettungspakete sicherzustellen.

Wird allerdings Privatrecht vereinbart, gibt es kein Ratifikationsverfahren. So geschehen beim EFSF-Rahmenvertrag. Die Bundesregierung hat sich auf den Standpunkt gestellt, der Vertrag sei „privatrechtlich geprägt“, Art. 23 und Art. 59 Abs. 2 GG seien daher nicht anwendbar.²⁷ Das war zwar sehr gewagt, aber erfolgreich: Der Ratifikationsgesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen wurde abgelehnt.²⁸ Jedoch hatte der Bundestag mit dem Stabilisierungsmechanismusgesetz (StabMechG)²⁹ bereits die erforderliche Gewährleistungsermächtigung beschlossen, bevor der EFSF-Rahmenvertrag vereinbart wurde.³⁰ Die Ermächtigung belief

23 BVerfG, 2 BvE 4/11 vom 19.6.2012, Leitsatz 1.

24 BVerfG, 2 BvE 4/11 vom 19.6.2012, Leitsatz 2.

25 BVerfG, 2 BvE 4/11 vom 19.6.2012, Leitsatz 3.

26 *H. Kube*, Nationale Budgetsicherheit und Europäische Integration, AÖR 137 (2012), S. 205, 220; *H. H. Klein*, Die Macht des Bundestages, ZG 2012, S. 209, 223.

27 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – BT-Drs. 17/2278 – Rahmenvertrag der European Financial Stability Facility, BT-Drs. 17/2569, S. 2 f.; ebenso BT-Drs. 17/6812, S. 9.

28 Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Entwurf eines Gesetzes zu dem EFSF-Rahmenvertrag vom 7. Juni 2010“, BT-Drs. 17/2412; BT-Drs. 17/3126; BT-Plenarprotokoll 17/68 vom 28.10.2010, S. 7177 f.

29 Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus (Stabilisierungsmechanismusgesetz – StabMechG) vom 22.5.2010, BGBl. I S. 627, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Mai 2012, BGBl. I S. 1166, geändert worden ist.

30 BT-Drs. 17/2569, S. 3.

sich ursprünglich auf 123 Milliarden Euro (§ 1 StabMechG). Mittlerweile sind es rund 211 Milliarden Euro.³¹

Im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten hat das Bundesverfassungsgericht die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betont. Er müsse sie auch in einem System intergouvernementalen Regierens wahrnehmen und eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden.³² Die Bundestagsabgeordneten müssen „die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten.“³³ Wenn Gewährleistungen übernommen werden (wie im Fall von Griechenland-Fazilität und EFSF sowie abrufbarem Kapital im Fall von ESM) ist eine Obergrenze zu beachten, die aus dem Demokratieprinzip folgt.³⁴ Sie darf nicht zu unverhältnismäßigen Verpflichtungen führen und „könnte nur überschritten sein, wenn sich im Eintrittsfall die Gewährleistungen so auswirken, dass die Haushaltsautonomie jedenfalls für einen nennenswerten Zeitraum nicht nur eingeschränkt würde, sondern praktisch leerliefe.“³⁵

Hier liegt das Hauptproblem für den Bundestag. Er beschließt den Bundeshaushalt (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG), für das Jahr 2012 in Höhe von 312,7 Milliarden Euro.³⁶ Er muss dem Eigenmittelbeschluss der EU zustimmen,³⁷ das nächste Mal für den Zeitraum 2014 bis 2020 gemäß Art. 311 Abs. 3 AEUV, Art. 23 Abs. 1 GG, § 3 Abs. 1 IntVG. Der Unionshaushalt (Art. 311 Abs. 1, Art. 314 AEUV) beträgt für 2012 129,08 Milliarden Euro,³⁸ der deutsche Anteil daran 24,84 Milliarden Euro.³⁹ Das alles ist nicht viel im Vergleich zu den Summen, die der Bundestag bei der so genannten Eurorettung verantwortet. Wenn sich das Gewährleistungsrisko aus der Griechenland-Fazilität und der EFSF vollständig realisieren sollte, entstünden Verluste von rund 170 Milliarden Euro. Sie seien „noch refinanzierbar“ – das meint jedenfalls der Bundestag, dem das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Griechenland-Hilfe und EFSF zugestimmt hat.⁴⁰ Es spricht nach Ansicht von Peter Michael Huber einiges dafür, „dass ein Jahreshaushalt die Obergrenze bildet“.⁴¹ Schon oder erst – das ist allerdings schwer plausibel zu begründen.⁴²

In seinem Urteil zum ESM- und Fiskalvertrag hat das Gericht erneut den weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers betont. Es sei jedenfalls nicht evident

31 § 1 Abs. 1 Satz 1 StabMechG neu (Fn. 29).

32 BVerfG, 2 BvE 4/11 vom 19.6.2012, Abs. 114.

33 BVerfGE 129, 124, 178.

34 H. Rathke, Von der Stabilitäts- zur Stabilisierungsunion: Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV, DÖV 2012, S. 753, 759.

35 BVerfGE 129, 124, 183.

36 Haushaltsgesetz 2012 vom 22.12.2011 (BGBl. I S. 2938), das durch Artikel 1 u. 2 des Gesetzes vom 13.9.2012 (BGBl. I S. 1902) geändert worden ist, Anlage Gesamtplan des Bundeshaushaltsplans 2012.

37 ABI. EU 2007 L 163/17; Gesetz zu dem Beschluss des Rates vom 7.6.2007 über das System der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften vom 10.7.2008, BGBl II S. 726.

38 Endgültiger Erlass des Gesamthaushaltsplans der Europäischen Union für das Haushaltsjahr 2012, ABI. EU L 56/9 f.

39 Bundeshaushaltspol 2012, Einzelplan 60 – Allgemeine Finanzverwaltung, S. 5.

40 BVerfGE 129, 124, 183 f.

41 P. M. Huber, „Keine europäische Wirtschaftsregierung ohne Änderung des Grundgesetzes“, Süddeutsche Zeitung, 19.9.2011.

42 M. Nettesheim, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz, EuR 2011, S. 765, 776.

fehlerhaft, wenn der Gesetzgeber meine, die Zahlungspflicht für Anteile am ESM im Gesamtwert von mehr als 190 Milliarden Euro führe nicht dazu, dass die Haushaltssouveränität vollständig leerlaufe. „Das gilt auch, wenn man in die Berechnung des deutschen Gesamtengagements für die Stabilisierung der Europäischen Währungsgemeinschaft die deutsche Beteiligung an der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität, bilaterale Hilfen zugunsten von Griechenland, Risiken aus der Teilnahme am Europäischen System der Zentralbanken und dem Internationalen Währungsfonds einstellt.“⁴³ Auf insgesamt 1 Billion Euro beläuft sich inzwischen das deutsche Haftungsrisiko, jedenfalls nach Einschätzung des Haushaltsexperten der SPD-Bundestagsfraktion⁴⁴ und des SPD-Parteivorsitzenden,⁴⁵ wenig später spricht der Kanzlerkandidat bereits von 1,2 Billionen Euro.⁴⁶ Das entspricht ungefähr der Gesamtverschuldung des Bundes, die zum Jahresende 2011 1,037 Billionen Euro betrug.⁴⁷ Ob diese Einschätzung zutrifft, ist sicher umstritten. Jedenfalls ist die Billion Euro die Summe, die viele Abgeordnete bei ihren Entscheidungen gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zugrunde legen.

2. „Alte“ Gemeinschaftsmethode

Unter Gemeinschaftsmethode ist das Verfahren zu verstehen, in dem die Unionsorgane Rechtsakte der EU schaffen.⁴⁸ Der Begriff wurde im Jahr 2001 von der Kommission populär gemacht.⁴⁹ Die Gemeinschaftsmethode wurde jedoch schon vor 60 Jahren zu Beginn der europäischen Integration für die damals bestehenden Gemeinschaften zunächst im EGKS-Vertrag (1952) und sodann im EWG- und EAG-Vertrag (1958) verankert und benutzt.⁵⁰ Es war ein Novum, dass Organe einer internationalen Organisation die Kompetenz hatten, sekundäre Rechtsakte zu schaffen, die für ihre Mitgliedstaaten verbindlich waren.⁵¹ Die Gemeinschaftsmethode ist der Normalfall der europäischen Rechtsetzung.⁵² Wesentliche Kennzeichen der Gemeinschaftsmethode sind:

- nahezu ausschließliches Initiativrecht der Kommission für die Sekundärrechtssetzung der Europäischen Union (Initiativmonopol),

43 BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012, Absatz-Nr. 271.

44 C. Schneider, „Deutschland haftet mit einer Billion Euro“, Berliner Zeitung, 15.8.2012; siehe auch R. Müller, Haushaltssouveränität des Parlaments – Kronjuwel adé, APuZ 38-39/2012, S. 49, 50.

45 S. Gabriel, BT-Plenarprotokoll 17/214, S. 26199 (B).

46 P. Steinbrück, Aus dem Gleichgewicht, Die Welt, 12.1.2013.

47 Bericht des Bundesministeriums der Finanzen über die Kreditaufnahme des Bundes im Jahr 2011, Stand 18.6.2012, S. 15.

48 Mickel/Bergmann (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 4. Auflage 2012, „Gemeinschaftsmethode/Unionsmethode“; E. Schoof, Die Gemeinschaftsmethode, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Der aktuelle Begriff Nr. 12/02 vom 27.3.2002.

49 KOM (2001) 428 endg.; KOM (2001) 727 endg.

50 H. Steiger, Mehr Demokratie in der EU – aber wie?, ZRP 2012, S. 13.

51 K. Rohleder, Gemeinschaftsmethode versus Unionsmethode?, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 11 – 3000 – 048/11, S. 4.

52 J. Bast, Einheit und Differenzierung der europäischen Verfassung, in: Becker u. a. (Hrsg.), Die europäische Verfassung – Verfassung in Europa, 2005, S. 34 (52 ff.); C. Calliess (Fn. 8), S. 2; A. von Bogdandy, Grundprinzipien des Unionsrechts – Eine verfassungstheoretische und -dogmatische Skizze, EuR 2009, S. 749, 766.

- Abstimmung im Rat der EU grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit,
 - grundsätzlich gleichberechtigte Einbindung des Europäischen Parlaments neben dem Rat als Mitgesetzgeber und
 - durchgängiger Rechtsschutz durch den Gerichtshof der Europäischen Union.⁵³
- Die Gemeinschaftsmethode weist dem Europäischen Parlament die Integrationsverantwortung zu. Die nationalen Parlamente, also auch der Bundestag, spielen in dieser „aufsteigenden Phase“⁵⁴ der Rechtsetzung kaum eine Rolle. Zwar können sie „ihre“ Ratsmitglieder kontrollieren, weil diese grundsätzlich mit Mehrheit entscheiden, ist das jedoch wenig effektiv. Zudem haben sie noch die Möglichkeit, Subsidiaritätsbedenken geltend zu machen und den Unionsorganen im so genannten politischen Dialog ihre Vorstellungen zur Rechtsetzung mitzuteilen.⁵⁵ Die nationalen Parlamente sind nur in der „absteigenden Phase“, d. h. für die Umsetzung des Sekundärrechts in ihr nationales Recht zuständig. Entscheidenden Einfluss bei der Sekundärrechtsetzung haben sie nicht.⁵⁶ Sie seien „Befehlsempfänger der EG“, hat Albert Bleckmann bereits 1991 schmunzlig festgestellt⁵⁷ – und das aus seiner überaus europafreundlichen Perspektive. Dieser Befund ist für machtbewusste Parlamente wie den Bundestag sehr schmerzlich. Wird Sekundärrecht nach der Gemeinschaftsmethode gesetzt, hat der Bundestag nur eine Randexistenz; bei dem Beschluss deutschen Bundesrechts steht er hingegen im Zentrum. Dann benutzt er die Bundestagsmethode (Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG).⁵⁸

3. „Neue“ Unionsmethode

Hat die Krise (mit Unterstützung der Bundeskanzlerin) eine neue Methode geboren, die Unionsmethode?⁵⁹ Darunter versteht die Bundeskanzlerin eine Mischung aus Gemeinschaftsmethode und koordinierendem Handeln der Mitgliedstaaten. Es gehe um „abgestimmtes solidarisches Handeln – jeder in seiner Zuständigkeit, alle für das gleiche Ziel“. Auf Unionsebene werde gemäß der Gemeinschaftsmethode gehandelt. Über weitergehende Ziele einigten sich die Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene und setzten diese dann auf mitgliedstaatlicher Ebene um. Gestützt werden diese Überlegungen durch folgende Argumente: Die Ratsmitglieder, also die Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, handelten nicht nur bei der Unions-, sondern auch bei der Gemeinschaftsmethode. Der Europäische Rat handle als konstitutiver Teil der Europäischen Union. Zudem sei die Gemeinschaftsmethode vor

53 KOM (2001) 428 endg., S. 11; *K. Rohleder* (Fn. 51), S. 4 ff.; *C. Calliess* (Fn. 8), S. 2.

54 *P. M. Huber*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 12 EUV, Rn. 28.

55 Ausführlich dazu: *A. Buzogány/A. Stuchlik*, Subsidiarität und Mitsprache. Nationale Parlamente nach Lissabon, ZParl 2012, S. 340 ff.

56 *P. M. Huber* (Fn. 54), Art. 12 EUV, Rn. 44.

57 *A. Bleckmann*, Die Umsetzung von Gemeinschaftsbeschlüssen in nationales Recht im Licht der Beziehungen zwischen dem nationalen Parlament und dem Europäischen Parlament, ZParl 1991, S. 572, 575.

58 *S. Hölscheidt*, Die Verantwortung des Bundestages für die europäische Integration, DÖV 2012, S. 105, 111.

59 Rede von Bundeskanzlerin *A. Merkel* anlässlich der Eröffnung des 61. akademischen Jahres des Europakollegs Brügge, 2.11.2010, online abrufbar unter: <http://www.bundeskanzlerin.de/Content/DE/Rede/2010/11/2010-11-02-merkel-bruegge.html> (letzter Abruf: 30.7.2012). Ausführlich dazu *M. Sarrazin/S.-C. Kindler*, „Brügge sehen und sterben“ – Gemeinschaftsmethode versus Unionsmethode, integration 2012, S. 213 ff.

dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips nicht immer vorzugswürdig. Außerdem könnte die Gemeinschaftsmethode nicht genutzt werden, wenn es keine Gemeinschaftskompetenzen gebe.

Der Präsident des Europäischen Rates, Herman Van Rompuy, hat das Handeln von Unionsorganen und Mitgliedstaaten bei der Schaffung des ständigen Krisenbewältigungsmechanismus in der Wirtschafts- und Währungsunion (neuer Art. 136 Abs. 3 AEUV und völkerrechtlicher ESM) als exzellentes Beispiel einer Unionsmethode im Sinne der Bundeskanzlerin bezeichnet.⁶⁰ Der ehemalige Kommissionspräsident Jacques Delors hat demgegenüber die Vorteile der Gemeinschaftsmethode hervorgehoben. Europa sei mit dieser Methode immer schneller und effizienter gewesen, während die intergouvernementale Methode oft interne Krisen verursacht oder Entscheidungsprozesse verlangsamt habe.⁶¹ Das ist wenig überraschend: Der Europäische Rat argumentiert intergouvernementalistisch – die Kommission integrationistisch.

Diese so genannte Unionsmethode beschreibt kein neues Rechtsetzungsverfahren. Sie versucht lediglich das Verfahren der intergouvernementalen Zusammenarbeit zu legitimieren, das die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten in der Krise angewandt haben und anwenden. Gemeinschaftsmethode und intergouvernementale Zusammenarbeit werden nicht vermischt. Die Gemeinschaftsmethode ist anzuwenden, wenn es das Primärrecht vorsieht. Ist das nicht der Fall, können die Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Völkerrechts intergouvernemental zusammenarbeiten. In beiden Fällen handeln die Mitgliedstaaten vertreten durch ihre Regierungen. Für den Bundestag bedeutet die „neue“ Unionsmethode ebenfalls nichts Neues: Sie ist darauf gerichtet, EU-nahe völkerrechtliche Verträge zu schaffen, Komplementärrecht. Diese Verträge unterliegen als Angelegenheit der Europäischen Union dem Informationsregime des Art. 23 Abs. 2 GG, was bereits ausgeführt wurde.

II. Die intergouvernementale Zusammenarbeit als Garant der Einheit der Union?

Intergouvernementale Zusammenarbeit kann kein alleiniger Garant der Einheit der Union sein, sie kann aber immerhin dazu beitragen, die Einheit zu sichern. Anlass für die Zusammenarbeit kann sein, dass eine große Krise wie die gegenwärtige zu bewältigen ist und das Unionsrecht für die Bewältigung entweder kein Verfahren zur Verfügung stellt oder ein Verfahren zwar kennt, das sich aber (aus welchem Grund auch immer) als untauglich erweist. Handeln können in einer solchen Situation nur die Staaten und ihre Regierungen.⁶² Was können z. B. die Eurostaaten tun,

60 Rede des Präsidenten des Europäischen Rates *H. Van Rompuy* am 9.11.2010, „A Curtain went up – Ein Vorhang ging auf“, Präsident *H. Van Rompuy* hält die erste Berliner Europa-Rede, online abrufbar unter: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/117692.pdf (letzter Abruf: 30.7.2012).

61 Kurzfassung des Vortrags von *J. Delors*, Berlin, 28.1.2011, „Wo steht Europa?“, online abrufbar unter: http://www.eu-landau.de/eu-themen/369042.rede_jacques_delors_im_wortlaut_deutsch.pdf (letzter Abruf: 30.7.2012); kritisch zur „Unionsmethode“ auch *M. Ruffert* (Fn. 20), S. 854 f.

62 *H. Steiger* (Fn. 50), S. 14.

wenn sie der Auffassung sind, dass der Euro am besten mit Hilfe einer Primärrechtsänderung gerettet werden kann, diese Änderung aber nicht zu erreichen ist, weil zumindest ein Mitgliedstaat seine Mitwirkung verweigert? Sie greifen zur zweitbesten Lösung, indem sie intergouvernemental zusammenarbeiten und völkerrechtliche Verträge mit dem Ziel der Eurorettung schließen. Die wenig verlockende Alternative heißt: Nichtstun.⁶³ In diesem Sinn hat sich die Bundeskanzlerin unter Bezug auf den Präsidenten des Europäischen Rates geäußert.⁶⁴

III. Die intergouvernementale Zusammenarbeit als Gefahr für die Einheit der Union?

Juristisch gesehen wird die intergouvernementale Zusammenarbeit immer dann zur Gefahr für die Einheit der Union, wenn sie zu Ergebnissen führt, die nicht alle Mitgliedstaaten umfassen. Je mehr Komplementärrecht es gibt, das nicht für alle Mitgliedstaaten gilt, desto größer wird zwangsläufig die Uneinheitlichkeit der Union. In der gegenwärtigen Krise gilt: „Eurozone und Gesamtunion driften auseinander.“⁶⁵ Die Rechtszersplitterung führt zu Intransparenz:⁶⁶ Welches Recht gilt für welche Staaten? Sowohl die EFSF als auch der ESM operieren als Ergebnisse intergouvernementaler Zusammenarbeit der „Rettungsstaaten“ auf der Grundlage von Vereinbarungen, die formell neben den Unionsverträgen stehen.⁶⁷ Die Partner des Fiskalvertrags haben die Gefahr der Uneinheitlichkeit erkannt. Der Vertrag sieht nämlich in seinem Art. 16 vor, dass er innerhalb von fünf Jahren in den Rechtsrahmen der EU überführt werden soll. Dabei handelt es sich freilich um eine nicht justiziable politische Absichtserklärung.⁶⁸ Insgesamt ist unklar, in welchem Verhältnis das Komplementärrecht zum Unionsrecht steht.⁶⁹

Eine weitere Gefahr resultiert daraus, dass die Zusammenarbeit nur unzureichend demokratisch legitimiert werden kann. Der Bundestag legitimiert als nationales deutsches Parlament zwar die deutsche und die europäische Hoheitsgewalt.⁷⁰ Als solches kann er aber grundsätzlich nur nationales Handeln auf europäischer Ebene legitimieren,⁷¹ bei der Eurorettung also den deutschen Anteil an den Rettungsmaßnahmen. Jede der zahlreichen Rettungsmaßnahmen wird von jedem „Rettungsstaat“ gemäß seinem nationalen Recht legitimiert. Auch wenn man die nationalen Einzellegitimationen summiert, entsteht kein unionales Ganzes, sondern lediglich ein Le-

63 Vgl. die Rede von Bundesminister *W. Schäuble* anlässlich der Verleihung des Karlspreises 2012, 17.5.2012, online abrufbar unter: http://www.karlspreis.de/preistraeger/2012/rede_von_dr_wolfgang_schaeuble.html (letzter Abruf: 6.6.2013) *ders.*, Institutioneller Wandel und europäische Einigung, FAZ, 12.1.2013.

64 Rede von Bundeskanzlerin *A. Merkel* anlässlich der Eröffnung des 61. akademischen Jahres des Europakollegs Brügge, 2.11.2010, online abrufbar unter: <http://www.bundeskanzlerin.de/Content/DE/Rede/2010/11/2010-11-02-merkel-bruegge.html> (letzter Abruf: 30.7.2012).

65 *T. Oppermann* (Fn. 20), S. 7.

66 *W. Schäuble* (Fn. 63), FAZ, 12.1.2013.

67 *C. Calliess* (Fn. 8), S. 2 f.

68 *S. Hölscheidt/K. Rohleder*, Vom Anfang und Ende des Fiskalvertrags, DVBl 2012, S. 806, 808 f.

69 *T. Oppermann* (Fn. 20), S. 7.

70 *A. Voßkuhle*, Über Demokratie in Europa, APuZ 13/2012, S. 3, 8.

71 *H. Steiger* (Fn. 50), S. 15.

gitationsmosaik. Daran ändert sich nichts, wenn die Legitimation mit Hilfe von Referenden erfolgt.⁷² Die Bausteine dieses Mosaiks sind unterschiedlich stark. So intensiv wie im Bundestag wird die Eurorettung wohl nicht in jedem Parlament beraten.⁷³ Der Bundestag wird durch die Europäisierung des Budgetrechts zu einer Art Unionsorgan,⁷⁴ wozu er nicht angelegt ist. Sollte weiter von der intergouvernementalen Zusammenarbeit Gebrauch gemacht werden, dürfte das zu einer Renationalisierung führen.⁷⁵ Die Unionsorgane, vor allem das Europäische Parlament, können die intergouvernementale Zusammenarbeit naturgemäß nicht legitimieren. Das EP übt politische Kontrolle nach Maßgabe der Unionsverträge aus (Art. 14 Abs. 1 S. 2 EUV). Sie sehen nicht vor, dass das EP nationale Regierungen kontrollieren oder den nationalen Parlamenten einen Teil ihrer Budgetverantwortung abnehmen kann. Die nationalen Parlamente entscheiden autonom. Das durch diese Zusammenarbeit geschaffene Komplementärrecht und die darauf beruhenden Rettungsmaßnahmen stehen also auf wackeligen demokratischen Beinen. Je größer die Bedeutung der Zusammenarbeit und des Komplementärrechts wird, desto gefährlicher ist es für die demokratische Legitimation der Europäischen Union insgesamt. Der Bundestag fährt mit der intergouvernementalen Zusammenarbeit einerseits besser als mit der Gemeinschaftsmethode. Beide Methoden gewähren ihm die gleichen Kontrollbefugnisse nach dem Grundgesetz (Art. 23 Abs. 2). Aber nur das Ergebnis der intergouvernementalen Zusammenarbeit hängt von seiner Entscheidung ab. Unionales Komplementärrecht gilt in Deutschland nur, wenn der Bundestag dafür den Rechtsanwendungsbefehl erteilt hat; „normales“ Sekundärrecht gilt unabhängig davon. Andererseits muss der Bundestag aber konkrete umfangreiche Maßnahmen zugunsten der Europäischen Union unmittelbar legitimieren. Dadurch wird er in Entscheidungen der Exekutive eingebunden. Es besteht die Gefahr, dass sich der Bundestag im „Einzelfallvollzug verzettelt“.⁷⁶ Besonders deutlich macht das die Eurorettung, für die der Bundestag insgesamt ein Haftungsrisiko in Höhe von zumindest mehreren hundert Milliarden Euro eingegangen ist. Sollte sich das Risiko realisieren, müsste er für die Finanzierung sorgen. Dabei steht ihm als Finanzier nur das deutsche Volk zur Verfügung. Zwar ist die Grundkonstellation bekannt: Alles Geld, das der Bundestag ausgibt, stammt vom Steuerzahler. Neu ist jedoch die ungeheure Höhe des Gesamtengagements.⁷⁷ Es ist zweifelhaft, ob die Legitimationskraft des Bundestages für solche Dimensionen ausreicht.

72 Zu dieser Diskussion C. *Offe*, Europa in der Falle, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2013, S. 67, 71.

73 M. *Sarrazin/S.-C. Kindler* (Fn. 59), S. 218.

74 U. *Hufeld*, Handbuch des Staatsrechts, Band X, 3. Aufl. 2012, § 215, Rn. 76.

75 Als Frage formuliert von H. H. *Klein* (Fn. 26), S. 209, 223 Fn. 107.

76 H. *Kube*, AöR 137 (2012), S. 205, 218.

77 H. *Kube*, AöR 137 (2012), S. 205, 216.

Herausforderungen für den Rechtsschutz in einer flexiblen Union

*Von Matthias Pechstein, Frankfurt (Oder)**

Das prozessrechtliche Instrumentarium der „flexiblen“ Union könnte angesichts der vielseitigen und undurchsichtigen Formen der differenzierten Integration reformbedürftig sein. Welche Schlüsse lassen sich aus der bisherigen Zurückhaltung des EuGH als möglichem Integrator im komplizierten Netzwerk der differenzierten Integration ziehen? Gibt es vielleicht gar keine „besonderen“ Herausforderungen für den Rechtsschutz in einer flexiblen Union, sondern nur die allgemeinen Rechtsschutzfragen? Oder mangelt es bisher an geeigneten Verfahren zur Durchsetzung von anerkennungswürdigen Rechtsschutzinteressen? Um diesen Fragestellungen nachzugehen, sollen zunächst die prozessualen Konstellationen und anschließend gemeinsame Grundsätze für die materielle Beurteilung entsprechender Rechtsstreitigkeiten herausgearbeitet werden.

I. Einleitung

Die Themenstellung „Herausforderungen für den Rechtsschutz in einer flexiblen Union“ insinuiert, dass es für eine flexible Union „besondere“ Rechtsschutz-Herausforderungen gibt, die sich von den allgemeinen Anforderungen an den Rechtsschutz in der Europäischen Grund-Union unterscheiden. Diese Vermutung hat in Anbetracht der bereits bestehenden und vermutlich weiter zunehmenden vielfältigen und komplizierten Verschachtelungen der verschiedenen Formen differenzierter Integration eine Menge für sich. Zu erwarten ist hier ein erhebliches Potential an schwierigen Abgrenzungsfragen, an Streit über die Vereinbarkeit des Sonderrechts eines kleineren Kreises mit dem für alle geltenden primären wie sekundären Unionsrecht und an institutionelle und damit kompetentielle Probleme. Dass die diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten vor dem EuGH ausgetragen werden, ist die naheliegende Annahme. In dieser Perspektive kommt dem EuGH die Rolle zu, in dem bunten Durch- und Ineinander der verschiedenen Integrationskreise und -maßnahmen den Bestand des allen gemeinsamen Unionsrechts zu wahren, ohne freilich sinnvollen Vorreiterprojekten im Weg zu stehen. Die Integrationsfunktion des Gerichtshofs wird bei dieser Betrachtungsweise mit Erwartungen an die Sicherung des Zusammenhalts in Zeiten zunehmender projektbezogener Differenzierung der Teilnehmerkreise bei bestimmten Integrationsschritten befrachtet.

Sieht man sich freilich mit dieser hochgespannten Erwartung und in Anbetracht der Tatsache, dass differenzierte Integration nunmehr schon seit vielen Jahren in den unterschiedlichsten rechtlichen Formen stattfindet, nach einschlägigen, wegweisenden Urteilen des EuGH um, so muss man überrascht feststellen, dass es diese

* Prof. Dr. Matthias Pechstein ist Inhaber des Jean-Monnet-Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Europarecht an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

Urteile jedenfalls bislang praktisch nicht gibt. Immerhin jedoch gibt es die Rechtsprechung des EuGH zur Kompetenzsicherung der Union gegenüber der kollektiven Flucht sämtlicher (!) Mitgliedstaaten in die intergouvernementale Kooperation.¹ Sie scheint zwar nicht zum Formenkreis der differenzierten, also kleinere Teilnehmerkreise umfassenden Integration zu passen, denn diesen kleineren Kreisen steht das vorrangig zu nutzende unionale Kompetenzprogramm alternativ ja gar nicht zur Verfügung. Dennoch sind jedenfalls Bereiche ausschließlicher und ausgeübter konkurrierender Unionskompetenzen auch für einzelne Mitgliedstaaten und kleinere Gruppen derselben unantastbar. Aus diesem Grunde gilt diese Judikatur insoweit eben doch für den Kompetenzschutz der Union gegenüber Projekten differenzierter Integration auf völkerrechtlicher Grundlage. Ergänzend ließe sich sogar daran denken, dass auch Unionszuständigkeiten für eine verstärkte Zusammenarbeit in Bereichen nicht ausgeübter und nicht ausschließlicher Unionszuständigkeiten (Art. 20 Abs. 1 S. 1 EUV) nicht durch völkerrechtliche Kooperationen umgangen werden dürfen. Diese Befugnisse sind jedoch nur Optionen, die nicht zwingend genutzt werden müssen und bei weniger als neun interessierten Mitgliedstaaten (Art. 20 Abs. 2 S. 1 EUV) auch gar nicht genutzt werden können.² In allen Bereichen nicht-ausschließlicher Unionszuständigkeiten bleibt daher völkerrechtliche Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten kompetentiell zulässig. Dies hat der EuGH mit dem ESM-Urteil auch soeben noch einmal bestätigt.³

Aus einzelnen weiteren Urteilen des Gerichtshofs kann man zwar versuchen für prozessuale Einzelfragen etwas Generelles abzuleiten, aber dabei bewegt man sich schon arg am Rande der Kaffeesatzleserei. Auch das jüngst ergangene Urteil des EuGH hinsichtlich zweier Nichtigkeitsklagen Spaniens und Italiens gegen die Ermächtigungsentscheidung für eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes trifft insoweit keine grundsätzlichen Aussagen; der Ermächtigungsbeschluss wird nach Maßgabe einer großzügigen Auslegung der Voraussetzungen der Art. 20 EUV und Art. 326 ff. AEUV für rechtmäßig erklärt.⁴ Das ESM-Urteil hat immerhin die Zulässigkeit differenzierter Integration auf völkerrechtlicher Grundlage in unionsannexen Bereichen bestätigt und legt dieser Kooperationsform keine besonderen Steine in den Weg.⁵

Der bisher weitgehende Ausfall des EuGH als möglicher Integrator im komplizierten Netzwerk der differenzierten Integrationen ist immerhin bemerkenswert. Spricht dies nun dafür, dass diese Formen der Zusammenarbeit in kleineren Kreisen vielleicht – zumindest rechtlich – viel unproblematischer sind, als viele befürchten? Hat die Politik hier also die jeweils richtigen Wege eingeschlagen und rechtlich im We-

1 EuGH, Rs. C-170/96 (Kommission/Rat), Slg. 1998, I-2782; EuGH, Rs. C-176/03 (Kommission/Rat), Slg. 2005, I-7907; EuG, Rs. T-338/02 (Segi u.a./Rat), Slg. 2004, II-1650.

2 M. Böse, Differenzierte Integration als Konzept für die erweiterte Europäische Union – Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=963, S. 17.

3 EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht.

4 EuGH, Urt. v. 16.04.2013, verb. Rs. C-274/11 und C-295/11 (Spanien/Rat), noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht.

5 EuGH (Fn. 3), Rn. 92 ff.

sentlichen für alle Beteiligten unproblematische Lösungen gefunden? Gibt es mithin gar keine „besonderen“ Herausforderungen für den Rechtsschutz in einer flexiblen Union, sondern nur die allgemeinen Rechtsschutzfragen? Oder fehlt es für bestimmte Probleme an geeigneten Verfahren – und darum an entsprechenden Urteilen –, ist das Rechtsschutzsystem der Verträge also für die Konstellationen der differenzierten Integration unzulänglich gerüstet? Gibt es mit anderen Worten anerkennungswürdige, aber nicht durchsetzbare Rechtsschutzinteressen, also Rechtschutzlücken?

Diese Rechtsschutzinteressen sind zunächst zu kategorisieren:

- Die prozessualen Interessen derjenigen Mitgliedstaaten, die eine differenzierte Integration beabsichtigen, sind zum einen ggf. darauf gerichtet, deren Zulässigkeit notfalls gerichtlich zu erstreiten. Diese Problematik kann sich nur dort ergeben, wo – wie bei der Verstärkten Zusammenarbeit und der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit in der GSVP – eine unionale Genehmigungsentscheidung erforderlich ist und daher auch verwehrt werden kann.
- Weiterhin können die *Ins* untereinander Rechtsschutzinteressen bzgl. der Einhaltung des Sonderrechts im Rahmen der jeweiligen differenzierten Integration haben. Ob sie auch ein legitimes Rechtsschutzinteresse an der Klärung der Unionsrechtskonformität einer unionsrechtsexternen differenzierten Integration durch den EuGH haben, kann dagegen fraglich sein.
- Die zumindest zunächst nicht beteiligten Mitgliedstaaten, die *Outs*, können Rechtsschutzinteressen insbesondere bzgl. der Rechtmäßigkeit von unionalen Genehmigungsentscheidungen und bzgl. der Vereinbarkeit des im kleineren Kreis geschaffenen Sonderrechts mit dem allgemeinen Unionsrecht haben.
- Parallel hierzu läuft das Kontrollinteresse der Kommission und des Europäischen Parlaments, letzterem ist aber prozessual lediglich die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns oder Unterlassens der Unionsorgane, nicht jedoch desjenigen der Mitgliedstaaten, möglich.
- Können aber die *Outs* auch die Einhaltung des Sonderrechts durch die *Ins* gerichtlich überprüfen lassen? Ist hier evtl. zwischen Dauer-*Outs* und Eventual-*Ins* zu unterscheiden?
- Die Rechtsschutzinteressen von Individuen realisieren sich zum einen über die Direktklagen gegen unionale Akte, soweit sie davon betroffen sind, im Übrigen über das Vorabentscheidungsverfahren. Bei der Verstärkten Zusammenarbeit wird es dabei in beiden Fällen vor allem um die ebenfalls der Union zuzurechnenden Akte des Sondersekundärrechts des kleineren Kreises gehen.

Hinsichtlich dieser Rechtsschutzinteressen gibt es eine Reihe von denkbaren Rechtsstreitigkeiten bzgl. differenzierter Integration, die im Rahmen der bestehenden Regelungen problemlos bewältigt werden können. Ob sie genutzt werden, ist eine andere Frage – die Klagen Spaniens und Italiens bzgl. des Patentschutzes, wie wohl vermutlich von gekränkter nationaler Eitelkeit wegen des Sprachenregimes getragen, könnten hier immerhin einen Wendepunkt markieren.

Bei der Anwendung des klassischen prozessualen Instrumentariums können sich jedoch auch Sonderfragen stellen. So könnte mit dem Fiskalpakt und seiner Inanspruchnahme des Art. 273 AEUV das bisherige prozessuale Instrumentarium an seine Grenzen geführt worden sein. Oder es könnte zweifelhaft sein, ob die prozessualen Möglichkeiten der *Outs* nicht bezüglich mancher nur die *Ins* betreffenden Fragen eingeschränkt werden müssen. In einem ersten Teil sollen daher die prozessualen Möglichkeiten und Schwierigkeiten des Rechtsschutzes in den wichtigsten Konstellationen differenzierter Integration analysiert werden. Ob das EU-Rechtsschutzsystem aufgrund der Proliferation von in differenzierter Integration betriebenen Projekten überarbeitet werden sollte, wird zum Schluss dieses Teils bewertet.

Es stellt sich aber auch die Frage nach der Formulierbarkeit von gemeinsamen Grundsätzen für die denkbare künftige Rechtsprechung des EuGH zu diesen Fragen. Hier wird die Lage sehr viel schwieriger. Nicht nur, dass das vom Gerichtshof heranzuhaltende normative Material je nach prozessualer Gestaltung und Ausformung der betreffenden differenzierten Integration verschieden ist. Wie solche Maßgaben aussehen sollen, hängt auch maßgeblich von der Grundeinstellung zu differenzierter Integration ab. Bei der Bewältigung des Spagats zwischen der Sicherung der zumindest grundsätzlichen Einheit der Union und der juristisch korrekten Handhabung von Sonderrecht spielt es eine maßgebliche Rolle, ob man in der differenzierten Integration eine prinzipielle Gefahr oder doch eher eine bedeutende Chance für echte Integrationsfortschritte sieht. In einem zweiten, deutlich kürzeren Teil soll dies skizziert werden.

II. Prozessuale Konstellationen bei Rechtsstreitigkeiten bzgl. differenzierter Integration

1. Unionsrechtsinterne differenzierte Integration

a) Überblick

Differenzierte Integrationsansätze können bekanntlich verschieden kategorisiert werden. Für die Zwecke dieser Untersuchung soll nach unionsrechtsinterner und unionsrechtsexterner differenzierter Integration unterschieden werden. Als Fälle der unionsrechtsinternen differenzierten Integration sind dabei zum einen sowohl die unionsprimärrechtlich selbst ausgeformten Konstellationen, wie die Währungsunion und das Schengenrecht, als auch die unionsprimärrechtlich nur als Option vorgesehenen und vorstrukturierten Formen, also die Verstärkte Zusammenarbeit und die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit im Bereich der GSVP anzusehen.⁶ Zum anderen zählen dazu aber in einem weiteren Sinne auch sekundärrechtlich

6 Art. 42 Abs. 6 und Art. 46 EUV.

vorgesehene Differenzierungen durch Ausnahme- und Übergangsregelungen,⁷ die jedoch im Hinblick auf den Rechtsschutz keine besonderen Fragen aufwerfen.

In prozessrechtlicher Hinsicht ist bei der unionsrechtsinternen differenzierten Integration grundsätzlich von der uneingeschränkten Anwendbarkeit des vertraglich vorgesehenen prozessualen Instrumentariums auszugehen: Die Vertragsverletzungsverfahren stehen für die Einhaltung sowohl des allgemeinen als auch des Unions-Sonderrechts zur Verfügung, mit Nichtigkeits- und Untätigkeitsklage können Handlungen und Unterlassungen der Unionsorgane kontrolliert werden und zwar unabhängig davon, ob etwa im Rat alle Mitglieder stimmberechtigt waren oder nur ein kleinerer Kreis – die Identität des Organs wird dadurch nicht berührt. In Schadensfällen steht in gleicher Weise die Amtshaftungsklage zur Verfügung. Mitgliedstaatliche Gerichte können sich mit allen Fragen, die sich ihnen bei der Anwendung von Unions-Sonderrecht stellen, im Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH wenden.

b) Grenzen der Klagemöglichkeiten der „Outs“ gegen die „Ins“?

Eine interessante prozessrechtliche Frage im Bereich der unionsrechtsinternen differenzierten Integration ist jedoch, ob die *Outs* nicht nur die Ermächtigungsentscheidungen mit der Nichtigkeitsklage angreifen können, sondern auch das für sie nicht geltende sekundäre Sonderrecht der *Ins*. Der Vorwurf würde dann lauten, dass dieses nicht mit dem Ermächtigungsbeschluss oder dem sonstigen Unionsrecht vereinbar ist. Auch bzgl. der Staatenklage lässt sich fragen, ob ein *Out* Klage gegen einen *In* mit dem Vorwurf erheben kann, dieser halte sich nicht an das sekundäre Sonderrecht. In der Literatur wird zum Teil – unter Berufung auf die Entscheidung *Tessili* aus dem Jahre 1976 – behauptet, dass das Klagerecht der *Outs* in diesem Fall an ein eigens zu prüfendes „berechtigtes Interesse“ gebunden sei.⁸ In diesem Verfahren hatte der EuGH das Recht neu beigetreter Staaten, in einem Vorabentscheidungsverfahren Stellung zu nehmen, von einem entsprechenden besonderen Interesse abhängig gemacht. Das Verfahren betraf die Auslegung des EuGVÜ, dem das Vereinigte Königreich noch nicht beigetreten war. Der angedachten Verallgemeinerung dieses Ansatzes durch *Usher* ist *Thym* in seiner großen Studie zur Ungleichzeitigkeit bereits mit dem zutreffenden Hinweis entgegen getreten, dass sich eine entsprechende zusätzliche Klagevoraussetzung aus dem Primärricht nicht ableiten lasse. Im Übrigen lag der Fall auch noch recht speziell und der Schluss von Stellungnahmerechten im Vorabentscheidungsverfahren auf Einschränkungen der primärrechtlich uneingeschränkten Klageberechtigung in anderen Verfahren ist mehr als gewagt und stellt einen Fall der eingangs erwähnten Kaffeesatzleserei dar. *Thyms* Einwand soll aber noch eine prozessuale Differenzierung hinzugefügt werden.

7 A. Fischer-Lescano/S. Kommer, Verstärkte Zusammenarbeit in der EU, Friedrich Ebert Stiftung, 2011, S. 7.

8 J. Usher, Geometry, ICLQ 1997, S. 243, 271 f.; weitere Nachweise bei D. Thym, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht, 2004, S. 223, Fn. 106; EuGH, Rs. 12/76, (Tessili/Dunlop), Slg. 1976, 1473.

Soweit es um Nichtigkeitsklagen gegen sekundäres Sonderrecht durch die Mitgliedstaaten als privilegiert Klageberechtigte geht, steht der Vorwurf im Raum, das Sonderrecht verstöße entweder gegen den von den regulär berufenen Unionsorganen erlassenen Ermächtigungsbeschluss oder gegen sonstiges für alle Mitgliedstaaten geltendes Unionsrecht. An der von Art. 326 AEUV geforderten Einhaltung von beidem durch das Sonderrecht haben aber vor allem die *Outs* ein völlig legitimes Interesse, selbst wenn dieses prozessrechtlich gar nicht nachgewiesen werden muss. Das legitime faktische Interesse an der Unverletztheit des für alle geltenden Unionsrechts und der Einhaltung der Ermächtigungsbedingungen durch das Sondersekundärrecht steht aber gerade hinter der privilegierten Stellung der Mitgliedstaaten als Kläger im Nichtigkeitsklageverfahren. Insoweit sind die Mitgliedstaaten auch Treuhänder des Unionsrechts. Diese Klagemöglichkeit der *Outs* kann daher nicht ernstlich bezweifelt werden.

Etwas eigenartig wird es allerdings dann, wenn ein *Out* eine Staatenklage gegen einen *In* mit dem Vorwurf erheben würde, dieser halte sich nicht an das sekundäre Sonderrecht. In diesem Fall geht es ja nicht um die Unverletztheit des für alle geltenden Unionsrechts im Hinblick auf das sekundäre Sonderrecht als Klagegegenstand, sondern um das mitgliedstaatliche Verhalten eines *Ins* bzgl. einer Norm, die den klagenden *Out* nicht bindet. Nun dürfte diese Konstellation mit Blick auf die minimale faktische Bedeutung der Staatenklage im Gesamtsystem des EU-Rechtsschutzes⁹ ziemlich hypothetisch sein. Sie ist aber zugleich spannend genug, um durchdacht zu werden. Auch bei der Staatenklage sieht der Vertrag keine nachzuweisende Klageberechtigung vor, sondern gestattet ein objektives Verfahren. Trotzdem ist die als typisch vorausgesetzte Konstellation sicherlich die eines von gegenseitigen materiellen Interessen geprägten bilateralen Streits gewesen, der eben nicht nach völkerrechtlichen Repressalienregeln, sondern vor dem EuGH ausgetragen werden soll. Dass die anderen *Ins* zu einer entsprechenden Staatenklage legitimiert sind, steht daher außer Frage. Für die *Outs* ließe sich hier jedoch am ehesten fragen, ob sie nicht ein „besonderes Interesse“ für eine entsprechende Klage auf Einhaltung des sie nicht bindenden Sonderrechts nachweisen müssten. Dieses ließe sich für Dauer-*Outs* wohl kaum je begründen. Bei Eventual-*Ins*, insbesondere solchen, die gerade kurz vor dem Beitritt zu dem unionsinternen Sonderrecht stehen, läge die Sache wohl anders.

Diese Differenzierung der Frage nach dem berechtigten Interesse nach Verfahrensarten scheint auf den ersten Blick nicht unberechtigt. Trotzdem spricht letztlich viel dafür, auch bei der Staatenklage bzgl. der Einhaltung von unionalem Sonderrecht von einem Klagerecht aller Mitgliedstaaten auszugehen. Dabei spielt zunächst die insoweit uneingeschränkte Tatbestandsfassung des Art. 259 AEUV eine wichtige Rolle, die – anders als dies in Art. 330 AEUV für die Stimmrechte im Rat bei einer Verstärkten Zusammenarbeit geregelt ist – gerade keine primärrechtliche Differenzierung nach *Ins* und *Outs* vorsieht. Diese uneingeschränkte Tatbestandsfassung

9 Bislang gibt es nur vier Urteile, mehrere Verfahren sind anhängig.

bedeutet aber, dass den Mitgliedstaaten auch mit diesem Verfahren eine Stellung als „objektive (Mit-)Wächter des Unionsrechts“ eingeräumt wird. Diese Befugnis zur Einleitung einer gerichtlichen Kontrolle des Verhaltens eines anderen Mitgliedstaates dient auch der Sicherstellung des korrekten Vollzugs des Unionsrechts aus Gemeinwohlgründen. Bezüglich dieser objektiven Dimension der Staatenklage kann es aber keine Rolle spielen, ob das streitgegenständliche mitgliedstaatliche Verhalten eine Unionsrechtsnorm betrifft, die den Kläger ebenfalls bindet oder nicht. Die *Outs* sind insoweit primärrechtlich Treuhänder, welche die Option des sekundären Sonderrechts mit ermöglicht haben und darum an seiner Einhaltung durchaus interessiert sein könnten.

2. Unionsrechtsexterne differenzierte Integration

a) Überblick

Bewegen sich die Mitgliedstaaten bei der Suche nach Problemlösungen im kleineren Kreis außerhalb der unionsrechtlich geregelten Möglichkeiten und arbeiten auf der Ebene des allgemeinen Völkerrechts zusammen – wie etwa besonders häufig bei Doppelbesteuerungsabkommen –, so verändert sich das prozessrechtliche Bild deutlich. Diejenigen Verfahren, mit denen das Verhalten der Unionsorgane überprüft werden kann, also Nichtigkeits- und Untätigkeitsklage, aber auch die Amtshaftungsklage, scheiden dann mangels Einschaltung dieser Organe aus. Es verbleiben aber zum einen die Vertragsverletzungsverfahren als Möglichkeit, vor dem EuGH überprüfen zu lassen, ob die handelnden Mitgliedstaaten – ob nun nur zu zweit mit einem bilateralen Vertrag oder zu 25 wie beim Fiskalpakt – das Unionsrecht gerade durch diesen Vertrag kompetentiell oder materiell verletzt haben. Vorabentscheidungsverfahren zu diesen Fragen bleiben ebenfalls möglich. So zeigt das Verfahren *Pringle gegen die Regierung von Irland* zur unionsrechtlichen Zulässigkeit des Abschlusses des ESM-Vertrags,¹⁰ dass auf diesem Wege auch die Vereinbarkeit von unionsrechtsexternen Formen der differenzierten Integration mit dem Unionsrecht überprüft werden kann. Hinzu kann die Befassung des EuGH durch die *Ins* nach Art. 273 AEUV treten, also seine Anrufung aufgrund eines Schiedsvertrags. Dagegen können weder die Kommission noch die *Outs* die Einhaltung von völkerrechtlichem Sonderrecht im Verhältnis zwischen den *Ins* überprüfen lassen. Ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis ist auch nicht zu erkennen, da sich die *Ins* eben außerhalb der Unionsrechtsordnung bewegen und damit ihre verbliebenen Kompetenzen nach eigenem Ermessen nutzen können.

Trotz dieser eigentlich klaren Ausgangslage können sich auch hier verschiedene spezielle Fragen stellen. Können etwa die Mitgliedstaaten in solchen Verträgen uneingeschränkt andere Streitbeilegungsmechanismen vorsehen, also etwa die Befassung des IGH oder eines völkerrechtlichen Schiedsgerichts? Wie steht es genau mit Art. 273 AEUV und der Einschaltung des EuGH in die Streitbeilegung im Rahmen

10 EuGH, (Fn. 3).

bestimmter völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten? Ist vor allem die besonders gestaltete Schiedsvertragsklausel im Fiskalpakt akzeptabel? Können nationale Gerichte Vorlagefragen in Bezug auf eine derartige Kooperation stellen, evtl. auch aus Mitgliedstaaten, die an ihr gar nicht teilhaben? Die Beantwortung dieser Fragen, die vermutlich nicht die einzigen sind, die man insoweit stellen kann, soll in umgekehrter Aufzählungsfolge vorgenommen werden.

b) Vorlagerecht für nationale Gerichte der „Outs“

Das Vorlagerecht nationaler Gerichte im Verfahren nach Art. 267 AEUV hängt davon ab, ob sie Zweifel an der Gültigkeit oder der Auslegung einer unionsrechtlichen Bestimmung haben und ob sie die Klärung dieser Frage zum Erlass einer Entscheidung im Ausgangsrechtsstreit für erforderlich halten. Kein nationales Gericht kann mithin dem EuGH eine Vorlagefrage im Hinblick auf die Auslegung oder die Gültigkeit der Bestimmung eines völkerrechtlichen Abkommens stellen, das außerhalb des Unionsrechts zustande gekommen ist. Die Stellung dieser Abkommen in der nationalen Rechtsordnung der Unterzeichnerstaaten hängt vielmehr allein von den insoweit maßgeblichen nationalen Bestimmungen ab, die zugleich deren Auslegung regeln können oder beeinflussen.

Eine zur Vorlage berechtigende unionsrechtliche Frage kann sich jedoch dann stellen, wenn das nationale Gericht der Auffassung ist, dass das von ihm anzuwendende Abkommen aus welchen Gründen auch immer das Unionsrecht verletzt. Begehrt wird dann die Auslegung des Unionsrechts in Bezug auf das völkerrechtliche Abkommen – in dem ESM-Verfahren lag genau diese Konstellation vor. Diese Frage wird sich freilich vor allem in den Unterzeichnerstaaten eines entsprechenden Abkommens stellen, da dieses nur hier angewandt werden muss. Es ist aber auch nicht auszuschließen, dass ein Gericht eines nicht zu den Unterzeichnern gehörenden Mitgliedstaates in einem bei ihm anhängigen Fall mit Auslandsbezug durch einschlägige, evtl. diskriminierende Bestimmungen des Abkommens das Unionsrecht verletzt sieht. In einem solchen Fall, z.B. des IPR oder eines anderen Kollisionsrechts, muss auch ein derartiges Gericht vorlegen können: Entscheidungserhebliche unionsrechtliche Fragen können immer und von jedem Gericht der Mitgliedstaaten vorgelegt werden.

c) Befassung des EuGH nach Art. 273 AEUV – das Beispiel des Fiskalpakts

aa) Überblick

Der sog. Fiskalpakt als völkerrechtlicher Vertrag zwischen 25 der 27 Mitgliedstaaten war die Konsequenz des britischen und tschechischen Widerstands gegen eine entsprechende Änderung des Unionsprimärrechts. In der hier interessierenden prozessualen Hinsicht geht es um die Frage, ob die Regelung des Art. 8 des Fiskalpakts (FP), die sich in Absatz 3 als Schiedsvertrag i.S.d. Art. 273 AEUV ausweist, den Anforderungen dieser Norm wirklich genügt. Das gleich zu erörternde Hauptpro-

blem bereitet dabei die Rolle der Kommission. Wird jedoch durch Art. 8 FP wirksam eine Zuständigkeit des EuGH begründet, so stellt sich sogleich die Anschlussfrage, wieweit diese reicht. Da Art. 126 Abs. 10 AEUV die Vertragsverletzungsverfahren im Defizitverfahren ausschließt und Art. 2 Abs. 2 FP eine Unterwerfung des Fiskalpakts unter die Unionsverträge statuiert, stellt sich die Frage, ob es durch die Schiedsvertragsregelung evtl. – zumindest teilweise – zu einer unzulässigen Umgehung des Jurisdiktionsausschlusses nach Art. 126 Abs. 10 AEUV kommt.

bb) Art. 8 FP als Schiedsvertrag i.S.d. Art. 273 AEUV

Zunächst zur Subsumtion des Art. 8 FP unter Art. 273 AEUV im Hinblick auf die prinzipielle Zulässigkeit einer entsprechenden Klage. Die im Fiskalpakt im Wesentlichen enthaltenen Verpflichtungen zur Einhaltung einer strikteren Defizitgrenze und die vorgesehenen (halb-)automatischen Sanktionen bei Defizitverstößen ergänzen inhaltlich den bestehenden Stabilitäts- und Wachstumspakt, der neben der entsprechenden Entschließung des Europäischen Rates vom 17.6.1997 aus zwei Verordnungen besteht.¹¹ Der enge thematische Zusammenhang zwischen den ggf. streitgegenständlichen Regelungen des Fiskalpakts und diesen sekundärrechtlichen Bestimmungen rechtfertigt es bereits uneingeschränkt, insoweit von dem nach Art. 273 AEUV notwendigen Zusammenhang zwischen den Regelungen des Fiskalpakts und dem „Gegenstand der Verträge“ auszugehen. Dies gilt umso mehr, als die Verschärfung des Stabilitäts- und Wachstumspakts durch den sog. „six pack“ zu einer sehr weitgehenden Parallelität zwischen den Regelungen des Fiskalpakts und diesem Sekundärrechtspaket geführt hat.¹² In der Literatur wird überdies zu Recht eine weite Auslegung der Zusammenhangsklausel favorisiert. Danach soll der Zusammenhang schon immer dann gegeben sein, wenn der Streitgegenstand einen objektiv feststellbaren Anknüpfungspunkt an die Tätigkeiten oder Ziele der Union aufweist.¹³ Bei Streitigkeiten zwischen den Vertragspartnern des Fiskalpakts über dessen, der Stabilität der Wirtschafts- und Währungsunion dienende Regelungen lässt sich dies gewiss nicht verneinen.

Trotz dieser Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 273 AEUV durch Art. 8 FP bereitet das darin vorgesehene Verfahren der Befassung des EuGH jedenfalls in einer der beiden Varianten Probleme. Unproblematisch ist die Klagemöglichkeit für Vertragsparteien, wenn sie insoweit aus eigenem Antrieb handeln, also unabhängig vom Tätigwerden oder von der Einschätzung der Kommission. Dieser Fall dürfte allerdings im Lichte der minimalen Bereitschaft der Mitgliedstaaten, im Rahmen des EU-Rechts Staatenklagen gegeneinander zu erheben, kaum praktische Relevanz erhalten.

Die dominante Regelung ist jedoch so gestaltet, dass eine Klagepflicht besteht, wenn die Kommission in ihrem Bericht über die Befolgung der Vorgaben des Art. 3

11 A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, Europarecht, 8. Aufl., 2012, Rn. 1231 ff.

12 C. Antpöhler, Emergenz der Europäischen Wirtschaftsregierung, ZAöRV 72 (2012), S. 353 ff.

13 U. Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 273 AEUV, Rn. 11.

Abs. 2 FP zu dem Schluss kommt, dass eine Vertragspartei diesen Vorgaben nicht nachgekommen ist. Gemäß einem Protokoll zum Fiskalpakt wird diese Klage von den Mitgliedstaaten erhoben, die den Dreivorsitz im Rat führen.¹⁴ Hiermit verstecken sich die Mitgliedstaaten zum einen hinter der Kommission, zum anderen wird mit der Zuweisung an die Ratstrias das Verfahren „entpersönlicht“, der bilaterale Streitcharakter also vermieden. Dies wird auch durch die Klagepflicht verstärkt, die das voluntative Element der Klageerhebung beseitigt. Das Klageverfahren wird damit „objektiver“. Im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 273 AEUV stellt sich allerdings die Frage, ob dieses Prozedere akzeptabel ist. Die Einschaltung der Kommission als Unionsorgan in einen anderen Zurechnungszusammenhang ohne Vorliegen einer Ermächtigungsentscheidung aller Mitgliedstaaten erscheint zwar auf den ersten Blick problematisch. Dies gilt jedoch erstens für das gesamte Tätigwerden der Kommission im Rahmen des Fiskalpakts, nicht nur für das Klageverfahren. Außerdem hat – zweitens – der EuGH soeben in der ESM-Entscheidung eine derartige unionsannexe Fremdnutzung der Unionsorgane für zulässig erklärt – auch wenn insoweit durchaus Fragen offenbleiben.¹⁵ Unterstellt man die Einschaltung der Kommission als zulässig, dann bleibt gleichwohl die prozessrechtlich interessante Frage zu beantworten, ob es sich nicht um eine *verkappte Form der Aufsichtsklage außerhalb des Unionsrechts* handelt, bei der die klagenden drei Mitgliedstaaten nur als willenlose Handlanger der Kommission anzusehen sind. Unterstellt man, dass es sich der Sache nach um eine Klage der Kommission handelt, dann wären die Voraussetzungen des nur die Mitgliedstaaten zur Klage berechtigenden Art. 273 AEUV nicht gegeben und eine entsprechende Klage wäre schon deswegen unzulässig. Dies hätte der EuGH auch *ex officio* zu prüfen.¹⁶ Der Sache nach binden sich die Mitgliedstaaten hier uneingeschränkt an die Einschätzung der Kommission und die zuständige Ratstrias hat nach Art. 8 FP keine Möglichkeit, im Falle eines entsprechenden Berichts auf die Klageerhebung zu verzichten. Letztlich fällt mithin die Kommission die Entscheidung über die Klageerhebung. Dennoch treten als Kläger die drei den Ratsvorsitz bildenden Mitgliedstaaten auf. Ob dies eine nach Art. 273 AEUV zulässige Klagekonstellation ist, ist immerhin fraglich. Für eine Zulässigkeit der Klage spricht immerhin zweierlei: Obwohl sich die 25 Mitgliedstaaten hinsichtlich der Klageerhebung mit der Regelung des Art. 8 FP vollständig in die Hand der Kommission gegeben haben, waren doch sie es, die dieses Verfahren geschaffen haben und sich damit ihrerseits die Kommission als ihren Handlanger bestellt haben. Sie sind also insoweit nicht Opfer, sondern Täter. Dass sie dabei für die Klärung bestimmter Voraussetzungen das Heft aus der Hand gegeben haben, ändert nichts am Vorliegen ihres Willens bzgl. des weiteren Verfahrensganges. Zum anderen dürfte das gerade auch seitens der Union bestehende Interesse an der Sicherstellung der von Art. 2 Abs. 2 FP – wenngleich nur deklaratorisch – statuierten Unterordnung des Fiskalpakts unter das Unionsrecht

14 Hierzu F. Schorkopf, Europas politische Verfasstheit im Lichte des Fiskalpakts, ZSE 1/2012, S. 1, 12.

15 EuGH, (Fn. 3), Rn. 158 ff.

16 Art. 150 VerfO-EuGH.

den EuGH zu der Annahme einer entsprechenden Klage veranlassen. Eine Gelegenheit zur judikativen Domestizierung dieses Unions-Komplementärrechts dürfte sich der Gerichtshof wohl kaum entgehen lassen.

cc) Die Reichweite der EuGH-Zuständigkeit nach Art. 8 FP

Zu klären ist noch die Frage nach der Reichweite der durch Art. 8 FP begründeten Jurisdiktionskompetenz. *Schorkopf* hat bereits darauf aufmerksam gemacht, dass hier mit Blick auf den Jurisdiktionsausschluss des Art. 126 AEUV ein Problem bestehen kann.¹⁷ Dem Wortlaut des Art. 8 FP zufolge sowie auch mit Blick auf Art. 126 AEUV müsste sich die Zuständigkeit des EuGH nach Art. 273 AEUV auf die bloße einmalige Umsetzung, nicht aber auf die dauerhafte Einhaltung der Regelungen des Art. 3 Abs. 1 FP über die Verschuldungsgrenze beschränken. Dies widerspricht aber, wie *Schorkopf* ausführt, letztlich Sinn und Zweck des Fiskalpakts. Unterstellt man in diesem erweiternden Sinn eine auch auf die Einhaltung der Regelungen des Art. 3 Abs. 1 FP bezogene Zuständigkeitsbegründung durch Art. 8 FP, so kann die Lösung dieses Problems nur bei der Definition der Reichweite des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber dem Fiskalpakt gefunden werden. Würde aber eine Prüfung der dauerhaften materiellen Einhaltung der Regelungen des Art. 3 Abs. 1 FP einen Verstoß gegen den Justitiabilitätsausschluss des Art. 126 AEUV darstellen? Da Art. 3 Abs. 1 FP einen gegenüber Art. 126 AEUV eigenen Rechtsgrund für die geforderten Regelungen darstellt, ist dies letztlich nicht der Fall. Der EuGH würde in einem entsprechenden Verfahren nach Art. 273 AEUV nicht die Einhaltung des Art. 126 AEUV überprüfen – was ihm nach dessen Abs. 10 auch verwehrt wäre –, sondern er würde sich mit der Einhaltung einer völkervertraglichen Regelung befassen, die weder Unionsrecht ist, noch zwischen allen Mitgliedstaaten gilt. Ihre teilweise inhaltliche Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Art. 126 AEUV ändert an diesem Unterschied der Rechtsgründe nichts. Insgesamt scheint daher die Regelung des Art. 8 FP eine noch zulässige, wenn auch nicht völlig unproblematische Form des Schiedsvertrags i.S.d. Art. 273 AEUV zu sein.

d) Andere völkerrechtliche Streitbeilegungsmechanismen

Prozessrechtlich spannend ist auch die Frage, ob Mitgliedstaaten, die eine völkerrechtlich begründete, unionsrechtsexterne Kooperation im kleineren Kreis beschlossen haben, sich insoweit uneingeschränkt einer anderen völkerrechtlichen Gerichtsbarkeit unterwerfen können oder ob sie verpflichtet sind, sich – soweit dies irgend möglich ist – vorrangig des unionsrechtlichen Prozessrechtsinstrumentariums zu bedienen. In der *MOX Plant*-Entscheidung des EuGH¹⁸ war diese Frage nicht zu beantworten. Der dort entschiedene Fall betraf vielmehr ein „gemischtes Abkommen“ – das UN-Seerechtsübereinkommen – und eine Streitigkeit, die unter

17 *F. Schorkopf*, (Fn. 14), S. 13.

18 EuGH, Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635.

die gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit fiel. Insofern war es durchaus nachvollziehbar, dass der EuGH hier die Einschlägigkeit des EU-Prozessrechts in Form der Staatenklage für *inter se*-Streitigkeiten der Mitgliedstaaten vertrat und der Aufsichtsklage der Kommission gegen das vor einem völkerrechtlichen Schiedsgericht klagende Irland stattgab. Auch die in diesem Urteil statuierte Verpflichtung der Mitgliedstaaten, vor Einleitung eines völkerrechtlichen Schiedsgerichtsverfahrens die zuständigen Unionsorgane zu konsultieren,¹⁹ bezieht sich nur auf den Fall gemischter Abkommen.

Aber wie sieht es aus, wenn es sich nicht um ein gemischtes Abkommen handelt, an dem ja auch alle Mitgliedstaaten neben der EU beteiligt sind, sondern um ein ohne Unionsbeteiligung und deshalb völlig außerhalb der Unionskompetenzen lediglich zwischen einzelnen Mitgliedstaaten geschlossenes Abkommen? Unstreitig können mit dem Vorwurf der Verletzung des Unionsrechts durch dieses Abkommen die Vertragsverletzungsverfahren durch Kommission oder unbeteiligte Mitgliedstaaten erhoben werden, da in diesen Verfahren jedes mitgliedstaatliche Handeln, also auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge, Klagegegenstand sein kann. Sämtliche Interessen der *Outs* und der Kommission bzgl. der Unionsrechtskonformität eines entsprechenden Abkommens können also in den einschlägigen Verfahren vor dem EuGH geklärt werden. Einschränkungen der Klagemöglichkeiten sind insoweit nicht ersichtlich. Die Einhaltung dieses nicht-unionalen Sonderrechts durch die *Ins* selbst können dagegen weder die Kommission noch die *Outs* vor dem EuGH – aber auch nicht vor einem anderen internationalen Gericht – überprüfen lassen. Hierfür besteht aber mangels sachlicher Betroffenheit der *Outs* und der Unionsrechtsordnung auch kein anerkennungswürdiges Rechtsschutzinteresse, so dass insoweit auch nicht von einer Rechtsschutzlücke gesprochen werden kann.

Und wie steht es mit den beteiligten Staaten? Die vor dem EuGH zu klärende Frage der Unionsrechtskonformität wird sich für sie regelmäßig nicht stellen, da sie von dieser ausgehen werden. Zumindest können sie diese Frage nicht *ex ante* in einem Gutachtenverfahren klären, da sich Art. 218 Abs. 11 AEUV nur auf geplante Übereinkünfte der Union selbst bezieht. Es ist freilich nicht völlig ausgeschlossen, dass sich auch *ex post* diese Frage für sie stellen kann, die ein internationales Schiedsgericht nicht wird klären können.²⁰ Insbesondere dann, wenn eine der Vertragsparteien mit den von ihr eingegangenen Verpflichtungen nachträglich unzufrieden ist, könnte sie auf die Idee kommen, den Vertrag durch eine Staatenklage nach Art. 259 AEUV gegen die anderen Vertragsparteien – sich selbst kann man ja insoweit nicht verklagen – wegen Unionsrechtswidrigkeit zu Fall zu bringen. Hier könnte man erwägen, eine solche Klage als rechtsmissbräuchlich einzustufen, da der klagende Staat den behaupteten Unionsrechtsverstoß ja in gleicher Weise bewirkt hat und außerdem zunächst versuchen könnte, den Vertrag durch Nachverhandlung mit dem

19 EuGH, (Fn. 18), Rn. 179.

20 Vgl. zum Prüfungsmaßstab für Schiedsgerichte C. Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITS) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, KSzW 2011, S. 128, 129 f.

Unionsrecht kompatibel zu machen. Es spricht jedoch viel für die Zulässigkeit einer entsprechenden Klage, da der schon erwähnte auch objektive Charakter der Staatenklage dieses Problem überspielen dürfte.

Für die *Ins* wird sich freilich vorwiegend das Problem der prozessualen Klärung von Fragen innerhalb des Sonderregimes stellen. Ob sie insoweit vorrangig den EuGH befassen müssen, ob es also eine Rechtspflicht zur Nutzung der Möglichkeit des Art. 273 AEUV für Streitigkeiten zwischen den Unterzeichnerstaaten eines derartigen Abkommens gibt, ist umstritten. Zunächst setzt die mögliche Anwendbarkeit des Art. 273 AEUV stets voraus, dass es einen Zusammenhang der Streitigkeit mit dem Gegenstand der Verträge gibt. Außerhalb dessen sind die Mitgliedstaaten bei völkerrechtlichen Kooperationen unstreitig frei, andere Streitschlichtungseinrichtungen nutzen zu können. Bei der Breite des sachlichen Anwendungsbereichs des Unionsrechts wird sich ein derartiger Zusammenhang jedoch sicherlich vielfach herstellen lassen.

Soweit eine Rechtspflicht zur Nutzung des Verfahrens nach Art. 273 AEUV bei Vorliegen eines entsprechenden Zusammenhangs vertreten wird, wird regelmäßig Art. 344 AEUV herangezogen, wonach sich die Mitgliedstaaten verpflichten, Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln.²¹ Ergänzend wird auf die Pflicht zur Unionstreue verwiesen. Demgegenüber vertritt die wohl herrschende Meinung die Auffassung, dass eine entsprechende Rechtspflicht nicht besteht, die völkerrechtlich kooperierenden Mitgliedstaaten also andere völkerrechtliche Streitschlichtungsmechanismen nutzen können.

Diese Auffassung ist überzeugend. Die Ausschließlichkeitsklausel des Art. 344 AEUV bezieht sich ja nur auf Probleme der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts. Dem entspricht auch die in den einzelnen gerichtlichen Verfahren vor dem EuGH ausdifferenzierte Monopolstellung des EuGH, die sich allein auf die (letztinstanzliche) Auslegung und Anwendung des Unionsrechts bezieht.²² Die im Rahmen eines Schiedsvertrags nach Art. 273 AEUV zu klarenden Fragen sind dagegen ausschließlich auf die Auslegung und Anwendung des völkerrechtlichen Sonderregimes bezogen, das die betreffenden Mitgliedstaaten – unterstellt: unionsrechtskonform – errichtet haben. Auf derartige, nicht-unionsrechtliche Fragestellungen bezieht sich aber Art. 344 AEUV nicht. Da auch im Übrigen alle Fragen der Unionsrechtskonformität von den insoweit potentiell interessierten Parteien – *Outs* und Kommission – vor dem EuGH geklärt werden können, besteht keine Veranlassung, den in dieser Form im kleinen Kreis kooperierenden Mitgliedstaaten die Anrufung anderer völkerrechtlicher Streitschlichtungseinrichtungen für die Klärung rein interner Streitigkeiten zu verwehren.

21 Nw. bei *U. Karpenstein*, (Fn. 13), Rn. 5.

22 *M. Müller*, Die Errichtung des Europäischen Patentgerichts – Herausforderung für die Autonomie des EU-Rechtssystems?, EuZW 2010, S. 851, 853 f.

3. Rechtsschutzlücken bzgl. differenzierter Integration?

Bilanziert man diese Befunde zum Rechtsschutz in einer flexiblen Union, so kann festgestellt werden, dass das bestehende System der Verfahren vor dem EuGH den denkbaren Problemstellungen vollauf gewachsen ist. Sämtliche anerkennungswürdigen Rechtsschutzinteressen sind mit dem bestehenden Instrumentarium zu bewältigen. Die Einschränkungen der Möglichkeiten der Befassung des EuGH bei unionsrechtsexternen Formen der differenzierten Integration sind in diesem Rechtsschutzsystem selbst mit gutem Grund angelegt. Art. 273 AEUV schafft insoweit immerhin eine Option der Befassung des EuGH, welche die Mitgliedstaaten bei einem so wichtigen Begleitvertrag wie dem Fiskalpakt und dem ESM-Vertrag auch zu nutzen wussten. Aufgrund der Kompetenzlage bei unionsrechtsexternen Projekten differenzierter Integration sind insoweit auch keine Rechtsschutzlücken zu erkennen.

III. Gemeinsame Grundsätze für die materielle Beurteilung entsprechender Rechtsstreitigkeiten?

Kann es nun für die judikative Bewältigung der skizzierten Rechtsschutzbedürfnisse gemeinsame Grundsätze der materiellen Beurteilung geben? Daran kann man aufgrund der Diversität der Konstellationen, der gegenläufigen Interessen und der Unterschiedlichkeit des normativen Materials mit Grund zweifeln. Bei den unionsrechtsexternen Fällen hat der EuGH ja nur in Vertragsverletzungs- und Vorlageverfahren bzgl. der Überprüfung der Unionsrechtsmäßigkeit von unionsrechtsexternen Regelungen Unionsrecht anzuwenden. Für die Kontrolle der Vereinbarkeit entsprechender völkerrechtlicher Verträge der Mitgliedstaaten mit dem Unionsrecht lassen sich sicherlich keine spezifischen allgemeinen Regeln aufstellen, da die als unionsrechtlicher Prüfungsmaßstab in Betracht kommenden Normen höchst verschiedenen kompetentiellen oder materiellen Inhalt haben können. Letztlich kann fast jede Norm des Unionsrechts als verletzt gerügt werden und daher den Prüfungsmaßstab darstellen.

Zu begrenzen sind die Erwägungen zu gemeinsamen Parametern daher auf die unionsrechtsinternen Fälle differenzierter Integration, da es für diese ein spezifisches, normativ ausdifferenziertes Grundgerüst gibt. Zu der Frage, in welcher Weise die Grundregeln des Unionsrechts materiell auch den judikativen Umgang mit unionsrechtsinterner differenzierter Integration steuern können, hat dankenswerter Weise *Thym* mit seiner schon erwähnten Arbeit einen entscheidenden Beitrag geleistet.²³ Seine wesentlichen Thesen seien hier in Erinnerung gerufen und dazu jeweils kurz Stellung genommen mit Blick auf Konsequenzen für die Rechtsprechung des EuGH.

- These 1: Die Einheit der Unionsrechtsordnung wird durch unionsrechtsinterne differenzierte Integration nicht in Frage gestellt. Diese beruht vielmehr zwingend

23 D. Thym, (Fn. 8), S. 233 ff.

auf unionsprimärrechtlichen Vorgaben und stellt lediglich eine räumliche Beschränkung des Geltungsbereichs bestimmter unionsrechtlicher Regelungen dar. Die einheitliche Geltung des Unionsrechts wird dadurch nicht berührt.²⁴ Dementsprechend ist unionales Sonderrecht nach den gleichen Auslegungsregeln durch den Gerichtshof zu behandeln wie das für alle Mitgliedstaaten anwendbare Unionsrecht. Insbesondere sind Anwendungsvorrang und unmittelbare Anwendbarkeit des unionalen Sonderrechts genauso zu beurteilen wie bei uneingeschränkt anwendbarem Unionsrecht. Für den EuGH bedeutet dieser völlig berechtigte Hinweis auf die Zugehörigkeit unionsrechtsinterner differenzierter Integration zum Unionsrecht, dass es keinen Grund gibt, die Zulässigkeitsparameter etwa für eine Verstärkte Zusammenarbeit restriktiv zu interpretieren. Diese sind ebenso Unionsprimärrecht, wie andere Bestimmungen der Verträge auch.

- These 2: Die kohärente Einfügung unionsrechtsinternen Sonderrechts in das Gesamtgefüge der Unionsrechtsordnung verlangt eine Hierarchisierung im Sinne einer Unterordnung unionaler Sondersekundärrechts unter das gesamte sonstige Unionsrecht.²⁵ Diese Regel folgt aus Art. 326 Abs. 1 AEUV, der die Achtung der Verträge und des Unionsrechts durch eine Verstärkte Zusammenarbeit fordert. Für den EuGH bedeutet diese Regel einen breit gefächerten Prüfauftrag, nicht jedoch eine Aufforderung, Widersprüche zu konstruieren. Bei unionsprimärrechtlich ausgestalteter differenzierter Integration, etwa bei der Währungsunion, ist die Aufgabe des EuGH in einer die Kohärenz des Gesamtsystems wahrenenden Interpretation von Sonderprimärrecht zu sehen. Auch dies ist jedoch keine Legitimation für eine a priori restriktive Rechtsprechung zu unionsprimärrechtlichem Sonderrecht.
- These 3: Bei der Abgrenzung von Rechtsgrundlagen gilt auf gleicher Normenhierarchieebene uneingeschränkt der Grundsatz des Vorrangs der spezielleren Ermächtigungsnorm, unabhängig davon, ob diese im Bereich unionsrechtsinterner Formen differenzierter Integration oder im Bereich des allgemeinen Rechts zu finden sind.²⁶ Aufgrund der durch unionsrechtsinterne Formen der differenzierten Integration unberührten Einheit der Unionsrechtsordnung sind Ermächtigungegrundlagen im Sonderunionsprimärrecht nicht „minderwertig“ gegenüber Ermächtigungegrundlagen im allgemeinen Unionsprimärrecht. Für den EuGH bedeutet dies, dass er diese Ermächtigungegrundlagen nicht durch eine sie zurückstellende Judikatur diskriminieren darf.
- These 4: Der Grundsatz der Unionstreue hat im Bereich der unionsrechtsinternen differenzierten Integration im Wesentlichen spezifische kodifizierte Ausformungen gefunden.²⁷ So ist die Verwirklichung einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 EUV nur als „letztes Mittel“ zulässig, wenn die Zielverwirklichung durch alle Mitgliedstaaten nicht in einem vertretbaren Zeitraum zu

24 D. Thym, (Fn. 8), S. 234 ff.

25 D. Thym, (Fn. 8), S. 238 ff.

26 D. Thym, (Fn. 8), S. 241 ff.

27 D. Thym, (Fn. 8), S. 246 ff.

erwarten ist. Bei der Interpretation dieses Merkmals sollte der Gerichtshof Zurückhaltung üben und der politischen Einschätzung des Rates hierzu hinreichende Bedeutung einräumen – die er in anderen Zusammenhängen, vor allem bei der Grundrechtsprüfung, zum Teil übermäßig gewährt. Mit einer stark einengenden Interpretation würde er den primärrechtlichen Auftrag der konditionierten Ermöglichung von Verstärkter Zusammenarbeit missachten. Auch die wechselseitigen Loyalitätspflichten der *Ins* und der *Outs* sind primärrechtlich in Art. 327 AEUV geregelt. Hier besteht aber durchaus Spielraum für konkretisierende Judikatur.

- These 5: Unionsrechtsinterne differenzierte Integration führt nicht zu einer systematischen Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit, da *Ins* wie *Outs* das jeweils in ihrem Hoheitsgebiet geltende Recht diskriminierungsfrei zu gewähren haben.²⁸ Staatsangehörige der *Outs* kommen daher im Staatsgebiet der *Ins* genauso in den Genuss des unionalen Sonderrechts wie die Staatsangehörigen der *Ins* selbst. Und vice versa gilt Entsprechendes. Eine Berechtigung für den EuGH, unionales Sonderrecht aus diesem Grunde restriktiv zu interpretieren, besteht daher nicht. Bei unionsrechtsexterner differenzierter Integration, konkret im Falle von Doppelbesteuerungsabkommen, hat der EuGH sogar anerkannt, dass die daraus folgende Unterscheidung zwischen Unionsbürgern aus den Vertrags- und solchen aus den Nicht-Vertragsparteien zulässig ist und nicht die Grundfreiheiten verletzt.²⁹ Eine entsprechende unionsrechtliche, insbesondere grundfreiheitliche Meistbegünstigungsverpflichtung besteht somit nicht.

Zusammengenommen ergibt sich aus diesen Ansätzen ersichtlich doch eine weitreichende Zusammenstellung an Regeln für den judikativen Umgang mit unionsrechtsinterner differenzierter Integration als zunächst zu erhoffen zu sein schien. Auf einen kurzen Nenner gebracht lässt sich sagen, dass der Gerichtshof das unionale Sonderrecht diskriminierungsfrei anzuwenden hat. Gleichzeitig ist jedenfalls bezüglich des unionalen Sondersekundärrechts seine prinzipielle Unterordnung unter das gesamte allgemeine Unionsrecht zu konstatieren. Für unionales Sonderprimärrecht gilt dies selbstverständlich nicht.

IV. Schluss

Die „flexible“ Union ist hinsichtlich des prozessrechtlichen Instrumentariums ersichtlich gut gerüstet, sämtlichen denkbaren legitimen Rechtsschutzanliegen Rechnung zu tragen. Einer Reform des EU-Prozessrechts bedarf es daher nicht. Rechtsenschlüsse und „besondere“ Herausforderungen an den Rechtsschutz sind insoweit nicht zu erkennen. Die nur gemäß Art. 273 AEUV zu begründende Zuständigkeit des EuGH für unionsrechtsexterne Formen der differenzierten Integration ist

28 D. Thym, (Fn. 8), S. 254 ff.; Tietje, (Fn. 20), S. 133 f.

29 EuGH, Rs. C-376/03 (D/Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen), Slg. 2005, I-5821, Rn. 61, 63.

systembedingt und nicht zu beanstanden. Wie das Beispiel des Fiskalpakts zeigt, bietet sich insoweit aber auch einiger Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten. Bestimmte gemeinsame Grundsätze für die evtl. künftige Rechtsprechung des EuGH zu den Problemen unionsrechtsinterner differenzierter Integration lassen sich durchaus formulieren. Sie laufen jedenfalls nicht auf eine Aufforderung an den Gerichtshof hinaus, insoweit besonders restriktiv zu sein.

