
Die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Verbesserter Schutz vor Kompetenzverlagerung auf die Gemeinschaftsebene?

Ute Mager*

Inhalt	
I. Zur Bedeutung der Kompetenzfrage	471
II. Zum Inhalt des Subsidiaritätsprinzips	473
III. Das Subsidiaritätsprinzip nach geltender Rechtslage	474
1. Art. 5 II EGV und das Subsidiaritätsprotokoll	474
2. Verfahren	475
3. Gerichtliche Kontrolle	476
IV. Das Subsidiaritätsprinzip im Entwurf des Verfassungskonvents	477
1. Materiellrechtliche Änderungen	477
2. Verfahrensrechtliche Änderungen	478
3. Gerichtliche Kontrolle	479
V. Bewertung	480
1. Konsequenzen für die gesamtstaatliche Ebene	480
2. Konsequenzen für die regionale Ebene	481
3. Funktion der Prozeduralisierung: Legitimation durch Verfahren	482
VI. Fazit	483

I. Zur Bedeutung der Kompetenzfrage

Kompetenzen bedeuten Gestaltungsmacht.¹ Die Kompetenzverteilung strukturiert daher die Machtverteilung in jeder Organisation. In einem nichtstaatlichen Mehr-

* Privatdozentin Dr. Ute Mager, Freie Universität Berlin.

¹ Vgl. *Pernice*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 856 (857); *ter Steeg*, Eine neue Kompetenzordnung für die EU, EuZW 2003, S. 325.

ebenensystem mit offenem Integrationsziel, wie es die Europäische Union darstellt, ist die Verteilung der Gestaltungsmacht auf die verschiedenen Ebenen – die vertikale Kompetenzverteilung – eine Machtfrage von besonderer Dynamik mit grundlegender Bedeutung für den Charakter der Union selbst.²

Die zunehmende Ausstattung der Europäischen Gemeinschaft mit Kompetenzen war lange Zeit eine Angelegenheit zwischen der Gemeinschaft und der gesamtstaatlichen Ebene der Mitgliedstaaten. Infolge der vielzitierten Landesblindheit³ des EG-Rechts hatten die subnationalen Gebietskörperschaften, in Deutschland die Bundesländer, zunächst kaum Möglichkeiten die Aushöhlung ihrer Kompetenzen durch EG-Rechtssetzung zu verhindern.⁴ Erst mit dem Vertrag von Maastricht⁵ wurden der Europäischen Union mit dem Ausschuss der Regionen⁶, der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips⁷ und der Zulassung von Landesministern im Rat⁸ erste noch schwache Sehhilfen für die Binnenorganisation der Mitgliedstaaten verschrieben.⁹ Darüber hinaus konnten die Bundesländer im Zusammenhang mit der Ratifizierung des Vertrags von Maastricht ihre Einflussmöglichkeiten nach innerstaatlichem Recht verbessern.¹⁰

Dieser Zuwachs an Einfluss wird jedoch relativiert durch die ständige Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen auf europarechtlicher Ebene, mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten nicht mehr durch ein schlichtes Veto ihre staatlichen Kompeten-

² von Danwitz, RIW 2003, Heft 3, erste Seite „die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage für die Zukunft des gesamten Integrationsprozesses“; Pernice, (Fn. 1), S. 856 „zentrale Verfassungsfrage“.

³ So H.P. Ipsen, Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: Fs. für Hallstein, 1966, S. 248 (256).

⁴ Vgl. BVerfGE 92, 203 ff. – Fernsehrichtlinie; vgl. auch Streinz, Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen, BayVBl. 2001, S. 481 (482).

⁵ BGBl. 1992 II, S. 1253 ff.

⁶ Art. 198a-198c = Art. 263-265 EGV n.F.; dazu Streinz, Europarecht, 5. Aufl., 2001, Rdnr. 340; Tomuschat (Hrsg.), Mitsprache der dritten Ebene in der europäischen Integration: Der Ausschuss der Regionen, 1995; Tauras, Der Ausschuss der Regionen, 1997; Benz/Benz, Der Ausschuss der Regionen der EU: Entstehung und Organisation, in: Hesse (Hrsg.), Regionen in Europa, Bd. I, 1995/96, S. 229; Hasselbach, Der Ausschuss der Regionen in der EU 1996; Theissen, Der Ausschuss der Regionen, 1996; Röper, Landesparlamente und Europäische Union, JöR n.F. 49 (2001), S. 251 (256-259). Siehe auch Wiedmann, Der Ausschuss der Regionen nach dem Vertrag von Amsterdam, EuR 1999, S. 49 ff.

⁷ Art. 3b II = Art. 5 II EGV n.F.; siehe dazu aus der Vielzahl der Literatur etwa Calliess, Subsidiarität und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999; Hrbek (Hrsg.), Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der EU – Erfahrungen und Perspektiven, 1995; Moersch, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001; Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität in Europa, 1993; Hilz, Subsidiaritätsprinzip und EU-Gemeinschaftsrechtsordnung, 1998; Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993; Pieper, Subsidiarität, 1994.

⁸ Vgl. Art. 203 EGV und § 6 II ZEUBLG.

⁹ Siehe dazu Blumenwitz, Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union, in: Gs. für Grabitz, 1995, S. 1 (10 ff.); Streinz, (Fn. 4), S. 483.

¹⁰ Art. 23 III-VII ZEUBLG; siehe zu dieser Entwicklung auch Streinz, (Fn. 4), S. 483; Röper, (Fn. 6), S. 259-261.

zen bewahren können.¹¹ Nicht zuletzt angesichts der Erweiterung der Europäischen Union war es daher eine zentrale Aufgabe des Verfassungskonvents, die unübersichtliche Kompetenzverteilung¹² zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten neu zu ordnen und das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsregelung¹³ für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung¹⁴ zu stärken.

Die Darstellung und Würdigung der Neuerungen fordert zunächst einmal Klarheit über die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips und seine Ausgestaltung nach geltendem Recht.

II. Zum Inhalt des Subsidiaritätsprinzips

Das Subsidiaritätsprinzip¹⁵ besagt im Kontext hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung, dass nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit der kleineren, bürgernäheren Einheit der Vorrang gegenüber der größeren Einheit zukommen soll.¹⁶

Als Grobeinteilung lassen sich zwei unterschiedliche Auffassungen unterscheiden:

In einem strengen kompetenzbegrenzenden Verständnis darf eine höhere Ebene eine Aufgabe nur an sich ziehen, wenn die niedrigere Ebene nicht, auch nicht mit Unterstützung der höheren Ebene, in der Lage ist, die Aufgabe wahrzunehmen, die Aufgabenwahrnehmung durch die höhere Ebene deshalb für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist. In Sinne einer Erforderlichkeitsprüfung forderten vor allem die deutschen Bundesländer die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in das EG-Primärrecht.¹⁷ Sie wollten sich damit gegen den Kompetenzverlust durch europäische Gesetzgebung zur Wehr setzen.¹⁸

¹¹ Pernice, (Fn. 1), S. 868 f.; ter Steeg, (Fn. 1), S. 325 f.

¹² Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 72 zu Art. 5 EG; ter Steeg, (Fn. 1), S. 325.

¹³ Vgl. Streinz, (Fn. 6), Rdnr. 145a; Calliess, (Fn. 12), Rdnr. 2 zu Art. 5 EG; Ronge, Legitimität durch Subsidiarität, 1998, S. 172.

¹⁴ Calliess, (Fn. 12), Rdnrn. 18, 32 f. zu Art. 5 EGV.

¹⁵ Zur Ideengeschichte siehe zusammenfassend Lecheler, (Fn. 7), S. 29 ff. m.w.N.; siehe auch Moersch, (Fn. 7), S. 23-38; ausführlich Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 2. Aufl. 2001, S. 18 ff.; siehe auch Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, AöR 119 (1994), S. 169 (189 ff.).

¹⁶ Calliess, (Fn. 12), Rdnr. 1 zu Art. 5 EGV.

¹⁷ Goppel, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips, EuZW 1993, S. 367; Blumenwitz, (Fn. 9), S. 6; Moersch, (Fn. 7), S. 217 ff.

¹⁸ Siehe oben Fn. 4.

Auch die Kommission und das Europäische Parlament unterstützen die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips. Ihr Interesse war jedoch ein ganz anderes. Sie verwendeten das Subsidiaritätsprinzip als politisches Symbol für eine bürgernahe Gemeinschaft und als legitimatorisches Konzept für ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene.¹⁹ In dieser weiten, auch kompetenzbegründenden Lesart ist eine Aufgabe auf der Ebene anzusiedeln, auf der sie am effizientesten, am besten erledigt werden kann. Nicht erst die aus der Nicht- oder Schlechterfüllung resultierende Notwendigkeit, sondern jede Verbesserung in der Aufgabenerfüllung kann nach dieser Auffassung die Kompetenzverlagerung auf die höhere Ebene rechtfertigen. Vorzunehmen ist danach eine Effizienzprüfung.²⁰

III. Das Subsidiaritätsprinzip nach geltender Rechtslage

1. Art. 5 II EGV und das Subsidiaritätsprotokoll

Beide Auffassungen des Subsidiaritätsprinzips finden sich in der Formulierung des damaligen Art. 3b EGV, heutigen Art. 5 II EGV.²¹ Dieser lautet:

„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 der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können“ – Erforderlichkeitsprüfung – „und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“ – Effizienzprüfung.

Diese Koppelung ist problematisch, denn entweder macht die Erforderlichkeitsprüfung die Effizienzprüfung überflüssig²² oder die Effizienzprüfung saugt die Erforderlichkeitsprüfung auf. Über die Auslegung dieser Formel ist denn auch viel gerätselt worden.²³

Eine offizielle Interpretation mit primärrechtlichem Rang²⁴ enthält seit dem Vertrag von Amsterdam das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Sub-

¹⁹ Siehe dazu *Hilz*, (Fn. 7), S. 89 ff.; *Ronge*, (Fn. 13), S. 175, 177.

²⁰ *von Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Altband I, Stand: Sept. 1994, Rdnr. 31 zu Art. 3b EGV; *Ronge*, (Fn. 13), S. 175.

²¹ *Blumenwitz*, (Fn. 9), S. 6; zum Kompromisscharakter auch *Lecheler*, (Fn. 7), S. 17; *von Bogdandy/Nettesheim*, (Fn. 20), Rdnr. 31 zu Art. 3b EGV.

²² In diese Richtung auch *von Bogdandy/Nettesheim*, (Fn. 20), Rdnr. 38 zu Art. 3b EGV.

²³ Siehe die Zusammenstellung der Auffassungen bei *Callies*, (Fn. 12), Rdnrn. 38, 43; *Blumenwitz*, (Fn. 9), S. 7; *Ronge*, (Fn. 13), S. 170 f.; siehe zum Problem auch *Lecheler*, (Fn. 7), S. 140 f.; *Hilz*, (Fn. 7), S. 123 „Kulminationspunkt der Unklarheiten“.

²⁴ Gemäß Art. 311 EGV handelt es sich um einen Bestandteil des Vertrages. Das Protokoll hat also den Rang von Primärrecht. Grundlage war die Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen Europäischem

sidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Die Konkretisierungen sind allerdings ihrerseits nicht sehr präzise. Es wird zwar „klargestellt“, dass mit den Anforderungen von „nicht ausreichend“ und „besser“ eine zweistufige Prüfung gewollt ist. Das Subsidiaritätsprinzip wird jedoch gleichzeitig als dynamisches Konzept bestimmt und seine auch kompetenzbegründende Funktion betont. Letztlich bezieht auch das Protokoll zu der Grundfrage, ob das Subsidiaritätsprinzip als streng kompetenzbegrenzendes Prinzip oder als offenes Legitimationskonzept zur Anwendung gelangen soll, keine Stellung; es lässt Unvereinbares nebeneinander stehen.

Besonders nachteilig für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips hat sich darüber hinaus erwiesen, dass der EGV bisher keine klare Aussage darüber enthält, welche der in ihm niedergelegten Kompetenzen zu den ausschließlichen und welche zu den konkurrierenden Kompetenzen zu zählen sind, wie weit der Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips somit reicht.²⁵ Die Kommission hat in großem Umfang – etwa für den gesamten Bereich des Binnenmarktes – ausschließliche Kompetenzen aus dem EGV herausgelesen, mit der Folge, dass sie die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips gar nicht erst prüft.²⁶

2. Verfahren

Das Verfahrensrecht als Mittel der Problemlösung ist im geltenden Subsidiaritätsprotokoll nur gering ausgeprägt. Die Kommission soll vor Unterbreitung ihrer Rechtsetzungsvorschläge umfassende Anhörungen durchführen und Konsultationsunterlagen veröffentlichen. Ihre Rechtsetzungsinitiativen sind vor dem Subsidiaritätsprinzip zu rechtfertigen, bedürfen also insoweit einer ausdrücklichen Begründung. Auch der Rat und das EP prüfen und begründen jeweils die Übereinstimmung mit Art. 5 II EGV. Die mit dem Begründungserfordernis ausgelöste Selbstkontrolle der Organe der europäischen Gesetzgebung gilt jedoch insgesamt als nicht sehr effektiv.²⁷ Dies ist nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, dass die Gemeinschaftsorgane, allen voran die Kommission, den Nutzen ihrer eigenen Rechtsakte zu beurteilen haben.²⁸

Parlament, Rat und Kommission sowie von Vereinbarungen des Europäischen Rates in Birmingham und Edinburgh. Abdruck der Dokumente bei *Calliess*, (Fn. 7), S. 389 ff.

²⁵ Siehe zu diesem Streit *Calliess*, (Fn. 12), Rdnr. 18 ff.; *Ronge*, Legitimität durch Subsidiarität, 1998, S. 169 f. m.w.N.; kritisch zu der Einschränkung *Lecheler*, (Fn. 7), S. 140.

²⁶ Zur Auffassung der Kommission siehe *Calliess*, (Fn. 12), Rdnr. 22 zu Art. 5 EGV. Immerhin hat der EuGH inzwischen klargestellt, dass die Harmonisierungskompetenz des Art. 95 I EGV nicht zu den ausschließlichen Kompetenzen zählt. Siehe *Calliess*, *ibid.*, Rdnr. 20 zu Art. 5 EGV; siehe auch EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 179 (*British Tobacco*).

²⁷ *ter Steeg*, (Fn. 1), S. 327; siehe die Auflistung von Beispielen, die nach Auffassung der Bayerischen Landesregierung gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßen bei *Goppel*, (Fn. 17), S. 369 f.

²⁸ *ter Steeg*, (Fn. 1), S. 327.

Die Bundesländer können auf europäischer Ebene „inoffiziell“ über ihre Länderbüros²⁹, offiziell über den Ausschuss der Regionen ihre Interessen vertreten. Diesen Einfluss auf das europäische Rechtsetzungsverfahren ist allerdings gering, denn er hat nur beratende Funktion.³⁰ Klagerechte, die das Gewicht seiner Stellungnahmen stärken könnten, bestehen bisher nicht.

Es bleibt nur die nach innerstaatlichem Recht vermittelte Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Art. 23 Abs. 4-6 GG in Verbindung mit dem Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (ZEUBLG). Danach können die Bundesländer über den Bundesrat in komplizierter, an die innerstaatliche Kompetenzordnung angelehnter Abstufung an der Willensbildung der Bundesregierung mitwirken.³¹ Insgesamt ist die Rechtslage dadurch gekennzeichnet, dass der Standpunkt der Bundesländer nur in Abstimmung mit der Bundesregierung in das europäische Gesetzgebungsverfahren gelangt.

3. Gerichtliche Kontrolle

Auch die gerichtliche Kontrolle hat sich bisher als wenig effektiv erwiesen.³² Der Gerichtshof ist befugt, Maßnahmen der Gemeinschaft am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips zu überprüfen.³³ Bisher hat der EuGH jedoch in keinem Fall, in dem ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip gerügt wurde, einen solchen Verstoß angenommen.³⁴ Er folgt auch nicht dem zweistufigen Prüfungsmodell, sondern hat sich darauf beschränkt festzustellen, dass ein Ziel durch eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme besser erreicht werden kann.³⁵ Nicht einmal das Begründungserfordernis handhabt er strikt, sondern begnügt sich mit textbausteinartigen Formeln oder „stillschweigender“ Beachtung, wenn sie nur „offenkundig“ ist.³⁶

²⁹ Siehe *Blumenwitz*, (Fn. 9), S. 13; *Rupp*, Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union, ZRP 1990, S. 1 (3): „Frühwarnsysteme“; *Röper*, (Fn. 6), S. 262 f.

³⁰ Siehe *Heckel*, Der Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung, 1998, S. 227 ff. m.w.N.; *Wiedmann*, Der Ausschuss der Regionen nach dem Vertrag von Amsterdam, EuR 1999, S. 49 (54 ff., 66, 70 ff., 76).

³¹ Siehe dazu *Rojahn*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 63 ff. zu Art. 23.

³² *ter Steeg*, (Fn. 1), S. 325.

³³ *von Bogdandy/Nettesheim*, (Fn. 20), Rdnr. 41 zu Art. 3b EGV; zum Streit um die Justitiabilität siehe *Calliess*, (Fn. 12), Rdnr. 60 ff.; *ders.*, (Fn. 7), S. 298-305; *Ronge*, (Fn. 13), S. 167 f.; *Hilz*, (Fn. 7), S. 128-131.

³⁴ Siehe den Überblick über die Rechtsprechung bei *Calliess*, (Fn. 7), S. 351-358.

³⁵ So in der Rs. C-491/01, (Fn. 26), Rdnrn. 173 ff., 180 (*British Tobacco*).

³⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755, Rdnrn. 47, 74 (*Großbritannien u. Nordirland/Rat*), „Arbeitszeitrichtlinie“; Rs. C-233/94, Slg. 1997, 2405, Rdnrn. 27, 28 (*Deutschland/Europäisches Parlament u. Rat*).

Das politische Zauberwort „Subsidiarität“, das im Zusammenhang mit dem Maastrichter Vertrag Bürgernähe, Achtung der nationalen und regionalen Identität sowie Zähmung der Brüsseler Regelungswut verhieß, erschien daher manchem schon bald nach Abschluss des Ratifizierungsprozesses und erscheint auch heute vielen „für die Katz“. Der Grund liegt darin, dass Art. 5 II EGV in der Weise eines „Formelkompromisses“ zwei Auffassungen des Subsidiaritätsprinzips nebeneinander stellt, die nicht miteinander zu vereinbaren sind, und dieses Dilemma auch durch das Subsidiaritätsprotokoll nicht aufgelöst wird.

IV. Das Subsidiaritätsprinzip im Entwurf des Verfassungskonvents

Die spannende Frage ist, ob dem Verfassungskonvent ein Ausweg aus diesem Dilemma gelungen ist.

Es war das erklärte Ziel des Subsidiaritätsausschusses als Teil des Verfassungskonvents die unbefriedigende Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zu verbessern. Es sollte jedoch vermieden werden, dass das europäische Gesetzgebungsverfahren verzögert oder blockiert werden könnte. Des weiteren bestand im Ausschuss Einigkeit, dass es sich bei dem Subsidiaritätsprinzip um ein im Wesen politisches Prinzip handele, dessen Umsetzung den Organen einen weiten Ermessensspielraum gewähre. Die Überwachung der Einhaltung sollte deshalb ebenfalls im Wesentlichen politischer Art sein und vor dem Inkrafttreten des jeweiligen Rechtsakts stattfinden. Ungeachtet dessen sollte es aber auch bei der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle bleiben.³⁷

1. Materiellrechtliche Änderungen

Einen wesentlichen Fortschritt für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips stellt es dar, dass der Verfassungsentwurf nunmehr Kompetenzkataloge enthält und die ausschließlichen Kompetenzen ausdrücklich benennt. Der Konvent folgt dabei einer engen Auffassung. Seine Auflistung umfasst im wesentlichen die Kompetenzen, die bisher vom EuGH als ausschließliche anerkannt worden sind³⁸ und erteilt der extensiven Auffassung der Kommission eine Absage. Zu nennen sind

„Einlagensicherungssysteme“; Rs. C-377/98, Slg. 2001, 7079, Rdnrn. 32, 33 (*Niederlande/Europäisches Parlament u. Rat*), „Biopatentrichtlinie“.

³⁷ Siehe zu den vorstehend dargelegten Absichten den Bericht des Vorsitzenden der Gruppe Subsidiarität des Europäischen Konvents v. 23.9.2002, CONV 286/02; siehe auch *ter Steeg*, (Fn. 1), S. 328.

³⁸ *Calliess*, (Fn. 12), Rdnr. 21 zu Art. 5 EGV m.w.N.

die Währungspolitik für die Euro-Staaten, die gemeinsame Handelspolitik, die Zollunion und die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik.³⁹ Hinzukommt die Kompetenz zum Abschluss internationaler Verträge.⁴⁰

In der Formulierung des Subsidiaritätsprinzips bleiben das Nebeneinander von Erforderlichkeitsprüfung und Effizienzprüfung erhalten. Eine textliche Änderung besteht darin, dass in Bezug auf die Erforderlichkeitsprüfung ausdrücklich die zentrale, regionale und lokale Ebene aufgeführt werden. Diese Ebenen waren auch schon vorher von dem schlichten Begriff des Mitgliedstaats nicht ausgeschlossen,⁴¹ so dass hierin materiell keine Veränderung liegt. Jedoch hat die ausdrückliche Erwähnung der regionalen und lokalen Ebene Auswirkungen auf die Durchführung der von der Kommission vorzunehmenden Anhörungen und Auswirkungen auf den Inhalt der Begründung des Maßnahmenvorschlags.

Neu ist auch die Einbeziehung der nationalen Parlamente in das europäische Gesetzgebungsverfahren. Diese werden zum Hüter des Subsidiaritätsprinzips bestellt, wenn es heißt: „Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in diesem Protokoll vorgesehenen Verfahren.“ Dieser Protokoll-Entwurf setzt – anders als das bisherige Protokoll – entscheidend auf verfahrensrechtliche Sicherungen des Subsidiaritätsprinzips.

2. Verfahrensrechtliche Änderungen

Dieses Verfahren sieht folgendermaßen aus:

Die Kommission muss zunächst einmal Anhörungen durchführen, wobei auch hier die Berücksichtigung der regionalen und lokalen Ebene ausdrücklich gefordert wird.⁴² Verlangt werden detaillierte Angaben anhand eines Prüfbogens, die eine Beurteilung im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip ermöglichen. Solche Prüfbogen hat die Kommission zwar schon bisher verwendet, dies war jedoch bislang nicht vorgeschrieben. Diese Verschärfung kann nicht nur, sie sollte Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolle haben.

³⁹ Art. 12 I Verfassungsentwurf.

⁴⁰ Art. 12 II Verfassungsentwurf.

⁴¹ *Calliess*, (Fn. 7), S. 172; *Pernice*, Europäische Union, Gefahr oder Chancen für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, DVBl. 1993, S. 909 (915); siehe dazu auch *Heintzen*, Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1991, S. 318 (329); a.A. *Stein*, Europäische Union, Gefahr oder Chancen für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), S. 38; *Schweitzer*, *ibid.*, S. 59;

⁴² Führt die Kommission ausnahmsweise keine Konsultationen durch, hat sie dies zu begründen. Siehe Nr. 2 Satz 4 des Protokollentwurfs.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren haben alle Organe der EU, Kommission, Rat, EP, ihren jeweils verfahrensrechtlich relevanten Beitrag im Gesetzgebungsverfahren an die nationalen Parlamente zu übermitteln (Vorschläge, Gemeinsame Standpunkte, legislative Entschlüsse). Der Begriff der nationalen Parlamente umfasst dabei in einem parlamentarischen Zweikammersystem beide Kammern. Die Kommission hat also die Pflicht, ihren Vorschlag gleichzeitig sowohl an das EP und den Rat wie auch – in Bezug auf die Bundesrepublik Deutschland – an den Bundestag und den Bundesrat weiterzuleiten.

Die nationalen Parlamente haben dann 6 Wochen Zeit, in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb ihres Erachtens ein Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist.

Das Protokoll verweist ausdrücklich auf die Möglichkeit, dass die nationalen Parlamente die regionalen Parlamente mit Gesetzgebungsbefugnissen – in Deutschland die Landtage – konsultieren. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies geschieht, bleibt jedoch dem innerstaatlichen Recht überlassen.

Die Rechtsfolgen kritischer Stellungnahmen nationaler Parlamente sind unterschiedlich, je nachdem in welcher Menge sie eintreffen. Hierbei wird das „nationale Parlament“ jedes Mitgliedstaats mit 2 Stimmen gewichtet, die sich im Fall eines Zweikammersystems auf die beiden Kammern verteilen. Bleibt die Anzahl der ablehnenden Stellungnahmen unterhalb eines Drittels der Gesamtzahl der Stimmen⁴³, so hat die Kommission die Stellungnahmen zu berücksichtigen, was wohl soviel wie ein „in Betracht ziehen“ bedeutet. Ist die Schwelle von einem Drittel der Gesamtstimmen überschritten, so muss die Kommission ihren Vorschlag überprüfen. Sie kann nach Abschluss der Überprüfung an ihm festhalten, muss dies jedoch besonders begründen. Das Quorum für die Überprüfung ist noch einmal halbiert für Maßnahmen, die den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffen, also den jetzigen Titel IV des EGV. Ein Quorum von ablehnenden Stimmen der nationalen Parlamente, das einen Vorschlag der Kommission ganz zum Scheitern bringen könnte, gibt es allerdings nicht. Dies entspricht der Absicht des Subsidiaritätsausschusses, Gesetzgebungsverfahren durch die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips weder zu verzögern noch zu blockieren.⁴⁴

3. Gerichtliche Kontrolle

Unverändert soll die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Prüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips erhalten bleiben. Die Forderung nach einem besonderen Kompetenzgerichtshof – zusammengesetzt etwa aus Mitgliedern der Ver-

⁴³ Bei derzeit 15 Mitgliedstaaten beträgt das Quorum also 10.

⁴⁴ Siehe den Nachweis in Fn. 37

fassungsgerichte der Mitgliedstaaten⁴⁵ – konnte sich nicht durchsetzen. Es werden jedoch neue Klageberechtigte zugelassen, namentlich die nationalen Parlamente als neue Hüter des Subsidiaritätsprinzips. Im Falle eines Zweikammersystems ist jede Kammer unabhängig von der anderen berechtigt zu klagen.

Ein eigenes Klagerecht wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip erhält außerdem der Ausschuss der Regionen in Bezug auf Gesetzgebungsakte, für deren Annahme die Anhörung des Ausschusses nach der Verfassung vorgeschrieben ist.⁴⁶

Von einer zweistufigen Prüfung ist im Protokoll nicht mehr die Rede.

V. Bewertung

Es bleibt die eingangs gestellte Frage zu beantworten: Führt die verfahrensrechtliche Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips zu einem wirksamen Schutz der Mitgliedstaaten und insbesondere der regionalen Ebene, in Deutschland also der Bundesländer, vor Kompetenzaushöhlung oder – für den Fall, dass dies nicht so ist, welche Funktion kommt dem Verfahren dann zu?

1. Konsequenzen für die gesamtstaatliche Ebene

Betrachtet man die gesamtstaatliche Ebene, so ist durch die frühzeitige Einbeziehung der nationalen Parlamente ein Gewinn an Transparenz und demokratischer Teilhabe zu erwarten. Auf der anderen Seite bestehen in einem System der parlamentarischen Demokratie wie in der Bundesrepublik Deutschland die Subsidiaritätskonflikte nicht zwischen der Bundesregierung und der sie tragenden parlamentarischen Mehrheit. Dementsprechend ist auch nicht zu erwarten, dass der Bundestag einen Gemeinschaftsrechtsakt angreifen wird, dem die Bundesregierung zugestimmt hat. Eine relevante Stärkung des Einflusses der Mitgliedstaaten auf die europäische Gesetzgebung über das hinaus, was sie ohnehin durch ihre Regierungen erreichen können, ist daher nicht zu erwarten.

⁴⁵ Siehe zu diesem Vorschlag etwa *Goll/Kenntner*, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, S. 101 ff., *Koenig/Lorz*, Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, JZ 2003, S. 167 (172), dagegen *Everling*, Quis custodiet custodes ipsos?, EuZW 2002, S. 357 ff. (364). Zu anderen prozeduralen Lösungen siehe etwa *Pernice*, (Fn. 1), S. 876 – Subsidiaritätsausschuss.

⁴⁶ Nach geltendem Recht etwa für Maßnahmen im Bereich der Verkehrspolitik (Art. 71 I EGV); in Bezug auf Leitlinien und Anreizmaßnahmen für die Beschäftigungspolitik (Art. 128 II, 129 I EGV); im Zusammenhang mit der Sozialpolitik (Art. 137 II Uabs. 2, 148 EGV), berufliche Bildung und Jugend (Art. 149 IV Spiegelstrich 1, 150 IV EGV), Kultur (Art. 151 V EGV), Gesundheitswesen (Art. 152 IV EGV), transeuropäische Netze (Art. 156 EGV), Strukturfonds (Art. 159 III, 161 I, II, III, 162 I EGV), Umwelt (Art. 175 I, II, III EGV).

2. Konsequenzen für die regionale Ebene

Deutlich schutzbedürftiger als die im Rat vertretene gesamtstaatliche Ebene ist die regionale Ebene. Nicht zuletzt waren es die Bundesländer, die die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in das Gemeinschaftsrecht verlangt haben und wird dieses Prinzip als „Grundsatz der größtmöglichen Berücksichtigung der Regionen“⁴⁷ bezeichnet.

Durch das neue Subsidiaritätsprotokoll wird die nach geltender Rechtslage bestehende nach wie vor sehr weitgehende Mediatisierung der Bundesländer durch den Bund nunmehr durchbrochen. Der Bundesrat – zwar auch Bundesorgan, aber doch Vertreter der Länder auf Bundesebene – bekäme ebenso früh wie die Bundesregierung und unmittelbar von der Kommission Gesetzgebungsvorschläge zur Stellungnahme und könnte unmittelbar, unabgestimmt und ungefiltert seine Subsidiaritätsbedenken der Kommission vortragen. Diese muss sich damit auseinandersetzen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Kommission starkem Widerstand zumindest dadurch Rechnung trägt, dass sie ihre Vorschläge ändert, ist nicht gering zu schätzen. Hält sie an einem Projekt fest, ist der Begründungsaufwand erheblich. Kommt es dennoch zum Erlass der Verordnung oder der Richtlinie – zukünftig: des Gesetzes oder Rahmengesetzes⁴⁸ – kann der Bundesrat ohne Notwendigkeit inhaltlicher Abstimmung mit der Bundesregierung eine Nichtigkeitsklage erheben.

Möglicherweise wird auch das integrationspolitische Vorverständnis im EuGH durch eine gleichzeitige Klage einer Vielzahl von Zweiten Kammern und dem Ausschuss der Regionen nicht unbeeinflusst bleiben.⁴⁹ Jedenfalls bietet das Verfahren dem EuGH eine bessere Grundlage als bisher, um die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach rechtlichen Kriterien unter Wahrung des Beurteilungsspielraums des europäischen Gesetzgebers durchzuführen. Die rechtlichen Kriterien sind die Verfahrens- und Begründungsanforderungen.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Möglichkeiten der politischen Einflussnahme der Bundesländer auf die Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips im Einzelfall wachsen wird, dass aber die Entscheidung in allen Stufen des Gesetzgebungsverfahrens unangetastet bei den Gemeinschaftsorganen verbleibt.

⁴⁷ Calliess, (Fn. 7), S. 168 ff.; ders., Das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip (Art. 3b EGV) als „Grundsatz der größtmöglichen Berücksichtigung der Regionen“, AöR 121 (1996), S. 509 (514 ff.).

⁴⁸ Art. 32 I Verfassungsentwurf.

⁴⁹ Streinz, (Fn. 4), S. 484 weist zutreffend darauf hin, dass der EuGH – wie jedes Verfassungsgericht – sich auch von der Akzeptanz des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten leiten lässt.

3. Die Funktion der Prozeduralisierung: Legitimation durch Verfahren

Der Mehrwert der Neuerungen liegt damit nicht eigentlich in einer effektiven Stärkung des Subsidiaritätsprinzips als rechtlich verbindlicher Kompetenzausübungsschranke. Wäre dies das Ziel gewesen, hätte es nahe gelegen, an ein – wenn auch hohes – Quorum von Widersprüchen nationaler Parlamente die Rechtsfolge zu knüpfen, dass die Kommission ihren Vorschlag zumindest ändern muss. Unter dem Gesichtspunkt der Effektivität wäre auch eine materielle Verschärfung des Subsidiaritätsprinzips in Richtung auf eine reine Erforderlichkeitsprüfung vorzugswürdig – ein Weg, den nunmehr das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Altenpflegegesetzes in Bezug auf Art. 72 II GG zu gehen scheint.⁵⁰

Führt die verfahrensrechtliche Präzisierung nicht zu einer Stärkung des Subsidiaritätsprinzips als rechtsverbindlicher Kompetenzausübungsschranke, stellt sich die Frage, worin dann der Nutzen besteht.

Eine Antwort zeigt sich, wenn man den Blick auf die Funktion des Verfahrens richtet. Aus dieser Perspektive erscheinen die Neuerungen geradezu als Musterfall für die Herstellung von Legitimation durch Verfahren, wie *Luhmann* dies in seinem gleichnamigen Buch soziologisch seziert.⁵¹

Legitimation kennzeichnet für *Luhmann* die Bereitschaft, Entscheidungen zu akzeptieren.⁵² Die Funktion von Verfahren besteht darin, diese Bereitschaft herzustellen oder zu erhöhen.⁵³

Verfahren versteht *Luhmann* zunächst faktisch als Kommunikationsprozess, der darauf abzielt, Erwartungen umzustrukturieren, der also soziales Lernen ermöglicht.⁵⁴ Die rechtliche Regelung des Verfahrens macht den Ablauf vorhersehbar und erhöht damit das Vertrauen in das System der Entscheidungsfindung.⁵⁵

Aus dieser rechtssoziologischen Perspektive wird der Sinn der neuen Verfahrensregelungen offensichtlich: Die offizielle und frühzeitige Einbeziehung der nationalen Parlamente einschließlich der Länderkammern und – vermittelt über diese – auch der Regionalparlamente sowie die erhöhten Begründungspflichten der Kommission intensivieren ganz erheblich den Kommunikationsprozess. Auf diese Weise verbessert die Kommission ihre Sachverhaltskenntnis und verbreitert ihre Bewertungsgrundlagen. Indem sie sich mit den Einwänden der Mitgliedstaaten

⁵⁰ BVerfGE 106, 62 ff.; siehe dazu *Callies*, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, EuGRZ 2003, S. 181 (187 ff.).

⁵¹ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978.

⁵² *Luhmann*, *ibid.*, S. 28 ff., 31 ff., 199.

⁵³ *Luhmann*, *ibid.*, S. 4, 35 f.

⁵⁴ *Luhmann*, *ibid.*, S. 33, 35–37, 38 ff., 195.

⁵⁵ *Luhmann*, *ibid.*, S. 42 f., 49, 232.

und vor allem von deren verschiedenen Ebenen gezielt auseinandersetzt, kann sie wiederum Einfluss nehmen auf deren Vorstellungen und Erwartungen. Indem insbesondere der Einfluss der Länder bzw. Regionen auf Gemeinschaftsebene rechtlich institutionalisiert wird – und nicht mehr nur innerstaatlich oder inoffiziell über die Länderbüros stattfindet – wächst die Transparenz des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsetzungsverfahrens und damit die Bereitschaft in der Öffentlichkeit, auf die Richtigkeit der Entscheidungen zu vertrauen.

Auf diese Weise kann bei optimaler Verfahrensgestaltung die Ebene herausgefunden werden, die nach Auffassung aller die beste zur Erledigung der anstehenden Aufgabe darstellt. Die Prozeduralisierung enthält also eine klare Entscheidung für die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips im Sinne einer Effizienzprüfung.

Die Einbeziehung gerade der nationalen Parlamente in das Verfahren zeigt aber auch, dass den Entwurfsverfassern Legitimation doch mehr bedeutet als nur die faktische Akzeptanz von Entscheidungen, gleichgültig wie sie entsteht. Die Beteiligung der nationalen Parlamente erfolgt um deren demokratischer Legitimation willen und soll diese in das europäische Gesetzgebungsverfahren einbringen, um das vielbeschriebene Demokratiedefizit⁵⁶ abzubauen zu helfen.⁵⁷

Auch für ein solchermaßen politisch verstandenes Subsidiaritätsprinzip ist eine gerichtliche Fremdkontrolle funktional notwendig und die Ausweitung der Klageberechtigung sinnvoll. Damit das Verfahren seinen politischen Zweck – Auffinden des geeignetsten Aufgabenträgers – und seinen legitimatorischen Zweck – Akzeptanz der getroffenen Entscheidung – erreicht, muss seine Nichteinhaltung mit der Nichtigkeit des Gesetzes bestraft werden. Es ist daher zwingend, dass der EuGH mit sehr viel größerer Strenge als bisher die Qualität der Begründungen der Kommission und die Verarbeitung der im Verfahren aufgetretenen Einwände prüft. Da alle Entscheidungsmacht bei den Gemeinschaftsorganen verbleibt, bestünde anderenfalls die Gefahr, dass das Verfahren zur inhaltslosen Routine verkommt und mit seiner sachlichen Qualität seinen legitimatorischen Gehalt verliert.

VI. Fazit

Durch die Neuerungen tritt gewiss keine Verschlechterung der bisherigen Situation ein. Denn anstelle einer widersprüchlichen Rechtslage tritt eine klare Entscheidung für die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips im Sinne einer Effizienzprüfung. Ebenso wenig wird jedoch eine rechtlich verbindliche Stärkung der mit-

⁵⁶ Streinz, (Fn. 6), Rdnrn. 280-283 m.w.N.

⁵⁷ ter Steeg, (Fn. 1), S. 328; vgl. auch Streinz, (Fn. 4), S. 481.

gliedstaatlichen und regionalen Kompetenzausübung bewirkt oder auch nur gewollt. Die Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips als politisches Prinzip zum Auffinden der geeignetsten Ebene zielt vor allem auf einen Legimitätszuwachs für die europäische Gesetzgebung. Für die Mitgliedstaaten einschließlich der regionalen Ebene enthalten die Neuerungen eine Chance zur Wahrung ihrer Kompetenzen, mehr aber auch nicht.