

Rechtsanwalt Professor Dr. Wolfgang Spoerr, LL.M. (Edinburgh)  
Humboldt-Universität zu Berlin  
Hengeler Mueller, Behrenstraße 42, 10117 Berlin

**Thesen zur Expertenanhörung des Unterausschusses Europarecht  
„Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ am 16. Juni 2010**

1. Es ist eine Paradoxie, dass im Vertrag von Lissabon und in den beiden Protokollen zum Schutz mitgliedstaatlicher Gestaltung ein unionsrechtlicher institutioneller Durchgriff auf die innerstaatliche Zuständigkeits- und Verfahrensordnung stattfindet. Dieser Übergriff des Unionsrechts muss die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme bleiben. Er ist hier jedoch gerechtfertigt, um die nationalen Parlamente aus ihrer bisherigen institutionellen Verliererrolle der europäischen Integration wieder zu befreien und zu stärken.
2. Die Subsidiaritätsregel ist eine Zuständigkeitsschranke, die hohes Potenzial hat. Extrapolationen aus der bisher eher leichthändigen Praxis des EuGH in die Zukunft sind m. E. nicht treffsicher. Es ist vorherzusagen, dass der EuGH seine neue Rolle als Hüter des institutionellen Gleichgewichts zwischen Union und Mitgliedsstaaten ernst nehmen wird. Das Vodafone-Urteil lässt diese Tendenz bereits deutlich erkennen.
3. Damit wird der EuGH sich stärker als bisher den Grundfragen jeder föderalen Verfassungsgerichtsbarkeit, die kompetenzielle Verteilungsregeln anwendet, stellen müssen. Diese Fragen sind:
  - Inhaltliche Ergebnisprüfung vs. prozedurale Begründungsprüfung
  - Richterliche Kontrolldichte und Bedeutung von Entscheidungsspielräumen (political question Doktrin)
  - Abgrenzung zwischen unterschiedlichen Sachmaterien; Hineinreichen einer Sachmaterie in die andere
  - „Subtraktiver“ Schutz der nachgeordneten Ebene vs. Bottom-Up-Konzept
4. Die Bedeutung einer gerichtlichen Prüfung darf künftig nicht über-, aber auch nicht unterschätzt werden. Anschauungsmaterial bietet beispielsweise die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zur Interstate Commerce Clause oder des

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

Bundesverfassungsgerichts zur Erforderlichkeitsklauseln in Art. 72 Abs. 2 GG. Diese Rechtsprechung ist ein eindrucksvolles Beispiel, wie auch eine Subsidiaritätsprüfung juristisch scharf geschaltet werden kann. Diese Rechtsprechung könnte dem EuGH als Anschauungsmaterial für eine effektive Ausgestaltung des institutionellen und föderalen Gleichgewichts dienen.

5. Die wesentliche Bedeutung des Informations- und Beteiligungsverfahrens liegt in politisch-*substanzieller* Beteiligung. Die beiden Protokolle müssen zusammen gesehen werden. Jede Beschränkung auf Subsidiaritätsfragen würde der Bedeutung der nationalen Parlamente nicht gerecht. Das Beteiligungsverfahren nach den Protokollen bietet den nationalen Parlamenten die Chance, die gubernative Struktur der europäischen Rechtsetzung wieder ins parlamentarische Gleichgewicht zu bringen und Legitimationsdefizite des Europäischen Parlaments punktuell zu kompensieren.
6. Die Tatbestandstrukturen der Subsidiaritätsprüfung sind weder geeignet noch ausreichend zur Sicherung, dass den Mitgliedsstaaten ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse bleibt. Wenn dieses Ziel politisch und/oder verfassungsrechtlich gesetzt ist, bedarf es zu seiner Realisierung einer konsequenteren Handhabung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, einer deutlicheren rechtsstaatlichen Umhegung des Handelns der Kommission sowie letztlich einer neuen Kultur des politischen Handelns auf überstaatlicher Ebene, die weniger als bisher einen Automatismus zwischen gewünschtem Sachanliegen und überstaatlichem Regelungserfordernis annimmt. Nur die Parlamente können der natürlichen Tendenz zur ressortmäßigen Fachbruderschaft entgegenwirken.
7. In seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht den Schutz wesentlicher Bereiche demokratischer Gestaltung nach Art von mitgliedsstaatlichen Reservatzuständigkeiten entwickelt. Hierbei wird der Schutz vor weiterer Kompetenzausdehnung der übergeordneten Ebene gleichsam umgekehrt behandelt, als der Text und die Systematik des Vertrags dies vorsehen. Statt der EU im Rahmen begrenzter Einzelermächtigung beschränkte Kompetenzen zuzuweisen, behält sich die untere Ebene einen umgrenzten Raum der Zuständigkeit vor. Eine solche „Bottom-Up“-Betrachtung ist in der Rechtsprechung des EuGH bereits anerkannt und daher weniger ein deutscher Sonderweg als mitunter behauptet wird.
8. Die Wirksamkeit der parlamentarischen Mitwirkung hängt stark von interparlamentarischer Kooperation ab. Hieraus ergibt sich die Antwort auf die eingangs gestellte Frage nach der Rechtfertigung des Übergriffs in die mitgliedstaatliche Zuständigkeitsordnung: Sie liegt darin, einen Common Ground parlamentarischer Partizipation zu schaffen und so die Parlamente wirksam als Akteur unionsweiter

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

Politikgestaltung zu integrieren. Dies hätte die Verfassungsordnung eines Mitgliedsstaats nicht wirksam ausgestalten können. Nicht zu unterschätzen ist auch die prozedurale Bedeutung, dass Parlamente unmittelbar als Informationsadressat der Kommission und unmittelbarer Artikulationsmöglichkeiten bekommen.

9. Die Subsidiaritätsrüge wird letztlich vor allem eine gleichsam umgekehrte Funktion haben: Erhebt keines der vielen mitgliedsstaatlichen Parlamente die Subsidiaritätsrüge nach Art. 6 des 2. Protokolls, wird der EuGH dem Subsidiaritätseinwand kaum mehr großes Gewicht zumessen.
10. Demokratische und rechtsstaatlich-judizielle Funktionen des Parlamentsbeteiligungsverfahrens sind deutlich zu unterscheiden. Die Subsidiaritätsklage ist ganz der rechtstaatlichen Funktion zugeordnet, nicht der demokratischen Funktion. Die Parlamentsmitwirkung insgesamt kann aber weit über das enge Prüfungsraster der Subsidiaritätsprüfung hinaus reichen. Insoweit kann sie allerdings nicht mehr als Minderheitsrecht konzipiert sein, und insoweit haben die Mitgliedsstaaten die Wahl, ob sie die Mitwirkung gubernativ-parlamentarisch vermittelt oder unmittelbar ausgestalten. Die Mitgliedsstaaten sind also unionsrechtlich frei, die Rolle der Parlamente gegenüber den Verträgen und dem 2. Protokoll zu stärken. Dies kann sowohl über das 2. Protokoll, wie auch über den gubernativen Legitimationsstrang implementiert werden.
11. Wie detailliert die Darlegung der Erforderlichkeit sein muss, hängt stark vom Einzelfall ab. Je evidenter die Erforderlichkeit ist, desto weniger Begründungserfordernisse gibt es. Umgekehrt ist bei fehlender Evidenz der Erforderlichkeit die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips umfassend zu begründen.
12. Vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Ausnahmecharakters des institutionellen Durchgriffs und ihres nationalen Charakters als Minderheitsrecht kann die Subsidiaritätsprüfung nur rechtlichen Charakter haben. Es handelt sich um eine juristisch-tatbestandliche Prüfung politischer Entscheidungen.
13. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit sind strikt zu trennen. Die Verhältnismäßigkeit ist ein Prinzip zum Schutz individueller Freiheit vor übermäßiger staatlicher Belastung. Dem gegenüber geht es bei der Subsidiarität des EUV um eine Kompetenzverteilungsregel zwischen staatlicher und überstaatlicher Ebene. Im Einzelfall können sich Überschneidungen ergeben; Verhältnismäßigkeitsthemen sind aber nicht Gegenstand der Subsidiaritätsrüge oder Subsidiaritätsklage.
14. Die Stellungnahme des nationalen Parlaments ist allerdings nicht auf die Subsidiaritätsprüfung beschränkt. Sie kann auch in den Bereich politischer Entscheidung

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

und in andere Rechtsfragen hinein reichen. Solche überschießenden Inhalte sind unionsrechtlich zulässig, lösen aber nicht die Berücksichtigungspflicht und die prozeduralen Sicherungen aus.

15. Ein Tätigwerden der Union lässt sich bei fragwürdiger Kompetenzgrundlage nicht durch das Erforderlichkeits- und das Effizienzkriterium rechtfertigen. Art. 352 AEUV regelt den Fall, dass Einzelermächtigungen für erforderliche und effiziente Regelungen fehlen, abschließend. Die „*effet utile*“-Doktrin und a-priori- Auslegungsgrundsätze wie die, dass Unionskompetenzen stets weit auszulegen sind, sind überholt.
16. Bei der Subsidiaritätsprüfung ist die für den Gesetzgebungsakt gewählte Kompetenzgrundlage insofern zu untersuchen, als sich daraus Rückschlüsse auf die verfolgten Ziele ergeben. Die Subsidiaritätsprüfung ist aber nicht darauf gerichtet, ob die Kompetenzgrundlage zu Recht oder Unrecht bejaht wird. Hierbei spielt auch die Offensichtlichkeit keine Rolle. Diese Frage ist schlussendlich allein unionsrechtlich zu beurteilen und wird vom EuGH zu entscheiden sein.
17. Es ist daher auch nicht angezeigt, bei der inhaltlichen Prüfung zwischen Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage zu differenzieren. Allerdings kann – wie erwähnt – die Stellungnahme des nationalen Parlaments über die Subsidiarität hinaus reichen. Es ist innerstaatlich zu entscheiden, inwiefern hierbei Minderheitsrechte eingeräumt werden. Soweit es sich um Minderheitsrechte im Parlament handelt, spricht mehr dafür, Stellungnahmen auf rechtliche Themen zu beschränken. Die Aussagen des BVerfG im Urteil zum Vertrag von Lissabon enthalten sich jeder Tendenz und zeigen das offene Problem nur an.
18. Die Leitlinien nach Ziffer 5 des Amsterdamer Protokoll geben eine aus sich heraus nicht verbindliche argumentative Grundlage für eine Subsidiaritätsprüfung. Das 2. Protokoll enthält im Gegensatz zu Art. 5 des 30. Amsterdamer Protokolls zu Art. 5 ex-EGV keine materiellen Leitlinien zur Konkretisierung des Grundsatzes der Subsidiarität.

Auch wenn einzelne Stimmen in der Literatur eine unmittelbare Anwendung dieser Leitlinien fordern,<sup>1</sup> steht einer solchen Auffassung schon die Tatsache entgegen, dass das Subsidiaritätsprotokoll nach dem Grundsatz *lex posterior derogat lege priori* das 30. Amsterdamer Protokoll außer Kraft setzt. Dem entspricht auch die herrschende Auffassung in der Literatur.<sup>2</sup> Dies lässt sich auch gesetzeshistorisch mit einem Blick auf

---

<sup>1</sup> Langguth, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 21.

<sup>2</sup> Fischer, Der Vertrag von Lissabon, S. 466; Weber, EuZW 2008, 7 (11); Hatje/Kindt, NJW 2008, 1761 (1762); Zum 2. Protokoll zum Verfassungsvertrag vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert, Verfassung der

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

das Gesetzgebungsverfahren zum Verfassungsvertrag belegen, dessen 2. Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit – mit Ausnahme der Bestimmungen zum parlamentarischen „Frühwarnsystem“ – mit dem Subsidiaritätsprotokoll inhaltsgleich ist. Dort hatte der Verfassungskonvent die Leitlinien des 30. Amsterdamer Protokolls nämlich bewusst nicht übernommen.<sup>3</sup> Zwar war die Aufnahme von genaueren Vorgaben und detaillierten Kriterien für die Anwendung des Grundsatzes der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit ein Verhandlungsziel des Konvents.<sup>4</sup> Die Arbeitsgruppe beließ es in ihrem Schlussbericht aber mit einem Verweis auf den Bericht des Europäischen Parlaments<sup>5</sup> über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.<sup>6</sup> Die dort enthaltenen Leitlinien sind aber ebenfalls nicht in das Subsidiaritätsprotokoll übernommen worden.

19. Die früher umstrittene Frage, ob es sich bei dem Subsidiaritätsgrundsatz überhaupt um ein materielles Kriterium handelt oder ob vielmehr dessen Sicherstellung auf prozeduraler Ebene im Vordergrund steht,<sup>7</sup> ist inzwischen durch die Rechtsprechung des *EuGH* geklärt.<sup>8</sup> Fraglich ist allerdings, wie das Kriterium der Erforderlichkeit eines unionalen Handelns zu verstehen ist.

Hierbei können die Judikate des *EuGH* bereits einen Anhaltspunkt geben. In seinen ersten Entscheidungen, traf das Gericht noch keine inhaltlichen Aussagen zur Auslegung des Subsidiaritätsgrundsatzes, sondern befasst sich mit dessen methodischer Einordnung.<sup>9</sup> In späteren Entscheidungen berühren die Ausführungen des *EuGH* den Subsidiaritätsgrundsatz nur cursorisch. Das Gericht geht hier jedoch davon aus, dass bei

---

Europäischen Union, Bd. I, Art. I-11 Rdnr. 28; *Wuermeling*, EuR 2004, 216 (225); *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (308).

<sup>3</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Bd. I, Art. I-11 Rdnr. 28; *Wuermeling*, EuR 2004, 216 (225); *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (308).

<sup>4</sup> Vgl. CONV 47/02, Kompetenzbegrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten – Gegenwärtiges System, Problemstellung und zu prüfende Optionen, S. 16f. zitiert nach: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Bd. I, Art. I-11 Rdnr. 28.

<sup>5</sup> Europäisches Parlament, Ausschuss für konstitutionelle Fragen, Bericht über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten vom 24.4.2002, A5 – 0133/2002, zitiert nach: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Bd. I, Art. I-11 Rdnr. 28 Fn. 99.

<sup>6</sup> Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“, Schlussbericht CONV 286/02, S. 9.

<sup>7</sup> Dagegen: *Grimm*, KritV 1994, 6 (8); dafür: *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (320 f.).

<sup>8</sup> *EuGH*, Beschl. v. 17.5.1994 – T 476/94 (*Buralux ua/Rat*); Urt. v. 14.12.1995 – verb. Rs. C 430/93 und C 431/93 (*Van Schijndel, Van Veen*); Urt. v. 7.3.1996 – C 192/94 (*El Corte Inglés*); Urt. v. 15.12.1995 – C 415/93 (*Bosman*); Urt. v. 10.9.1996 – C 11/95 (*Kommission/Belgien – Kabelfernsehen*); Urt. v. 10.9.1996 – C 84/94 (*Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie*); Urt. v. 10.12.2002 – C 491/01 (*Tabakrichtlinie*).

<sup>9</sup> *EuGH*, Beschl. v. 17.5.1994 – T 476/94 (*Buralux ua/Rat*); Urt. v. 14.12.1995 – verb. Rs. C 430/93 und C 431/93 (*Van Schijndel, Van Veen*); *EuGH*, Urt. v. 7.3.1996 – C 192/94 (*El Corte Inglés*); Urt. v. 15.12.1995 – C 415/93 (*Bosman*); Urt. v. 10.9.1996 – C 11/95 (*Kommission/Belgien – Kabelfernsehen*).

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

einer Harmonisierungsmaßnahme zwingend auf die Erforderlichkeit eines Handelns auf Gemeinschaftsebene zu schließen sei.<sup>10</sup> Von diesem „Automatismus“<sup>11</sup> zwischen Harmonisierungsziel und Erforderlichkeit gemeinschaftsweiten Handelns verabschiedet sich der *EuGH* schon in seinem ersten Urteil zur *Tabakrichtlinie*.<sup>12</sup> Hier prüft der *EuGH* die Erforderlichkeit allerdings nur implizit bei der Ermittlung der größeren Effizienz eines Handelns auf Gemeinschaftsebene.<sup>13</sup> Dies zeigt sich an seinen Ausführungen in Rdnr. 181, 182: „Die Beseitigung der Hemmnisse ... ließe sich durch eine Maßnahme allein auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreichen; es verlangt eine Maßnahme auf Gemeinschaftsebene, wie die heterogene Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall zeigt.“ Insgesamt hält sich das Gericht mit seinen Aussagen zum Subsidiaritätsprinzip noch zurück und begnügt sich mit der bloßen Feststellung des Vorliegens ihrer Erfordernisse.<sup>14</sup>

Aufgrund der bisher noch recht pauschalen Aussagen der Rechtsprechung und Schlussanträge muss zur weiteren Bestimmung des Erforderlichkeitskriteriums künftig auf andere Anhaltspunkte zurück gegriffen werden. Unbestritten ist jedenfalls, dass die Unionsorgane den Nachweis der Erforderlichkeit zu erbringen haben.<sup>15</sup> Die Anhörungen i.S.d. Art. 2 des Subsidiaritätsprotokolls dienen hierbei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten.<sup>16</sup> Ob auf diese zu Art. 5 Abs. 2 ex-EGV entwickelte Praxis – zumindest im Sinne einer Auslegungshilfe – zurück gegriffen werden kann, muss anhand eines Vergleichs des Inhalts von Art. 5 Abs. 2 ex-EGV und Art. 5 Abs. 3 EUV ermittelt werden. Dabei ist festzustellen, dass die beiden Vorschriften in materieller Hinsicht kaum voneinander abweichen.<sup>17</sup> Die Unterschiede im Wortlaut der neuen Fassung haben vor allem klarstellende Funktion. So sollte die Ersetzung der Formulierung „und daher“ durch „sondern vielmehr“ lediglich richtig stellen, dass das Erforderlichkeits- und das Effizienzkriterium kumulativ vorliegen müssen.<sup>18</sup> Ebenso ist die Einfügung des Satzes „weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene“

<sup>10</sup> *EuGH*, Urt. v. 10.9.1996 – C 84/94 (*Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie*), Rdnr. 47; Beschl. v. 20.10.2000 – C 242/99 (*Vogler*), Rdnr. 23.

<sup>11</sup> *Albin*, NVwZ 2006, 629 (632 f.); *Calliess*, EuGrZ 2003, 181 (186).

<sup>12</sup> *EuGH*, Urt. v. 10.12.2002 – C 491/01 (*Tabakrichtlinie*), Rdnr. 178-184.

<sup>13</sup> So auch *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (305); *Calliess*, EuGrZ 2003, 181 (186).

<sup>14</sup> *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (305); *Calliess*, EuGrZ 2003, 181 (186).

<sup>15</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 19; *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 (169); *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (320); *Schmidhuber*, DVBl 1993, 417 (419).

<sup>16</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 21.

<sup>17</sup> *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, S. 114.

<sup>18</sup> *Terhechte*, EuR 2008, 143 (155); vgl. zum inhaltsgleichen Art. I-11 des Verfassungsvertrags: *Oppermann*, DVBl 2003, 1165 (1171); *Wuermeling*, EuR 2004, 216 (224); *Schröder*, JZ 2004, 8 (11).

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

als Klarstellung bezüglich der Leistungsfähigkeit der Mitgliedsstaaten zu verstehen.<sup>19</sup> Aus diesem Grund kann auch unter Geltung der neuen Rechtslage auf die bestehende Praxis der Unionsorgane zur Auslegung der Erforderlichkeit unionalen Handelns zurück gegriffen werden, ohne dass diese rechtliche Bindungswirkung hat. Bei der Bestimmung der Praxis unter Geltung des Art. 5 Abs. 2 ex-EGV sind in erster Linie die Vorgaben des Europäischen Rates von Edinburgh<sup>20</sup> zu berücksichtigen, die ausweislich Ziff. 5 Spiegelstrich 2 der Schlussfolgerungen I des Vorsitzes den Zweck hatten, „Leitlinien für die Anwendung des Grundsatzes in der Praxis“ zu bilden.<sup>21</sup> In Abschnitt II Absatz 2 ii) setzt der Rat Leitlinien fest, die sich im Wesentlichen mit denen des 30. Amsterdamer Protokolls decken. Die Erforderlichkeit eines unionalen Handelns setzt hiernach voraus, dass

- Die Frage transnationale Aspekte hat und/oder (1. Spiegelstrich).
- Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein oder das Fehlen gemeinschaftlicher Maßnahmen im Widerspruch zu den Erfordernissen des Vertrags stehen oder in anderer Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen (2. Spiegelstrich).

Diese Grundsätze finden sich auch in der Interinstitutionellen Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über das Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips vom 25.11.1993<sup>22</sup> wieder.

Eine unterschiedliche Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten dürfte künftig kein Indiz mehr für die Erforderlichkeit einer unionalen Regelung sein.

20. Der grenzüberschreitende Charakter von zu regelnden Sachverhalten hat m. E. positiv keine Bedeutung. Umgekehrt ist, wenn kein nennenswerter Teil der Anwendungsfälle grenzüberschreitend ist, in qualifizierter Weise die Erforderlichkeit darzulegen.
21. Zur Auslegung der Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten (Effizienzkriterium) ist zu anzumerken:
  - Abzustellen ist auf das bloße Leistungspotential der Mitgliedstaaten. Das Ergebnis einer Regelung auf nationaler Ebene muss nicht bereits vorhanden sein.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Vgl. zum inhaltsgleichen Art. I-11 des Verfassungsvertrags: *Oppermann*, DVBl 2003, 1165 (1171); *Wuermeling*, EuR 2004, 216 (224); *Schröder*, JZ 2004, 8 (11).

<sup>20</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh, COM.SI (92) 1050 vom 13.12.1992.

<sup>21</sup> So auch *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Bd. I, Art. I-11 Rdnr. 29 in Bezug auf den inhalts- und wortgleichen Art. I-11 des Verfassungsvertrags.

<sup>22</sup> Abgedruckt in *EuGrZ* 1993, 602 (603 f.).

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

- Es ist nicht erforderlich, dass die Mitgliedstaaten eine bessere oder ebenso gute Regelung treffen können, wie die Union. Die Regelung auf der Ebene der Mitgliedstaaten muss lediglich „ausreichend“ sein.<sup>24</sup>
  - Grundsätzlich ist die abstrakte Leistungsfähigkeit aller Mitgliedstaaten für die Ermittlung der Erforderlichkeit entscheidend. Es muss zunächst geprüft werden, ob die Aufgabe eine solche ist, die ihrer Natur nach lediglich auf Unionsebene geregelt werden kann. Ist dies der Fall, sind die Mitgliedstaaten ohnehin nicht fähig, den Zweck zu erreichen. Ergibt sich die Erforderlichkeit einer Unionsmaßnahme aber nicht schon aus der Natur der Sache, muss darauf abgestellt werden, ob den Mitgliedstaaten die zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen tatsächlichen und finanziellen Mittel zur Verfügung stehen.<sup>25</sup> Dabei ist umstritten, ob die Leistungsfähigkeit aller Mitgliedstaaten in den Blick genommen werden muss. Nach zutreffender Ansicht genügt die Leistungsunfähigkeit einzelner Staaten nicht zur Begründung der Erforderlichkeit einer Maßnahme auf Unionsebene.<sup>26</sup>
22. Vom betreffenden Mitgliedsstaat beeinflussbare Faktoren, wie beispielsweise regionale und lokale Besonderheiten haben beim Erforderlichkeitskriterium in der Regel keine Bedeutung. Zur Darlegung der Erforderlichkeit gehört auf unionsrechtlicher Ebene in der Regel auch eine Bestandsaufnahme über den bestehenden Zustand, mithin den Rechtszustand in den Mitgliedsstaaten. Eine Prüfung der Erforderlichkeit durch den Bundestag ist allerdings ohne Information über die Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten möglich, da die Subsidiaritätsprüfung auf die maßgebenden Begründungserwägungen der Kommission beschränkt ist. Die nationalen Parlamente sind weder aufgerufen noch verpflichtet, eine von der Kommission vorgelegte unzureichende Subsidiaritätsdarlegung nach Art eines Such- und Entdeckungsverfahrens zu optimieren.
23. Sowohl beim Erforderlichkeits- wie beim Effizienzkriterium gibt es eine Einschätzungsprärogative der europäischen Institutionen, die sich allerdings weniger im Gesetzgebungsakt selbst als in seinen Begründungserwägungen manifestiert. Diese Einschätzungsprärogative ist nicht unbeschränkt. Wirtschaftswissenschaftliche Erwägungen sind nicht im Regelfall nötig; sie können in Grenzbereichen aber Anhaltspunkte für Erforderlichkeit oder Effizienz geben.

---

<sup>23</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 30; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11 Rdnr. 32; *Schima*, ÖJZ 1997, 761 (764).

<sup>24</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 32; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, S. 18; *Lambers*, EuR 1993, 229 (236); *Konow*, DÖV 1993, 404 (409).

<sup>25</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EGV/EUV, Art. 5 EGV, Rdnr. 41.

<sup>26</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 32.



Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

24. Das Begründungserfordernis gilt – trotz des missverständlichen Wortlauts des Art. 5 S. 4 des Subsidiaritätsprotokolls – nicht alleine für das Effizienz-, sondern auch für das Erforderlichkeitskriterium des Subsidiaritätsprinzips.<sup>27</sup> Die Pflicht einer Begründung gemeinschaftlicher Maßnahmen aus Art. 5 des Subsidiaritätsprotokolls geht zurück auf Art. 9 Spiegelstrich 2 und 3 des 30. Amsterdamer Protokolls, das wiederum das „Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips“ des Europäischen Rates von Edinburgh aufnahm<sup>28</sup> und eine spezielle Regelung zu Art. 296 AEUV darstellt.

Die Praxis der Kommission in Bezug auf die Begründungspflicht aus Art. 253 ex-EGV i.V.m. Nr. 9 des 30. Amsterdamer Protokolls zeigt einen eher nachlässigen Umgang. Die Kommission begnügte sich in der Regel mit vorformulierten Textbausteinen ohne substantielle Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip.<sup>29</sup> Ein derartiger Umgang ist mit der jetzt geltenden Rechtslage, die nach Art. 5 des 2. Protokoll besondere Anforderungen an die Begründung stellt, nicht vereinbar.<sup>30</sup> Dies wird auch durch das besondere Gewicht des Subsidiaritätsprinzips im neuen EUV, der in Spiegelstrich 11 der Präambel das Subsidiaritätsprinzip nennt und in Art. 7 und 9 des Subsidiaritätsprotokolls die Subsidiaritätsrüge und -klage einführt, bestätigt.

In einzigem älteren Urteil, in dem sich der *EuGH* mit den Erfordernissen der Begründung direkt befasst,<sup>31</sup> stellt das Gericht fest, dass die Begründungspflicht erfordere, „dass die Darstellung der Gründe es dem Gerichtshof ermöglicht, seine Kontrollbefugnis wahrzunehmen und die Betroffenen die Bedingungen erfahren, unter denen die Gemeinschaftsorgane den Vertrag angewandt haben.“ Dies erfordere eine Erwähnung der Gründe, aufgrund derer das Handeln im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang stehe, nicht jedoch eine ausdrückliche Erwähnung des Subsidiaritätsgrundsatzes selbst.<sup>32</sup> Dies zeigt, dass der *EuGH* schon vor Geltung des 2. Protokolls eine substantiierte Darlegung der Gründe der Erforderlichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen

<sup>27</sup> *Altmairer*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (320); *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, S. 26

<sup>28</sup> Vgl. Abschnitt III a) des Gesamtkonzepts.

<sup>29</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 (168); *Altmairer*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (305); *von Danwitz*, JZ 2006, 1 (4); *Calliess*, EuGrZ 2003, 181 (182); *ders.*, in: Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11 Rdnr. 54.

<sup>30</sup> A.A. wohl *Götz*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, S. 43 (58).

<sup>31</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.5.1997 – C 233/94 (*Deutschland/Parlament und Rat – Einlagenssicherungssysteme*), Rdnr. 25.

<sup>32</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.5.1997 – C 233/94 (*Deutschland/Parlament und Rat – Einlagenssicherungssysteme*), Rdnr. 29.

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

Regelung erfordert und weniger auf die Form, denn auf den Inhalt der Begründung abstellt.<sup>33</sup>

Zur weiteren Konkretisierung der Aussagen des *EuGH* kann auf Art. 5 S. 2 des Subsidiaritätsprotokolls und die zu Art. 296 AEUV (Art. 253 ex-EGV) entwickelten Grundsätze zurück gegriffen werden. Nach Art. 296 AEUV (Art. 253 ex-EGV) muss grundsätzlich zwischen Einzelfallentscheidungen und normativen Akten unterschieden werden.<sup>34</sup> Bei Einzelfallentscheidungen müssen sich aus der Begründung sämtliche Tatsachen ergeben, die für die Entscheidung bedeutsam sind.<sup>35</sup> Bei normativen Maßnahmen kann sich die Begründung dagegen darauf beschränken, die Gesamtlage anzugeben, die zum Erlass der Maßnahme geführt hat, und die allgemeinen Ziele zu bezeichnen, die erreicht werden sollen.<sup>36</sup> Im Falle einer vorherigen Beteiligung der Betroffenen in Form einer Unterrichtung oder Anhörung ist im Rahmen des Art. 296 AEUV keine eingehende Begründung erforderlich.<sup>37</sup> Nach Art. 2 S. 1 des Subsidiaritätsprotokolls führt die Kommission umfangreiche Anhörungen durch, bevor sie einen Gesetzgebungsakt vorschlägt. Folglich wäre bei Anwendung der Grundsätze zu Art. 296 AEUV niemals eine eingehende Begründung der Erfüllung der Erfordernisse der Subsidiarität erforderlich. Ein solches Ergebnis stünde aber im Widerspruch zu Art. 5 S. 2 des Subsidiaritätsprotokolls, der „einen Vermerk mit detaillierten Angaben“ erfordert „die es ermöglichen, zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden.“ Zweck dieser Begründungspflicht ist die Ermöglichung einer externen Kontrolle – insbesondere durch den *EuGH* – sowie der Selbstkontrolle durch das handelnde Organ.<sup>38</sup> Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist eine eigenständige, über die Erwägungsgründe hinausgehende Darlegung und Begründung der vorgenommenen Subsidiaritätsprüfung erforderlich.<sup>39</sup> Das konkrete Ausmaß der Begründungspflicht kann aber nicht abstrakt im Vorhinein, sondern nur in Bezug auf den jeweiligen Einzelfall bestimmt werden.<sup>40</sup> Deshalb sind Forderungen der Literatur nach

<sup>33</sup> *Schima*, ÖJZ 1997, 761 (768); *Calliess*, EuGrZ 2003, 181 (187).

<sup>34</sup> Geiger, EUV/EGV, Art. 253 EGV Rdnr. 4.

<sup>35</sup> *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf, Bd. III, Art. 253 Rdnr. 28.

<sup>36</sup> *EuGH*, Urt. v. 9.9.2004 – C 304/01 (*Spanien/Kommission*), Rdnr. 51.

<sup>37</sup> *EuGH*, Urt. v. 14.1.1981 – C 819/79 (*Deutschland/Kommission*), Rdnr. 19; Urt. v. 22.6.2004 – C 42/01 (*Portugal/Kommission*), Rdnr. 70.

<sup>38</sup> *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf, Bd. III, Art. 253 Rdnr. 9 ff.

<sup>39</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV Rdnr. 44; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11 Rdnr. 56; *von Danwitz*, JZ 2006, 1 (4).

<sup>40</sup> *EuGH*, Urt. v. 2.4.1998 – C 367/95 (*Kommission/Sytraval und Brink's France*), Rdnr. 63

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

der Nennung des verwendeten Prognoseverfahrens<sup>41</sup> oder Verwendung eines einheitlichen Prüfrasters<sup>42</sup> mit Vorsicht zu begegnen.

25. Das Berücksichtigen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 des 2. Protokolls bedeutet, im Einklang mit allgemeiner Grundsätzen, dass die berücksichtigungspflichtigen Institutionen die materiellen Erwägungen zur Kenntnis nehmen müssen und als Abwägungsmaterial in ihren Entscheidungen einbeziehen müssen. Ob der EuGH die Einhaltung des Verfahrens in Art. 7 als selbständig klagefähig anerkennt, ist offen.
26. Bei der achtwöchigen Frist zur Erhebung des Subsidiaritätsrüge handelt es sich nicht um eine Ausschlussfrist. Die Berücksichtigung einer nachträglich eingegangenen Stellungnahme steht im Ermessen der Kommission.
27. Art. 4 S. 1 des 2. Lissaboner Protokolls legt fest, dass die Kommission „ihre Entwürfe für Gesetzgebungsakte und geänderte Entwürfe den nationalen Parlamenten und dem Unionsgesetzgeber gleichzeitig“ zuleitet.

Fraglich ist, was unter dem Begriff der „geänderten Entwürfe“ zu verstehen ist. Art. 3 des 2. Protokolls definiert unter Anderem „die Vorschläge“ der Kommission als Entwürfe. Unbeachtlich ist dabei, ob das Europäische Parlament oder der Rat Adressat des Vorschlags ist. Ein „geänderter Entwurf“ kann aber nur vorliegen, wenn die Kommission das Gesetzesinitiativrecht hat und ein anderer Verfahrensbeteiligter die Möglichkeit hat, von der Initiative abzuweichen.

Eine solche Abweichung ist im Ordentlichen Gesetzgebungsverfahren i.S.d. Art. 289 Abs. 1 i.V.m. Art. 294 AEUV möglich. Hier unterbreitet die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat gemäß Abs. 2 einen Vorschlag. In erster Lesung legt das Europäische Parlament seinen Standpunkt fest (Abs. 3) den der Rat billigen (Abs. 4) oder nicht billigen (Abs. 5) kann. Billigt der Rat den Standpunkt des Europäischen Parlaments, gilt der Rechtsakt als erlassen. In zweiter Lesung kann das Europäische Parlament nach Abs. 7 den Standpunkt des Rates billigen (a), ablehnen (b) oder mit der Mehrheit seiner Mitglieder ändern (c). Lediglich in den Fällen, in denen eine solche Änderung des Parlaments durch den Rat angenommen wird, kann von einem „geänderten Entwurf“ der Kommission i.S.d. Art. 4 S. 1 des 2. Protokolls gesprochen werden. Dies ist entweder direkt durch den Rat gemäß Art. 294 Abs. 8 a) AEUV oder in dritter Lesung nach Einschaltung des Vermittlungsausschusses gemäß Art. 294 Abs. 13 S. 1 AEUV möglich.

---

<sup>41</sup> *Altmaier*, in: Derra, FS-Meyer, S. 301 (321).

<sup>42</sup> In diese Richtung *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11 Rdnr. 56.

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

Im außerordentlichen Gesetzgebungsverfahren muss zwischen den Beteiligungsmöglichkeiten anderer Organe unterschieden werden.<sup>43</sup>

Eine Änderung setzt zunächst jedenfalls eine inhaltliche Abweichung von dem Kommissionsvorschlag voraus. Hierin liegt der Unterschied zu einer Billigung. Die Abweichung kann sich aber sowohl auf die Erwägungsgründe einschließlich der Rechtsgrundlage, als auch auf den dispositiven Teil der vorgeschlagenen Maßnahme beziehen.<sup>44</sup> Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung zur Ablehnung des Vorschlags durch die anderen beteiligten Organe. Hier könnte ein Vergleich des Inhalts des unveränderten mit dem Inhalt des neuen Vorschlags zur Unterscheidung heran gezogen werden.<sup>45</sup> Angesichts des Zwecks der Zuleitung aus Art. 4 des 2. Protokolls – die Mitgliedstaaten frühzeitig in Kenntnis der bevorstehenden Regelungen zu setzen um ihnen eine Vorbereitung auf das „Frühwarnsystem“ nach Art. 7 des 2. Protokolls zu ermöglichen – muss aber die verfahrensmäßige Behandlung des Entwurfs der Kommission entscheidend sein. Wird der Entwurf von den beteiligten Unionsorganen so behandelt, als läge lediglich eine Änderung und keine vollständige Ablehnung vor, muss die Kommission diese Änderung den Mitgliedstaaten nach Art. 4 S. 1 des 2. Protokolls zuleiten.

28. Der Begriff des „dringenden“ Falles i. S. d. Art. 2 S. 3 umfasst sowohl eine zeitliche, wie auch eine qualitative Komponente.<sup>46</sup> In zeitlicher Hinsicht muss der Sachverhalt eine baldige Regelung erfordern, sodass ein Zuwarten den Zweck der Regelung gefährden würde. Im Hinblick auf das qualitative Element des Begriffs muss es sich um einen Fall handeln, der eine gewisse Bedeutung hat. Erforderlich ist, dass dem zu regelnden Fall kein völlig unbedeutender Sachverhalt zu Grunde liegt. Das Merkmal der „außergewöhnlichen“ Dringlichkeit stellt eine zusätzliche Qualifikation der Ausnahme zur Anhörungspflicht dar. Es muss sich um einen ungewöhnlichen, nicht häufig anzutreffenden Sachverhalt handeln.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Unterscheidung nach Einflussmöglichkeiten der Rechtsetzungsorgane bei *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, vor Art. 288-299 AEUV, Rdnr. 3: Ohne EP-Beteiligung (Art. 31, 301 Abs. 2 AEUV); Unterrichtung des EP (Art. 36 EUV, Art. 122 Abs. 2 AEUV, 219 Abs. 2 AEUV); Anhörung des EP (Art. 140 Abs. 2, 128 Abs. 2, 218 Abs. 6 b) AEUV); Zustimmung des EP (Art. 218 Abs. 6 a), 329 Abs. 1, 352 Abs. 1 AEUV); Besonderes Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 2 i.V.m. Art. 228 Abs. 4, 266 Abs. 3, 308 AEUV); Erlass von delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten (Art. 290, 291 AEUV).

<sup>44</sup> Vgl. Art. 151 GOEP.

<sup>45</sup> Vgl. die h.M. zu Art. 77 Abs. 2 S. 5 GG, wo es um die Vermeidung eines Gesetzesinitiativrechts des Vermittlungsausschusses geht.

<sup>46</sup> Vgl. Wahrig, Kompaktwörterbuch der Deutschen Sprache, S. 242: 1) eilig, drängend, keinen Aufschub duldend, 2) sehr wichtig, nachdrücklich.

<sup>47</sup> Vgl. Wahrig, Kompaktwörterbuch der Deutschen Sprache, S. 128.

Stellungnahme Prof. Dr. Wolfgang Spoerr  
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

In systematischer Hinsicht sind die weiteren Regelungen des – mittlerweile außer Kraft gesetzten – EGV, die sich auf das Erfordernis der „Dringlichkeit“ beziehen, keine Hilfe bei der Auslegung von Art. 2 des 2. Protokolls. In Art. 60 Abs. 2, 134 Abs. 2, 300 Abs. 3 ex-EGV wurde zwar auf dieses Erfordernis abgestellt. Eine weitere Konkretisierung durch Rechtsprechung und Lehre, ist jedoch nicht ersichtlich. M. E. besteht sowohl eine besondere Eilbedürftigkeit, als auch ein gewisses Gewicht des zu regelnden Sachverhalts.

Der Blick auf den Zweck der grundsätzlichen Anhörungspflicht zeigt, dass eine enge Auslegung der Ausnahmeregelung des Art. 2 S. 2 des 2. Protokolls erforderlich ist. Die Anhörung dient primär der Evaluation der Leistungsfähigkeit der einzelnen Staaten zur Ermittlung der Erforderlichkeit eines Handelns auf Gemeinschaftsebene. Außerdem soll die Anhörung eine frühzeitige Beteiligung der Mitgliedstaaten sicherstellen um unnötige Subsidiaritätsrügen und -klagen zu vermeiden. Diese verfahrensmäßige Vorsorge zur Sicherung der Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes durch die Unionsorgane stellt den Kern des Subsidiaritätsprotokolls dar. Die besondere Dringlichkeit setzt voraus, dass die Einhaltung der Verfahrensvorschriften den Zweck der Regelung konterkarieren würde.

Berlin, den 15. Juni 2010

Prof. Dr. Wolfgang Spoerr