

# **Legitime Ziele im Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV**

Stefan Weber\*

Inhalt	
A. Einleitung	702
B. Subsidiaritätsprinzip und Ziele	704
I. Die Mechanik des Art. 5 Abs. 3 EUV	704
II. Zwei Beispiele: Bankenregulierung und Lieferkettenregulierung	706
III. Antagonismus von Subsidiarität und Einheitlichkeit	709
IV. Subsidiarität – ein Thema der Gesetzgebung?	711
V. Abstimmungsmehrheiten	712
VI. Justiziabilität	712
C. Subsidiaritätsprinzip und inhaltliche Bindung	713
I. Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips	714
II. Subsidiaritätsprinzip, Zuständigkeit der Union und Unionsziele	715
III. Inhaltliche Bindung des Art. 5 Abs. 3 EUV	716
D. Ziele und Maßnahmen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV	717
I. Gesamtmaßnahmen und Einzelmaßnahmen	717
II. Ziel-Maßnahme-Korrelation	718
III. Ausdrückliche und verdeckte Ziele	719
E. Zielauswahl und legitime Ziele	720
I. Legitime Ziele in Art. 5 Abs. 3 EUV	720
II. Legitime Ziele im kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzip	722
III. Fallkonstellationen zur Legitimität von Zielen	722
1. Gestaltbarkeit des Vereinheitlichungs-Grads	723
2. Ziele, die nicht im Kernbereich der Unionsziele liegen	724
3. „Level playing field“ vs. „One size fits all“	725
4. Grenzen wechselseitiger Anerkennung	725
5. Grenzüberschreitender Charakter des Regelungsgegenstands	726
6. Tipping Point und Mikado-Effekt	726
F. Ergebnis	727

\* Dr. iur. (Universität Wien), LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt in Wien (Austria), Professor für internationales Wirtschaftsrecht am Europa-Institut der Universität des Saarlandes. Email: stefan.weber@uni-saarland.de.

## Abstract

Nach dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV wird die Europäische Union nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten ausreichend verwirklicht werden können (Negativkriterium). Zudem müssen Maßnahmen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sein (Positivkriterium). Die Unionsdokumente und das Schrifttum behandeln die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV als zweistufigen Test. Dieser Beitrag argumentiert, dass der Test um eine Stufe zu erweitern ist (dreistufiger Test). Im Rahmen der Auswahl von Zielen ist (vorab) in einer ersten Stufe zu prüfen, ob ein ausgewähltes Ziel legitim iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV ist. Fehlt einem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübriggt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.

### Legitimate objectives in the principle of subsidiarity under Art. 5(3) TEU

Under the principle of subsidiarity in Article 5(3) TEU, the European Union shall only act if and in so far as the objectives of the proposed action can be sufficiently achieved by the Member States (negative criterion). Furthermore, it is necessary that, by reason of scale or effects, the proposed action can be better achieved at Union level (positive criterion). Union documents and legal literature treat the requirements of Article 5(3) TEU as a two-stage test. This article argues that the test shall be extended by one stage (three-stage test). When selecting objectives, a first step must be taken to examine whether a selected objective is legitimate within the meaning of Article 5(3) TEU. If a selected objective lacks legitimacy within the meaning of Article 5(3) TEU, there is no need to examine the negative and positive criteria.

**Keywords:** Zuständigkeit; Kompetenzabgrenzung; Subsidiaritätsprinzip; Legitimität

## A. Einleitung

Föderale Demokratien machten in den letzten Dekaden die Erfahrung, dass ein Zuviel an zentralisierten Entscheidungen vom Wahlvolk nicht akzeptiert wird. Die jüngsten Entwicklungen in den USA zeigen, dass eine der Ursachen für disruptive Wahlentscheidungen das fehlende Vertrauen des Wahlvolkes in die Politik auf föderaler Ebene (in Washington) ist. Daraus ergeben sich grundsätzliche Fragen: Welche Regelungsbereiche soll die Föderation übernehmen? Welche der einzelne Bundesstaat? Welche Sachverhalte sollen überhaupt staatlich geregelt werden? Vordergründig geht es um Themen wie Abtreibung, Maskenpflicht, Umweltschutz oder Sozialversicherung. Hintergründig geht es um die Anpassungsfähigkeit, Akzeptanz und Stabilität politischer Systeme. All diese Themen stellen sich in vergleichbarer Weise in der Europäischen Union. Im Rahmen der Kompetenzverteilung zwischen

der Union und den Mitgliedstaaten ist die adäquate Balance zwischen Erneuerung und Stabilität von entscheidender Bedeutung.

Im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sieht der EUV ein komplexes Kompetenzgefüge vor.<sup>1</sup> Die Union verfügt (nur) über jene Zuständigkeiten, die ihr durch die Unionsverträge verliehen wurden (begrenzte Einzelermächtigungen).<sup>2</sup> Die Unionsverträge kennen mehrere Arten der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten: die ausschließliche Zuständigkeit der Union (Art. 3 AEUV), parallele oder geteilte Zuständigkeiten in Bereichen, in denen sowohl die Union als auch die Mitgliedsländer Rechtsvorschriften erlassen können (Art. 4 AEUV), und die nicht-regulatorischen Zuständigkeiten der Union, wo die Union Maßnahmen der Mitgliedstaaten lediglich unterstützen, koordinieren oder ergänzen darf (insb. Art. 5 und 6 AEUV).<sup>3</sup> Daneben und darüber hinaus teilt Art. 114 AEUV der Union die Zuständigkeit zu, Harmonisierungsmaßnahmen zu erlassen, um die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen (konkurrierende Zuständigkeit).<sup>4</sup> Diese Zuständigkeit ist eine funktionale Zuständigkeit und dient der Beseitigung von Handelshemmissen und der Einführung von einheitlichen (gemeinsamen) Standards.

Wo keine ausschließliche Zuständigkeit der Union besteht,<sup>5</sup> gilt übergreifend das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV als grundlegendes Organisationsprinzip der Union.<sup>6</sup> Aufgaben sollen möglichst von der kleinsten, kompetenten Einheit übernommen werden. Die Union soll als höchste Ebene nur eingreifen, wenn eine niedrigere Ebene (Mitgliedstaaten oder deren Verwaltungseinheiten) nicht in der Lage ist, eine Aufgabe selbst zu bewältigen. Schon die Präambel des EUV erwähnt das Subsidiaritätsprinzip und begründet es – bloß – mit größtmöglicher Bürgernähe. Als allgemein gültiger Grundsatz wurde das Subsidiaritätsprinzip mit dem Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 im Unionsrecht verankert. Zuvor war es lediglich im damaligen, durch die EEA im Jahr 1986 eingeführten Art. 130r Abs. 4 EWGV zur Umweltpolitik geregelt.<sup>7</sup>

1 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 2 mwN.

2 Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 EUV).

3 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 38 ff. mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 57 mwN.

4 *Schima*, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 26 mwN.

5 Ausschließliche Zuständigkeiten der Union sind die in Art. 3 AEUV genannten Bereiche, nämlich die Zollunion, die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln, die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik sowie die gemeinsame Handelspolitik.

6 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 38 ff. mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 49 mwN.

7 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 1 mwN; *Schima*, S. 70 ff. mwN.

Art. 5 Abs. 3 EUV sieht eine differenzierte Abwägung von Einheitlichkeits- und Subsidiaritätspositionen vor. Dazu normiert Art. 5 Abs. 3 EUV zwei maßgebende Kriterien, die üblicherweise als Negativkriterium und als Positivkriterium (oder „Besser“-Kriterium) bezeichnet werden.<sup>8</sup> Nach dem *Negativkriterium* wird die Union 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. Nach dem *Positivkriterium* müssen Maßnahmen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sein.

Die Unionsdokumente und das Schrifttum behandeln die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV als zweistufigen Test (*Subsidiaritäts-Test*). Dieser Beitrag argumentiert, dass der Test um eine Stufe auf einen *dreistufigen Test* zu erweitern ist. Betreffend die Auswahl von Zielen ist (vorab) in einer ersten Stufe zu prüfen, ob das ausgewählte Ziel legitim iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV ist. Fehlt dem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübrigkt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.

## B. Subsidiaritätsprinzip und Ziele

### I. Die Mechanik des Art. 5 Abs. 3 EUV

Art. 5 Abs. 3 EUV normiert das Negativkriterium und das Positivkriterium. Im Rahmen des *Negativkriteriums* sollen trans-mitgliedstaatliche Aspekte und eine Überforderung der Mitgliedstaaten maßgebend sein. Kern dieses Tests (auch *Insuffizienztest*) ist die Frage, ob die Mitgliedstaaten durch das Ziel einer geplanten Maßnahme überfordert wären.<sup>9</sup> Schon die Fähigkeit der Mitgliedstaaten, ein ausgewähltes Ziel zu erreichen, reicht grundsätzlich aus, um ein Handeln der Union auszuschließen. Beim *Positivkriterium* ist der Mehrwert des Handelns der Union in Bezug auf dessen Umfang und Wirkung vergleichend zu prüfen. Beide Fälle (Umfang und Wirkung) sind mit Prognoseentscheidungen verbunden.<sup>10</sup> Im Rahmen dieses Tests (auch *Mehrwerttest*) ist nachzuweisen, dass sich durch die Unionsmaßnahme ein europäischer Mehrwert schaffen lässt.<sup>11</sup> Die Unionsmaßnahme muss

8 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 31 mwN.

9 Siehe etwa Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 54 mwN; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 38 mwN;

10 Der EuGH beschränkt sich darauf zu prüfen, ob der Unionsgesetzgeber auf Grundlage seiner Prognoseentscheidung plausibel annnehmen durfte, dass ein unionsrechtlicher Mehrwert in Bezug auf Umfang und Wirkung vorliegt. Eine Prognoseentscheidung gilt als ausreichend formuliert, wenn die Begründung den Unionsgesetzgeber, die nationalen Parlamente und den Gerichtshof in die Lage versetzt, die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsgrundsatz nachzuvollziehen. Siehe etwa Schima, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 56; EuGH, Rs. 547/14, *Philip Morris Brands ua*, Urteil v. 6. Mai 2014, ECLI:EU:C:2016:325 Rn. 227.

11 Siehe etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 40 mwN; Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 34 mwN.

deutliche Vorteile gegenüber einem Handeln der Mitgliedstaaten mit sich bringen. Das Verhältnis der beiden Tests zueinander bleibt offen. Im Ergebnis werden zwei Tests hintereinandergestellt, die zwar mit den Worten „sondern vielmehr“ verbunden sind, deren Resultate aber in keinem notwendigen Zusammenhang stehen.<sup>12</sup>

Kern des Subsidiaritäts-Tatbestandes sind die „*Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen*“. Die getroffenen Maßnahmen müssen sich an den gewählten Zielen ausrichten (und verhältnismäßig sein).<sup>13</sup> Zu möglichen Zielen selbst sowie zur Auswahl von Zielen enthält der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV keine weiteren Vorgaben. Ebenso enthält der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV keine über die dargestellten Prüfungen hinausgehenden materiellen Maßstäbe. Eine inhaltliche Determinierung möglicher Zielsetzungen – auch durch die Rechtsprechung – fehlt.<sup>14</sup> Zahlreiche Fragen bleiben offen, etwa ob der Begriff „Maßnahme“, wenn ein Rechtsakt betroffen ist (etwa Richtlinie oder Verordnung), neben dem Rechtsakt selbst auch jede einzelne Umsetzungsmaßnahme in diesem erfasst.

In engem Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip steht der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV. Beide Grundsätze referenzieren zu „Zielen“.<sup>15</sup> Nach Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der „Ziele der Verträge“ erforderliche Maß hinausgehen. Trotz des Verweises auf die „Ziele der Verträge“ geht es – allgemein – um eine Kontrolle der Zweck-Mittel-Rationalität des Unionshandelns.<sup>16</sup> Die konkret gewählten Mittel sind mit den konkret gewählten Zielen einer Regelung als Referenzpunkt abzugleichen. Beide Grundsätze weisen inhaltliche Überschneidungen auf. Die Prüfung beider Grundsätze greift teilweise auf gleiche Prüfungselemente zurück, etwa finanzielle Belastungen oder Verwaltungsaufwand. Die verbreitete Unterscheidung zwischen dem „ob“ (Subsidiarität) und dem „wie“ (Verhältnismäßigkeit) des Handelns der Union eignet sich bloß als grobe Kategorisierung.<sup>17</sup>

Vor diesem Hintergrund entwickelte die Union ein Verfahren, das die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Zielen durch die Unionsorgane beteiligt. Dieses Verfahren ist im *Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit* („Subsidiaritätsprotokoll“)<sup>18</sup> festgelegt.<sup>19</sup> Die Zielauswahl wird einer Vorabkontrolle unterworfen, die in einen rechtspolitischen Prozess eingebettet ist. Die nationalen Parlamente achten auf dessen Einhaltung nach dem im Subsidiaritätsprotokoll vorgesehenen Verfahren. Das Subsidiaritätsprotokoll konkretisiert die Anwendung des Art. 5 Abs. 3 EUV (und Art. 5 Abs. 4 EUV: Verhältnismäßigkeitsprinzip). Es zielt darauf ab, die Transparenz und die Kontrolle bei der

12 Krit. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 35.

13 Art. 5 Abs. 3 EUV.

14 *Moersch*, S. 343.

15 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 55, Rn. 70 mwN.

16 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 70 mwN.

17 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 55 mwN; *Schütze*, Cambridge Law Journal 2009/3, S 532 mwN.

18 ABl. C 115 v 9.5.2008, S 206-209.

19 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 60 ff.; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 40 mwN.

Gesetzgebung der Union zu gewährleisten, die Rolle der nationalen Parlamente zu stärken und eine Überprüfung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Das Verfahren beinhaltet eine ex-ante Kontrolle von vorgeschlagenen Maßnahmen durch die nationalen Parlamente.<sup>20</sup> Die Handlungsmöglichkeiten werden durch Verfahrensbestimmungen (faktisch) begrenzt. Die Zielentscheidungen werden durch ein Verfahren legitimiert. Daneben ist auf Initiative der nationalen Parlamente eine Nichtigkeitsklage an den EuGH (Subsidiaritätsklage) vorgesehen.<sup>21</sup>

## II. Zwei Beispiele: Bankenregulierung und Lieferkettenregulierung

Die Unionsorgane begnügen sich bei der Abwägung der Einheitlichkeits- und Subsidiaritätspositionen oft mit der Darlegung eines Mehrwerts<sup>22</sup> und der Anwendung der ihnen jeweils eher zusagenden Teststufe.<sup>23</sup> Ausführungen zu beiden Teststufen fehlen häufig. Letztlich findet eine pauschalisierende Gesamtabwägung statt, in die sowohl die vertraglichen Ziele der Union als auch die (politischen) Interessen der Union und der Mitgliedstaaten einfließen. Dazu zwei Beispiele, die Bankenregulierung (aus 2013) und die LieferkettenRL (aus 2024).

Kern der *Bankenregulierung* der Union<sup>24</sup> sind die EigenkapitalRL<sup>25</sup> und die zugleich erlassene KapitaladäquanzVO.<sup>26</sup> Beide Rechtsakte zusammen bilden den Rechtsrahmen für den Zugang zur Tätigkeit, den Aufsichtsrahmen und die Aufsichtsvorschriften für Kreditinstitute und Wertpapierfirmen. Die Erwägungsgründe zur KapitaladäquanzVO formulieren: „[d]aher sollte diese Verordnung zusammen mit jener Richtlinie gelesen werden.“<sup>27</sup>

20 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 68 mwN; *Schima*, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 45 ff. mwN.

21 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 64 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 68 mwN.

22 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 40 mwN.

23 In diesem Sinne *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 35 mwN.

24 Siehe Banking Regulation, abrufbar unter: [https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation\\_en?prefLang=de](https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation_en?prefLang=de), 22.9.2025; *Grieser/Heemann* (Hrsg.) Europäisches Bankaufsichtsrecht; *Calliess/Schoenfleisch*, JZ 2015/3, S. 113 ff.

25 RL (EU) 36/2013, über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (auch: Capital Requirements Directive, CRD), ABl. L 176/338 v. 26.6.2013, S. 338–436.

26 VO (EU) 575/2013, über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (auch: Capital Requirements Regulation, CRR), ABl. L 176/1 v. 26.6.2013, S. 1-337.

27 VO (EU) 575/2013, ABl. L 176/1 v. 26.6.2013, S. 1-337, Rn. 5.

Die Ziele iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV finden sich nur in den Erwägungsgründen zur EigenkapitalRL (und nicht in der KapitaladäquanzVO). RN 104<sup>28</sup> hält als Ziele der Richtlinie – ganz allgemein – (i) die Festlegung von Vorschriften für den Zugang zur Tätigkeit von Instituten und (ii) die Beaufsichtigung von Instituten fest. Diese Ziele könnten auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden. Sie seien wegen des Umfangs und der Wirkungen dieser Maßnahme besser auf Ebene der Union zu verwirklichen. Somit könne die Union im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Damit stellen die Erwägungsgründe sowohl das Negativkriterium als auch das Positivkriterium fest. Unterziele (Meso- oder Mikroziele) sind nicht erfasst.

Hintergrund der EigenkapitalRL und der KapitaladäquanzVO sind die Regelungen von Basel III.<sup>29</sup> Im Gefolge der Finanzkrise im Jahr 2008 hatte der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht im Dezember 2010 eine umfassende Überarbeitung des aufsichtlichen Rahmens verabschiedet, die unter anderem eine weitere Anhebung der Mindestausstattung mit Eigenkapital vorsieht. Dieses Dokument wurde von der Union übernommen und umgesetzt.

Die KapitaladäquanzVO gilt als Verordnung in allen Mitgliedstaaten und regelt rechtsvereinheitlichend insbesondere (i) die Mindestkapitalanforderungen samt anrechenbaren Eigenmitteln (Kernkapital, zusätzliches Kernkapital, Ergänzungskapital – CET1, AT1, T2), (ii) die Eigenmittelanforderungen für Risikoarten (etwa Kreditrisiko, Marktrisiko, operationelles Risiko), (iii) Großkredite und Konzentrationsrisiken, (iv) Liquiditätsanforderungen sowie (v) die Verschuldungsquote (Leverage Ratio).

Die EigenkapitalRL harmonisiert innerstaatliches Recht und regelt insbesondere (i) die Voraussetzungen für die Erteilung einer Banklizenz, (ii) die Mindestanforderungen an Anfangskapital, (iii) die Corporate Governance von Kreditinstituten, (iv) Anforderungen an Leitungs- und Aufsichtsorgane („fit & proper“), (v) Aufsichtsprozesse, (vi) interne Verfahren zur Sicherstellung angemessener Eigenmittelausstattung und Liquiditätssteuerung, (vii) Risikomanagement und interne Kontrollsysteme, (viii) die interne Revision, (ix) die Vergütungspolitik, (x) einen Kapitalerhaltungspuffer, (xi) die grenzüberschreitenden Tätigkeiten von Kreditinstituten sowie (xii) aufsichtsrechtliche Befugnisse.

28 „Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich die Festlegung von Vorschriften für den Zugang zur Tätigkeit von Instituten und die Beaufsichtigung von Instituten, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und wegen des Umfangs und der Wirkungen dieser Maßnahme besser auf Ebene der Union zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das zur Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.“ VO (EU) 575/2013, ABl. L 176/1 v 26.6.2013, S. 1-337, Rn. 104.

29 Dazu *Basler Ausschuss für Bankenaufsicht*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme, Dezember 2010 (rev. Juni 2011); S. 2 ff.

Daneben bestehen zahlreiche weitere vereinheitlichende und harmonisierende Rechtsakte zur Regulierung und Aufsicht von Banken.<sup>30</sup>

Die *LieferkettenRL*<sup>31</sup> normiert Sorgfaltspflichten für Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und die Verbesserung sozialer und ökologischer Standards entlang globaler Aktivitätsketten. Als Ziele iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV nennen die Erwagungsgründe in RN 99:<sup>32</sup> „das Potenzial des Binnenmarkts besser auszuschöpfen, um zum Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft beizutragen“ und „die nachhaltige Entwicklung durch Verhinderung und Minderung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in den Aktivitätsketten von Unternehmen zu unterstützen.“<sup>33</sup> Es wird deutlich, dass die Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 EUV auf der Ebene des Rechtsakts in seiner Gesamtheit (Makroebene) durchgeführt wurde. Die Ziele sind ebenfalls allgemein definiert, Unterziele (Meso- oder Mikroziele) sind nicht erfasst.

In Anwendung des Negativkriteriums stellen die Erwagungsgründe fest, dass diese Ziele von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden könnten. In Anwendung des Positivkriteriums seien diese Ziele auf Unionsebene besser zu verwirklichen. Begründet wird dies mit Hinweisen auf (i) den Umfang und die Wirkungen der Maßnahme (d.i. die LieferkettenRL), (ii) die These, dass die Probleme und Ursachen, die Gegenstand der LieferkettenRL sind, eine transnationale Dimension haben, (iii) die These, dass viele Unternehmen unionsweit oder weltweit tätig sind und ihre Wertschöpfungsketten sich auf andere Mitgliedstaaten und Drittländer erstrecken, (iv) die These, dass Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten

30 Siehe Banking regulation, abrufbar unter: [https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation\\_en?prefLang=de](https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation_en?prefLang=de), 22.9.2025; Callies/Schoenfleisch, JZ 2015/3, S. 114 mwN.

31 RL (EU) 2024/1760, über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859 (auch: Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD oder CS3D), ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58.

32 „Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich das Potenzial des Binnenmarkts besser auszuschöpfen, um zum Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft beizutragen, und die nachhaltige Entwicklung durch Verhinderung und Minderung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in den Aktivitätsketten von Unternehmen zu unterstützen, von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen des Umfangs und der Wirkungen der Maßnahme, insbesondere der Tatsache, dass die Probleme und Ursachen dieser Probleme, die Gegenstand dieser Richtlinie sind, eine transnationale Dimension haben, da viele Unternehmen unionsweit oder weltweit tätig sind und sich ihre Wertschöpfungsketten auf andere Mitgliedstaaten und Drittländer erstrecken und die Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten möglicherweise unwirksam sind und zu einer Fragmentierung des Binnenmarkts führen, auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. ...“ RL (EU) 2024/1760, ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58, Rn. 99.

33 Zusammengefasst sind die Ziele: (i) die bessere Ausschöpfung des Potenzials des Binnenmarkts, (ii) ein Beitrag zum Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft, (iii) die Unterstützung der nachhaltigen Entwicklung in den Aktivitätsketten von Unternehmen und (iv) die Verhinderung und Minderung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt.

möglicherweise unwirksam seien, und (v) die These, dass Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten zu einer Fragmentierung des Binnenmarkts führten.<sup>34</sup>

Die LieferkettenRL gibt eine Reihe von Maßnahmen vor, die Unternehmen umsetzen müssen. Vorgesehene Maßnahmen sind unter anderen die Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in ihre Unternehmenspolitik und Risikomanagementsysteme (Art. 7), die Ermittlung und Bewertung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 8), eine Priorisierung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 9), die Verhinderung und Minderung potenzieller negativer Auswirkungen sowie die Abstellung tatsächlicher negativer Auswirkungen und Minimierung ihres Ausmaßes (Art. 10 und 11), die Leistung von Abhilfe für tatsächliche negative Auswirkungen (Art. 12), die Einbeziehung von Interessenträgern (Art. 13), die Einrichtung und Aufrechterhaltung eines Meldemechanismus und eines Beschwerdeverfahrens (Art. 14), die Überwachung der Wirksamkeit der Strategien und Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht (Art. 15), die öffentliche Kommunikation über die Sorgfaltspflicht (Art. 16) und die Erstellung und Umsetzung eines Klimaplans zur Ausrichtung der Unternehmensstrategie auf die Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens, insbesondere das 1,5-Grad-Ziel (Art. 22).<sup>35</sup>

All diese Maßnahmen stehen unter dem Titel „Sorgfaltspflichten von Unternehmen“, wobei Sorgfaltspflicht als „Sorgfaltspflicht in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt“ definiert ist (Art. 5). Die LieferkettenRL verfolgt somit weitere Ziele, insbesondere eine substantielle Erweiterung der Sorgfaltspflichten von Unternehmen und deren Verwaltungsorganen. Zu diesen (unternehmens- und haftungsrechtlichen) Zielen, finden sich in den Erwägungsgründen keine subsidiaritätsrechtlichen Ausführungen.

### III. Antagonismus von Subsidiarität und Einheitlichkeit

Eine Hauptschwierigkeit bei der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 EUV liegt darin, Unionsziele (vor allem Binnenmarktziele) mit dem Anliegen der Subsidiarität in Einklang zu bringen.<sup>36</sup> Die Allokation von Aufgaben auf Unionsebene zum Zwecke ihrer einheitlichen Wahrnehmung ist ein zentralisierender und vereinheitlichender Vorgang. Zugleich soll die Ausübung von Unionszuständigkeiten unter größtmöglicher Wahrung nationaler Eigenheiten möglichst auf der Ebene der Mitgliedsstaaten erfolgen und damit an den Vorgaben der Dezentralisation und der Diversifikation orientiert sein.<sup>37</sup> Die Unionskompetenzen zur Rechtsangleichung insb. in Art. 114 AEUV zeigen, dass die Mitgliedstaaten für den Bereich des Binnenmarktes einen gegenüber anderen Politikbereichen erhöhten Bedarf an Rechtsvereinheitlichung und -angleichung sehen. Der Binnenmarktauftrag (vor den übrigen Unionszielen)

34 Siehe etwa *Itkin/Tatschl*, GesRZ 2024/3, S. 173 ff. mwN; RL (EU) 2024/1760, ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58, Rn. 99.

35 Siehe etwa *Heil/Schmid*, JBl 2025/3, S. 144 ff. mwN; RL (EU) 2024/1760, ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58, Art. 7 ff.

36 *Moersch*, S. 345 mwN.

37 *Moersch*, S. 334 f. mwN.

erfordert ein bestimmtes Maß an unionsweit einheitlichem Recht, das aus integrationspolitischen und sachbezogenen Gründen bloß auf Unionsebene erlassen werden kann.<sup>38</sup>

Binnenmarktstrategien stehen im Spannungsfeld zwischen dem Herkunftslandprinzip (verbunden mit dem Grundsatz wechselseitiger Anerkennung) und der Harmonisierung samt Rechtsvereinheitlichung. Nach dem Herkunftslandprinzip dürfen Produkte, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt werden, oder Dienstleistungen, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig angeboten werden, grundsätzlich in allen anderen Mitgliedstaaten in Verkehr gebracht oder erbracht werden, selbst wenn dort abweichende nationale Vorschriften bestehen.<sup>39</sup> Dieser Grundsatz beruht auf der Position, dass alle Mitgliedstaaten ein vergleichbares Schutzniveau in Bereichen wie Verbraucherschutz, Gesundheit, Sicherheit oder Umweltschutz gewährleisten und daher auf zusätzliche Anforderungen (des Bestimmungsstaats) verzichtet werden kann. Die Grundlage hierfür bildet insbesondere die Rechtsprechung des EuGH (*Cassis de Dijon*),<sup>40</sup> wonach eine doppelte Regulierung – also sowohl im Herkunfts- als auch im Bestimmungsstaat – grundsätzlich nicht zulässig ist, außer es bestehen zwingende Gründe des Allgemeinteresses (etwa Verbraucherschutz, öffentliche Ordnung).<sup>41</sup> Demgegenüber steht die Harmonisierung, die auf eine Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten abzielt. Dazu erlässt die Union verbindliche Rechtsvorschriften (Richtlinien oder Verordnungen), die die nationalen Rechtsordnungen überlagern, vereinheitlichen oder aufeinander abstimmen. Aus der Sicht des Binnenmarkts sollen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen und Hindernisse im Binnenmarkt (systematisch) beseitigt werden. Zu unterscheiden sind Voll- und Mindestharmonisierung:<sup>42</sup> Bei der Vollharmonisierung dürfen Mitgliedstaaten keine strengerer oder abweichenden Regelungen vorsehen (etwa Verbraucherschutz oder Bankenregulierung), bei der Mindestharmonisierung dürfen Mitgliedstaaten über das Unionsniveau hinausgehen (etwa Umweltstandards). Wechselseitige Anerkennung und Harmonisierung samt Rechtsvereinheitlichung ergänzen sich. Wo Einheitlichkeit erforderlich ist, wird, je nach gewähltem Vereinheitlichungs-Grad, auf Mindestharmonisierung oder Rechtsvereinheitlichung zurückgegriffen, wo Harmonisierung nicht erforderlich ist, greift das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung. Im Zentrum der damit verbundenen Abwägungen steht das Subsidiaritätsprinzip.

Im Mai 2025 passte die Europäische Kommission (turnusmäßig) ihre Binnenmarktstrategie an die geänderten politischen und wirtschaftlichen Umstände an. Sie veröffentlichte dazu eine Mitteilung,<sup>43</sup> in der die Beseitigung von Markthin-

38 Moersch, S. 339.

39 Moersch, S. 336 mwN.

40 EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Urteil v. 20. Februar 1979, ECLI:EU:C:1979:42.

41 Siehe etwa Leible/Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 36 AUEV, Rn. 16 ff. mwN.

42 Siehe etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 57 („Totalharmonisierung“) mwN; Schima, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 73 mwN.

43 Europäische Kommission, The Single Market: our European home market in an uncertain world, COM(2025) 500 final.

dernissen im Fokus steht. Als größte Hindernisse („schreckliche Zehn“) werden hervorgehoben: eine komplizierte Niederlassung und Geschäftstätigkeit, komplexe Unionsvorschriften, mangelnde Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten, die beschränkte Anerkennung von Berufsqualifikationen, das Fehlen einheitlicher Standards, fragmentierte Verpackungsvorschriften, mangelnde Produktkonformität, restriktive und divergierende nationale Vorschriften für Dienstleistungen, aufwendige Vorschriften für die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in risikoarmen Sektoren, ungerechtfertigte territoriale Angebotsbeschränkungen, die zu hohen Preisen für die Verbraucherinnen und Verbraucher führen. Aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips wird zu entscheiden sein, ob ein Schreckliche-Zehn-Hindernis durch wechselseitige Anerkennung, durch Mindestharmonisierung oder durch Rechtsvereinheitlichung überwunden werden kann.

#### IV. Subsidiarität – ein Thema der Gesetzgebung?

Die Prüfung des Negativkriteriums beinhaltet die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Ziel, das mit einer Unionsmaßnahme verfolgt wird, „nicht ausreichend“ auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreichen lässt. Dazu ist anzumerken, dass die Union weit überwiegend in den Bereichen nicht-ausschließlicher Unionszuständigkeit gesetzgebend tätig wird. Die Gesetzesvollziehung (und teilweise die Umsetzungsgesetzgebung) liegt in diesen Bereichen grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten vollziehen damit Unionsrecht neben dem selbst gesetzten innerstaatlichen Recht. Dies bedeutet, dass Themen der Gesetzesvollziehung im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 EUV einen Übergang der Zuständigkeit auf die Union grundsätzlich nicht stützen.<sup>44</sup> Die Notwendigkeit einer Unionsregelung kann sich damit typischerweise bloß aus erwarteten *Rechtsetzungsdefiziten der Mitgliedstaaten bei der Zielverwirklichung* ergeben.<sup>45</sup> Ein Beispiel für eine unionsrechtliche Regelung der Gesetzesvollziehung ist die Bankenregulierung, wo bestimmte Aufsichtsbefugnisse der EZB übertragen wurden.

In diesem Sinne ist auch der Anwendungsbereich des Subsidiaritäts-Protokolls gestaltet. Es erfasst nur Gesetzgebungsakte iSd. Art. 289 AEUV, also Rechtsakte, die auf eine vertragliche Rechtsgrundlage gestützt sind, die ein Gesetzgebungsverfahren vorsieht.<sup>46</sup>

Bei der Prüfung des Positivkriteriums ist die künftige Situation in den Mitgliedstaaten maßgeblich. Es müssen Umstände vorliegen, die die Prognose rechtfertigen, die Mitgliedstaaten würden überhaupt keine, keine ausreichenden oder keine fristgerechten Rechtsgrundlagen schaffen, um das ausgewählte Ziel zu erreichen. Aus der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten bislang keine hinreichenden Vorschriften für die Erreichung eines ausgewählten Ziels erlassen haben, ergibt sich dabei noch nicht das Erfordernis unionsrechtlichen Handelns. Neben theoretisch vorstellbaren

44 Ausnahme Bankenaufsicht.

45 Moersch, S. 339 mwN.

46 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 51 mwN.

rechtlichen und faktischen Hinderungsgründen<sup>47</sup> dürften insbesondere folgende Gründe Hauptursache unzureichender mitgliedstaatlicher Zielverfolgung sein: ein Ziel genießt in einzelnen Mitgliedstaaten mangelnde Priorität; ein Ziel stößt auf Ablehnung, es besteht keine ausreichende Bereitschaft, das ausgewählte Ziel umzusetzen;<sup>48</sup> in einem Wettbewerb der Rechtsordnungen bestehen Vorteile für einen Mitgliedstaat; mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Erreichung meta-binnenmarktlicher politischer Ziele führen zu Wettbewerbsnachteilen am Binnenmarkt; oder es bestehen verschiedene Konventionen, die inkompatibel sind (wie etwa Netzstecker und Steckdosen).

## V. Abstimmungsmehrheiten

Hindernisse, die lediglich in einzelnen Mitgliedstaaten auftreten, lassen sich durch unionsrechtliches Handeln überwinden, wenn die erforderlichen Abstimmungsmehrheiten gesichert sind. Ausgewählte Ziele und die zu ihrer Verwirklichung in Betracht gezogenen Maßnahmen können durch Mehrheitsbeschluss im Rat festgelegt werden. Dies bedeutet nicht, dass sich die Beachtung des Art. 5 Abs. 3 EUV auf den Bereich einstimmiger Ratsentscheidungen beschränkt. Ebenso hängt die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 EUV nicht vom Wohlwollen der Majorität im Rat ab, ein Mehrheitsbeschluss im Rat kann Art. 5 Abs. 3 EUV nicht außer Kraft setzen. Wo ein Ziel nur mit einstimmigem Ratsbeschluss verwirklicht werden kann, hat ein Mitgliedstaat die Mittel, die Auswahl eines Ziels abzulehnen.<sup>49</sup>

## VI. Justizierbarkeit

Art. 5 Abs. 3 EUV ist im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeiten des EuGH gerichtlich überprüfbar.<sup>50</sup> Der EuGH übte bisher eine zurückhaltende Kontrolle aus, die ein weites Ermessen der Unionsorgane bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips anerkennt. Er gesteht den Unionsorganen Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume zu,<sup>51</sup> deren Ausschöpfung primär politisch zu verantworten ist. Der EuGH hielt jedoch fest, bei offenkundigen Fehleinschätzungen einschreiten zu wollen.<sup>52</sup> In seinen Urteilsbegründungen blieb er allgemein. So grenzte er bei Überprüfung des Subsidiaritäts-Tests das Negativkriterium und das Positivkriterium nicht voneinander ab, sondern nahm eine einheitliche Würdigung vor.<sup>53</sup>

47 Moersch, S. 340 mwN.

48 Moersch, S. 340.

49 Moersch, S. 340.

50 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 69 mwN.

51 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 74; mwN.

52 EuGH, Rs. 491/01, *British American Tobacco*, Urteil v. 10. Dezember 2002, ECLI:EU:C:2002:741.

53 EuGH, Rs. 547/14, *Philip Morris Brands ua*, Urteil v. 6. Mai 2014, ECLI:EU:C:2016:325.

Dies führte dazu, dass der EuGH bisher wenig dazu beitrug, ein klares tatbeständiges Profil der Subsidiaritätsprüfung herauszuarbeiten.<sup>54</sup> Dies hat auch strukturelle Gründe: es ist schwierig, für bestimmte Maßnahmen eine bessere Eignung der Mitgliedstaaten festzustellen, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit entschieden hat, dass die Union bessere Lösungen anbietet.<sup>55</sup> Andererseits ist es Aufgabe der Gerichte, Entscheidungen der Unionsorgane auf ihre Rechtskonformität zu überprüfen, insbesondere und gerade dann, wenn politische Einigkeit auf Ebene der Unionsorgane besteht.

### C. Subsidiaritätsprinzip und inhaltliche Bindung

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein dogmatischer Ort, um eine Grenze der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zu ziehen. Diese Grenzziehung zwischen den Zuständigkeiten erfolgt mit dem Subsidiaritäts-Test, primär im Rahmen des im Subsidiaritätsprotokoll festgelegten Verfahrens.

Umstritten ist, ob und inwieweit Art. 5 Abs. 3 EUV (darüber hinaus) eine inhaltliche Bindung festlegt. Den Unionsverträgen sind keine Anhaltspunkte für eine inhaltliche Limitierung zu entnehmen.<sup>56</sup> Vertreten wird jedoch, dass die Begriffe „Ziel“ und „Subsidiarität“ „abstrakt und formal“ seien; deshalb ließen sich aus ihnen keine geeigneten Kriterien für eine inhaltliche Gestaltung von Unionszielen ableiten.<sup>57</sup> Vertreten wird ferner, dass sich weitere Beschränkungen der Zielsetzung unionsrechtlicher Maßnahmen weder aus dem Unionsrecht noch aus der Rechtsprechung des EuGH herleiten lassen; Art. 5 Abs. 3 EUV selbst biete keine Anhaltspunkte für eine weitergehende inhaltliche Determination unionsrechtlicher Ziele.<sup>58</sup> Begründet wird dies mit den umfangreichen und unterschiedlichen Aufgaben der Union, dem formalen Charakter des Subsidiaritätsprinzips und der nach wie vor politisch wie rechtlich angestrebten europäischen Integration.<sup>59</sup> Gegen diese Positionen spricht, dass dem Subsidiaritätsprinzip inhaltliche Vorstellungen zugrunde liegen. Nach diesen gilt es, vereinheitlichende Elemente von Zielen (und Maßnahmen) zu beschränken. *Vereinheitlichende Elemente von Zielen* haben den Unionszielen und dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips zu entsprechen. Als Rechtsprinzip des Unionsrechts kann das Subsidiaritätsprinzip nicht auf eine verfahrenstechnische Anwendung reduziert werden.

Aus dem Fehlen unionsvertraglich ausdrücklich formulierter Vorgaben für die Handlungsziele der Union ergibt sich jedoch ein großer rechtlicher und politischer Gestaltungsspielraum.<sup>60</sup> Nichtsdestotrotz muss das Subsidiaritätsprinzip eine Ant-

54 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN.

55 Moersch, S. 341 mwN.

56 aA. Moersch, S. 345.

57 Moersch, S. 345.

58 Moersch, S. 343.

59 Moersch, S. 343.

60 Moersch, S. 343 mwN.

wort darauf geben, ob in einem gegebenen Zusammenhang heterogene oder einheitliche Lösungen geboten sind.<sup>61</sup>

## I. Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips

Kern der Subsidiaritätsidee und (damit) der Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips ist die Heterogenität der Mitgliedstaaten, die als tragender Wert verstanden wird. Beschränkungen der Heterogenität der Mitgliedstaaten, d.h. *vereinheitlichende Elemente (von Zielen)* sind aus der Sicht des Schutzzwecks zu rechtfertigen. Als Intentionen für die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips werden unter anderem aufgeführt: die Gewährleistung von Entscheidungen in Bürgernähe,<sup>62</sup> die Selbstverwaltung der Mitgliedstaaten,<sup>63</sup> die Effizienz der Zielverwirklichung,<sup>64</sup> der Schutz pluraler Strukturen<sup>65</sup> gegenüber zentralistischer Vereinheitlichung und einer zentralen Verwaltung, der Schutz vor Machtzentralisationen,<sup>66</sup> die Schonung der Autonomie, die Bewahrung der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten<sup>67</sup> sowie das Vorbeugen gegen Verkrustungen, die durch zentralisierte, gleichstellende Maßnahmen verursacht werden. Das Subsidiaritätsprinzip will das schöpferische Potential auf Ebene der Mitgliedstaaten belassen und nutzen. Kompetenzrechtlich dient Art. 5 Abs. 3 EUV dem Schutz mitgliedstaatlicher und regionaler Zuständigkeiten vor einem expansiven und exzessiven Gebrauch unionsrechtlicher Befugnisse.<sup>68</sup> Es wird deutlich, dass die Idee der Subsidiarität und dessen Schutzzweck inhaltlich sehr konkret sind und sich daraus Leitlinien entwickeln lassen.

Analysen im Rahmen des Subsidiaritäts-Tests haben insbesondere rechtliche, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Unterschiede zu erfassen. Dies gelingt am besten im Wege von Einzelfallprüfungen (durch Lehre oder Rechtsprechung) zu bestimmten Maßnahmen. Nur so kann eine differenzierte Abwägung zwischen Vereinheitlichung und Heterogenität sichergestellt werden.<sup>69</sup> Die sehr unterschiedlichen und zum Teil sehr weit gefassten Aufgaben der Union sowie die sich ändernden Lebenssachverhalte lassen eine im Voraus festgelegte Begrenzung unionsrechtlicher Zielsetzungen nur schwer zu.<sup>70</sup>

Die Europäische Union ist als Prozess zu verstehen. Sie ist keine statische Institution. Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips soll das richtige Maß zwischen Unionszuständigkeit und Mitgliedstaatszuständigkeit finden, nicht (bloß) als statisches Ergebnis sondern (auch) als Prozess. Maßgebend dafür ist nicht nur die

61 In diesem Sinne *Deakin*, ELJ 2006/4, S. 444 f. mwN.

62 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 20 mwN.

63 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 20 mwN; *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 16 mwN.

64 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 60.

65 In diesem Sinne *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992/8, S. 723 ff.

66 *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992/8, S. 723 ff.

67 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 67 mwN.

68 *Moersch*, S. 345.

69 *Moersch*, S. 334.

70 *Moersch*, S. 345.

Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen von Gesetzgebungsprozessen im Sekundärrecht, sondern auch die künftige Gestaltung der Unionsverträge. *Charles Sabel und Jonathan Zeitlin* prägten dafür den Begriff *Experimentalist Governance*.<sup>71</sup> Die experimentelle Governance beschreibt einen iterativen, flexiblen und partizipativen Ansatz, bei dem die verschiedenen Akteure (Unionsorgane, Mitgliedstaaten, regionale und lokale Behörden sowie zivilgesellschaftliche Organisationen) zusammenarbeiten, um Lösungen für komplexe Probleme zu entwickeln.<sup>72</sup> Anstatt starre, einheitliche Regeln vorzugeben basiert der Prozess auf gemeinsamen Zielen, deren Umsetzung regelmäßig überprüft und angepasst wird. Wird ein Ziel auf Unionsebene verfolgt, kann sich nach einer bestimmten Zeit ergeben, dass es sachdienlicher ist, die Zuständigkeit wieder an die Mitgliedstaaten zurückzugeben (und *vice versa*).

Wenn Mitgliedstaaten zu Zielen unterschiedliche Lösungswege einschlagen oder erproben, kann dies zu einem *Wettbewerb unter den Mitgliedstaaten* führen. Dies schafft Anreize für Innovation und Anpassung. Der Wettbewerb kann mit Vorteilen und Nachteilen verbunden sein. Mitgliedstaaten können sich in diesem Wettbewerb gegenseitig überbieten, um höhere Standards, bessere Qualität oder Innovationen zu erreichen (*Race to the Top*). Ebenso kann eine negative Konkurrenz entstehen, bei der Standards gesenkt werden, etwa um kurzfristige Vorteile zu erzielen oder Kosten zu senken (*Race to the Bottom*). Grundsätzlich bietet der Binnenmarkt eine ideale Arena für einen „Regulierungswettbewerb“. Das Subsidiaritätsprinzip gestaltet diesen Wettbewerb. Der Wettbewerb kann konstruktiv sein, wenn er durch Mehrebenen-Governance, Mindeststandards und Koordinierung eingebettet wird.<sup>73</sup>

## II. Subsidiaritätsprinzip, Zuständigkeit der Union und Unionsziele

Wegen der generellen Geltung des Art. 5 Abs. 3 EUV wirft jede Maßnahme im Bereich der nicht-ausschließlichen Zuständigkeiten zugleich die Subsidiaritätsfrage auf. Nach herrschender Ansicht genügt das Vorliegen eines Unionsziels, das sich den Rechtsvorschriften oder der Präambel der Unionsverträge entnehmen lässt, nach Art. 5 Abs. 2 EUV noch nicht für ein Tätigwerden der Union; dafür bedarf es einer konkreten Befugnis.<sup>74</sup> Eine Besonderheit der Unionsverträge liegt darin, dass Zuständigkeitsnormen wiederholt an die Notwendigkeit des Handelns zur Errei-

71 *Sabel/Zeitlin*, ELJ 2008/3, S. 273 ff.

72 Merkmale der experimentellen Governance sind (i) das Setzen gemeinsamer Ziele: Akteure einigen sich auf Rahmenziele und Grundsätze für die Problemlösung, (ii) eine dezentrale Implementierung: Mitgliedstaaten und lokale Akteure haben Spielraum, um Lösungen anzupassen und umzusetzen, (iii) die regelmäßige Überprüfung: Es finden kontinuierliche Monitoring-, Feedback- und Überarbeitungsprozesse statt, um die Effektivität der Maßnahmen zu bewerten und anzupassen sowie (iv) eine kooperative Problemlösung: Der Ansatz fördert die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen politischen und institutionellen Ebenen.

73 *Deakin*, ELJ 2006/4, S. 453 mwN.

74 Siehe etwa *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 28 ff. mwN; EuGH Rs. 281, 283-285 und 287/85, *Deutschland ua gegen Kommission der EG*, Urteil v. 9. Juli 1987, ECLI:EU:C:1987:351.

chung eines bestimmten Unionsziels anknüpfen. Ob eine Vertragsbestimmung nur ein Unionsziel festlegt oder einem Organ auch eine Befugnis einräumt, ist eine Frage der Auslegung.

Gemäß Art. 5 Abs. 1 EUV gilt das Subsidiaritätsprinzip (bloß) für die *Ausübung der Zuständigkeiten* der Union. Dies impliziert, dass im Anwendung des Subsidiaritätsprinzips eine Zuständigkeit der Union weder begründet noch widerlegt werden kann. Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip führen damit nicht zu einer Verletzung des Kompetenzordnungsrechts, sondern begründen einen materiellen Rechtsfehler.<sup>75</sup> Ob dies auch für die *Auswahl von Zielen* gilt, ist nicht geklärt. Die Auswahl von Zielen steht an der Schnittstelle zwischen Kompetenzordnungsrecht und Subsidiaritätsrecht.

Ein ausgewähltes Ziel iSd Art. 5 Abs. 3 EUV hat mit den Unionszielen,<sup>76</sup> insbesondere des Art. 3 EUV, in Einklang zu stehen. Dabei ist wesentlich, dass nicht jedes ausgewählte Ziel, das sich aus einem Unionsziel ableiten lässt, aus der Sicht der Unionsziele das gleiche Gewicht hat. Bei der Auswahl von Zielen für Maßnahmen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV ist zwischen Zielen, die im Kernbereich der Unionsziele stehen, und peripheren Zielen zu unterscheiden. Ziele im Kernbereich betreffen unmittelbar den Wesensgehalt eines Unionsziels. Peripherie Ziele wirken unterstützend, flankierend oder ergänzend zur Erreichung der Unionsziele. Im Kernbereich, etwa des Unionsziels „hohes Maß an Umweltschutz“ (Art. 3 EUV) liegt der direkte Schutz der Umwelt (Luft, Wasser etc.) in den Mitgliedstaaten. Peripher liegen etwa pädagogische Programme zum Umweltschutz oder der Schutz der Umwelt in Drittstaaten. Die Unterscheidung zwischen Zielen im Kern der Unionsziele und peripheren Zielen ist relevant, weil Unionsziele typischerweise sowohl auf Unionsebene als auch auf Mitgliedstaatsebene erreichbar sind. Ein *Ziel mit vereinheitlichenden Elementen* muss aus der Sicht der Unionsziele so *gewichtig* sein, dass es Einschränkungen der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen kann.<sup>77</sup>

### III. Inhaltliche Bindung des Art. 5 Abs. 3 EUV

Art. 5 Abs. 3 EUV ist somit für die *Auswahl von Zielen mit vereinheitlichenden Elementen* maßgebend. Die inhaltliche Bindung des Art. 5 Abs. 3 EUV bedeutet, dass nur solche Ziele als Bezugspunkt einer Maßnahme dienen dürfen, die mit dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips in Einklang stehen und aus der Sicht der Unionsziele hinreichend gewichtig sind.<sup>78</sup> Die Ziele einer Maßnahme (eines Rechtsakts) dürfen den Unionszielen und dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips nicht zuwiderlaufen. Nur wenn das *ausgewählte Ziel* aus der Sicht der Unionsziele

75 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 30, Rn. 73a mwN.

76 Siehe etwa *Terbechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 3 EUV, Rn. 29 ff. mwN; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 3 EUV, Rn. 13 ff. mwN.

77 Dazu unten Punkt E.I.

78 A.A. *Moersch*, S. 345; zustimmend *v. Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 3b EGV, Rn. 33.

hinreichend gewichtig ist und die vereinheitlichenden Zielelemente den Schutzzweck nicht unterlaufen, ist das Ziel ein *legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV*. Anders als beim Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>79</sup> spricht das Schrifttum beim Subsidiaritätsprinzip das Thema der Legitimität eines ausgewählten Ziels nicht an.

## D. Ziele und Maßnahmen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV

Das Subsidiaritätsprinzip geht von Maßnahmen aus, die die Union in Betracht zieht, und greift auf die Ziele dieser Maßnahmen zurück. Im Folgenden wird das Verhältnis zwischen Zielen und Maßnahmen näher untersucht. Die Themen sind vielfältig. Behandelt werden (i) die Frage, ob Gesamt- oder Einzelmaßnahmen Gegenstand des Art. 5 Abs. 3 EUV sind, (ii) die Korrelation von Zielen und Maßnahmen sowie (iii) die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 EUV (bloß) ausdrückliche oder (auch) verdeckte Ziele einbezieht.

### I. Gesamtmaßnahmen und Einzelmaßnahmen

Art. 5 Abs. 3 EUV erfasst sämtliche (unterschiedliche) Ebenen von geplanten Handlungen in einem gegebenen (rechtsetzenden) Kontext.<sup>80</sup> Der Wortlaut „in Betracht gezogene Maßnahme“ in Art. 5 Abs. 3 EUV ist nicht auf bestimmte Maßnahmen beschränkt und lässt es offen, ob damit ein gesamter Rechtsakt (insb. Verordnung oder Richtlinie) im Sinne einer Gesamtmaßnahme oder eines Maßnahmenpakets oder jede Einzelmaßnahme in einem Rechtsakt bezeichnet wird. Ein Wille der Vertragsverfasser, den Begriff „Maßnahme“ einzuschränken, ist nicht erkennbar. Nach dem üblichen Sprachgebrauch ist Maßnahme eine gezielte Handlung oder eine Regelung, um etwas Bestimmtes (ein Ziel) zu bewirken.<sup>81</sup> Dies betrifft Gesamtmaßnahmen und Einzelmaßnahmen. Eine Einzelmaßnahme ist dabei eine in sich geschlossene Maßnahme innerhalb eines größeren Konzepts. Sie steht für sich allein, ist aber Teil eines übergeordneten Plans. Eine Gesamtmaßnahme (ein Maßnahmenpaket) ist eine Bündelung mehrerer zusammenhängender Maßnahmen, die gemeinsam einem Ziel dienen. Eine Gesamtmaßnahme ist typischerweise in verschiedene Ebenen oder in unterschiedliche Bereiche strukturiert. Das Hinunterbrechen einer

79 Nach herrschender Ansicht müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alle staatlichen Maßnahmen zunächst einem legitimen Zweck dienen. Sie müssen geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen oder ihn zu fördern. Die Maßnahmen müssen erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen. Schließlich dürfen sie nicht außer Verhältnis zum Zweck stehen. Die Prüfung, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein Handeln der Union zulässt, umfasst also vier Stufen: erstens, ein legitimer Zweck, zweitens die Geeignetheit der Maßnahme, drittens, deren Erforderlichkeit und viertens die Angemessenheit einer Maßnahme oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

80 In diesem Sinne auch *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 55 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 5 f. mwN: Wonach nicht nur die Ausübung einer gegebenen Kompetenz als solches erfasst ist, sondern auch die einzelnen Regelungselemente des Rechtsakts.

81 <https://www.duden.de/rechtschreibung/Masnahme> (27.8.2025).

Gesamtmaßnahme in Einzelmaßnahmen führt zu einer Gliederung der übergeordneten Maßnahme in kleinere umsetzbare Schritte. Zweck dieses Hinunterbrechens ist die Konkretisierung der Maßnahmen: generell definierte Maßnahmen werden mit konkreten Instrumenten unterlegt. Dies dient der Planung und Steuerung der Umsetzung. Auf dieser Basis werden konkretisierende Maßnahmen identifiziert sowie Reihenfolgen und Abhängigkeiten festgelegt.

## II. Ziel-Maßnahme-Korrelation

Was Art. 5 Abs. 3 EUV (normativ) als Maßnahme und Ziel trennt, ist (insbesondere) in Gesetzgebungssituationen grundsätzlich verbunden. Die Grenzen zwischen Ziel und Maßnahme (Mittel) sind fließend, wenn die Gesamtmaßnahme selbst Ziel von Einzelmaßnahmen wird. So kann eine Maßnahme zur Erreichung eines Ziels selbst als untergeordnetes Ziel verstanden werden (Mesoziel oder Mikroziel). Dies gilt vor allem in komplexeren regulatorischen Bereichen. Die Entscheidung, dass (oder der Zufall, ob) Ziele in einem oder mehreren Rechtsakten verfolgt werden, kann für die Anwendung des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht entscheidend sein. Eine gesetzte Maßnahme definiert damit zugleich auch das Ziel für die konkretisierende Maßnahmen auf der nächst-unteren Ebene.

In gesetzgebenden Zusammenhängen sind Ziele und Maßnahmen so jeweils die Kehrseite derselben Medaille. Rechtsakte lassen sich als Ziel-Maßnahmen-Ketten beschreiben, die sich daraus ergeben, dass jede Maßnahme typischerweise zugleich auch das Ziel für die gewählte Umsetzungsmaßnahme bildet. Aus der Sicht der Ziele führt dies zu einer Zielkaskade, also einer Struktur von Zielsetzungen, von generellen Makrozielen über Mesoziele hin bis zu Mikrozielen:

- *Makroziele* sind die Leitziele eines Gesetzesvorhabens zu einem konkreten Themenbereich. Makroziele dienen der Umsetzung der strategischen Ziele der Gesetzgeber auf Basis der Unionsverträge. Sie betreffen den Rechtsakt in seiner Gesamtheit. *Beispiele:* Die EigenkapitalRL definiert als ein Makroziel die Beaufsichtigung von Banken und sieht als Maßnahmen etwa Eigenmittelanforderungen und Liquiditätsanforderungen vor. Die LieferkettenRL will als ein Makroziel negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in den Aktivitätsketten von Unternehmen mindern.
- *Mesoziele* sind Ziele, die einen oder mehrere Abschnitte eines Rechtsakts betreffen. Sie stehen zwischen den Makrozielen und den Mikrozielen. Sie strukturieren und konkretisieren Makroziele für bestimmte Abschnitte eines Rechtsakts. Mesoziele sind selbst Maßnahmen. Zugleich dienen Mesoziele als Rahmen für Formulierungen von Mikrozielen. *Beispiele:* In Umsetzung des Makroziels der Beaufsichtigung von Banken wählt die KapitaladäquanzRL als Maßnahmen und Mesoziele ua. Eigenmittelanforderungen und Liquiditätsanforderungen. In der LieferkettenRL ist als Maßnahme und Mesoziel etwa vorgesehen, dass Unternehmen (aus der Sicht der Menschenrechte und Umwelt) negative Auswirkungen

in all ihren Tätigkeitsbereichen sowie entlang der gesamten Aktivitätskette (einschließlich ihrer Geschäftspartner) ermitteln und bewerten (Sorgfaltspflicht).

- **Mikroziele** sind weiter im Detail konkretisierte gesetzgeberische Maßnahmen in Umsetzung der Mesozielle. Sie tragen zur Erreichung der Makro- und Mesozielle bei. *Beispiele:* Die Wahl der Maßnahmen Eigenmittelanforderungen und Liquiditätsanforderungen in der KapitaladäquanzRL ist selbst wieder Ziel für Umsetzungsmaßnahmen auf der Mikorebene, etwa eine harte Kernkapitalquote (CET1-Ratio), eine Kernkapitalquote (Tier 1-Ratio) und eine Gesamtkapitalquote (Total Capital Ratio). In der LieferkettenRL soll das Mesoziel der Ermittlung und Bewertung von negativen Auswirkungen ua. durch die Maßnahme und das Mikroziel der Einbeziehung dieser Sorgfaltspflichten in die Unternehmenspolitik und die Risikomanagementsysteme erreicht werden.

Die Übergänge von Mesozielen zu Mikrozielen sind fließend. Die Anzahl der Zielstufen ist nicht festgelegt und ergibt sich aus dem Regelungsgegenstand und seiner Komplexität.

Für die Gesetzgebung bedeutet dies, dass die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen nicht nur generell, etwa im Hinblick auf eine Richtlinie oder Verordnung zu testen sind (Makroebene), sondern überdies in Bezug auf jede einzelne Maßnahme innerhalb des geplanten Rechtsakts (Meso- und Mikroebene). Der Subsidiaritäts-Test hat auf allen Stufen der Zielkaskade zu erfolgen. Im Rahmen des Tests sind die Ziele und Maßnahmen herunterzubrechen. Für jede Maßnahme ist zu fragen, welche Ziele verfolgt die Maßnahme und wo steht die Maßnahme in der Zielkaskade. Jede Maßnahme hat Art. 5 Abs. 3 EUV zu entsprechen.

### III. Ausdrückliche und verdeckte Ziele

Art. 5 Abs. 3 EUV erfasst ausdrückliche und verdeckte Ziele. Weder der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV noch der Wille der Vertragsverfasser schränken den Begriff „Ziel“ auf ausdrücklich dokumentierte Ziele ein. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks besteht ebenfalls kein Grund, verdeckte Ziele nicht dem Art. 5 Abs. 3 EUV zu unterwerfen.

Ausdrückliche Ziele stehen im Zentrum der Gesetzesauslegung. Das *telos* (der Zweck der Norm) spielt eine zentrale Rolle, etwa bei der teleologischen oder systematischen Auslegung. Das Recht wird als ein auf bestimmte Zwecke hin gestaltetes System verstanden. So werden auf Unionsebene bewusst bestimmte politische, wirtschaftliche oder soziale Ziele verfolgt, etwa der Schutz bestimmter Rechtsgüter, wie Binnenmarkt oder Umweltschutz (gesetzgeberische Zielsetzungen).

Maßnahmen (Rechtsnormen) können überdies Ziele umsetzen, ohne dass dazu ein Wille ausdrücklich dokumentiert ist. Rechtsprechung und Lehre arbeiten ständig Ziele aus Rechtsnormen heraus, die nicht ausdrücklich bezeichnet wurden, sondern sich aus der juristischen Analyse der betreffenden Rechtsnormen und

Gesetzesmaterialien ergeben.<sup>82</sup> So kann beispielsweise das (ausdrückliche) Ziel Bildungsausbau sowohl das (verdeckte) Ziel der Erhöhung der sozialen Chancen als auch das (verdeckte) Ziel der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit mit umfassen.

## E. Zielauswahl und legitime Ziele

Die Auswahl der Ziele ist das zentrale Element bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>83</sup> Über die Auswahl eines Ziels lassen sich Wirkung und Anwendungsmöglichkeiten des Subsidiaritätsprinzips steuern.<sup>84</sup> Ein Ziel, das auf Vereinheitlichung des Rechts ausgerichtet ist oder sie mit sich bringt, ist auf Ebene der Mitgliedstaaten von vornehmerein nicht zu erreichen. Da die Grenzen zwischen Ziel und Maßnahme (Mittel) fließend sind, ist es ferner möglich, Maßnahmen so in die Definition einer Zielvorgabe miteinzubeziehen, dass sie letztlich als Bestandteil des Ziels erscheinen.<sup>85</sup> Ebenso lässt sich der Spielraum der Mitgliedstaaten, die an diese Vorgaben gebunden sind, mit zunehmendem Detailliertheitsgrad der Zielsetzung gestalten.

### I. Legitime Ziele in Art. 5 Abs. 3 EUV

Unstrittig ist, dass die Gestaltungsmöglichkeit der Union dort endet, wo die Schaffung einer einheitlichen Regelung *unmittelbar* Ziel einer Unionsmaßnahme ist.<sup>86</sup> Wenn Unionsorgane befugt wären, als Ziel einen einheitlichen Rechtszustand zu definieren, würden alle Prüfungen, ob nicht die Mitgliedstaaten dies ebenso gut erreichen können, konterkariert. Ein *ausgewähltes Ziel* einer Maßnahme (eines Rechtsakts) muss *legitim* iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV sein. Aufbauend auf das oben Ausgeführte,<sup>87</sup> ist ein *Ziel* legitim, wenn (i) es aus der Sicht der *Unionsziele*, insbesondere des Art. 3 EUV, *hinreichend gewichtig* ist und (ii) die *vereinheitlichenden Elemente des Ziels* den *Schutzzweck* des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht *unterlaufen*.

Das ausgewählte Ziel muss *aus der Sicht der Unionsziele* so *gewichtig* sein, dass es *vereinheitlichende Elemente*, d.h. Einschränkungen der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen kann. Dabei ist ein *strenger Maßstab* anzulegen. Zu unterscheiden ist zwischen Zielen im Kernbereich der Unionsziele (unmittelbarer Wesensgehalt) und peripheren Zielen (die Unionsziele unterstützende, flankierende oder ergänzende Ziele). Eine hohe Gewichtigkeit haben Ziele, die im Kernbereich der Unionsziele stehen. Je weiter ein ausgewähltes Ziel in der Peripherie der Unionsziele liegt, desto weniger gewichtig ist das Ziel. Ziele, die unmittelbar der Gewährleistung oder

82 Vgl. Radbruchsche Formel in Bezug auf Gerechtigkeit in: *Radbruch*, SJZ 1946/1, S. 105 ff.

83 Moersch, S. 333 mwN.

84 Moersch, S. 344 f.

85 Moersch, S. 344 f.

86 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 2a mwN; Moersch, S. 334 f. mwN.

87 Siehe oben Punkt C.II.

Absicherung der Funktionsfähigkeit der Union oder des Binnenmarkts dienen, sind grundsätzlich gewichtige Ziele. Sie rechtfertigen grundsätzlich Einschränkungen der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten.

Ein ausgewähltes Ziel muss dem *Schutzzweck des Art. 5 Abs. 3 EUV* entsprechen. Die *vereinheitlichenden Zielelemente* dürfen den Schutzzweck *nicht unterlaufen*. Wann vereinheitlichende Zielelemente den Schutzzweck unterlaufen, ist im Einzelfall zu prüfen. Dabei kann es zweckdienlich sein, ein ausgewähltes Ziel in einem ersten Schritt um die vereinheitlichenden Zielelemente zu bereinigen. In einem zweiten Schritt sind die vereinheitlichenden Zielelemente dem bereinigten Ziel gegenüberzustellen und auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfen.

Nur wenn ein Ziel aus der Sicht der Unionsziele so gewichtig ist, dass es die vereinheitlichenden Zielelemente rechtfertigen kann, und die vereinheitlichenden Zielelemente den Schutzzweck nicht unterlaufen, ist ein ausgewähltes Ziel ein *legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV*. Anders als beim Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>88</sup> spricht das Schrifttum beim Subsidiaritätsprinzip das Thema der Legitimität eines ausgewählten Ziels nicht an. Die erforderlichen Abwägungen zur Legitimität (zwischen Einheitlichkeit und Heterogenität) haben die rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten und den dadurch entstehenden Spielraum der Mitgliedstaaten sowie die dadurch entstehende Vielfalt zu würdigen.

Das Erfordernis eines legitimen Ziels hat unmittelbare Auswirkungen auf die unter Punkt B.I. dargestellte Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 EUV (*Subsidiaritäts-Test*). Diese Prüfung hat nicht bloß in zwei Stufen (Negativkriterium und Positivkriterium) sondern in *drei Stufen* zu erfolgen: vor der Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums ist die *Legitimität des Ziels* zu prüfen. Fehlt einem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübriggt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.

Der dreistufige Subsidiaritäts-Test ist für jede einzelne Maßnahme und jedes einzelne Ziel eines Rechtsakts (und nicht nur für den gesamten Rechtsakt) durchzuführen. Jedes Ziel auf der Zielkaskade muss legitim sein, von Makrozielen über Mesoziele hin zu Mikrozielen.

Kernthema der ersten Teststufe ist der Schutz der Heterogenität der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Ziele. Zu prüfen ist:

88 Nach herrschender Ansicht müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alle staatlichen Maßnahmen zunächst einem legitimen Zweck dienen. Sie müssen geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen oder ihn zu fördern. Die Maßnahmen müssen erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen. Schließlich dürfen sie nicht außer Verhältnis zum Zweck stehen. Die Prüfung, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein Handeln der Union zulässt, umfasst also vier Stufen: erstens, ein legitimer Zweck, zweitens die Geeignetheit der Maßnahme, drittens, deren Erforderlichkeit und viertens die Angemessenheit einer Maßnahme oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

- Liegt das gewählte Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel) im Kernbereich oder in der Peripherie eines Unionsziels?
- Ist das gewählte Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel) hinreichend gewichtig?
- Sind die vereinheitlichen Zielelemente aus der Sicht des Ziels, das um die vereinheitlichen Zielelemente bereinigt wurde, für die Erreichung des bereinigten Ziels erforderlich?
- Für das Ziel der Gesamtmaßnahme: erreicht ein weniger vereinheitlichendes alternatives Ziel, das im Rahmen der Unionsziele liegt, das bereinigte Ziel?
- Für ein Mesoziel: erreicht ein weniger vereinheitlichendes alternatives Mesoziel, das im Rahmen des Makroziels liegt, das bereinigte Ziel?
- Für ein Mikroziel: erreicht ein weniger vereinheitlichendes alternatives Mikroziel, das im Rahmen des Mesoziels liegt, das bereinigte Ziel?

Nach herrschender Ansicht führt ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip (sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) zu einem materiellen Rechtsfehler (Art. 5 Abs. 1 EUV).<sup>89</sup> Ein solcher Verstoß resultiert nicht in einer Unzuständigkeit der Union (*ultra vires*). Ob dies auch für die Auswahl von Zielen gilt, ist nicht geklärt und bedarf einer eigenständigen Untersuchung. Die Auswahl von Zielen steht an der Schnittstelle zwischen Kompetenzordnungsrecht und Subsidiaritätsrecht. Diskussionswürdige Argumente sprechen dafür, dass die Auswahl von Zielen, die aus der Sicht der Unionsziele nicht hinreichend gewichtig sind, zu einer Unzuständigkeit der Union (*ultra vires*) führen.

## II. Legitime Ziele im kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 4 EUV, wonach Maßnahmen der Union nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen dürfen, stehen in engem Zusammenhang.<sup>90</sup> Art. 5 Abs. 4 EUV verweist auf konkret gewählte Ziele als Referenzpunkt. Prüfungsmaßstab sind die Eignung und die Erforderlichkeit der betroffenen Maßnahme im Hinblick auf die mit ihr verfolgten legitimen Ziele.<sup>91</sup> Die Legitimität eines Ziels iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 EUV. Ein iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV legitimes Ziel ist zugleich auch ein legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV. Ein iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV nicht-legitimes Ziel ist ebenso kein legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV.

## III. Fallkonstellationen zur Legitimität von Zielen

Zur Legitimität von Zielen in Art. 5 Abs. 3 EUV fehlt eine systematische Aufbereitung von Fallkonstellationen. Ebenso trug der EuGH bisher wenig dazu bei, ein

89 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 73a mwN.

90 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 70 mwN.

91 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 70 mwN; EuGH, Rs. 110/03, *Belgien/Kommission*, Urteil v. 14. Juli 2005, ECLI:EU:C:2005:223 Rn. 61.

klares tatbestandliches Profil der Subsidiaritätsprüfung herauszuarbeiten.<sup>92</sup> Dazu bedarf es einer eigenständigen Untersuchung, die den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Im Folgenden werden ausgewählte Fallkonstellationen dargelegt, die als Annäherungen zur Unterstützung in Entscheidungssituationen zu verstehen sind.

### 1. Gestaltbarkeit des Vereinheitlichungs-Grads

Vereinheitlichende Maßnahmen können auf Ebene der Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht erreicht werden. Maßnahmen der Union iSd. Art. 5 Abs. 3 enthalten in der Regel vereinheitlichende Maßnahmen. Der Grad der Vereinheitlichung ist allerdings keine absolute, sondern eine festlegbare Größe. Und er ist (rechtspolitisch) gestaltbar. Vereinheitlichende Ziele können gleichstellend formuliert sein oder eine Teilharmonisierung ins Auge fassen oder unterschiedliche Maßnahmen-Varianten vorsehen, aus denen die Mitgliedstaaten wählen dürfen. Sie können bloß einzelne Regelungselemente oder den gesamten Regelungsbereich erfassen. Da die Grenzen zwischen Ziel und Maßnahme (Mittel) fließend sind und Maßnahmen in die Definition einer Zielvorgabe miteinbezogen werden können, ist mit dem Vereinheitlichungs-Grad auch die Zuständigkeit der Union grundsätzlich gestaltbar.

Vereinheitlichung darf nicht als Selbstzweck oder als ein per se zu verstehender Integrationsgewinn verstanden werden. Andernfalls würde das Subsidiaritätsprinzip leerlaufen.<sup>93</sup> Die unionsweit einheitliche Regelung eines bestimmten Regelungsbereichs oder -elements als eigenständige Zielvorgabe einer Maßnahme ist daher ausgeschlossen.<sup>94</sup> Jedes Ziel muss so definiert sein, dass es dem Subsidiaritätsprinzip entspricht. Jedes vereinheitlichende Ziel ist in Bezug auf seine Gewichtigkeit aus der Sicht der Unionsziele und auf ein Unterlaufen des Schutzzwecks zu überprüfen. Ein weniger vereinheitlichendes alternatives Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel) ist vorzuziehen. Fehlt die Gewichtigkeit oder wird der Schutzzweck unterlaufen, ist ein Ziel nicht legitim.

<sup>92</sup> Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN; EuGH, Rs. 377/98, *Niederlande/Parlament und Rat*, Urteil v. 9. Oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:523, Rn. 32; EuGH, Rs. 491/01, *BAT*, Urteil v. 10. Dezember 2002, ECLI:EU:C:2002:741, Rn. 180 ff.; EuGH, Rs. 58/08, *Vodafone*, Urteil v. 8. Juni 2010, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 76 ff.; EuGH, Rs. 176/09, *Luxemburg/Parlament und Rat*, Urteil v. 12. Mai 2011, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 80 ff.; EuGH, Rs. 539/09, *Kommission/Deutschland*, Urteil v. 15. November 2011, ECLI:EU:C:2011:733, Rn. 84; EuGH, Rs. 358/14, *Polen/Parlament und Rat*, Urteil v. 4. Mai 2016, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 114 ff.; EuGH, Rs. 508/13, *Estland/Parlament und Rat*, Urteil v. 18. Mai 2015, ECLI:EU:C:2015:403, Rn. 45 ff.

<sup>93</sup> *Moersch*, S. 342 f.

<sup>94</sup> Siehe etwa *Moersch*, S. 334 mwN; *v. Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 3b EGV, Rn. 33 mwN.

## 2. Ziele, die nicht im Kernbereich der Unionsziele liegen

Wie unter Punkt E.I. dargelegt, müssen die vereinheitlichenden Elemente eines Ziels in Bezug auf die Unionsziele hinreichend gewichtig sein. Bei der Prüfung der Gewichtigkeit ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ziele, die im Kernbereich der Unionsziele stehen, haben eine hohe Gewichtigkeit. Je weiter ein ausgewähltes Ziel in der Peripherie der Unionsziele liegt, desto weniger gewichtig ist das Ziel.

Eine Regelung, die die Funktionsfähigkeit der Union oder des Binnenmarkts unmittelbar gewährleistet oder absichert, steht im Kernbereich der Unionsziele. Derartige Regelungen betreffen etwa die Handlungsfähigkeit der Union oder die Kohärenzsicherung. Beispiele sind die Sprachenregelungen (Absicherung der Mehrsprachigkeit)<sup>95</sup> oder die Konditionalitätsregelung zum Schutz des Unions-Haushalts (Rechtsstaatlichkeit).<sup>96</sup> Die Binnenmarktregulierung, die die Funktionsfähigkeit absichert, setzt unmittelbar an ökonomischen Mechanismen (etwa Wettbewerb, Marktzugang) oder an Produkt- oder Dienstleistungsnormen an. Beispiele sind die Eigenkapitalanforderungen in der Bankenregulierung<sup>97</sup> oder die Regelungen zu digitalen Diensten (Digital Services Act, DSA)<sup>98</sup> und zu digitalen Märkten (Digital Markets Act, DMA).<sup>99</sup>

Politikbereiche, deren Regelungen nicht im Kernbereich der Unionsziele stehen, etwa weil sie für die Funktionsfähigkeit der Union oder des Binnenmarktes nicht unmittelbar erforderlich sind, ergänzen und erweitern die Handlungsfelder, ohne dass ihr Fehlen die Union oder den Binnenmarkt substanzell schwächen oder lahmen würde. Regulierung in diesen Bereichen verfolgt bestimmte politische Ziele. (Auch) diese Ziele haben die Legitimitätserfordernisse der hinreichenden Gewichtigkeit und des Nicht-Unterlaufens der Subsidiarität zu erfüllen, um Einschränkungen der Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu rechtfertigen.

Dazu ein Beispiel: Die LieferkettenRL<sup>100</sup> verfolgt das (verdeckte) Ziel der Erweiterung der Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf den Menschenrechts- und Umweltschutz, auch im EU-Ausland. Ob dieses Ziel im Kernbereich der Unionsziele des Art. 3 Abs. 3 EUV (Hinwirkung auf ein hohes Maß an Umweltschutz) oder des Art. 3 Abs. 5 EUV (Beitragsleistung zum Schutz der Menschenrechte in den Beziehungen zur übrigen Welt) liegt, ist zweifelhaft. Es bestehen erhebliche Anhaltspunkte, dass Art. 3 Abs. 3 EUV den Schutz der Umwelt primär

95 VO (EWG) 1/1958, zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 17 v. 6.10.1958, S. 385–387.

96 VO (EU) 2092/2020, über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. L 433/1 v. 22.12.2020, S. 1–10.

97 RL (EU) 36/2013, ABl. L 176/338 v. 26.6.2013, S. 338–436.

98 VO (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1 v. 19.10.2022, S. 1–102.

99 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265/1 v. 14.9.2022, S. 1–66.

100 Siehe oben Punkt B.II.

in der Union und bloß peripher in anderen Ländern erfasst und dass Art. 3 Abs. 5 EUV im Kern auf Beitragsleistungen der Union und nicht von Unternehmen abzielt. Es ist nicht Unionsziel, Staatsaufgaben auf Unternehmen zu übertragen. Vor diesem Hintergrund fehlt eine Begründung, dass das Ziel der substantiellen Erweiterung der Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Menschenrechts- und Umweltschutz ein aus Sicht der Unionsziele hinreichend gewichtigstes Ziel ist. Ebenso fehlt in der LieferkettenRL die Prüfung des Unterlaufens der Subsidiarität der Union.

### 3. „Level playing field“ vs. „One size fits all“

Vereinheitlichende Ziele können dort einen positiven Effekt haben, wo Maßnahmen gleiche Ausgangssituationen für alle Betroffenen schaffen und dies für das Funktionieren der Union oder des Binnenmarktes erforderlich ist. Es geht um Rechtsakte und politische Maßnahmen, die darauf abzielen, gleiche Chancen für alle Betroffenen zu gewährleisten. Dies wird als „Level playing field“ bezeichnet. „Level playing field“ ist insbesondere im Binnenmarkt von Bedeutung, wenn es um faire Marktteilnahmebedingungen für Unternehmen und Verbraucher oder um faire Wettbewerbsbedingungen zwischen Unternehmen geht.

Für eine uniforme Vorgangsweise der Union ist grundsätzlich kein Platz. Soll eine einzige Lösung, Regelung oder Vorgehensweise gewählt werden, die in allen Situationen anzuwenden ist („One size fits all“), wird auf bestehende Unterschiede der Mitgliedstaaten nicht Bedacht genommen. Spielräume der Mitgliedstaaten und die dadurch ermöglichten unterschiedlichen Lösungswege sowie Anreize für Innovation und Anpassung verschwinden.

Teil der Legitimitäts-Prüfung ist, ob das (ausdrückliche oder verdeckte) Ziel darin besteht, ein „Level playing field“ oder ein „One size fits all“ zu schaffen.<sup>101</sup> Die subsidiaritätsprinzipielle Legitimität eines Ziels ist gegeben, wenn ein „Level playing field“ den Unionszielen sowie dem Schutzzweck nicht widerspricht und hinreichend gewichtig ist und die in Betracht gezogenen Maßnahmen dieses „Level playing field“ erreichen. Einer Maßnahme, die zu einem „One size fits all“ führt, fehlt die subsidiaritätsprinzipielle Legitimität.

### 4. Grenzen wechselseitiger Anerkennung

Im Rahmen des (dreistufigen) Subsidiaritäts-Tests erfolgt auch eine Auslotung der Grenzen der (politischen) Akzeptanz wechselseitiger Anerkennung. Nach den Grundsätzen des Unionsrechts unterliegen mitgliedstaatliche Regelungen der wechselseitigen Anerkennung.<sup>102</sup> Wo die Heterogenität von Regelungen zu Verzerrungen führt, sinkt die Akzeptanz des Wahlvolks und (damit) der Mitgliedstaaten. Die

101 Der Begriff „One size fits all“ wird metaphorisch verwendet, um eine Uniformierung kritisch zu beschreiben.

102 Calliess/Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 4, EUV, Rn. 105 mwN.

Gründe für einen Widerstand gegen eine wechselseitige Anerkennung liegen häufig darin, dass nationale Schutzvorschriften als Protektionsmechanismen zum Schutz der eigenen Wirtschaft missbraucht werden können. Ebenso sind Mitgliedstaaten mit hohen Schutzstandards daran interessiert, einen ungehinderten Zustrom von Waren und Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit (erheblich) niedrigeren Schutzstandards zu verhindern.<sup>103</sup>

Wo Handelshemmnisse nicht überwunden werden können, kann eine vereinheitlichende Regulierung erforderlich sein. Auch diesfalls müssen Ziele so definiert sein, dass sie aus der Sicht der Unionsziele hinreichend gewichtig sind und dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips entsprechen. Ein weniger vereinheitlichendes alternatives Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel), so vorhanden, ist vorzuziehen.

## 5. Grenzüberschreitender Charakter des Regelungsgegenstands

Der grenzüberschreitende Charakter eines Regelungsgegenstands findet sich häufig in Begründungen für eine Unionskompetenz. Ziele, die grenzüberschreitenden Charakter haben, sind jedoch nicht per se legitim. Grundsätzlich wohnt jeder Regelung eine – zumindest indirekte – grenzüberschreitende Wirkung inne. Rechtliche Vorgaben für einen grenzüberschreitenden Charakter bestehen etwa im Beihilferecht, wo die Binnenmarktrelevanz einer Förderung verlangt ist.<sup>104</sup> Unzulässig ist es, unter Berufung auf den generell grenzüberschreitenden Charakter des Regelungsgegenstands (etwa Luft- und Gewässerverschmutzung) eine (pauschale) Unionszuständigkeit für Maßnahmen auf diesem Gebiet zu begründen.<sup>105</sup> Einheitlichkeit bei grenzüberschreitendem Charakter des Regelungsgegenstands darf lediglich dort als Handlungsziel der Union anerkannt werden, wo sie von rechtlichen oder tatsächlichen Umständen erzwungen wird, die die Union und die Mitgliedstaaten nicht allein bestimmen können.<sup>106</sup> Beispiele sind die Bankenregulierung oder die Außenbeziehungen der Union.

## 6. Tipping Point und Mikado-Effekt

Sollen politische Ziele, insbesondere auch außerhalb des Binnenmarkts, verfolgt werden, können (politische) Entscheidungssituationen mit strategischen Unsicherheiten entstehen. Mitgliedstaaten stehen in einem Dilemma mit zwei typischen Situationen, die den spieltheoretischen Modellen Tipping Point und Mikado-Effekt entsprechen: sie wissen, dass Reformen nötig sind, aber kein Mitgliedstaat will der Erste sein, der das System „anfasst“. Jeder Mitgliedstaat wartet auf die Entscheidung des anderen – aus Sorge, politische oder wirtschaftliche Unsicherheiten oder Nachteile auszulösen.

103 Moersch, S. 337 mwN.

104 Siehe etwa Sutter, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 107 AEUV, Rn. 98 mwN.

105 Moersch, S. 335.

106 Moersch, S. 335 mwN.

Eine Lage, in der es erforderlich ist, dass genügend Mitgliedstaaten handeln, um ein altes System durch ein neues System zu ersetzen, wird Tipping Point bezeichnet. Beim Tipping Point ist die Bewegung der anderen Mitgliedstaaten Voraussetzung für eigenes Handeln. Tipping Point beschreibt eine Situation, in der individuelle Handlungen voneinander abhängig sind. Erst wenn genügend andere Mitgliedstaaten mitziehen, lohnt sich das eigene Handeln. In dieser Lage haben Mitgliedstaaten zwei Strategien: Handeln (etwa regulieren oder investieren) oder Nicht-Handeln. Ein Mitgliedstaat handelt nur dann, wenn eine Mindestanzahl anderer Mitgliedstaaten es auch tun (Tipping Point-Schwelle).

Mikado-Effekt bezeichnet eine Situation, in der kein Mitgliedstaat handelt, weil alle befürchten, ein System könnte kippen. Beim Mikado-Effekt ist die Bewegung selbst das Risiko. Der Mikado-Effekt beschreibt eine koordinative Situation, in denen alle Mitgliedstaaten passiv bleiben, weil jede Bewegung potenziell negative Konsequenzen auslösen könnte (ähnlich wie beim Spiel Mikado, wo jede unbedachte Bewegung andere Stäbe ins Wanken bringen kann). Mitgliedstaaten warten ab, weil eine eigene Handlung Nachteile für sich selbst bringen oder ein fragiles System stören könnte. Die Situation ist hochgradig interdependent: Jeder Schritt beeinflusst alle anderen. Wer zuerst handelt, trägt das größte Risiko.

## F. Ergebnis

Zusammenfassend zeigt sich zur Auswahl von Zielen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV und zur Legitimität dieser Ziele folgendes Ergebnis:

- Eine Einschränkung der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten darf nur dann erfolgen, wenn ein ausgewähltes Ziel legitim ist. Das Ziel muss so bedeutend sein, dass es Einschränkungen der Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen kann.
- Ein zweistufiger *Subsidiaritäts-Test* von Negativkriterium und Positivkriterium zur Prüfung der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips ist nicht ausreichend, um die Zuständigkeit der Union zu rechtfertigen. Das Prüfschema ist auf *drei Stufen* zu erweitern.
- In der *ersten Stufe* ist demnach zu prüfen, ob ein *Ziel* aus Sicht des Subsidiaritätsprinzips *legitim* ist. Ein Ziel ist legitim iSd Art. 5 Abs. 3 EUV, wenn (i) das *Ziel* aus der Sicht der *Unionsziele*, insbesondere des Art. 3 EUV, *hinreichend gewichtig* ist und (ii) die *vereinheitlichenden Elemente des Ziels* den *Schutzzweck* des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht *unterlaufen*.
- Fehlt einem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübrigtsich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.
- Ob die Auswahl eines nicht-legitimen Ziels eine rechtswidrige Kompetenzausübung darstellt oder zu einer Verletzung der Kompetenzordnung (*ultra vires*) und damit zur Unzuständigkeit des handelnden Organs führt, bleibt zu klären.

## Bibliographie

- BAST, JÜRGEN, *Art. 5 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 84. Ergänzungslieferung, München, 2025
- CALLIESS, CHRISTIAN; KAHL, WOLFGANG, *Art. 4 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharte, 6. Auflage, München, 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Art. 5 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharte, 6. Auflage, München, 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN; SCHOENFLEISCH, CHRISTOPHER, *Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken: Europa- und verfassungsrechtliche Fragen*, JuristenZeitung, 2015, Jg. 70 (3), S. 113-121
- DEAKIN, SIMON, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?* European Law Journal, 2006, Jg. 12 (4), S. 440-450
- GRIESER, SIMON G.; HEEMANN, MANFRED (Hrsg.) *Europäisches Bankaufsichtsrecht*, Frankfurt School Forum, Frankfurt, 2020
- HEIL, ANNA-MARIA; SCHMID, STEPHAN, *Die finale Fassung der EU-Lieferkettenrichtlinie (CS3D)*, Juristische Blätter, 2025, Jg. 147 (3), S. 144-153
- ITKIN, ANNA; TATSCHL, JULIAN, *Zwischen CSRD und CSDDD: Regulatorische Herausforderungen für Klein- und Mittelunternehmen*, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2024, Jg. 53 (3), S. 173-180
- LANGGUTH, GERD, *Art. 5 EUV*, in: Lenz, Carl Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Auflage, Wien, 2012
- LEIBLE, STEFAN; STREINZ, THOMAS, *Art. 36 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 84. Ergänzungslieferung, München, 2025
- MOERSCH, WOLFRAM, *Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips: Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie*, 1. Auflage, Berlin, 2001
- OESCH, MATTHIAS, *Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Recht und die nationalen Parlamente*, in: Epiny, Astrid/Diezig, Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, 10. Auflage, Zürich, 2013, S. 301-315
- RADBACH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1946, Jg. (1), S. 105-108
- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 3 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharte, 6. Auflage, München, 2022
- SABEL, CHARLES; ZEITLIN, JONATHAN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, European Law Journal, 2008, Jg. 14 (3), S. 271-323

- SCHIMA, BERNHARD, *Art. 5 EUV*, in Jaeger, Thomas; Stöger, Karl (Hrsg.), EUV/AEUV, 337. Ergänzungslieferung, Wien, 2025
- SCHIMA, BERNHARD, *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1. Auflage, Wien, 1994
- SCHMIDHUBER, PETER MICHAEL; HITZLER, GERHARD, *Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag – ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1992, Jg. 11 (8), S. 720-724
- SCHÜTZE, ROBERT, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?* Cambridge law journal., 2009, Jg. 68 (3), S 525-536
- SUTTER, FRANZ PHILIPP, *Art. 107 AEUV*, in: Jaeger, Thomas; Stöger, Karl (Hrsg.), EUV/AUEV, 337. Ergänzungslieferung, Wien, 2025
- TERHECHTE, JÖRG PHILIPP, *Art. 3 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 84. Ergänzungslieferung, München, 2025
- VON BOGDANDY, ARMIN; NETTES, MARTIN, *Art. 3b EGV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Ergänzungslieferung, München, 1994



© Stefan Weber