

Protokoll^{*)}

der 8. Sitzung des Rechtsausschusses – Unterausschuss Europarecht

**am 16. Juni 2010,
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Raum 4300**

Beginn der Sitzung: 11.33 Uhr

Vorsitzender: Dr. Patrick Sensburg, MdB

TAGESORDNUNG:

**Öffentliches Expertengespräch zu dem Thema:
„Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“**

S. 1 - 58

Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg (CDU/CSU): Meine sehr geehrten Damen und Herren. Es ist kurz nach halb zwölf. Wir sollten nicht die bestrafen, die pünktlich sind. Ich eröffne die heutige Sitzung des Unterausschusses Europarecht des Rechtsausschusses und begrüße Sie ganz herzlich. Ganz besonders begrüße ich die Expertinnen und Experten, die heute anwesend sind und teilweise eine weite Anreise hatten. Ich freue mich, dass Sie heute Zeit gefunden haben, uns zu Fragen der Subsidiarität Rede und Antwort zu stehen. Ich bedanke mich auch, dass Sie im Vorfeld bereits eine schriftliche Stellungnahme abgegeben haben und freue mich gleich auf die Diskussion. Ferner begrüße ich die Kolleginnen und Kollegen aus dem Deutschen Bundestag, insbesondere aus dem Rechtsausschuss, dem Unterausschuss Europarecht, dem EU-Ausschuss und allen weiteren Ausschüssen. Ich begrüße die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus dem Deutschen Bundestag, den Ministerien und den europäischen Institutionen. Ich freue mich, dass Vertreter der Medien heute – bei einem doch nicht ganz so einfachen Thema – hier sind und versuchen werden, diese schweren Fragen in den entsprechenden Medien den Bürgern näher zu bringen.

Expertengespräche, das heißt eine freie Aussprache ohne parlamentarische Vorlage, sind im Rechtsausschuss und erst recht im Unterausschuss Europarecht selten. Normalerweise werden Anhörungen zu Gesetzesentwürfen oder Anträgen durchgeführt, aber wir denken, dass das Thema „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ es rechtfertigt, heute eine Expertenanhörung durchzuführen. Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips ist – gerade für die nationalen Parlamente – durch den Vertrag von Lissabon gestiegen. Die Subsidiaritätsrüge, aber auch die Subsidiaritätsklage bestehen als Rechte der Mitgliedstaaten und stellen vor diesem Hintergrund auch eine Thematik dar, die wir hier im Bundestag diskutieren müssen und wollen. Der Unterausschuss Europarecht hat zu diesen Fragestellungen schon mehrmals Stellung genommen. Zum Beispiel standen die Europäische Schutzanordnung und die Vorlage zu einer Verordnung zum Erb- und Testamentsrecht auf unserer Tagesordnung. Sie sehen, es sind vielfältige Fragestellungen, die uns beschäftigen, die wir hier nicht akademisch behandeln, sondern im täglichen Geschäft auf der Tagesordnung haben.

Ich möchte ganz kurz etwas zum Ablauf des Expertengesprächs erklären und dann auch schon in das Gespräch einsteigen. Aber ein paar Informationen sind wichtig, weil die Zeit begrenzt ist und es ist ja die hohe Kunst, schwere Fragen in knapper Zeit zu diskutieren und sich nicht zu verlieren. Deswegen einige Informationen: Jeder Experte bekommt im Rahmen eines Eingangsstatements fünf Minuten Zeit, zu den aufgeworfenen Fragen schwerpunktmäßig Stellung zu nehmen. Wir gehen in alphabetischer Reihenfolge vor. Entsprechend haben wir auch Ihre Platzierung vorgesehen. Das heißt, Herr Prof. Calliess wird beginnen. Ihre teilweise umfangreichen schriftlichen Stellungnahmen liegen uns vor. Von daher hoffen wir, dass die Eingangsstatements nicht länger als fünf Minuten dauern, sonst würde uns die Gelegenheit genommen, möglichst viele Fragen an Sie zu stellen. Es sind zwei Fragen pro Abgeordneter zugelassen – entweder zwei Fragen an einen Experten oder eine Frage an zwei Experten. Ich bitte die Kolleginnen und Kollegen zu sagen, an welche Experten die Fragen gerichtet werden, also keine Fragen in den Raum zu stellen, sondern an den jeweiligen Experten zu adressieren. Die Fragen sollen dann nicht unmittelbar beantwortet werden, sondern sie werden gesammelt und von den Experten en bloc beantwortet. Die Antwortrunde erfolgt in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge. Sollten wir dann noch Zeit haben – ich habe das einmal durchgerechnet, es wird sehr eng – ist auch eine zweite Fragerunde möglich – wenn wir an unserem Zeitbudget festhalten, könnte das klappen. Ich bitte daher insbesondere die Abgeordneten, keine Koreferate zu halten – wir werden noch im Ausschuss diskutieren können. Nach meiner Vorstellung sollten die Anfragen und Nachfragen präzise sein und eine Dauer von zwei Minuten nicht übersteigen. Ich weiß, dass das Thema höchst interessant ist, aber ich wiederhole nochmal, dass wir die Ergebnisse dieses Expertengesprächs im Ausschuss diskutieren können – wir sehen uns ja öfter. Die Experten haben wir nur einmal hier und das sollten wir nutzen. Die Antwortrunde sollte so verlaufen, dass die Antworten nicht viel länger als jeweils fünf Minuten dauern, weil sonst der Zeitrahmen gesprengt würde. Ich denke, das Prozedere ist damit weitestgehend klar.

Vielleicht ein kleiner Ausblick. Es wird nicht das letzte Mal sein, dass wir uns mit dem Thema Subsidiarität im Deutschen Bundestag beschäftigen werden. Ich glaube, es ist ein Anstoß und mich freut, dass – wenn ich das richtig sehe – wir das erste Parlament der EU-Mitgliedstaaten sind, das sich so dezidiert mit der Frage der

Subsidiarität, der Reichweite der Subsidiarität beschäftigt. Ich weiß, dass man sich auch auf europäischer Ebene mit den Fragestellungen der Subsidiarität beschäftigt. Erst vor kurzem gab es ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes, das speziell auf die Frage der Subsidiarität eingeht. Ich freue mich aber, dass wir das erste Parlament sind, das sich so eingehend mit dieser Thematik beschäftigt.

Ich darf jetzt die erste Runde eröffnen und mit den Statements der Experten beginnen. Ich werde nicht jeden Experten persönlich vorstellen. Wir haben Experten eingeladen, die den meisten Anwesenden hinreichend bekannt sind und von daher erlaube ich mir, nicht die jeweilige Vita vorzutragen, sonst wäre ich nämlich wahrscheinlich beim Zweiten oder Dritten schon mit der Zeit am Ende. Ich bitte daher Prof. Calliess von der Freien Universität Berlin, mit seinem Eingangsstatement zu beginnen.

SV Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur.: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich bedanke mich für die Einladung. Ich begrüße sehr, dass der Bundestag sich in der Tat so frühzeitig mit diesem sehr wichtigen Thema der Subsidiaritätsprüfung im Rahmen von Subsidiaritätsrüge und -klage befasst. Ich denke auch, es spiegelt die neue oder die eigentlich alte Integrationsverantwortung wider, die der Bundestag schon immer nach Artikel 23 GG hat und hatte, die aber jetzt durch das Bundesverfassungsgericht in besonderer Weise in dem umstrittenen Lissabon-Urteil angemahnt worden ist. Das Lissabon-Urteil hat hier sicher einen wichtigen Punkt angesprochen, aber genau diese Dimension der Integrationsverantwortung nicht konkret in den Blick genommen, nämlich die Rolle der nationalen Parlamente, die sie nun im Hinblick auf die Subsidiaritätsprüfung auf europäischer Ebene haben.

Das Subsidiaritätsprinzip, meine Damen und Herren, wird im Hinblick auf die Europäische Union ganz überwiegend unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung gemeinschaftlicher Kompetenzen diskutiert. Es geht also nicht um Kompetenzverteilung, bei der das Subsidiaritätsprinzip nur eine politische Leitlinie sein kann, sondern es geht um die Frage der konkreten Kompetenzausübung im Hinblick auf durch die Unionsverträge bereits verteilten und damit vorgegebenen Kompetenzen. Der gesamte Artikel 5 EUV, auch in der neuen Fassung, ebenso wie

der alte Artikel 5 EGV, verkörpert zunächst das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip. Sein Absatz 3 enthält jedoch das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne. Hier hat das Subsidiaritätsprinzip seine für den gesamten Vertrag rechtliche, nicht etwa nur politisch verbindliche allgemeine Definition erhalten. Das Subsidiaritätsprinzip ist also ein Rechtsprinzip des Unionsrechts. Dennoch hat sich der EuGH, ähnlich wie übrigens das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den alten Artikel 72 Absatz 2 GG vor der Verfassungsänderung, sowohl was die Anzahl der Urteile angeht, in denen er das Subsidiaritätsprinzip prüft, als auch inhaltlich, was die konkrete Ausgestaltung der Prüfung anbelangt, sehr zurückgehalten. Es gibt eigentlich nur ein mir bekanntes Urteil, das BAT-Urteil, das überhaupt den Artikel 5 Absatz 2 EGV – heute Artikel 5 Absatz 3 EUV – ansatzweise sehr oberflächlich und dann auch noch primär mit Blick auf das „Besser“-Kriterium prüft. Dennoch muss man wohl konstatieren, dass sich auch die Unionsorgane selbst – der EuGH hatte diese Perspektive, es handelt sich bei der Subsidiaritätsprüfung um eine politische Prüfung – mit Blick auf die Subsidiaritätsprüfung sehr zurückhalten. Sie unterliegen insoweit, so ist es einmal sehr treffend finde ich im Schrifttum formuliert worden, unter anderem von Prof. Lorz, einem Dilemma der Autointerpretation. Denn sie sollen ja einerseits die Unionsziele verwirklichen, andererseits sollen sie aber auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen Rücksicht nehmen. Das ist ein Widerspruch in sich.

Auch wenn der EuGH nicht aus der Verantwortung entlassen ist, werden mit dem Vertrag von Lissabon folgerichtig die nationalen Parlamente ergänzend zum Hüter der Subsidiarität gemacht. Dieser neue Einfluss der nationalen Parlamente auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips führt meiner Auffassung nach zu einer klugen Kopplung der Demokratiefrage mit der im Post-Nizza-Prozess zentralen Frage der vertikalen Kompetenzverteilung. Denn indem den nationalen Parlamenten die Aufgabe der Subsidiaritätskontrolle zugesprochen wird, hüten sie doch zugleich ihre eigene gesetzgeberische Zuständigkeit und damit ein Stück weit die Demokratie auf der nationalen Ebene. Nach Artikel 12 Buchstabe b EUV tragen die nationalen Parlamente dafür Sorge, dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäß den Protokollen im Verfahren beachtet wird. Zu diesem Zweck erhalten sie eben ex ante die Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge und ex post die Möglichkeit einer Subsidiaritätsklage. Wir werden nachher ausführlicher darüber sprechen. Nun hängt

alles davon ab, dass das neue System der Subsidiaritätskontrolle von den nationalen Parlamenten auch angenommen wird. Herr Altmaier hat in einem Beitrag treffend von einem Weckruf an die nationalen Parlamente gesprochen und ich meine in der Tat, dass es hier auch korrespondierend der Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts zu einer – das ist jedenfalls meine Hoffnung – aktiven Wahrnehmung dieser Rolle der nationalen Parlamente kommt.

Allerdings wird es den nationalen Parlamenten nicht einfach gemacht, denn die effektive Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne gem. Artikel 5 Absatz 3 EUV hängt eben auch von klaren Prüfkriterien ab. Diese Prüfkriterien haben sich, darauf ist schon mit Blick auf den Verfassungsvertrag verschiedentlich hingewiesen worden, im Subsidiaritätsprotokoll verschlechtert, weil im Vergleich zum Amsterdamer Protokoll die materiellen Prüfkriterien in dem neuen Subsidiaritätsprotokoll – ich habe das auch in meiner Stellungnahme aufgeführt – gestrichen worden sind. Wir haben also nur noch wenige Hinweise primär mit Blick auf das „Besser“-Kriterium im Subsidiaritätsprotokoll. Das entscheidende Kriterium ist aber das „Nicht-ausreichend“-Kriterium, über das wir gleich auch noch Gelegenheit haben werden, zu sprechen. Ich bin damit am Ende meiner Ausführungen.

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Sie haben sich an die fünf Minuten gehalten. Ich gebe das Wort direkt an Herrn Prof. Eichenhofer von der Universität Jena weiter.

SV Prof. Dr. Dr. h. c. Eberhard Eichenhofer: Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren Abgeordneten. Das Subsidiaritätsprinzip ist relativ alt. Es gilt schon 20 Jahre. Neu ist, dass die Anbindung des Subsidiaritätsprinzips im Hinblick auf die Rechtsetzungsvorgänge einer neuen Regelung durch den Lissaboner Vertrag überantwortet worden ist. Die Parlamente selbst haben die Möglichkeit, sich bereits in einem sehr frühen Stadium der EU-Rechtsetzung zu beteiligen und daraus ergeben sich eine Fülle von interessanten Rechtsanwendungsfragen, zu denen ich Stellung nehmen möchte – soweit ich das überblicke. Ich gebe aber zu, ich überblicke nicht alles und die letzten Wochen waren auch nicht so, dass ich mich mit großer Mühe diesen Einzelfragen zuwenden konnte. Aber ich will doch eine Botschaft loswerden, die mich umtreibt und die mir für die Subsidiaritätsprüfung politisch wichtig zu sein scheint. Diese neue Beteiligung der Parlamente an der

Rechtssetzung in der Europäischen Union hat den Sinn zu verhindern, dass die nationalen Parlamente vor vollendete Tatsachen gestellt werden, sich gewissermaßen als Vollzugsorgan von Rechtsetzungsakten verstehen, die auf europäischer Ebene längst getroffen sind. Das heißt mit anderen Worten, die Idee ist, dass in den Feldern geteilter Zuständigkeit, dort wo also europäische Rechtsetzung und die Rechtsetzung der Mittelstaaten zusammengehen müssen, frühzeitig eine Abstimmung zwischen den Rechtsetzungsverfahren auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene stattfindet. Die beiden Institutionen, die wir besprechen wollen, die Rüge und die Klage, haben die Funktion, dieses Zusammenwirken zu sichern und das ist wichtig und richtig.

Bei der Frage, welche Bedeutung die Subsidiarität für die europäische Rechtsetzung hat, geht es um sehr allgemeine und abstrakte Begriffe: Effizienz, Effektivität, Verhältnismäßigkeit, Subsidiarität. Das sind Begriffe, mit denen man sehr schwer arbeiten kann, weil sie auf einer extrem hohen Abstraktionsstufe angesiedelt sind. Sie versuchen, Konkurrenzprobleme zu lösen und Kompetenzen mit Allgemeinbegriffen zu erfassen, welche sehr schwer zu füllen sind. Deswegen gestatten Sie mir, dass ich nur einen einzigen schlichten Gedanken zu der Problematik der Notwendigkeit europäischer Rechtsetzung formuliere, der im Zusammenhang mit Subsidiarität meines Erachtens die zentrale Frage markiert. Europa ist eine Vereinigung von 27 Mitgliedstaaten, und die Zahl der Mitgliedsstaaten, die der Europäischen Union in Zukunft angehören werden, wird steigen. Das wissen wir. Das heißt mit anderen Worten: Europa ist eine Veranstaltung von vielen Staaten und vor allem eine Veranstaltung von kleinen Staaten. Die meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind kleiner als manches Bundesland und die Rechtsfragen, vor denen die Mitgliedstaaten und die Europäische Union stehen, sind derart, dass man den Eindruck hat, sie überschreiten die intellektuelle und institutionelle Kompetenz des einen oder anderen kleinen oder großen Staates. Das heißt, der Benefit der Europäischen Integration besteht darin, dass man etwas Solides und Gutes dadurch machen kann, dass man sich zusammentut. Das ist sozusagen die Grundidee, die auch Europa trägt. Das heißt mit anderen Worten: Ich gehe davon aus, dass die vielen Fragen, die in gemeinsamer Zuständigkeit entschieden werden, zunehmend aus technischen

Gründen nach einer europäischen Antwort verlangen, die sich aus der Kompliziertheit der Sache selbst ergeben.

Das zweite Argument ist: Für Europa spricht, dass die Alternative die Rechtszersplitterung wäre. Diese ist unökonomisch. Das heißt mit anderen Worten: Die Schlüsselfrage in der Architektur der Subsidiarität ist die Frage: Wie begreifen wir Erforderlichkeit? Wie begreifen wir Effizienz? Dabei spielen die Dinge, auf die ich gerade hingewiesen habe, die schiere Zahl und die verworfene Alternative der nationalen Regelung einen entscheidenden Gesichtspunkt für die Auslegung dieser sehr abstrakten Begriffe. Ich glaube, dies wird uns weiter beschäftigen und das macht die Abgrenzung so schwer. Und weil das so schwer ist, will ich es Ihnen nicht dadurch noch schwerer machen, mir weiter zuzuhören, sondern meinen Beitrag einfach damit beenden. Wenn Sie noch mehr wissen wollen, bin ich gerne bereit, dazu auch noch mehr zu sagen. Herzlichen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Eichenhofer. Da Herr Prof. Fisahn, der nun nach der eingangs geschilderten Reihenfolge der nächste wäre, noch im Zug sitzt, bitte ich Herrn Prof. Lorz von der Universität Düsseldorf um sein Statement. Ich hoffe, das trifft Sie jetzt nicht ganz unvorbereitet.

SV Prof. Dr. Ralph Alexander Lorz, LL.M. (Harvard): Ich denke, ich werde die fünf Minuten gerade so kompensieren können. Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren Abgeordnete. Die Subsidiaritätskontrolle ist ein interessanter Zwitter – in vielerlei Hinsicht. Ich will mich vor allen Dingen auf einen Punkt konzentrieren. Ausgehend von der allerersten Frage, die Sie im Katalog gestellt hatten. Es ist ein Zwitter aus juristischen und politischen Erwägungen. Natürlich ist die Subsidiaritätsprüfung, die mit der Rüge und vor allem mit der Klage angedacht ist, in allererster Linie eine juristische Prüfung; Subsidiarität ist ein Rechtsbegriff. Es muss auch eine juristische Prüfung sein, denn wenn am Ende eine Klage vor dem EuGH herauskommen soll, der nun einmal nur nach Maßstäben des Rechts entscheidet, dann muss es ein juristischer Begriff sein. Aber er hat natürlich erhebliche politische Implikationen. Er hat sie auf der materiell-rechtlichen Ebene, weil die Kriterien, die die Subsidiaritätskontrolle verwendet, notwendigerweise unbestimmt sind und weil alle Leitlinien und alle zukünftigen Prüfkriterien, die man

dazu verabschieden oder die auch der EuGH aussprechen mag, diese Unbestimmtheit letzten Endes nur bis zu einem bestimmten Grad reduzieren können. Ich nehme an, wir werden über diese Kriterien noch im Einzelnen reden. Ich will hier vielleicht nur anmerken, dass das natürlich auch zur Folge haben wird, – wegen des prognostischen Charakters der Kriterien – dass der EuGH den europäischen Organen, also namentlich der Kommission, eine ganz erhebliche Einschätzungsprärogative einräumen wird. Es ist aber auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine politische Implikation enthalten, die sich in dem Dualismus von Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage widerspiegelt. Es ist bezeichnend, dass für dieses spezielle Verfahren, das für die nationalen Parlamente gedacht ist, eben nicht der direkte Weg über die Nichtigkeitsklage zum EuGH eingeschlagen werden kann, sondern eine Art Vorverfahren, ein Überprüfungsverfahren vorgeschaltet ist, das vor den politischen Organen der Union stattfindet und durch die nationalen Parlamente angeregt wird. Für meine Begriffe enthält das eine Einladung an die nationalen Parlamente, durchaus auch politische Erwägungen in diese Prüfungen, jedenfalls in diese erste Überprüfungsphase der Subsidiaritätsrüge, einzubeziehen. Wie man das dann mit Blick auf eine spätere Klage handhabt, wo man dann nur die harten rechtlichen Punkte weiter geltend machen kann, ist – glaube ich – eine Herausforderung für die Zukunft und eigentlich kein ganz einfacher Balanceakt. Aber es ist eben auch eine Frage mit politischen Implikationen.

Diese politischen Implikationen gelten auch für die dreischrittige Prüfung, die im Artikel 5 des neuen EUV angelegt ist. Herr Kollege Prof. Calliess, dem ich da das Kompliment zurückgeben darf, hat das ja schon – angefangen mit seiner Habilitationsschrift – in höchst feinsinniger Weise ausgeführt und auch noch einmal als Übersicht heute ausgeteilt. Ich kann dieser dreischrittigen Prüfung eigentlich gar nichts weiter hinzufügen. Ich versuche, es in einem Satz zusammenzufassen: Wir haben die Prüfung der Kompetenzabgrenzung, also der Rechtsgrundlage als ersten Schritt. Das ist das, was Prof. Calliess die Kann-Frage nennt. Wir haben dann die eigentliche Subsidiaritätsprüfung nach Artikel 5 Absatz 3 EUV als zweiten Schritt, was er die Ob-Frage nennt. Wir haben schließlich auch noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung als dritten Schritt, was er die Wie-Frage nennt. Die Subsidiaritätsrüge und -klage beziehen sich aber nach dem Wortlaut des Protokolls interessanterweise nur auf den zweiten Schritt. Das ist mit Blick auf den ersten

Schritt für meine Begriffe missglückt und mit Blick auf den dritten Schritt zumindest merkwürdig. Es ist missglückt mit Blick auf den ersten Schritt, weil die Kompetenzfrage nicht nur eine notwendige Vorfrage der eigentlichen Subsidiaritätsfrage ist, sondern weil ein Verstoß gegen die Kompetenzabgrenzung ja noch in viel stärkerer Weise in das eingreift, was die Subsidiaritätskontrolle eigentlich gewährleisten will, nämlich den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten und hier insbesondere der nationalen Parlamente. Mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist es zumindest merkwürdig, jedenfalls soweit es nicht um einen Eingriff in individuelle Rechtssphären, sondern in die mitgliedstaatliche Rechtssphäre geht, weil das Protokoll am Anfang so schön erklärt, es wolle jetzt ein Kontrollsystem zur Überwachung der Anwendung beider Grundsätze etablieren, aber dann eigentlich nur noch vom Subsidiaritätsgrundsatz im engeren Sinne spricht. Das heißt, wir haben eine Menge offener Fragen, über die der EuGH letzten Endes wird judizieren müssen, wo auch Abgrenzungen zu erwarten sind. Man muss den EuGH aber auch dazu bringen, dazu zu judizieren und das geht nur, wenn die nationalen Parlamente – ich sage es noch einmal – hier ein wenig die Grenzen austesten. Das heißt, ich lese den derzeitigen Rechtszustand auch als eine Einladung an die nationalen Parlamente, nach sorgfältiger politischer Abwägung alle ihre Bedenken, die sich um Artikel 5 EUV ranken, einzubringen. Man muss sich dann überlegen, dass man gewisser Weise das Risiko eingeht, welches der EuGH wieder einschränken wird, dass man sozusagen eingefangen wird. Aber es ist die einzige Möglichkeit, denke ich, da noch eine größere Klarheit zu schaffen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Lorz. Ich darf das Wort an Sie, Herr Prof. Mayer von der Universität Bielefeld, weitergeben.

SV Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich danke Ihnen recht herzlich für die heutige Einladung in den Unterausschuss Europarecht. Ich möchte mich dem Thema in fünf Thesen nähern. Die fünf Thesen werden in meinem Statement in fünf Blöcken entsprechend näher ausgeführt.

Erstens: Manifeste und strukturelle Subsidiaritätsprobleme bestehen heute auf europäischer Ebene nicht mehr. Beispiele wie die Zootier-Richtlinie, das ist das

absurdeste Beispiel, wovon wir in der Vergangenheit hörten, gehören der Vergangenheit eben auch an. Das Subsidiaritätsprinzip wird heute durch immer dichtere Verfahren innerhalb der Kommission zunehmend wirksamer. Ich meine hier insbesondere die Überwachung der Folgenabschätzung der Kommission durch eine unabhängige Arbeitseinheit, den Ausschuss für Folgenabschätzung. Was hier passiert ist Folgendes: Dem Impuls der Europäischen Kommission als europäischer Institution, möglichst die europäische Gesetzgebung zu befördern, wird ein anderer Anreiz entgegengestellt, nämlich der individuelle Anreiz für Kommissionsbedienstete, ihr Gesetzgebungsvorhaben nicht durch den Ausschuss für Folgenabschätzung beanstandet zu finden. Anders gesagt: Wer sich in diesem internen Verfahren Subsidiaritätsnachfragen zuzieht, schadet seiner Karriere. Alle Aktualisierungen im Gesetzgebungsverfahren sind dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet. Wir haben eine gewisse Lücke, wenn eine Gesetzgebungsinitiative von einer Gruppe von Mitgliedstaaten ausgeht.

Zweite These: Der Europäische Gerichtshof wird wohl auch in Zukunft sowohl die Kompetenzfrage, also die Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage, als auch die Subsidiaritätskontrolle sehr zurückhaltend handhaben. Das Urteil zur Roaming-Verordnung, Herr Vorsitzender, Sie haben es angesprochen, von vor acht Tagen, gibt den Stand der Rechtsprechung hier akkurat wider, insbesondere mit einer recht detaillierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. In Teilen erklärt sich das damit, dass der Europäische Gerichtshof unterschiedliche Rechtsprechungskulturen zusammenbringt. Darunter auch solche, die dem Prinzip der Gesetzeskontrolle aus Respekt gegenüber dem primär legitimierten Normengeber sehr zurückhaltend gegenüberstehen. Daneben gibt es Besonderheiten des Subsidiaritätsprinzips, die hier wirken. Es ist ein zwar rechtlich gefasstes, aber letztlich im Kern politisches Prinzip, so dass ein Gericht sinnvollerweise dem Gesetzgeber die letzten Wertungen überlassen wird. Das Gericht kann prüfen, ob die Einhaltung des vom Subsidiaritätsprotokoll vorgesehenen Prüf- und Dokumentationsprogrammes stattgefunden hat. Es kann die Begründung des Unionsgesetzgebers prüfen, die dieser zur Wahrung der Subsidiaritätsanforderung gibt.

Dritte These: Subsidiaritätsrüge wie -klage erstrecken sich nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte weder auf Vorfragen der Organ- oder Verbandskompetenz

noch auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Artikels 5 EUV, noch auf sonstige Rechtsdefizite von Unionsvorhaben. Das ist in den Beratungen des Konvents auch einigermaßen klar dokumentiert. Die Begründung dafür liegt wieder im Charakter des Subsidiaritätsprinzips als ein im Kern politisches, wertungsabhängiges Prinzip. Das „ob“ einer Rechtssetzungskompetenz ist eine Rechtsfrage. Beim „wie“ der Kompetenzausübung im Hinblick auf die Erzeugung eines Regelungsmehrwertes durch EU-Regelung, der eben nicht ausreichend auf nationaler Ebene, sondern besser auf europäischer Ebene verwirklicht werden kann, bleibt kein Wertungsbereich. Zu diesem Wertungsbereich kann sich nach meiner Auffassung übrigens der Bundestag bei der Subsidiaritätsrüge eigenständiger äußern als bei der Subsidiaritätsklage. Bei der Rüge mag man der europäischen Ebene eine eigene Wertung aus Sicht des Bundestages entgegensetzen. Anders bei der Klage: Hier muss man den EuGH davon überzeugen, dass bei der europäischen Wertung im dortigen Wertungsvorgang etwas schief gelaufen ist. Es geht dann also nicht um das Wertungsergebnis, sondern um Wertungsverfahren.

Vierte These: Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage entfalten unter den Bedingungen des politischen Systems hierzulande im Hinblick auf den Bundestag vor allem dann eine eigenständige Bedeutung, wenn es um eine Minderheitenklage geht oder sich die Bundesrepublik Deutschland im Rat bei Mehrheitsentscheidungen in der Minderheit befindet. Ansonsten sind auch die Subsidiaritätsanliegen bereits durch die Bundesregierung, vorab im Rat, in den Arbeitsgruppen des Rates oder später nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens vor dem EuGH im Wege der Nichtigkeitsklage durchsetzbar. Es wird also die parlamentarische Minderheit, die Opposition, ein besonderes Interesse daran haben, alle möglichen Einwände gegen ein europäisches Gesetzgebungsvorhaben in das Gewand der Subsidiaritätskontrolle zu kleiden.

Ich komme zum Schluss. Meine fünfte These betrifft die Vorwirkungen der Subsidiaritätskontrollmechanismen. Manche meinen, Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätskontrolle durch die nationalen Parlamente seien so etwas wie ein Wollknäuel, das man den Parlamenten zum Spielen hingeworfen hat, um sie beschäftigt zu halten. Am anderen Ende des Meinungsspektrums finden sich die Stimmen, die in der Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips die Lösung aller Probleme

sehen. Die Wahrheit dürfte irgendwo in der Mitte liegen. Dass man als nationales Parlament eher selten echte Subsidiaritätsverstöße einfangen dürfte, liegt dabei nicht an einem Baufehler der Subsidiaritätsrüge oder -klage, sondern an dem eingangs erwähnten besseren Subsidiaritätsbewusstsein der europäischen Akteure. Entscheidend ist etwas anderes. 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 dagegen diese Vorwirkung erheblich abschwächen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Mayer. Ich darf nun Sie, Frau Prof. Puttler von der Ruhr-Universität Bochum um das Wort bitten.

SVe Prof. Dr. Adelheid Puttler, LL.M.: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen, meine Herren Abgeordnete, für die Einladung. Das Subsidiaritätsprinzip ist weiterhin ein wichtiger Grundsatz, einmal zur Sicherung der Bürgernähe und zum anderen zur Begrenzung der Kompetenzausübung der Unionsorgane im Interesse der Mitgliedstaaten. So sieht es auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung, in der es feststellte, dass das Subsidiaritätsprinzip einer der Schutzmechanismen zur Sicherung der souveränen Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland sei. Im Konvent konnten sich die Teilnehmer trotz entsprechenden Mandats nicht auf eine Präzisierung der inhaltlichen Kriterien einigen, sondern haben beschlossen, hier eine Absicherung durch Verfahren vorzunehmen.

Das Verfahren ist jetzt den nationalen Parlamenten übergeben. Wir haben zwei Komponenten: Einmal das Frühwarnsystem mit der Subsidiaritätsrüge, ein Kontrollinstrument mit starkem politischem Einschlag im laufenden Rechtsetzungsprozess, und zum anderen nach Abschluss die Subsidiaritätsklage die ex-post-Kontrolle, ein streng rechtliches Verfahren. Die Hauptprobleme bei der Subsidiaritätsrüge sind auch nicht juristischer, sondern politischer Art. Das Parlament, bzw. jede Parlamentskammer muss zunächst die Acht-Wochen-Frist einhalten, die ich als Ausschlussfrist begreife. Die Folge daraus wird sein, dass man

sich auf wenige Vorhaben konzentrieren und diese wenigen Vorhaben von Anfang an begleiten muss. Deshalb bekommen die nationalen Parlamente die entsprechenden Dokumente direkt von der Kommission von Anfang an zugeleitet. Das zweite politische Problem sind die Quoren. Ein einzelnes Parlament, eine einzelne Kammer kann noch so schöne Gründe vorbringen, wenn es ihr nicht gelingt, entsprechende Stimmen anderer Parlamentskammern hinter sich zu vereinigen, haben die EU-Organe keine Verpflichtung, ihre Beschlüsse noch einmal zu überprüfen. Gelingt es aber, ein Drittel der Stimmen zu vereinigen oder gar 50 Prozent der Stimmen hinter sich zu scharen, dann wird es nicht so sehr auf die juristische Frage ankommen, ob man hier eventuell Mängel der Kompetenzgrundlage rügen kann, dann ist ein solcher Druck aufgebaut, dass die Organe sich ungeachtet der juristischen Fragen einer erneuten Prüfung der Kompetenzgrundlage nicht verschließen können. Das wird in diesen Verfahren also das Hauptproblem sein.

Bei der ex-post-Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof – mein Vorredner hat es richtig dargelegt – gelten andere Maßstäbe. Erstens ist es ein streng juristisches Verfahren und zweitens gilt natürlich eine gewisse richterliche Zurückhaltung des EuGH, daher teile auch ich die Einschätzung aller meiner Vorredner, dass hier die Prüfdichte des Subsidiaritätsprinzips geringer sein wird. Es ist zu erwarten, dass der EuGH den Organen einen Einschätzungsspielraum einräumen wird und das Subsidiaritätsprinzip mehr als Darlegungs- und als Beweislastregel für die Organe sehen wird. Aber dennoch gibt es einige Argumente, die man dort vorbringen kann, die sich aus dem Wortlaut des Vertrages ergeben und die die Parlamente vortragen sollten. Ich möchte hier vor allem den Zweck des Subsidiaritätsprinzips, die Bürgernähe, betonen.

Das zweite Argument ist, dass nach der Änderung des Wortlauts nunmehr eine Zweistufenprüfung vorgenommen werden muss: Das Negativkriterium, also die nicht ausreichende Regelungsfähigkeit durch die Mitgliedstaaten muss zum ersten geprüft werden und zum zweiten das Positivkriterium, die bessere Regelung auf Unionsebene. Man kann auch Argumente vorbringen, weshalb der EuGH seine Prüfung auch auf die Kompetenzgrundlage erstrecken kann. Die vorhandene Kompetenz ist ein Tatbestandsmerkmal des Subsidiaritätsprinzips und auch das Bundesverfassungsgericht äußert die Erwartung, dass der EuGH seine Prüfung auf

die Kompetenzgrundlage erstreckt. Natürlich kann das Bundesverfassungsgericht dem EuGH keine Vorgaben machen, aber immerhin steht diese Erwartung im Hintergrund.

Abschließend möchte ich sagen, dass man nicht zu viel Hoffnung in die Subsidiaritätsklage setzen soll. Denn – wie schon von meinem Vorredner gesagt – benötigt der EuGH geeignete Fälle. Er wird eine Einzelfallrechtsprechung vornehmen. Es wird viele Jahre dauern, bis eine Rechtsprechungslinie erkennbar ist. Daher ist es meiner Ansicht nach erfolgsversprechender, das Frühwarnsystem effektiv zu nutzen durch frühzeitige Beobachtung kritischer Fälle und gute Kooperation mit anderen nationalen Parlamenten, um die entscheidenden Quoren zu erreichen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Frau Prof. Puttler. Ich darf nun Ihnen, Herr Prof. Spoerr, Rechtsanwalt in Berlin, das Wort geben.

SV Prof. Dr. Wolfgang Spoerr, LL.M. (Edinburgh): Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Sie haben uns Sachverständigen einen Fragenkatalog gegeben, der es wirklich in sich hat, den man natürlich in fünf Minuten – auch meine Vorredner haben das nicht gemacht – nicht abschließend beantworten kann und der beispielhaft zeigt, wie viele Detailfragen dieses neue Regelwerk aufwirft. Ich möchte deshalb ein paar wenige Thesen vorstellen, ähnlich wie meine Vorredner, die aber hier und dort einen etwas anderen Akzent setzen, in vielem natürlich auch die gleiche Einschätzung äußern.

Es ist eine Paradoxie, dass im Vertrag von Lissabon in den beiden Protokollen zum Schutz mitgliedstaatlicher Gestaltung erstmals in dieser Form ein unionsrechtlicher institutioneller Durchgriff auf die Zuständigkeits- und Verfahrensordnung, sprich in die Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten stattfindet und es nicht mehr unionsrechtlich den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, welches Organ in welchem Verfahren die Integrationsgewalt nach außen wahrnimmt und die Integrationsverantwortung dann nach innen selbständig autonom verteilt. Das ist ein Novum. Ein solcher Übergriff des Unionsrechts – das ist nicht wertend gemeint – muss die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme bleiben. Hier ist die Einführung der Regeln der beiden Protokolle, die man

meines Erachtens sehr stark zusammensehen muss, jedoch gerechtfertigt, um die nationalen Parlamente aus ihrer bisherigen institutionellen Verliererrolle der europäischen Integration wieder zu befreien und zu stärken. Ich denke, die Subsidiaritätsregel ist eine Zuständigkeitsschranke, die großes Potential hat. Extrapolationen aus der bisherigen, eher leichthändigen Praxis des EuGH sind meines Erachtens nicht treffsicher. Vielmehr ist vorherzusagen, dass der EuGH seine neue Rolle als Hüter des institutionellen Gleichgewichts zwischen Union und Mitgliedstaaten sehr ernst nehmen wird, das bereits erwähnte Mobilfunk-Roaming-Urteil Vodafone lässt diese Tendenz meines Erachtens bereits sehr deutlich erkennen. Das wird fortentwickelt werden. Damit darf allerdings die Bedeutung einer gerichtlichen Prüfung künftig weder unter- noch überschätzt werden. Dies zeigt sich auch, wenn man in andere föderale Zuständigkeitsordnungen schaut: Die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zur Interstate Commerce Clause ist seit über 200 Jahren heftig umstritten, immer wieder auch in jüngster Zeit Gegenstand von sehr kontroversen Urteilen, wie zu der Frage, ob es den Interstate Commerce behindert, wenn vor Schulen Waffen getragen werden oder ob das eine föderale Frage ist. Ein Beispiel ist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur nicht mehr ganz neuen Erforderlichkeitsklausel in Artikel 72 Absatz 2 GG. Das sind eindrucksvolle Beispiele, wie die etwas anders tatbestandlich ausgestaltete, aber doch strukturell ähnliche Subsidiaritätsprüfung nach europäischen Recht scharf geschaltet werden kann. Die von Herrn Prof. Mayer zu Recht genannte Vorwirkung jeder gerichtlichen Prüfung kommt natürlich dazu. Gerichtliche Prüfung realisiert ihre Wirkung vor allem dadurch, dass sie Verhalten präventiv steuert.

Ich komme zu dem Informations- und Verteidigungsverfahren der nationalen Parlamente nach beiden Protokollen. Meines Erachtens liegt die wesentliche Bedeutung dieses Verfahrens in politisch substanzieller Beteiligung. Das heißt, dieses Verfahren und die Stellungnahmen der nationalen Parlamente sollte nicht von vornherein auf eine juristisch enge technische Subsidiaritätsprüfung beschränkt werden. Vielmehr bieten gerade diese Beteiligungsverfahren den nationalen Parlamenten die Chance, die bisher gubernative Struktur wieder ins parlamentarische Gleichgewicht zu bringen und Legitimationsdefizite des Europäischen Parlaments punktuell zu kompensieren.

Sie haben auch eine Frage gestellt, die ich allerdings verneinen will. Die Tatbestandsstrukturen der Subsidiaritätsprüfung sind weder geeignet, noch aus sich heraus ausreichend, um zu sichern, dass den Mitgliedstaaten ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse bleibt. Wenn man dieses Ziel politisch für gesetzt hält, – auch darüber kann man unterschiedlicher Auffassung sein – dann bedarf es zu seiner Realisierung weit mehr als der Subsidiaritätsprüfung im juristischen Sinne mit diesem Tatbestandsmerkmal, nämlich unter anderem einer deutlich konsequenteren Handhabung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und einer deutlicheren rechtsstaatlichen Umhegung des Handelns der Kommission. Die Schwäche der Subsidiaritätsprüfung ist nämlich, dass sie nur auf Rechtsetzung gerichtet ist und nicht auf das sonstige Handeln der Kommission. Es bedarf einer sich vielleicht abzeichnenden neuen Kultur des politischen Handelns auf überstaatlicher Ebene, die weniger als bisher einen Automatismus zwischen gewünschtem Sachanliegen – beispielsweise umweltpolitischen Zielen, die per se im Regelfall gewünscht sind, – und überstaatlichem Regelungserfordernis – also der zweiten Frage: Muss man gewünschte Ziele gerade überstaatlich regeln? – annimmt. Ein ganz zentraler Aspekt der Rolle der nationalen Parlamente scheint mir hier zu sein, dass nur diese der natürlichen Tendenz zur ressortmäßigen Fachbruderschaft entgegenwirken können, die verwaltungsrechtlich in der Bundesrepublik Deutschland für föderale Systeme sehr stark nachgewiesen ist und bei denen nur das Parlament als natürliche Bildung eines einheitlichen politischen Willens ein Gegengewicht setzen kann. Herzlichen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Spoerr. Ich begrüße Herrn Prof. Fisahn. Schön, dass Sie da sind. Sie erhalten dann am Ende dieser Einleitungsrunde das Wort. Nun ist Herr Suhr aus dem Ministerium für Inneres und Europaangelegenheiten des Saarlandes an der Reihe.

SV Oliver Suhr, LL.M.: Vielen Dank, sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Ich habe versucht, Ihre rund 30 Fragen im Einzelnen zu beantworten. Ich habe einige eigene Vorüberlegungen vorangestellt und darf mich jetzt vielleicht auf einige wenige, eher pragmatische Hinweise

beschränken. Im Vorfeld des Termins bin ich gefragt worden, wer denn nun gewinnt. Sind die Überprüfung der in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage und die Überprüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Teil der Subsidiaritätsprüfung oder nicht? Ich glaube, die pragmatische Antwort ist der von mir in einer schriftlichen Antwort so genannte Inhärenzansatz, der auch durch die neue Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Vodafone“ in Ansätzen aufgenommen wird. Man kann diese beiden anderen Grundsätze insoweit mit rügen, und zwar sowohl im Frühwarnsystem als auch in der Subsidiaritätsklage, als sie vom Subsidiaritätsprinzip mit umfasst sind. Die zusätzlichen Begründungspflichten, denen die Kommission unterliegt, machen ganz deutlich, dass man dabei die Ermächtigungsgrundlage nicht außen vor lassen kann und ebenso deutlich – das macht der EuGH schon so, ein besseres Argument gibt es nicht, – dass Teile des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch im Rahmen der Subsidiarität mit angesprochen werden können. Das bedeutet aber auch, dass die Elemente dieser beiden Grundsätze, also Einzelermächtigung und Verhältnismäßigkeit, die nicht vom Subsidiaritätsprinzip umfasst sind, jedenfalls in der Subsidiaritätsklage – so meine ich – nicht gerügt werden können.

Zweitens: Zum politischen Charakter der Subsidiaritätsrüge. Hier muss man sehen – das ist auch schon angesprochen worden – dass die Subsidiaritätsrüge durch die drohende Subsidiaritätsklage an Schlagkraft gewinnt. Dadurch stehen automatisch rechtliche Elemente im Vordergrund. Das ist die implizite Drohung, was passieren könnte, wenn diese Argumente nicht ernst genommen, nicht aufgenommen werden. Die Trennlinien, wie weit der EuGH bereit sein wird, Begründungen nachzuprüfen, sind noch nicht klar. Deshalb rate ich Ihnen, hier keine zu starke Selbstbeschränkung auf rechtliche Aspekte oder vermeintlich im engeren Sinne zur Subsidiarität gehörende Aspekte zu üben. Wir erwarten ja noch eine Klarstellung dieser Trennlinie. Das wird sukzessive und auch fallbezogen erfolgen. Insofern kann man nur raten, die Bedenken, die man hat, auch zu verschriftlichen und sich da nicht von vornherein zu sehr auf vermeintlich rechtliche Aspekte zu beschränken. Denn außerdem gibt es ja nicht nur dieses Frühwarnsystem mit der Subsidiaritätsrüge, sondern Sie stehen ja ganz allgemein in der Verantwortung, die Initiativen zu begleiten. Das reicht bis zu der Möglichkeit, die Bundesregierung zur Einlegung eines Parlamentsvorbehalts zu bringen. Es gibt das Barroso-Verfahren, also das Direktzuleitungsverfahren, wo Sie nicht auf die Subsidiarität bezogene Erwägungen

gleichermaßen direkt der Kommission zuleiten können, und dort, wo wir einerseits eine Subsidiaritätsrüge und andererseits diese allgemeine Stellungnahme nach Artikel 23 Absatz 2 ff. GG haben, sollte man ganz pragmatisch überlegen, wie man diese verbindet. Trennt man das wirklich sehr stark? Der Bundesrat hat, wenn ich mich recht entsinne, eine Subsidiaritätsrüge erhoben und diese gemeinsam mit einer Stellungnahme durch das politische Verfahren gebracht. Er hat aber nachher zwei Dokumente daraus gemacht, eine Subsidiaritätsrüge und eine sonstige Stellungnahme im Übrigen. Ist das wirklich der richtige Weg oder läuft man da nicht Gefahr, die in dem zweiten Dokument enthaltenen Argumente nicht richtig zu durchdenken? Wenn man sich anschaut, wie der EuGH Richtlinien und Verordnungen auf Subsidiarität nachgeprüft hat, sieht man, dass er sich teilweise auf Nebenbemerkungen oder Eingangserwägungen bezogen und diese herangezogen hat. Insofern stellt sich die Frage: Ist es sinnvoll, diese beiden Elemente eines Beschlusses des Bundestages so stark zu trennen? Argumente kann der EuGH vielleicht auch in diesem zweiten Teil, der gar nicht in erster Linie auf die Subsidiaritätskontrolle zielt, finden. Argumente von Oppositionsfraktionen gewinnen natürlich durch die im Raum stehende Subsidiaritätsklage an Gewicht. Das heißt, allein der Antrag der Oppositionsfraktion, der zwar – aus welchen Gründen auch immer – oft keine Mehrheit finden wird, wird die Mehrheitsfraktionen dazu veranlassen, einen eigenen Antrag zu formulieren – so ist ja die Praxis – und das eine oder andere Argument aufzunehmen. Aber auch der Antrag einer der Oppositionsfraktionen wird in Zukunft von der Kommission wahrgenommen werden, weil das der Nukleus der möglichen Subsidiaritätsklage ist. Insofern gewinnt – das hat ja auch das Bundesverfassungsgericht positiv gewürdigt – die Opposition hier Gestaltungskraft und man kann hoffen, dass das auch angenommen wird.

Zur Bezeichnung der Ermächtigungsgrundlage möchte ich zwei Beispiele erwähnen: In letzter Zeit haben wir über die Schutzanordnung diskutiert. Gut gefallen hat mir hierbei, dass die Ermächtigungsgrundlage punktgenau benannt wurde: Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe d AEUV. So stelle ich mir das in Zukunft vor. Nicht wie bei der Richtlinie zur Bekämpfung von sexuellen Missbrauch, sexueller Ausbeutung und Kinderpornografie, die ebenfalls zurzeit in der Diskussion ist. Dort heißt es nämlich nur Artikel 82 Absatz 2 und 83 Absatz 1 AEUV, obwohl Artikel 82 Absatz 2 AEUV vier Buchstaben hat. Unseren Studenten erzählen wir: Benennen Sie die Grundlagen

genau! Wenn es alle sind, kann es auch keine sein. Das möchte ich auch der Kommission zurufen. Mit Kommission meine ich den Inhaber des Initiativrechts, das können auch andere sein. Aber sagt uns bitte genau, worauf ihr euch stützt, damit wir dann auch die Subsidiaritätserwägung an diesen Aussagen nachprüfen können. Ich habe mir einmal erklären lassen, was die interne Subsidiaritätsprüfung des Bundestages in dieser Sache denn ergeben hat. Es wurde berichtet: Das könnte dieses sein, dann wäre das vielleicht so zu sehen, es könnte aber auch jenes sein, dann wäre es wieder anders. Diese Art von Spekulation ist Ihnen und Ihren Mitarbeitern in so einem Massenverfahren nicht zuzumuten. Die Darlegungslast liegt bei dem Inhaber des Initiativrechts. Wenn er schon nicht in der Lage ist zu sagen, welches genau die Ermächtigungsgrundlage ist und da meine ich, bis zu den Buchstaben herunter, wie soll man das dann nachprüfen? Jedenfalls nicht mit Spekulationen der Mitarbeiter über die Ermächtigungsgrundlage.

Zu dem alten Recht: Wir sehen im Moment – und da gehört auch dieser Richtlinienvorschlag gegen sexuellen Missbrauch usw. dazu – in der ehemaligen dritten Säule eine Reihe von Initiativen, die Rahmenbeschlüsse ablösen. Damit sind viele Probleme verbunden, die noch gar nicht gesehen wurden. Ich bin nicht einverstanden mit einer Meinung, die ich auch im Kontext des Bundestages gehört habe, dass man nur neue Elemente nachprüfen kann. Wenn ein Vorschlag von der Kommission vorgelegt wird, der den ganzen Rechtsakt ersetzen soll, dann muss man auch den ganzen Rechtsakt überprüfen. Auch wenn es Elemente davon schon vorher gegeben haben sollte. Denn Subsidiarität, Kompetenzausübung ist, wie auch Kompetenzübertragung, keine Einbahnstraße. Wir haben gerade da die Chance, die Prognosen über die Wirkung von Rechtsakten einmal zu überprüfen, ob sie dem entsprechen, was vorhergesagt wurde. Deshalb fordere ich jetzt in aller Kürze nur auf, bei diesen Initiativen, die schon existierende Rechtsakte aus der Prä-Lissabonzeit ersetzen oder ändern sollen, ganz genau hinzuschauen und sich nicht zu leichtfertig nur auf neue Elemente zu beschränken.

Letzter Punkt: Ich habe in meiner Stellungnahme dazu aufgefordert, diese Debatte als eine europäische Debatte zu begreifen. Deshalb würde ich nicht sagen, dass es angezeigt ist, nur Zitate aus der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung in Anträgen seitenweise wörtlich wiederzugeben. Ausschlaggebend ist das Primärrecht,

das setzt den Rahmen. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Punkt das implementierte Verfahren sehr stark unterstützt. Da gibt es überhaupt keine Abweichung. Aber der Kommission und dem Gerichtshof jetzt die Sicht des Bundesverfassungsgerichts vorzuhalten, halte ich da einfach von dem Wording und von dem Stil her nicht für die geschickteste Lösung.

Allerletztes Wort: Vor der Ratifikation hatten Sie mich freundlicherweise einmal eingeladen und da habe ich sehr dafür geworben, eine stärkere Kontrolldichte politisch einzufordern. Diese Aufforderung möchte ich hier noch einmal wiederholen. Danke.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Suhr. Ich gebe das Wort direkt an Herrn Dr. Wuermeling, Rechtsanwalt in Berlin, und bitte Sie um Ihre Ausführungen.

SV Dr. Joachim Wuermeling, LL.M.: Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren Abgeordnete. Ich habe mich sehr gefreut über diese Einladung, die wohl an mich in meiner Funktion als Sprecher von Europa-Professionell gerichtet ist. Das ist eine Gruppe von zweihundert Praktikern der Europapolitik unter dem Dach der Europa-Union. Hauptberuflich bin ich Mitglied der Hauptgeschäftsführung des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft. Aber vor allem haben Sie mich wahrscheinlich eingeladen, weil ich die Ehre hatte, Mitglied der Arbeitsgruppe „Subsidiarität“ des Verfassungskonvents zu sein, die die Ideen weitergetragen hat, die Anlass für die heutige Anhörung ist.

Auf dieser Grundlage möchte ich mein Statement vor allen Dingen für einen Appell nutzen an Sie, meine sehr geehrten Damen und Herren Abgeordnete, für die Subsidiaritätsrüge. Ich möchte mich darauf beschränken, die Subsidiaritätsrüge wirklich als politisches Instrument zu begreifen, einige Kollegen haben ja diesen Gedanken hier schon angedeutet. Dazu habe ich Ihnen auch einige Thesen vorgelegt. Ich möchte ganz kurz etwas zu diesem politischen Charakter der Subsidiaritätsrüge sagen. Es ergibt sich ganz eindeutig auch aus dem Bericht der Arbeitsgruppe „Subsidiarität“ des Konvents, dass die nationalen Parlamente mit der Subsidiaritätsrüge sagen können: Europäische Union, du sollst dieses und jenes nicht regeln. Während mit der Subsidiaritätsklage die Behauptung verbunden ist: Du

darfst dieses und jenes nicht regeln. Das macht, glaube ich, für die Begründung von diesen Rügen einen sehr, sehr großen Unterschied. Dafür spricht der Zeitpunkt der Rüge, die ja ganz am Anfang des Verfahrens steht, dafür spricht, dass es nur ganz schwache rechtliche Folgen dieser Rüge gibt und es entspricht im Grunde natürlich auch der politischen Bedeutung von nationalen Parlamenten. Deswegen möchte ich Sie vor allen Dingen mit der These konfrontieren, dass den nationalen Parlamenten genau so wie der Europäischen Kommission, dem Ministerrat oder dem Europäischen Parlament bei der Beurteilung der Subsidiarität ein ganz eigener Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht. Sie können selbst die Wertung vornehmen, in deren Rahmen sich die Subsidiaritätsprüfung abspielt. Sie können andere als rechtliche Gesichtspunkte einfließen lassen. Sie können die Zweckmäßigkeit überprüfen, Sie können die Opportunität überprüfen, Sie können auch Ihr eigenes national-föderal geprägtes Subsidiaritätsverständnis in diese Prüfung einfließen lassen. Um das vielleicht ganz kurz an einem Beispiel aus meinem eigenen Arbeitsbereich zu verdeutlichen: Im Moment liegt der Vorschlag auf dem Tisch, die großen nationalen Versicherungsunternehmen statt durch die nationale Bundesaufsicht, also dem Bundesamt für Finanzdienstleistungen, durch eine europäische Agentur überprüfen zu lassen. Wenn Sie dann mit der „Nicht-ausreichend“-Prüfung anfangen, dann mit der „Besser“-Prüfung fortschreiten, dann können Sie infolge der Finanzkrise sehr, sehr leicht zu dem Ergebnis kommen – obwohl Versicherungen nicht berührt waren –, dass es im Hinblick auf zukünftige Krisen usw. selbstverständlich so ist, dass es auf nationaler Ebene angesichts der Verflechtung der Finanzmärkte nicht mehr ausreicht, so eine Aufsicht zu haben und es deswegen besser wäre, man hätte eine europäische Aufsicht. Da ist man mit der rechtlichen Subsidiaritätsprüfung sehr schnell fertig. Nimmt man aber eine politische Subsidiaritätsprüfung vor, dann könnte man Argumente einfließen lassen, z. B. dass die Orts- und Sachnähe der nationalen Agenturen viel größer ist, der Charakter der nationalen Märkte unterschiedlich ist, wir vielleicht auch keine europäische Megabehörde haben wollen, wir vielleicht ein zusätzliches systemisches Risiko haben, wenn wir von einem Moment auf den anderen den gesamten Bereich der Aufsicht über große Versicherungsunternehmen auf eine europäische Ebene übertragen usw. Das heißt, Sie sind bei der Darlegung der Subsidiarität aus meiner Sicht bei der Subsidiaritätsrüge wesentlich freier. Auch vor dem Hintergrund der Diskussion, die wir im Verfassungskonvent hatten, meine ich, es wäre dem Zweck

der Subsidiaritätsrüge nicht angemessen, wenn Sie jetzt als Abgeordnete das Gefühl hätten, diese Sache soll nicht auf europäischer Ebene geregelt werden, aber Sie würden es in der Subsidiaritätsrüge nicht zum Ausdruck bringen. Wir können das mit rein juristischen Argumenten nicht begründen.

Letzte Bemerkung, meine sehr geehrten Damen und Herren. Ich will noch aus meiner Erfahrung als Europaabgeordneter und als Beamter hier in der Bundesregierung eine Einschätzung zu der Frage geben, wie eigentlich so eine Subsidiaritätsrüge in Brüssel, in Straßburg und in Berlin wirken würde. Wenn es tatsächlich so käme, dass neun nationale Parlamente möchten, dass ein bestimmter Bereich in der nationalen Verantwortung bleibt, dann wäre die politische Wirkung kolossal. Sie können damit rechnen, dass es einen Heidenrespekt – ich darf das mal so ausdrücken – vor einer solchen Äußerung sowohl in der Europäischen Kommission als auch im Europäischen Parlament gäbe. Ich erlaube mir das in einem Unterausschuss des Rechtsausschusses zu sagen, da spielt es gar nicht so eine große Rolle, wie Sie die Subsidiaritätsrüge begründen. Allein der Umstand, dass neun nationale Parlamente sagten, wir möchten so etwas nicht, würde eine erhebliche Wirkung zeigen. Und deswegen möchte ich Sie ermutigen, in diesem Selbstbewusstsein in dem deutschen nationalen Interesse, aber auch im europäischen Geist von dieser Subsidiaritätsrüge Gebrauch zu machen. Und ich bin mir sicher, sie wird ihre Wirkung dann nicht verfehlen. Danke schön.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Dr. Wuermeling. Und jetzt darf ich Ihnen, Herr Prof. Fisahn von der Universität Bielefeld, das Wort geben.

SV Prof. Dr. Andreas Fisahn: Schönen guten Tag. Ich möchte mich erst einmal für meine Verspätung entschuldigen.

Ich möchte aus der Verordnung 97/2010 vom 4. Februar 2010, Amtsblatt L 34/7 (10) zitieren: „Die Pizza Napoletana ist eine kreisförmige Backware, mit variablem Durchmesser von höchstens 35 cm, mit erhabenem Teigrand und mit Belag bedecktem Inneren. Das Innere ist 0,4 cm dick, wobei eine Toleranz von $\pm 10\%$ zulässig ist. Der Teigrand ist 1 bis 2 cm dick. Die Pizza ist insgesamt weich und elastisch und lässt sich leicht zweimal zusammenklappen. Die Pizza Napoletana hat

als Merkmal einen erhöhten Teigrand mit einer für Backwaren typisch goldbraunen Farbe. Sie ist beim Anfassen und beim Biss weich; ihr Inneres hat einen Belag, auf dem das Rote der perfekt mit Öl vermischten Tomate und, je nach verwendeten Zutaten, das Grüne des Oregano und das Weiße des Knoblauchs ins Auge fallen; ebenso das Weiß der Mozzarella in mehr oder weniger dicht beieinander liegenden Flecken und das durch das Garen mehr oder weniger dunkler Grün der Basilikumsblätter.“ Das könnte man jetzt noch zehn Seiten weiter fortführen. Das ist jetzt nur erst einmal die Beschreibung, wie sie aussehen soll. Es geht dann noch weiter, was rein gemischt werden soll usw.

Ich glaube, das zeigt das Paradoxon, das mit der Subsidiaritätsrüge und auch mit der -klage eigentlich verbunden ist. Stellen Sie sich als Abgeordnete vor: Sie sind jetzt empört darüber, dass die Europäische Union nun auch noch vorschreibt, wie die Pizza Napoletana auszusehen hat. Dann machen Sie sich lächerlich, wenn Sie einfach sagen: Wir machen jetzt eine Subsidiaritätsrüge oder auch eine -klage. Ich würde sagen, das ist politisch zwecklos. Und was ist mit den wichtigen Regelungen, z. B. dass es eine europäische Finanzaufsicht gibt? Da sind wir natürlich ganz schnell bei dem Argument, dass wir die aber brauchen, weil es eben so wichtig ist. Mit anderen Worten: Dieses ganze Instrument ist schon in sich wegen der Unterscheidung zwischen dem, was eigentlich politisch wichtig ist, wo es sich lohnt, sich zu engagieren, und dem politisch Unwichtigen als Paradoxon aufgebaut. Ich halte auch nicht viel von dem Argument, die Instrumente entfaltet eine Vorwirkung. Wie man sieht, ist die Vorwirkung nicht besonders intensiv, es werden weiter solche Regelungen erlassen und es werden auch andere wieder zurückgenommen. Das ist bekannt. Aber wir sind da weiter auf diesem Zweig und von daher bin ich der Auffassung, dass das einfach überbewertet ist und damit schließe ich. Ansonsten verweise ich auf meine schriftliche Stellungnahme.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Fisahn. Herzlichen Dank für diese Eingangsstatements. Ich glaube, wir haben die Bandbreite der Ausführungsmöglichkeiten erlebt und ich vermute, dass wir jetzt auch eine Vielzahl von Nachfragen haben. Ich habe schon einige Wortmeldungen notiert, die ich jetzt nacheinander aufrufen werde. Was aber nicht heißt, dass es nicht weitere Wortmeldungen geben kann. Ich hab ja eingangs das Verfahren geschildert: Es kann

sich nun jeder Abgeordnete mit jeweils zwei Fragen an denselben Experten oder mit zwei Fragen an verschiedene Experten zu Wort melden und ich bitte, diese Fragen in der gebotenen Kürze zu fassen.

Stephan Thomae (FDP): Vielen Dank Ihnen für Ihre Ausführungen. Ich habe eine erste Frage an Herrn Prof. Lorz. Sie haben ausgeführt, dass das Verfahren eigentlich missglückt sei, weil die Subsidiaritätsprüfung nicht die erste Stufe und nicht die dritte Stufe der Prüfung, also Prüfung der Rechtsgrundlage, der Kompetenzgrundlage und nicht die Frage der Verhältnismäßigkeit erfasst. Meine Frage ist: Was würden Sie uns empfehlen? Wir haben diese Fragen ebenfalls schon bei uns im Ausschuss diskutiert, auch innerhalb der Arbeitsgruppe. Wenn wir nun einen Mangel bei der Verordnung auf der Kompetenzgrundlage feststellen und Fragen zur Verhältnismäßigkeit haben, welche Möglichkeiten haben wir hier, unsere Bedenken vorzutragen?

Meine zweite Frage richtet sich an Frau Prof. Puttler. In allen Ausführungen kam deutlich zum Tragen, dass wir es hier mit einem Zwitter zu tun haben, der Begriff fiel an anderer Stelle. Einerseits sei die Rüge streng politisch ausgerichtet, andererseits die Klage ein streng rechtliches Verfahren. Meine Frage ist nun: Wie sieht das im Klageverfahren aus, also einem strengen rechtlichen Verfahren, in dem aber nun die Subsidiarität, also ein unbestimmter politischer Begriff, zu prüfen sein wird? Können wir uns schon vorstellen, anhand welchen Kriterienkataloges, welcher Prüfungsschemata sich die Gerichtsbarkeit hier vorarbeiten wird, um für uns eine Richtschnur zu haben und zu sehen, welche Fragen wir vorab klären müssen, um zu einer hoffentlich erfolgreichen Klage kommen zu können?

Dr. Eva Högl (SPD): Ich möchte eine Frage stellen, die ich sowohl an Herrn Prof. Eichenhofer als auch an Herrn Prof. Mayer richte. Und zwar geht es um die wichtige Frage, die ja Gegenstand aller Stellungnahmen war: Wie grenzen wir bei einer Subsidiaritätsrüge und dann auch bei einer -klage – wichtiger ist mir bei der Rüge – Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und Kompetenzgrundlage ab? Das ist eine wichtige Frage für unsere parlamentarische Praxis, die ja hier auch im Zentrum dieser Anhörung steht. Nun kann man natürlich die Meinung vertreten, wir als Abgeordnete könnten in diese Rüge alles hineinschreiben, was wir wollen, und

unseren eigenen Spielraum voll auszunutzen. Wir müssen dabei aber berücksichtigen, dass wir eine Berücksichtigungspflicht bei der Kommission auslösen wollen. Rügen laufen ja nicht in den luftleeren Raum, sondern haben rechtliche Folgen, die im Vertrag niedergelegt sind. Das andere, das ich für sehr wichtig erachte, ist, dass wir uns mit anderen nationalen Parlamenten abstimmen müssen, denn sonst löst es gar nichts aus. Das heißt, – wenn ich das so offen sagen darf – die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ist immer ein wichtiger Hinweis für unsere politische Praxis, aber im europäischen Kontext kommt es eher darauf an, was etwa im Konvent oder in anderen nationalen Parlamenten diskutiert wurde und wird. Denn es ist keine nationale Frage, die wir als nationales Parlament stellen, sondern eben eine europäische.

Nach dieser Vorbemerkung deswegen jetzt meine Frage: Nehmen wir uns als Parlament nicht letztlich eine Möglichkeit, wenn wir die Subsidiaritätsrüge nicht begrenzen, sondern alle Probleme, die wir mit einem Vorschlag haben, von Kompetenzgrundlage bis zur Verhältnismäßigkeit, in die Rüge packen? Und, sozusagen die Gegenfrage, schärfen wir nicht sogar als nationales Parlament unseren Einfluss, wenn wir uns auf die tatsächliche Rüge eben nur der Subsidiarität konzentrieren, für die dieses Instrument auch eingerichtet wurde und uns zur Verfügung steht?

Burkhard Lischka (SPD): Ich habe zwei kurze Fragen an Herrn Prof. Mayer. Die erste Frage bezieht sich auf eine Argumentation von Herrn Suhr, der vortrug, dass eine unzureichende Begründung beispielsweise bei Subsidiaritätsfragen im engeren Sinne, aber auch eine unzureichende oder ungenaue Benennung von Rechtsgrundlagen – das Beispiel kam ja – bereits im Rahmen der Subsidiaritätsrüge angesprochen und gerügt werden können. Sehen Sie das auch so, wenn es nur isoliert um diese Frage der unzureichenden oder fehlenden Begründung geht?

Die zweite Frage bezieht sich auf das Problem, dass wir hier eine neue Form der Beteiligung ohne konkrete Prüfkriterien haben. In der Situation befinden nicht nur wir uns als Deutscher Bundestag, sondern auch die anderen Parlamente der Mitgliedstaaten. Da würde mich interessieren, ob Ihnen bekannt ist, ob es in anderen Mitgliedstaaten eine ähnliche Diskussion hinsichtlich der Frage der Subsidiaritätsrüge

nur im engeren Sinn gibt. Was ist dort mit Kompetenzgrundlagen und Fragen der Verhältnismäßigkeit, und gibt es in den Mitgliedstaaten möglicherweise auch Entscheidungen von Verfassungsgerichten?

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Meine erste Frage – an Sie, Herr Suhr, und an Sie, Herr Prof. Calliess, – schließt sich bruchlos an, sie ist fast eine Wiederholung der Fragen, die von meinen Kollegen zu meiner Linken gestellt worden sind. Mein Ausgangspunkt, auch wenn ich mit Herz und Verstand Europäer bin, als deutscher Bundestagsabgeordneter, ist für mich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, weil das für uns ein „Pflichtenheft“ ist. Ich glaube, wenn wir das gut ausfüllen, können wir dem europäischen Gedanken, in Deutschland jedenfalls, in den nächsten Jahren nutzen statt schaden. Ein Knackpunkt des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht war das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht. Nach meinem Empfinden stand es da Spitz auf Knopf. Das kann man auch der Entscheidung selbst entnehmen, insofern als das Bundesverfassungsgericht uns Abgeordnete verpflichtet. Jetzt standen wir – ich habe mir das als Aufgabe auf meinen Tisch gelegt – vor dieser Aufgabe, als der Richtlinienvorschlag zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern auf den Tisch kam, zu überlegen, was tun wir? Ich nehme diesen Drei-Stufen-Test von Ihnen, Herr Prof. Calliess, und stelle fest, wir haben etliche, wie ich finde durchgreifende Bedenken auf der Ebene der Kann-Frage. Aber rein hypothetisch, wenn es die Kann-Frage nicht gäbe, oder wenn sie nicht zulässig wäre im Rügeverfahren – zu der Ob-Frage habe ich nicht viel zu sagen –: Unter dem Strich erschöpft sich der Text dann zum Schluss unter dem Titel „Subsidiaritätsrüge“ mit der Auseinandersetzung der Kompetenzgrundlagen. Halten Sie das für eine nach dem Regelwerk zulässige Subsidiaritätsrüge, die wir auch tatsächlich erheben können, wenn sie sich faktisch im Wesentlichen nur mit den Rechtsgrundlagen beschäftigt?

Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU): Ich habe zwei Fragen, die sich an Herrn Prof. Spoerr richten. Zunächst die erste Frage. Da geht es mir um die Stellung und das Gewicht des Begründungserfordernisses. Es ist notwendig, dass sowohl das Negativkriterium, also die Frage der Erforderlichkeit einer europäischen Regelung, als auch das Positivkriterium, also die Frage eines Mehrwertes einer europäischen

Regelung, begründungspflichtig ist. Nach meinem Eindruck ist es so, dass eher etwas nachlässig mit diesem Begründungserfordernis umgegangen wird. Wie schätzen Sie das ein? Kann ein strikt gehandhabtes Begründungserfordernis ein Stück weit auch Kompensation bieten für die mangelnde textliche und auch inhaltliche Schärfe, die das Subsidiaritätsprinzip als solches bietet? Kann man sozusagen gleichzeitig eine verfahrensrechtliche Sicherung für die materiellen Schwächen im Begründungserfordernis sehen? Meine daran anschließende Frage, die aber noch zur ersten Frage gehört: Kann ein Verstoß gegen so ein Begründungserfordernis allein auch dazu führen, dass wenn man tatsächlich eine Subsidiaritätsklage vor dem EuGH erhebt, diese dann auch erfolgreich ist?

Die zweite Frage geht noch einmal in die Richtung, was hier offensichtlich auch großer Konsens ist. Das Subsidiaritätsprinzip ist ein zwitterhaftes Institut, das sowohl politische als auch rechtliche Implikationen hat. Letztlich geht es um die Frage, wenn man von politischen Implikationen der Kommission oder überhaupt der europäischen Institutionen spricht, wer setzt diese Implikation durch? Ich glaube schon, dass natürlich auch die Mitgliedstaaten ihrerseits Einschätzungsprärogativen haben, wenn es um die Frage der Subsidiarität geht. Wenn man diese Überlegungen der Subsidiaritätsrüge auch auf die Klage vor dem EuGH überträgt, wessen Einschätzungsprärogative setze ich dann durch? Das ist für mich eine ganz entscheidende Frage, weil man nicht einfach sagen kann, das ist die Sichtweise der europäischen Organe, wenn man sich das Verfahren anschaut, auch die Quoren, die es dort gibt, die ab einer bestimmten Höhe dazu führen, dass ein Entwurf einer Maßnahme überprüft werden muss oder zum Teil auch nicht weiter verfolgt werden darf. Ich würde schon sagen, dass man daran auch ablesen kann, dass es durchaus so angelegt ist, dass die Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten Berücksichtigung finden muss. Hierzu würde mich Ihre Einschätzung interessieren.

Thomas Silberhorn (CDU/CSU): Zunächst eine Frage zu dem Thema, was zulässigerweise gerügt werden kann. Ich richte sie an Prof. Lorz. Ist nicht die Frage, inwieweit eine Subsidiaritätsrüge zulässig ist, doch auch etwas akademischer Natur, wenn man berücksichtigt, dass die Europäische Kommission im schlimmsten Fall eine Rüge prüfen muss? Wenn aber ein behaupteter Subsidiaritätsverstoß folgenlos sein kann, dann in der Tat, kommt man zu der Bewertung, dass es ein politisches

Argumentationsmuster ist, so dass sich im Rahmen der Rüge die Frage, was man denn alles rügen darf, so gar nicht stellt. Wenn es um die Subsidiaritätsklage geht, dann würde ich eher argumentieren, muss man nicht erst recht alles rügen? Man wäre ein schlechter Anwalt, wenn man eine Subsidiaritätsklage erheben will und seinen Mandanten nicht dazu raten würde, alles zu rügen, womit sich der Europäische Gerichtshof befassen könnte. Besteht dann auch im Hinblick auf das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht möglicherweise sogar eine Verfassungspflicht als Ausfluss der Integrationsverantwortung, alles zu rügen, was möglicherweise der Europäische Gerichtshof selbst als rügefähig ansehen könnte? Immerhin entscheidet eben der EuGH über die Subsidiaritätsklage. Wir als Abgeordnete würden einen schweren Fehler machen, wenn wir nicht alles rügen würden, was rügefähig ist.

Eine zweite Frage: Inwieweit muss man die Begründungspflicht, die man im Subsidiaritätsprinzip verorten kann, die aber auch anderenorts im Vertrag geregelt ist, nicht auch mit in das hineinnehmen, was rügefähig ist, zumindest bei der Subsidiaritätsklage, aber auch schon bei der Rüge? Kann man nicht sagen, bereits ein Verstoß gegen die Begründungspflicht ist per se auch ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip? Wie beurteilen Sie hier – Frau Prof. Puttler, Sie haben dazu Stellung genommen – die Möglichkeit, dass der Europäische Gerichtshof selbst die Begründungspflicht gewissermaßen hineinzieht in die Subsidiaritätsprüfung?

Einen letzten Gedanken, den ich ansprechen möchte bei dieser Frage, ob die Mitgliedstaaten nicht ausreichend tätig werden können und deswegen besser die Europäische Union handeln kann: Machen wir vielleicht nicht den Fehler, bei mancher Frage zu sehr in der Dichotomie Mitgliedstaaten oder Europäische Union zu denken, und gibt es nicht vielleicht heute Themen, z. B. die Frage nach einem staatlichen Insolvenzverfahren, die man selbst auf europäischer Ebene nicht ausreichend regeln kann, sondern die man sinnigerweise – in diesem Fall zum Beispiel beim internationalen Währungsfonds – international ansiedeln müsste? Ist es nicht eher die Frage der Vernetzung verschiedener Ebenen, die man berücksichtigen muss, um zu sachgerechten Lösungen zu kommen, als diese strikte Kompetenzabgrenzung, die dem Gegenstand der Debatte vielleicht nicht ausreichend im vertraglichen Sinne Rechnung trägt? Vielen Dank.

Vorsitzender: Darf ich den letzten Aspekt vielleicht als Wertung und nicht als dritte Frage ansehen? Bevor ich als nächstes Frau Hönlinger das Wort erteile, muss ich aber noch nachfragen, an wen Sie die zweite Frage richten, Herr Silberhorn, damit auch der oder die Richtige antworten kann.

Thomas Silberhorn (CDU/CSU): Ich hatte Herrn Prof. Lorz und Frau Prof. Puttler genannt, ansonsten jeder, der sich dazu berufen fühlt.

Ingrid Hönlinger (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe es als positiv empfunden, dass Sie das Parlament ermutigen, kritisch zu sein und habe es auch als positiv empfunden, dass Sie die europäischen Institutionen, insbesondere die Kommission so einschätzen, dass dort wohl gehört wird, wenn wir uns kritisch äußern. Wir machen das auch sehr gerne und deswegen finde ich es gut, dass wir heute dieses Expertengespräch durchführen. Meine Frage richtet sich an Herrn Suhr und Frau Prof. Puttler. Die Frage, welche Prüfkriterien wir bei der Subsidiaritätsprüfung ansetzen, ist noch nicht ganz beantwortet. Ich habe bei verschiedenen Sachverständigen herausgehört, dass es noch mehr Konkretisierungen geben könnte und sich vielleicht auch in der Praxis erweist, welche Prüfkriterien wir ansetzen müssen. Vielleicht könnten Sie dazu noch einige Gedanken entwickeln, an welchen Kriterien wir aus Ihrer Sicht prüfen sollten; insbesondere die Frage der Kompetenzgrundlage interessiert mich.

Herr Suhr, Sie haben die europäische Schutzanordnung angesprochen. Das hat uns gerade auch intensiv beschäftigt. Da war die Frage: Inwieweit können zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche Regelungen auf europäischer Ebene im Rahmen der Schutzanordnung erfolgen? Deswegen auch hier die Frage: Inwieweit wird die Problematisierung der Kompetenzgrundlage in anderen Ländern diskutiert? Haben Sie da möglicherweise auch Einblick in andere Diskussionen? Wenn ja, welche?

Vorsitzender: Herzlichen Dank, ich habe jetzt noch auf der Frageliste Herrn Kollegen Sharma, Herrn Buschmann und mich selber. Ich würde dann die erste Fragerunde mit Blick auf die Uhr schließen, was nicht heißt, dass wir vielleicht noch die eine oder

andere Nachfrage in einer zweiten Runde haben. Es ist auch ganz interessant mal nachhaken zu können. Diese Möglichkeit sollten wir uns nicht nehmen.

Raju Sharma (DIE LINKE.): Ich habe eine Frage an Herrn Prof. Fisahn. Wenn ich Sie in den Ausführungen und insbesondere in der schriftlichen Stellungnahme richtig verstanden habe, teilen Sie nicht ganz den Optimismus, was die Effizienz von Subsidiaritätsrüge und -klage betrifft, der Kollegen Sachverständigen, die wir heute gehört haben. Meine Frage wäre erstens: Habe ich Sie da richtig verstanden? Sehen Sie diese Instrumente eher als „stumpfe Schwerter“ an? Und zweitens: Wenn das so ist, sehen Sie andere juristische und vielleicht auch bessere Möglichkeiten für die nationalen Parlamente, Einfluss auf die europäische Gesetzgebung zu nehmen und wie könnte man so etwas gestalten, wenn es noch nicht angelegt ist? Danke schön.

Marco Buschmann (FDP): Im Prinzip habe ich eine Frage mit drei Ausdifferenzierungen. Es geht um die Frage der Rügefähigkeit der Subsidiarität, der möglichen fehlenden Kompetenz im Rahmen der Subsidiaritätsrüge. Meine Frage möchte ich an Herrn Prof. Calliess und Frau Prof. Puttler richten. Sie haben in Ihren schriftlichen Ausführungen drei – wie ich finde – fruchtbare Anregungen gemacht wie diese Frage beantwortet werden könnte. Dazu würde ich mir nähere Ausführungen wünschen. Einmal gab es den Gedanken der sehr intensiven Verschränkung des Prinzips der Subsidiarität mit dem der Kompetenz, weil harte Kompetenzschränken häufig als Konkretisierung des politischen Prinzips der Subsidiarität gelesen werden können. Vielleicht könnten Sie das noch klarer ausführen, inwieweit das hier für die rechtliche Frage der Rügefähigkeit fruchtbar gemacht werden kann. Gleiches gilt für den Hinweis der Verfahrensökonomie, der hier möglicherweise auch als systematisches Argument fruchtbar gemacht werden könnte, d. h. zu einem möglichst frühen Zeitpunkt diese grundlegende Frage der Kompetenz heranzuziehen. Drittens – das interessiert mich fast am meisten, weil es bislang auch am wenigsten beleuchtet worden ist, obwohl ich es für ein rechtlich sehr interessantes Argument halte – das Problem der Vorfragenkompetenz: Selbst wenn man mit den Argumenten Wortlaut und Genese zu dem Ergebnis kommt, dass man Schwierigkeiten hat, die Frage der Kompetenz mit einzubeziehen, kann man nicht möglicherweise die Rechtsfigur der Vorfragenkompetenz – also der Kompetenz, eine zwingende Vorfrage auch prüfen zu können, – fruchtbar machen zur Beantwortung

unserer Frage der Rügefähigkeit des Subsidiaritätsprinzips? Als Beispiel kann die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Kadi dienen, als es um die Frage der Prüfung ging, welche Implikation eigentlich die Völkerrechtsordnung der Vereinten Nationen hat und ob die europäische Gerichtsbarkeit dazu berufen ist, dies zu prüfen. Hier hat sich der EuGH über die Figur der Vorfragenkompetenz mit diesen Fragen beschäftigt, weil das Gericht als methodischen Weg die Frage vorangestellt hat: Wenn ich mich mit dieser Vorfrage nicht beschäftigen kann, dann kann ich auch die europarechtliche Frage nicht sinnvoll beantworten. Hier hat sich diese Rechtsfigur der Vorfragenkompetenz in meinen Augen abgezeichnet. Hierzu würde ich mir Ausführungen wünschen.

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Ich selbst habe eine Frage an Prof. Calliess und an Prof. Lorz, die ich ganz kurz stellen möchte. Bei der Subsidiaritätsrüge kann Gegenstand die Verhältnismäßigkeit und die zugrunde liegende europarechtliche Kompetenznorm sein, denn mir schien bisher eine sehr weitreichende Prüfung der Subsidiaritätsrüge vorgenommen zu werden. Falls da eine Differenz zur Subsidiaritätsklage vorhanden ist, weshalb ist das so?

Jetzt handhaben wir es so wie zu Beginn gesagt: Wir treten in die Antwortrunde ein. Dabei ist es Ihnen selbstverständlich unbenommen – das hat auch schon bei den Eingangsstatements stattgefunden – auf die unterschiedlichen Positionen Ihrer Kollegen einzugehen, ganz im Sinne eines Expertengesprächs. Das hat sicher auch einen gewissen Reiz für uns. Nach meiner Liste, habe ich keine direkte Frage in der ersten Runde an Herrn Dr. Wuermeling verzeichnet, was nicht heißt, dass das nicht noch kommen kann. Es gab zwei Fragen an Herrn Suhr von Herrn Montag und Frau Hönlinger und Ihnen möchte ich jetzt auch das Wort geben.

SV Oliver Suhr, LL.M.: Zunächst zu der Frage von Herrn Montag und dem Strafrecht. Ich gebe Ihnen in der Prämisse völlig Recht, dass hier selbstverständlich das Lissabon-Urteil zu beachten ist. Ich wollte mit meiner Bemerkung dazu etwas anderes sagen. Das Lissabon-Urteil zielt in punkto Subsidiaritätsprüfung meiner Wahrnehmung nach in absolut dieselbe Richtung wie die maßgeblichen Verträge und verlangt eine praktische Wirksamkeit der Subsidiaritätskontrolle. Das Bundesverfassungsgericht sagt an keiner Stelle etwas, wo man sagen müsste, das

funktioniert so nicht. In punkto Subsidiarität sehe ich da eine Bekräftigung der Zielrichtung der Verträge und in punkto Strafrecht, das Sie besonders angesprochen hatten, sehe ich es so: Im Hinblick auf die Darlegungslast des Inhabers des Initiativrechts – also der Kommission – gewinnt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insofern Gewicht, dass je stärker in die Kompetenzordnung der Mitgliedstaaten eingegriffen wird, desto größer auch die Darlegungslast dafür wird, warum das Negativkriterium und das Positivkriterium hier erfüllt sein sollen. Der erhöhte Begründungsaufwand besteht, weil die Verträge selbst schon sagen – das sieht man an den Sonderregelungen zur ehemaligen dritten Säule – dass das Strafrecht, wie auch die innere Sicherheit allgemein, besonders nahe an der staatlichen Souveränität stehen. Ich würde sagen, weil die Verträge es sagen – Sie würden vielleicht sagen, weil das Bundesverfassungsgericht es verlangt hat, aber das geht in dieselbe Richtung – besteht hier eine besonders hohe Darlegungslast seitens des Inhabers des Initiativrechts. Wenn Zweifel hinsichtlich der Kompetenzgrundlage bestehen, hat der Inhaber des Initiativrechts – beim Strafrecht ist es auch die Gruppe von einem Viertel der Mitgliedstaaten, von mindestens sieben – die Darlegungslast, uns aufzuzeigen, dass die Kompetenzgrundlage greift. Wenn Fragen offen bleiben, ist es nicht Aufgabe der nationalen Parlamente zu spekulieren. Es mag sein, dass der EuGH früher bei Nichtigkeitsklagen festgestellt hat, die Kompetenzgrundlage sei falsch bezeichnet, aber dadurch sind nicht die Mitwirkungsbefugnisse von Organen verkürzt worden und deshalb ist das kein Grund, den Rechtsakt als nichtig zu bezeichnen und aufzuheben. In Zukunft kommt hier diese neue Subsidiaritätskontrolle dazu und man wird das nicht mehr so einfach sagen können. Wenn Sie dann sagen, es gäbe überhaupt keine Kompetenzgrundlage für Elemente dieser Initiative, dann ist es Ihnen nicht zuzumuten, „grünes Licht“ aus der Warte des Subsidiaritätsprinzips zu geben. Das könnten Sie dann gar nicht. Wenn es vielleicht eine andere Kompetenzgrundlage gibt, wissen Sie nicht einmal, ob es eine nicht ausschließliche ist, vielleicht glauben Sie sogar, es gibt gar keine. So oder so wäre es Aufgabe der Kommission gewesen, dies klarzustellen, es kann nicht das Ergebnis Ihres Kontrollauftrages „Subsidiaritätskontrolle“ sein: Ich glaube nicht an diese Kompetenzkontrolle, das überzeugt mich nicht, und deshalb schweige ich. Das kann doch nicht die zumutbare Konsequenz für die nationalen Parlamente sein. Wenn wir uns dann darüber streiten, ob etwas im ersten Teil Ihres Beschlusses steht, der mit „Subsidiaritätsrüge“ überschrieben ist oder in dem zweiten Teil, der mit „Allgemeiner

Stellungnahme“ überschrieben ist, dann kann man diesen Streit führen, aber benennen sollten Sie es doch auf jeden Fall.

Zu meinem Hinweis auf das Minderheitenrecht bei der Klage: Man muss schon bezweifeln, dass viele solche Beschlüsse mit der relativen Mehrheit im Bundestag zustande kommen werden. Das bezweifelt auch das Bundesverfassungsgericht. Deshalb hebt er die Ausstattung der Klage als Minderheitenrecht besonders hervor. Daher meine ich, ist es besonders wichtig, diese Elemente, die nachher auch in der Subsidiaritätsklage von einer Minderheit zur Nachprüfung gestellt werden, besonders herauszuarbeiten. Das Argument der Zumutbarkeit halte ich für besonders wichtig.

Zu der Frage von Frau Hönlinger nach den Prüfkriterien. In meiner Stellungnahme, aber auch in der von Prof. Calliess steht, das Amsterdamer Protokoll, das die Leitlinien noch explizit im Primärrecht verankerte, sollte die vorausgegangenen Grundsätze des Europäischen Rates von Edinburgh nicht beiseite schieben oder verdrängen, sie stehen noch im Raum. Sie können zur Auslegung des Subsidiaritätsprinzips nach wie vor herangezogen werden. Sie sind nicht mehr unmittelbar im Primärrecht verankert, aber man kann sie heranziehen. Wenn das nicht funktioniert mit der Subsidiaritätskontrolle, politisch auf irgendeiner europäischen Ebene, dann sollte man das anlässlich eines jährlichen Subsidiaritätsberichts mal wieder in den Europäischen Rat bringen. Ob die Bundesregierung dazu bereit ist, das zu einer Priorität zu machen, ist eine politische Frage. Diese Grundsätze des Europäischen Rates von Edinburgh könnte man nach einer gewissen Zeit durchaus auch noch einmal im Europäischen Rat überprüfen lassen. Zu den Leitlinien weiter: Sehr positiv sehe ich den Ansatz des Generalanwalts Maduro in dem letzte Woche entschiedenen Verfahren i. S. Vodafone u. a. zu betonen, dass das Negativkriterium und das Positivkriterium getrennt zu prüfen sind. „Besser“ auf europäischer Ebene ist nicht automatisch gleich „nicht ausreichend“ auf nationaler Ebene, sondern in einem ersten Schritt muss man aufzeigen, warum es auf nationaler Ebene nicht geht. Das kann man auch begründen. Ich möchte nicht dahingehend missverstanden werden, dass das Ergebnis der Begründung und Prüfung und Darlegungslast immer sein wird, die EU darf nicht handeln. Nein, es wird so begründet sein, dass die nationalen Parlamente ihren Kontrollauftrag ohne Spekulation erfüllen können. Dann werden sie auch

überzeugt sein und dann werden sie das auch unterstützen. Diese Schlussanträge des Generalanwalts gehen in die richtige Richtung. Ich hatte Sie auch aufgefordert, diesen Dialog mit Luxemburg zu fördern. Das ist auch keine homogene, sondern eine heterogene Gruppe. Jetzt war in dem Vodafone-Verfahren der deutsche Richter Berichterstatter. Man muss jedoch versuchen, auch die anderen Generalanwälte und Richter von unserer Wahrnehmung, dass dieses Prinzip für uns in Deutschland besonders wichtig ist, zu überzeugen.

Letzter Punkt: Der EuGH prüft in dem Verfahren Vodafone die Verhältnismäßigkeit vor der Subsidiarität. Das ist für diejenigen angenehm, die sowieso wollen, dass die Verhältnismäßigkeit immer dabei ist. Aber wir müssen hier auch dem EuGH zurufen, dass das nicht dazu führen darf, dass man wie im Urteil Vodafone, die Subsidiarität mal so eben in zwei, drei Absätzen prüft nach dem Motto – na ja, die Verhältnismäßigkeit ist klar und damit auch die Subsidiarität, – denn das ist es natürlich gerade nicht. Wenn das Primärrecht sagt, Subsidiaritätsklage, dann kann ich nicht die Subsidiarität nur mal eben so als Wurmfortsatz der Verhältnismäßigkeit mit klären, sondern muss dazu natürlich auch etwas sagen. Das wird in Urteilen nie viel sein, aber so im Nachklapp, das reicht mir nicht.

Zu Ihrer Frage, wie es in anderen Staaten aussieht. Allein schon wegen der sehr intensiven Wahrnehmung des Lissabon-Urteils ist diese Frage auch in den anderen nationalen Parlamenten präsent, auch über die Instrumente, die sie sich geschaffen haben, die teilweise sogar im Primärrecht verankert sind, z.B. COSAC oder IPEX, also diese Foren, um sich auszutauschen. Konkretere Ergebnisse als wir sie bisher haben, sind dort aber meiner Wahrnehmung nach auch noch nicht erzielt worden.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Suhr. Jetzt bitte ich Herrn Prof. Spoerr um seine Antworten auf zwei Fragen von Herrn Dr. Luczak.

SV Prof. Dr. Wolfgang Spoerr, LL.M. (Edinburgh): Die zweite Frage, mit der ich beginne, ging dahin, welche Konsequenzen sich aus der zwitterhaften Rechtsnatur der Subsidiaritätsprüfung zwischen Recht und Politik ergeben. Meines Erachtens beantworten sich daraus in der Praxis nahezu alle Fragen, die Sie heute gestellt haben.

Vielleicht kurz vorweg greifend, Herr Abgeordneter Montag, auch andere Parlamente haben sich mit den Fragen befasst. Das House of Lords hat in einer Anhörung klar zur Kenntnis genommen, dass die Verträge die dritte Stufe, also die Verhältnismäßigkeit im Sinne der Terminologie von Herrn Prof. Calliess nicht einbeziehen können, auch nicht in der Rüge, der yellow/orange-card-procedure. Die Regierung hat es klar erläutert: So seien die Verträge eben, weil damit die Sonderrolle des Parlaments zum Ausdruck gebracht werde, während die allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle weiterhin ohne die nationalen Parlamente statfinde. Soviel nur referierend.

Ich glaube trotzdem, die Antwort, die wir hier mehrheitlich gegeben haben, ist die richtige, weil sie sich aus dem, was Herr Dr. Wuermeling gesagt hat, ergibt, nämlich aus der zwitterhaften Rechtsnatur und aus der Einschätzungsprärogative. Wenn es ein Rechtsinstitut zwischen Recht und Politik ist, bei dem die handelnden politischen Organe Einschätzungsprärogativen haben, dann kann es schlechthin nicht sein, dass ein Organ Einschätzungsprärogativen hat und die anderen Organe von vornherein beschränkt sind auf eine schulmäßige Gegenprüfung von Kriterien nach Art eines Referendars oder Referendarin. Vielmehr müssen sie ihre Einschätzung ebenfalls entgegensetzen können. Eine entfernte Analogie zu einem Rechtsgebiet, wo genau das herausgekommen ist, kann zum juristischen Prüfungsrecht und der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gezogen werden. Deswegen können zwingend sehr breite Erwägungen bei der Prüfung der nationalen Parlamente in die Rüge Eingang finden. Das Letztentscheidungsrecht haben dann allerdings die Organe der Gemeinschaft im Rahmen der Einschätzungsprärogative. Das ist nicht allein die Kommission, sondern das sind drei Organe, die zusammenwirken und der Europäische Gerichtshof kontrolliert dann, ob die Grenzen der Einschätzungsprärogative, des Dürfens, überschritten sind.

Damit zur zweiten Frage, zum Begründungserfordernis. Meines Erachtens ist der Vorgang strikt prozeduralisiert zu denken. Das kann man juristisch nur unterstreichen und es liegt voll auf europäischer Linie, es ist gerade kein deutscher Sonderweg. Ausgangspunkt ist, was die Kommission bzw. ausnahmsweise andere Organe, wenn sie ein Initiativrecht haben, an Begründung vorlegen. Dieser politischen

Einschätzung und Begründung können dann die nationalen Parlamente ihre politische Einschätzung in einem sehr breiten Rahmen an zulässigen Erwägungen entgegensetzen und dann geht es weiter im Prozess.

Letzter Punkt: Was ist eigentlich die Wirkung der Rüge? Hier ist zu Recht gesagt worden, sie ist relativ gering, die Hürden sind sehr hoch, es löst nur eine Berücksichtigungspflicht aus. Auch deshalb liegt die Letztentscheidung bei den europäischen Organen, denn berücksichtigen heißt zur Kenntnis nehmen, einbeziehen, aber auch nicht mehr. Die wirkliche Wirkung der Rüge ist natürlich nochmal eine andere neben der politischen Wirkung. Eine weitere Wirkung besteht, wenn keine Rüge erhoben wird. Dann wird kaum je ein Kläger, kein Vodafone dieser Welt vor dem Europäischen Gerichtshof Erfolg haben. Denn wenn von 54 in Betracht kommenden nationalen Parlamenten kein einziges sagt, wir können es besser, oder wir können es ausreichend, dann wird bei einer gerichtlichen Prüfung der Einwand privater Kläger, vielleicht auch der Mitgliedstaaten kein sehr hohes Gewicht haben, auch wenn das kein rechtliches Kriterium ist.

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Ich darf nun Frau Prof. Puttler bitten, auf die vier Nachfragen von Herrn Thomae, Herrn Silberhorn, Frau Hönlinger und Herrn Buschmann zu antworten. Sie können natürlich selber auswählen, in welcher Reihenfolge Sie vorgehen möchten.

SVe Prof. Dr. Adelheid Puttler, LL.M.: Vielen Dank. Ich werde die Fragen in einem Gesamtkomplex beantworten, denn wenn ich das richtig verstanden habe, konzentrieren sich die an mich gerichteten Fragen vor allem auf das Klageverfahren, auf die Subsidiaritätsklage. Während man bei der Subsidiaritätsrüge als Parlament in den Vorgang der Rechtschöpfung eingreifen und hier Bedenken vorbringen und politisch einwirken kann, befindet man sich bei der Subsidiaritätsklage in einem streng juristischen Verfahren. Das heißt, man muss ganz anders denken, je nachdem, in welchem Verfahren man sich jeweils befindet. Ist man vor dem Europäischen Gerichtshof, muss einem klar sein, dass die Rolle des Europäischen Gerichtshofs die ist, einen bereits ergangenen Rechtsakt daraufhin zu überprüfen, ob er so ergehen durfte, und ob er so, wie er ergangen ist, mit dem Vertrag in Einklang steht. Das ist das eine und das andere, dass das nationale Parlament nach den

neuen Bestimmungen nur zur Subsidiaritätsklage berechtigt ist und keine allgemeine Nichtigkeitsklage erheben kann. Das bedeutet aber nicht, dass man nicht alles Mögliche rügen kann, was mit dem Problem Subsidiarität in Zusammenhang steht. Ich möchte zweimal unterstreichen, was Herr Silberhorn gesagt hat. Sie sollten alles, aber auch wirklich alles rügen, was in diesen Zusammenhang passt. Ich meine auch, dass Sie wegen der Integrationsverantwortung, die das Bundesverfassungsgericht herausgehoben hat, nach Ihren Kräften verfassungsrechtlich verpflichtet sind, darauf zu achten und darauf hinzuwirken, dass die Organe der Europäischen Union den Vertrag einhalten. Aber, man kann natürlich nicht in einer Subsidiaritätsklage einfach alle Argumente vorbringen, sondern man muss bedenken, dass der Europäische Gerichtshof nur eine Subsidiaritätsklage annehmen darf. Das heißt, alles, was man vorbringt, muss man versuchen, unter den Oberbegriff „Subsidiarität“ zu fassen. Wahrscheinlich wird der Europäische Gerichtshof sagen, es besteht eine Darlegungs- und Beweislast der Organe, die mit dem Rechtsetzungsverfahren befasst sind. Also nicht mehr nur die Kommission, die macht nur den Vorschlag, sondern wir haben hier einen fertigen Rechtsakt, also auch einen des Europäischen Parlaments und des Rates. Eine Begründungspflicht steht natürlich außerhalb des Subsidiaritätsgedankens. Da kann man einfließen lassen, dass man im Rahmen der Subsidiaritätsklage doch darauf bestehen muss, dass die Begründung des Rechtsakts auch ausreichend auf die Subsidiaritätsfragen eingeht. Man kann vortragen, dass hier, wenn auch wenige aber doch einige Kriterien im Artikel 5 Absatz 3 EUV enthalten sind, nämlich die Vorfrage der ausreichenden Zuständigkeit. Man muss zuerst prüfen, ob überhaupt eine nicht ausschließliche Zuständigkeit vorliegt und unter dieses Tatbestandsmerkmal kann man dann die Kompetenzgrundlagen-Bedenken fassen. Man kann vortragen, dass im Artikel 5 Absatz 3 EUV zwei Kriterien zu prüfen sind, die Notwendigkeit und die Effizienz, und dass nach dem neuen Wortlaut beide Kriterien zu prüfen sind. Man kann vortragen, dass nach dem Subsidiaritätsprotokoll das „Besser“-Kriterium qualitativ und quantitativ begründet werden muss, aber bei all diesem Vortrag muss man sich doch im Klaren sein, dass der Europäische Gerichtshof nicht entscheiden kann, wessen Einschätzungsprärogative jetzt den Vorrang hat, die des nationalen Parlaments oder die der Organe der Europäischen Union. Die Rolle des EuGH ist es vielmehr zu prüfen, ob die Organe der Europäischen Union ihre Einschätzungsprärogative ordentlich wahrgenommen haben und ob sie nicht darüber hinaus gegangen sind.

Danach muss man alles ausrichten. Herr Prof. von Danwitz, der deutsche Richter am EuGH, hat in mehreren Vorträgen erkennen lassen, dass im Gerichtshof – es kommt immer darauf an, bei welcher Kammer das Verfahren beraten wird – durchaus Interesse daran besteht, in eine Subsidiaritätsprüfung einzusteigen, aber dass die Klage gut begründet sein muss. Man muss sich also die größte Mühe geben, gute, substantiierte Begründungen vorzutragen, und man sollte das Instrument der Subsidiaritätsklage nicht leichtfertig, sondern dosiert einsetzen, damit es auch wirklich die Schlagkraft hat, die man sich davon erhofft. Noch einmal mein Plädoyer: Zunächst alle Argumente in der Subsidiaritätsrüge vortragen, da ist man wesentlich freier, da ist man nicht so gebunden an diesen juristischen Vorgang. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Frau Prof. Puttler. Jetzt habe ich drei Fragen an Herrn Prof. Mayer, eine von Frau Dr. Högl und zwei von Herrn Lischka .

SV Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale): Vielen Dank. Die erste Frage von Frau Dr. Högl war, wie grenzt man das eigentlich ab mit der Kompetenz, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit? Nun, wenn man sich mal das Urteil vom 8. Juni 2010 anschaut, da wird das nahezu schulmäßig gemacht. Der EuGH stellt erst die Frage: Gibt es eine Rechtsgrundlage? Dann muss es natürlich eine nicht ausschließliche Kompetenz sein, nur dann kann die Subsidiaritätsfrage ins Spiel kommen. Er prüft dann die Verhältnismäßigkeit unter der Fragestellung: Ist das Regelungsziel hier verhältnismäßig umgesetzt? An dieser Stelle die Fußnote, dass dieser Verhältnismäßigkeitstest bereits eine nicht ganz unproblematische Idee ist. Man nimmt etwas, was man im Wesentlichen im deutschen Recht in der deutschen Verfassungsdogmatik im Kontext der Freiheitsrechte entwickelt hat für einen Kompetenzzusammenhang. Das ist eigentlich etwas schräg. Der EuGH lässt sich da – neuerdings jedenfalls – umfangreich darauf ein. Und dann die Subsidiaritätsfrage, die Frage danach, ob wir etwas nicht ausreichend auf mitgliedstaatlicher Ebene einerseits – die Folgerung „und daher besser“, ist jetzt weggefallen –, und andererseits etwas besser auf europäischer Ebene geregelt werden kann, das ist die dritte Fragestellung. Diese drei Elemente lassen sich gut voneinander trennen. Ich kann es nur noch einmal wiederholen, der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften gibt ausdrücklich her, dass man hier ganz gezielt die Parlamente mit der Subsidiarität befassen wollte und nicht mit der Kompetenzgrundlage und nicht mit der

Verhältnismäßigkeit. Es ist schon gesagt worden, im britischen Kontext hat man das bereits zur Kenntnis genommen. Das kann man bedauern, aber es ist im Recht nichts völlig Unübliches, dass man Rechtsschutzmöglichkeiten einschränkt. Wir können, normalerweise jedenfalls, mit der Verfassungsbeschwerde nicht nach Karlsruhe gehen und sagen, da ist das Demokratieprinzip oder das Sozialstaatsprinzip verletzt. Man braucht ein Grundrecht. Der Rechtsakt, den man angreift kann noch so sozialstaatswidrig sein, ohne Grundrecht geht es nicht. Das ist eigentlich – gerade für uns deutsche Juristen – nichts völlig Ungewöhnliches.

Zum Stichwort: „Bundesverfassungsgericht“. Ich will vielleicht doch noch eine etwas andere Deutung dieser Passage einführen, um die es geht. Nach meiner Wahrnehmung überlegt das Bundesverfassungsgericht, was aus diesen Verfahren wird und es heißt dann an einer Stelle, es kommt darauf an, ob auch die Kompetenzfrage bei der Subsidiaritätsprüfung mit eingebaut wird. Es kommt nach meiner Meinung nicht im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit dessen, was wir alle hier tun, darauf an, sondern im Hinblick auf die Effektivität dieser Subsidiaritätskontrolle. Anders formuliert: Ich sehe im Lissabon-Urteil keine Hinweise darauf, dass das Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtliche Probleme ausmacht, wenn die Kompetenz nicht in der Subsidiaritätskontrolle mit geprüft wird. Ich glaube, dass man hier stets – das war auch die Frage von Herrn Lischka – sehen muss, dass man ein Subsidiaritätsproblem identifiziert und dann mag man sicher auch andere Rechtsfehler ansprechen. Rechtsfehler außerhalb jeglicher Subsidiaritätsprobleme zu rügen scheint mir der falsche Weg. Das hat Frau Dr. Högl in Ihrer Frage nahegelegt. Die Abstimmung mit den anderen Parlamenten erfordert doch, dass man einen relativ überschaubaren Kanon von Argumenten formuliert. Wenn man in alle Richtungen argumentiert, dann wird das wahrscheinlich keinen Erfolg haben, ganz unabhängig davon, dass man sich auch bei der Rüge in einem rechtlich geordneten Verfahren befindet. Die Berücksichtigungspflicht mag etwas weich klingen, aber ich kann Ihnen versichern, dass es bei der Kommission ganz sicher ganz klare Abläufe geben wird, wie man damit umgeht. Da wird sicher auch an irgendeiner Stelle ein interner Prüfpunkt sein, ob denn überhaupt die Subsidiarität gerügt wird oder irgend etwas anderes. Je nach dem wird es dann weiter bearbeitet oder nicht.

Nun, weil die Frage konkret gestellt worden ist: Was wäre denn ein Ratschlag? Was könnte man denn machen? Man muss, wenn man wirklich – Herr Montag – ein Kompetenzproblem hat, und sagt: da ist keine Rechtsgrundlage, versuchen, das als Subsidiaritätsproblem zu artikulieren. Eine Möglichkeit ist zu sagen, eine europäische Regelung kann nicht besser sein, als eine mitgliedstaatliche Regelung, wenn die Kompetenzgrundlage so umstritten ist. Man kann versuchen zu argumentieren, dass die europäische Regelung sich schlicht nicht richtig durchsetzen wird, dass sie nicht funktionieren wird, wenn man eine derart umstrittene Kompetenzgrundlage wählt. Das wär ein Einstieg in ein Subsidiaritätsargument. Ansonsten läuft das Subsidiaritätsargument – Herr Vorsitzender, Sie haben das auch gefragt: was ist der Unterschied zwischen Rüge und Klage, die unterschiedliche Reichweite, wenn es um das Rechtliche geht – darauf hinaus, dass der EuGH gucken wird, wussten die, dass die Subsidiaritätserwägungen anstellen müssen, haben die sich überlegt, was für Subsidiaritätsgründe sein können usw. Es wird wirklich auf das Verfahren ankommen. Bei der Rüge können sie dann, wenn Sie so wollen, weitaus materieller werden. Da können Sie sich auf die Frage, ist es denn ausreichend, auf mitgliedstaatlicher Ebene zu regeln, aus einer ganz spezifischen nationalen Sicht dann einlassen. Man muss auch berücksichtigen, es gibt 27 Mitgliedstaaten. Das wird von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat möglicherweise unterschiedlich ausfallen. Da kann ein Mitgliedstaat nicht maßgeblich sein, aber er kann seine Bedenken natürlich hier zu Gehör bringen.

Zu der zweiten Frage, inwieweit das in anderen Mitgliedstaaten eine Berücksichtigung findet und diskutiert wird. Wir haben das von Großbritannien schon gehört. In Frankreich diskutiert man das auch. Hier muss man zum Beispiel sehen, dass natürlich auch die nationalen Parlamente von völlig unterschiedlichen Ausgangsvoraussetzungen an diese Fragen herangehen. In einem Mitgliedstaat mit einem relativ schwachen Parlament ist natürlich eine solche Thematik sicher auch eine ganz wichtige Chance, ein Standing gegenüber den anderen Gewalten aufzubauen. Gleichzeitig besteht dann möglicherweise auch von vornherein die Gefahr, dass in solchen Mitgliedstaaten das Parlament auch nicht so furchtbar weit kommen wird. Ich werde im Wintersemester ein Forschungssemester in Paris verbringen und will genauer untersuchen, wie die Assemblée Nationale das macht. Ich kann dann nächstes Jahr einmal berichten.

Wenn Sie gestatten – weil ich das nicht so stehen lassen möchte – die Sache mit der Pizza will ich noch gerade rücken. Das Pizzabeispiel scheint zu suggerieren, dass es ein Problem mit der europäischen Regelungsdichte gibt. Ich glaube, das ist wirklich etwas, worüber man im Subsidiaritätszusammenhang auch nachdenken kann. Wie intensiv ist die Regelungsdichte? Wenn Sie die Roaming-Verordnung angucken, stellen Sie fest, sie hat am Ende eine Sunset-Clause, die endet nach einer bestimmten Zeit. Ist das nicht auch ein Subsidiaritätsgesichtspunkt? Man muss da jedoch aufpassen und nicht gleich fordern, aus Subsidiaritätsgründen müsse eine jegliche europäische Verordnung automatisch nach fünf Jahren enden. Man kann sicher über diese intelligenten Mechanismen zusammen nachdenken. Darum geht es bei dem Pizza-Beispiel nicht, da geht es um Ursprungsbezeichnung, da geht es um Lebensmittelrecht. Ich denke, wir haben alle ein Interesse daran, dass der „Äbbelwoi“ oder der „Fränkische Boxbeutel“ so genau wie möglich beschrieben werden, damit er in seiner Einzigartigkeit gewahrt wird. Darum geht es auch bei dieser Pizza und ich persönlich habe auch nicht so gerne Lachs auf der Pizza Napoletana. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Mayer. Ich darf jetzt Herrn Prof. Lorz um die Antwort auf die Fragen von Herrn Thomae, Herrn Silberhorn und mir bitten.

SV Prof. Dr. Ralph Alexander Lorz, LL.M. (Harvard): Herr Vorsitzender, vielen Dank. Ich darf vielleicht bei der Frage von Herrn Thomae anfangen, die zuerst an mich gerichtet wurde. Der Terminus „missglückt“ den ich zuerst verwendet habe, bezog sich nur auf die Frage der Kompetenzgrundlage. Nur in dieser Hinsicht betrachte ich diese Regelung als missglückt. Ich habe das Wort „missglückt“ auch bewusst gewählt, weil – worüber wir uns alle einig zu sein scheinen – man natürlich diese drei Prüfungsstufen nach Artikel 5 EUV logisch gut voneinander trennen kann – das haben wir auch schon mehrfach gehört: Kann, Ob und Wie. Es ist auch theoretisch möglich zu sagen, man engt die Kontrolle auf einen dieser drei Prüfungspunkte ein. Mein Argument ist teleologischer Natur, denn es ergibt für mich keinen Sinn. Wenn man es ernst meint, und das unterstelle ich einfach den Schöpfern des europäischen Primärrechts, dass man den nationalen Parlamenten auch eine substantielle Möglichkeit einräumen will, ihre eigenen politischen Gestaltungsräume zu sichern, dann muss man sie, wenn man ihnen die Subsidiaritätskontrolle einräumt, auch die

Vorfrage stellen lassen. Weil – ich glaube, da wiederhole ich mich jetzt – diese Frage der Kompetenzgrundlage, die Frage der Kompetenzabgrenzung nicht nur die logische Vorfrage zur Subsidiaritätsprüfung ist, sondern tendenziell auch der wesentlich stärkere Eingriff. Zu sagen, nach dem richtig fundamentalen Eingriff, danach dürft ihr nicht fragen, aber das als Vorfrage oder als gegebene Antwort nehmen, dann könnt ihr über die Einzelheiten nachdenken, mag formal-logisch natürlich möglich sein, aber entbehrt für mich etwas der internen Logik. Wenn ich eine Anleihe beim Grundfreiheitenbereich machen kann und mir einen typischen europäischen Binnenmarktfall vorstelle – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, und ich stelle mir vor, wir würden jetzt das Rügerecht der Kommission einschränken und sagen: Also die Kommission darf in Zukunft bei solchen Fällen nur noch die Frage nach der Rechtfertigung von Eingriffen in die Warenverkehrsfreiheit stellen, aber die Frage, ob überhaupt ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorliegt, das entscheiden die Mitgliedstaaten. Das gäbe eine sehr putzige Prüfungskonstellation für zukünftige Binnenmarktfälle. So etwas Ähnliches sehe ich hier auch kommen, wenn man versucht, diese strikte Abgrenzung durchzuziehen zwischen Kompetenzgrundlage und Subsidiarität. Das ist der Grund, warum ich – jedenfalls an dieser Stelle – die europäischen Organe herausfordern würde bis zum EuGH, ob sie das wirklich so meinen. Ich kann es mir nicht vorstellen.

Mit der Verhältnismäßigkeit sieht das anders aus. Deswegen würde ich auch dafür nicht den Terminus „missglückt“ benutzen. Ich habe gesagt, das ist merkwürdig. Die Verhältnismäßigkeit ist für mich die logisch nachgelagerte Frage nach der Subsidiaritätsprüfung, auch wenn der EuGH das im neuesten Urteil andersherum macht. Das hat auch etwas mit internen Entscheidungsabläufen zu tun. Man darf nicht immer mit der deutschen Dogmatik an alles herangehen. Es handelt sich um eine logisch nachgelagerte Frage, und daher ist es natürlich auch vorstellbar zu sagen, man erstreckt den Prüfungsumfang der nationalen Parlamente eben nur bis zum zweiten Punkt und die dritte Frage, die soll jedenfalls nicht mehr dem Instrument der Subsidiaritätsrüge- und klage unterliegen. Ich glaube, wir sind uns auch darüber einig, dass natürlich Verhältnismäßigkeit in diesem Sinne auch immer nur geprüft werden kann im Sinne eines Übergriffs in die mitgliedstaatlichen Kompetenzen, also nicht in die individuelle Rechtssphäre und damit natürlich auch nicht im Bereich ausschließlicher Kompetenzen des Unionsrechts. Ich wundere mich nur, man hat auf

der einen Seite in Artikel 5 Absatz 4 EUV ausdrücklich den Satz weggelassen, der in Artikel 5 Absatz 3 EUV steht, nämlich dass die nationalen Parlamente die Verhältnismäßigkeit analog der Subsidiarität beim Protokoll überprüfen sollen, aber dann in die Präambel des Protokolls aufgenommen, es soll ein Kontrollsystem für Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit etabliert werden. Nur von dem Kontrollsystem bezüglich der Verhältnismäßigkeit sehe ich dann weit und breit nichts mehr, jedenfalls nichts, was das Verfahren mit den nationalen Parlamenten anbetrifft. Das kommt mir merkwürdig vor. Deswegen würde ich es da auch mal auf einen Versuch ankommen lassen.

Das ist der Punkt, wo ich von der akademischen in die politische Sphäre der Frage übergehe. Akademisch – wie gesagt – kann ich das so separieren und habe ein teleologisches Argument dafür, warum mindestens die Kompetenzgrundlage zur Subsidiaritätsrüge- und klage auf jeden Fall dazu gehören sollte. Politisch würde ich mich zunächst einmal meinen Vorrednern anschließen, auf jeden Fall bei der Rüge. Da haben wir allein schon wegen des mindestens auch politischen Charakters der Subsidiaritätsrüge keine wirkliche Einschränkung. Ich kann mir nicht vorstellen, dass die Kommission – jetzt sind wir bei dem Punkt, den Herr Dr. Wurmeling angesprochen hat –, wenn sie von neun nationalen Parlamenten eine Rüge auf den Tisch bekommt, die sich auf die Kompetenzgrundlage bezieht, dies mit dem rein formalen Argument abschmettern wird: Dafür seid ihr nicht zuständig, das ist die Kompetenzgrundlage und ihr dürft nur die nachgelagerte Subsidiarität prüfen. Dafür fehlt mir im Moment die Phantasie. Deswegen würde ich sagen, ist es die Sache auf jeden Fall wert. Ich würde das auch bis zu der Klage vor dem EuGH erstrecken, obwohl dann der politische Charakter wegfällt, weil ich da wirklich auf die Aussage des EuGH zu diesem Punkt gespannt wäre. Die Frage wäre, ob er wirklich entlang des Wortlauts bleibt, oder nicht das teleologische Argument hier doch stärker wiegt. Darüber wird er irgendwann mal judizieren müssen. Bei der Kompetenzgrundlage würde ich es auf jeden Fall darauf ankommen lassen. Bei der Verhältnismäßigkeit – Sie merken schon, da habe ich ein bisschen mehr Bauchschmerzen – würde ich mir jedenfalls bei der Subsidiaritätsklage, wenn Sie mal so einen Fall bekommen, einen herausuchen, der nicht von völlig entscheidender Natur ist, bei dem es also politisch nicht um durchschlagende Fragen geht, ob man jetzt zu einem Verhältnismäßigkeitsargument durchdringt oder nicht. Sollte der EuGH aber

tatsächlich am Ende aller Tage – und das wird eine Weile dauern, das haben wir auch schon gehört – sagen, das geht tatsächlich nicht – Verhältnismäßigkeitsprüfung, das ist gut vorstellbar, Kompetenzgrundlage ist für mich schwer vorstellbar, aber natürlich auch denkbar. Dann mache ich mich aber ehrlich gesagt anheischig, die Argumente, die gegen die Kompetenzgrundlage sprechen, bis zu einem gewissen Grade – was die Verschränkung anbetrifft, auch die Argumente im Bereich der Verhältnismäßigkeit – unter die Subsidiaritätskriterien zu subsumieren, weil diese Punkte zwar logisch getrennt sind, aber in der Sache doch an vielen Nahtstellen miteinander zusammenhängen. Ich finde es schön, dass ich mich da mit dem Kollegen Prof. Mayer treffe, obwohl wir ansonsten in diesem einen Punkt differieren. Man wird dem EuGH Subsidiaritätsklagen vorsetzen, die diese Frage unter den Subsidiaritätskriterien thematisieren. Um es am Beispiel der Kompetenzgrundlage zu illustrieren: Wenn ich wirklich der Ansicht bin, dass es keine Kompetenzgrundlage gibt, dass über alle Vertragsrevisionen hinweg die Schöpfer des europäischen Primärrechts es nicht für nötig befunden haben, der Union für einen bestimmten Punkt die Kompetenz einzuräumen, dann kann ich mir auch schwer vorstellen, dass an diesem Punkt Erforderlichkeits- und Effizienzkriterien nach der Subsidiarität erfüllt sein sollen. Das sind die Punkte, die die Zukunft wird weisen müssen.

Ich schließe mich auch Frau Prof. Puttler an. In der Rüge würde ich in der Tat erst einmal alles vorbringen. Es ist zum Teil eine politische Frage und natürlich dann auch eine taktische oder eine strategische Frage vor dem EuGH, ob man wirklich alles bis zum Ende aufrecht erhält. Aber das ist eine Frage, die sich in jedem Prozess vom anwaltlichen Standpunkt her stellt. Wenn Sie ein durchschlagendes Argument haben und mehr oder weniger schwächere Hilfsargumente, dann kann es manchmal auch vorteilhaft sein, die schwächeren Argumente vielleicht beiseite zu lassen, sich auf das durchschlagende Argument zu konzentrieren, bevor man die Richter mit Aspekten zuflutet, so dass sie irgendwann sagen: Was soll das eigentlich alles und den Kern des durchschlagenden Arguments übersehen. Auch das ist ein Punkt, den wir schlecht abstrakt im Vorhinein diskutieren können. Das muss man sehen, wenn die konkrete Fallkonstellation auf den Tisch kommt.

Letzte Frage, die Herr Silberhorn gestellt hat: Verstoß gegen die Begründungspflicht. Ja, das ist für mich ein Verstoß, zumindest gegen das Protokoll. Wenn ich davon ausgehe, dass das Protokoll das Subsidiaritätsprinzip konkretisiert, dann auch entsprechend ein Verstoß gegen das Prinzip, auf jeden Fall auch ein Gegenstand von Rüge und Klage. Man muss natürlich berücksichtigen – das ist fast schon so eine Art allgemeiner Rechtsgrundsatz, den auch wir in praktisch allen unseren Verwaltungsverfahren finden, – dass ein reiner Verfahrensfehler, wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass er inhaltlich an der Sache nichts geändert hätte, normalerweise nicht dazu führt, dass eine Entscheidung aufgehoben wird. Das wird hier sicherlich auch der Fall sein. Auf der anderen Seite ist natürlich eine fehlende oder unzureichende Begründung immer ein sehr starkes Indiz dafür, dass keine guten Gründe vorliegen, denn sonst hätte man sie vorgetragen. Das bedeutet, es ist auf jeden Fall ein Ansatzpunkt für eine Rüge oder auch Klage und es ist ein gutes Indiz dafür, dass hier in der Sache begründet ist, aber allein mit dem Verfahrensverstoß wird man wahrscheinlich nicht durchdringen. Aber er verbessert die Chancen ganz erheblich.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Lorz. Jetzt darf ich Herrn Prof. Fisahn das Wort zum Antwort auf die Frage von Herrn Sharma geben.

SV Prof. Dr. Andreas Fisahn: Danke schön. Sie haben mich völlig richtig verstanden. Ich glaube in der Tat, es ist ein „stumpfes Schwert“ was da geschaffen worden ist. Vielleicht muss man sogar noch weiter gehen. Es ist ein weiteres Verfahrensinstrument in den Vertrag hineingeschrieben worden, nämlich das europäische Volksbegehren, also die Möglichkeit, Unterschriften zu sammeln, damit sich auch am Ende die Kommission oder der Gesetzgeber mit den Vorschlägen der Initiatoren beschäftigt. Nun fragen mich immer die NGOs, wenn ich da irgendwo referiere: Ist das nicht großartig, sollen wir das nicht machen? Mein Argument ist dann: Vermutlich hat der europäische Gesetzgeber da in der Tat einen positiven Willen gehabt – ich unterstelle ihm gar nicht das Gegenteil – aber Gesetzgebung hat, das wissen Sie hoffentlich, ganz oft nicht-intendierte Effekte. Beim Volksbegehren könnte dieser nicht-intendierte Effekt sein, dass sich die Initiative – anstatt politisch zu argumentieren und politisch Druck zu machen – in diesem Verfahrensmechanismus verläuft und das Ganze im Sande verläuft, weil man sich in

Verfahren verstrickt. Deshalb warne ich die NGOs immer davor und sage: Das ist kein gutes Instrument, macht lieber politische Initiativen, sammelt von mir aus auch Unterschriften. Das ist wahrscheinlich effektiver, als sich auf so ein Verfahren einzulassen, wie es auch immer aussehen mag.

Solche nicht intendierten Effekte kann es auch bei der Rüge geben. Was ist denn, wenn neun Parlamente sich zusammensetzen und sagen: Pass mal auf, diese Gesetzgebung, liebe Kommission, halten wir aus inhaltlichen Gründen für großen Humbug? Dann wird die Kommission das natürlich auch berücksichtigen müssen – nehme ich mal an. Wenn ich aber ein Instrument schaffe, in dem man sagt, das muss ich aber innerhalb von acht Wochen machen, könnte die Kommission sich nach Ablauf der Frist auf den ganz formalen Standpunkt zurückziehen – das ist zu spät, machen wir nicht, da diskutieren wir nicht drüber. Oder, die Parlamente sagen: Wenn wir etwas rügen wollen, müssen wir das aber innerhalb von acht Wochen machen. Das schaffen wir aber nicht, also lassen wir es lieber sein. Wir sind zwar inhaltlich nicht einverstanden, ich weiß auch, dass die Franzosen, Polen und Italiener auch nicht einverstanden sind, aber wir machen es nicht, weil wir es nicht schaffen. Das könnte ein Nebeneffekt dieser Rüge sein, dass man sogar die Parlamente davon abhält, in bestimmten Fragen aktiv zu werden und ihre politische Meinung zu äußern und zu sagen, wir sind mit eurer Gesetzgebung nicht einverstanden. Nur mal so als Überlegung – das Gegenteil von dem, was eigentlich beabsichtigt worden ist. Wenn ich mir die Klage anschau, muss ich schauen, was vorher passiert ist, das haben alle aufgeschrieben. Es gibt seit 1993 37 deutschsprachige Dissertationen zum Subsidiaritätsprinzip allgemein oder unter besonderer Berücksichtigung, wie das immer so schön heißt.

Der EuGH hat knapp zehn Urteile gefällt, in denen er etwas länger darauf eingegangen ist und in keinem einzigen ging es darum, obwohl es auch schon vorher einklagbar war, dass wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip – das haben alle aufgeschrieben, wenn ich das richtig gesehen hab – irgendeine gesetzliche Regelung unzulässig war. Mit anderen Worten, auch bei der Klage sind – jedenfalls wenn man von der bisherigen Rechtsprechung ausgeht – die Erfolgchancen nicht besonders hoch, wenn man das so einfach in die Zukunft verlängert. Was heißt das für die ganzen Diskussionen, die wir führen? Was rügen wir da eigentlich alles? Es

ist ganz erstaunlich, welche neuen Instrumente dann die Gerichte manchmal erfinden. Man darf eigentlich mit der Verfassungsbeschwerde nur Grundrechte rügen, aber auf einmal kommen Artikel 38 GG und das Demokratieprinzip hinzu, wie wir gelernt haben, oder es geht eigentlich um die europäischen Verträge und auf einmal werden die Begleitgesetze der Hauptschauplatz. Von daher würde ich, wenn ich schon so etwas mache, auch sagen, man muss es in der ganzen Breite anlegen – wir wollen ja auch nicht, dass man sich damit lächerlich macht.

Das Entscheidende ist, der eigentliche Fortschritt liegt darin, dass die Minderheit klagen kann – die Mehrheitsfraktion hätte das über ihre Regierung auch machen können. Die Minderheitsfraktion kann ernsthafte Argumente einbringen, aber sie kann natürlich auch taktisch vorgehen. Das ist dann möglicherweise auch wieder ein nicht intendierter Nebeneffekt – taktisch vorgehen, wie man das anderswo auch machen kann, im Sinne einer Verzögerungsstrategie. Auch ein Aspekt, den man berücksichtigen sollte, wenn man sich die Effizienz oder die Effektivität dieses Verfahrens betrachtet. Danke schön.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Fisahn. Ohne die Beantwortungsrunde unterbrechen zu wollen: Ich lade Sie gerne einmal zu einer Sitzung in den Unterausschuss Europarecht ein, in der wir uns immer höchste Mühe geben, innerhalb der Acht-Wochen-Frist eine Stellungnahme abzugeben und bisher ist uns das mit allen Fraktionen sehr gut gelungen. Ich darf aber Herrn Prof. Eichenhofer nun für die Antwort auf die Frage von Frau Dr. Högl das Wort geben.

SV Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer: Ich wollte zu zwei Punkten Stellung nehmen. Erstens zu dem Verhältnis von Kompetenz, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit und dann zu der Frage der Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage.

Zunächst zu Punkt 1: Ich teile die Auffassung von Herrn Kollegen Prof. Mayer und möchte noch eine andere Akzentsetzung formulieren. Es geht bei der Prüfung der Subsidiarität darum, wie die geteilte Zuständigkeit von EU und Mitgliedstaat wahrgenommen wird. Das ist die Frage. Die Prämisse ist, die Europäische Union und die Mitgliedstaaten sind zuständig. Die Zuständigkeit ist gem. Artikel 4, 5 AEUV

geteilt, das ist der Referenzrahmen und es geht um die Frage, wie dieses Kooperationsverhältnis, das der Vertrag unterstellt, ausgestaltet wird. Es geht nicht um die Frage, wie man die Europäische Union heraushalten kann, sondern wie die Aufgaben zwischen Europäischer Union und den Mitgliedstaaten konkret, spezifisch in einem Gesetzgebungsvorhaben zu verteilen sind. Diese Frage ist unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität zu diskutieren, das heißt, es ist zwischen dem europäischen Benefit und nach den möglichen unangemessenen Nebeneffekten einer zentralisierenden Regelung abzuwägen. Diesen Abwägungsvorgang nennen wir Subsidiaritätsprüfung. Das ist die einzige Frage, um die es im Rahmen des Artikels 5 Absatz 3 EUV geht.

Die Verhältnismäßigkeit ist dann zu prüfen, wenn man sagt, die Subsidiarität muss in dieser Regelungsmaterie hinsichtlich der in Betracht gezogenen Rechtsetzungsprinzipien oder Gegenstände nicht beachtet werden. Das heißt, die europäische Regelung ist möglich und dann geht es um die Frage, ob die konkrete Regelung, die auf dem Tisch liegt, zu weitreichend ist oder nicht. Das ist die Frage der Verhältnismäßigkeit. So sehe ich die Zusammenhänge. Das heißt mit anderen Worten, die Frage nach der Kompetenzgrundlage ist nach Artikel 5 Absatz 3 EUV eigentlich als beantwortet zu unterstellen. Die Frage nach dem europäischen Benefit dagegen ist Gegenstand von Artikel 5 Absatz 3 EUV. Das führt mich zu meiner nächsten Position, und da stehe ich in einem totalen Gegensatz zu all meinen Vorrednern. Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage haben ein und dieselbe Frage zum Gegenstand, nämlich ob die von mir so umschriebene Subsidiarität gewahrt ist oder nicht. Die Rüge hat die Funktion, diesen Einwand sehr frühzeitig im Rechtssetzungsverfahren geltend zu machen und die Klage, wenn das Verfahren gelaufen ist und eine Seite sagt, die Zuständigkeit der EU bestehe nicht. Der Maßstab des Artikel 5 Absatz 3 EUV ist in beiden Kontexten absolut identisch. Das sagt zunächst einmal der Vertrag. Die Richter, die darüber entscheiden, haben zunächst einmal den Vertrag anzusehen. Ich würde mir als Politiker die Unterscheidung zwischen politischen und rechtlichen Einwänden ehrlich gesagt nicht zu eigen machen. Das Argument, ein politischer Einwand ist das, was mir gerade einfällt und ein rechtlicher Einwand ist der, der Hand und Fuß hat, das würde ich mir schon gar nicht zu eigen machen. Das heißt mit anderen Worten, es geht um eine ernsthafte Diskussion im Rahmen der Subsidiarität über die Frage: Ist der

europäische Benefit gegeben oder nicht? Das ist die einzige Frage. Das kann man mit guten Argumenten im Rügeverfahren geltend machen. Es ist nicht einfach, diese Frage zu beurteilen, da gibt es Entscheidungsspielräume, da gibt es Einschätzungsprärogativen und der Sinn des Rügeverfahrens ist, möglichst frühzeitig darüber zu diskutieren, ob das europäische Rechtsetzungsvorhaben etwas bringt oder nicht. Das ist die Frage. Das kann man unterschiedlich beurteilen, weil die Beurteilungsmaßstäbe abstrakt sind. Ich habe es formuliert. Es ist nicht einfach zu beantworten. Es ist wie die Subsumption unter § 242 BGB, das ist schwierig, das wissen Sie. Das ist sehr weich. Da haben wir keine klaren Maßstäbe, und weil das ein offener Abwägungsprozess ist, muss auch der Abwägungsvorgang offen gestaltet werden. Es ist überhaupt nichts dagegen zu sagen, dass die verschiedenen Mitgliedstaaten Unterschiedliches bringen, aber die Argumente pro und kontra Europäisierung müssen Hand und Fuß haben. Das ist das Kriterium. Was Hand und Fuß hat, können Sie rechtlich und politisch nennen. Das politisch Gewichtige ist rechtlich von Bedeutung und was nicht Hand und Fuß hat, sollte man nicht sagen, da macht man sich nur lächerlich. Das sollten auch Parlamente beachten. Das dazu, mehr will ich eigentlich gar nicht sagen.

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Ich darf zum Abschluss der Runde Herrn Prof. Calliess für die Antwort auf die Fragen von Herrn Montag, Herrn Buschmann und mir das Wort geben.

SV Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur.: Vielen Dank. Ich möchte mit der Frage von Herrn Dr. Sensburg beginnen. Ich glaube, dass, wenn wir Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage anschauen, es hier einen Gleichlauf zwischen beiden Instrumenten gibt, der intendiert ist und den es auch geben sollte, denn das Verfahren der Subsidiaritätsrüge gibt dem EuGH bei der Subsidiaritätsklage sicherlich Indizien, Argumente für die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips. Der EuGH will einfach sehen, was denken die nationalen Parlamente als Hüter der Subsidiarität im Hinblick auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips? Ich kann nur davor warnen, mit der Schrotflinte – so möchte ich das jetzt mal bezeichnen – alles mögliche zu rügen. Das führt nur genau zu dem, was ich sehr kritisiere, diese Aussage vom Präsidenten des EuGH, Herrn Prof. Skouris, der sagt, das ist alles dasselbe: Verhältnismäßigkeit, Subsidiarität – Herr Suhr hat es zu Recht auch kritisiert. Der hat

in diesem Sinne die Systematik des Artikel 5 EUV insoweit – meiner Meinung nach – nicht hinreichend berücksichtigt. Das ist genau das, was die Justiziabilität dieser Normen natürlich zerstört. Wenn ich alle Argumente in einen Topf werfe, schwächt das die Subsidiarität. Ich glaube, es ist extrem wichtig hier auch im Aufbau, in der Prüfung zu trennen.

Ich komme damit zu dem Punkt: Was kann denn dann eigentlich in der Subsidiaritätsklage und damit auch in der Rüge gerügt werden? Ich meine, es ist in der Tat der gesamte Artikel 5 Absatz 2 bis 4 EUV, Kompetenz, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit. Warum? Zunächst einmal, wenn wir Artikel 8 des Protokolls Nr. 2 lesen, dann steht da mit Blick auf die Subsidiaritätsklage, es könne der Grundsatz der Subsidiarität gerügt und überprüft werden. Hier meine ich, ist das Subsidiaritätsprinzip im weiteren Sinne gemeint. Es ist doch geradezu absurd, – Herr Prof. Mayer, da muss ich Ihnen deutlich widersprechen – wenn man jetzt sagt, die Subsidiaritätsklage soll sich auf Artikel 5 Absatz 3 EUV konzentrieren. Wir haben doch gerade von Ihnen und anderen zuvor gehört, das ist gerade das, was der EuGH nicht überprüft, sondern er überprüft in allen seinen Urteilen – was man kritisieren kann, und ich habe das in verschiedenen Publikationen kritisiert – den Artikel 5 Absatz 2 EUV, also die Kompetenzgrundlage und die Verhältnismäßigkeit und dann noch die Begründungspflicht. So laufen die Fälle heute. Das ist doch verrückt, wenn nun die Subsidiaritätsklage ausgerechnet gezielt nur auf den Punkt gemünzt wird, den der EuGH bisher überhaupt nicht überprüfen will. Ich halte das für falsch, dass er das nicht tut. Auch das Bundesverfassungsgericht hat nach der Änderung der Erforderlichkeitsklausel – ich hatte es in meiner Einführung kurz bemerkt – im Altenpflegegesetzurteil den Schwenk gemacht und eingesehen, dass sie einen klaren Prüfauftrag haben. Genau diesen Prüfauftrag, den das Bundesverfassungsgericht in Artikel 93 Absatz 1 Nr. 2 a GG im Hinblick auf Artikel 72 Absatz 2 GG hat, hat der EuGH mit Artikel 12 b EUV, Artikel 8 Subsidiaritätsprotokoll, der das im Range von Primärrecht, Artikel 51 EUV, bestätigt, bekommen. Hier ist ein klarer verfassungsrechtlicher Prüfauftrag an den EuGH ergangen, so wie damals auch an das Bundesverfassungsgericht.

Es gibt weitere Argumente: Die Absätze 2 bis 4 sind in einer Schrankentrias verknüpft. Das bestätigen die Leitlinien von Edinburgh ebenso wie das Amsterdamer

Protokoll. Immer war davon die Rede, dass alle drei Absätze geprüft werden müssen. Bislang wurde jedenfalls immer davon ausgegangen, dass alle drei Absätze zusammen gehören. Dann kommt für mich das entscheidende Argument. Viele Kompetenznormen – und daher komme ich auch zu Herrn Buschmann, der das angesprochen hatte – enthalten Konkretisierungen des Subsidiaritätsprinzips. Ich habe das in meine schriftlichen Ausführungen aufgenommen. Sie hatten mich um eine Konkretisierung gebeten: Schauen wir doch mal in den Artikel 167 AEUV, da geht es um die Kultur, sicherlich ein ganz sensibler Bereich. Trotzdem haben wir auf europäischer Ebene eine Kulturzuständigkeit. Hier steht also ganz klar: Die Europäische Union leistet einen Beitrag, sie unterstützt und ergänzt, sie trägt bei ihrer Tätigkeit kulturellen Aspekten Rechnung. Oder im Gesundheitswesen: Sie ergänzt die Politik der Mitgliedstaaten. Dann wird beschrieben, wie weit die Kompetenz im Wesentlichen reicht. Dann geht es weiter: ergänzen, fördern, immer wieder fördern. Das sind doch Konkretisierungen, die im Einzelnen ausgeführt werden. Das ist gerade das Interessante, auch im Unterschied zu den Grundgesetzkompetenzen, wo nur die Kompetenzkataloge aufgeführt sind, dass hier diese, wenn auch final orientierten Kompetenznormen – das ist eine alte Kritik –, aber dass diese Kompetenzen so genau konkretisieren, was erlaubt ist. Das sind doch teilweise Subsidiaritätsaspekte, die in dieser Norm angelegt sind und die mit Blick auf die Subsidiaritätsprüfung gespiegelt werden müssen und in der Ob-Frage dann überhaupt erst richtig zur Geltung gebracht werden können.

Ein weiteres Argument: In Artikel 5 Absatz 3 EUV ist von der ausschließlichen Zuständigkeit die Rede. Dort gilt das Subsidiaritätsprinzip nicht. Wir müssen jetzt nicht mehr darüber streiten, es ist ja jetzt glücklicherweise alles genau geregelt, was ausschließliche Zuständigkeiten ist, aber da sehen Sie doch auch die systematische Verknüpfung des Subsidiaritätsprinzips mit Artikel 5 Absatz 1 EUV, mit der Kompetenzfrage. Das ist nicht zu trennen

Schließlich hat Herr Buschmann noch gesagt, die Vorrangkompetenz spiele eine Rolle. In der Tat! Ich glaube, alle diese Argumente machen noch einmal deutlich, dass wir gar keine sinnvolle Prüfung der Subsidiarität vornehmen können, ohne die in Rede stehende Kompetenzgrundlage mit einzubeziehen.

Nun zu einem Punkt, der von Herrn Montag angesprochen wurde und der in diesem Kontext auch eine große Rolle spielt: Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts. Erstens möchte ich dazu noch einmal sagen, dass ich diese Fixierung auf das Lissabon-Urteil für nicht hilfreich halte. Die entscheidenden Ausführungen stehen im Maastricht-Urteil, dem besseren Urteil, – wenn ich das so sagen darf – weil es klarer und verständlicher ist und weitaus weniger Missverständnisse hervorgerufen hat, die jetzt Herr Prof. Voskuhle Stück für Stück in Vorträgen, Ausführungen und Publikationen versucht zu beseitigen. Im Maastricht-Urteil ist ganz klar gesagt: Artikel 5 Absatz 3 EUV – das erwartet das Bundesverfassungsgericht – ist justiziabel. Das Bundesverfassungsgericht schreibt hier zum alten Artikel 3 b Absatz 1, Absatz 2 und Absatz 3 EGV, also Kompetenz, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, die klare Erwartung an den EuGH sei, dass diese Normen kontrolliert werden müssen. Im Lissabon-Urteil ist das etwas unpräziser. Da hat Herr Prof. Mayer völlig Recht. Darin gibt das Bundesverfassungsgericht das leider nur noch „zu bedenken“, also nur einen Hinweis an den EuGH. Das ist eigentlich erstaunlich, weil das Bundesverfassungsgericht diese Ultra-Vires-Kontrolle in die Welt gesetzt hat, die greifen soll, wenn der EuGH gerade die Kompetenzen nicht hinreichend kontrolliert und dazu gehört explizit auch die Subsidiaritätsfrage. Das Bundesverfassungsgericht nimmt jene Auffangverantwortung wahr – ich glaube, das ist inzwischen im Nachhinein dankenswerterweise von Herrn Prof. Voskuhle hinreichend klargestellt worden, auch der Begriff „Kooperationsverhältnis“ ist von ihm wieder in die Debatte eingeführt worden. Das heißt, es ist schade, dass das Lissabon-Urteil hier nicht klarer Bezug auf das Maastricht-Urteil und die Erwartungen an den EuGH nimmt .

Letzter Punkt: Es ist sehr wichtig, Prüfkriterien, Prüfraster zu entfalten. Davon gibt es schon eine ganze Menge. Es ist erfreulich, dass das Subsidiaritätsprinzip offenbar wichtig genommen wird und vielleicht eine Subsidiaritätskultur entsteht. Man sollte vielleicht auch noch einmal in diese Prüfraster hineinschauen. Die Bundesregierung hat einige Prüfraster schon sehr früh, Anfang der neunziger Jahre erstellt. Es gibt Vorlagen wie das Prüfraster Bundesregierung/Bundesrat. Auch die Kommission hat sich Gedanken gemacht und Prüfraster entwickelt. Da kann man manches im Einzelnen kritisieren, aber es liegt vieles vor. Ich glaube, es ist ganz wichtig, dass man eine klare Checkliste für die Kriterien hat, nach denen man die Subsidiaritätsprüfung durchführt. Nur das wird im Ergebnis den EuGH überzeugen.

Es müssen Sachargumente sein. Die Subsidiaritätsrüge sollte auch ein Instrument sein, um zu filtern, um sich auf die wirklich wichtigen Rechtsakte zu konzentrieren, die wirklich subsidiaritätsrelevant sind und die auch eine gewisse politische Bedeutung haben. Das wird dann nämlich, wenn man hier klare rechtliche Argumente anführt, die auf den normativen Kontext Bezug nehmen, auch den EuGH überzeugen. Das ist zumindest meine Hoffnung. Der EuGH ist hier gefordert. Subsidiarität ist ein Verfassungsrechtsprinzip der Europäischen Union, und wenn der EuGH nicht jetzt in die Prüfung einsteigt, dann verstehe ich es wirklich endgültig nicht mehr. Ich finde es wie gesagt sehr kontraproduktiv, dass Herr Prof. Skouris versucht, beiden Prüfungen – Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit – nach wie vor zu vermengen. Das entspricht nicht dem klaren Prüfauftrag des Vertrags von Lissabon. Vielmehr sollte sich der EuGH am Bundesverfassungsgericht orientieren, das irgendwann nach der Verfassungsreform die Erforderlichkeitsklausel auch ernst genommen hat. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Prof. Calliess. Wir haben uns als Zeitrahmen grob 14.00 Uhr gesetzt. Ich sehe aber noch zwei Nachfragen. Zunächst Herr Montag.

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Zuerst einen kurzen Satz zu meiner Conclusio. Wenn ich mir vergegenwärtige, was wir von Herrn Prof. Calliess, Herrn Suhr auf der einen Seite und Herrn Prof. Eichenhofer auf der anderen Seite gehört haben, dann muss diese Frage geklärt werden. Geklärt werden kann sie durch den EuGH und das geht nur dann, wenn wir das wahrnehmen und wenn wir es machen. Wenn wir später einmal gesagt bekommen, das war ein Fehler, dann war es ein Fehler. Ich hoffe nicht, dass wir das gesagt bekommen.

Meine kurze Frage bezieht sich auf Artikel 7 des Protokolls Nr. 2 an Sie, Herr Suhr, und an Sie, Herr Prof. Lorz. Es geht darum, was eigentlich die europäischen Institutionen mit unserer Arbeit des nationalen Parlaments machen. In Artikel 7 Absatz 1 steht, dass unsere Argumente zu berücksichtigen sind und dann steigen die Anforderungen – von Absatz 2, 3 und 4 in verschiedenen Formulierungen muss überprüft werden usw. Meine konkrete Frage ist: Wenn da steht, das Argument, das ich dem nationalen Parlament vortrage und das das nationale Parlament dann im Rahmen einer EntschlieÙung übernimmt, dieses Argument soll berücksichtigt

werden, wie stelle ich fest, ob es berücksichtigt ist? Was sind die Kriterien und ist das justitiabel, wenn ich im weiteren Verlauf die Erfahrung mache, ich habe einem Ochsen ein Horn gepfingst? Ich habe da was geschrieben, und es ist nichts Bemerkbares passiert. Was bedeutet berücksichtigen? Was sind die Kriterien und ist das auch wiederum justitiabel?

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Eine letzte Nachfrage von mir an Herrn Prof. Mayer: Sie haben in Ihrer Ausführung gesagt, wenn es lediglich um die Kompetenznorm ginge, dann solle man schauen, ob man es nicht in den Bereich der klassischen Subsidiarität hinein bekommt. Was empfehlen Sie dem Deutschen Bundestag – vielleicht vor dem Hintergrund einer aktuellen Richtlinie aus dem Hause Malmström? Wenn wir der Ansicht wären, wir hätten ausschließlich Probleme mit der genannten Kompetenznorm: Wie sieht so etwas aus, dass wir es dahin drücken? Ich habe jetzt meine Worte benutzt, Ihre Worte waren etwas anders.

Nun bitte ich, zuerst die Fragen von Herrn Montag zu beantworten. Bitte sehr, Herr Prof. Lorz.

SV Prof. Dr. Ralph Alexander Lorz, LL.M. (Harvard): Eigentlich – Sie haben vollkommen zu Recht auch auf die folgenden Absätze des Artikels 7 des Protokolls Nr. 2 hingewiesen – kann man daraus schon indirekt ableiten, was unter dem Berücksichtigen zu verstehen ist. Man sieht beispielsweise in Artikel 7 Absatz 2 Unterabsatz 2, dass Kommissionen oder auch andere Organe beschließen können, an einem Gesetzentwurf festzuhalten, ihn zu ändern oder zurückzuziehen. Dieser Beschluss muss begründet werden. Absatz 3 regelt das genauso im Unterabsatz 1 Satz 2. Nach Abschluss dieser Überprüfung kann die Kommission beschließen, festzuhalten, zu ändern oder zurückzuziehen. Beschließt sie an dem Vorschlag festzuhalten, so hat sie in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb der Vorschlag ihres Erachtens mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang steht. Man muss aus den Dokumenten, die die Kommission dann vorlegt – insofern ist es übrigens sehr ähnlich, wie wir es in Artikel 23 GG und in den entsprechenden Begleitgesetzen festgelegt haben, wo auch das Wort „berücksichtigen“ ständig auftaucht – einfach erkennen können, die haben das ernst genommen, die haben sich damit auseinandergesetzt. Über die Qualität der Gründe kann man ja streiten,

aber sie haben jedenfalls substantielle Gründe vorgebracht, warum sie dem nicht folgen. Wenn sie das nicht tun – können sie sich politisch eigentlich gar nicht leisten, aber gut, das mag alles vorkommen – gilt eigentlich das gleiche, wie für die Frage eines Verstoßes gegen die Begründungspflicht beim allerersten Entwurf. Das heißt, es ist zwar möglich, dass der EuGH sagt, dies ist nicht weiter wichtig, weil die Stellungnahme sowieso irgendwo neben der Spur des Subsidiaritätsprinzips lag, und dass das in der Sache nichts geändert hätte. Das ist eher unwahrscheinlich. Vor allem wenn es von Seiten der nationalen Parlamente sorgfältig ausgesucht und begründet worden ist. Es gilt dann eher das Umgekehrte, dass dann eine unzureichende Auseinandersetzung mit den Argumenten von Seiten der Kommission oder der anderen Organe einfach ein sehr starkes Indiz dafür sein wird, dass an der Subsidiaritätsrüge etwas dran ist. Insofern ist sie dann auch justiziabel.

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Herr Suhr, ich darf auch Ihnen zu dieser Fragestellung vom Kollegen Montag das Wort geben.

SV Oliver Suhr, LL.M.: Vielen Dank. Was passiert mit Ihrem Argument? Es wird – weil im Hintergrund eine Subsidiaritätsklage steht – politisch wahrgenommen werden, vielmehr als bisher. Ich habe das auch eine neue Gestaltungsmöglichkeit der Opposition genannt. Es wird auf jeden Fall gelesen und intern bewertet werden und ich glaube nicht, dass wir ein Problem dahingehend bekommen, dass wir uns fragen, ob das überhaupt wahrgenommen wurde. Hinsichtlich der Quoren, die in dem Artikel 7 des Protokolls Nr. 2 stehen, glaube ich, dass man das sehr stark formal wird sehen müssen. Das heißt, wenn mehrere nationale Parlamente eine Subsidiaritätsrüge erheben, können sie sich auf völlig unterschiedliche Aspekte stützen. Ich kann nicht sagen, zu diesem Vorwurf habe ich eine Rüge, zu dem habe ich fünf und zu dem habe ich drei, sondern sie sind alle unabhängig von ihrem Gehalt formal zusammen zu zählen und die Kommission wird sie nur dann ausschließen können, also sagen können, die zähle ich aber jetzt nicht mit, wenn in der ganzen Darlegung keinerlei Bezug zur Subsidiarität hergestellt wird. Das aber wiederum wird keinem nationalen Parlament unterlaufen, und insofern wird man alle formal zusammenzählen müssen, unabhängig davon, auf welche Einzelgesichtspunkte hier eingegangen wurde. Es ist auch vorstellbar, dass ein

Parlament sehr früh reagiert – am Anfang der Frist – ein anderes ganz spät, und dass dann noch neue Gesichtspunkte hinzugekommen sind. Das spielt keine Rolle.

Wenn bei dieser Berechnung der Quoren oder der Frage, ob ich eine Rüge überhaupt einbeziehe, ein Fehler gemacht wird, dann halte ich das für mit der Nichtigkeitsklage angreifbar und zwar auch in der Ausprägung der Subsidiaritätsklage. Die Angst, dass man sich hier viel Arbeit macht und Papier beschreibt, das letztlich nur abgeheftet wird, sehe ich überhaupt nicht. Im Gegenteil: Es ist früh in der Rechtsprechung des EuGH klargestellt worden – am Anfang im Hinblick auf das Europäische Parlament, als es nur Anhörungsrechte hatte, – dass diese in Rede stehende mögliche Verkürzung von Beteiligungsrechten – und hier sind es dann Ihre Beteiligungsrechte – vom EuGH auch überprüft wird. Bei Herrn Prof. Mayer war von der Effektivität die Rede. Die praktische Wirksamkeit der Subsidiaritätskontrolle ist vom Europarecht und vom Verfassungsrecht gefordert und deshalb geht diese Arbeit, die Sie da leisten, keineswegs ins Leere.

Vorsitzender: Herzlichen Dank. Abschließend darf ich Herrn Prof. Mayer das Wort zur Antwort auf meine Frage geben.

SV Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale): Vielen herzlichen Dank. Zunächst Herr Prof. Eichenhofer, ich glaube gar nicht, dass wir auseinander sind. Ich meine ja auch, es geht immer nur um Subsidiarität. Ich habe nur versucht anzudeuten, dass es möglicherweise bei der Frage, wie weit man mit bestimmten Argumenten kommt, die ins Materielle spielen, bei der Rüge mehr zu sagen gibt, als bei der Klage, weil da der EuGH einfach möglicherweise mehr Spielraum lässt.

Zu Ihrer Frage, Herr Vorsitzender, ich sehe im Prinzip drei Möglichkeiten, ein solches Kompetenzproblem anzusprechen: Sie können zwischen zwei Möglichkeiten innerhalb des Verfahrens und einer Option außerhalb des Verfahrens wählen. Innerhalb des Verfahrens können Sie versuchen, irgendeinen Subsidiaritätsgesichtspunkt zu artikulieren und dann angelegentlich dieser Thematisierung auch die Kompetenzfrage aufwerfen und dann steht das im Text. Natürlich – das ist es ja, worüber wir uns auch alle einig sind – ist es eine Vorfrage, natürlich handelt Subsidiarität von Kompetenz usw., so dass das dann auch mit

gelesen wird. Aber ob es eben vom Verfahren her zu berücksichtigen ist, das ist die andere Frage, sowohl bei der Rüge, was die Kommission im Zweifel angeht oder wer immer der Urheber ist, als auch später bei der Klage. Das wäre die erste Möglichkeit. Die zweite Möglichkeit habe ich vorhin versucht anzudeuten. Sie versuchen wirklich innerhalb der Kriterien des Subsidiaritätstests zu bleiben und argumentieren, eine europäische Regelung, die eine derartig bestrittene, wacklige Kompetenzgrundlage hat, kann nie besser sein als eine mitgliedstaatliche Regelung. Dann haben Sie kein Problem. Da sind Sie wirklich im Subsidiaritätstest und dann muss man Gegenargumente generieren. Man könnte dann z. B. bei der Überprüfung, ob man diesen Subsidiaritätsgesichtspunkt gesehen hat, auch die Kommission fragen können: Habt ihr euch damit auseinandergesetzt, dass die Kompetenzgrundlage wacklig ist und deswegen möglicherweise keine effektive Regelung da ist? Das Dritte ist: Sie können natürlich auch außerhalb dieser Verfahren als Deutscher Bundestag, als Ausschuss, als Unterausschuss Briefe schreiben, Beschlüsse fassen, die Kommission adressieren. Hier würde ich – das ist auch in den anderen Beiträgen angeklungen – noch einmal in Erinnerung rufen: Wir sind der größte Mitgliedstaat. Der Bundestag ist ein wichtiges Parlament. Der Bundestag kann immer auch mit dem „Pflichtenheft“ des Lissabon-Urteils wedeln, das wird gehört werden und darauf wird man sicher schauen. Von daher würde ich diese dritte Option durchaus immer in Erwägung ziehen. Es kommt natürlich darauf an, dass man das richtige Thema findet. Und das führt dann wieder zu der Frage: Was ist eigentlich Subsidiarität? Herr Prof. Calliess hat die verschiedenen Prüfraster genannt beim Ausschuss der Regionen, bei der Kommission, bei der Bundesregierung. Aber ich glaube, weil Sie auch ein konkretes Vorhaben angesprochen haben, es wird darauf ankommen. Es gibt diesen alten Test aus dem amerikanischen Verfassungsrecht zu der Frage: Wo hört Meinungsfreiheit auf und wo fängt Obszönität an? Hierzu hat ein US-Supreme Court-Richter einmal gesagt: “You know it when you see it.” Also, wenn man das sieht und alle sagen sofort: Nein, das ist jetzt wirklich nicht mehr mit dem Subsidiaritätsprinzip zu vereinbaren, dann ist das – glaube ich – so ein Fall. Die Zootierrichtlinie oder Herrn Silberhorns Lieblingsbeispiel, die Sache mit dem Bodenschutz. Das sind Beispiele, an denen man das exemplifizieren könnte. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank Herr Prof. Mayer.

Ganz herzlichen Dank an Sie, Frau Prof. Puttler und an die Herren Sachverständigen, dass sie uns Rede und Antwort gestanden haben. Ich darf auch den Kollegen für eine angeregte Diskussion danken. Ich glaube, das war keine akademische Diskussion, sondern für uns eine wichtige Diskussion, die uns weit über den Unterausschuss Europarecht hinaus beschäftigen wird. Sie hat sicherlich zur Klärung von vielen Fragen beigetragen. Ich werde mich angesichts der vielen unterschiedlichen Gesichtspunkte, die uns vorgetragen wurden, jetzt nicht dazu hinreißen lassen, eine Zusammenfassung zu geben. Aber wir werden natürlich in den nächsten Sitzungen des Unterausschusses das Gespräch und auch die Statements auswerten und uns Gedanken darüber machen, welche Schlussfolgerungen der Deutsche Bundestag daraus ziehen sollte. Ich darf mich ganz herzlich bei allen bedanken, die dieser Veranstaltung zugehört haben und schließe hiermit die Sitzung.

Ende der Sitzung: 14.05 Uhr

Dr. Patrick Sensburg, MdB
(Vorsitzender)