

9. Juni 2010

**Stellungnahme
zum öffentlichen Expertengespräch
„Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“
im Unterausschuss Europarecht
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am 16. Juni 2010**

Fünf Eingangsthesen zum Subsidiaritätsprinzip und seiner Kontrolle

1. Das Subsidiaritätsprinzip wird seit seiner Aufnahme in das Europarecht 1987 insbesondere durch immer dichtere Verfahren innerhalb der Europäischen Kommission zunehmend wirksamer.
2. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) vereinigt unterschiedliche Rechtsprechungskulturen, darunter auch solche, die der Gesetzeskontrolle aus Respekt gegenüber dem primär legitimierten Normgeber sehr zurückhaltend gegenüberstehen. Nicht zuletzt deswegen steht zu erwarten, dass der EuGH auch in Zukunft sowohl die Kompetenz- als auch die Subsidiaritätskontrolle sehr zurückhaltend handhaben wird.
3. Subsidiaritätsrüge wie -klage erstrecken sich nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte weder auf Vorfragen der Organ- oder Verbandskompetenz noch auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 EUV noch auf sonstige Rechtsdefizite von Unionsvorhaben.
4. Subsidiaritätsrüge und -klage entfalten unter den Bedingungen des politischen Systems in Deutschland vor allem dann eine eigenständige Bedeutung, wenn es um eine Minderheitenklage geht (Art. 23 Abs. 1a GG) oder wenn sich die Bundesrepublik im Rat bei Mehrheitsentscheidung in der Minderheit befindet. Ansonsten sind Subsidiaritätsanliegen bereits durch die Bundesregierung vorab im Rat und später, nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens, vor dem EuGH (Nichtigkeitsklage) durchsetzbar.
5. Die bloße Möglichkeit einer Subsidiaritätsrüge oder -klage durch nationale Parlamente dürfte für die Subsidiaritätskontrollverfahren auf Unionsebene in den Organen und zwischen den Organen eine Vorwirkung entfalten, die diese Verfahren weiter stabilisiert. Eine übermäßige und unfokussierte Verwendung von Subsidiaritätsrüge oder -klage könnte diese Vorwirkung abschwächen.

Gliederung

- I. Die kontinuierliche Verbesserung der Subsidiaritätskontrolle auf europäischer Ebene*
 - 1. Verfahrensverbesserungen in der Europäischen Kommission*
 - 2. Verfahrensverbesserungen bei anderen Organen: AdR*
- II. Subsidiarität und EuGH*
 - 1. Bisherige Rechtsprechung*
 - 2. Vergleichender Hinweis: Das BVerfG zu Subsidiarität im Lissabon-Urteil*
- III. Subsidiaritätskontrolle ist keine Kompetenzkontrolle*
- IV. Funktionen der Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente: Minderheitskontrolle oder Notbremse?*
- V. Wirkweise der Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente*

I. Die kontinuierliche Verbesserung der Subsidiaritätskontrolle auf europäischer Ebene

Die Subsidiaritätsprüfung europäischer Maßnahmen auf europäischer Ebene darf **nicht als einmalige, punktuelle Angelegenheit** (miss-)verstanden werden. Die Subsidiarität insbesondere legislativen Tätigwerdens auf europäischer Ebene ist von allen Organen der Europäischen Union zu beachten. Die Prüfung der Subsidiarität wird an mehreren Punkten im Politikzyklus auf europäischer Ebene relevant.¹ Der Europäischen Kommission kommt dabei eine zentrale Rolle zu, da sie nach wie vor nahezu alle Gesetzgebungsvorhaben initiiert. Die Kommission berichtet dem Europäischen Rat, dem Europäischen Parlament, dem Rat und den nationalen Parlamenten jährlich unter der allgemeinen Zielvorgabe „bessere Rechtsetzung“ über die Anwendung der Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.²

Aus mitgliedstaatlicher Sicht stehen die europäischen Verfahren freilich unter dem **Verdacht**, vom Eigeninteresse der europäischen Ebene an möglichst viel europäischem Einfluss strukturell überlagert zu sein. Es ist der Bock-als-Gärtner-Einwand. Hier ist jedoch auf neuere **binnenorganisatorische Entwicklungen in der Kommission** hinzuweisen (dazu 1.), die einer (möglichen) strukturellen Befangenheit europäischer Subsidiaritätskontrolle entgegenwirken. Im Bereich des **Ausschusses der Regionen** verdienen Neuerungen aus dem Vertrag von Lissabon Erwähnung (dazu 2.). Ungeachtet dieser Verbesserungen erscheint es wichtig, dass die Rechtsentwicklungen seitens der nationalen Parlamente beständiger im Blick gehalten werden.

¹ Das Europäische Parlament und/oder der Rat müssen ihr Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität rechtfertigen, wenn sie an einem Kommissionsvorschlag Abänderungen vornehmen, die sich auf den Umfang der betreffenden Unionsmaßnahme auswirken. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss und der Ausschuss der Regionen nehmen entweder anlässlich ihrer Anhörung oder auf eigene Initiative Stellung. Auch die Konferenz der Ausschüsse für Gemeinschafts- und Europa-Angelegenheiten der Parlamente der Europäischen Union (COSAC) kann zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips Stellung nehmen.

² S. etwa 16. Bericht „Bessere Rechtsetzung“ 2008 vom 25. September 2009, KOM (2009) 504, 15. Bericht „Bessere Rechtsetzung“ 2007 vom 26. September 2008, KOM (2008) 586, 14. Bericht „Bessere Rechtsetzung“ 2006 vom 6. September 2007, KOM (2007) 286.

1. Verfahrensverbesserungen in der Europäischen Kommission

Bevor die Kommission einen Vorschlag vorlegt, muss sie umfassende Anhörungen durchführen; sie muss außerdem in der Begründung eines jeden Vorschlags darlegen, inwiefern der betreffende Legislativvorschlag den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit entspricht, und der Belastung der Europäischen Union, der Regierungen der Mitgliedstaaten, der Gebietskörperschaften, der Wirtschaft und der Bürger Rechnung tragen.

Von besonderer Bedeutung ist jedoch die **präventive Subsidiaritätskontrolle** im Rahmen der **kommissionsinterne Folgenabschätzung** („impact assessment“) von geplanten Rechtsetzungsinitiativen. Dadurch dass die Subsidiaritätskontrolle innerhalb der Kommission von einer gesonderten von politischen Weisungen unabhängigen Arbeitseinheit auf Direktorenebene (vergleichbar mit Abteilungsleitern) durchgeführt wird, dem **Ausschuss für Folgenabschätzung**, erhöht sich deren Effektivität. Dem Impuls der Europäischen Kommission, als europäischer Institution möglichst die europäische Gesetzgebung zu befördern, wird ein anderer Anreiz entgegengestellt: Der individuelle Anreiz für Kommissionsbedienstete ihr Gesetzgebungsvorhaben nicht durch den Ausschuss für Folgenabschätzung beanstandet zu finden.

Die Bedeutung, die der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips (auch und gerade bei der einer Rechtsetzungsinitiative vorangehenden Folgenabschätzung (impact assessment) zukommt, kann daher kaum überschätzt werden. Dies kommt in den 2009 revidierten **Leitlinien zur Folgenabschätzung** zum Ausdruck.³ Die Leitlinien zur Folgenabschätzung, die Orientierungshilfen für die kommissionsinterne Folgenabschätzung vor Erstellung einer Rechtsetzungsinitiative enthalten, wurden erstmals 2002 aufgestellt und 2005 bzw. 2006 überarbeitet, gerade die jüngste Revision hatte das explizite Ziel, durch Folgenabschätzungen zu gewährleisten, dass Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit noch besser beachtet werden und dass jeweils nachvollziehbar deutlich gemacht wird, warum ein konkreter Rechtssetzungsakt angesichts dieser Prinzipien notwendig und angemessen ist. Die jüngste Revision geht auf die Einrichtung des unabhängigen Ausschusses für Folgenabschätzung im November 2006 zurück, der sowohl selbst Folgenabschätzungen erstellt als auch die Qualität der in der Kommission vorgenommenen Folgenabschätzungen kontrolliert. Die Stellungnahmen des Ausschusses für Folgenabschätzung sind – angefangen von der dienststellenübergreifenden Konsultation bis hin zur Annahme im Kollegium – förmlicher Bestandteil der kommissionsinternen Beschlussfassung. Nach Annahme der betreffenden Vorlage sind sie für die übrigen Organe und Institutionen sowie für die Allgemeinheit zugänglich. Der Ausschuss für Folgenabschätzung mahnt in seinen Stellungnahmen häufig Nachbesserungen an zentralen Aspekten der Folgenabschätzungen – Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit inbegriffen – an. Der Ausschuss für Folgenabschätzung stellt mithin die zentrale Qualitätskontroll- und Unterstützungsinstanz für die Subsidiaritätsprüfung bei der Folgenabschätzung europäischer Rechtsetzungsinitiativen innerhalb der Kommission dar; er untersteht unmittelbar dem Kommissionspräsidenten und ist unabhängig von den politischen Abteilungen.

³ Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, SEK(2009) 92.

Nach den neuen Leitlinien zur Folgenabschätzung sind Erwägungen zur Subsidiarität in jedem Folgenabschätzungsbericht im zweiten Abschnitt des ca. 30-seitigen Dokuments aufzuführen.⁴ Entsprechend der bekannten Prüfung des Subsidiaritätsprinzips in zwei Schritten müssen bei jeder Folgenabschätzung eines Rechtssetzungsakts der Kommission nacheinander die Fragen beantwortet werden, warum die Ziele der vorgeschlagenen Maßnahme nicht hinreichend von den Mitgliedstaaten verwirklicht werden können (Erforderlichkeitsprüfung), sowie ob die Ziele deswegen besser durch Unionsmaßnahmen verwirklicht werden könnten (Prüfung des EU-Mehrwertes). Als Unterstützung bei der Beantwortung dieser Fragen bieten die Leitlinien zur Folgenabschätzung **kleinschrittige Prüffragen** an, an denen sich die **Subsidiaritätsprüfung innerhalb der Kommission** bei der Folgenabschätzung eines Rechtssetzungsakts orientieren soll:

1. Hat das behandelte Problem grenzübergreifende Aspekte, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht zufriedenstellend angegangen werden können?
2. Würden Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein oder ein Ausbleiben von Gemeinschaftsmaßnahmen im Widerspruch zu den Anforderungen des Vertrags stehen?
3. Würden Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein oder ein Ausbleiben von Gemeinschaftsmaßnahmen den Interessen der Mitgliedstaaten erheblich schaden?
4. Würden Gemeinschaftsmaßnahmen aufgrund ihrer Größenordnung klare Vorteile bringen im Vergleich zu Maßnahmen der Mitgliedstaaten?
5. Würden Gemeinschaftsmaßnahmen aufgrund ihrer Wirksamkeit klare Vorteile bringen im Vergleich zu Maßnahmen der Mitgliedstaaten?

Diese Überlegungen sollen in qualitativ und möglichst auch quantitativ untermauerte Argumentationen münden, die das Ergebnis der Subsidiaritätsprüfung überzeugend nachvollziehbar erscheinen lassen und **keine bloße Bejahung oder Ablehnung der Subsidiarität** darstellen. Die Leitlinien weisen ausdrücklich darauf hin, dass ein alternatives Vorgehen der Mitgliedstaaten **auch in einer internationalen Lösung** bestehen kann, demgegenüber ein europäischer Ansatz dementsprechend ebenfalls als subsidiär zu behandeln sein kann. Schließlich wird in den Leitlinien zur Folgenabschätzung der **Charakter der Subsidiaritätsprüfung als dynamisches Konzept** hervorgehoben, der zur Folge haben kann, dass die Subsidiarität einer Rechtssetzungsmaßnahme je nach Zeitpunkt ihrer Prüfung bewertet werden kann, und insbesondere „Gemeinschaftsmaßnahmen zurückgefahren oder unterbrochen werden können, falls sie aufgrund veränderter Umstände nicht mehr gerechtfertigt sind“.⁵

Diese Orientierungshilfen für die Subsidiaritätsprüfung stellen nach Selbsteinschätzung der Kommission eine deutliche Verbesserung gegenüber dem alten Leitfaden dar und **beruhen, neben den Ergebnissen des Ausschusses für Folgenabschätzung, auf einem Evaluierungsschema, das der Ausschuss der Regionen als seine Arbeitsgrundlage für den Bereich der Subsidiarität** entwickelt hat (s. dazu unten). In seinem Jahresbericht 2009 spricht der Ausschuss für Folgenabschätzung allerdings - angesichts der gestiegenen Anzahl von Empfehlungen (2007: 29, 2008: 48 Empfehlungen), die er im Hinblick auf die Subsidiaritätsprüfung in den von ihm kontrollierten Folgenabschätzungen vornehmen

⁴ Abschnitt 1: Verfahrensfragen und Ergebnisse der Konsultation, Abschnitt 2: Politischer Hintergrund, Problemdefinition und Subsidiarität, Abschnitt 3: Ziele, Abschnitt 4: Politische Optionen, Abschnitt 5: Analyse der Auswirkungen, Abschnitt 6: Vergleich der Optionen, Abschnitt 7: Monitoring und Evaluierung.

⁵ Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, SEK(2009) 92, S. 27 f.

musste - von der „Notwendigkeit einer detaillierteren Analyse der Subsidiarität“ und empfiehlt „eine konsequentere Nutzung der in den Leitlinien von 2009 enthaltenen, strukturierten Fragenkataloge“.

*

Die Subsidiaritätsprüfung der Kommission bettet sich in den breiteren Kontext eines **allgemeinen politischen Dialogs mit den nationalen Parlamenten** ein. Seit 2006 übermittelt die Kommission den nationalen Parlamenten alle neuen Vorschläge und hat ein Verfahren eingerichtet, das eine Beantwortung der Stellungnahmen der Parlamente vorsieht. Der politische Dialog der Kommission mit den nationalen Parlamenten nach Ansicht der Kommission ein Prozess, der zu einer festen Einrichtung der institutionellen Praxis der Union geworden ist.

Bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat die Kommission im Rahmen eines informellen und dialogischen Austauschs mit den Parlamenten der Mitgliedstaaten innerhalb von drei Jahren 525 Stellungnahmen der Parlamente der Mitgliedstaaten erhalten. Die Anzahl der bei der Kommission eingegangenen **Stellungnahmen** hat sich **jedes Jahr ungefähr verdoppelt** und ist von 53 (2006) bzw. 115 (2007) auf 200 im Jahr 2008 angewachsen. Auch wenn es hierbei nicht nur um Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit geht, haben die Parlamente diese Themen regelmäßig angesprochen. Die Kommission geht davon aus, dass sich der Trend, dass die Stellungnahmen der nationalen Parlamente nicht nur rasch zunehmen, sondern sich derzeit jährlich nahezu verdoppeln, nach der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon und der Einführung der gelben und orangen Karte fortsetzen wird. In ihrem Bericht über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit von 2008 hält die Kommission fest, an dem „Umstand, dass von den nationalen Parlamenten und den EU-Organen ähnliche Fragen aufgeworfen werden“ zeige sich ein „zunehmender Konsens über das Verständnis von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit in der Praxis“.

Die 368 Stellungnahmen, die von September 2006 bis Ende 2008 bei der Kommission eingegangen sind, stammten von 33 Parlamenten bzw. Parlamentskammern aus 24 Mitgliedstaaten. Allerdings ist eine differenzierte Beteiligung festzustellen, wobei die geäußerten Bedenken der nationalen Parlamente nicht unbedingt konvergierten, weder in der thematischen Schwerpunktsetzung noch in der Ausrichtung ihrer Stellungnahme. Nur zu wenigen Vorschlägen sind mehr als drei Stellungnahmen eingegangen. Während sich der französische Senat sowie das niederländische und portugiesische Parlament auf Fragen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit konzentrierten, prüfte die Mehrheit der nationalen Parlamente politische Fragen im Zusammenhang mit dem Inhalt der Kommissionsvorschläge.

Darüber hinaus haben einige Parlamente – insbesondere das schwedische und das dänische Parlament – beschlossen, sich nur zu Konsultationsdokumenten der Kommission zu äußern. Bei Rechtsetzungsvorschlägen üben sie entsprechend ihren internen Verfahren ausschließlich eine Kontrolle der Standpunkte ihrer Regierung im Rat aus.

2. Verfahrensverbesserungen bei anderen Organen: AdR

Mit dem Lissabon-Vertrag wird die Stellung des Ausschusses der Regionen (AdR) im Legislativprozess und seine Rolle in Sachen Subsidiaritätskontrolle gestärkt. Neben der Ausweitung der obligatorischen Konsultation des Ausschusses bei der europäischen Gesetzgebung wird dem AdR in Subsidiaritätsfragen auch ein **Klagerecht vor dem EuGH** eingeräumt: Er kann in Politikbereichen, in denen der AdR laut EU-Vertrag angehört werden muss, **Nichtigkeitsklage** gegen Rechtsakte erheben.

Der AdR hat Ende 2009 seine Geschäftsordnung angepasst, um die Wahrnehmung seiner neuen Rechte zu ermöglichen. Danach kann der Präsident des AdR oder die mit der Ausarbeitung des Stellungnahmeentwurfs betraute Fachkommission vorschlagen, wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip durch Rechtsakte, zu denen der Ausschuss nach den Verträgen gehört werden muss, vor dem EuGH Klage zu erheben. Das AdR-Plenum, das fünf Mal pro Jahr zusammentritt, befindet dann mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen über diesen Vorschlag. Wird ein entsprechender Beschluss gefasst, reicht der Ausschusspräsident im Namen des Ausschusses die Klage ein. Trifft das Plenum innerhalb der im Lissabon-Vertrag festgelegten Frist von zwei Monaten keine Entscheidung, kann das Präsidium des Ausschusses der Regionen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen über den Vorschlag des Präsidenten bzw. der AdR-Fachkommission befinden. Wird dieser Vorschlag angenommen, reicht der Präsident die Klage im Namen des Ausschusses ein und befasst die Plenarversammlung auf ihrer nächsten Tagung mit der Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Klage.

Im Rahmen des Netzwerks des Ausschusses der Regionen für die Subsidiaritätskontrolle organisiert der AdR den Informationsaustausch zwischen den lokalen und regionalen Gebietskörperschaften der EU im Hinblick auf europäische Gesetzgebungsvorhaben. Das „Analyse-Kit für Subsidiarität & Verhältnismäßigkeit“ enthält folgende vom AdR entwickelte „**Bewertungstabelle Subsidiarität & Verhältnismäßigkeit**“:

1. Rechtsgrundlage & Art der Zuständigkeit:

- a) Ziel(e) des Dokuments.
- b) Auf welche(n) Artikel des Vertrags stützt sich das Dokument? Bitte begründen Sie etwaige Einwände gegen die Rechtsgrundlage.
- c) Fällt der Vorschlag in die Zuständigkeit der Union? Handelt es sich um ausschließliche Zuständigkeit der Union oder um geteilte Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten?

2. Subsidiaritätsprinzip

Sollte die Gemeinschaft tätig werden, da

(a) dies nötig ist, weil die Mitgliedstaaten (entweder auf nationaler, oder auf regionaler und lokaler Ebene) das Ziel der vorgeschlagenen Maßnahme nicht in ausreichendem Maße erreichen können, und

(b) da dies deutliche Vorteile in Bezug auf Ausmaß und Resonanz mit sich bringt?

Bitte begründen Sie Ihre Antwort auf diese Frage unter Berücksichtigung folgender Überlegungen:

- i) Weist das betreffende Sachgebiet grenzübergreifende Aspekte auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten und/oder der lokalen und regionalen Gebietskörperschaften nicht angemessen geregelt werden können?
- ii) Würden alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten gegen die Bestimmungen des EG-Vertrags verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen?
- iii) Würden bestehende Maßnahmen der Gemeinschaft bzw. eine in deren Rahmen geleistete gezielte Unterstützung ausreichen, um die gesetzten Ziele zu erreichen?

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

a) Gehen die vorgeschlagenen Maßnahmen über das zur Verwirklichung der gesetzten Ziele notwendige Maß hinaus? Bitte begründen Sie Ihre Antwort unter Berücksichtigung folgender Überlegungen:

- i) Ist die vorgeschlagene Form des Handelns so einfach wie möglich (so ist z.B. eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen).
- ii) Lässt der Vorschlag den Mitgliedstaaten soviel Entscheidungsspielraum wie möglich?

iii) Werden durch den Vorschlag bewährte nationale Regelungen und besondere Bedingungen in Ihrem Mitgliedstaat bzw. Ihrer Region berücksichtigt (z.B. die Struktur und die Funktionsweise des Rechtssystems)?

b) Wenn Sie der Meinung sind, dass der Vorschlag tatsächlich über das notwendige Maß hinausgeht, welchen anderen Weg zur Erreichung der gesetzten Ziele halten Sie für weniger restriktiv?

4. Finanz- und/oder Verwaltungsaufwand:

a) Bitte geben Sie an, ob der Finanz- oder Verwaltungsaufwand, der auf die Europäische Union, die einzelstaatlichen Regierungen, die lokalen und regionalen Gebietskörperschaften, die Wirtschaftsakteure und die Bürger zukommt, in einem angemessenem Verhältnis zu den Zielen des Vorschlags steht und ob er so gering wie möglich gehalten wird.

b) Bitte geben Sie, wenn sie über betreffende Angaben verfügen, die geschätzte Höhe des Finanz- oder Verwaltungsaufwands an, der in ihrer Verwaltung oder auf dem Gebiet ihrer lokalen bzw. regionalen Gebietskörperschaft durch die Umsetzung des Vorschlags anfallen würde.

Bessere Rechtsetzung & Erarbeitung des Vorschlags

5. Berücksichtigung lokaler und regionaler Aspekte bei der Folgenabschätzung und Konsultation

a) Wurde eine umfassende Folgenabschätzung vorgelegt, in der lokale und regionale Aspekte berücksichtigt werden?

b) Wurden die lokalen und regionalen Gebietskörperschaften vor Annahme des Vorschlags angemessen konsultiert? Falls Sie an einer solchen Konsultation teilgenommen haben, geben Sie bitte an, worin ihre Beteiligung im Einzelnen bestand und wie Sie diese Erfahrung bewerten.

6. Qualität der vorgebrachten Argumente:

a) Enthält der Vorschlag klare, passende und überzeugende Argumente, mit denen die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit begründet wird?

b) Beziehen sich diese Argumente sowohl auf qualitative als auch auf quantitative Indikatoren?

Sonstige Anmerkungen

Weitere Anmerkungen zur Qualität des Vorschlags insgesamt sind willkommen, z.B. in Bezug auf die Klarheit des Wortlauts, die Umsetzung auf regionaler und lokaler Ebene, die Notwendigkeit einer tiefergehenden Debatte über den dem Vorschlag entsprechenden Finanz- oder Verwaltungsaufwand während des Rechtsetzungsprozesses, die Eignung der beabsichtigten Maßnahmen hinsichtlich der gesetzten Ziele usw.

II. Subsidiarität und EuGH

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) vereinigt unterschiedliche Rechtsprechungskulturen, darunter auch solche, die der Gesetzeskontrolle aus Respekt gegenüber dem primär legitimierten Normgeber sehr zurückhaltend gegenüberstehen. Nicht zuletzt deswegen steht zu erwarten, dass der EuGH sowohl Kompetenz- wie auch Subsidiaritätskontrolle auch in Zukunft sehr zurückhaltend handhaben wird. Die bisherige Rechtsprechung lässt erkennen, dass der EuGH für die Antwort nach der Subsidiaritätsfrage weite Spielräume belässt, dies freilich im Rahmen einer an justiziablen Maßstäben orientierten Kontrolle (dazu 1.).

Das BVerfG hat sich in seinem Lissabon-Urteil an verschiedenen Stellen zur Subsidiarität europäischer Maßnahmen gegenüber mitgliedstaatlichem Vorgehen und Subsidiaritätskontrolle geäußert (dazu 2.)

1. Bisherige Rechtsprechung⁶

Für die Rechtsprechung des EuGH wurde der Grundsatz der Subsidiarität erst mit Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht 1993 (s. den seinerzeitigen Art. 3b Abs. 2 EGV) relevant. Das Gericht erster Instanz (heute „Europäisches Gericht“, EuG) äußerte 1995,⁷ dass das Subsidiaritätsprinzip zuvor nicht zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört habe, anhand derer die Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftshandlungen zu prüfen ist. Damit kommt ihm keine Rückwirkung für die Zeit vor dem Maastrichter Vertrag zu. Seitdem das Subsidiaritätsprinzip im Primärrecht verankert ist, sind sämtliche Gemeinschafts- bzw. heute Unionsorgane dazu verpflichtet, ihre Entscheidungen systematisch im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip zu begründen.⁸

Der Grundsatz der Subsidiarität wird in Urteilen immer wieder thematisiert, insbesondere durch Mitgliedstaaten in Vertragsverletzungsverfahren. Typische Themenfelder sind dabei allgemein die Rechtsangleichung, aber auch speziellere Zusammenhänge wie Umwelt- und Verbraucherschutzrecht, geistiges Eigentum, Wettbewerb und sogar die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik.

Der EuGH hat hier bisher allerdings noch nie einen Rechtsakt an einer Subsidiaritätsverletzung scheitern lassen.

Typisch ist für den EuGH die knappe Form der Subsidiaritätsprüfung. Es wird dabei zunächst festgestellt, ob es sich um eine ausschließliche Zuständigkeit der Union handelt oder nicht. Nur bei nicht-ausschließlichen Zuständigkeiten kann das Subsidiaritätsprinzip Anwendung finden. In diesem Falle stellt der EuGH in aller Regel – wiederum sehr knapp – dar, dass die Aufgabe auf Gemeinschafts- bzw. Unionsebene besser verwirklicht werden kann.⁹ Es finden sich vereinzelte Beispiele-

⁶ S. dazu auch Albin, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU. Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, 629.

⁷ EuG, Rs. T-29/92, Vereinigung van Samenwerkende Prijsregelnde Organisaties in de Bouwnijverheid et al./ Kommission, Slg. 1995, II-289, Rn. 326, 330.

⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Léger v. 10. Dez. 1996, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rn. 89-90.

⁹ Bsp. für solche Prüfungen: EuGH, Rs. C- 491/01, British American Tobacco, Slg. 2002, I-11453, Rn. 179-183; EuGH, Rs. C-377/98, Niederlande / EP und Rat, Slg. 2001, I-7079, Rn. 32.

le für eine ausführlichere Prüfung.¹⁰

Folgende Einzelbeispiele aus der jüngeren Rechtsprechung lassen erkennen, wie der EuGH Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsüberlegungen anstellt (Hervorhebungen hinzugefügt):

In der erst kürzlich ergangenen Entscheidung EuGH, Rs. C-58/08, Vodafone u.a. (Roamingverordnung), Urt. v. 9. Juni 2010, findet sich eine vergleichsweise ausführliche Prüfung, die den Stand der Rechtsprechung dokumentiert:

Zum Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

51. Nach ständiger Rechtsprechung gehört der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und verlangt, dass die von einer Gemeinschaftsbestimmung eingesetzten Mittel zur Erreichung der mit der betreffenden Regelung verfolgten Ziele geeignet sind und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen (Urteil vom 6. Dezember 2005, ABNA u. a., C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, Slg. 2005, I-10423, Randnr. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).

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 (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Juli 2001, Jippes u. a., C-189/01, Slg. 2001, I-5689, Randnrn. 82 und 83, British American Tobacco [Investments] und Imperial Tobacco, Randnr. 123, Alliance for Natural Health u. a., Randnr. 52, und vom 7. Juli 2009, S.P.C.M. u. a., C-558/07, Slg. 2009, I-0000, Randnr. 42).

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 (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. März 2005, Tempelman und van Schaijk, C-96/03 und C-97/03, Slg. 2005, I-1895, Randnr. 48, vom 15. Dezember 2005, Griechenland/Kommission, C-86/03, Slg. 2005, I-10979, Randnr. 96, und vom 12. Januar 2006, Agrarproduktion Staebelow, C-504/04, Slg. 2006, I-679, Randnr. 37).

54. Der Gerichtshof hat daher auf der Grundlage der oben genannten Kriterien zu prüfen, ob, wie insbesondere die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens geltend machen, die Verordnung Nr. 717/2007 gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt, weil sie sich nicht darauf beschränkt, die Obergrenze für das Großkundenentgelt festzusetzen, sondern auch Obergrenzen für Endkundenentgelte und Pflichten zur Information über die Endkundenentgelte zugunsten der Roamingkunden vorsieht.

55. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die **Kommission vor der Erarbeitung des Vorschlags für eine Verordnung eine umfassende Prüfung vorgenommen** hat, deren Ergebnis in der in Randnr. 5 des vorliegenden Urteils erwähnten **Folgenabschätzung** zusammengefasst ist. Daraus ergibt sich, dass sie verschiedene Optionen in diesem Bereich untersucht hat, darunter die Regulierung nur der Endkundenentgelte, nur der Großkundenentgelte oder beider, und dass sie die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser verschiedenen Arten von Regulierungen sowie die Wirkungen der unterschiedlichen Modalitäten der Preisbildung bewertet hat.

56. Die Festlegung der Entgeltobergrenzen für die Erbringung von Roamingdiensten auf Endkundenebene mit Hilfe des in Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 717/2007 vorgesehenen Eurotarifs soll u. a., wie sich insbesondere aus Art. 1 sowie den Erwägungsgründen 14 und 16 dieser Verordnung ergibt, dafür sorgen, dass den Nutzern öffentlicher Mobilfunknetze niedrigere Preise für diese Dienste in Rechnung gestellt werden, um die Verbraucher zu schützen.

57. Ferner geht insbesondere aus dem 19. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 717/2007 hervor, dass die Einführung des Eurotarifs eine bessere Ausrichtung der für das gemeinschaftsweite Roaming berechneten Endkundenentgelte an den tatsächlich mit der Erbringung dieser Dienste verbundenen Kosten bewirken sollte als bisher.

58. Wie sich aus Randnr. 39 des vorliegenden Urteils ergibt, war das Niveau des durchschnittli-

¹⁰ EuGH, Rs. C-154/04 und C-155/04, Alliance for Natural Health u.a., Slg. 2005, I-6451, Rn. 105-108.

chen Endkundenentgelts für einen Roaminganruf in der Gemeinschaft zur Zeit des Erlasses der Verordnung Nr. 717/2007 hoch und das Verhältnis zwischen Kosten und Entgelten nicht so, wie es auf Märkten mit wirksamem Wettbewerb der Fall gewesen wäre. So betrug das durchschnittliche Endkundenentgelt für einen Roaminganruf seinerzeit 1,15 Euro pro Minute, d. h., wie aus der Zusammenfassung in der Folgenabschätzung hervorgeht, mehr als fünfmal so viel wie die tatsächlichen Kosten der Abwicklung des betreffenden Großkundendienstes.

59. Der in Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 717/2007 vorgesehene Eurotarif liegt erheblich unter diesem Durchschnittsentgelt. Zudem orientieren sich die dort festgelegten Entgeltobergrenzen, wie Nr. 3 der Begründung des Vorschlags für eine Verordnung zu entnehmen ist, an den entsprechenden Obergrenzen für Großkundenentgelte, um die Endkundenentgelte genauer an den Kosten der Anbieter auszurichten.

60. Unter diesen Umständen ist die in der betreffenden Bestimmung vorgenommene Einführung von Entgeltobergrenzen auf Endkundenebene als zum Schutz der Verbraucher gegen überhöhte Entgelte **geeignet** anzusehen.

61. Die **Erforderlichkeit** der streitigen Maßnahme wird damit bestritten, dass diese Maßnahme im Hinblick auf den intensiven Wettbewerb auf den Endkundenmärkten über das hinausgehe, was zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sei. Ein weniger strenger und die Verhältnismäßigkeit besser wahrender Ansatz hätte darin bestanden, nur die Großkundenentgelte zu regulieren, dabei durch das freie Wirken des Wettbewerbs nach den Regeln von Angebot und Nachfrage gleichwohl eine Senkung der Endkundenentgelte zu erreichen und den NRB freizustellen, im Fall von Marktstörungen auf der Grundlage genau definierter Regulierungskriterien einzugreifen.

62. Insoweit geht insbesondere aus dem 14. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 717/2007 hervor, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber von der Feststellung ausgegangen ist, dass sich eine Senkung der Großkundenentgelte nicht unbedingt in niedrigeren Endkundenentgelten niederschläge, weil es dafür keine Anreize gebe.

63. Unter Bezugnahme auf die Begründung des Vorschlags für eine Verordnung, der dem Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass der Verordnung Nr. 717/2007 als Grundlage diene, machen das Parlament und die Kommission u. a. geltend, dass eine Regulierung nur des Markts für gemeinschaftsweite Roamingdienste auf Großkundenebene angesichts des mangelnden Wettbewerbsdrucks nicht sichergestellt hätte, dass die Betreiber eine Senkung der Großkundenentgelte an die Endkunden weiterreichen würden. Die Erfahrung habe gezeigt, dass eine Senkung der Großkundenentgelte nicht zwingend zu sinkenden Endkundenentgelten führe.

64. Der Rat hat hierzu erläutert, dass der Gesetzgeber eine Überwachung der Endkundenentgelte insbesondere deshalb für notwendig erachtet habe, weil in diesem spezifischen Bereich der Wettbewerb in Bezug auf die Endkundenentgelte hauptsächlich auf der Ebene des gesamten Paketangebots stattfindet und für die Mehrheit der Verbraucher das Roaming nur ein untergeordneter Bestandteil dieses Pakets sei, so dass es weder bei der Wahl des Betreibers noch bei der Entscheidung, ihn zu wechseln, eine entscheidende Rolle spiele.

65. Die Organe, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, haben darüber hinaus auf die **Folgenabschätzung** Bezug genommen, aus der hervorgeht, dass die Dynamik der Roamingmärkte als komplex und im Fluss begriffen angesehen wurde, so dass die Gefahr bestand, dass eine Senkung der Großkundenentgelte nicht an die Endkunden weitergegeben würde.

Außerdem ist ihr zu entnehmen, dass es deshalb ratsamer wäre, zugleich die Endkundenentgelte zu regulieren. Eine solche Gefahr hat die GER im Übrigen in Nr. 3.12 ihrer Antwort vom 22. März 2006, die sie während der Folgenabschätzung vorausgegangenen öffentlichen Konsultation erteilte, insbesondere für diejenigen Mitgliedstaaten eingeräumt, auf deren Märkten weniger Wettbewerb herrscht.

66. Zudem ist festzustellen, dass eine Regulierung nur der Großkundenentgelte **keine unmittelbaren und sofortigen Wirkungen zugunsten der Verbraucher** hervorgerufen hätte. Vielmehr konnte allein eine Regulierung der Endkundenentgelte ihre Lage unmittelbar verbessern.

67. Wie sich aus dem 13. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 717/2007 ergibt, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber ferner eingeräumt, dass die erlassenen Maßnahmen außergewöhnlichen Charakter hätten, der durch die einzigartigen Merkmale der Roamingmärkte gerechtfertigt sei.

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.

69. In Anbetracht der Bedeutung schließlich, die dem Ziel des Verbraucherschutzes im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 EG zukommt, steht ein Eingriff auf einem dem Wettbewerb unterliegenden

Markt, der zeitlich begrenzt ist und die Verbraucher unverzüglich vor überhöhten Entgelten schützt, wie er im Ausgangsverfahren in Rede steht, selbst wenn er möglicherweise negative wirtschaftliche Folgen für einzelne Betreiber hat, in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel.

70. Daher ist festzustellen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber dadurch, dass er in Art. 4 der Verordnung Nr. 717/2007 zusätzlich zu den Obergrenzen für Großkundenentgelte Obergrenzen für Endkundenentgelte erlassen hat, **nicht die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat**. Das Gleiche gilt für die in Art. 6 Abs. 3 dieser Verordnung vorgesehene Informationspflicht, da diese Bestimmung die praktische Wirksamkeit der Regulierung der Endkundenentgelte verstärkt und deshalb durch das Ziel des Verbraucherschutzes gerechtfertigt ist.

71. Folglich verstoßen die Art. 4 und 6 Abs. 3 der Verordnung Nr. 717/2007 **nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**.

Zum Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip

72. Insoweit 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. Insoweit 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.

In der Entscheidung EuGH, Rs. C-491/01, British American Tobacco, Slg. 2002, I-11453, finden sich folgende Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip:

177 Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in Artikel 5 Absatz 2 EG niedergelegt. [...]

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 Zielles erforderlich ist.

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

In der Entscheidung EuGH Es. C-377/98, Biopatentrichtlinie, Slg. 2001, I-7079, äußerte sich der EuGH wie folgt zum Subsidiaritätsprinzip:

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.

Insgesamt lässt die Rechtsprechung des EuGH dem europäischen Gesetzgeber also einen erheblichen Spielraum bei der Frage, ob den Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips entsprochen wurde. Eine gerichtliche Überprüfung konzentriert sich dann darauf, ob die Bedingungen für die umfassende Anstellung von Subsidiaritätserwägungen gegeben waren und ob solche Erwägungen stattgefunden haben. Der deutsche EuGH-Richter von Danwitz skizziert dies wie folgt:¹¹

[Die Subsidiaritätskontrolle] hat sich also auf das zu konzentrieren, was der Gemeinschaftsrichter in diesem Rahmen sinnvollerweise überprüfen kann. Das ist zunächst die **Einhaltung des vom Subsidiaritätsprotokoll vorgesehen Prüf- und Dokumentationsverfahrens**. Im Zentrum der gerichtlichen Kontrolle dürfte indes die **Begründung** des Gemeinschaftssetzgebers stehen, die er zur Wahrung der Subsidiaritätsanforderungen gibt. Da es gerade

¹¹ von Danwitz, Der Mehrwert gemeinsamen Handelns, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. Oktober 2008, S. 8.

diese Begründungskontrolle ist, die das Fehlen materieller Rechtsmaßstäbe des Subsidiaritätserfordernisses zu kompensieren hat, darf diese Prüfung nicht mit leichter Hand erfolgen. Pauschale Begründungen und abstrakte Rechtserwägungen können den Anforderungen ebenso wenig genügen wie salvatorische Klauseln.

Aus richterlicher Sicht kommt es entscheidend darauf an, welche konkreten Umstände eine Kompetenzausübung rechtfertigen. Insoweit dürfte den Erläuterungen aus dem Rechtsetzungsverfahren besondere Bedeutung zukommen. Gleiches gilt für die Gegenerwägungen, die für eine Subsidiaritätswidrigkeit sprechen. Je substantieller die Einwände, desto wirksamer kann die gerichtliche Überprüfung erfolgen. Schließlich tritt die Möglichkeit einer materiellen Überprüfung der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips ergänzend hinzu.

2. Vergleichender Hinweis: Das BVerfG zu Subsidiarität im Lissabon-Urteil

Das BVerfG spricht in seinem Urteil vom 20. Juni 2009 zum Vertrag von Lissabon¹² das Thema Subsidiarität an verschiedenen Stellen an.

Das BVerfG entwickelt in seinem Urteil zunächst den Prüfmaßstab für die ihm vorgelegte Frage nach der Verfassungskonformität. Dabei stellt es die Subsidiaritätswahrung in den Kontext der Ultra vires-Kontrolle (Absatz-Nr. 240):

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).

Im Vergleich zu der im Maastricht-Urteil verwendeten Formel fällt auf, dass der Zusatz „unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ eingefügt wurde. Das deutet darauf hin, dass das BVerfG die Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsfrage neben die eigentliche Kompetenzfrage stellt.

Allerdings ist nach wie vor ungeklärt, was genau die „Grenzen“ der übertragenen Hoheitsrechte bedeuten: Vom Wortlaut her wären damit letztlich auch formale Fehler europäischer Akte erfasst. Einen allgemeinen Rechtmäßigkeitsvorbehalt gegenüber europäischem Recht kann das BVerfG aber hier nicht meinen.

An anderer Stelle betont das BVerfG, dass die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips durch das Grundgesetz geboten ist (Absatz-Nr. 251), wie dem Wortlaut des Art. 23 GG entnommen werden kann:

Auch wenn durch die großen Erfolge der europäischen Integration eine gemeinsame und miteinander im thematischen Zusammenwirken stehende europäische Öffentlichkeit in ihren jeweiligen staatlichen Resonanzräumen ersichtlich wächst (vgl. dazu bereits BVerfGE 89, 155 <185>; Trenz, Europa in den Medien, Die europäische Integration im Spiegel nationaler Öffentlichkeit, 2005), so ist doch nicht zu übersehen, dass die öffentliche Wahrnehmung von Sach-

¹² BVerfGE 123, 267 – Lissabon. Im Folgenden werden die Absatznummern der unter <http://www.bverfg.de> verfügbaren Online-Version verwendet.

themen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt. 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.

Zur Beurteilung der Subsidiaritätsrüge und -klagemöglichkeiten äußert sich das BVerfG wie folgt (Absatz-Nr. 293):

Auch die institutionelle Anerkennung der Parlamente der Mitgliedstaaten durch den Vertrag von Lissabon kann das Defizit im unmittelbaren, durch die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments begründeten Legitimationsstrang der europäischen Hoheitsgewalt nicht aufwiegen. Die Stellung nationaler Parlamente wird durch die Verminderung von Einstimmigkeitsentscheidungen und die Supranationalisierung der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erheblich gemindert. **Die vom Vertrag vorgesehene Kompensation durch die verfahrensrechtliche Stärkung der Subsidiarität verlagert** - dies wurde in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend hervorgehoben - **bestehende politische Selbstbestimmungsrechte auf verfahrensrechtliche Einwirkungsmöglichkeiten und juristisch verfolgbare Beteiligungsansprüche.**

Nachdem das BVerfG seinen Prüfmaßstab entwickelt hat, überprüft es den Vertrag von Lissabon bzw. die beanstandeten Bundesgesetze. In diesem Kontext äußert es sich auch zur Subsidiaritätsrüge und -klage (Absatz-Nr. 304 f.). Es geht im Einzelnen hier um die Frage, ob die EU-Kompetenzordnung die souveräne Staatsgewalt beeinträchtigt. Das ist nach dem BVerfG-Urteil nicht der Fall:

Darüber hinaus **sollen materiell-rechtliche Schutzmechanismen, insbesondere Zuständigkeitsausübungsregeln, gewährleisten, dass die auf europäischer Ebene bestehenden Einzelermächtigungen in einer die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten schonenden Weise wahrgenommen werden.** Zu den Zuständigkeitsausübungsregeln zählen das Gebot, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten (Art. 4 Abs. 2 EUV-Lissabon), der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV-Lissabon), **der Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV-Lissabon) und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV-Lissabon).** Diese Grundsätze werden durch den Vertrag von Lissabon bestätigt und teilweise inhaltlich präzisiert.

In diesem Zusammenhang geht das BVerfG auf Subsidiaritätsrüge und -klage ein:

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 scheint das BVerfG nicht ohne weiteres annehmen zu wollen:

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.).

Für das Klagerecht – dem Wortlaut nach nicht die Rüge – meint das BVerfG, dass dessen Effektivität von der Ersteckung auf die Zuständigkeit abhängt:

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 Ab-

grenzung 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).

Die Folgen für den Fall, dass die Subsidiaritätsklage nicht die Zuständigkeit umfassen sollte – dazu siehe unten – werden nicht erkennbar. Zur **Bedingung für die Verfassungsmäßigkeit** des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon macht das BVerfG die Effektivität der neuen Mechanismen nach dem Wortlaut des Urteils daher auch nicht. Es zitiert hier immerhin einen Beitrag von Wuermeling, der in der besagten Passage unmissverständlich aus dem Europäischen Verfassungskonvent berichtet: „Widerstände [gegen die Erstreckung der Prüfung auch auf die Einhaltung der Kompetenzgrenzen] konnten nicht überwunden werden“. Auch der zitierte Beitrag des deutschen EuGH-Richters von Danwitz macht unmissverständlich klar, dass der **europarechtliche Subsidiaritätstest** von der Prüfung der Rechtsgrundlage zu trennen ist.

Das BVerfG wusste also, dass die Entstehungsgeschichte die Erstreckung der Prüfung auch auf die Einhaltung der Kompetenzgrenzen nicht trägt. So dürfte sich die etwas holprige Formulierung („wird“, „auch“) erklären.

In Absatz-Nr. 401 ff. finden sich schließlich noch Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung des Frühwarnmechanismus als Minderheitsrecht in der Begleitgesetzgebung:

Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93) (Änderungsgesetz), bei dem es sich um ein verfassungsänderndes Gesetz handelt, stößt weder auf formelle noch auf materielle Bedenken und ist deshalb **verfassungsgemäß**.

III. Subsidiaritätskontrolle ist keine Kompetenzkontrolle

Im März 2010 hat der Bundesrat in einer Subsidiaritätsrüge zur europäischen Schutzanordnung eine fehlende Kompetenz beanstandet und dabei ausgeführt, die Subsidiaritätsrüge nach Art. 12 lit. b EUV erfasse auch die Frage der Zuständigkeit der EU.¹³

Das Argument, dass die **Prüfung der Subsidiarität auch die Überprüfung der Kompetenzgrundlage** umfassen müsse, klingt zunächst plausibel. Danach führt ein Handeln der Union ohne Kompetenz zu einer Verletzung des in Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV normierten Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und damit verbunden nicht etwa zur Unanwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips, sondern zwangsläufig zu dessen Verletzung.¹⁴ Der Prüfung des Subsidiaritätsprinzips soll deswegen stets als Vorfrage eine Prüfung der Kompetenzgrundlage vorausgehen.¹⁵ Ein Tätigwerden der Union ohne Kompetenzgrundlage greife mindestens genauso intensiv in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten ein wie eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips.¹⁶

Gegen eine Ausweitung der Subsidiaritätskontrollverfahren werden die systematische Stellung der Subsidiaritätskontrolle in Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, der Wortlaut von Art. 6 und 8 Subsidiaritätsprotokoll sowie die Diskussionen im Konvent, wo ein Vorschlag, das Frühwarnsystem auf Kompetenzen und Verhältnismäßigkeit zu erstrecken, abgelehnt wurde, angeführt.¹⁷

Der **Wortlaut** der einschlägigen Vorschriften lässt eindeutig erkennen, dass für Subsidiaritätsrüge und -klage immer nur das Subsidiaritätsprinzip im Bezug genommen wird:

Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV: „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.

Artikel 5 Subsidiaritätsprotokoll (Auszug): „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.

¹³ Bundesrat-Dok. 43/1/10.

¹⁴ Vgl. Schwarze, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 489 (523).

¹⁵ Ritzer/Ruttloff, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven, EuR 2006, 116 (132).

¹⁶ So Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, S. 200.

¹⁷ S. etwa Groh, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, S. 77 (88); Uerpman-Witzack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, 461 (462); s. auch Götz, Kompetenzverteilung und Kompetenzkontrolle in der Europäischen Union, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, 2004, 43 (59).

Artikel 6 Subsidiaritätsprotokoll (Auszug): „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.“

Artikel 8 Subsidiaritätsprotokoll (Auszug): „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.“

In den **Beratungen des Konvents** ist die Frage ebenfalls diskutiert worden. Wörtlich heißt es in einem Zwischenbericht im Hinblick auf Änderungsvorschläge zum Subsidiaritätsprotokoll:¹⁸

Die Änderungsvorschläge hingegen, wonach der Anwendungsbereich des Frühwarnmechanismus **auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgedehnt** werden sollte, wurden nicht berücksichtigt. Wie auch die Arbeitsgruppe I festgestellt hatte, ist das **Subsidiaritätsprinzip nämlich vorrangig politischer Natur** und kann daher der Kontrolle der nationalen Parlamente unterworfen werden. Der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hingegen ist aufgrund seiner hauptsächlich rechtlichen Natur** (Inanspruchnahme eines rechtlichen Mittels) vom Frühwarnmechanismus auszuschließen. **Das Gleiche gilt für den Grundsatz der begrenzten Einzelzuständigkeiten.**

Die Subsidiaritätsrüge und -klage sind also tatsächlich auf Subsidiaritätsfragen beschränkt. Nicht selten wird dieser Befund in Abrede gestellt. Der deutsche Richter am EuGH von Danwitz hat in diesem Kontext folgende Beobachtung gemacht:

Erstens wird das Subsidiaritätspostulat in politischen Diskussionen regelmäßig nicht auf die Befolgung des Subsidiaritätsprinzips im Rechtssinne des Vertrages bezogen, sondern **allgemein als Ausdruck für die Selbstbeschränkung des gemeinschaftlichen Handelns** verstanden. Auf diese Weise mutieren Gemeinschaftsrechtsfragen zu Subsidiaritätsproblemen, obwohl sie im EG-Vertrag eigenständig geregelt sind. Das gilt namentlich **für die der Kompetenzausübung vorgelagerte Frage der Kompetenzabgrenzung**, aber auch für die Reichweite der Grundfreiheiten und die Möglichkeit, sie gerechtfertigten Beschränkungen zu unterwerfen. **Auf solche Fragen kann und soll das Subsidiaritätsprinzip nach dem Vertrag indes keine Antwort geben.**¹⁹

Schlussfolgerungen für die Subsidiaritätsrüge und die Subsidiaritätsklage:

- Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage erstrecken sich **nicht auf die Beanstandung einer Rechtsgrundlage** (im Sinne fehlender Verbandskompetenz).
- Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage erstrecken sich **nicht auf das**

¹⁸ CONV 724/03 Anlage 2, S. 145 (Entwurf der Verfassung Band I). S. auch Wuermeling, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, 216 (225): „Ausdrücklich bezieht sich das Klagerecht allerdings nur auf die Subsidiarität. Es ist nicht klargestellt, dass sich die Prüfung auch auf die Einhaltung der Kompetenzgrenzen erstreckt. **Die Widerstände dagegen konnten nicht überwunden werden.**“, Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁹ von Danwitz, Der Mehrwert gemeinsamen Handelns, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. Oktober 2008, S. 8.

Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 EUV.

- Die **Beanstandung von sonstigen formalen oder materiellen Rechtsfehlern** (fehlende Organkompetenz, Verfahrensfehler, Grundrechtsverstöße u.ä.) ist im Rahmen der Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage schon gar nicht möglich.
- Wenn neben Subsidiaritätsbedenken andere rechtliche Einwände (zB. fehlende oder falsche Rechtsgrundlage, Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip) bestehen, so liegen diese Einwände also wie ausgeführt streng genommen außerhalb der durch den Vertrag vorgesehenen Subsidiaritätskontrollverfahren. Denkbar erscheint gleichwohl, **angelegentlich einer Subsidiaritätsrüge oder -klage** auf andere rechtliche Einwände aufmerksam zu machen. Solche Einwände hätten freilich lediglich **Hinweischarakter**. **Für die Berücksichtigung solcher allgemeinen Rechtmäßigkeits Einwände im weiteren Verfahren bestünde daher keinerlei Gewähr.**

IV. Funktionen der Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente: Minderheitskontrolle oder Notbremse?

Betrachtet man die Subsidiaritätskontrollmechanismen vor dem Hintergrund der „**Wirklichkeit des politischen Kräftespiels**“,²⁰ so wird deutlich, dass ‚nationale Parlamente‘ eigentlich ein zu ungenauer Begriff ist.

Subsidiaritätsanliegen können bereits durch die Bundesregierung vorab im Rat und, ist ein Rechtsakt in Kraft, vor dem EuGH (Nichtigkeitsklage) geltend gemacht werden. Der EuGH prüft im Rahmen der regulären Nichtigkeitsklage auch den Einwand der Unzuständigkeit (unzureichende Rechtsgrundlage für einen Rechtsakt).²¹

Die die Bundesregierung tragende Parlamentsmehrheit kann die Bundesregierung jederzeit zu einem bestimmten Verhalten im Rat anhalten. Sie kann von der Bundesregierung auch verlangen, den Klageweg vor dem EuGH zu beschreiten. Umgekehrt ist es wenig wahrscheinlich, dass eine Parlamentsmehrheit einen Rechtsakt im Wege der Subsidiaritätskontrollverfahren beanstandet, dem die eigene Bundesregierung in Brüssel zustimmen will oder zugestimmt hat.

Daraus ergibt sich, dass Subsidiaritätsrüge und -klage unter den Bedingungen des politischen Systems in Deutschland **vor allem dann eine eigenständige Bedeutung** entfalten dürften, wenn es um ein **Minderheitenanliegen** geht (Art. 23 Abs. 1a GG). Die parlamentarische Opposition kann nämlich nur begrenzt auf die Bundesregierung einwirken, um Subsidiaritätsanliegen auf europäischer Ebene verfolgen zu lassen. Sie ist auf das Minderheitenrecht angewiesen.

Anders liegt der Fall dann, wenn auf europäischer Ebene im Rat mit Mehrheit beschlossen und die Bundesregierung überstimmt wurde. Dann gerät die Parlamentsmehrheit nicht in einen Widerspruch zur eigenen Bundesregierung, wenn sie die beiden Subsidiaritätskontrollverfahren nutzt.

Neben dem Bundestag kann auch der **Bundesrat** Subsidiaritätsrügen bzw. Subsidiaritätsklagen einleiten. Auch hier stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zur Geltendmachung von Subsidiaritätsanliegen durch die Bundesregierung.

²⁰ BVerfGE 123, 267 – Lissabon, Rn. 205.

²¹ EuGH, Rs. 6/69 und 11/69, Kommission/Frankreich, Slg. 1969, 523 (539 f.); Rs. 294/83, Les Verts/EP, Slg. 1986, 1339, Rn. 54 f.; Rs. 242/87, Kommission/Rat, Slg. 1989, 1425, Rn. 8 ff.; Verb. Rs. 281, 283–285 und 287/85, Deutschland u. a./Kommission, Slg. 1987, 3203, Rn. 12–18; Rs. C-332/85, Deutschland/Kommission, Slg. 1987, 5143 (5169 f.); Rs. C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Rn. 20 sowie 23–25; Verb. Rs. 188–190/80, Slg. 1982, 2545, Rn. 4–15, Frankreich u. a./Kommission; Rs. 16/88, Kommission/Rat, Slg. 1989, 3457, Rn. 9 ff.; Rs. 6 und 7/88, Spanien und Frankreich/Kommission, Slg. 1989, 3639, Rn. 13 ff.; Rs. 167/88 (AGPB/ONIC), Slg. 1989, 1653, Rn. 15–22; Rs. 25/70, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster u. a., Slg. 1970, 1161, Rn. 13–18; Rs. C-89/85, Ahlström/Kommission, Slg. 1988, 5193 (5242 f.); Rs. C-48/69, ICI/Kommission, Slg. 1972, 619 (664); Rs. 6/72, Europemballage/Kommission, Slg. 1972, 213 (243); Rs. 228/82, Ford/Kommission, Slg. 1989, 1129 (1162); EuG, Rs. T-80/89, BASF/Kommission, Slg. 1995, II-729 Rn. 101 f; EuGH, Verb. Rs. C-48/90 und C-66/90, Niederlande u.a. / Kommission, Slg. 1992, I-627, Rn. 20–39; Rs. C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Rn. 16–18.

V. Wirkweise der Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente

Bereits auf europäischer Ebene wird die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips an verschiedensten Stellen in europäischen Normsetzungsvorhaben geprüft. Die Subsidiaritätssensibilität hat sich auf europäischer Ebene kontinuierlich gesteigert. **Echte Subsidiaritätsverstöße** dürften daher **immer seltener** werden.

Sollte es doch einmal zu einer Subsidiaritätsklage kommen, so machen die Spielräume, die der EuGH bei der Antwort auf die Frage nach der Subsidiaritätswahrung belässt, eine **erfolgreiche Klage eher unwahrscheinlich**.

Vor diesem Hintergrund dürfte der konkrete Erfolg von Subsidiaritätsrügen oder Subsidiaritätsklagen die **Ausnahme** bleiben.

Demgegenüber ist es die bloße Möglichkeit einer Subsidiaritätsrüge oder -klage durch nationale Parlamente, die für die Subsidiaritätskontrollverfahren auf Unions-ebene in den Organen und zwischen den Organen eine **Vorwirkung** entfalten dürfte, die diese Verfahren weiter stabilisiert. Alleine das Wissen um die Subsidiaritätsaufsicht durch nationale Parlamente führt auf europäischer Ebene zu erhöhten Rechtfertigungs- und Erklärungsanstrengungen.

Eine **übermäßige und unfokussierte** Verwendung von Subsidiaritätsrüge oder Subsidiaritätsklage könnte diese auf **Vorwirkung beruhenden Effekte** allerdings erheblich **abschwächen**.
