

# Differenzierte Integration im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Spannungsfeld von Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex

Funda Tekin\*

*The Area of Freedom, Security and Justice is characterised by a slow process of communitarisation, a fast expanding *acquis communautaire* and a high degree of flexibility and differentiation. This article aims at explaining the basic principles and concepts of differentiated integration in this policy area. In doing so the variances of differentiation shall be highlighted. Furthermore, the article discusses differentiated integration as tool for necessary reforms in the Area of Freedom, Security and Justice. The analysis is guided by the general assumption that EU member states face a dilemma between problem solving instinct according to which they seek common solutions to transnational problems at the supranational level and sovereignty reflex that motivates them to preserve their sovereignty rights.*

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) stellt einen besonderen Politikbereich in der europäischen Integration dar, den eine langsame Vergemeinschaftung der Legislativverfahren bei gleichzeitig schnell expandierendem relevanten *Acquis* sowie ein hoher Grad an Flexibilität und Differenzierung auszeichnen.

Insbesondere in den letzten Jahren ist der RFSR verstärkt unter Handlungsdruck geraten. Im Jahr 2015 suchten 1,25 Millionen Menschen in der Europäischen Union (EU) Asyl. Damit hat sich die Zahl der Erstanträge im Vergleich zu 2014 mehr als verdoppelt und ist seitdem, wenn auch leicht verringert, auf diesem hohen Niveau geblieben. Dabei sind die EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich stark betroffen.<sup>1</sup> Ebenfalls seit 2015 ist die Anzahl von Terroranschlägen in der EU stark angestiegen. Allein in Frankreich mussten zwischen Januar 2015 und Juni 2016 zehn Anschläge gezählt werden. Aber auch Brüssel und vor allem Großbritannien waren wiederholt Ziele terroristischer Gewalt. Viele der Terroristen hatten als vermeintliche Flüchtlinge Zugang zur Europäischen Union und somit auch zum sogenannten Schengen-Raum gefunden, in dem sich 28 europäische Staaten dazu verpflichtet haben, Grenzkontrollen an ihren gemeinsamen Binnengrenzen abzuschaffen. Somit setzte der Ansturm der Flüchtlinge nicht nur das Gemeinsame Europäische Asylsystem unter (Reform-)Druck, sondern deckte auch Schwachstellen in der Zusammenarbeit im Kampf gegen den Terror und zur Wahrung der inneren Sicherheit sowie im externen und internen Grenzmanagement der EU auf.

Anfangs war das Krisenmanagement der EU-Mitgliedstaaten durch nationale Alleingänge geprägt. Diese bezogen sich vor allem auf die Wiedereinführung von Grenzkontrollen sowie die Errichtung von Zäunen an den Schengen-Außengrenzen. Paradoxerweise erforderte die erhöhte Terrorgefahr als transnationale Bedrohung gleichzeitig eine verstärkte grenzübergreifende Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Die letzten Jahre verdeutlichen

---

\* Dr. Funda Tekin, Centrum für Türkei und EU Studien, Universität zu Köln; Centre international de formation européenne, Nizza/Berlin; wissenschaftliche Beraterin des Instituts für Europäische Politik, Berlin.

1 Für genaue Zahlen und Trends siehe Eurostat: Statistiken über Asyl, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum\\_statistics/de](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics/de) (letzter Zugriff: 25.10.2017).

somit eindrücklich das grundlegende Dilemma, welches die Integration bei der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres seit Beginn der europäischen Integration prägt und unter anderem zu einer Vielzahl an Formen differenzierter Integration geführt hat.

Ziel dieses Beitrags soll daher sein, die der differenzierten Integration in diesem Politikbereich zugrunde liegenden Prinzipien und Konzepte darzulegen. Darauf aufbauend sollen Ausmaß und Varianz der Differenzierung skizziert werden. Abschließend und ausblickend wird differenzierte Integration als mögliches Instrument für notwendige Reformen diskutiert. Dabei muss der (mögliche) Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union, der sogenannte Brexit, besondere Beachtung finden.

## Konzeptionelle Überlegungen

Es gibt eine hohe Varianz an Definitionen und Interpretationen des Konzepts differenzierter oder auch flexibler Integration.<sup>2</sup> Allgemeingültig lässt sich diese als Form der Integration definieren, bei der „eine bestimmte Gruppe von Mitgliedstaaten nicht denselben (Unions-)Regeln unterliegt wie die übrigen Mitgliedstaaten“.<sup>3</sup>

### *Konzepte und Formen differenzierter Integration*

In der akademischen und politischen Debatte zur differenzierten Integration lassen sich verschiedene Varianten dieser grundlegenden Definition identifizieren, die sich an unterschiedlichen Variablen ausrichten:

*Wirkungsweise auf den Integrationsprozess:* Aus gegebenem Anlass werden in der aktuellen Debatte Konzepte entwickelt, welche die unterschiedlichen Dynamiken, die eine Differenzierung für den europäischen Integrationsprozess entfalten kann, betrachten. Hierbei geht es um „Aufbau-“ bzw. „Abbauflexibilisierung“, um Integration versus Desintegration oder um „integrativen Fort- bzw. Rückschritt“.<sup>4</sup>

*Horizontales Ausmaß der Differenzierung:* Es wird auch zwischen interner, das heißt nur auf EU-Mitgliedstaaten bezogener, sowie externer und somit über die Grenzen der Europäischen Union hinaus Staaten einbeziehender Differenzierung unterschieden.<sup>5</sup>

*Rechtsgrundlage der Differenzierung:* Allgemein wird zwischen Differenzierung im Rahmen der EU-Verträge und außerhalb des Rechtsrahmens der Europäischen Union als Gegenstand des internationalen Rechts unterschieden. Differenzierungen außerhalb des Primärrechts werden öfter auch als „Laboratorien“ bezeichnet, da sie später in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt werden sollen. Die Zusammenarbeit wird zuerst in einer kleineren Gruppe in einem intergouvernementalen Format getestet.

*Rechtliche Ausgestaltung der Differenzierung:* Zum einen gibt es Formen der Differenzierung, die primärrechtlich deutlich vordefiniert sind. Hierbei wird in den EU-Verträgen klar festgelegt, welcher Staat von den Regeln ausgenommen wird (sogenannte Opt-outs).

2 Siehe hierzu auch die verschiedenen Beiträge in den Heften 1-3 des 40. Jahrgangs 2017 der *integration*.

3 Funda Tekin/Wolfgang Wessels: Flexibility within the Lisbon Treaty: Trademark or Empty Promise?, in: *Eipascopie* 1/2008, S. 25ff., hier S. 25.

4 Siehe hierzu unter anderem Wolfgang Wessels/Johannes Wolters: Chancen und Risiken von Aufbau- und Abbauflexibilisierung: der Europäische Rat vor einem Trilemma, in: *integration* 2/2017, S. 89ff.; Annegret Eppler: Flexible Integration zwischen integrativem Fort- und Rückschritt, in: *integration* 3/2017, S. 207ff.

5 Dirk Leuffen/Berthold Rittberger/Frank Schimmelfennig: Differentiated Integration. Explaining Variation in the European Union, Basingstoke 2013.

Falls notwendig werden darüber hinaus individuelle Regeln für die Staaten, die am gemeinsamen Vorhaben teilnehmen, und solche, die es nicht tun, primärrechtlich festgelegt. Zum anderen sehen die EU-Verträge Verfahren vor, die es einer Gruppe von Mitgliedstaaten ermöglichen voranzuschreiten (die sogenannten Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit<sup>6</sup> und der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit<sup>7</sup>) oder einzelnen Mitgliedstaaten, sich konstruktiv zu enthalten.<sup>8</sup> Letztlich existieren verschiedene Formen der Differenzierung im Sekundärrecht durch die allgemeine Festlegung von Mindeststandards, Übergangsperioden und Harmonisierungsvorgaben.

*Zeitraumen der Differenzierung:* Formen differenzierter Integration können entweder kurz-, mittel- oder langfristiger Natur sein.

Für die Analyse des Zustandekommens und der Wirkungsweise von verschiedenen Formen differenzierter Integration sind generell folgende Fragen relevant: Was motiviert die EU-Mitgliedstaaten, Varianzen in der Gültigkeit von Regeln zuzulassen? Wie sind diese Regeln ausgestaltet? Ist eventuell langfristig doch eine vollständige Integration mit allen Mitgliedstaaten möglich beziehungsweise vorgesehen oder kann eine Dauerhaftigkeit der Differenzierung in dem jeweiligen Bereich angenommen werden?

#### *Konzeptionalisierung differenzierter Integration im Lichte eines mitgliedstaatlichen Dilemmas*

Je nach theoretischer Grundlage variiert die Erklärung für die Etablierung differenzierter Integrationsformen.<sup>9</sup> Dabei greift aber im Grunde und ganz besonders im RFSR ein Ansatz alleine oft zu kurz, um alle Erklärungsfaktoren zu berücksichtigen. Nach einem intergouvernementalistischen Verständnis wird Differenzierung als Resultat von Verhandlungen zwischen EU-Mitgliedstaaten mit vor allem unterschiedlich ausgeprägtem politischen Willen betrachtet, sich weiteren Integrationsschritten zu verschreiben. Mit zunehmender Anzahl an Mitgliedstaaten wächst die Heterogenität zwischen ihren Positionen und somit die Wahrscheinlichkeit differenzierter Integration. Schon Leo Tindemans stellte fest, dass solche Mitgliedstaaten, die sowohl politisch willens als auch objektiv betrachtet fähig sind, nicht nur die Möglichkeit erhalten sollten, sondern auch die Verpflichtung hätten voranzuschreiten.<sup>10</sup> Diese Erklärungslogik kann durch die zusätzliche Betrachtung von neofunktionalistischen Argumenten der sogenannten Spill-over-Effekte oder Sachlogik noch verstärkt werden. Mit zunehmender europäischer Integration wachsen auch die Interdependenzen sowohl zwischen den Mitgliedstaaten als auch zwischen den Politikbereichen. Somit kann Integration in einem Politikbereich die Kooperation in einem anderen erforderlich machen. Differenzierung resultiert gemäß dieser Logik vorerst aus Unterschieden in der objektiven Fähigkeit der Mitgliedstaaten, an einer vertieften Integration teilzunehmen.

6 Art. 20 Vertrag über die Europäische Union (EUV) i.V.m. Artt. 326-334 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

7 Art. 42 Abs. 6 i.V.m. 46 EUV.

8 Art. 31 EUV.

9 Siehe ebenda.

10 Leo Tindemans: Bericht über die Europäische Union (Tindemans-Bericht). Ein gemeinsames Leitbild für Europa, in: Bulletin der Europäischen Gemeinschaften Sonderbeilage 1/1976, S. 11ff.

Zur Operationalisierung dieser theoretischen Überlegungen kann ein Konzept von Wolfgang Wessels herangezogen werden, welches ein Dilemma der EU-Mitgliedstaaten im europäischen Integrationsprozess umschreibt. Wessels attestiert den Vertretern der Mitgliedstaaten einen sogenannten Problemlösungsinstinkt, gemäß dem sie für grenzüberschreitende Probleme und globale Herausforderungen grundlegend immer gemeinsame, effiziente und europäisch legitimierte Lösungen auf der supranationalen Ebene finden werden. Dieser wird jedoch durch den sogenannten Souveränitätsreflex konterkariert, der nationale Lösungen immer dann attraktiver werden lässt, wenn nationale Souveränitätsrechte bedroht sind. Falls eine Form der europäischen Kooperation notwendig werden sollte, würden die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass sie einen Letztentscheidungsvorbehalt in Form von Vetooptionen behalten.<sup>11</sup> Demzufolge stellt Differenzierung ein dem europäischen Integrationsprozess inhärentes Phänomen dar, welches sich aus den Unterschieden in der Ausgestaltung dieses Dilemmas bei den EU-Mitgliedstaaten erklärt.

Differenzierte Integration kann somit als ein Instrument zum Management von Heterogenität in der EU betrachtet werden. Dieses gewinnt durch Krisensituationen in der europäischen Integration sogar noch an Relevanz. Gemäß der allgemeinen Definition zeichnen sich Krisen dadurch aus, dass sie den Zeithorizont für Entscheidungen extrem verkürzen. Sie überraschen also den Entscheidungsträger und bedrohen seine priorisierten Ziele. Dadurch kreieren Krisen eine Situation von Dringlichkeit, die schnelles Handeln erforderlich macht.<sup>12</sup> Ein solches ist in Anbetracht des oben beschriebenen Dilemmas der Mitgliedstaaten zwischen Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex aber im Zweifel nicht möglich beziehungsweise blockiert. In solchen Fällen kann differenzierte Integration einen schnellen aber bestenfalls nur kurz- bis mittelfristig angelegten Ausweg darstellen. In den Krisenjahren in der Wirtschafts- und Währungsunion nach 2008 wird diese Annahme insbesondere durch den sogenannten Fiskalpakt bestätigt. Aufgrund einer vom damaligen britischen Premierminister David Cameron vehement vertretenen Vetoposition wurde auf dem Gipfeltreffen des Europäischen Rates am 9. Dezember 2011 der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion von den Staats- und Regierungschefs der anderen EU-Mitgliedstaaten basierend auf internationalem Recht und ohne Großbritannien verabschiedet.

### *Anwendung des Konzepts auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*

Sowohl Fragen der Souveränität, Interdependenzen als auch Krisen spielen eine zentrale Rolle im Prozess der europäischen Integration im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Der RFSR umfasst Visa-, Asyl-, Einwanderungs- und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr sowie die Bereiche der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit sowohl in Straf- als auch Zivilsachen. Er stellt somit einen höchst sensiblen Politikbereich dar. Die Gewährleistung von Freiheit, innerer und äußerer Sicherheit sowie des Rechtsschutzes ist als „high policies“ zu bezeichnen und gehört zu den Kernelementen souveräner Nationalstaaten. Folglich kann zunächst von einem stark ausgeprägten Souveränitätsreflex der EU-Mitgliedstaaten in diesem Politikbereich ausgegangen werden.

11 Vergleiche hierzu Andreas Hofmann/Wolfgang Wessels: Der Vertrag von Lissabon – eine tragfähige und abschließende Antwort auf konstitutionelle Grundfragen?, in: *integration* 1/2008, S. 3ff.

12 Sabine Saurugger: Europeanisation in Times of Crises, in: *Political Studies Review* 2/2014, S. 181ff., hier S. 182.

Die Einzelpolitiken sind allerdings auch sehr eng miteinander verknüpft. Denn „Freiheit verliert viel von ihrer Bedeutung, wenn sie nicht in einem sicheren Umfeld und mit der vollen Unterstützung eines Rechtssystems genossen werden kann, in das alle Bürger und Gebietsansässige der Union Vertrauen haben können“.<sup>13</sup> Dies bedeutet, dass die für den Binnenmarkt elementare Aufhebung der innereuropäischen Grenzen für die Gewährleistung eines freien Personen-, Kapital-, Güter- und Dienstleistungsverkehrs eine engere und koordinierte Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in anderen elementaren Politikfeldern wie der Asylpolitik, der Kontrolle der Außengrenzen sowie der justiziellen Zusammenarbeit erfordert. Denn transnationale Herausforderungen wie Drogenschmuggel, Menschenhandel oder Terrorismus werden durch die Aufhebung von Grenzkontrollen noch verstärkt. Gleichzeitig müssen rechtliche Lösungen für ein zunehmend transnationales Leben der EU-Bürger gefunden werden, bei denen unter anderem Fragen der Zuständigkeiten von Gerichten und der Anwendbarkeit nationaler Rechtsgrundlagen geregelt werden müssen. Somit kann auch davon ausgegangen werden, dass der Prozess der europäischen Integration im RFSR von einem ausgeprägten Problemlösungsinstinkt der EU-Mitgliedstaaten vorangetrieben wird.

Letztlich haben regelmäßig Krisen Einfluss auf die Entwicklung des RFSR genommen. In den Jahren nach den Anschlägen auf das World Trade Center in New York am 11. September 2001 wurde seine Sicherheitsdimension ausgebaut,<sup>14</sup> die sogenannte Migrationskrise von 2015 hat eine Diskussion über die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten und die Stärkung der Schengen-Außengrenzen als Kompensation der fehlenden Kontrollen an den Binnengrenzen forciert und die Zunahme an terroristischen Anschlägen in den EU-Mitgliedstaaten hat eine Verbesserung des Informations- und Datenaustauschs zwischen Sicherheitsbehörden auf die Agenda gerufen.

Diese verkürzte Reflektion über die grundlegenden Elemente der europäischen Integration im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts soll genügen, um zu argumentieren, dass in diesem Politikbereich die Grundvoraussetzungen für differenzierte Integration gegeben sind: Die EU-Mitgliedstaaten sind herausgefordert, eine Balance zwischen Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex zu finden – und dies des Öfteren in Situationen mit krisenbedingt verkürztem zeitlichen Handlungsspielraum.

### **Entwicklungen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: zwischen Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex**

Die Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kann hinsichtlich der Lösungsansätze des oben beschriebenen Dilemmas der EU-Mitgliedstaaten in vier Phasen unterteilt werden:

#### *Erste Phase: Ad-hoc-Anfänge mit Variablen Geometrien*

Die Anfänge der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres liegen außerhalb der Vertragsgrundlagen der damaligen Europäischen Gemeinschaft. Art. 8a der Einheitlichen

13 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung der Kommission. Auf dem Weg zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, KOM (1998) 459, S. 1.

14 Rat der Europäischen Union: Tagung des Europäischen Rates (Brüssel, 4./5. November 2004). Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 14292/04.

Europäischen Akte definierte zwar, dass „der Binnenmarkt [...] einen Raum ohne Binnengrenzen [umfasst], in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“. Allerdings verzichtet der Vertrag darauf, im Detail zu definieren, was einen solchen Raum ohne Binnengrenzen ausmachen soll. Diese vage Formulierung kann als Ausdruck dafür gelesen werden, dass der Souveränitätsreflex bei den Mitgliedstaaten in den 1980er Jahren dominiert hat. Aber auch schon damals existierten transnationale Herausforderungen, für die eine Lösung gefunden werden musste. Der Problemlösungsinstinkt der Mitgliedstaaten reichte zu der Zeit allerdings lediglich für ad hoc formierte Gruppen der Zusammenarbeit mit einem sehr eng fokussierten Themen- und Aufgabengebiet.

Dem Problem der Bedrohung der inneren Sicherheit durch Terrorismus wurde durch die Gründung der sogenannten TREVI-Gruppe (1976) begegnet. Sie diente der polizeilichen Zusammenarbeit im Kampf gegen den Terrorismus. Der 1984 gegründete Ad-hoc-Ausschuss für ein Europa der Bürger (Adonnino-Ausschuss) regelte Fragen der Staatsangehörigkeit und Bürger Europas. 1986 wurde die Ad-hoc-Gruppe „Einwanderung“ formiert, die zur Vorbereitung eines Entwurfs einer EU-Vertragsgrundlage für Immigrationsfragen von der Rhodos-Koordinierungsgruppe zur Personenfreizügigkeit unterstützt wurde.

Diese intergouvernementalen Gruppen außerhalb des europäischen Rechtsrahmens konstituieren zwar eine Differenzierung hinsichtlich der Vertragsgrundlagen, sie differenzieren aber nicht in Bezug auf die Anzahl der beteiligten Mitgliedstaaten. Deshalb ist keine differenzierte Integration im Sinne der diesem Beitrag zugrunde liegenden Definition festzustellen.

Dies trifft erst auf das sogenannte Schengener Abkommen von 1985 zu. Dabei handelt es sich um einen „koordinierten Alleingang“<sup>15</sup> von fünf der damaligen neun Mitgliedstaaten – Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg und die Niederlande – in Form einer intergouvernementalen und internationalen Vereinbarung zur Abschaffung von Kontrollen an den gemeinsamen Binnengrenzen, um Freizügigkeit zu gewährleisten und gleichzeitig Drogenhandel, Kriminalität und irreguläre Migration zu bekämpfen. Allerdings sollte die Differenzierung im Schengen-Raum kurzfristig angelegt sein. Das Abkommen war offen für alle Mitgliedstaaten und eng mit dem Ziel der Europäischen Gemeinschaft verknüpft, einen Binnenmarkt zu schaffen. So wurde es auch 1997 mit dem Amsterdamer Vertrag in den EU-Rechtsrahmen überführt. Obwohl zu dem Zeitpunkt fast alle EU-Mitgliedstaaten dem Schengen-Raum beigetreten waren, konnte durch diese Überführung die Differenzierung nicht vollständig abgebaut werden (für weitere Informationen siehe unten).

Vor diesem Hintergrund war die Kooperation im Bereich Justiz und Inneres anfänglich in Form von verschiedenen losen, intergouvernemental strukturierten internationalen Gruppierungen ausgestaltet, die auch als Variable Geometrien zu bezeichnen sind.

### *Zweite Phase: Vereinheitlichung des Rechtsrahmens*

1993 haben die EU-Mitgliedstaaten als Herren der Verträge mit dem Vertrag von Maastricht der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres einen gemeinsamen europä-

15 Thomas Gehring: Die Politik des koordinierten Alleingangs. Schengen und die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen der Europäischen Union, in: Zeitschrift für Internationale Beziehungen 1/1998, S. 43ff.

ischen Rechtsrahmen gegeben. Allerdings ist hier deutlich zu erkennen, dass das Dilemma der EU-Mitgliedstaaten zwischen dem Problemlösungsinstinkt und dem Souveränitätsreflex durch einen unzulänglichen Kompromiss auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner gelöst worden ist. Die sogenannte dritte Säule der Justiz- und Innenpolitik im Vertrag weist starke intergouvernementale Strukturen auf. Dies bedeutet, dass Entscheidungen im Rat mit Einstimmigkeit getroffen werden, das Europäische Parlament keine aktiven Mitwirkungsrechte hat, die Kommission nicht das ausschließliche Initiativrecht und der Gerichtshof der Europäischen Union keine Kompetenz zur Rechtsprechung besitzt. Art. K.9 des Vertrags über eine Europäische Union in der Fassung von Maastricht (EUV-Maastricht) sah zwar eine Passarelle-Klausel vor, mit der die Entscheidungen im Bereich Personenfreizügigkeit in ein Verfahren der supranationalen Gesetzgebung überführt werden konnten. Allerdings wären hierfür Einstimmigkeit im Rat und die Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten erforderlich gewesen. Diese haben folglich ihre Vetooption und Souveränitätsrechte wahren können.

Die Haupterrungenschaft der Maastrichter Regelungen, nämlich die Etablierung eines einheitlichen Rechtsrahmens, ist jedoch im Lichte einiger Defizite zu betrachten. Die Vertragsvorgaben stellen nur wenige Instrumente für die Weiterentwicklung des Politikbereichs bereit. So sind die allgemeinen gemeinsamen Ziele nur sehr vage definiert<sup>16</sup> und die aus dem Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik entlehnten Instrumente in Form von Gemeinsamen Standpunkten und Gemeinsamen Aktionen zu schwach, um die Kooperation im Bereich Justiz und Inneres angemessen voranzutreiben. Dänemark beschränkte seine zukünftige Mitwirkung auf die intergouvernementale Form der Kooperation und manifestierte dadurch zukünftige Differenzierung in diesem Politikbereich.<sup>17</sup> Letztlich konnte auch der Vertrag von Maastricht die Ad-hoc-Kooperationen außerhalb der EU-Verträge und somit die Variablen Geometrien im Bereich Justiz und Inneres nicht gänzlich abbauen. Art. K.7 EUV-Maastricht definiert die sogenannte Schengen-Klausel, gemäß derer eine engere intergouvernementale Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten akzeptabel ist, solange diese der Kooperation in der dritten Säule des Maastricht-Vertrags nicht entgegensteht oder diese beeinträchtigt. So blieb das Schengener Abkommen genauso wie das sogenannte Dublin-Übereinkommen zur Asyl- und Migrationspolitik und das Schengener Durchführungsübereinkommen, die beide 1990 unterzeichnet worden waren, parallel zu den EU-Verträgen bestehen. Darüber hinaus gab es weiterhin die „Common Travel Area“ zwischen dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Irland sowie die Nordische Passunion zwischen Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden.<sup>18</sup>

Obwohl der Vertrag von Maastricht das mitgliedstaatliche Dilemma vor allem durch intergouvernementale Kooperation auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner gelöst hat, sieht er darüber hinaus folglich auch die Möglichkeit für differenzierte Integration vor.

16 Art. K.1 EUV-Maastricht.

17 Siehe Europäischer Rat: Europäischer Rat Edinburgh. 11.-12. Dezember 1992. Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

18 Siehe hierzu auch David Cullen: Variable Geometry and Overlapping Circles: in Search of a Suitable Model for Justice and Home Affairs, in: Roland Bieber/Jörg Monar (Hrsg.): Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar, Brüssel 1995, S. 65ff.

### *Dritte Phase: Nachbesserungen durch die Etablierung des RFSR und Differenzierung*

Der Vertrag von Amsterdam (1999) brachte die Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres einen entscheidenden Schritt weiter. Alle Einzelmaßnahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Straf- sowie Zivilsachen und die flankierenden Maßnahmen für den freien Personenverkehr wurden im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zusammengefasst. Aber auch in dieser Entwicklung ist das Gegenspiel von Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex klar erkennbar. Dieses führte zu einer „hybriden Konstruktion“,<sup>19</sup> sowohl im Vertrag von Amsterdam als auch im Vertrag von Nizza (2002), bei der die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der intergouvernemental strukturierten dritten Säule verblieb, während Visa-, Asyl-, Einwanderungs- und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr als Titel IV in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft überführt wurden. Dies bedeutet, dass hier die supranationale Gemeinschaftsmethode in der Gesetzgebung zur Anwendung kommt, welche die Vetooptionen der Mitgliedstaaten beschneidet.

Ein weiteres Kernmerkmal der Entwicklung des RFSR in diesen zwei Verträgen ist die primärrechtliche Verfestigung der differenzierten Integration. Der Amsterdamer Vertrag schuf für einige Mitgliedstaaten die Möglichkeit, im Rahmen der Verträge untereinander eine Verstärkte Zusammenarbeit zu begründen. Dieses Verfahren wurde in den folgenden Verträgen immer weiter reformiert. Allerdings kam es erst 2010 zur ersten Anwendung. Bis heute gibt es Verstärkte Zusammenarbeiten im Scheidungsrecht, Patentrecht und bei der Europäischen Staatsanwaltschaft sowie eine geplante bei der Finanztransaktionssteuer.

Für den RFSR von tiefgreifender Bedeutung waren die Positionen Dänemarks, Großbritanniens und Irlands hinsichtlich der Zusammenarbeit in den relevanten Politikbereichen. Alle drei Mitgliedstaaten waren und sind nicht bereit, umfassend Souveränitätsrechte abzugeben. Darüber hinaus sehen Großbritannien und Irland keine Notwendigkeit, dem Schengen-Raum beizutreten. Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde das Schengen-Abkommen jedoch in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt. Zu diesem Zeitpunkt waren alle anderen EU-Mitgliedstaaten diesem beigetreten. Somit konstituierte Protokoll Nr. 8 zum Vertrag von Amsterdam streng genommen gleich die erste Verstärkte Zusammenarbeit, indem es allen Mitgliedstaaten bis auf Großbritannien und Irland sowie vier Staaten außerhalb der Europäischen Union (Norwegen und Island sowie später auch Liechtenstein und der Schweiz) erlaubt, Kontrollen an den Binnengrenzen abzuschaffen und in den relevanten Politikbereichen zusammenzuarbeiten. Damit wurde der sogenannte Schengen-Acquis Teil des EU-Acquis und somit verbindlich für alle zukünftigen EU-Mitgliedstaaten. Die Differenzierung wurde also auf Großbritannien und Irland beschränkt. Allerdings wurden diese Opt-outs mit Opt-in-Möglichkeiten kombiniert, die es den beiden Staaten erlauben, an ausgewählten Politikmaßnahmen des RFSR inklusive Schengen teilzunehmen.<sup>20</sup> Dänemark hat das Schengen-Abkommen unterzeichnet, sich je-

19 Monica den Boer: A New Area of Freedom, Security and Justice: the Shaping of a Hybrid Compromise, in: Finn Laursen (Hrsg.): *The Amsterdam Treaty: National Preference Formation, Interstate Bargaining and Outcome*, Odense 2002, S. 509ff., hier S. 528.

20 Für eine umfassende Analyse dieser Regelungen siehe Funda Tekin: *Differentiated Integration at Work: The Institutionalisation and Implementation of Opt-Outs from European Integration in the Area of Freedom, Security and Justice*, Baden-Baden 2012.

doch von jeglichen supranationalen Gesetzgebungsverfahren ausgenommen. Dieses zu Zeiten des Vertrags von Maastricht noch „schlafende Opt-Out“ wurde durch die Verträge von Amsterdam und Nizza schrittweise „aufgeweckt“ und Dänemark verpflichtet, im Bereich des Schengen-Acquis die entsprechenden Regelungen selbständig im nationalen Recht umzusetzen. In Bezug auf die übrigen Politikmaßnahmen des RFSR muss die dänische Regierung aufwändige Parallelabkommen mit der EU verhandeln, um teilnehmen zu können.

In den Verträgen von Amsterdam und Nizza schlug sich das Dilemma zwischen Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex somit in zweierlei hybriden Konstruktionen nieder: der Aufteilung der Einzelpolitiken des RFSR zwischen supranational und intergouvernemental ausgestalteter Gesetzgebung und der Kombination von Opt-outs mit Opt-in-Rechten.

#### *Vierte Phase: Lissabonisierung des RFSR – abschließende Durchsetzung des Problemlösungsinstinkts?*

Mit dem Vertrag von Lissabon (2009) wurde die Säulenstruktur, die der Vertrag von Maastricht etabliert hatte, endgültig aufgelöst. Dies hatte die vollständige Vergemeinschaftung des RFSR zur Folge. Das bedeutet aber nicht, dass die EU-Mitgliedstaaten nicht auch weiterhin Instrumente zur Wahrung ihrer Souveränitätsrechte vorsehen. Dies findet im Vertrag von Lissabon vor allem Ausdruck in Möglichkeiten zur Differenzierung. Für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wurde eine sogenannte Notbremse eingeführt. Dieser Mechanismus ermöglicht es entweder einem<sup>21</sup> oder einer Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten,<sup>22</sup> im Falle von blockierten Verhandlungen im Rat, den Europäischen Rat mit der entsprechenden Frage zu befassen. Falls auch dort kein Konsens gefunden werden kann, wird die „Notbremse“ zum „Gaspedal“, denn die Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten erhält dann das Recht, eine Verstärkte Zusammenarbeit zu bilden.

Hinsichtlich der primärrechtlichen Differenzierung ist es Großbritannien im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gelungen, eine Regelung auszuhandeln, die das Dilemma zwischen Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex vollkommen auflöst. Bevor im Dezember 2014 die Vergemeinschaftung dieses Politikbereichs durch die Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union vollkommen abgeschlossen war, konnte die Regierung Großbritanniens entscheiden, ein sogenanntes Block-Opt-out vorzunehmen.<sup>23</sup> Dies bedeutete, dass Großbritannien aus allen relevanten Rechtsakten, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verabschiedet worden waren, austreten konnte. Gleichzeitig hatte Großbritannien das Recht, sich die Rechtsakte auszusuchen, bei denen die europäische Zusammenarbeit weiterhin von Interesse war, und diesen Maßnahmen wieder beizutreten – zum Beispiel dem Europäischen Haftbefehl.

21 Art. 82 und 83 AEUV.

22 Art. 86 AEUV.

23 Siehe Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen, in: Amtsblatt der EU, Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 322ff.

Im Lichte des mitgliedstaatlichen Dilemmas zwischen Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex lässt sich also Folgendes feststellen: Bei den anfänglichen Entwicklungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts schlug sich das Dilemma vor allem in einem niedrigen Grad der Vergemeinschaftung dieses Politikbereichs nieder. Das Grundprinzip der Gemeinschaftsorthodoxie, bei dem alle Mitgliedstaaten gemeinsam den europäischen Integrationsprozess beschreiten, hatte Vorrang. Erst mit der Überführung des Schengen-Abkommens in den Rechtsrahmen der Europäischen Union änderte sich dieses Vorgehen und differenzierte Integration wurde die Alternative zur gemeinsamen Vergemeinschaftung im RFSR.

### Formen der differenzierten Integration im RFSR

Bezugnehmend auf die eingangs dargelegte Ausdifferenzierung soll hier ein zusammenfassender Überblick über die verschiedenen Formen differenzierter Integration im RFSR gegeben werden.

In diesem Politikbereich gibt es primärrechtlich vordefinierte Differenzierung in Form der in den Protokollen Nr. 19 bis 22 zum Vertrag von Lissabon festgeschriebenen Sonderregelungen für Dänemark, Großbritannien und Irland. Einer Fragmentierung und somit möglichen Desintegration wurde jedoch dadurch vorgebeugt, dass Großbritannien und Irland umfassende Rechte haben, ad hoc zu entscheiden, an ausgewählten Maßnahmen teilzunehmen. Dies entspricht zwar dem sogenannten *À-la-carte*-Ansatz, bei dem Mitgliedstaaten ihre Teilnahme gemäß ihren Interessen bestimmen können. Ein solches „Europe à la carte“ wird grundsätzlich als das Konzept kritisiert, welches die Desintegration per Definition vorsieht. Allerdings gilt dies im RFSR lediglich für Großbritannien und Irland. Darüber hinaus erhält die Differenzierung im RFSR durch die Kombination von Opt-out und Opt-in-Rechten einen volatilen Charakter, der eher integrative als desintegrative Tendenzen auslöst. Großbritannien und Irland nehmen am Bereich Asylpolitik umfassend und an der Migrationspolitik ausreichend teil. Bei der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen kann insbesondere Großbritannien sogar als ein sehr „engagierter Außenseiter“ bezeichnet werden.<sup>24</sup> Allerdings müssen in Zukunft Sonderregelungen für Dänemark gefunden werden. Sein Opt-out ist rein strukturell motiviert und zielt auf die Wahrung der dänischen Souveränitätsrechte. Da der Vertrag von Lissabon zur vollständigen Vergemeinschaftung des RFSR geführt hat, wird Dänemark in Zukunft nicht mehr teilnehmen können und ohne individuelle intergouvernementale Lösungen langsam marginalisiert werden.

Eine weitere Form der differenzierten Integration, die im RFSR Anwendung gefunden hat, ist die Verstärkte Zusammenarbeit. Die zwei relevanten Maßnahmen im Scheidungsrecht und der Europäischen Staatsanwaltschaft sind in der justiziellen Zusammenarbeit angesiedelt. In diesem Bereich wird auch über weitere Verstärkte Zusammenarbeiten nachgedacht – so zum Beispiel in Fragen des Güterrechts bei binationalen Ehen. Das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit hat per Definition einen inklusiven Charakter und steht allen Mitgliedstaaten jederzeit offen. Aus diesem Grund ist hier zunächst auch von keiner desintegrativen Wirkung auszugehen.

24 Ilke Adam u.a.: The UK in Justice and Home Affairs: the engaged outsider, Institute for European Studies: IES Policy Brief 2/2016.

Im RFSR ist durch das Schengen-Abkommen auch eine externe Differenzierung gegeben. Der Schengen-Raum erstreckt sich mit Norwegen, Island, der Schweiz und Liechtenstein über die Grenzen der Europäischen Union hinaus. Andererseits sind neben den permanenten Opt-outs von Großbritannien und Irland aktuell auch noch Bulgarien, Kroatien, Rumänien und Zypern vom Schengen-Raum aufgrund sogenannter Übergangsperioden ausgeschlossen. Bei den drei erstgenannten dürfte es lediglich eine Frage der Zeit sein, bis diese alle Kriterien für den Beitritt erfüllen werden. Der Fall Zypern gestaltet sich ein wenig schwieriger beziehungsweise langwieriger, weil die Lösung des Konflikts mit Nordzypern Voraussetzung für die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen ist.

Letztlich haben sich die EU-Mitgliedstaaten auch wiederholt sogenannter Laboratorien zur Fortentwicklung der Zusammenarbeit im RFSR bedient. Das Schengen-Abkommen stellt den prominentesten Präzedenzfall dar. Aber auch später wurde dieses Instrument benutzt. 2005 unterzeichneten elf EU-Mitgliedstaaten und Norwegen einen Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration – auch Prümer Vertrag genannt. Zwei Jahre später wurden der Informationsaustausch in Bezug auf DNA und Fingerabdrücke sowie Maßnahmen der engeren polizeilichen Zusammenarbeit in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt.

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist somit in jeglicher Hinsicht – in Bezug auf das horizontale Ausmaß, die Varianz in der rechtlichen Ausgestaltung und den zeitlichen Rahmen – ein hochgradig differenzierter Politikbereich. Dies bedeutet zwar ein hohes Maß an Komplexität in den Verfahren, Beteiligungsrechten und Politikmaßnahmen. Allerdings hat Differenzierung im RFSR keinen Integrationsrückschritt ausgelöst. Im Gegenteil, sie diente dem möglichen Voranschreiten im europäischen Integrationsprozess in diesem Politikbereich.

## Ausblick im Lichte von Brexit und anderen Krisen

Obwohl der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu den am schnellsten wachsenden Politikbereichen der Europäischen Union zählt, ist dieser noch lange nicht vollendet. Nach drei konsekutiven mehrjährigen Programmen, welche die Zusammenarbeit in den Bereichen Freiheit, Sicherheit und Recht weiterentwickelt haben,<sup>25</sup> hat der Europäische Rat im Juni 2014 strategische Richtlinien zur Konsolidierung des RFSR verabschiedet.<sup>26</sup> Der Fokus liegt hier unter anderem auf der Vervollständigung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, auf Lösungsansätzen, um mit dem „Migrationsdruck“ umzugehen, auf dem Ausbau des Kampfs gegen Terrorismus und auf der Bearbeitung anderer transnationaler Herausforderungen, welche die innere und äußere Sicherheit bedrohen, sowie auf der Optimierung der justiziellen Zusammenarbeit.

Der Reformdruck bleibt somit bestehen und wurde im Jahr 2015 aufgrund der sogenannten Migrationskrise und der verstärkten Bedrohung durch den Terrorismus weiter er-

25 Rat der Europäischen Union: Tampere Europäischer Rat. 15. und 16. Oktober 1999. Schlussfolgerungen des Vorsitzes; Rat der Europäischen Union: Schlussfolgerungen, November 2004; Europäischer Rat: Das Stockholmer Programm – ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, in: Amtsblatt der EU, Nr. C 115 vom 4. Mai 2010, S. 1ff.

26 Europäischer Rat: Europäischer Rat (Tagung vom 26./27. Juni 2014). Schlussfolgerungen, EUCO 79/14.

höht. Die Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, welches aus der Asylverfahrensrichtlinie, der Richtlinie über Aufnahmebedingungen, der Anerkennungsrichtlinie sowie der EURODAC-Verordnung für eine Datenbank mit Fingerabdrücken und der Dublin-Verordnung, welche die Zuständigkeit für das Asylverfahren festlegt, besteht, war gerade beschlossen worden, als die Zahl der Asylsuchenden in der Europäischen Union exponentiell anstieg. Insbesondere die Dublin-Verordnung, nach der der Staat für das Asylverfahren verantwortlich ist, in dem der Asylsuchende zum ersten Mal den Boden der Europäischen Union betreten hat, geriet nicht nur in die Kritik, sondern wurde von vielen Mitgliedstaaten sogar zeitweise ausgesetzt.

Zwei gegenläufige Reaktionen auf diese Krisen sind zu beobachten: Zum einen wurden Forderungen nach „mehr Europa“ in Form von intensivierten und ausgebauten gemeinsamen und gemeinschaftlichen Lösungen laut. So gibt es im Europäischen Parlament Pläne, einen Ausschuss einzusetzen, welcher sich mit Fragen der Bekämpfung des Terrorismus beschäftigt.<sup>27</sup> Darüber hinaus werden die Agenturen im Bereich RFSR wie Europol, Eurojust und Frontex reformiert. Auch wurde Solidarität zwischen den EU-Mitgliedstaaten zumindest von einigen – insbesondere Deutschland – eingefordert. Dies beinhaltet den Wunsch nach Einführung eines permanenten Umverteilungsmechanismus von Asylsuchenden unter den Mitgliedstaaten.

Zum anderen ist eine verstärkte Rückbesinnung der Regierungen der EU-Mitgliedstaaten auf nationalstaatliche Lösungen zu beobachten. Dieser Souveränitätsreflex ist unterschiedlich stark ausgeprägt und schlug sich in der Wiedereinführung von Grenzkontrollen, dem „Durchwinken“ von Flüchtlingen auf ihrem Weg vom Rand der EU in weiter innenliegende EU-Staaten sowie der Vorstellung von einer flexibel ausgestalteten Solidarität in Europa nieder. Letztere wurde vor allem von den Visegrád-Staaten propagiert, die sich weder einem temporären noch einem permanenten Umverteilungsmechanismus von Asylsuchenden verpflichten wollten. Stattdessen wären sie bereit, ihren solidarischen Beitrag zum Beispiel durch monetäre Kompensationen zu leisten.

Diese gegenläufigen Dynamiken haben bisher jedoch weder zu einem Rückgriff auf intergouvernementale Entscheidungsfindungsstrukturen noch zu verstärkten Formen differenzierter Integration geführt. Dafür wurden zwei Beschlüsse über den temporären Umverteilungsmechanismus von Schutzsuchenden zur Entlastung Italiens und Griechenlands im September 2015 mit qualifizierter Mehrheit im Rat beschlossen. Deren Umsetzung verläuft jedoch aufgrund von Widerstand vor allem aus Ungarn und der Slowakei, die dabei überstimmt worden waren, nur schleppend. Ein weiterer Schritt im Krisenmanagement sah dabei keine interne Differenzierung durch die Kooperation der politisch willigen und fähigen EU-Mitgliedstaaten, sondern eine ausgelagerte Lösung durch die Zusammenarbeit mit der Türkei als wichtigem strategischen Partner vor.

Hieraus lässt sich allerdings noch keine allgemeingültige Schlussfolgerung ziehen. Differenzierte Integration machte bisher einen wichtigen Bestandteil der europäischen Integration im RFSR aus. Allerdings wird sie gemäß der „Logik der Differenzierten Integration“<sup>28</sup>

27 EVP-Fraktion im Europäischen Parlament, Manfred Weber: A stronger Europe means more security for the people, Pressemitteilung, 7. Juni 2017.

28 Alkuin Kölliker: Flexibility and European Unification. The Logic of Differentiated Integration, Oxford 2006; Tekin: Differentiated Integration at Work, 2012.

nur dann sinnvoll einzusetzen sein, wenn sie zentripetale anstelle zentrifugaler Effekte entwickelt und somit integrativ und nicht desintegrativ auf den Politikbereich wirkt.

Auch die Folgen eines möglichen Austritts Großbritanniens aus der Europäischen Union sind nicht so eindeutig, wie man vielleicht meinen könnte. Da Großbritannien bereits ein Opt-out vom RFSR und dem Schengen-Raum hat, könnte die Annahme naheliegen, dass ein Brexit keine allzu großen Konsequenzen für den Politikbereich haben könnte. Eine solche Betrachtung ist jedoch insbesondere aufgrund der Opt-in-Rechte Großbritanniens stark verkürzt und sogar verfehlt. Je nach Politikbereich würde ein Brexit mehr oder weniger ins Gewicht fallen – sowohl für Großbritannien als auch die EU. Der bisherige Beteiligungsgrad und das Verhalten Großbritanniens reichen von dem eines „engagierten Außenseiters“ in der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, wo die Zusammenarbeit aktiv vorangetrieben wird, über gemischte Beteiligungsformen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem und dem Schengen-Raum bis hin zum „unengagierten Außenseiter“ in der Migrationspolitik, wo Großbritannien nur an den notwendigsten und insbesondere formellen Maßnahmen teilnimmt.<sup>29</sup> Ein Brexit wäre demzufolge vor allem in der Zusammenarbeit in Bezug auf interne Sicherheit zu spüren. Sollten nach dem Ausscheiden Großbritanniens verschiedene Formen der Assoziation des Landes an die Europäische Union gesucht werden, so ist man im RFSR gut beraten, eine maßgeschneiderte Lösung zu finden, die dem aktuellen Beteiligungsgrad und den gegenseitigen Interessen entspricht.

---

29 Für eine umfassende Betrachtung und Analyse hierzu siehe Funda Tekin: *The Area of Freedom, Security and Justice: Brexit does not mean Brexit*, Jacques Delors Institut – Berlin: Policy Paper 205, 13. September 2017.