

Die Verstärkte Zusammenarbeit in der Europäischen Union

Politischer Hintergrund, Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven

Von CHLOÉ LIGNIER und ANTON GEIER, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	547
II. Historische Entwicklung	549
1. Verstärkte Zusammenarbeit im Spannungsfeld unterschiedlicher Integrationskonzepte	549
a) Europa der unterschiedlichen Geschwindigkeiten	550
b) Europa à la carte	551
2. Entwicklungsetappen der differenzierten Integration	553
III. Primärrechtliche Ausgestaltung der Verstärkten Zusammenarbeit	556
1. Entwicklung der Vertragsbestimmungen zur Verstärkten Zusammenarbeit	556
2. Systematik der Vertragsbestimmungen	558
3. Materielle Voraussetzungen der Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit	558
a) Anwendungsbereich	559
b) Achtungspflichten und Beeinträchtigungsverbote	559
c) Subsidiarität	561
d) Loyalität zwischen den Mitgliedstaaten	561
4. Das Verfahren zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit	562
a) Ermächtigungsverfahren	562
b) Gesetzgebungsverfahren	564
c) Anschlussverfahren	565
5. Finanzierung der Verstärkten Zusammenarbeit	566
6. Kontrolle durch den EuGH	566
IV. Integrationspolitische Einordnung der Verstärkten Zusammenarbeit	567

* Für den vorliegenden Beitrag wurden die Autoren am 10.10.2014 auf der Frankfurter Buchmesse mit dem Dr. Otto Schmidt-Preis zur Förderung der Europäisierung und Internationalisierung des Rechts ausgezeichnet.

1. Vorrang der Einheit des Unionsrechts und der Unantastbarkeit des <i>acquis</i>	567
2. Einbindung in den institutionellen Rahmen der EU	568
3. Elemente des <i>Europas à la carte</i> : politisches Ermessen und keine zeitliche Differenzierung	570
V. Bestandsaufnahme: Anwendungsfelder der Verstärkten Zusammenarbeit	571
1. Verstärkte Zusammenarbeit in Ehesachen	571
a) Entstehungsgeschichte der Rom III-VO	571
b) Überblick über die Rom III-Regelungen	572
c) Bewertung	573
2. Verstärkte Zusammenarbeit im Patentrecht	575
a) Historische Entwicklung des europäischen Patents	575
b) Verstärkte Zusammenarbeit: Schaffung von Einheitspatent und Europäischem Patentgericht	576
c) Entscheidung des EuGH über die Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit	577
d) Würdigung der Verstärkten Zusammenarbeit im Patentrecht und der Entscheidung des EuGH	579
3. Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer	581
a) Finanztransaktionssteuer als Mittel der Krisenbewältigung	581
b) Entwicklung der Gesetzgebung auf europäischer Ebene	581
c) Entscheidung des EuGH über die Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit	583
d) Würdigung der Finanztransaktionssteuer und der Entscheidung des EuGH	584
VI. Fazit	585
Summary: Enhanced Cooperation in the European Union – Political Background, Current Status and Future Perspectives	587

I. Einleitung

Im Spannungsfeld von effektiver Integration und Wahrung der Souveränität der Mitgliedstaaten stößt die europäische Rechtsvereinheitlichung immer wieder an ihre Grenzen. Zwar herrscht Einigkeit darüber, dass es in Europa nicht in allen Bereichen zur (vollständigen) Rechtsvereinheitlichung kommen soll, denn schließlich geht das Unionsrecht selbst von der legitimen Koexistenz unterschiedlicher Rechtsordnungen in Europa aus.¹ Doch oft genug beruht das Fehlen einheitlicher Regelungen nicht auf einem Konsens über die Vielfaltswahrung, sondern auf Interessen- und Wertungsdivergen-

¹ EuGH 28.6.1978 – Rs. 1/78 (*Patrick Christopher Kenny ./. Insurance Officer*), Slg. 1978, 1489, R.n. 18; EuGH 27.9.1988 – Rs. 313/86 (*Lenoir ./. Caisse d'allocations Familiales des Alpes-Maritimes*), Slg. 1988, 5391, R.n. 15; *Martin Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) 157; *Pavlos Eleftheriadis*, Federalism and Jurisdiction, in: *Federalism in the European Union*, hrsg. von Elke Cloots/Geert De Baere/Stefan Sottiaux (2012) 45, 52.

zen zwischen den Mitgliedstaaten, die eine politische Einigung im jeweiligen Bereich verhindern. Daneben setzen auch tatsächliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten auf wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Ebene der Integrationsfähigkeit Grenzen. Deutlich wurde diese politische und faktische Heterogenität mit jeder Erweiterungsrunde der EU, insbesondere der großen Osterweiterung.²

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, diese Form des unerwünschten Integrationsstillstands zu überwinden. Ein Weg ist die Verstärkte Zusammenarbeit (*closer* bzw. seit Nizza *enhanced cooperation*, *coopération renforcée*). Es handelt sich um ein europäisches Integrationskonzept, bei dem ein Sekundärrechtsakt auf unbestimmte Dauer nur für diejenigen Mitgliedstaaten verbindlich wird, die sich ihm freiwillig unterwerfen. Wenn schon kein Konsens auf Ebene der Gesamtheit der Mitgliedstaaten erreicht werden kann, so soll wenigstens der „integrationswillige“ Teil der Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, im kleineren Kreis von der Schaffung gemeinsamer Regeln zu profitieren.³ Dabei erfolgt die Verstärkte Zusammenarbeit innerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Zwar werden die Rechtsakte der Verstärkten Zusammenarbeit nur für die beteiligten Mitgliedstaaten verbindlich und nicht Teil des *acquis communautaire*, Art. 20(4) EUV. Jedoch ist die Verstärkte Zusammenarbeit nach dem EU-Vertrag ausdrücklich „darauf ausgerichtet, die Ziele der [gesamten] Union zu fördern, ihre Interessen zu schützen und ihren Integrationsprozess zu stärken“, Art. 20(1) Unterabs. 2 Satz 1 EUV.⁴

Es ist umstritten, ob das Konzept der Verstärkten Zusammenarbeit diesem Anspruch gerecht wird. Seine Befürworter sehen hierin das entscheidende Instrument zur Überwindung der politischen Lähmung einer immer komplexeren und heterogeneren Union.⁵ Kritiker befürchten dagegen das Ende eines kohärenten Integrationsprozesses sowie den Beginn der Zersplitterung der Union und der Entfremdung ihrer Mitglieder.⁶ Ist also die Ver-

² *Hermann-Josef Blanke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt, Stand: Oktober 2013) Art. 20 EUV Rn. 1, scheint davon auszugehen, dass die verstärkte Zusammenarbeit sogar in erster Linie dazu dient, den „Spagat zwischen Erweiterung und Vertiefung“ zu meistern.

³ *Jörg Monar*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Europäisches Verfassungsrecht, hrsg. von Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (2009) 749, 773.

⁴ Näheres zur Einbettung der Verstärkten Zusammenarbeit in den institutionellen Rahmen der Union unter III. 4. und IV. 2.

⁵ Vgl. *Franz Cromme*, Die primärrechtliche Absicherung der Einheit der EU bei der differenzierten Integration – Die Entwicklung bis zum Brüsseler Mandat 2007, *EuR* 2007, 821, 823: „edler Wettbewerb verschiedener Gruppierungen um die Integration“; *Daniel Thym*, Flexible Integration: Garant oder Gefahr für die Einheit des Unionsrechts im Zeichen der Währungskrise?, *EuR* Beiheft 2013/2, 23, 36.

⁶ *Tobias Bender*, Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza – Anwendungsfelder und Bewertung im Spiegel historischer Präzedenzfälle der differenzierten Integration, *ZaöRV* 61 (2001) 729, 737 spricht von der „Gefahr zentrifugaler Kräfte“ und führt aus: „Es besteht also

stärkte Zusammenarbeit Königsweg oder Sackgasse der europäischen Integration?

Angesichts der Vielfalt europäischer Politikfelder, unterschiedlicher Interessenkonflikte und der Möglichkeiten der Ausgestaltung von Sekundärrechtsakten kann diese Frage nicht einseitig beantwortet werden. Im Folgenden sollen vielmehr differenziert Chancen und Risiken der Verstärkten Zusammenarbeit aufgezeigt und Kriterien dafür ermittelt werden, anhand derer die Geeignetheit des Instruments der Verstärkten Zusammenarbeit für bestimmte Politikfelder gemessen werden kann.

Ausgangspunkt ist dabei die historische Entwicklung der differenzierten Integration einschließlich der politischen Hintergründe (II.). Höhepunkt dieser Entwicklung war die Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit, deren gegenwärtige primärrechtliche Ausgestaltung Gegenstand des dritten Teils der Untersuchung ist (III.). Auf dieser Grundlage folgt sodann die integrationspolitische Einordnung der Verstärkten Zusammenarbeit, aus der auch teleologische Vorgaben abgeleitet werden (IV.). Abschließend wird die Anwendung der Verstärkten Zusammenarbeit auf bereits in dieser Form ergangene sowie gegenwärtig diskutierte Sekundärrechtsakte bewertet (V.).

II. Historische Entwicklung

1. Verstärkte Zusammenarbeit im Spannungsfeld unterschiedlicher Integrationskonzepte

Die Verstärkte Zusammenarbeit ist eine besondere Ausprägung der „differenzierten Integration“. Die differenzierte (auch „abgestufte“ oder „flexible“) Integration hat sich als ein weitgehend wertneutraler Oberbegriff für eine Vielzahl von Konzepten herausgebildet, bei denen es zu unterschiedlichen Integrationsniveaus zwischen Gruppen von Mitgliedstaaten kommt.⁷ Darüber hinaus ist die Diskussion jedoch von zahlreichen weiteren Schlagwörtern geprägt, die jeweils ergebnisbezogen ein bestimmtes integrationspolitisches Ideal in den Blick nehmen und deshalb wertungsbelastet sind. Die rechtspolitische Auseinandersetzung um Zielrichtung, Maß und Mittel

durch eine voranschreitende differenzierte Integration die Gefahr der zunehmenden Unterminierung – wenn nicht Beseitigung – des Prinzips einheitlicher Integration, die in einer Zersplitterung des Rechts und der Auflösung des einheitlichen institutionellen Rahmens der EU resultieren kann“. Differenziert z.B. *Dieter Kugelmann*, „Kerneuropa“ und der EU-Außenminister – die verstärkte Zusammenarbeit in der GASP, EuR 2004, 322, 341–344, der die Verstärkte Zusammenarbeit in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik für richtig und in der Außenpolitik für falsch hält.

⁷ *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 733.

der differenzierten Integration spiegelt sich in dieser Terminologie wider.⁸ Im Laufe der europäischen Einigungsgeschichte haben sich zwei grundlegend unterschiedliche Denkansätze herausgebildet.⁹ Diese belegen wir für die Zwecke dieser Untersuchung mit zwei Schlagwörtern, welche aus unserer Sicht die Unterschiede zwischen den Konzepten am besten verbildlichen: Auf der einen Seite steht das Europa „der unterschiedlichen Geschwindigkeiten“, auf der anderen das Europa „à la carte“.¹⁰

a) Europa der unterschiedlichen Geschwindigkeiten

Die Idee des „Europas der unterschiedlichen Geschwindigkeiten“ ging Anfang der 1970er Jahre aus der ersten tiefgreifenden Integrationskrise („Eurosklерose“) hervor, die den politischen Akteuren deutlich machte, dass nicht alle Mitgliedstaaten gleichermaßen integrationsfähig und -willig waren. Als Reaktion hierauf schlug der damalige Bundeskanzler Willy Brandt in einer Rede vor dem *Mouvement Européen* am 19. November 1974 in Paris vor, die Integration der Wirtschafts- und Währungspolitik nach den individuellen Voraussetzungen und Bedürfnissen der einzelnen Mitgliedstaaten auszurichten und dabei eine zeitlich begrenzte Differenzierung hinzunehmen. Dies griff der belgische Premierminister Leonard Tindemans prägnant mit den Worten auf: „Es ist unmöglich, [...] ein glaubwürdiges Aktionsprogramm zu entwickeln, wenn man davon ausgeht, dass es absolut erforderlich ist, dass in allen Fällen alle Etappen von allen Staaten zum gleichen Zeitpunkt zurückgelegt werden müssen.“¹¹

In diesen Aussagen spiegelt sich die Vorstellung eines Europas der unterschiedlichen Geschwindigkeiten wider, in dem alle Mitglieder in dieselbe Richtung streben – wenn auch unterschiedlich schnell. Kennzeichnend ist, dass die Differenzierung mit faktischen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten gerechtfertigt wird. Hieraus folgt ihr vorübergehender Charakter, denn sobald sich die Mitgliedstaaten einander angenähert haben und die tatsächlichen Unterschiede überbrückt werden können, ist die Differenzie-

⁸ Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Terminologie uneinheitlich gehandhabt wird. *Claus Dieter Ehlermann*, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip?, *EuR* 1997, 362–364; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 2: „babylonisches Sprachgewirr und konzeptioneller Irrgarten“; *Johanna Delia Welker*, Verstärkte Zusammenarbeit, in: *Bergmann*, *Handlexikon der Europäischen Union* (2015) 987; *Thym*, *EuR* Beiheft 2013/2, 23; *Bender*, *ZaöRV* 61 (2001) 729, 733.

⁹ Ebenso: *Thym*, *EuR* Beiheft 2013/2, 23–27. Ähnliche Unterscheidung bei *Ehlermann*, *EuR* 1997, 362–364 und *Bender*, *ZaöRV* 61 (2001) 729, 735–736.

¹⁰ Näheres zu den ebenfalls gebräuchlichen Begriffen der variablen Geometrie, des harten Kerns und der konzentrischen Kreise sogleich unter a) und b).

¹¹ *Leo Tindemans*, Bericht über die Europäische Union („Tindemans-Bericht“) (1975), abrufbar unter <www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Geschichte/EGKS_bisEWG/Pdf/Tindemansbericht.pdf>.

rung nicht mehr gerechtfertigt und muss entfallen. Die voranschreitenden Mitgliedstaaten sollen dabei als Wegbereiter für die nachziehenden Staaten dienen, so dass die Differenzierung den Integrationsprozess insgesamt fördert. Unterschiedliche Integrationsniveaus sind demnach eine Ausnahme vom Grundsatz des unantastbaren und homogenen *acquis*.¹² Sie werden als „notwendiges Übel“ in Kauf genommen, um Integrationsstillstand zu überwinden und sollen letztlich ein Mittel zur Vertiefung der Integration sein.

Das Konzept eines „Europas der unterschiedlichen Geschwindigkeiten“ unterliegt damit drei wesentlichen Prämissen: Erstens ist die Differenzierung dem Ziel der Wahrung der Homogenität und Integrität des *acquis communautaire* untergeordnet;¹³ zweitens ist die Differenzierung nur gerechtfertigt, wenn sie aufgrund tatsächlicher Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich ist; drittens soll die Differenzierung vorübergehend sein und enden, sobald die Unterschiede überbrückt sind. Klassische Beispiele für dieses Konzept sind die Übergangsregelungen anlässlich der Beitritte neuer Mitgliedstaaten oder der zwingende Beitritt von bestimmten Mitgliedstaaten zur Eurozone nach Erfüllung der Konvergenzkriterien (Art. 140(2) AEUV).¹⁴

b) Europa à la carte

Den Gegensatz hierzu bildet das Konzept eines „Europa à la carte“. ¹⁵ Seine drei Prämissen lauten: Differenzierung ist in einer flexiblen Union aus freien und souveränen Mitgliedstaaten das Mittel der Wahl und nicht subsidiär; zweitens ist die Differenzierung nicht von sachbezogenen Rechtfertigungen abhängig, sondern schon auf Grundlage politischer Meinungsverschiedenheiten legitim; drittens ist sie grundsätzlich auf Dauer angelegt.

Es handelt sich um eine (vornehmlich britische) Antwort auf die (vor allem deutsch-französischen) Vorstellungen von einer politischen Union, die auch dem Konzept der unterschiedlichen Geschwindigkeiten zugrunde lagen. Die Debatte erhitze sich im Zuge des Vertrags von Maastricht. In einem Zeitungsbeitrag knüpfte der französische Premierminister Edouard Balladur an das Konzept der unterschiedlichen Geschwindigkeiten an und prägte das Bild eines „Europas der konzentrischen Kreise“. ¹⁶ Demnach solle

¹² Zum Verhältnis von differenzierter Integration und Einheit des Unionsrechts: *Cromme*, EuR 2007, 821–828; *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 735.

¹³ *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 735; vgl. *Bernd Martenczuk*, Die differenzierte Integration und die föderale Struktur der Europäischen Union, EuR 2000, 351, 363.

¹⁴ *Thym*, EuR Beiheft 2013/2, 23 f.; *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 735 f.

¹⁵ *Thym*, EuR Beiheft 2013/2, 23, 26; *Ehlermann*, EuR 1997, 362, 364; vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 7 f. *Kritisch Martenczuk*, EuR 2000, 351, 363: „Gefahr eines Zusammenbruchs der föderalen Solidarität und Einheit“.

¹⁶ *Édouard Balladur*, *Le Figaro* vom 30.8.1994, S. 1, 5 f.; *Ehlermann*, EuR 1997, 362, 367 weist zu Recht darauf hin, dass Balladurs Konzept der konzentrischen Kreise unpräzise ist. Es

ein stark integriertes Kerneuropa von einem Kreis weniger integrierter Mitgliedstaaten und einem weiteren Kreis von assoziierten Staaten außerhalb der Gemeinschaft umrundet werden. Fast zeitgleich führten Wolfgang Schäuble und Karl Lamers in einem Strategiepapier das Kerneuropa-Konzept als eine Form der politischen „Koalition der Willigen“ aus.¹⁷ Demnach sollte ein „fester Kern“ der „integrationsorientierten und kooperationswilligen“ Staaten ihre Währungs-, Fiskal-, Wirtschafts- und Sozialpolitik enger abstimmen. Die Teilnahme an der Kerneuropa-Gruppe sollte anderen Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich offenstehen. Gleichwohl enthielt das Papier die unmissverständliche Botschaft, dass sich die integrationswilligen Mitgliedstaaten bei der Fortführung und Vertiefung der europäischen Integration nicht von einzelnen europaskeptischen Mitgliedstaaten aufhalten lassen würden. Es ist daher wenig überraschend, dass dieser Vorstoß in Großbritannien die Befürchtung nährte, aus dem Kerneuropa ausgeschlossen und an den Rand gedrängt zu werden.¹⁸ Als Reaktion hierauf trat der damalige Premierminister John Major dem Leitbild der Differenzierung als notwendigem Übel zur Überwindung sachlicher Unterschiede öffentlich entgegen und betonte das Primat des nationalen Interesses.¹⁹ Er knüpfte dabei an die politische Linie Thatchers an („I want my money back“).²⁰ Jüngst nahm David Cameron diesen Gedanken im Januar 2013 bei der Begründung des angekündigten Referendums zur EU-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs auf. Er zeichnete das Bild eines flexiblen Europas à la carte, in dem das nationale Interesse als Ausgangspunkt der Integrationspolitik wieder in den Vordergrund rückte: „We believe in a flexible union of free member states who share treaties and institutions [...] This vision of flexibility and co-operation is not the same as those who want to build an ever closer political union – but it is just as valid“.²¹

bleibt insbesondere unklar, ob die Differenzierung vorübergehender oder dauerhafter Natur ist und unter welchen Voraussetzungen Mitgliedstaaten in den harten Kern aufgenommen werden.

¹⁷ Vgl. CDU/CSU-Bundestagsfraktion, „Überlegungen zur europäischen Politik“, Positionspapier vom 1.9.1994 („Schäuble-Lamers-Papier“), abrufbar unter <www.cducsu.de/upload/schaeublelamers94.pdf>. Siehe hierzu mit Hinweis auf die spätere Instrumentalisierung der Kerneuropa-Idee zur Abgrenzung gegenüber den Vereinigten Staaten: *Kugelmann*, EuR 2004, 332, 324.

¹⁸ *Ehlermann*, EuR 1997, 362, 367. *Cromme*, EuR 2007, 821, 823 spricht im Zusammenhang mit dem Kerneuropa-Konzept von einem „hegemonistischen Beigeschmack“.

¹⁹ *John Major*, Rede zur künftigen Gestalt Europas am 7.9.1994 im Rahmen der William and Mary Lecture an der Universität Leiden, abrufbar unter <www.johnmajor.co.uk/page1124.html>.

²⁰ Vgl. *Margaret Thatcher*, Statement bei der Pressekonferenz im Anschluss an den Europäischen Rat von Dublin am 30.11.1979, abrufbar unter <www.margaretthatcher.org/document/104180>.

²¹ *David Cameron*, Rede zur Zukunft Europas am 23.1.2013 in Bloomberg, abrufbar unter <www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>.

2. Entwicklungsetappen der differenzierten Integration

Die Verstärkte Zusammenarbeit war auch im Zeitpunkt ihrer Einführung mit dem Vertrag von Amsterdam nicht der erste Vorstoß dieser Art. Andere Formen von differenzierter Integration entwickelten sich in Europa zum Teil schon im Vorfeld der soeben dargestellten politischen Diskussion. Die Instrumente bewegen sich allesamt im politischen Spannungsfeld des Europas mehrerer Geschwindigkeiten oder *à la carte*. Die wenigsten verwirklichen jedoch eines der beiden Konzepte in Reinform.

Schon der EWG-Vertrag enthielt in bestimmten Bereichen Vorbehaltsklauseln, wonach die Mitgliedstaaten dauerhaft über einen Gemeinschaftsrechtsakt hinausgehende Schutzmaßnahmen beibehalten oder ergreifen dürfen.²² Die Differenzierung steht dabei nicht im politischen Ermessen der Mitgliedstaaten im Sinne eines Europas *à la carte*, sondern beruht auf objektiv unterschiedlichen Schutzniveaus. Da sie andererseits keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt, ist sie auch keine Ausprägung des Konzepts unterschiedlicher Geschwindigkeiten. Vielmehr dient sie dem gemeinsamen Interesse der Mitgliedstaaten an der effektiven Durchsetzung der Schutzzwecke von Gemeinschaftsrechtsakten. Demnach sollen unvorhergesehene – auch auf europäischer Ebene unerwünschte – Absenkungen der nationalen Schutzniveaus durch Gemeinschaftsrechtsakte verhindert werden.

Im Zuge der ersten Erweiterungsrunde von 1973 wurde eine zeitliche Differenzierung in Form von Übergangsregelungen nötig. Diese gaben zugleich Anlass, die Unantastbarkeit des *acquis communautaire* politisch herauszustellen, wenngleich dieser Grundsatz nicht kodifiziert wurde.²³ Es handelt sich um das Paradebeispiel eines Europas unterschiedlicher Geschwindigkeiten.

Das nächste Beispiel differenzierter Integration war allerdings ein auf Dauer angelegtes Instrument des Europas *à la carte*: In den 1960er und 1970er Jahren schlossen einzelne Mitgliedstaaten bilaterale Forschungsabkommen und bildeten länderübergreifende Technologieunternehmen. Beispiele sind die *European Space Agency* (ESA), deren Vorgängerin schon 1962 gegründet wurde, und die deutsch-französisch-spanische *European Aeronautic Defence and Space Company* (EADS). Die Praxis differenzierter Integration in den Bereichen Forschung und Technologie wurde in der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) erstmals konsolidiert und ist heute primärrechtlich in Art. 184, 188(2) AEUV verankert.²⁴ Historischer Ausgangspunkt war die deutsch-niederländische Kooperation bei der Finanzierung eines

²² Siehe etwa die heutigen Schutzklauseln in Art. 114(4), 193 AEUV, die von Notifizierungs- und Abstimmungspflichten (z.B. Art. 347 AEUV) flankiert werden.

²³ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV R.n. 9.

²⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV R.n. 22; Matthias Ruffert, in: Calless/Ruffert, EUV/AEUV (2011) Art. 184 AEUV R.n. 1.

Forschungsreaktors in Petten, nachdem keine gemeinsame Finanzierung durch alle Mitgliedstaaten zustande kam.²⁵ Die Konsolidierung in der EEA bildete eines von mehreren Zugeständnissen im Gegenzug für die zugleich erfolgte Abschwächung des Einstimmigkeitsprinzips. Die Differenzierung im Technologiebereich diente somit der Überwindung politischer Meinungsunterschiede der Mitgliedstaaten und war zeitlich unbefristet. Sie ist deshalb ein Beispiel für Integration à la carte.

In den 1980er Jahren wurde im Zuge der Schengen-Verhandlungen über Reisefreiheit und Grenzkontrollen der Weg beschritten, anstelle des Erlasses eines Gemeinschaftsrechtsakts ein völkerrechtliches Übereinkommen zwischen fünf der damals zehn EG-Staaten zu schließen.²⁶ Hintergrund war, dass die Mitgliedstaaten keine Einigung darüber erzielen konnten, ob Freizügigkeit nur für EG-Angehörige oder auch für Drittstaatsangehörige gelten sollte. Es handelt sich also auch hier um ein Beispiel des politisch bedingten Europas à la carte. Den Schengener Abkommen sind später auch einige Nicht-EU-Staaten beigetreten, während einige Mitgliedstaaten die Regelungen nicht oder nur mit erheblichen Einschränkungen umgesetzt haben. Erst mit dem Vertrag von Amsterdam wurde der Schengen-Besitzstand in das Unionsrecht integriert.²⁷ Das Ergebnis ist ein funktionsfähiges, aber sehr unübersichtliches Regelwerk in den Art. 29–42 EUV, mehreren EU-Verordnungen (insbesondere dem Schengener Grenzkodex) und verschiedenen Zusatzprotokollen.²⁸

Mit dem Vertrag von Maastricht wurden drei bedeutsame Instrumente der differenzierten Integration eingeführt: die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion (WWU, heute Art. 119–144 AEUV), die Europäische Sozialcharta (heute Art. 151–161 AEUV) sowie die ständige strukturierte Zusammenarbeit in der gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (heute Art. 42 EUV).

Grundlage der WWU ist ein gemeinsamer Beschluss aller (also auch der nichtteilnehmenden) Mitgliedstaaten, in dem der Beginn und die Vertiefung der Währungsintegration in drei Stufen festgelegt sind. Auf der 1999 begonnenen dritten Stufe sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich zur Einführung des Euro verpflichtet, sobald sie die vereinbarten Konvergenzkriterien erfüllen. Die Differenzierung beruht insoweit auf volkswirtschaftlichen

²⁵ Calliess/Ruffert/Ruffert (vorige Fn.) Art. 184 AEUV Rn. 1.

²⁶ Bender, ZaöRV 61 (2001) 729–731.

²⁷ Protokoll über die Integration des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union, ABl. 1997 C 340/97. Siehe hierzu Bender, ZaöRV 61 (2001) 729–743; Alexandra Jour-Schröder/Martin Wasmeier, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (2003) Vorbem. zu den Art. 29 bis 42 EUV Rn. 20 ff.

²⁸ Zum Ganzen: von der Groeben/Schwarze/Jour-Schröder/Wasmeier (vorige Fn.) Vorbem. zu den Art. 29 bis 42 EUV Rn. 20 ff.

Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten, deren Beseitigung bereits auf der ersten und zweiten Stufe angestrebt wird. Insoweit folgt die WWU dem Leitbild des Europas mehrerer Geschwindigkeiten, bei dem die Differenzierung mit der unterschiedlichen Integrationsfähigkeit der Mitgliedstaaten gerechtfertigt wird. 18 der 28 EU-Staaten haben den Euro auf dieser Grundlage eingeführt. Daneben enthalten die Regelungen der WWU jedoch auch eine politische *à la carte*-Komponente.²⁹ Von den übrigen zehn Mitgliedstaaten sind nämlich nur sieben verpflichtet, den Euro einzuführen, sobald sie die Konvergenzkriterien erfüllen. Dänemark, das Vereinigte Königreich und Schweden unterliegen dem Automatismus nicht. Sie verfügen vielmehr *de iure* bzw. *de facto* über ein *opt out*-Recht, von dem sie nach freiem politischem Ermessen Gebrauch machen können.³⁰

Die Sozialcharta wurde 1989 vom Europäischen Rat ohne die Zustimmung des Vereinigten Königreichs verabschiedet. Sie enthält die unverbindliche Absichtserklärung, gemeinsame soziale Grundrechte und Mindestanforderungen der Sozialpolitik zu schaffen. Das Vereinigte Königreich widersetzte sich zunächst der Einführung einer EU-Kompetenz in diesem Bereich. Es kam sodann zu folgendem Kompromiss: Alle Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich schlossen ein Abkommen über die Sozialpolitik.³¹ Mit dem Protokoll Nr. 14 zum Vertrag von Maastricht ermächtigten sodann alle zwölf damaligen Mitgliedstaaten die elf Vertragsstaaten des Sozialabkommens, „die Organe, Verfahren und Mechanismen des Vertrages in Anspruch zu nehmen, um die erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse zur Umsetzung des genannten Abkommens untereinander anzunehmen und anzuwenden“. Gemäß Nr. 2 des Protokolls war das Vereinigte Königreich von den Beratungen zu Vorschlägen aufgrund des Abkommens dauerhaft ausgeschlossen. Anlässlich des Vertrags von Amsterdam ist das Vereinigte Königreich dem Sozialabkommen jedoch beigetreten, so dass dieses in das Primärrecht integriert werden konnte (Art. 151 ff. AEUV).

²⁹ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 22, 25.

³⁰ Dänemark hat von seinem Recht Gebrauch gemacht, dem Rat zu notifizieren, dass es nicht an der dritten Stufe teilzunehmen gedenkt, Nr. 2 des Protokolls Nr. 12 zum EUV, ABl. 1992 C 348/1. Für das Vereinigte Königreich ist gemäß Protokoll Nr. 15 zum EUV bereits die Teilnahme am System der Europäischen Zentralbanken auf der zweiten Stufe nicht bindend. Darüber hinaus ist das Vereinigte Königreich nicht verpflichtet, an der dritten Stufe der WWU teilzunehmen, solange es den Rat nicht von seiner Teilnahmeabsicht notifiziert. Kritisch: *Cromme*, EuR 2007, 821, 828, der das britische *opt out*-Recht für eine „fast groteske Differenzierung“ hält, die „für die Einheit der EU mehr als ein Schönheitsfehler“ sei; *Monar*, Der Raum der Freiheit (Fn. 3) 775: „zweifelloso eine der fragwürdigsten Bestimmungen der gesamten EU-Rechtsordnung“. In Schweden beruht die Nichteinführung des Euro auf der Volksabstimmung vom 14.9.2003, bei der 56,2 % der Wähler die Einführung ablehnten. Dies steht der eigentlich obligatorischen Einführung des Euro in Schweden faktisch dauerhaft im Wege.

³¹ ABl. 1992 C 191/90.

Seit 2007 schließlich sieht die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit in der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik den Ausbau von Verteidigungsfähigkeiten im Dialog mit der Europäischen Verteidigungsagentur sowie die Bereitstellung nationaler Truppenverbände für europäische Einsatzgruppen vor.³² Soweit die Mitgliedstaaten die im Protokoll über die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit genannten objektiven Kriterien erfüllen, ist ihre Teilnahme freiwillig und steht daher im Sinne des Europas à la carte in ihrem politischen Ermessen.

III. Primärrechtliche Ausgestaltung der Verstärkten Zusammenarbeit

1. Entwicklung der Vertragsbestimmungen zur Verstärkten Zusammenarbeit

Die Verstärkte Zusammenarbeit wurde durch den Vertrag von Amsterdam in den EUV und den EGV eingeführt. Die Vorschriften wurden später durch die Verträge von Nizza und Lissabon geändert. Nach den unterschiedlichen Erfahrungen mit auf bestimmte Sachbereiche begrenzten Einzelinstrumenten der differenzierten Integration wurde nun erstmals ein allgemeiner Mechanismus eingeführt.

Ursprünglich eröffneten die Art. 43 ff. EUV-Amsterdam und Art. 11 EGV-Amsterdam³³ den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Verstärkten Zusammenarbeit im Geltungsbereich des EGV (1. Säule) sowie im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (3. Säule). Für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) war die Verstärkte Zusammenarbeit zunächst nicht vorgesehen. Diese Zurückhaltung hinsichtlich einer Differenzierung der GASP war auf die Befürchtung zurückzuführen, dass ein uneinheitliches Auftreten von Gruppen von Mitgliedstaaten gerade bei den Außenbeziehungen der Union die EU spalten und ihrem internationalen Ansehen abträglich sein werde.³⁴

³² Siehe hierzu im Einzelnen Art. 42 EUV sowie Protokoll Nr. 10 (Nummerierung nach Vertrag von Lissabon) über die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit nach Artikel 42 des Vertrags über die Europäische Union vom 13.12.2007, BGBl. 2008 II 1038, 1096.

³³ Eingehend zu den primärrechtlichen Entwicklungsetappen der Verstärkten Zusammenarbeit *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 738 ff., 750 ff.

³⁴ Die gegensätzlichen Positionen der Befürworter (insb. Deutschland und Frankreich) und Gegner (insb. Vereinigtes Königreich) einer Differenzierung der Außen- und Sicherheitspolitik traten während des Irakkriegs von 2003 zutage. Der Vertrag von Nizza ermöglichte erstmals eine Verstärkte Zusammenarbeit in Einzelbereichen der GASP. Im Zuge der Ausarbeitung des Verfassungsentwurfs stimmten die Briten schließlich zu, eine Verstärkte Zusammenarbeit bei der GASP allgemein zuzulassen. Eingehend zur Entwicklung der Ver-

Nachdem das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit aufgrund seiner strengen Voraussetzungen nicht zur Anwendung kam, wurde mit dem Vertrag von Nizza das Verfahren vereinfacht. Die entscheidende Neuerung lag in der Abschaffung des Vetorechts einzelner Mitgliedstaaten gegen die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit.³⁵ Forderer wurde die Mindestzahl der für eine Verstärkte Zusammenarbeit erforderlichen Mitgliedstaaten auf acht festgelegt – unabhängig von der Gesamtzahl der Mitgliedstaaten. Nach dem Vertrag von Amsterdam war noch die Beteiligung von mindestens der Mehrheit der Mitgliedstaaten erforderlich gewesen. Ferner wurde die materielle Voraussetzung eingeführt, dass die Verstärkte Zusammenarbeit weder den Binnenmarkt noch den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt beeinträchtigen darf. Schließlich wurde die Möglichkeit einer Verstärkten Zusammenarbeit auch für den Bereich der GASP eröffnet, wobei hiervon militärische und verteidigungspolitische Fragen ausgenommen wurden. Die Änderungen waren vorrangig prozessualer Natur und führten zu keiner substantiellen Verbesserung des Anwendungspotentials.³⁶

Der Vertrag von Lissabon³⁷ führte in den Art. 20 EUV und Art. 326–334 AEUV erhebliche Neuerungen bezüglich der Verstärkten Zusammenarbeit ein. Das Entscheidungsverfahren wurde nochmals vereinfacht. Die neuen Regelungen sehen ein einheitliches Verfahren für fast alle Bereiche der Union vor. Die Mindestzahl der teilnehmenden Staaten wurde angesichts der Osterweiterung auf neun heraufgesetzt. Die Rolle des Parlaments im Verfahren wurde gestärkt, indem die Einleitung einer Verstärkten Zusammenarbeit von dessen Zustimmung abhängig gemacht wurde. Als Antwort auf Ängste vor einer Zersplitterung der Union wurde die Pflicht zur Förderung der Beteiligung möglichst vieler Mitgliedstaaten eingeführt. Diese wird als Ausprägung des Solidaritätsprinzips angesehen, das wiederum einen Unterfall des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit darstellt (Art. 4(3) EUV). Neu geregelt wurden auch die so genannten Passarelle-Klauseln. Nach Art. 333(1) AEUV kann der Rat im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit per Beschluss das Einstimmigkeitsprinzip durch ein qualifiziertes Mehrheitsverfahren ersetzen.

stärkten Zusammenarbeit in der GASP *Kugelmann*, EuR 2004, 322–332. Zur besonderen Gefahr einer nach außen sichtbaren politischen Spaltung in der Außenpolitik ebd. 341 f.

³⁵ *Matthias Ruffert*, Vorgaben für eine differenzierte Integration im Primärrecht und im künftigen europäischen Verfassungsrecht, in: *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, hrsg. von Peter Jung/Christian Baldus (2007) 99, 103, bezeichnet das Vetorecht als „anachronistische und systemwidrige Regelung“.

³⁶ Zu dieser Einschätzung gelangen auch *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 751; *Kugelmann*, EuR 2004, 322.

³⁷ Zur Straffung der Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit im Vertrag von Lissabon siehe *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 20.

Für die GASP gelten die Besonderheiten des Art. 329 AEUV, die den obengenannten Befürchtungen einer politische Spaltung entgegenwirken sollen, indem die politische Kontrolle auf den Rat konzentriert wird: Im Gegensatz zu allen anderen Bereichen übt die Kommission hier keine Entscheidungsbefugnisse mit eigenem politischen Ermessensspielraum aus und das Parlament ist lediglich mit Unterrichtungsbefugnissen beteiligt.

2. Systematik der Vertragsbestimmungen

Die unionsvertragliche Regelung der Verstärkten Zusammenarbeit folgt dem Prinzip der Stufung zwischen den Vorschriften des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.³⁸ Während der EUV Grundlagenbestimmungen und allgemeine Zielvorgaben der Verstärkten Zusammenarbeit enthält, präzisiert der AEUV die verfahrensrechtliche und materielle Ausgestaltung im Einzelnen. Artikel 20(1) Unterabs. 1 EUV normiert die generelle Ermächtigung zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit und verweist im Übrigen auf die Art. 326–334 AEUV.

Das Verfahren für die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist gesondert in Art. 329(2) AEUV geregelt. Es gelten besondere Verfahrensregeln, die eine politische Abstimmung mit dem Hohen Vertreter der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik und mit der Kommission sicherstellen sollen. So wird der Antrag der Mitgliedstaaten auf Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit zunächst dem Hohen Vertreter der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik übermittelt, der vor der Weiterleitung an den Rat zur Kohärenz der beabsichtigten Verstärkten Zusammenarbeit mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Union Stellung nimmt. Darüber hinaus gelten Spezialregelungen für die militärische Zusammenarbeit.³⁹

3. Materielle Voraussetzungen der Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit

Nach Art. 20(1) Unterabs. 1 EUV können die Mitgliedstaaten, die untereinander eine Verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen der nicht ausschließlichen Zuständigkeiten der Union begründen wollen, in den Grenzen der Vorschriften des EUV und des AEUV die Organe der Union in Anspruch

³⁸ Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 28.

³⁹ Im Bereich der Sicherheitspolitik gelten die speziellen Regeln der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit in der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik. Siehe hierzu bereits oben II. 2.

nehmen und diese Zuständigkeiten unter Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Verträge ausüben. Aus dieser Vorschrift ergeben sich der Anwendungsbereich und die materiellen Voraussetzungen für die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit.

a) Anwendungsbereich

(1) *Begrenzte Einzelermächtigung.* – Die Rechtsakte der Verstärkten Zusammenarbeit müssen, wie alle anderen Maßnahmen der Union, in deren Zuständigkeitsbereich liegen. Sie unterliegen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5(1) Satz 1, (2) EUV.⁴⁰ Demnach darf die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Die Union verfügt also über keine Kompetenz-Kompetenz. Auch die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit darf nicht zur Ausweitung der in den Verträgen vorgesehenen Zuständigkeiten führen.

(2) *Keine ausschließliche Zuständigkeit der Union.* – Darüber hinaus ist eine Verstärkte Zusammenarbeit in den Bereichen ausgeschlossen, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union liegen, Art. 20(1) Unterabs. 1 EUV. Die ausschließlichen Zuständigkeiten der Union werden in Art. 3 AEUV aufgelistet. Insofern kommt eine Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Zollunion, der Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln, der Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, der Erhaltung der biologischen Meereschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik und der gemeinsamen Handelspolitik nicht in Betracht. In diesen Bereichen überwiegt das Interesse an einheitlichen Regelungen gegenüber der grundsätzlichen Bereitschaft, eine Verstärkte Zusammenarbeit zuzulassen.

b) Achtungspflichten und Beeinträchtigungsverbote

Nach Art. 20(1) Unterabs. 1 Satz 1 EUV muss eine Verstärkte Zusammenarbeit darauf gerichtet sein, die Verwirklichung der Ziele der Union zu fördern, ihre Interessen zu schützen und ihren Integrationsprozess zu stärken. Die Ziele der Union sind in Art. 3 EUV niedergelegt. Die Interessen der Union sind dagegen nicht unionsvertraglich normiert. Sie sind im Unterschied zu den Zielen der Union weitgehend politisch geprägt.⁴¹

⁴⁰ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 29; Armin Hatje, in: Schwarze, EU Kommentar (2012) Art. 326 AEUV Rn. 2.

⁴¹ Siehe dazu Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 36, der die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Zielen und Interessen der Union betont.

Für die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit gelten das integrationspolitische Fördergebot und das Rücktrittsverbot.⁴² Die Verstärkte Zusammenarbeit ist damit als Mittel zum schnellen Voranschreiten einzelner Mitgliedstaaten konzipiert, das mit einem Mehrwert für den Integrationsprozess in der gesamten Union einhergehen soll.⁴³ Zu einer unmittelbaren Absenkung des Integrationsniveaus darf es nicht kommen.

Artikel 326 Unterabs. 1 AEUV konkretisiert diese Anforderungen und enthält die materiellen Voraussetzungen zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit. Diese Vorschrift stellt zunächst deklaratorisch fest, dass eine Verstärkte Zusammenarbeit die Verträge und das Recht der Union achtet. Das Erfordernis der Beachtung der Verträge ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Primärrechtskonformität des Sekundärrechts im Rahmen der allgemeinen Normenhierarchie des Unionsrechts. Ferner soll das gesamte Unionsrecht beachtet werden. Insofern muss der unionsrechtliche Besitzstand gewahrt werden, also die Gesamtheit aller geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen der Unionsrechtsordnung.⁴⁴

Darüber hinaus normiert Art. 326 Unterabs. 2 AEUV Beeinträchtigungsverbote,⁴⁵ welche von den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit beachtet werden müssen und im systematischen Zusammenhang mit dem Schutz des Besitzstandes stehen.⁴⁶ Die Verstärkte Zusammenarbeit darf weder den Binnenmarkt noch den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt beeinträchtigen, Art. 326 Unterabs. 2 Satz 1 AEUV. Diese Bestimmungen unterstreichen die in Art. 3(3) EUV bereits festgelegten Ziele der Union und sind daher nur von begrenzter eigenständiger Bedeutung.⁴⁷ Eine „Beeinträchtigung“ ist anzunehmen, wenn die Verstärkte Zusammenarbeit ohne Rechtfertigung dem bestehenden Sekundärrecht widerspricht oder im Falle einer Beeinträchtigung des Binnenmarkts eine der Grundfreiheiten verletzt.⁴⁸

Weiter darf die Verstärkte Zusammenarbeit für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten weder ein Hindernis oder eine Diskriminierung darstellen noch darf sie zu Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten führen, Art. 326 Unterabs. 2 Satz 2 AEUV. Daraus ergibt sich eine erhebliche materielle Einschränkung der Verstärkten Zusammenarbeit, da

⁴² Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 34 u. 37; Ruffert, Vorgaben für eine differenzierte Integration (Fn. 35) 101.

⁴³ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 34; Ehlermann, EuR 1997, 362, 372.

⁴⁴ Bergmann/Weller, Verstärkte Zusammenarbeit (Fn. 8) 943; Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 326 AEUV Rn. 4.

⁴⁵ Zum umstrittenen normativen Gehalt des Art. 326 Unterabs. 2 AEUV siehe Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 326 AEUV Rn. 5ff.

⁴⁶ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 326 AEUV Rn. 4.

⁴⁷ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 326 AEUV Rn. 6.

⁴⁸ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 326 AEUV Rn. 7.

kaum Kooperationsbereiche denkbar sind, die keine Auswirkung auf den Handel und Wettbewerb im Binnenmarkt haben. Angesichts dieser Konfliktträchtigkeit spricht einiges dafür, die Vorschrift restriktiv auszulegen und auf rechtliche Diskriminierungen und „spürbare“ Handelsbeeinträchtigungen von einer gewissen Erheblichkeit einzuschränken.⁴⁹

c) Subsidiarität

Die Verstärkte Zusammenarbeit darf nur als letztes Mittel beschlossen werden, wenn eine Integration unter Beteiligung aller Mitgliedstaaten in einem vertretbaren Zeitraum nicht verwirklicht werden kann, Art. 20(2) EUV.⁵⁰ Die Ermächtigung durch den Rat wird daher nach diesem *ultima ratio*-Prinzip erteilt: Der Rat muss zunächst feststellen, dass eine Einigung der Mitgliedstaaten über ein bestimmtes Rechtsetzungsprojekt nach dem vorgesehenen Verfahren gescheitert ist. Zwar bedingt die Voraussetzung des letzten Mittels nicht zwangsläufig ein formal gescheitertes Verfahren,⁵¹ jedoch erscheint die Bejahung der *ultima ratio*-Voraussetzung ohne vorangegangenen konkreten Einigungsversuch aller Mitgliedstaaten schwer zu begründen. Die Verstärkte Zusammenarbeit kommt daher in aller Regel nur zur Anwendung, wenn das reguläre Gesetzgebungsverfahren nicht erfolgreich war. Dies wird vor allem in den Bereichen der Fall sein, in denen das Einstimmigkeitsprinzip herrscht.

d) Loyalität zwischen den Mitgliedstaaten

Die Verstärkte Zusammenarbeit achtet die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht beteiligten Mitgliedstaaten, die ihrerseits die Verstärkte Zusammenarbeit nicht behindern dürfen, Art. 327 Satz 1 AEUV. Diese Regelung stellt eine spezielle Ausprägung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit des Art. 4(3) EUV zwischen den Mitgliedstaaten dar.⁵² Aus Art. 327 Satz 1 AEUV folgt zunächst, dass die Nichtteilnehmer die Verstärkte Zusammenarbeit der beteiligten Mitgliedstaaten nicht unterminieren dürfen. Ferner sollen die Mitgliedstaaten, die an der Verstärkten Zusammenarbeit nicht teilnehmen und daher an die im Rahmen einer solchen Kooperation getroffenen Vereinbarungen nicht gebunden sind, aus der Nichtbeteiligung keine Nachteile erleiden. Damit sollen die Koexistenz und Funktionsfähigkeit beider Integrationskreise gewahrt werden.⁵³

⁴⁹ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 326 AEUV Rn. 8.

⁵⁰ Bergmann/Weller, Verstärkte Zusammenarbeit (Fn. 8) 943. Zu den Schwierigkeiten bei der Prüfung dieser Voraussetzung siehe Ehlermann, EuR 1997, 362, 372.

⁵¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 40.

⁵² Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 327 AEUV.

⁵³ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 327 AEUV.

Im Einzelfall ist die Abgrenzung zwischen verbotenen Nachteilen aus der Nichtbeteiligung und der unmittelbar mit der Differenzierung einhergehenden Schlechterstellung gegenüber den kooperierenden Staaten schwierig. Mit Nachteilen der Nichtteilnehmer kann jedenfalls nicht die fehlende Partizipation an Vorteilen gemeint sein, die den Mitgliedstaaten aus der Verstärkten Zusammenarbeit erwachsen. Ansonsten wäre jede in irgendeiner Form erfolgreiche Verstärkte Zusammenarbeit diskriminierend und unzulässig. Gleichwohl lassen sich die Nachteile der Nichtteilnehmer nur anhand eines Vergleichs mit der Situation der Mitgliedstaaten ermitteln. Wenn etwa Spanien und Italien als einzige Mitgliedstaaten nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit im Patentrecht teilnehmen, handelt es sich dann bei den übersetzungsbedingten höheren Patentkosten italienischer und spanischer Marktteilnehmer auch im Sinne des Art. 327 Satz 1 AEUV um einen Nachteil oder um eine schlichte Folge der Nichtteilnahme? Wie steht es, wenn sich hieraus Strukturnachteile des italienischen und spanischen Marktes entwickeln, die sich in der Abwanderung von patentträchtigen Unternehmen äußern?⁵⁴

Diese Unschärfe des Art. 327 Satz 1 AEUV ist nicht nur unvermeidlich, sondern aus integrationspolitischer Sicht auch mit einem gewichtigen Vorteil verbunden: Im Rahmen der Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof eröffnet sie den Anknüpfungspunkt und bietet den notwendigen Spielraum für eine juristische, strukturierte und sachliche Auseinandersetzung zwischen den Mitgliedstaaten bei Streitigkeiten über einen Akt der Verstärkten Zusammenarbeit. Damit ermöglicht Art. 327 Satz 1 AEUV den Dialog zwischen den teilnehmenden und den nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten außerhalb der (rein) politischen Arena und erhöht die Chancen einer fairen und sachgerechten Aufarbeitung von Meinungsverschiedenheiten. Dies ist eine Grundvoraussetzung für die Einhaltung des integrationspolitischen Fördergebots aus Art. 20(1) Unterabs. 1 Satz 1 EUV.

4. Das Verfahren zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit

a) Ermächtigungsverfahren

Artikel 329 AEUV regelt das antragsgebundene Ermächtigungsverfahren.⁵⁵ In diesem Stadium ist die Kommission maßgeblich an dem Verfahren beteiligt, wobei sie bei der Kontrolle der materiellen Voraussetzungen über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum verfügt. Gemäß

⁵⁴ Siehe hierzu unten V. 2.

⁵⁵ Siehe ausführlich zu den Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit außerhalb der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 2 ff.

Art. 329(1) Unterabs. 1 Satz 1 AEUV müssen die Mitgliedstaaten, die eine Verstärkte Zusammenarbeit begründen möchten, einen Antrag an die Kommission richten. In dem Antrag müssen die antragstellenden Staaten den Anwendungsbereich und die Ziele aufführen, die mit der beabsichtigten Verstärkten Zusammenarbeit angestrebt werden. Das Teilnehmer-Quorum liegt bei neun Mitgliedstaaten, Art. 20(2) Satz 1 EUV. Nach Art. 20(1) Unterabs. 2 Satz 2 EUV ist das Verfahren zur Einleitung einer Verstärkten Zusammenarbeit offen, so dass andere Mitgliedstaaten sich im Laufe des Verfahrens dem Antrag anschließen oder auch nachträglich an der Zusammenarbeit teilnehmen können.

Die Kommission kann dem Rat dann einen entsprechenden Vorschlag vorlegen, Art. 329(1) Unterabs. 1 Satz 2 AEUV. Im Einklang mit Art. 17(2) AEUV verfügt dabei nur sie über das Initiativrecht. Die Kommission hat einen erheblichen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, ob sie den Vorschlag vorlegt.⁵⁶ Tut sie dies nicht, muss sie den betroffenen Mitgliedstaaten ihre Gründe dafür offenlegen, Art. 329(1) Unterabs. 1 Satz 3 AEUV. Die Kommission ist daher verpflichtet, über den Antrag zu entscheiden, ihr Ermessen beschränkt sich auf die Vorlage an den Rat. Aus der Formulierung „einen entsprechenden Vorschlag“ lässt sich allerdings ableiten, dass die Kommission keiner strikten Bindung an den Antrag unterliegt.⁵⁷ Ihr steht vielmehr eine Gestaltungsmöglichkeit zu. Sie kann den Antrag bei rechtlichen Hindernissen oder auch bei einem Verstoß gegen die Interessen der Union anpassen.⁵⁸ Die Ablehnung des Antrages kann daher auf die Nichterfüllung der materiellen oder formellen Voraussetzungen oder auf politische Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt werden. Einen gewissen demokratischen Ausgleich erfährt der politische Ermessensspielraum der Kommission durch Art. 329(1) Unterabs. 2, wonach die Zustimmung des Europäischen Parlaments zwingend ist.⁵⁹

Die Ermächtigung zur Einleitung einer Verstärkten Zusammenarbeit erfolgt dann durch Beschluss des Rates, Art. 329(2) Unterabs. 2 AEUV, der einen unionsinternen Rechtsakt *sui generis* darstellt.⁶⁰ Alle Mitgliedstaaten nehmen an der Abstimmung teil. Der Rat entscheidet mit qualifizierter Mehrheit, Art. 16(3) EUV, außer wenn er vom Vorschlag der Kommission

⁵⁶ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 4.

⁵⁷ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 6.

⁵⁸ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 6.

⁵⁹ Es gelten jedoch Sonderregeln im Bereich der GASP und in bestimmten Fällen der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit in Strafsachen: Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 8.

⁶⁰ Schwarze/Hatje (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 7. Der Ermächtigungsbeschluss lässt sich mangels unmittelbarer Außenwirkung nicht in die Kategorien des Art. 288 AEUV einfügen. Die Aufzählung des Art. 288 AEUV ist allerdings nicht abschließend, so dass Raum für andere Rechtsakte eigener Art bleibt. Eingehend zu den Rechtsakten *sui generis* siehe Calliess/Ruffert/Ruffert (Fn. 24) Art. 288 AEUV Rn. 98 ff.

abweichen will, Art. 293(1) AEUV. In diesem Fall muss er einstimmig beschließen. Wenn die Verstärkte Zusammenarbeit nicht von einer qualifizierten Mehrheit der Mitgliedstaaten beabsichtigt wird, hängt ihre Einleitung von der Zustimmung nichtteilnehmender Mitgliedstaaten ab.

Solange der Beschluss des Rates nicht ergangen ist, kann die Kommission ihren Vorschlag jederzeit im Verlauf des Verfahrens ändern, Art. 293(2) AEUV. Im Beschluss kann der Rat gemäß Art. 328(1) AEUV besondere Teilnahmevoraussetzungen festlegen. Dies stellt eine erhebliche Einschränkung des Offenheitsprinzips dar.⁶¹ Es kommt insoweit nicht nur auf den Willen, sondern auch auf die Fähigkeit der Mitgliedstaaten zur Teilnahme an der Verstärkten Zusammenarbeit an.

Soll die Verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik begründet werden, gelten verfahrensrechtliche Besonderheiten, die die Rolle des Rates stärken und die Kontrollbefugnisse von Kommission und Parlament einschränken.⁶² Der Antrag der Mitgliedstaaten wird ohne Umweg über die Kommission an den Rat gerichtet, Art. 329(2) Unterabs. 1 Satz 1 AEUV. Dieser Antrag wird dem Hohen Vertreter der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik, der zur Kohärenz der beabsichtigten Verstärkten Zusammenarbeit mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Union Stellung nimmt, sowie der Kommission übermittelt, die zur Kohärenz der beabsichtigten Verstärkten Zusammenarbeit mit der Politik der Union in anderen Bereichen Stellung nimmt, Art. 329(2) Unterabs. 1 Satz 2 AEUV. Darüber hinaus wird der Antrag dem Europäischen Parlament lediglich zur Unterrichtung übermittelt, Art. 329(2) Unterabs. 1 Satz 3 AEUV. Die Ermächtigung zur Einleitung der Verstärkten Zusammenarbeit wird dann durch einstimmigen Beschluss des Rates erteilt, Art. 329(2) Unterabs. 2 AEUV. Da alle Mitgliedstaaten an der Abstimmung beteiligt sind, hat jeder Mitgliedstaat ein Vetorecht.⁶³

b) Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetzgebungsverfahren wird vorrangig durch allgemeine, für den betroffenen Bereich geltende Vorschriften bestimmt. Lediglich für die Beratungen des Rates gelten spezifische Bestimmungen.

Artikel 20(3) EUV, 330(1) AEUV bestimmen, dass alle Mitglieder des Rates an dessen Beratungen teilnehmen können, jedoch nur die an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitglieder stimmberechtigt sind. Artikel 330(1) AEUV soll die Transparenz der Verstärkten Zusammenarbeit

⁶¹ Siehe zu dieser Einschränkung Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 38.

⁶² Siehe dazu ausführlich Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 9 ff.

⁶³ Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 329 AEUV Rn. 12.

und die Einheit der Union wahren.⁶⁴ Wird Einstimmigkeit verlangt, stellt Art. 330(2) AEUV klar, dass sie sich allein auf die Stimmen der Vertreter der an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten bezieht. Nach Art. 238(4) AEUV stehen dabei Stimmenthaltungen der Einstimmigkeit nicht entgegen. Artikel 333(1) AEUV ermöglicht dem Rat, vom Einstimmigkeitsprinzip zur qualifizierten Mehrheit überzugehen.⁶⁵

Schließlich regelt Art. 330(3) AEUV, dass sich die qualifizierte Mehrheit nach Art. 238(3) AEUV bestimmt. Das Erfordernis einer doppelten Mehrheit nach Art. 238(3) AEUV findet jedoch erst seit dem 1. November 2014 Anwendung. Vor diesem Zeitpunkt war das Protokoll über die Übergangsbestimmungen zu beachten.⁶⁶

Die Regelungen, die im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit getroffen werden, sind nur zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten verbindlich und werden nicht Bestandteil des *acquis communautaire*, Art. 20(4) EUV.⁶⁷ Das bedeutet insbesondere, dass ein neuer Mitgliedstaat bei seinem Beitritt den Rechtsakten der Verstärkten Zusammenarbeit nur auf Grundlage einer freiwilligen Teilnahme unterliegt.

c) Anschlussverfahren

Rechtsakte der Verstärkten Zusammenarbeit dürfen in keinem Stadium zu einer Diskriminierung der nicht beteiligten Mitgliedstaaten führen. Dies⁶⁸ gilt gemäß Art. 328(1) Satz 1 AEUV auch nach Begründung der Verstärkten Zusammenarbeit. Nach Maßgabe des Art. 331 können sich die nicht beteiligten Staaten durch ein *opt in* einer bereits begründeten Verstärkten Zusammenarbeit anschließen. Voraussetzungen dafür sind die Erfüllung der in dem Ermächtigungsbeschluss gegebenenfalls nach Art. 328(1) AEUV festgelegten Teilnahmevoraussetzungen und die Übernahme des Rechtsbestands, der im Rahmen der bisherigen Verstärkten Zusammenarbeit durch die erlassenen Rechtsakte geschaffen wurde.⁶⁹

Das Aufnahmeverfahren für eine nachträgliche Teilnahme an einer Verstärkten Zusammenarbeit wird in Art. 331(1) AEUV geregelt.⁷⁰ Die Entscheidungskompetenz über den Beitritt hat grundsätzlich die Kommission, Art. 331(1) Unterabs. 2 Satz 1 AEUV. Sie überprüft das Vorliegen der Teil-

⁶⁴ Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 330 AEUV Rn. 2.

⁶⁵ Zur Passarelle-Klausel des Art. 333(1) AEUV siehe Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 333 AEUV Rn. 2.

⁶⁶ Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 330 AEUV Rn. 3.

⁶⁷ Bergmann/*Weller*, Verstärkte Zusammenarbeit (Fn. 8) 987.

⁶⁸ Zu dem Grundsatz der Offenheit siehe Grabitz/*Hilf/Nettesheim/Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 38.

⁶⁹ Grabitz/*Hilf/Nettesheim/Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 38.

⁷⁰ Zum Verfahren der nachträglichen Teilnahme an einer Verstärkten Zusammenarbeit außerhalb der GASP siehe Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 331 AEUV Rn. 2ff.

nahmevoraussetzungen. Für die Teilnahme im Bereich der GASP ist das besondere Verfahren des Art. 331(2) AEUV einschlägig.⁷¹

5. Finanzierung der Verstärkten Zusammenarbeit

Die aus der Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit folgenden Ausgaben werden, mit Ausnahme der Verwaltungskosten der Organe, grundsätzlich von den beteiligten Mitgliedstaaten getragen, Art. 332 AEUV. Die Verwaltungsausgaben werden insofern von allen Mitgliedstaaten getragen, während die operativen Ausgaben nur von den teilnehmenden Staaten getragen werden. Etwas anderes gilt nur, wenn der Rat nach Anhörung des Europäischen Parlaments durch einstimmigen Beschluss sämtlicher Mitgliedstaaten etwas anderes beschließt.⁷²

6. Kontrolle durch den EuGH

Der EuGH entscheidet über die rechtliche Zulässigkeit der Entscheidungen, die von Rat und Kommission im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit getroffen werden.⁷³ Eine Vorlage ist in jeder Phase des Verfahrens möglich.⁷⁴ In Betracht kommt eine Nichtigkeitsklage nach Art. 264 AEUV.⁷⁵ Diese kann sich zunächst gegen den Ratsbeschluss über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit richten. Der EuGH prüft dann, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt und die Grenzen des Anwendungsbereichs einer Verstärkten Zusammenarbeit eingehalten worden sind. Die teilnehmenden Mitgliedstaaten können ferner auch einen Verstoß gegen Art. 327 Satz 2 AEUV geltend machen und ihre Klage darauf stützen, dass die nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten die Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit behindern.⁷⁶ Die Nichtigkeitsklage kann sich schließlich auch gegen die auf Grundlage des Beschlusses ergangenen Rechtsakte der Verstärkten Zusammenarbeit richten. Im Falle einer ernsthaften Auseinandersetzung zwischen den Mitgliedstaaten sind daher regelmäßig mehrere gegebenenfalls parallele Verfahren vor dem

⁷¹ Zum Verfahren der nachträglichen Teilnahme an einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der GASP siehe Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 331 AEUV R.n. 7 ff.

⁷² Siehe dazu Schwarze/*Hatje* (Fn. 40) Art. 332 AEUV.

⁷³ Hans Krück, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (2003) Art. 46 EUV R.n. 8; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV R.n. 30.

⁷⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV R.n. 30.

⁷⁵ Die Klageberechtigung der abstehenden Mitgliedstaaten ist umstritten, Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV R.n. 30.

⁷⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV R.n. 30.

EuGH zu erwarten.⁷⁷ Dies birgt die Gefahr einer Verzögerung der Verstärkten Zusammenarbeit, eröffnet zugleich aber auch Chancen der Befriedung durch eine Aufarbeitung des meist politisch geprägten Konflikts auf formal-juristischer Ebene.⁷⁸

IV. Integrationspolitische Einordnung der Verstärkten Zusammenarbeit

Föderale Integration bewegt sich stets im eingangs erwähnten Spannungsfeld von effektiver Verschränkung der Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme einerseits und Wahrung der Souveränität der Mitgliedstaaten andererseits. Unter den Mitgliedstaaten herrschen unterschiedliche Auffassungen über die richtige Gewichtung dieser Interessen und über das hieraus folgende integrationspolitische Ideal.⁷⁹ Instrumente der differenzierten Integration können theoretisch für beide grundlegenden Vorstellungen der Differenzierung genutzt werden und sind insofern politisch neutral. Mit der Einführung und konkreten Ausgestaltung der Verstärkten Zusammenarbeit haben sich die Mitgliedstaaten jedoch auf bestimmte teleologische Parameter festgelegt. Sie tendieren stärker zu einem grundsätzlich einheitlichen Europa der mehreren Geschwindigkeiten, während das grundsätzlich fragmentierte Europa à la carte in den Hintergrund rückt. Die Verwirklichung des Europas der mehreren Geschwindigkeiten betrifft insbesondere das Primat der Einheit des Unionsrechts und der Unantastbarkeit des *acquis* (1.) sowie die Verankerung der Verstärkten Zusammenarbeit in den institutionellen Rahmen der EU (2.). Gleichzeitig werden aber auch wichtige Kernforderungen der Vertreter eines Europas à la carte berücksichtigt (3.).

1. Vorrang der Einheit des Unionsrechts und der Unantastbarkeit des *acquis*

Das Konzept der mehreren Geschwindigkeiten stellt das Ideal eines gemeinsam von allen Mitgliedstaaten angestrebten Integrationsstandes in den Vordergrund. Diesen sollen die Mitgliedstaaten am Ende alle erreichen, wenn auch der Weg dahin mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten beschritten wird. Der Grundsatz der einheitlichen Integration bezieht sich auf

⁷⁷ Dies ist etwa bei den Klagen Italiens und Spaniens gegen die Verstärkte Zusammenarbeit im Patentrecht der Fall und bei den Auseinandersetzungen um die Finanztransaktionssteuer ebenfalls zu erwarten, sobald die geplanten Richtlinien erlassen werden. Siehe hierzu unten V. 2. und 3.

⁷⁸ Siehe hierzu bereits oben III. 3. d) sowie unten V. 2. c) und VI.

⁷⁹ Siehe oben II. 1.

die Einheit der Rechtsordnung, die dem *à la carte*-Modell als grundsätzliches Prinzip fremd ist, und auf die Einheit der institutionellen Struktur.⁸⁰

In den primärrechtlichen Regelungen findet diese Vorstellung in der Zielvorgabe Ausdruck, dass die Verstärkte Zusammenarbeit den Integrationsprozess insgesamt fördern soll und den bereits erreichten Besitzstand nicht einschränken darf.⁸¹ Die Achtung des *acquis* wird abgesichert durch die von der Kommission und dem Hohen Vertreter für die GASP überwachten Kohärenzgebote aus Art. 334, 329(2) AEUV und durch das Verbot der Diskriminierung oder Wettbewerbsverzerrung nach Art. 326(2) AEUV.

Besonders deutlich wird das grundsätzliche Ziel eines einheitlichen Besitzstands durch die Subsidiarität der Verstärkten Zusammenarbeit gegenüber der Schaffung von einheitlichen Regeln für die gesamte Union, Art. 20(2) EUV. An dieser Stelle offenbart sich jedoch auch eine gewisse Unschärfe der Regelungen zur Verstärkten Zusammenarbeit: Die Voraussetzungen eines vorherigen Einigungsversuchs und der fehlenden Perspektive einer Einheitsregelung „innerhalb eines vertretbaren Zeitraums“ sind weitgehend unbestimmt und auslegungsbedürftig. Aus unserer Sicht hätte es näher gelegen, auf ein formal gescheitertes Gesetzgebungsverfahren abzustellen, denn hierauf laufen auch die bestehenden Regelungen hinaus. Zwar impliziert die Voraussetzung des letzten Mittels nicht zwangsläufig ein vorangegangenes gescheitertes Verfahren,⁸² jedoch erscheint die Bejahung der *ultima ratio*-Voraussetzung ohne konkreten Einigungsversuch in Form einer Beratung aller Ratsmitglieder zu einem konkreten Beschlussvorhaben schwer zu begründen. Die Verstärkte Zusammenarbeit kommt daher faktisch nur zur Anwendung, wenn das reguläre Gesetzgebungsverfahren nicht erfolgreich war – was bereits im Stadium eines Ratsbeschlusses über die Ausarbeitung eines konkreten Gesetzesvorschlags anzunehmen ist. Dies betrifft vor allem Bereiche, in denen das Einstimmigkeitsprinzip herrscht.

2. Einbindung in den institutionellen Rahmen der EU

Die Verstärkte Zusammenarbeit ist verfahrensrechtlich und materiellrechtlich fest in den institutionellen Rahmen der gesamten Union eingebunden. Hierdurch soll die Isolation einzelner Mitgliedstaaten verhindert

⁸⁰ Siehe dazu *Martenczuk*, EuR 2000, 351, 358, der zudem die Solidarität der Mitgliedstaaten als drittes Charakteristikum der Einheit ansieht. *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 734f. sieht die differenzierte Integration ebenfalls als „Ausnahme vom Prinzip der einheitlichen Integration“.

⁸¹ Vgl. *Bergmann/Weller*, Verstärkte Zusammenarbeit (Fn. 8) 987, der den Einheitsgrundsatz richtigerweise aus Art. 326(1) AEUV ableitet, nachdem das Verbot eines Rückbaus des *acquis* nicht mehr ausdrücklich primärrechtlich normiert ist.

⁸² *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Blanke* (Fn. 2) Art. 20 EUV Rn. 40.

und die Kompatibilität der Verstärkten Zusammenarbeit mit dem übrigen Unionsrecht sichergestellt werden.

Die Verfahrensvorschriften zielen darauf ab, eine dauerhafte Spaltung der Mitgliedstaaten zu verhindern, indem auch die nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten in die Entscheidungsprozesse eingebunden werden. Eine Vielzahl von Regelungen stellt sicher, dass die verstärkt kooperierenden Mitgliedstaaten sich nicht abkapseln und andere Mitgliedstaaten dauerhaft von Integrationsvorhaben ausschließen können. Die Regelungen zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit entsprechen weitgehend dem auch für andere Maßnahmen der Union geltenden Verfahrensrecht und bezwecken die möglichst umfassende Beteiligung aller Akteure. Dieses Bestreben spiegelt sich zunächst in der jederzeitigen Beteiligungsmöglichkeit aller Mitgliedstaaten und dem Gebot der Teilnahme möglichst vieler Mitgliedstaaten wider, Art. 328(1), (2) AEUV. Abgesichert wird dies durch das Erfordernis einer Ermächtigung zur Verstärkten Zusammenarbeit durch alle Mitgliedstaaten und das ständige Mitberatungsrecht der nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten in den späteren Ratssitzungen. In diesem Zusammenhang steht auch, dass die Beteiligung des Europäischen Parlaments stets in üblicher Zusammensetzung und nicht etwa nur durch die Abgeordneten aus Teilnehmerstaaten erfolgt, Art. 330 EUV.⁸³ Hierdurch ist die Gefahr einer korrelierenden politischen Spaltung sowohl im Rat wie auch im Parlament weitgehend gebannt. Ferner dient auch die Pflicht zur Rücksichtnahme auf nichtteilnehmende Staaten in Art. 327 AEUV dem Schutz vor politischer Entfremdung. In diesem Sinne sollte sie extensiv ausgelegt und auch auf das Verfahren erstreckt werden. So sollten etwa informelle Abstimmungen der Teilnahmestaaten im Vorfeld von Ratssitzungen als Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot eingeordnet werden, wenn die inhaltliche Auseinandersetzung auf diesem Wege aus den gemeinsamen Ratssitzungen ausgelagert würde; ansonsten droht eine Aushöhlung des Teilnahmerechts der übrigen Mitgliedstaaten aus Art. 330(1) AEUV, die aus dem Beratungsprozess ausgeschlossen und vor vollendete Tatsachen gestellt würden.⁸⁴ In der Gesamtschau werden diese Regelungen ihrem Anspruch gerecht, eine politische Zersplitterung und Entfremdung der Mitgliedstaaten zu verhindern.

Auf materieller Ebene ist die Verankerung der Verstärkten Zusammenarbeit in das Gesamtgefüge des Unionsrechts vor dem Hintergrund der Erfah-

⁸³ *Bender*, ZaöRV 61 (2001) 729, 739.

⁸⁴ Eine solche Konzeption der Rücksichtnahmepflicht entspricht dem ergänzenden Charakter von Kooperationspflichten nach dem allgemeinen Prinzip der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4(3) EUV; Art. 327 AEUV stellt eine spezielle Ausprägung des Loyalitätsprinzips dar. Zu den Loyalitätspflichten zwischen den Mitgliedstaaten *Christian Calliess/Adelheid Puttler/Wolfgang Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV (2011) Art. 4 EUV Rn. 111; *Thilo Marauhn*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht (2010) § 7 Rn. 48; *Anton Geier*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht in föderalen Systemen (2013) 30–32.

rungen mit außerinstitutioneller Integration zu sehen. Die zunächst auf völkerrechtlicher Ebene erfolgte Schengen-Integration hat die Gefahren von Unübersichtlichkeit und mangelnder Kohärenz einer parallelen völkerrechtlichen Integration offen zutage treten lassen.⁸⁵ In Anbetracht dessen sollte die Verstärkte Zusammenarbeit den Mitgliedstaaten eine engere Kooperation auch ohne den Umweg über völkerrechtliche Verträge ermöglichen. Zwar kann das Unionsrecht den Mitgliedstaaten den Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht verbieten, sofern diese nicht in die ausschließliche Unionskompetenz fallen.⁸⁶ Die Verstärkte Zusammenarbeit bietet jedoch als Alternative innerhalb des institutionellen Rahmens der EU allen Mitgliedstaaten gewichtige Vorteile: die Rückbindung an gemeinsame Ziele, die Kohärenz mit dem übrigen geltenden Unionsrecht und die politische Partizipation aller Mitgliedstaaten.

3. Elemente des Europas *à la carte*: politisches Ermessen und keine zeitliche Differenzierung

Das Konzept des Europas *à la carte* wird mit einer Rückbesinnung auf die Souveränität der Mitgliedstaaten und ihre nationalen Interessen begründet. Die Regelungen zur Verstärkten Zusammenarbeit nehmen hierauf insofern Rücksicht, als die Entscheidung zu einer Vertiefung der Integration durch die Teilnahme an einer Verstärkten Zusammenarbeit im politischen Ermessen der Mitgliedstaaten liegt. Sie muss nicht im Sinne des Europas der mehreren Geschwindigkeiten mit objektiven Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten begründet werden. Mit anderen Worten: Es genügt eine unterschiedliche Integrationsbereitschaft und es bedarf nicht des Nachweises einer unterschiedlichen Integrationsfähigkeit der Mitgliedstaaten.

Hiermit im Zusammenhang steht, dass die Verstärkte Zusammenarbeit keiner zeitlichen Einschränkung unterliegt. Damit ist der Weg für eine dauerhafte Differenzierung eröffnet. Dies begründet zwar die Gefahr, dass sich die Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen mit einer möglicherweise auch schädlichen Heterogenität dauerhaft abfinden. Doch stellen die Verfahrens-

⁸⁵ Vgl. von der Groeben/Schwarze/Jour-Schröder/Wasmeier (Fn. 27) Vorbem. zu den Art. 29 bis 42 EUV Rn. 20ff.

⁸⁶ Bender, ZaöRV 61 (2001) 729, 745. Zu beachten ist ferner, dass Art. 4(3) EUV die Mitgliedstaaten bei dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge auch dann zu Rücksichtnahme gegenüber anderen Mitgliedstaaten verpflichtet, wenn sie im Rahmen ihrer ausschließlichen Kompetenz handeln. Die völkerrechtlichen Verträge dürfen daher nicht den legitimen Interessen der anderen Mitgliedstaaten zuwiderlaufen oder das Unionsrecht auf andere Weise unterminieren. Letzteres ist der Fall, wenn eine Maßnahme zur Durchführung eines völkerrechtlichen Vertrags die Durchsetzung einer Bestimmung des Primär- oder Sekundärrechts oder das Funktionieren der Unionsorgane behindern würde: EuGH 15.1.1986 – Rs. C-44/84 (Derrick Guy Edmund Hurd ./. Her Majesty's Inspector of Taxes), Slg. 1986, 29, Rn. 39.

regelungen zur Beteiligung der nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten sicher, dass der Dialog über die Entwicklung gemeinsamer Normen auch nach Einführung der Verstärkten Zusammenarbeit möglich bleibt.⁸⁷

V. Bestandsaufnahme: Anwendungsfelder der Verstärkten Zusammenarbeit

1. Verstärkte Zusammenarbeit in Ehesachen

a) Entstehungsgeschichte der Rom III-VO

Am 20. Dezember 2010 ist die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts in Kraft getreten.⁸⁸ Nach Art. 18(1) gilt die Verordnung für gerichtliche Verfahren und für Vereinbarungen, die ab dem 21. Juni 2012 eingeleitet beziehungsweise geschlossen wurden.

Die Rom III-VO geht auf einen langen Überlegungs- und Verhandlungsprozess auf europäischer Ebene zurück. Bereits im Wiener Aktionsplan vom 3. Dezember 1998⁸⁹ war die Idee einer einheitlichen Regelung in den Bereichen Scheidung und Erbrecht präsent. Am 14. März 2005 erstellte die Kommission ein Grünbuch über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen.⁹⁰ In der Folge legte sie einen Vorschlag zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich vor. Nach Art. 81(3) Unterabs. 1 Satz 1 AEUV werden Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitendem Bezug vom Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren festgelegt. Dieser beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments, Art. 81(3) Unterabs. 1 Satz 2 AEUV. Eine Einigung aller Mitgliedstaaten über diesen Vorschlag scheiterte jedoch im Juni 2008. Vor allem die Mitgliedstaaten, die in ihrem internen Kollisionsrecht

⁸⁷ Vgl. soeben unter IV. 2.

⁸⁸ VO (EU) Nr. 1259/2010, ABl. 2010 L 343/10; diese Verordnung enthält in ihrer offiziellen Bezeichnung nicht den Hinweis darauf, dass sie zu den Rom-Verordnungen gehört, obwohl sie inhaltlich die kollisionsrechtliche Tätigkeit des EU-Gesetzgebers fortsetzt. Die Bezeichnung „Rom-III“ dürfte sich deshalb zumindest inoffiziell durchsetzen, *Urs Peter Gruber*, in: Hübbege/Mansel, Bürgerliches Gesetzbuch, Rom-Verordnungen zum Internationalen Privatrecht, Bd. VI (2013) Vor Art. 1 Rom III Rn. 25.

⁸⁹ Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 1999 C 19/1.

⁹⁰ Zur Vorgeschichte der Rom III-VO siehe Hübbege/Mansel/Gruber (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 11 ff.

auf die *lex fori* abstellen, wehrten sich gegen den Vorschlag der Kommission.⁹¹ Schweden verwies darüber hinaus auf Vorbehalte gegenüber islamischen Scheidungsrechten;⁹² angesichts des *ordre public*-Vorbehalts in Art. 12 Rom III-VO ein wenig überzeugendes Argument.

Daraufhin wurde das Verfahren zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des anzuwendenden Rechts in Ehesachen von Belgien, Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Lettland, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn eingeleitet. Der Rat fasste schließlich am 12. Juni 2010 den Beschluss über die Ermächtigung zu der Verstärkten Zusammenarbeit. Seit November 2012 nimmt auch Litauen an der Rom III-VO teil.⁹³ Griechenland hatte seinen Antrag vorübergehend zurückgezogen und dann erneut gestellt. Die Europäische Kommission hat dem Beitritt Griechenlands durch Beschluss vom 27. Januar 2014 zugestimmt. Die Verordnung gilt in Griechenland ab dem 29. Juli 2015.

Ziel der Verordnung ist es, einen klaren, umfassenden Rechtsrahmen im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts in den teilnehmenden Mitgliedstaaten vorzugeben, den Bürgern in Bezug auf Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Flexibilität sachgerechte Lösungen zu garantieren und ein *forum shopping* in Form eines „Wettlaufs der Scheidungsanträge“ zwischen den Ehegatten zu verhindern.

b) Überblick über die Rom III-Regelungen

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist von einer umfassenden kollisionsrechtlichen Würdigung der Verordnung abzusehen.⁹⁴ Es werden vielmehr nur einige kritische Punkte aus dem Regelungsgehalt herausgegriffen, die im Zusammenhang mit der Verstärkten Zusammenarbeit relevant werden.

Artikel 1 Rom III-VO bestimmt als sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung Ehescheidungen und Trennungen ohne Auflösung des Ehebandes in Fällen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Die Verordnung erstreckt sich nach ihrem Art. 1(2) nicht auf Fragen der

⁹¹ Hüßtege/Mansel/Gruber (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 21.

⁹² Hüßtege/Mansel/Gruber (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 21.

⁹³ Beschluss der Kommission vom 21.11.2012 zur Bestätigung der Teilnahme Litauens an der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. 2012 L 323/18.

⁹⁴ Siehe hierfür etwa Urs Peter Gruber, Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung, IPRax 2012, 381 ff.; Hüßtege/Mansel/ders. (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 26; Peter Finger, Verstärkte Zusammenarbeit in Europa für das Kollisionsrecht der Ehescheidung und der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, FamFR 2011, 433 ff.

Rechts- und Handlungsfähigkeit natürlicher Personen, das Bestehen, die Gültigkeit, die Anerkennung sowie die Ungültigerklärung einer Ehe, die Namen der Ehegatten, die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe, die elterliche Verantwortung, Unterhaltspflichten, Trusts und Erbschaften. Dies gilt auch, wenn diese Regelungsgegenstände sich als Vorfragen im Zusammenhang mit einer Ehescheidung stellen. Vom Regelungsbereich nicht erfasst sind daher insbesondere Fragen der Ehenichtigkeit und die Folgen der Ehescheidung.

Das anwendbare Recht bestimmt sich gemäß Art. 5 Rom III-VO vorrangig nach einer Rechtswahl. Die Verordnung stärkt die Parteiautonomie der Ehegatten erheblich – insbesondere, weil die Rechtswahl nicht, wie in vielen nationalen Kollisionsnormen, auf die Heimatrechtsordnungen beschränkt ist; zugleich wird durch die Einschränkung der Rechtswahlfreiheit sichergestellt, dass das anwendbare Recht einen sachlichen Bezug zum Eheverhältnis hat.⁹⁵ Die Modalitäten der Ausübung der Rechtswahl sind in Anlehnung an die anderen Rom-Verordnungen umfassend geregelt. Dies betrifft den Zeitpunkt der Rechtswahl (Art. 5(2) Rom III-VO), das Zustandekommen und die materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung (Art. 6 Rom III-VO) sowie die erforderliche Form (Art. 7 Rom III-VO). In Ermangelung einer Rechtswahl ist das anwendbare Recht gemäß Art. 8 Rom III-VO anhand eines abgestuften, objektiven Anknüpfungssystems zu ermitteln. Hervorzuheben ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung lediglich, dass auf dritter Stufe auf das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts verwiesen wird. Nicht geregelt ist, welche von mehreren Staatsangehörigkeiten eines Ehegatten maßgeblich ist.

c) Bewertung

Inhaltlich wird die Lückenhaftigkeit des sachlichen Anwendungsbereichs und der objektiven Anknüpfungskriterien der Verordnung kritisiert.⁹⁶ Diese Schwächen wirken sich gerade im Zusammenspiel mit den territorialen Einschränkungen der Verstärkten Zusammenarbeit nachteilig aus.

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die Voraussetzungen der Ehescheidung unter Ausklammerung ihrer Folgen ist in der Tat misslich. Zum einen sind die Scheidungsfolgen für die Beteiligten meist praktisch relevanter als die Voraussetzungen der Scheidung als solcher.⁹⁷ Zum anderen kann die kollisionsrechtliche Aufspaltung von Scheidungsvoraussetzungen

⁹⁵ *Finger*, FamFR 2011, 433, 434.

⁹⁶ Für eine ausführliche rechtspolitische Bewertung siehe Hüßtege/Mansel/Gruber (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 75 ff.

⁹⁷ Vgl. *Finger*, FamFR 2011, 433, 437.

und -modalitäten einerseits und deren Folgen andererseits zu erheblichen Normwidersprüchen führen.⁹⁸

Hinsichtlich der objektiven Anknüpfung ist nicht geregelt, welche Staatsangehörigkeit maßgebend ist, wenn einer der Ehegatten mehrere Staatsangehörigkeiten hat. Dies wird zu Recht kritisch gesehen.⁹⁹ Zwar handelt es sich um ein altes Problem des Kollisionsrechts, für das es im nationalen Recht überkommene Lösungsansätze gibt, namentlich eine Schwerpunkt-ermittlung der effektiven Staatsangehörigkeit oder auch die Privilegierung der Forum-Staatsangehörigkeit (z. B. Art. 5 des deutschen EGBGB). Gerade letztere Variante kann aber nach zutreffender Auffassung bei mehreren mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeiten zu einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung führen; wie diesem Problem zu begegnen ist, wird unterschiedlich beurteilt und ist – wie die Diskussion um die Einordnung der Anerkennungsrechtsprechung des EuGH zum Namensrecht zeigt – mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet.¹⁰⁰

Diese Defizite der Rom III-VO relativieren den mit ihr bezweckten Vereinheitlichungseffekt erheblich. Es handelt sich zwar um typische Probleme der europäischen Kollisionsrechtsvereinheitlichung, die auch unabhängig von der Differenzierung bei einer Verstärkten Zusammenarbeit bestehen. Doch in Verbindung mit der territorialen Einschränkung der Verstärkten Zusammenarbeit rückt das Ziel eines europäischen Entscheidungseinklangs insgesamt in weite Ferne. Dies gilt umso mehr, als nur die relativ geringe Zahl von 16 Staaten an der Zusammenarbeit beteiligt ist. Insbesondere die an sich erstrebenswerte Stärkung der Parteiautonomie läuft deshalb in vielen Fällen leer: Wird der Scheidungsantrag in einem nichtteilnehmenden Mitgliedstaat gestellt, gilt die Rechtswahl der Parteien nicht.¹⁰¹ Da die nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten ihr eigenes nationales oder staatsvertragliches Kollisionsrecht anwenden, kann von einem Entscheidungseinklang auf dem Gebiet der Ehescheidung bis auf Weiteres nicht die Rede sein.¹⁰²

⁹⁸ *Finger*, FamFR 2011, 433, 437. Das auf die Scheidungsfolgen anwendbare Recht bestimmt sich nach dem staatsvertraglichen sowie hilfsweise dem nationalen Kollisionsrecht; siehe hierzu Hüftege/Mansel/Gruber (Fn. 88) vor Art. 1 Rom III Rn. 58, 94ff.

⁹⁹ Siehe *Finger*, FamFR 2011, 433, 436, der sogar meint, dass das Zusammentreffen mehrerer Staatsangehörigkeiten *de lege lata* nicht bruchlos zu einer eindeutigen Anknüpfung führen könne.

¹⁰⁰ EuGH 30.3.1993 – Rs. C-168/91 (*Konstantinidis* ./ *Stadt Altensteig – Standesamt & Landratsamt Calw – Ordnungsamt*), Slg. 1993, I-1191; EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*M. Carlos Garcia Avello* ./ *Belgien*), Slg. 2003, I-11613; EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin & Paul* ./ *Standesamt Niebuß*), Slg. 2008, I-7639; EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Ilonka Sayn-Wittgenstein* ./ *Landeshauptmann von Wien*), EuZW 2011, 888; EuGH 12.5.2011 – Rs. C-391/09 (*Runevič-Vardyn & Vardyn* ./ *Vilniaus miesto savivaldybės administracija u. a.*), NJW 2011, 2034. Geier, Internationales Privat- und Verfahrensrecht in föderalen Systemen (Fn. 84) 92ff.

¹⁰¹ Zu diesem Problem: Hüftege/Mansel/Gruber (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 37.

¹⁰² Hüftege/Mansel/Gruber (Fn. 88) Vor Art. 1 Rom III Rn. 24; *Peter Pietsch*, Rechtswahl

2. Verstärkte Zusammenarbeit im Patentrecht

a) Historische Entwicklung des europäischen Patents

Die Schaffung eines einheitlichen europäischen Patentschutzes wurde bereits in den 1950er Jahren diskutiert.¹⁰³ Die zu Beginn der europäischen Einigung geborene Idee eines Marktes ohne Binnengrenzen, in dem Produkte frei zirkulieren, legte auch die Überwindung der territorialen Beschränkung von Patenten nahe. Doch lange Zeit konnte über die technischen Modalitäten und ordnungspolitischen Grundentscheidungen kein Konsens erzielt werden. Mit dem Europäischen Patentübereinkommen (EPÜ)¹⁰⁴ vom 5. Oktober 1973 (seit dem 7. Oktober 1977 in Kraft) wurden schließlich ein einheitliches Verfahren für die Patenterteilung sowie das hierfür zuständige Europäische Patentamt geschaffen. Der Vereinheitlichungseffekt hält sich jedoch in Grenzen: Nach Erteilung der Patente verliert das Europäische Patentamt seine Zuständigkeit. Die europäischen werden zu nationalen Patenten, die hinsichtlich ihrer Wirkung dem jeweiligen nationalen Recht unterliegen. Das am 15. Dezember 1975 unterzeichnete Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt trat mangels einer ausreichenden Anzahl von Ratifikationen nie in Kraft. Vor allem die Übersetzungserfordernisse und das Streitregelungssystem führten zum Scheitern dieses Vorhabens.¹⁰⁵ Kritisiert wurde damals auch der Mangel an Neuerungen gegenüber dem EPÜ.

Am 1. August 2000 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent vor.¹⁰⁶ Hintergrund dieses Vorschlags war die kritische Feststellung, dass der Patentschutz in der Europäischen Union damals über zwei Systeme erfolgte, von denen keines auf einem gemeinschaftlichen Rechtsinstrument basierte. Es handelte sich zum einen um die nationalen Patentschutzsysteme und zum anderen um das europäische Patenterteilungssystem nach dem EPÜ. Die Kommission bemängelte, dass mit dem EPÜ zwar ein einheitliches System der Patenterteilung, nicht jedoch ein Gemeinschaftspatent geschaffen worden war, das der gemeinschaftlichen Rechtsordnung zuzurechnen wäre. Ziel der Kommission war daher, das EPÜ insofern zu ergänzen. Das Gemeinschaftspatent sollte überall in der Gemeinschaft dieselben Rechtswirkungen haben. Dieser Vor-

für Ehesachen nach „Rom III“, NJW 2012, 1768, 1770 bezeichnet die Verordnung als „Rest einer ehemals euphorischen Idee eines einheitlichen Rechtsraums“.

¹⁰³ Zu der historischen Entwicklung siehe ausführlich *Stefan Luginbühl*, Das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung (Einheitspatent), GRUR Int 2013, 305.

¹⁰⁴ BGBl. 1976 II 826.

¹⁰⁵ *Luginbühl*, GRUR Int 2013, 305.

¹⁰⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent, KOM(2000) 412 endg.

stoß scheiterte jedoch zunächst an der Frage des Sprachregimes und der rechtlichen Wirkungen der Übersetzungen.¹⁰⁷

Im Dezember 2009 nahm der Rat Schlussfolgerungen zur Verbesserung des Patentsystems in Europa an und erklärte, dass eine grundsätzliche Einigung über einen Entwurf einer Verordnung über die Schaffung eines EU-Patents erzielt worden sei.¹⁰⁸ Im Juni 2010 veröffentlichte die Kommission einen Verordnungsvorschlag zur Regelung des Patents der Europäischen Union.¹⁰⁹ Das Sprachsystem war einer der wichtigsten Punkte des Vorschlags. Die Kommission sprach sich für ein EU-Patent aus, das in einer der drei Amtssprachen des Europäischen Patentamts (Englisch, Deutsch, Französisch) bearbeitet, erteilt und veröffentlicht wird, wobei die Ansprüche in die beiden anderen Amtssprachen übersetzt werden. Diese Regelung wurde jedoch von Italien und Spanien kritisiert, da sie eine Diskriminierung ihrer Sprachen befürchteten.¹¹⁰ Aufgrund dessen konnte die erforderliche Einstimmigkeit nicht erreicht werden.

Im Dezember 2010 wurde schließlich das Verfahren zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit eingeleitet. Alle Mitgliedstaaten außer Italien und Spanien stellten den Antrag. Am 10. März 2011 wurde die Ermächtigung zur Verstärkten Zusammenarbeit vom Rat beschlossen.¹¹¹ Gegen diesen Beschluss erhoben Spanien und Italien Nichtigkeitsklage.¹¹²

b) Verstärkte Zusammenarbeit: Schaffung von Einheitspatent und Europäischem Patentgericht

Mittlerweile wurden zwei Verordnungen über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes erlassen.¹¹³ Durch diese Verordnungen wird ein europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung in den teilnehmenden Mitgliedstaaten

¹⁰⁷ *Luginbühl*, GRUR Int 2013, 305, 306.

¹⁰⁸ Rat der Europäischen Union, Mitteilung an die Presse, 2982. Tagung des Rates, Brüssel, 3. und 4.12.2009.

¹⁰⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Regelung des Patents der Europäischen Union, KOM(2010) 350 endg.

¹¹⁰ *Luginbühl*, GRUR Int 2013, 305, 306; *Thomas Jäger*, Einheitspatent – Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit ohne Spanien und Italien, NJW 2013, 1998.

¹¹¹ Beschluss des Rates vom 10.3.2011 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABL. 2011 L 76/53.

¹¹² Hierzu unten bei V. 2. c).

¹¹³ Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABL. 2012 L 361/1; Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABL. 2012 L 361/89.

geschaffen. Das Einheitspatent bietet einheitlichen Schutz und hat in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten die gleiche Wirkung. Bezüglich des Sprachsystems sieht die zweite Verordnung Übersetzungsregelungen für das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung vor und verweist in Art. 3(1) auf Art. 14(6) EPÜ. Es sind demnach keine weiteren Übersetzungen erforderlich, sobald gemäß Art. 14(6) EPÜ die Patentschrift in einer der Amtssprachen und die Patentansprüche zusätzlich in den beiden anderen Amtssprachen veröffentlicht wurden.

Die Verordnungen gelten erst ab dem Tag des Inkrafttretens des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht¹¹⁴ (EPG-Übereinkommen). Dieses wurde bereits durch 25 Mitgliedstaaten unterzeichnet. Es wird in Kraft treten, sobald es von mindestens 13 Staaten, darunter Deutschland, Frankreich und das Vereinigte Königreich, ratifiziert worden ist. Bis jetzt wurde das Übereinkommen von Belgien, Dänemark, Frankreich, Österreich und Schweden ratifiziert. Das einheitliche Patentgericht ist für die Regelung von Streitigkeiten sowohl über europäische Patente nach dem EPÜ als auch über die mit den Verordnungen eingeführten europäischen Patente mit einheitlicher Wirkung zuständig. Es handelt sich um ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten. Erklärte Ziele des Übereinkommens sind die Verwirklichung des Binnenmarkts, Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und die Förderung der Marktinnovation.¹¹⁵

Beide Verordnungen wurden von Spanien mit Nichtigkeitsklagen angegriffen.¹¹⁶ Bezüglich des Übereinkommens ist nach der Ratifizierung mit einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 259 AEUV zu rechnen.¹¹⁷

c) Entscheidung des EuGH über die Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit

Der EuGH hat 2013 über die Klage gegen den Ermächtigungsbeschluss des Rates entschieden. In seinem Urteil¹¹⁸ prüfte der EuGH zum ersten Mal das Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit. Die Entscheidung ist von großer Bedeutung für die Auslegung der Zulässigkeitskriterien der Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit. Im Ergebnis hat der EuGH den Ermächtigungsbeschluss für rechtmäßig befunden und die Klage abgewiesen.

¹¹⁴ Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht, abrufbar unter <documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/\$File/upc_agreement_de.pdf>.

¹¹⁵ Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (vorige Fn.) 3.

¹¹⁶ Klagen vom 22.3.2013 – C-146/13 und C-147/13.

¹¹⁷ So auch *Jäger*, NJW 2013, 1998.

¹¹⁸ EuGH (Große Kammer) 16.4.2013 – verb. Rs. C-274/11 u. C-295/11 (*Spanien und Italien ./. Rat der Europäischen Union*), NJW 2013, 2009.

Über die Nichtigkeitsklage gegen die beiden Verordnungen liegt noch keine Entscheidung des Gerichtshofs vor.

Die Kläger machten im Wesentlichen folgende Klagegründe geltend: die fehlende Zuständigkeit des Rates für die Begründung der Verstärkten Zusammenarbeit, einen Ermessensmissbrauch des Rates, einen Verstoß gegen das *ultima ratio*-Prinzip sowie verschiedene Verstöße gegen die Art. 20(1) EUV, 118 AEUV, 326 AEUV und 327 AEUV.¹¹⁹

Bezüglich der Zuständigkeit des Rates waren die Kläger der Auffassung, dass die Schaffung eines Einheitspatents in die ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 118 AEUV falle, was einer Verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20(1) EUV entgegenstehe. Darüber hinaus legte die Argumentation der Kläger die bei der Differenzierung seit jeher gehegten Befürchtungen vor einem Ausschluss der nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten offen: Sie bezeichneten das Verhalten des Rates als unangemessen, da das Ziel des angefochtenen Beschlusses nicht darin bestanden habe, eine Integration zu fördern, sondern die Kläger von den Verhandlungen über die Frage der Sprachenregelung des einheitlichen Patents auszuschließen. Das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit sei missbraucht worden, um das Einstimmigkeitserfordernis und schwierige Verhandlungen vorschnell zu umgehen. Eigentlich sei die Verstärkte Zusammenarbeit für Fälle konzipiert worden, in denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten „noch nicht bereit“ seien, sich an einer gesetzgeberischen Handlung der Union in ihrer Gesamtheit zu beteiligen – hier spiegelt sich deutlich die Vorstellung von einer sachbezogenen Differenzierung nach dem Konzept des Europas der mehreren Geschwindigkeiten und die Ablehnung einer politisch bedingten Differenzierung nach dem Modell des Europas *à la carte* wider.¹²⁰ Schließlich gingen die Kläger von einer Verletzung des Art. 326(2) AEUV aus, wonach eine Verstärkte Zusammenarbeit weder den Binnenmarkt noch den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt beeinträchtigen und für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten weder ein Hindernis noch eine Diskriminierung darstellen noch zu Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten führen darf. Die Schaffung eines einheitlichen Innovationsschutzes in nur einem Teil des Unionsgebiets führe zu einer Zunahme der Patentanmeldungen im Teilnahmegebiet, die sich zu Lasten der nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten auswirke. Außerdem würden eine kohärente Entwicklung der Industriepolitik verhindert und die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in technologischer Hinsicht vergrößert.

Die Klage wurde vom EuGH abgewiesen. Er stellte fest, dass die durch Art. 118 AEUV übertragene Zuständigkeit zu einem Bereich der geteilten

¹¹⁹ Die vollständigen Begründungen der Klägeranträge finden sich bei BeckRS 2013, 80788.

¹²⁰ Siehe hierzu oben II. 1.

Binnenmarktzuständigkeit (Art. 4(2) AEUV) gehöre und es sich dabei folglich nicht um eine ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 20(1) Unterabs. 1 EUV handele. Artikel 118 AEUV falle nicht in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der „für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ nach Art. 3(1) lit. b AEUV. Einerseits handele es sich schon nicht um Wettbewerbsregelungen und andererseits seien Vorschriften im Bereich der „für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ systematisch in einem anderen Kapitel des AEUV verortet (Dritter Teil Titel VII Kapitel 1) als Art. 118 AEUV (Dritter Teil Titel VII Kapitel 3).

Ferner verneinte der EuGH eine Umgehung des Einstimmigkeitserfordernisses des Art. 118(2) AEUV mit der Begründung, dass der Rat vor der Ermächtigung zur Verstärkten Zusammenarbeit festgestellt hatte, dass das einheitliche Patent und seine Sprachenregelung von der Union in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums geschaffen werden könne.¹²¹ Es liege insofern kein von sachwidrigen Gründen getragener Ermessensmissbrauch vor. Angesichts der fehlenden Einstimmigkeit trage die Verstärkte Zusammenarbeit vielmehr zum Integrationsprozess bei.

Bezüglich des Verstoßes gegen das *ultima ratio*-Prinzip betonte der Gerichtshof die Einschätzungsprärogative des Rates. Der Gerichtshof dürfe lediglich überprüfen, ob der Rat sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte geprüft und das Ergebnis hinreichend begründet hat. Im vorliegenden Fall war es aus Sicht des EuGH ausreichend, dass das Gesetzgebungsverfahren auf Unionsebene bereits im Jahr 2000 eingeleitet und eine beträchtliche Zahl unterschiedlicher Sprachregelungen unter allen Mitgliedstaaten ergebnislos diskutiert worden war.

Alle im Übrigen geltend gemachten Verstöße wurden letztlich mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine Verstärkte Zusammenarbeit stets eine „wesensnotwendige“ räumliche Differenzierung mit sich bringe. Die Verstärkte Zusammenarbeit sei im Bereich des Art. 118(1) AEUV grundsätzlich zulässig. Mit der Tatsache, dass der resultierende Rechtsakt und der durch ihn gewährte einheitliche Patentschutz nicht in der gesamten Union gelte, könne deshalb für sich genommen kein Verstoß gegen Art. 118 AEUV oder Art. 326(2) AEUV begründet werden.

d) Würdigung der Verstärkten Zusammenarbeit im Patentrecht und der Entscheidung des EuGH

Unsere Bewertung der Entscheidung des EuGH fällt zwiespältig aus.

Das Urteil des Gerichtshofs ist insbesondere bei der Beurteilung der Frage der geteilten Zuständigkeit zu knapp begründet. Das Argument der syste-

¹²¹ Siehe EuGH 16.4.2013 – *Spanien und Italien*, NJW 2013, 2009, 2010f.

matischen Stellung des Art. 118 AEUV überzeugt nicht, da der Vertrag keine kapitelweite sondern eine vorhabensbezogene Kompetenzzuweisung vornimmt.¹²² Hiermit hat der Gerichtshof sich in seiner Argumentation nicht auseinandergesetzt, so dass der Vorwurf einer zu stark ergebnisorientierten Entscheidung im Raum steht. Das Urteil wird vor diesem Hintergrund bisweilen als Negativbeispiel für politische Elemente in der EuGH-Rechtsprechung angeführt.¹²³

Im Ergebnis zustimmungswürdig sind die Ausführungen des Gerichtshofs zur Überprüfung des *ultima ratio*-Erfordernisses. Die Anforderungen an die Bejahung dieses Kriteriums sind demnach gering und können nur eingeschränkt überprüft werden. Eine zu strenge Anwendung dieses Kriteriums würde die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit erheblich erschweren und steht weder im Einklang mit dem im Zuge der Neuregelungen von Nizza und Lissabon verfolgten Ziel der Vereinfachung der Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit, noch mit der Vorgabe, den Integrationsprozess insgesamt zu fördern (Art. 20(1) Unterabs. 2 Satz 1 EUV). Jedoch betont der Gerichtshof andererseits zu Recht, dass die Interessen der Union nicht gewahrt würden, wenn auf Kosten der Suche nach einem Kompromiss jede ergebnislose Verhandlung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit führen könne. Der EuGH stellt daher auf eine mangelnde Einigungsmöglichkeit „in absehbarer Zukunft“ ab. Maßgebend ist daher, ob in diesem Zeitrahmen noch realistische Chancen bestehen, zu einer Einigung zu kommen. In diesem Punkt steht dem Rat ein Ermessen zu, dessen Ausübung der EuGH nur eingeschränkt überprüft. Aus praktischer Sicht sind diese Konkretisierungen durch den EuGH zu begrüßen, da sie den Unsicherheiten des *ultima ratio*-Erfordernisses entgegenwirken.¹²⁴ Noch sinnvoller wäre aber eine genauere Regelung dieses Erfordernisses in Art. 20(2) EUV durch den europäischen Gesetzgeber gewesen.¹²⁵

Die Verstärkte Zusammenarbeit im Patentrecht ist im Ergebnis zu begrüßen. Ihre Begründung hat den jahrzehntelangen politischen Stillstand um die Sprachregelungen überwunden. Es besteht Anlass zur Hoffnung, dass die hieraus entstandenen Verordnungen aus integrationspolitischer Sicht erfolgreich sein werden.

Diese Hoffnung nährt sich vor allem aus dem breiten politischen Konsens, der die Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich des Patentrechts trägt. Alle

¹²² Jäger, NJW 2013 1998, 1999 betrachtet dieses Argument als „ebenso richtig wie im konkreten Fall irrelevant“; a. A. Sebastian Zeitmann, Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urteil vom 16.4.2013 – C-274/11, C-295/11 (*Spanien und Italien ./. Rat der Europäischen Union*), EuZW 2013, 479, 480, der die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit als systemwidrig betrachtet und dem Urteil des Gerichtshofs ausnahmslos zustimmt.

¹²³ Jäger, NJW 2013, 1998, 1999f.

¹²⁴ Zeitmann, EuZW 2013, 479, 480.

¹²⁵ Siehe hierzu oben IV. 1.

Mitgliedstaaten, außer Spanien und Italien, nehmen an ihr teil. Die Akzeptanz ist also deutlich höher als bei der Rom III-Verordnung. Unter diesen Umständen sind die Vorteile für die Teilnahmestaaten hoch und die Chancen für einen wissenschaftlich-technischen Fortschritt auf dem Binnenmarkt durch Kostensenkungen und Verfahrensvereinfachungen groß. Es bleibt zu hoffen, dass die ersten sichtbaren Erfolge Spanien und Italien dazu bewegen werden, den Rechtsakten beizutreten. Bislang zeichnet sich jedoch keine Lösung der Meinungsverschiedenheiten über das Sprachregime ab.

3. Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer

a) Finanztransaktionssteuer als Mittel der Krisenbewältigung

Die Diskussionen über die Einführung einer Finanztransaktionssteuer (FTS) kamen im Zusammenhang mit der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise auf. Die globale Krise der Finanzmärkte hatte missbräuchliche Transaktionen offengelegt und das Vertrauen in die Effizienz der freien Marktwirtschaft erschüttert. Das Zusammenspiel von Strukturschwächen im Finanzsystem einerseits sowie Fehlverhalten der Marktakteure im Risikomanagement andererseits waren für die Krise des Kapitalmarktes mitverantwortlich. Es besteht deshalb Einigkeit darüber, dass der Finanzsektor an den Kosten der Bewältigung der Krise beteiligt werden soll.¹²⁶

Diskutiert wurde zunächst die Einführung von Bankabgaben und sodann von einer FTS als Verkehrssteuer.¹²⁷ Bei einer FTS werden einzelne Geschäfte zum Steuergegenstand gemacht, die als spezifisch für den Finanzsektor angesehen werden.¹²⁸ Eine solche Steuer dient nicht nur dazu, Einnahmen zu erzielen, sondern zielt auch auf die Verringerung von spekulativem und risikobehaftetem Handeln ab.¹²⁹ Die Erhöhung der Transaktionskosten senkt die Attraktivität solcher Geschäfte erheblich.

b) Entwicklung der Gesetzgebung auf europäischer Ebene

Konkretisiert wurde die Idee einer europaweiten FTS mit dem Vorschlag der Kommission vom 29. Juni 2011.¹³⁰ Die Kommission verfolgte mit ihrem

¹²⁶ Joachim Dahm/Rolfjosef Hamacher, Finanztransaktionssteuern anderer Länder – (taugliche) Muster für die grenzüberschreitende Steuererhebung?, IStR 2013, 123.

¹²⁷ Siehe zu den Unterschieden zwischen Bankabgaben und Finanztransaktionssteuer, Dahm/Hamacher, IStR 2013, 123.

¹²⁸ Dahm/Hamacher, IStR 2013, 123.

¹²⁹ Franz C. Mayer/Christian Heidfeld, Europarechtliche Aspekte einer Finanztransaktionssteuer, EuZW 2011, 373; Dahm/Hamacher, IStR 2013, 123.

¹³⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über das gemein-

Vorschlag mehrere Ziele.¹³¹ Angesichts der Vielzahl unkoordinierter einzelstaatlicher Steuermaßnahmen sollte einer Zersplitterung des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen vorgebeugt werden. Darüber hinaus sollte sichergestellt werden, dass die Finanzinstitute angemessen an den Kosten der Krise beteiligt werden. Schließlich sollten finanzielle Anreize für als gemeinschädlich eingeordnete Transaktionen beseitigt und damit regulatorische Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Krisen ergänzt werden.

Dieses besonders von Deutschland und Frankreich vorangetriebene Projekt scheiterte zunächst am Widerstand von Großbritannien und Schweden.¹³² Hauptargument war die schwedische Erfahrung mit der Einführung einer Börsenumsatzsteuer auf Aktien, Anleihen und weitere Finanzprodukte in den 1980er Jahren. Nach der Einführung verlagerte sich der nationale Börsenhandel stark auf andere Finanzplätze, woraufhin die Steuer abgeschafft wurde.

Auf der Ratstagung vom 29. Juni 2012 wurde festgestellt, dass eine Einigung in absehbarer Zeit nicht möglich erschien, und das Verfahren zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit eingeleitet. Elf Mitglieder haben mittlerweile den Antrag gestellt: Belgien, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Italien, Österreich, Portugal, Slowenien, Spanien und die Slowakei. Die Antragsteller erklärten, dass sie die Verstärkte Zusammenarbeit auf den ursprünglichen Vorschlag der Kommission stützen wollten. Zugleich bekräftigten sie ihre Absicht, Steuerumgehungsmaßnahmen, Wettbewerbsverzerrungen und Verlagerungen in andere Steergebiete vorzubeugen.

Am 12. Januar 2013 beschloss der Rat, die Antragsteller zu ermächtigen, eine Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines gemeinsamen Finanztransaktionssteuersystems zu begründen.¹³³ Am 14. Februar 2013 legte die Kommission auf Grundlage von Art. 113 AEUV¹³⁴ einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Umsetzung dieser Verstärkten Zusammenarbeit vor.¹³⁵ Der weit gefasste Anwendungsbereich umfasst Transaktio-

same Finanztransaktionssteuersystem und zur Änderung der Richtlinie 2008/7/EG, 28.9.2011, KOM(2011) 594 endg.

¹³¹ KOM(2011) 594 endg., S. 2f.

¹³² *Dahm/Hamacher*, IStR 2013, 123; *Rainer Wernsmann/Cornelia Zirkel*, Die Regelungskompetenz der EU für eine Finanztransaktionssteuer, EuZW 2014, 167.

¹³³ Beschluss des Rates vom 22.1.2013 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer (2013/52/EU), ABl. 2013 L22/11.

¹³⁴ Die Frage wurde ausführlich von *Mayer/Heidfeld*, EuZW 2011, 373 untersucht. Grundsätzlich steht der Union im Rahmen des Art. 113 AEUV kein freies Steuererfindungsrecht zu, kennt jedoch bereits mindestens ein Mitgliedstaat eine entsprechende Steuer (wie hier im konkreten Fall Frankreich und Italien), so kann Art. 113 AEUV als Rechtsgrundlage für eine unionsrechtliche Regelung herangezogen werden, *Wernsmann/Zirkel*, EuZW 2014, 167, 169.

¹³⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer, 14.2.2013, KOM(2013) 71 endg.

nen mit Finanzinstrumenten aller Art. Sie gilt damit insbesondere nicht nur für den Handel in organisierten Märkten, sondern auch für alle anderen Handelsformen einschließlich des außerbörslichen Handels. Die Finanztransaktionssteuer soll auf die Besteuerung des Bruttowerts der Transaktionen vor der Aufrechnung ausgerichtet sein. Grundsätzlich trifft sie nur Personen, die in einem Teilnahmemitgliedstaat ansässig sind. Zur Vermeidung von Ausweichhandlungen wird das „Ansässigkeitsprinzip“ allerdings um Elemente des „Ausgabepinzips“ ergänzt. Dabei wird die Transaktion mit dem teilnehmenden Mitgliedstaat verknüpft, in dem die ausgebende Gesellschaft ansässig ist. Personen, die an solchen Transaktionen beteiligt sind, gelten als in diesem Mitgliedstaat ansässig. Die Steuer kann also auch dann anfallen, wenn in Nichtteilnahmestaaten gehandelt wird, sofern die Finanzinstrumente ursprünglich in einem Teilnehmerstaat emittiert worden sind. Kritiker sprechen insoweit von einer „extraterritorialen Wirkung“ der FTS.¹³⁶

Das Vereinigte Königreich hat gegen den Ermächtigungsbeschluss eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH eingeleitet.¹³⁷ Gerügt wurde insbesondere die „extraterritoriale Wirkung“ der FTS, welche sowohl Art. 327 AEUV als auch völkerrechtliche Beschränkungen der Legislativgewalt verletze. Ferner verstoße der Beschluss des Rates gegen Art. 332 AEUV, weil dessen Umsetzung auch die nichtteilnehmenden Staaten mit Kosten belaste.

c) Entscheidung des EuGH über die Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit

Der EuGH hat mit Urteil vom 30. April 2014 die Klage abgewiesen und den Ermächtigungsbeschluss für gültig erklärt.¹³⁸

Das erste Argument des Klägers, nämlich die gegebenenfalls europarechtswidrige extraterritoriale Wirkung, wurde mit der Begründung zurückgewiesen, die auf die Finanztransaktionssteuer anwendbaren Besteuerungsgrundsätze seien nicht Gegenstand des Ratsbeschlusses gewesen. Gegenstand des Beschlusses sei lediglich die Ermächtigung der Teilnahmestaaten zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der FTS und nicht deren Ausgestaltung. Mit derselben Begründung wurde auch das zweite Argument hinsichtlich der Kosten für die Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit zurückgewiesen. Beide Elemente seien ledig-

¹³⁶ Erika Siegle-Hartwig, Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer – Ein stichhaltiges Konzept?, IStR 2013, 441, 446; Wernsmann/Zirkel, EuZW 2014, 167, 172; Andreas Ruckes/Marc Lappas, Finanztransaktionssteuern – EU-FTT ante portas, IStR 2013, 255, 258.

¹³⁷ Siehe folgende Fn.

¹³⁸ EuGH 30.4.2014 – Rs. C-209/13 (*Vereinigtes Königreich ./. Rat*), ABl. 2013 C 171/22, IStR 2014, 407.

lich Teil der Vorschläge der Kommission von 2011 und 2013 gewesen, welche nicht Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung seien. Es sei klar zu differenzieren zwischen der gerichtlichen Kontrolle des Ermächtigungsbeschlusses einerseits und der auf Grundlage des Beschlusses ergehenden Rechtsakte andererseits. Im ersteren, hier einschlägigen Fall sei lediglich zu prüfen, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Ermächtigung vorlagen.

d) Würdigung der Finanztransaktionssteuer
und der Entscheidung des EuGH

Die mit der Einführung einer FTS verfolgten Ziele sind grundsätzlich begrüßenswert. Die Regulierung und Stabilisierung der Finanzmärkte sowie die Verhinderung gefährlicher spekulativer Geschäfte sind wesentliche Voraussetzungen der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes.

In der konkreten Umsetzung sind jedoch zwei Aspekte fraglich. Zum einen fehlt es an ausreichenden empirischen Untersuchungen, die belegen würden, dass eine Finanztransaktionssteuer tatsächlich zur Vorbeugung weiterer Finanzkrisen beitragen kann. Ob eine solche Steuer für die Finanzmarktakteure so spürbar sein wird, dass sie eine abschreckende Wirkung auf die Eingehung risikobehafteter Finanztransaktionen haben wird, bleibt abzuwarten. Wenn dem aber so ist, so erscheint zum anderen der Weg einer Verstärkten Zusammenarbeit mit lediglich elf Mitgliedstaaten als problematisch. Die schwedische Erfahrung hat gezeigt, dass die Gefahr einer Verlagerung des Handels auf andere Finanzplätze real ist. Mit der Einführung der FTS könnte die Attraktivität der Finanzgeschäfte in den beteiligten Mitgliedstaaten sinken und eine Verzerrung des Wettbewerbs folgen. Die Kommission hat dieses Problem gesehen und das Ausgabeprinzip als mögliche Lösung vorgeschlagen. Es ist aber zu befürchten, dass dies zur Vermeidung von Umgehungen nicht ausreichen wird. Darüber hinaus beeinflusst das Ausgabeprinzip die Attraktivität der Finanzinstrumente, die in den beteiligten Staaten emittiert werden.

Für das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit lassen sich in diesem Stadium des Gesetzgebungsprozesses nur wenige allgemeine Rückschlüsse ziehen. Deutlich wird jedoch das Konfliktpotenzial zwischen der Vereinheitlichung von wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Binnenmarkt und der territorial differenzierten Einführung von Rechtsnormen, die die Marktakteure mit Kosten belasten. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Befürchtungen der Kritiker hinsichtlich der Verlagerung von Finanztransaktionen in Nichtteilnehmerstaaten bestätigen werden und inwieweit das Konzept des kombinierten Ansässigkeits- und Ausgabeprinzips einer solchen Entwicklung entgegenwirken wird.

Die Entscheidung des EuGH ist zu begrüßen. Sie erlaubt eine handhabbare und sinnvolle Unterscheidung der Überprüfung des Ermächtigungsbeschlusses einerseits und hierauf gründender Rechtsakte andererseits. Tatsächlich zielt die klägerische Argumentation letztlich stärker auf das „Wie“, also die Ausgestaltung der Finanztransaktionssteuer, und weniger auf das „Ob“ ihrer Implementierung im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit ab. Solange also der Ermächtigungsbeschluss keine starren Vorgaben für die Ausgestaltung enthält, die für sich genommen im Widerspruch zum Primärrecht stehen, ist der Streit um die genauen Modalitäten der Verstärkten Zusammenarbeit anhand des konkreten Rechtsakts zu führen. Trotz der verbleibenden Spielräume des Ermächtigungsbeschlusses ist es allerdings bedauerlich, dass der EuGH sich in keiner Weise mit der inhaltlichen Kritik und den wirtschaftlichen Befürchtungen des Klägers auseinandergesetzt hat, namentlich mit der „extraterritorialen Wirkung“ der FTS und mit der finanziellen Belastung nichtteilnehmender Mitgliedstaaten. All diese Fragen werden gegebenenfalls im Zuge einer Nichtigkeitsklage gegen die zukünftigen Umsetzungsrechtsakte zu klären sein.

Nach der Argumentation des EuGH in der Patentrechtsentscheidung ist damit zu rechnen, dass der Gerichtshof auch hier im Fall einer solchen Klage wieder die grundsätzliche Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit in den Vordergrund rücken und eine Verletzung des Unionsrechts lediglich aufgrund der räumlichen Differenzierung verneinen wird. Offen ist indes die Frage, wie der EuGH auf das Argument einer Benachteiligung der Nichtteilnehmerstaaten durch die „extraterritoriale Wirkung“ des FTS reagieren wird. Sollte sich dieses Argument durchsetzen und die Richtlinie insofern als unionsrechtswidrig eingeordnet werden, so stünde das gesamte Konzept der Verstärkten Zusammenarbeit in diesem wirtschaftsrechtlichen Bereich angesichts immanenter Verlagerungsgefahren wieder in Frage. Aus diesem Grund wäre eine zukünftige Entscheidung des EuGH von erheblicher Bedeutung.

VI. Fazit

Fast zwei Jahrzehnte nach ihrer Einführung hat die Verstärkte Zusammenarbeit ihr Dasein als Papiertiger überwunden. Nach Erlass der Rom III-VO und den konkreten Vorhaben im Bereich des Patent- und Steuerrechts ist die Verstärkte Zusammenarbeit zu einem realen Handlungsinstrument der europäischen Gesetzgebung geworden.

Das Ziel, einen politisch bedingten Integrationsstillstand zu überwinden, konnte auf diesen Gebieten jedenfalls formal erreicht werden. Es lässt sich aber nicht leugnen, dass die konkrete Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit auch neue Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten schafft. Die

Konstruktion aus Ermächtigungsbeschluss und Umsetzungsrechtsakten bietet eine breite Angriffsfläche für die juristische Auseinandersetzung vor dem EuGH. Hierin spiegelt sich die überkommene politische Debatte vor dem Europa à la carte und der mehreren Geschwindigkeiten wider. Wichtiger und erstzunehmender Bestandteil der Diskussionen sind Ängste der nichtteilnehmenden Staaten vor einer politischen Ausgrenzung.¹³⁹ Die Regelungen der Verstärkten Zusammenarbeit tragen dieser Gefahr Rechnung¹⁴⁰ und erlauben es, politische Konflikte im Rahmen der Verfahren vor dem EuGH auf eine konkretere, justiziable Ebene zu stellen. Schon diese Möglichkeit, integrationspolitische Meinungsverschiedenheiten und zugrundeliegende Ängste anhand konkreter Beteiligungs- und Rücksichtnahmepflichten zu artikulieren und zu diskutieren, ist ein Verdienst der Verstärkten Zusammenarbeit.

Neben dem Spannungsverhältnis zwischen teilnehmenden und nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten steht die Verstärkte Zusammenarbeit allerdings auch in Konflikt mit anderen Unionsinteressen. Dies betrifft vor allem den wirtschaftlichen Bereich. Dort führt eine territorial differenzierte Einführung von rechtlichen Vorgaben fast immer zu unterschiedlichen finanziellen Belastungen der privaten Akteure in den Mitgliedstaaten sowie zu makroökonomischen Verschiebungen. In diesem Zusammenhang spricht viel dafür, dem großzügigen Auslegungsmaßstab des EuGH im Patentrecht zu folgen. Die mit einer räumlichen Differenzierung zwangsläufig einhergehenden wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten sollten für sich genommen nicht für die Annahme einer Verletzung des Unionsrechts ausreichen. Andernfalls wären weite Teile der Unionsrechtsordnung dem Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit von vornherein entzogen.

Ist nun die Verstärkte Zusammenarbeit Königsweg oder Sackgasse der europäischen Integration? Es kommt darauf an.

Der Integrationsfortschritt bemisst sich bei der Verstärkten Zusammenarbeit zunächst an der Anzahl der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Nehmen wie im Patentrecht nur zwei Staaten nicht teil, so überwiegen im Zweifel die Vorteile der Vereinheitlichung in 26 Mitgliedstaaten die Nachteile der Ausklammerung der zwei Nichtteilnehmer. Nehmen wie derzeit bei der Finanztransaktionssteuer nur etwa die Hälfte der Mitgliedstaaten teil, so liegt die Gefahr einer wirtschaftlichen und sozialen Spaltung näher.

Der zweite Erfolgsfaktor ist die inhaltliche Kohärenz der Umsetzungsrechtsakte. Bei der Rom III-VO führt etwa das allgemein mit der Rechtsvereinheitlichung zusammenhängende Problem von externen Lücken in Kombination mit einer räumlichen Differenzierung zu einer erheblichen

¹³⁹ Dies betrifft insbesondere die Argumente Italiens und Spaniens gegen die patentrechtlichen Verordnungen; siehe hierzu oben V. 2. Sie ähneln den Befürchtungen, die Großbritannien gegenüber dem Kerneuropa-Konzept eingewandt hat; siehe hierzu oben II. 1. b).

¹⁴⁰ Siehe zu den Beteiligungs- und Rücksichtnahmepflichten oben III. 3. und 4.

Relativierung des Vereinheitlichungseffekts. Hierdurch werden bisweilen die selbstgesetzten Ziele der Rechtsakte verfehlt – in diesem Fall ein europäischer Entscheidungseinklang im Bereich des Scheidungs- und Trennungsrechts.

Zu früh ist es wohl, darüber zu urteilen, ob die grundsätzliche Befürchtung sich bewahrheiten wird, dass die Verstärkte Zusammenarbeit zu einer Zersplitterung der Union führen werde. Aus unserer Sicht sprechen die Erfahrungen der Vergangenheit mit der differenzierten Integration sowie die rechtliche Ausgestaltung der Verstärkten Zusammenarbeit dagegen. Selbst die außerinstitutionellen Instrumente der differenzierten Integration waren überwiegend erfolgreich – bei der Sozialcharta und dem Schengen-Übereinkommen sogar in dem Maße, dass sie schließlich unter Einbeziehung der bislang nichtteilnehmenden Staaten in das Unionsrecht überführt wurden. Dies zeigt, dass zunächst nur zwischen einzelnen Mitgliedstaaten geltende Regeln ein integrationsstiftendes Potential für die gesamte Union entfalten können. Die rechtliche Ausgestaltung der Verstärkten Zusammenarbeit zeugt davon, dass die Mitgliedstaaten dieses Potential sowie die Gefahren der Entfremdung erkannt haben. Es ist keine leere Floskel, wenn es in Art. 20(1) Unterabs. 2 Satz 1 EUV heißt: „Eine Verstärkte Zusammenarbeit ist darauf ausgerichtet, die Verwirklichung der Ziele der Union zu fördern, ihre Interessen zu schützen und ihren Integrationsprozess zu stärken.“ Dieses Ziel wird durch die Beteiligungs- und Rücksichtnahmepflichten zugunsten der Nichtteilnehmer und die erheblichen Kontrollbefugnisse von Kommission und Parlament im Gesetzgebungsverfahren aus unserer Sicht glaubhaft abgesichert.

Summary

ENHANCED COOPERATION IN THE EUROPEAN UNION – POLITICAL BACKGROUND, CURRENT STATUS AND FUTURE PERSPECTIVES

The legislative instrument of enhanced cooperation allows member states to create a common legal regime in a given field, which applies only to those member states that voluntarily subject themselves to it. While the concept of having different levels of integration (“differentiated integration”) as such is not new to EU law, the instrument of enhanced cooperation stands out through its broad scope of application and its elaborate institutional entrenchment.

The history of differentiated integration in the EU illustrates the basic conflict between effective integration on the one hand and preserving the sovereignty of the member states on the other hand. In this context, the two principal competing political ideals aspiring to resolve this conflict are often

labelled as “Europe à la carte” on the one hand and “multi-speed Europe” on the other hand. Both ideals – to a varying degree – manifest themselves in the rules on enhanced cooperation introduced with the treaties of Amsterdam and Nice.

After having been neglected by the European legislator for a long time, we can now witness the first practical implementations of enhanced cooperation in the fields of divorce law, patents and the financial transaction tax. The ideas of differentiated integration and the instrument of enhanced cooperation remain highly controversial. Some see it as the only means for overcoming the integrational standstill in an ever more complex and heterogenic Union. Others fear that enhanced cooperation will sow division among the member states and foster political and legal alienation between them.

Ultimately, an analysis of the rules on enhanced cooperation in the treaties and the latest examples of its implementation gives rise to optimism. It reveals a promising potential of the instrument of enhanced cooperation for achieving effective integration in the EU, while duly observing the legitimate interests of all member states, be they participating or not. At the same time, the European legislator should wield its new sword with caution if it wishes to preserve the solidarity among the member states and the coherence of EU law. It cannot be denied that specific projects of enhanced cooperation can come into conflict with other EU interests such as the coherence and effectiveness of the internal market. As regards the political coherence of the EU, the provisions on sincere cooperation do allow for political inclusion and wisely oblige the participating member states to confer with the non-participants at every stage. The extent to which the member states act in this spirit of constructiveness and cooperation will decide over the fate of enhanced cooperation as either a king’s road or a dead end of European legal integration.

