

Oliver Suhr, LL.M.

dienstlich:

Saarland, Ministerium für Inneres und Europaangelegenheiten
Abteilung Europa, Interregionale Zusammenarbeit
Franz-Josef-Röder-Straße 21, 66119 Saarbrücken
o.suhr@innen.saarland.de, www.europa.saarland.de
Tel.: 0681-501-1275, Fax: 0681-501-1117

Stellungnahme

**zu den Fragen an die Sachverständigen für das
öffentliche Expertengespräch im Unterausschuss Europarecht
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am 16. Juni 2010, 11.30 Uhr**

„Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“

„Über den Einzelfall hinaus erscheint es mir sinnvoll, den Gerichtshof auf das Interesse hinzuweisen, das meines Erachtens - im Hinblick auf eine korrekte Anwendung des Subsidiaritätsprinzips - immer dann an einer besonders strengen Anwendung der Begründungspflicht gemäß Artikel 190 des Vertrages [Artikel 296 Abs. 2 AEUV] bestehen kann, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber tätig wird, um neue Rechtsnormen zu erlassen.

Das Subsidiaritätsprinzip wird im Vertrag über die Europäische Union in Einklang mit den beim Europäischen Rat von Edinburgh eingenommenen Standpunkten als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts bezeichnet. In der interinstitutionellen Erklärung über Demokratie, Transparenz und Subsidiarität sind die Gemeinschaftsorgane zu dem Ergebnis gekommen, dass jedes von ihnen die Einhaltung dieses Prinzips nachweisen müsse.

Es erscheint daher in Anbetracht der Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gerichtshof nachprüfen muss, unter welchen Voraussetzungen die Gemeinschaftsorgane den Vertrag angewandt haben, nicht übertrieben, von diesen Organen zu erwarten, dass sie ihre Entscheidungen künftig systematisch im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip begründen.“

Schlussanträge Generalanwalt Léger vom 10. Dezember 1996, Rechtssache C-233/94, Rn. 87-89

„Meines Erachtens ist jedoch bei der Beurteilung, ob der Subsidiaritätsgrundsatz gewahrt ist, weder das mit der Verordnung angestrebte Ziel noch die Absicht des Verordnungsgebers maßgebend. Erstens geht es unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips nicht um das verfolgte Ziel, sondern um die Frage, ob zur Verfolgung dieses Ziels ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ist. Bestimmte Gemeinschaftsziele (die an sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft rechtfertigen) können von den Mitgliedstaaten besser verfolgt werden (so dass die Wahrnehmung dieser Zuständigkeit nicht gerechtfertigt ist). Zweitens ist die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers noch kein Beweis für die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Für Letzteres ist vielmehr erforderlich, dass die Auffassung, es bestehe Bedarf für ein Tätigwerden der Gemeinschaft, vernünftig begründet wird. Hierzu reicht es nicht aus, einfach nur auf die möglichen Vorteile eines Gemeinschaftshandelns hinzuweisen. Vielmehr müssen auch die möglichen Probleme oder Kosten ermittelt werden, die entstehen, wenn die Angelegenheit den Mitgliedstaaten überlassen wird. Soweit der Gerichtshof dieses Erfordernis aufstellt, setzt er keineswegs seine eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen des Gemeinschaftsgesetzgebers, sondern zwingt diesen lediglich, Subsidiarität ernst zu nehmen.“

Schlussanträge Generalanwalt Maduro vom 1. Oktober 2009, Rs. C-58/08, Auszug Rn. 30

Folgende Fragen wurden den Sachverständigen am 27. Mai 2010 durch das Sekretariat des Unterausschusses Europarecht übermittelt:

1. Allgemeine Fragen

- a) In welchem Maße kann sich die Subsidiaritätsprüfung auch als politische Prüfung darstellen oder ist sie eine Prüfung rein juristischer Aspekte?
- b) Wie ist das Verhältnis von Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip, können insbesondere Probleme im Bereich der Verhältnismäßigkeit im Rahmen einer Subsidiaritätsrüge oder -klage gerügt werden?
- c) Können Verstöße gegen Art. 5 S. 1 und 2 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (im Folgenden: Protokoll) im Rahmen von Subsidiaritätsrüge oder -klage gerügt werden? Lassen sich Erwägungen durch die Kommission nachträglich nachschieben, die dann im jeweiligen Verfahrensschritt bei der Subsidiaritätsprüfung Berücksichtigung finden müssen?
- d) Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil zum Vertrag von Lissabon vom 30. Juni 2009 herausgestellt, dass den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung obliegt, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung). Welchen Maßstäben muss nach den Vorgaben des BVerfG zur Integrationsverantwortung die Prüfung der Subsidiarität genügen? Hat sich die Bedeutung der Subsidiaritätskontrolle mit diesem Urteil verändert?
- e) In welchem Verhältnis stehen die Kompetenzgrundlage auf der einen Seite und das Erforderlichkeits- und das Effizienzkriterium auf der anderen Seite im Rahmen der Subsidiaritätskontrolle zueinander? Lässt sich ein Tätigwerden der Europäischen Union trotz einer fragwürdigen Kompetenzgrundlage durch das Erforderlichkeits- und das Effizienzkriterium rechtfertigen?
- f) An welcher Stelle der Prüfung der Subsidiarität ist zu sichern, dass in den Mitgliedstaaten ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse bleibt?

2. Untersuchung der Kompetenzgrundlage

- a) Ist bei der Subsidiaritätsprüfung die für den Gesetzgebungsakt gewählte Kompetenzgrundlage zu untersuchen und falls ja, wie weit reicht diese Prüfung?
- b) Könnte bei einer Bejahung insbesondere die Offensichtlichkeit einer Kompetenzüberschreitung eine Rolle spielen?
- c) Ist es hier denkbar, bei der inhaltlichen Prüfung zwischen Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage zu differenzieren?
- d) Sprechen auch Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie dafür, die Frage der Kompetenz bereits im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung zu untersuchen, insbesondere um zu verhindern, dass in Fällen offensichtlicher fehlender Kompetenz stets der Klageweg zum EuGH beschritten werden muss?
- e) Welche Aussagen macht dazu das BVerfG in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon und wie sind diese zu bewerten?
- f) Welche besonderen Maßstäbe für die Auslegung der Kompetenzgrundlage sind für die „wesentlichen Bereiche demokratischer Gestaltung“ der BRD zu berücksichtigen? Ergeben sich hierfür aus der vom BVerfG geforderten engen Auslegung erhöhte Darlegungsanforderungen für die Kompetenzgrundlage?

3. Zum Subsidiaritätsprinzip im Sinne von Art. 5 Abs. 3 EUV

Zum Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll

a) Inwieweit können bei den inhaltlichen Prüfungspunkten die Leitlinien gemäß Ziffer 5 des Amsterdamer Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden?

Zum Erforderlichkeitskriterium

b) Wie ist das Erforderlichkeitskriterium, wonach die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, im Einzelnen zu verstehen? Wie wird insbesondere die Leistungsfähigkeit ausgelegt?

c) Welche Rolle spielt der grenzüberschreitende Charakter des zu regelnden Sachverhalts?

d) Welche Rolle spielen vom betreffenden Mitgliedsstaat beeinflussbare Faktoren (wie beispielsweise regionale oder lokale Besonderheiten)?

e) Wie detailliert muss die Darlegung der Erforderlichkeit sein und in welchem Umfang sind insbesondere rechtstatsächliche Angaben geboten?

f) Ist eine Prüfung der Erforderlichkeit ohne Informationen über die Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten möglich?

Zum Effizienzkriterium

g) Wie ist die Frage, ob die Ziele angestrebter Maßnahmen auf Unionsebene tatsächlich besser verwirklicht werden können als auf Ebene der Mitgliedstaaten, im Hinblick auf einen Mehrwert zu verstehen?

h) Vor dem Hintergrund des prognostischen Charakters einer solchen Einschätzung – gibt es dabei eine Art Einschätzungsprärogative der europäischen Institutionen, der sich im Gesetzgebungsakt manifestiert?

i) Wie lassen sich bezogen auf die Ausgangsfrage g) bi- und multilaterale Kooperationen als Vergleichsmaßstab heranziehen?

j) Bezogen auf die Ausgangsfrage g) – inwieweit geben wirtschaftswissenschaftliche Erwägungen Anhaltspunkte für messbare Effekte eines Gesetzgebungsaktes?

4. Rechtsfolgen einer Subsidiaritätsrüge

a) Wie ist das „berücksichtigen“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 S. 1 des Protokolls zu verstehen? Wie genau müssen die genannten Institutionen mit den Subsidiaritätsrügen verfahren? Ist die Einhaltung des in Art. 7 des Protokolls geregelten Verfahrens (Berücksichtigung der begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente, Abs. 1; Überprüfung des jeweiligen Entwurfs, Abs. 2 und Abs. 3) gerichtlich überprüfbar? Welche Klageart käme hierfür ggf. in Betracht?

b) Handelt es sich bei der achtwöchigen Frist zur Erhebung der Subsidiaritätsrüge um eine Ausschlussfrist, nach deren Ablauf die Kommission die Rüge nicht mehr annehmen darf, oder steht dies im Ermessen der Kommission?

5. Sonstiges

a) Was ist unter „geänderten Entwürfen“ gem. Art. 4 S. 1 des Protokolls zu verstehen?

b) Gibt es konkrete Kriterien, wann ein außergewöhnlich dringender Fall i. S. d. Art. 2 S. 3 des Protokolls anzunehmen ist?

Zu diesen Fragen nehme ich wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkung des Sachverständigen:

1. Um welche Regelungen geht es im Wesentlichen?

Das in Art. 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV geregelte Subsidiaritätsprinzip ist seit dem am 1. November 1993 in Kraft getretenen **Vertrag von Maastricht** Bestandteil der europäischen Verträge:

Artikel 3 b Abs. 2 EGV

In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Der am 1. Mai 1999 in Kraft getretene **Vertrag von Amsterdam** hat seine Handhabung durch das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit und eine zu diesem Protokoll angenommene Erklärung präzisiert.

Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Fassung Amsterdam)

DIE HOHEN VERTRAGSPARTEIEN -

ENTSCHLOSSEN, die Bedingungen für die Anwendung der in Artikel 3 b des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verankerten Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit festzulegen, um die Kriterien für ihre Anwendung zu präzisieren, und die strikte Beachtung und kohärente Anwendung dieser Grundsätze durch alle Organe zu gewährleisten,

IN DEM WUNSCH sicherzustellen, dass Entscheidungen in der Union so bürgernah wie möglich getroffen werden,

IN ANBETRACHT der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 25. Oktober 1993 zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips,

HABEN BEKRÄFTIGT, dass die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Birmingham vom 16. Oktober 1992 und das vom Europäischen Rat auf seiner Tagung am 11.-12. Dezember 1992 in Edinburgh vereinbarte Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips weiterhin die Richtschnur für das Handeln der Gemeinschaftsorgane sowie für die Weiterentwicklung der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bilden werden -

SIND zu diesem Zweck über folgende Bestimmungen ÜBEREINGEKOMMEN, die dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigelegt sind:

1. *Jedes Organ gewährleistet bei der Ausübung seiner Befugnisse die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Jedes Organ gewährleistet ferner die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, demzufolge die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen.*

2. *Die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit werden unter Beachtung der allgemeinen Bestimmungen und der Ziele des Vertrags angewandt, insbesondere unter voller Wahrung des gemeinschaftlichen Besitzstands und des institutionellen Gleichgewichts; dabei werden die vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze für das Verhältnis zwischen einzelstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht nicht berührt, und Artikel F Absatz 4 des Vertrags über die Europäische Union, wonach sich die Union mit den Mitteln ausstattet, "die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind", sollte Rechnung getragen werden.*

3. *Das Subsidiaritätsprinzip stellt nicht die Befugnisse in Frage, über die die Europäische Gemeinschaft aufgrund des Vertrags entsprechend der Auslegung des Gerichtshofs verfügt. Die in Artikel 3 b Absatz 2 des Vertrags genannten Kriterien gelten für Bereiche, für die die Gemeinschaft nicht die ausschließliche Zuständigkeit besitzt. Das Subsidiaritätsprinzip ist eine Richtschnur dafür, wie diese Befugnisse auf Gemeinschaftsebene auszuüben sind. Die Subsidiarität ist ein dynamisches Konzept und sollte unter Berücksichtigung der im Vertrag festgelegten Ziele angewendet werden. Nach dem Subsidiaritätsprinzip kann die Tätigkeit der Gemeinschaft im Rahmen ihrer Befugnisse*

sowohl erweitert werden, wenn die Umstände dies erfordern, als auch eingeschränkt oder eingestellt werden, wenn sie nicht mehr gerechtfertigt ist.

4. Jeder Vorschlag für gemeinschaftliche Rechtsvorschriften wird begründet, um zu rechtfertigen, dass dabei die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden; die Feststellung, dass ein Gemeinschaftsziel besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann, muss auf qualitativen oder - soweit möglich - auf quantitativen Kriterien beruhen.

5. Maßnahmen der Gemeinschaft sind nur gerechtfertigt, wenn beide Bedingungen des Subsidiaritätsprinzips erfüllt sind: Die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen können nicht ausreichend durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Verfassungsordnung erreicht werden und können daher besser durch Maßnahmen der Gemeinschaft erreicht werden.

Folgende Leitlinien¹ sollten bei der Prüfung der Frage, ob die genannte Voraussetzung erfüllt ist, befolgt werden:

- Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können,

- alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrags (beispielsweise Erfordernis der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierte Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen,

- Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.

6. Für Maßnahmen der Gemeinschaft ist eine möglichst einfache Form zu wählen, wobei darauf geachtet werden muss, dass das Ziel der Maßnahme in zufriedenstellender Weise erreicht wird und die Maßnahme tatsächlich zur Anwendung gelangt. Die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft sollte über das erforderliche Maß nicht hinausgehen. Dementsprechend wäre unter sonst gleichen Gegebenheiten eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen. Richtlinien nach Maßgabe des Artikels 189 des Vertrags, die für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, überlassen den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

7. Was Art und Umfang des Handelns der Gemeinschaft betrifft, so sollte bei Maßnahmen der Gemeinschaft so viel Raum für nationale Entscheidungen bleiben, wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist. Unter Einhaltung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sollten bewährte nationale Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten geachtet werden. Den Mitgliedstaaten sollten in den Gemeinschaftsmaßnahmen Alternativen zur Erreichung der Ziele der Maßnahmen angeboten werden, sofern dies für eine ordnungsgemäße Durchführung der Maßnahmen angemessen und erforderlich ist.

8. Führt die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips dazu, dass ein Tätigwerden der Gemeinschaft unterbleibt, so müssen die Mitgliedstaaten bei ihren Tätigkeiten den allgemeinen Vorschriften des Artikels 5 des Vertrags genügen, indem sie alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Vertrag treffen und alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten, unterlassen.

9. Unbeschadet ihres Initiativrechts sollte die Kommission

- vor der Unterbreitung von Vorschlägen für Rechtsvorschriften außer im Falle besonderer Dringlichkeit oder Vertraulichkeit umfassende Anhörungen durchführen und in jedem geeigneten Fall Konsultationsunterlagen veröffentlichen;

- die Sachdienlichkeit ihrer Vorschläge unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips begründen; hierzu sind erforderlichenfalls in der Begründung des Vorschlags ausführliche Angaben zu machen. Wird eine Gemeinschaftsmaßnahme ganz oder teilweise aus dem Gemeinschaftshaushalt finanziert, so ist eine Erläuterung erforderlich;

- gebührend berücksichtigen, dass die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Gemeinschaft, der Regierungen der Mitgliedstaaten, der örtlichen Behörden, der Wirtschaft und der Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen müssen;

- dem Europäischen Rat, dem Europäischen Parlament und dem Rat jährlich einen Bericht über die Anwendung des Artikels 3 b des Vertrags vorlegen. Dieser Jahresbericht ist auch dem Ausschuss der Regionen und dem Wirtschafts- und Sozialausschuss zuzuleiten.

10. Der Europäische Rat berücksichtigt den Bericht der Kommission nach Nummer 9 vierter Gedankenstrich im Rahmen des Berichts über die Fortschritte der Union, den er gemäß Artikel D des Vertrags über die Europäische Union dem Europäischen Parlament vorzulegen hat.

11. Das Europäische Parlament und der Rat prüfen unter strikter Einhaltung der geltenden Verfahren als Teil der umfassenden Prüfung der Kommissionsvorschläge, ob diese mit Artikel 3 b des Vertrags

¹ Unterstreichungen hier und bei den folgenden Zitaten jeweils durch den Sachverständigen.

im Einklang stehen. Dies gilt sowohl für den ursprünglichen Vorschlag der Kommission als auch für vom Europäischen Parlament und vom Rat in Betracht gezogene Änderungen an dem Vorschlag.

12. Das Europäische Parlament wird im Rahmen der Anwendung der Verfahren nach den Artikeln 189 b und 189 c des Vertrags durch die Angabe der Gründe, die den Rat zur Festlegung seines gemeinsamen Standpunkts veranlasst haben, über die Auffassung des Rates hinsichtlich der Anwendung des Artikels 3 b des Vertrags unterrichtet. Der Rat teilt dem Europäischen Parlament mit, weshalb seiner Auffassung nach ein Kommissionsvorschlag ganz oder teilweise im Widerspruch zu Artikel 3 b des Vertrags steht.

13. Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips wird gemäß den Bestimmungen des Vertrags geprüft.

Von der Konferenz angenommene Erklärungen - Erklärung zum Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit

Die Hohen Vertragsparteien bekräftigen zum einen die der Schlussakte zum Vertrag über die Europäische Union beigefügte Erklärung zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts und zum anderen die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Essen, wonach die administrative Durchführung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften bleibt. Die Aufsichts-, Kontroll- und Durchführungsbefugnisse der Gemeinschaftsorgane nach den Artikeln 145 und 155 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft bleiben hiervon unberührt.

Der am 1. Dezember 2009 in Kraft getretene **Vertrag von Lissabon** übernimmt das Subsidiaritätsprinzip mit im Wesentlichen unveränderten Wortlaut. Die geschützten Verbandsebenen werden in zentral, regional oder lokal ausdifferenziert. Die nationalen Parlamente werden mit der Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips beauftragt. Hierzu wird in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit das Subsidiaritätsfrühwarnsystem mit Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage eingeführt. Auch dem Ausschuss der Regionen wird mehr Verantwortung für das Subsidiaritätsprinzip übertragen.

In der Amsterdamer Fassung des Protokolls enthaltene Konkretisierungen des Subsidiaritätsprinzips werden nicht übernommen:²

Artikel 5 Abs. 1 und 3 EUV

(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

...

(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, 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 auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.

Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

² Kritisch zu dieser „Entmaterialisierung der Subsidiaritätsprüfung“ Calliess, in: ders./Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-11, Rn. 23, 27 ff.

Artikel 12 lit. b) EUV

Die nationalen Parlamente tragen aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei, indem sie

a) ...

b) dafür sorgen, dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäß den in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren beachtet wird;

PROTOKOLL ÜBER DIE ANWENDUNG DER GRUNDSÄTZE DER SUBSIDIARITÄT UND DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT (Fassung Lissabon)

DIE HOHEN VERTRAGSPARTEIEN –

IN DEM WUNSCH sicherzustellen, dass die Entscheidungen in der Union so bürgernah wie möglich getroffen werden,

ENTSCHLOSSEN, die Bedingungen für die Anwendung der in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union verankerten Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit festzulegen und ein System zur Kontrolle der Anwendung dieser Grundsätze zu schaffen –

SIND über folgende Bestimmungen ÜBEREINGEKOMMEN, die dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigefügt sind:

Artikel 1

Jedes Organ trägt stets für die Einhaltung der in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegten Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit Sorge.

Artikel 2

Die Kommission führt umfangreiche Anhörungen durch, bevor sie einen Gesetzgebungsakt vorschlägt. Dabei ist gegebenenfalls der regionalen und lokalen Bedeutung der in Betracht gezogenen Maßnahmen Rechnung zu tragen. In außergewöhnlich dringenden Fällen führt die Kommission keine Konsultationen durch. Sie begründet dies in ihrem Vorschlag.

Artikel 3

Im Sinne dieses Protokolls bezeichnet „Entwurf eines Gesetzgebungsakts“ die Vorschläge der Kommission, die Initiativen einer Gruppe von Mitgliedstaaten, die Initiativen des Europäischen Parlaments, die Anträge des Gerichtshofs, die Empfehlungen der Europäischen Zentralbank und die Anträge der Europäischen Investitionsbank, die den Erlass eines Gesetzgebungsakts zum Ziel haben.

Artikel 4

Die Kommission leitet ihre Entwürfe für Gesetzgebungsakte und ihre geänderten Entwürfe den nationalen Parlamenten und dem Unionsgesetzgeber gleichzeitig zu.

Das Europäische Parlament leitet seine Entwürfe von Gesetzgebungsakten sowie seine geänderten Entwürfe den nationalen Parlamenten zu.

Der Rat leitet die von einer Gruppe von Mitgliedstaaten, vom Gerichtshof, von der Europäischen Zentralbank oder von der Europäischen Investitionsbank vorgelegten Entwürfe von Gesetzgebungsakten sowie die geänderten Entwürfe den nationalen Parlamenten zu.

Sobald das Europäische Parlament seine legislativen Entschlüsse angenommen und der Rat seine Standpunkte festgelegt hat, leiten sie diese den nationalen Parlamenten zu.

Artikel 5

Die Entwürfe von Gesetzgebungsakten werden im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begründet. Jeder Entwurf eines Gesetzgebungsakts sollte einen Vermerk mit detaillierten Angaben enthalten, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden. Dieser Vermerk sollte Angaben zu den voraussichtlichen finanziellen Auswirkungen sowie im Fall einer Richtlinie zu den Auswirkungen auf die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Rechtsvorschriften, einschließlich gegebenenfalls der regionalen Rechtsvorschriften, enthalten. Die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, beruht auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien. Die Entwürfe von Gesetzgebungsakten berücksichtigen dabei, dass die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der nationalen Regierungen, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen müssen.

Artikel 6

Die nationalen Parlamente oder die Kammern eines dieser Parlamente können binnen acht Wochen nach dem Zeitpunkt der Übermittlung eines Entwurfs eines Gesetzgebungsakts in den Amtssprachen der Union in einer begründeten Stellungnahme an die Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission darlegen, weshalb der Entwurf ihres Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Dabei obliegt es dem jeweiligen nationalen Parlament oder der jeweiligen Kammer eines nationalen Parlaments, gegebenenfalls die regionalen Parlamente mit Gesetzgebungsbefugnissen zu konsultieren.

Wird der Entwurf eines Gesetzgebungsakts von einer Gruppe von Mitgliedstaaten vorgelegt, so übermittelt der Präsident des Rates die Stellungnahme den Regierungen dieser Mitgliedstaaten. Wird der Entwurf eines Gesetzgebungsakts vom Gerichtshof, von der Europäischen Zentralbank oder von der

Europäischen Investitionsbank vorgelegt, so übermittelt der Präsident des Rates die Stellungnahme dem betreffenden Organ oder der betreffenden Einrichtung.

Artikel 7

(1) Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission sowie gegebenenfalls die Gruppe von Mitgliedstaaten, der Gerichtshof, die Europäische Zentralbank oder die Europäische Investitionsbank, sofern der Entwurf eines Gesetzgebungsakts von ihnen vorgelegt wurde, berücksichtigen die begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente oder einer der Kammern eines dieser Parlamente. Jedes nationale Parlament hat zwei Stimmen, die entsprechend dem einzelstaatlichen parlamentarischen System verteilt werden. In einem Zweikammersystem hat jede der beiden Kammern eine Stimme.

(2) Erreicht die Anzahl begründeter Stellungnahmen, wonach der Entwurf eines Gesetzgebungsakts nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten nach Absatz 1 Unterabsatz 2 zugewiesenen Stimmen, so muss der Entwurf überprüft werden. Die Schwelle beträgt ein Viertel der Stimmen, wenn es sich um den Entwurf eines Gesetzgebungsakts auf der Grundlage des Artikels 76 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts handelt. Nach Abschluss der Überprüfung kann die Kommission oder gegebenenfalls die Gruppe von Mitgliedstaaten, das Europäische Parlament, der Gerichtshof, die Europäische Zentralbank oder die Europäische Investitionsbank, sofern der Entwurf eines Gesetzgebungsakts von ihr beziehungsweise ihm vorgelegt wurde, beschließen, an dem Entwurf festzuhalten, ihn zu ändern oder ihn zurückzuziehen. Dieser Beschluss muss begründet werden.

(3) Außerdem gilt im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens Folgendes: Erreicht die Anzahl begründeter Stellungnahmen, wonach der Vorschlag für einen Gesetzgebungsakt nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, mindestens die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten nach Absatz 1 Unterabsatz 2 zugewiesenen Stimmen, so muss der Vorschlag überprüft werden. Nach Abschluss dieser Überprüfung kann die Kommission beschließen, an dem Vorschlag festzuhalten, ihn zu ändern oder ihn zurückzuziehen.

Beschließt die Kommission, an dem Vorschlag festzuhalten, so hat sie in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb der Vorschlag ihres Erachtens mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht. Die begründete Stellungnahme der Kommission wird zusammen mit den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente dem Unionsgesetzgeber vorgelegt, damit dieser sie im Rahmen des Verfahrens berücksichtigt:

a) Vor Abschluss der ersten Lesung prüft der Gesetzgeber (das Europäische Parlament und der Rat), ob der Gesetzgebungsvorschlag mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht; hierbei berücksichtigt er insbesondere die angeführten Begründungen, die von einer Mehrheit der nationalen Parlamente unterstützt werden, sowie die begründete Stellungnahme der Kommission.

b) Ist der Gesetzgeber mit der Mehrheit von 55 % der Mitglieder des Rates oder einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Europäischen Parlament der Ansicht, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, wird der Gesetzgebungsvorschlag nicht weiter geprüft.

Artikel 8

Der Gerichtshof der Europäischen Union ist für Klagen wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip zuständig, die nach Maßgabe des Artikels 263 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union 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.

Nach Maßgabe des genannten Artikels können entsprechende Klagen in Bezug auf Gesetzgebungsakte, für deren Erlass die Anhörung des Ausschusses der Regionen nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vorgeschrieben ist, auch vom Ausschuss der Regionen erhoben werden.

Artikel 9

Die Kommission legt dem Europäischen Rat, dem Europäischen Parlament, dem Rat und den nationalen Parlamenten jährlich einen Bericht über die Anwendung des Artikels 5 des Vertrags über die Europäische Union vor. Dieser Jahresbericht wird auch dem Wirtschafts- und Sozialausschuss und dem Ausschuss der Regionen zugeleitet.

2. Wie waren die wesentlichen bisherigen Erfahrungen mit dem Subsidiaritätsprinzip?

Das Subsidiaritätsprinzip ist, wie sich aus der bisherigen Platzierung in Artikel 5 EGV und der jetzigen in Artikel 5 EUV ergibt (in Übereinstimmung mit Artikel 23 Abs. 1 Satz 1 GG) ein elementares Strukturprinzip des Europarechts. Dennoch hat sich

noch kein einheitliches Verständnis des Subsidiaritätsprinzips herausgebildet. Einerseits wird sein Charakter als politisches Prinzip betont, das der juristischen Nachprüfung nur bedingt zugänglich sei.³ Dem Gesetzgeber sei deshalb eine weitgehende Einschätzungsprärogative zuzuerkennen. Andererseits bestehen – gerade in Deutschland – hohe Erwartungen an die Operationalisierung und Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips.

Wenn man sich die Begründung von EU-Gesetzgebungsinitiativen ansieht, dann sieht man diese hohen abstrakten Anforderungen nicht erfüllt.⁴ Die Gesetzgebungspraxis scheint das Subsidiaritätsprinzip immer noch stärker im erstgenannten Sinne als politischen Grundsatz wahrzunehmen. Diese Einschätzung hört man auch oft im Gespräch mit Vertretern und Mitarbeitern der Institutionen in Brüssel, Straßburg und Luxemburg.

Der EuGH, der mit seiner Rechtsprechung dafür gesorgt hat, dass die Mehrzahl der Strukturprinzipien des Europarechts einheitlich verstanden und umgesetzt werden, und dem diese Aufgabe nach Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 EUV zuvorderst zukommt, hat dieses für das Subsidiaritätsprinzip noch nicht leisten können.

Der EuGH überprüft die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips,⁵ was die grundsätzliche Frage seiner Justiziabilität positiv beantwortet, aber noch nicht die entscheidende Frage der Kontrolldichte vor dem EuGH⁶ bzw. der Reichweite der Einschätzungsprärogative des EU-Gesetzgebers. Gerade in den vergangenen Tagen stand in der Rechtssache *Vodafone u.a.* das Subsidiaritätsprinzip im Fokus. Dieses Urteil der Großen Kammer vom 8. Juni 2010, bei dem Richter *von Danwitz*

³ Besonders deutlich in Rn. 30 der im Folgenden abgedruckten Schlussanträge von Generalanwalt Maduro vom 1.10.2009 in der Rs. C-58/08 (*Vodafone u.a.*): „Der Rat macht geltend, dass es sich bei dem Subsidiaritätsprinzip im Wesentlichen um einen subjektiven und politischen Grundsatz handele.“

⁴ Vgl. *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S. 132 ff.

⁵ Siehe die nachfolgend abgedruckten Auszüge aus der Rechtsprechung des EuGH. In diesem Sinne auch *Skouris*, Die Rolle des Subsidiaritätsprinzips in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Impulsreferat im Rahmen der Konferenz „Europa fängt zu Hause an“. Europäische Subsidiaritätskonferenz 2006, 18./19. April 2006, St. Pölten, http://www.uealc.at/includes/Veranstaltungsorte/Subsidiarit__tSkouris.pdf.

⁶ Vgl. *Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff., 3; *Folz*, Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, S. 65 ff., 72.

Berichterstatter war, wird man unter den bisher wichtigsten zum Subsidiaritätsprinzip einordnen müssen. Das Gesetzgebungsverfahren war noch vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages durchgeführt worden:

Beispiel EuGH, Urt. vom 8. Juni 2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Rn. 72-79:

Zum Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip

72 Insofern ist darauf hinzuweisen, dass das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 2 EG niedergelegt ist und in dem dem Vertrag beigefügten Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit konkretisiert wird; danach wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Das betreffende Protokoll stellt außerdem in seiner Nr. 5 Leitlinien für die Prüfung der Frage auf, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

73 Zu Gesetzgebungsakten bestimmen die Nrn. 6 und 7 des Protokolls, dass die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft nicht über das erforderliche Maß hinausgehen und bei Maßnahmen der Gemeinschaft so viel Raum für nationale Entscheidungen bleiben sollte, wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist.

74 Ferner heißt es in Nr. 3 des Protokolls, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht die Befugnisse in Frage stellt, über die die Gemeinschaft aufgrund des Vertrags entsprechend der Auslegung des Gerichtshofs verfügt.

75 Zu Art. 95 EG hat der Gerichtshof entschieden, dass das Subsidiaritätsprinzip Anwendung findet, wenn sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf diese Rechtsgrundlage stützt, da sie ihm keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht (Urteil *British American Tobacco [Investments] und Imperial Tobacco*, Randnr. 179).

76 Insofern ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber in dem Bestreben, wirksamen Wettbewerb zwischen den Mobilfunkbetreibern aufrechtzuerhalten, mit dem Erlass der Verordnung Nr. 717/2007 einen gemeinsamen Ansatz eingeführt hat, um insbesondere das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu fördern und es dadurch den Betreibern zu ermöglichen, in einem einheitlichen und kohärenten Rechtsrahmen tätig zu werden.

77 Wie sich aus dem 14. Erwägungsgrund der Verordnung ergibt, bestehen erhebliche Wechselwirkungen zwischen den Endkunden- und den Großkundenentgelten für Roamingdienste, so dass jede Maßnahme, die nur auf die Senkung der Endkundenentgelte zielt, ohne gleichzeitig die mit der Erbringung gemeinschaftsweiter Roamingdienste verbundenen Großkundenentgelte zu regeln, das ordnungsgemäße Funktionieren des Markts für gemeinschaftsweites Roaming empfindlich hätte stören können. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat daraus gefolgert, dass sein Handeln einen gemeinsamen Ansatz auf der Ebene sowohl der Großkunden- als auch der Endkundenentgelte verlangte, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für solche Dienste zu fördern.

78 Infolge dieser Wechselwirkungen durfte der Gemeinschaftsgesetzgeber berechtigterweise annehmen, dass sein Handeln auch einen Eingriff auf der Ebene der Endkundenentgelte umfassen müsste. Aufgrund der Wirkungen des mit der Verordnung Nr. 717/2007 eingeführten gemeinsamen Ansatzes konnte das mit ihr verfolgte Ziel demnach besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden.

79 Art. 4 und Art. 6 Abs. 3 der Verordnung Nr. 717/2007 sind daher nicht wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip ungültig.

Beispiel EuGH, Schlussanträge Generalanwalt Maduro vom 1. Oktober 2009, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Rn. 27-44:⁷

B – Subsidiarität

27 Die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers, gemeinschaftsweite Höchstentgelte auf Großkunden- und auf Endkundenebene festzusetzen, wirft in der Tat gewichtige Fragen im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz auf. Bezüglich der Großkundenentgelte leuchtet ohne Weiteres ein, warum auf Gemeinschaftsebene gehandelt werden musste. Großkundenentgelte werden von Anbietern erhoben, die nicht im Mitgliedstaat des Kunden ansässig sind. Dementsprechend ist die nationale Regulierungsstelle des Mitgliedstaats des Kunden nicht in der Lage, gegen Anbieter in dem vom Kunden besuchten Staat vorzugehen, die dem Heimatnetz des Kunden überhöhte Entgelte in Rechnung stellen. Darüber hinaus besteht für nationale Regulierungsstellen kein Anreiz zur Kontrolle der Großkundenentgelte, die ausländischen Anbietern und den Kunden dieser Anbieter in Rechnung gestellt werden.

⁷

Die im Original vorhandenen Fußnoten sind hier nicht abgedruckt, siehe näher <http://www.curia.eu>, Rs. C-58/08.

28 Die Regulierung der Endkundenentgelte ist in gewisser Weise problematischer. Nach Festsetzung der für Großkunden geltenden Höchstentgelte und nach Aufgabe der Bestimmung, dass regulative Eingriffe nur bei Bestehen beträchtlicher Marktmacht zulässig sind, hätte die Gemeinschaft die nationalen Regulierungsbehörden zur Festsetzung der Endkundenhöchstentgelte ermächtigen können, soweit diese der Ansicht sind, dass die von den Anbietern in ihrem Staat verlangten Endkundenentgelte überhöht sind. Stattdessen entschied man sich dafür, mit der Roamingverordnung einen gemeinschaftsweiten Höchstsatz für das Endkundenentgelt festzusetzen. Eine solche Entscheidung, einen Gegenstand nicht auf nationaler, sondern auf Gemeinschaftsebene zu regeln, bedarf angesichts des Bekenntnisses der Gemeinschaftsrechtsordnung zum Subsidiaritätsprinzip der Rechtfertigung. Nach dem in Art. 5 EG verankerten Subsidiaritätsprinzip darf die Gemeinschaft nur dann tätig werden, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Mit anderen Worten, es muss dargetan werden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber besser zur Regelung der Endkundensätze der Roamingentgelte in der Lage war als der nationale Gesetzgeber. Während bei den Großkundenentgelten auf der Hand lag, dass kollektiver Handlungsbedarf bestand, der ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene erforderlich machte, ist dies auf der Ebene der Endkundenentgelte nicht so offensichtlich (nach Festsetzung der Großkundenentgelte auf Gemeinschaftsebene könnten die Mitgliedstaaten grundsätzlich ungehindert und wirksam ihre Endkundenentgelte festsetzen). Hindert die Mitgliedstaaten vielleicht etwas anderes daran, das Problem überhöhter Roamingentgelte auf Endkundenebene zu lösen?

29 In der Roamingverordnung wird als Rechtfertigung vor allem angeführt, dass ihre Ziele, angemessenen Verbraucherschutz zu gewährleisten und sicherzustellen, dass den Kunden keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden, „auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ... in sicherer und harmonisierter Weise rechtzeitig verwirklicht werden können und daher besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen sind“.

30 Der Rat macht geltend, dass es sich bei dem Subsidiaritätsprinzip im Wesentlichen um einen subjektiven und politischen Grundsatz handle. Hiervon ausgehend verweist er auf die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers und auf das verfolgte Ziel, nämlich – wie es in den Erwägungsgründen der Verordnung heißt – dass „ein gemeinsamer Ansatz angewandt werden [sollte], um sicherzustellen, dass den Nutzern terrestrischer öffentlicher Mobilfunknetze, die auf Reisen innerhalb der Gemeinschaft das gemeinschaftsweite Roaming für Telefondienste in Anspruch nehmen, für abgehende oder ankommende Anrufe keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden, um auf diese Weise sowohl ein hohes Niveau beim Verbraucherschutz als auch einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Mobilfunkbetreibern sicherzustellen, und zwar unter Beibehaltung von Innovationsanreizen und der Wahlmöglichkeiten für die Verbraucher“. Meines Erachtens ist jedoch bei der Beurteilung, ob der Subsidiaritätsgrundsatz gewahrt ist, weder das mit der Verordnung angestrebte Ziel noch die Absicht des Ordnungsgebers maßgebend. Erstens geht es unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips nicht um das verfolgte Ziel, sondern um die Frage, ob zur Verfolgung dieses Ziels ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ist. Bestimmte Gemeinschaftsziele (die an sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft rechtfertigen) können von den Mitgliedstaaten besser verfolgt werden (so dass die Wahrnehmung dieser Zuständigkeit nicht gerechtfertigt ist). Zweitens ist die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers noch kein Beweis für die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Für Letzteres ist vielmehr erforderlich, dass die Auffassung, es bestehe Bedarf für ein Tätigwerden der Gemeinschaft, vernünftig begründet wird. Hierzu reicht es nicht aus, einfach nur auf die möglichen Vorteile eines Gemeinschaftshandelns hinzuweisen. Vielmehr müssen auch die möglichen Probleme oder Kosten ermittelt werden, die entstehen, wenn die Angelegenheit den Mitgliedstaaten überlassen wird. Soweit der Gerichtshof dieses Erfordernis aufstellt, setzt er keineswegs seine eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen des Gemeinschaftsgesetzgebers, sondern zwingt diesen lediglich, Subsidiarität ernst zu nehmen.

31 Auch wenn, wie ausgeführt, ein deutlicher Bedarf für eine Kollektivmaßnahme ein Tätigwerden der Gemeinschaft auf Ebene der Großkundenentgelte gerechtfertigt hat, ist kein unmittelbar zwingendes Argument für eine Harmonisierung der Endkundenentgelte erkennbar. Im Gegenteil, die nationalen Regulierungsstellen scheinen – wie die Klägerinnen vortragen – eher in der Lage zu sein, über die Notwendigkeit von Preiskontrollen (und gegebenenfalls über die Höhe der Preise) auf den verschiedenen nationalen Märkten zu entscheiden. Die Kommission vertritt in ihren schriftlichen Erklärungen hingegen die Auffassung, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen gekommen wäre, wenn man diese Angelegenheit den Mitgliedstaaten überlassen hätte, da die verschiedenen Mobilkommunikationsbetreiber in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Preisobergrenzen unterlegen hätten. Diese Argumentation kann keinen Bestand haben. Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen in nahezu jedem Bereich. Solche Preisunterschiede mögen Wirtschaftsteilnehmern in einigen Mitgliedstaaten Wettbewerbsvorteile verschaffen oder auch nicht. Ebenso wie in zahlreichen anderen Bereichen haben sie unter Umständen einfach nur zur Folge, dass die Preise in den Mitgliedstaaten voneinander abweichen. Insoweit scheint kein klarer Unterschied zu dem Markt für Inlandsanrufe zu bestehen, auf dem die Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise ebenfalls unterschiedliche Preisobergrenzen zu beachten haben. Außerdem können nicht alle Wettbewerbsvorteile unbedingt als Wettbewerbsverzerrung bezeichnet werden. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, müsste der Gemeinschaftsgesetzgeber entsprechende Argumente vorbringen, was er aber nicht getan hat.

32 Auf der anderen Seite kommt dem Argument, dass zur Erreichung der mit der Roamingverordnung angestrebten Ziele die rechtzeitige Festlegung von Höchstentgelten erforderlich gewesen sei, angesichts der Tatsache, dass die Verordnung drei Jahre nach ihrem Erlass außer Kraft treten sollte, einiges Gewicht zu. Es läuft auf das Argument wirksamer Rechtssetzung hinaus. Da es um die Notwendigkeit von Gemeinschaftsmaßnahmen auf Ebene der Großkundenentgelte geht, ließe sich anführen, dass es sowohl zweckmäßiger als auch angemessener sei, gleichzeitig auch die Endkundenentgelte zu regulieren. Großkundenentgelte könnten mit Blick auf die vorgesehenen Endkundenentgelte festgelegt werden und umgekehrt, so dass die Ergebnisse der Gemeinschaftsmaßnahmen für die Kunden unmittelbar spürbar seien.

33 Das entscheidende Argument basiert jedoch auf dem grenzüberschreitenden Charakter der zu regelnden wirtschaftlichen Tätigkeit. Selbst wenn das Problem, das mit der Kollektivmaßnahme auf der Ebene der Endkundenentgelte gelöst werden sollte, vielleicht nicht schwerwiegend genug war, kann man doch zu Recht davon ausgehen, dass die Gemeinschaft die Frage der Endkundenentgelte für das Roaming besser zu lösen vermag als die Mitgliedstaaten. Aufgrund des länderübergreifenden Charakters der in Rede stehenden wirtschaftlichen Tätigkeit (Roaming) mag die Gemeinschaft eher bereit sein, sich mit dem Problem zu befassen, und eher in der Lage sein, die sich für den Binnenmarkt ergebenden Kosten und Vorteile der vorgesehenen Maßnahme abzuwägen.

34 Eben der grenzüberschreitende Charakter der wirtschaftlichen Tätigkeit selbst lässt den Gemeinschaftsgesetzgeber zur Regulierung auf der Ebene der Endkundenentgelte potenziell geeigneter erscheinen als die nationalen Behörden. Da es um die Korrektur einer gemeinschaftlichen Rechtslage ging, durfte der Gemeinschaftsgesetzgeber vernünftigerweise davon ausgehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden diesem Anliegen möglicherweise nicht die Priorität einräumen würden, die er für geboten hielt. In der Tat setzen, wie verschiedentlich in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung von mehreren Verfahrensbeteiligten ausgeführt worden ist, die Mobilkommunikationsbetreiber die Höhe der Roamingentgelte häufig im Rahmen eines Leistungspakets fest, das auch andere Dienste, wie Inlandskommunikationsleistungen, umfasst. Außerdem macht das Roaming nur einen kleinen Teil dieser Dienste aus, und die Nachfrage nach Roamingleistungen ist geringer als die Nachfrage nach Inlandskommunikationsleistungen. Wenn nationale Regulierungsstellen diesen Markt regeln, steht zu erwarten, dass sie sich dabei auf die Preise und andere Aspekte inländischer Kommunikationsleistungen und nicht auf die Roamingentgelte konzentrieren. Aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters des Roaming ist es die Gemeinschaft, die ein besonderes Interesse an dem Schutz und der Förderung dieser wirtschaftlichen Tätigkeit hat. Das ist genau die Art von Situation, in der der demokratische Prozess der Mitgliedstaaten dazu führen kann, dass grenzüberschreitende Tätigkeiten nicht geschützt werden. Insofern ist verständlich, warum der Gemeinschaftsgesetzgeber tätig geworden ist.

35 Der Gemeinschaftsgesetzgeber macht im Wesentlichen geltend, dass die Frage der Endkundenentgelte nicht an die nationale Ebene abgegeben werden konnte, da die 27 verschiedenen nationalen Regulierungsstellen zu lange gebraucht hätten, um wirksame Kontrollen für die Endkundenentgelte einzuführen. Auch ließe sich – obwohl dies in den Erwägungsgründen nicht ausgesprochen wird – die Meinung vertreten, dass es zu einer unendlichen Verzögerung auf Seiten der nationalen Regulierungsstellen gekommen wäre. Die nationalen Regulierungsstellen hätten den Roamingentgelten möglicherweise nicht die gleiche Bedeutung beigemessen wie den innerstaatlichen Kommunikationspreisen. Da die Roamingverordnung bezweckt, grenzüberschreitende Tätigkeiten zu erleichtern und einen Beitrag zum Funktionieren des Binnenmarkts zu leisten, indem sie gewährleistet, dass die Ausübung der sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte auf freien Verkehr angemessen ermöglicht und geschützt wird, war ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene erforderlich, um sicherzustellen, dass diesen Rechten die gebotene Priorität eingeräumt wird.

36 Schließlich erlaubt – wie der Rat ausführt – die Festlegung einer Preisobergrenze die Berücksichtigung nationaler Unterschiede bei der Gestaltung der Preise unterhalb dieser Grenze. Die Gemeinschaftsregelung lässt daher den Mitgliedstaaten immer noch einen gewissen Handlungsspielraum. Nach alledem kann die Gemeinschaftsregelung nicht als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip betrachtet werden.

Beispiel EuGH, Urt. vom 12. Juli 2005, Verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Rn. 99-108:

Zu Buchstabe c der Frage

99 Mit Buchstabe c seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 3, 4 Absatz 1 und 15 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2002/46 wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips ungültig sind.

100 In beiden vorliegenden Rechtssachen machen die Klägerinnen der Ausgangsverfahren geltend, dass die betreffenden Bestimmungen in ungerechtfertigter Weise in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in einem in gesundheitlicher, sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht sensiblen Bereich eingriffen. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache C-154/04 fügen hinzu, dass die Mitgliedstaaten in einer besseren Position seien, um auf ihrem jeweiligen Markt die Anforderungen des Gesundheitsschutzes festzulegen, die eine Beschränkung der freien Vermarktung von Nahrungsergänzungsmitteln in ihrem Hoheitsgebiet rechtfertigen könnten.

101 Insofern ist darauf hinzuweisen, dass das Subsidiaritätsprinzip in Artikel 5 Absatz 2 EG aufgestellt wird, wonach die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen,

nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig wird, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

102 Das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, das dem Vertrag beigelegt ist, stellt in Nummer 3 klar, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht die Befugnisse in Frage stellt, über die die Gemeinschaft aufgrund des Vertrages entsprechend der Auslegung des Gerichtshofes verfügt.

103 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, findet der Subsidiaritätsgrundsatz Anwendung, wenn sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf Artikel 95 EG stützt, da ihm diese Vorschrift keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht, sondern nur die Zuständigkeit für die Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren dieses Marktes durch Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen (Urteil *British American Tobacco [Investments] und Imperial Tobacco*, Randnr. 179).

104 Was die Frage angeht, ob die Artikel 3, 4 Absatz 1 und 15 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2002/46 dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen, ist zu prüfen, ob das mit diesen Bestimmungen verfolgte Ziel besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden konnte.

105 Das sich aus diesen Bestimmungen ergebende Verbot der Vermarktung von Nahrungsergänzungsmitteln, die nicht der Richtlinie 2002/46 entsprechen, zusammen mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie, den Verkehr mit ihr entsprechenden Nahrungsergänzungsmitteln zuzulassen (vgl. entsprechend Urteil *British American Tobacco [Investments] und Imperial Tobacco*, Randnr. 126), soll Hindernisse aufgrund der Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen über Vitamine und Mineralstoffe, die bei der Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln zugelassen oder verboten sind, beseitigen und gleichzeitig gemäß Artikel 95 Absatz 3 EG ein hohes Schutzniveau im Bereich der menschlichen Gesundheit gewährleisten.

106 Blicke es den Mitgliedstaaten überlassen, den Handel mit Nahrungsergänzungsmitteln zu regeln, die nicht der Richtlinie 2002/46 entsprechen, so würden die ungleichartige Entwicklung der nationalen Regelungen und damit die Hemmnisse für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und die Wettbewerbsverfälschungen in Bezug auf diese Erzeugnisse fortbestehen.

107 Folglich kann das Ziel, zu dem die Artikel 3, 4 Absatz 1 und 15 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2002/46 beitragen, durch eine Handlung allein auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht zufrieden stellend erreicht werden; es setzte eine Handlung auf Gemeinschaftsebene voraus. Dieses Ziel konnte demnach besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden.

108 Die Artikel 3, 4 Absatz 1 und 15 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2002/46 sind daher nicht wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips ungültig.

Beispiel EuGH, Urt. vom 10. Dezember 2002, Rs. C-491/01, Rn. 177-185:

177 Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in Artikel 5 Absatz 2 EG niedergelegt. Nach dieser Vorschrift wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

178 Nach Nummer 3 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit im Anhang zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft stellt das Subsidiaritätsprinzip nicht die Befugnis in Frage, über die die Europäische Gemeinschaft aufgrund des Vertrages entsprechend der Auslegung des Gerichtshofes verfügt.

179 Der Subsidiaritätsgrundsatz findet Anwendung, wenn sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf Artikel 95 EG stützt, da diese Vorschrift ihm keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht, sondern nur die Zuständigkeit für die Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren dieses Marktes durch Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen (in diesem Sinn Urteil über die Tabakwerbung, Randnrn. 83 und 95).

180 Um entscheiden zu können, ob die Richtlinie im Einklang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz erlassen worden ist, ist zunächst zu prüfen, ob das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Gemeinschaftsebene besser erreicht werden konnte.

181 Wie der Gerichtshof in Randnummer 124 dieses Urteils festgestellt hat, bezweckt die Richtlinie die Beseitigung der Hemmnisse, die sich aus den Unterschieden ergeben, die noch zwischen den Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen fortbestehen, wobei sie gemäß Artikel 95 Absatz 3 EG gleichzeitig ein hohes Schutzniveau im Bereich der Gesundheit sicherstellen soll.

182 Ein solches Ziel 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 (vgl. Randnr. 61 dieses Urteils).

183 Daraus folgt, dass im Fall der Richtlinie das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahme auf der Ebene der Gemeinschaft besser erreicht werden konnte.

184 Sodann ist festzustellen, dass bei der Regelungsdichte der von der Kommission im vorliegenden Fall getroffenen Maßnahme ebenfalls die Erfordernisse des Subsidiaritätsgrundsatzes eingehalten worden sind, da die Maßnahme, wie sich aus den Randnummern 122 bis 141 dieses Urteils ergibt, nur soweit reicht, wie zur Verwirklichung des von ihr angestrebten Zieles erforderlich ist.

185 Aus den vorstehenden Erwägungen zu Frage 1 Buchstabe e folgt, dass die Richtlinie nicht wegen Verstoßes gegen den Subsidiaritätsgrundsatz ungültig ist.

Beispiel EuGH, Urt. vom 9. Oktober 2001, Rs. C-377/98, Rn. 30-34:

Zum zweiten Klagegrund

30 Der Kläger macht geltend, dass die Richtlinie gegen das in Artikel 3b EG-Vertrag (jetzt Artikel 5 EG) verankerte Subsidiaritätsprinzip verstoße, hilfsweise, dass ihre Begründung nicht hinreichend erkennen lasse, dass dieses Erfordernis berücksichtigt worden sei.

31 Nach Artikel 3a Absatz 2 EG-Vertrag wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

32 Das Ziel der Richtlinie, durch Vermeidung und Ausräumung der Unterschiede in den Rechtsvorschriften und Praktiken der Mitgliedstaaten im Bereich des Schutzes biotechnologischer Erfindungen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten, hätte durch Maßnahmen auf der Ebene allein der Mitgliedstaaten nicht erreicht werden können. Da das Ausmaß dieses Schutzes unmittelbare Auswirkungen auf den Handel und folglich auch auf den innergemeinschaftlichen Handel hat, liegt es im Übrigen auf der Hand, dass das fragliche Ziel aufgrund des Umfangs und der Wirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahmen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden konnte.

33 Zudem gehen die fünfte, die sechste und die siebte Begründungserwägung stillschweigend, aber offenkundig auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips ein, wenn es dort heißt, dass die Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften und Praktiken das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts behindere, falls die Gemeinschaft nicht eingreife. Die Richtlinie ist damit in diesem Punkt hinreichend begründet.

34 Der zweite Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

Beispiel EuGH, Urt. vom 13. Mai 1997, Rs. C-233/94, Rn. 22-29:

Zum Klagegrund des Verstoßes gegen die Begründungspflicht

22 Die Bundesregierung trägt vor, die Richtlinie müsse wegen Verstoßes gegen die in Artikel 190 des Vertrages vorgesehene Begründungspflicht für nichtig erklärt werden. Sie enthalte nämlich keine Ausführungen zu ihrer Vereinbarkeit mit dem in Artikel 3b Absatz 2 des Vertrages verankerten Subsidiaritätsprinzip. Da dieses Prinzip die Kompetenzen der Gemeinschaft beschränke und da der Gerichtshof zu prüfen habe, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht die Grenzen seiner Kompetenzen überschritten habe, müsse es der Kontrolle durch den Gerichtshof unterliegen. Überdies verlange die in Artikel 190 verankerte Begründungspflicht, auf die wichtigsten tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen Bezug zu nehmen, die einem Rechtsakt zugrunde lägen; zu ihnen gehöre auch die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips.

23 Zum konkreten Inhalt der Begründungspflicht hinsichtlich des Subsidiaritätsprinzips führt die deutsche Regierung aus, die Gemeinschaftsorgane müssten detailliert darlegen, aus welchen Gründen nur die Gemeinschaft in dem fraglichen Bereich tätig werden könne, nicht die Mitgliedstaaten. Im vorliegenden Fall sei der Richtlinie weder zu entnehmen, weshalb ihre Ziele durch Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden könnten, noch enthalte sie die Gründe, die für ein Handeln der Gemeinschaft sprächen.

24 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die klagende Regierung im Rahmen dieses Klagegrundes keinen Verstoß der Richtlinie gegen das Subsidiaritätsprinzip geltend macht, sondern dem Gemeinschaftsgesetzgeber nur vorwirft, keine Gründe zur Rechtfertigung seines Handelns im Hinblick auf dieses Prinzip angegeben zu haben.

25 Die in Artikel 190 des Vertrages verankerte Begründungspflicht verlangt, dass alle dort genannten Rechtsakte eine Darstellung der Gründe enthalten, die das Organ zu ihrem Erlass veranlasst haben, so dass der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann und sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Betroffenen die Bedingungen erfahren, unter denen die Gemeinschaftsorgane den Vertrag angewandt haben (vgl. u. a. Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-41/93, Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-1829, Randnr. 34).

26 Im vorliegenden Fall haben das Parlament und der Rat in der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie der Ansicht Ausdruck gegeben, dass es zweckmäßig sei, sich "mit der Situation zu befassen, die im Falle des Nichtverfügbarwerdens der Einlagen in einem Kreditinstitut mit Zweigstellen in

anderen Mitgliedstaaten entstehen kann", und dass ein "Mindestmaß an Harmonisierung der Einlagensicherung ... gewährleistet sein [muss] ohne Rücksicht darauf, wo in der Gemeinschaft die Einlagen lokalisiert sind". Diese Erwägungen zeigen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der Auffassung war, dass das mit seinem Tätigwerden verfolgte Ziel wegen der Dimensionen der vorgesehenen Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene verwirklicht werden konnte. Der gleiche Gedankengang findet sich auch in der dritten Begründungserwägung, nach der die Entscheidung über das zuständige Sicherungssystem im Fall der Zahlungsunfähigkeit einer Zweigstelle in einem anderen als dem Mitgliedstaat, in dem das Kreditinstitut seinen Sitz hat, Auswirkungen hat, die über die Grenzen einzelner Mitgliedstaaten hinaus spürbar sind.

27 Außerdem haben das Parlament und der Rat in der fünften Begründungserwägung ausgeführt, dass das mit der Empfehlung der Kommission angestrebte Ziel durch die von den Mitgliedstaaten daraufhin ergriffenen Maßnahmen nicht vollständig erreicht worden sei. Damit hat der Gemeinschaftsgesetzgeber festgestellt, dass das Ziel seines Tätigwerdens von den Mitgliedstaaten nicht in ausreichendem Maß verwirklicht werden konnte.

28 Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass das Parlament und der Rat jedenfalls die Gründe für ihre Ansicht erläutert haben, dass ihr Handeln mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang stehe, so dass sie der in Artikel 190 des Vertrages verankerten Begründungspflicht genügt haben. Eine ausdrückliche Erwähnung dieses Prinzips ist insoweit nicht zu verlangen.

29 Aus diesen Gründen geht der Klagegrund des Verstoßes gegen die Begründungspflicht in tatsächlicher Hinsicht fehl und ist daher zurückzuweisen.

Schaut man auf die Vorgeschichte und die Neuerungen des Vertrags von Lissabon, dann wird sehr deutlich, dass die Zuständigkeitsfragen einen Schwerpunkt der am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertragsrevision bilden. Die Frage nach der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips wird in der Erklärung von Laeken ausdrücklich gestellt und im Vertrag von Lissabon durch das Subsidiaritätsfrühwarnsystem beantwortet. Deshalb besteht für alle betroffenen Institutionen und Verfahren die Notwendigkeit einer Überprüfung und gegebenenfalls einer Modifizierung der bisherigen Praxis. Das gilt nicht nur für den Deutschen Bundestag, den Bundesrat und alle weiteren nationalen Parlamente, sondern für alle an der EU-Gesetzgebung beteiligten Institutionen wie auch für den Gerichtshof der Europäischen Union:

ERKLÄRUNG VON LAEKEN ZUR ZUKUNFT DER EUROPÄISCHEN UNION (2001, Auszüge)

...

Viele finden auch, dass die Union stärker auf ihre konkreten Sorgen eingehen müsste und sich nicht bis in alle Einzelheiten in Dinge einmischen sollte, die eigentlich besser den gewählten Vertretern der Mitgliedstaaten und der Regionen überlassen werden sollten. Manche erleben dies sogar als Bedrohung ihrer Identität. Was aber vielleicht noch wichtiger ist: Die Bürger finden, dass alles viel zu sehr über ihren Kopf hinweg geregelt wird, und wünschen eine bessere demokratische Kontrolle.

...

Gleichzeitig denkt derselbe Bürger, dass die Union in einer Vielzahl anderer Bereiche zu weit geht und zu bürokratisch handelt. Bei der Koordinierung der wirtschaftlichen, finanziellen und steuerlichen Rahmenbedingungen muss das gute Funktionieren des Binnenmarktes und der einheitlichen Währung der Eckpfeiler bleiben, ohne dass die Eigenheit der Mitgliedstaaten dadurch Schaden nimmt. Nationale und regionale Unterschiede sind häufig das Ergebnis von Geschichte und Tradition. Sie können eine Bereicherung sein. Mit anderen Worten, was der Bürger unter "verantwortungsvollem Regierungshandeln" versteht, ist das Schaffen neuer Möglichkeiten, nicht aber neuer Zwänge. Er erwartet mehr Ergebnisse, bessere Antworten auf konkrete Fragen, nicht aber einen europäischen Superstaat oder europäische Organe, die sich mit allem und jedem befassen.

...

Eine bessere Aufteilung und Festlegung der Zuständigkeiten in der Europäischen Union

Der Bürger setzt oft Erwartungen in die Europäische Union, die von dieser nicht immer erfüllt werden; umgekehrt hat er aber mitunter den Eindruck, dass die Union zu viele Tätigkeiten in Bereichen entfaltet, in denen ihr Tätigwerden nicht immer unentbehrlich ist. Daher muss die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten verdeutlicht, vereinfacht und im Lichte der neuen Herausforderungen, denen sich die Union gegenüber sieht, angepasst werden. Dies kann sowohl dazu führen, dass bestimmte Aufgaben wieder an die Mitgliedstaaten zurückgegeben werden, als auch dazu, dass der Union neue Aufgaben zugewiesen oder die bisherigen Zuständigkeiten erweitert werden, wobei stets die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre gegenseitige Solidarität berücksichtigt werden müssen.

Ein erstes Bündel von Fragen, die gestellt werden müssen, bezieht sich darauf, wie wir die Aufteilung der Zuständigkeiten transparenter gestalten können. Können wir zu diesem Zweck eine deutlichere Unterscheidung zwischen drei Arten von Zuständigkeiten vornehmen, nämlich den ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und den von der Union und den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten? Auf welcher Ebene werden die Zuständigkeiten am effizientesten wahrgenommen? Wie soll dabei das Subsidiaritätsprinzip angewandt werden? Und sollte nicht deutlicher formuliert werden, dass jede Zuständigkeit, die der Union nicht durch die Verträge übertragen worden ist, in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten gehört? Welche Auswirkungen würde dies haben?

3. Welche Konsequenzen sollten daraus für die zukünftige Handhabung des Subsidiaritätsprinzips gezogen werden?

a) Die stärkere Operationalisierung des Subsidiaritätsprinzips muss auf europäischer Ebene erfolgen

Selbstverständlich ist das Subsidiaritätsprinzip ein europäisches Thema und wird auch interparlamentarisch auf dieser Ebene bearbeitet. Stichworte sind etwa COSAC⁸ oder IPEX⁹.

Gleichwohl fällt auf, dass der Fragenkatalog sich stärker in Richtung Berlin und Karlsruhe zu orientieren scheint als in Richtung Brüssel, Straßburg und Luxemburg. Das ist unter dem Gesichtspunkt „first things first“ sowie wegen des gebotenen Respekts gegenüber dem Bundesverfassungsgericht und aus Gründen der Haftungsvermeidung nachvollziehbar; um so mehr, wenn man sieht, was dem Deutschen Bundestag in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum Ersten Europäischen Haftbefehlgesetz und zum Lissabon-Vertrag widerfahren ist und welche Kontrollansprüche das Bundesverfassungsgericht in letzterem angemeldet hat.

Dennoch sollten wir uns bewusst machen, dass es in der Maastricht-Entscheidung und der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts um das Inkrafttreten der gleichnamigen Verträge ging. Es ist nicht Aufgabe der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration, über den konkreten

⁸ <http://www.cosac.eu>.

⁹ <http://www.ipex.eu>.

Verfahrensgegenstand hinaus europäische Zukunftsfragen letztverbindlich zu beantworten bzw. ihre Beantwortung durch die Ausdeutung von obiter dicta zu lenken.

Wir sollten mit anderen Worten nicht den Fehler begehen, Kompetenzabgrenzung und Subsidiarität in einer Art verfassungsrechtlicher Selbstvergewisserung überwiegend entlang nationaler Parameter und im nationalen Kontext zu diskutieren. Das bliebe dann eine deutsche innenpolitische Diskussion ohne nachhaltigen Niederschlag in Brüssel, Straßburg und Luxemburg.¹⁰

Konkret bedeutet das, die juristischen Dienste von Kommission, Rat und Europäischem Parlament, die Mitglieder des Gerichtshofs der Europäischen Union und schließlich die Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten in Formate wie die für den 16. Juni 2010 angesetzte Anhörung einzubeziehen. Vielleicht sogar im Rahmen einer auswärtigen Sitzung des Unterausschusses Europarecht in Luxemburg oder Brüssel?

Für besonders wichtig halte ich in diesem Zusammenhang den Dialog des Deutschen Bundestags mit den Richtern und Generalanwälten in Luxemburg, um die wechselseitigen Perspektiven besser zu verstehen. Mir ist bekannt, dass dieser grundsätzlich bereits gepflegt wird. Das Primärrecht der Europäischen Union (Verträge, Protokolle) setzt den Rahmen. Die Rechtsprechung des EuGH füllt ihn aus: Im Ergebnis wird über die Kontrolldichte im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip in Luxemburg entschieden.¹¹

Auch im Zusammenhang mit der Prüfung des Subsidiaritätsprinzips hört man in Deutschland oft die Klage, dass die entsprechenden Passagen der EuGH-Urteile viel zu knapp und unzureichend begründet seien.¹² So sehr diese Kritik aus deutscher

¹⁰ Vgl. Montag, Ausblick auf die rechtspolitischen Vorhaben der kommenden Legislaturperiode, ZRP 2010, S. 71 ff., 72; von Danwitz, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuR 2008, S. 769 ff., 779 f.

¹¹ Vgl. Suhr, Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, ZEuS 2008, S. 45 ff., 69 f. Siehe zu der Empfehlung an den Deutschen Bundestag, eine größere Kontrolldichte im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip politisch einzufordern, bereits Suhr, in: Deutscher Bundestag, Protokoll der 55. Sitzung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union vom 5. März 2008, Expertengespräch zur Vorbereitung der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon zu dem Themenbereich Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, S. 52.

¹² Siehe die Nachweise bei Calliess (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 66.

Perspektive berechtigt erscheinen mag: Die Form der Urteile des EuGH steht in einer anderen Tradition. Diese Tradition wird auch die Sorge um das Subsidiaritätsprinzip nicht grundlegend ändern. Wesentlich ausführlichere Prüfungen der Kompetenzfragen und des Subsidiaritätsprinzips wird man, wenn überhaupt, in den unverbindlichen, aber gleichwohl wesentlichen Schlussanträgen der Generalanwälte erreichen können.

Die Erwartungen des Deutschen Bundestages speziell an die Begründung von Rechtsakten im Hinblick auf die jeweils in Anspruch genommene Ermächtigungsgrundlage, das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip sollten ein Schwerpunkt des künftigen Dialogs mit Generalanwälten und Richtern am EuGH sein. In diesem Zusammenhang wäre auch an eine klarstellende Ergänzung der Satzung des EuGH zu denken: Nach Artikel 20 Abs. 5 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann in Rechtssachen, die keine neuen Rechtsfragen aufwerfen, nach Anhörung des Generalanwalts ohne Schlussanträge des Generalanwalts über die Sache entschieden werden. Hier hielte ich eine Gegenausnahme für möglich, um die Bedeutung der Kontrolldichte betreffend die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu unterstreichen:

Artikel 20 Abs. 5 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union

Ist der Gerichtshof der Auffassung, dass eine Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwirft, so kann er nach Anhörung des Generalanwalts beschließen, dass ohne Schlussanträge des Generalanwalts über die Sache entschieden wird. **[Folgenden Satz neu hinzufügen:]** Werden in einer Rechtssache die unzureichende Begründung eines Rechtsakts oder eine sonstige Verletzung von Artikel 5 EUV substantiiert gerügt, darf nicht ohne Schlussanträge entschieden werden.

Die Satzung des Gerichtshofs gehört als Protokoll zum Primärrecht, kann aber insoweit gemäß Art. 281 AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geändert werden.¹³

b) Die nationalen Parlamente können ihrer neuen Aufgabe der Subsidiaritätskontrolle nur nachkommen, wenn die in Anspruch genommene Kompetenzgrundlage exakt bezeichnet und sämtliche Begründungspflichten

¹³ Unabhängig davon, ob dieser Gedanke weiter verfolgt wird, sollte die Bedeutung der gerichtlichen Kontrolldichte im Hinblick auf Kompetenzfragen bei den ersten Subsidiaritätsklagen auch dadurch unterstrichen werden, dass ein Antrag gemäß Artikel 44 § 3 Abs. 2 VerfO EuGH auf Verweisung an die Große Kammer gestellt wird. Wenn der verfahrensbeteiligte Mitgliedstaat, in unserem Fall Deutschland, einen entsprechenden Antrag stellt, besteht Anspruch auf diese Verweisung, vgl. *Wägenbaur*, EuGH VerfO, 2008, Artikel 44 VerfO EuGH, Rn. 6.

erfüllt wurden. Die Darlegungslast ist Teil des Initiativrechts. Fehlt es an einer Kompetenzgrundlage, die den Gesetzgebungsakt vollumfänglich trägt oder an einer vollständigen Begründung, dann kann aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips kein grünes Licht gegeben werden.

Artikel 5 Abs. 3 Unterabs. 2 Satz 2 und Artikel 12 lit. b) EUV beauftragen die nationalen Parlamente mit der Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips gemäß den in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren. Meines Erachtens ist der Schlüssel zum Verständnis dieser Aufgabe des Deutschen Bundestages dieser **Kontrollauftrag**.¹⁴ Dabei handelt es sich um eine objektive Kontrollaufgabe, die unabhängig von einer möglichen Verletzung von Befugnissen des Bundestages ist.

Damit der Bundestag seinen Kontrollauftrag wahrnehmen kann, ist er auf die Zulieferung von Informationen angewiesen. Die Einzelheiten ergeben sich aus Artikel 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität:

Artikel 5

Die Entwürfe von Gesetzgebungsakten werden im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begründet. Jeder Entwurf eines Gesetzgebungsakts sollte einen Vermerk mit detaillierten Angaben enthalten, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden. Dieser Vermerk sollte Angaben zu den voraussichtlichen finanziellen Auswirkungen sowie im Fall einer Richtlinie zu den Auswirkungen auf die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Rechtsvorschriften, einschließlich gegebenenfalls der regionalen Rechtsvorschriften, enthalten. Die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, beruht auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien. Die Entwürfe von Gesetzgebungsakten berücksichtigen dabei, dass die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der nationalen Regierungen, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen müssen.

Diese besonderen Begründungspflichten wirken zusammen mit der allgemeinen Loyalitätspflicht nach Artikel 4 Abs. 3 EUV (bzw. interinstitutionell nach Artikel 13 Abs. 2 Satz 2 EUV): Der jeweilige Inhaber des Initiativrechts – überwiegend die Europäische Kommission – ist verpflichtet, alle für die Subsidiaritätskontrolle notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen.

Ist der Entwurf eines Gesetzgebungsakts auf eine Einzelermächtigung gestützt, die ihn nach Auffassung des Bundestages vollumfänglich abdeckt und sind alle Begründungspflichten erfüllt, dann kann der Bundestag eine reguläre

¹⁴ Vgl. Suhr, Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, in: Fastenrath/Nowak (Fn. 6), Der Lissabonner Reformvertrag, S. 299 ff., 304 ff.

Subsidiaritätsprüfung vornehmen. Kommt der Bundestag zu der Einschätzung, dass der Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist, kann er eine begründete Stellungnahme nach Art. 5 f. des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität abgeben, eine Subsidiaritätsrüge.

Keine vollständige Begründung

Ist der Entwurf eines Gesetzgebungsakts nach Auffassung des Bundestages unter Verstoß gegen Artikel 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität nicht vollständig begründet, dann kann der Bundestag seine Kontrollaufgabe nicht vollständig wahrnehmen. Angesichts der klar verteilten Darlegungslast¹⁵ ist der Bundestag in diesem Fall m.E. nicht etwa verpflichtet, sich die fehlenden Begründungsbestandteile selbst zusammen zu reimen. Sondern der Bundestag kann das Fehlen einer vollständigen Begründung rügen.

Die Subsidiaritätskontrolle wäre nicht effektiv, wenn das primärrechtswidrige Weglassen von Begründungsteilen nicht sanktioniert würde, sondern stattdessen die Aufgaben anderer Verfahrensbeteiligter beeinträchtigte. Insbesondere darf die Subsidiaritätskontrolle nicht verkürzt werden.

Keine ausreichende Begründung bedeutet, dass keine ordnungsgemäße Subsidiaritätsprüfung durchgeführt werden kann. Dieses wiederum bedeutet, dass kein grünes Licht gegeben werden kann. Dieses wiederum bedeutet, dass eine begründete Stellungnahme im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität auch allein darauf gestützt werden kann, dass die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nicht ausreichend begründet wurde.

Angegebene Ermächtigungsgrundlage trägt den Gesetzgebungsakt nicht oder nicht vollständig

Trägt die in der Begründung angegebene Ermächtigungsgrundlage den Gesetzgebungsakt nach Überzeugung des Bundestages nicht oder nicht vollständig, dann besteht für diesen ein Problem.

¹⁵ *Mellein* (Fn. 4, S. 178) spricht in diesem Zusammenhang von „Beweislastumkehr“: Der Initiator eines Gesetzgebungsakts muss das Vorliegen der Voraussetzungen von Artikel 5 EUV (Einzelermächtigung, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit) im Einzelnen darlegen. Nur wenn das jeweils vollständig geschehen ist, wandert die Darlegungslast auf die andere Seite.

Es ist ihm nicht zuzumuten, seiner Prüfung die als falsch oder unzureichend erkannte Kompetenzgrundlage zugrunde zu legen. Denn das wäre sinnlos. Außerdem würde es den Bundestag zu dem Mitwirken an einem rechtswidrigen Gesetzgebungsakt zwingen.

Was andere in Frage kommende Kompetenzgrundlagen betrifft, ist es meiner Überzeugung nach nicht Aufgabe des Bundestages, selbst alternative Ermächtigungsgrundlagen zu suchen und sich die Voraussetzungen seiner Kontrollaufgaben selbst zu schaffen (Gibt es überhaupt eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage? Handelt es sich ggf. um eine nicht ausschließliche Zuständigkeit i.S.v. Artikel 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV? Wie lautet ggf. die vollständige Begründung des Entwurfs des Gesetzgebungsakts unter Berücksichtigung der Voraussetzungen und Zielsetzungen dieser neuen Ermächtigungsgrundlage?). Sondern diese Aufgabe fällt an denjenigen zurück, der den Entwurf vorgelegt hat.

Trägt die in der Begründung angegebene Ermächtigungsgrundlage den Gesetzgebungsakt nach Auffassung des Bundestages nicht oder nicht vollständig, dann ist keine ordnungsgemäße Subsidiaritätsprüfung möglich und es kann aus der Warte des Subsidiaritätsprinzips kein grünes Licht gegeben werden. Auch in diesem Fall also kann der Bundestag eine begründete Stellungnahme im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität abgeben.

Nur dieses Verständnis zur Frage einer unzureichenden Ermächtigungsgrundlage oder einer unzureichenden Begründung macht das Subsidiaritätsfrühwarnsystem effektiv und ermöglicht es dem Initiator eines Gesetzgebungsaktes, diesen im frühestmöglichen Verfahrensstadium auf die von den nationalen Parlamenten erkannten Mängel zu überprüfen. Mögliche Fehler im Gesetzgebungsverfahren werden zum frühestmöglichen Zeitpunkt behoben. Dadurch, dass diese Fehler nicht weiter im Verfahren mitgeschleppt werden, kommt es zu einer Entlastung der im weiteren Gesetzgebungsverfahren beteiligten Institutionen. Insbesondere kommt es auch zu einer Entlastung des EuGH von anderenfalls drohenden Nichtigkeitsklagen.

II. Fragen des Unterausschusses Europarecht:

1. Allgemeine Fragen

a) In welchem Maße kann sich die Subsidiaritätsprüfung auch als politische Prüfung darstellen oder ist sie eine Prüfung rein juristischer Aspekte?

aa) Die Prüfung, ob das Subsidiaritätsprinzip im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 (Subsidiaritätsrüge) bzw. Artikel 8 (Subsidiaritätsklage) des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit verletzt wird, ist eine juristische Frage, eine Frage der Rechtmäßigkeit. Wo die Kontrolldichte der juristischen Nachprüfung endet, weil Einschätzungen über die Wirkungen von Maßnahmen nicht voll juristisch nachprüfbar sind, beginnen die Fragen der Zweckmäßigkeit, wenn Sie so wollen, Fragen der politischen Einschätzung.

bb) Im weiteren Sinne ist darauf hinzuweisen, dass die im Gesetzgebungsverfahren beteiligten Institutionen von ihrer generellen Aufgabenstellung und ihrer Zusammensetzung her politisch geprägt sind, während der Gerichtshof der Europäischen Union in diesem Sinne juristisch geprägt ist.

cc) Der Initiator eines Gesetzgebungsaktes, in den meisten Fällen die Europäische Kommission, muss den Entwurf eines Gesetzgebungsakts umfassend begründen und im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip eine Selbstkontrolle vornehmen. Dieser Vorgang ist zunächst juristisch geprägt. Es spielen aber auch politische Aspekte hinein, insbesondere wenn es um die Fragen geht, die von der Kontrolldichte im Hinblick auf die juristischen Mindestanforderungen nicht mehr erfasst werden. Diese Zweckmäßigkeitserwägungen sind politisch durch die EU-Gesetzgebungsorgane zu beantworten, im Regelfall Kommission, Rat und Parlament.

Die nationalen Parlamente nehmen, soweit es um Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage geht, zunächst eine juristische Prüfung, eine Rechtmäßigkeitsprüfung vor. Die Zweckmäßigkeitserwägungen des Initiators des Gesetzgebungsakts sind von ihnen *in diesem Verfahren* nicht nachzuprüfen (; wohl aber im Rahmen der allgemeinen Mitwirkung in EU-Angelegenheiten nach Artikel 23 Abs. 2 GG).

Kommt der Bundestag zu der Einschätzung, dass der Entwurf für einen Gesetzgebungsakt das Subsidiaritätsprinzip *verletzt*, dann *kann* eine Subsidiaritätsrüge oder im weiteren Verlauf eine Subsidiaritätsklage erhoben werden. Die Entscheidung, ob es hierzu dann tatsächlich kommt, hat die Aufgabe nach Artikel 5 Abs. 3 Unterabs. 2 Satz 2 und Artikel 12 lit. b) EUV als Wächter über das Subsidiaritätsprinzip zu berücksichtigen. Es bleibt aber eine Entscheidung mit politischen Mehrheiten.

Es liegt in der Natur des parlamentarischen Regierungssystems, dass Oppositionsfraktionen sich mit entsprechenden Anträgen grundsätzlich leichter tun werden als Regierungsfractionen. Realistischerweise dürfte zu erwarten sein, dass die Bundesregierung insbesondere gegenüber den Regierungsfractionen darauf hinweisen und hinwirken wird, wenn aus ihrer Sicht das Zustandekommen eines Gesetzgebungsakts im deutschen Interesse liegt.

Nur die Erhebung einer Subsidiaritätsklage (nicht auch die einer Subsidiaritätsrüge¹⁶) ist nach Artikel 23 Abs. 1a Satz 2 GG als Minderheitenrecht ausgestaltet worden, ist also der Kontrolle der einfachen parlamentarischen Mehrheit entzogen:

Artikel 23 Abs. 1a Satz 1 und 2 GG:

Der Bundestag und der Bundesrat haben das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts 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.

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 403 (Auszug):

Sinn und Zweck der vorgesehenen Klagepflicht des Deutschen Bundestages liegen darin, der Parlamentsminderheit die Befugnis zur Geltendmachung der Rechte des Deutschen Bundestages auch dann zu erhalten, wenn dieser seine Rechte, insbesondere im Verhältnis zu der von ihm getragenen Bundesregierung, nicht wahrnehmen will. Den Oppositionsfraktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit soll der Rechtsweg zum Gerichtshof der Europäischen Union eröffnet werden, um die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im europäischen Integrationsgefüge vorbehaltenen Rechte zu ermöglichen.

Die Erfahrung, dass der Entwurf für einen Gesetzgebungsakt zwar kompetenzrechtlich bedenklich, aber gleichwohl „politisch gewollt“ sein kann,¹⁷ ist

¹⁶ Siehe Artikel 23 Abs. 1a Satz 3 GG, § 11 Abs. 1 IntVG. Diese Lösung ist rechtspolitisch nicht zwingend, vielmehr könnte auch die Subsidiaritätsrüge einfachgesetzlich als Minderheitenrecht ausgestaltet werden. Dass dieses bisher nicht geschehen ist, zeigt, dass auch der Bundesgesetzgeber davon ausgeht, dass die Erhebung einer Subsidiaritätsklage ohne vorherige Subsidiaritätsrüge möglich ist. Diese Auffassung halte ich für eindeutig zutreffend: Denn erstens verlangt Artikel 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit nicht, dass vorher erfolglos eine Subsidiaritätsrüge erhoben worden ist. Zweitens kann sich die Beschwerde erst durch späte Änderungen des Gesetzentwurfs im Gesetzgebungsverfahren ergeben, die während der Achtwochenfrist noch gar nicht bekannt waren.

¹⁷ So ein Fall war etwa der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit. Siehe zum politischen Dilemma Montag, in: Protokoll der 23. Sitzung des Rechtsausschusses, Unterausschuss Europarecht, am 28.11.2007, Öffentliches Expertengespräch zu der Frage: Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?, S. 1. Siehe zu den kompetenzrechtlichen Bedenken Suhr, a.a.O., S. 27 f.; ders.,

nicht neu und auch der Subsidiaritätskontrolle immanent: Wo kein Kläger, da kein Richter. Immerhin ist aber durch den Vertrag von Lissabon die Aufgabe deutlich akzentuiert worden und die Zahl der Kontrolleure des Subsidiaritätsprinzips und mithin potenzieller Kläger größer geworden.

b) Wie ist das Verhältnis von Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip, können insbesondere Probleme im Bereich der Verhältnismäßigkeit im Rahmen einer Subsidiaritätsrüge oder -klage gerügt werden?

Das Primärrecht trennt diese beiden Prinzipien deutlich: Art. 5 EUV weist im Zusammenhang mit der Regelung des Subsidiaritätsprinzips in Abs. 3 Unterabs. 2 Satz 2 den nationalen Parlamenten die Aufgabe der Überwachung des Subsidiaritätsprinzips explizit zu. Im Zusammenhang mit der Regelung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 5 Abs. 4 EUV fehlt ein entsprechender Satz. Auch Art. 12 lit b) EUV erwähnt nur das Subsidiaritätsprinzip. Ebenso nehmen Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 (Subsidiaritätsrüge) und Artikel 8 Abs. 1 (Subsidiaritätsklage) des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit jeweils nur auf das Subsidiaritätsprinzip Bezug.

Das Primärrecht legt also – in sich konsistent – die Annahme nahe, dass das Rügerecht und das Klagerecht auf Verletzungen des Subsidiaritätsprinzips beschränkt sind.¹⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht nennt in den betreffenden Passagen seines Lissabon-Urteils nicht beide Prinzipien in einem Atemzug, sondern beschränkt sich auf die Subsidiarität.¹⁹

Anders als bei der Frage des Vorliegens einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage ist das auch kein Problem der (Logik der) Prüfungsreihenfolge: Die drei in Artikel 5 EUV geregelten Grundsätze sind in der Reihenfolge Einzelermächtigung – Subsidiarität – Verhältnismäßigkeit zu prüfen.²⁰

Strafrechtsharmonisierung (Fn. 11), ZEuS 2008, S. 45 ff., 54 ff.; ders., Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZEuS 2009, S. 687 ff., 699.

¹⁸ So auch *Vedder*, in: ders./ Heintschel von Heinegg, Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. I-11, Rn. 16, 28.

¹⁹ Siehe Absatz-Nr. 240 und 304 f.

²⁰ Näher *Calliess* (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 5. Siehe aber auch den Ansatz des EuGH, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzuziehen: EuGH, Urt. vom 8. Juni 2010, Rs. C-58/08 (*Vodafone u.a.*), Rn. 51 ff., 72 ff.

Es ist nicht möglich, eine Aussage zur Subsidiarität zu treffen, ohne die richtige Ermächtigungsgrundlage und die hierzu notwendigen Subsidiaritätserwägungen zu kennen. Wohl aber ist es möglich, die Subsidiarität zu beurteilen, ohne auch die Verhältnismäßigkeit zu prüfen - jedenfalls ist eine *komplette* Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht logische Bedingung für eine Subsidiaritätsprüfung. Soweit Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit der Subsidiaritätsprüfung verschränkt bzw. identisch sein sollten, braucht man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht als eigenen Anknüpfungspunkt für eine Prüfung. Sondern man kann diese Fragen im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips mitprüfen und mitrügen.

Im Verfassungskonvent war die Forderung erhoben worden, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit in das Frühwarnsystem aufzunehmen, jedoch hatte diese Forderung im Ergebnis keinen Erfolg.²¹ Allerdings gibt es in Politik und Wissenschaft Stimmen, die sich wegen der inhaltlichen Nähe beider Prinzipien, die u.a. an der Formulierung „sofern und soweit“ in Art. 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV festgemacht wird, für eine Einbeziehung der Verhältnismäßigkeit in das Frühwarnsystem aussprechen. Dabei schwingen auch rechtspolitische Überlegungen de lege ferenda mit und Zweifel, ob der EuGH sich diese Auffassung zu eigen machen wird.²²

Im Ergebnis sehe ich hier angesichts des klaren Wortlauts des Primärrechts keinen Auslegungsspielraum. Ich rate daher davon ab, Subsidiaritätsrügen oder -klagen isoliert auf eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu stützen. In solch einem Fall, der nur die Verhältnismäßigkeit betrifft, sollte der Deutsche Bundestag besser die Bundesregierung zur Erhebung einer allgemeinen Nichtigkeitsklage gemäß Artikel 263 AEUV auffordern.

Auch rate ich tendenziell davon ab, im Rahmen des Frühwarnsystems eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zusätzlich separat zu rügen.

Soweit Fragen der Verhältnismäßigkeit allerdings inhaltlich mit Fragen der Subsidiarität verwoben oder sogar identisch sind und die Zuordnung der

²¹ Siehe ausführlich *Mellein* (Fn. 4), S. 197 ff., 264 f.

²² Vgl. *Mellein* (Fn. 4), S. 199, 264; *Calliess* (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 62.

Monita zu dem einem oder dem anderen Grundsatz nicht eindeutig ist, sollte man dieses im Kontext der Subsidiarität rügen.

Dieser **Inhärenzansatz** (Subsidiarität umfasst auch Elemente der Verhältnismäßigkeit) erfährt in letzter Zeit zusätzliche Unterstützung durch den EuGH: Präsident *Skouris* bestätigt die inhaltliche Verschränkung und Überlappung des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und redet einer Umkehrung der Prüfungsreihenfolge das Wort:

Skouris, Die Rolle des Subsidiaritätsprinzips in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Impulsreferat im Rahmen der Konferenz „Europa fängt zu Hause an“. Europäische Subsidiaritätskonferenz 2006, 18./19. April 2006, St. Pölten, S. 1:

Die Praxis der Rechtsprechung hat gezeigt, dass wesentliche Elemente des Subsidiaritätsprinzips auch im Verhältnismäßigkeitsprinzip enthalten sind. In Urteilen, in denen der EuGH zunächst die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips überprüft, kann eine sich daran anschließende Prüfung des Subsidiaritätsprinzips ggfs. kürzer ausfallen, insofern auf Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip zurück gegriffen werden kann.

In der jüngst am 8. Juni 2010 entschiedenen Rechtssache *Vodafone u.a.* prüfen die Schlussanträge von Generalanwalt *Maduro* noch in der Reihenfolge Subsidiarität-Verhältnismäßigkeit, aber das Urteil der Großen Kammer kehrt die Prüfungsreihenfolge um und prüft die Verhältnismäßigkeit zuerst. Das zeigt, dass soweit die Schnittmenge beider Prinzipien betroffen ist, die Prüfung dem einen oder dem anderen Prinzip zugeordnet werden kann. Jedenfalls für diese Schnittmenge reicht es aus, die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips zu rügen.

Hält der EuGH auch in Zukunft an der Praxis der umgekehrten Prüfungsreihenfolge fest, kommt er der Forderung aus Teilen der Wissenschaft und der Rechtspolitik nach einer Einbeziehung der Verhältnismäßigkeit in das Frühwarnsystem stark entgegen und bestätigt mithin den engen Zusammenhang zwischen Ermächtigungsgrundlage, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.

c)

Können Verstöße gegen Art. 5 S. 1 und 2 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (im Folgenden: Protokoll) im Rahmen von Subsidiaritätsrüge oder -klage gerügt werden?

Ja. Das Fehlen einer ausreichenden Begründung (Satz 1) oder eines entsprechenden Vermerks (Satz 2) kann als Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gerügt werden.

Wie bereits in meiner Vorbemerkung näher ausgeführt, trägt der Initiator des Entwurfs eines Gesetzgebungsakts die **Darlegungslast** für die Achtung des Subsidiaritätsprinzips. Fehlen diese Informationen, kann kein grünes Licht gegeben werden.

Würde man das anders sehen wollen, wäre das Frühwarnsystem nicht effektiv. Der Initiator hätte keinen Anreiz für die Vorlage eines i.S.v. Art. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vollständigen Entwurfs, sondern würde für die Vorlage unvollständiger Dokumente und die damit einhergehende Erschwerung der Subsidiaritätskontrolle belohnt. Die nachfolgend befassten Institutionen müssten spekulieren, ob es entsprechende Begründungen vielleicht doch geben kann. Es kommt aber nicht auf spekulative eigene Begründungsansätze an, sondern nur auf die, die den Inhaber des Initiativrechts konkret zu der Initiative bewogen haben.

In den Schlussanträgen von Generalanwalt *Maduro* in der aktuellen Rechtssache *Vodafone u.a.*, die ich auszugsweise meinen Überlegungen vorangestellt habe, wird deutlich, dass es hier nicht nur um die Formalie des Vorhandenseins irgendeiner Begründung geht, sondern dass die Kommission bestimmte Daten zuvor aktiv ermitteln muss.²³ Ist das nicht dargetan, so dass die Initiative ohne entsprechende Grundlage im freien Raum der Annahmen und Vermutungen schwebt, ist das Subsidiaritätsprinzip verletzt.

Klärungsbedürftig ist die Bedeutung des Wortes „sollte“ in Art. 5 S. 2 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.²⁴

Eindeutig scheint mir zu sein, dass damit **keine Relativierung der Begründungspflicht** aus Satz 1 gemeint sein kann. Hier liegt die Annahme nahe, dass nicht in jedem Fall ein separates Dokument („Vermerk“) vorgelegt werden muss, sondern ausnahmsweise die Begründung auch in den Entwurf des Gesetzgebungsakts implementiert werden kann, z.B. in Fällen von Änderungsgesetzen in rascher Zeitabfolge, bei denen zuvor schon ein entsprechender Vermerk vorgelegt wurde. Keine Entbehrlichkeit besteht aber ersichtlich dann, wenn anderenfalls im Sinne von Art. 5 S. 2 des Protokolls nicht beurteilt werden kann „ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden.“

²³ Schlussanträge Generalanwalt *Maduro* vom 1. Oktober 2009, Rs. C-58/08, Rn. 30.

²⁴ Stärker im Sinne einer Relativierung der Begründungspflicht *Calliess* (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 56.

Lassen sich Erwägungen durch die Kommission nachträglich nachschieben, die dann im jeweiligen Verfahrensschritt bei der Subsidiaritätsprüfung Berücksichtigung finden müssen?

Die hiermit zusammen hängenden Fragen haben auch bereits den Konvent beschäftigt. Sie sind komplex, zumal auch die Vorlage von geänderten Entwürfen für die Subsidiaritätskontrolle klärungsbedürftig ist, da diese zwar in Artikel 4 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit erwähnt werden, aber nicht mehr in den folgenden Artikeln. Hierzu war im Konvent erwogen worden, den nationalen Parlamenten eine weitere Gelegenheit für eine begründete Stellungnahme zu geben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Entwürfe für Gesetzgebungsakte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens häufig geändert werden. Es ist nicht praktikabel, an jede Änderung erneut eine Subsidiaritätskontrolle mit Achtwochenfrist zu knüpfen, wenn man die Gesetzgebungsverfahren nicht unendlich in die Länge ziehen will.²⁵

Insofern spricht einiges dafür, dass die Subsidiaritätskontrolle mit Achtwochenfrist nur einmalig zu Beginn eines Gesetzgebungsverfahrens auf Grundlage des ursprünglichen Entwurfs erfolgt. Auf zwischenzeitliche Änderungen kann jedenfalls indirekt über die nationalen Regierungen und im Wege der Subsidiaritätsklage reagiert werden.

Die nationalen Parlamente können auf jeden Fall den ursprünglichen Entwurf, der die Achtwochenfrist ausgelöst hat, zum Gegenstand ihrer begründeten Stellungnahme machen und sind nicht verpflichtet, auf nachträgliche Informationen zu reagieren (, zumal hierfür nicht mehr die volle Prüfungsfrist zur Verfügung stehen würde). Auch eine in Teilen überholte begründete Stellungnahme löst die Berücksichtigungs- bzw. Überprüfungspflicht nach Artikel 7 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit aus.

d) Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil zum Vertrag von Lissabon vom 30. Juni 2009 herausgestellt, dass den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung obliegt, die in

²⁵ Vgl. zum Ganzen ausführlich *Mellein* (Fn. 4), S. 193 ff.

Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung). Welchen Maßstäben muss nach den Vorgaben des BVerfG zur Integrationsverantwortung die Prüfung der Subsidiarität genügen? Hat sich die Bedeutung der Subsidiaritätskontrolle mit diesem Urteil verändert?

Auf die Vorbemerkung wird verwiesen.

Das Lissabon-Urteil lässt sich in vielfältiger Weise heranziehen, um zu belegen, dass aus der Sicht des Grundgesetzes das Subsidiaritätsprinzip auf der Ebene der Europäischen Union kein Lippenbekenntnis sein darf.²⁶ Insbesondere nennt das Bundesverfassungsgericht das Subsidiaritätsprinzip im Zusammenhang mit der Ultra-vires-Kontrolle:

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 240 (Auszug):

Innerhalb der deutschen Jurisdiktion muss es zudem möglich sein, die Integrationsverantwortung im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union - dies wurde auch von den Bevollmächtigten des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung betont - und zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können (vgl. BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 113, 273 <296>). Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür bereits den Weg der Ultra-vires-Kontrolle eröffnet, die im Fall von Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch Gemeinschafts- und Unionsorgane greift. 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 (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV-Lissabon) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (vgl. BVerfGE 58, 1 <30 f.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; dort zum sogenannten ausbrechenden Rechtsakt).

Diese Ausführungen zur „Ultra-vires-Kontrolle“ haben teilweise zu der Fehlinterpretation geführt, dass diese vom Bundesverfassungsgericht beanspruchte Reservefunktion in jedem Fall einer zweifelhaften Entscheidung in Kompetenzfragen aktiviert werden könnte.²⁷ Gleichwohl unterstreichen sie überdeutlich die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts.

Insofern **werte ich das Lissabon-Urteil im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip als Bestätigung der Neuerungen des Lissabon-Vertrages: Das EU-Primärrecht verlangt – in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz – nach einer möglichst effektiven Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und einer möglichst effektiven Umsetzung des Subsidiaritätsfrühwarnsystems.**

²⁶ Siehe z.B. den 4. Leitsatz und die Absatznummern 240, 293, 304 f. und 403 f., http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

²⁷ Vgl. klarstellend *Voßkuhle* (Fn. 6), NVwZ 2010, S. 1 ff., 7.

Die Fragen der praktischen Umsetzung des Subsidiaritätsfrühwarnsystems sind dem Bundesverfassungsgericht bewusst, ohne dass bereits alle Antworten vorweggenommen würden:

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 305:

Der Subsidiaritätsgrundsatz wird zudem durch das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll) verfahrensmäßig verstärkt. Dies geschieht, indem die nationalen Parlamente durch ein sogenanntes Frühwarnsystem (Art. 12 Buchstabe b EUV-Lissabon, Art. 4 ff. des Subsidiaritätsprotokolls) in die Kontrolle der Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes eingebunden werden, und durch eine entsprechende, die nationalen Parlamente und den Ausschuss der Regionen einschließende Erweiterung des Kreises der Antragsberechtigten für eine Nichtigkeitsklage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union. Die Effektivität dieses Mechanismus hängt davon ab, inwieweit sich die nationalen Parlamente organisatorisch darauf einrichten können, den Mechanismus innerhalb der kurzen Frist von acht Wochen sinnvoll zu nutzen (vgl. Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S.269 ff.). Es wird auch darauf ankommen, ob das Klagerecht der nationalen Parlamente und des Ausschusses der Regionen auf die der Überprüfung des Subsidiaritätsgrundsatzes vorgelagerte Frage erstreckt wird, ob die Europäische Union über eine Zuständigkeit für das konkrete Rechtssetzungsvorhaben verfügt (vgl. Wuermeling, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, S. 216 <225>; von Danwitz, Der Mehrwert gemeinsamen Handelns, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. Oktober 2008, S. 8).

e)

In welchem Verhältnis stehen die Kompetenzgrundlage auf der einen Seite und das Erforderlichkeits- und das Effizienzkriterium auf der anderen Seite im Rahmen der Subsidiaritätskontrolle zueinander?

Nur wenn eine entsprechende Kompetenzgrundlage vorhanden ist und es sich nicht um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt, ist das Subsidiaritätsprinzip überhaupt anwendbar (Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV).

Lässt sich ein Tätigwerden der Europäischen Union trotz einer fragwürdigen Kompetenzgrundlage durch das Erforderlichkeits- und das Effizienzkriterium rechtfertigen?

Nein, ich sehe juristisch keine Wechselwirkungen zwischen beiden Fragen. Das Vorliegen einer entsprechenden Kompetenzgrundlage ist Bedingung für die Prüfung des Subsidiaritätsprinzips.

Allerdings halte ich es aus der Perspektive der Subsidiaritätsprinzips nicht für ausreichend, dass Zweifel („fragwürdig“) an der Kompetenzgrundlage dargelegt werden. Denn Zweifel können sich als unberechtigt erweisen. Sondern **es geht ggf. um die Überzeugung des Deutschen Bundestages, dass die angegebene Kompetenzgrundlage den Gesetzgebungsakt nicht oder nicht vollständig trägt.**

f) An welcher Stelle der Prüfung der Subsidiarität ist zu sichern, dass in den Mitgliedstaaten ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse bleibt?

Auf die Vorbemerkung wird verwiesen.

Das Bundesverfassungsgericht erwähnt in der Tat auch in diesem Zusammenhang das Subsidiaritätsprinzip, wenn auch nicht in seiner aktuellen Ausprägung durch das Primärrecht der Europäischen Union gemäß Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV, sondern im Sinne von Artikel 23 Abs. 1 Satz 1 GG, was man deutlich trennen sollte:

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 251 (Auszug):

Sowohl das Demokratieprinzip als auch das ebenfalls von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG strukturell geforderte Subsidiaritätsprinzip verlangen deshalb, gerade in zentralen politischen Bereichen des Raumes persönlicher Entfaltung und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse, die Übertragung und die Ausübung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union in vorhersehbarer Weise sachlich zu begrenzen. In diesen Bereichen bietet es sich in besonderem Maße an, die Grenzlinie dort zu ziehen, wo die Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte sachlich notwendig ist.

Ähnlich wie bei der Grundrechts- oder der Ultra-vires-Kontrolle sehe ich auch hier kaum realistische Szenarien für entsprechende Grenzüberschreitungen. Selbst wenn man diesen Maßstab an die Prüfung einzelner Gesetzgebungsakte anlegen wollte, bezweifle ich, ob das ein separater Prüfschritt der Subsidiaritätsprüfung wäre. Denn dieser Maßstab setzt eine Gesamtschau voraus, die weit über den einzelnen Entwurf für einen Gesetzgebungsakt hinausgehen kann. Eine effektive Handhabung der Subsidiaritätskontrolle dient per se und insgesamt dem hier geschilderten Ziel.

2. Untersuchung der Kompetenzgrundlage

a) Ist bei der Subsidiaritätsprüfung die für den Gesetzgebungsakt gewählte Kompetenzgrundlage zu untersuchen und falls ja, wie weit reicht diese Prüfung?

Auf die Vorbemerkung wird verwiesen:

Ja.

Artikel 5 Abs. 2, 3 und 4 EUV nehmen jeweils auf die „Ziele“ Bezug. Ich bin der Überzeugung, dass eine Subsidiaritätsprüfung i.S.v. Artikel 5 EUV nur in Kenntnis der in Anspruch genommenen (und tragfähigen) Kompetenzgrundlage erfolgen kann. Denn nur dann kann man nachvollziehen, ob die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips für die von der Kompetenzgrundlage verfolgten Ziele vorliegen.

Beispiel: Angenommen, es geht um ein Tempolimit für eine bestimmte Fahrzeugklasse. Dann könnte man unbefangen auf die Idee kommen, ein solches auf die gemeinsame Verkehrspolitik zu stützen (Artikel 91 Abs. 1 lit. c: Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit); oder mit Blick auf die

CO₂-Emissionen auf die Umweltpolitik (Artikel 192 AEUV). Die Subsidiaritätsprüfung hätte sich an den jeweiligen Zielen zu orientieren und wäre nicht austauschbar.

Trägt die in der Begründung angegebene Ermächtigungsgrundlage den Gesetzgebungsakt nach Auffassung des Bundestages nicht oder nicht vollständig, dann besteht für diesen ein Problem.

Es ist ihm nicht zuzumuten, seiner Prüfung die als falsch oder unzureichend erkannte Kompetenzgrundlage zugrunde zu legen. Denn das wäre sinnlos. Außerdem würde es den Bundestag zu dem Mitwirken an einem rechtswidrigen Gesetzgebungsakt zwingen.

Was andere in Frage kommende Kompetenzgrundlagen betrifft, ist es meiner Überzeugung nach nicht Aufgabe des Bundestages, selbst alternative Ermächtigungsgrundlagen zu suchen und sich die Voraussetzungen seiner Kontrollaufgaben selbst zu schaffen (Gibt es überhaupt eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage? Handelt es sich ggf. um eine nicht ausschließliche Zuständigkeit i.S.v. Artikel 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV? Wie lautet ggf. die vollständige Begründung des Entwurfs des Gesetzgebungsakts unter Berücksichtigung der Voraussetzungen und Zielsetzungen dieser neuen Ermächtigungsgrundlage?). Sondern diese Aufgabe fällt an denjenigen zurück, der den Entwurf vorgelegt hat.

Trägt die in der Begründung angegebene Ermächtigungsgrundlage den Gesetzgebungsakt nach Auffassung des Bundestages nicht oder nicht vollständig, dann ist keine ordnungsgemäße Subsidiaritätsprüfung möglich und es kann aus der Warte des Subsidiaritätsprinzips kein grünes Licht gegeben werden. In diesem Fall kann eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gerügt werden.

b) Könnte bei einer Bejahung insbesondere die Offensichtlichkeit einer Kompetenzüberschreitung eine Rolle spielen?

Ich sehe hier keinen Raum für ein zusätzliches Evidenzkriterium, also die Frage, ob die Kompetenzgrundlage „offensichtlich“ den Gesetzgebungsakt nicht vollständig trägt: Wenn der Bundestag der Überzeugung ist, dass die Kompetenzgrundlage den Gesetzgebungsakt nicht vollständig trägt, kann er dieses rügen.

Es kommt m.E. auf die Überzeugung des Bundestages an, nicht darauf, ob der Fehler dem Entwurf „auf der Stirn geschrieben steht“.²⁸

²⁸ Vgl. § 44 Abs. 1 VwGO.

Darüber hinaus habe ich Zweifel, ob sich „offensichtliche“ und „einfache“ Kompetenzüberschreitungen in geeigneter Weise voneinander abgrenzen lassen. Immerhin kann man sagen, dass die notwendigen Stimmen für eine begründete Stellungnahme je eher zusammen kommen werden, desto evidenter die Kompetenzüberschreitung ist.

c) Ist es hier denkbar, bei der inhaltlichen Prüfung zwischen Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage zu differenzieren?

Denkbar ist natürlich manches. Im Ergebnis geht es meines Erachtens aber in beiden Situationen um eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips. Eine solche liegt vor, wenn der Initiator des Gesetzgebungsaktes nur Subsidiaritätserwägungen auf Grundlage einer falschen oder unzureichenden Kompetenzgrundlage angestellt hat. Denn dann kann der Bundestag nicht erkennen, ob es überhaupt eine tragfähige Kompetenzgrundlage gibt, ob es sich dabei ggf. um eine nicht ausschließliche Zuständigkeit handelt und wie ggf. die maßgeblichen Subsidiaritätserwägungen hierzu ausfallen. Deshalb würde ich hier **nicht** differenzieren wollen.

d) Sprechen auch Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie dafür, die Frage der Kompetenz bereits im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung zu untersuchen, insbesondere um zu verhindern, dass in Fällen offensichtlicher fehlender Kompetenz stets der Klageweg zum EuGH beschritten werden muss?

Auf die Vorbemerkung wird verwiesen.

Ja, das Subsidiaritätsfrühwarnsystem kann diese Wirkung haben. Allerdings handelt es sich unter Umständen um ein zweiseitiges Argument. Denn für den EuGH kann durchaus die Versuchung bestehen, den Prüfungsumfang bei der Subsidiaritätsklage im vermeintlichen Eigeninteresse zu begrenzen, um weniger Klagen und weniger Aufwand pro Klage zu generieren.

Zunächst verursacht das gesamte Subsidiaritätsfrühwarnsystem zusätzlichen Aufwand. Dieser Aufwand ist von Vertrag von Lissabon gewollt. Die mit der EU-

Gesetzgebung befassten EU-Institutionen, die nationalen Parlamente und nicht zuletzt der EuGH haben sich diesem Kontrollauftrag zu stellen.²⁹

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der Initiator eines Gesetzgebungsaktes auch schon vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon mit entsprechenden Prüf- und Begründungspflichten belastet war, die sich im Einzelnen aus dem – teilweise sogar noch etwas ausführlicheren – Amsterdamer Protokoll ergaben. Wie eingangs gezeigt, bestand auch schon bisher eine entsprechende Justiziabilität. Allerdings ist die Schwelle für entsprechende Klagen abgesenkt worden (Klageberechtigte, Quoren).

Wenn Subsidiaritätsrügen sorgfältig abgefasst werden und der Initiator darauf nicht schematisch, sondern differenziert reagiert, folgt aus der damit verbundenen Klärung eine Entlastung der im weiteren Gesetzgebungsverfahren befassten Institutionen von diesen Fragen. Auch kann der EuGH von drohenden zusätzlichen Verfahren entlastet werden. Je stärker der Prüfungsumfang bei Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage begrenzt wird, desto geringer fällt diese Entlastungswirkung für das weitere Gesetzgebungsverfahren aus und desto stärker kann der EuGH mit allgemeinen Nichtigkeitsklagen belastet werden. Unter dem Gesichtspunkt einer Entlastung des Gerichtshofs der Europäischen Union besteht Interesse daran, solche Fragen frühzeitig zu klären. Subsidiaritätsrügen können drohende allgemeine Nichtigkeitsklagen und Subsidiaritätsklagen verhindern helfen. Subsidiaritätsklagen haben aus Sicht des EuGH gegenüber allgemeinen Nichtigkeitsklagen den Vorzug eines geringeren Prüfungsumfangs.

Wenn allerdings massenhaft Subsidiaritätsklagen erhoben würden, würde sich natürlich das Argument einer Entlastung des EuGH ins Gegenteil verkehren: Denn je weiter man den Prüfungsumfang bei der einzelnen Subsidiaritätsklage fasst, desto mehr Aufwand verursacht diese vor dem EuGH. Insofern lässt sich durchaus ein gewisses Eigeninteresse des EuGH, den Prüfungsumfang bei Subsidiaritätsklagen zu begrenzen, annehmen.

Nun gibt es aber m.E. bis auf weiteres wenig Anlass, massenhafte Subsidiaritätsklagen zu befürchten. Schon bisher hatten nationale Parlamente die Möglichkeit, ihre Regierungen zur Erhebung von Nichtigkeitsklagen aufzufordern; für den Bundesrat war dieses in § 7 EUZBLG a.F. ausdrücklich geregelt. Aber hiervon ist meines Wissens nie Gebrauch gemacht worden. Wie sich die Ausgestaltung des

²⁹ Vgl. *Voßkuhle* (Fn. 6), NVwZ 2010, S. 1 ff., 3.

Klagerechts im Deutschen Bundestag als Minderheitenrecht auswirken wird, ist in diesem Zusammenhang noch nicht absehbar. Im Ergebnis sollte aber nach der notwendigen Klärung der Grundfragen der Hauptaugenmerk auf dem politischen Gesetzgebungsverfahren samt der Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge liegen.

e) Welche Aussagen macht dazu das BVerfG in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon und wie sind diese zu bewerten?

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 305:

Der Subsidiaritätsgrundsatz wird zudem durch das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll) verfahrensmäßig verstärkt. Dies geschieht, indem die nationalen Parlamente durch ein sogenanntes Frühwarnsystem (Art. 12 Buchstabe b EUV-Lissabon, Art. 4 ff. des Subsidiaritätsprotokolls) in die Kontrolle der Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes eingebunden werden, und durch eine entsprechende, die nationalen Parlamente und den Ausschuss der Regionen einschließende Erweiterung des Kreises der Antragsberechtigten für eine Nichtigkeitsklage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union. Die Effektivität dieses Mechanismus hängt davon ab, inwieweit sich die nationalen Parlamente organisatorisch darauf einrichten können, den Mechanismus innerhalb der kurzen Frist von acht Wochen sinnvoll zu nutzen (vgl. Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S.269 ff.). Es wird auch darauf ankommen, ob das Klagerecht der nationalen Parlamente und des Ausschusses der Regionen auf die der Überprüfung des Subsidiaritätsgrundsatzes vorgelagerte Frage erstreckt wird, ob die Europäische Union über eine Zuständigkeit für das konkrete Rechtssetzungsvorhaben verfügt (vgl. Wuermeling, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, S. 216 <225>; von Danwitz, Der Mehrwert gemeinsamen Handelns, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. Oktober 2008, S. 8).

Ich begrüße die offene Formulierung des Zweiten Senats in diesem Fall. Denn er gibt seine Präferenz für eine Auslegung zu erkennen – diese deckt sich mit dem hier gefundenen Ergebnis –, ohne für sich allein die Deutungshoheit zu beanspruchen.

Ich begrüße auch den Hinweis auf die Effektivität der Subsidiaritätskontrolle. Diese „praktische Wirksamkeit“ des Subsidiaritätsfrühwarnsystem ist nicht nur aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts geboten, sondern auch aus der Sicht des Europarechts.

Die Begriffe „erstrecken“ und „vorgelagert“ treffen m.E. allerdings dem Kern der Sache nicht ganz: Es geht m.E. im Kern darum, dass die richtigen Subsidiaritätserwägungen untrennbar mit der richtigen Kompetenzgrundlage verbunden sind. Hier wird kein Prüfungsumfang „erstreckt“ oder „ausgedehnt“. Sondern es geht um eine logische Bedingung.

f) Welche besonderen Maßstäbe für die Auslegung der Kompetenzgrundlage sind für die „wesentlichen Bereiche demokratischer Gestaltung“ der BRD zu berücksichtigen? Ergeben sich hierfür aus der vom BVerfG geforderten engen Auslegung erhöhte Darlegungsanforderungen für die Kompetenzgrundlage?

Auf die Vorbemerkung wird verwiesen.

Die Fragen, wie Kompetenzgrundlagen auszulegen und wie sie zu begründen sind, betreffen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 EUV, die allgemeine Begründung von Gesetzgebungsakten nach Artikel 296 Abs. 2 AEUV und die entsprechende Kontrolldichte. Dieses betrifft nicht unmittelbar das Subsidiaritätsprinzip.

In den Absatznummern 249 ff. seines Lissabon-Urteils macht das Bundesverfassungsgericht Ausführungen zu „wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung“ und nennt als erstes Beispiel das „materielle und formelle Strafrecht“. In den Absatznummern 352 bis 366 macht es dann hierzu nähere Ausführungen.

BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 358 (Auszug):

Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt - keinesfalls extensiv - auszulegen und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung.

Die Formulierung „Nutzung“ einer Kompetenzgrundlage weist in die Richtung des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Insofern kann man diese Passagen so verstehen, dass das Bundesverfassungsgericht in diesen „wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung“ an die **Begründung** gemäß Artikel 5 des Protokolls über die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit besonders hohe Anforderung stellt und für die Nachprüfung der Begründung eine **hohe Kontrolldichte** fordert.

Konsequent würde das für unser Thema bedeuten, dass **die Kontrolldichte im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip nicht immer gleichbleibend hoch ist, sondern von der betroffenen Materie abhängt.**

Ähnliche Ansätze einer unterschiedlichen Kontrolldichte gibt es in der Rechtsprechung des EuGH: Dieser scheint bei Eingriffen in die Grundfreiheiten die geltend gemachten nationalen Rechtfertigungen in stark harmonisierten Bereichen strenger nachzuprüfen, als in nicht harmonisierten Bereichen. Beispielsweise die Fälle *Schmidberger*³⁰ und *Omega*³¹ lassen sich in diesem Sinne als Respekt vor dem jeweiligen nationalen Grundrechtsverständnis in seiner Ausprägung im nationalen Verwaltungsrecht deuten.

³⁰ EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00.

³¹ EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02.

3. Zum Subsidiaritätsprinzip im Sinne von Art. 5 Abs. 3 EUV

Zum Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll

a) Inwieweit können bei den inhaltlichen Prüfungspunkten die Leitlinien gemäß Ziffer 5 des Amsterdamer Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden?

Diese Leitlinien waren ein Ansatz, um eine höhere Kontrolldichte im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip zu operationalisieren:

5. Maßnahmen der Gemeinschaft sind nur gerechtfertigt, wenn beide Bedingungen des Subsidiaritätsprinzips erfüllt sind: Die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen können nicht ausreichend durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Verfassungsordnung erreicht werden und können daher besser durch Maßnahmen der Gemeinschaft erreicht werden.

Folgende Leitlinien sollten bei der Prüfung der Frage, ob die genannte Voraussetzung erfüllt ist, befolgt werden:

- *Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können,*
- *alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrags (beispielsweise Erfordernis der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierter Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen,*
- *Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.*

Der **EuGH** hat in seinem (auszugsweise in meiner Vorbemerkung abgedruckten) ganz aktuellen Urteil in der Rechtssache *Vodafone u.a.* vom 8. Juni 2010, wo es noch um ein Gesetzgebungsverfahren ging, das vor dem 1. Dezember 2009 abgeschlossen worden war, ausdrücklich auf die Leitlinien Bezug genommen.³²

Die Fassung des Protokolls in der Amsterdamer Version wurde durch die aktuelle Fassung ersetzt, welche die Leitlinien nicht mehr enthält. Nur die aktuelle Fassung ist geltender Bestandteil des Primärrechts. Die Leitlinien können also nicht mehr als unmittelbarer wörtlicher Bestandteil des Primärrechts herangezogen werden.

Dieses schließt allerdings nicht aus, dass die Leitlinien im Rahmen der **Auslegung** des Subsidiaritätsprinzips, das seit dem Maastricht-Vertrag im Wesentlichen unverändert gilt und definitiv auch nicht durch die seither erfolgten Primärrechtsrevisionen eingeschränkt werden sollte, weiterhin die zu stellenden Fragen in geeigneter Weise konkretisieren.

Es gibt in diesem Zusammenhang auch den Gedanken, sich dabei wieder auf die **Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Edinburgh vom 11./12. Dezember**

³² EuGH, Urt. v. 8.6.2010, Rs. C-58/08, Rn. 72.

1992 zu berufen, die dem Amsterdamer Protokoll vorangegangen waren.³³ Für diese Überlegung spricht m.E., dass das Amsterdamer Protokoll die entsprechenden Schlussfolgerungen nicht verdrängt, sondern als „Richtschnur“ bekräftigt hat, so dass die Aufhebung des Amsterdamer Protokolls auch nicht bedeutet, dass die Schlussfolgerungen sich erledigt hätten:

Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Fassung Amsterdam, dritter Erwägungsgrund:

HABEN BEKRÄFTIGT, dass die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Birmingham vom 16. Oktober 1992 und das vom Europäischen Rat auf seiner Tagung am 11.-12. Dezember 1992 in Edinburgh vereinbarte Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips weiterhin die Richtschnur für das Handeln der Gemeinschaftsorgane sowie für die Weiterentwicklung der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bilden werden -

(Wenn sich die Subsidiaritätskontrolle nicht in dem vom Vertrag von Lissabon vorgegebenen Sinne entwickeln sollte, dann sollte der Deutsche Bundestag erwägen, die Bundesregierung aufzufordern, das Thema anlässlich eines Subsidiaritätsjahresberichts gemäß Artikel 9 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit auf die Tagesordnung des Europäischen Rates setzen zu lassen.)

Insgesamt würde ich die Tatsache, dass die Leitlinien sich im aktuellen Protokoll nicht mehr finden, nicht überbewerten wollen: Eine materielle Einschränkung des Subsidiaritätsprinzips war damit meiner Überzeugung nach nicht beabsichtigt. Ich werte die Streichung der Leitlinien daher nicht als bewusste Abkehr von ihrem Inhalt, sondern halte sie weiterhin für Elemente, die bei der Auslegung des Subsidiaritätsprinzips Bedeutung gewinnen können; allerdings anders als die Formulierung „befolgen“ im Amsterdamer Vertrag nahe legen könnte, nicht als abschließende oder alleingültige Interpretation.

³³

Calliess (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 29.

Zum Erforderlichkeitskriterium

b) Wie ist das Erforderlichkeitskriterium, wonach die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, im Einzelnen zu verstehen? Wie wird insbesondere die Leistungsfähigkeit ausgelegt?

Es geht hier um die Voraussetzung des Negativkriteriums „nicht ausreichend“ aus Art. 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV:

... nur tätig, 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 ...

Hierzu enthielten die in Frage 3a) näher behandelten Leitlinien in der Amsterdamer Fassung des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit in Nr. 5 noch folgende Konkretisierung:

- alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrags (beispielsweise Erfordernis der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleiierter Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen, ...

In der aktuellen Fassung des Protokolls lässt Artikel 5 Satz 4 noch gewisse Rückschlüsse zu, auch wenn dieser sich in erster Linie auf den Prüfungsteil des Positivkriteriums „besser“ bezieht:

Die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, beruht auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien.

Aber dieser Satz konkretisiert auch die **Pflicht, konkret zu ermitteln, inwiefern eine Problemlösung *national* auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene möglich ist.**

Dieses arbeiten die in der Vorbemerkung auszugsweise abgedruckten Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in der aktuellen Rechtssache *Vodafone u.a.* m.E. zutreffend heraus. Hervorzuheben ist, dass die Schlussanträge dieses Kriterium nachprüfen und die Begründung der Kommission zurückweisen:

Hierzu reicht es nicht aus, einfach nur auf die möglichen Vorteile eines Gemeinschaftshandelns hinzuweisen. Vielmehr müssen auch die möglichen Probleme oder Kosten ermittelt werden, die entstehen, wenn die Angelegenheit den Mitgliedstaaten überlassen wird ... Die Kommission vertritt in ihren schriftlichen Erklärungen hingegen die Auffassung, ... Diese Argumentation kann keinen Bestand haben.³⁴

Der Ansatz der Schlussanträge, eine nachvollziehbare und mit Fakten belegte Begründung zu verlangen und diese dann auch nachzuprüfen, geht m.E. in die richtige Richtung.

³⁴

Schlussanträge Generalanwalt *Maduro* vom 1. Oktober 2009, Rs. C-58/08, Auszüge Rn. 30 f.

Ich sehe davon ab, sämtliche Versuche in der Literatur, das Negativkriterium darüber hinaus weiter zu konkretisieren, hier noch einmal darzustellen.³⁵ Meinem Eindruck nach bleiben diese zwangsläufig relativ abstrakt. *Calliess* stellt beispielsweise die Frage nach einer „Überforderung“ der Mitgliedstaaten. Die aktuelle Sach- und Rechtslage in den Mitgliedstaaten sei neben einer hypothetischen Abschätzung von deren Möglichkeiten und Fähigkeiten zum Erlass künftiger Maßnahmen zu prüfen.³⁶

Es geht m.E. um die **Unmöglichkeit einer hinreichenden Problemlösung in den Mitgliedstaaten**, die auf absoluten und relativen, auf objektiven und subjektiven Faktoren beruhen kann. Die Reichweite des nationalen Rechts setzt absolute und objektive Grenzen. Kosten, Wirtschaftlichkeit oder unverfälschter Wettbewerb setzen relative und subjektive Grenzen.

c) Welche Rolle spielt der grenzüberschreitende Charakter des zu regelnden Sachverhalts?

Die in Frage 3 a) näher behandelten Leitlinien in der Amsterdamer Fassung des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit gingen hierauf in Nr. 5 noch ein:

- Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können, ...

Die in der Vorbemerkung auszugsweise abgedruckten Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in der aktuellen Rechtssache *Vodafone u.a.* weisen dem grenzüberschreitenden Charakter (im konkreten Fall) entscheidende Bedeutung bei:

Das entscheidende Argument basiert jedoch auf dem grenzüberschreitenden Charakter der zu regelnden wirtschaftlichen Tätigkeit.³⁷

Insgesamt wird man sagen können, dass der grenzüberschreitende Charakter einer Materie ein Grund für die Unmöglichkeit im Sinne des Negativkriteriums sein kann, dass aber auch der Hinweis auf den grenzüberschreitenden Charakter allein noch keine hinreichende Begründung für dieses Kriterium darstellt.

³⁵ Vgl: statt aller *Calliess* (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 30 ff.

³⁶ A.a.O., Rn. 32.

³⁷ Schlussanträge Generalanwalt *Maduro* vom 1. Oktober 2009, Rs. C-58/08, Auszug Rn. 33.

Eine Sonderfrage in diesem Zusammenhang ist die, ob grenzüberschreitende Sachverhalte nicht mit den klassischen völkerrechtlichen Instrumentarien der bi- und multilateralen Zusammenarbeit geregelt werden können. Lässt sich mit anderen Worten argumentieren, dass eine Gesetzgebungsinitiative das Subsidiaritätsprinzip verletze und das Negativkriterium nicht erfülle, weil die Mitgliedstaaten das grenzüberschreitenden Problem doch im Rahmen der klassisch völkerrechtlichen Zusammenarbeit lösen könnten?³⁸

Ich bin da sehr skeptisch: Das wäre m.E. keine Verwirklichung auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV. Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips würden ad absurdum geführt. Eine völkerrechtliche Lösung schneidet bei ihrer Analyse im Hinblick auf Strukturprinzipien wie Demokratie und Transparenz, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz usw. deutlich schlechter ab als eine Realisierung im Rahmen der Europäischen Union. Vor allem wäre eine völkerrechtliche Lösung der stärker exekutivistisch geprägte Weg, läge also nicht im Interesse einer möglichst intensiven Beteiligung der nationalen Parlamente.

d) Welche Rolle spielen vom betreffenden Mitgliedsstaat beeinflussbare Faktoren (wie beispielsweise regionale oder lokale Besonderheiten)?

Ich bin mir nicht sicher, ob ich diese Frage richtig verstehe. Von den Mitgliedstaaten beeinflussbare Faktoren können m.E. auch das Negativkriterium begründen. Die Kommission muss eine Gesamtanalyse der Situation in allen Mitgliedstaaten vornehmen.

Artikel 2 Satz 2 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit nimmt im Zusammenhang mit den von der Kommission durchzuführenden umfangreichen Anhörungen auf die regionale und lokale Bedeutung der in Betracht gezogenen Maßnahmen Bezug. Artikel 5 Satz 3 des Protokolls erwähnt in Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsvermerk die Auswirkung von Richtlinien auch auf regionale Rechtsvorschriften. Dieses sind Aspekte der Folgenabschätzung, die auch große Bedeutung für die Verhältnismäßigkeit haben.

³⁸

Vgl. Calliess (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 33.

e) Wie detailliert muss die Darlegung der Erforderlichkeit sein und in welchem Umfang sind insbesondere rechtstatsächliche Angaben geboten?

Ich bin mir nicht sicher, inwieweit sich die Darlegungsanforderungen abstrakt im gewünschten Sinne präzisieren lassen.

Artikel 2 und 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit lassen erkennen, dass die Kommission in erheblichem Umfange Fakten ermitteln und in ihre Begründung einfließen lassen muss:

Artikel 2

Die Kommission führt umfangreiche Anhörungen durch, bevor sie einen Gesetzgebungsakt vorschlägt. Dabei ist gegebenenfalls der regionalen und lokalen Bedeutung der in Betracht gezogenen Maßnahmen Rechnung zu tragen. In außergewöhnlich dringenden Fällen führt die Kommission keine Konsultationen durch. Sie begründet dies in ihrem Vorschlag.

Artikel 5

Die Entwürfe von Gesetzgebungsakten werden im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begründet. Jeder Entwurf eines Gesetzgebungsakts sollte einen Vermerk mit detaillierten Angaben enthalten, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden. Dieser Vermerk sollte Angaben zu den voraussichtlichen finanziellen Auswirkungen sowie im Fall einer Richtlinie zu den Auswirkungen auf die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Rechtsvorschriften, einschließlich gegebenenfalls der regionalen Rechtsvorschriften, enthalten. Die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, beruht auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien. Die Entwürfe von Gesetzgebungsakten berücksichtigen dabei, dass die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der nationalen Regierungen, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen müssen.

Der Grad der Detailliertheit hängt auch damit zusammen, welche Informationen mit zumutbarem Aufwand ermittelbar sind. Artikel 5 Satz 5 des Protokolls spricht die Verhältnismäßigkeit an. Hier dürfte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch dergestalt Bedeutung gewinnen, dass parallel zur Eingriffsintensität auch der zumutbare Darlegungsaufwand steigt. Dabei kann sich die Eingriffsintensität aus Parametern wie zusätzlichem Verwaltungsaufwand und zusätzlichen Kosten ergeben, aber auch aus dem Grad der Betroffenheit der mitgliedstaatlichen Kompetenzordnung. Beispielsweise lassen eine Reihe von fortbestehenden Sonderregelungen im Bereich der ehemaligen dritten Säule, der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, erkennen, dass das Europarecht anerkennt, dass dieser Bereich besonders sensibel für die staatliche Souveränität ist, siehe nur Artikel 72 oder 276 AEUV.³⁹ Deshalb würde ich angesichts einer erhöhten Eingriffsintensität hier auch einen erhöhten Darlegungsaufwand postulieren.

Im Ergebnis in dieselbe Richtung tendiert das Bundesverfassungsgericht, wenn es aus „der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung

³⁹

Näher Suhr (Fn. 14), in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, S. 299 ff.

durch Straf- und Strafverfahrensnormen“ einen besonderen Rechtfertigungsbedarf ableitet.⁴⁰

f) Ist eine Prüfung der Erforderlichkeit ohne Informationen über die Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten möglich?

Für das Negativkriterium hat eine Gesamtschau aller Mitgliedstaaten zu erfolgen. Der Initiator des Gesetzgebungsakts, regelmäßig die Kommission, hat diese Gesamtschau anzustellen und die Ergebnisse entsprechend in der Begründung und insbesondere dem Subsidiaritätsvermerk nach Artikel 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit abzubilden.

Der Bundestag muss dadurch in die Lage versetzt werden, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu prüfen. Keinesfalls muss er eigene Recherchen anstellen oder ggü. dem Inhaber des Initiativrechts als Bittsteller nach Zusatzinformationen auftreten, was auch angesichts der kurzen Frist problematisch wäre.

Zum Effizienzkriterium

g) Wie ist die Frage, ob die Ziele angestrebter Maßnahmen auf Unionsebene tatsächlich besser verwirklicht werden können als auf Ebene der Mitgliedstaaten, im Hinblick auf einen Mehrwert zu verstehen?

Es geht hier um die Voraussetzung des Positivkriteriums „besser“ aus Art. 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV:

... nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten ... wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.

Hierzu enthielten die in Frage 3 a) näher behandelten Leitlinien in der Amsterdamer Fassung des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit in Nr. 5 noch die Konkretisierung, dass „deutliche Vorteile“ notwendig seien:

- Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen...

⁴⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 358.

Übernommen wurde in die aktuelle Fassung des Protokolls die Verpflichtung, das Positivkriterium mit qualitativen und, soweit möglich, auch quantitativen Kriterien zu begründen:

Die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, beruht auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien.⁴¹

Soweit der EuGH die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bewusst voranstellt, um sodann die Prüfung des Subsidiaritätsprinzips kürzer zu fassen,⁴² finden sich entsprechende die Subsidiarität zumindest mitbetreffende Erwägungen dann auch teilweise im Kontext des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hierzu fällt der Befund in der aktuellen Rechtssache *Vodafone u.a.* m.E. ambivalent aus: Einerseits setzt der EuGH sich relativ ausführlich mit der Frage auseinander. Andererseits geht er nach wie vor von einer weiten Einschätzungsprärogative des Inhabers des Initiativrechts aus:

EuGH, Urte. vom 8. Juni 2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Auszüge aus Rn. 52 f., 68:

52 Was die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Einhaltung dieser Voraussetzungen betrifft, hat der Gerichtshof dem Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen der Ausübung der ihm übertragenen Zuständigkeiten ein weites Ermessen in Bereichen zugebilligt, in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss. Es geht somit nicht darum, ob eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme die einzig mögliche oder die bestmögliche war; sie ist vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist (...).

53 Selbst wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber über eine solche Befugnis verfügt, ist er jedoch verpflichtet, seine Entscheidung auf objektive Kriterien zu stützen. Außerdem muss er bei der Beurteilung der mit verschiedenen möglichen Maßnahmen verbundenen Belastungen prüfen, ob die mit der gewählten Maßnahme angestrebten Ziele sogar beträchtliche negative wirtschaftliche Folgen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen können ...

68 Unter diesen Umständen und insbesondere im Hinblick auf das weite Ermessen, über das der Gemeinschaftsgesetzgeber in dem betreffenden Bereich verfügt und das wirtschaftliche Entscheidungen verlangt, bei denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss, durfte er berechtigterweise annehmen, dass eine Regulierung nur der Großkundenmärkte nicht dasselbe Ergebnis erzielen würde wie eine Regulierung der hier in Rede stehenden Art, die sowohl Großkunden- als auch Endkundenmärkte erfasst, und dass eine solche Regulierung deshalb erforderlich sei.

Der „europäische Mehrwert“ ist das Ergebnis des Vergleichs der auf mitgliedstaatlicher Ebene (nur) bestehenden Möglichkeiten sowie erzielbaren Resultate und der bei dem Handeln auf europäischer Ebene angenommenen Effekte.⁴³

⁴¹ Dieser Satz war in der Amsterdamer Fassung des Protokolls in Nr. 4 geregelt und ist jetzt in Artikel 5 Satz 4 geregelt.

⁴² Siehe zu dieser auch von Präsident *Skouris* empfohlenen Umkehrung der Prüfungsreihenfolge bereits oben unter Frage 1 b).

⁴³ Vgl. näher zum sog. „europäischen Mehrwert“ *Calliess* (Fn. 2), Verfassung der Europäischen Union, Art. I-11, Rn. 34 ff.

h) Vor dem Hintergrund des prognostischen Charakters einer solchen Einschätzung – gibt es dabei eine Art Einschätzungsprärogative der europäischen Institutionen, der sich im Gesetzgebungsakt manifestiert?

Ja.

Wie bereits in der Vorbemerkung dargestellt, ist m.E. die interessante Frage, wo die Kontrolldichte endet und die Einschätzungsprärogative beginnt.

Wie in den in der Vorfrage abgedruckten Auszügen aus der Rechtssache *Vodafone u.a.* deutlich wird, gewährt der EuGH im Zusammenhang mit Bereichen, in denen die Tätigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss, ein weites Ermessen.⁴⁴ Immerhin betont er die Verpflichtung des Gemeinschaftsgesetzgebers seine Entscheidung auf objektive Kriterien zu stützen und eine Folgenabschätzung vorzunehmen.⁴⁵

i) Wie lassen sich bezogen auf die Ausgangsfrage g) bi- und multilaterale Kooperationen als Vergleichsmaßstab heranziehen?

Ich bin mir nicht sicher, inwieweit solche Vergleiche überhaupt sachgerecht sind, was die Frage aber zu unterstellen scheint.

Für das Negativkriterium habe ich oben unter 3 c) bereits ausgeführt, warum die Möglichkeit einer Problemlösung im Wege der bi- oder multilaterale Kooperation m.E. das Negativkriterium nicht aus dem Feld schlägt: Das wäre keine Verwirklichung auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV. Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips würden ad absurdum geführt. Eine völkerrechtliche Lösung schneidet bei ihrer Analyse im Hinblick auf Strukturprinzipien wie Demokratie und Transparenz, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz usw. deutlich schlechter ab als eine Realisierung im Rahmen der Europäischen Union. Vor allem wäre eine völkerrechtliche Lösung der stärker exekutivistisch geprägte Weg, läge also nicht im Interesse einer möglichst intensiven Beteiligung der nationalen Parlamente.

⁴⁴ EuGH, Urt. vom 8. Juni 2010, Rs. C-58/08 (*Vodafone u.a.*), Rn. 52, 68.

⁴⁵ A.a.O., Rn. 53.

Für das Positivkriterium kann nichts anderes gelten: Der Mehrwert einer europarechtlichen gegenüber einer völkerrechtlichen Lösung ist evident.

j) Bezogen auf die Ausgangsfrage g) – inwieweit geben wirtschaftswissenschaftliche Erwägungen Anhaltspunkte für messbare Effekte eines Gesetzgebungsaktes?

Sofern wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse in einem Ausmaß akzeptiert sind, dass sie als zutreffend angesehen werden müssen, sollte der Inhaber des Initiativrechts seinen Annahmen nicht das Gegenteil zugrunde legen. Das wird ernsthaft aber auch niemand tun.

Darüber hinaus halte ich es für möglich, die Begründungen sowohl des Negativ-Kriteriums als auch des Positiv-Kriteriums mit entsprechenden wirtschaftswissenschaftlichen Analysen zu unterlegen, um so mehr wenn sie von anerkannt unabhängiger Seite erstellt wurden. Folgeabschätzungen können dadurch an Substanz gewinnen.

Generell verlangen würde ich entsprechende Analysen aber nicht. Dieses würde das Gesetzgebungsverfahren erheblich verteuern. Gleichzeitig bin ich skeptisch, ob sie zu eindeutigen Ergebnissen führen könnten, haben sie doch an dem Prognosecharakter des Positivkriteriums teil.

4. Rechtsfolgen einer Subsidiaritätsrüge

a)

Wie ist das „berücksichtigen“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 S. 1 des Protokolls zu verstehen? Wie genau müssen die genannten Institutionen mit den Subsidiaritätsrügen verfahren?

Das Konzept der einfachen Berücksichtigung kennen wir *grosso modo* aus Artikel 23 GG. Berücksichtigen bedeutet erstens inhaltlich nachvollziehen und zweitens intern bewerten. Die Rügen dürfen nicht ignoriert werden oder schematisch behandelt werden. Befolgt werden im Sinne einer Bindungswirkung müssen sie nicht.

Je substantierter eine Rüge ausfällt, desto höher sind die Anforderungen an das „berücksichtigen“. Damit verbietet sich auch ein schematisches Rügeverhalten.

Da eine Subsidiaritätsklage nach Artikel 8 des Protokolls im Hintergrund droht, bestehen m.E. gewisse Aussichten, dass alle Beteiligten Artikel 7 ernst nehmen werden. Wenn der EuGH allerdings – womit ich *nicht* rechne – die Subsidiaritätsklage *in puncto* Prüfungsumfang und Kontrolldichte entkernen würde, dann drohte eine Situation, in der das gesamte Frühwarnsystem ein leeres Ritual wäre. Subsidiaritätsklagen sollten die Ausnahme bleiben, aber gleichzeitig den Respekt des Frühwarnsystems gewährleisten.⁴⁶

Ist die Einhaltung des in Art. 7 des Protokolls geregelten Verfahrens (Berücksichtigung der begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente, Abs. 1; Überprüfung des jeweiligen Entwurfs, Abs. 2 und Abs. 3) gerichtlich überprüfbar? Welche Klageart käme hierfür ggf. in Betracht?

Ja.

Wenn das Gesetzgebungsverfahren unter Verletzung von Artikel 7 des Protokolls abgeschlossen wird, kann eine gerichtliche Überprüfung mittels der allgemeinen Nichtigkeitsklage gemäß Artikel 263 AEUV oder der Subsidiaritätsklage erfolgen. Angesichts der Bedeutung, die der Vertrag von Lissabon der Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips beimisst, müsste man entsprechende Verstöße als wesentliche Verfahrensfehler bewerten.

Wenn das Gesetzgebungsverfahren ins Stocken kommt, hat die Rüge ihr Ziel erreicht und es bedarf keiner Klage mehr.

b) Handelt es sich bei der achtwöchigen Frist zur Erhebung der Subsidiaritätsrüge um eine Ausschlussfrist, nach deren Ablauf die Kommission die Rüge nicht mehr annehmen darf, oder steht dies im Ermessen der Kommission?

Ich bin nicht sicher, was mit dem „Annehmen“ von Rügen gemeint ist. Verfristete Rügen lösen die Rechtsfolgen aus Artikel 7 des Protokolls nicht aus. Daher wird die Kommission verfristete Rügen bei der Berechnung der entsprechenden Quoren außen vor lassen.

⁴⁶ Vgl. BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 305.

Da eine Subsidiaritätsklage auch ohne vorherige Subsidiaritätsrüge erhoben werden kann,⁴⁷ wird die Kommission in verfristeten Rügen enthaltene neue Gesichtspunkte intern berücksichtigen.

5. Sonstiges

a) Was ist unter „geänderten Entwürfen“ gem. Art. 4 S. 1 des Protokolls zu verstehen?

Geänderte Entwürfe sind jedenfalls solche, die textliche Änderungen des Gesetzgebungsakts enthalten. Es ließe sich überlegen, auch geänderte oder nachgeschobene Begründungen außerhalb des eigentlichen Gesetzgebungsakts, also z.B. einen nachgeschobenen Subsidiaritätsvermerk gemäß Artikel 5 Satz 2 des Protokolls, entsprechend zu behandeln.

Oben unter Frage 1 c) habe ich schon darauf hingewiesen, dass es bezüglich der geänderten Entwürfe die Überlegung gab, den nationalen Parlamenten eine weitere Gelegenheit für eine begründete Stellungnahme zu geben. Die geänderten Entwürfe sind zwar in Artikel 4 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit erwähnt, aber nicht mehr in den folgenden Artikeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Entwürfe für Gesetzgebungsakte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens häufig geändert werden. Es ist nicht praktikabel, an jede Änderung erneut eine Subsidiaritätskontrolle mit Achtwochenfrist zu knüpfen, wenn man die Gesetzgebungsverfahren nicht unendlich in die Länge ziehen will. Insofern spricht einiges dafür, dass die Subsidiaritätskontrolle mit Achtwochenfrist nur einmalig zu Beginn eines Gesetzgebungsverfahrens auf Grundlage des ursprünglichen Entwurfs erfolgt. Auf zwischenzeitliche Änderungen kann jedenfalls indirekt über die nationalen Regierungen und im Wege der Subsidiaritätsklage reagiert werden.

⁴⁷ Siehe zur Begründung oben Fn. 16.

b) Gibt es konkrete Kriterien, wann ein außergewöhnlich dringender Fall i. S. d. Art. 2 S. 3 des Protokolls anzunehmen ist?

Meines Erachtens kommen hier die allgemeinen Auslegungsmethoden zur Anwendung. Prozedural ist ein Missbrauch dieser Ausnahme durch die Begründungspflicht in Satz 4 abgesichert. Die Begründung halte ich für durch den EuGH nachprüfbar. Außergewöhnliche Dringlichkeit kann nur ausnahmsweise behauptet werden. Zur Begründung halte ich externe Faktoren für notwendig, die sich der Kontrolle der Institutionen entziehen; beispielsweise akute Krisen, etwa im Rahmen neuartiger terroristischer Bedrohungen.
