

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

an der Universität Bremen

ZERP

Josef Heimann

"Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr" - der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls

ZERP-Diskussionspapier 2/99

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Historischer Hintergrund	2
A.	Von den Römischen Verträgen bis zum Vertrag von Maastricht	2
1.	Arbeitsgruppen	3
2.	Die Übereinkommen von Schengen und Dublin und das gescheiterte Außengrenzabkommen.....	4
3.	Gründe für die Zusammenarbeit außerhalb des Gemeinschaftsrechts	5
B.	Justiz und Inneres im Vertrag von Maastricht	7
1.	Visapolitik im EGV	7
2.	Die dritte Säule	9
a)	Gegenstände der ZBJI	9
b)	Institutioneller Rahmen	10
c)	Rechtliche Instrumente	11
3.	Defizite der alten Rechtsordnung	13
III.	Die grundlegende Neuordnung der Bereiche Justiz und Inneres sowie des Rechts zur Abschaffung der Binnengrenzkontrollen.....	14
IV.	Der neue Titel IV EGV	15
A.	Überblick.....	15
B.	Gemeinschaftskompetenzen	18
1.	Wegfall der Binnengrenzen, Kontrolle der Außengrenzen und kurzfristige Aufenthalte Drittstaatsangehöriger (Art. 62 EGV und Protokolle Nr. 3 und 8).....	18
a)	Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen (Art. 62 Nr. 1 EGV und Protokoll Nr. 3).....	18
b)	Überschreiten der Außengrenzen (Art. 62 Nr. 2 EGV und Protokoll Nr. 8)	19
(1)	Begriff der Außengrenzen.....	19
(2)	Personenkontrollen an den Außengrenzen (Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV und Protokoll Nr. 8).....	20
(3)	Erteilung kurzfristiger Visa (Art. 62 Nr. 2 lit. b EGV)	21
c)	Reisefreiheit für Drittstaatsangehörige mit kurzfristigen	

2.	Asyl-, Einwanderungs- und Vertriebenenpolitik	(Art. 63 EGV und Protokoll Nr. 6)			22
	a)	Begriffsbestimmungen			23
	b)	Formelles Asylrecht			23
		(1) Zuständigkeit zur Prüfung von Asylanträgen und			
		Auswirkungen auf das Dubliner Übereinkommen			
		(Art. 63 Nr. 1 lit. a EGV)			23
		(2) Verfahren (Art. 63 Nr. 1 lit. d EGV)			25
	c)	Materielles Asylrecht (Art. 63 Nr. 1 lit. b und c EGV)			25
	d)	Exkurs: Das Verbot der Gewährung von Asyl an Unionsbürger			
		(Protokoll Nr. 6)			26
		(1) Inhalt und Hintergrund			26
		(2) Vereinbarkeit mit Art. 33 I GFK			27
		(3) Anwendungsprobleme			28
	e)	Vorübergehender Schutz von Vertriebenen und			
		Lastenverteilung (Art. 63 Nr. 2 EGV)			29
	f)	Einwanderungspolitik (Art. 63 Nr. 3 EGV und Erklärung			
		Nr. 18)			30
	g)	Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige (Art. 63 Nr. 4 EGV)			30
	h)	Das Prinzip der Mindestharmonisierung in Art. 63 EGV			32
		(1) Mindestharmonisierung nach bekannten Grundsätzen			32
		(2) Der Begriff der "Mindestnormen"			32
	i)	Zeitplan für den Beschluss von Maßnahmen nach			
		Art. 63 EGV			33
3.	Öffentliche Ordnung und innere Sicherheit (Art. 64 I EGV)				33
4.	Notstandsklausel (Art. 64 II EGV)				34
5.	Justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 65 EGV)				35
	a)	Hintergrund und Voraussetzungen für den Erlass von			
		Sekundärrecht			35
	b)	Grenzüberschreitende Zustellung			
		(Art. 65 lit. a 1. Spstr. EGV)			37
	c)	Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln			
		(Art. 65 lit. a 2. Spstr. EGV)			38
	d)	Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und			
		außergerichtlicher Entscheidungen			
		(Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV)			38
	e)	Internationales Privatrecht (Art. 65 lit. b EGV)			39
	f)	Zivilrechtliche Verfahrensvorschriften			
		(Art. 65 lit. c EGV)			41
	g)	Ersetzung völkerrechtlicher Abkommen zur justitiellen			

Zusammenarbeit durch EG-Sekundärrecht.....	41
(1) EuGVÜ	41
(2) EVÜ.....	44
(3) Unterzeichnete, aber noch nicht ratifizierte Übereinkommen	44
(4) Übereinkommen, die sich noch in der Ausarbeitungsphase befinden	45
h) Kritik	46
6. Behördenzusammenarbeit (Art. 66 EGV)	47
7. Internationale Abkommen.....	47
8. Weitere Überführung von Kompetenzen aus der dritten in die erste Säule (Art. 42 EUV).....	47
C. Beschlussfassung (Art. 67 EGV).....	48
1. K.4-Ausschuss und Konferenz der Europa-Ausschüsse	48
2. Übergangszeit (Art. 67 I und III EGV).....	48
3. Nach Ablauf der Übergangszeit (Art. 67 II und III EGV).....	49
D. Justitiabilität (Art. 68 EGV)	50
1. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 68 I EGV)	51
a) Beschränkung der Vorabentscheidungsverfahren	51
b) Vorlagepflicht oder Vorlagerecht.....	52
c) Abstrakt oder konkret letztinstanzliche Gerichte	53
2. Teilweiser Ausschluss der EuGH-Kompetenz (Art. 68 II EGV)	54
3. Vorlagen im öffentlichen Interesse (Art. 68 III EGV)	55
4. Kritik und Änderungsperspektiven	57
E. Ausnahmeregelungen für das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark (Art. 69 EGV).....	58
1. Das Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands	58
2. Das Protokoll über die Position Dänemarks	60
V. Das Schengen-Protokoll	61
A. Einleitung	61
B. Identifizierung und Verteilung des Schengen-Besitzstands auf die erste und dritte Säule.....	63
C. EuGH-Kompetenz	65
D. Sonderregelungen für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich	

hinsichtlich der Bindung an den bestehenden Schengen-Besitzstand	66
E. Fortentwicklung des Schengen-Besitzstands mit Sonderregelungen für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich	67
F. Die Assoziierung Islands sowie Norwegens und die Übernahme des Besitzstands durch Beitrittskandidaten.....	70
G. Kritik	71
VI. Abschließende Betrachtung.....	71
A. Historische Perspektive.....	71
B. Dogmatische Perspektive	73
C. Fazit	75
Literaturverzeichnis	77
Abkürzungsverzeichnis	81

Vorwort

Die vorliegende Magisterarbeit ist im November 1998 im Rahmen des Aufbaustudiengangs Europäisches und Internationales Recht an der Universität Bremen fertig gestellt worden. Für die Veröffentlichung wurde sie aktualisiert. Literatur, Primär- und Sekundärrecht sowie Gesetzgebungsvorschläge konnten bis Anfang Oktober 1999 berücksichtigt werden.

Als wichtige Bestandteile des durch den Amsterdamer Vertrag eingeführten "Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" sind der neue Titel IV EGV und das Schengen-Protokoll bedeutsam für die künftige Rechtssetzungstätigkeit der Europäischen Gemeinschaft. Gleichwohl weisen sie eine Reihe von Besonderheiten auf, die ihre Anwendung erschweren. Diese Arbeit will daher einen Beitrag zum gewiss nicht einfachen Verständnis der neuen Vorschriften leisten.

Ich bedanke mich bei Herrn Professor Dr. Bengt Beutler für die Betreuung und die erste Durchsicht dieser Arbeit. Herrn Professor Dr. Klaus Sieveking vom Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen danke ich für die Zweitkorrektur und dem ZERP für die Möglichkeit der Veröffentlichung im Rahmen der ZERP-Diskussionspapiere.

Münster, im Oktober 1999

Josef Heimann

I. Einleitung¹

Der Amsterdamer Vertrag (AV) stellt die dritte große Revision der Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften nach der EEA aus dem Jahr 1986 und dem Vertrag von Maastricht zur Gründung der Europäischen Union von 1992 dar. Letzterer sah selbst eine Überarbeitung seiner Bestimmungen durch eine 1996 einzuberufende Revisionskonferenz vor (Art. B. 5. Spstr. und Art. N II EUV a. F.). Diese tagte, vorbereitet durch die sog. Westendorp-Reflexionsgruppe, erstmals am 29.3.1996 in Turin. Die Verhandlungen fanden ihren politischen Abschluss mit dem Treffen des Europäischen Rates in Amsterdam vom 16.-18.6.1997.² Nach einigen rechtstechnischen Änderungen konnte der Vertrag schließlich am 2.10.1997 in Amsterdam unterzeichnet werden.³ Er ist am 1. Mai 1999 in Kraft getreten.⁴

Einer der zentralen Bereiche des Vertrages findet sich im zweiten Kapitel des ersten Abschnitts, das die Überschrift "Schrittweiser Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" trägt. Dieses Kapitel strukturiert die bislang fast ausschließlich intergouvernementale Kooperation der Mitgliedstaaten in der Justiz- und Innenpolitik völlig neu: Die dritte Säule der EU wird umfassend reformiert und wesentliche Bereiche daraus werden in das Gemeinschaftsrecht überführt. Zugleich werden die Vorschriften der bisher außerhalb des Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts stehenden Schengener Übereinkommen je nach ihrem Regelungsgehalt der ersten oder der dritten Säule zugeordnet.

Der wesentliche Teil der aus der dritten in die erste Säule überführten Bereiche findet sich im neuen Titel IV des EGV (Art. 61-69) mit der Überschrift "Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr". Neben Regelungen zur Asyl-, Vertriebenen- und Einwanderungspolitik sowie zur justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen findet sich dort erstmals eine explizite Ermächtigungsgrundlage zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen.

Ziel dieser Arbeit ist es, den neuen Titel IV EGV darzustellen, zu analysieren und auf die Besonderheiten hinzuweisen, die ihn von herkömmlichen Funktionsschemata des EG-Rechts unterscheiden. In einem eigenen Kapitel wird auf das

1 Die vorliegende Arbeit richtet sich nach der reformierten deutschen Rechtschreibung. Soweit erforderlich, werden auch Rechtstexte daran angepasst (z. B. Koordinierungsausschuss statt Koordinierungsausschuß).

2 Vgl. EU-Nachrichten, Dokumentation Nr. 3 vom 9.7.1997, S. 2 ff.

3 *Thun-Hohenstein*, S. 1 ff.

4 BGBl. 1999 II, S. 296.

Protokoll (Nr. 25) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (SchProt) eingegangen, das in einem engen Zusammenhang zu Titel IV EGV steht.

II. Historischer Hintergrund

A. *Von den Römischen Verträgen bis zum Vertrag von Maastricht*

Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in der Justiz- und Innenpolitik und das Ziel der Verwirklichung des freien Personenverkehrs standen von jeher in einem engen Zusammenhang zueinander. Dieser resultiert aus der Grundüberlegung, dass ein fortschreitender Wegfall der Binnengrenzen die Mitgliedstaaten zu einer einheitlichen Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen zwingt, da die Einhaltung unterschiedlicher nationaler Regelungen kaum noch kontrollierbar wäre. Gleichzeitig fördert der freie Personenverkehr die Mobilität der Angehörigen der Mitgliedstaaten. Die dadurch gehäuft auftretenden grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten erfordern eine verstärkte Zusammenarbeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten. Schließlich fällt mit den Grenzen ein Fahndungsfilter im Kampf gegen die Kriminalität fort, was durch eine Intensivierung der Zusammenarbeit in der Verbrechensbekämpfung und -verhütung kompensiert werden soll. All diese Ausgleichsmaßnahmen für den Wegfall der Binnengrenzen wurden unter dem Schlagwort der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres zusammengefasst.

Der freie Personenverkehr trug anfänglich, d. h. im EWGV von 1957, rein wirtschaftliche Züge und war mit der in den Art. 48, 52 und 59 EWGV verankerten Arbeitnehmerfreizügigkeit, dem freien Niederlassungsrecht sowie dem freien Dienstleistungsverkehr allein auf ökonomisch motivierte Personenbewegungen gerichtet.⁶ Dementsprechend enthielt das Gemeinschaftsrecht noch keine expliziten Vorschriften über Gegenstände einer Justiz- und Innenpolitik. Lediglich in Art. 220 EWGV war der Abschluss völkerrechtlicher Verträge zwischen den Mitgliedstaaten vorgesehen, die auch den Justizbereich betreffen, aber nicht über begleitende Maßnahmen für die Verwirklichung der Grundfrei-

5 Die hier verwendete Nummerierung der zitierten Protokolle und Erklärungen richtet sich nach der in der Schlussakte zum AV (BGBl. 1998 II, S. 438, abgedruckt in Sartorius II Nr. 147a) vorgenommenen Zählung.

6 Nanz, *Integration* 1992, 126; *Schweitzer/Hummer* Rn. 1871.

heiten hinausgehen sollten.⁷

Auf der Pariser Gipfelkonferenz 1974 kam erstmals die Idee eines "Europa der Bürger" auf, das über rein wirtschaftliche Aspekte hinausgehen⁸ und die Akzeptanz der Gemeinschaft bei den Angehörigen ihrer Mitgliedstaaten steigern sollte.⁹ Daher wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, um die Möglichkeit einer Passunion und der Beseitigung der Identitätskontrollen an den Binnengrenzen zu prüfen.¹⁰ Diese Gedanken wurden 1985 im sog. Adonnino-Bericht über das "Europa der Bürger" an den Europäischen Rat von Mailand aufgegriffen, der sich intensiv mit der Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen auseinandersetzte. Zeitgleich schlug die Kommission in ihrem Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen bis Ende 1992 vor. Daneben sollten auf intergouvernementaler Ebene Ausgleichsmaßnahmen zur Gewährleistung der inneren Sicherheit getroffen werden.¹¹

Diese Ideen fanden durch die EEA Eingang in Art. 8a EWGV¹² (nach Maastricht Art. 7a EGV, seit dem AV Art. 14 EGV), der das Ziel eines Binnenmarktes als Raum ohne Binnengrenzen festlegt, in dem auch der freie Personenverkehr gewährleistet ist. In einer Erklärung zur EEA vereinbarten die Mitgliedstaaten eine intergouvernementale Zusammenarbeit hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen sowie der Bekämpfung von Terrorismus, Kriminalität, Drogenhandel und unerlaubtem Handel mit Kunstwerken und Antiquitäten. Diese Kooperation sollte unbeschadet der Befugnisse der Gemeinschaft stattfinden und dem Ziel der Freizügigkeit dienen.¹³

1. Arbeitsgruppen

Die intergouvernementale Zusammenarbeit fand in spezialisierten Arbeitsgruppen mit z. T. bereits älteren Vorgängern aus der Zeit vor der EEA statt:¹⁴ Die

7 Nanz, integration 1992, 126 f.; Pechstein/Koenig Rn. 341.

8 Taschner, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Bd. 5, Kommentar zu den Schengener Übereinkommen (S. 1327 ff.) Rn. 8.

9 Schweitzer/Hummer Rn. 1872.

10 Taschner, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Bd. 5, Kommentar zu den Schengener Übereinkommen (S. 1327 ff.) Rn. 8.

11 KOM (85) 310 endg.

12 Nanz, integration 1992, 126, 127.

13 Nr. 2 der von der Regierungskonferenz zur Kenntnis genommenen Erklärungen zur EEA.

14 Bei der folgenden Aufzählung werden nur Gruppen berücksichtigt, die sich mit Bereichen befasst haben, die nach dem AV in Titel IV EGV geregelt werden. Weitere Arbeitsgruppen, die sich jedoch in erster Linie mit der Kriminalitätsbekämpfung beschäftigten, waren die sog.

Gruppe "Justitielle Zusammenarbeit" bestand schon seit 1975 und widmete sich dem Entwurf völkerrechtlicher Übereinkommen im Bereich des Straf- und Zivilrechts.¹⁵ Die 1986 eingesetzte "Ad-hoc-Gruppe Einwanderung", bestehend aus hohen Regierungsbeamten und Vertretern der Kommission, hatte die Erarbeitung von Regelungen zur Kontrolle der Außengrenzen, die Koordination der Visa- und Asylpolitik sowie die Ermöglichung eines besseren Informationsaustauschs zwischen den Einwanderungsbehörden zur Aufgabe.¹⁶ 1988 wurde die "Gruppe der Koordinatoren Freizügigkeit" gegründet,¹⁷ die die Zusammenarbeit der verschiedenen Arbeitsgruppen organisieren sollte.¹⁸ Diese arbeiteten seit dem Vertrag von Maastricht mit veränderter Organisationsstruktur und Aufgabensetzung im Rahmen der dritten Säule der Union weiter.¹⁹

2. *Die Übereinkommen von Schengen und Dublin und das gescheiterte Außengrenzabkommen*

Vor dem In-Kraft-Treten des Maastrichter Vertrages wurden drei außerhalb des rechtlichen Rahmens der Gemeinschaft stehende völkerrechtliche Übereinkommen zur Verwirklichung der Freizügigkeit und zur Einführung flankierender Maßnahmen im Bereich der Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen sowie der Kriminalitätsbekämpfung geschlossen. Das (erste) Schengener Abkommen über den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14. Juni 1985²⁰ zwischen der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich und den Beneluxstaaten sah kurzfristig eine Erleichterung des Grenzübertritts vor, indem z. B. auf systematische Kontrollen verzichtet wurde. Das Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990²¹ (SDÜ) verpflichtete die teilnehmenden Staaten zum Abbau der Binnengrenzkontrollen und zu Ausgleichsmaßnahmen in den Bereichen Außengrenzkontrollen, Visa-, Ausländer- und Asylrecht sowie polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit. Den Schengener Abkommen sind mittlerweile bis auf das Vereinigte Königreich und Irland alle Mitgliedstaa-

TREVI-Kooperation der Justiz- und Innenminister, der GAM '92 zur Bekämpfung des Schmuggels sowie der Ausschuss der Drogenkoordinatoren CELAD, vgl. *Nanz*, integration 1992, 126, 128 f.

15 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. Art. K. bis K.9 Rn. 12.

16 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. Art. K. bis K.9 Rn. 6.

17 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. Art. K. bis K.9 Rn. 14.

18 *Pechstein/Koenig* Rn. 343.

19 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1877; *Pechstein/Koenig* Rn. 343.

20 GMBI. 1986, S. 79.

21 BGBl. 1993 II, S. 1013.

ten beigetreten.²² Für Dänemark, Finnland und Schweden fehlt allerdings die erforderliche Inkraftsetzung.²³ Für Griechenland wurde das SDÜ am 8.12.1997 in Kraft gesetzt, allerdings mit Ausnahme des Art. 2 (Aufhebung der Binnengrenzkontrollen).²⁴

Das Dubliner Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15. Juni 1990²⁵ (DÜ) wurde hingegen von allen EU-Staaten unterzeichnet und ist mittlerweile in Kraft getreten.²⁶ Es schreibt, neben der Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen, Verfahrensgrundsätze und Mitteilungspflichten der Signatarstaaten untereinander vor. Im sog. Bonner Protokoll²⁷ wurde festgelegt, dass die Bestimmungen des SDÜ, welche die Zuständigkeit zur Behandlung von Asylanträgen betreffen, mit In-Kraft-Treten des DÜ durch dessen Vorschriften ersetzt werden.

Die Verabschiedung eines bereits vollständig ausgearbeiteten Übereinkommens über das Überschreiten der Außengrenzen scheiterte hingegen 1991 am britisch-spanischen Streit über den Status Gibraltars.²⁸

3. *Gründe für die Zusammenarbeit außerhalb des Gemeinschaftsrechts*

Sowohl die intergouvernementale Zusammenarbeit im Rahmen der o. g. Arbeitsgruppen als auch die Kooperation einiger Mitgliedstaaten in den Schengen bzw. aller im Dubliner Übereinkommen dienen dem in Art. 8a EWGV genannten Ziel der Freizügigkeit im Binnenmarkt. Dies ergibt sich ausdrücklich aus der oben zitierten Erklärung zur EEA²⁹ sowie aus den Präambeln zum SDÜ und zum DÜ.

Die Verfolgung eines Ziels der Gemeinschaft mit Instrumenten außerhalb des Gemeinschaftsrechts erscheint auf den ersten Blick paradox, ist jedoch eine Folge der komplizierten rechtlichen und politischen Gemengelage. So nannte

22 Vgl. Nr. 3 des Anhangs zum Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union.

23 Vgl. zum Erfordernis der Inkraftsetzung die gemeinsame Erklärung der Unterzeichnerstaaten zu Art. 139 SDÜ in der Schlussakte zum SDÜ vom 19.6.1990, BGBl. 1993 II, S. 1086.

24 BGBl. 1998 II, S. 2951.

25 BGBl. 1994 II, S. 792.

26 Zuletzt am 1.1.1998 für Finnland, BGBl. 1998 II, S. 62.

27 BGBl. 1995 II, 739.

28 *Pechstein/Koenig* Rn. 342.

29 S. o., II A Fn. 13.

Art. 3 lit. c EWGV die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten als Aufgabe der Gemeinschaft. Zugleich sah Art. 8a EWGV die Errichtung eines Binnenmarktes als Raum ohne Binnengrenzen bis zum 31.12.1992 vor. Dieses Datum brachte jedoch keine automatische rechtliche Wirkung mit sich, wie sich aus einer Erklärung der Regierungskonferenz zur EEA³⁰ ergibt, die gemäß Art. 31 II lit. a WVRK³¹ bei der Auslegung des Art. 8a EWGV zu berücksichtigen war.³² Daher schied eine unmittelbare Wirksamkeit dieser Norm mit der Folge der Rechtswidrigkeit von Binnengrenzkontrollen aus.

Die Zulässigkeit einer vollständigen Abschaffung der Binnengrenzkontrollen durch Sekundärrecht war umstritten. Der Gemeinschaft waren durch die EEA hierzu keine spezifischen Befugnisse übertragen worden. So konnten auf der Basis des speziell zur Verwirklichung des Binnenmarktes geschaffenen Art. 100a EWGV³³ keine Bestimmungen über die Freizügigkeit erlassen werden (Art. 100a II EWGV). Allerdings galt Art. 100a EWGV nur abweichend von Art. 100 zur Verwirklichung des Art. 8a. Hieraus schlossen u. a. das Europäische Parlament und die Kommission,³⁴ dass Richtlinien zur vollständigen Beseitigung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen auf Art. 100 EWGV³⁵ hätten gestützt werden können.³⁶

Diese Auffassung wurde jedoch vor allem vom Vereinigten Königreich bestritten. Dieses war der Ansicht, das Recht auf Freizügigkeit im Binnenmarkt komme nur Angehörigen der Mitgliedstaaten bzw. EWR-Bürgern zu, nicht aber Drittstaatsangehörigen. Daher sollte ein vollständiger Verzicht auf Grenzkontrollen wegen der erforderlichen Unterscheidung dieser Personengruppen nicht möglich sein.³⁷ Unabhängig von der Frage, welcher Meinung der Vorzug zu geben war, folgte aus der ablehnenden Haltung des Vereinigten Königreichs, dass das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 100 EWGV zum Erlass einer

30 Erklärung zu Art. 8a EWGV (Nr. 3 der von der Regierungskonferenz angenommenen Erklärungen zur EEA).

31 BGBl. 1985 II, S. 926.

32 *Epiney*, in: *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, S. 35 Fn. 46.

33 Heute Art. 95 EGV.

34 Vgl. insbesondere die Vorschläge der Kommission für eine Richtlinie zur Beseitigung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen, KOM (95) 347 endg., S. 17 und für eine Richtlinie über die Reisefreiheit Staatsangehöriger von Drittländern innerhalb der Gemeinschaft, KOM (95) 346 endg., S. 21.

35 Heute Art. 94 EGV.

36 *Schieffer*, S. 90 f.; *Bardenhewer/Pipkorn*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 1, Art. 7a Rn. 56.

37 *Schieffer*, S. 90.

Richtlinie zur Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen nicht zu erfüllen war.

Deutlicher war die Rechtslage in Bezug auf den Erlass von Ausgleichsmaßnahmen im Bereich der Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen und der Kriminalitätsbekämpfung (SDÜ und DÜ). Hierfür sah das Gemeinschaftsrecht keine Ermächtigungsgrundlage vor. Vielmehr hatten sich die Mitgliedstaaten die Kompetenz hierzu in zwei bei der Auslegung der EEA zu berücksichtigenden Erklärungen selbst vorbehalten und lediglich eine intergouvernementale Zusammenarbeit vorgesehen.³⁸

B. *Justiz und Inneres im Vertrag von Maastricht*

Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in verschiedenen Arbeitsgruppen ohne festen rechtlichen Rahmen hatte zu einer Zersplitterung der Aktivitäten, zu Doppelarbeit und zu Verzögerungen bei der Umsetzung von Beschlüssen geführt.³⁹ Mit dem Maastrichter Vertrag vom 7. Februar 1992 wurde daher die Kooperation im Innen- und Justizbereich auf eine neue rechtliche Basis gestellt, wovon allerdings die Schengener und das Dubliner Übereinkommen unberührt blieben. Auch eine explizite Ermächtigungsgrundlage zur Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen wurde nicht eingeführt. Die Gemeinschaft erhielt jedoch begrenzte Kompetenzen im Bereich der Visapolitik. Der weitaus größte Teil der Justiz- und Innenpolitik verblieb dagegen in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Ihre Kooperation wurde jedoch in einem einheitlichen, völkerrechtlichen Rahmen unter dem Titel "Bestimmungen über die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres" (Titel VI EUV) erstmals vertraglich festgeschrieben.

1. *Visapolitik im EGV*

Nach Art. 3 lit. d EGV a. F. erstreckte sich die Tätigkeit der Gemeinschaft auf Maßnahmen hinsichtlich der Einreise in den Binnenmarkt und des Personenverkehrs im Binnenmarkt nach Art. 100c EGV a. F. Art. 3 lit. d EGV a. F. nahm damit Bezug auf die Kompetenzen der EG im Bereich der Visapolitik und verdeutlichte zugleich deren enge Verbindung zur Verwirklichung der Freizügigkeit

38 Vgl. die Allgemeine Erklärung zu den Art. 13-19 der EEA (Nr. 6 der von der Konferenz anlässlich der Unterzeichnung angenommenen Erklärungen) und die Politische Erklärung der Regierungen der Mitgliedstaaten zur Freizügigkeit (Nr. 2 der von der Konferenz zur Kenntnis genommenen Erklärungen).

39 Degen, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Bd. 5, Art. K. Rn. 1.

im Binnenmarkt.

Durch Art. 100c EGV a. F. wurden der Gemeinschaft zwei neue Kompetenzen eingeräumt: zum einen bestimmte der Rat - nach Abs. 1 zunächst einstimmig, ab dem 1.1.1996 mit qualifizierter Mehrheit (Abs. 3 S. 1) - eine Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige bei der Einreise in die EU im Besitz eines Visums sein müssen (sog. Negativliste⁴⁰). Nach Ansicht der Kommission wäre der Rat nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift darüber hinaus verpflichtet gewesen, eine abschließende Liste aller visafreien Drittstaaten (sog. Positivliste⁴¹) zu erlassen.⁴² Eine solche wäre von großer Bedeutung für den Wegfall der Grenzkontrollen im Binnenmarkt, da es Drittstaaten gibt, für deren Staatsangehörige einige Mitgliedstaaten Visa verlangen, andere hingegen nicht.⁴³ Solange diese Diskrepanz fortbesteht, sind zwischen Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Visavorschriften Grenzkontrollen erforderlich, um die Einhaltung dieser Regelungen zu überprüfen.⁴⁴ Zu einer gemeinsamen, inhaltlich einheitlichen Visapolitik haben sich jedoch lediglich die Vertragspartner der Schengener Abkommen in Art. 9 I SDÜ verpflichtet. Der Rat hat dagegen nur eine Negativliste verabschiedet,⁴⁵ so dass die Visavorschriften innerhalb der Gemeinschaft insgesamt uneinheitlich geblieben sind.

Nach Art. 100c III 2 EGV a. F. erließ der Rat des Weiteren mit qualifizierter Mehrheit Maßnahmen zur einheitlichen formalen⁴⁶ Gestaltung der Visa.

Gemäß Art. 100c II EGV a. F. konnte er kurzfristig mit qualifizierter Mehrheit einen Visumzwang für Angehörige von Drittstaaten einführen, wenn von dort infolge einer Notlage ein plötzlicher Zustrom von Menschen zu erwarten war. Art. 100c V EGV a. F. stellte klar, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und für den Schutz der inneren Sicherheit unberührt blieb.

Nach Art. 100d EGV a. F. nahm der ansonsten nur im Rahmen der dritten Säule tätige Koordinierungsausschuss (vgl. Art. K.4 I EUV a. F., daher auch

40 *Pechstein/Koenig* Rn. 345.

41 *Pechstein/Koenig* Rn. 345.

42 Begründung der Kommission zum Vorschlag für eine Verordnung der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen, KOM(93) 684 endg., S. 35, 37.

43 Vgl. hierzu die von der Kommission erstellte Übersicht im ABl. 1997 Nr. C 180, S. 18.

44 *Pechstein/Koenig* Rn. 346.

45 Verordnung Nr. 574 vom 12.3.1999 zur Bestimmung der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen, ABl. 1999 Nr. L 72, S. 2.

46 *Pechstein/Koenig* Rn. 348.

"K.4-Ausschuss"⁴⁷⁾ an den vorbereitenden Arbeiten des Rates im Rahmen des Art. 100c EGV a. F. teil. Das Europäische Parlament hatte lediglich ein Anhörungsrecht, die Kommission übte das Vorschlagsmonopol aus (Art. 100c I, III EGV a. F.). Nach Art. 100c IV EGV a. F. war Letztere jedoch zur Prüfung von Anträgen einzelner Mitgliedstaaten verpflichtet, in denen sie ersucht wurde, dem Rat einen Vorschlag zu unterbreiten. Ein derartiges einzelstaatliches Antragsrecht war dem EGV ansonsten fremd. Nach Art. 152 EGV a. F.⁴⁸ konnte nur der Rat, nicht aber ein Mitgliedstaat, die Kommission auffordern, tätig zu werden bzw. ihm Vorschläge zu unterbreiten.

2. *Die dritte Säule*

Mit der in den Art. K.-K.9 EUV a. F. geregelten ZBJI, die als sog. "dritte Säule" neben den drei Gemeinschaften (EGKS, EAG und EG) und der GASP gemäß Art. A III EUV a. F. eine der Grundlagen der Union darstellte, wurde für die intergouvernementale Kooperation der Mitgliedstaaten ein eigener vertraglicher Rahmen geschaffen. In diesen waren - wenngleich mit deutlich geringeren Befugnissen als im Rahmen der ersten Säule - auch die Gemeinschaftsorgane einbezogen. Der Begriff der "Zusammenarbeit" und die bewusste Vermeidung der supranationalen Gemeinschaftsrechtsordnung machten deutlich, dass die Mitgliedstaaten die aus Sicht ihrer nationalen Souveränität besonders sensiblen Felder der Justiz- und Innenpolitik⁴⁹ in ihrer eigenen, ausschließlichen Zuständigkeit behalten wollten.⁵⁰ Die EU war lediglich der völkerrechtliche Rahmen, in dem diese Zusammenarbeit stattfand.

a) *Gegenstände der ZBJI*

Art. K.1 EUV a. F. zählte neun Materien auf, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der dritten Säule behandelten. Diese ließen sich in drei Politikfelder gruppieren:⁵¹ die Zugangspolitiken (Nr. 1, 2 und 3: Asylpolitik, Außengrenzkontrolle, Einwanderungs- und Einreisepolitik), die Verhütung und Bekämpfung schwerer krimineller Bedrohungen (Nr. 4, 5 und 9: Bekämpfung der Drogenabhängigkeit, von Betrügereien im internationalen Maßstab sowie internationaler Schwerekriminalität) und die Politiken allgemeiner Zusammenarbeit (Nr. 6, 7 und 8: justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen, Zusammenarbeit im Zollwesen).

47 *Pechstein/Koenig* Rn. 367.

48 Heute Art. 208 EGV.

49 *Di Fabio*, DÖV 1997, 89.

50 Vgl. *Di Fabio*, DÖV 1997, 89, 91; *Müller-Graff*, *integration* 1997, 271, 272.

51 Vgl. *Müller-Graff*, *integration* 1997, 271 f.

Art. K.1 EUV a. F. wies ausdrücklich darauf hin, dass die Zusammenarbeit in diesen Bereichen insbesondere der Verwirklichung der Freizügigkeit diene.

Nach Art. K.7 EUV a. F. konnten mehrere Mitgliedstaaten in den von Art. K.1 EUV a. F. genannten Bereichen enger zusammenarbeiten, soweit dies nicht der ZBJI zuwiderlief bzw. sie nicht behinderte. Damit wurde vor allem die Unbedenklichkeit der Schengener Übereinkommen⁵² sowie des DÜ aus unionsrechtlicher Sicht klargestellt.

Nach Art. K.9 EUV a. F. konnte der Rat auf Vorschlag der Kommission oder eines Mitgliedstaats beschließen, dass Art. 100c EGV a. F. auf eine oder mehrere der in Art. K.1 Nr. 1-6 EUV a. F. genannten Angelegenheiten anwendbar war, und dabei das entsprechende Abstimmungsverfahren festlegen. Dieser Vergemeinschaftungsbeschluss hätte einer Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedurft, was einer Vertragsrevision nahe gekommen wäre.⁵³ Art. K.9 EUV a. F. wurde allerdings nie angewandt.⁵⁴

b) *Institutioneller Rahmen*

Nach Art. D. EUV a. F.⁵⁵ nahm der Europäische Rat, bestehend aus den Staats- und Regierungschefs sowie dem Kommissionspräsidenten, eine politische Führungsrolle⁵⁶ ein, indem er der Union, also auch der ZBJI, Impulse und Zielvorstellungen gab. Gemäß Art. E. EUV a. F.⁵⁷ wurden im Rahmen der intergouvernementalen Zusammenarbeit nach dem Unionsvertrag (d. h. der ZBJI und der ebenfalls zwischenstaatlich und nicht supranational geregelten GASP) auch die Gemeinschaftsorgane Parlament, Rat, Kommission und Gerichtshof tätig. Der Rechnungshof als fünftes in Art. 4 I EGV a. F.⁵⁸ genanntes Organ hatte hingegen keine Befugnisse in der dritten Säule. Gleiches galt für die "Nebenorgane"⁵⁹ der Gemeinschaft, den Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie den Ausschuss der Regionen (Art. 4 II EGV a. F.).

Die wichtigste Rolle in der dritten Säule kam dem Rat zu, der die in Art. K.3 II EUV a. F. aufgezählten Rechtsakte erließ bzw. (im Fall von Übereinkommen) ausarbeitete. Unterstützung erfuhr er durch den Koordinationsaus-

52 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. K.7 Rn. 5.

53 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1904.

54 *Pechstein/Koenig* Rn. 370.

55 Heute Art. 4 EUV.

56 *Pechstein/Koenig* Rn. 170.

57 Heute Art. 5 EUV.

58 Heute Art. 7 I EGV.

59 *Streinz* Rn. 337 ff.

schuss⁶⁰ (Art. K.4 I EUV a. F.).

Die Kommission wurde nach Art. K.4 II EUV a. F. in vollem Umfang an der ZBJI beteiligt. Hierunter war zu verstehen, dass sie in keiner der in Art. K.1 EUV a. F. genannten Angelegenheiten von der Mitwirkung ausgeschlossen war, wie zuvor z. B. bei der Terrorismusbekämpfung.⁶¹ Zugleich übte sie gemäß Art. K.3 II 2. Spstr. EUV a. F. neben den Mitgliedstaaten ein Vorschlagsrecht für Rechtsakte des Rates nach Art. K.1 Nr. 1-6 EUV a. F. aus. Die in Nr. 7-9 aufgezählten Angelegenheiten wurden aus Sicht der nationalen Souveränität als derart sensibel angesehen,⁶² dass diesbezüglich nur die Mitgliedstaaten ein Initiativrecht genossen.

Die Beteiligungsbefugnisse des Parlaments waren sehr beschränkt. So wurde es nach Art. K.6 EUV a. F. lediglich regelmäßig über die im Rahmen der ZBJI durchgeführten Arbeiten unterrichtet und zu deren wichtigsten Aspekten angehört. Darüber hinaus durfte es Anfragen und Empfehlungen an den Rat richten und einmal jährlich über die Fortschritte der dritten Säule debattieren. Die parlamentarischen Kontrollrechte der Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, der Befassung mit Petitionen sowie der Entgegennahme von Beschwerden an den Bürgerbeauftragten, wie sie für den Bereich des Gemeinschaftsrechts in den Art. 138c bis 138e EGV a. F.⁶³ vorgesehen waren, kamen mangels Erwähnung in Art. K.8 I EUV a. F. nicht zur Anwendung. Die schwache Position des Parlaments wurde jedoch z. T. durch seine stärkere Stellung im Haushaltsverfahren kompensiert.⁶⁴

Der EuGH hatte nach Art. L. EUV a. F. in der dritten Säule fast keinerlei Jurisdiktionsbefugnisse. Lediglich die Auslegung der im Rahmen der ZBJI erarbeiteten völkerrechtlichen Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten konnte ihm gemäß Art. K.3 II lit. c Uabs. 3 i. V. m. Art. L. lit. b EUV a. F. anvertraut werden. Allerdings sah sich der Gerichtshof als zuständig an, Rechtsakte des Rates für nichtig zu erklären, die auf die dritte Säule gestützt waren, obwohl sie auf einer Ermächtigungsgrundlage des EGV hätten beruhen müssen.⁶⁵

c) *Rechtliche Instrumente*

Art. K.3 II EUV a. F. sah fünf Handlungsformen des Rates in der dritten Säule

60 Vgl. auch oben, II B 1.

61 Degen, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Bd. 5, Art. K.4 Rn. 10.

62 Degen, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Bd. 5, Art. K.3, Rn. 17.

63 Heute Art. 193 bis 195 EGV.

64 Vgl. Pechstein/Koenig Rn. 191, 413.

65 EuGH, Rs. C-170/96, Slg. 1998 I, 2763, 2787 f. Rn. 15 f.

vor, die nur z. T. vom AV abgeschafft wurden: Nach Art. K.3 II lit. a EUV a. F.⁶⁶ konnte er gemeinsame Standpunkte erlassen. Hierbei handelte es sich um Stellungnahmen, die lediglich politisch, nicht aber rechtlich verbindlich waren.⁶⁷ Gemeinsame Maßnahmen i. S. d. Art. K.3 II lit. b 1. Hs. EUV a. F. waren dagegen i. d. R. rechtlich verbindlich,⁶⁸ wobei sich die genaue Reichweite der Bindungswirkung aus dem jeweiligen Beschluss ergab.⁶⁹ Art. K.3 II lit. b 2. Hs. EUV a. F. sah Maßnahmen zur Durchführung gemeinsamer Maßnahmen vor. Diese legten Einzelheiten zur Umsetzung der gemeinsamen Maßnahme durch die nationalen Behörden fest.⁷⁰ Nach Art. K.3 II lit. c Uabs. 1 EUV a. F.⁷¹ konnte der Rat völkerrechtliche Übereinkommen ausarbeiten, die der Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten bedurften. Hierauf wurde zurückgegriffen, wenn die Verfassung allein eines Mitgliedstaats für die geplante Regelung eine parlamentarische Genehmigung vorsah.⁷² Maßnahmen zur Durchführung von Übereinkommen gemäß Art. K.3 II lit. c Uabs. 2 EUV a. F.⁷³ konnte der Rat hingegen selbst beschließen.

Neben diesen ausdrücklich bezeichneten Instrumenten konnte der Rat nach Art. K.3 II lit. a 2. Hs. EUV a. F.⁷⁴ in geeigneter Form und nach geeigneten Verfahren jede Art der Zusammenarbeit fördern, die den Zielen der Union diene. Hieraus ergab sich, dass er auch andere Äußerungsformen in Form von sog. ungekennzeichneten Rechtshandlungen wählen durfte,⁷⁵ die z. B. als Beschlüsse, Entschließungen, Empfehlungen, Stellungnahmen und Schlussfolgerungen ergingen.⁷⁶

Nach Art. K.4 III EUV a. F. beschloss der Rat grundsätzlich einstimmig. Ausnahmen bestanden lediglich für Verfahrensfragen (hier reichte eine einfache Mehrheit aus⁷⁷) sowie in den in Art. K.3 II lit. b bzw. lit. c Uabs. 2 EUV a. F. genannten Bereichen.

66 Heute Art. 34 II lit. a EUV.

67 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1892; *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. K.3 Rn. 4.

68 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1893.

69 *Pechstein/Koenig* Rn. 242; *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. K.3 Rn. 7.

70 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. K.3 Rn. 9.

71 Heute Art. 34 II lit. d EUV.

72 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1894.

73 Heute Art. 34 II a. E. EUV.

74 Ähnlich heute Art. 34 II 1 EUV.

75 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. K.3 Rn. 3.

76 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1891.

77 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. K.4 Rn. 12.

3. *Defizite der alten Rechtsordnung*

Die alte dritte Säule wies strukturelle Defizite auf, die sich negativ auf die Bilanz der ZBJI auswirkten und bei der Regierungskonferenz zur Revision des Maastrichter Vertrages eine wichtige Rolle spielten.⁷⁸ So fehlte es zunächst an verbindlichen Zeitvorgaben, die einen Handlungsdruck auf die Mitgliedstaaten erzeugten.⁷⁹ Darüber hinaus fand keine klare Abgrenzung zwischen den Zuständigkeiten der Gemeinschaft in der ersten und der Mitgliedstaaten in der dritten Säule statt.⁸⁰ Die daraus folgenden Überschneidungen führten trotz Art. M. EUV a. F.⁸¹ zu Streitigkeiten um die korrekte Rechtsgrundlage⁸² und zu mangelnder Transparenz.⁸³ Beispiele hierfür waren die Zugangspolitik im Visabereich (Art. K.1 Nr. 2 EUV a. F./Art. 100c EGV a. F.), die Drogenpolitik (Art. K.1 Nr. 4 EUV a. F./Art. 129 EGV a. F.), die Betrugsbekämpfung (Art. K.1 Nr. 5 EUV a. F./Art. 209a EGV a. F.), die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. K.1 Nr. 6 EUV a. F./Art. 220 EGV a. F.) sowie das Zollwesen (Art. K.1 Nr. 8 EUV a. F./Art. 27, 28 EGV a. F.).⁸⁴ Weiterhin behinderte das Einstimmigkeitsprinzip Beschlussfassungen bzw. führte zum Ausweichen auf nicht verbindliche Beschlüsse.⁸⁵ Die schwerfällige Ratifikationsprozedur völkerrechtlicher Übereinkommen verzögerte darüber hinaus deren In-Kraft-Treten erheblich. Schließlich mangelte es der ZBJI wegen der geringen Befugnisse des Parlaments an demokratischer und wegen der weitgehend fehlenden Kompetenzen des EuGH an rechtsstaatlicher Substanz.

Abgesehen von diesen Unzulänglichkeiten der dritten Säule, stellte zudem aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht der mit den Schengener Übereinkommen verbundene Widerspruch zwischen der Existenz eines gemeinschaftlichen Ziels (Abschaffung der Binnengrenzen) auf der einen Seite und seiner Verwirklichung durch einen völkerrechtlichen Vertrag, an dem nicht alle Mitgliedstaaten beteiligt waren, auf der anderen Seite eine äußerst unbefriedigende Situation dar. Schließlich fehlte es an einer tauglichen Rechtsgrundlage zur Verwirklichung des über zwölf Jahre alten Ziels der Abschaffung der Binnengrenzen.

78 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. Art. K.- K.9 Rn. 17.

79 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. zu Art. K.- K.9 Rn. 17.

80 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. zu Art. K.- K.9 Rn. 17; *Schweitzer/Hummer* Rn. 1923.

81 Heute Art. 47 EUV.

82 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1923; *Hagenau-Moizard*, RMCUE 1998, 240, 243.

83 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. zu Art. K.- K.9 Rn. 17.

84 *Müller-Graff*, *integration* 1997, 271, 273.

85 *Schweitzer/Hummer* Rn. 1922.

III. Die grundlegende Neuordnung der Bereiche Justiz und Inneres sowie des Rechts zur Abschaffung der Binnengrenzkontrollen

Die erforderliche Reform wurde durch das zweite Kapitel des ersten Abschnitts des AV in Angriff genommen, das den "Schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts"⁸⁶ vorschreibt. Nach dem Binnenmarkt der EEA und der Wirtschafts- und Währungsunion des Maastrichter Vertrages führt der AV damit ein neues Schlagwort in die europarechtliche Terminologie ein.⁸⁷ Gemäß Art. 2 4. Spstr. EUV stellt die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein Ziel derselben dar. In Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf Kontrollen an den Außengrenzen, Einwanderung, Asylrecht sowie Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität soll darin der freie Personenverkehr gewährleistet sein.⁸⁸ Hierdurch wird die weiterhin bestehende Verknüpfung des Abbaus der Personenkontrollen an den Binnengrenzen mit den Ausgleichsmaßnahmen deutlich, die nun auf der Rechtsgrundlage des neuen Titels IV EGV sowie der reformierten dritten Säule erlassen werden.

Letztere konzentriert sich ausschließlich auf die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (Art. 29 I EUV). Hierzu werden u. a. die Befugnisse von Europol ausgebaut (Art. 30 II EUV) und die Handlungsfähigkeit des Rates durch die Einführung neuer und effektiverer Rechtsinstrumente (Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse, Art. 34 II lit. b und c EUV) verbessert. Weiterhin erstreckt sich die Zuständigkeit des EuGH nach Art. 35 EUV nun auch auf die dritte Säule. Für Vorabentscheidungsverfahren gilt dies jedoch nur, sofern der jeweils betroffene Staat diese Zuständigkeit anerkannt hat (Art. 35 II EUV).

Neben der reformierten dritten Säule stellt der neue Titel IV EGV, der im Folgenden ausführlich dargestellt wird, die Konsequenz aus den Defiziten der alten Rechtsordnung dar. Er enthält eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zur Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen und vergemeinschaftet wesentliche Bereiche der alten dritten Säule.

86 Zur Auslegung dieser Begriffe vgl. den 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 Nr. C 19, S. 1.

87 *Piepensneider*, S. 8.

88 Der Begriff des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts hat zudem Eingang in den zwölften Absatz der Präambel des EUV gefunden.

Des Weiteren werden die Schengener Abkommen nach Maßgabe des Protokolls (Nr. 2) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union in das Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht integriert. Das Protokoll findet jedoch grundsätzlich keine Anwendung auf Irland und das Vereinigte Königreich (Art. 4 SchProt). In Bezug auf Dänemark gilt die Besonderheit, dass der Schengen-Besitzstand und seine Weiterentwicklung für diesen Mitgliedstaat lediglich zu völker-, nicht aber zu gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen führt (Art. 3 SchProt und Art. 5 des Protokolls über die Position Dänemarks).

Schließlich wurden einige Materien der dritten Säule in einem anderen Zusammenhang als Titel IV EGV vergemeinschaftet: Die Zusammenarbeit im Zollwesen findet sich jetzt in Art. 135 EGV (vorher Art. K.1 Nr. 8 EUV a. F.), die Drogenpolitik nur noch in Art. 152 I Uabs. 3 EGV (vorher Art. K.1 Nr. 4 EUV a. F. und Art. 129 I Uabs. 2 EGV a. F.) und die Bekämpfung von Betrug im internationalen Maßstab in Art. 280 EGV (vorher Art. K.1 Nr. 5 EUV a. F.).

IV. Der neue Titel IV EGV

A. Überblick

Nach Art. 3 I lit. d EGV erstreckt sich die Tätigkeit der Gemeinschaft seit Inkraft-Treten des AV auf Maßnahmen hinsichtlich der Einreise und des Personenverkehrs nach Titel IV. Dieser regelt ausweislich seiner Überschrift in den Art. 61-69 EGV die Bereiche "Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr". Nach dem Amsterdamer Gipfeltreffen im Juni 1997 sollte die Überschrift eigentlich "Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung" lauten.⁸⁹ Um den Inhalt des neuen Titels genauer zu beschreiben, wurde diese Version jedoch vor der endgültigen Vertragsunterschrift im Oktober 1997 durch die oben dargestellte Fassung ersetzt.

Art. 61 EGV stellt Titel IV EGV ein Gesamtprogramm⁹⁰ der Maßnahmen voran, die der Rat neben den Rechtsakten im Rahmen der dritten Säule zum schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erlassen soll. Diese bestehen nach lit. a zunächst in der Realisierung des Ziels des freien Personenverkehrs nach Art. 14 EGV und werden von unmittelbar damit zusammenhängenden Rechtsakten in den Bereichen Außengrenzkontrol-

89 EU-Nachrichten, Dokumentation Nr. 3 vom 9.7.1997, S. 6.

90 *Pechstein/Koenig* Rn. 373.

len, Asyl, Einwanderung sowie Kriminalitätsbekämpfung und -verhütung flankiert. Diese Begleitmaßnahmen⁹¹ werden genau aufgezählt und beziehen sich auf Teile der folgenden zwei Artikel des Titels IV EGV, aber auch auf Art. 31 lit. e EUV, der auf intergouvernementaler Ebene die Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in bestimmten Bereichen der Schwerekriminalität vorsieht. Auf diese Weise betont Art. 61 lit. a EGV die Verbindung zur dritten Säule und die Bedeutung eines konzertierten gemeinschaftsrechtlichen und intergouvernementalen Vorgehens. Die in Art. 61 lit. a EGV vorgesehenen Rechtsakte sollen innerhalb von fünf Jahren nach In-Kraft-Treten des Vertrags erlassen werden. Wird diese Frist nicht eingehalten, kommt die Erhebung einer Untätigkeitsklage nach Art. 232 EGV⁹² in Betracht.

In Art. 61 lit. b-d EGV wird auf die Art. 63, 65 und 66 EGV verwiesen, in lit. e allgemein auf die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen, d. h. die neue dritte Säule. Durch lit. e wird keineswegs eine Gemeinschaftszuständigkeit begründet; vielmehr betont dieser Buchstabe erneut das konzertierte Vorgehen von erster und dritter Säule.

Am 3.12.1998 haben der Rat und die Kommission einen detaillierten Aktionsplan⁹³ verabschiedet, aus dem - z. T. über die in Titel IV EGV zu findenden Zeitvorgaben hinaus - eine Reihe von Maßnahmen hervorgehen, die vorrangig ergriffen werden sollen. Hierbei wird zwischen zwei Kategorien von prioritären Maßnahmen unterschieden (Nr. 31 des Aktionsplans): Aktionen und Maßnahmen, die binnen zwei Jahren nach In-Kraft-Treten des AV erlassen und umgesetzt werden und solche, die binnen fünf Jahren erlassen oder umgesetzt sein oder sich zumindest im Ausarbeitungsstadium befinden müssen.

Da die Mitgliedstaaten nicht unabhängig vom konkreten Tätigwerden der Gemeinschaft ihre Handlungsbefugnisse verlieren wollen, stellen die Art. 61 ff. EGV konkurrierende Gemeinschaftskompetenzen dar.⁹⁴ Die Mitgliedstaaten sind folglich soweit und solange zuständig, wie die EG keine Rechtsakte erlassen hat, die die betreffende Materie abschließend regeln.⁹⁵ Aus der Eigenschaft der Art. 61 ff. EGV als konkurrierende Kompetenzen folgt, dass gemäß

91 Die französische Fassung verwendet hier den Begriff «mesures d'accompagnement».

92 Art. 175 EGV a. F.

93 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 Nr. C 19, S. 1.

94 *Pechstein/Koenig* Rn. 372; *Labayle*, RTDE 1997, 813, 846; *Karpenstein*, DVBl. 1998, 942, 944.

95 *Streinz* Rn. 132.

Art. 5 II EGV⁹⁶ bei der Rechtssetzung das Subsidiaritätsprinzip beachtet werden muss. Nach Nr. 6 S. 3 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Protokoll Nr. 7) ist der Rat daher grundsätzlich gehalten, eine Richtlinie einer Verordnung vorzuziehen.

Nach Art. 67 EGV erfolgt die Beschlussfassung im Rat zumindest während eines fünfjährigen Übergangszeitraums in den meisten Bereichen des Titels IV EGV einstimmig. Gemäß Art. 68 EGV unterliegt der neue Titel zwar der Auslegungshoheit des EuGH; hierbei sind jedoch einige Einschränkungen und Besonderheiten zu beachten, die vom bislang bekannten Rechtsschutzsystem erheblich abweichen.

Die Schaffung des neuen Titels war nur um den Preis eines Ausscherens (*opt-out*⁹⁷) des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks möglich. Daher verweist Art. 69 EGV auf drei Protokolle, die die Situation dieser Mitgliedstaaten regeln. Hiernach gilt zunächst das Ziel der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen nach Art. 14 EGV nicht für das Vereinigte Königreich und Irland.⁹⁸ Des Weiteren sind diese beiden Mitgliedstaaten auf eigenen Wunsch grundsätzlich von Maßnahmen nach Titel IV EGV ausgeschlossen, haben jedoch die Möglichkeit, sich ausnahmsweise daran zu beteiligen (*opt-in*⁹⁹).¹⁰⁰ Dänemark nimmt dagegen keinesfalls an Maßnahmen nach Titel IV EGV teil. Eine Ausnahme stellen lediglich die Bereiche dar, die bereits durch den Vertrag von Maastricht in Art. 100c EGV a. F. vergemeinschaftet worden waren, sowie die Ergänzungen des Schengen-*acquis* auf der Basis des Titels IV EGV. An Letzteren kann sich Dänemark nachträglich beteiligen, was jedoch lediglich zu einer völkerrechtlichen Verpflichtung zwischen Dänemark und den übrigen Mitgliedstaaten, die sich an dieser Maßnahme beteiligen, führt (Art. 5 I des Protokolls über die Position Dänemarks).

96 Art. 3b II EGV a. F.

97 *Monar*, ELR 1998, 320, 322.

98 Protokoll (Nr. 3) über die Anwendung bestimmter Aspekte des Art. 14 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf das Vereinigte Königreich und Irland.

99 *Degen*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Vorb. zu Art. K.-K.9 Rn. 18.

100 Protokoll (Nr. 4) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands.

B. *Gemeinschaftskompetenzen*

1. *Wegfall der Binnengrenzen, Kontrolle der Außengrenzen und kurzfristige Aufenthalte Drittstaatsangehöriger (Art. 62 EGV und Protokolle Nr. 3 und 8)*

Art. 62 EGV sieht innerhalb von fünf Jahren nach In-Kraft-Treten des AV¹⁰¹ den Erlass folgender Maßnahmen vor:

a) *Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen (Art. 62 Nr. 1 EGV und Protokoll Nr. 3)*

Nach Art. 62 Nr. 1 EGV erlässt der Rat Maßnahmen, die nach Art. 14 sicherstellen sollen, dass Unionsbürger und Drittstaatsangehörige beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht mehr kontrolliert werden. Damit wird erstmals eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Beseitigung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen geschaffen. Bemerkenswert ist zudem, dass sich die Freizügigkeit auch auf Drittstaatsangehörige erstreckt, so dass Kontrollen an den Binnengrenzen künftig nicht mehr mit dem Argument gerechtfertigt werden können, diesen Personenkreis von Unions- bzw. EWR-Bürgern unterscheiden zu müssen.¹⁰²

Nach Art. 1 des Protokolls (Nr. 3) über die Anwendung bestimmter Aspekte des Art. 14 EGV auf das Vereinigte Königreich und auf Irland darf jedoch das Vereinigte Königreich auch künftig an seinen Grenzen Personenkontrollen durchführen. Gemäß Art. 2 des Protokolls gilt dieses Recht auch für Irland, solange zwischen beiden Ländern ein einheitliches Reisegebiet (*common travel area*) besteht, in dem Freizügigkeit herrscht. Irland hat zwar in einer einseitigen Erklärung (Erklärung Nr. 4) seinen Wunsch nach Beibehaltung dieses Reisegebiets betont; indes deutet die besondere Erwähnung der irischen Position in Art. 2 des Protokolls an, dass dieser Mitgliedstaat grundsätzlich bereit wäre, an Maßnahmen zur Abschaffung der Binnengrenzkontrollen teilzunehmen,¹⁰³ was aber wegen seiner Abhängigkeit zum Vereinigten Königreich nicht möglich ist.¹⁰⁴ Diese resultiert daraus, dass die bereits seit den zwanziger Jahren beste-

101 Beachte aber auch die gesonderten Prioritätsstufen des Aktionsplans des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des AV über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 1999 Nr. C 19, S. 1.

102 S. o., II A 3.

103 Agence Europe Nr. 6997 vom 18.6.1997, S. 4.

104 *Manin*, CJEL 1998, 1, 8 Fn. 30.

hende¹⁰⁵ *common travel area* beide Länder zu weitgehend einheitlichen Positionen in Bezug auf die Öffnung ihrer Grenzen zwingt.¹⁰⁶

Die anderen Mitgliedstaaten dürfen gemäß Art. 3 des Protokolls aus dem Vereinigten Königreich und Irland einreisende Personen kontrollieren. Eine Befugnis zur Kontrolle der in diese Mitgliedstaaten ausreisenden Personen ist hingegen nicht vorgesehen.

Art. 62 lit. a EGV und das Protokoll über die Anwendung des Art. 14 EGV beenden den Streit um die Zulässigkeit der Abschaffung der Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten. Der neue Rechtsrahmen hat zudem zur Folge, dass Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts auf diesem Gebiet nicht mehr vom Vereinigten Königreich behindert werden;¹⁰⁷ andererseits ist jedoch zu bedauern, dass das mit Art. 14 EGV verfolgte Ziel der Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen in der gesamten Union wenigstens auf absehbare Zeit aufgegeben wird. Hierin liegt ein - wenn auch aus Gründen der Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechts wohl unvermeidbarer - Rückschritt aus der Sicht des Binnenmarktkonzepts.¹⁰⁸

b) *Überschreiten der Außengrenzen (Art. 62 Nr. 2 EGV und Protokoll Nr. 8)*

(1) Begriff der Außengrenzen

Nach Art. 62 Nr. 2 EGV (der Art. K.1 Nr. 2 EUV a. F. vergemeinschaftet) beschließt der Rat Maßnahmen bezüglich des Überschreitens der Außengrenzen der Mitgliedstaaten. Gemeint sind damit zunächst die Grenzen zu Drittländern. Fraglich ist jedoch, ob nach dem Sinn und Zweck der Norm auch die Grenzen Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs zu den übrigen Mitgliedstaaten als Außengrenzen anzusehen sind. Dies könnte wegen der Sonderrollen der drei genannten Länder, die grundsätzlich nicht an Maßnahmen nach Titel IV EGV teilnehmen, der Fall sein.¹⁰⁹

Allerdings ist zwischen Dänemark auf der einen und Irland sowie dem Vereinigten Königreich auf der anderen Seite zu differenzieren: Die Grenzen zu den

105 *Taschner*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Kommentar zu den Schengener Übereinkommen (S. 1327 ff.) Rn. 3.

106 *Ehlermann*, EuR 1997, 362, 381 bezeichnet Irland im Hinblick auf die Personenverkehrsfreiheit daher als "Gefangenen" britischer Positionen.

107 Vgl. *Labayle*, RTDE 1997, 813, 841.

108 Vgl. *Dehousse*, CDE 1997, 265, 267.

109 In diesem Sinne *Pechstein/Koenig* Rn. 375; *Streinz*, EuZW 1998, 137, 141.

beiden letztgenannten Ländern sind aus Sicht der übrigen Mitgliedstaaten als Außengrenzen i. S. d. Art. 62 Nr. 2 EGV anzusehen, da nach Art. 2 des Protokolls Nr. 3 Personen kontrolliert werden dürfen, die aus Irland und dem Vereinigten Königreich einreisen. Außerdem beteiligen sich diese beiden Länder nicht an einer gemeinsamen Einreise- und Visapolitik, die in einem Raum ohne Binnengrenzen unerlässlich ist. Daher muss es den übrigen Mitgliedstaaten möglich sein, auf der Basis des Art. 62 Nr. 2 EGV einheitliche Standards zur Ausübung der Kontrollen von Personen zu beschließen, die aus Irland und dem Vereinigten Königreich einreisen.

Anders ist dagegen die Situation Dänemarks zu beurteilen: Zwar nimmt dieser Mitgliedstaat ebenfalls nicht an Maßnahmen nach Titel IV EGV teil, hat jedoch sowohl das Dubliner als auch die Schengener Übereinkommen unterzeichnet, die die Fundamente einer gemeinsamen Einreise- und Visapolitik darstellen. Zudem will sich Dänemark an der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands und damit an der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen beteiligen (Art. 5 des Protokolls über die Position Dänemarks). Daher können die Grenzen zu Dänemark - anders als die zu Irland und dem Vereinigten Königreich - nicht als Außengrenzen i. S. d. Art. 62 Nr. 2 EGV angesehen werden.

(2) Personenkontrollen an den Außengrenzen (Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV und Protokoll Nr. 8)

Die Maßnahmen bezüglich des Überschreitens der Außengrenzen umfassen nach Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV zunächst den Erlass von Normen und Verfahren, die bei Personenkontrollen einzuhalten sind. Diese Vorschrift stellt die Vergemeinschaftung des Art. K.1 Nr. 2 EUV a. F. dar. Die genannten Normen und Verfahren könnten sich nach einem Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 1993 richten, der an das wegen britisch-spanischer Differenzen gescheiterte Außengrenzabkommen¹¹⁰ anknüpft.¹¹¹ Denkbar ist, dass eine dem Inhalt des Übereinkommens zumindest weitgehend entsprechende Richtlinie oder Verordnung erlassen wird.¹¹²

Im Zusammenhang mit Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV ist das Protokoll (Nr. 8) über die Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Überschreitens der Außengrenzen zu beachten. Hierin halten die Mitgliedstaaten fest, dass ihre Befugnis zum Abschluss von Abkommen mit Drittländern über die Kontrolle ihrer Außengrenzen unberührt bleibt, sofern derartige völkerrechtliche Verträge mit dem Gemeinschaftsrecht und anderen internationalen Übereinkünften in Ein-

110 S. o., II A 2.

111 KOM (93) 684 endg.

112 Vgl. auch *Labayle*, RTDE 1997, 813, 848 f.; *den Boer*, MJ 1997, 310, 311.

klang stehen. Ziel dieses Protokolls ist es, die sich aus dem sog. AETR-Urteil¹¹³ des EuGH ergebenden Konsequenzen abzuwenden.¹¹⁴ Nach dieser Rechtsprechung hat die Gemeinschaft nicht nur in den Bereichen die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge, in denen ihr diese ausdrücklich zugewiesen wurde, sondern auch dort, wo sie im Rahmen ihrer Befugnisse zur internen Rechtssetzung eine Materie abschließend geregelt hat.¹¹⁵ In einem solchen Fall entsteht eine entsprechende ausschließliche Außenzuständigkeit; vor einer abschließenden internen Regelung durch die Gemeinschaft besteht eine konkurrierende Abschlussbefugnis.¹¹⁶ Das Protokoll Nr. 8 hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten ihre Vertragsabschlussbefugnis künftig selbst dann behalten, wenn die Gemeinschaft abschließend nach Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV tätig geworden sein sollte. Dieses besondere Recht der Mitgliedstaaten könnte zwar zu unterschiedlichen Sicherheitsstandards an den Außengrenzen führen;¹¹⁷ da die Übereinkommen mit benachbarten Ländern jedoch mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen müssen, darf zumindest der Sicherheitsstandard der nach Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV erlassenen Vorschriften nicht unterschritten werden.

(3) Erteilung kurzfristiger Visa (Art. 62 Nr. 2 lit. b EGV)

Als weitere Maßnahmen bezüglich des Überschreitens der Außengrenzen erlässt der Rat gemäß Art. 62 Nr. 2 lit. b EGV Vorschriften über Visa von höchstens drei Monaten Gültigkeit. Hierzu erstellt er gemäß Ziff. i eine Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige der Visumpflicht unterliegen (Negativliste), sowie der Drittländer, deren Staatsangehörige davon befreit sind (Positivliste). Damit wird die Zuständigkeit der Gemeinschaft im Vergleich zu Art. 100c EGV a. F., der - zumindest von seinem Wortlaut her¹¹⁸ - nur eine Negativliste vorsah, zu einer umfassenden Regelungskompetenz auf dem Gebiet der Visapolitik für Aufenthalte von bis zu drei Monaten erweitert.¹¹⁹ Allerdings enthielt Art. 100c EGV a. F., anders als Art. 62 Nr. 2 lit. b EGV, keine Beschränkung auf Visa von kurzer Dauer. Daher ist Art. 62 Nr. 2 lit. b EGV als Rückschritt aus Sicht des *acquis communautaire* anzusehen, wobei allerdings hinzugefügt werden muss, dass sich der Rat in der auf Art. 100c I EGV a. F. gestützten Verordnung Nr. 574/99 zur Bestimmung der Drittländer, deren Staatsangehörige

113 EuGH - AETR, 22/70, Slg. 1971, 263.

114 Pechstein/Koenig Rn. 375; Labayle, RTDE 1997, 813, 846.

115 EuGH - AETR, 22/70, Slg. 1971, 263, 274 f. Rn. 15/19.

116 EuGH - GATS und TRIPs, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I, S. 5267, 5411 Rn. 77.

117 Den Boer, MJ 1997, 310, 311.

118 Zum Streit um die Auslegung dieser Norm s. o., II B 1.

119 Pechstein/Koenig Rn. 376.

beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen,¹²⁰ auch nur auf eine Regelung für Aufenthalte von maximal drei Monaten Dauer einigen konnte (Art. 5 der Verordnung).

Nach Art. 62 Nr. 2 lit. b Ziff. iii EGV erlässt der Rat Vorschriften zur einheitlichen Visumgestaltung, was bislang schon in Art. 100c III 2 EGV a. F. vorgesehen war. Neu ist hingegen die Kompetenz der Gemeinschaft, nach Ziff. iv Vorschriften für ein einheitliches Visum zu erlassen. Diese Norm hat Art. 10 I SDÜ zum Vorbild, wonach ein bis zu drei Monate in allen Mitgliedstaaten gültiger, einheitlicher Sichtvermerk (sog. Visamarke¹²¹) verwendet wird.

Schließlich regelt der Rat gemäß Ziff. ii Verfahren und Voraussetzungen für die Visumerteilung durch die Mitgliedstaaten. Damit wird Art. K.1 Nr. 3 lit. a 1. Fall EUV a. F. vergemeinschaftet.

Nach der Erklärung Nr. 16 der Regierungskonferenz dürfen bei der Anwendung des Art. 62 Nr. 2 lit. b EGV auch außenpolitische Überlegungen berücksichtigt werden.

c) *Reisefreiheit für Drittstaatsangehörige mit kurzfristigen Visa (Art. 62 Nr. 3 EGV)*

Da Visa nur für das Hoheitsgebiet einzelner Staaten erteilt werden,¹²² regelt der Rat nach Art. 62 Nr. 3 EGV, der Art. K.1 Nr. 3 lit. a 2. Fall EUV a. F. vergemeinschaftet, die Bedingungen, unter denen Staatsangehörige dritter Länder im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten während eines Aufenthalts von höchstens drei Monaten Reisefreiheit genießen. Allerdings dürfte eine effektive Überwachung von Einschränkungen der Reisefreiheit gar nicht möglich sein, wenn Drittstaatsangehörige, wie es Art. 62 Nr. 1 EGV vorsieht, beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden.¹²³

2. *Asyl-, Einwanderungs- und Vertriebenenpolitik (Art. 63 EGV und Protokoll Nr. 6)*

Art. 63 EGV regelt den Rahmen der künftigen Asyl-, Einwanderungs- und Vertriebenenpolitik. Die beiden erstgenannten Bereiche fanden sich bislang in Art. K.1 Nr. 1 und 3 EUV a. F., die Vertriebenenpolitik wird hingegen erstmals

120 ABl. 1999 Nr. L 72, S. 2.

121 *Taschner*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Kommentar zu den Schengener Übereinkommen (S. 1327 ff.) Rn. 49.

122 *Pechstein/Koenig* Rn. 377.

123 *Pechstein/Koenig* Rn. 377.

im Primärrecht erwähnt.

a) *Begriffsbestimmungen*

Art. 63 EGV stellt dem Rat u. a. Ermächtigungsgrundlagen zur Regelung der Situation von Flüchtlingen, zu deren Gunsten Asylmaßnahmen erlassen werden, und von Vertriebenen¹²⁴ zur Verfügung. Der Begriff des Flüchtlings wird in Art. 1 GFK¹²⁵ definiert und beschreibt Personen, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, sozialen Zugehörigkeit oder politischen Überzeugung außerhalb ihres Heimatlandes befinden (sog. Konventionsflüchtlinge¹²⁶). Solange die Flüchtlingseigenschaft und damit der Anspruch auf Asyl nicht auf Antrag festgestellt worden ist, wird der Antragsteller als Asylbewerber bezeichnet (vgl. auch Art. 1 I lit. c DÜ).

Als vertriebene Personen (oder *De-facto*-Flüchtlinge¹²⁷) werden hingegen solche Menschen bezeichnet, die ihr Herkunftsland wegen bewaffneter Konflikte verlassen haben,¹²⁸ jedoch nicht im Sinne der GFK verfolgt werden. Ein Beispiel für diese Personengruppe stellen die Bürgerkriegsflüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien dar, die alle Mitgliedstaaten aus humanitären Gründen als vorübergehend schutzbedürftig ansehen und denen ein zeitlich begrenztes Aufenthaltsrecht gewährt wird.¹²⁹

b) *Formelles Asylrecht*

- (1) Zuständigkeit zur Prüfung von Asylanträgen und Auswirkungen auf das Dubliner Übereinkommen (Art. 63 Nr. 1 lit. a EGV)

Nach Art. 63 Nr. 1 EGV beschließt der Rat in Übereinstimmung mit der GFK, dem New Yorker Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge¹³⁰ und ein-

124 In Art. 63 Nr. 2 EGV ist von "vertriebenen Personen" die Rede, was auf eine wörtliche Übersetzung der englischen Fassung ("displaced persons") zurückzuführen sein dürfte, die den Vertragsverhandlungen zugrunde lag, vgl. Thun-Hohenstein, S. X.

125 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention) vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II, S. 560.

126 *Schieffer*, S. 103.

127 *Schieffer*, S. 103, 105; *Lang*, ZAR 1998, 59, 61.

128 Vgl. Art. 1 der Entschließung des Rates vom 25.9.1995 zur Lastenverteilung hinsichtlich der Aufnahme und des vorübergehenden Aufenthalts von Vertriebenen, ABl. 1995 Nr. C 262, S. 1.

129 *Schieffer*, S. 103 ff.

130 BGBl. 1969 II, S. 1294.

schlägigen anderen Verträgen zunächst gemäß lit. a Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des für die Prüfung von Asylanträgen zuständigen Staates. An dieser Norm ist zunächst bemerkenswert, dass sich das Gemeinschaftsrecht den aufgezählten völkerrechtlichen Übereinkommen unterordnet, die der EuGH daher künftig bei seiner Rechtsprechung heranziehen kann. Des Weiteren fällt auf, dass der Wortlaut des lit. a genau die Regelungsgegenstände des DÜ erfasst. Fraglich ist daher, wie die Zukunft dieses völkerrechtlichen Abkommens aussieht.

Der Rat könnte dessen Inhalt auf der Basis des Art. 63 Nr. 1 lit. a EGV in das Gemeinschaftsrecht überführen oder eine eigenständige Verordnung oder Richtlinie verabschieden, die sich am DÜ orientiert, jedoch z. T. davon abweicht.¹³¹ Eine gemeinschaftsrechtliche Regelung wäre vom Gesichtspunkt einer einheitlichen Rechtsordnung und deren Kontrolle durch den EuGH her wünschenswert,¹³² jedoch zugleich wegen der Sonderrollen Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs problematisch. Selbst wenn man davon ausginge, dass die beiden letztgenannten Mitgliedstaaten sich gemäß Art. 3 des Protokolls (Nr. 4) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands an einer Vergemeinschaftung des DÜ beteiligen würden, so könnte Dänemark an einer solchen Maßnahme nach Art. 2 des Protokolls (Nr. 5) über die Position Dänemarks keinesfalls teilnehmen. Denkbar wäre jedoch, dass in einem solchen Fall das (ggf. modifizierte) DÜ analog zu Art. 5 I 2 des Protokolls Nr. 5 gegenüber Dänemark als völkerrechtlicher Vertrag weitergilt, für die anderen Mitgliedstaaten jedoch gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen auslöst. Eine solche Analogie ist insbesondere deshalb berechtigt, da Art. 5 I 2 des Protokolls Nr. 5 für die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands konzipiert ist. Zwar zählt das DÜ nicht zum Schengen-Besitzstand; es ist mit diesem jedoch sehr eng verbunden, da es gemäß dem Bonner Protokoll die asylrechtlichen Regelungen des SDÜ ersetzt.¹³³

Eine analoge Anwendung des Art. 5 I 2 des Protokolls Nr. 5 auf Irland oder das Vereinigte Königreich ist hingegen für den Fall, dass sich eines dieser beiden Länder nicht an einer Vergemeinschaftung des DÜ beteiligen will, nicht zulässig, da die für eine Analogie erforderliche Regelungslücke fehlt. Diese beiden Mitgliedstaaten haben nämlich gemäß Art. 3 und 4 des Protokolls Nr. 4 die Möglichkeit, sich an Maßnahmen nach Titel IV EGV zu beteiligen. Sollten sie

131 *Marschang*, KritJ 1998, 69, 81. Entsprechende Überlegungen stellen auch die Kommission und der Rat an, vgl. Nr. 36 lit. b Ziff. i des Aktionsplans zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des AV über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 1999 Nr. C 19, S. 1, 8.

132 Vgl. *Marschang*, KritJ 1998, 69, 81.

133 S. o., II A 2.

gegen eine Vergemeinschaftung des DÜ sein, so kann diese entweder nicht stattfinden oder muss ohne die Beteiligung dieser beiden Länder erfolgen.

(2) Verfahren (Art. 63 Nr. 1 lit. d EGV)

Nach Art. 63 Nr. 1 lit. d EGV erlässt der Rat Mindestnormen für ein einheitliches Verfahren zur Zu- oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft. Dabei könnte er sich auf die im Rahmen der dritten Säule ergangene, nicht rechtsverbindliche Entschließung des Rates über Mindestgarantien für Asylverfahren vom 20.6.1995¹³⁴ stützen.

c) *Materielles Asylrecht (Art. 63 Nr. 1 lit. b und c EGV)*

Zum Bereich des materiellen Asylrechts zählen die Buchstaben b und c des Art. 63 Nr. 1 EGV,¹³⁵ nach denen der Rat Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern sowie für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen als Flüchtlinge erlässt. Bei seiner Rechtssetzungstätigkeit bezüglich lit. c (Anerkennung als Flüchtlinge) könnte sich der Gemeinschaftsgesetzgeber am gemeinsamen Standpunkt vom 4.3.1996 betreffend die harmonisierte Anwendung der Definition des Begriffs "Flüchtling" in Art. 1 GFK¹³⁶ orientieren. Bedenklich ist jedoch, dass der Rat als aus Sicht der GFK unzuständiges Organ eine bestimmte, für die Gemeinschaft verbindliche Interpretation der GFK vornehmen wird.¹³⁷ Um möglicher Kritik entgegenzuwirken, sieht die Erklärung Nr. 17 der Regierungskonferenz in asylpolitischen Angelegenheiten die Konsultation des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge und anderer einschlägiger internationaler Organisationen vor.

134 ABl. 1996 Nr. C 274, S. 13.

135 *Marschang*, KritJ 1998, 69, 77.

136 ABl. 1996 Nr. L 63, S. 2.

137 Vgl. *Marschang*, KritJ 1998, 69, 75 f.

d) *Exkurs: Das Verbot der Gewährung von Asyl an Unionsbürger (Protokoll Nr. 6)*

(1) Inhalt und Hintergrund

Das Protokoll (Nr. 6) über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union gehört zwar formal nicht zu Titel IV EGV (und unterliegt damit auch nicht dessen Besonderheiten hinsichtlich der Auslegung durch den EuGH¹³⁸), steht jedoch in einem engen Zusammenhang zu den asylrechtlichen Vorschriften des Art. 63 EGV. Nach dem Einzigsten Artikel des Protokolls gelten die EU-Mitgliedstaaten untereinander als sichere Herkunftsländer, so dass ein Asylantrag eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates grundsätzlich nicht berücksichtigt wird. Ausnahmsweise darf der Asylantrag jedoch bearbeitet werden, wenn der Mitgliedstaat, dem der Asylbewerber angehört, gemäß Art. 15 EMRK¹³⁹ (d. h. im Kriegsfall) die EMRK außer Kraft setzt (lit. a) oder wenn gegen den Mitgliedstaat das Verfahren nach Art. 7 I EUV wegen einer anhaltenden und schwerwiegenden Verletzung rechtsstaatlicher und demokratischer Grundsätze eingeleitet worden ist (lit. b) bzw. der Rat eine Verletzung dieser Grundsätze festgestellt hat (lit. c). Schließlich darf der Asylantrag nach lit. d von einem Mitgliedstaat bearbeitet werden, wenn dieser einseitig den dem Rat zu notifizierenden Beschluss fasst, der Mitgliedstaat, aus dem der Antragsteller stammt, verletze anhaltend und in schwerwiegender Weise rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze. In diesem Fall muss - so der Wortlaut der Norm - von der offensichtlichen Unbegründetheit des Antrags ausgegangen werden, was die Entscheidungsbefugnis des Mitgliedstaats jedoch in keiner Weise beeinträchtigt. Nach der Erklärung Nr. 48 der Regierungskonferenz berührt das Protokoll nicht das Recht eines jeden Mitgliedstaats, die organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die er zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus der GFK für erforderlich hält. In einer einseitigen Erklärung zum Protokoll¹⁴⁰ bekräftigt Belgien, "in Einklang mit Buchstabe d", jeden Asylantrag von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten zu prüfen, womit es die Anwendung des Protokolls für sich faktisch ausschließt.¹⁴¹

Dieses verdankt seine Aufnahme in den AV der Beharrlichkeit der spanischen Delegation und geht auf einen spanisch-belgischen Streit um die Behandlung baskischer Terroristen zurück, deren Auslieferung Belgien für die Dauer

138 *Gialdino*, RMUE 1998, 89, 124.

139 BGBl. 1952 II, S. 685, 953; zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 7, BGBl. 1994 II, S. 491.

140 Nr. 5 der von der Regierungskonferenz zur Kenntnis genommenen Erklärungen.

141 *Marschang*, KritJ 1998, 69, 79.

der Prüfung ihrer Asylanträge ablehnte.¹⁴²

(2) Vereinbarkeit mit Art. 33 I GFK

Fraglich ist die Vereinbarkeit des Protokolls mit Art. 33 I GFK,¹⁴³ der die Ausweisung oder Zurückweisung eines Flüchtlings in Gebiete, in denen er bedroht wird, untersagt (*Refoulement-Verbot*¹⁴⁴). Art. 33 I ist die - zumindest nach h. M. - einzige Norm der GFK, die auch Personen schützt, die noch nicht staatlich als Flüchtlinge anerkannt sind.¹⁴⁵ Er verpflichtet die Signatarstaaten implizit dazu, sich zumindest mit einem Asylgesuch zu befassen, um festzustellen, ob eine Zurückweisung möglich ist oder nicht.¹⁴⁶ Genau dies will das Asylprotokoll aber ausschließen, wenn es anordnet, dass ein Asylantrag eines Unionsbürgers grundsätzlich weder berücksichtigt noch zur Bearbeitung zugelassen werden darf. Ob die Ausnahmenvorschriften des Protokolls im konkreten Fall einen Verstoß gegen Art. 33 I GFK verhindern würden, ist sehr fraglich. So sind die politischen Hürden für die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 7 I EUV oder für die Feststellung einer anhaltenden und schwerwiegenden Verletzung demokratischer und rechtsstaatlicher Prinzipien sehr hoch.¹⁴⁷

Zwar scheinen derartige Überlegungen in Anbetracht der gegenwärtigen politischen Lage in den EU-Mitgliedstaaten wenig angebracht; allerdings ist für die Zukunft - gerade im Hinblick auf die künftige EU-Osterweiterung - nicht völlig auszuschließen, dass Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten infolge unvorhersehbarer politischer Entwicklungen eines Tages der Flüchtlingsstatus zukommt. Die Sorge vor derartigen Entwicklungen bringen im Übrigen auch Art. 7 EUV und Art. 309 EGV zum Ausdruck.¹⁴⁸

Der neunte Erwägungsgrund des Protokolls deutet darauf hin, dass die Mitgliedstaaten die Anwendung der GFK untereinander modifizieren und so einen Verstoß gegen das Völkerrecht vermeiden wollen. Nach seinem neunten Erwägungsgrund beachtet das Protokoll den *Zweck und die Ziele*¹⁴⁹ der GFK. Die-

142 Labayle, RTDE 1997, 813, 852; hierauf spielen auch der siebte und achte Erwägungsgrund des Protokolls an.

143 Labayle, RTDE 1997, 813, 852.

144 Göbel-Zimmermann, in: Huber Bd. I, Systematische Darstellung (IV) Rn. 15.

145 Göbel-Zimmermann, in: Huber Bd. I, Systematische Darstellung (IV) Rn. 15; Amann, in: Huber Bd. II, B 510, Vorb. zur GFK Rn. 29.

146 Göbel-Zimmermann, in: Huber Bd. I, Systematische Darstellung (IV) Rn. 16; Labayle, RTDE 1997, 813, 852.

147 Vgl. Marschang, KritJ 1998, 69, 78.

148 Labayle, RTDE 1997, 813, 853.

149 Hervorhebung durch den Verfasser.

se Formulierung unterscheidet sich von Art. 63 Nr. 1 EGV, der besagt, dass Maßnahmen des Rates *in Übereinstimmung*¹⁵⁰ mit der GFK erfolgen. Diese Diskrepanz lässt darauf schließen, dass die Revisionskonferenz sich zwar an den Geist der GFK halten wollte, sich jedoch einer möglichen Abweichung bewusst war. Eine solche ist gemäß Art. 41 I lit. b Ziff. ii WVRK als sog. inter-se-Modifikation eines multilateralen Vertrages durch einige Unterzeichnerstaaten zulässig, wenn diese Modifikation sich nicht auf eine Bestimmung bezieht, von der abzuweichen mit der vollen Verwirklichung von *Ziel und Zweck*¹⁵¹ des gesamten Vertrages unvereinbar ist.¹⁵²

Einen weiteren Ansatz zur Erklärung der Vereinbarkeit des Protokolls mit dem Völkerrecht stellt die Annahme dar, die Mitgliedstaaten der Union seien wegen deren besonderer Strukturmerkmale analog zu den Gliedstaaten eines Bundesstaates zu behandeln, die untereinander nicht verpflichtet sind, den Angehörigen der anderen Landesteile Schutz zu gewähren.¹⁵³

(3) Anwendungsprobleme

Neben seinem fragwürdigen Verhältnis zur GFK ist das Protokoll in sich widersprüchlich: Wenn, wie im letzten Satz vorgesehen, die zur Prüfung eines Asylantrags zuständige Behörde von dessen Unbegründetheit ausgehen muss, wird naturgemäß ihre Entscheidungsbefugnis beeinträchtigt; wenn aber ihre Entscheidungsbefugnis unberührt bleiben soll, wie es das Protokoll behauptet, kann die Behörde nicht von der offensichtlichen Unbegründetheit des Antrags ausgehen. Schließlich steht die Erklärung Belgiens, dass es "in Einklang mit Buchstabe d" jeden Asylantrag eines Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats prüfen wird, im offenen Widerspruch zum Protokoll: Eine Prüfung ist nach lit. d des Protokolls nur zulässig, wenn Belgien einseitig jedes Mal feststellt und dem Rat notifiziert, dass das Land, aus dem der Antragsteller stammt, schwerwiegend und anhaltend demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze verletzt. Eine derartige Feststellung kann zu komplizierten politischen Verwicklungen führen; fehlt sie jedoch, so verstößt Belgien gegen den Wortlaut des Protokolls und muss sich möglicherweise vor dem EuGH verantworten. Seine einseitige Erklärung ist jedenfalls - anders als die Erklärungen, die von allen Vertragsparteien angenommen wurden - nicht gemäß Art. 31 II lit. a WVRK bei der Ausle-

150 Hervorhebung durch den Verfasser.

151 Hervorhebung durch den Verfasser.

152 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 853 Fn. 101.

153 *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450, 454.

gung des Protokolls zu beachten.¹⁵⁴

Das Protokoll schafft somit eine verworrene Situation, steht in einem fragwürdigen Verhältnis zur GFK und kann innerhalb der Gemeinschaft zu rechtlichen Schwierigkeiten führen. Bei der vor der Osterweiterung geplanten Überarbeitung des Vertrages sollte daher eine Revision des Protokolls erfolgen. Die Hoffnung darauf wird durch die Erklärung Nr. 49 der Regierungskonferenz genährt, wonach die Frage des Missbrauchs von Asylverfahren und geeigneter schneller Verfahren, die es gestatten, auf die Prüfung offensichtlich unbegründeter Asylanträge zu verzichten, weiter geprüft werden sollte.

e) *Vorübergehender Schutz von Vertriebenen und Lastenverteilung*
(Art. 63 Nr. 2 EGV)

Nach Art. 63 Nr. 2 lit. a EGV erlässt der Rat Mindestnormen für den vorübergehenden Schutz von Vertriebenen, die nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren können, und von Personen, die aus anderen Gründen¹⁵⁵ internationalen Schutz benötigen. Der letzte Halbsatz stellt einen Auffangtatbestand zu Gunsten der Personen dar, auf die weder die Flüchtlings- noch die Vertriebenen-Definition zutrifft, deren Aufnahme die Mitgliedstaaten jedoch aus humanitären Gründen im Einzelfall für angebracht halten.

Art. 63 Nr. 2 lit. b EGV sieht die Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen vor, die mit der Aufnahme von Flüchtlingen und Vertriebenen verbunden sind. Diese Norm geht vor allem auf einen Wunsch Deutschlands zurück, das in den letzten Jahren deutlich mehr Flüchtlinge als die anderen EU-Länder aufgenommen hat.¹⁵⁶ Die grundsätzliche Bereitschaft zu einem gesamt-europäischen *burden sharing* haben die Mitgliedstaaten erstmals 1995 in einer rechtlich unverbindlichen Entschließung des Rates zur Lastenverteilung hinsichtlich der Aufnahme und des vorübergehenden Aufenthalts von Vertriebenen¹⁵⁷ bekundet. Zur verfahrensrechtlichen Konkretisierung dieser Entschließung verabschiedete der Rat 1996 einen Beschluss über ein Warn- und Dringlichkeitsverfahren zur Lastenverteilung.¹⁵⁸ Diese Instrumente leiden jedoch un-

154 Vgl. *Hilf/Pache*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Kommentar zu den Erklärungen zur EEA (S. 882 ff.) Rn. 5 ff.

155 Im Wortlaut der Norm ist von Personen die Rede, "die anderweitig internationalen Schutz benötigen". Deutlicher formuliert hingegen die französische Version: «personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale».

156 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 851.

157 ABl. 1995 Nr. C 262, S. 1.

158 ABl. 1996 Nr. L 63, S. 10.

ter den bekannten Schwächen der alten dritten Säule.¹⁵⁹ So wurde etwa die Frage einer zwangsweisen Zuweisung von Vertriebenen in einen anderen Mitgliedstaat bewusst ausgeklammert.¹⁶⁰ Die Lösung dieser und anderer Fragen einer gesamteuropäischen Lastenverteilung wird durch die Vergemeinschaftung der Materie erleichtert.

f) Einwanderungspolitik (Art. 63 Nr. 3 EGV und Erklärung Nr. 18)

Eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einwanderungspolitischer Maßnahmen stellt Art. 63 Nr. 3 EGV dar. Dieser erfasst einen Personenkreis von Drittstaatsangehörigen, die sich langfristig in einem Mitgliedstaat aufhalten wollen, ohne Flüchtlinge oder Vertriebene zu sein. Nach lit. a regelt der Rat für diese Gruppe Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen sowie die Verfahren zur Erteilung langfristiger Visa und Aufenthaltstitel, einschließlich solcher zur Familienzusammenführung. In diesen Bereichen können die Mitgliedstaaten laut der Erklärung Nr. 18 der Regierungskonferenz Übereinkünfte mit Drittländern schließen, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen. Diese Erklärung hat die gleiche Rechtswirkung wie das Protokoll Nr. 8 zu Art. 62 Nr. 2 lit. a EGV,¹⁶¹ d. h. den Ausschluss der AETR-Rechtsprechung für diesen Bereich.¹⁶² Erstaunlich ist allerdings, dass hier eine Erklärung statt eines Protokolls gewählt wurde.

Nach Art. 63 Nr. 3 lit. b EGV erlässt der Rat weiterhin Maßnahmen im Bereich der illegalen Einwanderung und des illegalen Aufenthalts, einschließlich der Rückführung von Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten. Auch in diesem Bereich ist der Rat bereits im Rahmen der alten dritten Säule tätig geworden, jedoch nicht über die Verabschiedung unverbindlicher Maßnahmen hinausgekommen.¹⁶³

g) Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige (Art. 63 Nr. 4 EGV)

Nach Art. 63 Nr. 4 EGV beschließt der Rat Maßnahmen zur Festlegung der Rechte und Bedingungen, auf Grund derer sich in einem Mitgliedstaat rechtmäßig aufhaltende Drittstaatsangehörige auch in anderen Mitgliedstaaten aufhalten

159 S. o., II B 3.

160 Schieffer, S. 127.

161 S. o., IV B 1 b (2).

162 Thun-Hohenstein, S. 35.

163 Vgl. z. B. die Empfehlung des Rates vom 22.12.1995 zur Harmonisierung der Mittel zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung und der illegalen Beschäftigung sowie zur Verbesserung der einschlägigen Kontrollverfahren, ABl. 1996 Nr. C 5, S. 1.

können. Diese Norm gilt für Personen, die langfristig aufenthaltsberechtigt sind (*arg. ex* Art. 62 Nr. 3 EGV) und macht deutlich, dass für diesen Personenkreis keineswegs eine umfassende Reisefreiheit vorgesehen ist.¹⁶⁴ Diese soll nach Art. 62 Nr. 3 EGV lediglich bei kurzfristigen Aufenthalten von Drittstaatsangehörigen in der Union gelten.

Die Beschränkungen der Freizügigkeit von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen können jedoch nach dem angestrebten Wegfall der Binnengrenzen genauso wenig kontrolliert werden wie eventuelle Restriktionen für Drittstaatsangehörige mit kurzfristigen Visa.¹⁶⁵ Diese Problematik kann nur durch eine umfassende Harmonisierung der Visavorschriften bei gleichzeitiger unbeschränkter Reisefreiheit im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vermieden werden.¹⁶⁶

Fraglich ist, ob Art. 63 Nr. 4 EGV eine taugliche Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Maßnahmen für den Zugang Drittstaatsangehöriger zum Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten darstellt. Der Wortlaut der Bestimmung ("Rechte und Bedingungen") scheint dies zuzulassen;¹⁶⁷ gegen eine solche Auslegung spricht jedoch, dass die Regelung des Zugangs Drittstaatsangehöriger zum Arbeitsmarkt bislang ausdrücklich in Art. K.3 Nr. 3 lit. b a. E. EUV a. F. vorgesehen war, in Art. 63 Nr. 4 EGV jedoch keine Erwähnung findet. Zwar sollte das Satzende dieser Norm ursprünglich "...und eine Arbeitsstelle suchen dürfen" lauten; diese Formulierung wurde jedoch auf Wunsch der deutschen Delegation gestrichen.¹⁶⁸ Eine historische Interpretation des Art. 63 Nr. 4 EGV muss daher zu dem Ergebnis kommen, dass der Erlass von Sekundärrecht zur Ermöglichung des Zugangs Drittstaatsangehöriger zum Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten auf der Basis dieser Vorschrift nicht zulässig ist.¹⁶⁹ Allerdings zieht der EuGH im Allgemeinen die Auslegung einer Norm nach ihrem *effet utile* der historischen Interpretation vor,¹⁷⁰ so dass die künftige Rechtsentwicklung nicht eindeutig prognostiziert werden kann.

164 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 855.

165 S. o., IV B 1 c.

166 Vgl. *Pechstein/Koenig* Rn. 377; *Labayle*, RTDE 1997, 813, 849.

167 *Thun-Hohenstein*, S. 35 f.

168 Agence Europe Nr. 6997 vom 18.6.1997, S. 5.

169 Vgl. *Labayle*, RTDE 1997, 813, 855.

170 *Streinz* Rn. 498.

h) *Das Prinzip der Mindestharmonisierung in Art. 63 EGV*

(1) Mindestharmonisierung nach bekannten Grundsätzen

Art. 63 S. 2 EGV sieht vor, dass vom Rat nach den Nummern 3 und 4 getroffene Maßnahmen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, in den betreffenden Bereichen innerstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, die mit dem Gemeinschaftsrecht und internationalen Übereinkünften vereinbar sind. In dieser Formulierung kommt das Prinzip der Mindestharmonisierung¹⁷¹ zum Ausdruck. Dieses findet sich in mehreren Vorschriften des EGV im Bereich der konkurrierenden Gemeinschaftskompetenzen (vgl. Art. 137 V, 153 V, 176 EGV¹⁷²) und bewirkt, dass die Mitgliedstaaten Schutzmaßnahmen zu Gunsten des betroffenen Personenkreises aufrechterhalten oder erlassen dürfen, die über das durch EG-Sekundärrecht geschaffene Maß hinausgehen. Dies bedeutet für Art. 63 Nr. 3 und 4 EGV, dass die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörigen mehr, aber nicht weniger Rechte einräumen dürfen, als es das EG-Sekundärrecht vorsieht, solange dadurch die Gemeinschaftsvorschriften nicht in Frage gestellt werden. Im Gegensatz zu anderen Vorschriften, in denen das Prinzip der Mindestharmonisierung zum Ausdruck kommt, ist eine Notifizierung der weitergehenden innerstaatlichen Vorschriften nicht vorgesehen.¹⁷³

(2) Der Begriff der "Mindestnormen"

In den Nummern 1 und 2, für die Art. 63 S. 2 EGV nicht gilt, wird mehrfach der im Primärrecht bislang unbekannt Terminus "Mindestnormen" verwendet (Nr. 1 lit. b, c und d, Nr. 2 lit. a). Er verdeutlicht im Unterschied zur alten dritten Säule den zwingenden Charakter der zu erlassenden Vorschriften.¹⁷⁴ Fraglich ist jedoch, ob durch diesen Begriff auch der Grundsatz der Mindestharmonisierung zum Ausdruck kommt. Die Antwort darauf lässt sich am ehesten in der englischen Fassung finden, die den Vertragsverhandlungen zugrunde lag.¹⁷⁵ Dort wird der Begriff "minimal standards" verwendet. Dieser impliziert, dass die Mitgliedstaaten auch "higher standards" zu Gunsten (aber nicht zu Ungunsten) von Asylsuchenden, Flüchtlingen und Vertriebenen anwenden oder setzen dürfen. Folglich stellt der Begriff der "minimal standards"/"Mindestnormen" nur

171 Vgl. hierzu *Reich*, S. 86.

172 Art. 118a III, 129a III, 130t EGV a. F.

173 Eine Notifizierung verlangen die Art. 153 V 3 und 176 S. 3 EGV; eine solche ist hingegen in Art. 137 V EGV nicht vorgesehen.

174 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 851.

175 *Thun-Hohenstein*, S. X.

eine neue Bezeichnung des bekannten Grundsatzes der Mindestharmonisierung dar. Die Tatsache, dass Art. 63 S. 2 EGV nicht auch Nr. 1 lit. b, c und d sowie Nr. 2 lit. a erwähnt, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass wegen des deutlichen Begriffs der "minimal standards" eine Klarstellung wie für die Nummern 3 und 4 nicht für erforderlich gehalten wurde.

i) *Zeitplan für den Beschluss von Maßnahmen nach Art. 63 EGV*

Nach dem Einleitungssatz des Art. 63 EGV erlässt der Rat die dort vorgesehenen Maßnahmen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach In-Kraft-Treten des AV.¹⁷⁶ Dieser Zeitplan gilt jedoch gemäß Art. 63 letzter Satz EGV nicht für die Förderung einer ausgewogenen Lastenverteilung, für Vorschriften bezüglich Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen und Verfahren zur Erteilung langfristiger Visa und Aufenthaltstitel sowie Maßnahmen zur Festlegung der Aufenthaltsrechte Drittstaatsangehöriger (Art. 63 Nr. 2 lit. b, Nr. 3 lit. a und Nr. 4 EGV). Die Ausnahme dieser Materien vom allgemeinen Fünfjahreszeitraum macht die besondere Zurückhaltung zumindest einiger Mitgliedstaaten gegenüber einer baldigen gemeinschaftsrechtlichen Regelung dieser Fragen deutlich.¹⁷⁷ Dies ist jedoch problematisch, da der Wegfall der Personenkontrollen an den Binnengrenzen auch für diese Bereiche eine rasche Lösung erfordert.¹⁷⁸

3. *Öffentliche Ordnung und innere Sicherheit (Art. 64 I EGV)*

Nach Art. 64 I EGV berührt Titel IV EGV nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit. Sofern die Mitgliedstaaten sich auf diese Vorschrift berufen, dürfen sie gemäß der Erklärung Nr. 19 der Regierungskonferenz auch außenpolitische Überlegungen geltend machen. Von seinem Wortlaut her erstreckt sich der Vorbehalt des Art. 64 I EGV auf alle in Titel IV EGV behandelten Materien, also auch auf die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen und die Regelung der Behördenkooperation (Art. 65 und 66 EGV). Allerdings verdeutlicht die systematische Stellung des Art. 64 I EGV vor den Art. 65 und 66 EGV und unmittelbar nach den Art. 62 und 63 EGV, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit eher im Rahmen des freien Personenverkehrs sowie der Außengrenz-

176 Beachte aber auch die gesonderten Prioritätsstufen des Aktionsplans des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des AV über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 1999 Nr. C 19, S. 1.

177 Vgl. *Thun-Hohenstein*, S. 35.

178 *Pechstein/Koenig* Rn. 379.

kontrollen und der Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen eine Rolle spielen.

Art. 64 I EGV entspricht Art. 100c V EGV a. F. sowie Art. K. 2 II EUV a. F. und stellt klar, dass das Gemeinschaftsrecht weder in das nationale Gewaltmonopol eingreift noch die Letztverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre innere Sicherheit berührt.¹⁷⁹ Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit keinerlei Kompetenz zusteht. Eine solche wird vielmehr in Art. 68 II EGV vorausgesetzt, wonach der Gerichtshof nicht zur Beurteilung von Maßnahmen (des Rates) nach Art. 62 Nr. 1 EGV zuständig ist, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit betreffen.¹⁸⁰

Diese Begriffe sind gemeinschaftsrechtlich und nicht im Sinne des jeweiligen nationalen Rechtsverständnisses auszulegen.¹⁸¹ Ihre Interpretation obliegt dem Gerichtshof, der sich dabei teilweise auf seine Rechtsprechung zum Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Freizügigkeitsrecht (Art. 39 III, 46 I EGV¹⁸²) stützen kann.¹⁸³ Er muss jedoch sowohl den besonderen Zusatz der inneren Sicherheit als auch die Tatsache beachten, dass Titel IV EGV aus nationalstaatlicher Sicht sensible Bereiche beinhaltet.

4. *Notstandsklausel (Art. 64 II EGV)*

Art. 64 II EGV sieht für den Fall, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten infolge eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in eine Notlage geraten, vorläufige Maßnahmen zu Gunsten der betroffenen Mitgliedstaaten vor. Diese werden auf Vorschlag der Kommission vom Rat mit qualifizierter Mehrheit erlassen und haben eine Geltungsdauer von maximal sechs Monaten. Art. 64 II EGV gilt jedoch ausdrücklich unbeschadet des Abs. 1, so dass die betroffenen Staaten in Notlagen, die die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit gefährden, auch selbst die von ihnen für adäquat gehaltenen Maßnahmen treffen können.

Art. 64 II EGV unterscheidet sich in zwei Punkten von Art. 100c II EGV a. F.:¹⁸⁴ Letzterer setzte eine Notlage in einem dritten Land voraus, die zu einem

179 *Karpenstein*, DVBl. 1998, 942, 948.

180 *Karpenstein*, DVBl. 1998, 942, 948.

181 Vgl. allgemein zum Erfordernis einer eigenständigen gemeinschaftsrechtlichen Begriffsbildung *Streinz* Rn. 500.

182 Art. 48 III, 56 I EGV a. F.

183 Vgl. z. B. EuGH - van Duyn, 41/74, Slg. 1974, 1337 zu Art. 48 III EGV a. F.

184 Zu Art. 100c II EGV a. F. s. o., II B 1.

plötzlichen Zustrom von dessen Staatsangehörigen in einen Mitgliedstaat führt, wohingegen nach Art. 64 II EGV die Notlage auf Grund des plötzlichen Zustroms in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eintreten muss. Insofern knüpft die neue Notstandsklausel an den Erlass von Ausnahmevorschriften strengere Voraussetzungen als die alte. Dagegen wird der Handlungsrahmen des Rates erweitert: Sah Art. 100c II EGV a. F. lediglich die Einführung eines Visumzwanges vor, können nach Art. 64 II EGV nicht spezifisch beschränkte "vorläufige Maßnahmen" zu Gunsten der betroffenen Mitgliedstaaten erlassen werden. Damit wird eine gemeinschaftliche Rechtsgrundlage zur Unterstützung dieser Länder geschaffen. Die Notwendigkeit hierzu hatte der Rat bereits in seinem Beschluss über ein Warn- und Dringlichkeitsverfahren zur Lastenverteilung hinsichtlich der Aufnahme und des vorübergehenden Aufenthalts von Vertriebenen¹⁸⁵ anerkannt.

5. *Justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 65 EGV)*

a) *Hintergrund und Voraussetzungen für den Erlass von Sekundärrecht*

Art. 65 EGV sieht Maßnahmen vor, die der Rat im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen treffen kann, ohne dabei einen festen Zeitrahmen vorzugeben. Dieser Bereich war bislang völkerrechtlichen Übereinkommen nach Art. 220 EGV a. F.¹⁸⁶ bzw. der intergouvernementalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten nach Art. K.1 Nr. 6 EUV a. F. vorbehalten. Die neue Kompetenznorm enthält einen Katalog von Bereichen, in denen die Gemeinschaft tätig werden soll. Dieser ist jedoch nicht abschließend,¹⁸⁷ was zwar aus der deutschen Version nicht eindeutig hervorgeht ("Die Maßnahmen...schließen ein..."), aber in der gemäß Art. 15 AV, Art. 314 EGV¹⁸⁸ gleichermaßen verbindlichen französischen Fassung klar zum Ausdruck kommt: «Les mesures...visent entre autres à...». Die Kompetenz der Gemeinschaft wird jedoch dadurch beschränkt, dass ein grenzüberschreitender Bezug zu bestehen hat und dass die Maßnahmen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein müssen. Der Begriff des Binnenmarktes ist hier nicht eng wirtschaftlich auszulegen, sondern insbesondere im Hinblick auf die in Titel IV EGV geregelte Personenfreizügigkeit zu interpretieren.¹⁸⁹

Art. 65 EGV formuliert im Wesentlichen den Inhalt der bisherigen Arbeiten

185 ABl. 1996 Nr. L 63, S. 10.

186 Heute Art. 293 EGV.

187 *Bribosia*, RMUE 1998, 27, 32; *Thun-Hohenstein*, S. 37.

188 Art. 248 EGV a. F.

189 *Bundesregierung*, Denkschrift zum AV, BR-Drs. 784/97, S. 139, 152.

im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit.¹⁹⁰ Allerdings fehlt eine ausdrückliche Erwähnung des im Rahmen von Art. 220 EGV a. F. ausgearbeiteten und unterzeichneten Europäischen Insolvenzübereinkommens¹⁹¹ sowie des an das EuGVÜ angelehnten Übereinkommens zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts¹⁹² ("Brüssel II"¹⁹³), die derzeit noch den nationalen Parlamenten zur Ratifikation vorliegen.¹⁹⁴

Verwundern mag, dass Art. 65 EGV den für die dritte Säule charakteristischen Terminus der "Zusammenarbeit" übernimmt. In der Verwendung dieses Begriffs ist jedoch lediglich eine terminologische Ungenauigkeit zu sehen. Schon die Überführung in das Gemeinschaftsrecht verdeutlicht, dass die Funktionsmechanismen der dritten Säule auf die zivilrechtliche Justizpolitik keine Anwendung mehr finden.

Nach der Erklärung Nr. 20 der Regierungskonferenz hindern Maßnahmen gemäß Art. 65 EGV die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Verfassungsvorschriften über Pressefreiheit und die Freiheit der Meinungsäußerung in anderen Medien anzuwenden. Hierdurch kommen die Befürchtungen der Mitgliedstaaten zum Ausdruck, der EuGH könne die Presse- oder Rundfunkfreiheit einschränken. Dennoch dürfte die Erklärung bedeutungslos bleiben, da das Gemeinschaftsrecht im Kollisionsfall Anwendungsvorrang¹⁹⁵ vor nationalem Verfassungsrecht beansprucht,¹⁹⁶ und nicht anzunehmen ist, dass dieser Grundsatz des *acquis communautaire* künftig für den Fall einer Überschneidung von Rechtsakten nach Art. 65 EGV und der Pressefreiheit nicht mehr gelten soll. Solange jedoch keine Kollision vorliegt, ist das nationale Verfassungsrecht zum Schutz der Pressefreiheit ohnehin anwendbar. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass auch der EuGH die Pressefreiheit gegen Eingriffe durch Sekundärrecht schützen würde. Eine entsprechende Rechtsprechung existiert zwar bislang nicht;¹⁹⁷ der Gerichtshof erkennt jedoch die Meinungsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht an,¹⁹⁸ so dass davon ausgegangen werden darf, dass er die-

190 Besse, ZEuP 1999, 107, 113.

191 Text in ZEuP 1996, 331.

192 ABl. 1998 Nr. C 221, S. 1.

193 Entschließung des Rates zur Festlegung der Prioritäten in der ZBJI bis zum In-Kraft-Treten des AV, ABl. 1998 Nr. C. 11, S. 1, 2 Nr. 5.1. lit. a.

194 Besse, ZEuP 1999, 107, 114 f.

195 Streinz Rn. 200.

196 EuGH - Simmenthal II, 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 18.

197 Vgl. die Übersicht bei Beutler, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Bd. 1, Art. F. Rn. 55 ff.

198 EuGH - Flämische Bücher, 43 u. 63/82, Slg. 1984, 19.

sen Status auch der Pressefreiheit zuerkennen würde.¹⁹⁹ Folglich ist die Erklärung Nr. 20 schlicht überflüssig.

b) *Grenzüberschreitende Zustellung (Art. 65 lit. a 1. Spstr. EGV)*

Art. 65 lit. a 1. Spstr. EGV sieht die Verbesserung und Vereinfachung des Systems für die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke vor. Diesbezügliche Regelungen sind für den innergemeinschaftlichen Rechtsverkehr und damit auch für den Binnenmarkt u. a. deshalb von besonderer Bedeutung, da die nicht ordnungsgemäße Zustellung einer Klage an einen Beklagten in einem anderen Mitgliedstaat gemäß Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ²⁰⁰ die Nichtanerkennung einer ausländischen Entscheidung zur Folge hat.²⁰¹

Die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke wird international durch das Haager Zustellungsübereinkommen (HZÜ) vom 15.11.1965²⁰² geregelt, das nicht nur die Mitgliedstaaten bindet. Es war geplant, das Zustellungsrecht innerhalb der EU durch das Übereinkommen vom 26.5.1997 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten der EU²⁰³ zu präzisieren, das gemäß einem beigefügten Protokoll²⁰⁴ der Auslegungshoheit des Gerichtshofs unterliegen sollte. Dieses Abkommen hätte zu seinem In-Kraft-Treten noch der Ratifikation durch die mitgliedstaatlichen Parlamente bedurft. Mittlerweile liegt jedoch ein Vorschlag der Kommission vor, demzufolge das Übereinkommen in Form einer Richtlinie auf der Grundlage des Art. 65 lit. a 1. Spstr. EGV verabschiedet werden soll.²⁰⁵

199 Ähnlich (für den Schutz des Rundfunk- und Fernsbereichs) *Beutler*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 1, Art. F. Rn. 59.

200 BGBl. 1972 II, S. 774 i. d. F. des 3. Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, BGBl. 1994 II, S. 519.

201 Vgl. *Jayme/Kohler*, IPRax 1997, 385, 387.

202 BGBl. 1977 II, S. 1453.

203 ABl. 1997 Nr. C 261, S. 1.

204 ABl. 1997 Nr. C 261, S. 18.

205 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, KOM(99) 219 endg.

c) *Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln*
(Art. 65 lit. a 2. Spstr. EGV)

Art. 65 lit. a 2. Spstr. EGV sieht die Verbesserung und Vereinfachung der Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln vor. Diese Materie wird derzeit international durch das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen²⁰⁶ geregelt; auf Unionsebene sind die Mitgliedstaaten nicht tätig geworden.

d) *Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen* (Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV)

Nach Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV erlässt der Rat Maßnahmen zur Verbesserung und Vereinfachung der Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Diese Formulierung ähnelt Art. 293 4. Spstr. EGV,²⁰⁷ der den Mitgliedstaaten den Auftrag zum Abschluss eines völkerrechtlichen Übereinkommens zur Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche erteilt. Dieser Anweisung sind die Mitgliedstaaten durch das Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (EuGVÜ) nachgekommen.

Wegen der Ähnlichkeit zwischen Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV und Art. 293 4. Spstr. EGV, der trotz entsprechender Erwägungen nicht gestrichen wurde,²⁰⁸ stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Normen zueinander. Da Art. 293 4. Spstr. EGV "soweit erforderlich" Anwendung findet, ist er nur noch subsidiär anwendbar.²⁰⁹ Er kann künftig noch von Bedeutung sein, soweit sein Anwendungsbereich über den des Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV hinausgeht. Dies ist insofern der Fall, als Art. 293 4. Spstr. EGV die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen unabhängig von der Art der Gerichtsbarkeit vorsieht, während die neue Kompetenzvorschrift nur die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen regeln will. Denkbar wäre daher z. B., die grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung verwaltungs-, sozial-, arbeits- oder strafgerichtlicher Entscheidungen völkerrechtlich

206 BGBl. 1977 II, S. 1472.

207 Art. 220 4. Spstr. EGV a. F.

208 Thun-Hohenstein, S. 37 Fn. 16.

209 Pechstein/Koenig Rn. 380; Streinz, EuZW 1998, 137, 142.

auf der Basis des Art. 293 4. Spstr. EGV zu regeln.²¹⁰ Allerdings werden derartige Überlegungen zzt. nicht angestellt, so dass der praktische Anwendungsbereich dieser Norm klein bleiben dürfte.

Wegen der weitgehenden Überschneidung der Vorschriften drängt sich vor dem Hintergrund einer möglichen Überführung des EuGVÜ in gemeinschaftliches Sekundärrecht die Frage auf, ob Art. 65 lit. a3. Spstr. EGV dessen Regelungsgehalt zu tragen vermag. Dagegen scheint zu sprechen, dass das EuGVÜ neben der Vollstreckung von Entscheidungen auch die gerichtliche Zuständigkeit regelt, welche jedoch im Wortlaut der neuen Gemeinschaftskompetenz keine Erwähnung findet. Dort ist nur die Rede von der Anerkennung und Vollstreckung von (bereits getroffenen) Entscheidungen. Allerdings gilt das Gleiche für Art. 293 4. Spstr. EGV, und trotzdem beruft sich das EuGVÜ auf diese Norm (vgl. dessen Präambel). Überdies hat der EuGH festgestellt, dass Art. 293 4. Spstr. EGV u. a. bezweckt, das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes durch den Erlass von Zuständigkeitsregeln für die damit zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten zu erleichtern.²¹¹ Da Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV weitgehend mit dem Wortlaut des Art. 293 4. Spstr. EGV übereinstimmt, muss das Gleiche für die neue Vorschrift gelten. Folglich ist Art. 65 lit. a 3. Spstr. EGV dazu geeignet, den sachgegenständlichen Bereich des EuGVÜ abzudecken.²¹²

e) *Internationales Privatrecht (Art. 65 lit. b EGV)*

Nach Art. 65 lit. b EGV erlässt der Rat Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten. Durch diese etwas schwerfällig formulierte Norm wird der Gemeinschaft die Kompetenz zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen IPR verliehen.²¹³ Implizit deutet die Vorschrift zugleich an, dass ein europäisches Privatrecht im Sinne eines einheitlichen Sachrechts zzt. noch in weiter Ferne liegt.

Bislang ist die Gemeinschaft im IPR lediglich punktuell rechtssetzend tätig geworden. So wurden vor allem einige auf Art. 100a EGV a. F. gestützte Richt-

210 Vgl. zu Art. 220 EGV a. F. *Schwartz*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Art. 220 Rn. 105.

211 EuGH - *Mund & Fester/Hatrex*, C-398/92, Slg. 1994 I-467, 478 Rn. 11 zu Art. 220 4. Spstr. EGV a. F.

212 *Besse*, ZEuP 1999, 107, 117 ff.; *Winkler*, in: *Bergmann/Lenz*, Kap. 2 Rn. 23.

213 *Jayme*, ZfRV 1997, 230, 236; *Gündisch*, AnwBl. 1998, 170, 173.

linien mit gesonderten Kollisionsnormen versehen.²¹⁴ Durch Art. 65 lit. b EGV wird dem Rat nun ermöglicht, umfassende Regelungen im Bereich des IPR zu treffen, wie sie bislang als völkerrechtliche Übereinkommen der Mitgliedstaaten geschlossen oder geplant wurden.²¹⁵ Das bedeutendste Beispiel ist das Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (EVÜ).²¹⁶ Dieses stellt eine einheitliche Kodifizierung des internationalen Vertragsrechts dar, steht jedoch außerhalb des Gemeinschaftsrechts. Anders als beim EuGVÜ hat der EuGH zudem keine Auslegungskompetenz. Eine solche sehen zwar zwei Protokolle zum EVÜ²¹⁷ vor; diese sind jedoch noch nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden.

Art. 65 lit. b EGV erstreckt sich zunächst auf das internationale Vertrags-, Sachen-, Gesellschafts-, Arbeits-, Wettbewerbs- und Konkursrecht sowie das Kollisionsrecht der gesetzlichen Schuldverhältnisse (internationales Deliktsrecht, IPR der GoA und des Bereicherungsrechts). Diese Rechtsbereiche spielen bei grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten eine wichtige Rolle und weisen daher grundsätzlich den erforderlichen Binnenmarktbezug auf. Dies gilt indes auch für das internationale Familien- und Erbrecht.²¹⁸ Gerade in Zeiten zunehmender grenzüberschreitender Kontakte stellt sich eine Angleichung des Kollisionsrechts in diesen Bereichen als freizügigkeitsfördernd und damit binnenmarktbezogen dar.²¹⁹

Problematisch ist die Abgrenzung des Art. 65 lit. b EGV zu den Vorschriften, auf die bislang sachnormergänzende Kollisionsnormen gestützt wurden, d. h. vor allem zu Art. 95 EGV.²²⁰ Diese Unterscheidung wird wegen der unterschiedlichen Entscheidungsverfahren und der Ausnahmen für das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark von erheblicher praktischer Bedeutung sein. Es ist anzunehmen, dass Art. 95 EGV dann *lex specialis* gegenüber Art. 65 lit. b EGV ist, wenn Kollisionsnormen lediglich zur Vervollständigung von Rechtsakten dienen, die z. B. zum Verbraucherschutz erlassen werden.²²¹ Andernfalls wäre wegen der nach Art. 67 I EGV erforderlichen Einstimmigkeit im Rat eine Blockade nicht auszuschließen und die Beteiligungsrechte des Parlaments würden eingeschränkt, da dieses nach Art. 95 I 2 EGV mitentscheiden

214 So z. B. Art. 12 II der Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz (ABl. 1997 Nr. L 144, S. 19).

215 *Jayme/Kohler*, IPRax 1997, 385, 386.

216 BGBl. 1986 II, S. 810.

217 ABl. 1989 Nr. L 48, S. 1 und S. 17.

218 Vgl. *Jayme/Kohler*, IPRax 1997, 385, 386; *Basedow*, EuZW 1997, 609.

219 Vgl. *de Groot/Schneider*, in: *Bleckmann* Rn. 1361.

220 Art. 100a EGV a. F.

221 *Jayme/Kohler*, IPRax 1997, 385, 386.

darf, nach Art. 65 i. V. m. Art. 67 I EGV jedoch (jedenfalls in den ersten fünf Jahren nach In-Kraft-Treten des AV) nur angehört werden muss.

f) *Zivilrechtliche Verfahrensvorschriften (Art. 65 lit. c EGV)*

Art. 65 lit. c EGV erteilt der Gemeinschaft den Auftrag zur Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der mitgliedstaatlichen zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann dabei an die Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit nationalen Zivilprozessrechts mit Art. 12 EGV²²² und den Grundfreiheiten anknüpfen.²²³ So hat der Gerichtshof z. B. die Pflicht zur Leistung einer Prozesskostensicherheit durch Ausländer (§ 110 ZPO a. F.) als Verstoß gegen Art. 12 EGV angesehen, soweit sie einem Unionsbürger in einem Rechtsstreit auferlegt wird, der mit der Ausübung der Grundfreiheiten zusammenhängt.²²⁴

g) *Ersetzung völkerrechtlicher Abkommen zur justitiellen Zusammenarbeit durch EG-Sekundärrecht*

Es stellt sich die Frage, welche praktischen Vorteile, aber auch welche rechtlichen Schwierigkeiten die Überführung bereits ausgearbeiteter Übereinkommen - ggf. in modifizierter Form - in gemeinschaftliches Sekundärrecht mit sich bringt:

(1) **EuGVÜ**

Die Kommission hat dem Rat Ende 1997 einen Vorschlag zur Ersetzung des EuGVÜ durch ein neues Übereinkommen unterbreitet.²²⁵ Dieser basiert zwar auf Art. K.3 II EUV a. F.,²²⁶ sieht aber ausdrücklich eine Anpassung an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen nach In-Kraft-Treten des AV vor,²²⁷

222 Art. 6 EGV a. F.

223 Besse, ZEuP 1999, 107, 115 f.

224 EuGH - Hayes/Kronenberger, C-323/95, Slg. 1997 I-1711, 1726 Rn. 25 zu Art. 6 EGV a. F.

225 KOM (97) 609 endg.

226 KOM (97) 609 endg., S. 6. Diese Rechtsgrundlage mag auf den ersten Blick verwundern, da das EuGVÜ kein Unionssekundärrecht darstellt, sondern vielmehr aus dem Handlungsauftrag des Art. 220 EGV a. F. an die Mitgliedstaaten resultiert. Art. 220 EGV a. F. sah jedoch, anders als Art. K.3 II EUV a. F., kein Vorschlagsrecht der Kommission vor, so dass diese wohl deshalb auf Art. K.3 II EUV a. F. zurückgegriffen hat.

227 KOM (97) 609 endg., S. 2 und 6.

etwa durch Umformung in ein Gemeinschaftsinstrument.²²⁸ Am 14.7.1999 hat die Kommission einen entsprechenden Verordnungsvorschlag verabschiedet.²²⁹ Der Vorteil einer Vergemeinschaftung des EuGVÜ besteht darin, dass spätere Änderungen ohne langwierige Ratifikationsverfahren leichter und schneller zu implementieren sind. Dies ist gerade im Hinblick auf die bevorstehende EU-Osterweiterung von Vorteil, da ansonsten, ähnlich wie bei bisherigen Beitrittsübereinkommen neuer Mitgliedstaaten zum EuGVÜ, mit langen Verzögerungen zu rechnen wäre, die die Rechtsanwendung deutlich erschweren würden. So wurde z. B. das Übereinkommen von Donostia-San Sebastián über den Beitritt Spaniens und Portugals zum EuGVÜ vom 26.5.1989²³⁰ erst 1997 von Belgien ratifiziert, so dass das EuGVÜ im Verhältnis dieser Staaten zueinander während der dazwischen liegenden acht Jahre nicht angewandt werden konnte.²³¹

Eine gemeinschaftsrechtliche Regelung ist jedoch insofern problematisch, als das Auslegungsprotokoll zum EuGVÜ (Luxemburger Protokoll)²³² in Art. 2 sowohl den obersten Gerichten der Mitgliedstaaten als auch den Gerichten, die als Rechtsmittelinstanz entscheiden, das Recht verleiht, dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen. Für die letztgenannten Gerichte gilt dies auch dann, wenn sie nicht letztinstanzlich entscheiden. Dagegen sieht Art. 68 I EGV, der im Falle eines auf Art. 65 EGV gestützten Sekundärrechtsaktes anwendbar wäre, ein Vorlagerecht nur für letztinstanzliche Gerichte vor, was im Vergleich zum Luxemburger Protokoll ein Rechtsschutzdefizit bedeuten würde. Allerdings soll der Rat gemäß Art. 67 II 2. Spstr. EGV nach Ablauf einer Übergangsfrist von fünf Jahren die Bestimmungen über die Zuständigkeit des Gerichtshofs an die allgemeinen Regeln der Art. 220 ff. EGV²³³ anpassen. Ohne diese Anpassung stünde eine gemeinschaftsrechtliche Regelung unter gleichzeitiger Reduzierung der Vorlagemöglichkeiten im Widerspruch zu der in Art. 2 5. Spstr. und Art. 3 I EUV²³⁴ postulierten Wahrung und Weiterentwicklung des *acquis communautaire*. Zwar handelt es sich beim EuGVÜ weder um primäres

228 KOM (97) 609 endg., S. 11.

229 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.7.1999, S. 27; vgl. auch EU-Nachrichten Nr. 29 vom 21.7.1999, S. 2.

230 BGBl. 1994 II, S. 519.

231 Vgl. Besse, ZEuP 1999, 107, 120.

232 Luxemburger Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof vom 3.6.1971 (BGBl. 1972 II, S. 846) i. d. F. des 3. Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989 (BGBl. 1994 II, S. 531).

233 Art. 164 ff. EGV a. F.

234 Art. B. 5. Spstr. und C. I EUV a. F.

noch um sekundäres EG-Recht; dennoch ist dieses Abkommen auf Grund seiner besonderen Bedeutung für die Realisierung der Grundfreiheiten, seines Bezugs zu Art. 293 EGV und seiner Auslegung durch den EuGH in besonderer Weise mit der Gemeinschaft verbunden,²³⁵ so dass es zum gemeinschaftlichen Besitzstand gezählt werden darf.²³⁶

Ein weiterer Nachteil einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung liegt darin, dass Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich gemäß Art. 69 EGV grundsätzlich nicht an Maßnahmen im Bereich des Titels IV EGV teilnehmen. Zwar ist durchaus wahrscheinlich, dass sich Irland und das Vereinigte Königreich an einer Vergemeinschaftung des EuGVÜ bzw. eines nachfolgenden Regelungswerkes beteiligen, da sie ohnehin bereits dieses Abkommen unterzeichnet haben und das Protokoll Nr. 4 die Beteiligung an einzelnen Maßnahmen nach Titel IV EGV zulässt. Eine solche Möglichkeit schließt hingegen das Protokoll über die Position Dänemarks prinzipiell aus, so dass eine Ersetzung des EuGVÜ durch EG-Sekundärrecht für diesen Mitgliedstaat unbeachtlich wäre. Folglich ist eine Teilnahme Dänemarks an der künftigen justitiellen Zusammenarbeit zumindest nach dem Wortlaut des Protokolls ausgeschlossen. Derartiges kann indes kaum von der dänischen Regierung beabsichtigt worden sein, da Dänemark bislang in vollem Umfang an der justitiellen Zusammenarbeit beteiligt war und diese von großer Bedeutung für die Verwirklichung der Grundfreiheiten ist. Denkbar ist daher, dass ein EG-Rechtsakt, der das EuGVÜ ersetzt, in analoger Anwendung des Art. 5 I 2 des Protokolls über die Position Dänemarks²³⁷ für Dänemark nur völkerrechtliche Verpflichtungen auslöst.²³⁸ Dabei bliebe es jedoch im Verhältnis zwischen Dänemark und den übrigen Mitgliedstaaten bei den Nachteilen der bisherigen Situation. Eine analoge Anwendung des Art. 5 I 2 auf Irland und das Vereinigte Königreich ist hingegen mangels einer Regelungslücke nicht möglich, da das Protokoll über die Position dieser beiden Mitgliedstaaten ihnen die Möglichkeit eröffnet, an Maßnahmen nach Titel IV EGV teilzunehmen.²³⁹

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass bei einer Umwandlung des EuGVÜ in Sekundärrecht künftig die Gemeinschaft zur Aushandlung von Änderungen

235 Vgl. *Kropholler*, Einl. Rn. 10.

236 *Besse*, ZEuP 1999, 107, 120.

237 Zur analogen Anwendung des Art. 5 I 2 des Protokolls über die Position Dänemarks auf eine Vergemeinschaftung des DÜ s. o., IV B 2 b (1).

238 Vgl. *Besse*, ZEuP 1999, 107, 121, der diese Analogie allerdings auch für das Vereinigte Königreich und Irland für zulässig hält.

239 S. o., IV B 2 b (1).

des Parallelabkommens von Lugano²⁴⁰ mit dessen Signatarstaaten zuständig wäre.

(2) EVÜ

Für das EVÜ existiert zwar ein dem Niveau des Luxemburger Protokolls entsprechendes Auslegungsprotokoll; dieses ist allerdings mangels Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten über zehn Jahre nach seiner Unterzeichnung immer noch nicht in Kraft getreten.²⁴¹ Insofern kann es, anders als das Luxemburger Protokoll, auch nicht zum *acquis communautaire* gezählt werden, so dass gegen eine Überführung in gemeinschaftliches Sekundärrecht auf der Basis des Art. 65 lit. b EGV wegen einer Beschränkung des Rechtsschutzsystems keine juristischen Bedenken im Hinblick auf Art. 2 5. Spstr. und Art. 3 I EUV bestehen. Eine Vergemeinschaftung wäre zwar rechtspolitisch wegen der damit verbundenen Nivellierung des Rechtsschutzniveaus, auf das sich die Vertreter der Mitgliedstaaten einmal geeinigt haben, nicht unbedenklich; dieser Nachteil sollte jedoch in Kauf genommen werden, da die mit einer Vergemeinschaftung des EVÜ verbundenen Vorteile überwiegen. So ist ein tatsächlich angewendetes Rechtsschutzsystem nach Art. 68 EGV einem theoretisch besseren, aber mangels Ratifikation nicht realisierbarem vorzuziehen.

Allerdings wäre eine Beteiligung Dänemarks ausgeschlossen, so dass das EVÜ entsprechend den zum EuGVÜ getroffenen Feststellungen gegenüber diesem Mitgliedstaat weiterhin als völkerrechtlicher Vertrag gelten müsste.

(3) Unterzeichnete, aber noch nicht ratifizierte Übereinkommen

Die Mitgliedstaaten könnten die Ratifikation der im Rahmen der dritten Säule oder nach Art. 220 EGV a. F. ausgearbeiteten, aber noch nicht ratifizierten Übereinkommen (Europäisches Insolvenzübereinkommen, Übereinkommen zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts, Europäisches Zustellungsübereinkommen²⁴²) aussetzen, um eine künftige gemeinschaftsrechtliche Regelung auf der Basis des Art. 65 EGV zu ermöglichen. Damit wären auch für diese Bereiche die Vorteile eines schnelleren In-Kraft-Tretens und rascherer Revisionsmöglichkeiten verbunden. Allerdings bestehen wie beim EVÜ rechtspolitische Bedenken, da für die drei Übereinkommen ebenfalls Regelungen vorgesehen sind, nach denen auch nicht

240 Luganer Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988, BGBl. 1994 II, S. 2660.

241 S. o., IV B 5 e.

242 S. o., IV B 5 a und b.

letztinstanzliche Gerichte dem EuGH Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vorlegen dürfen.²⁴³ Wie beim EVÜ überwiegen jedoch im Ergebnis die Vorteile einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung, da das beste Rechtsschutzsystem wenig Nutzen bringt, wenn es wegen langwieriger Ratifikationsverfahren nicht in Kraft tritt.

Ein Nachteil bestünde jedoch auch hier in der Schaffung eines geteilten Rechtsraumes, der durch die gesonderte Position zumindest Dänemarks entstünde.

Mittlerweile hat die EG den Weg zur Vergemeinschaftung der genannten Übereinkommen beschritten. So liegt dem Rat eine Initiative Deutschlands und Finnlands zur Umwandlung des Insolvenzabkommens in eine Verordnung vor.²⁴⁴ Darüber hinaus hat die Kommission vorgeschlagen, den Inhalt des Übereinkommens zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts in Form einer Verordnung²⁴⁵ und den Inhalt des Zustellungsübereinkommens in Form einer Richtlinie zu verabschieden.²⁴⁶ Diese Vorschläge ändern den Inhalt der Übereinkommen nur insofern, als er an den AV angepasst werden musste. So sind etwa die in den Auslegungsprotokollen enthaltenen Vorschriften über die Zuständigkeit des EuGH gestrichen worden.²⁴⁷

(4) Übereinkommen, die sich noch in der Ausarbeitungsphase befinden

Auch die Übereinkommen, die weder Vorläufer haben noch bereits vollständig ausgearbeitet sind, sollten wegen der Vorteile eines schnelleren In-Kraft-Tretens und rascherer Revisionsmöglichkeiten in Form von gemeinschaftlichem Sekun-

243 Art. 44 des Europäischen Insolvenzübereinkommens (ZEuP 1996, 311), Art. 2 des Auslegungsprotokolls zum Übereinkommen zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts (ABl. 1998 Nr. C 221, S. 20) und Art. 2 des Auslegungsprotokolls zum Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1997 Nr. C 261, S. 18).

244 Initiative der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Finnland - dem Rat am 26. Mai 1999 vorgelegt - im Hinblick auf die Annahme einer Verordnung des Rates über Insolvenzverfahren, ABl. 1999 Nr. C 221, S. 8.

245 Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, KOM (99) 220 endg.

246 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, KOM (99) 219 endg.

247 KOM (99) 219 und 220 endg., jeweils S. 7 ff.

därrecht verabschiedet werden. Hiervon betroffen sind das geplante Übereinkommen über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II") sowie die Vorarbeiten für die Schaffung eines europäischen Vollstreckungstitels.²⁴⁸ Ihre Verabschiedung als gemeinschaftliches Sekundärrecht wäre allerdings noch einfacher zu bewerkstelligen als die Überführung der bereits unterzeichneten, aber noch nicht ratifizierten Abkommen in das EG-Recht, da kein Ratifikationsverfahren ausgesetzt werden müsste.

h) Kritik

Unabhängig von der grundsätzlich positiv zu bewertenden Schaffung einer Gemeinschaftskompetenz im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit, ist die systematische Stellung des Art. 65 EGV in Titel IV EGV zu bemängeln. So hat diese Norm mit den Art. 62 und 63 EGV, die der Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen und dem Wegfall der Binnengrenzen dienen, wenig gemein.²⁴⁹ Geradezu entlarvend liest sich in diesem Zusammenhang Art. 2 4. Spstr. EUV, wonach im angestrebten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts der freie Personenverkehr unter anderem i. V. m. geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl und die Einwanderung gewährleistet ist. In dieser Beschreibung des Titels IV EGV fehlt die justitielle Zusammenarbeit. Außerdem ist diese nicht lediglich von Bedeutung für den freien Personenverkehr i. S. d. Art. 14 EGV, sondern spielt auch in anderen Bereichen, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, eine wichtige Rolle.

Der systematische Zusammenhang des Art. 65 EGV hat zur Folge, dass die justitielle Zusammenarbeit gemäß Art. 67 I EGV dem Einstimmigkeitszwang unterliegt und nach Art. 68 I EGV nationale Gerichte nur beschränkt vorlageberechtigt sein werden. Schließlich führen die nur in Bezug auf Titel IV EGV geltenden Sonderregelungen für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich zu Schwierigkeiten. Das spezielle Regime des Titels IV EGV ist jedoch im Hinblick darauf entstanden, dass durch ihn aus Sicht der staatlichen Souveränität besonders sensible Materien vergemeinschaftet werden. Bei der zivilrechtlichen Justizpolitik handelt es sich jedoch aus der Sicht der Mitgliedstaaten um einen deutlich weniger sensiblen Bereich als bei der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen und der Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen.

Dieser Konstruktionsfehler resultiert daraus, dass fast bis zum Schluss der

248 Vgl. Nr. 5.1. d und b der Entschließung des Rates vom 18.12.1997 zur Festlegung der Prioritäten für die ZBJI für den Zeitraum vom 1.1.1998 bis zum In-Kraft-Treten des AV, ABl. 1998 Nr. C 11, S. 1.

249 *Bribosia*, RMUE 1998, 27, 40.

Revisionskonferenz umstritten war, ob die justitielle Zusammenarbeit der ersten oder der dritten Säule zugeordnet werden sollte²⁵⁰ und daher einige Probleme unbeachtet blieben. Sinnvoller wäre es gewesen, diese Thematik in einem anderen systematischen Zusammenhang oder einem eigenen Titel unterzubringen.²⁵¹

6. *Behördenzusammenarbeit (Art. 66 EGV)*

Gemäß Art. 66 EGV kann der Rat Vorschriften für die im Rahmen des Titels IV EGV stattfindende Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden untereinander sowie zwischen ihnen und der Kommission erlassen. Durch diese Norm, die an die Stelle der vagen Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. K.3 I 2 EUV a. F. tritt, erhält die Gemeinschaft die Kompetenz zur Regelung diesbezüglicher Fragen der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsverfahrens.²⁵²

7. *Internationale Abkommen*

Im Sinne der AETR-Rechtsprechung²⁵³ kann die Gemeinschaft nach dem Verfahren des Art. 300 EGV²⁵⁴ mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen im Bereich des Titels IV EGV völkerrechtliche Übereinkommen abschließen.²⁵⁵ Diese Zuständigkeit besteht trotz des *opt-outs* Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs. Die Vertragsabschlusskompetenz der EG wird in Art. 2 des Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands sowie in Art. 2 des Protokolls über die Position Dänemarks vorausgesetzt. Zu beachten sind jedoch das Protokoll Nr. 8 und die Erklärung Nr. 18, nach denen sich die Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen entgegen der AETR-Rechtsprechung eigene Außenkompetenzen vorbehalten.²⁵⁶

8. *Weitere Überführung von Kompetenzen aus der dritten in die erste Säule (Art. 42 EUV)*

Hinzuweisen ist schließlich noch auf Art. 42 EUV, der - ähnlich wie Art. K.9 EUV a. F. - einen einstimmigen, ratifikationsbedürftigen Ratsbeschluss vorsieht,

250 Labayle, RTDE 1997, 813, 856.

251 Bribosia, RMUE 1998, 27, 41.

252 Pechstein/Koenig Rn. 381.

253 S. o., IV B 1 b (2).

254 Art. 228 EGV a. F.

255 Thun-Hohenstein, S. 40.

256 S. o., IV B 1 b (2) (Protokoll Nr. 8) und IV B 2 f (Erklärung Nr. 18).

wonach Maßnahmen in den in Art. 29 EUV genannten Bereichen unter Titel IV EGV fallen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass diese Vorschrift in der Praxis genauso bedeutungslos bleiben wird wie Art. K.9 EUV a. F.²⁵⁷

C. Beschlussfassung (Art. 67 EGV)

1. K.4-Ausschuss und Konferenz der Europa-Ausschüsse

Eine Beteiligung des K.4-Ausschusses an der Beschlussfassung ist, anders als in Art. 100d EGV a. F., nicht mehr vorgesehen. Der Ausschuss wird künftig nur noch im Rahmen der dritten Säule tätig (Art. 36 I EUV). Dagegen wertet das Protokoll (Nr. 13) über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union die Befugnisse der nationalen Legislativorgane auf. Im Hinblick auf die Errichtung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist insbesondere Nr. 5 des Protokolls Nr. 13 von Interesse. Hiernach darf die 1989 gegründete²⁵⁸ Konferenz der Europa-Ausschüsse (COSAC) Vorschläge oder Initiativen, die Individualrechte betreffen können, einer Prüfung unterziehen, deren Ergebnisse sie dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mitteilt. Die COSAC setzt sich aus jeweils sechs Vertretern der nationalen Legislativorgane zusammen (aus Deutschland vier Abgeordnete des Bundestages und zwei Mitglieder des Bundesrates).²⁵⁹

2. Übergangszeit (Art. 67 I und III EGV)

Während einer Übergangszeit von fünf Jahren nach In-Kraft-Treten des AV beschließt der Rat gemäß Art. 67 I EGV Maßnahmen im Bereich des Titels IV EGV grundsätzlich einstimmig auf Vorschlag der Kommission oder auf Initiative eines Mitgliedstaates und nach Anhörung des Europäischen Parlaments. Dieses Verfahren gilt jedoch nicht für die Erstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige der Visumpflicht unterliegen oder davon befreit sind, sowie für die einheitliche Visumgestaltung (Art. 67 III 1. Spstr. i. V. m. Art. 62 Nr. 2 lit. b Ziffern i und iii EGV). Hier entscheidet der Rat von Anfang an mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments. Diese Ausnahme von Art. 67 I EGV resultiert daraus, dass die genannten Maßnahmen und das entsprechende Entscheidungsverfahren bereits zum größten Teil in Art. 100c EGV a. F. vorgesehen waren (nicht

257 S. o., II B 2 a.

258 Piepenschneider, S. 65.

259 Piepenschneider, S. 65.

allerdings die Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige nicht visumpflichtig sind).

Das Verfahren des Art. 67 I EGV, das für den weitaus größten Teil der Kompetenzen in Titel IV EGV gilt, ist dagegen mit Relikten aus der dritten Säule beschwert. So wird weiterhin grundsätzlich Einstimmigkeit im Rat verlangt, was ein wesentlicher Grund für das Scheitern der ZBJI war.²⁶⁰ Einschränkung ist allerdings hinzuzufügen, dass für das Erreichen der Einstimmigkeit grundsätzlich nicht die Stimmen Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs erforderlich sind. Insbesondere die Briten hatten in der Vergangenheit immer wieder Entscheidungen blockiert.²⁶¹ Ein weiteres Relikt stellt das Initiativrecht der Mitgliedstaaten dar (vgl. Art. K.3 II EUV a. F.). Damit wird das im Gemeinschaftsrecht geltende Vorschlagsmonopol der Kommission durchbrochen. Hierin kommt ein bedenkliches Misstrauen der Mitgliedstaaten gegenüber diesem Gemeinschaftsorgan zum Ausdruck. Schließlich trägt auch das bloße Anhörungsrecht des Europäischen Parlaments nicht zum Abbau des oft beklagten demokratischen Defizits der EG²⁶² bei. Die reduzierten Beteiligungsbefugnisse der Kommission und des Parlaments wiegen umso schwerer, als gerade während der Übergangszeit eine Reihe wichtiger Entscheidungen getroffen werden.

3. *Nach Ablauf der Übergangszeit (Art. 67 II und III EGV)*

Nach Ablauf der Übergangszeit werden Vorschriften über die Erteilung kurzfristiger Visa durch die Mitgliedstaaten sowie über ein einheitliches Visum im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV²⁶³ erlassen (Art. 67 III 2. Spstr. i. V. m. Art. 62 Nr. 2 lit. b Ziffern ii und iv EGV). Weiterhin entfällt zu diesem Zeitpunkt gemäß Art. 67 II 1. Spstr. EGV für alle Bereiche des Titels IV EGV das mitgliedstaatliche Initiativrecht, d. h. das Vorschlagsmonopol der Kommission wird wiederhergestellt. Allerdings muss diese, wie bereits nach Art. 100c IV EGV a. F., Anträge von Mitgliedstaaten prüfen, in denen sie versucht wird, dem Rat einen Vorschlag zu unterbreiten.²⁶⁴ Schließlich fasst der Rat einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments einen Beschluss, wonach auf alle oder einige Bereiche des Titels IV EGV das Mitentscheidungsverfahren Anwendung findet. Die Erklärung Nr. 21 der Regierungskonferenz sieht vor, dass die Einzelheiten hierfür bereits vor Ablauf der Übergangszeit

260 S. o., II B 3.

261 Vgl. *Labayle*, RTDE 1997, 813, 841.

262 Vgl. *Streinz* Rn. 281 ff.

263 Durch den AV modifizierter Art. 189b EGV a. F.

264 Vgl. hierzu die obigen Ausführungen zu Art. 100c IV EGV a. F., II B 1.

beraten werden, so dass der Beschluss unmittelbar danach gefasst und angewendet werden kann. Ein automatischer Übergang zum Mitentscheidungsverfahren, wie er noch bis zum Amsterdamer Gipfel vorgesehen war, wurde von der deutschen Delegation auf Druck der Bundesländer verhindert. Diese befürchteten eine Benachteiligung Deutschlands in Fragen der Flüchtlings-, Vertriebenen- und Einwanderungspolitik.²⁶⁵

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 67 II 2. Spstr. EGV ist der Rat zu einem entsprechenden Beschluss verpflichtet, wobei es jedoch in seinem Ermessen liegt, auf welche Bereiche Art. 251 EGV angewandt wird. Vom Wortlaut sowie vom Sinn und Zweck des Art. 67 II 2. Spstr. EGV gedeckt wäre auch ein Ratsbeschluss, wonach auf einige Bereiche das Mitentscheidungsverfahren Anwendung findet, wohingegen bei anderen z. B. eine Mitentscheidung des Parlaments wie in Art. 18 II EGV²⁶⁶ mit Einstimmigkeit im Rat kombiniert wird,²⁶⁷ oder nach dem Vorbild des Art. 67 III 1. Spstr. EGV der Rat mit qualifizierter Mehrheit nach Anhörung des Parlaments entscheidet.

Unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips bestehen allerdings ab dem Zeitpunkt, zu dem das Europäische Parlament in bestimmten Fragen des Titels IV EGV zum Mitgesetzgeber wird, Bedenken: obwohl das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark grundsätzlich an Maßnahmen nach Titel IV EGV nicht teilnehmen, können die von dort stammenden Abgeordneten bei diesbezüglichen Abstimmungen mitentscheiden.²⁶⁸ Das Parlament repräsentiert jedoch nicht die Gesamtheit der Unionsbürger, sondern besteht gemäß Art. 189 S. 1 EGV²⁶⁹ aus Vertretern der Völker. Die Abgeordneten dieser drei Mitgliedstaaten sollten sich daher bei Abstimmungen über Themen des Titels IV EGV der Stimme zu enthalten, sofern ihr Land nicht betroffen ist.

D. *Justitiabilität (Art. 68 EGV)*

Art. 68 EGV beinhaltet einige Sonderregelungen hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofs, die z. T. deutlich von den allgemeinen Regeln der Art. 220 ff. EGV²⁷⁰ abweichen.

265 *Petite*, RMUE 1997, 17, 29.

266 Art. 8a II EGV a. F.

267 *Thun-Hohenstein*, S. 36 und S. 39 Fn. 21.

268 *Welte*, ZAR 1998, 67.

269 Art. 137 EGV a. F.

270 Art. 164 ff. EGV a. F.

1. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 68 I EGV)

a) Beschränkung der Vorabentscheidungsverfahren

Art. 68 I EGV modifiziert für Titel IV EGV bzw. hierauf gestütztes Sekundärrecht das in Art. 234 EGV²⁷¹ geregelte Vorabentscheidungsverfahren in einigen Punkten. Nach Art. 68 I EGV legt ein Gericht, dessen Entscheidungen innerstaatlich nicht mehr anfechtbar sind, eine Frage dem EuGH zur Auslegung vor, wenn es eine Entscheidung hierüber zum Erlass eines Urteils für erforderlich hält. Eine fakultative Vorlage durch nicht letztinstanzlich entscheidende Gerichte, wie sie in Art. 234 II EGV vorgesehen ist, schließt Art. 68 I EGV damit aus. Hierdurch soll vor allem eine befürchtete Überlastung des EuGH durch eine Vielzahl von Vorabentscheidungsverfahren in asylrechtlichen Streitigkeiten vermieden werden.²⁷² Dagegen ist der Sinn dieser Beschränkung für Fragen der justitiellen Zusammenarbeit nicht einsichtig.²⁷³

Probleme wirft Art. 68 I EGV auf, wenn ein unterinstanzliches Gericht eine auf Titel IV EGV gestützte Norm für nichtig erachtet. Nach der sog. Foto-Frost-Doktrin des EuGH, die dieser zu Art. 234 II EGV²⁷⁴ entwickelt hat, ist ein solches Gericht trotz des Wortlauts der Norm, der nur eine fakultative Vorlage vorsieht, verpflichtet, dem EuGH die Frage nach der Gültigkeit vorzulegen, da nur dieser die Verwerfungskompetenz für Sekundärrecht besitzt.²⁷⁵ Fraglich ist jedoch, ob die Foto-Frost-Doktrin in Anbetracht der Tatsache, dass Art. 68 I EGV nicht einmal ein Vorlagerecht unterinstanzlicher Gerichte vorsieht, auch in Bezug auf Rechtsakte nach Titel IV EGV Anwendung finden kann. Dafür spricht, dass ansonsten unterinstanzlichen Gerichten eine Verwerfungskompetenz über EG-Sekundärrecht zugebilligt werden müsste. Damit wäre die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts, die der EuGH in besonderem Maße zu schützen sucht,²⁷⁶ gefährdet. Daher muss ein unterinstanzliches Gericht in Fortführung der Foto-Frost-Rechtsprechung auch dann vorlegen, wenn es eine auf Titel IV EGV gestützte Norm für ungültig erachtet.²⁷⁷ Besonderheiten gelten allerdings in Bezug auf Rechtsakte i. S. d. Art. 68 II EGV.²⁷⁸

271 Art. 177 EGV a. F.

272 *Langrish*, ELR 1998, 3, 8.

273 S. o., IV B 5 h.

274 Genau genommen zu Art. 177 II EGV a. F.

275 EuGH - Foto-Frost, 314/85, Slg. 1987, 4199, 4231 Rn. 17.

276 EuGH - Foto-Frost, 314/85, Slg. 1987, 4199, 4231 Rn. 15.

277 *Winkler*, in: *Bergmann/Lenz*, Kap. 2 Rn. 67.

278 Näheres dazu unten, IV D 2.

b) *Vorlagepflicht oder Vorlagerecht*

Die Formulierung "...so legt dieses Gericht (d. h. das Gericht, dessen Entscheidungen mit innerstaatlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar sind, d. Verf.)...die Frage...vor, wenn es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält" lässt offen, ob daraus eine Verpflichtung oder lediglich ein Recht zur Vorlage entscheidungserheblicher Fragen resultiert. In der Literatur wird beides vertreten.²⁷⁹ Eine entsprechende Wendung findet sich in Art. 234 EGV nicht. Nach dessen Abs. 2 *kann*²⁸⁰ ein (unterinstanzliches) Gericht eine Frage vorlegen, wenn es die Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält; nach Abs. 3 ist ein letztinstanzliches Gericht bei einer derartigen Frage zur Anrufung des Gerichtshofs *verpflichtet*.²⁸¹ Diese Formulierungen finden sich auch in Art. 3 des Luxemburger Protokolls zur Auslegung des EuGVÜ.

Gegen eine Art. 68 I EGV zu entnehmende Vorlagepflicht scheint vor allem zu sprechen, dass dieser den klaren Wortlaut des Art. 234 III EGV nicht wiederholt (*arg. e contrario*).²⁸² Allerdings lässt die Formulierung "so legt es diese Frage vor" einem nationalen Gericht genauso wenig Ermessensspielraum wie "so ist es zur Anrufung verpflichtet". Überdies könnte genauso gut aus einem Vergleich zu Art. 234 II EGV, der eindeutig von einer fakultativen Vorlage ausgeht, der Gegenschluss gezogen werden, Art. 68 I EGV konstituiere eine Vorlagepflicht.²⁸³ Auch die englische Vertragsfassung ("that court...shall request the Court of Justice") spricht eher für eine Vorlagepflicht.²⁸⁴ Vor allem aber eine teleologische Auslegung verdeutlicht, dass die Norm keineswegs von einer fakultativen, sondern von einer obligatorischen Vorlage ausgeht. So wäre die vom EuGH besonders hervorgehobene einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts²⁸⁵ gefährdet, wenn die Vorlage einer entscheidungserheblichen Frage im Ermessen des letztinstanzlichen nationalen Richters stünde.²⁸⁶ Zwar sind Entscheidungsdivergenzen unvermeidlich, da untere Instanzen grundsätzlich nicht vorlegen können; gerade dann muss aber die Einheitlichkeit der Urteile höherer

279 Für eine Vorlagepflicht: *Piepenschneider*, S. 53 Fn. 251; *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450, 452; *Gialdino*, RMUE 1998, 89, 105 ff. Dagegen: *Sauron*, RD 1998, 69, 74; *Labayle*, RTDE 1997, 813, 863; *Lang*, ZAR 1998, 59, 64; *Meng*, in: *Hummer*, S. 169.

280 Hervorhebung durch den Verfasser.

281 Hervorhebung durch den Verfasser.

282 *Sauron*, RD 1998, 69, 74; *Labayle*, RTDE 1997, 813, 863; *Lang*, ZAR 1998, 59, 64.

283 *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450, 452.

284 *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450, 452.

285 EuGH - Foto-Frost, 314/85, Slg. 1987, 4199, 4231 Rn. 15.

286 *Piepenschneider*, S. 53 Fn. 251.

Instanzen umso eher gewährleistet sein. Folglich ist der letztinstanzliche nationale Richter nach Art. 68 I EGV verpflichtet, eine Frage, die er für entscheidungserheblich hält, dem EuGH vorzulegen.

c) *Abstrakt oder konkret letztinstanzliche Gerichte*

Art. 68 I EGV beschränkt die Vorlageverpflichtung auf einzelstaatliche Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Diese Formulierung entspricht der des Art. 234 III EGV. An diesem (bzw. an Art. 177 III EGV a. F.) hat sich jedoch der Streit entzündet, ob damit die obersten nationalen Gerichte gemeint sind (sog. abstrakte Betrachtungsweise)²⁸⁷ oder alle Gerichte, die in dem konkreten Verfahren letzte Instanz sind (sog. konkrete Betrachtungsweise).²⁸⁸ Für die erste Ansicht wird argumentiert, es komme Art. 234 EGV nicht darauf an, dass sich das Europarecht in allen Fällen durchsetze. Vielmehr solle diese Norm generell eine einheitliche Rechtsprechung sichern, so dass es nahe liege, nur die Gerichte als vorlagepflichtig anzusehen, denen im nationalen Rechtsraum die Funktion zukomme, Rechtseinheit zu gewährleisten.²⁸⁹ Zugunsten einer konkreten Betrachtungsweise wird dagegen angeführt, wirkliche Rechtseinheit sei nur zu erreichen, wenn auch Gerichte, die im konkreten Verfahren die letzte Instanz sind, vorlagepflichtig seien.²⁹⁰ Dieser Ansicht ist im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, der in besonderem Maße den Gedanken der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts betont,²⁹¹ beizupflichten.

Entsprechend muss daher auch Art. 68 I EGV verstanden werden. Bei diesem kommt noch hinzu, dass er - anders als Art. 234 II EGV - nicht einmal ein Vorlagerecht zu Gunsten von Gerichten vorsieht, die nicht in letzter Instanz entscheiden. Da dieses Korrektiv zur Wahrung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts fehlt, muss erst recht von einer Vorlagepflicht konkret letztinstanzlicher Gerichte ausgegangen werden.²⁹²

287 Dafür *Bleckmann*, in: *ders.* Rn. 921.

288 Hierfür *Streinz* Rn. 562.

289 *Bleckmann*, in: *ders.* Rn. 921.

290 *Streinz* Rn. 562.

291 EuGH - Foto-Frost, 314/85, Slg. 1987, 4199, 4231 Rn. 15.

292 Mit dem gleichen Ergebnis *Streinz*, EuZW 1998, 137, 142; *Pechstein/Koenig* Rn. 383; *Müller-Graff*, *Integration* 1997, 271, 280 sowie die *Bundesregierung*, Denkschrift zum AV, BR-Drs. 784/97, S. 139, 152.

2. *Teilweiser Ausschluss der EuGH-Kompetenz (Art. 68 II EGV)*

Nach Art. 68 II EGV ist der Gerichtshof nicht für Entscheidungen über Maßnahmen oder Beschlüsse des Rates nach Art. 62 Nr. 1 EGV (d. h. bezüglich des Wegfalls der Personenkontrollen an den Binnengrenzen) zuständig, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit betreffen. Ein Beispiel hierfür wäre die kurzzeitige Wiedereinführung von Grenzkontrollen zwischen Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit, wie zwischen Deutschland und Frankreich nach den Krawallen deutscher Hooligans während der Fußballweltmeisterschaft 1998. Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Rechtsakten, die die Ausübung der Außengrenzkontrollen betreffen, ist der Gerichtshof dagegen in vollem Umfang zuständig.²⁹³

Art. 68 II EGV betrifft alle denkbaren Verfahrensarten, nicht lediglich Vorausscheidungsverfahren.²⁹⁴ Er schließt jedoch nur die Zuständigkeit der europäischen, nicht aber der nationalen Gerichtsbarkeit aus. So wäre z. B. ein nationaler Verwaltungsakt, der in Ausführung eines entsprechenden Rechtsakts des Rates ergeht, vor dem zuständigen einzelstaatlichen Gericht anfechtbar. Dieses darf sich dabei wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht am nationalen Verfassungsrecht orientieren, sondern nur an der vom EuGH entwickelten Grundrechtsrechtsprechung.²⁹⁵ Wegen des Fehlens einer übergeordneten Auslegungsinanz ist jedoch die einheitliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts gefährdet. Um diese so weit wie möglich zu gewährleisten, ist von einer Pflicht der nationalen Gerichte aus Art. 10 EGV²⁹⁶ zur Berücksichtigung der Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten auszugehen. Dieser Rechtsgedanke findet sich auch in Art. 18 EVÜ, der die bislang fehlende Auslegungshoheit des EuGH über das Römische Übereinkommen kompensieren will.

Fraglich ist jedoch, wie der nationale (unter- oder letztinstanzliche) Richter vorgehen muss, wenn er einen Rechtsakt des Rates, der die Kriterien des Art. 68 II EGV erfüllt, für einen Verstoß gegen EG-Primärrecht hält und ihn daher unangewendet lassen will. Grundsätzlich wäre er in einem solchen Fall nach der Foto-Frost-Doktrin des EuGH dazu verpflichtet, diesem die Frage nach der Gültigkeit vorzulegen.²⁹⁷ Eine Vorlage ist jedoch bei den in Art. 68 II EGV genannten Rechtsakten explizit ausgeschlossen. Um Rechtsschutzlücken zu vermeiden, vor denen z. B. das BVerfG in seiner sog. Maastricht-

293 *Thun-Hohenstein*, S. 39.

294 *Müller-Graff*, *Integration* 1997, 271, 280.

295 *Karpenstein*, *DVB* 1998, 942, 943.

296 Art. 5 EGV a. F.

297 S. o., IV D 1 a.

Entscheidung gewarnt hat,²⁹⁸ bleibt dem nationalen Richter daher nur die Möglichkeit, entgegen der Foto-Frost-Doktrin den gemeinschaftlichen Sekundärrechtsakt unangewendet zu lassen.

Dies steht nicht im Widerspruch zu der oben unter IV D 1 a getroffenen Feststellung, dass die Foto-Frost-Doktrin grundsätzlich Anwendung findet, wenn unterinstanzliche Gerichte einen EG-Sekundärrechtsakt für nichtig halten. Diese Feststellung muss lediglich insoweit eingeschränkt werden, dass sie nicht gilt, wenn Sekundärrecht i. S. d. Art. 68 II EGV für unwirksam gehalten wird. In diesem Fall ist eine Vorlage nach dem klaren Wortlaut der Norm unzulässig, so wünschenswert sie auch im Sinne der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts wäre.

Eine Zuständigkeit der nationalen Gerichte ist auch für den Fall einer "Scheinverordnung" i. S. d. Art. 230 IV EGV²⁹⁹ anzunehmen, soweit der EuGH nach Art. 68 II EGV nicht entscheiden darf.³⁰⁰ Anders als der EuGH nach Art. 231 EGV,³⁰¹ könnte der mitgliedstaatliche Richter einen von ihm für unwirksam gehaltenen Rechtsakt jedoch nicht mit *erga-omnes*-Wirkung für nichtig erklären, sondern lediglich seine Unanwendbarkeit im konkreten Rechtsstreit feststellen.

3. *Vorlagen im öffentlichen Interesse (Art. 68 III EGV)*

Nach Art. 68 III 1 EGV können der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedstaat dem EuGH eine Frage zur Auslegung des Titels IV EGV oder darauf gestützter Rechtsakte vorlegen. Anlässlich derartiger Vorlagen im öffentlichen Interesse³⁰² ohne konkreten Rechtsstreit wird der Gerichtshof rechtlich verbindliche Gutachten erstellen.³⁰³ Sinn dieses Rechtsinstituts ist zum einen die Verringerung der Anzahl der Vorabentscheidungsverfahren und damit eine Entlastung des Gerichtshofs.³⁰⁴ Zum anderen soll der Wegfall der Vorlagebefugnis nicht letztinstanzlich entscheidender Gerichte, deren Vorabentscheidungsersuchen häufig zu wichtigen Weiterentwicklungen des *acquis communautaire* geführt haben,³⁰⁵ zumindest teilweise kompensiert werden.³⁰⁶

298 BVerfGE 89, 155, 175 ff.

299 Art. 173 IV EGV a. F.

300 Pechstein, DÖV 1998, 569, 576.

301 Art. 174 EGV a. F.

302 Besse, ZEuP 1999, 107, 112.

303 Pechstein/Koenig Rn. 383; Streinz, EuZW 1998, 137, 143.

304 Thun-Hohenstein, S. 40.

305 Monar, ELR 1998, 320, 330.

Das Gemeinschaftsrecht kannte Gutachten ohne Anlass eines konkreten Rechtsstreits bislang lediglich in Art. 300 VI EGV,³⁰⁷ wonach der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedstaat dem Gerichtshof die Frage vorlegen können, ob ein geplantes völkerrechtliches Abkommen der Gemeinschaft rechtmäßig ist. Ein ähnliches Rechtsinstitut findet sich in Art. 4 des Luxemburger Protokolls zur Auslegung des EuGVÜ. Hiernach kann eine von den Mitgliedstaaten zu benennende zuständige Stelle³⁰⁸ beim EuGH beantragen, dass dieser zu einer Auslegungsfrage in Bezug auf das EuGVÜ Stellung nimmt. Voraussetzung ist allerdings, dass Entscheidungen nationaler Gerichte denen des EuGH oder der Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten widersprechen.³⁰⁹ Von dieser Vorlagemöglichkeit wurde zwar in mehr als zwanzig Jahren noch kein Gebrauch gemacht;³¹⁰ dies dürfte indes auf die engen Voraussetzungen zurückzuführen sein, die an eine Antragsbefugnis geknüpft sind.

Besondere Voraussetzungen kennt Art. 68 III EGV über den beschränkten Kreis potentieller Antragsteller (zu dem das Parlament nicht gehört) hinaus dagegen nicht. Daher stehen die Chancen für seine Inanspruchnahme deutlich besser.³¹¹ Die Überprüfung der Gültigkeit von Sekundärrecht ist allerdings in diesem Verfahren nicht vorgesehen. Hierzu müssten der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedstaat eine Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EGV³¹² erheben.

Nach Art. 68 III 2 EGV gilt die Entscheidung, die der EuGH im Verfahren des Art. 68 III 1 EGV fällt, nicht für bereits rechtskräftige Urteile nationaler Gerichte. Diese Einschränkung dient zwar dem Rechtsfrieden, hat aber zur Folge, dass Urteile, die einem späteren Gutachten entgegenstehen, nicht als EG-rechtswidrig angesehen werden dürfen.³¹³ Dies bedeutet nichts anderes als eine Durchbrechung des bislang uneingeschränkten Grundsatzes des Vorrangs des

306 Vgl. *Thun-Hohenstein*, S. 40 Fn. 24.

307 Art. 228 VI EGV a. F.

308 In Deutschland gemäß Art. 3 des Zustimmungsgesetzes vom 7.8.1972 (BGBl. II, S. 845) der Generalbundesanwalt.

309 Entsprechende Regelungen finden sich auch in Art. 45 des Europäischen Insolvenzübereinkommens (ZEuP 1996, 311), in Art. 6 des Auslegungsprotokolls zum Übereinkommen zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts (ABl. 1998 Nr. C 221, S. 20) und in Art. 4 des Auslegungsprotokolls zum Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1997 Nr. C 261, S. 18).

310 *Besse*, ZEuP 1999, 107, 113.

311 *Besse*, ZEuP 1999, 107, 113.

312 Art. 173 EGV a. F.

313 *Pechstein/Koenig* Rn. 383; *Streinz*, EuZW 1998, 137, 143.

Gemeinschaftsrechts.³¹⁴ Die praktische Auswirkung des Art. 68 III 2 EGV wird darin bestehen, dass eine Schadensersatzklage gegen einen Mitgliedstaat wegen einer diesem zuzurechnenden Gerichtsentscheidung³¹⁵ von vornherein aussichtslos ist.³¹⁶ Allerdings würde in solchen Fällen ohnehin kaum ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vorliegen, wie ihn der Gerichtshof in seiner neueren Rechtsprechung als Voraussetzung für einen Staatshaftungsanspruch verlangt.³¹⁷

Zumindest in laufenden bzw. noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren sind die nach Art. 68 II 2 EGV getroffenen Entscheidungen jedoch zu beachten.³¹⁸

4. *Kritik und Änderungsperspektiven*

Die Einschränkung der Vorabentscheidungsverfahren stellt, ähnlich wie die Sonderregelung für die Beschlussfassung nach Art. 67 EGV, eine systemfremde Regelung dar. Ihre tatsächliche Erforderlichkeit zur Vermeidung einer Überlastung des EuGH bedürfte einer empirischen Untersuchung und kann im Rahmen dieser Arbeit nicht überprüft werden. Zu begrüßen ist jedoch, dass diese Einschränkung durch die Einführung eines Vorlageverfahrens im öffentlichen Interesse zumindest teilweise kompensiert wird. Sinnvoll wäre allerdings gewesen, auch dem Europäischen Parlament die Antragsbefugnis zu verleihen und so das Demokratiedefizit der EG weiter abzubauen. Kritik verdient auch Art. 68 III 2 EGV, der den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts durchbricht und damit z. T. die bisherige Rechtsprechung des EuGH konterkariert, obwohl eine besondere Notwendigkeit hierfür nicht zu erkennen ist. Genauso fragwürdig ist die Restriktion der EuGH-Kompetenz durch Art. 68 II EGV, der die einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts gefährdet.

Diese Beschränkungen reflektieren die Angst zumindest einiger Mitgliedstaaten vor einer dynamischen Interpretation des Titels IV EGV bzw. des darauf gestützten Sekundärrechts durch den Gerichtshof,³¹⁹ sollten jedoch aus

314 *Lang*, ZAR 1998, 59, 64; *Karpenstein*, DVBl. 1998, 942, 944. Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts EuGH - *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 ff.

315 EuGH - *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996 I-1029, 1145 Rn. 34.

316 Vgl. *Pechstein/Koenig* Rn. 383.

317 EuGH - *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996 I-1029, 1154 Rn. 74.

318 *Blumann*, RTDE 1997, 721, 746; *Bribosia*, RMUE 1998, 27, 34.

319 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 861.

den genannten Gründen so bald wie möglich wegfallen. Eine entsprechende Änderungsperspektive bietet Art. 67 II 2. Spstr. EGV, wonach die Bestimmungen über die Zuständigkeit des EuGH nach Ablauf des Übergangszeitraums durch einen einstimmigen Ratsbeschluss nach Anhörung des Parlaments angepasst werden. Der Wortlaut dieser Norm impliziert die Verpflichtung des Rates zur Fassung eines entsprechenden Beschlusses. Anpassung bedeutet dabei die möglichst weitgehende Geltung des herkömmlichen Rechtsschutzsystems der Art. 220 ff. EGV³²⁰ auch für Titel IV EGV. Da das Vorlageverfahren im öffentlichen Interesse nach Art. 68 III 1 EGV eine Fortentwicklung des *acquis communautaire* und keine Einschränkung der EuGH-Befugnisse darstellt, dürfte dieses jedoch von der Anpassungspflicht nicht erfasst sein.³²¹

E. Ausnahmeregelungen für das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark (Art. 69 EGV)

1. Das Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands

Das Protokoll (Nr. 4) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands verankert die Sonderrolle, die das Vereinigte Königreich aus geographischen und geopolitischen Gründen (Sonderbeziehungen zu den Ländern des *Commonwealth*) einnehmen will.³²² Zugleich illustriert es erneut die Abhängigkeit Irlands von seinem Nachbarn als Folge der *common travel area*.³²³

Art. 1 S. 1 und Art. 5 des Protokolls sehen vor, dass sich diese beiden Mitgliedstaaten grundsätzlich weder an Maßnahmen nach Titel IV EGV noch an den dadurch entstehenden Kosten beteiligen. Nach Art. 1 S. 2 und 3 sind daher für einstimmige Ratsbeschlüsse oder solche mit qualifizierter Mehrheit ihre Stimmen nicht erforderlich.³²⁴ Gemäß Art. 2 binden grundsätzlich weder die Vorschriften des Titels IV EGV noch darauf beruhendes Sekundärrecht, damit zusammenhängende internationale Übereinkommen oder EuGH-Entscheidungen

320 Art. 164 ff. EGV a. F.

321 *Thun-Hohenstein*, S. 40.

322 *Shaw*, ELJ 1998, 63, 77.

323 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 843; vgl. dazu auch oben, IV B 1 a.

324 Sofern Dänemark (das nie an entsprechenden Abstimmungen teilnehmen wird, vgl. Protokoll Nr. 5), Irland und das Vereinigte Königreich sich nicht beteiligen, sind daher für das Erreichen einer qualifizierten Mehrheit im Rat (gemäß Art. 205 II EGV normalerweise 62 von 87 Stimmen, d. h. ca. 71,26 %) 51 (aufgerundet von 50,59) von 71 verbleibenden Stimmen erforderlich.

die beiden Länder in irgendeiner Form. Diese Vorschrift überrascht insofern, als Irland und das Vereinigte Königreich so künftig auch von Maßnahmen nach Art. 62 Nr. 2 lit. b Ziffern i und iii EGV (visumpflichtige und -freie Drittstaatsangehörige und einheitliche Visumgestaltung) ausgeschlossen sind, obwohl sie bislang nach Art. 100c EGV a. F. daran teilgenommen haben.³²⁵ Insofern stellt das Protokoll einen Rückschritt aus Sicht des *acquis communautaire* dar. Art. 2 lässt jedoch zumindest das bislang nach Art. 100c EGV a. F. ergangene Sekundärrecht unberührt.

Art. 3 I sieht die Möglichkeit eines *opt-ins* während der Beratung über einen Rechtsakt vor. Hiernach können Irland oder das Vereinigte Königreich dem Ratspräsidenten innerhalb von drei Monaten nach der Vorlage eines Kommissionsvorschlages oder einer mitgliedstaatlichen Initiative ihren Willen zur Teilnahme mitteilen, woraufhin sich die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse im Rat entsprechend ändern.³²⁶ Ein britisches oder irisches Initiativrecht ist allerdings nicht vorgesehen. Eine mit Beteiligung dieser Mitgliedstaaten beschlossene Maßnahme ist für sie in vollem Umfang einschließlich der Jurisdiktion des EuGH bindend (Art. 3 I Uabs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 6). Irland hat in einer einseitigen Erklärung zum Ausdruck gebracht, dass es sein Recht zur Teilnahme so weitgehend wahrnehmen will, wie dies mit der Aufrechterhaltung der *common travel area* vereinbar ist.³²⁷

Um eine mögliche Blockade zu vermeiden, sieht Art. 3 II vor, dass der Rat eine Maßnahme ohne irische oder britische Beteiligung annehmen kann, falls ein entsprechender Beschluss nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums zustande kommt. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift obliegt die Bestimmung dieses Zeitraums den zwölf uneingeschränkt an Titel IV EGV teilnehmenden Mitgliedstaaten, wobei die Komplexität der Maßnahme und der Grundsatz des gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens Beachtung finden müssen.³²⁸

Die Möglichkeit eines nachträglichen *opt-ins* bietet Art. 4, wonach das Vereinigte Königreich oder Irland der Kommission und dem Rat jederzeit mitteilen können, an einer bereits verabschiedeten Maßnahme teilnehmen zu wollen. Dar-

325 Mit Ausnahme der Erstellung einer Positivliste, die erst seit dem AV vorgesehen ist, s. o., IV B 1 b (3).

326 Sofern eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist und Irland sowie das Vereinigte Königreich sich an einem Rechtsakt beteiligen wollen, sind 60 (aufgerundet von 59,86) von 84 Stimmen erforderlich. Will sich nur Irland beteiligen, beträgt die qualifizierte Mehrheit 53 (aufgerundet von 52, 73) von 74 Stimmen. Will sich dagegen nur das Vereinigte Königreich beteiligen, sind 58 (aufgerundet von 57,72) von 81 Stimmen erforderlich.

327 S. 1 der Erklärung Irlands zu Art. 3 des Protokolls (Nr. 4 der von der Regierungskonferenz zur Kenntnis genommenen einseitigen Erklärungen).

328 *Ehlermann/Thiery*, EuR 1998, 583, 599.

aufhin findet Art. 11 III EGV sinngemäß Anwendung, d. h., die Kommission leitet das dort vorgesehene Verfahren ein und entscheidet innerhalb von vier Monaten vom Zeitpunkt der Mitteilung an über den Antrag. Bei einem positiven Beschluss wird der teilnahmewillige Mitgliedstaat gemäß Art. 6 in vollem Umfang durch die Maßnahme verpflichtet. Aus dieser Norm könnte gefolgert werden, dass das Protokoll bei künftigen Modifikationen der bindenden Maßnahme keine Anwendung mehr findet. Dagegen spricht jedoch, dass Änderungen durchaus weitgehende Folgen haben können, die von der früheren Zustimmung nicht mehr gedeckt sind.³²⁹

Nach Art. 8 kann sich Irland durch eine einseitige Erklärung gegenüber dem Ratspräsidenten von den Wirkungen des Protokolls befreien, so dass für diesen Mitgliedstaat Titel IV EGV gilt (*opt-out* vom *opt-out*³³⁰). Damit ist Irland jedoch nicht automatisch an alle vorherigen Maßnahmen gebunden, die auf der Grundlage des Titels IV EGV ohne seine Beteiligung verabschiedet bzw. angewendet wurden. Dies zeigt ein Gegenschluss aus Art. 7 S. 2 des Protokolls über die Position Dänemarks, wonach Dänemark, sobald es seine Sonderrolle aufgibt, sämtliche bislang in Kraft getretenen Maßnahmen in vollem Umfang anwendet.

2. *Das Protokoll über die Position Dänemarks*

Das Protokoll (Nr. 5) über die Position Dänemarks unterscheidet sich in einigen Punkten von dem bezüglich des Vereinigten Königreichs sowie Irlands und resultiert nicht aus einer besonderen geographischen oder geopolitischen Situation, sondern aus einer komplizierten verfassungsrechtlichen und innenpolitischen Lage.³³¹ Dänemark hatte sich bereits nach der ersten gescheiterten Volksabstimmung über den Maastrichter Vertrag im Jahre 1992 in der sog. Edinburgher Erklärung u. a. zusichern lassen, dass in rechtlichen und inneren Angelegenheiten lediglich eine zwischenstaatliche Zusammenarbeit unter Vermeidung der supranationalen Gemeinschaftsrechtsordnung stattfindet. Dieser Aspekt der Edinburgher Erklärung findet sich nun im Protokoll Nr. 5 wieder³³² (vgl. auch dessen zweiten Erwägungsgrund).

Die Art. 1 und 2 des Protokolls sind mit den entsprechenden Artikeln des Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands identisch. Nach Art. 3 (der Art. 5 des vorgenannten Protokolls entspricht), entstehen Dä-

329 Ehlermann, EuR 1997, 362, 382.

330 Monar, ELR 1998, 320, 334.

331 Vgl. Ehlermann, EuR 1997, 362, 384.

332 Ring/Olsen-Ring, EuZW 1998, 589, 590.

nemark keine gesonderten Kosten aus Maßnahmen nach Titel IV EGV. Gemäß Art. 4 jedoch gilt das dänische *opt-out*, anders als das irische und britische, nicht für die bereits in Art. 100c EGV a. F. enthaltenen Bereiche der Visumpolitik. Hierdurch wird zumindest für Dänemark ein Rückschritt aus Sicht des *acquis communautaire* vermieden. Vom *opt-out* erfasst ist allerdings die erst seit dem AV in Art. 63 Nr. 1 lit. a EGV vorgesehene Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumpflicht befreit sind (Positivliste).

Anders als für Irland und das Vereinigte Königreich, ist für Dänemark keine Möglichkeit eines *opt-ins* während oder nach der Annahme einer Maßnahme nach Titel IV EGV vorgesehen. Art. 7 gibt Dänemark die Möglichkeit, seine Sonderrolle im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften jederzeit teilweise oder insgesamt aufzugeben (wohingegen Irland nur die Möglichkeit hat, sich Titel IV EGV in seiner Gesamtheit zu unterwerfen³³³). Nach einer entsprechenden Mitteilung an alle Mitgliedstaaten wendet Dänemark sämtliche bis dahin getroffenen einschlägigen Maßnahmen in vollem Umfang an.

V. Das Schengen-Protokoll

A. Einleitung

Eine wichtige Rolle bei der Errichtung des angestrebten Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und daher auch in Bezug auf Titel IV EGV spielt das Protokoll (Nr. 2) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (SchProt). Die Integration der Schengener Abkommen, die von Anfang an als "Laboratorium" für die EU betrachtet wurden,³³⁴ beendet das jahrelange, zweifelhafte Nebeneinander von "Schengen-Recht" und Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht.³³⁵ Das SchProt wirkt sich sowohl auf die erste als auch auf die dritte Säule aus. Im Folgenden sollen vor allem die Interdependenzen zwischen dem SchProt und Titel IV EGV dargestellt werden. Soweit es zum besseren Verständnis des Protokolls erforderlich ist, werden auch die Normen berücksichtigt, die Auswirkungen auf die dritte Säule haben.

Der Inhalt des Besitzstands ist im Anhang des Protokolls dargestellt: er umfasst die beiden Schengener Übereinkommen, die Beitrittsabkommen sowie das

333 S. o., IV E 1.

334 *Bieber*, NJW 1994, 294, 297.

335 S. o., II A 2 und 3.

hierzu ergangene Sekundärrecht. Keine Erwähnung findet das DÜ. Seine Berücksichtigung im Rahmen des Protokolls wäre nicht abwegig gewesen, da das DÜ gemäß dem Bonner Protokoll vom 26.4.1994³³⁶ mit seinem In-Kraft-Treten die Vorschriften des SDÜ über den für die Behandlung von Asylanträgen zuständigen Staat ersetzt hat und somit zwar nicht formal, aber zumindest materiell in einem engen Zusammenhang zum Schengen-Besitzstand steht. Eine Berücksichtigung im Rahmen des SchProt verbietet sich jedoch wegen des abschließenden Charakters des Anhangs. Eine Einbeziehung des DÜ in den Rahmen des Gemeinschaftsrechts kommt daher nur nach Art. 63 Nr. 1 lit. a EGV in Betracht.³³⁷

Nach Art. 1 SchProt werden die 13 Schengen-Mitglieder (d. h. alle EU-Staaten außer Irland und dem Vereinigten Königreich) ermächtigt, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit innerhalb des Rahmens der Union zu begründen. Diese Regelung unterstreicht den Charakter des Protokolls als primärrechtlich zugelassene Form der im AV mehrfach vorgesehenen engeren Zusammenarbeit (vgl. Art. 11 EGV, Art. 40, 43 ff. EUV).³³⁸

Mit In-Kraft-Treten des AV hat der Rat gemäß Art. 2 I Uabs. 1 S. 2 SchProt den in den Art. 131 ff. SDÜ vorgesehenen Exekutivausschuss ersetzt, der bereits aus den zuständigen nationalen Ministern bestand. Das Schengen-Sekretariat ist nach Art. 7 SchProt durch einen Ratsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit in das Generalsekretariat des Rates integriert worden.³³⁹

Der Schengen-Besitzstand ist für die teilnehmenden Staaten gemäß Art. 2 I Uabs. 1 S. 1 SchProt sofort anwendbar. Nach Art. 2 II SchProt gilt jedoch der *acquis* für jene Staaten, die den Schengener Übereinkommen beigetreten sind, erst ab dem Zeitpunkt, der vom Rat mit einstimmigem Beschluss der 13 Schengen-Staaten festgelegt wird. Diese Regelung bedeutet, dass die volle Anwendbarkeit des Schengen-Besitzstands im Rahmen des Protokolls zunächst nur die Staaten betrifft, für die bis zum In-Kraft-Treten des AV die Schengener Übereinkommen vom Exekutivausschuss in Kraft gesetzt worden sind.³⁴⁰

336 BGBl. 1995 II, S. 739.

337 S. o., IV B 2 b (1).

338 *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705, 708; *Ehlermann*, EuR 1997, 362, 380; *Petite*, RMUE 1997, 17, 28.

339 Entscheidung des Rates vom 1. Mai 1999 über die Einzelheiten der Eingliederung des Schengen-Sekretariats in das Generalsekretariat des Rates, ABl. 1999 Nr. L 119, S. 49.

340 *Thun-Hohenstein*, S. 51. Zu den Mitgliedstaaten, für die eine Inkraftsetzung bislang noch nicht oder nicht vollständig erfolgt ist s. o., II A 2.

B. Identifizierung und Verteilung des Schengen-Besitzstands auf die erste und dritte Säule

Nach Art. 2 I Uabs. 2 S. 1 SchProt trifft der Rat durch einstimmigen Beschluss der 13 Schengen-Staaten alle erforderlichen Durchführungsmaßnahmen, womit die Definition der Einzelheiten des *acquis*, d. h. seine exakte Identifizierung³⁴¹ gemeint ist. Diese war insbesondere in Bezug auf die in Nr. 4 des Anhangs genannten Rechtsakte des Exekutivausschusses und anderer Organe nicht unproblematisch, da sie meist unveröffentlicht geblieben sind.³⁴² So herrschte zeitweise auch - zumindest in der Literatur - Verwirrung über den Umfang des Schengen-Rechts.³⁴³ Mittlerweile hat der Rat die Identifizierung abgeschlossen und den in Art. 2 I Uabs. 2 S. 1 SchProt vorgesehenen Beschluss gefasst.³⁴⁴

Nach Art. 2 I Uabs. 2 S. 2 SchProt ordnet der Rat - in seiner normalen Zusammensetzung, d. h. mit 15 Mitgliedstaaten - einstimmig jede Vorschrift des *acquis* einer Rechtsgrundlage im EGV bzw. EUV zu. Diese nachträgliche Verteilung gültiger Normen auf höherrangiges Recht ist ohne Vorbild. Sie hat den Zweck, dem Schengen-Besitzstand den Charakter von Unions- oder Gemeinschaftssekundärrecht zu verleihen, wobei korrekterweise nicht von abgeleitetem, sondern von zugeordnetem Recht die Rede sein sollte. Eine Unterscheidung des primären und des sekundären Schengen-Rechts ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass eine solche auch nach der Überführung des Besitzstands in den Unionsrahmen entsprechend der dem Gemeinschaftsrecht bekannten Differenzierung zwischen Sekundärrecht höheren und niedrigeren Ranges³⁴⁵ beibehalten wird.

Nicht zum verteilungsbedürftigen Schengen-Besitzstand sind die Vorschriften über die Zuständigkeit für die Behandlung von Asylbegehren (Art. 28-38

341 *Klip*, NJB 1998, 811, 813 und 815 Fn. 14.

342 *Den Boer*, MJ 1997, 310, 312.

343 Hier finden sich völlig unterschiedliche Angaben: So ist einmal von 200 Entscheidungen des Exekutivausschusses die Rede (*den Boer*, MJ 1997, 310, 312), ein anderes Mal von mehreren tausend Rechtsakten (*Weber*, ZAR 1998, 147, 150 Fn. 19); die Schätzungen über den Umfang des Besitzstands reichen von 1000 (*Bribosia*, RMUE 1998, 27, 43) bis hin zu 3000 Seiten (*Monar*, ELR 1998, 320, 333).

344 Beschluss des Rates vom 20. Mai 1999 zur Bestimmung des Schengen-Besitzstands zwecks Festlegung der Rechtsgrundlagen für jede Bestimmung und jeden Beschluss, die diesen Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union, ABl. 1999 Nr. L 176, S. 1.

345 *Bleckmann*, in: *ders.* Rn. 528.

SDÜ) zu zählen, an deren Stelle das DÜ getreten ist.³⁴⁶ Gleiches gilt für die Bestimmungen des SDÜ, die durch EG-Sekundärrecht ersetzt worden sind,³⁴⁷ welches nach Art. 134 SDÜ dem Abkommen vorgeht.³⁴⁸ So hat die Waffenrechtsrichtlinie³⁴⁹ die Art. 77-91 SDÜ fast vollständig verdrängt.³⁵⁰

Mittlerweile hat der Rat den größten Teil des *acquis* den einschlägigen Rechtsgrundlagen zugeordnet.³⁵¹ Diese befinden sich überwiegend in Titel IV EGV und Titel VI EUV. Einzelne Bestimmungen wurden jedoch auch auf die Art. 95, 152 und 207 EGV³⁵² verteilt. Problematisch und umstritten ist jedoch die Zuordnung der Bestimmungen zum SIS. Dessen Datenkategorien erfassen sowohl ausgewiesene, zurückgewiesene oder abgeschobene Drittausländer (Art. 96 III SDÜ) als auch Personen, die im Rahmen eines Strafverfahrens verfolgt oder zum Strafantritt geladen werden (Art. 98 SDÜ). Damit stellt sich die Frage, ob dieses einheitliche Datensystem z. T. auf Titel IV EGV und z. T. auf Titel VI EUV verteilt werden kann oder ob eine Zuordnung zu einem einzigen Pfeiler zulässig ist.³⁵³ Der Rat konnte sich bislang nicht auf eine Zuordnung einigen. Daher greift für das SIS die Fiktion des Art. 2 I Uabs. 4 SchProt, wonach diejenigen Teile des *acquis*, für die eine Zuordnung bislang nicht erfolgt ist, vollständig als auf Titel VI EUV gestützt angesehen werden.

Sofern künftig Bestimmungen des SDÜ durch Sekundärrecht nach Titel IV EGV ersetzt werden, muss dieses gemäß der Erklärung Nr. 15 der Regierungskonferenz zumindest dasselbe Schutz- und Sicherheitsniveau aufweisen wie die bisherigen Vorschriften des SDÜ. Mit dieser Erklärung soll vor allem die Möglichkeit gesichert werden, bei einer Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit für einen beschränkten Zeitraum Grenzkontrollen durchzuführen (Art. 2 II SDÜ).³⁵⁴

346 S. o., II A 2.

347 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 834; *den Boer*, MJ 1997, 310, 313.

348 *Taschner*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Kommentar zu den Schengener Übereinkommen (S. 1327 ff.) Rn. 76.

349 Richtlinie 91/477/EWG über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen, ABl. 1991 Nr. L 256, S. 51.

350 *Taschner*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* Bd. 5, Kommentar zu den Schengener Übereinkommen (S. 1327 ff.) Rn. 76.

351 Beschluss des Rates vom 20. Mai 1999 zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union, ABl. 1999 Nr. L 176, S. 17.

352 Art. 100a, 129 und 151 EGV a. F.

353 *Hailbronner/Thiery*, EuR 1998, 583, 610; *Corrado*, RMCUE 1999, 342, 346.

354 *Den Boer*, MJ 1997, 310, 312.

C. *EuGH-Kompetenz*

Durch die jeweilige Zuordnung zur ersten oder dritten Säule nimmt der Rat Einfluss auf die Kompetenz des EuGH (Art. 2 I Uabs. 3 S. 1 SchProt). Diese erstreckt sich zwar mit In-Kraft-Treten des AV auch auf Titel VI EUV, ist jedoch im Vergleich zu Art. 68 EGV noch weiter beschränkt (Art. 35 EUV). Die Zuordnung des Besitzstands ist allerdings vom EuGH überprüfbar,³⁵⁵ da das Protokoll als Bestandteil des Vertrags i. S. d. Art. 311 EGV³⁵⁶ der Auslegungshoheit des Gerichtshofs (Art. 220 ff. EGV³⁵⁷) unterliegt. Dieser ist jedoch nicht für künftige Maßnahmen oder Beschlüsse auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands zuständig, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit betreffen (Art. 2 I Uabs. 3 S. 2 SchProt). Diese Einschränkung zielt vor allem auf Art. 2 II SDÜ,³⁵⁸ der in der Vergangenheit mehrfach Anlass zu Streit innerhalb des Schengen-Verbundes gegeben hat.³⁵⁹ Die Berufung auf die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit ist jedoch grundsätzlich auch in allen anderen Bereichen des Schengen-Besitzstands denkbar. Allerdings darf der EuGH überprüfen, ob sie zu Recht erfolgt.

Eine Art. 2 I Uabs. 3 S. 2 SchProt entsprechende Kompetenzbeschränkung sieht auch Art. 68 II EGV vor. Dieser betrifft allerdings lediglich Maßnahmen zur Abschaffung der Binnengrenzkontrollen, nicht jedoch die übrigen Bereiche des Titels IV EGV. Die Divergenz zwischen beiden Normen hat zur Folge, dass die Justitiabilität des Titel IV EGV zugeordneten Schengen-Rechts und seiner Fortentwicklung (Art. 5 SchProt) in höherem Maße beschränkt wird als sonstiges, nur auf Titel IV EGV beruhendes Sekundärrecht, obwohl weitgehend die gleichen Regelungsgegenstände betroffen sind. Im Übrigen führt Art. 2 I Uabs. 3 S. 2 SchProt zu den gleichen negativen Konsequenzen für die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts wie Art. 68 II EGV.³⁶⁰ Anders als für diesen, ist jedoch im SchProt keine mögliche Aufhebung der Kompetenzbeschränkung des EuGH nach fünf Jahren vorgesehen. Hierzu wäre vielmehr eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV³⁶¹ erforderlich.

355 Vgl. *Thun-Hohenstein*, S. 53.

356 Art. 239 EGV a. F.

357 Art. 164 ff. EGV a. F.

358 *Thun-Hohenstein*, S. 52 f.

359 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 837.

360 S. o., IV D 2.

361 Art. N. EUV a. F.

D. *Sonderregelungen für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich hinsichtlich der Bindung an den bestehenden Schengen-Besitzstand*

Auch im SchProt haben sich Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich Sonderrollen einräumen lassen. So behält Dänemark nach Art. 3 I SchProt im Anschluss an die Zuordnung des Besitzstands hinsichtlich der Vorschriften, die als auf Titel IV EGV gestützt angesehen werden, dieselben Rechte und Pflichten im Verhältnis zu den übrigen Unterzeichnern der Schengener Abkommen wie vor dieser Festlegung. Da vor der Festlegung der AV in Kraft getreten ist und damit auch die Fiktion des Art. 2 I Uabs. 4 SchProt, wonach zunächst der gesamte *acquis* als auf Titel VI EUV gestützt gilt, bleibt diese Fiktion auch weiterhin im Verhältnis zwischen Dänemark und den übrigen Schengen-Staaten bestehen. Art. 3 I SchProt muss nach seinem Sinn und Zweck analog auch für die Teile des Besitzstands gelten, für die nicht Titel IV EGV, sondern die Art. 95, 152 und 207 EGV als Rechtsgrundlage gewählt worden sind.

Im Hinblick auf die Vorschriften des *acquis*, die Titel VI EUV zugeteilt worden sind, gilt für Dänemark keine Sonderregelung (Art. 3 II SchProt). Im Ergebnis bleibt die Beziehung Dänemarks zu den anderen Schengen-Staaten daher völkerrechtlicher Natur, wobei jedoch künftig die Besonderheiten der dritten Säule Berücksichtigung finden müssen.

Nach Art. 4 I SchProt sind Irland und das Vereinigte Königreich nicht durch den Schengen-Besitzstand gebunden, können jedoch jederzeit beantragen, dass einzelne oder alle Bestimmungen auf sie Anwendung finden. Das Vereinigte Königreich beabsichtigt, sich am gesamten Schengen-*acquis* bis auf die Abschaffung der Grenzkontrollen zu beteiligen.³⁶² Dies ist aus britischer Sicht konsequent, aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts jedoch paradox, da sich damit ein Mitgliedstaat an den Ausgleichsmaßnahmen für die Abschaffung von Grenzkontrollen beteiligen würde, ohne die Kontrollen abzuschaffen.³⁶³ Es ist anzunehmen, dass auch Irland dementsprechend vorgehen wird. Bevor eine Teilnahme erfolgen kann, muss der Rat jedoch gemäß Art. 4 II SchProt in der Besetzung der 13 Schengen-Staaten und des teilnahmewilligen Mitgliedstaats einstimmig ein positives Votum abgeben. Hieraus folgt praktisch ein Vetorecht für jeden der 13 Schengen-Staaten, auf das insbesondere Spanien wegen seines Streits mit dem Vereinigten Königreich um den Status Gibraltars besonderen

362 Agence Europe Nr. 7424 vom 13.3.1999, S. 8 und Nr. 7451 vom 23.4.1999, S. 7.

363 *Corrado*, RMCUE 1999, 342, 344.

Wert gelegt hat.³⁶⁴

Dieses Einstimmigkeitserfordernis hat im Anschluss an den Gipfel von Amsterdam zu heftigen Kontroversen geführt, da die britische und die irische Delegation der Ansicht waren, man habe sich auf eine qualifizierte Mehrheit geeinigt.³⁶⁵ Dieser Streit konnte erst später im Ausschuss der Ständigen Vertreter beigelegt werden.³⁶⁶ Die Mitgliedstaaten haben sich zumindest in der Erklärung Nr. 45 darauf geeinigt, die - kaum justitiablen - größtmöglichen Anstrengungen zu unternehmen, damit Irland und das Vereinigte Königreich Art. 4 SchProt in Anspruch nehmen können.

E. Fortentwicklung des Schengen-Besitzstands mit Sonderregelungen für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich

Nach Art. 5 I Uabs. 1 SchProt unterliegen Vorschläge der Kommission und mitgliedstaatliche Initiativen den einschlägigen Bestimmungen der Verträge, d. h. jeweils der Vorschrift, der die betreffende Norm aus dem Besitzstand zugeordnet worden ist. Folglich ergeben sich die zu beachtenden Entscheidungsverfahren aus der ersten oder der dritten Säule. Soweit der Rat Teile des *acquis* noch nicht zugeordnet hat (siehe das SIS), muss die Rechtsgrundlage im Einzelfall gemäß Art. 5 II SchProt *ad hoc* identifiziert werden, dann jedoch nicht mit Beteiligung aller 15 Mitgliedstaaten, sondern nur der an der konkreten Rechtssetzungsmaßnahme beteiligten.

Irland und das Vereinigte Königreich können sich gemäß Art. 5 I Uabs. 2 SchProt an der Fortentwicklung des Schengen-Besitzstands beteiligen, auch wenn die betreffende Vorschrift des *acquis* keine Anwendung auf sie findet. Hierzu bedarf es, anders als nach Art. 4 II SchProt, keines (einstimmigen) Ratsbeschlusses. Vielmehr muss der betreffende Mitgliedstaat seine Bereitschaft zur Teilnahme an einem Vorschlag oder einer Initiative lediglich dem Ratspräsidenten innerhalb eines vertretbaren Zeitraumes schriftlich mitgeteilt haben. Ein britisches oder irisches Initiativrecht ist jedoch nicht vorgesehen. Erfolgt keine Mitteilung, so gilt für die anderen Mitgliedstaaten die Ermächtigung nach Art. 11 EGV bzw. Art. 40 EUV automatisch als erteilt, d. h., sie dürfen ohne einen Ratsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit (Art. 11 II Uabs. 1 EGV, Art. 40 II Uabs. 1 EGV) im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit

364 So geht diese Vorschrift auch auf einen Vorschlag der spanischen Delegation zurück, Agence Europe Nr. 7014 vom 11.7.1997, S. 2. Zum britisch-spanischen Streit vgl. zudem oben, II A 2.

365 Agence Europe Nr. 7014 vom 11.7.1997, S. 2.

366 *Labayle*, RTDE 1997, 813, 838.

vorgehen. In einer Erklärung zu Art. 5 SchProt (Erklärung Nr. 46) kommen die Mitgliedstaaten überein, eine Beteiligung Irlands und des Vereinigten Königreichs weitestgehend zu ermöglichen.

In Bezug auf die Rolle Irlands und des Vereinigten Königreichs weicht Art. 5 SchProt in einigen Punkten vom Protokoll Nr. 4 über die Position dieser beiden Mitgliedstaaten ab, das gemäß seinem Art. 7 nur subsidiär Anwendung findet. So fehlt im SchProt eine Regelung, die der des Art. 3 II Protokoll Nr. 4 entspricht, so dass Irland oder das Vereinigte Königreich eine Initiative oder einen Vorschlag, der Einstimmigkeit erfordert, blockieren können, soweit sie sich daran beteiligen. Wenn dies der Fall ist (oder wenn ein oder mehrere andere Mitgliedstaaten einen Ratsbeschluss verhindern), könnte jedoch auf die allgemeinen Vorschriften zur verstärkten Zusammenarbeit (Art. 11 EGV und Art. 40 EUV) zurückgegriffen werden, deren Anwendbarkeit das SchProt keineswegs ausschließt.³⁶⁷ Dann müssten jedoch die Voraussetzungen des Art. 11 EGV bzw. Art. 40 EUV erfüllt sein. So wäre ein dementsprechender Ratsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit erforderlich (Art. 11 II Uabs. 1 EGV, Art. 40 II Uabs. 1 EUV).

Anders als Art. 4 des Protokolls Nr. 4 regelt das SchProt nicht die Frage, ob Irland und das Vereinigte Königreich sich auch nach der Annahme einer Maßnahme durch den Rat in der Besetzung der Schengen-Staaten an derselben beteiligen können. In einem solchen Fall bietet sich jedoch ein Rückgriff auf Art. 4 SchProt an. Zwar ist dort lediglich vom bisherigen Schengen-Besitzstand und nicht dessen künftiger Weiterentwicklung die Rede. Hierin liegt jedoch weder aus der Sicht Irlands bzw. des Vereinigten Königreichs noch der anderen Mitgliedstaaten ein wesentlicher Unterschied, so dass analog zu Art. 4 II SchProt eine nachträgliche Beteiligung der beiden Länder durch einen einstimmigen Ratsbeschluss ermöglicht werden kann.

Die dänische Beteiligung an der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands regelt Art. 5 des Protokolls (Nr. 5) über die Position Dänemarks. Während für diesen Mitgliedstaat in Bezug auf die Fortentwicklung der Teile des *acquis*, die der dritten Säule zugeordnet werden, keine Sonderregeln gelten, sieht Art. 5 I des Protokolls Nr. 5 ein spezielles Verfahren für die Bereiche vor, die künftig als auf Titel IV EGV gestützt angesehen werden (soweit Teile des *acquis* den Art. 95, 152 und 207 EGV zugeordnet worden sind, muss Art. 5 I analog angewandt werden). So entscheidet Dänemark, sofern der Rat eine Ergänzung des Schengen-*acquis* nach den Bestimmungen des Titels IV EGV beschlossen hat, innerhalb von sechs Monaten, ob es diesen Beschluss in sein nationales Recht umsetzt. Fällt die Entscheidung positiv aus, so entstehen zwi-

³⁶⁷ *Bribosia*, RMUE 1998, 27, 45.

schen Dänemark und den durch die Maßnahme gebundenen Staaten völkerrechtliche Verpflichtungen.

Diese Besonderheiten resultieren daraus, dass Dänemark an der Schengen-Kooperation teilnimmt und sich daher, sofern es diese fortsetzen will, an den Maßnahmen zu ihrer Ergänzung zumindest inhaltlich beteiligen muss. Im Falle divergierender Vorschriften z. B. über die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen wäre jedoch die angestrebte völlige Abschaffung der Grenzkontrollen zu diesem Mitgliedstaat undenkbar.³⁶⁸

Nach Art. 5 II des Protokolls Nr. 5 prüfen die übrigen Schengen-Staaten im Falle der Nichtumsetzung eines Rechtsakts zur Ergänzung des Schengen-*acquis* in dänisches Recht, welche Maßnahmen zu treffen sind. Diese Prüfung muss nach dem Sinn und Zweck der Norm auch dann stattfinden, wenn Dänemark einen solchen Rechtsakt nur unvollständig oder fehlerhaft umsetzt.³⁶⁹ Die angesprochenen Maßnahmen können ggf. bis zur Wiedereinführung der Grenzkontrollen zu Dänemark führen. Um dies zu vermeiden, ist jedoch damit zu rechnen, dass Dänemark alle auf der Basis des Titels IV EGV ergehenden Rechtsakte zur Ergänzung des Schengen-Besitzstands in sein innerstaatliches Recht umsetzt.³⁷⁰

Fraglich ist, ob die Referenz an das Völkerrecht in Art. 5 I 2 des Protokolls Nr. 5 als Bezugnahme auf die neue dritte Säule oder an das Völkerrecht außerhalb der EU-Rechtsordnung zu verstehen ist. Für Letzteres spricht, dass in Art. 5 des Protokolls Nr. 5 von einer Verpflichtung nach dem Völkerrecht die Rede ist, während in Art. 3 II SchProt ausdrücklich auf Titel VI EUV Bezug genommen wird.³⁷¹ Allerdings ist auch die dritte Säule dem Völkerrecht zuzuordnen, woran der AV nichts ändert.³⁷² Außerdem ist kaum anzunehmen, dass der Schengen-Besitzstand für Dänemark den Charakter von Unionssekundärrecht haben, die Fortentwicklung des *acquis* dagegen aus dänischer Sicht außerhalb des unionsrechtlichen Rahmens stehen soll. Mit "Verpflichtung nach dem Völkerrecht" ist folglich eine Verpflichtung im Rahmen der dritten Säule gemeint.³⁷³ Die bedeutendste Konsequenz hieraus ist die Zuständigkeit des EuGH nach Maßgabe des Art. 35 EUV.³⁷⁴

368 Kortenber, CMLR 1998, 833, 840.

369 Ehlermann, EuR 1997, 362, 383.

370 Kortenber, CMLR 1998, 833, 840.

371 Bribosia, RMUE 1998, 27, 49.

372 Pechstein/Koenig Rn. 387.

373 Thun-Hohenstein, S. 54 f.

374 Thun-Hohenstein, S. 55.

F. *Die Assoziierung Islands sowie Norwegens und die Übernahme des Besitzstands durch Beitrittskandidaten*

Nach Art. 6 SchProt werden Island und Norwegen hinsichtlich des Schengen-Besitzstands und seiner weiteren Entwicklung assoziiert. Diese beiden Länder gehören neben den skandinavischen EU-Staaten zur nordischen Passunion,³⁷⁵ die deren Mitglieder nicht aufgeben wollten.³⁷⁶ Art. 6 I SchProt sieht daher ein Assoziierungsabkommen vor, das der Rat nach einem einstimmigen Beschluss der Vertreter der 13 Schengen-Staaten mittlerweile abgeschlossen hat.³⁷⁷ Ein gesondertes Übereinkommen, das der Zustimmung aller Ratsmitglieder bedarf, sieht Art. 6 II SchProt zur Regelung der Rechtslage zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich auf der einen und Island sowie Norwegen auf der anderen Seite vor.

Soweit sich diese Übereinkommen auf Angelegenheiten der ersten Säule erstrecken, vertritt der Rat bei ihrem Abschluss die Gemeinschaft. Hinsichtlich des hierbei zu beachtenden Verfahrens geht Art. 6 SchProt der allgemeinen Regelung des Art. 300 EGV³⁷⁸ als *lex specialis* vor.³⁷⁹ Sind dagegen Angelegenheiten der dritten Säule betroffen, so ist der Vertragsschluss wegen der auch weiterhin fehlenden Rechtspersönlichkeit der Union³⁸⁰ als Abschluss paralleler Abkommen durch die einzelnen Mitgliedstaaten mit Island und Norwegen zu verstehen.

Nach Art. 8 SchProt sind der Schengen-Besitzstand und seine künftige Weiterentwicklung vollständig von neuen Mitgliedstaaten zu übernehmen. Diese Bestimmung überrascht insofern, als von diesen ohnehin regelmäßig eine Übernahme des *acquis communautaire* verlangt wird. Sie soll jedoch vermeiden, dass sich neue Mitgliedstaaten nach dem Vorbild des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks richten. Nicht ausgeschlossen sind damit allerdings Übergangsregelungen, wie sie auch bei anderen Beitritten getroffen wurden.³⁸¹

375 *Piepenschneider*, S. 74.

376 *Kortenberg*, RTDE 1997, 709, 714.

377 Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, ABl. 1999 Nr. L 176, S. 36.

378 Art. 228 EGV a. F.

379 *Thun-Hohenstein*, S. 56.

380 *Pechstein/Koenig* Rn. 55 ff.

381 *Thun-Hohenstein*, S. 56.

G. Kritik

Das SchProt führt unweigerlich zu Schwierigkeiten bei der künftigen Rechtssetzung und -anwendung. So wird sich immer wieder die Frage stellen, ob eine Vorschrift als Fortentwicklung des dem neuen Titel IV EGV zugeordneten Schengen-Besitzstands anzusehen ist und daher den besonderen Bestimmungen des SchProt unterliegt oder ob sie nur auf Titel IV EGV gestützt werden kann.³⁸² Diese Unterscheidung ist keineswegs theoretischer Natur, da sich die Sondervorschriften für Irland und das Vereinigte Königreich im SchProt von denen im Protokoll über die Position dieser beiden Mitgliedstaaten unterscheiden. Überdies beteiligt sich Dänemark zwar an der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands, der Titel IV EGV zugeordnet worden ist, grundsätzlich nicht dagegen an Maßnahmen, die originär auf Titel IV EGV gestützt werden. Schließlich wird die Zuständigkeit des EuGH durch Art. 2 I Uabs. 3 S. 2 SchProt noch weiter eingeschränkt als durch Art. 68 II EGV. Für diese Restriktion besteht, anders als im Hinblick auf Art. 68 II EGV, nicht einmal eine Änderungsperspektive, so dass die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf Dauer gefährdet ist.

Diese Probleme resultieren nicht zuletzt aus einer schlechten Koordination der Beratungen über den neuen Titel IV EGV und über die verschiedenen Protokolle, über deren Inhalt erst in der Schlussphase der Revisionskonferenz verhandelt wurde.³⁸³ Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten müssen jedoch in den nächsten Jahren - bevor auf eine Vertragsänderung gehofft werden kann - in Kauf genommen werden.

VI. Abschließende Betrachtung

A. Historische Perspektive

Titel IV EGV und das SchProt beinhalten in veränderter Gestalt mehrere Aspekte, die bereits die historische Entwicklung geprägt haben: die Verbindung zwischen dem Abbau der Binnengrenzen und der Zusammenarbeit in der Justiz- und Innenpolitik, die zögerliche Haltung vieler Mitgliedstaaten gegenüber Kompetenzübertragungen in diesen Bereichen auf die Gemeinschaft und schließlich den daraus resultierenden geteilten Rechtsraum. Zugleich stellen Titel IV EGV

382 Ehlermann, EuR 1997, 362, 386; Kortenberg, CMLR 1998, 833, 843.

383 Kortenberg, CMLR 1998, 833, 843.

und das SchProt (neben der reformierten dritten Säule) das vorläufige Ergebnis einer immer weiter fortschreitenden Verbesserung der Rechtsqualität der Vorschriften zum Abbau der Binnengrenzen und zur Zusammenarbeit in der Justiz- und Innenpolitik dar.

Diese Zusammenarbeit diene von Anfang an als "Annex" zum Binnenmarkt, dessen fortschreitende Realisierung im Bereich der Freizügigkeit flankierender Maßnahmen bedurfte, die zunächst lediglich auf einer der EEA beigefügten Erklärung der Mitgliedstaaten basierten.³⁸⁴ Auch die Schengener Übereinkommen sowie das DÜ weisen eindeutige Bezüge zum Binnenmarktkonzept auf. Während das DÜ von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde, stellt die Schengen-Kooperation den Kern der aus den Sonderrollen Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs resultierenden Zersplitterung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dar.

Der Maastrichter Vertrag gab der Zusammenarbeit in der Justiz- und Innenpolitik durch die Schaffung der dritten Säule³⁸⁵ erstmals einen festen rechtlichen Rahmen und schrieb die Beteiligung der Gemeinschaftsorgane hieran fest, wenn auch die Letztverantwortlichkeit bei den Mitgliedstaaten blieb. Art. K.1 EUV a. F. verdeutlichte, dass die ZBJI insbesondere der Verwirklichung der Freizügigkeit, also eines Aspekts des Binnenmarktes, diene.

Das Scheitern der alten dritten Säule mit ihrem Zwang zur Einstimmigkeit und ihren lähmenden völkerrechtlichen Funktionsmechanismen führte schließlich mit dem AV zum weitgehenden Rückgriff auf bewährte, wenn auch modifizierte gemeinschaftsrechtliche Schemata. Hierdurch soll das Ziel des Abbaus der Binnengrenzen auf EG-Ebene realisiert und die Justiz- und Innenpolitik effektiver gestaltet werden.

Indes scheint erstmals eine Lockerung des Binnenmarktbezuges der Justiz- und Innenpolitik stattzufinden. So tritt das Ziel der Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Art. 2 4. Spstr. EUV neben das der Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen (Art. 2 1. Spstr. EUV). Allerdings dient der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wie sich ebenfalls aus Art. 2 4. Spstr. EUV ergibt, der Gewährleistung des freien Personenverkehrs, also eines Aspekts des Binnenmarktes. Auch der elfte Absatz der Präambel des EUV verdeutlicht, dass dieser Raum die Förderung der Freizügigkeit bezweckt. Besonders deutlich wird die Binnenmarktbezogenheit in Art. 61 lit. a EGV, wonach bestimmte, auf Titel IV EGV basierende Rechtsakte der Gewährleistung des freien Personenverkehrs nach Art. 14 EGV dienen. Somit zeigt das neue Konzept eines Raumes der

384 S. o., II A und II A 1.

385 Und daneben durch die Art. 100c, 100d EGV a. F.

Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zwar Tendenzen zu einer Verselbständigung der Innen- und Justizpolitik, steht jedoch weiterhin in Verbindung zum Binnenmarktkonzept.

Titel IV EGV und das SchProt bestätigen die Theorie des *Spill-Over*-Effekts,³⁸⁶ wonach die wirtschaftliche die politische Integration nach sich zieht.³⁸⁷ Wurde zunächst vor allem Wert auf die ökonomischen Aspekte des Binnenmarktes gelegt, so trat im Laufe der Zeit immer mehr der Abbau der Grenzen in den Vordergrund, nicht zuletzt, um die Akzeptanz der Gemeinschaft bei ihren Bürgern zu steigern.³⁸⁸ Die hiermit verbundene Kooperation in der Justiz- und Innenpolitik hatte wenig mit ökonomischen Aspekten gemein. Ihre weitgehende Vergemeinschaftung stellt nun einen weiteren Schritt weg von der Wirtschaftsgemeinschaft und hin zu einer politischen Union dar.

B. *Dogmatische Perspektive*

Titel IV EGV und die hiermit zusammenhängenden Protokolle beinhalten insbesondere im institutionellen Bereich einige Vorschriften, die sich als Relikte der alten dritten Säule darstellen.³⁸⁹ Diese Besonderheiten erklären sich aus dem Zögern zumindest einiger Mitgliedstaaten, Kompetenzen, die bislang zu den klassischen Kernbereichen staatlicher Souveränität gezählt wurden,³⁹⁰ auf die EG zu übertragen. Die Bereitschaft hierzu war ihnen nur um den Preis eines Kompromisses abzurufen, der vor allem in den gemeinschaftsfremden Elementen des Titels IV EGV zum Ausdruck kommt.

Diese intergouvernementalen Relikte führten zu Stellungnahmen in der Literatur, in denen die teilweise Vergemeinschaftung der ZBJI als "unvollkommen" oder "verschmutzt" kritisiert³⁹¹ und Titel IV EGV die Bezeichnung eines «premier pilier bis» zugedacht wurde.³⁹² Derartige Charakterisierungen sind insofern berechtigt, als sie prägnant die gesonderte Stellung des Titels IV EGV im Gemeinschaftsrecht verdeutlichen. Gleichzeitig muss jedoch beachtet werden, dass Art. 67 II EGV nach Ablauf der Übergangsfrist die Perspektive einer "vollkommenen" Vergemeinschaftung durch einen Ratsbeschluss bietet, der neben dem dann ohnehin automatisch wegfallenden mitgliedstaatlichen Initiativ-

386 Vgl. *Wessels*, integration 1997, 117, 132.

387 *Streinz* Rn. 18.

388 S. o., II A.

389 S. o., IV C 2.

390 *Di Fabio*, DÖV 1997, 89, 90.

391 *Wessels*, integration 1997, 117, 122.

392 *Bribosia*, RMUE 1998, 27, 50.

recht die noch verbleibenden intergouvernementalen Relikte aus Titel IV EGV beseitigen kann, z. T. sogar beseitigen muss. Einzuräumen ist allerdings, dass bis dahin einige schwer verrückbare Tatsachen geschaffen sein werden.

Aus dogmatischer Sicht besonders bemerkenswert ist darüber hinaus die kreative³⁹³ Vorgehensweise des SchProt, bereits existentes Recht nachträglich einer Rechtsgrundlage zuzuordnen. Hierdurch wird zwar die künftige Handhabung des Schengen-Besitzstands nicht gerade erleichtert; andererseits konnte so sichergestellt werden, dass das erreichte Niveau unangetastet bleibt und nicht bei Neuverhandlungen wieder gesenkt wird.

Ein Manko, das die bereits durch den Vertrag von Maastricht beschädigte Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts weiter untergräbt, ist in den Sonderrollen Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs zu sehen. Die speziellen Positionen dieser Länder stellen möglicherweise nur die Vorboten eines künftigen "Europa der mehreren Geschwindigkeiten"³⁹⁴ dar, das durch die mit dem AV eingeführten Vorschriften zur engeren Zusammenarbeit (Art. 11 EGV, Art. 40, 43 ff. EUV) ermöglicht wird.

Kritik verdient die zunehmende Komplizierung der Materie, die sich insbesondere aus den drei Protokollen über die dänische, irische und britische Sonderrolle (Protokolle Nr. 3, 4 und 5), vor allem aber aus dem SchProt ergibt. Die künftige Rechtssetzung und -anwendung wird erheblich erschwert und das Gemeinschaftsrecht wird zu einem schwer durchschaubaren Dickicht, was den durch den AV eigentlich angestrebten Zielen der Vereinfachung der Verträge sowie der Transparenz und Bürgernähe³⁹⁵ diametral zuwiderläuft. Dies hätte möglicherweise bei einer besseren Koordination der Verhandlungen und unter weniger Zeitdruck vermieden werden können. Keinesfalls kann angenommen werden, dass Wortlaut und Regelungsgehalt jeder einzelnen Norm des neuen Titels IV EGV oder der damit zusammenhängenden Protokolle einer umfassenden und kritischen Reflexion unterzogen wurden. Allein die kurzfristige Änderung der Überschrift des Titels IV EGV zwischen dem Amsterdamer Gipfel im Juni und der endgültigen Vertragsunterzeichnung im Oktober³⁹⁶ oder der Streit um die Frage, ob die britische und die irische Delegation dem Einstimmigkeitserfordernis in Art. 5 SchProt zugestimmt haben,³⁹⁷ sprechen diesbezüglich Bände. Allerdings sind derartige Probleme bei umfassenden Vertragsrevisionen unvermeidbar, solange diese auf herkömmlichem diplomatischem Wege durch

393 *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705, 708.

394 *Streinz*, EuZW 1998, 137, 141.

395 Vgl. EU-Nachrichten Nr. 3 vom 9.7.1997, S. I und IV.

396 S. o., IV A.

397 S. o., V D.

Regierungskonferenzen ausgehandelt werden.³⁹⁸

C. *Fazit*

Titel IV EGV stellt erstmals ein effektives EG-rechtliches Instrumentarium zum Abbau der Binnengrenzen zur Verfügung und bestätigt durch die weitgehende Vergemeinschaftung der ZBJI und der Schengener Abkommen die Attraktivität des gemeinschaftsrechtlichen Modells. Zugleich reflektiert er die Angst der Mitgliedstaaten vor Kompetenzverlusten in aus Sicht der nationalen Souveränität sensiblen Bereichen. Das Spannungsverhältnis zwischen nationalem Souveränitätsdenken und dem Willen zur fortschreitenden Integration musste zu einem Kompromiss führen, der zwangsläufig viele Wünsche offen lässt und daher angreifbar wird.

Im Ergebnis stellt Titel IV EGV jedoch einen Gewinn für das Gemeinschaftsrecht dar: wenn auch die Kompetenzen von Kommission, Parlament und EuGH zunächst noch Beschränkungen unterliegen, so werden sie doch deutlich im Vergleich zur alten dritten Säule gestärkt. Insbesondere der mit der weitgehenden Vergemeinschaftung der ZBJI einhergehende Ausbau der Rechtsgemeinschaft sowie der demokratischen Elemente sind entschieden zu begrüßen. Des Weiteren wird die künftige Rechtssetzung wesentlich effektiver sein können als bislang im Rahmen der ZBJI.

Schließlich ist positiv anzumerken, dass dank des SchProt das Nebeneinander zwischen EU bzw. EG auf der einen und der Schengen-Kooperation mit ihrem "funktionellen Nebenrecht"³⁹⁹ auf der anderen Seite beendet wird, so dass - über 13 Jahre nach der EEA und sechs Jahre nach dem in Art. 14 I EGV angestrebten Termin der Vollendung des Binnenmarktes - ein wirklicher Raum ohne Binnengrenzen durch die Gemeinschaft realisiert werden kann.

Für die drei dieser Entwicklung noch skeptisch gegenüberstehenden Mitgliedstaaten bleibt zu hoffen, dass auch sie vom *Spill-Over*-Effekt erfasst werden und sich eines Tages umfassend an Titel IV EGV bzw. der Fortentwicklung des Schengen-Rechts beteiligen.

398 Vgl. *Haguenau-Moizard*, RMCUE 1998, 240, 252.

399 *Di Fabio*, DÖV 1997, 89, 92.

Literaturverzeichnis

- Achermann, Alberto/Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Wehner, Ruth, Schengen und die Folgen, Bern, München, Wien 1995; zit.: *Bearbeiter*, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner.
- Basedow, Jürgen, Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, EuZW 1997, 609.
- Bergmann, Jan/Lenz, Christofer (Hrsg.), Der Amsterdamer Vertrag, Köln 1998; zit.: *Bearbeiter*, in: Bergmann/Lenz.
- Besse, Dirk, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ, ZEuP 1999, 107.
- Bieber, Roland, Die Abkommen von Schengen über den Abbau der Grenzkontrollen, NJW 1994, 294.
- Bleckmann, Albert, Europarecht, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997; zit.: *Bearbeiter*, in: Bleckmann.
- Blumann, Claude, Aspects institutionnels, RTDE 1997, 721.
- Bribosia, Hervé, Liberté, sécurité et justice: l'imbroglia d'un nouvel espace, RMUE 1998, 27.
- Bundesregierung, Denkschrift zum Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, BR-Drs. 784/97, S. 139.
- Corrado, Laura, L'intégration de Schengen dans l'Union européen: problèmes et perspectives, RMCUE 1999, 342.
- Dehousse, Franklin, Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe, CDE 1997, 265.
- Den Boer, Monica, Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communautarization, MJ 1997, 310.
- Di Fabio, Udo, Die "Dritte Säule" der Union, DÖV 1997, 89.
- Ehlermann, Claus-Dieter, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 362.
- Gialdino, Carlo Curti, Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam, RMUE 1998, 89.
- Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (5 Bände), 5. Aufl., Baden-Baden 1997; zit.: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Bd.
- Gündisch, Jürgen, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, AnwBl. 1998, 170.
- Haguenau-Moizard, Catherine, Le traité d'Amsterdam: une négociation inachevée, RMCUE 1998, 240.
- Hailbronner, Kay/Thiery, Claus, Amsterdam - Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, EuR 1998, 583.
- Hilf, Meinhard/Pache, Eckhard, Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705.
- Huber, Bertold, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts (2 Bände), Loseblattsammlung, München; zit.: *Bearbeiter*, in: Huber, Bd.
- Hummer, Waldemar (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998; zit.: *Bearbeiter*, in: Hummer.

- Jayme, Erik, Internationales Privatrecht und moderne Kultur, ZfRV 1997, 230.
- Jayme, Erik/Kohler, Christian, Europäisches Kollisionsrecht 1997 - Vergemeinschaftung durch "Säulenwechsel"?, IPRax 1997, 385.
- Karpenstein, Ulrich, Der Vertrag von Amsterdam im Lichte der Maastricht-Entscheidung des BVerfG, DVBl. 1998, 942.
- Klip, A. H., Amsterdams Uniestrafrecht, NJB 1998, 811.
- Kortenberg, Helmut (Pseudonym), La négociation du Traité. Une vue cavalière, RTDE 1997, 709. Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam, CMLR 1998, 833.
- Kropholler, Jan, Europäisches Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Heidelberg 1993; zit.: Kropholler.
- Labayle, Henri, Un espace de liberté, de sécurité et de justice, RTDE 1997, 813.
- Lang, Gernot, Zu den Rechtswirkungen des Vertrags von Amsterdam auf den Rechtsstatus der Drittstaatsangehörigen, ZAR 1998, 59.
- Langrish, Sally, The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights, ELR 1998, 3.
- Manin, Philippe, The Treaty of Amsterdam, CJEL 1998, 1.
- Marschang, Bernd, Mißtrauen, Abschottung, Eigensinn - Entwicklungslinien der europäischen Asylrechts«harmonisierung» bis zum Amsterdamer Vertrag, KritJ 1998, 69.
- Monar, Jörg, Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation, ELR 1998, 320.
- Müller-Graff, Peter-Christian, Justiz und Inneres nach Amsterdam - Die Neuerungen in erster und dritter Säule, integration 1997, 271.
- Nanz, Klaus-Peter, Der "3. Pfeiler der Europäischen Union": Zusammenarbeit in der Innen- und Justizpolitik, integration 1992, 126.
- Pechstein, Matthias, Amsterdamer Vertrag und Grundgesetz, DÖV 1998, 569.
- Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Die Europäische Union, 2. Aufl., Tübingen 1998; zit.: Pechstein/Koenig.
- Petite, Michel, Le traité d'Amsterdam: ambition et réalisme, RMUE 1997, 17.
- Piepenschneider, Melanie, Der Vertrag von Amsterdam - Analyse und Bewertung -, Arbeitspapier der Konrad-Adenauer-Stiftung, 2. Aufl., St. Augustin 1997; zit.: Piepenschneider.
- Reich, Norbert, Bürgerrechte in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999; zit.: Reich.
- Ring, Gerhard/Olsen-Ring, Line, Souveränitätsübertragung nach dänischem Verfassungsrecht, EuZW 1998, 589.
- Sauron, Jean-Luc, Le traité d'Amsterdam: une réforme inachevée?, RD 1998, 69.
- Schieffer, Martin, Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen Asyl und Einwanderung, Baden-Baden 1998, zugl.: Diss., Saarbrücken 1997; zit.: Schieffer.
- Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar, Europarecht, 5. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1996; zit.: Schweitzer/Hummer.
- Shaw, Jo, The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy, ELJ 1998, 63.
- Streinz, Rudolf, Der Vertrag von Amsterdam, EuZW 1998, 137. Europarecht, 4. Aufl., Heidelberg 1999; zit.: Streinz.
- Thun-Hohenstein, Christoph, Der Vertrag von Amsterdam, Wien 1997; zit.: Thun-Hohenstein.
- Weber, Albrecht, Möglichkeiten und Grenzen europäischer Asylrechtsharmonisierung vor und nach Amsterdam, ZAR 1998, 147.

- Welte, Hans-Peter, Beschlüsse zum Ausländer- und Asylrecht auf der Regierungskonferenz am 16./17. Juni 1997 in Amsterdam (Maastricht II), ZAR 1998, 67.
- Wessels, Wolfgang, Der Amsterdamer Vertrag - Durch Stückwerksreformen zu einer effizienteren, erweiterten und föderalen Union?, integration 1997, 117.
- Zimmermann, Andreas, Der Vertrag von Amsterdam und das deutsche Asylrecht, NVwZ 1998, 450.

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AETR	Accord européen sur les transports routiers
a. F.	alter Fassung
AnwBl.	Anwaltsblatt
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AV	Amsterdamer Vertrag
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDE	Cahiers de Droit Européen
CELAD	Comité Européen de la Lutte Antidrogue
CJEL	Columbia Journal of European Law
CMLR	Common Market Law Review
COSAC	Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DÜ	Dubliner Übereinkommen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
d. Verf.	der Verfasser
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung

ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
endg.	endgültig
E.N.E.L	Ente nazionale Energia elettrica impesa già della Edisonvolta
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht
Europol	Europäisches Polizeiamt
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
F.	geltender Fassung
f, ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GAM	Groupe d'Assistance Mutuelle
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
ggf.	gegebenenfalls
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HZÜ	Haager Zustellungsübereinkommen
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit

Kap.	Kapitel
KOM	Dokumente der Kommission
KritJ	Kritische Justiz
lit.	litera
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o. g.	oben genannt
RD	Recueil Dalloz
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite(n)
SchProt	Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SIS	Schengener Informationssystem
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
s. o.	siehe oben
sog.	so genannt
Spstr.	Spiegelstrich
TREVI	Terrorisme, Radicalisme et Violence Internationaux
u. a.	unter anderem
Uabs.	Unterabsatz
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention)
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Ziff.	Ziffer

zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil
zzt.	zurzeit