

Kapitel 10

VÖLKERRECHTLICHE KOOPERATIONEN DER MITGLIEDSTAATEN

Ein wichtiger Grund für die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit war die mögliche Einbeziehung völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union. Für *Labayle* ist das Verhindern einer völkerrechtlichen Zusammenarbeit jenseits der Verträge „la logique même à la fois du mécanisme“¹ und für *Pernice* besteht Einigkeit darüber, „dass die Option einer verstärkten Zusammenarbeit außerhalb der Verträge, politisch jedenfalls, nicht in Betracht kommt“². Hinter dieser Zielsetzung verbergen sich jedoch unterschiedliche Motivationslagen verschiedener Mitgliedstaaten: Potentielle *outs* wie das Vereinigte Königreich wollen sich ein Mitspracherecht sichern³. Kleinere Mitgliedstaaten wie die Benelux-Staaten fürchten eine Dominanz der deutsch-französischen Achse und wollen die Wächterrolle von Gerichtshof und Kommission auf die verstärkte Zusammenarbeit übertragen⁴. Deutschland und Frankreich, von denen die ursprüngliche Initiative für die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit ausging, möchten schließlich den Effizienzvorsprung der supranationalen Integrationsmethode auf Kooperationen einiger Mitgliedstaaten anwenden⁵.

Diese Untersuchung umfasst auch völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Verträge. Zwar besteht insoweit keine ungleichzeitige Geltung des europäischen Primär- oder Sekundärrechts. Wenn die Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Grundlage eine zusätzliche überstaatliche Kooperationsebene begründen, an der nicht alle Mitgliedstaaten beteiligt sind, besteht jedoch eine funktionale Parallelität zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit. Spezielle völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten wurden in Kapitel 6 bereits erörtert. Es geht nunmehr um die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten. Es ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Europarecht völkerrechtliche Kooperationsformen untersagt oder gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterwirft. Hierdurch werden völkerrechtliche Kooperationen als Sonderfall von Ungleichzeitigkeit in den Gesamtkontext des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht eingeordnet.

In der Praxis werden völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten häufig unter Einschluss von Drittstaaten geschlossen⁶. Soweit derartige völkerrechtliche Kooperationen *cum tertiis*⁷ nachfolgend nicht als eigene Kategorie untersucht werden, folgt dies dem Schwerpunkt dieser Untersuchung auf europarechtliche Ungleichzeitigkeit. Die Konzentration auf völkerrechtliche Verträge nur der Mitgliedstaaten stellt die praktische Bedeutung völkerrechtlicher Koope-

¹ *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/5.

² *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38.

³ Hierzu bereits Kapitel 2 II 1 b (S. 50 ff.).

⁴ So *J.-V. Louis*, CIG, C.D.E. 32 (1996), 249/254 und *J.-F. Favret*, Amsterdam, C.D.E. 33 (1997), 555/596 f.

⁵ *A. Stubb*, Negotiating, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 153 und *F. Tuijtschaever*, Differentiation (1999), S. 49 ff.

⁶ Siehe hierzu bereits die Nachweise in Kapitel 6 III (S. 191 ff.).

⁷ Begriff nach *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 33.

rationen *cum tertiis* nicht in Frage. In der Regel können die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten mutatis mutandi auf Abkommen *cum tertiis* übertragen werden. Allgemein besteht Uneinigkeit, ob die Übertragung auswärtiger Zuständigkeiten auf die Gemeinschaft die Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten völkerrechtlich beschränkt. Teilweise wird ein Durchgriff der innergemeinschaftlichen Kompetenzverteilung auf die völkerrechtliche Ebene angenommen (Kompetenztheorie)⁸. Dagegen befürworten andere Autoren die Anwendung allgemeiner völkervertragsrechtlicher Konfliktregeln (Vertragskonflikttheorie)⁹. Die folgende Untersuchung basiert auf der Annahme, dass jedenfalls bei den hier schwerpunktmäßig behandelten völkerrechtlichen Kooperationen der Mitgliedstaaten untereinander völkervertragsrechtliche Konfliktregeln grundsätzlich nur Anwendung finden, soweit sie den Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht in Frage stellen¹⁰.

I Ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft

In den Bereichen einer ausschließlichen Verbandskompetenz der Gemeinschaft besteht grundsätzlich kein Raum für ein kollektives völkerrechtliches Handeln einiger oder aller Mitgliedstaaten. Nach der Auffassung des Gerichtshofs ist „eine parallele Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft in diesem Bereich ausgeschlossen“¹¹ und die Zuständigkeit zur Regelung der Materie fällt „nicht mehr in die Sphäre staatlicher Souveränität“¹². Selbst bei einer Untätigkeit der Gemeinschaftsorgane dürfen die Mitgliedstaaten allenfalls treuhänderisch anstelle der Gemeinschaft handeln, da „eine derartige Untätigkeit den Mitgliedstaaten keinesfalls die Zuständigkeit und die Freiheit einseitigen Handelns auf diesem Sektor zurückgeben (kann), weil in diesem Bereich die Zuständigkeitsübertragung auf die Gemeinschaft vollständig und endgültig war.“¹³ Ausdrücklich anerkannt hat der Gerichtshof eine ausschließliche Verbandskompetenz der Gemeinschaft bisher in den Bereichen der Außenhandelspolitik, der Fischereipolitik und Aspekten des Euratom-Vertrags. Welche Sachbereiche zusätzlich der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft unterfallen, ist aufgrund allgemeiner Überlegungen zu entscheiden¹⁴. Soweit man hiernach eine ausschließliche Verbandskompetenz der Gemeinschaft annimmt, greift die allgemeine Regel des Europarechts, dass völkerrechtliche Kooperationen einiger oder aller Mitgliedstaaten ausgeschlossen sind. In den Wor-

⁸ In diesem Sinn etwa *A. Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, S. 504 ff.; *P. Pescatore*, Effets, A.I.D.I. 55 (1973), 544/550 und *N. Neuwahl*, Mixity, CML Rev. 33 (1996), 667/672.

⁹ So etwa *K. Stein*, gemischter Vertrag (1986), S. 78 ff.; *R. Bernhardt*, Rechtsträger, EuR 1983, 199/206 f.; *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 62; *I. Seidl-Hobenveldern*, Organisationen, 6. Aufl. 1996, S. 82 ff.; und *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 227.

¹⁰ Ebenso *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 205 mit umfassenden weiteren Nachweisen sowie *O. Jacot-Guillarmod*, International (1979), S. 11 ff.; *D. Howarth*, Denmark, CML Rev. 31 (1994), 765/798; *Groeben/Thiesing/Ehlermann-R. Meng*, Art. N EUV Rn. 34; *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 46 ff. und *Grabitz/Hilf-C. Vedder/H.-P. Folz*, Art. N EUV (1998) Rn. 7.

¹¹ EuGH, Gutachten 1/75, Slg. 1975, 1355 (1364) – *Lokale Kosten*.

¹² EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 Rz. 32 – *Kernmaterialübereinkommen*.

¹³ EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045 Rz. 20 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*. Ähnlich EuGH, Rs. C-158/89, Slg. 1990 I-2013 Rz. 13 – *Weingut Dietz-Matti*: „nicht als in Ausübung einer eigenen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten erlassen anzusehen“ und EuGH, Rs. 7/71, Slg. 1971, 1003 Rz. 21/26 – *Kommission/Frankreich*: „(nicht) in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zurück(ge)fall(e)n“. Zur rechtlichen Analyse der Problematik *M. Blanquet*, Art. 5 C.E.E. (1994), S. 87 ff. und *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 160 ff.

¹⁴ Hierzu bereits Kapitel 2 III 4 (S. 65 ff.).

ten *Isaacs*: „Dans les domaines de compétence communautaire exclusive, le droit complémentaire n'a pas de place.“¹⁵

II Konkurrierende Zuständigkeit

Allgemeine Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten beziehen sich auf eine Vielzahl verschiedener Konstellationen¹⁶. Ein Blick in den Fundstellennachweis B des Bundesgesetzblatts zeigt, dass die Bundesrepublik in den sechs Jahren 1995-2000 gut zwanzig Übereinkommen unter Beteiligung von mindestens drei derzeitigen oder zukünftigen Mitgliedstaaten schloss, die jedenfalls nach der EU-Erweiterung eine völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten darstellen. Trotz der Bedeutung eines jeden Abkommens in seinem jeweiligen Regelungsbereich tritt die völkervertragsrechtlicher Kooperationspraxis der Bundesrepublik hierbei jedoch in kein Konkurrenzverhältnis zur Rechtsetzung im Rahmen der Europäischen Union¹⁷. Dieser empirische Befund kann die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten nicht präjudizieren. Wenn die Europäischen Union zum zentralen rechtlichen Rahmen der überstaatlichen Kooperation der Mitgliedstaaten geworden ist, kann dies gleichwohl als verfassungspolitisches Argument gegen die Annahme weitreichender rechtlicher Schranken dienen. Hierbei geht es zuerst um die allgemeinen Regeln für völkerrechtliche Verträge aller Mitgliedstaaten. Auf deren Grundlage sind allgemeine Regeln des Europarechts für ungleichzeitige Kooperationsformen einiger Mitgliedstaaten zu entwickeln.

1 Verträge aller Mitgliedstaaten

Die meisten Literaturstimmen zur Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten entstammen Publikationen, die sich schwerpunktmäßig mit einem anderen Sachthema beschäftigen und die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit nur am Rande streifen. Die Aussagen beschränken sich daher regelmäßig auf eine allgemeine These. So kommen *Philippart* und *Edwards* zu dem Ergebnis, dass die „liberty of the Member States to co-operate among themselves outside and beyond the EU has not been curtailed“ durch den EG-Vertrag¹⁸, und *Tomuschat* verweist im Rahmen einer Untersuchung des heutigen Art. 308 EGV auf das „selbstverständliche Recht der Vertragsparteien, ergänzende Abkommen zu schließen.“¹⁹ Auch die deutschsprachige Kommentarliteratur zu Art. 48 EUV ist sich einig, dass völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten zulässig sind, in der Folge aber nicht zum Gemeinschaftsrecht zählen²⁰.

¹⁵ *G. Isaac*, *Droit communautaire*, 4. Aufl. 1995, S. 148.

¹⁶ Der Begriff „konkurrierende Zuständigkeit“ meint hier all jene Zuständigkeiten der Gemeinschaft, bei denen keine ausschließliche Verbandskompetenz im Sinn des vorherstehenden Abschnitts besteht. Er umfasst insbesondere auch Bereiche, in denen die Gemeinschaft eine konkurrierende Zuständigkeit ausübte und man nach dieser Ausübung auch von einer „ausschließlichen“ Zuständigkeit sprechen kann; vgl. etwa *R. Bieber*, *Ausfüllung*, in: ders./*Ress* (1987), S. 297: „nachträgliche ausschließliche Zuständigkeit“ und zu den AETR-Kompetenzen bei der Außenvertretung gegenüber Drittstaaten Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

¹⁷ Hierzu die Untersuchung in Kapitel 6 III (S. 191 ff.).

¹⁸ *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, *JCMSt.* 37 (1999), 87/90.

¹⁹ *C. Tomuschat*, *Generalermächtigungen*, *EuR* 1976 Sonderheft, 45/56.

²⁰ Vgl. *Groeben/Thiesing/Ehlermann-R. Meng*, *Art. N EUV Rn. 35*; *Grabitz/Hilf-C. Vedder/H.-P. Folz*, *Art. N*

Hofmanns Verweis auf die allgemeine Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“²¹ als Argument für die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten führt dann nicht weiter, wenn er sich auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezieht. In der Maastricht-Entscheidung verweist die griffige Formulierung der „Herren der Verträge“ nämlich auf ein letztendliches Austrittsrecht der Bundesrepublik²² und die fehlende Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft²³. Die Annahme einer Beschränkung völkerrechtlicher Kooperationen im Rahmen konkurrierender Zuständigkeiten würde aber keine umfassende Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft mit sich bringen. Vielmehr könnte man die gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen im Rahmen der bestehenden Vertragsbestimmungen als eine besondere gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung konstruieren, die als übertragene „compétence abolie“ von Art. 23 GG und dem deutschen Zustimmungsgesetz gedeckt wäre²⁴.

Soweit der Hinweis von *Hofmann* auf die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ sich auf die allgemeine Völkerrechtssubjektivität der Mitgliedstaaten bezieht, sei daran erinnert, dass diese Untersuchung auf der Annahme basiert, dass die Vertragsschlussfähigkeit der Mitgliedstaaten als Ausfluss ihrer Völkerrechtssubjektivität unter dem Vorbehalt der vorrangigen Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts steht. Jedenfalls aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts müssen völkerrechtliche Verträge einiger oder aller Mitgliedstaaten untereinander entgegen Art. 30 WVK unangewendet bleiben, soweit sie nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind²⁵. Wenn man dagegen allgemeine völkervertragsrechtliche Konfliktregeln auf die völkerrechtlichen Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander anwendet und ihnen hierbei auch die Derogation von gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen gestattet, kann man auf diesem Wege tatsächlich die Zulässigkeit einer jeden späteren völkerrechtlichen Kooperation der Mitgliedstaaten begründen. Diese würde als *lex posterior* eine Verpflichtung des Gemeinschaftsrechts verdrängen.

Der Gerichtshof hat in einem Fall eine völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten ausdrücklich für zulässig erachtet. In einer Klage, die das Parlament wegen der Umgehung des Haushaltsrechts gegen eine von der Kommission verwaltete Soforthilfe der im Rat vereinigten Regierungen der Mitgliedstaaten erhob, entschied der Gerichtshof: „Da es auf dem Ge-

EUV (1998) Rn. 7 und, ihnen folgend, Calliess/Ruffert-H.J. *Cremer*, Art. 48 EUV Rn. 5; Schwarze-H.-H. *Hernfeld*, Art. 48 EUV Rn. 15.

²¹ R. *Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/727.

²² Siehe BVerfGE 93, 155/190 – *Maastricht*.

²³ So BVerfGE 75, 223/242 – *Kloppenburg*, worauf BVerfGE 93, 155/199 – *Maastricht* in diesem Zusammenhang ausdrücklich verweist.

²⁴ Nach BVerfGE 75, 223/240 – *Kloppenburg*, halten sich die „kompetenz- und materiellrechtliche Rechtsauffassung des Gerichtshofs der Gemeinschaften zur Rechtsnatur von Richtlinien ... als auch die Methode, mit der er diese Rechtsauffassung entwickelt hat,... im Rahmen des durch das Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag abgesteckten Integrationsprogramms.“ Ebenso könnte man für die Annahme einer europarechtlichen Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten untereinander argumentieren.

²⁵ Hierzu die einleitenden Bemerkungen zu diesem Kapitel. Aus der völkerrechtlichen Perspektive verweist I. *Seidl-Hobenveldern*, Organisationen, 6. Aufl. 1996, Rz. 236 auf das Recht der Mitglieder einer internationalen Organisation, zu denen er auch die Europäische Union zählt, dass „alle oder einzelne von ihnen unter sich Abkommen abschließen (können), die ... Bindungen schaffen, die über das Ausmaß dieser bisherigen Nahbeziehung hinausgehen.“ Dies erinnert wiederum an die vertragsändernden Beschleunigungsbeschlüsse der 60er-Jahre (hierzu etwa T. *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 219 f.), die hier nicht näher beurteilt werden können; kritisch zu dieser Praxis J. *Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 164 ff. und *Jacot-Guillarmod*, International (1979), S. 12 ff.

biet der humanitären Hilfe keine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft gibt, sind die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert, ihre Zuständigkeiten in dieser Hinsicht im Rat oder *außerhalb des Rates gemeinsam* auszuüben.²⁶ Aufgrund des ausdrücklich konkurrierenden bzw. parallelen Charakters der Gemeinschaftszuständigkeit für die Entwicklungszusammenarbeit nach Art. 181 EGV, auf die auch der Gerichtshof verweist, lässt sich diese Aussage jedoch nicht unbeschränkt auf alle konkurrierenden Zuständigkeiten übertragen²⁷. Allenfalls für andere Politikbereiche, die eine entsprechende Klausel umfassen, kann das Ergebnis einer Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperation entsprechend angewandt werden²⁸.

Auch die spezielle Normierung des Art. 152 II EGV zur Gesundheitspolitik kann man nicht auf alle Gemeinschaftspolitiken übertragen. Ihr Verweis, dass die Gemeinschaft „durch ihre Tätigkeit die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten“ fördert, kann man mit *de Witte* zwar als implizite Genehmigung völkerrechtlicher Kooperationen werten²⁹. Die Bestimmung knüpft aber an den Charakter der Gemeinschaftskompetenz an, die gerade keine umfassende konkurrierende Zuständigkeit ist, sondern als „Förderkompetenz“ einen Beitrag der Gemeinschaft in einem Sachbereich gestattet, der ansonsten grundsätzlich dem Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeit zuzuordnen ist. Die Gemeinschaft darf im Anwendungsbereich derartiger „Förderkompetenzen“ die Kooperation der Mitgliedstaaten zwar unterstützen, nicht aber im Sinn einer „echten“ konkurrierenden Zuständigkeit ersetzen³⁰. Entgegen *de Witte* sollte daher aus der ausdrücklichen Anerkennung der Kooperationsmöglichkeit keine Rückschlüsse auf die generelle Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten gezogen werden³¹. Die ausdrückliche Bestimmung des Art. 152 II EGV steht vielmehr in einem engen Zusammenhang mit der allgemeinen Regel, dass völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen unterliegen³².

In einer anderen Entscheidung stellte der Gerichtshof allgemein fest, dass das Bedürfnis nach der überstaatlichen Regelung einer Rechtsmaterie „unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen“ erfordere³³. Dies kann man als eine implizite Aussage über die Unzulässigkeit gemeinschaftsweiter völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten deuten – wenn auch die Äußerung im Hinblick auf die Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips erfolgt und nicht näher spezifiziert wird. Hierauf baut Generalanwalt *Fennelly* auf, wenn er in seinen Schlussanträgen im Fall *Tabakwerbeverbot* eine völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten für unzulässig erachtet:

²⁶ EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 Rz. 16 – *Parlament/Rat und Kommission* (eigene Hervorhebung).

²⁷ Art. 181 UAbs.2 EGV: „Absatz 1 berührt nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und internationale Abkommen zu schließen.“

²⁸ So zur externen Dimension der Umweltpolitik, der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Zusammenarbeit mit Drittländern sowie der erweiterten Außenhandelspolitik Art. 133 V UAbs.4, 174 IV, 181a EGV.

²⁹ *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 40.

³⁰ Art. 152 II EGV: „Die Gemeinschaft fördert die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten ... und unterstützt erforderlichenfalls deren Tätigkeit“ Eine umfassende Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ist gerade nicht vorgesehen. Ähnlich Art. 127 II, 129 I EGV zur Beschäftigungspolitik, Art. 137 III UAbs.3, 140 EGV zur Sozialpolitik; Art. 149 I EGV zur allgemeinen und beruflichen Bildung und Jugend sowie Art. 151 II EGV zur Kulturpolitik.

³¹ Anders *de Witte* ebd. 40.

³² Hierzu Kapitel 10 III (S. 318 f.).

³³ EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996 I-5755 Rz. 47 – *Arbeitszeit* in Hinblick auf den Erlass einer Arbeitsschutzmaßnahme nach Art. 118a EGV (1992).

„Ich stimme dem Vorbringen zu, dass das Parlament in der mündlichen Verhandlung mit Nachdruck vertreten hat, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften schlicht nicht gegenseitig in Gebieten harmonisieren können, die in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen. Einseitiges Vorgehen ist logisch ausgeschlossen; kollektives Vorgehen der 15 Mitgliedstaaten (etwa durch einen völkerrechtlichen Vertrag) ist aus Rechtsgründen insbesondere unter Berücksichtigung des Artikels 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) ausgeschlossen.“³⁴

In der Literatur gibt es verschiedene Stimmen, die die völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten ebenfalls für unzulässig erachten. So ist für *Wuermeling* der „Erlass von Komplementärrecht ... unzulässig, wenn stattdessen ein Akt des Gemeinschaftsrechts hätte erlassen werden können.“³⁵ Derselben Auffassung ist *Oppermann*: „Verträge zwischen den Mitgliedstaaten sind dort, wo EG-Zuständigkeiten mit entsprechenden Rechtsetzungsbefugnissen der Organe gegeben sind, grundsätzlich nicht mehr zulässig. Die Rechtsetzung der Gemeinschaft verdrängt das ‚Paktieren‘.“³⁶ In Auslegung des Art. 10 EGV kommt auch *von Bogdandy* zu dem Ergebnis, dass der „Abschluss von *gemeinschaftsweiten*, völkerrechtlichen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten zur Regelung einer Frage, die unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips von der Gemeinschaft geregelt werden kann, ... unzulässig (ist).“³⁷

Als rechtliches Argument gegen völkerrechtliche Kooperationen aller Mitgliedstaaten wird neben dem allgemeinen Verweis auf Art. 10 EGV das Verbot einer Umgehung der gemeinschaftlichen Kompetenznormen und Rechtsetzungsverfahren angeführt, das auch als spezielle Ausformung der allgemeinen Loyalitätspflicht des Art. 10 EGV verstanden werden kann³⁸. Im Hinblick auf die „Sanktionen“ der vierzehn Mitgliedstaaten gegen Österreich im Jahr 2000 kommen *Hummer* und *Obwexer* zu dem Ergebnis, dass „die Mitgliedstaaten in den Zuständigkeitsbereichen ‚der Union‘ nur noch unter Inanspruchnahme der dafür vorgesehenen Verfahren ... tätig werden und dementsprechend ohne Inanspruchnahme des Art. 7 EU weder einzeln noch gemeinsam handelnd Sanktionen ... gegen einen Mitgliedstaat verhängen (dürfen).“³⁹ Nach *Giegerich* verdeutlicht gerade die Existenz des Art. 308 EGV den Willen des Ver-

³⁴ Generalanwalt *Fennelly*, Rs. C-376/98, Slg. 2000 I-2247 Rz. 136 – *Tabakwerbeverbot*. Die Überlegung wurde vom Gerichtshof mangels Relevanz für seine Entscheidung nicht aufgegriffen. Siehe auch Generalanwalt *P. Léger*, EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996 I-5755 Rz. 129 – *Arbeitszeit*, der ausführt, dass die Mitgliedstaaten das Ziel einer „Harmonisierung der in diesem Bereich (der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer, Anm. d. Verf.) bestehenden Bedingungen“ nicht erreichen können, da dies „notwendig ein Tätigwerden supranationaler Art voraussetzt.“

³⁵ *J. Wuermeling*, *Kooperatives* (1988), S. 205.

³⁶ *T. Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, S. 227. Aus dem Kontext ergibt sich, dass diese Aussage sich auf Verträge aller Mitgliedstaaten bezieht. In der folgenden Darlegung macht er eine Ausnahme für Verträge „am Rande“ der EG-Zuständigkeit, wobei unklar bleibt, auf welche Fälle sich dies beziehen soll.

³⁷ *Grabitz/Hilf-A. von Bogdandy*, Art. 5 EGV (EL 7) Rz. 33 (übernommene Hervorhebung).

³⁸ So im Hinblick auf die Schengener Übereinkommen, die freilich eine Kooperation einiger Mitgliedstaaten darstellten, die Verweise in Kapitel 10 II 2, Fn. 49 (S. 304). Angedeutet auch bei *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 42: Eine völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten „should be viewed with suspicion, as they could allow the Member States to ‘switch’ from the EC or EU track to the international law track, while by-passing the institutional balance established by the founding Treaties.“ Auch die zitierte Aussage *von Bogdandy* ebd. steht im Abschnitt über das in Art. 10 EGV nach seiner Auffassung enthaltene Missbrauchs- und Umgehungsverbot.

³⁹ *W. Hummer/W. Obwexer*, *Verfassungsgrundsätze*, EuZW 2000, 485/491. Im Ergebnis beurteilen die Autoren die „Sanktionen“ als bloße „Vorfeldmaßnahmen“ und sehen insoweit keinen Verstoß gegen den EU-Vertrag.

fassungsgebers, dass „die Aufgaben der Gemeinschaft durch Sekundärrechtsakte ... und nicht durch völkerrechtliche Absprachen erfüllt werden.“⁴⁰

Soweit man mit diesen Autoren die völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten für unzulässig hält, besitzen die ausdrücklichen Bestimmungen der Art. 293 EGV, 34 EUV eine konstitutive Bedeutung⁴¹. Allerdings kann aus deren ausdrücklicher Normierung nicht e contrario gefolgert werden, dass wegen der Existenz dieser speziellen Norm völkerrechtliche Kooperationen aller Mitgliedstaaten ansonsten unzulässig seien⁴². Schon der spezielle Wortlaut der Normen spricht gegen die implizite Normierung einer allgemeingültigen Aussage für die gesamte Gemeinschaftsrechtsordnung. Durch die Annahme einer gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, gegebenenfalls Vertragsverhandlungen mit der Bereitschaft zu einer Einigung aufzunehmen, kommt Art. 293 EGV eine eigenständige rechtliche Aussage zu⁴³. Dasselbe gilt für die Zuständigkeit des Gerichtshofs und das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten von Übereinkommen nach Art. 34 EUV⁴⁴. Dies spricht ebenfalls dagegen, aus der Existenz der besonderen Bestimmungen auf die sonstige Unzulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten zu schließen.

Es ist ein Beleg für die Effizienz und Effektivität der Gemeinschaftsrechtsordnung, dass die Frage nach der Zulässigkeit völkerrechtlicher Verträge aller Mitgliedstaaten in der europarechtlichen Praxis bislang kaum praktische Bedeutung erlangte. In den vergangenen Jahren zogen die Mitgliedstaaten zudem die gegebenenfalls ungleichzeitige Integration neuer Politikbereiche in den Rahmen der europäischen Verträge einer völkerrechtlichen Kooperation außerhalb derselben vor. Eine andere Praxis wäre vor dem Hintergrund der vorstehenden Äußerungen auch auf erhebliche rechtliche Bedenken im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit stoßen. Die immanente Umgehung der gemeinschaftlichen Rechtsetzung im Rahmen der europäischen Verträge wird man regelmäßig als ein Verstoß der kooperierenden Mitgliedstaaten gegen Art. 10 EGV werten können. Gleichwohl gibt es Grenzsituationen, in denen man die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten nicht generell ausschließen können.

Wie zumeist in der Rechtswissenschaft besteht auch bei der Frage nach der Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten kein schwarz-weißes Meinungsspektrum, in dem sich einzig Gegner und Befürworter gegenüberstehen. In der Literatur gibt es eine Reihe vermittelnder Ansichten. So warnt *Jacot-Guillarmod* allgemein vor einem „usage abusif du procédé conventionnel“⁴⁵ und *Hall* sieht eine Pflicht der Mitgliedstaaten, bei einer völkerrechtlichen Kooperation „nicht die Interessen der Gemeinschaft (zu) beeinträchtigen“⁴⁶. Ausgehend von der Annahme, dass „man den Mitgliedstaaten nicht das Recht (wird)

⁴⁰ T. Giegerich, Konstitutionalisierungsprozess (2003), S. 538 f.

⁴¹ So Groeben/Thiesing/Ehlermann-I. Schwartz, Art. 220 EGV Rn. 43, für den Art. 293 EGV eine „compétence nationale retenue“ ist, ohne die Übereinkommen unzulässig wären. Für den Fall, dass man ein Verbot völkerrechtlicher Kooperation annimmt, ebenso B. de Witte, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 33. Das gleiche gilt für Art. 17, 34 EUV, wenn man das Umgehungsverbot auf den EU-Vertrag überträgt.

⁴² So aber I. Schwartz, Artikel 235, EuR 1976 Sonderheft, 27/38, für den sich aus dem „System des Vertrages“ und insbesondere der speziellen Vorschrift des Art. 293 EGV ergibt, „dass es eine mit den Befugnissen der Organe der Gemeinschaft bis zu ihrer Wahrnehmung konkurrierende Befugnis der gemeinsam handelnden Regierungen der Mitgliedstaaten nicht gibt“. Ebenso Groeben/Thiesing/Ehlermann-*ders.*, Art. 220 EGV Rn. 20.

⁴³ Ebd. Rn. 24–29.

⁴⁴ Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

⁴⁵ O. Jacot-Guillarmod, *International* (1979), S. 19.

⁴⁶ P. Hall, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 341: „Entsprechend allgemeinem Völkerrecht sind alle

abstreiten können, auch außerhalb des institutionellen Rahmens der EU zu handeln“, verlangt *Ehlermann*, dass hierbei „die Grundsätze des Art. 5 EGV eingehalten werden“⁴⁷. Wenn man völkerrechtliche Verträge aller Mitgliedstaaten hiernach nicht generell für unzulässig erachtet, könnte man die nachfolgend entwickelten allgemeinen Regeln des Europarechts für gemeinschaftsrechtliche Schranken des völkerrechtlichen Vertragsschlusses einiger Mitgliedstaaten auf Kooperationen aller Mitgliedstaaten übertragen. Hierdurch würde im Hinblick auf Gleichzeitigkeit und Ungleichzeitigkeit eine parallele Rechtslage begründet.

2 Verträge einiger Mitgliedstaaten

Selbst diejenigen Stimmen, die aus dem Gemeinschaftsrecht eine Unzulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten ableiten, übertragen diese Annahme regelmäßig nicht auf Verträge einiger Mitgliedstaaten. So heißt es in den bereits erwähnten Schlussanträgen des Generalanwalts *Fennelly* ausdrücklich, dass er die Annahme des Verbots völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten nicht auf die „Rechtmäßigkeit der Koordinierung ... unter einer kleineren Zahl von Mitgliedstaaten“ beziehe⁴⁸. Die zentralen Argumente für eine gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit völkerrechtlicher Verträge aller Mitgliedstaaten lassen sich tatsächlich nicht ohne Weiteres auf völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten übertragen. Insbesondere gab es vor der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit kein ungleichzeitiges Rechtsetzungsverfahren, das nur einige Mitgliedstaaten an der Beschlussfassung beteiligte.

Dennoch gab es vereinzelte Stimmen, die insbesondere in der völkerrechtlichen Kooperation der ursprünglichen Schengener Übereinkommen einen Verstoß gegen Art. 10 EGV erkannten⁴⁹. Eine Vielzahl von Stimmen in der Literatur wandte sich jedoch gegen diese Argumentation und verneinte einen Verstoß der Schengener Übereinkommen gegen das Gemeinschaftsrecht⁵⁰. Hierbei verdient ein Gedanke besondere Beachtung: Die generelle Annahme, dass Art. 10 EGV einer jeden völkerrechtlichen Kooperation einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten entgegensteht, hätte zur Folge, dass ein Vertragsverletzungsverfahren zu der Feststellung einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des betroffenen Vertragswerks führte. In Umsetzung des Urteils müsste das Übereinkommen entweder auf völkerrechtlichem Wege beendet werden oder wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben. Die Feststellung eines generellen Verbots völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten hätte zur Folge, dass die

Mitgliedstaaten jederzeit frei, sich untereinander vertraglich zu binden, solange sie dadurch nicht die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigen.“

⁴⁷ *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/372.

⁴⁸ Generalanwalt *N. Fennelly*, EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000 I-2247 Rz. 136 in Fn. 156 – *Tabakwerbung*.

⁴⁹ Zu Art. 10 EGV *C. Timmermans*, Free Movement, in: Schermers u.a. (1993), S. 352/362 ff.; *P. Mervier/O. Jacot-Guillarmod*, Libre circulation (1991), S. 45 und *H.C. Taschner*, Schengen (1997), S. 49. Ebenso, wenn auch ohne endgültige Festlegung, *A. Epiney*, Schengen, in: Ackermann u.a. (1995), S. 33 ff. und *Schwarze-T. Wiedmann*, Art. 61 EGV Rn. 16. Ergänzend zum möglichen Verstoß der Schengener Übereinkommen gegen die Grundfreiheiten bereits Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

⁵⁰ Vgl. die Erörterung bei *D. O’Keeffe*, Model?, Y.E.L. 11 (1991), 185/209 ff.; *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 260; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 228 f. und *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 42. *Epiney* ebd. 33 ff. sieht im Nichterlass von EG-Sekundärrecht einen Verstoß des Rates, nicht aber der völkerrechtlich kooperierenden Mitgliedstaaten, gegen Art. 10 EGV.

Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten auf den innerstaatlichen Bereich und die Kooperation mit Drittstaaten beschränkt wäre.

Wenn völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender EG-Zuständigkeiten unzulässig wären, hätte hiernach zwischen den Mitgliedstaaten früher nur eine Alternative zur autonomen nationalen Regelung bestanden: die gemeinschaftsrechtliche Rechtsetzung für alle Mitgliedstaaten. Das europäische Primärrecht kannte vor der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Amsterdam gerade nicht die Möglichkeit einer ungleichzeitigen Rechtsetzung in nahezu allen Bereichen konkurrierender Gemeinschaftskompetenz. Selbst wenn man völkerrechtliche Verträge aller Mitgliedstaaten wegen der Umgehung gemeinschaftsrechtlicher Rechtssetzungsverfahren allgemein für unzulässig erachtete, konnte man diese Regel nicht auf völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten übertragen. Vor dem Vertrag von Amsterdam gab es gerade kein weitreichendes ungleichzeitiges Rechtssetzungsverfahren, das durch die völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten unterlaufen werden hätte können. Völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten waren hiernach nicht generell verboten.

a Verstärkte Zusammenarbeit als Argument?

Wenn das Gemeinschaftsrecht in seinem Entwicklungsstand vor dem Vertrag von Amsterdam völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten deswegen nicht generell untersagte, weil es kein ungleichzeitiges Rechtssetzungsverfahren gab, das durch Verträge einiger Mitgliedstaaten unterlaufen worden wäre, könnte die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit eine Änderung der Rechtslage bewirkt haben. Das europäische Primärrecht gestattet der Gemeinschaft nunmehr, Rechtsakte unter Beteiligung von und mit Wirkung für acht oder mehr Mitgliedstaaten zu erlassen. Man könnte argumentieren, dass die mögliche Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit entsprechende völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten sperrt. Wie zu Beginn dieses Kapitels erwähnt, war das Verhindern eines Ausbrechens aus dem institutionellen und rechtlichen Rahmen der Europäischen Union tatsächlich ein wichtiges Motiv für die Einführung des Rechtsinstituts der verstärkten Zusammenarbeit.

Vor diesem Hintergrund argumentiert insbesondere *Constantinesco*, dass „dans le champ d’application des traités communautaires, les États membres ne disposent plus – en dehors de la « coopération renforcée » offerte par le Traité d’Amsterdam – d’autres possibilités d’engager des actions collectives.“⁵¹ Zur Begründung verweist er auf dieselben Argumente, die auch die Befürworter einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten vorbringen: die Spezialität der EG-Rechtssetzungsverfahren, die durch eine völkerrechtliche Kooperation nicht unterlaufen werden dürften, und der Grundsatz der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EGV⁵². *Ehlermann* spezifiziert die Argumentation dahingehend, dass die verstärkte Zusammenarbeit eine völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten nur zulasse, soweit sie weniger Mitgliedstaaten als die Mindestteilnehmerzahl der verstärkten Zusammenarbeit umfasse⁵³. Infolge der Einführung des Rechtsinstituts der verstärk-

⁵¹ *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/755. Ihm folgend *B. Martenczuk*, *Amsterdam*, ZEuS 1998, 447/464; *R. Hofmann*, *Flexibilität*, EuR 1999, 713/727 und *H. Kortenber*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/845.

⁵² Ebd.

⁵³ *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, EuR 1997, 362/373. Indirekt auch *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: *O’Keefe/Twomey* (1999), S. 34: „any arrangements that are initially capable of attracting no more than

ten Zusammenarbeit wäre im Bereich konkurrierender Gemeinschaftszuständigkeiten somit nur eine völkerrechtliche Kooperation von acht oder mehr Mitgliedstaaten untersagt.

Tuyschaever überzeugt diese Annahme nicht: Wenn völkerrechtliche Kooperationen von bis zu sieben Mitgliedstaaten zulässig seien und Kooperationen von acht und mehr Mitgliedstaaten gegen Gemeinschaftsrecht verstießen, sei diese Unterscheidung systematisch inkonsistent⁵⁴. Als Argument für die fortgesetzte Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen wird zudem auf das „achte Gebot“ des Art. 43 lit. h EUV verwiesen, wonach eine verstärkte Zusammenarbeit die Zuständigkeiten der *outs* nicht beeinträchtigen darf (*Bribosia*)⁵⁵. Darüber hinaus dürfe die Ausübung des – durch den Vertrag von Nizza beseitigten – Vetorechts gegen die Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit nicht zugleich völkerrechtliche Kooperationen über denselben Gegenstand sperren (*de Witte*)⁵⁶. Außerdem ergebe sich auch die Zulässigkeit völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten aus dem Status der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ (*Hofmann*)⁵⁷. Am Häufigsten wird jedoch der Wortlaut der Bestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit angeführt. Aus ihm ergebe sich keine Beschränkung der völkerrechtlichen Kooperationsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten. Neben den bereits erwähnten Autoren stellen hierauf insbesondere diejenigen Literaturstimmen ab, die sich mit der Frage nicht schwerpunktmäßig auseinander setzen, sondern sie im Rahmen einer allgemeinen Analyse der verstärkten Zusammenarbeit behandeln⁵⁸.

Hierbei ist die Verwendung des Verbs „können“ das zentrale Argument dafür, dass die Bestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten nicht beschränken. Das einleitende *chapeau* des Art. 43 EUV bestimmt: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, *können* die in diesem Vertrag und im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen, sofern ...“⁵⁹. Auf den ersten Blick ist der Verweis auf den Wortlaut der Verträge durchaus einleuchtend: Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, „können“ die europäischen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen, „müssen“ dies aber nicht. Die Möglichkeit einer völkerrechtlichen Kooperation bestehe insoweit fort.

Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass dieser Schluss nicht zwingend ist. Die aufgezeigte Deutung des Verbs „können“ beschränkt sich nämlich einseitig auf den einleitenden Hauptsatz des Art. 43 EUV („Die Mitgliedstaaten ... können die in diesem Vertrag ... vorge-

seven States will have to look outside the system invented at Amsterdam for their shape.“

⁵⁴ *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 53, 227: „In reality, such a restrictive interpretation of the Member States' powers ... is impracticable.“

⁵⁵ *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/76 betont die Möglichkeit der *outs*, ihre Zuständigkeit „de façon collective dans une structure intergouvernementale hors Union“ auszuüben.

⁵⁶ *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 57.

⁵⁷ Siehe *R. Hofmann*, *Flexibilität*, *EuR* 1999, 713/727 sowie bereits die Darlegungen in Kapitel 10 II 2 a (S. 305 ff.).

⁵⁸ So etwa *G. Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/869; *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: *O'Keefe/Twoomey* (1999), S. 34; *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 55; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 28; *P. Hall*, Kapitel 20, in: *Bergmann/Lenz* (1998), Rn. 37; *Callies/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 22; *Bribosia* ebd. 60; *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 53; *N. Arndt*, *Flexibilität*, in: *Scholz* (1999), S. 184; *F. Chaltiel*, *Amsterdam*, *RMC* 1998, 289/293 sowie, ohne abschließende Entscheidung, *C. von Buttlar*, *Nizza*, *ZEuS* 2001, 649/663.

⁵⁹ Eigene Hervorhebung; ebenso bereits der frühere Art. 43 I EUV (1997). Entsprechend die englische Sprachfassung: „may“; sowie Französische: „peuvent“; und Spanisch „podrá“.

sehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen“). Der zentrale Normzweck des Art. 43 EUV ist jedoch die Bindung der verstärkten Zusammenarbeit an die in den nachfolgenden Buchstaben aufgeführten „zehn Gebote“. Nur soweit diese erfüllt sind, darf eine verstärkte Zusammenarbeit begründet werden. Vor diesem Hintergrund sollte die Verwendung des Verbs „können“ in erster Linie als ein Verweis auf die konditionale Beschränkung der „zehn Gebote“ gelesen werden: „Die Mitgliedstaaten ... *können* die in diesem Vertrag ... vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen, *sofern* die Zusammenarbeit (die nachfolgend aufgeführten Bedingungen erfüllt).“

In der einleitenden Formulierung der Art. 11 I EGV (1997) kam diese Funktion des Verbs „können“ noch deutlicher zum Ausdruck. Im Hinblick auf die notwendige Einhaltung der „zehn Gebote“ und das Initiativmonopol der Kommission hieß es dort: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit in einem der unter diesen Vertrag fallenden Bereiche zu begründen, *können vorbehaltlich* der Artikel 43 und 44 des Vertrags über die Europäische Union ermächtigt werden (eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen).“⁶⁰ Im nunmehrigen Art. 11 I S.2 EGV zum Initiativmonopol Kommission wird in der englischen Fassung des Vertrags von Nizza das Verb „may“ sogar durch „shall“ ersetzt, das in der englischen Rechtssprache üblicherweise einen Befehl ausdrückt: „Member States which intend to establish enhanced cooperation between themselves under Article 40 *shall* address a request to the Commission, which may submit a proposal to the Council to that effect.“⁶¹

Die Verwendung des juristischen Imperativ „shall“ unterstreicht, dass die Verwendung des Verbs „können“ im einleitenden *chapeau* des Art. 43 EUV keine generelle Aussage über die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen trifft. Mindestens ebenso gut kann seine Verwendung als grammatikalische Bestärkung der konditionalen Bedingtheit der verstärkten Zusammenarbeit verstanden werden. Dies gilt nicht nur für die „zehn Gebote“, sondern auch für das Initiativmonopol der Kommission für den Grundbeschluss zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit. Die Mitgliedstaaten können eine verstärkte Zusammenarbeit nur begründen, wenn die Voraussetzungen des Art. 43 EUV erfüllt sind und die Kommission durch die Unterbreitung eines Vorschlags das Vorhaben politisch unterstützt⁶². Dieses Verfahren muss (*shall*) zwingend eingehalten werden. Diese alternative Argumentationslinie legt nahe, die Bedeutung des Begriffs „können“ nicht übermäßig zu strapazieren. Seine Verwendung entfaltet eine eigenständige normlogische Bedeutung auch dann, wenn man ihr keine implizite Aussage über die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen unterstellt.

Der Wortlaut des einleitenden Hauptsatzes des Art. 43 EUV erscheint auch aus einem anderen Grund als ein ungeeignetes Argument in dem hier erörterten Zusammenhang. Sein Bezug auf Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, „untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen,“ meint mit dem Begriff „verstärkte Zusammenarbeit“ offensichtlich das durch den Vertrag von Amsterdam geschaffene und in diesem Artikel behandelte Rechtsinstitut

⁶⁰ Eigene Hervorhebung; entsprechend Art. 40 I EUV (1997).

⁶¹ Eigene Hervorhebung; entsprechend Art. 40a EUV. In der deutschen Sprachfassung wird der „juristische Imperativ“ des Indikativ Präsens verwandt: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit in einem der unter diesen Vertrag fallenden Bereiche zu begründen, *richten* einen Antrag an die Kommission, die dem Rat einen entsprechenden Vorschlag vorlegen kann“ (eigene Hervorhebung); entsprechend heißt es auch in der französischen Fassung: „Les États membres ... adressent une demande à la Commission“.

⁶² Als Hinweis auf das, gegebenenfalls juristisch reduzierte, politische Ermessen der Institutionen, eine rechtsmaßgebliche Handlung zur Ausübung vertraglicher Kompetenzen vorzunehmen, wird der die Formulierung „können“ auch in Art. 19 I, 34 III, 35, 81 III, 96 S.3, 229, 273 EGV verwandt.

gleichen Namens. Dagegen wäre die Intention einer umfassenderen Aussage auch über völkerrechtliche Kooperationen wohl durch die Verwendung einer allgemeineren Begrifflichkeit zum Ausdruck gebracht worden⁶³. Auch insoweit spricht der Wortlaut des Art. 43 EUV dafür, dass diese Vertragsbestimmung sich in erster Linie mit dem Rechtsinstitut der verstärkten Zusammenarbeit befasst und keine indirekte Aussage über völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten trifft.

Der Gerichtshof hat in den vergangenen Jahren bei der Auslegung des EG-Vertrags vor allem dann zunehmend strenge Kriterien angewandt, wenn er den Umfang der Gemeinschaftszuständigkeit bestimmte. Den Vorrang des Gemeinschaftsrechts entwickelte der Gerichtshof noch aus „Wortlaut und Geist des Vertrages“⁶⁴. Dagegen wandte er sich im Gutachten zum EMRK-Beitritt gegen eine großzügige Auslegung der EG-Kompetenzen, weil der Beitritt grundlegende Auswirkungen von „verfassungsrechtlicher Dimension ... sowohl auf die Gemeinschaft als auch auf die Mitgliedstaaten“ hätte und insoweit „nur im Wege der Vertragsänderung“ erfolgen könne. Die subsidiäre Kompetenznorm des heutigen Art. 308 EGV sei daher keine hinreichende Grundlage für die verfassungspolitische Weichenstellung eines Beitritts der Gemeinschaft zur EMRK⁶⁵.

Zwar geht es bei der hier behandelten Fragestellung nicht um die Weite positiver Gemeinschaftskompetenzen, die die Gemeinschaftsorgane zur Rechtsetzung ermächtigen. Eine Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten durch das Gemeinschaftsrecht kann aber als „negative Kompetenznorm“ eingestuft werden, die Rückwirkungen auf die Kompetenzen und Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten hat. Es geht um die Beseitigung der völkerrechtlichen Kooperationsmöglichkeit von Mitgliedstaaten, die ihnen ansonsten nach allgemeinem Völkerrecht zusteht. In Anlehnung an das Gutachten des Gerichtshofs zum EMRK-Beitritt sollte man daher auch für die Begrenzung der völkerrechtlichen Kooperationsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten eine gemeinschaftsrechtliche Regelung verlangen, die eine klare und bestimmte Aussage trifft. Auf der Grundlage dieser Erwägung ist *de Witte* im Ergebnis zuzustimmen, wenn er völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten für zulässig erachtet „for the simple reason that to hold otherwise would be a drastic curtailment of Member States’ treaty-making competences that cannot be assumed to have taken place in the absence of any clear indication in the founding Treaties.“⁶⁶

b „Fünf Gebote“ für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten

Wenn völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten nicht generell unzulässig sind, kann das Gemeinschaftsrecht dennoch prozedurale und materielle Schranken umfassen, die die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten begrenzen. Diese ergeben sich teilweise aus anerkannten europarechtlichen Grundsätzen wie

⁶³ So hätte alternativ formuliert werden können: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander enger zusammenzuarbeiten, können/müssen das in diesem Vertrag vorgesehene Institut der verstärkten Zusammenarbeit in Anspruch nehmen. Hierbei sind die folgenden Vorgaben zu beachten: ...“

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

⁶⁵ EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-175 Rz. 35 – *EMRK-Beitritt* (Reihenfolge der beiden zitierten Passagen hier vertauscht). Siehe auch EuGH, Gutachten 2/00, Slg. 2001 I-9713 – *Protokoll von Catagena*, Rz. 5: „Die Wahl der geeigneten Rechtsgrundlage hat verfassungsrechtliche Bedeutung. Da die Gemeinschaft nur über begrenzte Ermächtigungen verfügt, ...“

⁶⁶ *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 40, wenn auch ohne Verweis auf das EMRK-Gutachten des Gerichtshofs.

dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und gründen ansonsten auf speziellen Überlegungen für völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten. In Anlehnung an die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit kann man insofern von den „fünf Geboten“ des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten sprechen.

(1) Subsidiarität gegenüber europäischer Rechtsetzung

Art. 10 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten: „Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe. Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.“⁶⁷ Hierauf gründet der Gerichtshof eine allgemeine „Verpflichtung zur Zusammenarbeit, welche die Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten bestimmen muss“⁶⁸. Auch wenn der Gerichtshof sich mangels entsprechender Klagen noch nicht zur Anwendung des Art. 10 EGV auf völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten geäußert hat, besteht in der europarechtlichen Literatur weitgehende Einigkeit, dass man diese Verpflichtung auf völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten übertragen kann. Diese sind insoweit subsidiär gegenüber europäischer Rechtsetzung, als der Gemeinschaft ein „Recht des ersten Zugriffs“ zukommt⁶⁹.

In Umsetzung dieses „Rechts des ersten Zugriffs“ sollte vor einem völkerrechtlichen Vertragsschluss geprüft werden, ob derselbe Sachverhalt auch im Rahmen des EG-Vertrags gemeinschaftsrechtlich geregelt werden kann. Es entspricht der Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“ und Inhaberin des Initiativmonopols, wenn die kooperationswilligen Mitgliedstaaten diese „eingehend ... konsultieren und sich redlich um ihre Beteiligung ... bemühen“⁷⁰. Diesem Erfordernis dürfte im Regelfall eine politische Konsultation genügen, wie sie etwa im Vorfeld der Schengener Übereinkommen erfolgte⁷¹. Es ist nicht erforderlich, dass ein entsprechendes EG-Rechtsetzungsverfahren formell scheiterte, wie dies nach der Amsterdamer Rechtslage teilweise für die Subsidiarität der verstärkten Zusammenarbeit gegenüber gleichzeitiger EG-Rechtsetzung verlangt wurde⁷². Eventuelle Einwände der Kommission müssen die Mitgliedstaaten gebührend berücksichtigen, ein formelles Vetorecht kommt ihr

⁶⁷ Art. 10 UAbs.1 S.2, UAbs.2 EGV.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-374/89, Slg. 1991 I-367 Rz. 39 – *Kommission/Belgien* und die Nachweise in Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁶⁹ *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/104: Art. 10 EGV als „control tool against anarchic intra- and extra-EU closer cooperation, i.e. to channel the perhaps irresistible pressures towards greater diversity through proceduralization“; *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/105: „Il suffit qu'elle ... respecte le prescrit de l'article 10 du TCE“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/870: „However, Member States would anyway have to comply with their obligations under Community law and in particular with their obligation under Art. 10 ... EC to facilitate the achievement of the Community's tasks“; *O. Jacot-Guillarmod*, International (1979), S. 5 ff.: „caractère exceptionnel du recours aux conventions intergouvernementales dans les rapports intracommunautaires“. Siehe auch *S. Weatherbill*, Cooperation, in: *O'Keefe/Twomey* (1999), S. 35; *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/727; *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 45 EUV Rn. 4; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 53 und *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 28: „Insb. sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Interessen der Union zu wahren... Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Loyalität, der den Verträgen zugrunde liegt.“

⁷⁰ So EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045 Rz. 31 – *Kommission/Vereinigtes Königreich* zur treuhänderischen Wahrnehmung ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten durch die Mitgliedstaaten.

⁷¹ Vgl. zu den Verhandlungen unter den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission im Vorfeld des ersten Schengener Übereinkommens *Tuyschaever* ebd. 226.

⁷² Siehe Kapitel 2 II 1 c (S. 52 ff.).

aber nicht zu⁷³. Eine redliche politische Konsultation ist gerade kein formalisierter Entscheidungsfindungsprozess.

Die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Amsterdam hat zwar nicht zur Folge, dass die völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich derselben nunmehr generell unzulässig wären⁷⁴. Da die verstärkte Zusammenarbeit aber ein reguläres EG-Rechtsetzungsverfahren darstellt, muss im Rahmen der politischen Konsultationen auch geprüft werden, ob auf ihrer Grundlage eine ungleichzeitige Regelung erreicht werden kann. Es ist hierbei möglich, dass der geplante Inhalt der völkerrechtlichen Kooperation im Widerspruch zu den „zehn Geboten“ der verstärkten Zusammenarbeit steht und deshalb nicht im Rahmen derselben verwirklicht werden kann. In diesem Fall sind die Mitgliedstaaten rechtlich nicht gehindert, in Ausübung ihrer eigenen konkurrierenden Zuständigkeit die völkerrechtliche Kooperation letztlich dennoch umzusetzen. Nur wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen der verstärkten Zusammenarbeit eine deklaratorische Wiedergabe allgemeiner europarechtlicher Grundprinzipien sind, besteht insoweit eine europarechtliche Schranke für die völkerrechtliche Kooperation. Dies gilt etwa für das Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die Grundfreiheiten, die sowohl für die verstärkte Zusammenarbeit als auch für völkerrechtliche Kooperationen und einzelstaatliche Maßnahmen gelten.

De Witte sieht in den vermeintlich zu engen Vorgaben der Verträge für die verstärkte Zusammenarbeit einen Grund, warum die europarechtliche Realität deren Ziel, ein Ausbrechen aus dem einheitlichen institutionellen Rahmen zu verhindern, ins Gegenteil verkehren könnte:

„One of the paradoxical and possibly unintended consequences of the rigid regime of Amsterdam-style closer cooperation is that the temptation to leave the EU framework and set up a separate *inter se* regime under international law will continue to exist. It is not entirely unthinkable that, in ten years' time, we might come to the conclusion that closer cooperation under the EU and EC Treaties did not work due to its rigid conditions, whereas variable geometry based on international law was flourishing more than ever before.“⁷⁵

Das Beispiel einer zulässigen völkerrechtlichen Kooperation anstelle einer unzulässigen verstärkten Zusammenarbeit verdeutlicht den prozeduralen Charakter der hier erörterten Subsidiaritätsregel. Soweit auf der Seite der Mitgliedstaaten und der Kommission ein grundsätzlicher Kooperationswille besteht, wird die Möglichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung im Rahmen des politischen Dialogs ausgelotet. Dies garantiert das Recht des ersten Zugriffs der Gemeinschaft. Soweit die Mitgliedstaaten jeglichen Dialog ablehnen und sofort zum völkerrechtlichen Vertragsschluss schreiten, kommt rechtlich sogar die Einleitung eines

⁷³ Im Bereich konkurrierender Zuständigkeit üben die Mitgliedstaaten in Abwesenheit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung eine eigene Zuständigkeit aus. Man kann insofern das besondere Gewicht, das der Gerichtshof bei der treuhänderischen Wahrnehmung ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten durch die Mitgliedstaaten der Kommissionsmeinung zumaß, nicht auf den hier erörterten Sachverhalt übertragen; vgl. hierzu EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045 Rz. 31 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*: Die Mitgliedstaaten dürfen „keine einzelstaatlichen Erhaltungsmaßnahmen entgegen Einwände, Vorbehalten oder Bedingungen (erlassen), die von der Kommission formuliert werden könnten.“

⁷⁴ Hierzu Kapitel 10 II 2 a (S. 305 ff.).

⁷⁵ *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 57. Ähnlich *F. Truyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 53, der eine völkerrechtliche Kooperation gerade dann für wahrscheinlich und zulässig erachtet, wenn der Gerichtshof die Unzulässigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit feststellte.

Vertragsverletzungsverfahren wegen der Verletzung der Pflicht zum „redlichen“ Dialog in Betracht⁷⁶. Eine gerichtlich festgestellte Verletzung der Konsultationspflicht hätte jedoch keine Nichtigkeit oder Nichtanwendbarkeit des völkerrechtlichen Vertrags zur Folge, da die Subsidiarität gegenüber europäischer Rechtsetzung eine prozedurale Vorgabe ist, die kein Ergebnis vorschreibt. Auch eine Klage kann daher letztlich die Begründung der völkerrechtlichen Kooperation nicht verhindern.

(2) Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Völkerrechtliche Verträge zwischen einigen Mitgliedstaaten müssen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts ebenso beachten wie innerstaatliche Maßnahmen mit demselben Regelungsgehalt. Dies gilt für den gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand bei der Begründung einer völkerrechtlichen Kooperation ebenso wie für späteres Gemeinschaftssekundärrecht. Zwar ist der EG-Vertrag bei einer strengen intertemporalen Betrachtung ein „Altvertrag“ gegenüber der späteren völkerrechtlichen Kooperation. Die völkervertragsrechtliche Konfliktregel des Art. 30 IV WVK findet auf das Verhältnis zwischen Europarecht und völkerrechtlichen Kooperationen der Mitgliedstaaten jedoch keine Anwendung⁷⁷. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor völkerrechtlichen Kooperationen entspricht dem Wesen einer konkurrierenden Zuständigkeit in gestuften öffentlich-rechtlichen Systemen, deren Wahrnehmung durch den geographisch umfassenderen Verband regelmäßig eine Sperrwirkung gegenüber den Gliedverbänden entfaltet. Schon in *Costa/E.N.E.L.* hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Übertragung von Zuständigkeit auf die Gemeinschaft für die Mitgliedstaaten „eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden kann.“⁷⁸

Der Gerichtshof hat die Mitgliedstaaten mehrfach ausdrücklich verpflichtet, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber völkerrechtlichen Kooperationen sicherzustellen. Dies gilt für die Anwendung vertragsunmittelbarer Pflichten wie die Diskriminierungsverbote⁷⁹ ebenso wie für Sekundärrechtsnormen⁸⁰. Nach der Rechtsprechung gelten hierbei insbesondere die Grundfreiheiten grundsätzlich auch für völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten *cum tertius*⁸¹. Im Urteil *Gottardo* bekräftigt der Gerichtshof die Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf das Gemeinschaftsrecht beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge:

⁷⁶ Es kann nur die Verletzung der Dialogpflicht gerügt werden. Ein völkerrechtlicher Vertrag einiger Mitgliedstaaten ist kein tauglicher Gegenstand einer Nichtigkeitsklage; vgl. EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 Rz. 25 – *Parlament/Rat und Kommission*.

⁷⁷ Zu dieser Grundannahme bereits die Einleitung zu diesem Kapitel. Zu andernfalls möglichen Konfliktfällen, insbesondere in Mitgliedstaaten wie den Niederlanden mit einer monistischen Sicht der innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts, B. de Witte, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 46-48. In der Literatur besteht grundsätzliche Einigkeit, dass dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor völkerrechtlichen Verträgen einiger Mitgliedstaaten zukommt; vgl. etwa H. Bribosia, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/105; U. Becker, *Differenzierungen*, EuR Beih. I/1998, 29/36; S. Weatherhill, *Cooperation*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 35; O. Jacot-Guillarmod, *International* (1979), S. 34; Schwarze-A. Hatje, Art. 43 EUV Rn. 28 und de Witte ebd. 47: „(I)nter se agreements must yield to EC law in the same way as purely national laws must“.

⁷⁸ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*

⁷⁹ EuGH, Rs. C-336/96, Slg. 1998 I-2793 – *Gilly*; B. de Witte, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 48 f. und D. Hanf, *Differentiation* (2002), S. 290-297 zu EuGH, Rs. C-3/91, Slg. 1992 I-5529 – *Exportur* zu Art. 28 EGV.

⁸⁰ EuGH, Rs. 235/87, Slg. 1988, 5589 – *Matteni* zur Anwendung der VO 1612/68/EWG (ABl. 1968 L 257, 2) auf ein bilaterales Kulturabkommen, dessen Stipendien zur Ausbildungsförderung auch auf Wanderarbeitnehmer aus dritten Mitgliedstaaten zu erstrecken sind.

⁸¹ Siehe EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999 I-6161 – *Saint-Gobain* und nunmehr EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-

„Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Vereinbarungen, die sie aufgrund von internationalen Abkommen eingegangen sind, unabhängig davon, ob es sich um ein Abkommen zwischen Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und einem oder mehreren Drittstaaten handelt, vorbehaltlich des Artikels 307 EG ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht beachten müssen. Dass die Drittstaaten ihrerseits keine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zu beachten haben, ist insoweit unerheblich.“⁸²

Hierbei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags *vor* und *nach* der Ausübung einer konkurrierenden Zuständigkeit durch die Gemeinschaft. Soweit die Gemeinschaft von einer konkurrierenden Zuständigkeit Gebrauch macht, verbietet der Vorrang des Gemeinschaftsrechts von Anbeginn an eine abweichende Regelung. Wenn die Gemeinschaft später eine konkurrierende Zuständigkeit ausübt, ist der völkerrechtliche Vertragsschluss anfänglich zwar zulässig. Nach der Ausübung der Gemeinschaftskompetenz muss er jedoch ebenso wie innerstaatliches Recht hinter das neue Sekundärrecht zurücktreten.

Ein Beispiel für die zweite Konstellation sind die Bestimmungen des zweiten Schengener Übereinkommens, die schon vor der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht durch Gemeinschaftsrecht ersetzt wurden⁸³. Die ausdrückliche Normierung des Art. 134 Schengen II könnte hierbei als Modell für die Redaktion zukünftiger völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten dienen: „Die Bestimmungen dieses Übereinkommens sind nur anwendbar, soweit sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.“ Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts ist eine derartige Klarstellung zwar entbehrlich, weil der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht durch die Anerkennung in einer speziellen Subsidiaritätsklausel bedingt ist. Die ausdrückliche Normierung fördert aber die Rechtssicherheit im völkerrechtlichen Verkehr⁸⁴. Derartige ausdrückliche Klauseln führen die allgemeine Regel des Europarechts, dass völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu beachten haben, dem Rechtsanwender vor Augen und tragen damit zur tatsächlichen Beachtung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts bei.

(3) Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass aus den Vertragszielen und Art. 10 EGV unter gewissen Umständen eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten entnommen werden kann, in

9855 Rz. 148 f. – *Kommission/Deutschland*; kritisch zur Erstreckung auf völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/288-290.

⁸² EuGH, Rs. C-55/00, Slg. 2002 I-413 Rz. 33 – *Gottardo*.

⁸³ Ersetzt wurden Art. 4 Schengen II durch VO 3925/91/EWG des Rates vom 19.12.1991 über die Abschaffung von Kontrollen und Förmlichkeiten für Handgepäck oder aufgegebenes Gepäck auf einem innergemeinschaftlichen Flug oder bei einer innergemeinschaftlichen Seereise mitgeführtes Gepäck (ABl. 1991 L 374, 4), Art. 77-81, 83-90 Schengen II durch RL 477/91/EWG des Rates vom 18.6.1991 über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen (ABl. 1991 L 256, 51), Art. 102 ff., 126 Schengen II durch RL 46/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. 1995 L 281, 31) und Art. 9 Schengen II weitgehend durch VO 2317/95/EG des Rates zur Bestimmung der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen vom 25.9.1995 (ABl. 1995 L 234, 1).

⁸⁴ *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 52 meint im Hinblick auf eine entsprechende Bestimmung in einem französisch-italienischen Vertrag: „One might even think that, due to the broad expansion of Community policies, such a standard clause should *systematically* be included in all new *inter se* agreements.“

Verträgen mit Drittstaaten durch spezielle „EG-Klauseln“ oder besondere Kündigungsrechte sicherzustellen, dass keine langfristigen völkerrechtlichen Bindungen eingegangen werden, die die spätere Gemeinschaftsrechtsetzung faktisch verhindern oder erschweren⁸⁵. Allerdings besteht keine Notwendigkeit, diese allgemeine Regel auf völkerrechtliche Kooperationen nur der Mitgliedstaaten zu übertragen. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts sichert die autonome Gestaltungsfreiheit der Gemeinschaft insoweit hinreichend. Wenn völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht geraten, müssen sie wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben. Aus den Vertragszielen und Art. 10 EGV ergibt sich insofern keine besondere Beschränkung der inhaltlichen Ausrichtung der völkerrechtlichen Kooperation einiger Mitgliedstaaten.

Allenfalls in besonderen Konstellation kann man aus Art. 10 EGV eine Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten ableiten. Dies gilt dann, wenn die völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten bewirkt, dass der europäische Rechtsetzungsprozess entweder im Sinn einer „freundlichen Übernahme“ ohne wirkliche Beteiligung der anderen Mitgliedstaaten an den Zielvorstellungen der kooperierenden Mitgliedstaaten ausgerichtet oder im Sinn einer „feindlichen Übernahme“ aufgrund einer Sperrminorität blockiert wird. Die völkerrechtlich kooperierenden Mitgliedstaaten verhindern hier die gemeinschaftsrechtliche Lösung durch eine Blockadepolitik in den EU-Institutionen oder dehnen den Regelungsgehalt der völkerrechtlichen Kooperation ohne tatsächliche Beteiligung der anderen Mitgliedstaaten auf das Gemeinschaftsrecht aus. Die europäische Rechtsetzung wäre hier eine bloße Scheinveranstaltung ohne originären Einfluss die *outs* der völkerrechtlichen Kooperation auf Inhalt und Umfang des Gemeinschaftsrechts.

In einem obiter dictum des Urteils *Hurd* hat der Gerichtshof auf die Möglichkeit einer Anwendung des Art. 10 EGV auf derartige Grenzfälle einer Beeinträchtigung des „Funktionierens der Gemeinschaftsorgane“ durch völkerrechtliche Kooperationen hingewiesen. Grundsätzlich hat er keine Zweifel an der Zulässigkeit des völkerrechtlichen Übereinkommens über die Europäische Schule:

„Anders wäre es nur, wenn eine Maßnahme zur Durchführung eines solchen von den Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Verträge geschlossenen Übereinkommens die Anwendung einer Bestimmung der Verträge ... oder das Funktionieren der Gemeinschaftsorgane behindern würde. In einem solchen Fall könnte die betreffende Maßnahme als Verstoß gegen die Verpflichtung aus Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag angesehen werden.“⁸⁶

In der jüngeren Rechtspraxis gibt es ein Beispiel, das man in diesem Sinn als Verstoß einiger Mitgliedstaaten gegen Art. 10 EGV einstufen kann: das Verhalten der Euro-Gruppe. Diese stimmte die Reaktion auf mögliche Defizitfrühwarnungen im exklusiven Kreis des informellen „Rats“ der Euro-Gruppe politisch ab und beschloss die vereinbarte Zurückweisung der Frühwarnungen später im Rat aufgrund ihrer qualifizierten Mehrheit. Es gab im Rat keine erneute Diskussion mit den *outs* der Währungsunion und *ins* des Stabilitätspakts – obwohl den *outs* nach allgemeinen Regeln ein Recht auf Teilnahme an den Beratungen im Rat zusteht⁸⁷. Eine derartiges „voting syndicate“⁸⁸ einiger Mitgliedstaaten kann im Einzelfall gegen Art. 10

⁸⁵ Kapitel 9 II 1 (S. 282 ff.).

⁸⁶ EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 Rz. 39 – *Hurd*.

⁸⁷ Zur Euro-Gruppe Kapitel 4 II 1 (S. 141 f.) und zur Beschlussfassung des Rats Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁸⁸ *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/870: „The group of cooperating states could in practice be-

EGV verstoßen⁸⁹. Als eigenständiger Rechtsverstoß könnte diese Verletzung der Gemeinschaftstreue von der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gerügt werden. Der Rückgriff auf Art. 10 EGV bewirkt jedoch keine generelle Unzulässigkeit der jeweiligen Kooperation außerhalb des Rahmens der europäischen Verträge. Vielmehr wird nur das Verhalten der Mitgliedstaaten in den europäischen Institutionen am Grundsatz der Gemeinschaftstreue gemessen und verstößt gegebenenfalls gegen diesen.

(4) Offenheit

Die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit im europäischen Recht beruhen auf der gemeinsamen Regel, dass sie grundsätzlich allen Mitgliedstaaten zur Teilnahme offen stehen⁹⁰. Auf völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten kann diese allgemeine Regel aber nicht übertragen werden, da es sich bei völkerrechtlichen Verträgen gerade nicht um Gemeinschaftsrecht handelt. Im Hinblick auf Art. 10 EGV, auf den man eine weitergehende Verpflichtung zur Offenheit völkerrechtlicher Kooperationen stützen könnte, stellte der Gerichtshof ausdrücklich fest: „Diese Pflichten, die im Rahmen der Verträge bestehen, können nicht auf gesonderte Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten angewandt werden, die außerhalb dieses Rahmens gelten, wie dies bei der Satzung der europäischen Schule der Fall ist.“⁹¹ Die völkerrechtliche Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten umfasst die freie Wahl der Vertragspartner. Soweit dies politisch erwünscht ist, kann die Aufnahme einer ausdrücklichen Beitrittsklausel ein wirkungsvolles Instrument für die dynamische Entwicklung des Kreises der Vertragsstaaten sein. Die Schengener Übereinkommen können auch insoweit als ein Modell für die Redaktion völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten dienen⁹². Rechtlich sind die Mitgliedstaaten zur Aufnahme einer Beitrittsklausel jedoch nicht verpflichtet. Sie können eine Kooperation für alle Mitgliedstaaten öffnen, müssen dies aber nicht.

come an alternative organization, that could pursue its interests through a sort of voting syndicate in the Council.“ Vor dem Problem warnt allgemein auch *F. Thytschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 188: „it could be used as a way of establishing consensus among the ins that would then be presented to the rest of the EU as a *fait accompli* and would leave the Ecofin Council an empty shell.“

⁸⁹ Ähnlich *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/43: „So schwierig es ist, einzelne Ausprägungen des allgemeinen Grundsatzes konkret zu benennen, wird man doch davon ausgehen dürfen, dass er den Mitgliedstaaten verbietet, Maßnahmen durchzuführen, die zur Spaltung ... der Gemeinschaft führen“; *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 42: „(Art. 10 EC) implies that states are not allowed to use intergovernmental cooperation which they have established among themselves as an argument for impeding the development of a European Union policy. This is, of course, a rather vague standard which the ECJ would have difficulties in applying“; *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 341: „..., solange sie dadurch nicht die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigen“; *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 113 f.: „darf ... nicht zu einer Vernachlässigung der im Rahmen der Gemeinschaftsverträge zugewiesenen Aufgaben führen“ und *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/183.

⁹⁰ Hierzu bereits Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁹¹ EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 Rz. 38 – *Hurd*.

⁹² Art. 140 II Schengen II: „Jeder Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften kann diesem Übereinkommen beitreten. Der Beitritt wird in einem Übereinkommen zwischen diesem Staat und den Vertragsparteien geregelt.“ Auch *H.C. Taschner*, Schengen (1997), S. 50 betont den „Modellcharakter“ der Vorschrift. Beim Schengener Recht war zum Zeitpunkt seiner Integration in das Europarecht mit allen Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und Irland ein Beitrittsvertrag unterzeichnet worden; Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

(5) Organleihe

In der Praxis völkerrechtlicher Kooperationen aller oder einiger Mitgliedstaaten gibt es verschiedene Beispiele für die Übertragung bestimmter Aufgaben auf die Gemeinschaftsorgane. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts handelt es sich hierbei um eine Organleihe, weil völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten rechtlich kein Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind und die entsprechende Zuständigkeit der EG-Organen nicht auf den Aufgabenzuweisungen des europäischen Primärrechts beruht⁹³. In der europarechtlichen Literatur ist die Frage nach der Zulässigkeit solcher Organleihen in den vergangenen Jahren nicht eingehend analysiert worden⁹⁴. Wegen der notwendigen Begrenzung des Umfangs kann die Fragestellung auch in diesem Rahmen nur cursorisch untersucht werden und es bleibt anderen Betrachtungen vorbehalten, die hier aufgeworfenen Gedanken näher zu erörtern und weitere Aspekte aufzuzeigen.

Das wohl bekannteste Beispiel für eine Organleihe ist das Protokoll betreffend der Auslegung des EuGVÜ durch den Gerichtshof, das 1971 als eigener völkerrechtlicher Vertrag geschlossen wurde und der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedurfte⁹⁵. Das Römische Schuldrechtsübereinkommen⁹⁶ weist vor diesem Hintergrund eine interessante Differenzierung auf: Obwohl das Übereinkommen und das (erste) Protokoll zur Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs grundsätzlich ein „ungleichzeitiges“ Inkrafttreten nach der Ratifikation durch den siebten der seinerzeit neun Mitgliedstaaten vorsahen⁹⁷, ist das Inkrafttreten des (ersten) Protokolls zur Auslegungszuständigkeit zusätzlich bedingt durch das Inkrafttreten eines (zweiten) Protokolls, das seinerseits der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedarf und dessen Inhalt sich darin erschöpft, ein Inkrafttreten des (ersten) Protokolls nach der Ratifikation durch nicht alle Mitgliedstaaten zu ermöglichen⁹⁸. Die Redakteure des Vertragswerk gingen in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Literaturauffassung offenbar davon aus, dass nur alle Mitgliedstaaten gemeinsam eine Übertragung der Auslegungszuständigkeit an den Gerichtshof legitimieren können⁹⁹.

⁹³ C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/364 und R. Hofmann, Flexibilität, EuR 1999, 713/727 f. sehen hierin ganz allgemein ein Beispiel für eine differenzierte europarechtliche Integration.

⁹⁴ Siehe aber die älteren Überlegungen, welche regelmäßig noch auf dem Gedanken gründen, dass eine völkerrechtliche Ergänzung des Primärrechts ohne formale Vertragsänderung zulässig sei, bei O. Jacot-Guillarmod, International (1979), S. 24 f.; M. Mok, Interpretation, CML Rev. 8 (1971), 485; M. Hilf, Organstruktur (1982), S. 195 ff. und J. Wuermeling, Kooperatives (1988), S. 207 ff.

⁹⁵ Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof vom 3.6.1971 (BGBl. 1972 II 846); in Kraft getreten am 1.9.1975 (BGBl. 1975 II 1138).

⁹⁶ Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (BGBl. 1986 II 809); für die Bundesrepublik in Kraft getreten am 1.4.1991 (BGBl. 1991 II 871). Das Übereinkommen bezieht sich wegen seines weiten Anwendungsbereichs nicht auf Art. 293 EGV.

⁹⁷ So Art. 23 I des Schuldrechtsübereinkommens ebd. und Art. 6 I (erstes) Protokoll betreffend die Auslegung des am 19.6.1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 19.12.1988 (BGBl. 1995 II 916), das von Deutschland ratifiziert wurde, bislang jedoch nicht in Kraft trat.

⁹⁸ Art. 3 (zweites) Protokoll zur Übertragung bestimmter Zuständigkeiten für die Auslegung des am 19.6.1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 19.12.1988 (BGBl. 1995 II 923), das von Deutschland ebenfalls ratifiziert wurde, bislang jedoch ebenso nicht in Kraft trat.

⁹⁹ So im Kontext des Art. 293 EGV Groeben/Thiesing/Ehlermann-I. Schwatz, Art. 220 EGV Rn. 92 f.; J. Wuermeling, Kooperatives (1988), S. 143; für das Sozialprotokoll A. Kliemann, Sozialunion?, in: von Danwitz

Während die vorstehenden Beispiele einer Organleihe auf keiner besonderen Ermächtigung des europäischen Primärrechts beruhen, sah Art. K.3 II lit.c EUV (1992) ausdrücklich vor, dass in völkerrechtlichen Übereinkommen nach dieser Bestimmung dem Gerichtshof eine Auslegungszuständigkeit übertragen werden kann. Soweit die Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch machten, setzten sie die Praxis einer notwendigen Zustimmung aller Mitgliedstaaten zur Übertragung der Auslegungszuständigkeit fort, obwohl im Ergebnis auch hier nicht alle Mitgliedstaaten die Gerichtsbarkeit anerkannten: Teils müssen alle Mitgliedstaaten das Protokoll über die Auslegungszuständigkeit ratifizieren und die Aktivierung der Auslegungszuständigkeit ist durch eine zusätzliche Unterwerfungserklärung bedingt¹⁰⁰; teils ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Übereinkommen selbst vorgesehen, das der Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten bedarf. Die Aktivierung der Zuständigkeit des Gerichtshof erfolgt dann durch die Ratifikation eines gesonderten Protokolls, das nach der Ratifikation durch den dritten Mitgliedstaat in Kraft tritt¹⁰¹.

Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam umfasst die Zuständigkeit des Gerichtshofs gemäß Art. 35 EUV alle Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung des Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen findet demnach im Primärrecht eine besondere Stütze und bedarf anders als die früheren Übereinkommen auch dann keiner besonderen Anerkennung durch alle Mitgliedstaaten, wenn das Übereinkommen nach der Ratifikation durch die Mehrheit der Mitgliedstaaten in Kraft tritt¹⁰². Nach den allgemeinen Regeln des Art. 35 EUV folgt auch hier aus der Ratifikation des

(1993), S. 183 f.; G. Schuster, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/182 f. und U. Kampmeyer, Sozialpolitik (1998), S. 112 f.: „ausdrückliche Vertragsänderung oder –ergänzung, zu der alle Mitgliedstaaten ihre Zustimmung erteilen müssen“; im Kontext des Schengener Rechts sah die Kommission kein Problem, dem Gerichtshof eine Auslegungszuständigkeit zu übertragen, soweit alle Mitgliedstaaten zustimmen, vgl. H.C. Taschner, Schengen (1997), S. 52; im Kontext des Vertrags über die Benelux-Wirtschaftsunion, wo wegen dieser Überlegung von dem Gedanken Abstand genommen wurde, dem Gerichtshof eine Auslegungszuständigkeit zu übertragen, ebenso G. Demez, Benelux, C.D.E. 12 (1976), 149/152 und I. Schwartz, Art. 220 T.C.E., in: Mégrét 15, 1. Aufl. 1987, Rn. 11: „Une telle attribution constituerait une extension de la compétence de la Cour de justice qui n'est pas habilitée par les traités ... (et) équivaudrait en réalité à une modification de ces traités.“ Teilweise wird auch vertreten, dass auf Grundlage des Art. 239 EGV eine Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs auch ohne Zustimmung der anderen Mitgliedstaaten begründet werden könne; so Handkommentar EUV/EGV-E. Klein, Art. 220 EGV (1994) Rn. 8 und M. Hilf, Organstruktur (1982), S. 213 ff. Für die Notwendigkeit einer förmlichen Vertragsänderung nach Art. 48 EUV als Mehr im Vergleich zu einer Zustimmung aller Mitgliedstaaten C. Koenig, Sozialunion, EuR 1994, 175/185 ff. und T. Giegerich, Konstitutionalisierungsprozess (2003), S. 547 f.

¹⁰⁰ So das Protokoll betreffend die Auslegung des Europol-Übereinkommens durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der Vorabentscheidung vom 24.7.1996 (ABl. 1996 C 299, 2; in Kraft getreten am 29.12.1998) und die Protokolle zum Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vom 27.11.1996 (ABl. 1997 C 151, 2; in Kraft getreten am 17.10.2002) und zum Übereinkommen zum Einsatz der Informationstechnologie im Zollbereich vom 27.11.1996 (ABl. 1997 C 151, 16; bislang nicht in Kraft).

¹⁰¹ So Art. 17 II Übereinkommen zur Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen vom 26.5.1997 (ABl. 1997 C 261, 2) und Art. 7 III Protokoll betreffend die Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 26.5.1997 (ABl. 1997 C 261, 18); Art. 45 Übereinkommen über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 28.5.1997 (ABl. 1997 C 221, 2) und Art. 9 III Protokoll betreffend die Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 28.5.1997 (ABl. 1997 C 221, 20). Die Ratifikation der beiden Übereinkommen und Protokolle wurde nicht weiterverfolgt, nachdem im Juni 2000 entsprechende Verordnungen aufgrund des Art. 65 EGV angenommen wurden.

¹⁰² Näher Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

Übereinkommens allerdings nicht automatisch die Zuständigkeit des Gerichtshofs, sondern muss für Vorabentscheidungsverfahren gesondert anerkannt werden¹⁰³. Diese differenzierte Zuständigkeit des Gerichtshofs für nicht alle Vertragsparteien setzt die Tradition völkerrechtlicher Übereinkommen nach Art. 293 EGV, K.3 II lit.c EUV (1992) fort und umfasst auch zukünftige völkerrechtliche Kooperationen nach Art. 34 II lit.d EUV.

Der Gerichtshof befasste sich in keinem Verfahren mit der Zulässigkeit der Ausweitung seiner Zuständigkeit auf völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten und unterstellte diese damit als zulässig¹⁰⁴. Dagegen bestätigte er ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten, der Kommission die Zuständigkeit zur Verwaltung des Europäischen Entwicklungsfonds zu übertragen: „Keine Bestimmung des Vertrages hindert die Mitgliedstaaten daran, außerhalb seines Rahmens Verfahrenselemente anzuwenden, die sich an den Vorschriften für die Gemeinschaftsausgaben orientieren, und die Gemeinschaftsorgane an einem solchen Verfahren zu beteiligen.“¹⁰⁵ Der Gerichtshof bestätigte damit implizit die Rechtspraxis der vorstehend aufgeführten Übereinkommen, wonach eine Organleihe durch eine völkerrechtliche Übereinkunft aller Mitgliedstaaten möglich ist. Generalanwalt *Jacobs* hatte eine weitergehende Differenzierung vorgeschlagen, auf die der Gerichtshof mangels Entscheidungsrelevanz nicht weiter einging. Nach seiner Auffassung muss zwischen administrativen Aufgaben und legislativen Funktionen unterschieden werden. Erstere können den Gemeinschaftsorganen ohne weiteres durch alle Mitgliedstaaten übertragen werden. Dagegen dürfen legislative Tätigkeiten insbesondere dann nicht den Gemeinschaftsorganen übertragen werden, wenn parallele konkurrierende EG-Gesetzgebungszuständigkeiten bestehen¹⁰⁶.

Hierauf aufbauend kann man die Organleihe der europäischen Institutionen durch folgende allgemeine Regeln beschränken: Die Übertragung eines funktionellen Ausschnitts des institutionellen Gefüges der Europäischen Union auf eine völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten ist grundsätzlich zulässig, soweit das Primärrecht dies gestattet oder ein besonderer Vertrag aller Mitgliedstaaten dies vorsieht. Dies gilt insbesondere für die Entleihung der Rechtsprechungsfunktion des Gerichtshofs oder der Administrativfunktion der Kommission. Dagegen scheidet die Übertragung weitreichender Legislativzuständigkeiten oder gar eine „Gesamtleihe“ des gesamten einheitlichen institutionellen Rahmens an eine völkerrechtliche Kooperation regelmäßig aus. Diese würde die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsorgane unterminieren und eine Umgehung des Vertragsänderungsverfahrens darstellen. Wenn einige Mitgliedstaaten die Gemeinschaftsmethode untereinander anwenden möchten, kann dies gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit auch innerhalb der europäischen Verträge erfolgen.

Allenfalls dann, wenn im Rahmen einer förmlichen Vertragsänderung die Gesamtleihe aller Gemeinschaftsorgane an eine völkerrechtliche Kooperation ausdrücklich gestattet wird, steht das Gemeinschaftsrecht einer Gesamtleihe nicht entgegen. Das Sozialprotokoll war als integraler Bestandteil des Primärrechts eine derartige Ermächtigung. Es verlieh der Gesamtleihe des institutionellen Gefüges an die Kooperation einiger Mitgliedstaaten aufgrund des

¹⁰³ Vgl. Kapitel 7 III (S. 217 ff.).

¹⁰⁴ Siehe etwa die erste Entscheidung zum EuGVÜ, EuGH, Rs. 12/76, Slg. 1976, 1473 – *Tessili*; auch Generalanwalt *Mayras* ebd. 1487 ff. schweigt zur Zulässigkeit der Organleihe.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625 Rz. 41 – *Parlament/Rat* im Anschluss an EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 Rz. 20 – *Parlament/Rat und Kommission*.

¹⁰⁶ Generalanwalt *Jacobs*, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625/650 – *Parlament/Rat*.

Sozialabkommens eine besondere primärrechtliche Legitimation¹⁰⁷. In solchen Fällen könnte man eine weitergehende Beschränkung der Organleihe allenfalls unter Rückgriff auf die Aussagen des Gerichtshofs im ersten Gutachten zum Europäischen Wirtschaftsraum annehmen¹⁰⁸. Ungeachtet der Entscheidung dieser Frage ist es allgemein nur konsequent, wenn das Europarecht der Organleihe äußere Grenzen setzt. Es gibt nämlich die Alternative einer europarechtlichen Ungleichzeitigkeit innerhalb des einheitlichen institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Die allgemeine Regel des Europarechts zur Organleihe schützen die Integrität des einheitlichen institutionellen Rahmens und verhindern, dass die Trennlinie zwischen Völkerrecht und Europarecht verschwimmt.

III Ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten

In seiner Entscheidung zum Vertrag von Maastricht betont das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung: „Die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse werden dadurch in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingehalten, keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse durch Europäische Union und Europäische Gemeinschaften von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht (wird).“¹⁰⁹ Soweit das europäische Primärrecht der Gemeinschaft keine ausdrückliche oder konkurrierende Zuständigkeit überträgt, sind die Mitgliedstaaten in eigener Verantwortung für die Regelung der Sachmaterie verantwortlich und man kann insofern von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sprechen.

Bei der Wahrnehmung ihrer ausschließlichen Zuständigkeiten können die Mitgliedstaaten auch völkerrechtliche Kooperationen begründen¹¹⁰. Anders als bei den vorstehend entwickel-

¹⁰⁷ Zum Sozialabkommen bereits Kapitel 6 IV (S. 194 ff.).

¹⁰⁸ EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 71 f. – *EWR I*: „... könnte eine Änderung (des Art. 238 EGV) in dem von der Kommission angesprochenen Sinne die Unvereinbarkeit des Gerichtssystems des Abkommens mit dem Gemeinschaftsrecht nicht beseitigen.“ Es sei nicht näher erörtert, ob der Gerichtshof hier die Existenz eines änderungsfesten Kernbestands der europäischen Verträge und damit die Möglichkeit „vertragswidrigen Vertragsrechts“ postulierte; vgl. hierzu bereits die Darlegungen in den einleitenden Bemerkungen zu Kapitel 8 (S. 233). Selbst wenn man dies unterstellt, bedeutet es aus zwei Gründen nicht notwendig eine Vertragswidrigkeit der Gesamtleihe aller EU-Organe an völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten: (1) Anders als im Fall des EWR geht es nicht um die Übertragung von Zuständigkeiten der Gemeinschaft an eine internationale Organisation. Rechtsakte im Rahmen der völkerrechtlichen Kooperation wären anders als EWR-Rechtsakte gerade nicht „integrierender Bestandteil“ des Gemeinschaftsrechts. Die Tätigkeit der EU-Organe aufgrund der Organleihe hätte keine direkten Rückwirkungen auf ihre Tätigkeit im Rahmen der Europäischen Union, da europäisches Sekundärrecht Vorrang vor partikularem Völkerrecht einiger Mitgliedstaaten hat (Kapitel 10 II 2 b (2); S. 311 ff.). (2) Es wären im Fall des EWR-Gerichtshofs nur einige EuGH-Richter „entliehen“ worden und insoweit die personelle Integrität und Funktionsfähigkeit des EU-Organs Gerichtshof unterlaufen worden (EuGH ebd. 30 ff.) – eine Gefahr, die nicht bestünde, wenn man die Gesamtleihe der EU-Organe an den allgemeinen Regeln des Europarechts für die Zusammensetzung und Beschlussfassung der Organe bei Ungleichzeitigkeit ausrichtete (hierzu Kapitel 7; S. 205 ff.). Es sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof zweifach eine Organleihe an völkerrechtliche Vertragsregime durch die Gemeinschaft als Vertragspartei unter anderen Bedingungen als denjenigen des ersten Gutachtens zum EWR ausdrücklich für zulässig erachtete; EuGH, Gutachten 1/92, Slg. 1992 I-2821 – *EWR II* und EuGH, Gutachten 1/00, Slg. 2002 I-3493 – *Gemeinsamer europäischer Luftraum*.

¹⁰⁹ BVerfGE 89, 155/191 – *Maastricht*.

¹¹⁰ So ausdrücklich auch *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/755; *J. Wuermeling*, *Kooperatives* (1988), S. 164 und 187 ff.; *S. Weatherbill*, *Cooperation*, in: O’Keefe/Twomey (1999), S. 35.

ten allgemeinen Regeln des Europarechts für konkurrierende Zuständigkeiten sind die Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit nicht verpflichtet, mit den EG-Organen in eine politische Konsultation über die Möglichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung zu treten. Rechtlich steht es ihnen ebenfalls frei, einzelne Mitgliedstaaten von der Kooperation auszuschließen oder bei einer Regierungskonferenz gegen die Vergemeinschaftung eines Sachbereichs einzutreten, in deren Folge dieser wie andere Gemeinschaftszuständigkeiten behandelt würde. Einzig die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine Organleihe und die Pflicht zur Beachtung der Grundfreiheiten und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind ihrem Wesen nach nicht auf die Verbandszuständigkeiten der Gemeinschaft begrenzt. Sie gelten auch für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ansonsten ausschließlichen Zuständigkeit¹¹¹.

Der Umfang der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ist im Einzelfall nach allgemeinen europarechtlichen Regeln zu bestimmen. Hiernach unterfällt etwa die Kultur- und Bildungspolitik weitgehend der nationalen Kompetenz. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass Art. 151 II EGV speziell in diesem Bereich die Zulässigkeit der engeren völkerrechtlichen Zusammenarbeit ausdrücklich anerkennt¹¹². Ausdruck hierfür sind etwa das Übereinkommen über das Europäische Hochschulinstitut¹¹³ und die Satzung der Europäischen Schulen¹¹⁴ oder die Förderung des Jugendaustausches durch das deutsch-französische Jugendwerk aufgrund des Elysée-Vertrags¹¹⁵. Dies sind freilich nur einzelne Beispiele, die durch eine Vielzahl anderer Kooperationen ergänzt werden könnten. Die Verwirklichung des verfassungspolitischen Integrationskonzepts des Kerneuropa nach dem Modell *Chirac* würde auch vor allem Sachbereiche einer europäischen Regelung zuführen, die derzeit ausschließlich oder weitgehend in den Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeit fallen. Dies gilt etwa für eine umfassende wirtschaftspolitische Koordinierung, eine europäische Armee, die Kultur- und Bildungspolitik oder ein umfassendes europäisches Schuldrecht¹¹⁶. Nach den allgemeinen Regeln des Europarechts sind völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten hier grundsätzlich zulässig und unterliegen keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken.

¹¹¹ So zum Diskriminierungsverbot der Niederlassungsfreiheit ausdrücklich EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999 I-6161 Rz. 57 – *Saint-Gobain*: „According to the settled case-law of the Court, *although direct taxation is a matter for the Member States*, they must nevertheless exercise their taxation powers consistently with Community law“ (eigene Hervorhebung).

¹¹² Kapitel 10 II 1 (S. 299 ff.).

¹¹³ Übereinkommen über die Gründung eines Europäische Hochschulinstituts vom 19.4.1972 (BGBl. 1992 II 1251); in Kraft getreten für die Bundesrepublik am 1.2.1975 (BGBl. 1975 II 839), das wegen der Beteiligung von Nichtmitgliedstaaten wie der Schweiz und Norwegen eine völkerrechtliche Kooperation *cum tertius* ist.

¹¹⁴ Übereinkommen über die Satzung der Europäischen Schule vom 12.4.1957 (BGBl. 1965 II 1041), für die Bundesrepublik in Kraft getreten am 2.12.1965 (BGBl. 1966 II 212).

¹¹⁵ Abschnitt II.C.2 des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über die deutsch-französische Zusammenarbeit vom 22.1.1963 (BGBl. 1963 II 707); in Kraft getreten am 2.7.1963 (BGBl. 1963 II 1153).

¹¹⁶ Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

IV Fazit

Die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten ergeben ein differenziertes Gesamtbild. Eindeutig ist die Rechtslage im Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten: Soweit eine ausschließliche EG-Zuständigkeit besteht, entfaltet diese eine Sperrwirkung gegenüber völkerrechtlichen Kooperationen. Die Mitgliedstaaten dürfen hier untereinander keine völkerrechtlichen Verträge mehr schließen. Im Gegenzug können die Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit frei kooperieren. Auch im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten dürfen die Mitgliedstaaten weiterhin völkerrechtliche Verträge schließen. Zwar können Übereinkommen aller Mitgliedstaaten regelmäßig als eine Umgehung gemeinschaftsrechtlicher Rechtssetzungsverfahren und Verstoß gegen Art. 10 EGV gewertet werden. Völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten werden durch die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten aber nicht generell untersagt. Insbesondere kann aus der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit nicht geschlossen werden, dass in ihrem Anwendungsbereich völkerrechtliche Kooperationen nunmehr unzulässig wären.

Im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten dürfen einzelne Mitgliedstaaten somit weiterhin auf völkerrechtlicher Grundlage zusammenarbeiten. Allerdings umfassen die allgemeinen Regeln „fünf Gebote“ des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten. Diese sind nur zulässig, wenn der Versuch einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung keine Aussicht auf Erfolg hat und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gewahrt bleibt. Im Konfliktfall müssen völkerrechtliche Verträge hinter kollidierendes Europarecht zurücktreten. Auch dürfen völkerrechtliche Kooperationen die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsorgane nicht untergraben. Dennoch können einzelne europäische Institutionen mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten an völkerrechtliche Kooperationen „entliehen“ werden. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs und die Administrativfunktion der Kommission. Dagegen ist eine weitergehende Gesamtleihe nach den allgemeinen Regeln des Europarechts regelmäßig ausgeschlossen. Völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten sind gerade kein Bestandteil der europäischen Rechtsordnung. In Abgrenzung zu den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit sind sie nicht daher nach allgemeinen Regeln des Europarechts nicht in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert.