

## Grundsatz der Subsidiarität: Nur ein leeres Versprechen?

### I. Einführung: Ist „Subsidiarität nur ein Wort“?

Ein leeres Versprechen wäre das Subsidiaritätsprinzip, wenn es – wie ein ehemaliger Richter am BVerfG behauptete – „nur ein Wort“ wäre.<sup>1</sup> Ein Wort, das zumindest rechtlich wirkungslos verpufft.

Und in der Tat ist in Übereinstimmung mit dieser Sichtweise ein Teil des wissenschaftlichen Schrifttums, gerade auch in anderen Mitgliedstaaten der EU, der Auffassung, dass das Subsidiaritätsprinzip nur eine abstrakte Leitlinie, eine politische „*rule of reason*“, darstelle, die allenfalls zur Bewahrung des Konsenses und als politische Orientierung für Entscheidungen dienen könne. Seine Funktion bestehe weniger darin, die jeweiligen Kompetenzen der Union zu begrenzen, als vielmehr sie zu legitimieren.<sup>2</sup> Ein Pauschalbegriff wie derjenige der Subsidiarität taugte zur normativen Gestaltung eines Systems so wenig „wie der Holzhammer für eine zahnärztliche Behandlung“.<sup>3</sup> In die Deutung des Subsidiaritätsprinzips flößen all jene sehr uneinheitlichen Ordnungsvorstellungen ein, die die verschiedenen Mitgliedstaaten aufgrund ihrer jeweiligen Traditionen und Interessen hegten. So werde die Auffassung von einer limitierenden Funktion des Subsidiaritätsprinzips, wie sie Deutsche und Briten hätten, keineswegs von allen Mitgliedstaaten geteilt.<sup>4</sup> In engem Zusammenhang mit diesem Kritikpunkt steht jener, der etwas plakativ vor einer „Herrschaft der Richter“ warnt. Wenn ein Gericht eine politische Leitlinie wie das Subsidiaritätsprinzip anwende, „*ändert sich die Funktion des Gerichts: Seine Tätigkeit ist in diesem Punkt nicht mehr Rechtsprechung, sondern Rechtspolitik. Hält der Gerichtshof das Subsidiaritätsprinzip für nicht justiziabel, steht dessen Wirkungslosigkeit fest. Nimmt er es dagegen als Entscheidungsmaßstab, setzt er sich an die Stelle der Vertragspartner und entscheidet dort*

---

<sup>1</sup> Dr. Christian Calliess ist Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin sowie Inhaber eines Ad personam Jean Monnet Chairs für Europäische Integration.

<sup>1</sup> Grimm, FAZ vom 17.9.1992, S. 38; ders. in: KritV 1994, 6 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Bieber in: Evers, Chancen des Föderalismus in Deutschland und Europa, 1994, S. 161 (165); Jachtenfuchs, EuropaArchiv 1992, S. 279 (282); wohl auch Pernice in: The Columbia Journal European Law Vol. 2 (1996), 403 (408 f.); Wimmer/Mederer, ÖJZ 1991, 586 (589); Emiliou, ELR 1992, 383 (404); Gonzalez, ELR 1995, 355 (366 f.); differenzierend Toth, ELR 1994, S. 268 (281 f.) und Debousse in: Debousse, S. 103 (114 ff.; 117).

<sup>3</sup> Bieber in: Evers, S. 165 f.; ähnlich Emiliou, ELR 1992, 402.

<sup>4</sup> Grimm, FAZ vom 17.9.1992, S. 38.

originär, wo diese lediglich eine Nichtentscheidung durch einen Formelkompromiß überdeckt hatten.“<sup>5</sup>

Hinzu komme, dass sich die final bestimmten Befugnisse der EU durch das Subsidiaritätsprinzip gegenständlich nur schwer begrenzen ließen, da alles, was die Zielverwirklichung hindere, potentiell in die Regelungskompetenz der EU falle.<sup>6</sup>

## II. Das Vollzugsdefizit des Subsidiaritätsprinzips und seine Gründe

Diese Bedenken spiegeln sich in der inzwischen bald zwanzigjährigen Praxis: Sie zeigt, dass die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 3 EUV – ganz ähnlich wie im deutschen Bundesstaat diejenigen des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. – bislang in der Tat teilweise leerlaufen. Sie werden von den Unionsorganen oftmals als reine (und manchmal wohl auch lästige) Formsache angesehen: Die Kommission kommt ihrer Begründungspflicht gem. Art. 296 AEUV nach, indem sie mit mehr oder weniger vorformulierten Textbausteinen die einzelnen Kriterien des Prinzips abarbeitet, ohne jedoch eine substantielle materielle Subsidiaritätskontrolle durchzuführen.<sup>7</sup> Auch was den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens – und dabei insbesondere die Verpflichtung von EP und Rat nach Nr. 11 des alten Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls, die Kommissionsvorschläge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip zu überprüfen – betrifft, spielt das Subsidiaritätsprinzip eine eher untergeordnete Rolle.<sup>8</sup> Und auch der EuGH hat sich (ähnlich wie übrigens das BVerfG im Hinblick auf den alten Art. 72 Abs. 2 GG) sowohl was die Anzahl der Urteile angeht, in denen er das Subsidiaritätsprinzip erwähnt, als auch inhaltlich, was die konkrete Ausgestaltung der Prüfung im Einzelfall betrifft, sehr zurückgehalten.<sup>9</sup> Dies mag daran liegen, dass sich die Unionsorgane insoweit in einem „Dilemma der Autointerpretation“ befinden, als sie einerseits die Unionsziele verwirklichen, sich andererseits bei der Wahrnehmung ihrer diesbezüglichen Kompetenzen zurückhalten sollen.<sup>10</sup> So gesehen ist die Wahrung der Vorgaben des Art. 5 EUV primär Organen anvertraut, die sich der „Unionsseite“ verpflichtet sehen; dies gilt letztlich auch für den Rat, der eigentlich noch am ehesten die Interessen der Mitgliedstaaten repräsentieren könnte, insoweit

<sup>5</sup> *Grimm*, FAZ vom 17. 9. 1992, S. 38; *ders.* in: *KritV* 1994, 6 ff. (*Grimms* Argumentation wird deutlicher, wenn man allgemein zu dieser Problematik seinen Beitrag „Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats“ in: *Grimm*, S. 291 ff. liest; ebenfalls zu dieser Problematik *Denninger*, KJ 1988, 1 ff.); ähnlich *Emiliou*, ELR 1992, 402 f.; *Schweitzer/Fixson*, Jura 1992, 579 (582); *Dehousse* in: *Dehousse*, S. 103 (117 ff.).

<sup>6</sup> *Grimm*, FAZ vom 17. 9. 1992, S. 38.

<sup>7</sup> Instruktiv die Analyse bei *Schröter*, Arbeitspapiere des Mannheimer Zentrums für Europäische Sozialforschung Nr. 54/2002, 1 (14 ff.); ferner z. B. Subsidiaritätsbericht der deutschen Bundesregierung 2000, BT-Drs. 14/7130, S. 7 f.; ebenso die Einschätzung von *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 (168); *Nettesheim*, EuR 2004, 511 (536 f.).

<sup>8</sup> Vgl. z. B. Subsidiaritätsberichte der deutschen Bundesregierung: hierzu der Überblick bei *von Borries/Hauschild*, Columbia Journal of European Law 5/1999, 379 ff.

<sup>9</sup> Ausführlich dazu *Calliess*, EuGRZ 2003, S. 181 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 (168); *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 (182); *Ter Steeg*, EuZW 2003, 325 (327); *Schröter*, Arbeitspapiere des Mannheimer Zentrums für Europäische Sozialforschung Nr. 54/2002, 1 (12).

aber aufgrund der Dynamik europäischer Entscheidungsprozesse (Stichwort: Kompromissfindung, *package deals* etc.) oftmals überfordert ist, und den EuGH, der sich – zumindest lange Zeit – primär als „(Ersatz-)Motor“ der europäischen Integration verstand.<sup>11</sup>

Die Einsicht in die solchermaßen beschriebenen Defizite verband die Erklärung zum Vertrag von Nizza mit der Aufforderung, in der bereits avisierten Vertragsrevision über die Frage nachzudenken, „wie eine genaue, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten hergestellt und danach aufrecht erhalten werden kann“.<sup>12</sup> Die Erklärung verweist insoweit explizit auf eine Stärkung des Art. 5, insbesondere des Subsidiaritätsprinzips, das über die Ausübung konkurrierender Zuständigkeiten als Regelfall der Gemeinschaftskompetenzen entscheide. Die Erklärung des Europäischen Rates von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union<sup>13</sup> gab daran anknüpfend dem Verfassungskonvent den Auftrag, dass „die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten verdeutlicht, vereinfacht und im Lichte der neuen Herausforderungen, denen sich die Union gegenüber sieht“, angepasst werden soll. Dementsprechend nahmen sich der gescheiterte Verfassungsvertrag sowie der darauf aufbauende Vertrag von Lissabon der Problematik an.

Zumindest der Wille, das Subsidiaritätsprinzip ernst zu nehmen, ist danach vorhanden gewesen. Ob die auf den Weg gebrachten Reformen so überzeugend sind, dass Subsidiarität nicht mehr nur ein Wort und damit rechtlich ein leeres Versprechen ist, wollen die nachfolgenden Ausführungen klären.

### III. Rechtliche Bestandsaufnahme

Der gesamte Art. 5 EUV verkörpert das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip. Sein Abs. 3 enthält jedoch das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne. In dieser Norm hat das Subsidiaritätsprinzip somit seine für den gesamten Vertrag rechtlich – nicht etwa nur politisch – verbindliche, allgemeine Definition erhalten. Es handelt sich damit um ein Rechtsprinzip des Unionsrechts, nicht etwa um eine politische Leitlinie.

Das Subsidiaritätsprinzip wird im Hinblick auf die EU ganz überwiegend unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung gemeinschaftlicher Kompetenzen diskutiert.<sup>14</sup> Dementsprechend geht es in Art. 5 EUV nicht um die Kompetenzverteilung, bei der

<sup>11</sup> Dazu *Calliess*, JURA 2001, 311 ff.

<sup>12</sup> Vgl. die im Anhang zum Vertrag von Nizza enthaltene Erklärung zur Zukunft der Union, in der festgelegt wurde, dass im Rahmen des Post-Nizza-Prozesses bestimmte Fragen zu behandeln sein werden, ABl. 2001, Nr. C 80, S. 1 (85, Rn. 5).

<sup>13</sup> Abrufbar unter <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDDE.pdf> (16.3.2010), S. 3.

<sup>14</sup> So auch *Schröder*, JZ 2004, 8 (11); anders aber *Faber*, DVBl. 1991, 1126 (1134 f.); *Schnabel*, BayVBl. 1993, 393 (394); zweifelnd auch *Oechsler*, Stärkung der zentralen Instanzen durch das Subsidiaritätsprinzip, in: *Scholz* (Hrsg.), Deutschland auf dem Weg in die EU: Wieviel Eurozentrismus – wieviel Subsidiarität?, 1994, S. 150.

das Subsidiaritätsprinzip nur eine politische Leitlinie<sup>15</sup> sein kann,<sup>16</sup> sondern um die Frage der Kompetenzzustandigung im Hinblick auf durch die Unionverträge bereits verteilte und damit vorgegebene Kompetenzen.<sup>17</sup>

Im Hinblick auf den rechtlichen Gehalt des Prinzips lassen sich zwei Dimensionen unterscheiden, eine materielle und eine prozedurale.

## 1. Die materielle Dimension des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 EUV)

### a) Die ambivalenten Änderungen durch den Vertrag von Lissabon

In den Art. 5 EUV n.F. sowie 2 ff. AEUV finden sich nunmehr grundlegende Bestimmungen über die Ausübung von Gesetzgebungszuständigkeiten, eine Auflistung und Definition der Kompetenzkategorien sowie eine Zuordnung der in den einzelnen Regelungsbereichen der Verträge bestehenden Gesetzgebungskompetenzen zu diesen Kategorien. Während das historisch gewachsene europäische Primärrecht in der Übertragung von Zuständigkeiten bislang keiner abstrakten Systematik folgte, sorgt die reformierte Kompetenzordnung des Vertrags von Lissabon nun erstmals dafür, dass die Zuständigkeiten der EU kategorisiert und damit nachvollziehbar und transparent werden.<sup>18</sup> Danach verfügt die Union – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH und einer gängigen Einteilung im Schrifttum – über ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten; des Weiteren kann sie Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung ergreifen. Außerhalb dieser drei Kategorien sind für die Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik sowie die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik einschließlich der schrittweisen Festlegung einer Gemeinsamen Verteidigungspolitik Sonderregelungen vorgesehen, die aus der Typisierung der drei Zuständigkeitskategorien herausfallen und damit den Ausnahmecharakter der beiden Politikbereiche betonen. Wie Art. 2 Abs. 6 AEUV herausstellt, ordnen und klassifizieren die allgemeinen Bestimmungen die Zuständigkeiten der Union, ohne jedoch selbst Kompetenznormen darzustellen. Umfang und Finalität der Handlungsermächtigungen sowie die zu ihrer Ausführung zur Verfügung stehenden Mittel richten sich gemäß Art. 2 Abs. 6 AEUV nach den Bestimmungen in den jeweiligen Sachbereichen.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> *Constantinesco*, integration 1990, 165 (173); *Grabitz*, Subsidiarität im Gemeinschaftsrecht, in: *Vogel/Oettinger* (Hrsg.), Föderalismus in der Bewahrung, 1992, S. 149; *Wilke/Wallace*, Subsidiarity: Approaches to Power-Sharing in the European Community, RIIA Discussion Papers N°27, 1990, S. 5 f.

<sup>16</sup> Vgl. etwa die Vorgabe der Erklärung von Nizza zur Zukunft der Union in Punkt 5 bezüglich einer „dem Subsidiaritätsprinzip entsprechenden“ Abgrenzung der Zuständigkeiten, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, ABL 2001 Nr. C 80/85; im Rahmen des Verfassungskonvents vgl. CONV 616/03, Vorschläge von CDU und CSU für einen Europäischen Verfassungsvertrag, 1.4.2003, S. 7: das Subsidiaritätsprinzip wird als „das maßgebliche Leitprinzip bei der Aufgabenzuweisung“ bezeichnet; *Schröder*, JZ 2004, 8 (8) spricht insofern von einer „zusätzlichen verfassungspolitischen Aufgabe“ des Subsidiaritätsprinzips.

<sup>17</sup> Vgl. *Schröder*, AP – Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung 54/2002, 1 (3).

<sup>18</sup> *Becker*, Kontrollierte Dynamik, 2009, S. 8.

<sup>19</sup> Ausführlich dazu die Kommentierung der Art. 2-6 AEUV von *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011). Zum Verfassungsvertrag *Oppermann*, Eine Verfassung für die Europäische Union – 1. Teil, DVBl. 2003, S. 1165 (1170).

Die zentralen Grundprinzipien der Kompetenzausübung von EU und Mitgliedstaaten, auf denen das Kompetenzsystem der EU beruht, sind vom früheren Art. 5 EG in Art. 5 EUV n.F. übernommen worden. So gilt für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten zunächst der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung fort (Art. 5 Abs. 2 EUV), der durch den Vertrag von Lissabon nunmehr erstmals auch ausdrücklich so bezeichnet wird. Danach wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele zugewiesen haben.<sup>20</sup> Die Union verfügt somit auch weiterhin nicht über die für souveräne Staaten typische sog. Kompetenz-Kompetenz. Ihre Kompetenzen bleiben wie bislang von den Mitgliedstaaten abgeleitet. Dementsprechend wird in Betonung der Rolle der Mitgliedstaaten als sog. Herren der Verträge<sup>21</sup> sowohl in Art. 4 Abs. 1 als auch in Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV n.F.<sup>22</sup> explizit normiert, dass „alle der Union nicht in den Verträgen zugewiesenen Zuständigkeiten (...) bei den Mitgliedstaaten“ verbleiben.<sup>23</sup>

Darüber hinaus formuliert Art. 4 Abs. 2 EUV nunmehr explizit absolute Grenzen für ein Handeln der EU, indem er den Begriff der „nationalen Identität“ konkretisiert. In Satz 1 heißt es, dass die Union die „jeweilige nationale Identität“ der Mitgliedstaaten achtet, die in ihren „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Daran anschließend formuliert Satz 2 für die EU ein Achtungsgebot hinsichtlich der „grundlegenden Funktionen des Staates“, zu denen beispielhaft („insbesondere“) die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der nationalen Sicherheit gezählt werden. Man

<sup>20</sup> Vgl. zum VVE *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union*, 2006, Art. I-11, Rn. 8; *Dougan*, *The Convention's Draft Constitutional Treaty: bringing Europe closer to its lawyers?*, ELR 28 (2003), 763 (765), *Obwexer*, *Der Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa*, *Europa Blätter* 2004, 4 (4). Der Bericht des Europäischen Parlaments über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten gibt insofern im Erwägungsgrund G interessante „Leitlinien“ vor, die nach Ansicht des EP bei der Übertragung von Zuständigkeiten (gleich welcher Art) von den Mitgliedstaaten auf die Union grundsätzlich zu beachten seien. Zunächst muss danach das sog. „Kriterium des zutreffenden Bereichs“ erfüllt sein, wonach „der in Frage kommende Aktionsbereich (...) die Grenzen eines Mitgliedstaats“ überschreiten muss, „und diese Aktion (...) für einen oder mehrere dieser Staaten möglicherweise negative Auswirkungen (Verzerrung oder Ungleichgewicht) (hätte), wenn die Maßnahmen nicht auf Gemeinschaftsebene durchgeführt werden.“ Das „Synergiekriterium“ erfordert von den gemeinschaftlichen Maßnahmen im Vergleich zu Aktionen, die von einzelnen Mitgliedstaaten durchgeführt werden, „einen beträchtlichen Synergievorteil in Bezug auf Effizienz und größenbedingte Einsparungen“. Und das „Solidaritätskriterium“ gilt als gegeben, wenn „die geplante Aktion (...) einem Solidaritäts- oder Kohäsionserfordernis entspricht, das angesichts der Entwicklungsunterschiede in einem einzelnen Mitgliedstaate nicht zufriedenstellend erfüllt werden kann“, vgl. *Europäisches Parlament*, Ausschuss für konstitutionelle Fragen: Bericht über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, A5-0133/2002 endg. S. 7.

<sup>21</sup> *Folz*, *Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten*, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag* (2009), S. 65 (66); *Eilmansberger*, *Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten*, in: *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (2009), S. 189 (193); *Becker*, *Kontrollierte Dynamik* (2009), [http://www.swp-berlin.org/common/get\\_document.php?asset\\_id=6632](http://www.swp-berlin.org/common/get_document.php?asset_id=6632) (16. 3. 2010), S. 7.

<sup>22</sup> Ein entsprechender Hinweis findet sich darüber hinaus auch noch in der Erklärung (Nr. 28) zur Abgrenzung der Zuständigkeiten.

<sup>23</sup> Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union* (2006), Art. I-11, Rn. 9.

könnte insoweit von explizit definierten „nationalen Reservaten“ oder auch „Tabuzonen“ für ein europäisches Handeln sprechen.

Neben dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat die Union bei ihrer Kompetenzausübung auch die in Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV n.F. aufgeführten Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Das Subsidiaritätsprinzip soll sicherstellen, dass die Union in Bereichen, die nicht ihrer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegen, nur tätig wird, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene zu verwirklichen sind.“ Die Formulierung wurde dabei gegenüber der Fassung von Nizza geringfügig geändert: Während der frühere Vertragstext die beiden Voraussetzungen des „nicht ausreichend“ (Negativkriterium) und „besser“ (Positivkriterium) mit den Worten „und daher“ verknüpft hatte und damit die Annahme nahe legte, dass die letztere Bedingung automatisch aus dem Vorliegen der ersteren folge,<sup>24</sup> wird durch die neue Verknüpfung „sondern vielmehr“ nunmehr explizit klargestellt, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen.

Des Weiteren hat der Wortlaut auch insofern eine Änderung erfahren, als nun neben der zentralen mitgliedstaatlichen Ebene ausdrücklich auch auf die regionale und lokale Ebene der Mitgliedstaaten Bezug genommen wird.<sup>25</sup> Schließlich normiert Art. 5 Abs. 4 EUV n.F., dass die Maßnahmen der Union nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß“ hinausgehen dürfen. Durch die gegenüber dem Vertrag von Nizza neue Aufnahme der Merkmale „formal“ und „inhaltlich“ wird klargestellt, dass das Verhältnismäßigkeitserfordernis nicht nur bei der Wahl der Form des Rechtsaktes eingreift – freilich nur soweit nicht schon die jeweilige Kompetenznorm diese konkret benennt<sup>26</sup> –, sondern auch die Regelungsreichweite und Regelungsichte mitbestimmt.

Neben diesen positiv zu bewertenden Neuerungen, die eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips bzw. der Kompetenzkontrolle insgesamt bewirken, steht jedoch ein gewichtiges Defizit des Vertrages von Lissabon. Eine effektive Subsidiaritätsprüfung (und damit auch eine effektive gerichtliche Kontrolle durch den EuGH) wird durch eine bereits vom Verfassungsvertrag vorgenommene Entmaterialisierung des Subsidiaritätsprinzips, die sich – trotz diesbezüglicher Kritik<sup>27</sup> – im Vertrag von Lissabon fortsetzt, erschwert:

Der alte Art. 5 EGV hatte durch das mit dem Vertrag von Amsterdam eingefügte Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eine im Range von Primärrecht stehende (vgl. Art. 51 EUV) proze-

<sup>24</sup> Eilmansberger, Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, in: *Hummel/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (2009), S. 189 (193).

<sup>25</sup> Scharf, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon (2009), <http://www2.jura.uni-halle.de/telc/Heft3.pdf> (16. 3. 2010), S. 11.

<sup>26</sup> Vedder, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag* (2007), Art. I-11, Rn. 23.

<sup>27</sup> Siehe Calliess/Ruffert, *Vom Vertrag zur Verfassung*, EuGRZ 2004, S. 542 (550).

durale und vor allem auch materielle Konkretisierung erfahren.<sup>28</sup> Die Vorgaben des Protokolls deckten sich – worauf auch die Erwägungsgründe des Protokolls ausdrücklich hinweisen – inhaltlich weitgehend mit denen des durch den Europäischen Rat von Edinburgh am 11. und 12.12.1992 vereinbarten Gesamtkonzepts für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips<sup>29</sup> sowie denjenigen der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 25.10.1993 zwischen dem EP, dem Rat und der Kommission über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>30</sup>

Während das Amsterdamer Protokoll Nr. 30 aber nicht nur die verfahrensrechtlichen Prüfvorgaben definierte, sondern darüber hinaus auch eine Präzisierung der für die Subsidiaritätsprüfung bedeutsamen materiellen Kriterien enthielt, beschränkt sich das neue Subsidiaritätsprotokoll mit einer Ausnahme auf die Festlegung rein verfahrensbezogener Anwendungsbedingungen. Diese Schwächung der Subsidiaritätsprüfung im Sinne seiner „Entmaterialisierung“ stellt eine – mit Blick auf Praktikabilität und Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips bedeutsame – Verschlechterung gegenüber der früheren Rechtslage dar, die durch eine Rekonstruktion der Kriterien des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls beseitigt werden sollte. Denn eine effektive Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist ohne materielle Vorgaben, sprich „inhaltliche Maßstäbe“ für die in Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. selbst unbestimmt gebliebenen Rechtsbegriffe „nicht ausreichend“ und „besser“ schwerlich möglich. Sowohl die prozedurale Umsetzung des Prinzips durch die beteiligten Unionsorgane samt *ex-ante*-Kontrolle durch die nationalen Parlamente im Rahmen des sog. Frühwarnmechanismus nach Art. 5 bis 7 des Subsidiaritätsprotokolls, als auch die *ex-post*-Kontrolle durch den EuGH erfordern zwingend eine materielle Konkretisierung der Subsidiaritätskriterien.<sup>31</sup>

## b) Aus der Normstruktur fließende Prüfvorgaben

Mit dem Prinzip der Einzelermächtigung in seinem Abs. 2, dem Subsidiaritätsprinzip i.e.S. in Abs. 3 und dem Erforderlichkeitsgebot in Abs. 4 enthält Art. 5 eine „europarechtliche Schrankentrias“<sup>32</sup> für jede Kompetenzausübung der Union. Bevor die Union also handeln kann, müssen demnach drei Fragen positiv beantwortet werden können: Nach Abs. 2 die Kann-Frage, nach Abs. 3 die Ob-Frage und nach Abs. 4 die Wie-Frage.

---

<sup>28</sup> Stein, in: Hummer (Hrsg.), Die EU nach dem Vertrag von Amsterdam, S. 141 (146 f.); Kenntner, NJW 1998, 2871 ff.; Langguth, in: Lenz, EGV, 2. Aufl., Art. 5 EGV, Rn. 61 ff., der das Protokoll in seiner Ausgewogenheit sehr positiv beurteilt und in ihm einen Beitrag zur besseren Justitiabilität sieht; skeptisch demgegenüber Lienbacher, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 5 EGV, Rn. 32 ff.

<sup>29</sup> Europäischer Rat von Edinburgh, Schlußfolgerungen des Vorsitzes, COM. SI (92) 1050 vom 13.12.1992, Teil A Anlage 1, III. S. 10 ff. = EA 1993, S. D 2 = Calliess Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, S. 391 ff.

<sup>30</sup> Abgedruckt in EuGRZ 1993, 602 (603 f.) = Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, S. 397 f.

<sup>31</sup> Zur Kontrolle des früheren Art. 5 EGV durch den EuGH Calliess, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, EuGRZ 2003, 181 f.

<sup>32</sup> Merten, in: ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, S. 78; ausführlich Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, S. 68 f.

*aa) Art. 5 Abs. 2 EUV: Die Kann-Frage*

Zunächst ist die „Kann-Frage“ zu stellen, nach der überprüft werden muss, ob die Europäische Union überhaupt tätig werden „kann“. Es gilt festzustellen, ob die mit dem betreffenden Rechtsetzungsvorschlag angestrebte Maßnahme zu den Zuständigkeiten gezählt werden kann, die die Mitgliedstaaten gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der Europäischen Union „in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“ (Art. 5 Abs. 2 EUV n.F.).<sup>33</sup> Es muss also eine Kompetenznorm zugunsten der EU bestehen. Abzustellen ist dabei insbesondere auf die in der Maßnahme angeführten Ziele, die mit ihr verfolgt werden sollen, auf die sich auch der zweite Prüfungsschritt gründet. Die neuen Kompetenzkataloge in Art. 2 ff. AEUV helfen insoweit nur begrenzt weiter, weil sie nicht – wie im Grundgesetz – alle Zuständigkeiten der zentralen Ebene, konkret der EU, im Einzelnen aufzählen. Die konkrete Reichweite und Intensität des unionalen Tätigwerdens ergibt sich entsprechend Art. 2 Abs. 6 AEUV immer erst aus den Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen.

Nachdem die Ziele festgestellt worden sind, die der betreffende Rechtsetzungsvorschlag verfolgt, gilt es zu überprüfen, ob sich diese konkreten Ziele unter die abstrakten Ziele, die in den Bestimmungen des Vertrags von Lissabon formuliert sind, subsumieren lassen. Darüber hinaus ist festzustellen, ob nicht möglicherweise noch andere Ziele reflexartig von der geplanten Maßnahme betroffen sind bzw. sein könnten.

*bb) Art. 5 Abs. 3 EUV: Die Ob-Frage*

Ist die grundsätzliche Frage der Zuständigkeit geklärt, muss – außer bei Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit – in einem zweiten Schritt das die konkrete Kompetenzausübung begrenzende Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. geprüft werden. Insoweit ist zu untersuchen, *ob* die Union im konkreten Falle auch Gebrauch von der ihr zustehenden Kompetenz machen darf.

*aaa) Der Schlüsselbegriff der ausschließlichen Zuständigkeit*

Die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union entscheidet darüber, ob das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne gem. Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. überhaupt zu prüfen ist. Die ausschließliche Zuständigkeit ist insoweit ein Schlüsselbegriff, der im Europarecht lange umstritten war.<sup>34</sup> Es ist daher verdienstvoll, dass der Vertrag von Lissabon – inhaltlich übereinstimmend mit den Regelungen im Verfassungsvertrag in Art. I-12, I-13 VVE<sup>35</sup> – insoweit eine Klä-

<sup>33</sup> Zwar zählt die Beantwortung der „Kann“-Frage eigentlich nicht unmittelbar zur Prüfung des Subsidiaritätsprinzips, trotzdem ist sie notwendig mit zu erörtern, da „die Rüge der Subsidiarität die Vorfrage nach der Unionszuständigkeit aufwirft“, vgl. *Oppermann*, Eine Verfassung für die Europäische Union – Teil I, DVBl. 2003, S. 1165 (1171).

<sup>34</sup> Vgl. nur *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 76 ff. m.w.N.

<sup>35</sup> Dazu *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen, 2006, Art. I-12, Rn. 2 ff. sowie I-13, Rn. 5 ff.

rung herbeiführt: Gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 AEUV ist die Union in diesen Bereichen grundsätzlich unbegrenzt handlungsbefugt; sobald und solange eine ausschließliche Unionszuständigkeit besteht, dürfen die Mitgliedstaaten nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden oder Rechtsakte der Union durchführen. Art. 3 AEUV führt die Bereiche ausschließlicher Zuständigkeit abschließend auf und nennt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH und dem Schrifttum die Gebiete der Zollunion, die für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln, die Währungspolitik der Euro-Gruppe, die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik und die gemeinsame Handelspolitik.

Umstritten ist, ob eine ausschließliche Zuständigkeit auch durch sekundäres Gemeinschaftsrecht begründet werden kann, indem die EU von einer sog. geteilten Zuständigkeit gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV n.F. Gebrauch macht und einen konkreten Rechtsakt erlässt.<sup>36</sup>

Unter geteilten Zuständigkeiten sind jene Kompetenzen zu verstehen, die bislang überwiegend als „konkurrierend“ bezeichnet worden sind.<sup>37</sup> Bereiche geteilter Zuständigkeit sind dadurch definiert, dass sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen können.

Sofern insoweit vertreten wird, dass jede Ausübung einer geteilten Zuständigkeit in einem konkreten Rechtsakt dazu führt, dass die Union eine sog. nachträgliche exklusive Zuständigkeit erwirbt, die in ihrer Wirkung der ursprünglichen exklusiven Zuständigkeit entspricht, so kann dies nicht überzeugen. Denn dies hätte zur Folge, dass alle Anpassungen, Verschärfungen oder Erweiterungen bereits bestehender Rechtsakte nicht anhand der Anforderungen des Abs. 3 zu prüfen wären.<sup>38</sup> Diese Auffassung beruht letztlich auf einer Annahme, die das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Abs. 1 – und damit die Kompetenzverteilung in der Union – aus den Angeln hebt. Denn danach sind bestimmte Kompetenzen durch das Primärrecht des Vertrages, mithin die „Verfassung“ der Union, als ausschließliche und andere als geteilte definiert. Diese primärrechtliche Definition kann aber nicht einfach durch das Setzen von Sekundärrecht verändert werden. Letztlich geht es hier um ein Problem der aus Bundesstaaten bekannten Sperrwirkung. Sie betrifft die Frage, ob ein Mitgliedstaat dort noch tätig werden kann, wo bereits eine einschlägige Gemeinschaftsregelung existiert. Der mitgliedstaatliche Verlust einer geteilten Kompetenz in Form der Sperrwirkung tritt also nur ein, wenn, soweit und solange die EU rechtsetzend tätig geworden ist. Jede geteilte Zuständigkeit ist daher nur vorübergehend auf die Union über-

<sup>36</sup> Dafür z. B. *Toth*, A legal analysis of subsidiarity, in: *O’Keefe/Twomey* (Hrsg.), *Legal issues of the Maastricht Treaty*, 1994, S. 37 (40). Dies erscheint ihm selbst „*surprising and far-fetched*“; *Dittert*, Die ausschließlichen Kompetenzen der EG im System des EG-Vertrags, S. 51 ff., 68 ff., 125 ff. m.w.N.

<sup>37</sup> *Braams*, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon, in: *Pernice* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?* (2008), S. 115 (121); *Streinz/Ohler/Herrmann*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU* (2. Aufl. 2008), S. 88.

<sup>38</sup> So auch *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, S. 14; differenzierend *Schima*, ÖJZ 1997, 761 (762).

gegangen. Von einer ausschließlichen Kompetenz lässt sich demgegenüber nur dann sprechen, wenn ein Zuständigkeitsbereich der Union vollständig und endgültig übertragen worden ist.<sup>39</sup> Dies bestätigt jetzt Art. 2 Abs. 2 S. 3 AEUV: Wird die betreffende Regelung aufgehoben, so entfällt die Sperrwirkung und die „Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr“. Diese Sichtweise korrespondiert dem „Protokoll (Nr. 25) über die Ausübung der geteilten Zuständigkeiten“ sowie der „Erklärung (Nr. 18) zur Abgrenzung der Zuständigkeiten“ zu, die Auslegungshilfen zur Frage der Wahrnehmung der geteilten Zuständigkeiten liefern sollen. Während im einzigen Artikel des Protokolls lediglich festgelegt wird, dass sich die Ausübung einer geteilten Zuständigkeit nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich erstreckt, ist der Erklärung klar zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit dann wieder wahrnehmen, wenn die europäischen Organe beschließen, den fraglichen europäischen Gesetzgebungsakt aufzuheben.

*bbb) Die Prüfkriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV n.F.*

Nach Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. wird die Subsidiaritätsprüfung anhand zweier Kriterien vorgenommen. Da die Prüfkriterien im neuen Subsidiaritätsprotokoll wie vorstehend erwähnt entmaterialisiert wurden, kann auf die Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh und auf diese Weise mittelbar auch auf das alte Amsterdamer Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zurückgegriffen werden.<sup>40</sup>

– Das Negativkriterium (sog. Erforderlichkeitskriterium)

Zunächst dürfen nach dem Negativkriterium „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können“. Wenn manchmal insoweit von einem Erforderlichkeitskriterium die Rede ist, so entbehrt dies jedes Anknüpfungspunktes im Wortlaut der Norm. Überzeugender erscheint daher der Begriff Negativkriterium.<sup>41</sup> Insoweit geht es in erster Linie um die Frage einer „Überforderung“ der Mitgliedstaaten, wobei nicht nur ihre zentralen Handlungsmöglichkeiten, sondern (nunmehr auch explizit<sup>42</sup>) diejenigen ihrer regionalen und lokalen Ebene, mithin der Bundesländer bzw. Regionen und Gemeinden, in den Blick zu nehmen sind.

Mit Blick auf die Frage der „Überforderung“ ist nicht nur auf die aktuelle Sach- und Rechtslage in den Mitgliedstaaten abzustellen, sondern daneben auch hypothetisch abzuschätzen, inwieweit sie die Möglichkeit bzw. die Fähigkeiten für den Erlass

<sup>39</sup> v. Borries, EuR 1994, 263 (274); kritisch Dittert, Die ausschließlichen Kompetenzen der EG im System des EG-Vertrags, S. 51 ff., 68 ff., 125 ff.

<sup>40</sup> Zur Subsidiaritätsprüfung ausführlich Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 66 mit Prüfkatalogen auf S. 271 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 1996, S. 92 ff.; 2. Auflage 1999, S. 104 ff.

<sup>42</sup> Die Einbeziehung der regionalen und lokalen Ebene erfolgte bisher lediglich implizit über den Begriff der „Mitgliedstaaten“.

entsprechender Maßnahmen hätten. Den Vorgaben des früheren Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls entsprechend sind zu diesem Zweck die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf etwaige transnationale Aspekte zu untersuchen, die von den Mitgliedstaaten allein naturgemäß nicht zufrieden stellend gelöst werden können. Dabei kommt es darauf an, ob einerseits entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein oder andererseits das Fehlen europäischer Maßnahmen in Widerspruch zu bestimmten Zielen der Verträge (etwa der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierte Handelsbeschränkungen, der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts usw.) stehen könnten oder die Interessen anderer Mitgliedstaaten auf sonstige Weise erheblich beeinträchtigen würden. Dabei darf jedoch nicht geprüft werden, ob die konkret mit der Maßnahme verfolgten Ziele durch Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten außerhalb der EU erreicht werden könnten.<sup>43</sup>

– Das Positivkriterium (sog. Effizienzkriterium)

Ist das Negativkriterium erfüllt, so muss in einem zweiten Schritt („sondern vielmehr“) noch überprüft werden, ob die betreffende Maßnahme nach dem Positivkriterium „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen“ ist. Der oftmals verwandte Begriff „Effizienzkriterium“ erscheint in diesem Zusammenhang als verkürzend und damit als irreführend, weil es nicht allein um die Effizienz eines europäischen Handelns geht. Das Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll gab insoweit zu Recht vor, dass die Maßnahme „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile“ mit sich bringen muss. Dies ist der Fall, wenn in einem wertenden Vergleich zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust ein eindeutiger „Mehrwert“ des Handelns der Union gegenüber dem Handeln der Mitgliedstaaten festgestellt werden kann. Insoweit sind insbesondere auch die Kosten und der Nutzen der Problemlösung auf den verschiedenen Handlungsebenen, sowie die negativen Effekte einer „Nulloption“ bei einem Verzicht auf ein Tätigwerden der Union zu prüfen.

Überdies legt das neue Subsidiaritätsprotokoll fest, dass eine solche Feststellung sowohl auf qualitativen als auch, soweit möglich, auf quantitativen Kriterien beruhen muss (Art. 5 S. 4). Im Rahmen der qualitativen Kriterien sind dabei insbesondere die Auswirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel sowie die Effektivität des Handelns auf Unionsebene zu berücksichtigen. Die „quantitativen“ Erwägungen knüpfen demgegenüber an den „Umfang“ der betreffenden Maßnahme an, berücksichtigen also, ob sie einen transnationalen bzw. grenzüberschreitenden Aspekt hat, bei dem auf die Art, Größe und Schwere des Problems abzustellen ist, das durch die in Betracht gezogene Maßnahme gelöst werden soll, sowie darüber hinaus darauf, ob mehrere oder alle Mitgliedstaaten von dem Problem betroffen sind.

---

<sup>43</sup> Vgl. *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 111.

cc) Art. 5 Abs. 4 EUV: Die Wie-Frage

Konnte die Zuständigkeit der Union zur Ausübung der betreffenden Kompetenz auf der Grundlage der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips bejaht werden, ist schließlich noch die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überprüfen.<sup>44</sup> Gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV n.F. dürfen Maßnahmen der Union „inhaltlich wie formal nicht (...) das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß“ übersteigen. Konkret ist zu klären, *wie* die Union handeln soll; überprüft wird dementsprechend, ob die Union „formal“ bei der Auswahl der Art des Rechtsaktes sowie „inhaltlich“ bei der Ausgestaltung dieses Rechtsaktes den Kriterien der Verhältnismäßigkeit gerecht geworden ist. Die angestrebte Maßnahme muss im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Ziele nach Art, Umfang und Intensität geeignet und erforderlich sein sowie nicht zu diesen Zielen außer Verhältnis stehen (verhältnismäßig i. e. S.).

Die Bestimmung kann allgemein als Grundsatz der größtmöglichen Schonung von dezentralen Zuständigkeiten verstanden werden. Das alte Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll konkretisierte diesbezüglich, dass „die Rechtsetzungstätigkeit“ der Union allgemein „nicht über das erforderliche Maß hinausgehen“ solle, insbesondere also bei der Auswahl der Rechtsakte jeweils das „mildeste“, mithin das Mittel zu wählen sei, das am wenigsten in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten eingreift. Darüber hinaus sollte darauf geachtet werden, „so viel Raum für nationale Entscheidungen“ zu belassen, „wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist“. Da das neue Subsidiaritätsprotokoll diese Konkretisierungen vermissen lässt, ist insoweit ergänzend auf die Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh zurückzugreifen.

Zu prüfen sind insbesondere folgende Fragen:

- Ist der aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitenden Mittelhierarchie Rechnung getragen, nach der „formal“ ein Vorrang von gegenseitiger Anerkennung vor Harmonisierung, von Unterstützungsmaßnahmen vor einer Reglementierung, von Rahmenregelungen vor detaillierten Regelungen sowie von unverbindlichen Maßnahmen vor Richtlinien und von Richtlinien vor Verordnungen besteht?
- Beschränken sich die betreffenden Maßnahmen auch nach „inhaltlicher“ Regelungstiefe und Regelungsumfang auf das erforderliche Maß? Wurde das jeweils mildere Mittel, z. B. Rahmenregelung bzw. Mindeststandard gewählt?
- Welche Alternativen sind im Rahmen der hiernach vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung erwogen worden?<sup>45</sup>
- In diesen Rahmen fügt sich am besten auch die Vorgabe des Subsidiaritätsprotokolls in Art. 5 S. 5 ein, der zufolge die Kommission in ihrer Begründung zu berücksichtigen hat, dass „die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union,

<sup>44</sup> Wie bereits dargestellt bezieht die Prüfung nach dem „Frühwarnsystem“ den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch nicht explizit ein, vgl. *Ludwigs*, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2004, 211 (225); *Ter Steeg*, Eine neue Kompetenzordnung für die EU – Die Reformüberlegungen des Konvents zur Zukunft Europas, EuZW 2003, 325 (328).

<sup>45</sup> Ausführlich hierzu *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union (2006), Art. I-11, Rn. 41 ff., insbesondere Rn. 48.

der Regierungen der Mitgliedstaaten, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaft und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen müssen.“

### c) Zwischenergebnis

Resümierend lässt sich festhalten, dass die Schrankentrias des Subsidiaritätsprinzips Art. 5 EUV Abs. 2 bis 4 EUV jeder Kompetenzausübung der EU drei materiell-rechtlich wirksame Grenzen zieht. Angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe, insbesondere in Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV, bestehen insoweit notwendig Einschätzungs- und Prognosespielräume des Unionsgesetzgebers. Diese müssen ergänzend durch eine effektive Subsidiaritätsprüfung im Gesetzgebungsverfahren aufgefangen werden. Auch insoweit bringt der Vertrag von Lissabon bedeutsame und interessante Neuerungen.

## 2. Die prozedurale Dimension des Subsidiaritätsprinzips

### a) Die Subsidiaritätsprüfung der EU-Organe als Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens

Die Effektivität der Zuständigkeitsordnung allgemein und des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 3 EUV im Besonderen hängt ganz entscheidend davon ab, ob und wie ihr Inhalt in der alltäglichen Praxis, insbesondere im Rechtsetzungsverfahren, durch die Unionsorgane umgesetzt wird.<sup>46</sup> Auf die Bedeutung der prozeduralen Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips weisen in der Literatur gerade die Autoren hin, die an seiner Justitiabilität zweifeln.<sup>47</sup> Die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Unionsorgane – Rat, Kommission und EP – waren schon relativ früh bereit, der Einsicht in die Bedeutung der prozeduralen Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips Rechnung zu tragen,<sup>48</sup> und haben mit dem „Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips“ des Europäischen Rates von Edinburgh vom 12.12.1992<sup>49</sup> sowie mit der „Interinstitutionellen Vereinbarung“ vom 25.10.1993<sup>50</sup> hierfür den Rahmen gesetzt. Einzelne dieser prozeduralen Vorgaben wurden zudem durch die Interinstitutionelle Vereinbarung vom 31.12.2003 über „Bessere Rechtsetzung“ konkretisiert.<sup>51</sup> Trotz

<sup>46</sup> Schima, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1994, S. 134 ff.; Moersch, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001, S. 371 ff. mit einem eigenen Vorschlag auf S. 378 ff.

<sup>47</sup> Vgl. etwa Toth, A Legal Analysis of Subsidiarity, in: O’Keeffe/Twomey (Hrsg.), Legal issues of the Maastricht Treaty, 1994, S. 37 (43 ff.); Dehousse, Community Competences: Are there Limits to Growth?, in: ders. (Hrsg.), Europe after Maastricht, 1994, S. 103 (118 ff.); Lienbacher, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 5, Rn. 28 ff.

<sup>48</sup> Vgl. Kommissionsdokument, SEC (92) 1990 final, S. 20 ff., in: Merten, Die Subsidiarität Europas, 2. Aufl. 1994, S. 127 ff.

<sup>49</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Edinburgh, abgedruckt in: Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 391 ff.

<sup>50</sup> Abgedruckt in EuGRZ 1993, 602 (603 f.) sowie bei Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, S. 397 f.

<sup>51</sup> Europäisches Parlament/Rat/Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“, ABl. 2003 C 321/01.

dieser Ansätze blieben jedoch – wie sich in der Praxis zeigte – vielfältige Vollzugsdefizite bestehen. Diesen Defiziten entgegenzuwirken war eines der Ziele des gescheiterten Verfassungsvertrages, dessen diesbezügliche Reformbestimmungen unverändert Eingang in den Vertrag von Lissabon gefunden haben. Gemäß Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV haben die Unionsorgane das Subsidiaritätsprinzip und gemäß Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 EUV das Verhältnismäßigkeitsprinzip „nach“ bzw. „im Einklang mit“ dem Subsidiaritätsprotokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit anzuwenden. Nach Art. 2 Subsidiaritätsprotokoll ist die Kommission zunächst verpflichtet, schon bevor sie einen Rechtsakt vorschlägt, „umfangreiche Anhörungen“ durchzuführen. Dabei soll grundsätzlich auch die regionale und lokale Dimension in Betracht gezogen werden. Die Kommission hat allerdings allgemeine „Mindeststandards“ für Konsultationen veröffentlicht, die möglicherweise auch für die nach dem Protokoll vorzunehmenden Anhörungen Anhaltspunkte zu bieten vermögen.<sup>52</sup> In Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll wird die Kommission des Weiteren verpflichtet, die „Entwürfe von Rechtsakten (...) im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ ausreichend zu begründen. Jeder Gesetzesvorschlag sollte danach, entsprechend dem oftmals vorgeschlagenen „Subsidiaritätsbogen“ oder auch „*Fiche Subsidiare*“,<sup>53</sup> einen „Vermerk mit detaillierten Angaben enthalten, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden“. Für die Frage, ob eine konkrete Maßnahme mit den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV vereinbar ist, sollten die am Rechtssetzungsverfahren beteiligten Gemeinschaftsorgane im Rahmen der von ihnen vorzunehmenden Subsidiaritätsprüfung daher ein Prüfraster zugrunde legen. Dies erscheint nunmehr vor allem angesichts des Fehlens der konkretisierenden Leitlinien zu den unbestimmten Subsidiaritätskriterien von Bedeutung. Aus Literatur<sup>54</sup> und Praxis<sup>55</sup> liegen bereits verschiedene Prüfraster vor, die einen Leitfaden für die Begründung des Rechtsakts nach Art. 296 Abs. 2 AEUV darstellen könnten. Die endgültige Fassung der Maßnahme muss dann in ihren Erwägungsgründen eine nachvollziehbare Darstellung der Argumentation auf der Grundlage dieses abschließenden Vermerks enthalten. Durch Art. 9 des Subsidiaritätsprotokolls wird die bereits beste-

<sup>52</sup> Mitteilung der Kommission „Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs – Allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission“ KOM (2002) 704 endg.

<sup>53</sup> *Bundeskanzleramt von Österreich* (Hrsg.), Europa fängt zu Hause an – Tagungsband zur Subsidiaritätskonferenz in St. Pölten, 2006.

<sup>54</sup> Vgl. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, S. 243 ff. m. w. N.

<sup>55</sup> *Europäischer Rat von Edinburgh*, Schlußfolgerungen des Vorsitzes, Teil A Anlage 1 III., S. 6 ff.; Kommission, Dok. KOM (93) 545 sowie Vermerk SEK (93) 459 und Vermerk SEK (95) 1331 an die Generaldirektoren und Leiter der Dienststellen; Bundesregierung, Verfahrensgrundsätze für die Subsidiaritätsprüfung durch die Bundesressorts vom 10.12.1993, Entwurf Prüfraster; Gemeinsames Prüfraster der Bundesregierung und des Bundesrates für die Subsidiaritätsprüfung, Anlage 9 zu § 85 a GGO II, allesamt abgedruckt bei Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, S. 389 ff.; Bayerische Staatsregierung, Ministerratsbeschluß vom 9.2.1993, Prüfraster für die Subsidiaritätsprüfung durch die Ressorts, abgedruckt in EuZW 1993, 367 (368).

hende Praxis der Kommission festgeschrieben, dem Europäischem Rat, dem EP und dem Rat Jahresberichte über die Anwendung des Art. 5 Abs. 3 EUV vorzulegen.<sup>56</sup>

Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV weist den nationalen Parlamenten die Aufgabe zu, auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem im Subsidiaritätsprotokoll geregelten Verfahren zu achten.

## b) Die Subsidiaritätsprüfung durch die nationalen Parlamente, Art. 12 a) und b) EUV i.V.m. den Protokollen

Eine der zentralen Neuerungen des Vertrags von Lissabon findet sich in Art. 12 EUV, mit dem die nationalen Parlamente auf europäischer Ebene erstmals eine eigenständige Rolle erhalten.<sup>57</sup> Insbesondere werden sie, die bisherigen defizitären Kontrollmechanismen ergänzend, zum „Hüter“ der Subsidiarität gemacht. Dieser neue Einfluss der nationalen Parlamente auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips führt zu einer klugen Koppelung der Demokratiefrage mit der im Post-Nizza-Prozess zentralen<sup>58</sup> Frage der vertikalen Kompetenzverteilung: Indem den nationalen Parlamenten die Aufgabe der Subsidiaritätskontrolle zugesprochen wird, hüten sie zugleich ihre eigenen gesetzgeberischen Zuständigkeiten und damit ein Stück weit die Demokratie auf nationaler Ebene. Mit der Etablierung eines sog. Frühwarnsystems verfügen die Parlamente *ex ante* über das politische Kontrollinstrument einer Subsidiaritätsrüge, darüber hinaus steht ihnen *ex post* das gerichtliche Instrument einer Subsidiaritätsklage vor dem EuGH zu.

### aa) Die Subsidiaritätsrüge als sog. Frühwarnsystem

Die nationalen Parlamente, in Deutschland sind dies Bundestag und Bundesrat, erhalten gem. Art. 12 lit. a) EUV n.F. i.V.m. Art. 2 des Parlamentenprotokolls sämtliche Entwürfe von Gesetzgebungsakten (Vorschläge der Kommission, Initiativen einer Gruppe von Mitgliedstaaten oder des EP, Anträge des Gerichtshofs oder der EIB sowie Empfehlungen der EZB) nunmehr unmittelbar von der Kommission, zeitgleich mit der Übermittlung an die anderen Organe. Dieses Informationsrecht ist wesentlicher Bestandteil des Frühwarnsystems, indem es Voraussetzung für eine effektive Wahrnehmung der Subsidiaritätsrüge ist.

<sup>56</sup> Bericht vom 25. 11. 1994, Dok. KOM (94) 533; vom 24. 11. 1995, Dok. KOM SEK (95) 580 und vom 4. 12. 1996, Dok. KOM SEK (96) 7.

<sup>57</sup> *Wuermeling*, Mehr Kraft zum Konflikt – Sieben Anmerkungen zur Zukunft des Europäischen Parlaments nach dem Verfassungsvertrag, EuGRZ 2004, 559 (560).

<sup>58</sup> Vgl. etwa die im Anhang zum Vertrag von Nizza enthaltene Erklärung zur Zukunft der Union, in der festgelegt wurde, dass im Rahmen des Post-Nizza-Prozesses die Frage zu behandeln sein werde, „wie eine genaue, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten hergestellt und danach aufrecht erhalten werden kann“, ABl. 2001, Nr. C 80, S. 1 (85, Rn. 5) oder die Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, nach der „die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten verdeutlicht, vereinfacht und im Lichte der neuen Herausforderungen, denen sich die Union gegenüber sieht“, angepasst werden soll, abrufbar unter <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf> (16. 3. 2010), S. 3.

Die Subsidiaritätsrüge ist in Art. 12 lit. b) EUV geregelt, demzufolge die nationalen Parlamente dafür Sorge tragen, „dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäß den in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren beachtet wird.“

Gemäß Art. 6 des Subsidiaritätsprotokolls können die nationalen Parlamente „binnen acht Wochen nach dem Zeitpunkt der Übermittlung eines Entwurfs eines Gesetzgebungsakts in den Amtssprachen der Union in einer begründeten Stellungnahme an den Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission darlegen, weshalb der Entwurf ihres Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist.“

Abweichend von der aktuellen Fassung sah der Verfassungsvertrag für diese Stellungnahmen noch eine Frist von lediglich sechs Wochen vor, die jedoch angesichts der zu erwartenden Flut von europäischen Dokumenten sowie des Arbeitspensums, das nationale Parlamentarier bereits in Bezug auf die nationale Rechtsetzungsarbeit zu leisten haben, recht knapp bemessen schien und in der Literatur entsprechend kritisiert wurde.<sup>59</sup> Auf die dadurch bestehende Gefahr, dass den nationalen Parlamenten die Zeit fehlt, sich angemessen mit den zugeleiteten Dokumenten auseinander zu setzen und von ihrem Kontrollrecht Gebrauch zu machen,<sup>60</sup> wurde reagiert, indem die Frist im Vertrag von Lissabon auf acht Wochen ausgedehnt wurde.<sup>61</sup> Diese Frist muss regelmäßig ab der Zuleitung eines Vorschlags verstreichen, bis dieser „zwecks Erlass oder zur Festlegung eines Standpunktes im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens auf die vorläufige Tagesordnung des Rates gesetzt“ werden darf, so dass innerhalb dieser Frist nicht bereits eine anderweitige (informelle) „Einigung über den Entwurf eines Gesetzgebungsaktes festgestellt werden“ darf.<sup>62</sup> Die Überprüfung des Gesetzgebungsvorschlags sowie die Erarbeitung einer entsprechenden negativen Stellungnahme wird dabei durch die Verpflichtung der Kommission erleichtert, jeden ihrer Vorschläge mit einem spezifischen „Subsidiaritätsbogen“ auszustatten, der „detaillierte Angaben“ zur Begründung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips enthalten muss.<sup>63</sup>

Die durch die nationalen Parlamente abgegebenen Stellungnahmen sind durch das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission grundsätzlich nur zu „berück-

<sup>59</sup> Vgl. etwa *Davies*, The post-Laeken division of competences, ELR 28 (2003), 686 (695), der diese Sechs-Wochen-Frist pointiert als „*the merest blinking of an eye by the standards of many national political processes*“ bezeichnete und somit die Gefahr sah, dass selbst bei Gesetzgebungsvorschlägen, die echte Bedenken auslösen könnten, die „Reaktionsrate“ („*responsive rate*“) gering ausfallen würde. Darüber hinaus gab er zu bedenken, dass im Falle einer Fristverstreichung die Einwendung europäischer formaler Regeln gegenüber nationalen Bedenken Europaskeptikern Auftrieb geben könnte.

<sup>60</sup> *Meyer/Hölscheidt*, Die Europäische Verfassung aus Sicht des deutschen Bundestags, *integration* 2003, 348; vgl. auch *Epping*, Die Verfassung Europas?, *JZ* 2003, 821 (827), der es als „*absehbar*“ erachtet, dass „*gigantische Papierberge produziert werden, die zu bewältigen der Bundestag und der Bundesrat kaum in der Lage sein werden*“.

<sup>61</sup> Vgl. Schlussfolgerung des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 21./22. Juni 2007, Dok. Nr. 11177/07, S. 17; Art. 4 Parlamenteprotokoll, Art. 6 Subsidiaritätsprotokoll.

<sup>62</sup> Art. 4 Parlamenteprotokoll.

<sup>63</sup> Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll. Kritisch in Bezug auf die bloße Verpflichtung zur Begründung der Gesetzgebungsvorschläge, da sie die „*Sicherung der Subsidiarität bei sonstigen Rechtsakten lockern kann*“, v. *Bogdandy/Bast/Westphal*, Die vertikale Kompetenzordnung im Entwurf des Verfassungsvertrages, *integration* 2003, 419; *Davies*, The post-Laeken division of competences, ELR 28 (2003), 686 (692).

sichtigen“.<sup>64</sup> Zu Recht wird im Schrifttum dafür ein ernsthaftes Überdenken, mithin eine inhaltliche Prüfung der begründeten Stellungnahmen und eine Auseinandersetzung mit ihnen gefordert, deren Ergebnis den betreffenden nationalen Parlamenten mitgeteilt werden sollte.<sup>65</sup>

Eine weitergehende Rechtsfolge, nämlich die zwingende Überprüfung des gerügten Entwurfs eines Gesetzgebungsaktes, ergibt sich gemäß Art. 7 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls, sofern die Anzahl der ablehnenden Stellungnahmen mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zustehenden Stimmen erreicht.<sup>66</sup> Die Gesamtzahl der Stimmen bestimmt sich dabei nicht nach der Gesamtzahl der nationalen Parlamente in einem Mitgliedstaat; den nationalen Parlamenten stehen gemäß Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 des Protokolls vielmehr pro Mitgliedstaat jeweils zwei Stimmen zu, die sich in einem Zweikammersystem auf die beiden Kammern, in Deutschland Bundestag und Bundesrat, aufsplitten.

Die Überprüfung des Entwurfs des Gesetzgebungsaktes wird ergebnisoffen vorgenommen; nach ihrem Abschluss kann der Gesetzgebungsvorschlag beibehalten, abgeändert oder zurückgezogen werden. Selbst bei Erreichen des Quorums von einem Drittel können die nationalen Parlamente einen Gesetzgebungsakt mithin nicht allein durch ihre begründeten Stellungnahmen verhindern.<sup>67</sup> Im Unterschied zum bloßen Berücksichtigungserfordernis bedarf die Entscheidung nach Überprüfung des Gesetzgebungsaktes aber jedenfalls eines formellen Beschlusses;<sup>68</sup> der Vorschlag muss somit noch einmal unter Kompetenzgesichtspunkten überdacht und die Entscheidung für die Beibehaltung, Abänderung oder Rückziehung gemäß Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 des Subsidiaritätsprotokolls ausreichend begründet werden.<sup>69</sup> Zudem kann die Erhebung der Subsidiaritätsrüge durch eine Vielzahl nationaler Parlamente derartigen politischen Druck erzeugen, dass der Urheber des gerügten Entwurfs faktisch zur Rückziehung oder Abänderung gezwungen ist.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Detaillierte Darstellung in Art. 7 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll.

<sup>65</sup> *Grob*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag (2009), S. 77 (89).

<sup>66</sup> Das Quorum vermindert sich gemäß Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 des Protokolls auf ein Viertel der Gesamtzahl der Stimmen, wenn es sich um den Vorschlag eines Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 76 AEUV zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen oder zur polizeilichen Zusammenarbeit im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts handelt. Dies zeigt die besondere Bedeutung, die dem Subsidiaritätsprinzip in diesem traditionellen Kernbereich staatlicher Souveränität aufgrund seiner Eingliederung in die supranationale Zusammenarbeit zukommt.

<sup>67</sup> Diese Tatsache wurde oftmals bemängelt, vgl. etwa *Davies*, The post-Laeken division of competences, ELR 28 (2003), 686 (692). Allerdings wird auch die Meinung vertreten, dass ein bindendes Veto der nationalen Parlamente die verfassungsrechtlich gesicherte Unabhängigkeit der Kommission zu weit einschränken könnte, *Dashwood*, The relationship between the Member States and the EU/EC, CMLRev. 41 (2004), 369 (355).

<sup>68</sup> *Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung (2009), S. 213.

<sup>69</sup> *Schwarze*, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrages über die Verfassung für Europa, EuR 2003, 535 (546), vgl. Art. 7 Subsidiaritätsprotokoll.

<sup>70</sup> Vgl. *Semmler*, ZEuS 2010, 529 ff.; *Meyer/Hölscheidt*, Die Europäische Verfassung aus Sicht des Deutschen Bundestags, integration 2003, 345 (348); vgl. ebenso *Barrett*, „The king is dead, long live the king“: the recasting by the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments, ELRev. 33 (2008), S. 66 (83); *Grob*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag (2009), S. 77 (90).

Im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens sieht der erst durch den VvL neu eingefügte Art. 7 Abs. 3 des Subsidiaritätsprotokolls vor, dass der Gesetzgebungsvorschlag zwingend zu überprüfen ist, sofern die Anzahl begründeter Stellungnahmen die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen erreicht. Unklar ist das Verhältnis dieser Regelung zu Art. 7 Abs. 2 des Protokolls, der ein Quorum von einem Drittel der Gesamtzahl der Stimmen festsetzt.<sup>71</sup> Der Wortlaut des Absatzes 3 („Außerdem“<sup>72</sup>) sowie Sinn und Zweck der Vorschrift, die Rolle der nationalen Parlamente zu stärken, sprechen dafür, dass Abs. 3 die Regelung des Abs. 2 ergänzen, aber nicht insgesamt verdrängen soll,<sup>73</sup> die beiden Absätze also kumulativ anzuwenden sind. Eine alternative Anwendung erschiene in der Tat nicht gerechtfertigt, da in diesem Fall durch den Lissabonner Reformvertrag ausgerechnet in dem als Regelverfahren vorgesehenen ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ein höheres Quorum für die Überprüfung eines Entwurfs festgesetzt worden wäre.<sup>74</sup> Eine solche Erschwerung der Kontrolle wäre mit dem im Mandat für die Regierungskonferenz 2007 erklärten Vorsatz, die Rolle der nationalen Parlamente im Vergleich zu den auf der Regierungskonferenz 2004 vereinbarten Bestimmungen des Verfassungsvertrages weiter zu stärken,<sup>75</sup> nicht zu vereinbaren. In diesem Mandat findet sich zudem ausdrücklich die Absicht, einen „verstärkte(n) Subsidiaritätskontrollmechanismus“ vorzusehen. Auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ist daher ein Entwurf schon dann gemäß Abs. 2 zu überprüfen, wenn die Anzahl der ihn ablehnenden Stimmen mindestens ein Drittel der Gesamtstimmen erreicht.

Abs. 3 ist somit dahingehend zu verstehen, dass im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens für den Fall, dass die Schwelle der einfachen Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zustehenden Stimmen erreicht wird, *zusätzlich* ein besonderes Verfahren ausgelöst wird, das teilweise jedoch auch das Verfahren des Abs. 2 modifiziert und somit partiell überlagert.<sup>76</sup>

Letztlich sind diese recht rätselhaften Abweichungen vom Verfahren des Abs. 2 jedoch von nur geringem Gewicht. Entscheidender ist das Verfahren, das sich nun anschließt und eine Neuerung enthält: Gemäß Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 des Protokolls wird die begründete Stellungnahme der Kommission zusammen mit den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente dem EU-Gesetzgeber zur Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren übermittelt. Dieser muss vor Abschluss der ersten Lesung prüfen, ob der Gesetzgebungsvorschlag mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang steht und hierbei die Stellungnahmen der nationalen Parlamente sowie der

<sup>71</sup> Vgl. dazu *Barett*, „The king is dead, long live the king: the recasting of the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments“, *ELRev.* 33 (2008), S. 66 (76 f.).

<sup>72</sup> In der englischen Sprachfassung „*Furthermore*“, in der französischen „*En outre*“, in der spanischen „*Además*“.

<sup>73</sup> *Grob*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag (2009), S. 77 (91).

<sup>74</sup> So auch *Grob*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag (2009), S. 77 (91).

<sup>75</sup> Vgl. Vermerk des Generalsekretariats des Rates vom 26. Juni 2007, Dok. Nr. 11218/07, Nr. 11.

<sup>76</sup> Ausführlich dazu *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 194 ff.

Kommission berücksichtigen. Ist der Gesetzgeber dabei mit der Mehrheit von 55 % der Mitglieder des Rates oder einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im EP der Meinung, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang stehe, wird er nicht weiter geprüft.<sup>77</sup> Damit gibt Art. 7 Abs. 3 zum ersten Mal die Möglichkeit, einen Vorschlag im Subsidiaritätskontrollsystem aufgrund seines mutmaßlichen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip von der Agenda des europäischen Gesetzgebers zu nehmen.<sup>78</sup> Dies kann zwar nicht unmittelbar durch die nationalen Parlamente, sondern lediglich durch den Rat oder das Parlament erfolgen; die nationalen Parlamente verfügen aber zumindest über die Möglichkeit, das Verfahren zu initiieren, das die Verabschiedung des gerügten Rechtsaktes sodann möglicherweise – bei entsprechender Mitwirkung von Rat oder Parlament – verhindert. Insoweit ist allerdings zu beachten, dass diese beiden Organe im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren bereits bislang über die Option verfügten, Gesetzgebungsvorschläge zurückzuweisen. Die Vermutung liegt mithin nicht fern, dass in dem in Abs. 3 vorgesehenen Verfahren in der Regel nur solche Entwürfe von Gesetzgebungsakten scheitern werden, die mangels entsprechender Mehrheiten im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ohnehin keine Aussicht auf Erfolg hätten.<sup>79</sup> Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass die Regelung mehr als nur symbolische Bedeutung erlangen wird, da die hohe Anzahl negativer Stellungnahmen der nationalen Parlamente die Mitglieder im Rat und im Parlament für die Frage der Wahrung des Subsidiaritätsprinzips besonders sensibilisieren und daher dazu verleiten kann, einen Gesetzgebungsvorschlag bewusst im Rahmen des Verfahrens des Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 lit. b) des Subsidiaritätsprotokolls – und damit noch vor Abschluss der ersten Lesung – scheitern zu lassen, den sie ansonsten im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (ggf. mit einigen Änderungen) angenommen hätten.<sup>80</sup>

Nationale Vorschriften zur Subsidiaritätsrüge finden sich lediglich in § 11 IntVG, dessen Abs. 1 zufolge Bundestag und Bundesrat in ihren Geschäftsordnungen regeln können, wie eine Entscheidung über die Abgabe einer begründeten Stellungnahme gemäß Art. 6 des Subsidiaritätsprotokolls herbeizuführen ist. Gemäß Abs. 2 übermittelt der Präsident des Bundestages oder der Präsident des Bundesrates die begründete Stellungnahme an die Präsidenten der zuständigen Organe der Europäischen Union und setzt die Bundesregierung darüber in Kenntnis. Beide Absätze werfen verfassungsrechtlich keine Probleme auf und erforderten daher keine Änderung des Grundgesetzes. Ergänzend findet sich noch eine Regelung in der Geschäftsordnung des Bundestages.

<sup>77</sup> Art. 7 Abs. 3 a) und b) des Subsidiaritätsprotokolls.

<sup>78</sup> *Barrett*, "The king is dead, long live the king: the recasting of the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments", *ELRev.* 33 (2008), 66 (80).

<sup>79</sup> Insoweit ist die Einschätzung *Barretts* nicht ganz von der Hand zu weisen, der formuliert: "*plus ça change, plus c'est la même chose*", *Barrett*, "The king is dead, long live the king: the recasting of the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments", *ELRev.* 33 (2008), 66 (82). In diese Richtung auch *Hölscheidt*, Formale Aufwertung – geringe Schubkraft: die Rolle der nationalen Parlamente gemäß dem Lissabonner Vertrag, *integration* 2008, 254 (263); *Mayer*, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfadens zum Vertrag von Lissabon, *ZaöRV* 2007, 1141 (1175).

<sup>80</sup> Vertiefend *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 194 ff.

### bb) Die Subsidiaritätsklage

Nach Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls ist der „Gerichtshof ... für Klagen wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip zuständig, die nach Maßgabe des Art. 263 ... von einem Mitgliedstaat erhoben oder entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung von einem Mitgliedstaat im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments übermittelt werden“.<sup>81</sup> Hierin wird bisweilen eine „Schwachstelle“ des Klagerechts gesehen, weil die konkrete Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den nationalen Parlamenten bzw. ihren Kammern und den jeweiligen Regierungen vom Erlass nationaler Regelungen abhängig gemacht wird.<sup>82</sup> Aus dem Normzweck des Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll folgt jedoch eine konkrete Verpflichtung der Mitgliedstaaten das Klagerecht ihres nationalen Parlaments vor dem EuGH nicht durch die innerstaatliche Ausgestaltung seiner Wirkung zu berauben;<sup>83</sup> die nationalen Rechtsordnungen sollen lediglich die verfahrensmäßige Ausgestaltung zwischen Parlament und Regierung regeln. Hierbei ist zu beachten, dass die förmliche Klageerhebung gem. den primärrechtlichen Vorgaben zwar dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegt, um den Kreis der vor dem Gerichtshof zur Klage Berechtigten nicht weiter auszudehnen und zu gewährleisten, dass ein Mitgliedstaat vor dem EuGH mit einer Stimme spricht.<sup>84</sup> Jedoch wird aus der in Art. 8 UAbs. 1 Alt. 2 Subsidiaritätsprotokoll gewählten Formulierung deutlich, dass den Mitgliedstaaten eine bloße „Mittlerrolle“ zukommt und es sich mithin um eine Klage des jeweiligen nationalen Parlaments handelt.<sup>85</sup> Dies sollte sich auch in der Frage der Prozessführung widerspiegeln: Während die Mitgliedstaaten bei Verfahren vor dem EuGH in der Regel Fachbeamte der innerstaatlich zuständigen Ministerien bevollmächtigen, sollte den nationalen Parlamenten im Rahmen von Subsidiaritätsklagen Gelegenheit gegeben werden, zumindest bei der Vertretung ihres Standpunktes vor dem EuGH mitwirken zu können, wenn nicht eigenständig zu wirken.

Das Protokoll enthält keine Ausführungen dazu, inwieweit die Klagemöglichkeit von einem vorhergehenden erfolglosen Einbringen einer Subsidiaritätsrüge abhängig ist. Da eine solche Voraussetzung – anders als im Abschlussbericht der AG I „Subsidiarität“ des Verfassungskonvents angedacht<sup>86</sup> – jedoch nicht explizit in das Protokoll

<sup>81</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 75; Uerpmann-Witzak, EuGRZ 2009, 461 (462); Schwarze, EuR 2009, Beih. 1, 9 (19). Bzgl. der entsprechenden Protokollbestimmungen zum gescheiterten VerFEU: Läufer, integration 2003, 510 (516).

<sup>82</sup> Schröder, JZ 2004, 8 (12); Davies, ELRev. 28 (2003), 686 (692); Küver, The National Parliaments in the European Union, 2006, S. 153 und 164 ff. m.w.N.; Herlin-Karnell, ELJ 2009, 351 (358); a.A. Scholz, ZG, Sonderheft 17/2002, 7.

<sup>83</sup> Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, S. 258; Thiele, EuR 2009, 30 (47); Eilmansberger, Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, in: Hummer/Obwexer, Der Vertrag von Lissabon, 2009, S. 189 (195) mit Verweis auf Nettesheim, EuR 2004, 511 (541 f.); Kees, ZEuS 2006, 423 (430); Molsberger, VBIBW 2005, 169 (170 f.); Kirchhoff, DÖV 2004, 893 (893 f.); Papier, Das Subsidiaritätsprinzip, FS-Isensee, 2007, S. 691 (700); Ritzer/Rutloff, EuR 2006, 116 (131). Zur Subsidiaritätsklage durch ein deutsches Bundesland Gas, DÖV 2010, 313 ff.

<sup>84</sup> Schwarze, EuR 2009, Beih. 1, 9 (19); Everling, EuR 2009, Beih. 1, 71 (76).

<sup>85</sup> Groh, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, S. 77 (97).

<sup>86</sup> Vgl. CONV 286/02, Schlussbericht der Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“, S. 7; die AG IV „Nationale Parlamente“ hatte sich dagegen ausgesprochen: CONV 353/02, S. 11.

überführt worden ist, ist davon auszugehen, dass das Rechtsschutzbedürfnis auch dann besteht, wenn das jeweilige nationale Parlament im Rahmen des Frühwarnsystems keine Stellungnahme abgegeben hat.<sup>87</sup> Dies erscheint auch insofern plausibel, als die Klageerhebung ansonsten selbst dann ausgeschlossen wäre, wenn erst eine Änderung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu einem Verstoß des Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip führt.<sup>88</sup> Gleichwohl empfiehlt sich eine solche Stellungnahme, da sich für den EuGH aus dem „Vorverfahren“ wesentliche Anhaltspunkte für eine Substantiierung der Klage ergeben werden, die bis in die Zulässigkeit der Klage (Stichwort: Rechtsschutzbedürfnis) reichen könnten.<sup>89</sup>

Die Umsetzung der Vorgaben des Art. 8 zur Erhebung einer Subsidiaritätsklage erfolgt auf einfachgesetzlicher Ebene in § 12 Abs. 2 IntVG. Diese Regelung korrespondiert dem neu eingefügten Absatz 1a in Art. 23 GG:

„(1a) Der Bundestag und der Bundesrat haben das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsaktes der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klage zu erheben. Der Bundestag ist hierzu auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder verpflichtet.“

Die Verfassungsänderung wurde erforderlich, weil die Subsidiaritätsklage als Minderheitenrecht ausgestaltet wurde. Eine solche Abweichung von der einfachen Mehrheit des Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG musste, wie in allen anderen Fällen<sup>90</sup> auch, für die Erhebung der Subsidiaritätsklage im Grundgesetz selbst geregelt werden.<sup>91</sup>

Hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Norm als Minderheitenrecht besteht die Befürchtung, dass die Regelung zur „innenpolitische[n] Instrumentalisierung“<sup>92</sup> missbraucht werden könnte. Mag die Ausgestaltung auch durch die Idee motiviert gewesen sein, auf diese Weise die Oppositionsfraktionen für eine Zustimmung zum Begleitgesetz zu motivieren,<sup>93</sup> so bringt sie trotz der nicht unberechtigten Missbrauchssorge verschiedene positive Aspekte mit sich: Bereits die hohe politische Bedeutung der neuen Mitwirkungsrechte<sup>94</sup> spricht dafür, auch Minderheiten die Subsidiaritätsklage zu ermöglichen.<sup>95</sup> Für eine Ausgestaltung als Minderheitenrecht spricht zudem die

<sup>87</sup> So schon zum VerfEU *Hölscheidt*, JÖR 2005, 430 (449) m.w.N. Vgl. auch *Uerpmann-Witzak*, EuGRZ 2009, 461 (462); *Groh*, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, S. 77 (91) m.w.N.; *Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, S. 220 f.

<sup>88</sup> So auch *Altmairer*, FS-J. Meyer, S. 301 (315 f.). *Groh*, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, S. 77 (98 mit Fn. 111). Weitere Argumente zu finden bei *Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, S. 220 ff.

<sup>89</sup> Zu weiteren Problemfragen im Zusammenhang mit der Subsidiaritätsklage siehe *Kees*, ZEuS 2006, 423 (430 ff.).

<sup>90</sup> Vgl. zur Benennung der einzelnen Mehrheiten *Magiera*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 42 Rn. 13; *Achterberg/Schulte*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starcke* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 42 Abs. 2, Rn. 43.

<sup>91</sup> So auch *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S. 386.

<sup>92</sup> *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S. 385 m.w.N.

<sup>93</sup> *Financial Times Deutschland*, Artikel vom 12. 3. 2008 (Mehr Macht für Opposition im Bundestag).

<sup>94</sup> BT-Drs. 16/8488, Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 11. 3. 2008 für ein Gesetz zur Änderung des GG, S. 1, 5.

<sup>95</sup> Anders *Uerpmann-Witzak/Edenbarter*, Subsidiaritätsklage als parlamentarisches Minderheitenrecht?, EuR 2009, 313 ff.

Tatsache, dass für die Mehrheit im Parlament bereits über die Einflussnahme auf die von ihr getragene Bundesregierung die (mittelbare) Möglichkeit der Klage zum EuGH besteht,<sup>96</sup> eine Regelung, die sich am Quorum einer einfachen Mehrheit orientiert, in praktischer Hinsicht also keine wesentlichen Änderungen zur Folge gehabt hätte.

Offen ist freilich, wie der EuGH mit der neuen Klagemöglichkeit der nationalen Parlamente umgehen wird.<sup>97</sup> Mit Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls hat jedenfalls die bisher in der Literatur kontrovers diskutierte Frage nach der Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips eine explizite Klärung gefunden.<sup>98</sup> Abzuwarten bleibt jedoch, ob der EuGH allein aufgrund dieser Änderung seine bisher zurückhaltende Rechtsprechung ändern wird.<sup>99</sup> Zudem erscheint es für die nationalen Parlamente schwierig, entgegen den nun erforderlichen detaillierten Ausführungen der Kommission zur Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip einen Verstoß hiergegen darzulegen und damit vor dem Gerichtshof Gehör zu finden.<sup>100</sup> Dies gilt umso mehr, als der Umfang des Rüge- und Klagerechts bislang unklar ist.<sup>101</sup>

### cc) Streit um die Reichweite der Subsidiaritätsprüfung

Umstritten ist, wie weit das parlamentarische Rüge- und Klagerecht inhaltlich reicht. Nach verbreiteter Ansicht im Schrifttum bezieht sich die Kontrollbefugnis der nationalen Parlamente einzig auf etwaige Verstöße gegen das in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerte Subsidiaritätsprinzip.<sup>102</sup> Sowohl die Frage nach einer Kompetenz der Union im Einzelfall, als auch jene nach der Verhältnismäßigkeit<sup>103</sup> der in Frage stehenden Maßnahme blieben demnach ausgeklammert.<sup>104</sup>

<sup>96</sup> *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S. 385; *Silberhorn*, Die Neugestaltung der Beteiligung des Deutschen Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union, [http://www.thomas-silberhorn.de/pdf/publikationen/2005-05\\_eu-beteiligung\\_dt\\_bundestag.pdf](http://www.thomas-silberhorn.de/pdf/publikationen/2005-05_eu-beteiligung_dt_bundestag.pdf), S. 9.

<sup>97</sup> Nach *Hoffmann/Wessels*, Der Vertrag von Lissabon – eine tragfähige und abschließende Antwort auf konstitutionelle Grundfragen?, *integration* 2008, 3 (19), könnte der EuGH durch die geplante Subsidiaritätsklage zum „Partner“ nationaler Parlamente gegen die qualifizierte Mehrheit nationaler Regierungen und der Abgeordneten des EP werden.

<sup>98</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung hierzu von *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union* (2006), Art. I-11, Rn. 67 ff.; *Davies*, The post-Laeken division of competences, *ELR* 28 (2003), S. 686 (692); siehe auch *Hoffmann/Wessels*, Der Vertrag von Lissabon – eine tragfähige und abschließende Antwort auf konstitutionelle Grundfragen?, *integration* 2008, 3 (19): „Der Gerichtshof könnte so zum ‚Partner‘ nationaler Parlamente [...] werden“.

<sup>99</sup> *Papier*, Europas neue Nüchternheit: Der Vertrag von Lissabon, *FCE* 01/08, S. 7 f.; *CEPS/EGMONT/EPS*, The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations, 2007, S. 86.

<sup>100</sup> *Meyer/Hölscheidt*, Die Europäische Verfassung aus Sicht des Deutschen Bundestages, *integration* 2003, 345 (348).

<sup>101</sup> *Uerpmann-Witzak*, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, *EuGRZ* 2009, 461 (462).

<sup>102</sup> Vgl. *Schlussbericht der Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“*, CONV 286/02, S. 6; *Götz*, in: *Schwarze*, *Verfassungsentwurf*, S. 43 (59); *Uerpmann-Witzak*, *EuGRZ* 2009, 461 (463).

<sup>103</sup> *Ludwigs*, *ZEuS* 2004, 211 (225); *Ter Steeg*, *EuZW* 2003, 325 (328).

<sup>104</sup> *Chardon*, in: *Weidenfeld* (Hrsg.), *Lissabon in der Analyse*, S. 171 (181); *Everling*, *EuR* 2009, Beih. 1, 71 (77); *Fischer*, *Kompetenzordnung und Handlungsinstrumente*, in: *Weidenfeld* (Hrsg.), *Die Europäische Verfassung in der Analyse*, 2005, S. 105 (126); *Uerpmann-Witzak*, *EuGRZ* 2009, 461 (462); *Grob*, in: *Fastenrath/Nowak* (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag* (2009), S. 77 (87 ff.); *Götz*, in: *Schwarze*, *Verfassungsentwurf*, S. 43 (60).

Aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 S. 1 des Subsidiaritätsprotokolls, demzufolge die nationalen Parlamente die Unvereinbarkeit des Gesetzgebungsentwurfs „mit dem Subsidiaritätsprinzip“ rügen können, könnte dies in der Tat gefolgert werden.

Und auch die Materialien des Europäischen Konvents, auf die die heutigen Regelungen zurückgehen, scheinen für ein restriktives Verständnis des Rügeumfangs zu sprechen: Ein Vorschlag, das Frühwarnsystem auch auf die vorgelagerte Frage, ob die Union überhaupt eine Kompetenz besitzt, sowie die nachgelagerte Frage der Verhältnismäßigkeit auszudehnen, wurde dort explizit abgelehnt.<sup>105</sup> Zur Begründung hieß es im Konvent, das Subsidiaritätsprinzip sei vorrangig politischer Natur, die beiden anderen Prinzipien hingegen vorrangig rechtlicher Natur.

Demgegenüber spricht die Praxis für ein weitergehendes Verständnis des Rügeumfangs. Die erste eingereichte Subsidiaritätsrüge sowohl des Bundesrats als auch des Bundestags<sup>106</sup> bezog sich ausdrücklich auf die Nichteinhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und die Verhältnismäßigkeit. Zur Begründung trug der Bundesrat vor, dass der Subsidiaritätsgrundsatz ein Kompetenzausübungsprinzip sei, gegen das auch dann verstoßen werde, wenn keine Kompetenz der Union bestehe. Daher müsse im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung zunächst die Frage der Rechtsgrundlage geprüft werden.<sup>107</sup> Auch eine vom Bundestag durchgeführte Sachverständigenanhörung zum Thema stützte mehrheitlich die extensive Auslegung des Rügeumfangs.<sup>108</sup>

Maßgeblich ist im Ergebnis, ob eine getrennte Prüfung der kompetenzrechtlichen Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 bis 4 EUV überhaupt möglich und sinnvoll ist. So stellt die Frage nach der Kompetenzgrundlage eines Handels der EU im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 eine notwendige Vorfrage für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips dar.<sup>109</sup> Dies macht schon die systematische Verknüpfung der Absätze 2 bis 4 im Rahmen der Schrankentrias, die Art. 5 für jede Kompetenzausübung der EU formuliert, deutlich. Auch legt der Verweis in Art. 5 Abs. 3 EUV auf die Prüfung der jeweiligen Zuständigkeitsart (Frage nach der ausschließlichen Zuständigkeit) nahe, dass die Frage der Kompetenzgrundlage von der Subsidiaritätsprüfung nicht getrennt werden kann.

Entscheidend ist aber der Gedanke, dass viele Kompetenznormen Konkretisierungen des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsprinzips enthalten, die in

<sup>105</sup> Siehe die Entwurfsbegründung im Dokument CONV 724/03, Anlage 2, S. 145.

<sup>106</sup> Beschluss des Deutschen Bundesrates v. 26. 3. 2010, BR-Drs. 43/10.

<sup>107</sup> Vgl. auch den Beschluss des Deutschen Bundesrates v. 26. 3. 2010 zum 16. Bericht der Europäischen Kommission „Bessere Rechtssetzung“ 2008 (COM (2009) 504), BR-Drs. 745/09.

<sup>108</sup> Expertengespräch im Rechtsausschuss des Bundestages, Unterausschuss Europarecht, zur „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ v. 16. 6. 2010.

<sup>109</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union*, Art. I-11, Rn. 62; so auch: Streinz/Ohler/Hermann, *Vertrag von Lissabon*, S. 74; Schwarze, *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Struktur, Kernelemente und Verwirklichungschancen*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsentwurf*, S. 489 (523); Altmaier, FS-J. Meyer, S. 301 (314); Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), *EU-Verträge*, Art. 12 EUV, Rn. 11; s.a. Subr, *Deutscher Bundestag, Stellungnahme i.R.d. Expertengesprächs im Unterausschuss Europarecht zur „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“*, v. 16. 6. 2010, S. 27 ff., 31; ferner Lorz, *Deutscher Bundestag, Stellungnahme i.R.d. Expertengesprächs im Unterausschuss Europarecht zur „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“*, v. 16. 6. 2010, S. 7.

die Subsidiaritätsprüfung einfließen können und müssen.<sup>110</sup> Nicht zuletzt wäre es geradezu absurd, wenn sich die Subsidiaritätsklage unter den Gesichtspunkten der Kompetenzgrundlage und der Verhältnismäßigkeit nicht auf jene Aspekte des Art. 5 EUV n.F., beziehen könnte, die der EuGH bislang am intensivsten geprüft hat: War es doch gerade die konkrete Überprüfung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV n.F., im Hinblick auf die der EuGH – zu undifferenziert<sup>111</sup> – in seiner bisherigen Rechtsprechung größte Zurückhaltung hat walten lassen. Für dieses Ergebnis spricht nicht zuletzt auch, dass die neue Subsidiaritätsklage einen Spezialfall der auf „Unzuständigkeit“ der Unionsorgane gerichteten Nichtigkeitsklage i.S.d. Art. 263 Abs. 2 AEUV darstellt.<sup>112</sup>

Im Zuge dieser Überlegungen umfassen Subsidiaritätsrüge und -klage nach Sinn und Zweck auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>113</sup> So erscheint eine umfassende Überprüfungsmöglichkeit schon deshalb geboten, weil eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Rechtsetzungskompetenzen der nationalen Parlamente in gleicher Weise betreffen kann wie ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip.<sup>114</sup> Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, die ohnehin dazu neigt, nicht immer sauber zwischen beiden Prüfungen zu differenzieren, etwa wenn die „Regelungsdichte“ (auch) im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung erörtert wird.<sup>115</sup> Die Möglichkeit einer umfassenden Überprüfbarkeit auch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann darüber hinaus auch damit begründet werden, dass das Frühwarnsystem im „Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit“ normiert ist, das zudem im Rahmen seines Art. 5 auch die Pflicht zur Begründung von Gesetzgebungsakten auf die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit erstreckt.<sup>116</sup> Eine Begrenzung allein auf die Prüfung, ob der Entwurf mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist, ist daher zugunsten einer umfassenden Überprüfbarkeit der Schrankentrias des Art. 5 EUV n.F. durch die nationalen Parlamente abzulehnen.

<sup>110</sup> Vertiefend Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzips in der EU, 2. Auflage 1999, S. 113 ff.

<sup>111</sup> Ausführlich dazu Calliess, EuGRZ 2003, S. 181 (184 ff.), vertiefend ders., Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 297 ff.

<sup>112</sup> Molsberger, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, S. 214 mit Verweis auf Altmaier, FS-J. Meyer, S. 301 (314 f.). Zur Rechtsnatur der Subsidiaritätsklage siehe Kees, ZEuS 2006, 423 (426); Thiele, EuR 2010, 30 (47) mit Verweis auf Altmaier, FS-J. Meyer, S. 301 (315 f.).

<sup>113</sup> Anders Ritzer/Ruttloff, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven, EuR 2006, 116 (132 ff.); Groh, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag (2009), S. 77 (87 f.).

<sup>114</sup> Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, S. 197 f.

<sup>115</sup> EuGH in der Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 (BAT), Rn. 184.; dazu Calliess, EuGRZ 2003, 181 (186 f.); vgl. ferner die Äußerungen von Präsident Skouris, Die Rolle des Subsidiaritätsprinzips in der Rechtsprechung des EuGH, in: Bundeskanzleramt v. Österreich (Hrsg.), Europa fängt zu Hause an, 2006, S. 114 (116); wie hier Suhr, Deutscher Bundestag, Stellungnahme iRd Expertengesprächs im Unterausschuss Europarecht zur „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ v. 16. 6. 2010, S. 27.

<sup>116</sup> Ebenso Schwarze, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, in: ders., Verfassungsentwurf, S. 489 (522 ff.); Hölscheidt, JÖR 2005, 430 (449 f.) mit Verweis auf Ladenburger, Die Erarbeitung des Verfassungsentwurfs durch den Konvent, in: Schwarze, Verfassungsentwurf, S. 397 (418); Wuermeling, EuR 2004, 210 (225). Ebenso Zoller, Jahrbuch des Föderalismus 2005, 270 (275); Ritzer/Ruttloff, EuR 2006, 116 (132); Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, S. 203; Molsberger, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, S. 220.

### 3. Die Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips

#### a) Die Kontrollmöglichkeiten des EuGH

Eine wesentliche Garantie für die effektive Umsetzung der Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 EUV liegt neben der prozeduralen Kontrolle in der juristischen Kontrolle durch den EuGH. Gerade diese Gegenkontrolle vermag ein Ansporn für die anderen Gemeinschaftsorgane zu sein, die Vorgaben des Art. 5 EUV gründlich zu prüfen.<sup>117</sup> In Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll wird dementsprechend nunmehr explizit auch die Zuständigkeit des EuGH „für Klagen wegen Verstoßes eines Europäischen Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip“, die entsprechend den Vorschriften zur Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) eingebracht werden, hervorgehoben.

Was die bisherige konkrete richterliche Kontrolle des Art. 5 EUV durch den EuGH angeht, ergibt sich bei einer Zusammenschau der Urteile<sup>118</sup> ein zwiespältiges Bild:<sup>119</sup> Einerseits hat der Gerichtshof erst in einer einzigen Entscheidung seine Prüfung über die Kompetenzgrundlagen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip hinaus explizit auch auf die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips erstreckt<sup>120</sup> und vor allem noch nie einen Rechtsakt wegen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip für nichtig erklärt.<sup>121</sup> Andererseits geht der Gerichtshof grundsätzlich von einer Justiziabilität des Art. 5 EUV aus.<sup>122</sup> Insbesondere prüft er die Vorgaben des Abs. 2 und 4 voll und detailliert nach. Im Hinblick auf Abs. 3 aber tendiert der EuGH dazu, wenn überhaupt, dann eine vertiefte Subsidiaritätsprüfung zu vermeiden bzw. Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprüfung nicht sauber getrennt voneinander als eigenständige Prüfungspunkte zu überprüfen, sondern die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips vielmehr inzident als Teil

<sup>117</sup> *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 (182); *Gonzalez*, ELRev. 20 (1995), 355 (365).

<sup>118</sup> EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755, Rn. 57 ff. (Vereinigtes Königreich/Rat); Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rn. 54 ff. und 65 ff. (Deutschland/EP und Rat); Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11 453 (British American Tobacco); Rs. C-58/08, EWS 2008, 256 (Vodafone u. a.); vgl. ferner den Überblick über die Rechtsprechung bei *Schima*, ÖJZ 1997, 761 (764 ff.); *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, S. 351 ff.; *Estella*, The EU Principle of Subsidiarity and its Critique, S. 140 ff.; *Ziller* (Hrsg.), Umsetzung und Kontrolle des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lichte der Verfassung für Europa, S. 249 ff.; *Albin*, NVwZ 2006, 629 (632 ff); siehe auch *Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2006, S. 183 ff. und *Skouris*, Die Rolle des Subsidiaritätsprinzips in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Bundeskanzleramt von Österreich* (Hrsg.), Europa fängt zu Hause an, 2006, S. 114 ff.

<sup>119</sup> So auch *Estella*, The EU Principle of Subsidiarity and its Critique, S. 156 ff.

<sup>120</sup> EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-1453 (British American Tobacco); *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 5 EGV, Rn. 42.

<sup>121</sup> *Ter Steeg*, Eine neue Kompetenzordnung für die EU, EuZW 2003, 325 (327). Vgl. dazu ausführlich *Calliess*, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, EuGRZ 2003, 181 (186 f.).

<sup>122</sup> Ausdrücklich festgestellt in EuG, Rs. T-253/02, Slg. 2006, II-2139, Rn. 107; vgl. *Rützer/Ruttloff*, EuR 2006, 116 (125); a.A. Schlussanträge *GA Maduro* in EuGH Rs. C-58/08, EWS 2008, 256, Rn. 30 (Vodafone u. a.), der darauf hinweist, dass der Rat davon ausgeht, dass es sich bei dem Subsidiaritätsprinzip im wesentlichen um einen subjektiven und politischen Grundsatz handle.

der Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Insoweit können aus jüngster Zeit das BAT- und das Vodafone-Urteil<sup>123</sup> als exemplarisch gelten.

Deutlich wird, dass der EuGH<sup>124</sup> dem europäischen Gesetzgeber im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV einen weiten Ermessensspielraum zuerkennen will. Diese Tendenz liegt auf einer Linie mit seiner Rechtsprechung zur Bewertung komplexer Sachverhalte, die einer gerichtlichen Nachprüfung hinsichtlich der Tatsachenbeurteilung im Einzelnen nicht ohne weiteres zugänglich sind.<sup>125</sup> Die Ausübung der gesetzgeberischen Kompetenz kann demnach gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob ein offensichtlicher Irrtum oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt, oder ob das Organ die Grenzen seines Ermessens offenkundig überschritten hat (Evidenzkontrolle). Immerhin nimmt der Gerichtshof die Kontrolle des dem Rat eingeräumten weiten Ermessensspielraums ernst, indem er eine konkrete Überprüfung der Richtlinienbestimmungen auf offensichtliche Irrtümer vornimmt. Damit beschränkt sich der EuGH nicht auf die rein abstrakte Feststellung, dass keine Anhaltspunkte für ein offensichtliches Überschreiten der Ermessensgrenzen ersichtlich seien.<sup>126</sup> Gleiches gilt für die Prüfung der Frage, ob die Maßnahme mit Blick auf Art. 296 Abs. 2 AEUV ungenügend begründet worden ist.

Auf der ersten Stufe kann der EuGH nachprüfen, ob der Unionsgesetzgeber die Vorgaben des Abs. 2 eingehalten hat und ob es sich bei der in Anspruch genommenen Kompetenzgrundlage um eine ausschließliche Zuständigkeit oder um eine der anderen Zuständigkeitsarten der Union handelt. Als reine Rechtsfragen unterliegen diese Fragen unstreitig der uneingeschränkten Kontrolle durch den Gerichtshof. Auf der zweiten Stufe hat der EuGH zu überprüfen, ob die Unionsmaßnahme formell rechtmäßig ist. Insofern hat der EuGH eine prozedurale Kontrolle dahingehend vorzunehmen, ob die Organe im Rechtsetzungsverfahren eine den oben dargestellten Anforderungen entsprechende Subsidiaritätsprüfung vorgenommen haben. Die Begründung gem. Art. 296 Abs. 2 AEUV bzw. der Subsidiaritätsbogen nach Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll stellen insofern den Anker der gerichtlichen Kontrolle dar. Da dem Unionsgesetzgeber im Rahmen des Abs. 3 und 4 ein nur beschränkt gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum zusteht, sind – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – hohe Anforderungen an die Begründungspflicht zu stellen, wobei die oben dargestellten Vorgaben zu berücksichtigen sind. Auf der dritten Stufe hat der EuGH dann zu kontrollieren, ob die Maßnahme materiell rechtmäßig war. Insofern hat er zu prüfen, ob im Einzelfall der den Gemeinschaftsorganen zustehende Ermessensrahmen hinsichtlich der Vorgaben des Art. 5 EUV überschritten worden ist.

Für die Reichweite der Kontrolle gilt insoweit, dass der im Grundsatz anzuerkennende Prognosespielraum des Unionsgesetzgebers seine Grenze nicht immer erst

<sup>123</sup> EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11 453 (British American Tobacco). S. dazu *Kumm*, ELJ 12 (2006), 53 ff.

<sup>124</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755, Rn. 74 ff. (Vereinigtes Königreich/Rat); Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rn. 22 ff. und 35 ff. (Deutschland/EP und Rat).

<sup>125</sup> *Languth*, in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU-Verträge, Art. 5 EUV, Rn. 56; *Albin*, NVwZ 2006, 629 (631); *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992, 720 (724).

<sup>126</sup> *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 351 ff.; *Albin*, NVwZ 2006, 629 (631).

in einer Evidenzkontrolle finden kann.<sup>127</sup> Vielmehr ist jede Prognose aufgrund ihrer jeweiligen normativen Bezüge zu würdigen. Es lassen sich insoweit immanente und externe Prognosegrenzen unterscheiden. Im Rahmen der ersteren ist u. a. zu prüfen, ob der Gesetzgeber die verfügbaren empirischen Daten und Erfahrungssätze in ernstzunehmender Weise verwertet hat. Desweiteren sind die normativen Bezüge der Prognose zu würdigen. Sie ergeben sich in Ansehung der jeweiligen Kompetenznorm und ihrer Einbettung in das betreffende Normensystem.<sup>128</sup> Gerade die Betrachtung der tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Kompetenznorm, auf die eine Maßnahme gestützt ist, sowie die Betrachtung ihres Umfeldes begrenzen den legislativen Prognosespielraum. In der Folge kann der EuGH, ähnlich der neueren Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG,<sup>129</sup> durchaus auch eine Vertretbarkeits- oder gar Inhaltskontrolle durchführen.

## b) Die Auffangverantwortung des BVerfG

Insgesamt stützen die Ausführungen des BVerfG im Lissabon-Urteil zur Subsidiaritätsprüfung die vorstehend gemachten Ausführungen, insbesondere den Gedanken, dass sich die Subsidiaritätsrüge und -klage auch auf die Kompetenzfrage beziehen.

Dies gilt umso mehr, als das BVerfG das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung mit in das Zentrum seiner Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit des Vertrags von Lissabon stellt: Aus den Ausführungen des BVerfG zur Notwendigkeit der Wahrung der souveränen Staatlichkeit Deutschlands ergibt sich das insoweit unumstrittene und richtige Ergebnis, dass ausschließlich ein Integrationsprogramm nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zulässig sei. Das Grundgesetz, so das BVerfG, ermächtige die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte dergestalt zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union begründet werden können. Es untersage die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz.<sup>130</sup>

In Konkretisierung dessen entnimmt das BVerfG Art. 23 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Demokratieprinzip zudem die Notwendigkeit eines hinreichend bestimmten Integrationsprogramms der Europäischen Union.<sup>131</sup> Da das Vertrauen in die konstruktive Kraft des Integrationsmechanismus von Verfassung wegen nicht unbegrenzt sein könne, dürfe keine Blankettermächtigung zur Ausübung öffentlicher Gewalt erteilt werden.<sup>132</sup> Als problematisch erscheinen dem Gericht mit Blick hierauf insbesondere die im Vertrag von Lissabon enthaltenen sog. dynamischen Vertragsvorschriften, die in einer „*verfassungsrechtlich bedeutsame(n) Spannungslage zum Prinzip der*

<sup>127</sup> Ausführlich *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 312 ff. jeweils m.w.N.

<sup>128</sup> Ähnlich auch *Pernice*, Columbia Journal of European Law 1996, 403 (408), der hinsichtlich der Justitiabilität gleichwohl skeptisch bleibt.

<sup>129</sup> Dazu im Vergleich *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 ff. m.w.N.

<sup>130</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Rn. 233.

<sup>131</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Rn. 236 ff.

<sup>132</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Rn. 236, 238.

*begrenzten Einzelermächtigung*<sup>133</sup> stünden. Als dynamische Vertragsvorschriften gelten nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts Normen, die „eine Veränderung des Vertragsrechts bereits ohne Ratifikationsverfahren allein oder maßgeblich durch die Organe der Union“ ermöglichen.<sup>134</sup> Sofern eine solche dynamische Vertragsentwicklung gewollt werde, „*obliegt neben der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung)*.“ Hierauf haben Bundestag und Bundesrat mit den neuen Begleitgesetzen, insbesondere dem Integrationsverantwortungsgesetz, reagiert.<sup>135</sup>

Das Gericht führt insoweit aus, innerhalb der deutschen Jurisdiktion müsse es möglich sein, „*die Integrationsverantwortung im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union [...] und zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können.*“<sup>136</sup> Das BVerfG bekräftigt insoweit seine im Maastricht-Urteil beanspruchte Kompetenz zur Kontrolle sog. ausbrechender Rechtsakte<sup>137</sup> der Europäischen Union. Hierzu heißt es im Lissabon-Urteil: „*Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.*“<sup>138</sup>

Im Hinblick auf die gesamte Subsidiaritätsprüfung nimmt das BVerfG somit für sich ein den Vorrang – und damit die europäische Rechtseinheit – herausforderndes Kontrollrecht an.

Angesichts der Tatsache, dass die europäischen Akteure die Kompetenzordnung nicht immer ernst genug nehmen, kann eine solche *ultra-vires*-Kontrolle von ihrem Ansatz her im offenen Verfassungsstaat, den Art. 23 Abs. GG konstituiert, geboten sein. Sie wird jedoch mit Blick auf die notwendige Kooperation mit dem EuGH, die im Interesse der auf einheitliche Anwendung und Geltung angelegten europäischen Rechtsgemeinschaft unabdingbar ist, im Urteil nicht hinreichend europarechtskonform als „Auffangverantwortung“ unter Einbindung des EuGH ausgestaltet. Dies insbesondere deshalb, weil ihre Kriterien weitgehend unklar bleiben.<sup>139</sup> Nur wenn sie in Parallele zur sog. Solange II Rechtsprechung des BVerfG<sup>140</sup> als Auffangverantwortung im Sinne einer Not- bzw. Reservekompetenz verstanden und ausgestaltet wird,

<sup>133</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Rn. 238.

<sup>134</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Rn. 236.

<sup>135</sup> Ausführlich zum Ganzen Calliess, ZG 2010, 1 ff.

<sup>136</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 v. 30. 6. 2009, Rn. 240.

<sup>137</sup> BVerfGE 89, 155 (188).

<sup>138</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 v. 30. 6. 2009, Rn. 240.

<sup>139</sup> Ausführlich zu alledem Calliess, ZEuS 2009, S. 559 (566 ff.) m.w.N.

<sup>140</sup> Vgl. BVerfGE 73, S. 376 ff.

kann die *ultra-vires*-Kontrolle sinnvoll sein, um die Unionsorgane für die ihnen obliegende Subsidiaritätsverantwortung zu sensibilisieren.

Die dahingehende Kritik im Schrifttum ist vom BVerfG in seinem Honeywell/Mangold-Beschluss<sup>141</sup> aufgenommen worden. Explizit wird der Gedanke der Auffangverantwortung hier aufgegriffen und vor allem wird – anders als noch im Lissabon-Urteil – wieder vom im Maastricht-Urteil postulierten Kooperationsverhältnis mit dem EuGH gesprochen, im Zuge dessen eine Vorlage des BVerfG an den EuGH thematisiert wird. Insbesondere muss die Kompetenzüberschreitung jedoch so qualifiziert sein, dass es zu einer strukturell bedeutsamen Kompetenzverschiebung kommt.

#### 4. Ergebnis

Das neue System der Subsidiaritätskontrolle wird sich daran messen lassen müssen, inwieweit es zu einer wirklich effektiveren Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips auf Ebene der Union beitragen kann. Im Hinblick hierauf ist die Streichung der materiell-rechtlichen Kriterien im alten Subsidiaritätsprotokoll zum Amsterdamer Vertrag problematisch. Insoweit besteht die Gefahr, dass die nationalen Parlamente aufgrund der mangelnden Präzisierung negative Stellungnahmen übermitteln, die allein auf rein nationalen Gründen aufbauen und somit durch die Kommission leicht widerlegt werden können.<sup>142</sup> Das Instrument der Subsidiaritätskontrolle würde dadurch an Bedeutung verlieren.

Die prozedurale Subsidiaritätsprüfung durch die nationalen Parlamente sollte dennoch als „Weckruf“ verstanden werden, die ihnen zustehenden Rechte effektiver und selbstbewusster zu nutzen und ihre Rolle im europäischen Rechtsetzungsgefüge neu zu definieren.<sup>143</sup> So wird den Parlamenten hiermit ein förmliches Verfahren zur Verfügung gestellt, mit dem sie einer schleichenden Entziehung ihrer Zuständigkeiten entgegenzutreten können<sup>144</sup>. Insoweit haben Bundestag und Bundesrat nicht nur ein Recht, sondern sie sind über Art. 12 EUV und die verfassungsrechtliche „Integrationsverantwortung“ hierzu auch verpflichtet. Durch die Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge besteht zudem die Chance einer Europäisierung der Debatten der nationalen Parlamente und somit einer verstärkten Identifizierung der nationalen Parlamentarier mit den auf Ebene der Union getroffenen Entscheidungen.<sup>145</sup> Zudem kann durch die verstärkte Einbindung der nationalen Parlamente ein Zugewinn an Transparenz und damit eine Verbesserung der Bürgernähe erreicht werden.<sup>146</sup> So entsteht durch die

---

<sup>141</sup> BVerfG 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Rn. 61.

<sup>142</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union (2006), Art. I-11, Rn. 64.

<sup>143</sup> Altmaier, Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag, in: Derra (Hrsg.), FS J. Meyer (2006), S. 301 (322 f.).

<sup>144</sup> Altmaier, Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag, in: Derra (Hrsg.), FS J. Meyer (2006), S. 301 (322).

<sup>145</sup> Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente (2007), S. 244.

<sup>146</sup> Vgl. die Ausführungen bei Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente (2007), S. 242 ff.

Einbindung der nationalen Abgeordneten die Möglichkeit, den Bürgern die EU anhand der von ihnen getroffenen Stellungnahmen näher zu bringen und hierdurch die Akzeptanz der auf Ebene der Union getroffenen Entscheidungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zu erhöhen.<sup>147</sup>

Hinzu kommt die im Primärrecht in Art. 12 b) EUV i.V.m. Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll geregelte Subsidiaritätsklage, die den EuGH – ähnlich wie damals Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG das BVerfG – zukünftig explizit verpflichtet, Maßnahmen der EU am Maßstab des einschließlich des Subsidiaritätsprinzips justitiablen Art. 5 EUV n.F. zu überprüfen.<sup>148</sup>

Um zu einer effektiven Durchführung der Kontrolle beizutragen, ist daher ein gezielter Einsatz von Subsidiaritätsrüge und -klage durch die nationalen Parlamente wünschenswert,<sup>149</sup> bei denen sich die Rüge auf konkrete Bestimmungen des Rechtsetzungsvorschlages bezieht.<sup>150</sup> Bundestag und Bundesrat, denen in Europa insoweit eine Leitrolle zukommen wird, ist dabei zu empfehlen, sich weiterhin an den materiellrechtlichen Leitlinien des Amsterdamer Protokolls zu orientieren, da diese den nach wie vor gültigen Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh korrespondieren. Anhand einer „Checkliste“ sollte es für die nationalen Parlamente möglich sein, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips durch die Europäische Union angemessen zu kontrollieren. Hierbei erscheint vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass die Kommission selbst bei Vorliegen einer ausreichenden Anzahl negativer Stellungnahmen der nationalen Parlamente grundsätzlich nicht dazu verpflichtet ist, ihren Rechtsetzungsvorschlag zurückzuziehen, eine umfassende Begründung der negativen Stellungnahmen des Parlaments von Bedeutung. Die Begründung ihres Festhaltens am kritisierten Gesetzgebungsvorschlag wird der Kommission nämlich umso schwerer fallen, je besser und gewichtiger die Argumente in den Stellungnahmen der nationalen Parlamente sind. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich auch der Gerichtshof, sollte er angerufen werden, bei seiner Entscheidung auf die jeweils vorgebrachten Argumente stützen wird, erscheint es daher notwendig, von einem grundsätzlich umfassenden Prüfungsschema auszugehen, das über die nunmehr gekürzten Vorgaben des Subsidiaritätsprotokolls hinausgeht.

Insgesamt kann durch die Umsetzung der neuen Protokolle eine eindeutige Stärkung der Mitwirkungsrechte der nationalen Parlamente erreicht werden. Der wirkliche Erfolg der neu geschaffenen Subsidiaritätskontrolle hängt jedoch in erster Linie von ihrer tatsächlichen Bereitschaft<sup>151</sup> und von den zeitlichen<sup>152</sup> und praktischen Mög-

<sup>147</sup> *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente (2007), S. 243 f.

<sup>148</sup> Dazu ausführlich *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 ff.

<sup>149</sup> *Hofmann*, Europäische Subsidiaritätskontrolle in Bundestag und Bundesrat, ZG 2005, 66 (73).

<sup>150</sup> *Albin*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, 629 (635).

<sup>151</sup> *Craig*, Competence: clarity, conferral, containment and consideration, ELR 29 (2004), 323 (343); *Nettesheim*, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, 511 (538).

<sup>152</sup> *Meyer/Hölscheidt*, Die Europäische Verfassung aus Sicht des Deutschen Bundestages, integration 2003, 345 (348); *Blanke*, Zur Verteilung der Kompetenzen in der Europäischen Union, in: *ELSA* (Hrsg.), Die europäische Verfassung, S. 39 (77); *Davies*, The post-Laeken division of competences, ELR 28 (2003), 686 (695), sieht hingegen die Festlegung der zeitlichen Spielräume als notwendig an, um eine unangemessene Verzögerung des Rechtsetzungsverfahrens zu vermeiden.

lichkeiten<sup>153</sup> der nationalen Parlamente in Bezug auf die Überprüfung der Rechtsetzungsvorschläge ab.<sup>154</sup> Die Entwicklung der letzten Jahre hat im Hinblick darauf aber gezeigt, dass sich die nationalen Parlamente auf die neue Form der Mitwirkung vorbereiten und auch von Seiten der Kommission ein Interesse an ihrer verstärkten Einbindung besteht.

#### IV. Perspektiven des Subsidiaritätsprinzips

##### 1. Von der Einstimmigkeit zur Subsidiaritätsprüfung

In den Anfangsjahren der europäischen Integration konzentrierte sich die Diskussion angesichts der dominanten Position der Mitgliedstaaten darauf, wie die Unabhängigkeit der Institutionen der Europäischen Gemeinschaften (EG) gesichert und ihre bescheidenen Kompetenzen im Hinblick auf das Ziel einer „*ever closer union*“ (Präambel des EWGV von 1957) wirksam genutzt und im Sinne des Integrationsgedankens ausgebaut werden könnten. Im Anschluss an die Einheitliche Europäische Akte (EEA) von 1986 hat die EWG vor allem mit dem Maastrichter Vertrag über die Europäische Union (EUV) bis hin zum Vertrag von Lissabon einen weiteren Schritt der Integration in Richtung auf eine bundesstaatsähnliche Union, die man heute als föderalen Staaten- und Verfassungsverbund beschreiben kann, getan. Dieser findet nicht zuletzt in dem umfassenden Zielekatalog (Art. 3 EUV) sowie in den Kompetenzkatalogen (Art. 2 ff. AEUV) seinen Ausdruck. Viele Aufgaben, wie die bisher zum nationalen Hausgut gehörenden Politikbereiche der Währungspolitik, der Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik sowie der Justiz- und Innenpolitik, wurden auf diesem Wege zumindest teilweise europäisiert.

Diese Entwicklung kommt institutionell in dem von der EEA eingeleiteten Übergang zum Mehrheitsprinzip zum Ausdruck. In der Zeit vor der EEA waren trotz expansiver Gesetzgebungsaktivitäten der EG Streitigkeiten oder gar politische Krisen wegen gemeinschaftlicher Kompetenzüberschreitungen selten. Dies hatte seine Ursache darin, dass grundsätzlich alle Entscheidungen einstimmig getroffen wurden. Im Gegensatz zu einem föderalen Staatswesen, konnten in der EG die Mitgliedstaaten auf diese Weise nur gemeinsam über ein Tätigwerden der EG entscheiden. Jede weitere Ausdehnung legislativer Aktivitäten der Union konnte durch das Veto jedes einzelnen Mitgliedstaates in vollem Umfang kontrolliert werden. Die Mitgliedstaaten konnten auf diese Weise die Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenzen in vollem Umfang kontrollieren. Nichts konnte gegen den erklärten Willen auch nur eines einzigen Mitgliedstaates unternommen werden. Diese Situation hat sich seit der EEA mit dem grundsätzlichen Wechsel zum Mehrheitsprinzip geändert.

---

<sup>153</sup> *Papier*, Europas neue Nüchternheit: Der Vertrag von Lissabon, FCE 01/08, S. 7; *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente (2007), S. 186; *Schröder*, Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, EuR 2002, 301 (312); *Pflüger*, Die Beteiligung der Parlamente in der europäischen Verfassungsentwicklung, FCE 4/2001, Rn. 67 f.

<sup>154</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union (2006), Art. I-11, Rn. 64.

Mit dem Fehlen eines Vetorechts und der insbesondere durch den Vertrag von Maastricht erfolgten vertraglichen Erweiterung gemeinschaftlicher Zuständigkeiten, ist die Begrenzung der Unionskompetenzen zu einem der sensibelsten Bereiche der EU – nicht zuletzt aufgrund der öffentlichen Meinung in den Mitgliedstaaten – geworden.

Angeichts der zunehmenden internationalen wirtschaftlichen Verflechtung und der sich nicht zuletzt deswegen konstant vermindernenden nationalen Problemlösungsfähigkeit war und ist es eine logische Konsequenz, auch die Politiken zentral zu verflechten. Inzwischen ist hierzu jedoch die Einsicht getreten, dass einheitliche europäische Konzepte zur Flankierung des Binnenmarktes zwar notwendig, aber zumindest durch dezentrale Politikebenen, den Problemen vor Ort entsprechend, ergänzt und ausgefüllt werden können müssen, wenn Staat und Gesellschaft in der heutigen hochkomplexen und auf eine Fülle von Informationen angewiesenen modernen Industriegesellschaft in demokratischer und effektiver Weise problemlösungsfähig bleiben sollen. Hinzu kommt, dass die Union mit der Erweiterung auf 27 Mitgliedstaaten ihren Charakter spürbar verändern wird. Weniger denn je wird man das Leben von nunmehr Millionen Menschen vom Nordkap bis Sizilien einheitlich regeln können. Verschiedene Kulturen und Wertesysteme werden daher verstärkt zu Konflikten im Ministerrat, aber auch im EP führen. Die Entscheidungsfindung auf Gemeinschaftsebene wird dadurch nicht erleichtert werden, so dass flexible Lösungen gesucht werden müssen.

Insofern steht die Union vor einer der europäischen Integration bisher fremden und daher völlig neuen Situation, die sich nach Jahren des Ringens um Kompetenzen nunmehr mit deren Begrenzung auseinanderzusetzen hat. Die neue Qualität der europäischen Integration nach dem EUV macht ein Umdenken erforderlich. Und nur wenn dieses Umdenken gelingt, kann dem Ziel der europäischen Integration, der Schaffung eines europäischen Bundesstaates eigener Art, Erfolg beschieden sein. Die Union ist damit an einem qualitativ neuen Punkt angelangt, an dem sie sich besinnen und ihre Rolle neu definieren muss. Angelpunkt für das erforderliche Umdenken ist das Subsidiaritätsprinzip, das die Chance bietet, die notwendige Ausbalancierung von zentralen und dezentralen Entscheidungsebenen im komplizierten Kompetenzgefüge der Union zu bewirken.

## 2. Von der Integrationsgemeinschaft zum föderalen Verbund

Für ein Umdenken spricht auch die Tatsache, dass sich die Rolle des EuGH mit fortschreitender Integration verändert.<sup>155</sup> Diese Veränderung begann mit Inkrafttreten der EEA im Jahre 1987 und fand ihren vorläufigen Abschluss mit dem Inkrafttreten der Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon. Infolge der „Vertiefung“ der europäischen Integration einerseits und der parallel verlaufenden „Erweiterung“ der EU andererseits haben sich das politische und soziale Umfeld und damit die

---

<sup>155</sup> Vgl. hierzu *Weiler*, J.C.M.S. 1993, 427 (434 ff.).

Bedingungen unter denen der Gerichtshof arbeitet weiterentwickelt. Eine fundamental neue Situation hat sich insbesondere im Bereich der Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten ergeben: Bis in die Zeit nach dem Inkrafttreten der EEA war die Entwicklung der EG durch eine interpretatorische Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenzen gekennzeichnet. In Zeiten einer politisch stagnierenden Integration wurden Kompetenznormen weit ausgelegt und dynamisch angelegte Kompetenznormen (z. B. die damaligen Art. 100, 100a und 235 EWGV) wurden zu zentralen Normen des Gemeinschaftsrechts. Der EuGH wurde in diesem Zusammenhang zu einem „Ersatzmotor“ der Integration, indem er einerseits selbst die Reichweite der Gemeinschaftskompetenzen „großzügig“ (und die der Mitgliedstaaten parallel dazu „eng“, etwa im Bereich der den Binnenmarkt konstituierenden Grundfreiheiten) interpretierte und andererseits deren extensive Inanspruchnahme durch die Gemeinschaftsorgane billigte.

Insoweit ist überdies zu bedenken, dass die EU – trotz aller strukturellen Parallelen<sup>156</sup> – kein klassischer Bundesstaat ist, sodass die Mitgliedstaaten hier besonders stark darauf bedacht sind, ihre nationale Souveränität und Identität zu wahren. Entsprechend fragiler ist das Verhältnis der EU zu ihren Mitgliedstaaten ausgestaltet, und entsprechend sensibler ist die Frage der Kompetenzabgrenzung zu handhaben, wenn nicht der Integrationserfolg, und damit die EU selbst, in Frage gestellt werden soll.<sup>157</sup> Würde sich daher der EuGH – wie ehemals das deutsche BVerfG mit Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG – aus der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über die Kompetenzausübung nach Art. 5 EUV mit dem Hinweis auf deren politischen Charakter zurückziehen, bestünde die Gefahr, dass er seine Glaubwürdigkeit als Garant der Rechtsgemeinschaft verliert und damit den Weg für eine Entwicklung ebnet, in der die nationalen Verfassungsgerichte – wie es das BVerfG bereits in seinem Maastricht- und Lissabon Urteil andeutete – diese Aufgabe an sich zögen. Damit aber wären der Vorrang und die Einheit des Unionsrechts, wie auch die verfassungsrechtliche Architektur der EU als föderaler Staaten- und Verfassungsverbund, in Frage gestellt.<sup>158</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Gerichtshof in eine Stellung gerückt, die dem der eines Verfassungsgerichts in föderal organisierten Staaten ähnelt: Er muss Kompetenzstreitigkeiten zwischen der zentralen Ebene, der EU, und ihren Untergliederungen, den Mitgliedstaaten, entscheiden. In der Folge muss der EuGH seine Rolle neu definieren.

### 3. Die Notwendigkeit des Umdenkens auf EU-Ebene und ihre rechtliche Flankierung

Der EuGH ist vor diesem Hintergrund gezwungen, in einem Konfliktfeld kontroverser Diskussionen und verschiedener politischer Interessen Entscheidungen über

<sup>156</sup> *Martin y Pérez de Nanclares*, ZEuS 2001, 595 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846.

<sup>157</sup> Ähnlich jetzt auch *Wolf-Niedermaier*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik: Der Einfluß des EuGH auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, 1997, insbesondere S. 266 ff.

<sup>158</sup> *Weiler*, J.C.M.S. 1993, 427 (434 ff.).

Kompetenzfragen zu treffen, insoweit muss er umdenken und seine Rolle als föderales Verfassungsgericht definieren.<sup>159</sup> Dieser Lernprozess ist, wie das Altenpflege-Urteil des BVerfG deutlich macht, möglich. Er ist im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, der über eine Verzahnung der Verfassungen hinaus auch durch eine wechselseitige „Verfassungsbefruchtung“ – und damit gerade auch durch eine gegenseitige Beeinflussung der Verfassungen und Verfassungsinterpreten – gekennzeichnet ist, überdies geboten. Diese Beeinflussung ist in vielen Bereichen gelungen, etwa im Bereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und hier insbesondere im Bereich des Grundrechtsschutzes.<sup>160</sup> Insoweit war das nationale Verfassungsrecht wichtiges Rezeptionsreservoir für das europäische Verfassungsrecht<sup>161</sup>, wie z. B. die europäische „Karriere“ des Verhältnismäßigkeitsprinzips im System von nationalem Verfassungsrecht, EG-Recht und EMRK deutlich macht. Dementsprechend *„ist unübersehbar, dass sich eine Wechselwirkung in der Interpretation und sogar in der Übernahme von Rechtsinstituten zwischen allen drei Ebenen vollzieht. Die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ... ist dafür ein gutes Beispiel ...“*<sup>162</sup> Warum sollte eine solche Wechselwirkung in der Interpretation nicht auch bei der Kontrolle zentraler Kompetenzausübung möglich sein? Das in der Rs. C-491/01 im Fall *British American Tobacco* ergangene Urteil des EuGH zeigt zumindest im Ansatz, dass es für den EuGH nicht ausgeschlossen ist, eine effektivere Kontrolle zentraler Kompetenzausübung vorzunehmen. Darüber hinaus können in der Rechtsprechung des EuGH zunehmend Tendenzen festgestellt werden, sich insgesamt stärker vom Subsidiaritätsprinzip leiten zu lassen.<sup>163</sup>

Bereits die eingangs dargestellten Defizite hinsichtlich der Durchsetzungsschwächen des Subsidiaritätsprinzips im europäischen Gesetzgebungsverfahren haben deutlich gemacht, dass es bislang an einer effektiv ausgestalteten Gegenkontrolle der gesetzgebenden Unionsorgane fehlt. Im Zuge dieser Einsicht werden unterschiedliche Ansätze diskutiert, wie die Kompetenzausübung der EU begrenzt, respektive Art. 5 Abs. 3 EUV zu mehr Wirksamkeit verholfen werden kann. Diese Überlegungen resultieren nicht zuletzt daraus, dass man dem EuGH, der sich – zumindest lange Zeit – als „Motor der Integration“ verstand,<sup>164</sup> nicht wirklich vertraut, wenn es um die Kontrolle der europäischen Kompetenzausübung geht.

Unter institutionellen Gesichtspunkten erscheint es von Bedeutung, dass die Organe, die die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips garantieren sollen, „neutral“ sind. Angesichts des unverändert fortbestehenden vertraglichen Auftrags (vgl. nur Art. 17 Abs. 1, S. 1 EUV) der Kommission, als „Hüterin des Unionsinteresses“ auf Grundlage des Initiativmonopols auch „Motor der europäischen Integration“ zu sein, kann man diese

<sup>159</sup> Vgl. Weiler, ebenda S. 438.

<sup>160</sup> Dazu Hoffmann-Riem, EuGRZ 2002, 473 ff.; a.A. Broß, EuGRZ 2003, 577 ff.

<sup>161</sup> Zum Ganzen Calliess, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 74 ff.

<sup>162</sup> Ress, in: Festschrift für Günther Winkler, 1997, S. 897 (928).

<sup>163</sup> Dazu Skowris, in: Stern (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2010, S. 37 (42 ff.); v. Danwitz, in diesem Band.

<sup>164</sup> Dazu Calliess, JURA 2001, 311 ff.

Neutralität nicht von der Kommission erwarten. Sie soll und darf das europäische Interesse, das europäische Gemeinwohl, vertreten.

Der beste Weg, eine ausgewogene Beurteilung der Subsidiaritätsfrage sicherzustellen, wären daher gemischte Einrichtungen, die aus politisch unabhängigen Vertretern der Mitgliedstaaten und der Union bestehen.<sup>165</sup> EP und Rat könnte etwa im Gesetzgebungsverfahren ein Subsidiaritätsausschuss zur Seite gestellt werden,<sup>166</sup> der als politisches Schlichtungsorgan im Vorfeld tätig werden würde. Er könnte aus Mitgliedern der nationalen Parlamente, des EP und des Rates bestehen<sup>167</sup> oder – besser noch – sich aus Mitgliedern des Ausschusses der Regionen, des EP und der nationalen Parlamente zusammensetzen.<sup>168</sup>

Neben diesen institutionellen Neuerungen im Rahmen der politischen *ex-ante*-Kontrolle müssen aber auch Änderungen im Bereich der Gerichtsbarkeit, die eine Intensivierung der *ex-ante*- wie auch der *ex-post*-Kontrolle mit sich bringen, angedacht werden.

Mit Blick auf die bislang stark integrationsfreundliche Rechtsprechung des EuGH ist z. B. vorgeschlagen worden, dem EuGH einen selbständigen Kompetenzgerichtshof bzw. ein Subsidiaritätsgericht zur Seite zu stellen,<sup>169</sup> dem z. B. EuGH-Richter sowie Mitglieder von Höchstgerichten der Mitgliedstaaten angehören würden, wobei deren Anteil unterschiedlich ausfallen könnte (alle Mitglieder sind nationale Richter, nur der Vorsitz wird vom EuGH-Präsidenten wahrgenommen<sup>170</sup> oder etwa  $\frac{1}{3}$  EuGH-Richter,  $\frac{2}{3}$  mitgliedstaatliche Richter<sup>171</sup>). Auch an eine Subsidiaritätskammer, die direkt beim EuGH eingerichtet werden sollte, wurde gedacht.<sup>172</sup> Eine weitere Variante wäre ein *ad-hoc*-Gericht,<sup>173</sup> das nur bei Bedarf zusammentritt. Im Sinne der Unabhängigkeit eines solchen Gerichts erscheint es jedoch geboten, die Richter für eine längere Zeitspanne zu bestellen. Ein Maximum an politischer Unabhängigkeit könnte erzielt werden, indem die Richter direkt von den Gerichten, aus denen sie stammen, gewählt werden würden.<sup>174</sup> Im Verfassungskonvent wurde als Alternative zum erwähnten Subsidiaritätsausschuss überdies eine gerichtliche *ex-ante*-Kontrolle durch den EuGH diskutiert.<sup>175</sup> Dieser soll nach Verabschiedung eines Rechtsakts, aber noch vor seinem Inkrafttreten angerufen werden können, um eine Kontrolle der Vorgaben des Art. 5 EGV durchzuführen.

<sup>165</sup> Koenig/Lorz, JZ 2003, 170.

<sup>166</sup> Vgl. hierzu bereits Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 287 ff.

<sup>167</sup> So Pernice, JZ 2000, S. 866 (876); ähnlich das Konventsmitglied Teufel, Eine wirksame Kompetenzkontrolle bei der Rechtsetzung der EU, Dokument WGI-WD6 vom 9. 7. 2002, S. 4 ff.

<sup>168</sup> Koenig/Lorz, JZ 2003, 170.

<sup>169</sup> Broß, VerwArch 2001, 425 (429).

<sup>170</sup> Weiler, ELRev 1997, 150 (155).

<sup>171</sup> Koenig/Lorz, JZ 2003, 172.

<sup>172</sup> Clement, Europa gestalten – nicht verwalten, Rede im Rahmen des „Forum Constitutionis Europae“ 12. 2. 2001, www.who-berlin.de/clement.htm, Rn. 29.

<sup>173</sup> Goll/Kenntner, EuZW 2002, 101 (105).

<sup>174</sup> Koenig/Lorz, JZ 2003, 172.

<sup>175</sup> Vgl. den Vorschlag von Konventsmitglied Teufel (Fn. 167), S. 6 ff.

Bezeichnenderweise wurde keiner dieser Vorschläge vom Verfassungsvertrag<sup>176</sup> oder vom Vertrag von Lissabon aufgegriffen. Ein maßgeblicher Grund hierfür dürfte sein, dass die Etablierung von „Sondergerichten“ mit dem Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts kollidiert und eine Zersplitterung der Rechtsprechung befürchten lässt. Dementsprechend sollte der EuGH alleiniger Wächter über die Einhaltung der Kompetenzordnung bleiben. Denn im System der EU ist der EuGH für die Kontrolle der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zuständig, ihm ist gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV die „Wahrung des Rechts“ aufgetragen. Versagt also nach dem präventiv wirkenden Frühwarnsystem die Selbstkontrolle von Kommission, Rat und EP im Subsidiaritätsverfahren, so ist der EuGH als die Kompetenzordnung wahrendes Verfassungsgericht gefordert. Denn gerade die gerichtliche Gegenkontrolle, so sie denn wirksam ausgestaltet ist, kann ein Ansporn für die anderen Gemeinschaftsorgane sein, die Vorgaben des Art. 5 EUV jeweils gründlich zu prüfen. Diese Perspektive bestätigt das Frühwarnsystem mit Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll mehr als deutlich.

Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll macht überdies deutlich, dass der Verfassungsgeber, wenn er denn will, Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit vorprägen kann, indem er durch klare Vorgaben einen Auftrag, hier den der intensiveren gerichtlichen Kontrolle der zentralen Kompetenzausübung, erteilt. Das BVerfG hat diesen Auftrag nach der Änderung des Art. 72 Abs. 2 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG mit dem Altenpflege-Urteil angenommen.<sup>177</sup> Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG kann somit nicht mehr wie bislang als „Ausrede“ dafür herhalten, dass Art. 5 Abs. 3 EUV keiner bzw. nur einer äußerst begrenzten gerichtlichen Evidenzkontrolle zugänglich sei. Warum also sollte nicht auch der EuGH über Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll im Rahmen der künftigen Entwicklung zu einer effektiveren Kontrolle der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung angehalten werden können? Im Zweifel müsste das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 EUV (Abs. 2 und 4 bleiben unverändert) noch einmal präzisiert werden:

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, darf die Union nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig werden, *wenn und soweit* Maßnahmen im Anwendungsbereich der Ziele des Art. 2 EGV *erforderlich* sind, *um* einer

- *erheblichen* Auseinanderentwicklung der sozialen, ökonomischen und ökologischen Lebensverhältnisse,
- *spürbaren* Behinderung des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs *oder*
- den Wettbewerb *nachhaltig verzerrenden* Störung der Funktionsfähigkeit des einheitlichen Wirtschaftsraums der EU *zu begegnen*.“

Mit dieser Formulierung würde Art. 5 Abs. 3 EUV durch konkrete, inhaltliche Kriterien angereichert, die als Bezugspunkte einer kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einer deutlich erhöhten gerichtlichen Kontrolle der gesetzgeberischen Prognose hinsichtlich der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung führen.

<sup>176</sup> Vgl. dazu auch den Bericht des *Vorsitzenden der Gruppe I „Subsidiaritätsprinzip“*, Dokument CONV 286/02, WG I 15, vom 23.9.2002.

<sup>177</sup> BVerfG, 2 BvF 1/01 vom 24.10.2002, Rn. 294.

Parallel dazu würde die Darlegungslast der Unionsorgane im Gesetzgebungsverfahren bei Inanspruchnahme einer konkurrierenden Zuständigkeit erhöht, was sich wiederum in der Kontrolle der Begründungspflicht niederschlägt.