

Kapitel 9

EXTERNE DIMENSION

Die Väter der europäischen Verträge erkannten schon vor 50 Jahren, dass ein effektiver Gemeinsamer Markt sich nicht auf die Abschaffung der Handelshemmnisse zwischen den Mitgliedstaaten beschränken kann, sondern der Ergänzung durch eine gemeinsame Außenhandelspolitik bedarf. *Walter Hallstein* fasste den inneren Zusammenhang zwischen Binnenregulierung und Außenzuständigkeit in einen Satz: „Innere und äußere Einheit sind die zwei Seiten einer und derselben Münze.“¹ Bei Ungleichzeitigkeit ist die innere Einheit des Gemeinschaftsrechts wegen der geographischen Beschränkung des Geltungsbereichs relativiert. Dagegen orientieren sich die herkömmlichen Grundsätze über die Außenkompetenzen der Gemeinschaft an der Notwendigkeit eines einheitlichen Auftretens. Sie können daher, wenn überhaupt, nicht unbesehen auf Ungleichzeitigkeit übertragen werden. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Außenvertretung der Gemeinschaft und dem Schutz der legitimen Interessen der *outs*. Diese sollen auf dem Umweg internationaler Regelungen nicht mittelbar in den Regelungsgehalt des ungleichzeitigen Europarechts einbezogen werden. Es ist daher zu ermitteln, ob die wünschenswerte Einheitlichkeit des auswärtigen Handelns und der Schutz der legitimen Interessen der *outs* aufgrund allgemeiner Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit einer Synthese zugeführt werden können.

Die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für auswärtiges Handeln bei Ungleichzeitigkeit soll in diesem Kapitel mit exemplarischen Überlegungen zur externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verbunden werden. Dieser ist bislang nicht nur die quantitativ wichtigste Form von Ungleichzeitigkeit. Ihrem Wesen nach erfordern effektive europäische Regeln im Bereich der Justiz- und Innenpolitik vielfach eine völkerrechtliche Kooperation mit Drittstaaten. Die Terroranschläge in New York und Washington am 11. September 2001 haben verdeutlicht, dass innere Sicherheit durch ein einseitiges Vorgehen nicht mehr gewährleistet werden kann. Schon in Tampere hat der Europäische Rat darauf hingewiesen, dass „alle der Union zur Verfügung stehenden Zuständigkeiten und Instrumente, insbesondere im Bereich der Außenbeziehungen, in integrierter und kohärenter Weise dazu verwendet werden müssen, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen.“² Die rechtliche Position der *outs* und der *ins* bedarf dabei ebenso einer näheren Betrachtung wie die Frage, inwiefern trotz Ungleichzeitigkeit ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten möglich ist.

I Auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft

Die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für das auswärtige Handeln der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit erfordert in einem ersten Schritt eine Antwort auf die Frage, ob und, wenn ja, in welchem Umfang der Gemeinschaft bei Un-

¹ *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 193.

² Europäischer Rat in Tampere am 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 59.

gleichzeitigkeit eine Kompetenz für ein eigenständiges völkerrechtliches Handeln zukommt³. Eine ausdrückliche auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit normieren die Verträge nur im Bereich der Währungsunion. Nach Art. 111 EGV besteht eine Außenkompetenz der Gemeinschaft für die Vereinbarung von Wechselkurssystemen mit Drittstaaten⁴. Eine besondere Kompetenz zum Abschluss eines säulenübergreifenden Abkommens mit Norwegen und Island zu deren Anbindung an das Schengener Recht ist darüber hinaus in Art. 6 Schengen-Protokoll niedergelegt⁵. Bei allen anderen Formen von Ungleichzeitigkeit existiert dagegen keine ausdrückliche auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft. Diese kann der Gemeinschaft somit nur aufgrund der AETR-Grundsätze zukommen, soweit diese bei Ungleichzeitigkeit Anwendung finden.

1 Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze

Nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfen die Mitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der Gemeinschaftsorgane keine Verpflichtungen eingehen, die Gemeinschaftsrechtsnormen „beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern können.“⁶ Die Außenkompetenz der Gemeinschaft ergibt sich insoweit implizit aus den Binnenermächtigungen der Verträge und ist grundsätzlich ausschließlich⁷. In der deutschsprachigen Literatur hat sich in den vergangenen Jahren ein Meinungsstreit entwickelt, ob die AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit anwendbar sind⁸. Dies steht in einem überraschenden Kontrast zu der Diskussion in der nicht-deutschen Literatur, in der eine Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit meist ohne weitere Erörterung unterstellt wird⁹. Die ablehnende Haltung der deutschsprachigen Autoren beruht letztlich auf einer Stellungnahme *Bekkers*, die dieser eher beiläufig im Anschluss an allgemeine Anmerkungen zur Sperrwirkung der verstärkten Zusammenarbeit für die interne Gesetzgebung der Mitgliedstaaten tätigte:

³ Die Begriffe „Kompetenz“ und „Zuständigkeit“ werden als gleichbedeutend verwandt. So nunmehr auch EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 – *Kommission/Deutschland* und die Anmerkung von *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/278.

⁴ Nach Art. 122 III EGV umfasst die Kompetenz nur die *ins* der Währungsunion; siehe schon Kapitel 4 I 3 (S. 136 ff.). Näher zu Rechtsfragen der Außenvertretung der Währungsunion insbesondere *C. Zilioli/M. Selmayr*, External, CML Rev. 36 (1999), 273. Siehe auch *F. Granell*, Euro, Rev.der.com.eur. 1998, 7; *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 170 ff. und *B. Martenczuk*, Außenvertretung, ZaöRV 59 (1999), 93.

⁵ Hierzu Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

⁶ EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 20/22 – *AETR*.

⁷ Zur rechtlichen Tragweite der AETR-Grundsätze in der späteren Rechtsprechung des Gerichtshofs statt vieler *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 731 ff.; *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 47 ff.; *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277. und die einschlägigen Kommentierungen von Art. 300 EGV.

⁸ Zu den zweifelnden oder ablehnenden Stimmen die Nachweise im Folgenden. Eine Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit nehmen in der deutschsprachigen Literatur dagegen an *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/379 f.; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 32 ff. und *C. von Büttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/682.

⁹ Etwa *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/853: „nothing prevents this“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/868; *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/116; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93; *S. Peers*, Justice and Home Affairs (2000), S. 51: „the normal rule that the EC has implied external competence once it adopts internal measures will apply“; *C.D. Ehlermann*, Differentiation, ELJ 4 (1998), 246/258: „ERTA-effect may emerge“; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 63: „action in this area may create ERTA effects“; *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/172: „podrá desarrollarse la cooperación reforzada mediante la celebración de tratados internacionales“.

„Geht man von einem Modell konkurrierender Kompetenzen aus, so führt die Zusammenarbeit dazu, dass ein gemeinschaftlicher Kompetenzzuwachs erfolgt, aber nur gegenüber den beteiligten Mitgliedstaaten. Das ist zwar weithin wegen des Anwendungsvorrangs von eher dogmatischem als praktischem Interesse. Bei Überlegungen zur Entwicklung der Vertragsschluss-, also Außenkompetenzen, kann die Frage aber durchaus Bedeutung entfalten. Insofern wird davon auszugehen sein, dass keine parallelen Außenkompetenzen erwachsen, da sonst die (verstärkte Zusammenarbeit) die Kompetenzen der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beschneiden könnte und vor allem das Auftreten nach Außen hin nicht einheitlich für die gesamte Gemeinschaft erfolgte.“¹⁰

Unter Berufung auf *Becker* lehnen auch *Hatje* sowie modifizierend *Martenczuk* und *Ruffert* die Anwendung der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit ab¹¹. Den Mitgliedstaaten verbleibe die Zuständigkeit, einen Bereich, der von einem ungleichzeitigen Binnenrechtsakt geregelt ist, einer eigenständigen völkerrechtlichen Regelung mit Drittstaaten zuzuführen. Allenfalls seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre verbleibende Zuständigkeit zur Außenvertretung „gemäß dem allgemeinen Grundsatz der Loyalität ... einvernehmlich (zu) gestalten“¹². Dieser Verweis auf eine alternative intergouvernementale Koordinierung des Auftretens der Mitgliedstaaten überzeugt nicht. Sie wurde vom Gerichtshof schon in der ursprünglichen AETR-Entscheidung nicht als rechtlicher Einwand gegen die AETR-Grundsätze anerkannt. Die Kommission hatte sich seinerzeit gegen eine Situation gewandt, in der die Mitgliedstaaten sich bereits auf eine gemeinsame Verhandlungsposition verständigt hatten und diese auch durch einen gemeinsamen Sprecher vertreten lassen wollten. Ausdrücklich entschied der Gerichtshof, dass „die Mitgliedstaaten weder einzeln *noch selbst gemeinsam handelnd* berechtigt (sind), mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen“¹³.

Soweit *Martenczuk* und *Ruffert* die Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze unter Verweis auf das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit für ausgeschlossen erachten, weil diese im Bereich von ausschließlichen Gemeinschaftskompetenzen nach Art. 43 lit.d EUV ausgeschlossen ist, stützt dies ihre These ebenfalls nicht¹⁴. Das „vierte Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit nimmt zwar Sachbereiche einer ausschließlichen Verbandskompetenz der Gemeinschaft wie die Gemeinsame Handelspolitik vom Anwendungsbereich der verstärkten

¹⁰ U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/53 f. Der Verweis auf *A. Dashwood*, Enlargement, in: ders. (1996), S. 145/151 unterstützt die Ansicht *Beckers* allenfalls bedingt, da das zitierte Positionspapier *Dashwoods* aus dem Jahr 1996 stammt und rechtspolitische Überlegungen zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten variabler Geometrie enthält. Konkret heißt es bei *Dashwood*: „Can the ERTA doctrine apply in an area in which variable geometry applies?... The ERTA doctrine applies only where there are *common* rules that may be affected by the international undertakings Member States enter into... In areas affected by variable geometry, ... the Community has no external competence.“

¹¹ Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 27 f.: „(Es) kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Wahrnehmung von Befugnissen im Rahmen der (verstärkten Zusammenarbeit) zu einer Verschiebung der Außenkompetenzen führt.“ Im Ergebnis ebenso *B. Martenczuk*, Amsterdam, ZEuS 1998, 447/468 und *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 11 EGV Rn. 6. Zweifelnd auch *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 63: „difficult to imagine“.

¹² *Hatje* ebd. 28. Ähnlich *Becker*, *Martenczuk* und *Ruffert* sowie die rechtspolitischen Überlegungen bei *Dashwood* ebd. Sofern *Becker* zum Beleg auf *C.D. Ehlermann*, „Two Speeds“, Michigan Law Review 82 (1984), 1274/1278 verweist, ist dies kein Beleg für die These. *Ehlermann* will nämlich die AETR-Grundsätze anwenden und überlegt einzig, ob eine auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft entstehe „with respect to all (i.e., also the non-participating) Member States? Or does an exclusive power exist only in relation to those Member States that do participate in the operation?“

¹³ EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 15/19 – AETR (eigene Hervorhebung).

¹⁴ *Martenczuk* und *Ruffert* ebd.

Zusammenarbeit aus. Hier ist eine ungleichzeitige Außenvertretung tatsächlich ausgeschlossen¹⁵. Bei der Anwendung der AETR-Grundsätze geht es aber um die Konstellation, dass eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten zulässig begründet wurde, ohne dass eine ausschließliche Zuständigkeit berührt ist. Die Folgefrage ist nun, ob nach Maßgabe der AETR-Grundsätze eine auswärtige Zuständigkeit *im Rahmen* der verstärkten Zusammenarbeit entsteht. Die AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dann in der Tat ausschließlich und sperrt ein autonomes Handeln der Mitgliedstaaten, ohne dass die verstärkte Zusammenarbeit bei ihrer Begründung eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz nach Art. 43 lit.d EUV verletzt¹⁶.

Nicht zielführend ist schließlich auch der Hinweis, dass aus der ausdrücklichen Verankerung einer Außenkompetenz in Art. 6 Schengen-Protokoll und Art. 111 EGV im Umkehrschluss abgeleitet werden könne, dass der Vertragsgeber in anderen Fällen von Ungleichzeitigkeit keine Außenvertretung der Gemeinschaft zulassen wollte¹⁷. Die Einführung von ausdrücklichen Bestimmungen kann in beiden Fällen mit einer alternative Motivation erklärt werden: Die beiden Normierungen zielen in erster Linie auf die Festschreibung eines speziellen Entscheidungsverfahrens, das von den allgemeinen Vorgaben des Art. 300 EGV abweicht¹⁸. Aus der Existenz der beiden ausdrücklichen Bestimmungen kann somit nicht im Umkehrschluss auf die allgemeine Nichtanwendbarkeit der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit geschlossen werden. Schon in der ursprünglichen AETR-Entscheidung hat der Gerichtshof die implizite Außenzuständigkeit der Gemeinschaft gerade nicht auf explizite Vertragsnormen, sondern auf das „System“ der Verträge gestützt¹⁹. Die maßgebliche Argumentation des Gerichtshofs war nicht der Wortlaut der Verträge, sondern die einheitliche Anwendung und der *effet utile* des Gemeinschaftsrechts. Aus der Verbindung von Art. 10 EGV mit einer konkreten Gemeinschaftspolitik folgt nach der Auffassung des Gerichtshofs:

„... dass Mitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der Gemeinschaftsorgane keine Verpflichtungen eingehen dürfen, welche *Gemeinschaftsrechtsnormen*, die zur Verwirklichung der Vertragsziele ergangen sind, *beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern* können... Neben dieser Gemeinschaftszuständigkeit kann es keine konkurrierende Zuständigkeit der Mitgliedstaaten geben, da alles, was außerhalb der Gemeinschaftsorgane geschieht, mit der

¹⁵ Siehe Kapitel 2 III 4 (S. 65 ff.).

¹⁶ Zur Ausschließlichkeit der AETR-Zuständigkeit EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 20/22 – *AETR*: „nur die Gemeinschaft“. Soweit *Martenczuk* und *Ruffert* ebd. zu dem Ergebnis gelangen, dass der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit eine Zusammenarbeit mit Drittstaaten erlaubt sei, „ohne dass eine ausschließende Kompetenz begründet wird“ (*Ruffert*), bleibt offen, in welchem Verhältnis die verbleibende Außenzuständigkeit der Mitgliedstaaten zu derjenigen der Gemeinschaft stehen soll. Der mögliche Konflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, den die AETR-Grundsätze gerade ausschließen wollen, ist nicht ausgeräumt.

¹⁷ So unter Hinweis auf Art. 111 EGV Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28. Allgemein kritisch zur fehlenden ausdrücklichen Regelung der externen Dimension von Ungleichzeitigkeit *H. Kortenberg*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/853; *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, EuR 1997, 362/379 f. und *R. Hofmann*, *Flexibilität*, EuR 1999, 713/725.

¹⁸ Nach Art. 111 III EGV muss die EZB, nicht aber das Europäische Parlament, angehört werden und nach Art. 111 IV EGV kann die Vertretung der Gemeinschaft auch der Ratspräsidentschaft oder der EZB anstelle der Kommission übertragen werden. Das Verfahren des Art. 6 Schengen-Protokoll ist auf einen entsprechenden Ratsbeschluss beschränkt (näher Kapitel 9 I 2; S. 274 ff.) und normiert darüber hinaus eine Abschlussverpflichtung: „Die Republik Island und das Königreich Norwegen *werden ... assoziiert*.“

¹⁹ EuGHE 1971, 263 Rz. 15/19 – *AETR*.

Einheit des Gemeinsamen Marktes und *einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts* unvereinbar ist.“²⁰

Diese Erwägungen, die der AETR-Rechtsprechung zu Grunde liegen, greifen auch bei Ungleichzeitigkeit. Ungleichzeitiges Europarecht gilt zwar nicht in allen Mitgliedstaaten, so dass insofern nicht von einer einheitlichen Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrecht im gesamten Unionsgebiet gesprochen werden kann. Dennoch ist ungleichzeitiges Europarecht ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung. Die Grundsätze der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* gelten innerhalb des beschränkten geographischen Geltungsbereichs von ungleichzeitigem Gemeinschaftsrecht ebenso wie bei Gleichzeitigkeit. Bei Ungleichzeitigkeit finden daher die AETR-Grundsätze nach allgemeinen Regeln ebenso Anwendung wie alle anderen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die wie der Vorrang oder die unmittelbare Anwendung direkt oder mittelbar auf der Notwendigkeit der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* beruhen²¹. Hiernach entsteht auch bei Ungleichzeitigkeit eine entsprechende AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft, soweit ein autonomes Handeln der Mitgliedstaaten die ungleichzeitigen Normen des Europarecht „beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern (kann).“²²

Die AETR-Grundsätze können bei Ungleichzeitigkeit freilich nur mit einer Einschränkung gelten: Ebenso wie das ungleichzeitige Gemeinschaftsbinnenrecht, das eine auswärtige AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft begründet, besitzen völkerrechtliche Verträge der Gemeinschaft auf dieser Grundlage einen geographisch beschränkten Geltungsbereich. Sie binden europarechtlich nur die an der Binnenrechtsetzung beteiligten Mitgliedstaaten. Dies ist als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit eine notwendige Folge des beschränkten geographischen Geltungsbereichs des Binnenrechts. Da nur die *ins* an dieses gebunden sind, kann es auch nur für sie eine Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit bewirken²³. Bei der verstärkten Zusammenarbeit wird dies Ergebnis durch den not-

²⁰ Ebd. Rz. 20/22 (erster Satz des Zitats), Rz. 30 f. (zweiter Satz); eigene Hervorhebung.

²¹ Hierzu bereits Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.).

²² EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 20/22 – *AETR*. Ebenso die eingangs in Fn. 8 f. erwähnten Autoren (S. 206). Im Grundsatz ähnlich Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 26: „(D)ie Ratio des Vorrangs, die Sicherung der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten, gilt ebenso für die (verstärkte Zusammenarbeit)“. Ebd. 28 kommt er freilich zu dem Schluss, dass die Kompetenzverschiebung infolge der AETR-Grundsätze die „Rechtseinheit in der gesamten Gemeinschaft ... schützen soll ..., während der gemeinsamen Außenvertretung im Rahmen einer (verstärkten Zusammenarbeit) eine gespaltene Rechtsordnung im Innern der EG korrespondieren würde“, weshalb gerade keine ungleichzeitige AETR-Zuständigkeit entstehe.

²³ Im Ergebnis ebenso *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/379 f. und *ders.*, Differentiation, ELJ 4 (1998), 246/258: „ERTA-effect may emerge and give the Community exclusive treaty competence vis-à-vis third countries for those Member States taking part in the co-operation“; *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/853: „Can one conclude international agreements whose field of application is limited to participating states? Nothing prevents this“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/868: „(O)nce cooperating States have adopted common rules, the ERTA principle would seem to restrict their competence to conclude agreements with non-member States..., while the non-participating States would remain free to conclude agreements separately“; *F. Thytschaever*, Differentiation (1999), S. 173: „common only to the Member States without a derogation“; *Lenz-C.-O. Lenz*, Art. 11 EGV Rn. 23; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/106; *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/116: „Presumably the ERTA principle must now be taken to apply only to the participating Member States, leaving non-participating Member States free to conclude separate external agreements“; Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28 für den Fall, dass man entgegen seiner Auffassung eine Geltung der AETR-Grundsätze annimmt: „Allerdings wären durch diese Abkommen nur die Mitgliedstaaten gebunden, die an der Zusammenarbeit beteiligt sind“; *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/171 in Fn. 78: „en su caso, el tratado se celebrará por las instituciones de acuerdo

wendigen Schutz der „Zuständigkeit und Rechte“ der *outs* nach Art. 43 lit.h EUV bestätigt²⁴. Dies bestätigt auch der gemeinsame Art. 2 der Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks (1997) mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass „Vorschriften internationaler Übereinkünfte, die von der Gemeinschaft nach jenem Titel geschlossen werden“ für die betroffenen Mitgliedstaaten „nicht bindend oder anwendbar (sind)“. Die interne Ungleichzeitigkeit setzt sich bei der gemeinschaftsrechtlichen Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge fort.

Die Einführung einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung zu den auswärtigen AETR-Zuständigkeiten der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit ist ebenso wenig erforderlich wie bei Gleichzeitigkeit²⁵. Die Ratio der AETR-Grundsätze gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Diese gelten nach den allgemeinen Regeln des Europarechts somit auch bei Ungleichzeitigkeit. Soweit ungleichzeitiges Gemeinschaftsrecht durch ein eigenständiges völkerrechtliches Auftreten der *ins* beeinträchtigt oder in seiner Tragweite geändert würde, darf nach Maßgabe der AETR-Grundsätze einzig Gemeinschaft völkerrechtlich gegenüber Drittstaaten auftreten. Eine völkerrechtliche Verpflichtung der Gemeinschaft auf dieser Grundlage gilt gemeinschaftsrechtlich freilich nur für die *ins*. Art. 300 VII EGV ist bei Ungleichzeitigkeit dahingehend auszulegen, dass völkerrechtliche Übereinkommen gemeinschaftsrechtlich nur diejenigen Mitgliedstaaten verpflichten, die auch an den Binnenrechtsakt gebunden sind. Insoweit gilt gerade auch bei Ungleichzeitigkeit die Formel von der Parallelität von ausgeübten Binnenkompetenzen und korrespondierender AETR-Außenzuständigkeit.

2 Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Die AETR-Grundsätze besitzen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine besondere Bedeutung. Zum einen umfassen dessen vertragliche Grundlagen mit Ausnahme des Art. 6 Schengen-Protokoll keine ausdrücklichen auswärtigen Zuständigkeiten, so dass der Umfang der Außenkompetenz sich nach den AETR-Grundsätzen richtet. Zum anderen bedarf der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in den Anfangsjahren seiner Entwicklung eines besonderen Schutzes vor Rechtsverstößen durch die Mitgliedstaaten. Es ist im Einzelnen zu ermitteln, in welchem Umfang seine fortschreitende Entwicklung nach Maßgabe der AETR-Grundsätze zum Entstehen einer entsprechenden Außenkompetenz der Gemeinschaft führt. Hierdurch werden die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit illustriert und aufgezeigt, dass deren Anwendung bei Ungleichzeitigkeit dieselben Abgrenzungsprobleme aufwirft wie bei Gleichzeitigkeit. Es ist nämlich ein allgemeines Charakteristikum der AETR-Grundsätze, dass von Fall zu Fall entschieden werden muss, ob und inwieweit ein völkerrechtlicher Vertrag in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft fällt²⁶.

con los procedimientos del Tratado y, aunque sólo afecte a los Estados participantes en la cooperación reforzada, tendrá consecuencias jurídicas para la Comunidad.“

²⁴ Näher Kapitel 2 III 8 (S. 74 ff.). Hierauf stützt ausdrücklich eine eingeschränkte Bindungswirkung von völkerrechtlichen Übereinkommen bei Ungleichzeitigkeit *S. Langrish*, Amsterdam, EL Rev. 23 (1998), 3/6.

²⁵ Die ausdrückliche Bestimmung des Art. I-12 II VVE-E zur ausschließlichen AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft erstreckt sich auf gleichzeitiges Unionsrecht ebenso wie auf sein gleichzeitiges Geschwisterrecht. Verwiesen wird nämlich nur auf die Beeinträchtigung eines „internen Rechtsakts der Union“.

²⁶ Dies betont etwa Generalanwalt *Trabucchi*, Rs. 3, 4 & 6/76, Slg. 1976, 1279/1320 – *Kramer*. „The incompatibility of a State’s power in a particular field must not be determined in theory but by actual comparison with the Community legislation.“

Dubliner Recht

Mit einem Beschluss vom 15. März 2001 nahm der Rat ein Übereinkommen zur Anbindung Norwegens und Islands an das Dubliner Recht an, das die beiden nordischen Drittstaaten in die europäischen Regelungen zur Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen einbindet²⁷. Es ist dies das erste Übereinkommen der Gemeinschaft, das sich auf eine ungleichzeitige AETR-Zuständigkeit nach allgemeinen Regeln stützt. Diese ergibt sich aus der Eurodac-Verordnung über die computergestützte zentrale Datenbank zum Abgleich von Fingerabdrücken zur Verhinderung mehrfacher Asylanträge einer Person. Das Übereinkommen ändert nicht nur die geographische Reichweite der Datenbank, sondern besitzt im Hinblick auf die materiellen Eingabekriterien, einschließlich Datenschutzbestimmungen, auch das Potential, die Eurodac-Verordnung im Sinn der AETR-Grundsätze zu beeinträchtigen. An der AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft bestehen insoweit keine Zweifel. Darüber hinaus regelt das Übereinkommen die Einbeziehung der beiden Staaten in das Rechtsetzungsverfahren und die Anwendung der Dublin-II-Verordnung. Das Übereinkommen gründet auch insoweit auf einer AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft²⁸.

In Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit war der dänische Minister an den Beratungen des Rats über das Übereinkommen beteiligt, während sein Stimmrecht beim einstimmigen Beschluss über die Annahme des Übereinkommens ruhte²⁹. In Fortschreibung der internen Ungleichzeitigkeit bestimmt der achte Erwägungsgrund des Annahmebeschlusses des Rates ausdrücklich: „Gemäß den Artikeln 1 und 2 des Protokolls über die Position Dänemarks ... beteiligt sich Dänemark nicht an der Annahme dieses Beschlusses, der diesen Mitgliedstaat somit nicht bindet und auf ihn keine Anwendung findet.“³⁰ Das Übereinkommen zwischen der Gemeinschaft sowie Norwegen und Island über deren Anbindung an das Dubliner Recht bestätigt somit in doppelter Hinsicht den rechtlichen Befund des vorstehenden Abschnitts: Nach Maßgabe der allgemeinen Regeln entsteht auch bei Ungleichzeitigkeit eine AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft; jedoch binden die hiernach angenommenen Abkommen die *outs* nicht als Gemeinschaftsrecht.

EuGV-Verordnung

Nach der Annahme der EuGV-Verordnung am 22. Dezember 2000 ist deren externe Dimension ein wichtiger Baustein für die internationale Einbettung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Gerade im Bereich des internationalen Privatrechts gibt es eine Viel-

²⁷ Beschluss 258/2001/EG des Rates über den Abschluss des Übereinkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Kriterien und Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in Island oder Norwegen gestellten Asylantrags vom 15.3.2001 (ABl. 2001 L 93, 38). Das Übereinkommen war am 19.1.2001 unterzeichnet worden und trat am 1.4.2001 in Kraft <db.consilium.eu.int/accords/default.asp?lang=de>. Da das Dubliner Recht nicht dem Schengener Recht zuzuordnen ist, ist es vom Assoziierungsabkommen mit Norwegen und Island nicht umfasst; hierzu Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

²⁸ Da die Mitwirkung im EG-Rechtsetzungsverfahren ihrem Wesen nach nur vor der Verabschiedung eines Rechtsakts geregelt werden kann, war eine entsprechende AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft insoweit schon vor der Annahme der Dublin-II-Verordnung gegeben.

²⁹ Zur Einstimmigkeit Art. 63 Nr.1 lit.a, 67 I, 300 II UAbs.1 S.2 EGV. Im Übrigen wurde das Verfahren des Art. 300 EGV ohne Modifikation befolgt. Kommission und Parlament fassten ihre Beschlüsse in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln unter Einschluss aller Mitglieder. Näher Kapitel 7 (S. 205 ff.).

³⁰ Die Eurodac-Verordnung und die Dublin-II-Verordnung gelten nicht für Dänemark, während das Vereinigte Königreich und Irland sich in Ausübung ihrer Wahlfreiheit für eine Teilnahme entschieden.

zahl völkerrechtlicher Instrumente, an denen im Rahmen ihrer Zuständigkeit zukünftig auch die Gemeinschaft zu beteiligen ist. Allerdings ist der Umfang der gemeinschaftlichen AETR-Zuständigkeit in der Literatur umstritten und variiert je nach Standpunkt erheblich³¹. Die Streitfrage wird demnächst einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt, wenn der Gerichtshof einen Gutachtenantrag des Rats beantwortet³². Anlass ist die geplante Vereinbarung eines neuen Übereinkommens von Lugano, das die EFTA-Staaten in die Regelungsstruktur der EuGV-Verordnung einbindet³³. Im Oktober 2002 erteilte der Rat der Kommission ein Mandat zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen mit Norwegen, Island, der Schweiz und Lichtenstein³⁴. Ob in seinem Rahmen auch Dänemark völkerrechtlich in den Regelungsgehalt der EuGV-Verordnung eingebunden werden wird, ist derzeit noch nicht ersichtlich³⁵.

Haager Konferenz für Internationales Privatrecht

Schwieriger gestaltet sich die Wahrnehmung der AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft im Rahmen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und hier insbesondere bei den Verhandlungen über ein weltweites Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen³⁶. Das Statut der Haager Konferenz, ein völkerrechtlicher Vertrag, erlaubt bislang nur den Beitritt von Staaten, so dass der Gemeinschaft eine direkte Teilnahme an den Verhandlungen *de lege lata* nicht möglich ist³⁷. Gleichwohl koordinierten die Mitgliedstaaten im Frühjahr 2001 ihre Verhandlungsposition in einem (informellen) Ratsbeschluss, an dem sich Dänemark in Fortführung der internen Ungleichzeitigkeit nicht beteiligte³⁸. Nach den Auskünften der Haager Konferenz

³¹ Soweit man aus Art. 65 EGV eine Zuständigkeit der Gemeinschaft nur zur Angleichung innergemeinschaftlicher Konfliktsituationen ableitet, beschränkt sich die AETR-Zuständigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten auf den Schutz der gemeinschaftlichen Binnenregelung vor der Überlagerung durch internationale Regeln (so *O. Remien*, *Private*, CML Rev. 38 (2001), 53/76; *C. Kohler*, *Ehesachen*, NJW 2001, 10/14). Soweit man aus Art. 65 EGV eine Zuständigkeit zur weltweiten Regelung des internationalen Privatrechts ableitet, kann man eine weitreichende oder gar ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft für die meisten Aspekte des internationalen Privatrechts annehmen (so *J. Basedow*, *Communautarization*, CML Rev. 37 (2000), 687/701 ff.).

³² Der Gutachtenantrag ist im Register des Gerichtshofs als Gutachten 1/03 vermerkt. Er wurde angenommen auf der Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 27./28.2.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 6162/03 (Presse 42).

³³ Das (erste) Übereinkommen (von Lugano) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen wurde am 16.9.1988 unterzeichnet (BGBl. 1994 II 2658, 3772) und trat für Deutschland am 1.3.1995 in Kraft (BGBl. 1995 II 221).

³⁴ Beschluss des Rates zur Ermächtigung der Kommission, Verhandlungen aufzunehmen im Hinblick auf die Annahme eines Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zur Ersetzung des Übereinkommens von Lugano vom 16. September 1988; Rats-Dok. 12426/02 mit COR 1 (vertraulich); angenommen auf der Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 14./15.10.2002, vgl. Presseerklärung, Rats-Dok. 12895/02 (Presse 308), S. 34.

³⁵ Nach der Teilnahmeentscheidung des Vereinigten Königreichs und Irlands gilt die EuGV-Verordnung einzig für Dänemark nicht. Näher zur völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

³⁶ Zum aktuellen Stand der Verhandlungen siehe die Homepage der Haager Konferenz <www.hcch.net>.

³⁷ Satzung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht vom 31.10.1951, revidierte Fassung; *United Nations Treaty Series Vol. 220*, p. 121. Ob nach dem Vorbild des GATT 1947 eine teilweise Funktionsnachfolge der Gemeinschaft in den Vertragsstaatenstatus der Mitgliedstaaten auf Grundlage eines Konsenses der Vertragsparteien in Betracht kommt, sei hier nicht näher erörtert. Näher zum Beispiel des GATT etwa *A. Zimmermann*, *Staattennachfolge* (2000), S. 715 ff.

³⁸ So die Erklärung des Rats der Justiz- und Innenminister vom 28./29.5.2001; Rats-Dok. 9118/01 (Presse 203). In einem anderen Fall „ermächtigte“ die Gemeinschaft die Mitgliedstaaten ausdrücklich, das Haager Übereinkommen zur elterlichen Verantwortung und den Schutz der Kinder „im Interesse der Gemeinschaft“ zu unterzeichnen und forderte sie zur Ratifikation auf. Hierdurch wird ein Zeichen für die grundsätzliche AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft aufgrund der VO 1347/2000/EG des Rates vom 29.5.2000

wird die Möglichkeit einer Ratifikation des Übereinkommens durch die Gemeinschaft unabhängig von ihrem Beitritt zur Haager Konferenz erörtert³⁹. Hierdurch würde der neuen AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft weitgehend Rechnung getragen. Umfassend umgesetzt wäre sie jedoch erst, wenn der Gemeinschaft auch eine gleichberechtigte Teilnahme an den Verhandlungen ermöglicht würde. Ganz in diesem Sinne ermächtigte der Rat die Kommission Ende 2002, Verhandlungen über den Beitritt der Gemeinschaft zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht aufzunehmen⁴⁰.

Schengener Recht

Wie bereits erwähnt enthält das Schengen-Protokoll in Art. 6 eine spezielle Vertragsschlusskompetenz zur Assoziierung Norwegens und Islands mit dem Schengener Recht. Die Regelung gründet auf der politischen Übereinkunft, dass die Teilnahme Dänemarks, Finnlands und Schwedens am Schengener Recht die Nordische Passunion nicht aufheben soll⁴¹. Das Assoziierungsübereinkommen zwischen dem „Rat der Europäischen Union“ sowie Norwegen und Island wurde am 18. Mai 1999 in Brüssel unterzeichnet⁴² und durch ein spezielles Abkommen hinsichtlich der Teilnahme des Vereinigten Königreichs und Irlands am Schengener Recht ergänzt⁴³. Durch die Normierung einer speziellen Vertragsschlusskompetenz in Art. 6 Schengen-Protokoll wurden die Rechtsprobleme einer säulenübergreifenden Außenvertretung umgangen, die teilweise den Regeln des EG-Vertrags und teilweise denjenigen der dritten Säule folgt. Dies mag das Einigungsbedürfnis der Verhandlungsdelegationen in Amsterdam befriedigt haben. Die Rechtswirkungen des Übereinkommens bleiben dennoch unklar. Schwierigkeit bereitet insbesondere die Antwort auf die Frage, wen der „Rat der Europäischen Union“ als Vertragspartei vertritt⁴⁴. Die spezielle Normierung des Art. 6 Schengen-Protokoll ist jedoch auf die Anbindung Norwegens und Islands an das Schengener Recht be-

(ABl. 2000 L 160, 19) gesetzt; siehe Entscheidung 93/2003/EG des Rates vom 19.12.2002 (ABl. 2003 L 48, 1).

³⁹ Siehe wiederum die Homepage der Haager Konferenz <www.hcch.net>.

⁴⁰ Recommendation from the Commission to the Council in order to authorise the Commission to open and conduct negotiations with the Hague Conference on Private International Law on the conditions and modalities of accession of the European Community; Rats-Dok. 11842/02 JUSTCIV 128 (vertraulich); angenommen auf der Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 28./29.11.2002; vgl. Presseerklärung, Rats-Dok. 14817/02 (Presse 375), S. VII.

⁴¹ Siehe Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.).

⁴² Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 18.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 36); in Kraft getreten am 26.6.2001 (BGBl. 2002 II 627). Angenommen durch Beschluss 439/1999/EG des Rates vom 17.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 35), an dem in Übereinstimmung mit Art. 6 I Schengen-Protokoll alle Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und Irland beteiligt waren. Siehe auch Beschluss 437/1999/EG des Rates zum Erlass bestimmter Durchführungsvorschriften vom 17.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 31).

⁴³ Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen zur Festlegung der Rechte und Pflichten zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland einerseits und der Republik Island und dem Königreich Norwegen andererseits in den für diese Staaten geltenden Bereichen des Schengen-Besitzstands vom 28.6.1999 (ABl. 2000 L 15, 3). Angenommen durch Beschluss 29/2000/EG des Rates vom 28.6.1999 (ABl. 2000 L 15, 2), an dem in Übereinstimmung mit Art. 6 II Schengen-Protokoll alle 15 Mitgliedstaaten mitwirkten.

⁴⁴ Vgl. allgemein *L. Corrado*, *L'intégration*, RMC 1999, 342/343 und *S. Peers*, *Justice and Home Affairs* (2000), S. 59: „hybrid character and their legal effect is extremely uncertain.“ *J. de Zwaan*, *Movement*, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/116 hebt die „unique and unprecedented institutional innovation“ dieser Vorschrift hervor und *C. Thun-Hohenstein*, *Amsterdam* (1997), S. 56 stellt fest: „Der Rat wird also nicht für sich selbst tätig, sondern handelt im Namen der Gemeinschaft und der in der dritten Säule agierenden Union.“

schränkt. Bei Abkommen mit anderen Drittstaaten muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Gemeinschaft nach allgemeinen Regeln eine entsprechende AETR-Zuständigkeit zusteht. Dies gilt etwa für eine Beteiligung der Schweiz am SIS⁴⁵.

Außengrenzkontrollen

Soweit der Gemeinschaft nach allgemeinen Regeln eine AETR-Zuständigkeit jedenfalls für Teilaspekte des Schengener Rechts zukommt, wird dies Ergebnis durch das Außengrenzkontrollen-Protokoll und das Kaliningrad-Protokoll nicht in Frage gestellt. Deren Normierungen können keine externe „Ungleichzeitigkeit“ in dem Sinn begründen, dass sie den *ins* des Außengrenzkontrollregimes des Schengener Rechts den Abschluss eigener völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten gestatten, soweit der Gemeinschaft nach Maßgabe des jeweiligen Binnenrechts eine ausschließliche AETR-Zuständigkeit zusteht⁴⁶. Zwar heißt es im Außengrenzkontrollen-Protokoll, dass Rechtsakte nach Art. 62 Nr.2 lit.a EGV „nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aushandlung und den Abschluss von Übereinkünften mit Drittländern“ berühren. Zugleich erlaubt das Außengrenzkontrollen-Protokoll ein autonomes Auftreten der Mitgliedstaaten aber nur dann, wenn die Übereinkünfte „mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften und ... internationalen Übereinkommen in Einklang stehen.“⁴⁷

In Anlehnung an ähnliche Vorschriften in anderen Titeln des EG-Vertrags, sollte diese Regelung so ausgelegt werden, dass sie die AETR-Grundsätze unberührt lässt⁴⁸. Diese sind als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts ein integraler Bestandteil der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften unter deren Vorbehalt die Normierung des Außengrenzkontrollen-Protokolls ausdrücklich steht. Nur soweit die AETR-Grundsätze keine auswärtige Gemeinschaftskompetenz begründen, können die *ins* eigene Übereinkommen mit Drittstaaten schließen⁴⁹. Der Umfang der verbliebenen Vertragsschlusskompetenz der Mitgliedstaaten

⁴⁵ Die Rat ermächtigte Kommission und Ratsvorsitz am 17.6.2002 gemäß Art. 300 I EGV, 38, 24 I EUV zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Schweiz über deren Anbindung an das Dubliner und säulenübergreifende Teilaspekte des Schengener Rechts. Die Verhandlungen begannen im September 2002 und kommen nach Auskunft des Rats zügig voran; vgl. Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 8.5.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 8278/03 (Presse 111).

⁴⁶ Eine solche „Ungleichzeitigkeit“ der Außenvertretung ordnet wohl das Protokoll betreffend Frankreich (1992) an, das Frankreich das Recht zur Festsetzung der Parität des westafrikanischen CFP-Franc zum Euro verleiht, obwohl die Außenwährungspolitik der Euro-Gruppe grundsätzlich eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit ist; hierzu *C. Zilioli/M. Selmayr*, External, CML Rev. 36 (1999), 273/324 ff.

⁴⁷ Beide Zitate sind dem einzigen operativen Absatz des Protokolls über die Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Überschreitens der Außengrenzen (1997) entnommen.

⁴⁸ Die entsprechenden Normierungen der Art. 133 V UAbs.4, 174 IV, 181 II, 181a EGV verfolgen in erster Linie den Zweck, einer Deutung der EG-Außenkompetenz als einer ausschließlichen Verbandskompetenz vorzubeugen. Eine parallele Anwendung der AETR-Grundsätze wird hierdurch nach der herrschenden Meinung nicht ausgeschlossen; vgl. etwa *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 327, 343 und Groeben/Thiesing/Ehlermann-E. Grabitz/M. Nettesheim, Art. 130r Rn. 118 f.

⁴⁹ Anders *M. den Boer*, Complexity, MJ 4 (1997), 310/311, die „different sets of security standards“ befürchtet, sowie *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 32 und, ihm folgend, *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 65. Auch der Verweis auf Art. 136 I Schengen II („Erwägt eine Vertragspartei, mit einem Drittstaat Verhandlungen zu führen, die die Grenzkontrollen betreffen, so unterrichtet sie rechtzeitig die anderen Vertragsparteien“) ist kein taugliches Argument für eine umfassende Vertragsschlusskompetenz der Mitgliedstaaten. Schengen II war als völkerrechtlicher Vertrag gerade keine Gemeinschaftsrecht, das die Rechtsfolgen der AETR-Grundsätze bewirkte. Nach der Integration in das Europarecht muss auch Art. 136 II Schengen II mit den Vorgaben der Verträge einschließlich der AETR-Grundsätze übereinstimmen; näher *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/234 ff. Analog Art. 307 EGV kommt allenfalls ein Bestandsschutz für völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten vor der Einbeziehung des Schengener Rechts in Betracht.

richtet sich somit nach der Intensität gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben für Außengrenzkontrollen⁵⁰. Insbesondere dort, wo das Außengrenzkontrollregime des Schengener Rechts den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum gewährt, können die Mitgliedstaaten wegen der fehlenden Beeinträchtigung von Gemeinschaftsrecht somit noch eigenständige Abkommen mit Drittstaaten schließen⁵¹. Darüber hinaus steht es der Gemeinschaft frei, im Rahmen des regulären Gesetzgebungsverfahrens die Mitgliedstaaten zu ermächtigen, besondere völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten zu schließen. Im Hinblick auf den kleinen Grenzverkehr hat die Kommission dies jüngst vorgeschlagen⁵².

Entsprechendes gilt für das Kaliningrad-Protokoll⁵³. Soweit dies bestimmt, dass die gemeinschaftlichen Regelungen zum Transitverkehr zwischen Kaliningrad und anderen Gebieten Russlands „(u)nbeschadet der Souveränitätsrechte Litauens“ gelten⁵⁴, bewirkt dies keine Einschränkung der AETR-Grundsätze. Zum einen verpflichtet das Kaliningrad-Protokoll Litauen ebenfalls ausdrücklich zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts⁵⁵. Auch die erstmalige Verwendung des Begriffs „Souveränität“ im europäischen Primärrecht bewirkt kein anderes Ergebnis. Soweit der Gemeinschaft Zuständigkeiten übertragen wurden, sind die Mitgliedstaaten zur Anwendung der hiernach erlassenen Bestimmungen verpflichtet. Dies gilt auch für den Transitverkehr von und nach Kaliningrad. Litauen darf nach Maßgabe der AETR-Grundsätze keinen eigenen völkerrechtlichen Vertrag mit Russland über erleichterte Grenzkontrollen und Visumsanforderungen schließen. Es obliegt vielmehr der Gemeinschaft, die bestehenden Regelungen im Wege des regulären Rechtssetzungsverfahrens an neue Umstände anzupassen oder entsprechende völkerrechtliche Verträge zu schließen⁵⁶. Wenn das Kaliningrad-Protokoll hierbei eine Einstimmigkeit im Rat vorschreibt und Litauen damit ein Vetorecht einräumt, ist diese Vorgabe freilich zu beachten⁵⁷. Sie beseitigt aber nicht die auswärti-

⁵⁰ Siehe hierzu die Auflistung ungleichzeitiger Rechtsakte auf Grundlage des Art. 62 Nr.2 lit.a EGV im Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.).

⁵¹ Dies gilt insbesondere für die Kooperation der Grenzschutzbehörden. So unterstützen aufgrund einer Vereinbarung mit Frankreich britische Beamte die französischen Schengen-Außengrenzkontrollen in Frankreich; vgl. *J. Jowit*, Eurotunnel Fights Fines for Illegal Immigrants, *Financial Times* vom 16.8.2001, S. 3. Auch die Regelung des kleinen Grenzverkehrs erscheint möglich; vgl. Art. 3 I Schengen II – der dort vorgesehene Durchführungsbeschluss des Schengen-Exekutiv Ausschusses (nunmehr des Rats) wurde bislang nicht erlassen.

⁵² Siehe Art. 17 des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Festlegung einer Regelung für den Kleinen Grenzverkehr an den Landaußengrenzen der Mitgliedstaaten (KOM(2003) 193). Entsprechend für die „vorläufigen Landaußengrenzen“ zwischen den neuen Mitgliedstaaten und der bisherigen Schengen-Gruppe vor der Inkraftsetzung der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen (hierzu Kapitel 3 III 5; S. 114 ff.) etwa zwischen Deutschland und Polen KOM(2003) 194.

⁵³ Protokoll über den Transit von Personen auf dem Landweg zwischen dem Kaliningrader Gebiet und den übrigen Teilen der Russischen Föderation (2003). Allgemein zur politischen Brisanz des Transitverkehrs von und nach Kaliningrad etwa *S. Arnswald/M. Jopp*, *Baltic* (2001), S. 82 ff. und *J. Boxendale/J. Dewar/D. Gowan*, *Kaliningrad* (2000).

⁵⁴ Art. 3 Kaliningrad-Protokoll.

⁵⁵ Erwägungsgrund 2 Kaliningrad-Protokoll.

⁵⁶ Die Gemeinschaft und Russland verständigten sich im November 2002 auf die Ausstellung eines „vereinfachten Reisedokuments“ und die Prüfung des Baus einer Hochgeschwindigkeits-Zugtrasse für Direktzüge von Kaliningrad nach (Weiß-)Russland; *R. Koch*: Putin besteht auf hartem Tschetschenien-Kurs, *Financial Times Deutschland* vom 12.11.2002, S. 14. Die entsprechenden Regeln wurden teilweise bereits angenommen; VO 693/2003/EG des Rates zur Einführung eines Dokuments für den erleichterten Transit (FTD) und eines Dokuments für den erleichterten Transit im Eisenbahnverkehr (FRTD) sowie die Änderung der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion und des Gemeinsamen Handbuchs vom 14.4.2003 (ABl. 2003 L 99, 8).

⁵⁷ So Art. 3 Kaliningrad-Protokoll in Abweichung von Art. 67 V Sps.1 EGV für Rechtsakte betreffend den Transitverkehr von Personen von und nach Kaliningrad.

ge AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Regelung der externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach allgemeinen Regeln.

3 Notwendige Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr

Die praktische Umsetzung der allgemeinen Regeln des Europarechts für die externe Dimension von Ungleichzeitigkeit wirft Probleme auf. Diese gilt insbesondere für die geographische Beschränkung der AETR-Kompetenz auf die *ins* nach allgemeinen Regeln⁵⁸. Diese Ungleichzeitigkeit der Außenvertretung muss die Gemeinschaft ihren Vertragspartnern vermitteln und völkerrechtliche Verträge so gestalten, dass dem Erfordernis der Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr Rechnung getragen wird. Die klare Regelung des Umfangs der Gemeinschaftszuständigkeit besitzt bei Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung. Anders als bei herkömmlichen gemischten Abkommen stellt sich für einen Drittstaat nicht nur die Frage, ob er eine Leistung von der Gemeinschaft *oder* den Mitgliedstaaten erhält⁵⁹. Soweit nur die Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit als Partei auftritt, gilt ein Vertrag für einen Teil des Gemeinschaftsgebiets überhaupt nicht.

Was dies konkret bedeutet, soll am Beispiel des Übereinkommens über die Anbindung Norwegens und Islands an das Dubliner Recht illustriert werden, das für Dänemark nicht gilt, solange Dänemark ihm nicht auf völkerrechtlichem Weg als eigene Vertragspartei beigetreten ist⁶⁰. Nach dem Übereinkommen begründet die Einreise eines Asylbewerbers nach Norwegen über das Territorium einer Vertragspartei regelmäßig die Unzuständigkeit Norwegens für die Prüfung des Asylantrags. Dies gilt wegen der Nichtbeteiligung Dänemarks jedoch nicht, wenn ein Asylbewerber nachweislich über Osteuropa und die dänische Ostseeinsel Børnholm nach Norwegen einreist⁶¹. Obwohl Norwegen ein Übereinkommen mit der Gemeinschaft schloss, gelten dessen Regeln aufgrund der Ungleichzeitigkeit des Dubliner Rechts nicht für das gesamte Gemeinschaftsgebiet.

Nach der allgemeinen Regel des Art. 29 WVK bindet ein völkerrechtlicher Vertrag eine Vertragspartei hinsichtlich ihres gesamten Hoheitsgebiets, „(s)ofern keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist“⁶². Diese Regelung kann man wohl auf das völkerrechtliche Handeln der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit übertragen⁶³. Ein völkerrechtlicher Vertrag der Gemeinschaft betrifft hiernach das gesamte Gemein-

⁵⁸ Hierzu bereits Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

⁵⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. *Tomuschat*, Art. 228 EGV Rz. 55 weist darauf hin, dass Drittstaaten sich „in der Tat darauf verlassen (können), dass sie, solange jedenfalls die Gemeinschaft politisch nicht verfällt, die ihnen zustehenden Leistungen (entweder von der Gemeinschaft oder den Mitgliedstaaten) erhalten werden.“

⁶⁰ Zum Übereinkommen bereits Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

⁶¹ Nach Erwägungsgrund 19 der Dublin-II-Verordnung findet das völkerrechtliche Dubliner Übereinkommen im Verhältnis zwischen den anderen Mitgliedstaaten und Dänemark weiterhin Anwendung – nicht aber im Verhältnis zwischen Dänemark sowie Norwegen und Island, die nie Vertragsstaaten des Dubliner Übereinkommens waren.

⁶² Art. 29 WVK war in seiner heutigen Form durchaus umstritten. Hierbei ging es jedoch nicht um die Bindung föderaler Gliedstaaten, sondern um die Bindung abhängiger (kolonialer) Gebiete; *T.O. Elias*, *Treaties* (1974), S. 49-54.

⁶³ Die entsprechende Bestimmung des Art. 29 WVK (IO) wiederholt Art. 29 WVK bewusst nur für Staaten als Vertragspartei und überträgt ihn nicht auf internationale Organisationen. Ein Hinweis auf das Staatsgebiet der Mitgliedstaaten einer Organisation wurde von der International Law Commission in ihren Entwürfen jedoch unterlassen, um nicht mittelbar eine Aussage über die Bindung der Mitgliedstaaten an die Verträge internationaler Organisationen zu treffen; vgl. *E. Klein/M. Pechstein*, *Internationale Organisationen* (1985), S. 18 f. Soweit die Vertragspartner der Gemeinschaft diese als bundesstaatsähnliches Gebilde betrachten und die Ge-

schaftsgebiet, soweit keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist. Nach dem allgemeinen Völkerrecht obliegt somit der Gemeinschaft eine Klarstellungspflicht, dass ein völkerrechtlicher Vertrag bei Ungleichzeitigkeit sich nur auf die *ins* bezieht. Durch eine eindeutige Regelung können komplexe Rechts- und Haftungsfragen vermieden werden, die sich ergeben könnten, wenn Drittstaaten auf eine umfassende Zuständigkeit der Gemeinschaft vertrauen und später feststellen, dass der Vertrag in einigen Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich nicht gilt⁶⁴.

Die Gemeinschaft ist hierbei gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, eine klare völkerrechtliche Regelung des Anwendungsbereichs sicherzustellen. Die nicht beteiligten Mitgliedstaaten haben nach Art. 10 EGV einen Anspruch darauf, dass die Gemeinschaft durch eine klare Vertragsgestaltung eine mittelbare völkerrechtliche Verpflichtung der *outs* verhindert⁶⁵. Wie kann die Beschränkung des Anwendungsbereichs völkerrechtlich eindeutig geregelt werden? In ihren bilateralen Rechtsbeziehungen wird die Gemeinschaft regelmäßig durchsetzen können, dass in die Schlussbestimmungen des Vertrags eine ausdrückliche Regelung des räumlichen Geltungsbereichs aufgenommen wird, wie sie der EG-Vertrag in Art. 299 EGV selbst enthält und wie sie als „Berlin-Klausel“ in den völkerrechtlichen Verträgen der Bundesrepublik vor 1990 üblich war – wenn auch mit dem entgegengesetzten Ziel der Einbeziehung Berlins in das Vertragswerk⁶⁶. Dieser Weg wurde auch im Übereinkommen über die Anbindung Norwegens und Islands an das Dubliner Recht beschritten, das einen ausdrücklichen Hinweis auf die Position Dänemarks enthält. Eine eindeutige Völkerrechtslage ist insoweit gewährleistet⁶⁷.

In ihren multilateralen Rechtsbeziehungen besitzt die Gemeinschaft dagegen weniger Einfluss auf die Gestaltung des Vertragstexts. Die notwendige Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr kann hier je nach den Umständen des Einzelfalls durch eine einseitige Erklärung, die später als Auslegungshilfe dient, oder einen Vorbehalt über den geographischen Anwen-

meinschaft auch als ein solches auftritt, kann man wegen der insoweit parallelen Fragestellung Art. 29 WVK entsprechend anwenden. Der Fall, dass eine internationale Organisation nur für einen Teil ihrer Mitgliedstaaten handelt, wurde bei der Kodifikation des WVK (IO) offenbar nicht als regelungsbedürftig empfunden.

⁶⁴ Soweit man die Regeln über den Vertragsschluss internationaler Organisationen auf die Europäische Gemeinschaft anwendet, stellt sich die Frage, inwieweit eine Kompetenzüberschreitung – anders als beim Völkervertragsrecht für Staaten – eventuell die (Teil-)Nichtigkeit zur Folge hat, vgl. insofern Art. 6, 46 II WVK (IO) sowie *H. Krüick*, Verträge (1977), S. 147 f. und *Klein/Pechstein* ebd. 22 ff. *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28 führt die unklare Haftungssituation als Argument gegen die Anwendung der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit an. Unklare Haftungssituationen stellen sich jedoch nicht nur bei Ungleichzeitigkeit, sondern ebenso bei gemischten Abkommen. Sie können in einer komplexen Rechts- und Verfassungsordnung wie derjenigen des Gemeinschaftsrechts im Konfliktfall einer rechtlichen Lösung zugeführt werden, auch wenn die Vermeidung von Haftungsfällen vorzuziehen ist; näher Kapitel 9 III 2 (S. 290 ff.).

⁶⁵ Entsprechend zu Kompetenzerklärungen, wenn auch unabhängig von Ungleichzeitigkeit, EuGH, Rs. C-29/99, Slg. 2002 I-11221 Rz. 71 – *Kommission/Rat*: „Demnach war der Rat kraft Gemeinschaftsrecht verpflichtet, seinem Beschluss über die Genehmigung des Beitritts zu dem Übereinkommen eine vollständige Erklärung über die Zuständigkeiten als Anhang beizufügen.“ Allgemein Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁶⁶ Näher *E. Zivier*, Berlin (1987), S. 253 ff. Bei den früher gängigen „Bundesstaatsklauseln“ schloss der Zentralstaat, anders als bei Ungleichzeitigkeit, die Geltung des Vertrags in einem Gliedstaat nicht generell aus, sondern begrenzte seine Verpflichtung auf die Vorlage der Bestimmung an die zuständigen Landesorgane und die Empfehlung zum Erlass entsprechender Gesetze; näher etwa *D. Nguyen Quoc/P. Daillier/A. Pellet*, *Droit international*, 5. Aufl. 1994, S. 219 ff. und *A. Verdross/B. Simma*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 860 f.

⁶⁷ Siehe Art. 12 des Übereinkommens, oben Fn. 27 (S. 275). Bei Ungleichzeitigkeit halten ausdrückliche Vertragsbestimmungen allgemein für die beste Lösung *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 181 und *B. Martenczuk*, *Außenvertretung*, *ZaöRV* 59 (1999), 93/96 f.

dungsbereich erreicht werden⁶⁸. Soweit ein Übereinkommen als gemischtes Abkommen geschlossen wird und hierbei eine Kompetenzerklärung der Gemeinschaft vorgesehen ist, kann der Aspekt der Ungleichzeitigkeit gegebenenfalls auch in die Kompetenzerklärung aufgenommen werden. Die Ratifikation eines Zusatzprotokolls zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität könnte hierfür der erste Anwendungsfall sein⁶⁹. Allenfalls beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit europäischen Drittstaaten, denen Struktur und Regelungsgehalt des Gemeinschaftsrechts vertraut sind, wird man unterstellen können, dass sich der geographische Umfang der Gemeinschaftszuständigkeit aus den Umständen ergibt und insofern auf eine ausdrückliche Regelung verzichtet werden kann. Dies gilt etwa für die völkerrechtliche Anbindung Norwegens und Islands an den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts⁷⁰.

II Rechtsstellung der *outs*

Nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit entsteht eine auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe der AETR-Grundsätze nur für die *ins*. Dagegen entfalten völkerrechtliche Verträge auf der Grundlage einer ungleichzeitigen Außenkompetenz für die *outs* keine Rechtswirkungen als Gemeinschaftsrecht. Im „achten Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit heißt es ausdrücklich, dass diese die „Zuständigkeit und Rechte“ der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beachten muss. Es stellt sich gleichwohl die Frage, inwiefern die Außenzuständigkeit der nicht beteiligten Mitgliedstaaten in Ausnahmefällen durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben beschränkt ist. Darüber hinaus könnten *outs* in Ausübung ihrer gemeinschaftsrechtlichen Handlungsfreiheit erwägen, völkerrechtlich in den Regelungsbereich des ungleichzeitigen Gemeinschaftsrechts einbezogen zu werden.

1 Gemeinschaftsrechtliche Schranken

Es entspricht der Struktur des EG-Vertrags, dass die Gemeinschaft durch den Erlass von Sekundärrecht ein Regelwerk aufstellt, das zwar auf den Kompetenzzuweisungen und Zielvorgaben des Primärrechts beruht, seinen konkreten Regelungsgehalt aber erst aufgrund des Rechtsetzungsprozesses erlangt. Bis zum Erlass von Sekundärrecht können die Mitgliedstaaten den entsprechenden Sachbereich grundsätzlich eigenständig regeln. Allenfalls aus den Vertragszielen in Verbindung mit Art. 10 EGV lassen sich Grenzen für die interne Rechtssetzung ableiten, die der Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten einen äußeren Rahmen vorgeben⁷¹. Im Vergleich zur autonomen Binnenrechtsetzung wird das völkerrechtliche Handeln

⁶⁸ Ein solcher klarstellender Vorbehalt ist in der Regel auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertragstext zulässig, da er regelmäßig nicht gegen Ziel und Zweck des Vertrags verstößt (Art. 19 WVK).

⁶⁹ Siehe nämlich den Vorschlag der Kommission vom für einen Beschluss des Rates zum Abschluss des Zusatzprotokolls gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, Luft- und Seeweg KOM(2003) 512, das im Hinblick auf RL 90/2002/EG des Rates vom 28.11.2002 (ABl. 2002 L 328, 17) teilweise auf einer AETR-Kompetenz der Gemeinschaft beruht und in der Kompetenzerklärung nach Anhang II einen ausdrücklichen Verweis auf die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks vorsieht.

⁷⁰ Das Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island zum Schengener Recht nimmt in Art. 14 EGV Svalbard (Spitzbergen) ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Assoziierung aus, weist auf den Umfang der innergemeinschaftlichen Geltung aber allenfalls mittelbar hin (durch die Aufführung des Schengener Rechts als Gegenstand der Assoziierung in den Annexen). Hier wird man unterstellen dürfen, dass Norwegen und Island die Ungleichzeitigkeit des Schengener Recht bekannt war.

⁷¹ Hierzu bereits Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten regelmäßig engeren Grenzen unterworfen. Der Grund hierfür ist, dass die völkerrechtliche Verpflichtung eines Mitgliedstaats gegenüber einem Drittstaat nach der Ausübung einer Gemeinschaftszuständigkeit nicht einfach unter Verweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts völkerrechtlich beseitigt werden kann. Bei Ungleichzeitigkeit unterscheidet sich die Situation eines *out* grundsätzlich nicht von dieser Rechtsstellung aller Mitgliedstaaten vor dem Erlass von Sekundärrecht.

Die Überlegungen der Kommentarliteratur zu gemeinschaftsrechtlichen Grenzen für völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten orientieren sich bis heute am Modell der schrittweisen Einführung der Gemeinsamen Handelspolitik. In Umsetzung des Art. 111 EWGV (1957) verpflichtete eine Ratsentscheidung vom Oktober 1961 die Mitgliedstaaten, die Laufzeit künftiger Handelsabkommen mit Drittstaaten auf die Dauer der Übergangszeit zu begrenzen. Dieser Vorgabe konnten die Mitgliedstaaten durch die zeitliche Befristung von Handelsabkommen ebenso Rechnung tragen wie durch die Aufnahme einer Kündigungsklausel oder die Vereinbarung einer „EWG-Klausel“⁷². Der Gerichtshof wies im Fall *Kramer* ausdrücklich darauf hin, dass die „Zuständigkeit der Mitgliedstaaten nur Übergangscharakter hat“⁷³. Im Hinblick auf die zeitliche Vorgabe für die Verwirklichung der Gemeinsamen Fischereipolitik nach Art. 102 Beitrittsakte 1972 folgerte er unter ausdrücklichem Verweis auf den heutigen Art. 10 EGV:

„Nach alledem sind diejenigen Mitgliedstaaten, die Vertragsparteien des Übereinkommens und ähnlicher Abkommen sind, schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht nur gehalten, im Rahmen dieser Übereinkommen keine Verpflichtungen zu übernehmen, welche die Gemeinschaft bei der Ausführung der ihr in Art. 102 der Beitrittsakte übertragenen Aufgabe behindern könnte, sondern sie sind auch zu gemeinsamem Vorgehen innerhalb der Fischereikommission verpflichtet.“⁷⁴

Allerdings sollte man diese Begrenzung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten nicht unbesehen auf alle Gemeinschaftskompetenzen übertragen. Sowohl die Gemeinsame Handelspolitik als auch die Gemeinsame Fischereipolitik wurden aufgrund eines festgelegten Zeitplans schrittweise eingeführt. Bei anderen Gemeinschaftskompetenzen besteht ein solcher Zeitplan gerade nicht. Soweit einzelne der aufgeführten Begrenzungen auch bei anderen Gemeinschaftskompetenzen gelten⁷⁵, finden sie bei Ungleichzeitigkeit entsprechend Anwendung. Dies gilt jedenfalls für diejenigen Formen von Ungleichzeitigkeit, bei denen die entsprechende Gemeinschaftskompetenz auch für die *outs* gilt, vorläufig aber nur für einzelne Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Hiernach ist es dem *out* einer verstärkten Zusammenarbeit grundsätzlich untersagt, eine langfristige völkerrechtliche Verpflichtung ohne Kündigungsklausel über den Gegenstand einer verstärkten Zusammenarbeit einzugehen. Auch in der Währungsunion dürfen Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung kein eigenes Währungsregime mit Drittstaaten vereinbaren⁷⁶.

⁷² Entscheidung des Rates vom 9.10.1961 (ABl. 1961, 1274; mit späteren Änderungen); speziell zur „EWG-Klausel“ deren Art. 2.

⁷³ EuGH, Rs. 3, 4 und 6/76, Slg. 1976, 1279 Rz. 40 – *Kramer*.

⁷⁴ Ebd. Rz. 44.

⁷⁵ Hierzu etwa Groeben/Thiesing/Ehlermann-E.-U. *Petersmann*, Art. 234 EGV Rn. 6 und ebd.-C. *Tomuschat*, Art. 228 EGV, Rz. 6: „Freilich muss von ihnen verlangt werden, durch eine entsprechende Gestaltung der Kündigungsklauseln Vorsorge für den Fall zu treffen, dass die Gemeinschaft zu einer aktiven Politikgestaltung voran schreitet.“

⁷⁶ So ausdrücklich F. *Tzytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 176: „(I)t can be argued that even if the Member

Auf die ungleichzeitigen Sonderposition im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts können die aufgezeigten Grenzen dagegen nicht übertragen werden. Aus dem gemeinsamen Art. 2 der Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks (1997) ergibt sich nämlich, dass die primärrechtliche Kompetenz- und Zielvorgaben der Verträge erst mit der Herstellung von Gleichzeitigkeit aktiviert werden. Sie entfalten gerade keine vorgreifenden Rechtswirkungen⁷⁷. Diese Regelung beruht auf einem Vorschlag des britischen *Foreign Office*, der alle mittelbaren Rechtswirkungen ausschließen und gerade auch die völkerrechtliche Handlungsfreiheit des Vereinigten Königreichs uneingeschränkt sichern wollte⁷⁸. Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sind hiernach so gestellt, als wenn gar keine Gemeinschaftskompetenz bestünde. Ihre völkerrechtliche Handlungsfreiheit ist keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterworfen. Man könnte sogar erwägen, Verträge die in Ausübung dieser umfassenden Handlungsfreiheit geschlossen werden, dem Privileg des Art. 307 EGV zu unterstellen und ihnen auch nach der Herstellungen von Gleichzeitigkeit Bestandsschutz zu gewähren.

Dies bedeutet, dass das Vereinigte Königreich nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstieße, wenn es sich gegenüber seinem Commonwealth-Partner Kanada zur Abschaffung der Grenzkontrollen bei Direktflügen verpflichtete oder Staatsangehörige ehemaliger Kolonien aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags von der Visumpflicht befreite⁷⁹. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist es rechtlich unbeachtlich, dass dies die spätere Teilnahme des Vereinigten Königreichs am Binnengrenzkontrollregime des Schengener Rechts und dem europäischen Visa-Regime dauerhaft erschwert oder unmöglich macht. Freilich wird ein politischer Dialog zwischen der Gemeinschaft und den *outs* durch die Abwesenheit rechtlicher Schranken nicht ausgeschlossen. Die Assoziierung Norwegens und Islands mit dem Schengener Recht zeigt, dass die anderen Mitgliedstaaten durchaus bereit sind, auf besondere rechtliche und politische Bindungen einzelner Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen. Eine ähnliche Konstellation wie im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts findet sich ansonsten nur bei der Freistellung des Vereinigten Königreichs und Dänemarks von der Währungsunion⁸⁰. Bei allen anderen Formen von Ungleichzeitigkeit können als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit dagegen diejenigen gemeinschaftsrechtlichen Schranken angewandt werden, die für alle Mitgliedstaaten vor der Ausübung einer Gemeinschaftskompetenz gelten.

States with a derogation remain internally competent with respect to Stage Three of EMU matters, they may not, by virtue of Article 5 TEC..., assume international obligations, nor take up positions in international for a, which may obstruct their future participation in the Euro area.“

⁷⁷ Art. 2 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997): „(Vorbehaltlich eines *opt-in*) sind *Vorschriften des Titels IV des Vertrags* zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ... für das Vereinigte Königreich oder Irland nicht bindend oder anwendbar; und diese *Vorschriften*, Maßnahmen oder Entscheidungen *berühren in keiner Weise die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten dieser Staaten; ebenso wenig ... sind sie Teil des Gemeinschaftsrechts, soweit sie auf das Vereinigte Königreich und Irland Anwendung finden*“ (eigene Hervorhebungen).

⁷⁸ Siehe Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

⁷⁹ Letztere Frage wirft, ohne Antwort, P. Kuijper, Problems, CML Rev. 37 (2000), 345/365 auf.

⁸⁰ Eine besondere Einschränkung der Handlungsfreiheit enthält hier jedoch Art. 124 EGV, der für alle Mitgliedstaaten seit der zweiten Stufen gilt; näher F. Thytschaever, Differentiation (1999), S. 176.

2 Völkerrechtliche Anbindung?

Die ungleichzeitigen dänischen Sonderpositionen setzen die politische Kompromisslinie nach der Ablehnung des Vertrags von Maastricht im ersten dänischen Referendum fort. Dänemark steht der Zusammenarbeit mit den anderen Mitgliedstaaten politisch aufgeschlossen gegenüber, lehnt aber eine Vergemeinschaftung der betroffenen Sachgebiete ab⁸¹. Bei den politischen Entscheidungsträgern in Dänemark besteht daher der Wunsch, trotz Ungleichzeitigkeit völkerrechtlich in die europäischen Regelungen einbezogen zu werden. Hierdurch wird Dänemark politisch in den Fortgang der europäischen Integration eingebunden, ohne die supranationale Gemeinschaftsmethode anzuwenden. Dies gilt insbesondere für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, an dessen Verwirklichung Dänemark nur begrenzt teilhat. Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass die völkerrechtliche Handlungsfreiheit Dänemarks hierbei grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterliegt. Dänemark ist insofern in keiner Weise zu einer völkerrechtlichen Kooperation mit der Gemeinschaft verpflichtet. In Ausübung seiner Handlungsfreiheit hat sich Dänemark jedoch in vier Fällen für eine völkerrechtliche Anbindung an das Europarecht entschieden:

Der erste Beispielfall ist die Anbindung Dänemarks an die Weiterentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule nach Art. 5 I Protokoll über die Position Dänemarks (1997). Es wurde bereits dargelegt, dass Dänemark aufgrund des Protokolls jede Weiterentwicklung übernehmen kann. Soweit es sich für eine Übernahme entscheidet, entsteht eine spezielle europarechtliche Verpflichtung eigener Art „nach dem Völkerrecht“, die inhaltlich einer völkerrechtlichen Verpflichtung aufgrund der ehemaligen Schengener Übereinkommen nachgebildet ist und kein Unionsrecht der dritten Säule darstellt⁸². Zwar gründet die Rechtsbeziehung zwischen der Gemeinschaft und Dänemark direkt auf dem Schengen-Protokoll und nicht auf einem eigenen völkerrechtlichen Vertrag. Dennoch scheint sie eine Modellwirkung für die Anbindung Dänemarks an weitere Regelungsbereiche des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jenseits des Schengener Rechts zu entfalten.

Das am 19. Januar 2001 unterzeichnete Abkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island über die Einbeziehung der beiden Staaten in den Regelungsgehalt des Dubliner Rechts regelt in Art. 12: „Das Königreich Dänemark kann beantragen, an diesem Übereinkommen teilzunehmen. Die Bedingungen für diese Teilnahme werden von den Vertragsparteien im Einvernehmen mit dem Königreich Dänemark in einem Protokoll zu diesem Übereinkommen festgelegt.“⁸³ Auch an den Regelungsgehalt der EuGV-Verordnung wird Dänemark nach diesem Modell auf völkerrechtlichem Wege angebinden werden. Das neue Übereinkommen von Lugano könnte eine entsprechende Klausel über die Einbeziehung Dänemarks enthalten⁸⁴. Vor der Umsetzung dieser völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks gilt im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten vorerst allerdings noch das frühere Völkervertragsrecht. Während zwischen den anderen Mitgliedstaaten bereits die EuGV-Verordnung und die Dublin-II-

⁸¹ Siehe Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.).

⁸² Kapitel 3 III 4 (S. 110 ff.). Dagegen entfaltet das integrierte Schengener Recht in Dänemark die Rechtswirkungen von Unionsrecht der dritten Säule; Kapitel 3 III 3 (S. 107 ff.).

⁸³ Zum Übereinkommen bereits Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Laut Anlage III zu Rats-Dok. 8051/01 hat Dänemark anlässlich der Annahme des Übereinkommen durch den Rat seinen Teilnahmewunsch erklärt. Der Rat ermächtigte die Kommission am 8.5.2003 zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen; Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 8.5.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 8278/03 (Presse 111).

⁸⁴ Zum neuen Übereinkommen von Lugano Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

Verordnung gelten, richtet sich die Rechtsbeziehung im Verhältnis zu Dänemark vorerst noch nach dem EuGVÜ und dem Dubliner Übereinkommen⁸⁵. Auch an Militäroperationen der Europäischen Union kann Dänemark trotz seiner ungleichzeitigen Sonderposition auf völkerrechtlichem Wege ebenso teilnehmen wie andere europäische Drittstaaten⁸⁶.

In diesen Fällen kann sich Dänemark in eine völkerrechtliche Kooperation der Gemeinschaft mit europäischen Drittstaaten „einklinken“, so dass sich der Abschluss eines gesonderten völkerrechtlichen Vertrags zwischen der Gemeinschaft und Dänemark erübrigt. Bei anderen Rechtsakten im Anwendungsbereich der dänischen Ungleichzeitigkeit besteht eine solche völkerrechtliche Kooperation der Gemeinschaft mit Drittstaaten aber regelmäßig nicht. Dänemark könnte insoweit nur eigens einen völkerrechtlichen Vertrag mit der Gemeinschaft schließen⁸⁷. Ganz in diesem Sinn ermächtigte der Rat die Kommission im Mai 2003 zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen für zwei gesonderte völkerrechtliche Verträge über Einzelaspekte des harmonisierten internationalen Privatrechts⁸⁸. Alternativ käme allenfalls eine freiwillige Anpassung der nationalen Vorschriften an den Regelungsgehalt des Gemeinschaftsrechts in Betracht, wie sie lange Zeit im Rahmen der Nordischen Kooperation gepflegt wurde⁸⁹. Inhalt und Auslegung der Bestimmungen wären dann jedoch der dänischen Rechtsordnung überlassen⁹⁰. Anders als die assoziierten Partnerstaaten Norwegen und Island wäre Dänemark freilich an den Beratungen des Rats beteiligt – wenn auch ohne Stimmrecht. Das Beteiligungsrecht ergibt sich jedoch nicht aus der völkerrechtlichen Anbindung, sondern ist eine allgemeine Folge von Ungleichzeitigkeit⁹¹.

Im Übrigen sollte daran erinnert werden, dass Dänemark auf seine Sonderposition im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jederzeit im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften verzichten kann⁹². Man könnte insofern auch erwägen, in der völkerrechtlichen Anbindung eine unzulässige Umgehung des regulären Verfahrens zur Herstellung von Gleichzeitigkeit zu sehen. Ungleichzeitigkeit gestattet einem Mitgliedstaat, an einzelnen Integrationsschritten nicht teilzunehmen und die europäische Rechtsordnung respektiert seine Entscheidung. Im Gegenzug könnte man verlangen, dass die ungleichzeitige Freistellung von der Integration regelmäßig nicht durch eine völkerrechtliche Anbindung relati-

⁸⁵ Nach Erwägungsgrund 22 EuGV-Verordnung findet das ursprüngliche EuGVÜ zwischen Dänemark und „den durch diese Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten“ weiterhin Anwendung. Entsprechendes gilt im Hinblick auf das Dubliner Übereinkommen nach Erwägungsgrund 19 Dublin-II-Verordnung.

⁸⁶ Hierzu Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

⁸⁷ Dies erachten generell für zulässig *P. Kuijper*, Problems, CML Rev. 37 (2000), 345/354; *J. Israël*, Conflicts, MJ 7 (2000), 81/86 und *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 75: „As a matter of courtesy“. Zweifeln *O. Remien*, Private, CML Rev. 38 (2001), 53/76: „Moreover, the special provisions for Denmark, Ireland and the United Kingdom mandate caution: or should the Community conclude a treaty with its own non-participating Member State(s) just as with any other third state?“

⁸⁸ Die Ermächtigung bezieht sich auf die EuGV-Verordnung, nachdem die Verhandlungen über das neue Übereinkommen von Lugano wegen der Anrufung des Gerichtshofs derzeit auf Eis liegen; Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Zusätzlich soll Dänemark an den Regelungsgehalt der VO 1348/2000/EG des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 160, 37) völkerrechtlich angebunden werden; vgl. Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 8.5.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 8278/03 (Presse 111).

⁸⁹ Hierzu etwa *U. Bernitz*, Nordiskt (1996) und *A. Berg*, Nordic Cooperation, in: EPIL 6 (1983), S. 256.

⁹⁰ Die dualistische dänische Rechtsordnung räumt völkerrechtlichen Bestimmungen nicht dieselben Privilegien ein, die dem Gemeinschaftsrecht zukommen; siehe Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

⁹¹ Vgl. Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁹² Kapitel 3 III 5 (S. 114 f.).

viert wird. Diese führt nicht nur zu einer zusätzlichen Komplexitätsebene, sondern unterminiert die supranationale Gemeinschaftsmethode mit ihren Regeln über die Zuständigkeit des Gerichtshofs und die Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts.

Es sei hier dahingestellt, unter welchen Umständen eine völkerrechtliche Anbindung vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstellt. Jedenfalls sollte die völkerrechtliche Anbindung Dänemarks nicht als Modell für andere Formen von Ungleichzeitigkeit dienen. Regelmäßig wird die Kommission ohnehin nicht bereit sein, durch entsprechende Vorschläge einer weitreichenden Umgehung der Gemeinschaftsmethode Vorschub zu leisten. Hierauf weist sie auch im Fall Dänemarks hin. Zwar unterstützt sie dessen völkerrechtliche Anbindung an die Harmonisierung des internationalen Privatrechts und das Dubliner Recht, merkt im Hinblick auf das europäische Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungsrecht aber kritisch an:

„It is Denmark itself that holds the key to the definitive solution of the problem: Denmark may at any time, in accordance with its constitutional requirements, inform the other Member States that it no longer wishes to avail itself of this protocol; therefore other solutions to be found in the meantime such as parallel agreements could only be of an exceptional and transitional nature, whilst maintaining the ultimate objective of terminating the protocol.“⁹³

III Dennoch: einheitliches Auftreten?

Die Präambel des EU-Vertrags erklärt die Stärkung der „Identität und Unabhängigkeit Europas“ zu einem Ziel der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik⁹⁴. Dies gilt sinngemäß auch für das Handeln der Gemeinschaft nach dem EG-Vertrag und wird durch ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten befördert. Drittstaaten haben die Gemeinschaft als Ansprech- und Vertragspartner anerkannt und ziehen heute vielfach eine einheitliche Beziehung zur Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten dem Nebeneinander verschiedener Beziehungen zu den einzelnen Mitgliedstaaten vor. Die geographische Beschränkung der gemeinschaftlichen Außenkompetenz bei Ungleichzeitigkeit führt zu einer neuen Komplexität, die dem Ziel eines einheitlichen Auftretens entgegensteht. Es soll daher gefragt werden, wie trotz Ungleichzeitigkeit ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten rechtlich erreicht werden kann, soweit dies politisch erwünscht ist.

1 Externe Gleichzeitigkeit trotz interner Ungleichzeitigkeit?

Ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft für alle Mitgliedstaaten ließe sich ohne Rückgriff auf gemischte Abkommen verwirklichen, wenn der Gemeinschaft trotz interner Ungleichzeitigkeit eine gleichzeitige Außenkompetenz für alle Mitgliedstaaten zustände. Grundsätzlich entsteht nach dem Erlass von ungleichzeitigem Sekundärrecht eine AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft nur für die beteiligten Mitgliedstaaten. Völkerrechtliche Verträge der Gemeinschaft auf dieser Grundlage entfalten für nicht beteiligte Mitgliedstaaten keine

⁹³ Presseerklärung der Kommission vom 30.4.2002, Kom.-Dok. IP/02/643.

⁹⁴ Erwägungsgrund 10 Präambel EU-Vertrag.

Bindungswirkung⁹⁵. Gleichwohl könnte man nach allgemeinen Regeln eine einheitliche Außenzuständigkeit der Gemeinschaft für alle Mitgliedstaaten trotz Ungleichzeitigkeit erwägen.

In seiner frühen Rechtsprechung hatte der Gerichtshof allgemein darauf hingewiesen, dass die auswärtige AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft implizit aus den Binnenkompetenzen fließen⁹⁶. Vor diesem Hintergrund wurden die AETR-Prinzipien in den 70er und 80er-Jahren zumeist so verstanden, dass eine grundsätzliche Parallelität von Binnen- und Außenzuständigkeit im Sinn der Formel *in foro interno, in foro externo* besteht⁹⁷. Nach dem Erlass eines Binnenrechtsakts sei die Gemeinschaft ausschließlich zuständig; soweit die Binnenkompetenz noch nicht ausgeübt wurde, besäße der Gemeinschaftsgesetzgeber dagegen einen Ermessensspielraum, ob er die insoweit konkurrierende Außenzuständigkeit ausüben wolle oder nicht⁹⁸. Bei Ungleichzeitigkeit bestünde hiernach die Möglichkeit, einen völkerrechtlichen Vertrag mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten zu schließen, obwohl die entsprechende Binnenregel nicht alle Mitgliedstaaten bindet. Trotz interner Ungleichzeitigkeit wäre hiernach für den völkerrechtlichen Vertragsschluss eine externe Gleichzeitigkeit gegeben⁹⁹.

Eine weitere Erörterung dieses Gedankengangs erübrigt sich jedoch, da der Gerichtshof in seiner späteren Rechtsprechung einen „Schwenk zugunsten stärkerer Wahrung des nationalen Vertragsschließungsrechts“¹⁰⁰ vollzog. Im Gutachten 2/92 heißt es ausdrücklich, dass die „externe Zuständigkeit der Gemeinschaft nicht ohne weiteres aus ihrer Befugnis zum Erlass von Vorschriften auf interner Ebene folgt“¹⁰¹. Vielmehr ist die Anwendung der AETR-Grundsätze durch die vorherige Ausübung der Binnenkompetenz bedingt. Die AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft reicht nur soweit, wie eine bestehende Binnenregelung beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite geändert würde¹⁰². Ein völkerrechtliches Handeln der Gemeinschaft ohne vorherige Binnenregelung ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn die interne Zuständigkeit „wirksam nur zugleich mit der externen Zuständigkeit ausgeübt werden

⁹⁵ Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

⁹⁶ EuGH, Rs. 3, 4 und 6/76, Slg. 1976, 1279 Rz. 30/33 – *Kramer*. „Aus den Pflichten und Befugnissen ... im Innenverhältnis ... ergibt sich daher die Zuständigkeit der Gemeinschaft, völkerrechtliche Verpflichtungen ... einzugehen“; EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 4 – *Stilllegungsfonds*: „ergibt sich die Befugnis, die Gemeinschaft gegenüber Drittstaaten zu verpflichten, ... stillschweigend aus den die interne Zuständigkeit begründenden Bestimmungen des Vertrages.“

⁹⁷ Siehe etwa *C. Tomuschat*, *Auswärtige Gewalt*, EuR 1977, 157/159; *J. Groux*, *Parallélisme*, C.D.E. 14 (1978), 1/18 und *P. Pescatore*, *External Relations*, CML Rev. 16 (1979), 615.

⁹⁸ Vgl. ebd. und das Vorbringen der Kommission in EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 82 – *WTO* und EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 29 – *Investitionsschutz*: „(T)he Community legislature would have a discretion either to assume all the obligations arising within the framework of the OECD or to leave the Member States some latitude in matters not covered by Community legislation.“

⁹⁹ Wenn etwa im Rahmen einer kulturpolitischen verstärkten Zusammenarbeit eine Maßnahme nach Art. 151 EGV erlassen wurde, könnte ein völkerrechtlicher Vertrag über denselben Sachverhalt auf der Grundlage einer „normalen“ Anwendung des Art. 151 EGV gleichwohl für alle Mitgliedstaaten geschlossen werden. Das Vereinigte Königreich könnte seine Teilnahme an einem asylrechtlichen Vertrag mit Drittstaaten nach Art. 63 EGV erklären, ohne dass es am Binnenrechtsakt beteiligt sein müsste.

¹⁰⁰ *T. Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, S. 733 f.

¹⁰¹ EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 31 – *Investitionsschutz*; Zuvor bereits EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 88 – *WTO*.

¹⁰² Ebenso *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, *External* (1996), S. 52 f.; *Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. Tomuschat*, Art. 228 EGV, Rz. 6; *Oppermann* ebd. und *C. Kaddous*, *Jurisprudence* (1998), S. 248 ff. Teilweise anders *Schwarze-H. Kriück*, Art. 300 EGV Rn. 4, der offenbar an der alten Auffassung festhält. Ausdrückliche Außenkompetenzen wie Art. 174 IV EGV zum Umweltschutz erlauben ein Tätigwerden der Gemeinschaft freilich auch ohne vorherige Ausübung der Binnenkompetenz.

kann“¹⁰³. Diese Voraussetzung ist bei interner Ungleichzeitigkeit grundsätzlich nicht erfüllt. Die Existenz einer ungleichzeitigen Binnenregelung zeigt gerade, dass eine gemeinschaftsinterne Regelung auch unabhängig von einer völkerrechtlichen Regelung möglich ist¹⁰⁴. Die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit erlauben somit regelmäßig keine externe Gleichzeitigkeit bei interner Ungleichzeitigkeit.

Allenfalls in Sonderfällen ist trotz interner Ungleichzeitigkeit eine gleichzeitige Außenvertretung möglich: Soweit der Gemeinschaft im Rahmen ihrer AETR-Zuständigkeit auch ohne vorherige Binnenregelung ausnahmsweise ein auswärtiges Handeln gestattet ist. Ein Beispiel hierfür sind Rückübernahmeabkommen mit Drittstaaten auf Grundlage des Art. 63 Nr.3 lit.b EGV, denen eine zunehmende Bedeutung zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zukommt. Die Gemeinschaft unterzeichnete Ende 2002 ein erstes Abkommen mit der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong¹⁰⁵ und der Rat ermächtigte die Kommission zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen mit neun anderen Drittstaaten¹⁰⁶. Da die Repatriierung von Drittstaatsangehörigen sinnvoll nur aufgrund eines Abkommens mit dem Heimatstaat erfolgen kann, ist der Gemeinschaft hier ein auswärtiges Handeln auch ohne vorherige Binnenregelung erlaubt¹⁰⁷. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents sieht nunmehr eine Positivierung der entsprechenden Unionskompetenz in Art. III-168(3) VVE-E vor¹⁰⁸.

Die eigenständige AETR-Zuständigkeit ohne vorherige Binnenregelung bewirkt, dass die regulären Regeln für die Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Anwendung finden. Das Vereinigte Königreich und Irland können frei entscheiden,

¹⁰³ EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 89 – *WTO*; EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 32 – *Investitionsschutz* und EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 Rz. 83 – *Kommission/Deutschland*. Ein solcher Fall war etwa die notwendige Beteiligung der Schweiz an der Regulierung der Schifffahrt auf dem Rhein, die nach der Rheinschifffahrtsakte grundsätzlich frei ist; vgl. EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 – *Stillelegungsfonds*.

¹⁰⁴ Auf dieser Argumentationslinie gründet der Gerichtshof bei Gleichzeitigkeit eine teilweise Ablehnung der Binnenkompetenz in EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 Rz. 86 – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰⁵ Beschluss des Rates über die Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong der Volksrepublik China über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt; Rats-Dok. 9081/02; angenommen auf der Sitzung des Rats Landwirtschaft und Fischerei am 24./25.9.2002 als A-Punkt nach den Informationen unter <www.consilium.eu.int>. Der Beschluss wurde bislang nicht veröffentlicht und es ist daher nicht ersichtlich, ob das Vereinigte Königreich und/oder Irland sich für eine Teilnahme entschieden.

¹⁰⁶ In der ersten Phase der Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sollte die Kommission für die Gemeinschaft bis 2004 entsprechende Abkommen ursprünglich nur mit vier ausgewählten Drittstaaten aushandeln; das *scoreboard* der Kommission vom 24.3.2000 (KOM(2000) 167) sah Abkommen mit Marokko, Russland, Sri Lanka und Pakistan vor. Inzwischen wurde die Kommission aber auch zu Verhandlungen mit Albanien, Algerien, China, Türkei und Ukraine ermächtigt. Die Ermächtigungen wurden vom Rat im Juni und November 2002 beschlossen; siehe Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 13.6.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 9820/02 (Presse 175) sowie ebd. vom 28./29.11.2002, Rats-Dok. 14187/02 (Presse 375).

¹⁰⁷ Es sei hier dahingestellt, ob sich die Außenkompetenz der Gemeinschaft für Rückführungsübereinkommen aus dem aufgeführten Rechtsgedanken des Gutachtens 1/76 mit seiner einhergehenden Annahme einer Ausschließlichkeit der entsprechenden Kompetenz infolge der Ausübung (vgl. EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 32 – *Investitionsschutz* „may be exercised, and thus become exclusive, without any internal legislation having first been adopted“) oder aus der Annahme einer konkurrierenden impliziten Kompetenz direkt aus Art. 63 Nr.3 lit.b EGV ergibt; hierzu am Beispiel der Verkehrspolitik *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/285 ff.

¹⁰⁸ Diese wird weiterhin dem ungleichzeitigen Vertragsregime des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unterfallen, dessen Redaktion der Konvent der Regierungskonferenz überließ; näher Kapitel 3 I (S. 80 f.).

ob sie sich beteiligen oder nicht, während Dänemark aufgrund seiner umfassenden Sonderposition keine Beteiligungsmöglichkeit besitzt¹⁰⁹. Diese originäre Beteiligungsmöglichkeit der *outs* bei der Ausübung externer Zuständigkeiten gründet jedoch auf der Sonderkonstellation, dass hier ein auswärtiges Handeln der Gemeinschaft nach Maßgabe der AETR-Grundsätze ausnahmsweise auch ohne vorherige Binnenregelung gestattet ist. Soweit die AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft auf einer ungleichzeitigen Binnenregelung gründet, besitzen die *outs* diese Beteiligungsmöglichkeit nach allgemeinen Regeln nicht. Der Weg zur Herstellung externer Gleichzeitigkeit ist die Beteiligung der *outs* an den Binnenrechtsakten durch die Aufgabe der ungleichzeitigen Sonderposition.

2 Gemischte Abkommen bei Ungleichzeitigkeit

Die Außenkompetenzen der Gemeinschaft sind auch bei Gleichzeitigkeit begrenzt. In der Rechtspraxis wird ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten durch den Abschluss gemischter Abkommen ermöglicht, an denen im Rahmen ihrer Zuständigkeit sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten als eigenständige Vertragspartei beteiligt sind. Dies gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Der Abschluss gemischter Abkommen erlaubt auch hier ein einheitliches Auftreten, soweit dies politisch erwünscht ist. Allerdings umfasst die Gemeinschaftszuständigkeit bei Ungleichzeitigkeit nicht alle Mitgliedstaaten. Insofern sah *Ehlermann* schon 1984 „the birth of a new type of mixed agreement“ voraus¹¹⁰. Deren besondere Rechtsprobleme können jedoch aufgrund allgemeiner Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit einer Lösung zugeführt werden.

Die „ungleichzeitigen“ gemischten Abkommen zeichnen sich dadurch aus, dass der Umfang der Gemeinschaftskompetenz in Fortführung der internen Ungleichzeitigkeit variiert. Mit *Tuytschaever* kann man zwei Fallgruppen gemischter Abkommen bei Ungleichzeitigkeit unterscheiden¹¹¹: Erstens gemischte Abkommen, die für die *ins* einer ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft zuzuordnen sind und an denen insofern nur die *outs* neben der Gemeinschaft auftreten (teilweise gemischte Abkommen). Zweitens Verträge, die für alle Mitgliedstaaten ein gemischtes Abkommen sind und bei denen infolge von Ungleichzeitigkeit die Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten innerhalb des Abkommens nach Sachbereichen variiert (asymmetrisch gemischte Abkommen).

Der Abschluss „teilweise gemischter Übereinkommen“, an denen neben der Gemeinschaft *einige* Mitgliedstaaten beteiligt sind, ist kein neues Phänomen. In der Vergangenheit traten einige Mitgliedstaaten bereits als eigenständige Vertragspartei neben der Gemeinschaft auf, weil sie die auswärtigen Beziehungen eines Gebiets wahrnehmen, das nicht dem Anwendungsbereich der europäischen Verträge unterfällt¹¹². Auch an regionalen Umweltübereinkommen, für

¹⁰⁹ Kapitel 3 (S. 79 ff.).

¹¹⁰ *C.D. Ehlermann*, 'Two Speeds', *Michigan Law Review* 82 (1984), 1274/1278: „If this latter alternative (Annahme einer ungleichzeitigen AETR-Zuständigkeit, Anm. d. Verf.) is correct, the Community might be unable to commit the whole of its territory; as a consequence, we might see the birth of a new type of mixed agreement.“

¹¹¹ *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 178, wenn auch nicht mit der hier gewählten Bezeichnung.

¹¹² Dies gilt etwa für die Vertretung der *Territoires d'outre-mer* durch Frankreich und die Vertretung abhängiger Gebiete wie seinerzeit Hongkong durch das Vereinigte Königreich. Der Gerichtshof erachtet dies ausdrücklich für zulässig in EuGH, Gutachten 1/78, Slg. 1979, 2871 Rz. 61 f. – *Naturkautschuk-Übereinkommen*. „Die betreffenden Gebiete befinden sich, da sie vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags nicht erfasst werden, gegenüber der Gemeinschaft in der gleichen Situation wie Drittländer“; ebenso EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 15-18 – *WTO*. Wenn ein Mitgliedstaat als Vertreter abhängiger Gebiete auftritt, wird er hinsichtlich des

welche die Gemeinschaft nur teilweise zuständig ist, sind neben der Gemeinschaft regelmäßig die betroffenen Mitgliedstaaten beteiligt¹¹³. Das UN-Seerechtsübereinkommen schließlich wurde zwar von allen Mitgliedstaaten gezeichnet, ist bislang aber nur für die Gemeinschaft und 13 Mitgliedstaaten in Kraft getreten¹¹⁴. Gemeinsam ist diesen gemischten Abkommen die Teilnahme nicht aller Mitgliedstaaten, während sie in ihrem gemeinschaftsrechtlichen Teil für alle Mitgliedstaaten gelten. Dies ist bei Ungleichzeitigkeit anders: Soweit bei Ungleichzeitigkeit an teilweise gemischten Abkommen nur die Gemeinschaft und die *outs* beteiligt sind, vertritt die Gemeinschaft nach allgemeinen Regeln nur die *ins*. Bei asymmetrisch gemischten Abkommen sind zwar alle Mitgliedstaaten als eigenständige Vertragspartei an dem Übereinkommen beteiligt, der Umfang der Gemeinschaftskompetenz variiert jedoch in Fortführung der ungleichzeitigen Kompetenzverteilung.

In der bisherigen Darstellung wurden verschiedene Verträge erwähnt, die sich einer der beiden Kategorien gemischter Abkommen bei Ungleichzeitigkeit zuordnen lassen. Nach einer Einbeziehung Dänemarks in das Abkommen zwischen der Gemeinschaft, Norwegen und Island über das Dubliner Recht bestünde nicht nur eine völkerrechtliche Anbindung Dänemarks an das Dubliner Recht, sondern zugleich ein teilweise gemischtes Abkommen¹¹⁵. Als eigenständige Vertragspartei könnte Dänemark neben der Gemeinschaft auch an den geplanten Rückführungsabkommen mit Drittstaaten teilhaben¹¹⁶. Wegen der klaren Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den *outs* sind derartige teilweise gemischte Abkommen rechtlich und praktisch vergleichsweise leicht zu handhaben. Für die *ins* richten sich die Rechtswirkungen der Übereinkommen als „integrierender Bestandteil“ des Gemeinschaftsrechts nach den allgemeinen Vorgaben der europäischen Rechtsordnung für die Stellung völkerrechtlicher Verträge¹¹⁷. Für die *outs* sind teilweise gemischte Abkommen dagegen wie reguläre völkerrechtliche Verträge zu behandeln, deren Rechtswirkungen sich nach nationalem Recht richten.

Schwieriger gestaltet sich die Kompetenzabgrenzung bei asymmetrisch gemischten Abkommen. Ein Beispiel hierfür sind das geplante Haager Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen¹¹⁸ und Assoziie-

„Mutterlands“ im Rahmen der Gemeinschaftskompetenz gleichwohl durch die Gemeinschaft vertreten.

¹¹³ So etwa das Übereinkommen zum Schutz des Mittelmeers vor Verschmutzung vom 16.2.1976 (ABl. 1977 L 240, 77; in Kraft getreten am 12.2.1978), der neben der Gemeinschaft Frankreich, Spanien, Italien und Griechenland als Vertragsstaaten angehören; das Übereinkommen zum Schutz des Rheins gegen chemische Verunreinigung vom 3.12.1976 (ABl. 1977 L 240, 37; in Kraft getreten am 1.1.1979), das auch Frankreich, Deutschland, Luxemburg und die Niederlande ratifiziert haben; das Übereinkommen über den Schutz Meeresumwelt des Ostseegebiets (Helsinki-Übereinkommen) vom 9.4.1992 (ABl. 1994 L 73, 1; in Kraft getreten am 29.6.1995), das auch Deutschland, Finnland, Schweden und Dänemark sowie die baltischen Beitrittskandidaten und Polen ratifizierten. Nachweise über den Ratifikationsstand und das Inkrafttreten der Übereinkommen bei *W. Heintschel v. Heinegg*, Verhältnis, in: Rengeling (1998), S. 676 ff.

¹¹⁴ Nach dem Fundstellenverzeichnis B 2002 ist das SRÜ neben der EG für alle Mitgliedstaaten außer Dänemark und Luxemburg in Kraft getreten; näher *D. Vignes*, Mer, in: FS Waelbroeck I (1999), S. 683. Nach allgemeinem Völkerrecht und wohl auch Gemeinschaftsrecht sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, ein gemischtes Übereinkommen zu ratifizieren, wenn die Gemeinschaft dies tat.

¹¹⁵ Näher Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

¹¹⁶ Hierzu Kapitel 9 III 1 (S. 287 ff.).

¹¹⁷ Zu den Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge der Gemeinschaft statt vieler *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 122 ff. und *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 741 f.

¹¹⁸ Siehe Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Es sei unterstellt, dass das Übereinkommen teilweise in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und teilweise in die Zuständigkeit der Gemeinschaft als Vertreterin der *ins* fällt.

rungsabkommen, soweit diese etwa Bestimmung zur Rückführung von Staatsangehörigen enthalten, die Gegenstand von Ungleichzeitigkeit sind¹¹⁹. Diese Verträge werden für alle Mitgliedstaaten als gemischte Abkommen geschlossen. Der Umfang der Gemeinschaftskompetenz variiert jedoch infolge von Ungleichzeitigkeit zwischen den *ins* und den *outs*¹²⁰. Er ist somit für die *ins* und die *outs* jeweils aufgrund allgemeiner Regeln getrennt zu ermitteln. Es gelten insoweit die allgemeinen Regeln des Europarechts für die externe Dimension von Ungleichzeitigkeit, die vorstehend ausgeführt wurden. Wenn die Gemeinschaft einen ungleichzeitigen Binnenrechtsakt erlassen hat, besteht regelmäßig eine AETR-Kompetenz für die *ins*, während der entsprechende Sachbereich für die *outs* der nationalen Zuständigkeit unterfällt.

Die asymmetrische Trennlinie zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen und dem mitgliedstaatlichen Teil des gemischten Abkommens ist maßgeblich für den Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung und die Zuständigkeit des Gerichtshof¹²¹. So richten sich die Rechtsfolgen von Repatriierungsbestimmungen in Assoziierungsabkommen in Deutschland nach europarechtlichen Grundsätzen und Auslegungsfragen können durch den Gerichtshof einer Klärung zugeführt werden¹²². Dagegen ist Dänemark aufgrund seiner ungleichzeitigen Sonderposition an die Repatriierungsbestimmungen nicht als Gemeinschaftsrecht gebunden¹²³. Das Vereinigte Königreich und Irland sind ebenfalls nicht gemeinschaftsrechtlich gebunden, soweit sie im Rahmen des europäischen Rechtssetzungsprozesses nicht ihr *opt-in* erklären¹²⁴. Soweit insbesondere bei Übereinkünften zur Gründung internationaler Organisationen Kompetenzerklärungen abzugeben sind, müssen diese den Aspekt der Ungleichzeitigkeit ebenfalls berücksichtigen¹²⁵.

¹¹⁹ So erstmals Art. 76 Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten mit der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien vom 9.4.2001 (ABl. 2001 C 213, 23) und entsprechend Art. 77 Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten mit der Republik Kroatien vom 29.10.2001 (ABl. 2001 C 320, 2); beide Übereinkommen waren Ende September 2003 noch nicht in Kraft getreten.

¹²⁰ E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93 stellen insoweit zutreffend fest, dass „demarcation questions could become complex ... in such a case.“

¹²¹ Die Zuständigkeit des Gerichtshof zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen als „integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung“ ist auch bei Gleichzeitigkeit grundsätzlich auf diejenigen Teile eines gemischten Abkommens beschränkt, die der Gemeinschaftszuständigkeit unterfallen; vgl. EuGH, Rs. C-53/96, Slg. 1998 I-3603 Rz. 28, 32 f. – *Hermès* und EuGH, Rs. C-300 und 392/98, Slg. 2000 I-11307 Rz. 48 – *Christian Dior*. Näher auch P. Koutrakos, Mixed, EFA Rev. 7 (2002), 25. Wie nunmehr der EuGH früher schon Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. Tomuschat, Art. 228 EGV Rn. 77.

¹²² Es sei unterstellt, dass der Abschluss des Übereinkommens eine Aktivierung der vorstehend dargelegten Gemeinschaftskompetenz nach Art. 63 Nr.3 lit.b EGV beinhaltet.

¹²³ Man kann die Rechtsprechung des Gerichtshofs freilich so deuten, dass der Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung bei Assoziierungsabkommen auch potentielle Gemeinschaftskompetenzen umfasst; so K. Hailbronner, Immigration and Asylum (2000), S. 113 ff.; E. Guild/S. Peers, Defence or Defiance?, in: Guild/Harlow (2001), S. 270 und EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719 Rz. 9 – *Demirel*: „Da ein Assoziierungsabkommen nämlich besondere und privilegierte Beziehungen mit einem Drittstaat schafft, der zumindest teilweise am Gemeinschaftssystem teilhaben muss, muss Artikel 238 der Gemeinschaft notwendigweise die Zuständigkeit dafür einräumen, die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten in allen vom EWG-Vertrag erfassten Bereichen sicherzustellen.“ Wenn dies zutrifft, könnte man bei Ungleichzeitigkeit argumentieren, dass insoweit auch die *outs* gemeinschaftsrechtlich gebunden sind. Dies würde als allgemeine Regel aber nur für Assoziierungsabkommen gelten und nicht für andere völkerrechtliche Verträge.

¹²⁴ Allgemein zur Wahlfreiheit des Vereinigten Königreichs und Irlands Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

¹²⁵ Zur gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, den Umfang der Gemeinschaftskompetenz korrekt anzugeben EuGH, Rs. C-29/99, Slg. 2002 I-11221 – *Kommission/Rat*.

Die Tragfähigkeit einer rechtlichen Konstruktion kann regelmäßig anhand der Frage überprüft werden, ob sie auch im Konfliktfall eine zufriedenstellende Lösung erreicht. Dies gilt auch für die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei teilweise oder asymmetrisch gemischten Abkommen. Ein Drittstaat hat hier zwar einen Anspruch im Hinblick auf alle Mitgliedstaaten. Für ihn stellt sich „nur“ die Frage, ob er Erfüllung und gegebenenfalls Entschädigung von der Gemeinschaft und/oder den Mitgliedstaaten verlangen kann¹²⁶. Drittstaaten werden daher bei teilweise oder asymmetrisch gemischten Abkommen im Konfliktfall regelmäßig die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten als einheitlichen Akteur ansprechen, der die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit nach internen Regeln unter sich ausmacht und nach Außen einheitlich auftritt. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten richtet sich hierbei nach denselben Kriterien, die auch für reguläre gemischte Abkommen gelten¹²⁷. Sie müssen freilich in Fortführung der Ungleichzeitigkeit modifiziert werden.

Ein Beispiel: Falls im Rahmen eines ungleichzeitigen gemischten Abkommens aufgrund einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit finanzieller Schadensersatz an Drittstaaten zu zahlen ist, der nur für einige Mitgliedstaaten der Gemeinschaftszuständigkeit zuzurechnen ist, muss die Zahlungspflicht in Fortführung der ungleichzeitigen Kompetenzverteilung getrennt zugeordnet werden. Die *outs* leisten ihren Beitrag aus dem nationalen Haushalt, während die gemeinschaftsrechtliche Zahlungsverpflichtung für die *ins* sich nach den allgemeinen Regeln des Europarechts zur Finanzierung ungleichzeitiger Ausgaben richtet¹²⁸. Entgegen *Hatje* können Haftungssituationen bei Ungleichzeitigkeit somit einer rechtlichen Lösung zugeführt werden¹²⁹. Sie stehen der Annahme einer ungleichzeitigen Außenkompetenz der Gemeinschaft und dem Abschluss von teilweise oder asymmetrisch gemischten Abkommen nicht entgegen. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass auch die *outs* nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit vor dem Gerichtshof Klage gegen ungleichzeitige Gemeinschaftsrechtsakte erheben und dadurch gegebenenfalls einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der ungleichzeitig handelnden Gemeinschaft vorbeugen können¹³⁰.

Die erstrebte Einheitlichkeit des Auftretens der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten durch den Abschluss von ungleichzeitig gemischten Abkommen entfaltet einen Mehrwert vor allem bei einer einheitlichen Verhandlungsführung. Eine Kooperation von Gemeinschaft und *outs* wird im Idealfall den Einfluss auf den Ausgang der Verhandlungen im wohlverstandenen Eigeninteresse erhöhen. Jedenfalls kann ein einheitliches Auftreten verhindern, dass die für

¹²⁶ Anders als bei völkerrechtlichen Verträgen nur der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit (Kapitel 9 I 3; S. 280 ff.) ist das gesamte Gemeinschaftsgebiet vom Übereinkommen umfasst. Nur der Umfang der gemeinschaftlichen und der mitgliedstaatlichen Kompetenz variiert infolge von Ungleichzeitigkeit. Auch die von *C. Tomuschat*, Liability, in: O’Keeffe/Schermers (1983), S. 132 am Beispiel des SRÜ festgestellte Komplexität der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit bei gemischten Abkommen, „if only some Member States alongside with the Community participate in a treaty“, gilt somit bei Ungleichzeitigkeit nicht, weil das gesamte Abkommen in allen Mitgliedstaaten entweder als Gemeinschaftsrecht oder Völkerrecht gilt.

¹²⁷ Hierzu etwa *C. Pitschas*, Verantwortlichkeit (2001), insb. 240 ff., 257 ff.; *C. Tomuschat*, Liability, in: O’Keeffe/Schermers (1983), S. 125 ff.; *A. Conze*, Haftung (1987) und *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 180. Siehe auch EuGH, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625 Rz. 29 – *Parlament/Rat*: „jointly liable“.

¹²⁸ Näher Kapitel 7 IV (S. 225 ff.). Ebenso *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 122: „Hinsichtlich der Kosten ist auf Art. (44a EUV) zu verweisen, wobei der darin verankerte Grundsatz der Kostentragung durch die (*ins*) nichts daran ändert, dass völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt für Haftungsansprüche die Gemeinschaft ist.“

¹²⁹ Anders *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28.

¹³⁰ Kapitel 7 III 3 (S. 221 ff.).

Drittstaaten schwer durchschaubare „Ungleichzeitigkeit“ der Verhandlungsführung zu einer Situation führt, in der „the lack of predictability may be costly in terms of third parties negotiating agreements with the EU or for Member States.“¹³¹ Auch insoweit können dieselben Modelle wie bei herkömmlichen gemischten Abkommen Anwendung finden. Dies wird regelmäßig bedeuten, dass die *outs* der Kommission nach dem Vorbild der Welthandelsrunden die Verhandlungsführung übertragen¹³². Bei der internen Abstimmung der Verhandlungsposition der Gemeinschaft im Rat und besonderen Ausschüssen nach Art. 300 I EGV besitzen die *outs* formell zwar kein Stimmrecht. Ihre gleichberechtigte Beteiligung an den Beratungen garantiert ihnen jedoch einen faktischen Einfluss auf die Verhandlungsposition¹³³.

Die gemeinsame Verhandlungsführung der Gemeinschaft und der *outs* bei ungleichzeitigen gemischten Abkommen ist jedoch nicht zwingend. Im Fall eines politischen Dissenses, der bei Ungleichzeitigkeit wegen der unterschiedlichen politischen Auffassungen, auf denen die Ungleichzeitigkeit beruht, wahrscheinlicher ist als bei herkömmlichen gemischten Abkommen, können die *outs* die Verhandlungen jederzeit in eigener Regie fortsetzen. Die einheitliche Verhandlungsführung ist fakultativ und kann von den *outs* jederzeit aufgekündigt werden. Unabhängig hiervon besteht gerade auch bei Ungleichzeitigkeit eine „Pflicht zur Zusammenarbeit“¹³⁴ zwischen der Gemeinschaft und den *outs*, deren Beachtung sicherstellt, dass ein unabdingbares Mindestmaß an Einheitlichkeit der Außenvertretung gewahrt bleibt. Da der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents die Zusammenarbeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei gemischten Abkommen keiner positiv-rechtlichen Regelung zuführt, bleibt es der Praxis überlassen, eine tragfähige Lösung zu finden. Gerade auch im Hinblick auf die besonderen Probleme ungleichzeitiger gemischter Abkommen könnte diese in einem *code of conduct* festgehalten werden¹³⁵.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass teilweise und asymmetrisch gemischte Abkommen auch bei Ungleichzeitigkeit die Möglichkeit eines einheitlichen Auftretens der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten eröffnen, soweit dies politisch gewünscht wird. Die rechtliche Komplexität solcher Abkommen kann durch allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit einer rechtlichen Lösung zugeführt werden. Rechtssicherheit bedeutet freilich nicht notwendig Rechtsklarheit. Ungleichzeitigkeit ergänzt die Rechtsprobleme gemischter Abkommen um eine zusätzliche Komplexitätsebene. Doch kann man die geringere Rechts-

¹³¹ E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93.

¹³² So auch F. Tuytschaever, Differentiation (1999), S. 179. O. Remien, Private, CML Rev. 38 (2001), 53/76 fordert einen „joint effort of the Community and the Member States“. Alternativ zur umfassenden Ermächtigung der Kommission (Modell 1) könnte eine gemeinsame Delegation gebildet werden, als deren Sprecher wiederum die Kommission aufträte (Modell 2). Das beim SRÜ gewählte Modell einer eigenständigen Verhandlung der Mitgliedstaaten würde bei Ungleichzeitigkeit dagegen gerade keine einheitliche Verhandlungsführung gewährleisten (Modell 3). Ebenso die Koordinierung des mitgliedstaatlichen Kompetenzbereichs in der zweiten Säule und der Abschluss eines Übereinkommens nach Art. 24 EUV (Modell 4), da in der zweiten Säule nach Art. 24 I EUV regelmäßig der Vorsitz die Verhandlungen führt und zudem meist nur gleichzeitige Kompetenzen aller Mitgliedstaaten koordiniert werden können. Näher zu den Modellen eins bis drei J. Groux, Negotiations, in: O’Keeffe/Schermer (1983), S. 87 und Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. Tomuschat, Art. 228 EGV Rn. 24 f. sowie zu Modell 4 N. Neunahl, Troubled Personality, EFA Rev. 3 (1998), 177/188 f.

¹³³ Zur Zusammensetzung des Rates und seiner Subgremien bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

¹³⁴ EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 108 – *WTO*. Ebenso EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 Rz. 35 – *Kernmaterialübereinkommen*; EuGH, Gutachten 2/91, Slg. 1993 I-1061 Rz. 36 – *ILO-Übereinkommen*; EuGH, Rs. C-25/94, Slg. 1996 I-1469 Rz. 48 – *Kommission/Rat*.

¹³⁵ Dies schlägt speziell für Ungleichzeitigkeit vor F. Tuytschaever, Differentiation (1999), S. 179.

klarheit mit *Weiler* dem Wunsch nach einer einheitlichen Außenvertretung und Interessenwahrnehmung unterordnen:

„Mixity as pioneered by the Community offers a real alternative... Since it is the Community *together* with its Member States which concludes agreements, we do not necessarily face a multiplicity of external relations and a weakening of the strength inherent in united action. Mixity offers instead a different way in the search for unity and the respect for state interests and autonomy.“¹³⁶

IV Fazit

Aufgrund der allgemeinen Regeln des Europarechts steht der Gemeinschaft auch bei Ungleichzeitigkeit eine auswärtige Zuständigkeit nach Maßgabe der AETR-Grundsätze zu. Die rechtlichen Erwägungen, die die AETR-Rechtsprechung des Gerichtshofs tragen, greifen auch bei Ungleichzeitigkeit. Freilich ist die Außenkompetenz der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit geographisch auf die *ins* beschränkt. Dagegen unterliegt die völkerrechtliche Handlungsfreiheit der *outs* grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken. Die Begrenzung der Außenkompetenz der Gemeinschaft auf die *ins* muss in der völkervertragsrechtlichen Praxis durch eine entsprechende Vertragsgestaltung deutlich gemacht werden, um die notwendige Rechtssicherheit des Völkerrechtsverkehrs zu wahren. Vor allem bei der Verwirklichung der externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird der Ungleichzeitigkeit der Außenvertretung in den kommenden Jahren eine große Bedeutung zukommen. Die Abkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island über die Anbindung an das Schengener und Dubliner Recht sind nur die ersten Anwendungsfälle einer umfassenden Tätigkeit der Gemeinschaft in diesem Bereich, in deren Rahmen Dänemark auf völkerrechtlichem Wege mittelbar in den Regelungsgehalt des ungleichzeitigen Gemeinschaftsrechts einbezogen werden kann.

Die Effektivität der gemeinsamen Interessenwahrnehmung wird durch ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten gefördert. Dies gilt bei Gleichzeitigkeit ebenso wie bei Ungleichzeitigkeit. Bei Ungleichzeitigkeit besteht nach allgemeinen Regeln jedoch eine Asymmetrie der Außenkompetenzen. Dies wirft die Frage auf, wie bei Ungleichzeitigkeit ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten erreicht werden kann, soweit dies politisch erwünscht ist. Nach allgemeinen Regeln scheidet der Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten aus, wenn die Binnenregelung, auf der die AETR-Zuständigkeit beruht, nicht für alle Mitgliedstaaten gilt. Ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten kann daher bei Ungleichzeitigkeit nur durch den Abschluss eines gemischten Abkommens erreicht werden. Innerhalb des ungleichzeitig gemischten Abkommens richtet sich der Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten nach der ungleichzeitigen Reichweite der europäischen Außenkompetenzen. Die Rechtspraxis ist freilich nicht verpflichtet, das Angebot eines ungleichzeitig gemischten Abkommens aufzugreifen. Eine auch rechtlich einheitliche Außenvertretung aller Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft kann nur durch die Herstellung interner Gleichzeitigkeit erreicht werden.

¹³⁶ J.H.H. *Weiler*, Mixity, in: *Constitution* (1999), S. 185 zu herkömmlichen gemischten Abkommen (Hervorhebung übernommen).