

Wissenschaftliche Stellungnahme

für den Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages
- Unterausschuß Europarecht -
zum Thema
„Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“

I. Allgemeine Fragen - insbesondere juristischer Gehalt der Subsidiaritätskontrolle

Die Frage, ob aus der Normierung des Subsidiaritätsprinzips in den europäischen Verträgen tatsächlich rechtliche Determinanten dergestalt ableitbar sind, daß sie eine rechtlich durchsetzbare Bindung der europäischen Organe begründen und vor dem EuGH mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können, d.h. die Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips, ist unter der Geltung des alten Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag durchaus umstritten gewesen. Zwar hat das wissenschaftliche Schrifttum die Justitiabilität schon damals wohl mehrheitlich bejaht, doch gab es auch gewichtige Stimmen, die nicht zuletzt mit Blick auf die Entstehungsgeschichte Bedenken dagegen anmeldeten (z.B. *Lienbacher*, in: Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, EGV Art. 5 Rn. 28 ff.).

Diese Diskussion dürfte sich spätestens mit der Neuverankerung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 3 EU-Vertrag erledigt haben. Der nunmehr ausdrücklich in Unterabsatz 2 dieser Vorschrift enthaltene Verweis auf das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (SubsProt) bezieht die in Art. 8 dieses Protokolls explizit für Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip vorgesehene Klagemöglichkeit vor dem EuGH ein.

Der EuGH ist aber seinerseits gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 des neuen EU-Vertrages (nur) für die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der europäischen Verträge zuständig. Daraus folgt, daß die Subsidiaritätsprüfung, soweit sie letztlich aufgrund einer Subsidiaritätsklage durch den EuGH erfolgt, eine juristische Prüfung darstellen muß.

Schon für diese juristische Prüfung gilt jedoch, daß man angesichts der schwierig faßbaren Kriterien des Subsidiaritätsgrundsatzes (dazu sogleich unter III.) von einem weiten Konkretisierungsspielraum der beteiligten Organe ausgehen muß – und zu den hier beteiligten Organen zählen nach dem Subsidiaritätsprotokoll und nach Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 des neuen EU-Vertrages an vorderster Stelle die nationalen Parlamente, die nach dem ihnen ausdrücklich vom Vertrag erteilten Auftrag auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips achten sollen. Soweit die juristischen Kriterien der Subsidiaritätsprüfung daher für die Einbeziehung politischer Erwägungen Raum lassen, sind die nationalen Parlamente berechtigt und berufen, solchen Erwägungen Geltung zu verschaffen. Man kann die Subsidiaritätskontrolle insofern als eine juristische Prüfung mit allerdings erheblichen politischen Implikationen bezeichnen (Frage 1 a).

Dazu kommt, daß die nationalen Parlamente nicht zwingend darauf beschränkt sind, im Rahmen einer von ihnen erhobenen Subsidiaritätsrüge nur Gründe geltend zu machen, mit denen sie am Ende vor dem Gerichtshof zu obsiegen hoffen. Denn die Subsidiaritätsrüge zielt anders als die Subsidiaritätsklage nicht auf eine gerichtliche Entscheidung, sondern auf eine Überprüfung des Entwurfs eines Gesetzgebungsaktes durch die europäischen Gesetzgebungsorgane. Diese Überprüfung kann aber auch zu einer Veränderung oder Zurückziehung des Entwurfs aus politischen Gründen führen, d.h. es ist denkbar, daß Kommission und/oder Unionsgesetzgeber, obwohl sie rechtlich der Subsidiaritätskontrolle standzuhalten glauben, dennoch aufgrund des in den Subsidiaritätsrügen erkennbar werdenden politischen Drucks aus den nationalen Parlamenten entscheiden, einen Entwurf jedenfalls nicht in seiner Ursprungsfassung weiterzuverfolgen. Diesen Mechanismus mag ein nationales Parlament bei seinen Subsidiaritätsrügen durchaus in Rechnung stellen. Allerdings sollte das Instrument insoweit vorsichtig gehandhabt werden: Denn wenn die Spekulation auf eine Beeinflussung des politischen Entscheidungsprozesses nicht aufgeht, ist das nationale Parlament gezwungen, von der Subsidiaritätsklage entweder ganz Abstand zu nehmen oder die dort vorgebrachten Gründe gegenüber der erhobenen Subsidiaritätsrüge zu reduzieren – oder eine Niederlage vor dem EuGH zu riskieren. All das birgt erhebliches politisches Blamagepotential (Frage 2 c).

Andererseits ist jedenfalls der Bundestag von Verfassungen wegen gehalten, seine „Integrationsverantwortung“ nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts ernst zu nehmen. Da das Verfassungsgericht für sich selbst in Anspruch nimmt zu prüfen, „ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen

Subsidiaritätsprinzips ... in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten“ (BVerfGE 123, 267, 353 f.), muß auch der Bundestag im Vorfeld dieser potentiellen verfassungsgerichtlichen Kontrolle auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips achten – was im übrigen seinem europarechtlichen Auftrag aus Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 des neuen EU-Vertrages entspricht (vgl. oben). Man darf deshalb erwarten, daß sich der Bundestag – soweit es im konkreten Fall angezeigt erscheint – im einzelnen mit den Kriterien der Subsidiaritätsprüfung (dazu näher unten III.) auseinandersetzt. Das Lissabon-Urteil hat die Bedeutung der Subsidiaritätskontrolle daher insofern verändert, als zu ihrer europarechtlichen Verankerung und dem wohlverstandenen Eigeninteresse des Bundestages an der Wahrung seiner politischen Gestaltungsmöglichkeiten nun noch unzweifelhaft eine gleichgerichtete verfassungsrechtliche Pflicht hinzugetreten ist (Frage 1 d).

Die Frage eines Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip ist im Kern inhaltlicher Natur. Es geht darum sicherzustellen, daß die Europäische Union ihre Kompetenzen nicht in einer Art und Weise ausübt, die den politischen Gestaltungsraum der Mitgliedstaaten und ihrer nationalen Parlamente mehr als nach den Umständen erforderlich beschneidet. Die Verfahrensschritte, die im Subsidiaritätsprotokoll normiert sind und zu denen die Begründungspflicht nach Art. 5 S. 1 et seq. des Protokolls (Frage 1 c) ebenso wie die nach Art. 7 des Protokolls vorgesehene Berücksichtigung der Stellungnahmen und die mögliche Überprüfung der Entwürfe von Gesetzgebungsakten (Frage 4 a) gehören, sind im Lichte der Erreichung dieses Ziels zu sehen. Ihre Nichteinhaltung kann daher im Zuge einer Subsidiaritätsrüge bzw. –klage geltend gemacht werden.

Der Begriff der „Berücksichtigung“ kann dabei wohl in ähnlicher Weise verstanden werden wie der identische Begriff im Kontext von Art. 23 Abs. 3, 5 GG. Das bedeutet, daß den europäischen Gesetzgebungsorganen damit eine Befassungs-, Begründungs- und Sorgfaltspflicht auferlegt wird, die aber keine rechtliche Bindung bedeutet (statt vieler: *Streinz*, in: Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 101; *Lorz/Lindart*, Bedeutung und Reform des Art. 23 GG, in: v. Alemann/Münch (Hg.), Landespolitik im europäischen Haus, 2005, 75 ff., 80, 97; jew. m.w.N.). Gefordert ist vielmehr nur eine ernsthafte inhaltliche Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Argumenten, die sich entweder in ihrer Übernahme – und einer entsprechenden Modifikation oder Zurückziehung des gesetzgeberischen Entwurfs – oder aber in ihrer begründeten Ablehnung äußern kann (Frage 4 a).

Der EuGH wird allerdings am Ende dieses Verfahrens eine Subsidiaritätsklage nur für begründet halten, wenn ein inhaltlicher Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip dargetan werden kann. Der Nichtbeachtung einzelner Verfahrenselemente nach dem Subsidiaritätsprotokoll mag insofern eine gewisse Indizwirkung zukommen – sie allein wird jedoch letztlich nicht zum Erfolg

führen. Es muß vielmehr zumindest die Möglichkeit bestehen, daß sich bei korrekter Durchführung des Verfahrens ein anderes Resultat der Subsidiaritätsprüfung ergeben hätte.

Nicht eingehaltene Verfahrensschritte können daher grundsätzlich auch nachgeholt werden, da das Subsidiaritätsprotokoll keine Ausschlußfristen kennt. Das gilt sowohl für das mögliche Nachschieben von Erwägungen durch die Kommission (Frage 1 c) als auch für die denkbare verspätete Erhebung einer Subsidiaritätsrüge durch ein nationales Parlament (Frage 4 b). Freilich kann diejenige Institution, die sich insoweit eines prozeduralen Versäumnisses schuldig gemacht hat, eine inhaltliche Berücksichtigung ihres Vorbringens dann jedenfalls nicht mehr im gleichen Maße wie bei rechtzeitigem Handeln reklamieren.

II. Verhältnis von Kompetenz-, Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprüfung

Art. 5 des neuen EU-Vertrages enthält ebenso wie schon Art. 5 des alten EG-Vertrages eine „europarechtliche Schrankentrias“ für die Kompetenzausübung der Union (ausführlich dazu *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, 68 f.). Bevor die Union handeln kann, müssen demnach drei Fragen positiv beantwortet werden können: nach dem „Kann“, nach dem „Ob“ und nach dem „Wie“.

Die erste Frage betrifft die Kompetenzgrundlage bzw. in der Diktion von Art. 5 Abs. 1 des neuen EU-Vertrages „die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union“. Sie wird nach Art. 5 Abs. 2 des neuen EU-Vertrages mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung beantwortet. Danach „kann“ die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden, die ihr die Mitgliedstaaten in den Verträgen übertragen haben.

Auf der zweiten Stufe wird der Ausübung vorhandener Kompetenzen eine Schranke errichtet. Das Prinzip der Subsidiarität des Unionshandelns ist mithin keine Kompetenzverteilungs-, sondern eine Kompetenzausübungsmaxime (vgl. schon *Koenig/Lorz*, Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, in: JZ 2003, 167 ff.). Sein Einsatz setzt das Bestehen einer – nicht ausschließlichen – Zuständigkeit der Union voraus. Nur soweit eine solche Kompetenzgrundlage überhaupt existiert, kann eine Subsidiaritätsprüfung erfolgen. Wo es dagegen schon an einer tauglichen Kompetenzgrundlage fehlt, ist für den Subsidiaritätsgrundsatz kein Raum, weil in diesem Fall die Union von vornherein nicht tätig werden darf, folglich auch den Subsidiaritätsgedanken gar nicht verletzen kann. Das Subsidiaritätsprinzip bestimmt damit nur unter der Voraussetzung, daß die Union überhaupt handeln kann, „ob“ sie im konkreten Fall handeln, d.h. ihre Kompetenzgrundlage ausnutzen darf.

Daraus ergibt sich als erste Konsequenz, daß eine mangelhafte Kompetenzgrundlage jede Diskussion über eine mögliche Zuständigkeit der Union direkt obsolet werden läßt. Selbst wenn ein Tätigwerden der Union unter den Aspekten des Erforderlichkeits- und des Effizienzkriteriums, die der Subsidiaritätskontrolle immanent sind, noch so wünschenswert erschiene: ohne Kompetenzgrundlage verbietet es das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, daß die Union die entsprechende Aufgabe an sich zieht (Frage 1 e). Dadurch entsteht im übrigen kein gravierendes Defizit: denn genau für diese Zwecke ist die Vertragsabrundungskompetenz nach Art. 352 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgesehen. Wenn demnach ein Tätigwerden der Union erforderlich erscheint, um ein Ziel der Verträge zu verwirklichen, und es an den hierfür erforderlichen Befugnissen im Vertragstext fehlt, so besitzt der Rat sehr wohl die Kompetenz, auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments – allerdings nur einstimmig – die geeigneten Vorschriften zu erlassen. Die Inanspruchnahme dieser Kompetenz beantwortet dann die „Kann“-Frage im positiven Sinne und öffnet damit wiederum den Weg für eine Subsidiaritätskontrolle, wie Art. 352 Abs. 2 AEUV ausdrücklich statuiert.

Umgekehrt setzt der Beginn der Subsidiaritätsprüfung rechtstechnisch die positive Beantwortung der „Kann“-Frage und damit die Feststellung einer tauglichen Kompetenzgrundlage voraus. Die für den fraglichen Gesetzgebungsakt gewählte Kompetenzgrundlage ist daher nach der Systematik von Art. 5 des neuen EU-Vertrages nicht „bei“, sondern vor der Subsidiaritätsprüfung zu untersuchen (Frage 2 a). Sofern eine Kompetenzüberschreitung vorliegt – wobei es auf ihre Offensichtlichkeit nicht ankommt (Frage 2 b) –, erreicht man wieder den Ausgangspunkt der Überlegungen, nach dem ein Mangel der Kompetenzgrundlage jeder weiteren Diskussion über die Ausübung von Zuständigkeiten der Union den Boden entzieht.

Damit ist allerdings nicht die verfahrensrechtliche Frage beantwortet, ob ein nationales Parlament einen Mangel der Kompetenzgrundlage mit der Subsidiaritätsrüge bzw. –klage angreifen kann. Denn die Notwendigkeit dieser Frage ergibt sich daraus, daß die nationalen Parlamente nicht zur umfassenden Erhebung von Nichtigkeitsklagen wegen Unzuständigkeit nach Art. 263 Abs. 2 AEUV berechtigt sind. Ein Mitgliedstaat, dessen Regierung einen Mangel der Kompetenzgrundlage für einen bestimmten Gesetzgebungsakt rügen will, kann – und muß – dafür den direkten Weg über Art. 263 Abs. 2 AEUV beschreiten. Ein nationales Parlament hingegen ist nach dem Wortlaut des Subsidiaritätsprotokolls nur rüge- bzw. klageberechtigt, soweit es um eine Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes geht. Fraglich ist daher, ob in prozeduraler Hinsicht auch ein solcher Gesetzgebungsakt als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip im Sinne von Art. 8 SubsProt angesehen werden kann, dem es in Wahrheit schon an der Kompetenzgrundlage fehlt.

Das Bundesverfassungsgericht trifft hierzu im Lissabon-Urteil keine Aussage. Der einzige Hinweis, der sich findet, besagt, daß es für die Effektivität der Subsidiaritätskontrolle „auch darauf ankommen“ werde, „ob das Klagerecht der nationalen Parlamente und des Ausschusses der Regionen auf die der Überprüfung des Subsidiaritätsgrundsatzes vorgelagerte Frage erstreckt wird, ob die Europäische Union über eine Zuständigkeit für das konkrete Rechtssetzungsvorhaben verfügt“ (BVerfGE 123, 267, 383 f.). Mit dieser Aussage bringt das Verfassungsgericht zweierlei zum Ausdruck (Frage 2 e):

(1) daß es sich sehr wohl der systematischen Staffelung der in Art. 5 des neuen EU-Vertrages niedergelegten Grundsätze nach Abgrenzung und Ausübung der Zuständigkeiten der Union bewußt ist, wie sie oben dargelegt wurde;

(2) daß es die konkrete Beantwortung der Frage, ob die Subsidiaritätsrüge und –klage sozusagen nach vorne auf das Vorliegen einer Kompetenzgrundlage erstreckt wird, unter Vorbehalt seiner eigenen Nachprüfung zunächst den europäischen Institutionen überlassen will.

Letzteres ist auch nach den allgemeinen Grundsätzen der europäischen Kompetenzordnung die einzig mögliche Vorgehensweise. Denn das Verfahren zur Subsidiaritätskontrolle ist ein europäisches, geschaffen durch Änderungen der europäischen Verträge und die Verabschiedung eines entsprechenden Protokolls, ebenso wie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und seine Ausformung im einzelnen einen fundamentalen Grundsatz des Unionsrechts darstellt. Das Bundesverfassungsgericht könnte es zwar den deutschen Verfassungsorganen untersagen, vertragliche Bindungen ohne die entsprechenden Gewährleistungen auf europäischer Ebene einzugehen; es könnte aber nicht die Schaffung oder Ausformung dieser Grundsätze und Verfahren in der Unionsrechtsordnung einseitig anordnen. Aus diesem Grund beeinflußt die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auch nicht die Auslegungsmaßstäbe oder Darlegungsanforderungen hinsichtlich der Kompetenzgrundlage (Frage 2 f), da diese genuin europäischer Natur sind und im Streitfall – etwa nach Art. 263 Abs. 2 AEUV – der Kontrolle durch den EuGH unterliegen. Das Verfassungsgericht behält sich insoweit nur – in ständiger Rechtsprechung seit Eurocontrol und Maastricht – die theoretische Möglichkeit der Letztkontrolle darüber vor, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten oder sogenannte „ausbrechende Rechtsakte“ darstellen (BVerfGE 58, 1, 30 f.; 75, 223, 235, 242; 89, 155, 188; 123, 267, 353 f.).

Die Frage, ob die Subsidiaritätsrüge und –klage über den Wortlaut des Subsidiaritätsprotokolls hinaus auch auf die vorgelagerte Frage der Kompetenzgrundlage erstreckt werden kann, ist damit allein auf europäischer Ebene zu beantworten. Hier spielen in der Tat Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie eine Rolle, die eindeutig für eine solche Erstreckung sprechen (Frage 2 d). Vor allem aber ist hier ein teleologisches Argument zu beachten: Der ganze Sinn der mühsam

erkämpften Subsidiaritätskontrolle auch und gerade durch die nationalen Parlamente besteht darin, unzulässige Kompetenzüberschreitungen seitens der Unionsorgane schon im Ansatz unterbinden zu können und den nationalen Parlamenten damit ihren ureigensten politischen Gestaltungsspielraum zu erhalten. Dieser Gestaltungsspielraum wird aber noch viel stärker bedroht bzw. eingeschränkt, wenn die Union schon ohne Kompetenzgrundlage handelt, als wenn sie sich lediglich bei der Nutzung einer vorhandenen Kompetenzgrundlage zu weite Schranken zieht. Anders gewendet wiegt eine Kompetenzüberschreitung bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union wesentlich stärker als eine solche, die nur im Rahmen der Ausübung ihrer Zuständigkeiten stattfindet.

Aus diesem Grund würde man den nationalen Parlamenten Steine statt Brot geben, wenn man ihnen zwar die Nachprüfung der Frage ermöglichen würde, „ob“ die Union in einem konkreten Fall eine gegebene Kompetenzgrundlage in der beabsichtigten Form ausnutzen darf, sie aber die viel fundamentalere Frage, ob die Union überhaupt kraft einer Kompetenzgrundlage handeln „kann“, ungeprüft im Raum stehenlassen müßten. Daher muß das Subsidiaritätsprotokoll sinnvollerweise so gelesen werden, daß eine Unvereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsgrundsatz im prozeduralen Sinne auch dann vorliegt, wenn sich die eigentliche Subsidiaritätsprüfung in Ermangelung einer Kompetenzgrundlage erübrigt.

Die dritte Stufe der zu Beginn dieses Abschnitts dargestellten „europarechtlichen Schrankentrias“ bildet das in Art. 5 Abs. 4 des neuen EU-Vertrages ausdrücklich niedergelegte Verhältnismäßigkeitsprinzip. Auch hierbei handelt es sich um eine Frage der Ausübung der Zuständigkeiten der Union, wie Art. 5 Abs. 1 des Vertrages klar zum Ausdruck bringt. Die Vorgabe, daß die Maßnahmen der Union „inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus“ gehen dürfen, betrifft jedoch nicht mehr die Frage, „ob“ die Union überhaupt handeln darf. Vielmehr wird diese Handlungsbefugnis der Union auch unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips als gegeben vorausgesetzt. Art. 5 Abs. 4 des neuen EU-Vertrages betrifft demgegenüber Art, Umfang und Intensität einer Maßnahme, ihre Reichweite und ihre materielle Regelungsdichte. Es geht also um die Frage nach dem „Wie“ des Tätigwerdens der Union (so schon unter der alten Vertragslage *Callies*, in: ders./Ruffert (Hg.), EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV Rn. 50 m.w.N.).

In prozeduraler Hinsicht stellt sich hier auf der dritten Stufe der Schrankentrias die gleiche Frage wie hinsichtlich der Kompetenzgrundlage auf der ersten Stufe. Wiederum sieht das Subsidiaritätsprotokoll die Rüge- bzw. Klagemöglichkeit der nationalen Parlamente explizit nur für einen Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz und nicht für eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. Die systematische Stellung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als dritte Stufe hinter dem Subsidiaritätsprinzip bedeutet jedoch auf den ersten Blick eine entscheidende

Veränderung gegenüber der zuvor erörterten Frage nach der Kompetenzgrundlage: Denn während die Frage der Kompetenzgrundlage eine zwingende Vorfrage darstellt, ohne deren Beantwortung die Subsidiaritätsprüfung gar nicht sinnvoll durchgeführt werden kann, ist es theoretisch durchaus denkbar, die „Ob“- von der „Wie“-Frage abzukoppeln und nur die erstere einer zusätzlichen Nachprüfung im Wege der Subsidiaritätsrüge bzw. –klage zu unterziehen.

Dieser Interpretation steht allerdings entgegen, daß sich das sogenannte „Subsidiaritätsprotokoll“ nach seinem Wortlaut ebenso wie nach dem ausdrücklichen Verweis in Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 des neuen EU-Vertrages gleichermaßen auf die Anwendung des Subsidiaritäts- wie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezieht. Zwar findet sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Text des Protokolls dann lediglich in Art. 5 wieder, soweit von seiner Beachtung im Zuge der Begründung der Entwürfe von Gesetzgebungsakten die Rede ist, während die Vorschriften über Rüge und Klage nur noch auf das Subsidiaritätsprinzip abstellen. Andererseits spricht der zweite Erwägungsgrund in der Präambel des Protokolls von der Entschlossenheit der Hohen Vertragsparteien, „ein System zur Kontrolle der Anwendung *dieser Grundsätze*“ – gemeint sind Subsidiarität *und* Verhältnismäßigkeit – zu schaffen. Würde die Möglichkeit, die in dem Protokoll verankerte Rüge- und Klageoption auch auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erstrecken, kategorisch verneint, könnte man an dieser Stelle jedoch kaum noch von einem effektiven Kontrollsystem sprechen.

Darüber hinaus verschränkt sich beim Subsidiaritätsprinzip notgedrungen das „Ob“ mit dem „Wie“ der Unionsrechtsetzung. Denn wenn die Ausgestaltung des konkret vorgeschlagenen europäischen Rechtsetzungsaktes aufgrund ihrer Intensität, Reichweite oder Regelungsdichte unverhältnismäßig und somit rechtswidrig ist, hat dies zur Folge, daß der Rechtsakt in der beabsichtigten Form eben nicht erlassen werden, d.h. daß die Union zumindest in dieser Form gar nicht tätig werden darf. Gleichzeitig hängt die von Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 des neuen EU-Vertrages geforderte Effizienz der Ziel- und Aufgabenverwirklichung der Union (dazu sogleich noch unter III.) maßgeblich von der Art und Intensität – also dem „Wie“ – des fraglichen Unionsrechtsaktes ab. Daraus resultieren unvermeidlich Überlagerungen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der gerade auch auf das „erforderliche Maß“ abstellt (vgl. schon *Koenig/Lorz*, a.a.O., 168).

Aus diesen Überlegungen ist zu folgern, daß jedenfalls dort, wo eine Subsidiaritätskontrolle von vornherein nur in Betracht kommt – also in den Bereichen der nicht ausschließlichen Zuständigkeiten der Union – die Subsidiaritätsrüge und –klage auch Probleme im Bereich der Verhältnismäßigkeit benennen kann (Frage 1 b).

III. Materielle Maßstäbe der Subsidiaritätskontrolle

Die gesamte Einrichtung der Subsidiaritätskontrolle zielt darauf ab, den originären Entscheidungsraum der Mitgliedstaaten zur politischen Gestaltung ihrer wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse zu erhalten und zu sichern. Insofern gibt es keine bestimmte „Stelle“ im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung, an der dieser Punkt gesondert zu prüfen wäre (Frage 1 f). Allenfalls könnte man an eine Letztkontrolle dahingehend denken, daß am Ende jeder Subsidiaritätsprüfung zu fragen wäre, ob unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der von der Union ausgeübten Zuständigkeiten noch genügend politischer Gestaltungsraum für die Mitgliedstaaten im oben genannten Sinne verbleibt. Von der Schwelle, ab der das Vorhandensein eines solchen Gestaltungsraumes global bezweifelt werden müßte, dürfte die Union aber noch weit entfernt sein.

Art. 5 Abs. 3 des neuen EU-Vertrages hat ansonsten an den Kriterien der Subsidiaritätsprüfung keine entscheidenden Änderungen vorgenommen. Nach wie vor darf die Union damit nach dem Subsidiaritätsprinzip nur unter zwei Voraussetzungen handeln:

- (1) wenn die Ziele der Union von den Mitgliedstaaten – der Lissabonner Vertrag hat hier nur die Klarstellung „weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene“ gebracht – nicht ausreichend verwirklicht werden können (Negativ- oder Erforderlichkeitskriterium);
- (2) wenn die Unionsziele wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (Positiv- oder Effizienzkriterium).

Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, d.h. die Union darf nicht tätig werden, wenn zwar das Handeln der Mitgliedstaaten ineffektiv ist, eine Unionsregelung jedoch keine Verbesserung bringen würde. Ebensowenig kommt ein Handeln der Union in Betracht, wenn das gesteckte Ziel auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene verwirklicht werden kann und die Union dies lediglich besser erreichen würde.

Im Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll wurden dazu konkretisierende Leitlinien aufgestellt, die erstaunlicherweise in der neuen Version des Protokolls weggefallen sind. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß damit eine inhaltliche Korrektur der Kriterien beabsichtigt war. Vielmehr scheint es, als habe man nur den Charakter des Protokolls als verfahrensrechtliches Instrument unterstreichen wollen. Angesichts der Tatsache, daß sich die vertragliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips inhaltlich nicht relevant verändert hat und auch keine neuen Erkenntnisse zur Konkretisierung der dort festgelegten Kriterien vorliegen, können die Leitlinien des alten Protokolls daher weiterhin als Anhaltspunkte für die Konkretisierung der beiden im Vertrag festgeschriebenen Voraussetzungen herangezogen werden (Frage 3 a).

Danach ergibt sich für das **Negativkriterium** folgendes:

Das mitgliedstaatliche Handeln muß ineffektiv sein, d.h. der betreffende Bereich muß Aspekte aufweisen, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können. Das ist eigentlich nur unter der Voraussetzung vorstellbar, daß es sich dabei um transnationale Aspekte handelt, d.h. daß der zu regelnde Sachverhalt – wie es im Amsterdamer Protokoll auch klargestellt wurde – grenzüberschreitender Natur ist (Frage 3 c). Denn daß ein Sachverhalt, der sich tatsächlich auf einen Mitgliedstaat beschränkt, nur auf einer höheren Ebene effektiv geregelt werden kann, dürfte kaum je der Fall sein. Umgekehrt stellt die neue Version der Subsidiaritätsformulierung im EU-Vertrag klar, daß in dezentral organisierten Mitgliedstaaten nicht nur die Effektivität von Maßnahmen auf der zentralstaatlichen Ebene in Betracht gezogen werden soll, sondern auch die von solchen, die regional oder lokal ergriffen werden können. Gerade in Deutschland mit seinen starken föderalistischen und Selbstverwaltungstraditionen kommt es oft vor, daß Maßnahmen der Kommunen und/oder der Länder eine größere Effektivität im Umgang mit bestimmten Herausforderungen aufweisen als solche des Bundes. Derartige Besonderheiten sind nunmehr im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung unzweifelhaft zu berücksichtigen (Frage 3 d).

Insgesamt ist an dieser Stelle zu beachten, daß die mit einem Gesetzgebungsakt möglicherweise angestrebte Harmonisierung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Vorschriften kein Selbstzweck sein darf und daher nicht als solche die Erforderlichkeit begründen kann. Zu benennen ist vielmehr das mit einer Maßnahme materiell verfolgte Ziel, das auf einer bestimmten Kompetenzgrundlage zur Gestaltung eines bestimmten Sachverhalts verfolgt wird (vgl. z.B. *Koch/Kullas*, Subsidiarität nach Lissabon – Scharfes Schwert oder stumpfe Klinge?, CEP-Studie (März 2010), 16). Dann kommt es auf die tatsächliche Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten im Sinne ihres objektiven Leistungspotentials an, die fragliche Materie entsprechend dieser Zielsetzung zu regeln (Frage 3 b). Dieses Potential muß tatsächlich unzureichend sein, wobei es weder erforderlich ist, daß die Mitgliedstaaten die Aufgabe in der Realität bereits wahrnehmen, noch, daß die von ihnen ergriffenen Maßnahmen einheitlich sind (*Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, a.a.O., Art. 5 EGV Rn. 45). Es genügt, daß sie im Prinzip dazu imstande sind, das Ziel selbständig zu erreichen. Die Darlegungslast dafür, daß dies nicht der Fall ist, tragen die europäischen Gesetzgebungsorgane, konkret in erster Linie die Kommission. Über die notwendige Detailliertheit der entsprechenden Darlegungen sind allgemeingültige Aussagen jedoch nicht möglich (Frage 3 e). Hier wird es letztlich auf die Einschätzung des EuGH im Falle der Durchführung einer Subsidiaritätsklage ankommen.

Da Art. 5 Abs. 3 des neuen EU-Vertrages von „den“ Mitgliedstaaten spricht, muß das objektive Leistungspotential auf jeden Fall in mehreren unzureichend sein. Das schließt jedoch nicht aus,

daß es in anderen Mitgliedstaaten in ausreichender Form vorhanden ist. Insofern ist grundsätzlich jedes nationale Parlament im Zuge einer möglichen Subsidiaritätsrüge befugt, die Erforderlichkeit des Unionshandelns mit Blick auf sein eigenes zureichendes Leistungspotential in Frage zu stellen (Frage 3 f). Für die Gesamtbeurteilung der Lage aus der Perspektive des Subsidiaritätsprinzips kommt es dann auf das unionsweit resultierende Bild an; genau dafür ist jedoch die als Folge einer Subsidiaritätsrüge eintretende Überprüfung der geplanten Maßnahme auf Unionsebene unter anderem konzipiert. Dabei ist in Rechnung zu stellen, daß nicht jeder Unionsrechtsakt notgedrungen eine Harmonisierung mit sich bringen muß. Selbst bei grundsätzlicher Bejahung einer grenzüberschreitenden Ineffektivität mitgliedstaatlichen Handelns kann man immer Ausnahmeregelungen für solche Mitgliedstaaten schaffen, die anhand bestimmter festzulegender Kriterien zur selbständigen Erreichung des gemeinsamen Ziels in der Lage sind.

Allerdings ist in diesem Fall auch eine Prüfung dahingehend geboten, ob alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten gegen die Anforderungen der Verträge verstoßen oder die Interessen anderer Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen würden; in den Leitlinien des Amsterdamer Protokolls waren insoweit beispielhaft die Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, die Vermeidung von Handelsbeschränkungen und die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts genannt. Diese Beurteilung dürfte von einem einzelnen nationalen Parlament nicht zu leisten sein. Auch deswegen muß es den nationalen Parlamenten freistehen, die Erforderlichkeit einer Unionsmaßnahme auf der Basis einer eigenen nationalen Bewertung zu hinterfragen – und es obliegt dann wiederum der Kommission bzw. den europäischen Gesetzgebungsorganen, die entsprechenden Einwände unter Hinweis auf übergeordnete Unionsinteressen zu entkräften.

Hinsichtlich des **Positivkriteriums** ist noch folgendes zu bemerken:

Die Formulierung in Art. 5 Abs. 3 des neuen EU-Vertrages, wonach „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen ... wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen“ sein müssen, deutet nach einhelliger Ansicht auf die Notwendigkeit eines substantiellen Mehrwerts hin, der sich durch das Unionshandeln einstellen muß, d.h. die auf Unionsebene beabsichtigten Maßnahmen müssen gegenüber möglichen Alternativen auf der mitgliedstaatlichen Ebene deutliche Vorteile mit sich bringen (statt vieler: *Koch/Kullas*, a.a.O., 18; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, a.a.O., Art. 5 EGV Rn. 47 ff.; *Koenig/Lorç*, a.a.O., 167 f.). Nach Art. 5 S. 4 SubsProt soll diese Feststellung auf quantitativen ebenso wie auf qualitativen Kriterien basieren. Das quantitative Element wird dabei in einer Analyse von Art, Größe und Schwere des jeweils zu lösenden Problems bestehen sowie auf die Frage abstellen müssen, ob mehrere oder alle Mitgliedstaaten spürbar von ihm betroffen sind. Entscheidend ist jedoch die qualitative Perspektive, die an die Effizienz der beabsichtigten Maßnahme unter dem Aspekt des mit ihr verfolgten Ziels anknüpft. Hier ist ein wertender Vergleich zwischen dem aufgrund einer zusätzli-

chen Integration zu erwartenden Gewinn bzw. den bei Nichthandeln der Union zu befürchtenden Nachteilen einerseits und dem im Falle der Durchführung der Unionsmaßnahme eintretenden mitgliedstaatlichen Kompetenzverlust andererseits vorzunehmen. Diese Gewinne bzw. Verluste sind keineswegs ausschließlich ökonomischer Natur; soweit sie allerdings wirtschaftswissenschaftlich erfaßt und möglicherweise sogar quantifiziert werden können, sind diese Bewertungen in die Abwägung einzubeziehen (Fragen 3 g, i). Ebenso kann die Effizienz bi- und multilateraler Kooperationen auf dem für eine Unionsregelung in Betracht kommenden Feld die Parameter der Abwägung verändern (Fragen 3 g, i).

Diese Abwägung erfordert freilich eine wertende Einschätzung der potentiellen Wirksamkeit von im konkreten Fall geplanten Maßnahmen und unterliegt damit den üblichen Unsicherheiten von Prognoseentscheidungen. Wie bei allen Entscheidungen dieser Art eröffnet sich damit den handelnden Organen ein politischer Beurteilungsspielraum, der zwar gerichtlich überprüfbar bleibt, dem auf diesem Weg jedoch nur gewisse Grenzen gezogen werden können. Auch wenn dies weder im Vertragstext noch im Subsidiaritätsprotokoll in irgendeiner Form niedergelegt ist, ist deshalb sicher davon auszugehen, daß der EuGH der Kommission bzw. den europäischen Gesetzgebungsorganen im Ernstfall einer Subsidiaritätsklage einen solchen Spielraum zusprechen bzw. eine entsprechende Einschätzungsprärogative anerkennen wird (Frage 3 h).

Düsseldorf, den 9. Juni 2010

Prof. Dr. R. Alexander Lorz