

ČLANCI - ARTICLES

Dr Darko SAMARDZIC*

UDK 347.7(4-672EU)

pp. 5-25.

DIE SUBSIDIARITÄTS PRINZIP IM SPANNUNGSFELD DER PRINZIPIEN DER INTEGRATION UND EFFEKTIVITÄT EINERSEITS UND DER DER DEMOKRATIE UND SOUVERÄNITÄT ANDERERSEITS

Abstrakt

Nach Einführung des Subsidiaritätsprinzips im Primärrecht der Union¹ durch Maastricht 1993 ist das Subsidiaritätsprinzip durch die Verträge von Amsterdam 1999 und Lissabon 2009 in seiner Kernaussage beibehalten. Anders sieht dies in den Protokollen zum Vertrag aus, die selbst Bestandteile des Primärrechts sind (Art. 51 EUV²). Erstmals 1999 ist durch den Amsterdamer Vertrag ein detaillierteres Subsidiaritätsprotokoll ergangen, das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit³. Dieses wurde durch den Reformvertrag von Lissabon wesentlich verändert und wirft trotz detaillierter Regelungen zahlreiche alte und neue Fragen auf. Hierzu tragen

* Rechtsanwalt, Hamburg.

¹ Gleichbedeutend mit der dem Terminus der Europäischen Union/EU.

² Vertrag über die Europäische Union, Konsolidierte Fassung ABl 2008 C 115/47.

³ Im Folgenden „Subsidiaritätsprotokoll“.

aus Sicht des Rechtsstaatsprinzips bereits seit 1993 der prinzipienbasierte Ansatz und die unbestimmten Rechtsbegriffe bei, die ein Spiegel der divergierenden politischen Interessen und Auslegungen sind. Durch Lissabon sind zur Stärkung des Demokratiedenkens Mitsprache- und Klagerechte für die 27 Parlamente der Mitgliedstaaten und ihrer jeweiligen Parlamentskammern eingeführt worden. Die Motivationen für die Stärkung des Subsidiaritätsprinzips können sowohl auf den Demokratie- als auch Souveränitätsgedanken zurückgeführt werden, was für die fortschreitende Integration der EU vor- als auch nachteilig wirken kann. Zusätzlich ist dem Ausschuss der Regionen im Rahmen der Nichtigkeitsklage ein eigenständiges Klagerecht zugestanden worden. Mit der zunehmenden Zahl der Teilnehmer und Verfahrensrechte wird der europäische Gesetzgebungsprozess belebt, zugleich jedoch komplexer und damit insgesamt schwieriger zu handhaben.

Schlüsselwörter: *Kompetenzen, Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, Subsidiaritätsverfahren, Frühwarnsystem, Unbestimmtheit, Plausibilitätskontrolle, Negativ- und Positivtest, Zweistufenprüfung, Effektivität, Nichtigkeitsklage, Judicial-Self-Restraint.*

1. RECHTSCHARAKTER DES SUBSIDIARITÄTSPRINZIPS

Das Subsidiaritätsprinzip selbst ist in Art. 5 III EUV normiert, die Subsidiaritätsklage in Art. 263 AEUV⁴ (ex Art. 230 EGV⁵) und Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll. Auch das Subsidiaritätsprinzip ist den Werten und Zielen⁶ der EU unterworfen.⁷ Die Einführung des Grundsatzes durch den Vertrag von Maastricht 1993 hat zahlreiche Literaturbeiträge hervorgerufen,

⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung ABl (Amtsblatt) 2008 C 115/47 (zum Lissabon-Vertrag ABl 2007 C 306/1).

⁵ Vertrag über die Europäischen Gemeinschaften.

⁶ Zu den Grundlagen C. Stumpf in *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009, Art. 1 und 2.

⁷ Zum Subsidiaritätsgrundsatz C. Callies, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 1999; W. Hilz, Subsidiaritätsprinzip und EU-Gemeinschaftsordnung, 1998; W. Moersch, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001; C. Timmermann, Subsidiarity and Transparency, 22 *Fordham International Law Journal* 1999, p. 5106; G. Bermann, Proportionality and Subsidiarity, in: *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises* (Ed: C. Barnard/J. Scott), 2002; N. Bernard, The Future of European Economic Law in the light of the Principle of Subsidiarity, 33 *Common Market Law Review* (CML Rev) 1996, p. 633.

da absehbar war, dass dieses Prinzip eine Auswirkung auf sämtliche Kompetenzen und andere Grundsätze innerhalb der EU haben würde.⁸ Mit dem Subsidiaritätsprinzip kann nämlich das Gleichgewicht zwischen den zentrifugalen und zentripetalen Kräften in der Union bestimmt werden.⁹ Der Subsidiaritätsgrundsatz hat daher nicht an Bedeutung verloren, sondern durch die zusätzlichen Regelungen des Subsidiaritätsprotokolls gewonnen.¹⁰ Der Prozess zum Verfassungs- und Reformvertrag hat gezeigt, dass trotz seiner Implementierung im Primärrecht 1993 kein einheitliches Verständnis besteht, sondern der Grundsatz bei jeder Reform der Verträge neu besprochen wird.¹¹

Der Grundgedanke des Subsidiaritätsprinzips besagt, dass die unteren (Staats) Ebenen die Zuständigkeiten ausüben, die sie selbst wirksam wahrnehmen können, und nur wenn diese Wirksamkeit nicht gewährleistet ist, übergeordnete (Staats-) Ebenen diese Aufgaben übernehmen.¹² Zugespitzt kann das Subsidiaritätsprinzip als Vorrangrecht der zentripetalen – „nationalen“ – Kräfte in der Union angesehen werden.¹³ Eine entscheidende Neuerung durch Lissabon ist die Erweiterung der Beteiligten und ihrer

⁸ Bspw. A. Toth, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, 29 *CML Rev* 1992, p. 1079; D. Z. Cass, *The World that saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, 29 *CML Rev* 1992, p. 1107.

⁹ Stellvertretend H.-J. Lambers, *Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Formel?*, in: *EuR (Europarecht)*, 1993, S. 229ff.; H. Lecheler, *Das Subsidiaritätsprinzip, Strukturprinzip der Europäischen Union*, 1993; D. Merten (Hg.), *Die Subsidiarität Europas*, 1994; K. W. Nörr, Th. Oppermann (Hg.), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa*, Tübingen 1997; S. U. Pieper, *Subsidiarität: Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenz*, 1994; B. Schima, *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1994.

¹⁰ G. Lienbacher, Art. 5 EGV Rn. 6ff., in: *EU-Kommentar* (Hg. J. Schwarze), 2009; G. Davies, *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, 43 *CML Rev* 2006, p. 63; A. Goucha Soares, *The Division of Competences in the European Constitution*, 11 *European Public Law* 2005, p. 603.

¹¹ Th. Oppermann, *Eine Verfassung für die Europäische Union – Der Entwurf des Europäischen Konvents*, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)* 2003, S. 1171; kritisch U. Everling, *Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht auf der Grundlage der Konventsregelungen*, in: *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents* (Hg. J. Schwarze), 2004, S. 379.

¹² A. Arnall, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, *The principle of subsidiarity*, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Daswood), 2006, p. 4-013.

¹³ W. Schroeder, *Grundkurs Europarecht*, 2009, § 7 Rn. (Randnummer) 19.

Rechte im europäischen Gesetzgebungsprozess. Durch die Beteiligung der nationalen Parlamente, ihrer zweiten Kammern, der lokalen sowie regionalen Vertretungen wird eine weitere demokratische Legitimation zum unmittelbar demokratisch gewählten Europäischen Parlament geschaffen. Diese Erweiterung kann kritisch betrachtet, aber auch begrüßt werden, da kulturelle, traditionelle und historische Eigenheiten sowie Gewohnheiten und damit nationale Identitäten weitere Mitsprache erhalten.¹⁴ Die nationalen Interessen können zwar zu einer Stärkung der demokratischen Gesetzgebungsgrundlage und demokratischen Legitimation führen. Genauso besteht jedoch die Gefahr, dass der europäische Gesetzgebungsprozess verzögert oder teilweise gehemmt wird, wodurch das gesamte Unionssystem eher delegitimiert wird.

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist bewusst Bestandteil des Art. 5 EUV, mit dem die Kompetenzen der Union erfasst werden.¹⁵ Dadurch wird die Kompetenzstruktur der EU weiter ausgestaltet und die Komplexität im Zusammenspiel mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Verhältnismäßigkeit erhöht.¹⁶ Diese drei Prinzipien des Art. 5 EUV können als Kompetenztrias bezeichnet werden, die selbst wiederum in einem engen Verhältnis zu anderen Strukturprinzipien der Europäischen Union stehen wie die Bürgernähe, der Effet Utile oder der Integrationsgedanke sind zu berücksichtigen.¹⁷ Erschwert wird eine einheitliche Auslegung letztendlich durch den politischen Willen der einzelnen Mitgliedstaaten,¹⁸ weshalb

¹⁴ A. Haratsch, C. Koenig, M. Pechstein, *Europarecht*, 2010, Rn. 166.

¹⁵ H. D. Jarass, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, *EuGRZ* 1994, S. 209ff.; A. von Bogdandy, J. Bast, The European's Vertical Order of Competences: The Current Law Proposals For Its Reform, *39 CML Rev* 2002, p. 227; J. Kühling, Die Zukunft der Europäischen Kompetenzordnung in der Ratifizierungskrise des Verfassungsvertrages, *Der Staat* 2006, S. 339ff.; C. Vedder, Art. I-11ff., in: *Europäischer Verfassungsvertrag* (Hg: C. Vedder, W. H. von Heinegg), 2008.

¹⁶ De Burca, The Principal of Proportionality and its Application in EC law, *13 Yearbook of European Law (YEL)* 1993, p. 13; A. Arnall, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, The principle of proportionality, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Dashwood), 2006, p. 4-022ff.

¹⁷ J. Santer, Some Reflections on the Principle of Subsidiarity, in: *Subsidiarity: the Challenge of Change* (Ed: European Institute of Public Administration), 1991, p. 19ff.

¹⁸ W. Robinson, The Court of Justice after Maastricht, in: *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (Ed. D. O'Keefe, P. Twomey), 1994, p. 187-9; Brittan, Institutional development of the European Community, in: *Public Law* 1992, p. 567ff.; A. J. Mackenzie-Stuart, Assessment

insgesamt die Bestimmtheit, Rechtsverbindlichkeit und Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips in Frage gestellt wird.¹⁹ Der Diskurs um das Subsidiaritätsprinzip offenbart den Kompetenzklärungsbedarf in der Europäischen Union, hinter dem sich strukturelle Grundsatzfragen nach einer föderalen, demokratischen und effizienten Union verbergen.²⁰

Vereinzelt wurde das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzzuweisungs- und Kompetenzübertragungsschranke angesehen.²¹ Die Struktur des Art. 5 EUV und inzwischen auch der Wortlaut ist mit dieser Ansicht aber nicht vereinbar. Überwiegend wird das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke gesehen.²² Art. 5 I EUV in der Fassung von Lissabon stellt dies grammatikalisch klar. Dort werden die Prinzipien nach "Abgrenzung" und "Ausübung" unterschieden. Weiter spricht für diese Sicht die systematische Stellung des Subsidiaritätsprinzips. Denn das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist in Absatz 1 und 2 als vorangehendes Grundprinzip verankert. Erst nach dieser Grundsatzentscheidung folgen bezüglich der Ausübung der Kompetenzen das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip in den Absätzen 3 und 4.²³

of the view expressed and introduction to a panel discussion, in: *Subsidiarity: the Challenge of Change* (Ed. European Institute of Public Administration), 1991, p. 38; M. Wilke, H. Wallace, *Subsidiarity: Approaches to Power-Sharing in the European Community*, 1990, 11.

¹⁹ A. Toth, Is Subsidiarity justiciable?, 19 *European Law Review (EL Rev)* 1994, p. 268.

²⁰ J. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2001, S. 18ff.; P. Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)* 1994, S. 189ff.; W. Frenz, Subsidiaritätsprinzip und -klage nach dem Vertrag von Lissabon, *Jura* 2010, S. 641ff.; A. Epiney, Föderalismus in der Europäischen Union – einige Überlegungen auf der Grundlage des Verfassungsentwurfs, in: *Die neue Verfassung der Europäischen Union* (Hg: M. Zuleeg), 2006, S. 53ff.

²¹ D. Merten (Hg.), *op. cit.*, S. 81.

²² H.-J. Lambers, *op. cit.*, S. 231ff.; C. Callies, Art. 5 Rn. 2, in: *Kommentar EU* (Hg: C. Callies, M. Ruffert), 2002; G. Lienbacher, Art. 5 Rn. 12, in: *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009.

²³ A. Arnall, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, Union Competences, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Dashwood), 2006, p. 81ff.

2. DER REFORMVERTRAG VON LISSABON

2.1. Voraussetzungen des Art. 5 EUV

2.1.1. Ausschluss ausschließlicher Kompetenzen von der Anwendung

"Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union *in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen*, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind."

Das Subsidiaritätsprinzip ist nicht auf ausschließliche Zuständigkeiten der Union anwendbar.²⁴ Mitgliedstaaten können keine Kompetenzen in der ausschließlichen Verantwortlichkeit der Union beanspruchen, weshalb die Anwendung auf konkurrierende und parallele Kompetenzen zu beziehen ist, welche den größeren Teil der Kompetenzen ausmachen. Deshalb erfordert die Subsidiaritätsprüfung als Prämisse stets eine indizielle Prüfung der Kompetenzzuständigkeiten.²⁵ Die Kompetenzprüfung selbst wird durch die historisch begründete Kompetenzkomplexität der Union wie Rechtsangleichungs- und Harmonisierungsbefugnisse erschwert.²⁶

²⁴ A. Arnall, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, The principle of subsidiarity, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Daswood), 2006, p. 4-014.

²⁵ H.-J. Lambers, *op. cit.*, S. 231ff.; J. Pipkorn, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union - rechtliche. Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 1992, S. 699; C. Calliess, Der Schlüsselbegriff der ausschließlichen Zuständigkeit in Art. 3 b II EGV, *EuZW* 1995, S. 694ff.

²⁶ C. Calliess, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, *Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ)* 2003, S. 181ff.

2.1.2. Negativtest²⁷

Der Wortlaut des EUV von Amsterdam 1999 "In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können." ist im Reformvertrag von Lissabon leicht abgeändert worden: "Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind."

Der Terminus "daher" ist entfallen. Dies bekräftigt die bisher überwiegende Ansicht in der Literatur, dass die Subsidiaritätsprüfung in zwei voneinander getrennt zu subsumierenden Stufen zu erfolgen hat.²⁸ Der Negativ- und der Positivtest sind kumulativ chronologisch zu prüfen, weder alternativ noch substitutiv. Der Positivtest kann den Negativtest nicht ersetzen.²⁹ Ansonsten wäre der Negativtest inhaltlich obsolet. Außerdem würde der Grundgedanke des Subsidiaritätsprinzips verkehrt werden, wenn die Stufenprüfung des Negativ- zum Positivtest vereint würde. Denn der Grundgedanke des Subsidiaritätsprinzips fordert ein Primat des Handelns der unteren vor den oberen Ebenen im Staat.

²⁷ S. zur Bezeichnung „Negativtest“ bspw. H.-J. Lambers, op. cit. S. 235ff. oder U. Mager, Die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – verbesserter Schutz vor Kompetenzverlagerung auf die Gemeinschaftsebene?, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZES)* 2003, S. 474f., womit die im Folgenden behandelte Voraussetzung des Subsidiaritätsprinzips bezeichnet werden soll; teilweise ist auch die Bezeichnung als Erforderlichkeits-/Effektivitätstest in der Literatur vorzufinden, bspw. A. J. Mackenzie-Stuart, op. cit., p. 39.

²⁸ Zu den Ansichten A. von Bogdandy, M. Nettelsheim, Art. 3b EGV Rn. 38, in: *Kommentar EU* (Hg: E. Grabitz, M. Hilf), 1994; C. Calliess, Art. 3b EGV Rn. 34, 38, in: *Kommentar EUV (Vertrag über die Europäische Union)/EGV* (Hg: C. Calliess, M. Ruffert), 2002; F. Ronge, *Legitimität durch Subsidiarität*, 1997, S. 170ff.; W. Hilz, *Subsidiaritätsprinzip und EU-Gemeinschaftsrechtsordnung*, 1998, S. 123.

²⁹ S. aber A. von Bogdandy, Nettelsheim, Art. 3b Rn. 31, in: *Kommentar EU* (Hg: E. Grabitz, M. Hilf), 1994.

Das Subsidiaritätsprinzip schreibt keine einheitliche oder gar optimale Verwirklichung der Ziele durch die Mitgliedstaaten vor.³⁰ Dem Wortlaut des Art. 5 EUV zufolge sind der Negativ- und Positivtest anhand der Ziele der Union zu bemessen. Dabei beruht der Test auf einer Prognoseentscheidung.³¹ Es wird prognostiziert, ob die Mitgliedstaaten zur Zielverwirklichung in der Lage sind. Hierbei unterliegen die Unionsorgane einem Selbstbeurteilungsmaßstab.³² Das neue Subsidiaritätsprotokoll mit der detaillierteren Verfahrensausgestaltung soll auch einer Subjektivität aus Sicht der Union entgegen wirken. Dennoch sind weder im Subsidiaritätsprotokoll noch im Tatbestand des Art. 5 III EUV konkreten Kriterien bestimmt worden. Es stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten tatsächlich nicht befähigt sind, die Ziele zu verwirklichen oder dies nur potenziell der Fall ist. Dieser Sachverhalt kann wegen beschränkter Kompetenzen oder transnationaler Zusammenhänge vorliegen.³³ Denkbar sind auch Sachverhalte, wonach zwar alle Mitgliedstaaten handeln können, dies aber nicht tun, sei es auch nur wegen fehlender Bereitschaft.³⁴ Können die Mitgliedstaaten eine Teilverwirklichung der Ziele erreichen, stellt sich die Frage nach dem Maß der Zielerfüllung. Wenn die Mitgliedstaaten die Ziele überwiegend erreichen können, ist erstens fraglich, ob die Union überhaupt tätig werden darf und zweitens, ob dies dann nur bezüglich der nicht erreichten Ziele gilt. Es ist auch zu klären, welche Mehrheitserfordernisse der Negativtest erfordert. Nach demokratischen Maßstäben ist es kaum vertretbar, den Negativtest als erfüllt anzusehen, wenn nur ein Mitgliedstaat nicht zur Verwirklichung der Ziele in der Lage ist.³⁵ Die Mitgliedstaaten sind hier in ihrer Gesamtheit als erfüllungsfähiges Handlungsorgan anzusehen.³⁶

³⁰ H.-J. Lammers, *op. cit.*, S. 237; H. D. Jarass (1994), S. 211; A. J. Mackenzie-Stuart, *op. cit.*, p. 37ff.

³¹ G. Lienbacher, Art. 5 EGV Rn. 27, in: *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009.

³² M. Steeg, Eine neue Kompetenzordnung für die EU, *EuZW* 2003, S. 327; G. Lienbacher, Art. 5 EGV Rn. 21ff, in: *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009; A. Arnulf, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, The principle of subsidiarity, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Daswood), 2006, p. 4-016ff.

³³ L. Gündling in: *Dicke Luft in Europa* (Hg: L. Gündling, R. Weber), 1998, S. 35ff.; H. D. Jarass (1994), S. 209ff.

³⁴ H.-J. Lammers, *op. cit.*, S. 236.

³⁵ U. Everling, *op. cit.*, S. 379; M. Zuleegg, Art. 5 Rn. 1, in: *Kommentar EUV/EGV* (Hg: H. von der Groeben, J. Schwarze), 2003.

³⁶ R. Bieber, A. Epiney, M. Haag, *Die Europäische Union*, 2010, § 3 Rn. 32.

Bei der Auslegung der "ausreichenden" Zielverwirklichung wird die Bedeutung der grammatikalischen Auslegung offenkundig. Mit dem Begriff "ausreichend" bleibt die deutsche Übersetzung hinter Begriffen wie "hinreichend", "effizient" oder "angemessen" zurück. Damit wird den Mitgliedstaaten eine relativ niedrige Erfüllungsgrenze vorgegeben. Ein Blick in die englische Fassung zeigt, dass dort von "sufficient" gesprochen wird. Der Begriff "sufficient" kann unterschiedlich übersetzt und verschiedene Aspekte darunter subsumiert werden. Neben juristischen Begriffen können auch ökonomische oder politische Aspekte in die Bewertung einfließen. Soweit "sufficient" mit „angemessen“ übersetzt wird, kann den Mitgliedstaaten ein höherer Erfüllungsanspruch gesetzt werden, als nur eine ausreichende Erfüllung. Diese deutsche Übersetzung entspricht der historischen Situation vor der Einführung des Subsidiaritätsprinzips. Gerade die deutschen Länder haben eine Implementierung des Subsidiaritätsprinzips gefordert, um einer Kompetenzaushöhlung durch die Union entgegen wirken zu können.³⁷

2.1.3. Positivtest

"Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, *sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.*"

Wie beim Negativtest handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Im Rahmen der Unionsziele und des Integrationsfortschrittes unterliegt das Subsidiaritätsprinzip einer dynamischen Auslegung.³⁸ Dieses dynamische Auslegungsverständnis kann sich zu Gunsten der Union auswirken, denn je abstrakter und langfristiger die Ziele definiert werden und je erforderlicher ein Zusammenwachsen der Union im Rahmen der fortschreitenden Integration erachtet wird, desto eher kann eine mitgliedstaatliche

³⁷ W. Kahl, Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3 b EGV, *AöR* 1993, S. 414ff.; T. Goppel, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips, *EuZW* 1993, S. 367.

³⁸ A. Arnall, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, The principle of subsidiarity, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Daswood), 2006, p. 4-015.

Kompetenzwahrnehmung als unzulänglich angesehen werden.³⁹ Dem dynamischen Prinzip kann entnommen werden, dass jeder Prüfung die aktuellen Umstände zu Grunde legen sind und sich das Subsidiaritätsverständnis ändern kann, was im Zweifel sogar eine einer Rückübertragung von Kompetenzen begründen kann.⁴⁰ Ansonsten ist die Subsidiaritätsfrage nicht im Sinne eines Alles-Oder-Nichts-Prinzips zu entscheiden, soweit eine differenzierte Behandlung angemessen ist. Die Union kann auch nur komplementär oder unterstützend tätig sein, wenn Kompetenzen teilweise wirksam von den Mitgliedstaaten wahrgenommen werden können.⁴¹ Die Darlegungs- und Beweislast für eine Kompetenzausübung der Union tragen die Unionsorgane.⁴²

Letztendlich stellt sich im materiellen Sinn die Frage, wie ein "besseres" Verwirklichen zu beurteilen ist. Hierzu können qualitative und quantitative Kriterien bestimmt werden.⁴³ Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann auch das Verhältnis des Aufwandes und Ertrages berücksichtigt werden. Zahlreiche Kriterien zur Auslegung des Subsidiaritätsgrundsatzes haben sich als unbestimmt erwiesen. Dies galt zum Teil auch für die Kriterien des Subsidiaritätsprotokolls von Amsterdam 1999, lässt sich aber auch an Vorgaben anderer europäischer Organe aufzeigen. So hat der Europäische Rat 1992 zum Positivtest bekundet, dass ein Handeln der Union geboten ist, wenn "deutliche Vorteile" verwirklicht werden können.⁴⁴ Solange aber kein einheitliches Auslegungsverständnis besteht, kann im Zweifel der Grundgedanke des Subsidiaritätsprinzips Ausschlag gebend sein.⁴⁵

³⁹ Bereits zum Amsterdamer Vertrag im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip H. D. Jarass (1994), S. 218f.

⁴⁰ So noch Ziffer 3 Subsidiaritätsprotokoll Nr. 30 zum EUV Amsterdam 1999.

⁴¹ Hierzu W. Frenz, *Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht*, 1997, S. 201ff.; T. Döring, *Subsidiarität und Umweltpolitik in der Europäischen Union*, 1997, S. 35; S. U. Pieper, *op. cit.*, S. 72.

⁴² G. Walther in: *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft* (Hg: P. Blicke, T. O. Hüglin, H. Wyduckel), 2002, S. 123.

⁴³ H.-J. Lambers, *op. cit.*, S. 237.

⁴⁴ Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Bulletin 1992, 1281.

⁴⁵ M. Zimmermann, *Bürgernahe Europa Ziel und Umsetzung des Subsidiaritätsgedankens*, 2010.

3. DAS SUBSIDIARITÄTSVERFAHREN NACH DEM SUBSIDIARITÄTSPROTOKOLL

Zunehmend wird der Unbestimmtheit des Subsidiaritätsgrundsatzes durch eine Rechtspositivierung entgegen gewirkt, was an der Präzisierung des Wortlauts des Art. 5 III EUV und der Detaillierung des Subsidiaritätsprotokolls zu ersehen ist.⁴⁶ Das Gesetzgebungsverfahren in der Union wurde zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips mit speziellen Verfahrensrechten zu Gunsten der Mitgliedstaaten ausgestaltet.⁴⁷ Dies sind zum einen Informations-, Anhörungs- und Begründungs-, zum anderen Interventionsrechte.⁴⁸ Da die Mitgliedstaaten und ihre nationalen Parlamente frühzeitig mit Rechten im Gesetzgebungsverfahren ausgestattet sind, wird das Gesetzgebungsverfahren im Sinne des Subsidiaritätsverfahrens in der Literatur als "Frühwarnsystem" bezeichnet.⁴⁹ Im englischen Sprachgebrauch wird von einem "pre-warning-system", "ex-ante-monitoring-process" oder schlicht einer "yellow/red-card-process" gesprochen.⁵⁰ Den Mitgliedstaaten steht im Subsidiaritätsverfahren das Recht der begründeten Stellungnahme zu Gesetzgebungsentwürfen der Union als sog. Subsidiaritätsrüge zu. Die Ultima Ratio bildet die Subsidiaritätsklage.⁵¹

Insbesondere die Einbindung der nationalen Parlamenten und ihrer zweiten Kammern in das europäische Gesetzgebungsverfahren hat ein neues Verständnis der Kooperation und Demokratisierung geschaffen. Eine Subsidiaritätsrüge der nationalen Parlamente kann zur Aufhebung eines Gesetzgebungsentwurfes führen. Bei einer Mehrheit von einem Drittel der

⁴⁶ H. Lübke, Subsidiarität, Zur europarechtlichen Positivierung eines Begriffs, *Zeitschrift für Politik (ZfP)* 2005, S. 157ff.,".

⁴⁷ Zu der Entwicklung M. Schröder, Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, *EuR* 2002, S. 301ff.; zu den Vor- und Nachteilen eines gestuften Verfahrens U. Goll, M. Kenntner Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?, *EuZW* 2002, S. 103.

⁴⁸ C. Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, Eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas, 2007; R. Uerpmann-Wittzack, A. Edenharter, Subsidiaritätsklage als parlamentarisches Minderheitenrecht, *EuR* 2009, S. 313ff.

⁴⁹ Bspw. G. Lienbacher, Art. 5 EGV Rn. 35ff, in: *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009.

⁵⁰ Hierzu auch J. Schwarze (Hg.), Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon Rn. 34, *EU-Kommentar*, 2010.

⁵¹ Vgl. zu den Rechten und Pflichten der nationalen Parlamente im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz auch Art. 12 lit. b) EUV.

Stimmen der nationalen Parlamente ist ein europäischer Gesetzgebungsentwurf nochmals zu überprüfen und der Entwurf zu begründen. Bei einer einfachen Mehrheit der Stimmen der nationalen Parlamente ist der Gesetzgebungsentwurf sogar mit den Begründungen der nationalen Parlamente und der Unionsorgane an das Europäische Parlament weiter zu leiten, das prüft, ob der Subsidiaritätsgrundsatz eingehalten wurde. Entscheidet eine einfache Mehrheit des Europäischen Parlaments oder fünfundfünfzig Prozent der Mitglieder des Rates, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität vorliegt, ist der Gesetzgebungsakt einzustellen.

Die Teilnahme der nationalen Parlamente kann aus demokratischer Sicht begrüßt werden. Jedoch steht die Stärkung des demokratischen Prinzips in dieser Form in einem Spannungsverhältnis mit dem europäischen Grundsatz der Effektivität und fortschreitenden Integration. Denn europäische Gesetzgebungsverfahren können so verlängert, erschwert oder zum Stillstand geführt werden. Dieses Spannungsverhältnis ist bereits im EUV angelegt. Während Art. 5 III EUV den Grundsatz der Subsidiarität mit seiner Akzentuierung der Bürgernähe, des Demokratie- und Föderalismusgrundsatzes betont, ist dem Art. 5 III EUV über den Begriff der Ziele⁵² das Wohl der Union, der Grundsatz der Effektivität und fortschreitenden Integration als Maßstab zu Grunde gelegt.⁵³

Der Demokratiegrundsatz wird weiter durch den Ausbau der Minderheitenrechte in den Mitgliedstaaten betont. Der deutsche Verfassungsgeber hat dies ausdrücklich im Grundgesetz verankert. Die (parlamentarische) Opposition bildet einen Wesensbestandteil des Demokratieprinzips. Das Minderheitenrecht ist als spiegelbildliches Recht zum Mehrheitsprinzip zu sehen, da ansonsten die Minderheit stets strukturell unterlegen wäre. Mit dem Grundsatz der Demokratie verbunden ist das Strukturprinzip des Föderalismus, das staatsorganisationsrechtlich seinen Ausdruck im Bundesrat findet, einer Art zweiten Parlamentskammer. Aus diesen Gedanken heraus hat der deutsche Gesetzgeber ein Minderheitenrecht in der Verfassung verankert.⁵⁴ Demnach muss bei einem

⁵² Vgl. insbesondere Art. 3 EUV.

⁵³ W. Frenz (2010), S. 644.

⁵⁴ Art. 23 I a 2 GG; H. D. Jarass, Art. 23 Rn. 46ff., in: *GG Kommentar* (Hg: H. D. Jarass, B. Pieroth), 2011.

entsprechenden Beschluss der Minderheit der Deutsche Bundestag eine Subsidiaritätsklage beim EuGH anstreben.⁵⁵

Die Interdependenz des formellen Subsidiaritätsverfahrens und des materiellen Subsidiaritätsgrundsatzes lässt sich bereits anhand der achtwöchigen Rügefrist des Subsidiaritätsprotokolls für die nationalen Parlamente aufzeigen. Nach Übermittlung eines Gesetzgebungsentwurfs an die nationalen Parlamente haben diese innerhalb von acht Wochen eine Stellungnahme abzugeben, wenn sie das Subsidiaritätsprinzip als nicht eingehalten ansehen.⁵⁶ Wie entscheidend dieser prozessuale Aspekt war, lässt sich auch anhand des Diskurses zur Fristlänge ersehen. Die anfänglich geplante Frist von sechs Wochen wurde als unangemessen kritisiert. Denn innerhalb der Frist können 27 nationale Parlamente und soweit vorhanden ihre zweiten Kammern den Gesetzgebungsentwurf zu evaluieren, zu kommentieren und untereinander abzustimmen. Dies wirft die Frage nach einer spezifischen Organisations- und Kommunikationsform für europäische Gesetzgebungsakte auf. Hierfür könnte ein Sonderausschuss der jeweiligen Parlamente eingerichtet werden. Über die Organisation hinaus stellen sich weitere Entscheidungsfragen. Ist die Kurations- und Abschlussverantwortung einem Mitgliedstaat zu übertragen? Soll dies nach dem Rotationsprinzip erfolgen? Müssen alle Mitgliedstaaten dieselbe Ansicht vertreten? Müssen alle Mitgliedstaaten am Rügeverfahren teilnehmen? Da in der Rüge die Gründe für einen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip anzuführen und zu erläutern sind, hängt der materielle Erfolg von der prozessualen Ausgestaltung des Subsidiaritätsverfahrens ab. Hierzu finden sich keine detaillierten Regelungen im Subsidiaritätsprotokoll.

Das Verhalten im Subsidiaritätsverfahren kann von Bedeutung sein für spätere Gerichtsverfahren. Die Art der Stellungnahme der nationalen Parlamente, die Einheitlichkeit des Vorgehens und der Argumente, ihre Gewichtung oder Widersprüchlichkeit können als materielles Indiz für die Bewertung des Subsidiaritätsprinzips dienen. Sollten die nationalen Parlamente oder einzelne von Ihnen Ihre Verfahrensmöglichkeiten nicht ausgenutzt haben oder die Wahrnehmung bestimmter Rechte unterlassen haben, kann Ihnen dies inhaltlich negativ entgegen gehalten werden.

⁵⁵ P. Molsberger, *Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess der europäischen Konstitutionalisierung*, 2009, S. 200ff.

⁵⁶ Art. 6 Subsidiaritätsprotokoll.

4. JUSTITIABILITÄT

4.1. Grundsatz der Bestimmtheit

Wegen der Unbestimmtheit des Subsidiaritätsprinzips wurde seine Justitiabilität⁵⁷ vereinzelt hinterfragt. Die Unbestimmtheit des Prinzips an sich sowie des Tatbestandes wird als Indiz dafür herangezogen, der Subsidiaritätsgrundsatz sei lediglich eine unverbindliche, politische Vorgabe für die Kompetenzausübung.⁵⁸ Zum Teil wird das Subsidiaritätsprinzip als politische Entscheidungsgrundlage gesehen, die nur beschränkt überprüfbar sei, womit zugleich die Justitiabilität hinterfragt werden kann. Demnach liege dem Erforderlichkeitskriterium keine Erforderlichkeitsprüfung zu Grunde, sondern lediglich eine Offensichtlichkeits- oder Plausibilitätskontrolle.⁵⁹ Die Unionsorgane sprechen in ihren Dokumenten teilweise sogar von einem Richtliniencharakter. Dem widerspricht die Mehrheit in Literatur und Rechtsprechung.⁶⁰ Aus der Unbestimmtheit des Wortlauts alleine kann die Justitiabilität nicht verneint werden.⁶¹ Es ist der gesamte Gesetzestext, Zusammenhang und Hintergrund zu berücksichtigen. Aus dem Reformvertrag mit den Erweiterungen der spezifischen Subsidiaritätsrügen

⁵⁷ P. M. Schmidhuber, Gerhard Hitzler, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1992, S. 724f.; C. Ritzer, M. Ruttloff, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: geltende Rechtslage und Reformperspektiven, *EuR* 2006, S. 116ff.; G. Lienbacher, Art. 5 EGV Rn. 25ff., in: *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009; C. Calliess (2003), S. 183ff.; für eine Justitiabilität nur bei Ermessensüberschreitungen B. Schima, *op. cit.*, S. 139ff.; für eine Justitiabilität J. Pipkorn, *op. cit.*, S. 697; S. U. Pieper, *op. cit.*, S. 271ff.

⁵⁸ H.-J. Blanke, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zum europäischen Bundesstaat, *DÖV* 1993, S. 421, der von einem kaum justitiablem soft-law-Charakter spricht D. Grimm, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, *Kritische Vierteljahrszeitschrift (KritV)* 1994, S. 6ff.; I. Pernice, Harmonisation of Legislation in Federal Systems: Federal and Subsidiarity Aspects Revisited, *Columbia Journal of European Law (CJEL)* 1996, p. 408f.

⁵⁹ G. Ress, Die neue Kulturkompetenz der EG, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1992, S. 948f.; B. Schima, *op. cit.*, S. 139ff.; H.-J. Blanke, Normativität und Justitiabilität des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZfGeseg)* 1995, S. 193; G. Lienbacher, Art. 5 EGV Rn. 25, in: *EU-Kommentar* (Hg: J. Schwarze), 2009.

⁶⁰ Bereits bei der Einführung des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips in das primäre Gemeinschaftsrecht T. Stein, Subsidiarität als Rechtsprinzip, in: *Die Subsidiarität Europas* (Hg: D. Merten), 1993, S. 35ff.; C. Calliess (1999), S. 259, 267.

⁶¹ A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 1991, p. 551f.

und -klagen geht der gesetzgeberische Wille zur Justitiabilität hervor. Die systematische Stellung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 EUV verdeutlicht, dass es sich um eine zentrale Rechtsnorm handelt.⁶² Das Europäische Parlament hatte bereits 1990 die Einfügung eines Artikels 172 a EWGV beabsichtigt, der dem Gerichtshof das Recht einräumen sollte, zu überprüfen, ob ein Rechtsetzungsvorschlag die Grenzen der Gemeinschaftskompetenz überschreite.⁶³ Die im Subsidiaritätsprotokoll weiter detaillierte Begründungspflicht der Union kann als Indiz für die Justitiabilität angeführt werden. Ein rein erläuternder Charakter ohne eine gerichtliche Überprüfbarkeit würde das Begründungserfordernis entwerten.⁶⁴ In seinen Urteilen vom 12. November 1996⁶⁵ und vom 13. Mai 1997⁶⁶ stellte der EuGH klar, dass die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu den Umständen zählt, die von der Begründungspflicht gemäß Art. 253 (Artikel 190) EGV umfasst werden.

4.2. Subsidiaritätsklage

4.2.1. Unterfall der Nichtigkeitsklage

Bei der Subsidiaritätsklage handelt es sich um einen Unterfall der Nichtigkeitsklage. Der EuGH ist gemäß Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll für Klagen wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip zuständig, die nach Maßgabe des Artikels 263 AEUV von einem Mitgliedstaat erhoben oder entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung von einem Mitgliedstaat im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments übermittelt werden. Wie im Verfassungsvertrag von Laeken sind im Reformvertrag von Lissabon, um das Subsidiaritätsprinzip zu stärken, im Gesetzgebungsverfahren die Mitteilungs- und Begründungserfordernisse der Union und der Kreis der Rüge- und Klageberechtigten erweitert worden.

⁶² T. Stein, *op. cit.*, S. 36ff.; S. U. Pieper, *op. cit.*, S. 271ff.; H. D. Jarass, *Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1994, S. 22f.; M. Zuleeg, Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips, in: *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa* (Hg: K. W. Nörr, Th. Oppermann), 1997, S. 191ff.

⁶³ Th. Oppermann, C. D. Cassen, Die EG vor der Europäischen Union, *NJW* 1993, S. 8.

⁶⁴ J. Pipkorn, *op. cit.*, S. 700.

⁶⁵ EuGH, Slg. I-5755 (Rs. C-84/94).

⁶⁶ EuGH, Slg. I-2405 (Rs. C-233/94).

4.2.2. Prüfungsinstanz

Um die Prüfungsdichte zu erhöhen, wurde die Einführung unterschiedlicher Verfahren und Organe angedacht. Angestrebt wurde eine stärkere Zusammenarbeit mit dem Ausschuss der Regionen, den nationalen Parlamenten, regionalen und lokalen Ebenen.⁶⁷ Präventiv sollte eine Art Subsidiaritätsausschuss⁶⁸ eingerichtet werden, welcher als politisches Schlichtungsorgan schon im Subsidiaritätsverfahren zu einvernehmlichen Einigungen führen sollte. Spätestens jedoch bei den Fragen zur Besetzung, der Bestimmung von Quoren, Mehrheitsverhältnissen und Befugnissen eines solchen Organs konnte keine Einigung erzielt werden.⁶⁹ Ähnliche Hindernisse entstanden bei Vorschlägen zu einem Vermittlungsausschuss⁷⁰ oder Kompetenzbeauftragten⁷¹. Letztendlich wurde die Idee der Errichtung eines spezifischen Spruchkörpers aufgeworfen.⁷² Als letzte Instanz wurde eine Spezialekammer des Europäischen Gerichtshofes für Subsidiaritätsangelegenheiten oder eine Art Kompetenzgericht⁷³ vorgeschlagen. Derartige institutionelle Reformansätze konnten sich aber nicht durchsetzen. Die Mehrheit der Beteiligten sprach sich dagegen aus, das institutionelle Gleichgewicht in der Union oder die Stellung des EuGH zu relativieren. Angeführt wurde insbesondere Art. 220 EGV, demnach die „Wahrung des Rechts“ dem EuGH zusteht. Einer Schaffung weiterer oder paralleler Strukturen sollte die Stärkung materieller und personeller Verfahren und

⁶⁷ A. von Bogdandy, J. Bast, Die vertikale Kompetenzordnung in der Europäischen Union, *EuGRZ* 2001, S. 445.

⁶⁸ I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, *Juristische Zeitung (JZ)* 2000, S. 876.

⁶⁹ C. König, A. Lorz, Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, *JZ* 2003, S. 172.

⁷⁰ J. Schwarze, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, *DVBf* 1995, S. 1267.

⁷¹ F. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 2001, S. 607.

⁷² U. Goll, M. Kentner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?, *EuZW* 2002, S. 101ff.; P. L. Lindseth, Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism, *Columbia Law Review* 1999, p. 726.

⁷³ H. Lecheler, *op. cit.*, S. 106ff.

Institutionen bevorzugt werden. Politisch war eine Grund legende Änderung der Gerichtsbarkeit nicht vom Willen der Vertragsparteien gedeckt.⁷⁴

4.2.3. Rechtsprechungsverständnis des EuGH

Bemerkenswert ist, in welchem Maße der EuGH die Prüfung des Subsidiaritätsprinzips meidet.⁷⁵ Im Tabakwerbeverbotsurteil⁷⁶ stellte er fest, dass die Tabakwerbe-Richtlinie nicht mit Art. 5 I in Verbindung mit Art. 95 EGV vereinbar sei. Er hat es nach dieser Feststellung unterlassen, auf Art. 5 II EGV, also das Subsidiaritätsprinzip, näher einzugehen. Umso bemerkenswerter ist ein abweichendes Prüfungsverhalten des EuGH im Urteil zur Arbeitszeit-Richtlinie⁷⁷. Das Gericht hat den Tatbestand der Art. 5 EGV von hinten geprüft und sich auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit konzentriert.⁷⁸ Eine Entscheidung zum Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 II EGV wurde ausgespart.

Dem Rat wird vom EuGH wegen der Harmonisierungsbedürfnisse ein weiter Harmonisierungsspielraum zugesprochen.⁷⁹ Einer derartigen Mittel-Zweck-Relation ist die Gefahr eines Zirkelschluss inhärent. Der EuGH erkennt den Unionsorganen einen weit gehenden Prognosespielraum zu und geht daher nur von einer rechtlichen Evidenzkontrolle aus (vgl. zur Biopatent-Richtlinie 2001)⁸⁰. Wenn das Subsidiaritätsprinzip unmittelbar betroffen ist, stützt der EuGH unionsfreundliche Auslegungen. Der EuGH stellt keine hohen Maßstäbe an eine formelle und detaillierte Begründung der Unionsorgane.⁸¹

⁷⁴ Grund legend I. Pernice, Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, S. 27ff.; kritisch C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidungsrecht*, 2000, S. 335ff.

⁷⁵ C. Ritzer, M. Ruttloff, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven, *EuR* 2006, S. 116; A. Arnulf, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, The principle of subsidiarity, in: *European Union Law* (Ed: D. Wyatt, A. Daswood), 2006, p. 4-017, 4-020.

⁷⁶ EuGH Slg. 2000, I-8419; hierzu S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, 2007, p. 48ff., 629ff.; C. Calliess, Kompetenzverfassung in neuem Licht, *Jura* 2001, S. 311ff.

⁷⁷ EuGH Slg. 2000, I-5755.

⁷⁸ Hierzu C. Calliess, Rechtmäßigkeit der Arbeitszeitrichtlinie, *EuZW* 1996, S. 751ff.

⁷⁹ EuGH Slg. 1996, I-5755, speziell Randnummer 47.

⁸⁰ EuGH Slg. 2001, I-7079.

⁸¹ R. Bieber, in: *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit* (Hg: K. W. Nörr/Th. Oppermann), 1997, S. 180f.

Selbst bei einer fehlenden Begründung der Union hat der EuGH eine solche als implizit vorausgesetzt oder als offenkundig vorhanden angesehen. Ansonsten genügen dem EuGH formelhafte, partielle Begründungsansätze, Textbausteine oder die Herstellung eines Sachbezuges zu anderweitigen Ausführungen.⁸² Dieses Gesamtverständnis ist jedoch gerade im Lichte der grammatikalischen Auslegungsmethode fraglich. Der Wortlaut des Art. 5 III EUV spricht bei den unteren (Staats-) Ebenen von „verwirklicht werden können“. Dies ist ein Tatbestandsmerkmal, das vom Wortlaut her anhand objektiver Kriterien oder zumindest Indizien überprüfbar sein sollte.⁸³ 2002 hat der EuGH das Subsidiaritätsprinzip in einem Urteil unmittelbarer geprüft. Bei der Richtlinie zur Abgleichung der Rechtsvorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen äußert der EuGH sich aber nur kurz zum Negativtest. Er verlegt seinen Begründungsschwerpunkt auf den Positivtest und verweist hauptsächlich auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die im Primärrecht angelegte zweistufige Prüfung des Subsidiaritätsprinzips wurde durch die einseitige Betonung des Positivtest faktisch zu einer einfachen Einstufenprüfung gewandelt. In wie weit die unteren (mitgliedstaatlichen) Ebenen in der Lage waren eine wirksame Verwirklichung vorzunehmen, wurde nicht geprüft.

Die abstrakten Zielsetzungen der Union eröffnen ein politisches Ermessen, dass die gerichtliche Überprüfbarkeit erschwert.⁸⁴ Die zurückhaltende Rechtsprechungspraxis des EuGH zeigt, dass sich das Gericht selbst offen an den Grundsatz des Judicial Self Restraint bindet.⁸⁵ So wird dem EuGH vorgeworfen, in seinen Effektivitätsbeurteilungen das Prinzip des Effet Utile einseitig zu Gunsten der Union auszulegen.⁸⁶ Der EuGH wird zu einer intensiveren Überprüfung des Subsidiaritätsprinzips aufgefordert.⁸⁷

⁸² Bspw. EuGH Slg. 1997, I-2405; zu Begründungserfordernissen C. Calliess (2003), S. 182.

⁸³ H. D. Jarass (1994), S. 210f.; W. Frenz, *Nationalstaatlicher Umweltschutz und EG-Wettbewerbsfreiheit*, 1997, S. 76.

⁸⁴ A. von Bogdandy, Martin Nettesheim, Art. 3b EGV Rn. 41, in: *Kommentar EU* (Hg: E. Grabitz, M. Hilf), 1994.

⁸⁵ Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-84/94, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1996, I-5755; EuGH, Rs. C-233/94, Deutschland/Europäisches Parlament, Rat, Slg. 1997, I-2405; zur "politischen Enthaltung" des EuGH W. Robinson, *op. cit.*, p. 187-9; Brittan, *op. cit.*, p. 567ff.

⁸⁶ C. Calliess (1999), S. 351ff.; C. König, A. Lorz, *op. cit.*, S. 169.

⁸⁷ C. Calliess, Art. 5 Rn. 60, in: *Kommentar EU* (Hg: C. Calliess, M. Ruffert), 2002.

Die stärkere Einbindung der nationalen Parlamente in das Gesetzgebungsverfahren, die Einführung des Frühwarnsystems und der Subsidiaritätsrügen begründen für die Mitgliedstaaten nicht lediglich eine Rechtserweiterung. Spiegelbildlich kann in späteren Gerichtsverfahren eine Rechtseinschränkung begründet werden, denn je stärker die Mitgliedstaaten im Gesetzgebungsverfahren eingebunden waren, desto eher müssen sie sich Rechtshandlungsversäumnisse zurechnen lassen und der EuGH entsprechend seine Prüfungsdichte eingrenzen.⁸⁸ Bei einstimmigen Entscheidungen unter Beteiligung der Mitgliedstaaten wird sogar eine Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips unterstellt.⁸⁹ Denn die Mitgliedstaaten, ihre Regierungen und Parlamente hatten im Gesetzgebungsverfahren Handlungsmöglichkeiten auf mehreren Verfahrensstufen. Die Nichtausübung von Rechten oder die nicht vollständige Inanspruchnahme kann als materielles Indiz gewertet werden. Hierbei kann sich die Union auf die Prinzipien des gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens über die Kooperation und den Integrationsprozess bis zu einem Rechtsvertrauen in die gemeinsamen Verfahrensbestimmungen berufen.

4.2.4. Rechtsprechungsverständnis der mitgliedstaatlichen Gerichte

Neben dem EuGH ist gerade in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip das Verhalten der mitgliedstaatlichen Gerichte zu berücksichtigen, insbesondere der nationalen Verfassungsgerichte. Inzwischen wird der Geltungsvorrang des Rechts der Europäischen Union gegenüber mitgliedstaatlichem Recht anerkannt. Die dogmatischen Begründungen⁹⁰ hierfür unterscheiden sich jedoch und stellen ein Risiko dar, da die Anerkennung des Geltungsvorrangs auf diesen dogmatischen Argumentationen beruht. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat betont, seine Rechtsprechungskompetenz im Sinne eines Kooperationsverhältnisses nicht auszuüben, soweit ein generell wirksamer Grundrechtsschutz gewährleistet ist.⁹¹ Das Bundesverfassungsgericht behält sich aber die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Übertragung von

⁸⁸ So schon 1992 vor Einführung eines Rüge- und Klageverfahrens J. Pieper, Subsidiaritätsprinzip – Strukturprinzip der Europäischen Union, *DVBl* 1993, S. 712.

⁸⁹ H. D. Jarass (1994), S. 212.

⁹⁰ R. Bieber, A. Epiney, M. Haag (Hg.), *Die Europäische Union*, 2011, §2 Rn. 78ff.; C. Vedder, Art. I-6, in: *Europäischer Verfassungsvertrag Handkommentar* (Hg: C. Vedder, W. H. von Heinegg), 2004.

⁹¹ BVerfGE 89, 188 ("Maastricht-Urteil").

Hoheitskompetenzen vor. Der (Integrations-) Gesetzgeber sei nicht befugt die Grundstrukturen des Grundgesetzes wie das Rechtsstaats-, Demokratie- oder Bundesstaatsprinzip auszuhöhlen. In seinem Lissabon-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht seine Ansicht bekräftigt und zwar konkret anhand des Subsidiaritätsprinzips.⁹² Dieses Prinzip alleine fällt nicht in die originäre Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes. Dennoch stellt es eine Verbindung zwischen zwei Prinzipien her, dem Subsidiaritätsprinzip und der Ultra-Vires-Kontrolle. Damit betont das Bundesverfassungsgericht einen Zusammenhang, der in Art. 5 EUV selbst einen Ansatz findet. Die Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit stehen in einem Rangfolgeverhältnis. Das Bundesverfassungsgericht sieht es als zulässig an, um seine Ultra-Vires-Kontrolle ausüben zu können, das Subsidiaritätsprinzip implizit zu prüfen. Je verständlicher und schlüssiger der EuGH seine Prüfungspflicht ausübt, desto geringere Angriffsflächen werden den mitgliedstaatlichen Gerichten geboten.

5. ZUKÜNFTIGE AUSLEGUNG DES SUBSIDIARITÄTSPRINZIPS

Die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips ist inzwischen zusätzlich durch das Subsidiaritätsprotokoll geprägt. Trotz der detaillierten Verfahrensregelungen und gerade wegen des Zugeständnisses weiterer Beteiligungs- und Klagerechte wird das Subsidiaritätsverfahren komplexer. Alleine die Änderungen des Subsidiaritätsprotokolls von Lissabon 2009 gegenüber Amsterdam 1999 und der Diskurs um die Rügefrist zeigen, welche unterschiedlichen Ansichten vertreten werden. Bei genauerem Hinschauen erweist setzt aber auch das Subsidiaritätsprotokoll keine definitiven Entscheidungskriterien. Es verbleibt bei der Auslegung des Prinzips an sich. Umso bedeutsamer ist daher die Einhaltung des rechtlichen Prüfungsschemas und der Auslegungsgrundsätze. Dies gilt auch für den EuGH, der den Tatbestand des Art. 5 EUV chronologisch zu prüfen und den Negativ- und Positivtest separat zu würdigen hat. Das Schlagwort des „Frühwarnsystems“ verdeutlicht, dass die Gesetzgeber vorrangig präventive, einvernehmliche Verfahrenslösungen anstreben, um Klagen zu vermeiden. Dies ist insofern geschickt, als die nationalen Parlamente ein Verfahren schwieriger kritisieren können, in das sie selbst eingebunden waren. Die 27 nationalen Parlamente werden daher ein Organisations- und Kommunikationssystem einrichten müssen, um ihre Rechtsstellung effektiv

⁹² BVerfG (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung), 123, 267 ("Lissabon-Urteil").

und angemessen ausfüllen zu können. Dies verdeutlicht das Ineinandergreifen von Verfahrensrechten mit materiellen Ansprüchen.

Dem EuGH kommt bei der Festigung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens eine entscheidende Rolle zu, da sich das Spruchverhalten auf das Klageverhalten und die Beteiligten im Subsidiaritätsverfahren auswirken dürfte. Eine politische Auslegung des Subsidiaritätsprinzips wird umso schwieriger, wenn das Subsidiaritätsprinzip einem strukturierten rechtlichen Prüfungsschema unterworfen wird. Solange kein einheitliches, konkretes Auslegungsverständnis gefunden wird, werden die Mitgliedstaaten sich auf den Grundgedanke des Subsidiaritätsprinzips berufen können, demnach in dubio pro reo der unteren Ebene erst einmal der Vorrang gegenüber der oberen Ebene eingeräumt werden kann.