

ABHANDLUNGEN

Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza Anwendungsfelder und Bewertung im Spiegel historischer Präzedenzfälle der differenzierten Integration

*Tobias Bender**

Gliederung	Seite
A. Integrationstheoretische Einordnung	730
I. Prinzip der einheitlichen Integration	730
II. Die differenzierte Integration	732
1. Historische Einleitung	732
2. Theoretische Eingrenzung	733
3. Differenzierte Integration als Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration	735
B. Funktionen	735
I. Ausgangspunkt	735
II. Erzeugung eines zentripetalen Kraftfelds	736
III. Gefahr zentrifugaler Fliehkräfte	737
IV. Zwischenergebnis	737
C. Vertragliche Grundlagen der differenzierten Integration	738
I. Verstärkte Zusammenarbeit gemäß Art. 43–45, 40 EU; 11 EG	738
1. Horizontale Generalklauseln (Art. 43–45 EU)	738
2. Spezialnorm für den ersten Pfeiler der EU (Art. 11 EG)	739
3. Spezialnorm für den dritten Pfeiler der EU (Art. 40 EU)	740
4. Der zweite Pfeiler der EU (GASP)	741
II. Einzelfallbezogene Differenzierungen im Sekundärrecht der EG	741
III. Bereichsspezifische Differenzierung in der EG	742
1. WWU (Art. 105 ff. EG)	742
2. Schengen-Besitzstand	743
3. Visa, Asyl, Einwanderung (Art. 61 ff. EG)	743
IV. Differenzierte Integration im Rahmen der GASP	744
V. Völkerrechtliche Kooperation außerhalb der EU	744
D. Anwendungsfelder	745
I. Verstärkte Zusammenarbeit gemäß Art. 43 ff., 40 EU; 11 EG	745
1. Bisherige Praxis und erste integrationsrechtliche Würdigung	745
2. Möglichkeiten der Verstärkten Zusammenarbeit im Umweltschutz	747
3. Vertrag von Nizza	750

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Meinhard Hilf, Universität Hamburg. E-Mail: t-bender@jura.uni-hamburg.de. Sein Dank gilt Dr. Frank Schorkopf, Heidelberg, und Katharina Wiehe, Hamburg, für ihre Unterstützung.

II. Vorläuferformen der Verstärkten Zusammenarbeit	754
1. Abkommen zur Sozialpolitik	754
2. Vom EWS zur WWU	756
3. Der Schengen-Prozeß	758
4. Rückschlüsse für die Verstärkte Zusammenarbeit	764
E. Differenzierte Integration als neues Verfassungsprinzip?	766
F. Zusammenfassung	767
Summary	769

Diese Untersuchung hat das mit dem Vertrag von Amsterdam eingeführte und durch den Vertrag von Nizza modifizierte Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit zum Gegenstand. Dabei geht es nicht um eine isolierte Darstellung des Normkomplexes, sondern die Verstärkte Zusammenarbeit soll integrationstheoretisch eingeordnet und vor dem Hintergrund ihrer historischen Vorläuferformen bewertet werden. Daher wird zunächst das Prinzip der differenzierten Integration eingeführt, als dessen Unterfall sich die Verstärkte Zusammenarbeit darstellt (A.). Es folgen die Funktionen der differenzierten Integration (B.), bevor ein systematischer Überblick über die vertraglichen Grundlagen aller wesentlicher Instrumente der differenzierten Integration gegeben wird (C.). Im weiteren wird auf das Anwendungspotential der Verstärkten Zusammenarbeit insbesondere nach den Änderungen durch den Vertrag von Nizza eingegangen. Danach werden historische Präzedenzfälle der differenzierten Integration analysiert, um hieraus Rückschlüsse auf die Bewertung der Verstärkten Zusammenarbeit ziehen zu können (D.). Die Untersuchung schließt mit der Frage, ob mit der Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit ein neues Verfassungsprinzip der differenzierten Integration Einzug in die Verträge gehalten hat (E.).

A. Integrationstheoretische Einordnung

Die Verstärkte Zusammenarbeit stellt einen Unterfall der differenzierten Integration dar. Die Rechtsfigur der differenzierten Integration wiederum setzt ein allgemeines Konzept der Integration voraus, von dem es sich eben durch seine differenzierende, d.h. nicht globale Wirkung abhebt. Dieses grundlegende Konzept läßt sich als Prinzip der einheitlichen Integration¹ bezeichnen.

I. Prinzip der einheitlichen Integration

Nach der Präambel des EG-Vertrages wollen die Mitgliedstaaten "die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker" schaffen. Auf rechtlicher² Ebene ist dieser Prozeß der europäischen Einigung von der Transformation einer Vielzahl von Rechtsordnungen hin zu einer einheitlichen

¹ Beck, *Abgestufte Integration im Europäischen Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts*, Frankfurt 1995, zugleich Diss. Heidelberg 1994, 104.

² Daneben gibt es freilich insbesondere noch eine politische, wirtschaftliche und kulturelle Ebene der europäischen Integration.

europäischen Rechtsordnung gekennzeichnet³. Erreicht werden soll diese Transformation bisher mittels des Konzepts der einheitlichen Integration, d. h. einer Einheitsbildung durch Regelungen, die für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen verbindlich sind⁴. Tragende Pfeiler der einheitlichen Integration sind die Grundsätze der unmittelbaren Wirkung⁵ und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts⁶. Außerdem verfügt die Union über einen einheitlichen institutionellen Rahmen, der gemäß Art. 3 EU⁷ die Wahrung und Weiterentwicklung des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*Acquis communautaire*⁸) sicherstellt.

Das Prinzip der einheitlichen Integration wird von weiteren Strukturprinzipien der Verträge flankiert. Dazu zählt zunächst das Kohärenzprinzip aus Art. 1 Abs. 3, 3 EU. Dieses richtet die EU einheitlich aus und verpflichtet sie, diese Einheitlichkeit in ihrem Handeln zu konkretisieren⁹. Es ist also ein Mindestmaß an Abgestimmtheit zwischen den einheitlich und nur partikular geltenden Normen zu gewährleisten¹⁰. Darüber hinaus gilt der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Gemeinschaftstreue) aus Art. 10 EG, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, gegenseitig auf die jeweiligen Interessen Rücksicht zu nehmen¹¹. Eng damit verwandt ist das Solidaritätsprinzip, das eine rechtsverbindliche Pflicht der Mitgliedstaaten konstituiert, sich gegenseitig zur Erreichung der Gemeinschaftsziele, d. h. auch des Ziels der einheitlichen Integration, Hilfe zu leisten¹².

Der Prozeß der einheitlichen Integration kann folglich als Einbahnstraße zu stärkerer Homogenisierung mit dem Ziel der verstärkten Supranationalisierung beschrieben werden¹³. Hiervon hebt sich das Konzept der differenzierten Integration deutlich ab.

³ Beck (Anm. 1), 50; Becker, Differenzierungen der Rechtseinheit durch "abgestufte Integration", EuR 1998, Beiheft 1, 29–57 (33).

⁴ Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 43 EU Rn. 2; ders., Die institutionelle Reform der Europäischen Union, EuR 2001, 143–184 (160) m.w.N. in Anm. 57.

⁵ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – *van Gend & Loos*.

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

⁷ Artikel des EG- bzw. EU-Vertrages in der seit dem 1.5.1999 geltenden Amsterdamer Fassung werden mit "EG" bzw. "EU" zitiert. Bei der Bezugnahme auf Artikel des EG- bzw. EU-Vertrages in der vor dem 1.5.1999 geltenden Fassung werden diese mit "EGV" bzw. "EUV" zitiert (vgl. den "Hinweis des Gerichtshofs zur Zitierweise der Bestimmungen der Verträge", ABl. EG 1999, C 246/1). Die Artikel des EG-/EU-Vertrages i.d.F. des Vertrages von Nizza werden mit "EG n.F." bzw. "EU n.F." zitiert.

⁸ Die Gesamtheit des Gemeinschaftsbestandes, das Primär- und Sekundärrecht sowie das ungeschriebene Recht. Streinz, Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001, Rn. 80; Pechstein/Koenig, Die Europäische Union, 3. Aufl., Tübingen 2000, Rn. 426 m.w.N.

⁹ Wichard, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EG-Vertrag und EU-Vertrag, Neuwied und Kriftel 1999, Art. 1 EG Rn. 24.

¹⁰ Bieber/Kahil/Kallmayer, Differenzierte Integration in Europa – Handlungsspielräume für die Schweiz?, Chur/Zürich 2000, 120.

¹¹ Becker (Anm. 3), 29 (43).

¹² Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 121; vgl. auch Hilf, in: Grabitz/ders. (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, 8. EL Mai 1995, Art. A EUV Rn. 23.

¹³ Vgl. Janning, Dynamik in der Zwangsjacke – Flexibilität in der Europäischen Union nach Amsterdam, *Integration* 1997, 285–291 (288).

II. Die differenzierte Integration

Es gibt neben dem Sachgebiet, das in dieser Arbeit als "differenzierte Integration" bezeichnet wird, wohl kaum einen anderen Bereich im Europarecht, in dem solche begriffliche und konzeptuelle Verwirrung herrscht¹⁴. Außer den Begriffen der "differenzierten", "flexiblen" oder "abgestuften Integration" ist auch immer wieder von "verstärkter Zusammenarbeit"¹⁵, dem "Europa der zwei (oder mehr) Geschwindigkeiten"¹⁶, einer "flexiblen Geometrie"¹⁷ oder "Europa à la carte" die Rede¹⁸. Nach einer kurzen historischen Einleitung wird versucht, diese begriffliche Vielfalt durch eine Systematisierung auf ein handhabbares Maß zu reduzieren.

1. Historische Einleitung

Der Gedanke der differenzierten Integration findet seine erste öffentliche Erwähnung in einer Rede Willy Brandts aus dem Jahre 1974¹⁹, in der er eine "Politik der Abstufung der Integration" fordert²⁰. Nach dem Tindemans-Bericht (1975)²¹ wurde die Diskussion in den 1990er Jahren in Vorbereitung auf den Amsterdamer Vertrag wieder aufgegriffen. Begriffe wie "Flexibilität" und "Verstärkte Zusammenarbeit" wurden nun fester Bestandteil des "Eurosprech"²². Der politische Wunsch nach einer vertraglichen Verankerung eines allgemeinen Instruments zur differenzierten Integration fand Ausdruck im Kohl/Chirac-Papier aus dem Jahre 1995, in dem gefordert wird, "in den Vertrag eine allgemeine Klausel einzufügen, die Staaten, die dies wünschen und dazu in der Lage sind, die Möglichkeit eröffnet, unter Wahrung des einheitlichen institutionellen Rahmens der Union eine [V]erstärkte Zusammenarbeit zu entwickeln".²³ Im Amsterdamer Ver-

¹⁴ Huber, Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union?, EuR 1996, 347–361 (347); Ehlermann, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 362–397 (362, Rn. 3).

¹⁵ "Closer" bzw. nach dem Vertrag von Nizza "enhanced co-operation"; "coopération renforcée".

¹⁶ "Multi-speed Europe"; "Europe à plusieurs vitesses".

¹⁷ "Europe à géométrie variable".

¹⁸ Besonders skurril ist die Metapher einer Formation "fliegender Gänse"; vgl. Wessels, Verstärkte Zusammenarbeit: Eine neue Variante flexibler Integration, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam – Analysen und Stellungnahmen zum neuen EU-Vertrag, Bonn 1998, 187–218 (189); Eindrucksvoll die dreisprachige Zusammenstellung bei Stubbs, A Categorization of Differentiated Integration, JCMS 1996, 283–295 (283 f.).

¹⁹ Rede vom 19.11.1974 vor der Organisation Française du Mouvement Européen in Paris, Europa-Archiv 1975, D 33 ff.

²⁰ Vgl. Langeheine, Europäisches Gemeinschaftsrecht und abgestufte Integration, Diss. FU Berlin 1988, 7 f.

²¹ Bulletin der EG, Beilage 1/1976; Europa-Archiv, 1975, D 53 ff.; Oppermann, Europarecht, 2. Aufl., München 1999, Rn. 41; Beck (Anm. 1), 93 f.; Langeheine (Anm. 20), 9 ff.; Ehlermann (Anm. 14), 362 (366, Rn. 19).

²² Wallace, Flexibility: A Tool of Integration or a Restraint on Disintegration?, in: Neunreither/Wiener (Hrsg.), European Integration after Amsterdam – Institutional Dynamics and Prospects for Democracy, 175–191 (175): "Eurospeak".

²³ Gemeinsamer Brief von Bundeskanzler Kohl und Staatspräsident Chirac an den EU-Vorsitz vom 6.12.1995 während des Gipfels von Madrid. Zitiert nach Ehlermann (Anm. 14), 362 (368, Rn. 25);

trag erfuhr diese Forderung mit der Einfügung der Art. 43–45, 40 EU; 11 EG ihre primärrechtliche Positivierung. Hiermit werden zum ersten Mal in allgemeiner Form die Modalitäten der differenzierten Integration normiert²⁴. In jüngster Vergangenheit postulierte Bundesaußenminister Fischer in seiner Berliner Rede vom Mai 2000²⁵ die Schaffung eines “Gravitationszentrums” besonders integrationswilliger Staaten und verlieh damit der Diskussion um die differenzierte Integration neue Aktualität. Eine letzte Weiterentwicklung der Verstärkten Zusammenarbeit als allgemeinem Instrument der differenzierten Integration findet sich schließlich in dem am 26.2.2001 unterzeichneten Vertrag von Nizza.

2. Theoretische Eingrenzung

a) Begriff und Definition der differenzierten Integration

Aus der oben beschriebenen begrifflichen Vielfalt wird für die vorliegende Arbeit als Oberbegriff der Begriff der “differenzierten Integration” ausgewählt²⁶. Dieser ist zu definieren als ein “Zustand [...], in dem die bislang systembildende Einheitlichkeit und Gleichzeitigkeit des Integrationsniveaus in allen Mitgliedstaaten durch mehr oder weniger umfangreiche, zeitlich befristete oder dauerhafte Durchbrechungen relativiert wird”.²⁷ Den wichtigsten Unterfall der differenzierten Integration stellt die durch den Amsterdamer Vertrag eingeführte “Verstärkte Zusammenarbeit” als besonderes Verfahren zur Einführung von partikular geltendem Sekundärrecht dar²⁸. Daneben finden sich zahlreiche weitere Spezialfälle der differenzierten Integration, die unten im Rahmen der vertraglichen Grundlagen behandelt werden. Die Definition des Oberbegriffs der “differenzierten Integration” umschreibt also deren vertragliche Erscheinungsformen, ohne sie dabei einer integrationspolitischen Bewertung zu unterziehen.

Thun-Hohenstein, Die Möglichkeit einer “verstärkten Zusammenarbeit” zwischen EU-Mitgliedstaaten – Chancen und Gefahren der “Flexibilität”, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 125–139 (125).

²⁴ Lenz, in: ders. (Hrsg.), EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl., Köln 1999, Art. 11 EG Rn. 4; Ehlermann (Anm. 14), 362 (362, Rn. 1); Hilf/Pache, Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705–713 (711); Wessels (Anm. 18), 187 (196f.).

²⁵ Rede vom 12.5.2000 an der HU Berlin: “Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration”, www.auswaertiges-amt.de/4_europa/1/humb1205.htm; FAZ v. 15.5.2000; vgl. auch Wiedmann, Der Vertrag von Nizza – Genesis einer Reform, EuR 2001, 185–215 (185, Anm. 2).

²⁶ Damit wird Martenczuk, Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam, ZEuS 1998, 447–474 (450) gefolgt, der den Begriff der “Flexibilität” für völlig konturenlos hält; vgl. Ehlermann (Anm. 14), 362 (363, Rn. 4), der den Oberbegriff der “Differenzierung” wählt. Wessels/Jantz, Flexibilisierung: Die Europäische Union vor einer neuen Grundsatzdebatte? Grundmodelle unter der Lupe, in: Hrbek (Hrsg.), Die Reform der Europäischen Union – Positionen und Perspektiven anlässlich der Regierungskonferenz, Baden-Baden 1997, 345–368 (349) wählen dagegen “Flexibilisierung” als Oberbegriff.

²⁷ Huber (Anm. 14), 347 (347).

²⁸ Martenczuk (Anm. 26), 447 (450).

b) Integrationspolitische Konzepte von differenzierter Integration

Die integrationspolitische Bewertung kommt dagegen in einer Reihe integrationspolitischer Konzepte zum Ausdruck, die den Streit um die richtige Europa- und Integrationspolitik widerspiegeln²⁹ und neben und unabhängig von oben genannter juristischer Systematisierung bestehen. In diese integrationspolitischen Konzepte soll nun kurz eingeführt werden³⁰.

Das "Europa der mehreren Geschwindigkeiten" bedeutet lediglich eine zeitlich differenzierte Integration in bestimmten Bereichen. Das gestaffelte Voranschreiten basiert auf gemeinsamen Zielsetzungen³¹, über deren Erreichen Einigkeit besteht³². Anwendbare Instrumente sind jedenfalls zeitlich begrenzte Übergangsvorschriften und Schutzklauseln³³.

Über eine zeitlich verzögerte Integration hinaus kann es auch zu Differenzen über die zu integrierenden Politikbereiche kommen. Anhand des Ausmaßes³⁴ der Unstimmigkeiten läßt sich dann wie folgt differenzieren. Die "variable Geometrie" bezeichnet die differenzierte Integration in Politikbereichen, in denen es mittelfristig keine Möglichkeit oder Bereitschaft zur vollständigen Integration gibt. Es kommt daher hier auch zu zeitlich unbefristeten Ausnahmeregelungen³⁵. Unberührt bleibt jedoch ein fester Kanon von Gemeinschaftsbereichen, bei denen am Prinzip der einheitlichen Integration festgehalten wird³⁶. Als ausgeprägteste Form der differenzierten Integration ist ein "Europa à la carte" denkbar. Hierbei gibt es keinen festen Integrationskern mehr. Statt dessen beteiligt sich jedes Land nach dem Prinzip des "pick and choose", wobei der Grundsatz der einheitlichen Integration unter Wahrung des *Acquis communautaire* aufgegeben wird³⁷. Auch kann der einheitliche institutionelle Rahmen durch neue Institutionen ersetzt werden³⁸. Dieser Kategorie unterfällt wohl auch das Konzept des "funktionalen Föderalismus", in dem sich "aufgabenbedingt maßgeschneiderte, für neue Mitglieder offene, sich funktional überlappende wirtschaftliche Zweckverbände" auf der Grundlage marktwirtschaftlicher Effizienzgesichtspunkte

²⁹ Wessels (Anm. 18), 187 (189); ders./Jantz (Anm. 26), 345 (348f.).

³⁰ Ausführliche Versuche der Systematisierung bei Langeheine (Anm. 20), 1–39; Beck (Anm. 1), 39–109; mit Synopsen: Wessels/Jantz (Anm. 26), 345 (349ff.); Stubb (Anm. 18), 283 (286); Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 89.

³¹ Ruffert, in: Calliess/ders. (Hrsg.) (Anm. 9), Art. 43 EU Rn. 5.

³² Stubb (Anm. 18), 283 (287).

³³ Martenczuk (Anm. 26), 447 (451, 454).

³⁴ Ehlermann (Anm. 14), 362 (364, Rn. 10); ihm folgend Hofmann, *Wieviel Flexibilität für welches Europa? – Gedanken zur zukünftigen Entwicklung der europäischen Integration*, EuR 1999, 713–735 (718); a.A. Ruffert, in: Calliess/ders. (Hrsg.) (Anm. 9), Art. 43 EU Rn. 3; Stubb (Anm. 18), 283 (289) die – neben den hier verwendeten Zeit- und Sachebenen – noch eine zusätzliche Raum-Ebene einführen wollen.

³⁵ Martenczuk, *Die differenzierte Integration und die föderale Struktur der Europäischen Union*, EuR 2000, 351–364 (353).

³⁶ Ehlermann (Anm. 14), 362 (364, Rn. 10).

³⁷ Beck (Anm. 1), 42 m.w.N.

³⁸ Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 89.

bilden³⁹. Ebenfalls in diesen Argumentationszusammenhang dürfte die in jüngster Zeit erhobene Forderung einzuordnen sein, den Automatismus des "immer engeren Zusammenschl[usses] der Völker" grundsätzlich zu hinterfragen. Nach diesem Vorschlag sollen die Mitgliedstaaten jederzeit Kompetenzen sowohl übertragen als auch zurücknehmen können⁴⁰.

3. Differenzierte Integration als Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration

Das Prinzip der differenzierten Integration läßt sich somit als Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration beschreiben. Dies impliziert, daß nur dort von differenzierter Integration gesprochen werden kann, wo die EG einen einheitlichen Regelungsanspruch erhebt, bzw. die EU eigentlich geschlossen voranschreiten würde. Daher werden bei der EG Fälle, in denen über einen bloßen Mindeststandard an Harmonisierung hinausgegangen wird⁴¹, nicht von diesem Begriff erfaßt⁴². Ebenso verhält es sich mit externen Abstufungen, d.h. der partiellen Erstreckung von EG-Recht auf Nicht-Mitgliedstaaten (zum Beispiel Assoziierungsabkommen), da diese von vornherein nicht auf einheitliche Integration abzielen⁴³. Im Bereich der EU handelt es sich beispielsweise beim Erfordernis der qualifizierten Mehrheit nicht um eine Erscheinungsform differenzierter Integration, da auch eine mit qualifizierter Mehrheit getroffene Entscheidung für alle Mitgliedstaaten verbindlich ist.

B. Funktionen

I. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Beschreibung der Funktionen von differenzierte Integration erlaubenden Normen ist die Frage nach dem Beweggrund für deren Einführung. Diese läßt sich beantworten mit dem Hinweis auf die Stagnation des einheitlichen Integrationsprozesses, welche wiederum auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden kann: Manche Staaten sind aufgrund objektiver Bedingun-

³⁹ Ausführlich Straubhaar, Ein Europa des funktionalen Föderalismus: Mehr als ein Denkmodell?, 46 ORDO 1995, 185–202, der auf S. 195 fragt: "Warum sollte es eigentlich kein 'Rosinenpicken' geben dürfen?"

⁴⁰ Entwurf einer europäischen Verfassung von The Economist v. 28.10.2000, 11, 21 ff. (28): Art. 17: "Member States may, through treaties, grant powers to the Union in other policy areas, and take back powers granted previously, so long as such treaties are ratified by all Member States." Anm. 21: "An 'ever closer Union' is not, therefore, a constitutional obligation."

⁴¹ Oder auch Fälle optionaler Harmonisierung, vgl. Becker, EU-Erweiterung und differenzierte Integration – Zu beitriffsbedingten Übergangsregelungen am Beispiel der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Baden-Baden 1999, 54 f. m.w.N. in Anm. 226 f.

⁴² Martenczuk (Anm. 26), 447 (456, Anm. 50).

⁴³ Vgl. im Ergebnis ebenso, allerdings mit etwas anderer Begründung Martenczuk (Anm. 35), 351 (352); ders. (Anm. 26), 447 (450) m.w.N. in Anm. 8 zur a.A.; Hofmann (Anm. 34), 713 (729 ff.) bezieht auch externe Abstufungen in seine Überlegungen ein, geht dabei aber von einem nicht auf die EU beschränkten Europarechtsbegriff aus.

gen wie der ökonomischen Entwicklung, nationaler Rechtskulturen oder der geographischen Lage nicht im Stande, an einer fortschreitenden Integration teilzunehmen⁴⁴. Dies gewinnt vor allem im Hinblick auf die bevorstehende Osterweiterung der EU an aktueller Bedeutung⁴⁵. Von anderen Staaten werden dagegen Souveränitätsvorbehalte geltend gemacht, so daß der politische Wille fehlt, einen ambitionierten Integrationsvorstoß mitzutragen⁴⁶. Dem Konzept der differenzierten Integration liegt die Vorstellung zugrunde, daß es den Staaten, die Willens und in der Lage sind, die Integration voranzutreiben, möglich sein muß, von der "Gemeinschaftsorthodoxie" des "alle oder keiner"⁴⁷ abzuweichen⁴⁸. Differenzierte Integration ist somit ein Ansatz zur Überwindung der fehlenden Einigkeit über die Finalität der EU⁴⁹, die in der Streitfrage um das Verhältnis von Erweiterung und Vertiefung zum Ausdruck kommt⁵⁰. Abstrakter betrachtet manifestiert sich in der Diskussion um die Einführung der differenzierten Integration ein Grundproblem jeder föderalen Ordnung. Dieses besteht darin, daß mit jeder Vertiefung auch Abwanderungstendenzen verstärkt werden, wenn Interessen der Mitgliedstaaten innerhalb des Verbandes nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden⁵¹.

II. Erzeugung eines zentripetalen Kraftfelds

Die Verfechter der differenzierten Integration erhoffen sich eine Dynamisierung des Integrationsprozesses. Die Hauptfunktion liegt in der Überwindung von Entscheidungsblockaden bei Sachfragen, für die auf der Ebene der einheitlichen Integration keine Lösung gefunden werden kann⁵². Durch zunächst nur differenzierte Integration soll ein zentripetales Kraftfeld geschaffen werden, das im Endeffekt zu vollständiger Integration führt⁵³. Dabei kann es dahinstehen, ob die Nachzügler aufgrund überzeugender Sachlösungen dazustoßen oder sich lediglich die herrschende politische Meinung geändert hat; maßgebend ist, daß mit differenzierten

⁴⁴ Wessels (Anm. 18), 187 (192f.).

⁴⁵ Gaja, *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty?*, 35 CMLR 1998, 855–870 (859); Lenz (Anm. 24), Art. 11 EG Rn. 11; Ruffert (Anm. 34), Art. 43 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁶ Becker (Anm. 3), 29 (30). Als weiteren Grund nennt Weatherill, "If I'd Wanted You to Understand I Would have Explained it Better": What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?, in: O'Keefe/Twomey (Hrsg.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford/Portland, Or. 1999, 21–40 (27) noch "[...] naked demands for uniquely favourable treatment, [...]" unter Hinweis auf Dänemarks Protokoll zum Maastrichter Vertrag über den Erwerb von Zweitwohnungen.

⁴⁷ Langeheine (Anm. 20), 18.

⁴⁸ Wessels/Jantz (Anm. 26), 345 (346).

⁴⁹ Vgl. Thun-Hohenstein (Anm. 23), 125 (129).

⁵⁰ Algieri/Emmanouilidis, *Setting Signals for European Foreign and Security Policy – Discussing Differentiation and Flexibility*, CAP Working Paper, Okt. 2000, Centrum für Angewandte Politikforschung der LMU München; abrufbar unter: <http://www.cap.uni-muenchen.de/pub/download.html>, 3.

⁵¹ Martenczuk (Anm. 35), 351 (356) m.w.N. in Anm. 26.

⁵² Hatje (Anm. 4), Art. 43 Rn. 3.

⁵³ Vgl. Hilf/Pache (Anm. 24), 705 (711).

Integrationsmustern überhaupt eine Regelungsmöglichkeit vorhanden ist⁵⁴. Darüber hinaus soll verhindert werden, daß sich eine Avantgarde von kooperationswilligen Staaten außerhalb des konstitutionellen Rahmens der EU zusammenfindet, und somit die EU an Bedeutung verliert⁵⁵. Diese Gefahr besteht insbesondere, wenn sich große Staaten kooperationswillig zeigen, aber keine Mehrheit finden⁵⁶. Wenn die EU ihre Funktion der "Machtbändigung"⁵⁷ behalten soll, müssen die Mitglieder des europäischen Mächtekonzernts auch weiterhin reale Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb des institutionellen Rahmens der EU haben.

III. Gefahr zentrifugaler Fliehkräfte

Durch das Abweichen vom Grundsatz der einheitlichen Integration besteht jedoch zugleich die Gefahr, daß sich aus dem zentripetalen Kraftfeld zentrifugale Fliehkräfte entwickeln, d. h. sich Tendenzen negativer Integration (Desintegration) einstellen⁵⁸. Die Einheit der EU könnte gerade durch den Erfolg der differenzierten Integration gefährdet werden. Erreichen die integrationswilligen Staaten im Wege der differenzierten Integration politische Fortschritte, könnten sie auch bei Kernthemen ihr Heil in einem außerkonstitutionellen Sonderweg suchen. Hierdurch kann der Wille zum Kompromiß entscheidend geschwächt werden⁵⁹. Der mögliche Endpunkt einer solchen Entwicklung wäre dann die Bildung eines "Kerneuropa"⁶⁰. Außerdem wird durch die differenzierte Integration ein Element der Beliebigkeit in die Unionsrechtsordnung eingeführt; die einheitliche Geltung allen Gemeinschaftsrechts verliert dadurch ihre Selbstverständlichkeit und wird mithin in jedem Einzelfall begründungsbedürftig⁶¹. Es besteht also durch eine voranschreitende differenzierte Integration die Gefahr der zunehmenden Unterminierung – wenn nicht Beseitigung – des Prinzips der einheitlichen Integration⁶², die in einer Zersplitterung des Rechts und der Auflösung des einheitlichen institutionellen Rahmens der EU resultieren kann.

IV. Zwischenergebnis

Nachdem in den 1980er Jahren noch umstritten war, ob eine differenzierte Integration überhaupt mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist und ob sie einer vertraglichen Grundlage bedarf, haben sich diese Fragen spätestens mit der Gestaltung der Sozialpolitik und der Einführung der Wirtschafts- und Währungs-

⁵⁴ Becker (Anm. 3), 29 (41).

⁵⁵ Wessels (Anm. 18), 187 (195).

⁵⁶ Hatje (Anm. 4), Art. 43 EU Rn. 3.

⁵⁷ Janning (Anm. 13), 285 (285).

⁵⁸ Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 114.

⁵⁹ Ehlermann (Anm. 14), 362 (370, Rn. 34).

⁶⁰ *Ibid.*, 362 (370, Rn. 35).

⁶¹ Martenczuk (Anm. 35), 351 (359).

⁶² Wessels (Anm. 18), 187 (194).

union (WWU) nach dem Vertrag von Maastricht überlebt⁶³. Durch die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Amsterdamer Vertrag ist zudem ein allgemeines Instrument der differenzierten Integration vertraglich fixiert worden. Anders als in einem Staatswesen gibt es in der EU eben kein unumstößliches Dogma der Rechtseinheit⁶⁴, nach dem alle Formen der differenzierten Integration schlechthin gemeinschaftsrechtswidrig wären. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß die differenzierte Integration im Grundsatz das für die Gemeinschaftsrechtsordnung prägende Prinzip der einheitlichen Integration in Frage stellt⁶⁵, durch das die Widerspruchsfreiheit und Kohärenz als Grundlage der materiellen Legitimität des Gemeinschaftsrechts gewahrt werden⁶⁶. Somit bedarf es bei jedem Fall der differenzierten Integration einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung. Bei der integrationsrechtlichen Würdigung der bisher zur Anwendung gekommenen Formen der differenzierten Integration ist mithin bei wertender Betrachtung danach zu fragen, ob sie zur vertieften Integration beigetragen hat, ohne zu einer unvermeidbaren Zersplitterung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu führen.

C. Vertragliche Grundlagen der differenzierten Integration

I. Verstärkte Zusammenarbeit gemäß Art. 43 – 45, 40 EU; 11 EG

Die Verstärkte Zusammenarbeit stellt die vertragliche Generalermächtigung für die differenzierte Integration nach dem Amsterdamer Vertrag dar⁶⁷. Hierbei kann es auf einheitlich geltender Primärrechtsgrundlage zu sekundärrechtlichen Differenzierungen kommen.

1. Horizontale Generalklauseln (Art. 43–45 EU)

Die Art. 43–45 EU enthalten als horizontale Generalklauseln den allgemeinen Zulässigkeitsmaßstab für die Verstärkte Zusammenarbeit in der EG bzw. EU. Zusätzlich müssen jeweils Art. 11 EG bzw. Art. 40 EU beachtet werden. Durch Art. 43 Abs. 1 EU wird es den „Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine [V]erstärkte Zusammenarbeit zu begründen“ ermöglicht, „die Organe, Verfahren und Mechanismen“ des EG-/EU-Vertrages in Anspruch zu nehmen und somit i.V.m. Art. 11 EG partikular geltendes Sekundärrecht bzw. i.V.m. Art. 40 EU nicht einheitlich geltendes abgeleitetes Unionsrecht zu erlassen⁶⁸.

⁶³ Becker (Anm. 3), 29 (44) m.w.N.

⁶⁴ Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 113.

⁶⁵ Vgl. Hilf (Anm. 12), Art. A EUV Rn. 24: „Abgestufte Integration [als andere Bezeichnung für den hier verwendeten Oberbegriff der differenzierten Integration] bedeutet stets eine Durchbrechung des für die Gemeinschaftsrechtsordnung prägenden Grundsatzes der Einheitlichkeit und Uniformität des Gemeinschaftsrechts.“

⁶⁶ Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 100.

⁶⁷ *Ibid.*, 151.

⁶⁸ Becker (Anm. 3), 29 (53); Ruffert (Anm. 34), Art. 43 EU Rn. 8; Herdegen, *Europarecht*, 3. Aufl., München 2001, Rn. 72 a.

Ein solches Vorgehen ist allerdings an sieben sehr enge Voraussetzungen geknüpft (Art. 43 Abs.1 *lit.* a-g EU). So müssen die Ziele der Union gefördert, deren Interessen geschützt (*lit.* a) sowie die Grundsätze der Verträge und der einheitliche institutionelle Rahmen beachtet werden (*lit.* b). Mit diesen Vorgaben soll der Gefahr der institutionellen Zersplitterung der Union vorgebeugt und ein "Europa à la carte" verhindert werden⁶⁹. Die Verstärkte Zusammenarbeit ist nur als *ultima ratio* bei Versagen anderer vertraglicher Konsensverfahren zu verstehen (*lit.* c). Sie kann nur auf Betreiben der Mehrheit der Mitgliedstaaten initiiert werden (*lit.* d). Durch das Erfordernis einer "kritischen Masse" soll das Entstehen mehrerer, um die Inanspruchnahme des institutionellen Rahmens rivalisierender Gruppen verhindert werden⁷⁰. Besonders wichtig ist die Vorgabe des *lit.* e), der zufolge keinesfalls hinter den gemeinschaftlichen Besitzstand zurückgegangen werden darf. Hierdurch soll eine Desintegration verhindert werden. Schließlich enthält *lit.* f) eine Schutzklausel für die nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten, denen gemäß *lit.* g) ein jederzeitiges Mitwirken an der Verstärkten Zusammenarbeit möglich sein muß.

Die Art. 44f. EU enthalten Vorschriften über das Rechtsetzungsverfahren nach dem Eintritt in die Verstärkte Zusammenarbeit. Hierbei gelten gemäß Art. 44 Abs.1 EU die einschlägigen institutionellen Bestimmungen des EG-/EU-Vertrages. Insbesondere dürfen auch die Nicht-Teilnehmer der Verstärkten Zusammenarbeit – freilich ohne Stimmrecht – an den Ratssitzungen teilnehmen (Art. 44 Abs.1 S.2 EU). Mangels abweichender Regelung beschließen die übrigen Organe in ihrer regulären Zusammensetzung⁷¹. Nach Art. 45 EU ist das Parlament über die Entwicklung der Verstärkten Zusammenarbeit zu unterrichten.

2. Spezialnorm für den ersten Pfeiler der EU (Art. 11 EG)

Durch Art. 11 EG wird das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit für die EG um weitere Voraussetzungen sowie Regelungen für das Ermächtigungs-, Durchführungs- und Beitrittsverfahren ergänzt⁷².

Die Voraussetzungen des Art. 11 EG präzisieren die Vorgabe der Wahrung des gemeinschaftlichen Besitzstandes aus Art. 43 Abs.1 *lit.* e) EU und schränken das mögliche Anwendungsfeld noch weiter ein. Dies ist wegen des hohen Integrationsgrades in der EG auch nicht verwunderlich. Im einzelnen dürfen von der Verstärkten Zusammenarbeit keine ausschließlichen EG-Kompetenzen betroffen oder EG-Politiken beeinträchtigt werden (*lit.* a, b). Die der EG zugewiesenen Kompetenzen müssen gewahrt werden (*lit.* d) und es darf nicht zu Handelsbeschränkungen oder Wettbewerbsverzerrungen durch partikular geltendes Sekundärrecht kommen (*lit.* e). Die Unionsbürgerschaft wird schließlich in Gänze vom Anwen-

⁶⁹ Martenczuk (Anm. 26), 447 (461); Hatje (Anm. 4), Art. 43 EU Rn. 18.

⁷⁰ Ehlermann (Anm. 14), 362 (373, Rn. 46).

⁷¹ Martenczuk (Anm. 26), 447 (463f.).

⁷² Ausführlich hierzu Hatje (Anm. 4), Art. 11 EG, Rn. 1ff.

dungsbereich der Verstärkten Zusammenarbeit ausgenommen (*lit. c*). Auf den Schengen-Besitzstand findet gemäß Art. 11 Abs.5 EG ausschließlich das Schengen-Protokoll Anwendung (vgl. Art. 40 Abs.5 EU)⁷³.

Der Auslösemechanismus gemäß Art. 11 Abs.2 UAbs.1 EG sieht vor, daß, wenn die oben genannten Bedingungen erfüllt sind, der Rat auf Vorschlag der Kommission bereits mit qualifizierter Mehrheit den Eintritt in die Verstärkte Zusammenarbeit beschließen kann. Als Konzession an die Skeptiker der Verstärkten Zusammenarbeit, die Einstimmigkeit für den Auslösebeschluß gefordert hatten⁷⁴, wurde eine an den "Luxemburger Kompromiß"⁷⁵ erinnernde "Notbremse" eingebaut (Art. 11 Abs.2 UAbs.2 S.1 EG). Beachtlich ist die Rolle der Kommission, ohne deren Vorschlag eine Verstärkte Zusammenarbeit überhaupt nicht möglich ist (Art. 11 Abs.2 UAbs.3 EG)⁷⁶. In Konkretisierung des Offenheitspostulats des Art. 43 Abs.1 *lit. g*) EU kann jeder Mitgliedstaat seinen Beitritt zur Verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 11 Abs.3 EG bei der Kommission beantragen, die darüber alleine (!) entscheidet. Damit soll verhindert werden, daß die Kooperationen zu geschlossenen Zirkeln werden, von denen andere Mitgliedstaaten willkürlich ausgeschlossen werden⁷⁷. Insgesamt ist der spätere Eintritt gegenüber dem Auslösemechanismus wesentlich erleichtert, was insbesondere angesichts des Offenheitspostulats nur konsequent ist⁷⁸.

3. Spezialnorm für den dritten Pfeiler der EU (Art. 40 EU)

Als Spezialnorm für den dritten Pfeiler der EU ergänzt Art. 40 EU die Regelungen über die Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Polizeilichen und Justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS). Auch Art. 40 Abs.1 *lit. a*), *b*) EU stellt gegenüber der Generalklausel des Art. 43 EU weitergehende Kriterien auf. Diese sind indes nicht so restriktiv formuliert wie bei Art. 11 EG, was vor dem Hintergrund des geringeren Integrationsgrades im zweiten und dritten Pfeiler der EU schlüssig erscheint. Im einzelnen wird als negative Voraussetzung verlangt, bei der Verstärkten Zusammenarbeit die Kompetenzen der EG nicht zu überschreiten und die Ziele der PJZS nicht zu beeinträchtigen (*lit. a*). Als positive Voraussetzung stipuliert *lit. b*), daß die Verstärkte Zusammenarbeit dazu beitragen muß, den Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts schneller zu realisieren. Abgesehen von der Zielwahrungsklausel (*lit. a*) sieht Art. 40 EU keine Restriktion auf Zuständigkeitsbereiche der EU vor, so daß es durch eine Verstärkte Zusammenarbeit auch zu einer Kompetenzerweiterung der EU kommen

⁷³ Böse, in: Schwarze (Hrsg.) (Anm. 4), Art. 40 EU Rn. 6.

⁷⁴ So zum Beispiel Huber (Anm. 14), 347 (353).

⁷⁵ Wortlaut in EuR 1966, 73f.; zu dessen Entstehung Streinz (Anm. 8), Rn. 264ff.; Wessels (Anm. 18), 187 (206f.); Parallelnorm für die GASP ist Art. 40 Abs.2 UAbs.2 S.1 EU.

⁷⁶ Ehlermann (Anm. 14), 362 (377f., Rn. 71); weiterführend zu den Interessen der EU-Institutionen im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit Thun-Hohenstein (Anm. 23), 125 (137f.).

⁷⁷ Martenczuk (Anm. 26), 447 (467).

⁷⁸ Ehlermann (Anm. 14), 362 (378, Rn. 76).

kann⁷⁹. Auf den Schengen-Besitzstand findet – wie bei Art. 11 EG – Art. 40 EU keine Anwendung (Art. 40 Abs.5 EU).

Im Gegensatz zu Art. 11 EG, bei dem der Antrag auf Verstärkte Zusammenarbeit nur auf Vorschlag der Kommission dem Rat zur Entscheidung unterbreitet werden kann, genügt gemäß Art. 40 Abs.2 EU “der Antrag der betreffenden Mitgliedstaaten”. Der Rat entscheidet dann mit qualifizierter Mehrheit über deren Beginn, während der Kommission nur ein Recht zur Stellungnahme verbleibt. Hierin zeigt sich der intergouvernementale Charakter der PJZS⁸⁰. Wie bei Art. 11 EG besteht ein dem “Luxemburger Kompromiß” nachempfundenenes Vetorecht. Auch über die Aufnahme neuer Teilnehmer an der Verstärkten Zusammenarbeit entscheidet allein der Rat. Hierbei gilt ein Staat als aufgenommen, wenn nicht eine qualifizierte Mehrheit widerspricht (Art. 40 Abs.3 S.3 EU).

4. Der zweite Pfeiler der EU (GASP)

Für die GASP ist keine den Art. 11 EG oder Art. 40 EU entsprechende Spezialregelung vorhanden. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Regeln der Art. 43 ff. EU scheidet ebenso aus⁸¹, da eine den Art. 11 EG; 40 EU entsprechende Regelung im Bereich der GASP bei den Verhandlungen zum Amsterdamer Vertrag in letzter Minute verworfen wurde⁸², so daß eine bewußte Lücke besteht, die nicht im Wege des Rückgriffs auf die *leges generales* der Art. 43 ff. EU geschlossen werden darf⁸³.

Im übrigen besteht kein zwingendes Bedürfnis für einen Rückgriff auf die Art. 43 ff. EU, denn der EU-Vertrag bietet mit der konstruktiven Enthaltung gemäß Art. 23 Abs.1 UAbs.2 EU, dem erleichterten Inkrafttreten internationaler Abkommen gemäß Art. 24 EU und der engeren sicherheitspolitischen Zusammenarbeit gemäß Art. 17 Abs.4 EU eine Reihe anderer Mechanismen der differenzierten Integration im Rahmen der GASP. Zuletzt bleibt immer noch der Ausweg zu einer völkerrechtlichen Kooperation außerhalb der EU.

II. Einzelfallbezogene Differenzierungen im Sekundärrecht der EG

Einzelfallbezogene Differenzierungsnormen hielt der EG-Vertrag auch schon vor dem Amsterdamer Vertrag bereit. Sie finden Anwendung in Bereichen, in denen bereits eine Harmonisierung stattgefunden hat. Grundsätzlich ist es den Mitgliedstaaten danach nicht mehr gestattet, abweichende Regelungen unter Hin-

⁷⁹ Martenczuk (Anm. 26), 447 (469); kritisch zur Kompetenzerweiterung durch differenzierte Integration Huber (Anm. 14), 347 ff.

⁸⁰ Hatje (Anm. 4), Art. 11 EG Rn. 12; die starke Stellung des Rates bedauert dagegen Martenczuk (Anm. 26), 447 (469).

⁸¹ Thun-Hohenstein (Anm. 23), 125 (126); Wessels (Anm. 18), 187 (197).

⁸² Ehlermann (Anm. 14), 362 (387, Rn. 117).

⁸³ So aber Pechstein/Koenig (Anm. 8), Rn. 304.

weis auf höherrangige nationale Rechtsgüter beizubehalten, da ansonsten das Ziel vereitelt würde, Rechtsunterschiede zu beseitigen, die den freien Warenverkehr beeinträchtigen⁸⁴. Insbesondere die Übergangsmaßnahmen nach Art. 15 EG sowie die Schutzverstärkungsklauseln des Art. 95 Abs. 4, 5 EG im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung erlauben dagegen solche abweichende Regelungen und stellen somit eine Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration dar⁸⁵. Die Abweichungen von den gesetzten sekundärrechtlichen Standards sind dabei räumlich und gegenständlich begrenzt und beziehen sich meist auf Gebiete mit einem hohen Harmonisierungsgrad⁸⁶. Art. 15 EG bezieht sich dabei auf Mitgliedstaaten, die mit der Harmonisierung nicht Schritt halten können, während Art. 95 Abs. 4, 5 EG Konzessionen an Staaten macht, die der einheitlichen Harmonisierung nicht entsprechen wollen.

III. Bereichsspezifische Differenzierung in der EG

Nach dem Vertrag von Amsterdam enthält der EG-Vertrag nun drei Politikbereiche, in denen das EG-Recht durchweg nicht einheitlich gilt. Sie beziehen sich auf Sachgebiete, in denen bisher keine ausreichenden Integrationsfortschritte erzielt werden konnten⁸⁷. Diese bereichsspezifischen Differenzierungen sind das Ergebnis eines differenzierten Integrationsprozesses, der auf völkerrechtlicher Ebene begonnen hat. Daher sollen sie an dieser Stelle nur kurz vorgestellt werden, um sie als Präzedenzfälle der differenzierten Integration – und damit Vorläuferformen der Verstärkten Zusammenarbeit – ausführlich zu würdigen⁸⁸. Dort werden dann auch die mittlerweile einheitlich für alle Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften über die Sozialpolitik (Art. 136 ff. EG) behandelt, deren Entstehung ebenfalls einen historischen Präzedenzfall eines differenzierten Integrationsprozesses darstellt.

1. WWU (Art. 105 ff. EG)

Die Regeln über die WWU gelten gemäß Art. 122 EG i.V.m. bestimmten Protokollen zum Maastrichter Vertrag nicht vollständig für Dänemark, Großbritannien und Schweden. Damit liegt ein Fall der differenzierten Integration auf Primärrechtsebene vor.

⁸⁴ Herrnfeld, in: Schwarze (Hrsg.) (Anm. 4) Art. 95 EG Rn. 49; Kahl, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Anm. 9) Art. 95 Rn. 20; Jarass, Verstärkter Umweltschutz der Mitgliedstaaten nach Art. 176 EG, NVwZ 2000, 529–531 (530) bzgl. Umweltschutzaspekten.

⁸⁵ Allerdings nur, wenn nicht lediglich ein Fall der Mindestharmonisierung vorliegt. Für darüber hinausgehende nationale Regelungen gilt der Regelungsanspruch der Gemeinschaft dann gerade nicht.

⁸⁶ Becker (Anm. 3), 29 (37).

⁸⁷ *Ibid.*, 29 (38).

⁸⁸ S.u.: D.II.

2. Schengen-Besitzstand

Mit der Überführung des völkerrechtlich vereinbarten Schengen-Besitzstandes durch dessen Zuordnung zu einer EG-/EU-Rechtsgrundlage wurden eine Vielzahl partikular geltender Sekundärrechtsakte geschaffen. Es handelt sich dabei um einen primärrechtlich zugelassenen Sonderfall der differenzierten Integration⁸⁹, auf den die allgemeinen Normen der Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 43 ff., 40 EU; 11 EG nicht anwendbar sind⁹⁰.

Daneben besteht die Möglichkeit, den überführten Besitzstand zu erweitern. Dies ist ein weiterer Fall differenzierter Integration, der zu neuen sekundärrechtlichen Differenzierungen führen kann. Diese müssen nicht notwendig deckungsgleich mit den durch die Überführung des bereits vorhandenen Schengen-Besitzstandes entstandenen Differenzierungen sein, da die Staaten, für die der Schengen-Besitzstand nicht gilt, dessen Weiterentwicklung beitreten können. Auf die Erweiterung sind, im Gegensatz zur Überführung, die allgemeinen Regeln der Verstärkten Zusammenarbeit grundsätzlich anwendbar⁹¹.

3. Visa, Asyl, Einwanderung (Art. 61 ff. EG)

Die Visa-, Asyl- und Einwanderungsangelegenheiten betreffenden Art. 61 ff. EG enthalten Ausnahmeregelungen für Großbritannien, Irland und Dänemark gemäß Art. 69 EG i.V.m. den länderspezifischen Protokollen zum Amsterdamer Vertrag⁹², die diese Staaten von der Bindungswirkung der auf Grundlage der Art. 61 ff. EG erlassenen Sekundärrechtsakte entheben. Somit ist ein ganzer Politikbereich von der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts ausgenommen. Gegenüber der Verstärkten Zusammenarbeit sind sie als *leges speciales* zu betrachten⁹³, womit partikular anwendbare Maßnahmen gemäß Art. 61 ff. EG erlassen werden können, ohne die strengen Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 1 EG erfüllen zu müssen.

Die Art. 61 ff. EG sind mit dem Amsterdamer Vertrag durch eine Vergemeinschaftung eines Teils des intergouvernementalen dritten Pfeilers der EU⁹⁴ sowie der teilweisen Überführung des Schengen-Besitzstandes in diesen Abschnitt entstanden⁹⁵. Wegen der engen Verquickung der Art. 61 ff. EG mit dem Schengen-

⁸⁹ Vgl. Hilf/Pache (Anm. 24), 705 (708); Epiney, Die Übernahme des "Schengen-Besitzstandes" in die Europäische Union, in: Hummer (Hrsg.) (Anm. 23), 103–124 (107).

⁹⁰ Epiney, Schengen – ein Modell differenzierter Integration?, in: Breuss/Griller (Hrsg.), Flexible Integration in Europa – Einheit oder "Europa à la carte"?, Wien 1998, 127–147 (134).

⁹¹ *Ibid.*, 127 (134).

⁹² Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (Nr. 3, 4) sowie Dänemarks (Nr. 5); ausführlich dazu Ehlermann (Anm. 14), 362 (380 ff.).

⁹³ *Arg. e contr.* aus Art. 4 des Prot. Nr. 4 zum EU-Vertrag, der Art. 11 Abs. 3 EG nur in einem Sonderfall für anwendbar erklärt; siehe Wiedmann, in: Schwarze (Hrsg.) (Anm. 4), Art. 61 EG Rn. 31.

⁹⁴ Bis zum Amsterdamer Vertrag mit "Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres" (ZBJI) umschrieben.

⁹⁵ Wiedmann (Anm. 93), Art. 61 EG Rn. 1.

Besitzstand wird auf die Art. 61 ff. EG im Rahmen der Darstellung des "Schengen-Prozesses" zurückzukommen sein⁹⁶.

IV. Differenzierte Integration im Rahmen der GASP

Die Regelungen über die GASP nach Art. 11 ff. EU halten eine Reihe von Formen der differenzierten Integration bereit. Neben dem verfassungsrechtlichen Vorbehalt nach Art. 24 Abs.1 S.3 EU, der das Inkrafttreten internationaler Abkommen der EU⁹⁷ erleichtert, und der Kooperation in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik (Art. 17 Abs.4 EU)⁹⁸ ist insbesondere die konstruktive Enthaltung nach Art. 23 Abs.1 UAbs.2 EU zu nennen.

In Art. 23 EU ist das Entscheidungsverfahren bei Abstimmungen über die GASP geregelt, welches grundsätzlich eine einstimmige Beschlußfassung vorsieht. Die konstruktive Enthaltung nach Art. 23 Abs.1 UAbs.2 EU bietet vor diesem Hintergrund eine Alternative zu einem Veto bei der Abstimmung. So kann sich ein Mitgliedstaat, der den Beschluß nicht mittragen will, enthalten, ohne daß der nun zustande kommende Beschluß für ihn Bindungswirkung entfalten würde. Für die übrigen Mitgliedstaaten⁹⁹ der EU wird er dagegen voll verbindlich¹⁰⁰. Somit wird nach innen den unterschiedlichen Interessen einzelner Mitgliedstaaten Rechnung getragen, wobei gleichzeitig ein gemeinschaftliches Auftreten nach außen möglich bleibt. Eine konstruktive Enthaltung ist nur dann nicht möglich, wenn sich mehr als ein Drittel der Staaten enthalten will (Art. 23 Abs.1 UAbs.2 S.4 i.V.m. Art. 205 Abs.2 EG). Besonderes Gewicht erhält diese Form der differenzierten Integration durch die oben angesprochene Unanwendbarkeit der Verstärkten Zusammenarbeit¹⁰¹.

V. Völkerrechtliche Kooperation außerhalb der EU

Für völkerrechtliche Kooperationen außerhalb des institutionellen Rahmens der EU halten der EG-/EU-Vertrag naturgemäß kein eigenes Verfahren bereit. Da diese aber die (völkerrechtsvertragliche) Grundlage für vielfältige Formen differenzierter Integration darstellen, werden sie dessenungeachtet hier erörtert.

⁹⁶ S. u.: D.II.3.

⁹⁷ Zu den Verfahrenseinzelheiten Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) (Anm. 9), Art. 24 EU Rn. 2 ff; bisher wurde auf Grundlage von Art. 24 EU erst ein Abkommen geschlossen (Beschluß v. 9.4.2001, ABl. EG 2001, L 125/1 v. 5.5.2001), wobei allerdings der Ratsbeschluß einstimmig erfolgte (Auskunft des Rates per E-Mail an den Verfasser v. 15.7.2001).

⁹⁸ Diese hat ihren Niederschlag in der Bildung internationaler Truppenverbände wie etwa dem Euro-Korps oder des Deutsch-Niederländischen Korps gefunden.

⁹⁹ Mangels Völkerrechtssubjektivität nicht für die EU selbst, Pechstein/Koenig (Anm. 8), Rn. 289.

¹⁰⁰ Cremer (Anm. 97), Art. 23 EU Rn. 2-4.

¹⁰¹ In der Praxis ist von der konstruktiven Enthaltung allerdings noch kein Gebrauch gemacht worden (Auskunft des Rates per E-Mail an den Verfasser vom 15.7.2001).

Der EG-/EU-Vertrag steht einer völkerrechtlichen Zusammenarbeit grundsätzlich nicht im Wege¹⁰². Bei einer möglichen Kooperation darf allerdings keine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz berührt werden. Wegen der Übertragung ihrer Souveränität auf die EG wären die Mitgliedstaaten insofern unzuständig. Außerdem müssen die Solidaritätspflichten aus Art. 10 Abs. 2 EG beachtet werden¹⁰³. In der Vergangenheit ist von diesem Mittel der differenzierten Integration vielfach Gebrauch gemacht worden¹⁰⁴. Insbesondere das Europäische Währungssystem (EWS) als Vorläuferin der WWU und die Schengener Abkommen sind in diesem Kontext zu nennen¹⁰⁵.

Auch nach der Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit dürfen die Mitgliedstaaten daneben völkerrechtlich miteinander kooperieren¹⁰⁶. Das Gebot der Gemeinschaftstreue fordert dabei allerdings, zunächst auf die vorhandenen Mechanismen im EG-/EU-Vertrag zurückzugreifen, bevor sich die Mitgliedstaaten der völkerrechtlichen Kooperation bedienen¹⁰⁷.

D. Anwendungsfelder

Zunächst wird das Anwendungspotential der Verstärkten Zusammenarbeit untersucht und vorläufig bewertet (I.). Danach werden Präzedenzfälle differenzierter Integration als Vorläuferformen der Verstärkten Zusammenarbeit nachgezeichnet und abschließend die Frage gestellt, welche Rückschlüsse sich hieraus für die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit ziehen lassen (II.).

I. Verstärkte Zusammenarbeit gemäß Art. 43 ff., 40 EU; 11 EG

1. Bisherige Praxis und erste integrationsrechtliche Würdigung

Nach dem Amsterdamer Vertrag wurden für die EG als potentielle Anwendungsbereiche der Verstärkten Zusammenarbeit der Umweltschutz, die Einführung von Ökosteuern¹⁰⁸ oder die Harmonisierung anderer indirekter Steuern¹⁰⁹ sowie der Kulturbereich¹¹⁰ genannt. Für die GASP bzw. PJZS sah man

¹⁰² Martenczuk (Anm. 26), 447 (454).

¹⁰³ Hatje (Anm. 4), Art. 10 EG Rn. 50.

¹⁰⁴ Beispiele bei Ehlermann (Anm. 14), 362 (364, Rn. 11–13).

¹⁰⁵ S.u.: D.II.2., 3.

¹⁰⁶ De Witte, Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union, in: de Búrca/Scott (Hrsg.), Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?, Oxford/Portland, Or. 2000, 31–58 (55 ff.); von Buttlar, Rechtsprobleme der "verstärkten Zusammenarbeit" nach dem Vertrag von Nizza, ZEuS 2001, 649–688 (659 ff.) jeweils m.w.N. zur a.A.; Hatje (Anm. 4), Art. 43 EU Rn. 28; Böse (Anm. 73), Art. 40 EU Rn. 1.

¹⁰⁷ Hofmann (Anm. 34), 713 (728).

¹⁰⁸ Wessels (Anm. 18), 187 (199).

¹⁰⁹ Thun-Hohenstein (Anm. 23), 125 (133).

¹¹⁰ Wheatherill, Finding Space for Closer Co-operation in the Field of Culture, in: de Búrca/Scott (Hrsg.) (Anm. 106), 237–257.

diese in der Rüstungswirtschaft¹¹¹ bzw. der Einführung einer Strafprozeßordnung für die Teilnehmer am Schengen-Besitzstand¹¹².

Die Darstellung der vertraglichen Grundlagen hat gezeigt, daß eine Vielzahl von Bedingungen erfüllt sein muß, bis es zu einer Verstärkten Zusammenarbeit kommen kann¹¹³. Zu groß war wohl die Angst, daß mit den neuen Regelungen ein "Europa à la carte" durch die Hintertür eingeführt werden würde. Selbst bei Anerkennung der im Vertrag spezifizierten sachlichen Voraussetzungen, erscheint jedoch die Forderung einer Mehrheit der Mitgliedstaaten als "kritische Anfangsmasse" zu hoch. Bei Erfüllung der sachlichen Voraussetzungen sollte auch einer kleineren Gruppe von Staaten die Möglichkeit gegeben werden, ein Projekt zur Vertiefung der Integration innerhalb der EU zu realisieren¹¹⁴. So aber werden die zu strengen prozeduralen Kautelen dazu führen, daß sich die Anwendung der Verstärkten Zusammenarbeit auf seltene Ausnahmefälle beschränkt¹¹⁵. Vor allem auf dem Gebiet der EG mit ihrem hohen Integrationsgrad erscheint das Anwendungspotential eher gering¹¹⁶. Insbesondere wenn man davon ausgeht, daß jede nicht einheitlich anzuwendende Maßnahme eine Handelsbeschränkung auf dem Binnenmarkt darstellt, macht die Verstärkte Zusammenarbeit innerhalb der EG "eigentlich keinen rechten Sinn"¹¹⁷. So befindet sich der Mechanismus der Verstärkten Zusammenarbeit in der Zwickmühle, daß er einerseits den Binnenmarkt nicht beeinträchtigen soll, andererseits aber auch – wegen der vielen Kautelen – nicht auf neue Politikbereiche ausgedehnt werden kann¹¹⁸. In unmittelbarer praktischer Hinsicht wird man daher wohl der Einschätzung, daß der Wert des neuen Instruments – jedenfalls was die Wortlautfassung angeht – "knapp unter der Schwelle zur Nutzlosigkeit"¹¹⁹ liegt, zustimmen müssen. Ein theoretischer Wert liegt aber darin, daß überhaupt erstmals der differenzierten Integration ein allgemeiner rechtlicher Rahmen gegeben wurde.

¹¹¹ Als hypothetisches Anwendungsbeispiel bei Janning (Anm. 13), 285 (288); die Bundesregierung hielt die Rüstungspolitik sogar für ein konkretes Anwendungsfeld [Müller-Brandeck-Bocquet, Flexible Integration – eine Chance für die Umweltpolitik?, *integration* 1997, 292–304 (293)], obwohl die Verstärkte Zusammenarbeit sich noch gar nicht auf die GASP erstreckte.

¹¹² Wessels (Anm. 18), 187 (199). Für wirtschaftswissenschaftliche Studien über mögliche Anwendungsfelder auf der Grundlage der *public goods*-Theorie: Kölliker, Bringing Together or Driving Apart the Union? Towards a Theory of Differentiated Integration, *West European Politics* 24, Nr. 4 (Okt. 2001) 125–151; ders./Milner, How to Make Use of Closer Cooperation? The Amsterdam Clauses and the Dynamics of European Integration (Forward Studies Unit Working Paper, European Commission, Brüssel 2000); abrufbar unter: www.europa.eu.int/comm/cdp/working-paper/cooperation.pdf.

¹¹³ S.o.: C.I.

¹¹⁴ Vgl. Ehlermann (Anm. 14), 362 (373, Rn. 46); a.A. Martenczuk (Anm. 26), 447 (462), der die Hälfte der Mitgliedstaaten für "noch unnötig großzügig" hält; vgl. auch Giering/Janning, Flexibilität als Katalysator der Finalität? Die Gestaltungskraft der "Verstärkten Zusammenarbeit" nach Nizza, *integration* 2001, 146–155 (151), für die die Anzahl der Teilnehmer von untergeordneter Bedeutung ist.

¹¹⁵ Hilf/Pache (Anm. 24), 705 (711).

¹¹⁶ Bieber/Kahil/Kallmayer (Anm. 10), 155 m.w.N.

¹¹⁷ So Huber (Anm. 14), 347 (350).

¹¹⁸ Giering/Janning (Anm. 114), 146 (153).

¹¹⁹ Janning (Anm. 13), 285 (286).

In tatsächlicher Hinsicht hat sich die vorgetragene Kritik bestätigt. Soweit ersichtlich, ist vom Verfahren nach Art. 43 ff., 40 EU; 11 EG noch kein Gebrauch gemacht worden¹²⁰. Durch die engen Voraussetzungen sollte um jeden Preis verhindert werden, daß die Verstärkte Zusammenarbeit zentrifugale Wirkung entfaltet. Dieses Ziel wurde erreicht. Allerdings konnte sie so auch nicht zur Dynamisierung der EU beitragen, um deren Willen sie eingefügt worden war.

2. Möglichkeiten der Verstärkten Zusammenarbeit im Umweltschutz

Vor dem Hintergrund dieser (fehlenden) Praxis soll nun für den Umweltschutz aufgezeigt werden, wie der Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 11 EG ein vernünftiger Anwendungsbereich eröffnet werden könnte.

Ausgangspunkt für eine Anwendung des Art. 11 EG beim Umweltschutz ist eine gegenwärtig beobachtbare Stagnation der EG-Umweltpolitik, die sowohl auf kompetentielle als auch auf binnenmarktökonomische Faktoren zurückzuführen ist¹²¹. Auf kompetentieller Ebene findet sich das folgende Dilemma: Einerseits werden durch zunehmende Vergemeinschaftung umweltpolitische Kompetenzen auf die EG übertragen. Andererseits waren es in der Vergangenheit aber gerade nationalstaatliche Initiativen, aus der die EU ihre umweltpolitische Dynamik schöpfte. In bezug auf den Binnenmarkt haben Harmonisierungserfolge auf hohem Niveau Wettbewerbsvorteile von Industrien in Staaten mit traditionell hohen Schutzstandards¹²² nivelliert, so daß ökonomische Anreize für nationale Schutzverstärkungen verloren gingen. Durch ein gemeinsames Vorgehen mehrerer Staaten mit hohem Schutzniveau würden sich eben diese Wettbewerbsvorteile wieder einstellen.

Weitere Argumente für eine stärkere Flexibilisierung der Umweltpolitik ergeben sich aus der komplexen Natur von Umweltproblemen sowie deren unterschiedlicher Wahrnehmung durch die Betroffenen. Es lassen sich aufgrund der Unsicherheit und Komplexität der Ursachen für Umweltprobleme kaum universal gültige Erkenntnisse über den Umfang von Umweltgefahren und -risiken gewinnen. Aber selbst wenn die empirische Grundlage unumstritten ist, bestehen bei den Betroffenen ganz unterschiedliche Präferenzen bezüglich der zur Auswahl stehenden Gegenmaßnahmen.¹²³

¹²⁰ Vgl. Wessels, Die Vertragsreformen von Nizza – Zur institutionellen Erweiterungsreife, *integration* 2001, 8–25 (15); aber unten Text zu Anm. 138.

¹²¹ Zu dieser Argumentation: Müller-Brandeck-Bocquet (Anm. 111), 292 (298f.).

¹²² Die Bundesregierung hielt auch deshalb an der PCP-Verbotsverordnung fest, weil in Deutschland die Industrie schon auf PCP-freie Holzschutzmittel umgestellt hatte; zum PCP-Streit: EuGH, Rs. C-41/93, Slg. 1994, 1829 – PCP; Scheuing, *Regulierung und Marktfreiheit im Europäischen Umweltrecht*, EuR 2001, 1–26 (8).

¹²³ Weiterführend zu diesem Argumentationszusammenhang, der hier nur angedeutet werden kann: Revesz, *Federalism and Environmental Regulation: An Overview*, in: ders./Sands/Stewart (Hrsg.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development – The United States, the European Union and the International Community*, Cambridge 2000, 37–79 sowie die folgenden Beiträge in diesem Band; Scott, *Flexibility, "Proceduralization", and Environmental Governance in the EU*, in: de Búrca/dies. (Anm. 106), 259–280 jeweils m.w.N.

Wie dargestellt, verbleibt bei wortlautgebundener Auslegung für die Art. 11 EG; Art. 43 ff. EU gerade auf dem Binnenmarkt allerdings kaum ein Anwendungsbereich. Es kann aber nicht der Sinn einer Norm sein, keinen originären Anwendungsbereich zu haben^{123a}. Um dem abzuwehren, könnte man die für Art. 28 und 81 EG entwickelte Schrankensystematik auf Art. 11 Abs. 1 lit. e) EG übertragen. Er wäre dann so zu lesen, daß die Verstärkte Zusammenarbeit nur nicht zu nicht gerechtfertigten Beschränkungen des Handels oder Wettbewerbsverzerrungen führen darf¹²⁴. Gerechtfertigt werden könnten sie zum Beispiel mit den Interessen des Umweltschutzes als Gemeinschaftsgut¹²⁵. Ebenso wären alle Tatbestandsmerkmale der Art. 43 EU; 11 EG, die von einem "[B]eeinträchtigen" des Besitzstandes, der nicht beteiligten Staaten oder Gemeinschaftspolitiken¹²⁶ sprechen, teleologisch dahin gehend zu reduzieren, daß damit nur "nachteilige Auswirkungen" gemeint sind¹²⁷. Nachteilig können aber solche Auswirkungen nicht sein, die der verhältnismäßigen Verwirklichung von Gemeinschaftszielen wie dem Umweltschutz dienen. In jedem Fall verhältnismäßig dürften dabei beispielsweise verschärfte Produktanforderungen sein, die nur für Waren aus Staaten gelten, welche sich an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen¹²⁸.

Untermauert wird diese teleologische Reduktion der einschränkenden Merkmale der Art. 43 EU; 11 EG davon, daß damit im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit dasselbe Maß an Rücksicht auf Umweltschutzziele möglich wäre, welches die Schutzverstärkungsklausel des Art. 95 Abs. 4, 5 EG einzelnen Mitgliedstaaten ohnehin schon zubilligt¹²⁹. Anders wäre es nur, wenn man das Vorgehen mehrerer Staaten als binnenmarktschädlicher ansehen würde als die

Zur unterschiedlichen Wahrnehmung von Gefahren vgl. den *Hormonfleischfall* vor dem DSB der WTO: EC Measures concerning Meat and Meat Products, Appellate Body Report, WT/DS/26/AB/R, WT/DS/48/AB/R, angenommen am 13.2.1998.

^{123a} Prägnant zu diesem völkerrechtlichen Auslegungsgrundsatz Appellate Body Report, WT/DS/2/AB/R, angenommen am 20.5.1996, 15 m.w.N. in Anm. 45: "One of the corollaries of the 'general rule of interpretation' in the Vienna Convention is that interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility." [Hervorhebung im Original.]

¹²⁴ Weatherill (Anm. 46), 21 (31); vgl. auch Bär/Gehring *et al.* Closer Co-operation – A New Instrument for European Environmental Policy?, European Integration online Papers (EIoP) 4 (2000) Nr. 13 v. 11.10.2000, 7; abrufbar unter <http://eiop.or.at/eiop/texte/2000-013a.htm>.

¹²⁵ So wie im *Pfandflaschenurteil*, in dem der EuGH den Umweltschutz als Gemeinschaftsgut akzeptiert hat, das Beschränkungen des Binnenmarktes rechtfertigen kann. EuGH, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607.

¹²⁶ Art. 43 Abs. 1 lit. e), f) EU; 11 Abs. 1 lit. b) EG.

¹²⁷ Weatherill (Anm. 46), 21 (32): "[...]it is necessary to soften the criteria, for example by reading the prohibitions against affecting the *a c q u i s*, the interests of non-participants and Community policies as prohibitions against any *a d v e r s e* effect." [Hervorhebung im Original]; ders. (Anm. 110), 237 (253 ff.).

¹²⁸ Bär/Gehring *et al.* (Anm. 124), 11. Freilich wäre dann auch die Steuerungswirkung auf diese Staaten begrenzt.

¹²⁹ *Ibid.*, 4; auch bei Art. 95 Abs. 6 EG wird die Voraussetzung, daß der nationale Alleingang das Funktionieren des Binnenmarktes nicht behindern darf, so ausgelegt, daß nur unverhältnismäßige Behinderungen unzulässig sind. Scheuing (Anm. 122) 1 (10, Anm. 54).

Maßnahmen einzelner¹³⁰. Bei diesem Einwand würde indes der Grundsatz der Mehrdimensionalität der Gemeinschaftsziele verkannt. Der "Binnenmarkt" ist eben ein "ökologisch qualifizierter Binnenmarkt"¹³¹. Zwar kann das wirtschaftliche Interesse an ungestörtem Warenaustausch um so stärker eingeschränkt sein, je mehr Staaten sich an der Umweltschutzmaßnahme beteiligen, doch bleibt es bloßer Abwägungstopos – und nicht "sakrosanktes Dogma" – bei der Rechtfertigung der Handelsbeschränkung. Daher überzeugt auch die These nicht, eine Abwägung der Vorteile einer Verstärkten Zusammenarbeit (zum Beispiel für den Umweltschutz) mit den Nachteilen (zum Beispiel für die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts) berühre die Unantastbarkeit des *Acquis*¹³². Denn die Möglichkeit der Rechtfertigung einer verhältnismäßigen Handelsbeschränkung aufgrund zwingender Gründe des Gemeinwohls ist selbst Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes und kann diesen folglich auch nicht antasten.

Darüber hinaus würde ein gemeinsames Vorgehen jedenfalls in Regelungsbereichen, die noch keiner Harmonisierung unterliegen, sogar zu einer teilweisen Vereinheitlichung der diversen nationalen Standards führen. Somit wären Maßnahmen im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit wegen ihrer zumindest teilweise harmonisierenden Wirkung sogar binnenmarktfreundlicher als nationale Alleingänge¹³³.

Für die vorgeschlagene Auslegung der Art. 11 EG; 43 EU bestünde aber kein Bedürfnis, wenn die Mitgliedstaaten die vorhandenen Schutzverstärkungsklauseln des Art. 95 Abs. 4, 5 EG in konzertierter Weise in Anspruch nehmen könnten¹³⁴. Dagegen spricht jedoch, daß gerade mit den Art. 11 EG; 43 EU prozedurale Regeln für die Kooperation mehrerer Mitgliedstaaten geschaffen werden sollten, die eine solche Zusammenarbeit möglichst gemeinschaftsfreundlich ausgestalten. Daher gehen die Art. 11 EG; 43 EU in der hier vorgeschlagenen Auslegung als *leges speciales* einer konzertierten Inanspruchnahme der Schutzverstärkungsklauseln vor¹³⁵.

Neben der Einführung gemeinsamer Standards bei Produkt- und Herstellungsverfahren¹³⁶ käme als konkreter Anwendungsfall für die Verstärkte Zusammenarbeit eine im Zusammenhang mit den Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll stehende Maßnahme zur CO₂-Reduktion in Betracht. Hiermit könnte man ein "Öko-Schengen"¹³⁷ – also eine völkerrechtliche Kooperation außerhalb der EG – verhindern. Tatsächlich wurde in jüngster Vergangenheit aus dem Finanzministerat verlautbart, daß er im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit eine CO₂-Steuer

¹³⁰ Weatherill (Anm. 46), 21 (31).

¹³¹ Kahl, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg 1993, zugleich. Diss. Augsburg 1992, 267.

¹³² So aber Hatje (Anm. 4), 143 (161 f.).

¹³³ Bär/Gehring *et al.* (Anm. 124), 5.

¹³⁴ Müller-Brandeck-Bocquet (Anm. 111), 292 (300 f.).

¹³⁵ Vgl. Kahl, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Anm. 9) Art. 95 Rn. 22: "Neben den Derogationsmöglichkeiten einzelner Mitgliedstaaten [...] besteht [...] die Möglichkeit zur Verstärkten Zusammenarbeit mehrerer Mitgliedstaaten [...]. [Hervorhebung im Original.]"

¹³⁶ Bär/Gehring *et al.* (Anm. 124), 20.

¹³⁷ Müller-Brandeck-Bocquet (Anm. 111), 292 (302).

verabschieden wolle, falls es nicht bis zum EU-Gipfel im Dezember 2001 gelänge, insbesondere Spanien zu einem einheitlichen Vorgehen zu bewegen¹³⁸.

3. Vertrag von Nizza

Durch den am 26.2.2001 unterzeichneten Vertrag von Nizza wurden die Regeln über die Verstärkte Zusammenarbeit einer ersten Revision unterzogen. Zwar gehörte deren Reform nicht zu den sogenannten "left-overs" von Amsterdam. Sie wurde aber auf dem Europäischen Gipfel von Feira im Juni 2000 in das Verhandlungspaket aufgenommen¹³⁹. Für das Inkrafttreten der geänderten Vorschriften bedarf es nun noch der Ratifikation des Nizzaer Vertrages durch alle Mitgliedstaaten, die ursprünglich bis Ende 2002 abgeschlossen sein sollte¹⁴⁰.

a) Die Neuregelung

Die Reform versteht sich als Reaktion auf die ausgebliebene Nutzung der Verstärkten Zusammenarbeit¹⁴¹. Die Generalklauseln der Art. 43–45 EU wurden geändert und um einen Art. 44 a EU n.F. ergänzt. Im ersten Pfeiler wurde ein neuer Art. 11 a EG n.F. und im dritten Pfeiler (PJZS) wurden die Art. 40 a, 40 b EU n.F. eingefügt. Gänzlich neu sind die Art. 27 a–e EU n.F., die eine Verstärkte Zusammenarbeit nun auch im zweiten Pfeiler (GASP) ermöglichen¹⁴².

Die materiellen Ausschlußkriterien sind nur wenig verändert und ebensowenig präzisiert worden. In Art. 43 EU n.F. heißt es nunmehr, daß der Besitzstand der Gemeinschaft "beachtet" werden muß (*lit. c* n.F.), statt des Gebots, ihn nicht zu beeinträchtigen (Art. 43 Abs. 1 *lit. e* EU). Zwar wurde Art. 11 Abs. 1 *lit. b*) EG gestrichen, doch bleibt es gemäß Art. 43 *lit. e*) EU n.F. dabei, daß der Binnenmarkt

¹³⁸ FAZ v. 25.9.01, 19; Zwar wurde dem Europäischen Rat von Laeken vom 14./15.12.2001 das Dokument 13778/01/01/REV1 v. 30.11.2001 zur Besteuerung von Energieerzeugnissen vorgelegt. Doch findet sich in den Schlußfolgerungen des Vorsitzes kein Hinweis auf eine Entscheidung in dieser Sache.

Kritisch zum Schutz natürlicher Ressourcen mittels Verstärkter Zusammenarbeit auf der Grundlage der *public goods*-Theorie Kölliker/Milner (Anm. 112), 30, 36 sowie Revesz (Anm. 123), unter Hinweis auf die hierbei auftretende Externalisierung interner Kosten. Dies dürfte jedoch im Vergleich mit den aus dem gemeinsamen Vorgehen gewonnenen Vorteilen zu vernachlässigen sein, solange nur ein Land sich nicht beteiligt. Allgemein zu marktwirtschaftlichen Umweltschutzinstrumenten *The Economist* v. 29.9.2001, 87–90: "Economic man, cleaner planet".

¹³⁹ Zum Hintergrund Wiedmann (Anm. 25), 185 (185).

¹⁴⁰ Pache/Schorkopf, Der Vertrag von Nizza – Institutionelle Reform zur Vorbereitung der Erweiterung, *NJW* 2001, 1377–1386 (1377); Übersicht zum Ratifikationszeitplan bei Fischer, Der Vertrag von Nizza, Text und Kommentar, Baden-Baden 2001, 563; allerdings ist die in Irland zur Ratifikation nötige Volksabstimmung gescheitert, was eine zeitplangemäße Ratifikation fraglich erscheinen läßt; vgl. hierzu Hummer/Obwexer, Irlands "Nein zu Nizza": Konsequenzen aus dem negativen irischen Referendum vom 7. Juni 2001, *integration* 2001, 237–249.

¹⁴¹ Herdegen (Anm. 68), Rn. 59.

¹⁴² S. u.: b).

“nicht beeinträchtigt” werden darf¹⁴³. In prozeduraler Hinsicht finden sich allerdings eine Reihe wichtiger prozeduraler Modifikationen. Ausreichend für den Auslösemechanismus ist nun die Beteiligung von acht Mitgliedstaaten¹⁴⁴ und das bisherige Vetorecht eines Mitgliedstaates gemäß Art. 40 Abs.2 UAbs.2 EU bzw. Art. 11 Abs.2 UAbs.2 EG entfällt zumindest für die EG und die PJZS¹⁴⁵. Als zusätzliche Hürde ist dagegen die Zustimmung des Parlaments in Bereichen hinzutreten, die dem Kodezisionsverfahren nach Art. 251 EG unterliegen¹⁴⁶. Unter Legitimitäts Gesichtspunkten ist dies freilich zu begrüßen. Für die Folgeentscheidungen gelten dann die jeweiligen Bestimmungen der Verträge, was bedeuten kann, daß einstimmig entschieden werden muß. Damit sollte die Einführung von Mehrheitsentscheidungen durch die Hintertür der Verstärkten Zusammenarbeit verhindert werden. Es ist also eine Konstellation denkbar, bei der für den Auslösebeschluß eine qualifizierte Mehrheit, für die Folgebeschlüsse aber Einstimmigkeit nötig ist. Dies führt dann zu dem seltsamen Ergebnis, daß sich sämtliche Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen, nur um die Kontrolle über die zu treffenden Folgeentscheidungen zu behalten. Somit macht die Verstärkte Zusammenarbeit nur in Bereichen mit qualifizierter Mehrheit für die Folgebeschlüsse überhaupt einen Sinn¹⁴⁷.

Insgesamt haben die Änderungen nicht zu einer substantiellen Verbesserung des Anwendungspotentials geführt. Zwar sind die prozeduralen Voraussetzungen gelockert worden, doch hat sich an der Beschränkung der Anwendungsfelder kaum etwas geändert¹⁴⁸. Die Verstärkte Zusammenarbeit wird daher wohl auch in der Nizzaer Fassung nicht zur Bildung einer besonders integrationsfreudigen Avantgarde beitragen, sondern vielmehr der “effizienten Politikgestaltung im Detail dienen”¹⁴⁹, wie beispielsweise der Verwaltungs- und Wiederaufbauhilfe für das ehemalige Jugoslawien¹⁵⁰. Auf der Grundlage einer wortlautgebundenen Auslegung ist diese Bewertung schlüssig. Die hier vertretene teleologische Reduktion der einschränkenden Merkmale der Art. 43 ff., 40 EU; 11 EG eröffnet dagegen – wie gezeigt – einen weiteren Anwendungsbereich. Diese ist auch auf die Nizzaer Fassung übertragbar, da der Wortlaut der neugestalteten Vorschriften jedenfalls keine engeren Grenzen zieht. Ist dann erst einmal der materielle Anwendungsbe-

¹⁴³ Ausführlich zu den materiellen Änderungen von Buttlar (Anm. 106), 649 (665 ff.); Pache/Schorkopf (Anm. 140), 1377 (1383, Anm. 56); Hatje (Anm. 4), 143 (161); Wiedmann (Anm. 25), 185 (209 f.).

¹⁴⁴ Im Gegensatz zu der bisher nötigen Mehrheit wird also bei 27 Mitgliedstaaten in Zukunft ein knappes Drittel ausreichen.

¹⁴⁵ Für die GASP bleibt es dagegen bei einem Vetorecht.

¹⁴⁶ Wiedmann (Anm. 25), 185 (210).

¹⁴⁷ Giering/Janning (Anm. 114), 146 (150).

¹⁴⁸ So Hatje (Anm. 4), 143 (161) und im Ergebnis auch Wiedmann (Anm. 25), 185 (209).

¹⁴⁹ Giering/Janning (Anm. 114), 146 (153); kritisch auch Wessels (Anm. 120), 8 (15); grundsätzlich positiv dagegen Yataganas, *The Treaty of Nice – The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union – A Continental Perspective*, Harvard Jean Monnet Working Paper 01/2001, B.6.; abrufbar unter <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>.

¹⁵⁰ Hatje (Anm. 4), 143 (162). Fraglich erscheint indes, ob dies ein so kontroverses Thema ist, daß man sich nicht auch auf ein einheitliches Vorgehen einigen könnte.

reich erweitert, erhalten auch die prozeduralen Lockerungen ein größeres Gewicht. Insbesondere das Wegfallen des Vetorechts ist zu begrüßen, da somit das in der Möglichkeit zur Verstärkten Zusammenarbeit liegende politische Disziplinierungspotential für Mitgliedstaaten, die sich einer EG-weiten Regelung widersetzen, zunimmt.

b) Insbesondere: die Verstärkte Zusammenarbeit in der GASP

Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Nizza wird die Verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 27 a–27 e EU n.F. auch im Bereich der GASP möglich sein. Hierzu wird es nur acht¹⁵¹ kooperationswilliger Mitgliedstaaten bedürfen, wobei die Möglichkeit des Vetorechts eines Mitgliedstaates erhalten bleibt. Diese Ausdehnung auf die GASP ist allerdings beschränkt auf die Umsetzung gemeinsamer Aktionen und Standpunkte gemäß Art. 14, 15 EU (Art. 27 b EU n.F.). Die Neuregelung läßt sich also als “verstärkte Vollzugszusammenarbeit”¹⁵² umschreiben. Die richtungsweisenden Gemeinsamen Strategien (Art. 13 Abs.2 EU) sind gänzlich ausgeklammert¹⁵³, genau wie die europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik (ESVP), Art. 27 b S.2 EU n.F.¹⁵⁴. Die auch bei der GASP anwendbare *ultima ratio*-Regel des Art. 43 a EU n.F. läßt den Anwendungsbereich bei der regelmäßig nach schnellen Entscheidungen verlangenden GASP noch kleiner werden¹⁵⁵.

Über die bereits oben behandelte Bewertung der allgemeinen tatbestandlichen Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit in der Nizzaer Fassung hinaus stellt sich die Frage, ob deren Einführung bei der GASP nicht auf grundsätzliche Bedenken stößt. Vor dem Hintergrund des desaströsen Auftretens der EU im Balkankonflikt ist es nachvollziehbar, wenn der Ruf nach einer handlungsfähigeren EU laut wird¹⁵⁶. Ebenfalls für die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit spricht, daß die Gefahr der Desintegration des Acquis im intergouvernementalen Bereich der EU nicht so virulent ist wie in der EG¹⁵⁷. Außerdem verhindert sie das Entstehen von *ad hoc*-Koalitionen außerhalb des institutionellen Rahmens der EU, so daß die kleinen Mitgliedstaaten eher Einflußmöglichkeiten wahrnehmen

¹⁵¹ Im Vorfeld waren sogar nur drei oder fünf Mitgliedstaaten im Gespräch; CONFER 4780/00 v. 5.10.2000, 4.

¹⁵² So Hatje (Anm. 4), 143 (162).

¹⁵³ Giering/Janning (Anm. 114), 146 (151).

¹⁵⁴ Diese Einschränkung geht auf das Drängen Großbritanniens zurück, Yatananas (Anm. 149), B.6.; Regelsberger, Die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik nach “Nizza” – begrenzter Reformeifer und außervertragliche Dynamik, *integration* 2001, 156–166 (159); ausgeschlossen ist damit insbes. die Kooperation in der Rüstungsindustrie, Pache/Schorkopf (Anm. 140), 1377 (1383).

¹⁵⁵ Giering/Janning (Anm. 114), 146 (151).

¹⁵⁶ Sehr prononciert Rilinger, Partielles engeres Zusammenwirken einzelner Mitgliedstaaten – Gedanken über rechtliche Strukturen einer Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, ZRP 1997, 400–403; vgl. auch Pechstein/Koenig (Anm. 8), Rn. 315.

¹⁵⁷ Vgl. Gilsdorf, Institutionelle und materielle Reform im Bereich der GASP, in: Hummer (Hrsg.) (Anm. 23), 240–256 (250) allerdings in bezug auf Art. 23 Abs.2 EU, den er auch als “Flexibilitätsklausel” ansieht.

können¹⁵⁸. Dies wird durch das Offenheitspostulat des Art. 27 e EG n.F. gesichert. Von Seiten der Kommission wurde die Neuerung ebenfalls begrüßt, da sie nunmehr im Bereich der GASP über Mitsprache- und Überwachungsrechte verfügt¹⁵⁹.

Gegen eine Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit bei der GASP spricht aber, daß bei der Außenpolitik – im Gegensatz zu internen Politikbereichen wie dem Umweltschutz, wo zwei oder drei Staaten eine Schrittmacherfunktion haben können – die Einheitlichkeit des Auftretens von entscheidender Bedeutung ist¹⁶⁰. Wenn acht von bald 27 Mitgliedstaaten für die EU sprechen und handeln wollten, käme das einer „außenpolitischen Selbstentmachtung der EU“¹⁶¹ gleich, da sie jede Glaubwürdigkeit als einheitlicher außenpolitischer Akteur verlieren würde¹⁶². Das Ziel einer größeren Handlungsfähigkeit (eines Teils) der EU würde also um den Preis der Zersplitterung „erkauft“ werden. Wegen der überragenden Bedeutung der Einheitlichkeit des Auftretens nach außen ist die Verstärkte Zusammenarbeit somit im Bereich der GASP abzulehnen¹⁶³. Dies gilt um so mehr, wenn man berücksichtigt, daß mit der ESVP gerade ein Bereich der Verstärkten Zusammenarbeit entzogen wurde, in dem ein differenziertes Vorgehen außenpolitisch noch sinnvoll erscheint.

Bei der konstruktiven Enthaltung dagegen wird lediglich verhindert, daß eine Minderheit das gemeinsame Vorgehen der Mehrheit blockiert. Dadurch wird die Einheitlichkeit des Auftretens gewahrt. Somit ist die konstruktive Enthaltung in der GASP ein notwendiges und auch hinreichendes Instrument der differenzierten Integration, mit dem auch die oben erwähnte Aufbauhilfe für das ehemalige Jugoslawien realisiert werden könnte. Um der EU ein größeres außenpolitisches Gewicht zu verleihen, sollte vielmehr versucht werden, die zur Zeit bei der Ratspräsidentschaft, dem EG-Kommissar für Außenbeziehungen und dem Hohen Vertreter für die GASP liegenden Kompetenzen zu bündeln oder wenigstens eindeutig abzugrenzen.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Vgl. Jopp, Die außen- und sicherheitspolitische Identität Europas mit der Perspektive einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, in: Hrbek (Hrsg.) (Anm. 26), 331–343 (342); Algeri/Emmanouilidis (Anm. 50), 14.

¹⁵⁹ Details bei Regelsberger (Anm. 154), 156 (161, Anm. 27).

¹⁶⁰ Vgl. Kugelmann, Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, EuR 1998, Beiheft 2, 99–123 (120).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Ebenfalls kritisch im Hinblick auf die praktische Umsetzung eines nur von acht Mitgliedstaaten getragenen Beschlusses: Regelsberger (Anm. 154), 156 (161).

¹⁶³ Kugelmann (Anm. 160), 99 (120).

¹⁶⁴ Kritisch hierzu FAZ v. 15.12.2001, 2; „Patten: EU wird außenpolitisch nie mit einer Stimme sprechen“.

II. Vorläuferformen der Verstärkten Zusammenarbeit

1. Abkommen zur Sozialpolitik

a) Entstehungsgeschichte

Im EG-Vertrag fanden sich von Anfang an sehr wenig Regelungen zur Sozialpolitik. Dies ist Ausdruck der bis heute unentschiedenen Streitfrage, welches Ausmaß an sozialpolitischer Harmonisierung zur Herstellung gerechter Wettbewerbsverhältnisse in der EG nötig ist¹⁶⁵. Vor diesem Hintergrund einigten sich 1989 alle Mitgliedstaaten außer Großbritannien in einer "feierlichen Erklärung" auf die "Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer"¹⁶⁶, die allerdings nur eine rechtlich unverbindliche Selbstverpflichtung der unterzeichnenden Staats- und Regierungschefs darstellt¹⁶⁷. Wegen der Nicht-Teilnahme Großbritanniens ist schon die Sozialcharta 1989 Ausdruck einer differenzierten Integration außerhalb des institutionellen Rahmens der EG.

Der Vertrag von Maastricht sollte im Geiste der Sozialcharta 1989 eine Erweiterung der sozialpolitischen Kompetenzen in den damaligen Art. 117 ff. EGV (Art. 136 ff. EG) bringen. Großbritannien war hierzu aber nicht zu bewegen. Als Ausweg einigten sich im "Maastrichter Protokoll über die Sozialpolitik"¹⁶⁸ alle zwölf Mitgliedstaaten darauf, daß elf Mitgliedstaaten nach Maßgabe eines von ihnen geschlossenen "Abkommens über die Sozialpolitik"¹⁶⁹ Maßnahmen treffen können, die über die in Art. 117 ff. EGV genannten Ziele hinausgehen. Dieses Abkommen ermächtigte die elf Mitgliedstaaten, die Organe, Verfahren und Mechanismen des EG-Vertrages in Anspruch zu nehmen, um die erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse zur Umsetzung des "Abkommens über die Sozialpolitik" untereinander anzunehmen und anzuwenden¹⁷⁰. Mit der Einbeziehung des Protokolls in den EG-Vertrag gemäß Art. 239 EGV (Art. 311 EG) bestanden nun zwei rechtliche Rahmen für die Sozialpolitik innerhalb der EG¹⁷¹. Zum einen konnten Rechtsakte auf Grund der Art. 117 ff. EGV erlassen werden, die für alle Mitgliedstaaten gelten. Zum anderen erlaubte das Protokoll den Erlaß von Rechtsakten, an die nur elf Mitgliedstaaten gebunden sind. Damit wurde das Prinzip der differenzierten Integration im Primärrecht verankert. Diese Lösung war auf fundamentale

¹⁶⁵ Falkner, Das Maastrichter Sozialprotokoll: Differenzierte Integration wider Willen, in: Breuss/Griller (Hrsg.) (Anm. 90), 79–102 (80).

¹⁶⁶ Im folgenden "Sozialcharta 1989"; nicht zu verwechseln mit der Sozialcharta des Europarats von 1961; Oppermann (Anm. 21), Rn. 1633, 66.

¹⁶⁷ Koenig, Die europäische Sozialunion als Bewährungsprobe der supranationalen Gerichtsbarkeit, EuR 1994, 175–195 (180); Falkner (Anm. 165), 79 (85).

¹⁶⁸ ABl. EG 1992, C 191/90.

¹⁶⁹ ABl. EG 1992, C 191/91; zusammenfassend Coen, Abgestufte soziale Integration nach Maastricht, EuZW 1995, 50–52 (51).

¹⁷⁰ Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Aufl., Neuwied 1996, Rn. 1513.

¹⁷¹ Ost, Flexibilität des Gemeinschaftsrechts – Vom Notantrieb zum Vertragsprinzip?, DÖV 1997, 495–503 (500).

sozialpolitische Vorbehalte Großbritanniens zurückzuführen und ist somit als Fall der "variablen Geometrie" einzuordnen¹⁷².

b) Anwendungsprobleme

Anwendungsprobleme hätten sich ergeben können, wenn aufgrund des nur partikular geltenden Protokolls i.V.m. dem Abkommen über die Sozialpolitik Sekundärrechtsakte erlassen worden wären. Dadurch hätte es zur Spaltung der Sozialrechtsordnung der EG und mithin zu einer Beeinträchtigung des Grundsatzes der einheitlichen Geltung des EG-Rechts kommen können¹⁷³. Solche Sekundärrechtsakte, die nur in elf Mitgliedstaaten Sozialkosten verursachen, hätten Wettbewerbsverzerrungen und damit eine Beeinträchtigung des Binnenmarktprinzips nach sich ziehen können¹⁷⁴. Diese Bedenken bestätigten sich jedoch nicht. Die Anwendung des Protokolls wurde nämlich unter extensiver Auslegung des allgemein geltenden Art. 118 a EGV (Art. 138 EG) vermieden und Rechtsetzungsprozesse auf der Grundlage des Protokolls verzögert. Aufgrund der Übernahme des Sozialprotokolls in den EG-Vertrag nach Amsterdam ist die Betriebsräterichtlinie¹⁷⁵ der wohl einzige Fall der zeitlich verzögerten Umsetzung eines sozialpolitischen Rechtsakts in Großbritannien¹⁷⁶.

c) Integrationsrechtliche Würdigung

Wegen der zögerlichen Nutzung sind von dem differenzierten Integrationsmechanismus keine über das Maß der einheitlichen Integration hinausgehenden Erfolge auf dem Gebiet der Sozialpolitik erreicht worden. Dementsprechend kam es auch nicht zu der befürchteten Beeinträchtigung des Binnenmarktprinzips. Auch wenn das Angebot einer Regelungsalternative eine Funktion der differenzierten Integration darstellt, sollte dieser Sonderweg nicht beschritten werden, wenn nicht zugleich das Gesamtinteresse der Union gestärkt wird¹⁷⁷. Mit der Überführung in den EG-Vertrag durch den Amsterdamer Vertrag ist dieses Kapitel differenzierter Integration ohne Auswirkungen auf die materielle und institutionelle Struktur der EG abgeschlossen worden. Offenbar waren die Mitgliedstaaten nicht bereit, Integrationsfortschritte mit Wettbewerbsnachteilen zu "erkaufen". Für zukünftige Anwendungen der differenzierten Integration lehrt dieses Intermezzo, "daß sich Politikbereiche mit direkt kostenrelevanten Auswirkungen auf die Wirtschaftstätigkeit *de facto* schlecht eignen." ¹⁷⁸

¹⁷² Martenczuk (Anm. 26), 447 (457).

¹⁷³ Ost (Anm. 171), 495 (500).

¹⁷⁴ Ausführlich Koenig (Anm. 167), 175 (181); vgl. auch Arl, Sozialpolitik nach Maastricht, Frankfurt/M. 1997, zugleich Diss. Bayreuth 1997, 201 ff.

¹⁷⁵ ABl. EG 1994, L 254/64; Oppermann (Anm. 21), Rn. 1658.

¹⁷⁶ So Falkner (Anm. 165), 79 (94).

¹⁷⁷ Vgl. Janning (Anm. 13), 285 (285f.).

¹⁷⁸ Falkner (Anm. 165), 79 (97).

Unter dem Aspekt der Machtbändigung kann man das Maastrichter Protokoll andererseits durchaus auch als Erfolg der differenzierten Integration werten. Die integrationswilligen Mitgliedstaaten haben sich nicht außerhalb des institutionellen Rahmens der EG zusammengefunden, um die Sozialpolitik voranzutreiben. In Ansätzen war ein solches Vorgehen mit der Sozialcharta 1989 bereits vorhanden. Hätte sich dieser Weg außerhalb der EG fortgesetzt, wäre es sicher wesentlich schwerer gewesen, das Abkommen über die Sozialpolitik in den EG-Vertrag zu überführen.

2. Vom EWS zur WWU

a) Entstehungsgeschichte

Ausgangspunkt der Währungsintegration war die Schaffung des EWS im Jahre 1979 auf Grundlage des heutigen Art. 308 EG sowie insbesondere dem Basler Abkommen zwischen den Zentralbanken¹⁷⁹, mit dem die ECU (European Currency Unit) eingeführt wurde¹⁸⁰. Diese fungierte als Bezugsgröße für den Wechselkursmechanismus des EWS. Zur Herstellung von Wechselkursstabilität verpflichteten sich die Teilnehmerstaaten zu Geldmarktinterventionen, sobald sich die Wechselkurse außerhalb einer bestimmten Schwankungsbreite bewegten¹⁸¹. Am EWS nahm neben Schweden auch das EG-Mitglied Großbritannien nicht teil¹⁸², weshalb bereits das EWS als Form der differenzierten Integration außerhalb der EU gilt¹⁸³.

Dem Delors-Plan¹⁸⁴ aus dem Jahre 1979 folgend, wurde im Maastrichter Vertrag der Fahrplan für die WWU festgeschrieben (Art. 105–124 EG). Er zielte auf eine Verzahnung der Wirtschaftspolitik mit der Währungsintegration, um die Stabilität der gemeinsamen Währung sicherzustellen. Nachdem am 1.7.1990 die erste Stufe mit einer verstärkten Koordinierung der Wirtschafts- und Haushaltspolitik begonnen hatte, trat am 1.4.1994 die zweite Stufe in Kraft. Sie zielte auf die Herstellung der nötigen wirtschaftlichen Konvergenz¹⁸⁵. Mit Beschluß des Rates vom 3.5.1998¹⁸⁶ wurden dann die Teilnehmer für die dritte Stufe festgelegt. Für sie ist ab dem 1.1.1999 der Euro die gemeinsame Währung. Die Zuständigkeit für die Währungspolitik ging auf die EG über, und wird nunmehr von der Europäischen Zentralbank (EZB) wahrgenommen.

¹⁷⁹ Schweitzer/Hummer (Anm. 170), Rn. 1451 m.w.N.

¹⁸⁰ Herdegen (Anm. 68), Rn. 390f.; eingehend zum EWS und dessen Vorgeschichte Jochimsen, *Perspektiven der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 2. Aufl., Baden-Baden 1998, 23ff., insbes. 40ff.

¹⁸¹ Schweitzer/Hummer (Anm. 170), Rn. 1451–1455.

¹⁸² Herdegen (Anm. 68), Rn. 391.

¹⁸³ Ehlermann (Anm. 14), 362 (364, Rn. 12f.) spricht von Zusammenarbeit außerhalb der EG/EU.

¹⁸⁴ Europa-Archiv 1989, D 283 ff.

¹⁸⁵ Ausführlich Schweitzer/Hummer (Anm. 170), Rn. 1457; Oppermann (Anm. 21), Rn. 1009 ff.

¹⁸⁶ Entscheidung 98/317/EG, ABl. EG 1998, L 139/30 v. 11.05.1998.

Ausnahmen von der Kompetenzverlagerung gelten für Staaten, die an der Währungsunion entweder nicht teilnehmen können oder wollen. Allein Griechenland konnte die Konvergenzkriterien für den Eintritt in die dritte Stufe bis zum 1.1.1999 nicht erfüllen. Mittlerweile ist dies aber der Fall, und es wird zum 1.1.2001 ebenfalls an der Einführung des Euro-Banknoten und Münzen teilnehmen^{186a}. Die Ausnahmeregelung für Griechenland gemäß Art. 122 EG beruhte auf dem gemeinsamen Ziel der Teilnahme an der WWU. Somit liegt ein Fall der differenzierten Integration in Gestalt der "mehreren Geschwindigkeiten" vor¹⁸⁷.

Daneben wollen Schweden, Großbritannien und Dänemark nicht an der dritten Stufe der WWU teilnehmen. Schweden erfüllte zwar auch nicht die formellen Voraussetzungen, war aber vor allem aus politischen Gründen nicht an einer Teilnahme interessiert¹⁸⁸. Die beiden anderen Staaten hatten sich bereits im Maastrichter Vertrag ihre Nichtteilnahme ausbedungen¹⁸⁹. Da sie das Konzept der einheitlichen Währung grundsätzlich ablehnen, liegt ein Fall der "variablen Geometrie" vor¹⁹⁰. Die drei Staaten sind von den Rechten und Pflichten der Währungsunion ausgeschlossen. Sie übertragen keine währungspolitischen Kompetenzen, dürfen aber auch die Geld- und Währungspolitik der EG nicht mitgestalten¹⁹¹. An den die dritte Stufe der WWU betreffenden Ratssitzungen dürfen sie weiter teilnehmen, haben aber kein Stimmrecht. Daneben gibt es mit dem sogenannten Euro-12-Rat ein informelles Beratungsgremium, das nur den Teilnehmern der dritten Stufe offensteht¹⁹². Auch von der Besetzung des Rates und des Direktoriums der EZB sind die Nichtteilnehmer ausgeschlossen¹⁹³.

b) Anwendungsprobleme

Im Kontext der differenzierten Integration ist insbesondere auf die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen durch Kursschwankungen zwischen dem Euro und den verbleibenden nationalen Währungen hinzuweisen, die aus einer dauerhaften monetären Spaltung des Binnenmarktes resultieren könnten. Um dem vorzubeugen, wurde ein neuer Wechselkursverbund (EWS II) eingerichtet, mit dem der Euro und die Nicht-Teilnehmerwährungen verbunden werden können¹⁹⁴. Daneben gibt es einen erweiterten EZB-Rat, dem die Gouverneure der Zentralbanken aller Mitgliedstaaten angehören.

^{186a} Zur Einführung des Euro zuletzt Schorkopf, Die Einführung des Euro: der europäische und deutsche Rechtsrahmen, NJW 2001, 3734–3743.

¹⁸⁷ Martenczuk (Anm. 26), 447 (459)m.w.N.

¹⁸⁸ Streinz (Anm. 8), Rn. 885.

¹⁸⁹ Protokolle Nr. 11 und 12 zum Maastrichter Vertrag; BGBl. II 1992, 1312.

¹⁹⁰ Martenczuk (Anm. 26), 447 (460).

¹⁹¹ Schill, in: Lenz (Hrsg.) (Anm. 24) Art 122 Rn. 2.

¹⁹² Streinz (Anm. 8), Rn. 896.

¹⁹³ Ausführlich Martenczuk (Anm. 26), 447 (458f.).

¹⁹⁴ Jochimsen (Anm. 180), 1114f.

c) Integrationsrechtliche Würdigung

Ob die Schaffung der WWU eine aus Sicht des Gemeinschaftsrechts gelungene Form der differenzierten Integration ist, hängt davon ab, ob sie zur vertieften Integration beigetragen hat, ohne zu einer unververtretbaren Zersplitterung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu führen. Im Zuge der Vorbereitungen auf die WWU kam es zu einem großen europäischen Rechtsangleichungsprozeß und einer Annäherung der Finanzpolitik in den Mitgliedstaaten¹⁹⁵. Mit der Einführung der einheitlichen Währung selbst wurde ein großer Schritt zu einem einheitlichen Binnenmarkt gemacht. Die WWU hat also zur vertieften Integration beigetragen. Sie ist heute – nach dem Aufschließen Griechenlands – ein eindeutiger Fall der “variablen Geometrie” und stellt somit eine Ausnahme vom Grundsatz der einheitlichen Integration dar. Trotzdem hat sie weder zu einer Zersplitterung des Primärrechts noch zu erheblichen Transparenzverlusten geführt. Dem befürchteten Auseinanderdriften wurde mit der Errichtung des EWS II und dem erweiterten EZB-Rat entgegengewirkt. Dies sind notwendige institutionelle Verknüpfungen zwischen beteiligten und nicht beteiligten Staaten, die es für letztere vereinfachen sollen, sich der WWU anzuschließen. Insoweit sind diese Ausdruck des in Art. 43 Abs.1 *lit. g*) EU genannten Offenheitsprinzips der Verstärkten Zusammenarbeit.

Mit der WWU wurde zudem die Brücke zur politischen Integration geschlagen¹⁹⁶. Mittelfristig wird mit der Wirtschaftsunion auch der nationalen Finanz- und Wirtschaftspolitik ein gemeinschaftsrechtlicher Rahmen gesetzt werden müssen¹⁹⁷, denn für den Bestand einer Währungsunion ist die politische Integration, wie historische Beispiele belegen, *conditio sine qua non*¹⁹⁸. Die WWU fungiert somit als zentripetales Kraftfeld für vertiefte Integration.

3. Der Schengen-Prozeß

a) Entstehungsgeschichte

Die Konzeption des Binnenmarktes sieht vor, einen “Raum ohne Binnengrenzen” nicht nur für Waren, sondern auch für Personen zu schaffen (Art. 14 EG). Viele Mitgliedstaaten sahen hierdurch jedoch ihre Sicherheitsinteressen berührt und wollten sich aus Souveränitätsgründen auch nicht auf etwaige Ausgleichsmaßnahmen wie eine verstärkte polizeiliche und justizielle Kooperation einlassen. Als deswegen der freie Personenverkehr innerhalb der EG nicht erreichbar erschien, beschlossen Deutschland, Frankreich und die Benelux-Staaten in den beiden völkerrechtlichen Verträgen von Schengen¹⁹⁹ die sukzessive Aufhebung

¹⁹⁵ Oppermann (Anm. 21), Rn. 1013, 1015.

¹⁹⁶ Herdegen (Anm. 68), Rn. 12.

¹⁹⁷ Vgl. Hattenberger, in: Schwarze (Hrsg.) (Anm. 4), Art. 98 Rn. 2.

¹⁹⁸ Jochimsen (Anm. 180), 197.

¹⁹⁹ Schengen I vom 14.6.1985 (GMBl. 1986, 79) und Schengen II vom 19.6.1990 (BGBl. II 1993, 1010).

der Personen- und Warenkontrollen an ihren Binnengrenzen zum 1.1.1993²⁰⁰, nicht ohne gleichzeitig Ausgleichsmaßnahmen zu erlassen, die den Wegfall der Grenzkontrollen kompensieren sollten²⁰¹. Den Schengener Abkommen traten in der Folgezeit alle EG-Mitgliedstaaten außer Großbritannien und Irland bei²⁰². Sie sind somit ein Anwendungsfall der differenzierten Integration auf völkerrechtlicher Basis außerhalb der EU.

Der Amsterdamer Vertrag überführte dann 1997 mit seinem Schengen-Protokoll (SchProt)²⁰³ die völkerrechtlichen Schengener Verträge in den institutionellen Rahmen der EG/EU. Art. 2 Abs. 1 SchProt erklärt diesen sogenannten Schengen-Besitzstand²⁰⁴ mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags "für sofort anwendbar". Für eine "unmittelbare Wirksamkeit" im Sinne der Begründung von Rechten einzelner bedurfte es indes noch eines Ratsbeschlusses²⁰⁵, der den Einzelakten des Schengen-Besitzstandes eine Rechtsgrundlage im Gemeinschaftsrecht (Art. 61 ff. EG) oder der PJZS (Art. 29 ff. EU) zuwies²⁰⁶ (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 SchProt). Als Beispiel sind die Zuweisung der Visapolitik zu Art. 62 EG oder die Verortung der polizeilichen Zusammenarbeit in Art. 30 EU zu nennen²⁰⁷. Erst hierdurch verwandeln sich die Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes in sekundäres EG-Recht bzw. EU-Recht nach Art. 29 ff. EU²⁰⁸. Diese Ermächtigung zur Festlegung der Rechtsgrundlage bezieht sich dabei nur auf die Überführung des bereits bestehenden Schengen-Besitzstandes, nicht aber auf dessen zukünftig zu treffende Änderung bzw. Erweiterung²⁰⁹.

Mit der Überführung gehen auch institutionelle Veränderungen einher. So übernimmt gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 7 SchProt der Rat die Rolle des Schengen-Exekutivausschusses.

Art. 8 SchProt stipuliert, daß der Schengen-Besitzstand, obwohl er nicht für alle Mitgliedstaaten gleichmäßig gilt, zum Acquis gehört, dem alle EU-Anwärerstaat-

²⁰⁰ Ausführlich Taschner, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 5, Art. 210–248 EGV, Art. H-S EUV, 5. Aufl., Baden-Baden 1997, Schengener Übereinkommen, Rn. 15 ff.

²⁰¹ Darstellung bei Hailbronner/Thiery, Amsterdam – Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstandes auf EU-Ebene, EuR 1998, 583–615 (603).

²⁰² Wiedmann (Anm. 93) Art. 61 EG Rn. 14.

²⁰³ Protokoll (Nr. 2) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union.

²⁰⁴ Dies beinhaltet die Abkommen Schengen I und II, die bisherigen Beitrittsprotokolle und -verträge sowie die in diesem Rahmen erlassenen Beschlüsse und Erklärungen des Exekutivausschusses; siehe Anhang Prot. Nr. 2.

²⁰⁵ 1999/435/EG v. 20.5.1999, ABl. EG 1999, L 176.

²⁰⁶ Soweit dies nicht erfolgt oder nicht eindeutig möglich ist, verbleibt es bei einer Zuweisung zu Art. 29 ff. EU (vgl. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 4 SchProt); Pechstein/Koenig (Anm. 8), Rn. 365, 507.

²⁰⁷ Vgl. Monar, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.) (Anm. 18), 127–154 (148); ausführlich Wiedmann (Anm. 93), Art. 61 EG Rn. 20.

²⁰⁸ Epiney (Anm. 90), 127 (136).

²⁰⁹ Epiney (Anm. 89), 103 (114); s.u.: b).

ten gerecht werden müssen²¹⁰. Dies stellt eine Privilegierung gegenüber anderen Formen der differenzierten Integration dar (WWU, Sozialpolitik, Art. 43 ff. EU), deren Regeln nicht zum Acquis gezählt werden²¹¹, und erklärt sich wohl aus der besonderen Bedeutung des Schengen-Besitzstandes für den Binnenmarkt.

Für drei der 15 EU-Mitglieder entfaltet der Schengen-Besitzstand keine (volle) Wirkung. Für Großbritannien und Irland als Mitglieder der EU, die nie den Schengener Abkommen beigetreten sind, entfaltet auch die Überführung des Schengen-Besitzstandes in die EG/EU keine Wirkung. Sie können jedoch gemäß Art. 4 SchProt beantragen, daß einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes auf sie Anwendung finden. Hierüber muß der Rat allerdings einstimmig beschließen, so daß kein Rechtsanspruch auf Integrierung besteht²¹². Wenn nur einer der übrigen 13 Mitgliedstaaten seine Zustimmung verweigert²¹³, besteht die Gefahr einer Abschottung. Dies steht im Gegensatz zum Offenheitspostulat der Verstärkten Zusammenarbeit²¹⁴. Bei der Überführung des Schengen-Besitzstandes wird somit für nicht teilnehmende Mitgliedstaaten die differenzierte Integration erschwert.

Was die Rechtspraxis angeht, hat Großbritannien im Mai 1999 den Antrag auf Anwendung einiger Vorschriften des Schengen-Besitzstandes (das Schengen-Informationssystem – SIS²¹⁵) gestellt, der am 29. Mai 2000 vom Rat positiv beschieden wurde²¹⁶. Großbritannien muß nun die technischen und juristischen Voraussetzungen schaffen, um diese Normen auch anwenden zu können. Der Rat behält sich das Recht vor zu prüfen, wie sich eine partielle Erstreckung des Schengen-Besitzstandes auf die Anwendung des sonstigen Besitzstandes auswirkt²¹⁷. Nach Auskunft der Kommission hat Irland im Juni 2000 ebenfalls einen Antrag auf teilweise Anwendung des Schengen-Besitzstandes gestellt, der zur Zeit in den zuständigen Ratsarbeitsgruppen behandelt wird, aber noch nicht beschieden wurde²¹⁸.

Dänemark hegt als Vertragspartner der Schengener Abkommen Vorbehalte hinsichtlich derjenigen Regelungen des Schengen-Besitzstandes, die bei der Über-

²¹⁰ Kritisch zu dieser Ausdehnung in bezug auf die Osterweiterung: Wallace (Anm. 22), 175 (185).

²¹¹ Ehlermann (Anm. 14), 362 (386, Rn. 112).

²¹² Epiney (Anm. 89), 103 (116).

²¹³ Als denkbaren Grund sei nur auf den Streit zwischen Spanien und Großbritannien über Gibraltar verwiesen.

²¹⁴ Hedemann-Robinson, *The Area of Freedom, Security and Justice with Regard to the UK, Ireland and Denmark: The "Opt-in Opt-outs" under the Treaty of Amsterdam*, in: O'Keefe/Twomey (Hrsg.) (Anm. 46), 289–302 (296 f.). Zwar entscheidet gemäß Art. 11 Abs. 3 EG die Kommission auch alleine über die Teilnahme an der Verstärkten Zusammenarbeit, doch hat sie ein Interesse an einer möglichst großen Teilnehmerzahl.

²¹⁵ Dieses dient der grenzüberschreitenden Personenfahndung; ausführlich Taschner (Anm. 200), Rn. 62–65.

²¹⁶ Beschluß des Rates 2000/365/EG v. 29.5.2000, ABl. EG 2000, L 131/43 v. 1.6.2000.

²¹⁷ Vgl. Beschluß des Rates 2000/356/EG, a. a. O., 8. und 9. Erwägungsgrund.

²¹⁸ Auskunft der Kommission an den Verfasser per E-Mail durch Monika Mosshammer, GD Justiz und Inneres (JA.I.A.1) v. 5.11.2001.

führung den Art. 61 ff. EG zugewiesen worden sind. Diese gelten für Dänemark nicht als supranationales EG-Recht, sondern weiterhin als Völkerrecht (Art. 3 S. 1 SchProt), d.h. Änderungen bedürfen jeweils der nationalen Ratifikation. Für die dem intergouvernementalen Bereich der Art. 29 ff. EU zugewiesenen Teile des Schengen-Besitzstandes behält sich Dänemark indes keine Sonderrolle vor²¹⁹.

Das Schengen-Protokoll hat den Schengen-Besitzstand in den institutionellen Rahmen der EU überführt. Diese zum Schengen-Besitzstand gehörenden Sekundärrechtsakte finden jedoch nicht auf alle Mitgliedstaaten Anwendung. Während Großbritannien Bedenken gegen den Inhalt der Schengener Abkommen hat, wendet sich Dänemark gegen dessen Vergemeinschaftung. Beide haben also grundsätzliche Vorbehalte gegenüber dem Vorgehen der übrigen Staaten, so daß ein Fall der "variablen Geometrie" vorliegt.

b) Anwendungsprobleme

Die dargestellte Überführung des Schengen-Besitzstandes ins EG/EU-Recht ist abzugrenzen von der Erweiterung der überführten Vorschriften, bei dem zusätzlich die Regeln über die Verstärkte Zusammenarbeit (Art. 11 EG; 40 EU) herangezogen werden müssen²²⁰. Allerdings werden sie in einem entscheidenden Punkt modifiziert: Nach Art. 5 Abs.1 UAbs.2 SchProt gilt die Ermächtigung nach Art. 11 EG bzw. 40 EU zum Erlaß von Sekundärrechtsakten als erteilt, sofern Großbritannien und Irland nicht ihre Beteiligung am Verfahren mitteilen. Hierdurch wird nicht nur der Kommissionsvorschlag nach Art. 11 Abs.2 EG überflüssig, sondern auch eine Berufung auf das Vetorecht durch Großbritannien oder Irland nach Art. 5 des "Luxemburger Kompromisses" versagt. Art. 5 SchProt hat hier also die Verstärkte Zusammenarbeit zur Erweiterung des Schengen-Besitzstandes privilegiert.

Bei der Erweiterung des Schengen-Besitzstandes wiederum ergeben sich ebenfalls Abgrenzungsprobleme. Bei einer Initiative zum Erlaß von Sekundärrecht ist nämlich schwer zu entscheiden, ob es sich dabei tatsächlich um eine Erweiterung des Schengen-Besitzstandes handelt oder ob diese nicht vielmehr einen Regelungsbereich betrifft, der ausschließlich den Art. 61 ff. EG oder 29 ff. EU unterfällt²²¹. Eine eindeutige Zuordnung ist aber erforderlich, da das Verfahren davon abhängt: Stellt die Initiative eine Erweiterung des Schengen-Besitzstandes dar, gelten die Art. 11 EG; 40 EU mit der gerade beschriebenen Modifikation; handelt es sich nicht um eine Erweiterung des Schengen-Besitzstandes, gelten im Rahmen der Art. 61 ff. nur diese Normen als *leges speciales* gegenüber der Verstärkten Zusammenarbeit²²², wohingegen im Rahmen der Art. 29 ff. EU auf die Verstärkte Zusammenarbeit zurückzugreifen ist. Aus der Rechtspraxis ist zu berichten, daß bisher lediglich Entwürfe für eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes

²¹⁹ Hedemann-Robinson (Anm. 214), 289 (297f.) m.w.N.

²²⁰ S.o.: C.III.2.

²²¹ Epiney (Anm. 89), 103 (115f.); vgl. auch Ehlermann (Anm. 14), 362 (386, Rn. 114).

²²² S.o.: C.III.3.

vorliegen²²³. Verabschiedet wurden lediglich einige Rechtsakte rein technischer Natur, die als Erweiterung des Schengen-Besitzstandes auf Art. 62, 67 EG i.V.m. Art. 5 SchProt gestützt sind²²⁴.

Bei der Anwendung des Schengen-Besitzstandes ergibt sich ferner die Frage nach der Jurisdiktion des EuGH. Im Grundsatz gelten die Regeln über die Gerichtsbarkeit derjenigen Abschnitte, denen der Schengen-Besitzstand zugewiesen worden ist (Art. 61 ff. EG oder Art. 29 ff. EU)²²⁵. Für die Art. 29 ff. EU gilt Art. 35 Abs.1 EU, der zwar keine Besonderheiten in bezug auf den Schengen-Besitzstand aufstellt, aber selbst gegenüber den Art. 61 ff. EG reduzierte Rechtsschutzmöglichkeiten bietet²²⁶. Problematisch ist dagegen die Rechtsprechungskompetenz bei den Art. 61 ff. EG. Zum einen gelten nach den einschlägigen Protokollen alle zu Art. 61 ff. EG erlassenen Urteile nicht im Verhältnis zu Dänemark, Großbritannien und Irland²²⁷. Für in die Art. 61 ff. EG überführten Regelungen des Schengen-Besitzstandes wird die Jurisdiktion zusätzlich in bezug auf Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung für alle übrigen Mitgliedstaaten eingeschränkt (Art. 2 Abs.1 UAbs.3 S.2 SchProt). Hierunter fällt das Gros der Bestimmungen von Schengen II, insbesondere diejenigen über die polizeiliche Zusammenarbeit inklusive des Datenaustausches und -zugangs. Da diese als Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff in Individualrechte dienen²²⁸, ist es um so bedauerlicher, daß der EuGH seine Jurisdiktion in diesem Bereich alles andere als einheitlich ausüben können wird.

c) Integrationsrechtliche Würdigung

Die Einschätzung der Übernahme des Schengen-Besitzstandes als eine aus Sicht des Gemeinschaftsrechts gelungene Form der differenzierten Integration, hängt auch hier davon ab, ob dieser Prozeß dazu beigetragen hat, die Ziele der Gemeinschaft zu realisieren, ohne zu einer unvermeidbaren Verletzung von Gemeinschaftsprinzipien zu führen.

Durch die Schengener Verträge ist die Realisierung des "Raumes ohne Binnengrenzen" gemäß Art. 14 Abs.2 EG erheblich gefördert worden. Alle kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten sind dem Abkommen beigetreten und haben ein

²²³ Vorschlag für eine VO des Rates zur Änderung der VO (EG) 1683/95 des Rates über eine einheitliche Visagegestaltung sowie für eine VO zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige, KOM (2001) 157 endgültig v. 23.3.2001 und KOM (2001) 577 endgültig v. 9.10.2001, der erstgenannten VO-Vorschlag in Reaktion auf die Ereignisse vom 11.9.2001 in New York modifiziert.

²²⁴ VO 789/2001 v. 24.4.2001, Abl. EG 2001, L 116/2, 12. Erwägungsgrund; VO 790/2001 v. 24.4.2001, Abl. EG 2001, L 116/5, 9. Erwägungsgrund; Entscheidung des Rates 2001/329/EG v. 24.4.2001, Abl. EG 2001, L 116/32.

²²⁵ R ö b e n, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) (Anm. 12), 13. EL Mai 1999, vor Art. 61 EG Rn. 12.

²²⁶ Zum Rechtsschutz nach Art. 35 EU: Pechstein, Die Justitiabilität des Unionsrechts, EuR 1999, 1–26 (21 ff.).

²²⁷ Epiney (Anm. 90), 127 (143).

²²⁸ *Ibid.*, 127 (144).

tatsächliches Stück Freizügigkeit in Europa geschaffen, das die EG den Bürgern versprochen, aber nie realisiert hat. Mit der Übernahme ins Gemeinschaftsrecht wird der Schengen-Besitzstand nun dort verortet, wo er nach dem Willen der Mütter und Väter des EG-Vertrages hingehört. Ebenfalls zu begrüßen ist die Aufhebung der mangelhaften völkerrechtlichen Struktur von Schengen. Diese äußerte sich zum einen in erheblichen Rechtsschutzlücken. Mangels Zuständigkeit eines internationalen Spruchkörpers konnten Personen, die von Grenzmaßnahmen betroffen waren, nur häufig unvollkommen ausgestalteten nationalen Rechtsschutz suchen²²⁹. Zum anderen war das Inkrafttreten des Schengen II-Abkommens vom nationalen Ratifikationsverfahren abgekoppelt und die Parlamente konnten keinen Einfluß auf für die Teilnehmerstaaten bindende Entscheidungen nehmen²³⁰. Im Vergleich der EG mit der völkerrechtlichen Struktur der Schengener Abkommen wird somit – bei aller berechtigten Kritik am Demokratiedefizit der EG – der legitimatorische Fortschritt eines supranationalen Rahmens deutlich. Die Einbeziehung ist also unter Rechtsstaats- und Demokratieaspekten zu begrüßen. Zuletzt wurden mit der Überführung auch die im Vergleich zum EU-Recht schwerfälligen völkerrechtlichen Entscheidungsmechanismen überflüssig²³¹. Die Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den institutionellen und rechtlichen Rahmen der EU ist daher prinzipiell zu begrüßen²³². Sie hat die Ziele der Gemeinschaft gefördert und so zu mehr materieller Integration beigetragen.

Demgegenüber ist aber zu fragen, welche Gemeinschaftsprinzipien durch die partikuläre Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes verletzt wurden. Der Schengen-Besitzstand ist nicht auf dem ansonsten für Rechtsakte der Union geltenden Wege zustande gekommen, sondern durch Festlegung des Rates gemäß Art. 2 SchProt. Dadurch werden die institutionellen Strukturen der EU geschwächt, insbesondere die Beteiligungsmöglichkeiten des Europäischen Parlaments umgangen²³³ und mithin das Demokratieprinzip verletzt. Hinzu kommt ein Verstoß gegen das Offenheitspostulat der Verstärkten Zusammenarbeit: Die Teilnahme am Schengen-Besitzstand wird erschwert, dessen Erweiterung aber erleichtert. Somit kann die Ungleichzeitigkeit der Integration noch verstärkt werden. Besonders nachteilig für die institutionelle Struktur der Gemeinschaft ist die Vielzahl von Abgrenzungsschwierigkeiten, die durch die Übernahme des Schengen-Besitzstandes entstanden sind. Es ist nicht eindeutig, ob eine Maßnahme den Art. 61 ff. EG oder 29 ff. EU zuzuordnen ist, und darüber hinaus nicht noch eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellt. Diese Unklarheiten wir-

²²⁹ Hailbronner/Thiery (Anm. 201), 583 (605f.).

²³⁰ Eingehend Schütz, *Europaweite Freizügigkeit ohne demokratische Kontrolle? – Überwachung der Anwendung der Schengen II-Konvention durch die nationalen Parlamente*, AÖR 1995, 509–548 (518 ff.).

²³¹ Wiedmann (Anm. 93), Art. 61 Rn. 16.

²³² Sehr positiv auch Bruha/Straubhaar, *Ante-Portas Strategien für die MOEL*, in: Hasse/Schenk/Wass von Czege (Hrsg.), *Erweiterung und Vertiefung der Europäischen Union*, Baden-Baden 2000, 63–86 (70); Hailbronner/Thiery (Anm. 201), 583 (615).

²³³ Epiney (Anm. 90), 127 (145).

ken sich auch deshalb nachteilig auf die institutionelle Struktur der Gemeinschaft aus, weil sie wegen der vielen Ausnahmen für drei Mitgliedstaaten auch zu unterschiedlichen Verfahrensvoraussetzungen führen. Damit wird das Transparenzgebot als unabdingbare Voraussetzung für die Akzeptanz von Normen in erheblichem Maße verletzt²³⁴. Entscheidendes Defizit der partikularen Überführung ist aber deren Einfluß auf die Rolle des EuGH. Dessen eingeschränkte Rechtsprechungskompetenz zu Art. 61 ff. EG und die fehlende Bindungswirkung der Urteile für Dänemark, Großbritannien und Irland wird zu einer Partikularisierung des rechtlichen Besitzstandes und der Rechtsprechung des EuGH führen, die sich in einem unterschiedlichen Rechtsschutzniveau innerhalb der Gemeinschaft niederschlagen wird²³⁵. Dies stellt eine Gefahr für das Prinzip der einheitlichen Unionsbürgerschaft dar²³⁶. Zusammenfassend ist somit eine Verletzung des gemeinschaftlichen Transparenz-, Offenheits- und Demokratieprinzips sowie eine drohende Beeinträchtigung der einheitlichen Unionsbürgerschaft zu konstatieren.

Das Ziel, die Einheit des Integrationsprozesses in der Justiz- und Innenpolitik zu wahren, ist eindeutig fehlgeschlagen. Vielmehr ist es zu einer "in diesem Ausmaß noch nie dagewesene[n] Fragmentierung des Integrationsprozesses gekommen"²³⁷. Durch die teilweise Anwendung des Schengen-Besitzstandes auf Großbritannien, die ihrerseits wiederum Ausnahmen enthält²³⁸, wird dieser Trend eher noch verstärkt. Die Überführung des Schengen-Besitzstandes ist somit kein den Gemeinschaftsprinzipien gerecht werdendes Modell der differenzierten Integration und kann deshalb kein Zukunftsmodell darstellen.

4. Rückschlüsse für die Verstärkte Zusammenarbeit

Abschließend ist nun danach zu fragen, wie vor dem Hintergrund der beschriebenen differenzierten Integrationsprozesse die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit zu bewerten ist. Zunächst haben die Beispiele gezeigt, daß differenzierte Integrationsprozesse zur Realität der europäischen Integration gehören. Sie sind Ausdruck der Vielfalt europäischer Wirklichkeit²³⁹. Insofern ist es konsequent, für diese nun auch eine allgemeine vertragliche Grundlage geschaffen zu haben. Die Erfahrung mit dem Sozialprotokoll hat gezeigt, daß die Mitgliedstaaten das neue Instrument dann nicht einsetzen werden, wenn dies für sie Wettbewerbsnachteile auf dem Binnenmarkt nach sich zieht. Der einheitliche gemeinsame Markt bringt so viele Vorteile, daß kein Interesse daran bestehen kann, ihn

²³⁴ Martenczuk (Anm. 35), 351 (359f.).

²³⁵ O'Keefe, *Can the Leopard Change its Spots? Visas, Immigration and Asylum – Following Amsterdam*, in: ders./ Twomey (Hrsg.) (Anm. 46), 271–288 (284).

²³⁶ Monar (Anm. 207), 127 (152).

²³⁷ *Ibid.*, 127 (151); vgl. auch Lyons, *Flexibility and the European Court of Justice*, in: de Búrca/Scott (Hrsg.) (Anm. 106), 95–112 (insbes. 108 ff.).

²³⁸ Das SIS wird nämlich nicht gänzlich übernommen; ABl. EG 2000, L 131/43, 7. Erwägungsgrund.

²³⁹ Vgl. Hofmann (Anm. 34), 713 (733).

durch partikulares Recht zu desintegrieren. Selbst wenn man – wie hier vertreten – die Schwelle der materiellen Voraussetzungen für die Verstärkte Zusammenarbeit absenken würde, griffe dieser Selbsterhaltungsmechanismus des Binnenmarktes ein. Daher ist keine Desintegration des Binnenmarktes zu befürchten.

Aus den Erfahrungen mit der WWU läßt sich trotz ihres singulären Charakters für die Zukunft ableiten, daß die institutionelle Kooperation mit den Nicht-Teilnehmern wichtig ist, um ein Auseinanderdriften der beiden Gruppen zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, daß bei der Verstärkten Zusammenarbeit – anders als seinerzeit im Rahmen des Sozialprotokolls – die Nicht-Teilnehmerstaaten an den Ratsverhandlungen teilnehmen können²⁴⁰.

Von entscheidender Bedeutung für die Bewertung der Verstärkten Zusammenarbeit dürfte aber sein, daß mit ihr eine Alternative zur völkerrechtlichen Kooperation außerhalb der EU geschaffen wurde²⁴¹. Zwar wurzeln alle genannten Beispiele der differenzierten Integration in der völkerrechtlichen Kooperation, wodurch die EU viel integrative Dynamik gewonnen hat. Doch besteht die Gefahr, daß sich die völkerrechtliche Kooperation zu einer attraktiven Regelungsalternative entwickelt und so Parallelstrukturen außerhalb des als "aufwendig" empfundenen institutionellen Rahmens der Union entstehen, die deren Bestand bedrohen²⁴². Aber auch wenn es zu einer Inkorporation von etablierten völkerrechtlichen Kooperationsstrukturen in die EU kommt, ist dies in mehrerer Hinsicht problematisch. Zunächst besteht die Gefahr der Vorwegnahme unionsweiter Lösungen, die eine gewisse Präjudizwirkung entfalten²⁴³. Hierdurch werden die Entscheidungsstrukturen der EU umgangen. Noch bedeutsamer dürfte aber sein, daß die Überführung eines völkerrechtlichen Normbestandes ins Gemeinschaftsrecht zu erheblichen Einordnungsproblemen und Rechtsunsicherheit führt. Die durch die Überführung des Schengen-Besitzstandes entstandene Zersplitterung der Justiz- und Innenpolitik hätte zumindest vermindert werden können, wenn die differenzierte Integration von Beginn an in den Bahnen des Gemeinschaftsrechts verlaufen wäre. Es ist also zwingend erforderlich, daß die Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit so ausgestaltet werden, daß sie auch tatsächlich als Alternative zur völkerrechtlichen Kooperation fungieren können. Mit der vorgeschlagenen teleologischen Reduktion der engen Voraussetzungen, wie am Beispiel des Umweltschutzes dargestellt, scheint dies möglich zu sein.²⁴⁴

²⁴⁰ Martenczuk (Anm. 26), 447 (463).

²⁴¹ Vgl. Weatherill (Anm. 46), 21 (25): "The murky pre-Amsterdam Schengen pattern, legally ambiguous in its extra-EU netherworld, disturbingly intransparent and (relatively) under-supervised, fares even worse [than the Maastricht Social Policy arrangements] when compared with the (relatively) clear shape for closer co-operation plotted at Amsterdam."

²⁴² Nach Bieber, Schlußbetrachtung: Schengen als Modell zukünftiger Integration?, in: Achermann/ders./Epiney/Wehner (Hrsg.), Schengen und die Folgen – Der Abbau der Grenzkontrollen in Europa, Bern 1995, 179–186 (182) gerät die Union dann leicht "in die Situation der Hersteller edler Uhren zu Zeiten der Erfindung batteriebetriebener Zeitmesser."; vgl. auch Hatje (Anm. 4), 143 (160).

²⁴³ Epiney (Anm. 90), 127 (132).

²⁴⁴ Die verstärkte Zusammenarbeit ist dann Ausdruck von "procedurally structured flexibility", Scott (Anm. 123), 259 (265).

E. Differenzierte Integration als neues Verfassungsprinzip?

Wie gezeigt, können differenzierte Integrationsmechanismen in einem bestimmten Rahmen das Gesamtinteresse der Union stärken, obwohl sie die Einheit der Rechtsordnung in Frage stellen. Das Einheitspostulat ist nämlich kein Selbstzweck, sondern hat vielmehr dienende Funktion, die sich in der Erreichung des Integrationszieles erschöpft²⁴⁵. Obwohl dieses auch mittels Differenzierungen erreicht werden kann, ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob mit der Verankerung der Verstärkten Zusammenarbeit zugleich ein neues Verfassungsprinzip der differenzierten Integration in die Verträge Einzug gehalten hat²⁴⁶. Die wachsende Heterogenität zwischen den Mitgliedstaaten – gerade vor dem Hintergrund der immer näher rückenden Osterweiterung – sowie deren unterschiedliche Vorstellungen über die Finalität Europas scheinen dies zu fordern²⁴⁷.

Hiergegen spricht indes, daß mit der Einführung von Differenzierungen die Haupterrungenschaft der EU, nämlich die "gemeinsame Verantwortung aller Beteiligten für das friedliche Zusammenleben der Völker"²⁴⁸ betroffen ist. Die Erfolgsgeschichte der EU speist sich gerade daraus, daß zur Erreichung von politischen Zielen nicht beliebig Allianzen eingegangen und wieder aufgelöst wurden, sondern daß Lösungen für und mit allen Mitgliedstaaten gesucht worden sind²⁴⁹. Der Erfolg einer solchen Strategie findet eine Parallele im WTO-Recht. Dort ist nicht sektoraler Bi- oder Multilateralismus die Basis für den Abbau von Handelshemmnissen gewesen, sondern der Grundsatz der umfassenden Reziprozität²⁵⁰.

Die differenzierte Integration ist also nicht als neues Verfassungsprinzip zu werten, mit deren Einführung eine kopernikanische Wende vollzogen worden wäre²⁵¹. Eine solche wäre auch verfehlt, denn das normative Weltbild der EU erscheint in sich stimmig: Es besteht aus den Prinzipien der Subsidiarität, Gemeinschaftstreue und Kohärenz. Die differenzierte Integration gehört nicht dazu²⁵², sondern ist als umgrenzte Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration anzusehen. Mit einer Bewertung der differenzierten Integration als neues Verfassungsprinzip würde auch der Blick dafür verstellt, daß der Weg zur Vertiefung der

²⁴⁵ Becker (Anm. 3), 29 (42) m.w.N.; vgl. auch ders. (Anm. 41), 73.

²⁴⁶ So fragt Ehlermann (Anm. 14), 362 im Titel seines Aufsatzes.

²⁴⁷ Vgl. Bruha/Straubhaar (Anm. 232), 63 (70): "Langfristig wird kein Weg daran vorbeiführen, die mit dem Vertrag von Amsterdam neu geschaffenen Flexibilitätsklauseln zum Normalfall werden zu lassen."

²⁴⁸ Bieber (Anm. 242), 179 (185).

²⁴⁹ Vgl. Müller-Graff, *Der Post-Nizza-Prozess – Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Verfassung?*, integration 2001, 208–221 (218).

²⁵⁰ Beise/Oppermann/Sander, *Grauzonen im Welthandel*, Baden-Baden 1998, 35; vgl. auch Martenczuk (Anm. 35), 351 (357, Rn. 29) und *The Economist* v. 2.12.2000, 21: "Progress towards free global trade must not be side-tracked by bilateral or regional trade agreements."

²⁵¹ So aber Chaltiel, *Le traité d'Amsterdam et la coopération renforcée*, RMC 1998, 289–293 (289).

²⁵² Martenczuk (Anm. 35), 351 (364).

Integration in der Überwindung des Einstimmigkeitserfordernisses liegt²⁵³. Daher sollten Mehrheitsentscheidungen ausgedehnt und Politikbereiche aus dem völkerrechtlichen zweiten und dritten Pfeiler in den supranationalen Raum der EG überführt werden²⁵⁴. Nur so kann der derzeitige Widerspruch von echter Handlungsfähigkeit und Wahrung der Rechtseinheit friktionslos aufgelöst werden.

F. Zusammenfassung

Integrationstheoretische Einordnung

Das traditionelle Integrationskonzept ist das der einheitlichen Integration. Es versteht Integration als Einheitsbildung durch Regelungen, die für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen verbindlich sind. Dieses Konzept wird von den Strukturprinzipien der Kohärenz, Solidarität und der loyalen Zusammenarbeit flankiert.

Die differenzierte Integration ist eine Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration. Sie ist zu beschreiben als "Zustand [...], in dem die bislang systembildende Einheitlichkeit und Gleichzeitigkeit des Integrationsniveaus in allen Mitgliedstaaten durch mehr oder weniger umfangreiche, zeitlich befristete oder dauerhafte Durchbrechungen relativiert wird". Die verstärkte Zusammenarbeit ist ein Unterfall der differenzierten Integration.

Daneben gibt es eine Reihe von integrationspolitischen Konzepten, in denen sich der Streit um die richtige Integrationspolitik widerspiegelt.

Funktionen der differenzierten Integration

Die Hauptfunktion der differenzierten Integration besteht darin, den stagnierenden Integrationsprozeß zu dynamisieren, und so ein zentripetales Kraftfeld zu erzeugen. Außerdem hat sie die Funktion der "Machtbändigung" der europäischen Großmächte. Als Nebeneffekt können aber auch zentrifugale Fliehkräfte entstehen.

Formen differenzierter Integration sind nicht schlechthin gemeinschaftsrechtswidrig: Wegen der Durchbrechung des Prinzips der einheitlichen Integration bedürfen sie aber der Rechtfertigung, die dann vorliegt, wenn dadurch zur vertieften Integration beigetragen wurde, ohne zu einer unververtretbaren Zersplitterung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu führen.

Vertragliche Grundlagen

Neben den Generalklauseln zur Verstärkten Zusammenarbeit gibt es einzelfall- und bereichsbezogene Differenzierungsmöglichkeiten in der EG. Ferner gibt es

²⁵³ Bezeichnend ist, daß die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit forciert wurde als absehbar war, daß eine Zunahme von Mehrheitsentscheidungen nicht realisierbar sein würde; Bär/Gehring *et al.* (Anm. 124), 10.

²⁵⁴ Ehlermann (Anm. 14), 362 (368, Rn. 26).

bei der GASP mit Art. 17 Abs. 4, 23 Abs. 1 UAbs. 2, 24 Abs. 1 S. 3 EU Instrumente für inkongruentes Vorgehen innerhalb der EU. Zuletzt bieten sich (völkerrechts)vertragliche differenzierte Integrationsmöglichkeiten außerhalb der EU.

Anwendungsfelder

Potentielle Anwendungsbereiche für die verstärkte Anwendung finden sich insbesondere im Umweltschutz, der Kulturpolitik und bei indirekten Steuern. Bei wortlautgebundener Auslegung haben die Normen allerdings nur theoretische Bedeutung und sind bislang noch nicht genutzt worden.

Um der Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 11 EG; 43 ff. EU zumindest im Umweltschutzbereich einen sinnvollen Anwendungsbereich zu eröffnen, sollte auf sie die Schrankensystematik der Art. 28, 81 EG angewendet werden. Außerdem sollten alle Tatbestandsmerkmale der Art. 11 EG; 43 ff. EU, die von einem "[B]eeinträchtigen" des Besitzstandes, der nicht beteiligten Staaten oder Gemeinschaftspolitiken sprechen, teleologisch dahin gehend reduziert werden, daß damit nur "nachteilige Auswirkungen" gemeint sind.

Der Vertrag von Nizza hat zwar die formellen Voraussetzungen für die Verstärkte Zusammenarbeit abgesenkt, den Anwendungsbereich auf der Grundlage des Wortlautes jedoch nur wenig ausgedehnt. Die vorgeschlagene, den Anwendungsbereich erweiternde Auslegung ist aber auch auf die Nizzaer Fassung der Verstärkten Zusammenarbeit anwendbar.

Wegen der überragenden Bedeutung der Geschlossenheit im außenpolitischen Auftreten der EU ist die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der GASP abzulehnen. Die konstruktive Enthaltung stellt hier ein notwendiges und hinreichendes Instrument der differenzierten Integration dar.

An den Beispielen des Sozialprotokolls, der WWU und der Überführung des Schengen-Besitzstandes wurden Vorläuferformen der Verstärkten Zusammenarbeit nachgezeichnet und integrationsrechtlich gewürdigt.

An diesen Beispielen wird deutlich, daß die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit den normativen Nachvollzug der Realität des Integrationsprozesses darstellt. Sie kann das Entstehen völkerrechtlicher Parallelstrukturen zur EU verhindern, bzw. Überführungsprobleme völkerrechtlicher Normbestände vermeiden. Wie gezeigt, ist aber bei drohenden Wettbewerbsnachteilen nicht mit der Nutzung dieses Instruments zu rechnen.

Neues Verfassungsprinzip der differenzierten Integration?

Differenzierte Integration kann kein neues Verfassungsprinzip darstellen, da sie den fundamentalen Grundsatz der Solidarität innerhalb der EU in Frage stellt. Sie ist aber eine in Ausnahmen gangbare Alternative zum Grundsatz der einheitlichen Integration, solange nicht die Gefahr der Zersplitterung der Gemeinschaftsrechtsordnung oder der Marginalisierung einzelner Mitgliedstaaten besteht.

Die differenzierte Integration kann den Widerspruch von Handlungsfähigkeit und Rechtseinheit in der EU nicht auflösen. Hierzu bedarf es vielmehr einer Ausdehnung der Mehrheitsentscheidungen im Rat sowie der Vergemeinschaftung von Politikbereichen des zweiten und dritten Pfeilers.

Summary²⁵⁵

Closer Co-operation after Nice – Fields of Application and Evaluation Based on Precedents of Differentiated Integration

Theoretical classification: Uniformity is the traditional paradigm of European integration. This concept calls for rules which are equally applicable and equally binding upon all Member States of the EC. It is supported by the structural principles of coherence, solidarity and loyal co-operation.

The concept of differentiated integration is an exception from the paradigm. It may be described as a state in which the homogeneity and simultaneity of the level of integration in all Member States is qualified by certain exceptions which can be limited or unlimited in time. The provisions on closer (or enhanced) co-operation are a treaty-defined sub-category of the concept of differentiated integration.

Apart and independent from the legal conceptualisation of differentiated integration, different political concepts exist which mirror the discourse over adequate integration politics. In this context, reference has been made to “multi-speed Europe”, “variable geometry”, and “Europe à la carte”.

Functions of differentiated integration: The main function of differentiated integration is to create centripetal effects in order to overcome possible deadlock in the process of European integration. Furthermore, it can be instrumental in harnessing the major European political powers. However, as a side effect, centrifugal tendencies may occur.

Forms of differentiated integration are not *per se* contrary to EC law. Yet, because they constitute exceptions from the paradigm of uniformity, they require a vindication in every case. A particular form of differentiated interpretation may be vindicated if it indeed furthers integration without resulting in unacceptable fragmentation of the EC’s legal order.

Provisions of differentiated integration in the EU/EC treaty: Apart from general provisions on closer co-operation, there are case-by-case options for differentiated integration, e.g., Arts. 15 and 95 (4)-(6) of the EC, as well as opt-outs affecting entire policy areas, e.g., the Social Chapter of Maastricht, the Schengen acquis, and the European Monetary Union (EMU). Furthermore, Arts. 17 (4), 23 (1), and 24 (1), sentence one of the EU allow for incongruent measures within the Second Pillar of the EU (CFSP). Finally, Member States may resort to multilateral agreements outside the constitutional framework of the EU as a means of differentiated integration.

²⁵⁵ Summary by the author.

Potential fields of application for the provisions on closer co-operation are, for instance, environmental and cultural policy, as well as the harmonisation of indirect taxes. But, narrowly construed, these provisions virtually lack any practical scope of application and, therefore, are only of theoretical significance.

In order to give them a reasonable scope of application, for example in EC environmental policy, the restricting clauses of Arts. 11 of the EC and 43 et seq. of the EU should be construed narrowly. In doing so, the vindication scheme of Art. 28 EC in conjunction with the *Cassis de Dijon* jurisdiction and Art. 81, EC, should be applied to the provisions on closer co-operation. Provided they are proportionate, impediments to the free transfer of goods caused by rules generated through closer co-operation could then be justified with reference to the protection of the environment. This would reflect the status of the internal market as an "ecologically qualified internal market".

Although the Treaty of Nice has considerably lowered the formal obstacles for engaging in closer co-operation, its scope of application has virtually not been extended. Nevertheless, the proposed extensive interpretation of the provisions on closer co-operation is equally applicable to the Nice instrument.

Because of the supreme importance of unity in external relations, the introduction of closer co-operation to the field of the CFSP is not to be applauded. The provisions for constructive abstention in Art. 23 (1) as well as Art. 24 (1), sentence one, of the EU are necessary but sufficient tools of differentiated integration in the CFSP.

The Social Chapter of Maastricht, the EMU, and the incorporation of the Schengen acquis into the EC/EU are predecessors of closer co-operation. Against the backdrop of these examples, the introduction of closer co-operation constitutes the normative acknowledgement of the diverse reality of European integration. This concept may prevent the creation of parallel normative structures in international law outside the supranational framework of the EU and avoid problems in the course of the incorporation of existing rules, as was the case with the Schengen accords.

The *intermezzo* of the Maastricht Social Chapter demonstrates that Member states will not resort to closer co-operation if this entails (even only perceived) competitive disadvantages in the internal market.

A new principle of differentiated integration? The introduction of the provisions on closer co-operation cannot establish a new principle of differentiated integration. This would put in question the fundamental principle of solidarity in the EU, to which the unprecedented success of European integration in the past fifty years is largely to be attributed. Closer co-operation should remain an exception and be applied only if the EC's legal order is not thereby disproportionately fragmented and non-participating Member States are not marginalised.

Differentiated integration cannot reconcile the inherent contradiction between the unity of the EU's legal order and the efficient functioning of its organs. To this end, an extension of (qualified) majority voting in the Council and a transfer of policy areas from the Second and Third Pillar into the First Pillar of the EU ("communitarisation") are more suitable devices and should, therefore, be pursued.