

Prof. Dr. Adelheid Puttler, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Europarecht, Völkerrecht
und Internationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät
Ruhr-Universität Bochum
44780 Bochum
Telefon: +49-(0)234-322 2820
Telefax: +49-(0)234-321 4139
E-Mail: LS-Puttler@ruhr-uni-bochum.de

Bochum, den 10. Juni 2010

**Stellungnahme
zum Expertengespräch „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ des
Unterausschusses Europarecht am 16. Juni 2010**

A. Europarechtliche und verfassungsrechtliche Ausgangslage	1
I. Auf Unionsebene: Bemühungen um Wirksamkeitsverbesserung	1
1. Das Subsidiaritätsprinzip bisher – Grundsatz ohne praktische Wirksamkeit	1
2. Das Subsidiaritätsprinzip nach dem Vertrag von Lissabon – Verfahrensabsicherung mit Schwächen	3
II. Auf nationaler Ebene: Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Subsidiaritätskontrolle	3
B. Zur Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse nach dem neuen Subsidiaritätsprotokoll im Einzelnen	4
I. Frühwarnsystem (Subsidiaritätsrüge)	4
1. Stellungnahmefrist des Art. 6 Abs. 1 S. 1 Subsidiaritätsprotokoll	4
2. Rechtsfolgen der Subsidiaritätsrüge	5
3. Umfang der Subsidiaritätsrüge und ihr politischer Charakter	6
4. Regelungsgehalt des Subsidiaritätsprinzips	8
II. Subsidiaritätsklage	9
1. Unterschiede zwischen einer Subsidiaritätsklage des Mitgliedstaats und der seines nationalen Parlaments	9
2. Prüfungsmaßstab des Gerichtshofs	10
a) Umfang des Prüfungsmaßstabs	11
b) Prüfdichte des Subsidiaritätsprinzips	13
C. Fazit	14

A. Europarechtliche und verfassungsrechtliche Ausgangslage

I. Auf Unionsebene: Bemühungen um Wirksamkeitsverbesserung

1. Das Subsidiaritätsprinzip bisher – Grundsatz ohne praktische Wirksamkeit

Die Pflicht zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips wurde bereits 1992 durch den Vertrag von Maastricht in die vertraglichen Grundlagen der Union eingefügt¹ als Ausdruck des erklärten Vertragsziels

¹ Art. B Abs. 2 EUV und Art. 3b Abs. 2 EGV.

der Bürgernähe². Wenn die Ziele einer Maßnahme ausreichend auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden können, soll für ein Tätigwerden der Gemeinschaft kein Raum mehr bleiben. Die Hoffnung der Mitgliedstaaten, das Prinzip möge die Kompetenzwahrnehmung der Gemeinschaft wirksam begrenzen, erfüllte sich allerdings trotz einer die Pflichten der Gemeinschaftsorgane konkretisierenden Vereinbarung von 1993³ nur unzureichend.

Der Amsterdamer Vertrag, der den Wortlaut der Bestimmungen unverändert ließ⁴, fügte dem EG-Vertrag ein Subsidiaritätsprotokoll an, das umfangreiche Konsultations-, Berichts- und Begründungsverpflichtungen vor allem für die Kommission aufstellte.⁵ Ob die kompetenzbegrenzende Wirkung des Subsidiaritätsprinzips dadurch verbessert wurde, ist zweifelhaft. Zwar musste sich die Kommission dadurch bereits im Entwurfsstadium eines Sekundärrechtsaktes mit Subsidiaritätsfragen befassen. Ihre Begründungen wurden in der Vergangenheit jedoch als formelhaft und als bloße Textbausteine kritisiert.⁶ Außerdem behandle die Kommission das Subsidiaritätsprinzip als rein politischen, subjektiven Grundsatz, der ein Werturteil voraussetze, das die Gemeinschaftsorgane nach eigenem Ermessen fällten.⁷ Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zeigte sich bisher sehr zurückhaltend. Ein klarer Maßstab für eine Subsidiaritätsprüfung wurde in der Rechtsprechung bislang nicht erkennbar.⁸

² Präambel zum EU-Vertrag, 11. Erwägungsgrund: „einer ... Union..., in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden“. In diesem Sinne auch die Präambeln des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit von 1997 und des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit von 2007.

³ Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips vom 25.10.1993, Bulletin EG 10-1993, S. 125 ff.

⁴ Art. 2 Abs. 2 EU und Art. 5 Abs. 2 EG.

⁵ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit von 1997, insbesondere in Ziff. 4 und 9.

⁶ C. Calliess, in: ders./Matthias Ruffert (Hg.), Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I - 11, Rn. 54; T. von Danwitz, Wege zu besserer Gesetzgebung in Europa, in: JZ 2006, S. 1 (4).

⁷ P. Altmaier, Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag, in: H. J. Derra, Festschrift für J. Meyer, 2006, S. 301 (305).

⁸ Silke Albin, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU, Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, S. 629 (630 ff.); P. Altmaier, a. a. O. (Fn. 7), S. 305; Ute Mager, Die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Verbesserter Schutz vor Kompetenzverlagerung auf die Gemeinschaftsebene?, ZEuS 2003, S. 471 (476 f.).

2. Das Subsidiaritätsprinzip nach dem Vertrag von Lissabon – Verfahrensabsicherung mit Schwächen

Im Subsidiaritätsprotokoll⁹ des Vertrages von Lissabon gehen die Mitgliedstaaten nun einen Schritt weiter und führen Verfahren zur Absicherung des Subsidiaritätsprinzips ein. Mit dem so genannten Frühwarnsystem einschließlich Subsidiaritätsrüge (Art. 4, 6) und der Subsidiaritätsklage (Art. 8) übernimmt das Protokoll die Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips den nationalen Parlamenten (Art. 12 lit. b EUV-L). Damit werden erstmals direkte Beziehungen zwischen nationalen Parlamenten und den Organen der Europäischen Union geschaffen.

Ob das Subsidiaritätsprinzip durch die neuen Kontrollverfahren die gewünschte Wirksamkeit erhält, muss allerdings mit einem Fragezeichen versehen werden. Aus der Sicht der nationalen Parlamente werfen die neuen Kontrollinstrumente mehrere Probleme auf:

- ❖ Frist von lediglich 8 Wochen für die Erhebung der Subsidiaritätsrüge,
- ❖ Überprüfungspflicht als Folge der Subsidiaritätsrüge nur bei einer Mindestanzahl abgegebener parlamentarischer Stellungnahmen,
- ❖ ungeklärter Regelungsgehalt des Subsidiaritätsprinzips,
- ❖ nicht näher konkretisierter Prüfungsmaßstab und dadurch fragliche Justiziabilität.

II. Auf nationaler Ebene: Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Subsidiaritätskontrolle

Allerdings betont das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil vom 30.6.2009 die Bedeutung der Subsidiaritätskontrollmechanismen und zählt diese zu den Sicherungen der souveränen Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland.¹⁰ Bei seiner angekündigten *ultra vires*-Kontrolle will das Bundesverfassungsgericht das Subsidiaritätsprinzip sogar einbeziehen und prüfen, „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“.¹¹ In Ausübung ihrer Integrationsverantwortung sind die deutschen Verfassungsorgane, darunter

⁹ Protokoll (Nr.2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit von 2007, ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 206.

¹⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), www.bverfg.de, Absatz-Nr. 299, 305 und BVerfGE 123, 267 (381, 383).

¹¹ BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), www.bverfg.de, Absatz-Nr. 240 und BVerfGE 123, 267 (353 f.).

auch der Bundestag, aufgrund dieser Rechtsprechung verpflichtet, die europäische Integration nur in dem vom Grundgesetz abgesteckten Rahmen zu betreiben und Verletzungen solcher europarechtlicher Normen entgegenzutreten, die das Bundesverfassungsgericht für die Bewahrung der staatlichen Souveränität Deutschlands für wesentlich hält. Der Deutsche Bundestag ist daher von Verfassungs wegen gehalten, seine neuen Kontrollrechte nach besten Kräften wahrzunehmen. Dazu dient auch die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligte Ausgestaltung des Klagerechts i. S. von Art. 8 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll als parlamentarisches Minderheitsrecht in Art. 23 Abs. 1a S. 2 GG. Dadurch soll ein Zusammenwirken von Bundestagsmehrheit und von ihr getragener Bundesregierung verhindert und der Bundestag veranlasst werden, seine Rechte auch wahrzunehmen.¹²

B. Zur Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse nach dem neuen Subsidiaritätsprotokoll im Einzelnen

I. Frühwarnsystem (Subsidiaritätsrüge)

1. Stellungnahmefrist des Art. 6 Abs. 1 S. 1 Subsidiaritätsprotokoll

Die Frist für die Abgabe einer Subsidiaritätsrüge, die im Subsidiaritätsprotokoll in der Fassung des Verfassungsvertrages noch sechs Wochen nach Übermittlung eines Gesetzgebungsentwurfs betrug, wurde im Vertrag von Lissabon auf acht Wochen verlängert. In dieser Zeit hat die rügewillige nationale Parlamentskammer ihre begründete Stellungnahme vorzulegen. Obwohl eine Reihe von Fragen zum genauen Fristbeginn und Fristende noch der Klärung bedürfen¹³, dürfte nicht strittig sein, dass es sich bei der 8-Wochen-Frist um eine Ausschlussfrist handelt, und es nicht im Ermessen des Entwurfsverfassers (i. d. R. die Kommission, Art. 289 Abs. 1, 4 AEUV) liegt, die Frist zu verlängern. Darauf deutet zum einen die Verlängerung auf acht Wochen im Vertrag von Lissabon hin, die nicht nötig gewesen wäre, wenn die Mitgliedstaaten eine verlängerbare Frist hätten einräumen wollen. Außerdem ist die Stellungnahme innerhalb der Frist nicht nur der Kommission, sondern den Unionsgesetzgebern Rat und Europäischem Parlament vorzulegen, so dass im Falle einer Verlängerungsmöglichkeit nicht nur die Kommission, sondern auch die beiden anderen Organe einer Verlängerung zustimmen müssten. Eine Ausschlussfrist ist aber schon deshalb erforderlich, um das ohnehin zeitintensive Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene nicht zu sehr in die Länge zu ziehen.

¹² BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), www.bverfg.de, Absatz-Nr. 403 und BVerfGE 123, 267 (431).

¹³ Dazu näher *P. Altmaier*, a. a. O. (Fn. 7), S. 311 ff.

Den Deutschen Bundestag stellt die 8-Wochen-Frist allerdings vor erhebliche organisatorische Herausforderungen. Auch das Bundesverfassungsgericht weist in seiner Lissabon-Entscheidung darauf hin, dass die Wirksamkeit des Frühwarnmechanismus von einer entsprechenden Organisation in den nationalen Parlamenten abhängen wird.¹⁴ Der Deutsche Bundestag wird daher unter anderem zu diskutieren haben, inwieweit er vom erweiterten Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 3 GG Gebrauch machen und den Europaausschuss grundsätzlich oder in bestimmten Fällen mit der Erhebung der Subsidiaritätsrüge betrauen soll. Allerdings kann dies nur in enger Zusammenarbeit mit den Fachausschüssen geschehen, da die Sachkenntnis der Fachausschüsse in den unterschiedlichen, potentiell von Subsidiaritätsbedenken betroffenen Materien unverzichtbar ist. Bereits nach der gegenwärtigen Geschäftsordnung haben die Fachausschüsse bei der Beratung von Unionsdokumenten die Einhaltung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu prüfen (§ 93a Abs. 1 S. 1 GO BT).¹⁵

Die nationalen Parlamente werden wegen der Vielzahl der ihnen zugeleiteten EU-Dokumente und ihrer begrenzten Arbeitskapazität nicht umhin kommen, sich auf wenige, besonders kontroverse Gesetzgebungsprojekte der Europäischen Union zu konzentrieren. Eine begründete Stellungnahme mit fundierter Begründung dürfte innerhalb der 8-Wochen-Frist nur erstellt werden können, wenn die Parlamente das betreffende Vorhaben bereits von Anfang an verfolgt und kritisch begleitet haben. Zu diesem Zweck leitet die Kommission den nationalen Parlamenten bereits die Konsultationsdokumente (Grün- und Weißbücher, Mitteilungen) direkt zu (Art. 1 des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente¹⁶).

2. Rechtsfolgen der Subsidiaritätsrüge

Als Rechtsfolge von Subsidiaritätsrügen sieht Art. 7 Abs. 2 und 3 Subsidiaritätsprotokoll Überprüfungspflichten des Entwurfsverfassers (i. d. R. der Kommission) mit anschließender erneuter Beschlussfassung nur bei Erreichen bestimmter Quoren vor. Nach Abs. 2 beträgt die Schwelle ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen bzw. ein Viertel, wenn das Vorhaben den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betrifft. Wird ein Quorum von 50%

¹⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), www.bverfg.de, Absatz-Nr. 305 und BVerfGE 123, 267 (383).

¹⁵ Zu Verfahrensoptionen R. Uerpmann-Witzack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, S. 461 (466).

¹⁶ Protokoll (Nr. 1) über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 203.

erreicht und ist das ordentliche Gesetzgebungsverfahren¹⁷ für den Rechtsakt vorgeschrieben, gelten zusätzliche Anforderungen. So muss die Kommission, wenn sie dennoch an ihrem Entwurf festhalten will, zusätzlich eine begründete Stellungnahme anfertigen, die dann zusammen mit den Stellungnahmen der nationalen Parlamente dem Europäischen Parlament und dem Rat vorgelegt wird. Nach einer Abstimmung über die Subsidiaritätsbedenken vor Abschluss der ersten Lesung wird die Weiterbehandlung des Entwurfs eingestellt, wenn bestimmte Mehrheiten erreicht werden (Abs. 3 lit.b). Im Umkehrschluss aus den gerade geschilderten Regelungen in Art. 7 Abs. 2 und 3 ergibt sich, dass keine Verpflichtung zur erneuten Prüfung und Beschlussfassung des Entwurfsverfassers besteht, wenn die Quoren nicht erreicht werden. Zwar bestimmt Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 Subsidiaritätsprotokoll, dass die Entwurfsverfasser die Stellungnahmen der nationalen Parlamente „berücksichtigen“. In welcher Form sie das tun, insbesondere ob sie einen erneuten Beschluss über die Rücknahme, Beibehaltung oder Änderung ihres Entwurfs fassen, steht allerdings in ihrem Ermessen.

Für den Deutschen Bundestag bedeutet das, alle Möglichkeiten der Koordinierung mit anderen nationalen Parlamenten regelmäßig zu nutzen, um im Bedarfsfall bei einer Subsidiaritätsrüge auf eine Unterstützung durch möglichst viele andere nationale Parlamente setzen zu können.

3. Umfang der Subsidiaritätsrüge und ihr politischer Charakter

Zu den ungeklärten Fragen im Zusammenhang mit der Subsidiaritätsrüge gehört der Umfang der rügefähigen Vertragsgrundsätze. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 S. 1 Subsidiaritätsprotokoll¹⁸ sind die nationalen Parlamente bei ihrer Stellungnahme auf die Darlegung von Subsidiaritätsbedenken beschränkt. Fraglich ist, ob nationale Parlamente daneben auch eine unzureichende Kompetenzgrundlage oder einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 4 EUV-L) rügen können.¹⁹ Da Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV-L nunmehr ausdrücklich klarstellt, dass das Subsidiaritätsprinzip die *Ausübung* einer *bestehenden*, nicht ausschließlichen (Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV-L) Kompetenz der Unionsorgane regelt, setzt die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips das Bestehen einer solchen Kompetenz notwendig voraus. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist getrennt vom Subsidiaritätsprinzip geregelt. Seine Einhaltung ist eine Vorfrage und nicht mit der

¹⁷ Das frühere Mitentscheidungsverfahren, jetzt geregelt in Art. 294 AEUV.

¹⁸ „Die nationalen Parlamente ... können ...darlegen, weshalb der Entwurf ihres Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist.“

¹⁹ So die Forderung des ehemaligen Ministerpräsidenten *Erwin Teufel* in einem Redebeitrag bei der Sitzung des Verfassungskonvents am 3./4. Oktober 2002, abrufbar unter <http://european-convention.eu.int/docs/speeches/3519.pdf>.

Subsidiaritätsprüfung selbst zu vermischen. Die Bedeutung, die die Mitgliedstaaten dem Prinzip zu-messen, zeigt sich daran, dass es nunmehr an drei Stellen im Vertrag erwähnt wird (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV-L). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip betrifft ebenfalls die Aus-übung einer bestehenden Unionskompetenz. Es ist zudem inhaltlich eng mit dem Subsidiaritätsprinzip verknüpft, weshalb seine Anwendung zusammen mit der des Subsidiaritätsprinzips in einem Protokoll geregelt ist.

Im Verfassungskonvent war die Meinung vertreten worden, die Subsidiaritätskontrolle im Rahmen des Frühwarnsystems sei vorrangig politischer Natur. Deswegen könne sie auch der Kontrolle der natio-nalen Parlamente unterworfen werden. Dies gelte hingegen nicht für das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, auf die der Frühwarnmechanismus daher nicht ausgedehnt worden sei.²⁰ Zwar wird zu Recht darauf hingewiesen²¹, dass neben dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 S. 1 Subsidiaritätsprotokoll auch ein systematisches Argument gegen eine Ausweitung der Subsidiaritätsrüge auch auf Kompetenzfragen und Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrund-satz spricht. Denn das Frühwarnsystem wird in Art. 5 EUV-L nur in dem Absatz genannt, der sich mit dem Subsidiaritätsprinzip befasst (Abs. 3 UAbs. 2 S. 2) und gerade nicht in Abs. 2 im Zusammenhang mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung oder in Abs. 4 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) erwähnt. Andererseits handelt es sich beim Frühwarnsystem in der Tat um einen Kontrollmechanismus mit einer starken politischen Komponente. Mit Hilfe der Subsidiaritätsrüge sollen nationale Volksver-tretungen Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene beeinflussen können, und zwar – wie die Quorumsregelungen in Art. 7 Abs. 2 und 3 Subsidiaritätsprotokoll zeigen – umso stärker, je mehr nationale Parlamente bzw. Parlamentskammern sich gegen einen bestimmten Entwurf wenden. Auch wenn rechtliche Argumente dafür sprechen mögen, dass nationale Parlamente ausschließlich Subsidia-ritätsbedenken vorbringen dürfen, wird sich die Kommission gut begründeten Einwänden gegen die Kompetenzgrundlage oder die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kaum verschließen können.²² Dieses politische Argument greift umso stärker, je mehr Parlamente sich den Kritikpunkten anschließen. Will der Deutsche Bundestag wirksam Einfluss nehmen, sollte er sich daher vor allem bei geplanten Rügen wegen nicht ausreichender Kompetenzgrundlage oder Verstoßes gegen das Verhält-nismäßigkeitsprinzip einer Unterstützung durch andere nationale Parlamente versichern.

²⁰ Konventionsdokument CONV 724/03, S. 145 (abrufbar unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/03/cv00/cv00724.de03.pdf>).

²¹ R. Uerpmann-Witzack, a. a. O. (Fn. 15), S. 462.

²² P. Altmaier, a. a. O. (Fn. 7), S. 314.

4. Regelungsgehalt des Subsidiaritätsprinzips

Trotz Kritik an der Unschärfe des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5 Abs. 2 EG und Vorschlägen zu seiner inhaltlichen Präzisierung²³, konnten sich die Mitgliedstaaten im Vertrag von Lissabon nicht auf eine klarere Definition mit konkreten Kriterien einigen. Klargestellt wird zumindest in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV-L, dass es sich beim Subsidiaritätsprinzip nicht um eine Kompetenzverteilungs-, sondern um eine Kompetenzausübungsregelung handelt. Die Frage einer vertraglichen Kompetenzgrundlage stellt somit eine Vorfrage dar. Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV-L belässt es bei den schon aus Art. 5 Abs. 2 EG bekannten Kriterien, dem Kriterium der Erforderlichkeit²⁴ (nicht ausreichende Regelungsfähigkeit durch die Mitgliedstaaten) und dem Kriterium der Effizienz (bessere Regelung auf Unionsebene). Abgesehen von der ausdrücklichen Erwähnung der regionalen und lokalen Ebenen der Mitgliedstaaten enthält die Subsidiaritätsdefinition des Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV-L als Neuerung nur eine andere Verknüpfung zwischen den beiden Kriterien. Statt „und daher“ heißt es jetzt „sondern vielmehr“. Damit kommt zum Ausdruck, dass eine unzureichende Regelungsfähigkeit einer Materie durch die Mitgliedstaat nicht automatisch den Schluss zulässt, ein Ziel könne besser durch Regelungen auf EU-Ebene verwirklicht werden („und daher“). Schließlich kann es sein, dass die Mitgliedstaaten zwar eine Materie nicht befriedigend auf nationaler Ebene regeln können, die Union aber auch keine effizientere Regelung anbieten kann. Nach der neuen Formulierung muss nunmehr im Rahmen eines zweistufigen Prüfungsschemas das Vorliegen beider Kriterien überprüft werden.²⁵

Allerdings handelt es sich bei den Begriffen „nicht ausreichend“ beim Kriterium der Erforderlichkeit und „besser“ beim Kriterium der Effizienz um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der weiteren Konkretisierung bedürfen. Das Subsidiaritätsprotokoll von 2007 trägt zu einer solchen Konkretisierung nur in Ansätzen bei. Festgehalten werden kann zumindest, dass die - unverbindlichen - Leitlinien in Ziff. 5 des alten Subsidiaritätsprotokolls von 1997 nicht mehr heranzuziehen sind. Sie wurden nicht in das aktuelle Subsidiaritätsprotokoll übernommen.²⁶ Bei der Erforderlichkeit wird auf die Regelungsfähig-

²³ z. B. *C. Calliess*, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, *EuGRZ* 2003, S. 181 (197).

²⁴ Gegen die Verwendung des Begriffs *C. Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-11 Rn. 32.

²⁵ *P. Altmaier*, a. a. O. (Fn. 7), S. 309, 320 f.; *C. Calliess*, a. a. O. (Fn. 24) Rn. 27; *R. Scholtz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand: Okt. 2009, Art. 23 Rn. 108; s. zur Kritik an der Formulierung „vielmehr“ *R. Scholtz*, a. a. O., der das Wort „nur“ bevorzugt hätte, um die Ausschließlichkeit auf Unionsebene zur Tatbestandsvoraussetzung zu machen.

²⁶ Bedauernd *C. Calliess*, a. a. O. (Fn. 24) Rn. 28 f.; anders *P. Altmaier*, a. a. O. (Fn. 7), S. 304, 308, der die Leitlinien für wenig aussagekräftig hält und ihre Nichtübernahme begrüßt.

keit aller oder zumindest der Mehrheit der Mitgliedstaaten abzustellen sein. Eine Unionsregelung kann daher in Betracht kommen, weil eine Mehrzahl der Mitgliedstaaten zur Zielverwirklichung nicht in der Lage ist, obwohl ein großer Mitgliedstaat wie die Bundesrepublik Deutschland ausreichend leistungsfähig wäre.²⁷ Das Subsidiaritätsprotokoll von 2007 enthält weitere Kriterien nur in Art. 5. Neben einer Begründungspflicht mit „detaillierten Angaben, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden“ ist für die Subsidiaritätsprüfung vor allem S. 4 einschlägig. Danach müssen für die Feststellung, dass ein Ziel der Union besser auf Unionsebene erreicht werden kann, qualitative und möglichst auch quantitative Kriterien herangezogen werden.²⁸

Die Kriterien für die Subsidiaritätsprüfung, insbesondere für die Beurteilung von Erforderlichkeit und Effizienz bleiben also auch nach den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon unscharf. Zwar könnte letztlich nur eine entsprechende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dem Subsidiaritätsprinzip mit Verbindlichkeit klarere Konturen geben. Je ausführlicher und sorgfältiger Subsidiaritätsrügen nationaler Parlamente jedoch begründet werden, desto weniger dürften sich die Unionsorgane darüber hinwegsetzen können. Angesichts der in Art. 7 Abs. 2 und 3 aufgestellten Quoren erhöht sich die Wirksamkeit der Argumente allerdings mit der Zahl der Parlamentsstimmen.

II. Subsidiaritätsklage

1. Unterschiede zwischen einer Subsidiaritätsklage des Mitgliedstaats und der seines nationalen Parlaments

Die Subsidiaritätsklage ist in Art. 8 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll als Unterfall der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) ausgestaltet. Die Erwähnung eines Klagerechts der Mitgliedstaaten (1. Variante) ist eigentlich überflüssig, da hier nur wiederholt wird, was sich aus Art. 263 Abs. 2 AEUV ohnehin ergibt. Der Mitgliedstaat ist bei seiner Klage daher auch nicht auf die Rüge von Verstößen gegen das Subsidiaritätsprinzip beschränkt, sondern kann seine Klage auf alle Nichtigkeitsgründe des Art. 263 Abs. 2 AEUV stützen. Die wirkliche Neuerung des Art. 8 Abs. 1 ist die Subsidiaritätsklage der nationalen Parlamente (2. Variante). Diese Klage übermittelt der Mitgliedstaat „im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments“. Die Formulierung zeigt, dass der Mitgliedstaat

²⁷ U. Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, Beiheft 1, S. 71 (77).

²⁸ Für eine Erstreckung dieses Maßstabs auch auf die Prüfung des Erforderlichkeitskriteriums P. Altmaier, a. a. O. (Fn. 7), S. 308, 320.

gleichsam als Bote tätig wird, die Klage aber eine solche des Parlaments oder seiner Kammer bleibt. Schließlich können sich die Interessen des Mitgliedstaats (praktisch also seiner Regierung) von denen seines Parlaments unterscheiden. Es handelt sich also um eine Prozessvertretung zur Wahrung eines einheitlichen Auftretens der Mitgliedstaaten gegenüber der Union²⁹ und nicht um eine Prozessstandschaft³⁰, bei der ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend gemacht wird. Im Vergleich zur Nichtigkeitsklage des Mitgliedstaats ist die Subsidiaritätsklage des nationalen Parlaments nach dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll aber auf die Rüge des „Verstoßes eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip“ beschränkt. Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis müssen die nationalen Parlamente nicht dartun. Im Gegensatz zur Arbeitsgruppe "Subsidiaritätsprinzip" des Verfassungskonvents, die als Zulässigkeitsvoraussetzung die Abgabe einer begründeten Stellungnahme im Rahmen des Frühwarnsystems vorgesehen hatte³¹, verlangt das Subsidiaritätsprotokoll keine vorherige Subsidiaritätsrüge. Eine solche Voraussetzung wäre auch nicht sinnvoll, da sich der Inhalt des betreffenden Entwurfs im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ändern kann und sich aufgrund dieser Änderungen für das nationale Parlament erst in einer Phase Subsidiaritätsbedenken ergeben können, in der es keine Subsidiaritätsrüge mehr erheben kann.³²

2. Prüfungsmaßstab des Gerichtshofs

Im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab des Gerichtshofs stellen sich zwei unterschiedliche Fragen. Zum einen ist zu klären, ob das nationale Parlament auch andere Vertragsverstöße als einen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip selbst geltend machen kann. In Betracht kommt hier vor allem die Rüge einer fehlenden Unionskompetenz, also die Rüge eines Verstoßes gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, sowie die Rüge eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Darüber hinaus könnte das Parlament Mängel im Ablauf des Frühwarnverfahrens vor dem Gerichtshof rügen wollen. Die zweite Frage betrifft die Prüfdichte, die der Gerichtshof bei der Prüfung des Subsidiaritätsprinzips anzulegen hat, also die Frage welchen Beurteilungsspielraum er den Unionsorganen einräumen wird.

²⁹ A. Kees, Die Rechtsnatur der Subsidiaritätsklage nach dem Europäischen Verfassungsvertrag, ZEuS 2006, S. 423 (430); P. Molsberger, Die Bedeutung der Subsidiaritätsklage des Europäischen Verfassungsvertrages für die Länder, VBIBW 2005, S. 169 (170).

³⁰ So aber M. Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union, DÖV 2009, S. 61 (65).

³¹ Schlussfolgerungen der Gruppe I "Subsidiaritätsprinzip" vom 23.9.2002, CONV 286/02, S. 7 f. (abrufbar unter: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/02/cv00/cv00286.de02.pdf>).

³² Ausführlich dazu P. Altmaier, a. a. O. (Fn. 7), S. 315 ff.; s. auch M. Schröder, a. a. O. (Fn. 30), S. 65.

a) Umfang des Prüfungsmaßstabs

Ebenso wie bei der Subsidiaritätsrüge (oben unter B.I.3.) ist auch bei der Subsidiaritätsklage der Umfang der rügefähigen Vertragsgrundsätze ungeklärt. Nach dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll ist die Klage auf die Rüge eines Verstoßes eines Gesetzgebungsakts „gegen das Subsidiaritätsprinzip“ beschränkt. Wie oben dargelegt, ist die Frage einer bestehenden nicht ausschließlichen Unionskompetenz eine Vorfrage für die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes (oben unter B.I.3.). Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV-L macht das Bestehen einer nicht ausschließlichen Zuständigkeit zudem zu einem der Tatbestandsmerkmale des Subsidiaritätsprinzips. Daher wird in der Literatur³³ die Erstreckung der Prüfung auch auf die dem Rechtsakt zugrunde liegende Kompetenzgrundlage gefordert. Auch das Bundesverfassungsgericht lässt in seiner Lissabon-Entscheidung erkennen, dass es erwartet, dass sich die Prüfung auf eine Subsidiaritätsklage der nationalen Parlamente hin auch auf die vorgelagerte Frage der ausreichenden Kompetenzgrundlage erstrecken wird.³⁴ Da es nicht zu den Aufgaben eines nationalen Gerichts gehört, Unionsorganen Vorschriften über die richtige Auslegung eines europarechtlichen Grundsatzes zu machen, vor allem vor dem Hintergrund des dem Europäischen Gerichtshof anvertrauten Auslegungsmonopols (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV-L), muss es das Bundesverfassungsgericht hier allerdings bei Andeutungen belassen.

Auch eine Erweiterung der Prüfung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zu befürworten. Zwar sind Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in unterschiedlichen Absätzen des Art. 5 EUV-L geregelt. Beide Prinzipien betreffen jedoch die Ausübung einer bestehenden Kompetenz (Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV-L). Im Einzelfall können die Grundsätze schwer voneinander abzugrenzen sein. Daher finden sich die Bestimmungen für ihre Anwendung auch im selben Protokoll. Der die Begründungspflicht regelnde Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll trennt beispielsweise nicht klar danach, welche der Begründungsanforderungen für das eine und welche für das andere Prinzip aufgestellt werden.

³³ Z. B. P. Altmaier, a. a. O. (Fn. 7), S. 319; U. Everling, a. a. O. (Fn. 27), S. 77; A. Puttler, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl, 2008, Bd. VI, § 142 Die deutschen Länder in der Europäischen Union, Rn. 21; M. Schröder, a. a. O. (Fn. 30), S. 65; A. Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, S. 30 (46 f.); J. Wuermeling, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, S. 216 (225).

³⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), www.bverfg.de, Absatz-Nr. 305 und BVerfGE 123, 267 (383 f.).

Die Kommission verstößt gegen die Verfahrensregelungen des Frühwarnsystems, wenn sie etwa den nationalen Parlamenten nicht alle Konsultationsdokumente und Gesetzgebungsentwürfe zuleitet (Art. 1 und 2 Subsidiaritätsprotokoll), ihre Entwürfe nicht ausreichend im Sinne des Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll begründet oder das in Art. 7 Abs. 2 und 3 Subsidiaritätsprotokoll geregelte Verfahren nicht einhält. In solchen Fällen kann sich einem nationalen Parlament die Frage stellen, ob es solche Verstöße ebenfalls im Wege einer Subsidiaritätsklage vor den Gerichtshof bringen kann.

Bei den genannten Regelungen handelt es sich um wesentliche Formvorschriften im Sinne des Art. 263 Abs. 2 AEUV. Sie schreiben verbindliche Verfahrensschritte vor, ohne dabei der Kommission Ermessen einzuräumen. Dabei dienen sie alle der Absicherung der Subsidiaritätskontrollrechte der nationalen Parlamente. Ein Mitgliedstaat könnte ohne weiteres eine Nichtigkeitsklage auf eine Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift stützen. Fraglich ist, ob dieser Weg nationalen Parlamente auch eröffnet ist, weil die Parlamentsklage wegen „Verstoßes eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip“ (Art. 8 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll) nicht nur die Einhaltung der materiellen Voraussetzungen sondern auch das damit verbundene Verfahren meint. Nach Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 EUV-L achten die nationalen Parlamente auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips „nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren“. Dieser Satz könnte unterschiedlich verstanden werden, nämlich als Anweisung an die Parlamente ein bestimmtes Verfahren einzuhalten oder auch als Befugnis, zugleich die Einhaltung des Verfahrens selbst zu überwachen. Da der Wortlaut nicht eindeutig ist, sollte zur Beantwortung der Frage auf den Sinn des Frühwarnsystems abgestellt werden. Das Verfahren wurde eingeführt, um die Wirksamkeit des bislang wenig effektiven Subsidiaritätsprinzips durch einen Kontrollmechanismus für die nationalen Parlamente zu steigern. Dieser Zweck würde beeinträchtigt, wenn man den Parlamenten verwehren würde, die Einhaltung des in ihrem Interesse eingeführten Verfahrens gerichtlich einzuklagen. Die für den Mitgliedstaat stets bestehende Möglichkeit, eine Nichtigkeitsklage wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften zu erheben, ist kein adäquater Ersatz für ein Klagerecht des nationalen Parlaments. Da sich die Interessen der Mitgliedstaaten und ihrer Parlamente bei der Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips nicht immer decken, ist nicht gewährleistet, dass ein Mitgliedstaat Verstöße gegen die Verfahrensbestimmungen des Frühwarnsystems im Interesse seines Parlaments auch gerichtlich geltend macht. Eine Ausnahme ist für die Klage wegen Verstoßes gegen die Pflicht zu umfangreichen Konsultationen nach Art. 2 Subsidiaritätsprotokoll zu machen. Anhörungen werden nicht nur im Interesse der nationalen Parlamente sondern im Interesse der

gesamten interessierten Öffentlichkeit veranstaltet. Einen Verstoß gegen die Anhörungspflichten könnte daher nicht das nationale Parlament, sondern nur der Mitgliedstaat im Klagewege rügen.

b) Prüfdichte des Subsidiaritätsprinzips

Wie oben dargelegt wurde (B. I. 4.), tragen die geringen Änderungen, die der Vertrag von Lissabon in Art. 5 Abs. 3 EUV-L an der Definition des Subsidiaritätsprinzips vorgenommen hat und die Neufassung des Subsidiaritätsprotokolls nicht dazu bei, dem Subsidiaritätsprinzip schärfere Konturen zu verleihen und seine bislang sehr begrenzte Justiziabilität zu verbessern. Zwar sprechen gute Argumente dafür, dass Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV-L nunmehr schon aufgrund seines Wortlauts eine zweistufige Prüfung verlangt mit der Prüfung des Erforderlichkeitskriteriums auf der ersten und des Effizienzkriteriums auf der zweiten Stufe. Den genauen Inhalt der Begriffe „nicht ausreichend“ beim Kriterium der Erforderlichkeit und „besser“ beim Kriterium der Effizienz lassen jedoch sowohl Art. 5 EUV-L wie auch das Subsidiaritätsprotokoll offen.

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist es bisher noch zu keiner ausführlichen Subsidiaritätsprüfung gekommen.³⁵ Auch in Zukunft steht zu erwarten, dass der Gerichtshof den Unionsorganen einen weiten Einschätzungsspielraum eröffnen wird für die Fragen, ob eine Zielerreichung auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend und durch ein Handeln der Union besser gewährleistet ist. Der Gerichtshof dürfte die Subsidiaritätsbestimmungen vor allem als Darlegungs- und Beweislastregeln für die Unionsorgane interpretieren. Zu begrüßen wäre jedoch, wenn der Gerichtshof stärker den Zweck des Subsidiaritätsprinzips als Garant der Bürgernähe herausstellen und daraus die Vermutung ableiten würde, dass im Bereich der geteilten Zuständigkeiten die Mitgliedstaaten vorrangig Maßnahmen ergreifen dürfen.³⁶ Auch eine Zwei-Stufen-Prüfung von zunächst der Erforderlichkeit und erst dann der Effizienz einer Unionsmaßnahme würde dem geänderten Normtext erst gerecht werden. Das Bundesverfassungsgericht stellt das Erforderlichkeitskriterium in den Vordergrund, wenn es in seiner Lissabon-Entscheidung die Grenzlinie jedenfalls für zentrale politische Bereiche des Raums persönlicher Entfaltung und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse dort sieht, “ wo die Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte sachlich notwendig ist“.³⁷

³⁵ S. die Nachweise bei *P. Altmaier*, a. a. O. (Fn. 7), S. 305; *C. Calliess*, a. a. O. (Fn. 24) Rn. 35.

³⁶ *P. Altmaier*, a. a. O. (Fn. 7), S. 320.

³⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), www.bverfg.de, Absatz-Nr. 251 und BVerfGE 123, 267 (359).

Der Gerichtshof kann das Subsidiaritätsprinzip allerdings nur weiterentwickeln, wenn entsprechende geeignete Fälle an ihn herangetragen werden. Es ist anzunehmen, dass der Frühwarnmechanismus dazu beiträgt, dass den stärksten Subsidiaritätsbedenken der nationalen Parlamente bereits im Rechtssetzungsverfahren Rechnung getragen wird. Sollte es zu einer Klage kommen, empfiehlt es sich, die Mahnung des derzeitigen deutschen Richters am Gerichtshof *Thomas von Danwitz* zu beherzigen, dass die gerichtliche Überprüfung umso wirksamer erfolgen könne, je substantieller die Einwände seien.³⁸

C. Fazit

Beim Frühwarnsystem handelt es sich um ein Kontrollverfahren mit starkem politischem Einschlag. Um eine Überprüfung des Entwurfs zu erreichen, ist es wichtig, auch durch gute Zusammenarbeit im Vorfeld die Unterstützung möglichst vieler weiterer mitgliedstaatlicher Parlamente zu gewinnen. Die 8-Wochen-Frist wird nur erfolgreich eingehalten werden können, wenn sich das nationale Parlament auf wenige wichtige Vorhaben konzentriert und deren Entwicklung von Anfang an begleitet.

Die Subsidiaritätsklage ist hingegen eine juristische Kontrolle. Die Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips ist wegen seiner Maßstabsarmut weiterhin begrenzt. Vor dem Gerichtshof wird es darauf ankommen, auf den Sinn des Subsidiaritätsprinzips als Verwirklichung der Bürgernähe und das Erfordernis einer Zwei-Stufen-Prüfung der Kriterien Erforderlichkeit und Effizienz hinzuweisen.

Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Grundgesetz eine Integrationsverantwortung auch der deutschen gesetzgebenden Körperschaften. Dazu gehört auch, dass sich die Verfassungsorgane auf europäischer Ebene dafür einsetzen, dass die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Europäischen Union im Rahmen der Vorgaben des Grundgesetzes stattfindet. Da das Bundesverfassungsgericht Subsidiaritätsrüge und -klage als Mechanismen zur Sicherung der deutschen Staatsgewalt ansieht, sind auch Bundestag und Bundesrat verpflichtet, ihre neuen Kontrollkompetenzen bestmöglich wahrzunehmen.

³⁸ Zitiert nach *R. Stettner/N. Bettelmann*, Fachtagung „Die Subsidiaritätskontrolle im Vertrag von Lissabon: Chancen und Herausforderungen für die nationalen Parlamente“ in der Hessischen Landesvertretung in Berlin, *EuZW* 2009, S. 237 (238).