



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 6

26.04.2004

Christian Calliess:

### **Die Justifiabilität des Subsidiaritätsprinzips im deutschen Bundesstaat und der Europäischen Union – ein Vergleich**

**(Judicial Control of Federal Competences in Germany and the European Union  
– a Comparison of the Application of the Subsidiarity Principle)**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



*Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M.Eur.\**

Dieser Beitrag ist in überarbeiteter Fassung unter dem Titel „Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die europäische Verfassung“ in der Europäischen Grundrechtszeitschrift (EuGRZ) 2003, S. 181 erschienen.

## **Die Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips im deutschen Bundesstaat und der Europäischen Union – ein Vergleich**

**(Judicial Control of Federal Competences in Germany and the European Union – a Comparison of the Application of the Subsidiarity Principle - )**

### **I. Gerichtliche Kontrolle als Voraussetzung einer wirksamen Begrenzung zentraler Kompetenzen – eine These**

#### **1. Der Auftrag an Verfassungskonvent und Regierungskonferenz**

Die für den Staaten- Verfassungs- und Gemeinwohlverbund der EU<sup>1</sup> höchst bedeutsame Kompetenzfrage<sup>2</sup> ist trotz aller Bemühungen von Maastricht (Einfügung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 EGV) bis Amsterdam (Konkretisierung des Art. 5 EGV durch ein Subsidiaritätsprotokoll)<sup>3</sup> noch immer nicht in zufriedenstellender Weise geklärt.<sup>4</sup> Dies machte einmal mehr die dem Vertrag von Nizza im Zuge einer deutsch-italienischen Initiative beigefügte “Erklärung zur Zukunft der Union”<sup>5</sup> deutlich. Sie legt fest, dass es eine unmittelbar an Nizza anschließende Reformrunde geben soll, die wiederum in eine weitere, im Jahr 2004 einzuberufende Regierungskonferenz münden soll. Im Rahmen dieses sog. “Post-Nizza-Prozesses”, der Schritt für Schritt, zuletzt über den Europäischen Rat von Laeken, zur Einsetzung des Verfassungskonvents geführt hat<sup>6</sup>, soll u.a. die Frage gelöst

---

\* Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. ist Inhaber der Professur für Europarecht an der Karl-Franzens-Universität Graz und Vorstand des dortigen Instituts für Europarecht. Meiner Assistentin Frau Mag. *Thérèse Zankel*, LL.M. (Brügge), und meinem Assistenten Herrn Mag. *Winfried Pöcherstorfer*, LL.M. (LSI) danke ich für hilfreiche Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrags.

<sup>1</sup> Dazu *Pernice*, VVDStRL 60 (2001), S. 148 ff.; *Huber*, VVDStRL 60 (2001), S. 194 ff.; *Calliess*, Gemeinwohl in der EU – Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in:

Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 173 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Pernice*, JZ 2000, S. 866 ff.; zu Recht weist *Nettesheim*, ZEuS 2002, S. 507 (533 f. mit Fn. 60 und 62) insoweit darauf hin, dass die Verbundthese – schon um eine mit Blick auf das Demokratieprinzip bedenkliche Verantwortungsverwischung zu vermeiden – nicht dazu führen kann und darf, die Unterscheidung von Europarecht und nationalem Recht und die diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenzen aufzugeben.

<sup>3</sup> Ausführlich *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 65 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa die Beiträge in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002; v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, S. 441 ff.; *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 167 ff.

<sup>5</sup> ABl.EG 2001 Nr. C 80, S. 85.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Beiträge von *Pinder*, integration 2001, S. 77 ff.; *Schneider*, integration 2001, S. 198 ff.; *Müller-Graff*, integration 2001, S. 208 ff.; ferner *Pernice*, JZ 2000, S. 866 ff.

werden, “wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende *Abgrenzung* der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten *hergestellt* und danach *aufrechterhalten* werden kann”.

Auch wenn vieles dafür spricht, dass eine *genauere*, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Zuständigkeits*abgrenzung* über eine katalogartige Aufteilung der Kompetenzen<sup>7</sup> in ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen der EU, ferner Kontrollkompetenzen (Wettbewerb, Beihilfen, Grundfreiheiten) der EU und Residualkompetenzen der Mitgliedstaaten hergestellt werden kann, so dürfte doch eine Einigung hierüber schwer zu erzielen sein.<sup>8</sup> Hinzu kommt, dass den Verträgen schon jetzt – über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung i.V.m. den jeweiligen Kompetenznormen – ein Katalog zugrundeliegt, in welchem sich die beschriebenen Kompetenzarten allesamt widerspiegeln. Die derzeitigen Kompetenznormen sind überdies in ihren Voraussetzungen viel differenzierter ausformuliert, als z.B. diejenigen des deutschen Kompetenzkatalogs in Art. 73 ff. GG. Abgesehen davon mag es freilich unter dem Aspekt von Transparenz und Bürgernähe durchaus angebracht sein, einen Kompetenzkatalog zu schaffen, der die in den Verträgen verstreuten Kompetenznormen im Überblick *sichtbar* macht.<sup>9</sup> Die eigentliche Kompetenz sollte sich dann aber – wie bisher – aus der jeweiligen Kompetenznorm mit ihren ausdifferenzierten Handlungsvoraussetzungen ergeben, auf die der Katalog daher nur verweisen dürfte. In diesem Zusammenhang wäre überdies zu überlegen, ob die dynamisch wirkenden Kompetenznormen der Art. 95, 308 wegfallen sollen.<sup>10</sup> Mit Blick auf die inzwischen zahlreichen, auch binnenmarktbezogenen Spezialkompetenzen mit ihren differenzierten Vorgaben sollte in der Tat die politikenübergreifende Generalkompetenz zur Schaffung des Binnenmarktes (Art. 95 EGV) gestrichen werden. Denn nur so lässt sich die – im Tabakwerbeverbot-Urteil mehr als deutlich zu Tage getretene<sup>11</sup> – Umgehungsgefahr der in ihren Voraussetzungen genau definierten Spezialkompetenzen wirksam bannen. Die – damit nicht zum Erliegen kommende – Binnenmarktgesetzgebung wäre in der Folge an detailliertere und damit rechtlich besser bestimmbare Handlungsvoraussetzungen geknüpft. Nicht akzeptable Lücken in den Spezialkompetenzen könnten dann noch immer über Art. 308 –bei

---

<sup>7</sup> Vgl. hierzu die Beiträge von *Laufer*, Kriterien der Kompetenzabgrenzung, und *Laufer/Fischer*, Zur Kompetenzverteilung zwischen EU und den Mitgliedstaaten, jeweils in: Weidenfeld (Hrsg.), Reform der EU, 1995, S. 201 ff. und 214 ff.; *Boeck*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der EU, 2000, S. 135 ff.; *Fischer/Schley*, Europa föderal organisieren, 1999, S. 145 ff.; teilweise skeptisch *Everling*, Kompetenzordnung und Subsidiarität, in: Weidenfeld (Hrsg.), Reform der EU, 1995, S. 166 (172 f.); *Pernice*, JZ 2000, S. 873; *Vedder*, Das System der Kompetenzen der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in: Götz/Martínez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002, S. 9 ff.

<sup>8</sup> So auch schon *Schwarze*, DVBl. 1995, S. 1265 (1268).

<sup>9</sup> *Pernice*, JZ 2000, S. 866 (875) m.w.N.

<sup>10</sup> Differenzierend dazu *Götz*, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten nach dem Europäischen Rat von Laeken, in: Götz/Martínez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002, S. 83 (98 ff.) m.w.N.

<sup>11</sup> EuGH, Slg. 2000, I-8419 ff.; dazu *Calliess*, JURA 2001, S. 311 ff.

Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden. Art. 308 sollte in diesem Kontext daher nicht gestrichen werden.

## 2. Die These

Alle in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen<sup>12</sup> lösen aber noch immer nicht das letztlich entscheidende Problem jeder Kompetenzverteilung und –ausübung im Mehrebenensystem: *Wer kontrolliert* die Einhaltung der Kompetenzordnung, wer wirkt der in Zeiten der ökonomischen Globalisierung fast zwangsläufig geforderten Dynamik entgegen, Kompetenzen auf eine möglichst zentrale Ebene zu übertragen, damit der traditionell den freien Markt flankierende Staat gegenüber den im nunmehr grenzenlosen Markt tätigen privaten Akteuren nicht permanent ins Hintertreffen gerät?<sup>13</sup> Die inzwischen zehnjährige Erfahrung hat gezeigt, dass die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 2 EGV in der Praxis – ganz ähnlich wie im deutschen Bundesstaat diejenigen des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. – leer laufen, indem sie letztlich als lästige Formsache angesehen werden: Die Kommission kommt ihrer Begründungspflicht gem. Art. 253 EGV i.V.m. Nr. 9 des Subsidiaritätsprotokolls nach, indem sie mit mehr oder weniger vorformulierten Textbausteinen die Kriterien des Art. 5 EGV abarbeitet, eine wirkliche materielle Subsidiaritätskontrolle findet dabei in aller Regel nicht statt.<sup>14</sup> Auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, maßgeblich gestaltet durch Rat und Parlament, spielt das Subsidiaritätsprinzip – entgegen Nr. 11 des Subsidiaritätsprotokolls – eine eher untergeordnete Rolle.<sup>15</sup> Die so skizzierte Dynamik wird noch verstärkt, wenn sich die Organe im Subsidiaritätsverfahren<sup>16</sup> nach Nr. 9 und 11 des geltenden Subsidiaritätsprotokolls mehr oder weniger selbst kontrollieren und insoweit – wie es im einmal treffend genannt wurde – einem Dilemma der „Autointerpretation“<sup>17</sup> unterliegen: Einerseits sollen sie die Ziele des EGV verwirklichen, andererseits sollen sie mit Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen auf den Zielen dienende Maßnahmen verzichten.

Die hiermit angesprochene Problematik nimmt die in der Erklärung von Nizza enthaltene Aufforderung, über die *Aufrechterhaltung* der Zuständigkeitsabgrenzung nachzudenken, auf.

---

<sup>12</sup> Dazu z.B. v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, S. 441 ff.; ferner die Beiträge in *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002 m.w.N.

<sup>13</sup> Ausführlich hierzu *Calliess*, Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip als rechtliches Regulativ der Globalisierung von Staat und Gesellschaft – dargestellt am Beispiel von EU und WTO, in: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Rechtslehre Beiheft 20, S. 371 ff.

<sup>14</sup> Instruktiv dazu die Analyse von Vorschlägen der Kommission bei *Schröter*, Das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsgenerierender Modus, Arbeitspapiere des Mannheimer Zentrums für Europäische Sozialforschung Nr. 54, 2002, S. 14 ff.; ferner z.B. Subsidiaritätsbericht der deutschen Bundesregierung 2000, BT-Drs. 14/7130, S. 7 f.; ebenso die Einschätzung von *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 167 (168).

<sup>15</sup> Vgl. z.B. die Subsidiaritätsberichte der deutschen Bundesregierung; hierzu der Überblick bei v. *Borries/Hauschild*, Columbia Journal of European Law 5 (1999), S. 369 (379 ff.).

<sup>16</sup> Ausführlich dazu *Calliess* (Fn. 3), S. 279 ff.

<sup>17</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 168.

Sie verweist auf eine Stärkung des Art. 5, insbesondere von dessen Abs. 2, der über die Ausübung konkurrierender Zuständigkeiten als Regelfall der Gemeinschaftskompetenzen<sup>18</sup> entscheidet.

Eine wesentliche Garantie für die effektive Umsetzung der Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 EGV liegt - neben der prozeduralen Kontrolle von Kommission, Rat und Parlament im Subsidiaritätsverfahren gem. der Interinstitutionellen Vereinbarung<sup>19</sup> - in der juristischen Gegenkontrolle durch den EuGH. Gerade diese Gegenkontrolle vermag ein Ansporn für die anderen Gemeinschaftsorgane zu sein, die Vorgaben des Art. 5 EGV jeweils gründlich zu prüfen. In der Diskussion befindliche und auch im Verfassungskonvent diskutierte Vorschläge (z.B. die Einrichtung eines Subsidiaritätsausschusses<sup>20</sup>) helfen nur begrenzt weiter. Letztlich bleibt die gerichtliche Kontrolle samt ihrer präventiven Wirkung entscheidend für die effektive Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips<sup>21</sup> nach Art. 5 EGV. Genau hier liegt aber, wie sogleich zu zeigen sein wird, das entscheidende Problem.

## **II. Die Diskussion um die Justitiabilität des Art. 5 Abs. 2 EGV und das vom BVerfG gesetzte Irrlicht zur Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG**

### **1. Einleitung**

Von Beginn an war die Justitiabilität des Art. 5 Abs. 2 EGV umstritten. Eines der zentralen Argumente war insoweit – wie sogleich (unter 3.) noch zu zeigen sein wird – die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG: Wenn schon nicht einmal in der Praxis des deutschen Bundesstaates eine wirksame gerichtliche Kontrolle der Kompetenzausübung stattfindet, wie soll das dann im auf Integration – und daher Vergemeinschaftung angelegten – Verbund der EU gelingen? Dabei hat die Problematik nicht – wie gelegentlich in Verkennung der Kompetenzordnung des europäischen Staaten- Verfassungs- und Gemeinwohlverbundes<sup>22</sup> behauptet wird – ihre Ursache in der fehlenden Vergleichbarkeit beider Normen und ihrer Voraussetzungen (hier Staat mit einheitlicher, unteilbarer zentraler Staatsgewalt, dort supranationale Organisation ohne Kompetenz-Kompetenz).<sup>23</sup> Denn sowohl in Deutschland als auch in der EU geht es um die „Weichenstellung“ bei der Ausübung konkurrierender

<sup>18</sup> Dazu ausführlich *Calliess* (Fn. 3), S. 76 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Calliess* (Fn. 3), S. 279 ff.

<sup>20</sup> Dazu schon *Calliess* (Fn. 3) S. 287 ff.; jetzt auch *Pernice*, JZ 2000, S. 876.

<sup>21</sup> Dazu schon *Kalkbrenner*, Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips, in: Festschrift *Küchenhoff*, 1972, S. 515 (534 ff.).

<sup>22</sup> Dazu die in Fn. 1 genannten Autoren.

<sup>23</sup> So die Auffassung von *Broß*, EuGRZ 2003, S. 574 (576 f.); auch bei *Schröter* (Fn. 14), S. 6 finden sich insoweit zumindest missverständliche Ausführungen: Das „Ob“ einer Kompetenzausübung steht bei konkurrierenden Kompetenzen auch in einem geschriebenen Katalog niemals fest. Um die Beantwortung des „Ob“ geht es ja gerade bei den Kompetenzausübungsklauseln der Art. 5 Abs. 2 EGV und Art. 72 Abs. 2 EGV; dazu *Calliess* (Fn. 3) S. 68 f., 76 ff.

Zuständigkeiten, so dass die strukturellen Ausgangsbedingungen zwischen Art. 5 Abs. 2 EGV und Art. 72 Abs. 2 EGV gleich sind; auf eine einheitliche und ungeteilte Staatsgewalt kommt es in dem Moment nicht mehr an, in dem eine konkurrierende Kompetenz im Rahmen einer Vertragsrevision von den Mitgliedstaaten auf die EU übertragen worden ist (Stichwort: *Kompetenzverteilung*). Das bedeutet dann aber noch nicht, dass die EU diese Kompetenz selbstverständlich auch ausüben darf. Vielmehr muss insoweit auf EU-Ebene wie in Deutschland die „Kompetenzschranke“ der Art. 5 Abs. 2 EGV und Art. 72 Abs. 2 EGV überwunden werden.

Auch wenn die EU kein Staat ist, nicht zuletzt weil ihr nach Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 EGV die für Staaten kennzeichnende „Kompetenz-Kompetenz“ fehlt, so darf doch nicht verkannt werden, dass ihr im Zuge des fortschreitenden, sowie durch Vorrang und Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts abgesicherten Kompetenzzuwachses, die Letztverantwortung für eine Reihe existentieller Belange im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zugewachsen ist. Die vieldiskutierte Souveränität der Mitgliedstaaten ist damit in wesentlichen Bereichen des politischen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens längst zugunsten der Gemeinschaft reduziert.<sup>24</sup> Überdies kann im Zuge der Globalisierung jener, der staatlichen Verfassung zugeschriebene, Anspruch, Hoheitsgewalt territorial begrenzt, aber sachlich umfassend zu verfassen, nicht mehr erfüllt werden. Im Zusammenhang mit der infolge der Globalisierung notwendig gewordenen Reorganisation des Staates auf der internationalen Ebene durch Übertragung von Hoheitsgewalt ist die Entwicklung von Verfassungselementen auf unterschiedlichen Ebenen zwingend verbunden. Auf diese Weise entsteht ein Netz aus faktischen Zwängen und völkerrechtlichen Bindungen, in dem die Grenzen zwischen Verfassungsrecht und internationalem Recht – zumindest für bestimmte Sachbereiche – zunehmend verschwimmen. Wenn aber bei einer funktionalen Betrachtungsweise Aufgaben der Verfassung zumindest teilweise auch in nicht-staatlichen Organisationsformen wie der EU erfüllt werden, dann bedarf die damit verbundene Ausübung von Hoheitsgewalt der rechtlichen Bindung. Begrenzungs- und Legitimationsfunktion der Verfassung müssen sichergestellt werden.<sup>25</sup> Im Zuge der Integration ist also ein Verfassungsrecht der EU entstanden, das in einem inhaltlichen Verbund mit den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten steht. Dementsprechend geht die Entwicklung zu einer offenen Verfassungsstaatlichkeit in Europa, die die wechselseitige Durchdringung und Verflechtung staatlicher und zwischenstaatlicher Ordnungen ermöglicht und damit zur Etablierung eines

---

<sup>24</sup> Dazu aus unterschiedlichen Perspektiven *Ress*, Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht in: *Staat und Recht* in: Bernhardt/Geck/Jaenicke/Steinberger, *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte*, FS-Winkler, 1997, S. 897 (901); *Schwarze*, DVBl. 1999, S. 1677 ff.; *Doehring*, ZRP 1993, S. 98 ff.; *Steinberg*, ZRP 1999, S. 365 (366 ff.); *Calliess* (Fn. 1), S. 186 ff.; *Oeter*, *Föderalismus*, in: v. Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 71 ff.; ausführlich *Schmitz*, *Integration in der supranationalen Union*, 2001, S. 50 ff. m.w.N.

<sup>25</sup> *Pernice*, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (155 ff.); *Walter*, DVBl. 2000, S. 1 (5 ff.); *Hirsch*, EG: Kein Staat, aber eine Verfassung, NJW 2000, S. 46 f. *Bieber*, *Verfassungsentwicklung der EU: Autonomie oder Konsequenz staatlicher Verfassungsentwicklung*, in: Müller-Graff/Riedel (Hrsg.), *Gemeinsames Verfassungsrecht in der EU*,

gemeineuropäischen Verfassungsrechts führt. In einem solchen Staaten- Verfassungs- und Gemeinwohlverbund empfängt die europäische Ebene nicht nur Impulse aus dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht (vgl. Art. 6 Abs. 2; Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), sondern sendet ebensolche auch dorthin zurück (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV). Es entsteht ein System wechselseitiger Verfassungsbefruchtung und –stabilisierung. Im europäischen Verbund geht es also letztlich darum, von einander zu „lernen“. Dies ist in vielen Bereichen gelungen, etwa im Bereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und hier insbesondere im Bereich des Grundrechtsschutzes (Vgl. Art. 288 Abs. 2 EGV, Art. 6 Abs. 2 EUV).<sup>26</sup> Hier war und ist das nationale Verfassungsrecht wichtiges Rezeptionsreservoir für das europäische Verfassungsrecht.<sup>27</sup> Und gerade hier können die EU auf ihrem Weg zu einem Bundesstaat eigener Art und ihre künftige Europäische Verfassung von den Erfahrungen der föderal organisierten Mitgliedstaaten lernen. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es somit angebracht, Art. 72 Abs. 2 EGV und Art. 5 Abs. 2 EGV in einem Zusammenhang zu sehen. Da sich die Debatte um die Justitiabilität des Art. 5 Abs. 2 EGV vornehmlich an der Rechtsprechung des BVerfG zur alten Fassung des Art. 72 Abs.2 GG orientiert, hat deren Darstellung zunächst einmal der Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen zu sein.

## 2. Die Rechtsprechung des BVerfG zur alten Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG

Die Kompetenzweiche des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. legt das BVerfG von Beginn an großzügig zugunsten des Bundesgesetzgebers aus.<sup>28</sup> Trotz der Tatsache, dass das BVerfG in mindestens neun Fällen die Nichtigkeit eines Bundesgesetzes oder einzelner seiner Vorschriften wegen Fehlens einer Bundeskompetenz festgestellt hat<sup>29</sup>, kann mit Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG nicht die Rede davon sein, dass die „deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit zu einem effektiven Schutz des Zuständigkeitsbereichs der Bundesländer führt“<sup>30</sup>. Denn alle angeführten neun Entscheidungen beziehen sich zwar auf eine fehlende Bundeskompetenz; diese gründete jedoch in der Regel nicht darin, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. nicht vorlagen, sondern vielmehr darin, dass es bereits an einer Kompetenzgrundlage für ein

---

1998, S. 209 ff.

<sup>26</sup> Dazu *Ress* (Fn. 24), S. 897 ff. (928 zum Beispiel der Verhältnismäßigkeitsprüfung); *Hoffmann-Riem*, *EuGRZ* 2002, S. 473 ff.; a.A. *Broß*, *EuGRZ* 2003, S. 577 ff.

<sup>27</sup> Zum Ganzen *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, *Kommentar zu EUV und EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 1, Rn. 17 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>28</sup> Dazu ausführlich *Scholz*, *Ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeiten von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des BVerfG*, in: *Festgabe zum 25 jährigen Bestehen des BVerfG*, Band 2, 1976, S. 253 ff.(260).

<sup>29</sup> BVerfGE 1, S. 14 (35) - Neugliederungsgesetz; BVerfGE 26, S. 246 (257) - Ingenieur-Gesetz; BVerfGE 15, S. 1 - Bundeswasserstraßenreinhaltung; BVerfGE 22, S. 181 (210) - §12 JWG und § 96 BSHG; BVerfGE 26, S. 281 (294 ff.) - § 40 BBahnG und § 33 PostverwG; BVerfGE 26, S. 338 - § 9 EisenbahnkreuzungsG; BVerfGE 61, S. 149 - StaatshaftungsG; BVerfGE 67, S. 256 - Investitionshilfeabgabe; BVerfGE 82, S. 159 - AbsatzfondG.

<sup>30</sup> So aber *Frowein*, *Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität, Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen*, in: *Festschrift Lerche*, 1993, S. 401 ff. (S. 403).

Handeln des Bundes fehlte. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 Abs. 2 GG a.F. sollte die Entscheidung darüber, ob ein „Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht“, stets dem Bundesgesetzgeber zustehen, der das "ihm erwünscht erscheinende Maß an Einheitlichkeit" im Rahmen einer "politischen Vorentscheidung", die es "grundsätzlich zu respektieren"gelte<sup>31</sup>, bestimmen können müsse. Das BVerfG entwickelte insoweit die Auffassung, dass die Wahrnehmung der Gesetzgebungsbefugnisse nach Art. 72 Abs. 2 GG im Ermessen des Bundesgesetzgebers stehe, und dass sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle der gesetzgeberischen Entscheidung deshalb auf die Einhaltung der Grenzen des Ermessens beschränke, mithin darauf, ob die in Art. 72 Abs. 2 GG "...verwendeten Begriffe im Prinzip zutreffend ausgelegt und sich in dem danach bezeichneten Rahmen gehalten" haben.<sup>32</sup> Bereits an der vom BVerfG benutzten Terminologie wird die Problematik der gerichtlichen Kontrolldichte deutlich. Das Gericht bezeichnete die Bedürfnisprüfung einerseits als "Frage pflichtmäßigen Ermessens des Bundesgesetzgebers", die der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung grundsätzlich entzogen sei.<sup>33</sup> Geprüft werden könne "...höchstens..., ob der Gesetzgeber etwa sein Ermessen mißbraucht habe".<sup>34</sup> In späteren Entscheidungen führte des BVerfG aus, dass es sich bei den Begriffen des Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG zwar um "Rechtsbegriffe" handele, die allerdings so "unbestimmt" seien, dass ihre Konkretisierung durch den Bundesgesetzgeber weitgehend darüber entscheide, ob zu ihrer Erreichung ein Bundesgesetz erforderlich sei<sup>35</sup>. Hinzu kam, dass das BVerfG dem Begriff der Erforderlichkeit in Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG praktisch keine eigenständige Bedeutung zumaß, indem es dessen Konturen unscharf beließ und seine Prüfung auf die Bedürfnisgründe verlagerte.<sup>36</sup>

Diese Rechtsprechung des BVerfG ist unter dem Aspekt, dass Art. 72 Abs. 2 GG a.F. praktisch leer lief, in der Literatur zwar vielfach kritisiert worden, sie wurde aufgrund ihrer Verfestigung jedoch überwiegend hingenommen.<sup>37</sup> Mitunter wurde allerdings kritisch darauf hingewiesen, dass sich das BVerfG in seinen Entscheidungen mit den Rechtsbegriffen des Art. 72 Abs. 2 Nr. 1-3 GG a.F. von vorneherein fast gar nicht auseinandersetzte.<sup>38</sup> Der Rückzug des BVerfG auf das Kriterium der "politischen Vorentscheidung" und des Ermessensmißbrauchs sei "ein zentraler Fehler". Die gerichtliche Kontrolle müsse zwar einerseits das politische Gestaltungsrecht des Gesetzgebers und seine Zweckhoheit,

---

<sup>31</sup> BVerfGE 13, S. 233; E 26, S. 338 (382).

<sup>32</sup> BVerfGE 13, S. 230 (233 f.); ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 2, S. 213 (224). Gegen diese den Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechende Zurückhaltung, die dem Art. 72 Abs. 2 seine Wirksamkeit als bundesstaatliche Einschränkung der Wahrnehmung der Bundesgesetzgebungskompetenz raubt, *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl. 1984, S. 596 f.; für eine volle gerichtliche Nachprüfung *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, Kommentar, 1993, Art. 72, Rn. 17.

<sup>33</sup> BVerfGE 2, S. 213 (224 f.)

<sup>34</sup> BVerfGE 15, S. 127; E 10, S. 234 ff.

<sup>35</sup> BVerfGE 13, S. 230 ff.

<sup>36</sup> BVerfGE 13, S. 230 (233 f.).

<sup>37</sup> Vgl. nur *Stern* (Fn. 32), S. 596 f.; *Scholz* (Fn. 28), S. 260.

<sup>38</sup> *Scholz* (Fn. 28), S. 260 ff.; *Kisker*, *Der Staat* 1975, S. 169 (180 ff.).

andererseits aber auch die hypothetischen oder künftigen Rechtsfolgen<sup>39</sup> der konkreten Bundesgesetzgebung berücksichtigen.<sup>40</sup>

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die zurückhaltende Rechtsprechung zu Art. 72 Abs. 2 GG a.F. bereits damals keineswegs zwingend war. Obwohl es seinen Aufgaben als Verfassungsgericht in einem Bundesstaat<sup>41</sup> entsprochen hätte, die Bedürfnisprüfung des Bundesgesetzgebers zu kontrollieren hat sich „das Gericht sehr früh schon aus dieser Verantwortung selbst entlassen“<sup>42</sup>, wodurch die Handlungsspielräume der Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung einem effektiven Schutz beraubt wurden.

### **3. Die Justitiabilität des Art. 5 Abs. 2 EGV im Spiegel von Literatur und Rechtsprechung unter dem Eindruck der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 EGV**

#### **a) Die Debatte um die gerichtliche Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips**

Entgegen seiner eigenen Rechtsprechung zur Kompetenzausübungsschranke des Art. 72 Abs. 2 EGV betonte das BVerfG bereits in seinem „Maastricht-Urteil“, dass der EuGH die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips effektiv zu überwachen habe. Insoweit soll für die europäischen Ebene sogar die aus dem grundrechtlichen Bereich der Staat-Bürger-Beziehungen bekannte dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Schutze der „Mitgliedstaaten ... gegen ein Übermaß europäischer Regelungen“ Anwendung finden.<sup>43</sup>

Auch das dem Vertrag von Amsterdam beigefügte Subsidiaritätsprotokoll, das gem. Art. 311 EGV Vertragsbestandteil ist, betont unter Nr. 13, dass die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips gemäß den Bestimmungen des Vertrags - mithin über Art. 220 EGV auch durch den EuGH - geprüft werden soll. Dies entspricht den (nicht rechtsverbindlichen) Schlußfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 12. Dezember 1992<sup>44</sup>, wonach die Auslegung wie auch die Überprüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 EGV dem Gerichtshof obliegen soll, soweit Bereiche betroffen seien, die unter den Vertrag zur Gründung der EG fallen. Die Kommission enthielt sich in ihrem Dokument vom 27. Oktober 1992<sup>45</sup> hinsichtlich der Frage der Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips in weiser

<sup>39</sup> Scholz (Fn. 28); ähnlich Rengeling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, 1990, § 100, Rn. 124.

<sup>40</sup> Scholz (Fn. 28).

<sup>41</sup> So auch Stern (Fn. 32), S. 596 f.

<sup>42</sup> Herzog, Was bedeutet das Subsidiaritätsprinzip wirklich?, Vortrag vom 16.2.1993 im Informationsbüro des Freistaates Bayern in Brüssel, Manuskript, S. 13.

<sup>43</sup> BVerfGE 89, S. 155 (212).

<sup>44</sup> Abgedruckt in: Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993, S. 136.

<sup>45</sup> SEC (92) 1990 final; nach Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, S. 720 (725) soll sich die Kommission aber in ihrer Stellungnahme vom 21.10.1990 (Beilage 2/91 Bulletin der EG) für ein der Rechtskontrolle zugängliches Subsidiaritätsprinzip ausgesprochen haben. Dies lässt sich aber aus jener Stellungnahme so

Voraussicht jedweder konkreten Äußerung (die Rede ist insoweit von einem „principle of good sense“), könnte doch eine wirksame Kontrolle des Art. 5 EGV ihre Rolle als Motor der Integration beeinträchtigen. In den widersprüchlichen Aussagen des Europäischen Parlaments spiegelt sich in treffender Weise die Kontroverse um die juristische Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Die diesbezügliche parlamentarische EntschlieÙung vom 20. April 1994<sup>46</sup> stellt fest, dass „...wenngleich es eine Vorschrift politischer Zweckmäßigkeit ist...“ der Gerichtshof „...gegebenenfalls im Rahmen seiner Zuständigkeiten in Anwendung von Art. 220 EGV zur Auslegung und Anwendung dieses Grundsatzes auf eine konkrete Situation veranlaÙt sein kann“.

Von einem Teil des Schrifttums wird eine gerichtliche Kontrolle der europäischen Kompetenzausübung am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips bejaht. Zur Begründung wird zunächst auf die systematische Stellung und den inhaltlichen Zusammenhang des Art. 5 EGV hingewiesen, die deutlich machten, dass es sich um eine zwingende Rechtsnorm handele, die die konkurrierende Zuständigkeit der EG inhaltlich begrenze. Präzisiere aber Art. 5 EGV die Bedingungen der Inanspruchnahme der Gemeinschaftskompetenz, unterliege seine Einhaltung auch der Rechtskontrolle durch den EuGH.<sup>47</sup> Das Subsidiaritätsprinzip verstärke die Begründungspflicht aus Art. 253 EGV, indem jeder Rechtsakt nunmehr Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip enthalten müsse.<sup>48</sup> Auf diese Weise werde eine Umkehr der "Beweislast" mit der Folge eingeführt, dass nicht die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, eine Kompetenzüberschreitung der Gemeinschaft zu beweisen, sondern der sich auf eine Kompetenz berufende Gemeinschaftsgesetzgeber deren tatsächliches Vorliegen und die Einhaltung der Anforderungen des Art. 5 EGV darzulegen und nachzuweisen habe.<sup>49</sup> Mit

---

nicht herauslesen.)

<sup>46</sup> Abgedruckt in EuGRZ 1994, S. 468 (469) Nr. 1 und 6.

<sup>47</sup> *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992, S. 725; *Schmidhuber*, DVBl 1993, S. 417 (420); *Hilf*, VVDStRL 53, 1994, S. 8 (14); *Hirsch*, Vorträge aus dem E.L., 1995, S. 12 ff.; v. *Borries*, EuR 1994, S. 263 (283); *Stein*, Subsidiarität als Rechtsprinzip, in: Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993, S. 23 (36 ff.); *ders.*, Das Subsidiaritätsprinzip als Strukturmerkmal der Europäischen Union, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union und Österreich, 1994, S. 47 (54 f.); *Magiera*, Föderalismus und Subsidiarität als Rechtsprinzipien der Europäischen Union, in: Wessels/Schneider (Hrsg.), Föderale Union – Zukunft Europas?, 1994, S. 94; *Lenaerts/Van Ypersele*, CDE 1994, Nr. 90 ff.; *Steiner*, Subsidiary under the Maastricht Treaty, in: O’Keeffe/Twomey (Hrsg.), Legal Issues of the Maastricht Treaty, 1994, S. 49 (62); *Pieper*, Subsidiarität: Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, 1994, S. 271 ff.; *Kahl*, AöR 1993, S. 414 (440); v. *Bogdandy/Nettesheim* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union EL 7 September 1994 Art. 3b, Rn. 41; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 22 f.; *Zuleeg*, Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, 1997, S. 185 (191 ff., 201 ff.); letztlich auch *Bermann*, Columbia Law Review 1994, S. 390 ff.; *Götz* (Fn. 10), S. 91 f., v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, S. 455 f., die die Komponente der prozeduralen Kontrolle betonen.

<sup>48</sup> *Zuleeg*, DVBl 1992, S. 1329 (1334); *Pieper* (Fn. 47); *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992, S. 725; *Schmidhuber*, DVBl 1993, S. 419; *Pipkorn*, EuZW 1992, S. 697 (700); *Lenaerts/Van Ypersele*, CDE 1994, Nr. 90 ff.; *Bermann*, Columbia Law Review 1994, S. 390 ff.; *Dehousse*, Community Competences: Are there Limits to Growth? in: Dehousse (Hrsg.), Europe after Maastricht: an even closer union?, 1994, S. 103 ff. (S. 116 f).

<sup>49</sup> *Ress*, DÖV 1992, S. 944 (949); *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992, S. 725; *Pieper* (Fn. 47); *Pipkorn*, EuZW 1992, S. 700; *Bermann*, Columbia Law Review 1994, S. 390 ff.; *Lenaerts/Van Ypersele*, CDE 1994, Nr. 90 ff.

Blick auf die materielle Reichweite einer Kontrolle durch den EuGH wird dem EG-Gesetzgeber allerdings ein weites gesetzgeberisches Ermessen (Beurteilungsspielraum) eingeräumt, so dass die *Prognose* des Gesetzgebers hinsichtlich der Wirksamkeit oder der Qualität einer Maßnahme grundsätzlich zu achten sei.<sup>50</sup> Der Gerichtshof habe daher nur zu überprüfen, ob ein *krasses Missverhältnis* zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust bestehe.<sup>51</sup>

Eine andere Auffassung im Schrifttum lehnt jedwede gerichtliche Kontrolle des gemeinschaftlichen Handelns am Maßstab des Art. 5 Abs. 2 EGV ab. Das Subsidiaritätsprinzip stelle nur eine abstrakte Leitlinie, eine politische "rule of reason", dar, die in Gestalt eines Formelkompromisses allenfalls als politisch wirksame Orientierung für Entscheidungen der Bewahrung des Konsenses dienen könne, nicht aber gerichtlich kontrollierbar sei.<sup>52</sup> Gerade sein subjektiver Charakter mache die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zu einer politischen Entscheidung, die den demokratisch verantwortlichen Organen, nicht aber dem Gerichtshof zustehe. Nur wenn es gelänge, Subsidiarität in einer objektiven Weise zu definieren, sei eine Justitiabilität denkbar. Um dann aber eine exzessive Einmischung des EuGH in die tägliche Arbeit der Gemeinschaftsorgane zu verhindern, müsse letzteren ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt werden.<sup>53</sup> Überdies seien die Befugnisse der EG nicht gegenständlich, sondern final bestimmt; final bestimmte Befugnisse ließen sich gegenständlich aber nur schwer begrenzen, mit der Folge, dass alles, was die Zielverwirklichung hindere, potentiell in die Regelungskompetenz der EG falle.<sup>54</sup> Folglich würde ein juristisch wirksames Subsidiaritätsprinzip den Übergang von einer zielgerichteten und prozeduralen zu einer materiellen Definition der Gemeinschaftskompetenzen voraussetzen.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> Pipkorn, EuZW 1992, S. 700; Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, S. 725; Schmidhuber, DVBl 1993, S. 420; Konow, DÖV 1993, S. 411; Kapteyn, R.A.E. N<sup>o</sup>2 1991, S. 35 (41); Hochbaum, DÖV 1992, S. 285 (292); Ress, DÖV 1992, S. 948; Zuleeg, DVBl 1992, S. 1335; Bermann, Columbia Law Review 1994, S. 390 ff.; Lenaerts/Van Ypersele, CDE 1994, Nr. 90 ff.

<sup>51</sup> Ress, DÖV 1992, S. 948 f.

<sup>52</sup> Vgl. Constantinesco, integration 1990, S. 143 (173); Bieber, Verbreiterung und Vertiefung? Das Subsidiaritätsprinzip im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Evers (Hrsg.), Chancen des Föderalismus in Deutschland und Europa, S.161 (165); Scherer, DVBl 1993, S. 281 (284); Grimm, FAZ vom 17.9.1992, S. 38; ders. in: KritV 1994, S. 6 ff.; Mackenzie-Stuart, Evaluation des vues exprimées et introduction à une discussion-débat, in: Institut Européen d'Administration Publique (Hrsg.), Subsidiarité: défi du changement, S. 41 (44 f.); Wimmer/Mederer, ÖJZ 1991, S. 586 (589); wohl auch Pernice, The Columbia Journal European Law Vol. 2 (1996), S. 403 (408 f.); Blanke, ZG 1991, S. 133 (143, 145); etwas positiver ders., Normativer Gehalt und Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EGV, in: Hrbek (Hrsg.), Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union – Bedeutung und Wirkung für ausgewählte Politikbereiche, 1995, S. 95 (111 ff.), sowie Emiliou, ELRev 1992, S. 383 (404); etwas positiver ders., Subsidiarity: Pancea or Fig Leaf?, in: O'Keefe/Twoomey (Hrsg.), Legal Issues of the Maastricht Treaty, 1994, S. 65 (77 ff.); Gonzalez, ELRev 1995, S. 355 (366 f.); differenzierend Toth, ELRev 1994, S. 268 (281 f.) und Dehousse in: Dehousse (Fn. 48) S. 114 ff., 117; sehr polemisch und ohne größeren Begründungsaufwand, Jachtenfuchs, EA 1992, S. 279 (282).

<sup>53</sup> Emiliou, ELRev 1992, S. 402 f.

<sup>54</sup> Grimm, FAZ vom 17. 9. 1992, S. 38.

<sup>55</sup> Constantinesco, integration 1990, S. 173; Blanke, ZG 1991, S. 143.

Zum selben Ergebnis kommen jene Stimmen im Schrifttum, die eine gerichtliche Kontrolle der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung auf Grundlage des Art. 5 Abs. 2 EGV zwar nicht von vorn herein ablehnen, insoweit aber eine im Ergebnis skeptische Parallele zu Art. 72 Abs. 2 GG ziehen: Zumeist resignierend<sup>56</sup> weisen diese Autoren darauf hin, dass sich die gerichtliche Kontrolle der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV ähnlich der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG auf offensichtliche Kompetenzüberschreitungen beschränken werde, in ihrer Effektivität begrenzt bleibe und damit rein hypothetisch sei.<sup>57</sup> Die solchermaßen „bewiesene“ Wirkungslosigkeit des Subsidiaritätsprinzips wird gerade auch von den an der Justitiabilität des Art. 5 Abs. 2 EGV zweifelnden Stimmen im Schrifttum als Bestätigung ihrer These gesehen.<sup>58</sup> Mit Rücksicht auf Art. 308 EGV, zu dem es im Grundgesetz keine Parallelvorschrift gebe, sei der durch Art. 5 EGV intendierte Schutz der unteren Ebenen "...wohl noch weniger wirksam als Art. 72 Abs. 2 GG."<sup>59</sup>

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass das überwiegende Schrifttum einer gerichtlichen Kontrolle zentraler Kompetenzausübung sehr skeptisch gegenübersteht. Ein wesentlicher Grund ist die Erfahrung mit der zurückhaltenden Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG. Und in der Tat lassen die Parallelen in der Struktur der Kompetenzausübungsnormen einen solchen Schluss zu. Zwar fehlt es dem EGV an Art. 73 ff. GG entsprechenden Kompetenzkatalogen, jedoch lassen sich – wie eingangs bereits erwähnt – über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung i.V.m. den jeweiligen Kompetenznormen theoretisch ebensolche Kompetenzkataloge erstellen. Unternimmt man dies<sup>60</sup>, so wird deutlich, dass es nur wenige ausschließliche Zuständigkeiten der EG gibt, in aller Regel normiert der Vertrag konkurrierende bzw. parallele Zuständigkeiten<sup>61</sup>, die einer „Kompetenzweiche“ - wie sie Art. 72 Abs. 2 GG einerseits und Art. 5 Abs. 2 EGV andererseits darstellt – bedürfen.

## **b) Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 2 EGV**

Der EuGH hält das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EGV zwar für grundsätzlich justitiabel.<sup>62</sup> Gleichwohl hielt sich der Gerichtshof lange Zeit auffallend zurück, eine Gemeinschaftsmaßnahme anhand der - schwierigen - Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV zu

---

<sup>56</sup> Nicht so *Pescatore*, Mit der Subsidiarität leben – Gedanken zu einer drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift *Everling* Band Abs. 2, 1995, S. 1070 (1090 ff.).

<sup>57</sup> *Konow*, DÖV 1993, S. 405 (411); *Hochbaum*, DÖV 1992, S. 292; *Pieper* (Fn. 47), S. 272, 274; *Kapteyn*, R.A.E. N<sup>o</sup>2 1991, S. 41; *Frowein* in: FS *Lerche*, (Fn. 30), 403 f., 406 ff.; *Pipkorn*, EuZW 1992, S. 700; *Schima*, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1994, S. 139 ff.; *Stauffenberg/Langenfeld*, ZRP 1992, S. 252 (255 f.).

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Blanke*, ZG 1991, S. 147.

<sup>59</sup> So *Schweitzer/Fixson*, JURA 1992, S. 582.

<sup>60</sup> Vgl. dazu z.B. die Arbeit von *Trübe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, 2002.

<sup>61</sup> Zu den Kompetenzarten *Calliess* (Fn. 3), S. 76 ff.

<sup>62</sup> Dazu ausführlich *Calliess* (Fn. 3) S. 351 ff.; ebenso die Einschätzung von *Simm*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt: Kontinuität und Neubesinnung in der Rechtsprechung vor und nach „Maastricht“, 1998, S. 151 ff.

überprüfen. Bislang beschränken sich die kompetenzrelevanten Urteile – ähnlich wie bislang beim BVerfG – auf eine Prüfung, ob die jeweilige Maßnahme überhaupt von einer Kompetenznorm gedeckt ist (Art. 5 Abs. 1 EGV).<sup>63</sup> In der Rechtssache C 84/94 (Großbritannien gegen Rat der EU), bei der es um die Arbeitszeit-Richtlinie ging<sup>64</sup>, war nach Auffassung des EuGH nur ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gerügt worden<sup>65</sup>. Das Urteil enthält allerdings<sup>66</sup> eine höchst problematische Aussage zum Entscheidungsspielraum des Rates im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 EGV, die auch in späteren Urteilen<sup>67</sup> immer wieder auftaucht. Es heißt dort: “Sobald der Rat festgestellt hat, dass ... die in diesem Bereich bestehenden Bedingungen ... harmonisiert werden müssen, setzt die Erreichung dieses Zieles unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen voraus”<sup>68</sup>. Mit anderen Worten gilt hiernach eine Art kompetenzansaugender Automatismus, dessen argumentative Basis freilich auf einem (prozeduralen) Zirkelschluss basiert: Der Rat beschließt, es muss harmonisiert werden, das kann logischerweise nur die EG selbst, also darf harmonisiert werden.

In der Rechtssache C-233/94 (Deutschland gegen Parlament und Rat der EU), die die Richtlinie über Einlagensicherungssysteme zum Gegenstand hatte<sup>69</sup>, war gerügt worden, dass die Richtlinie keine Ausführungen zu ihrer Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip enthalte und daher nicht ordnungsgemäß i.S.v. Art. 253 EGV begründet sei. Obwohl die Begründungserwägungen das Subsidiaritätsprinzip an keiner Stelle explizit erwähnen, legte der Gerichtshof andere Erwägungen als hinreichende Berücksichtigung des Prinzips aus<sup>70</sup>. Über die genannten Urteile hinaus haben zwar verschiedene Generalanwälte in ihren Schlußvorträgen das Subsidiaritätsprinzip angesprochen.<sup>71</sup> Jedoch hat der EuGH in all diesen Fällen deren Ausführungen zu Recht nicht aufgegriffen<sup>72</sup>, da sie den Anwendungsbereich bzw. die Vorgaben des Art. 5 EGV verkannten.<sup>73</sup>

Eine Neuerung stellt vor diesem Hintergrund allerdings das jüngst in der Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, ergangene Urteil des EuGH vom 10.12.2002 dar: Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens betreffend die Rechtmäßigkeit der Richtlinie

---

<sup>63</sup> Spektakulär insoweit das Tabakwerbeverbots-Urteil des EuGH, Slg. 2000, I-8419, in welchem der EuGH die einschlägige Richtlinie wg. Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 EGV i.V.m. Art. 95 EGV aufhob; dazu *Calliess*, JURA 2001, S. 311 ff.

<sup>64</sup> Richtlinie 93/104/EG vom 23.11.1993, ABl. EG 1993 Nr. L 307, S. 18.

<sup>65</sup> EuGH, Slg. 1996, I-5755 = EuZW 1996, S. 751 mit Anmerkung *Calliess* S. 757.

<sup>66</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1996, I-5755 Rn. 47.

<sup>67</sup> So zuletzt EuGH, EuZW 2001, S. 691 (693), Rn. 30 ff. – Biopatentrichtlinie.

<sup>68</sup> Dazu *Calliess* (Fn. 3), S. 353 f.; *Simm* (Fn. 62) führt dies auf das - in der Tat - wenig entschlossene und unpräzise Vorbringen des Klägers zurück.

<sup>69</sup> Richtlinie 94/19 EG vom 30.5.1994, ABl. EG 1994 Nr. L 135, S. 5.

<sup>70</sup> Slg. 1997, S. I-2405 = EuZW 1997, S. 436.

<sup>71</sup> GA Lenz, Slg. 1996, S. I-617, Tz. 83 ff.; GA Jacobs, Slg. 1995, S. I-4707, Tz. 27; GA Lenz, Slg. 1996, S. I-1284, Tz. 27; GA Lenz, Slg. 1995, S. I-4930, Tz. 130; GA Lenz, Slg. 1996, S. I-4117, Tz. 60.

<sup>72</sup> Vgl. jedoch EuGH Slg. 1995, S. I-4921, Rn. 81; Slg. 1996, S. I-4115, Rn. 52 f., die jedoch nur am Rande die Argumentation des Generalanwalts aufnehmen.

2001/37/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen hatte der Gerichtshof einmal mehr die Vorgaben des Art. 5 EGV zu prüfen. Dabei beschränkte sich der EuGH erstmals aber nicht auf die (bekannte) Überprüfung der Rechtsgrundlage gem. Art. 5 Abs. 1 EGV (vgl. dazu Rn. 58 ff. des Urteils), der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 5 Abs. 3 EGV (vgl. Rn. 122 ff.) und der Begründungspflicht gem. Art. 253 EGV (vgl. Rn. 165 ff.), sondern erweiterte seine Prüfung auf die Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV. Zunächst betont er ausdrücklich und völlig zutreffend, dass Art. 95 EGV keine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft darstellt. Sodann überprüft der Gerichtshof, ob das Ziel der Richtlinie durch ein Handeln der Gemeinschaft „besser“ erreicht werden konnte; dies bejaht er – ähnlich wie schon im Urteil zur Arbeitszeit-Richtlinie – formelhaft damit, dass die Richtlinie der Beseitigung der Hemmnisse diene, die sich aus den unterschiedlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ergeben. Dieses Ziel könne durch ein Handeln der Mitgliedstaaten allein auch „nicht ausreichend“ erreicht werden, wie „die heterogene Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall“ zeige. Abschließend prüft der EuGH noch die Regelungsdichte der Richtlinie an, wobei er – insoweit zu Recht – auf seine vorangegangene Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist, ist die Regelungsdichte doch eigentlich eine Frage des Art. 5 Abs. 3 EGV. Positiv zu bewerten ist, dass der Gerichtshof hier erstmals den Willen erkennen lässt, auch die Einhaltung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV zu kontrollieren. Gleichwohl vermag die Art und Weise der Prüfung nicht zu überzeugen: Zu pauschal sind die Argumente und zu unstrukturiert ist der Aufbau der Prüfung, der sich zu stark am „Besserkriterium“ orientiert und überdies die Grenzen zur Verhältnismäßigkeitsprüfung verwischt.

Hinsichtlich der Kontrolldichte lassen sich einige Parallelen zwischen der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 EGV und derjenigen des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG feststellen: Der EuGH will dem Rat einen weiten Ermessensspielraum zuerkennen, wenn es sich “wie im vorliegenden Fall um ein Gebiet handelt, auf dem der Gesetzgeber sozialpolitische Entscheidungen zu treffen und komplexe Abwägungen zu tätigen hat. Die Ausübung einer solchen Befugnis kann daher gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob ein offensichtlicher Irrtum oder ein Ermessensmißbrauch vorliegt, oder ob das Organ die Grenzen seines Ermessens offenkundig überschritten hat”.<sup>74</sup> Damit will sich der EuGH – ebenso wie das BVerfG – auf eine Evidenzkontrolle beschränken. Insoweit ist zwar zu berücksichtigen, dass die Kriterien des Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV als gemeinschaftsrechtliche Ermessensbegriffe in der Praxis eine zum Teil rechtspolitische Gestaltung auf unsicherer Tatsachenebene notwendig machen. Hieraus rechtfertigt sich ein gewisser Prognosespielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers. Dieser kann jedoch seine Grenze nicht erst in einer judikativen Evidenzkontrolle finden. Oftmals wird bei der Prüfung, ob eine Maßnahme im

---

<sup>73</sup> Hierzu ausführlich *Schima*, ÖJZ 1997, S. 761 (764 ff.) m.w.N.

Einklang mit Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV steht, eine inhaltlich intensiviertere, mindestens aber eine Vertretbarkeitskontrolle durch den EuGH möglich sein.<sup>75</sup> Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf den “vorliegenden Fall” hält sich der EuGH eine weitergehende Kontrolldichte in diesem Sinne immerhin für andere Fällen offen. Im übrigen nimmt der Gerichtshof die Kontrolle dieses dem Rat zuvor eingeräumten weiten Ermessensspielraums ernst, indem er immerhin eine konkrete Überprüfung der Richtlinienbestimmungen auf offensichtliche Irrtümer vornimmt. Damit beschränkt sich der EuGH nicht auf die rein abstrakte Feststellung, dass keine Anhaltspunkte für ein offensichtliches Überschreiten der Ermessensgrenzen ersichtlich seien.

Ähnlich verfährt der EuGH<sup>76</sup> bei der Prüfung der Begründungspflicht des Art. 253 EGV, die im Hinblick auf Art. 5 EGV seit dem Vertrag von Amsterdam durch Nr. 9 des Subsidiaritätsprotokolls präzisiert wird. Wenig überzeugend erscheinen insofern allerdings die zu geringen Anforderungen, die der EuGH in an die Begründungspflicht selbst stellt. Denn zum einen erweist sich diese als der Anker einer effektiven gerichtlichen Kontrolle. Daher sollte der von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Grundsatz gelten: Je weiter der den Organen eingeräumte Ermessensspielraum reicht, desto strengere Anforderungen müssen an die Begründungspflicht gestellt werden.<sup>77</sup> Positiv fällt auf, dass der Gerichtshof die grundsätzliche Bedeutung der Begründungspflicht für das Subsidiaritätsprinzip bestätigt und konkrete Überlegungen in der Begründung der Richtlinie mit dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV in Deckung brachte. Damit unterstrich er, dass es ihm - den Vorgaben des Art. 253 EGV entsprechend - auf den Inhalt und nicht auf die bloße Form der Begründung ankommt.<sup>78</sup> Problematisch ist allerdings, dass der EuGH, obwohl die Begründungserwägungen der in Streit stehenden Richtlinie das Subsidiaritätsprinzip an keiner Stelle erwähnen, einfach andere Erwägungen als hinreichende Begründung diesbezüglich auslegte.<sup>79</sup> Setzt sich diese Linie fort, besteht die Gefahr, dass die Gemeinschaftsorgane nicht anhand der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV begründen, sondern “ins Blaue hinein” Erwägungen anstellen, die dann im Nachhinein unter dessen Kriterien subsumiert werden können. Hiermit würden sowohl die Vorgaben des Art. 5 EGV, als auch die Begründungspflicht entgegen ihrem Sinn und Zweck erheblich entwertet.

Im Ergebnis tendiert der EuGH dazu, eine ausführliche Prüfung der in Anspruch genommenen Kompetenzgrundlage, wie sie Art. 5 Abs. 1 EGV fordert<sup>80</sup>, sowie eine mehr

---

<sup>74</sup> EuGH, Slg. 1996, I-5755, Rn. 57 f.

<sup>75</sup> Hierzu ausführlich *Calliess* (Fn. 3), S. 312 ff., 339 f.

<sup>76</sup> EuGH, Slg. 1996, I-5755, Rn. 74 ff.

<sup>77</sup> Dazu *Calliess* (Fn. 3), S. 330 ff.

<sup>78</sup> *Schima*, ÖJZ 1997, S. 769.

<sup>79</sup> *Stein*, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam: Subsidiarität, Transparenz und Bürgernähe, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, S. 141 (145); a.A. insoweit *Schima*, ÖJZ 1997, S. 769.

<sup>80</sup> Bestätigt durch das Tabakwerbeverbots-Urteil, EuGH, Rs C-376/98, Slg. 2000, I-8419 ff.; dazu *Calliess*,

oder weniger intensive Prüfung der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Art und Weise des Gemeinschaftshandelns anhand Art. 5 Abs. 3 EGV i.V.m. Art. 253 EGV vorzunehmen. Die Prüfung des für die *Ausübung* der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen entscheidenden Art. 5 Abs. 2 EGV bleibt – trotz der optimistisch stimmenden Ansätze des EuGH in seinem jüngsten Urteil vom 10.12.2002 in der Rs. C-491/01 – im Ergebnis formelhaft und läuft damit analog der Rechtsprechung des BVerfG zur alten Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG weitgehend ins Leere.<sup>81</sup>

### III. Die Trendwende beim BVerfG mit Blick auf die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG

#### 1. Art. 72 Abs. 2 GG n.F und seine Interpretation im Schrifttum

Angesichts seiner beschriebenen praktischen Wirkungslosigkeit war die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG bereits Gegenstand der Beratungen der Enquete-Kommission Verfassungsreform von 1975<sup>82</sup>, die aber im Ergebnis zu keiner Änderung der Norm führte. Erst ausgelöst durch Art. 5 des Einigungsvertrages von 1990 entspann sich in den Folgejahren wieder eine kontrovers geführte Reformdiskussion, die dann tatsächlich in eine Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG mündete.<sup>83</sup> Deren Ziel sei es, so damals die Gemeinsame Verfassungskommission, die Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebung zugunsten der Landesgesetzgebung zu konzentrieren, zu verschärfen und zu präzisieren und dadurch die Justiziabilität zu verbessern.<sup>84</sup> Die Voraussetzungen für die Wahrnehmung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund liegen gem. der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG nur noch dann vor, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung *erforderlich* macht“. Es bestehen in der Neufassung also nur noch drei Tatbestandsalternativen; vor allem aber rückt der Begriff der Erforderlichkeit in das Zentrum der Norm. Ergänzt wird die Regelung durch ein eigens für die Überprüfung von Gesetzen am Maßstab des Art. 72 Abs. 2 GG eingerichtetes verfassungsgerichtliches Verfahren in Art. 93 I Nr. 2 GG.

Mit Blick auf die Verwendung des Begriffs der Erforderlichkeit hat sich die gesamte Prüfung des Art. 72 Abs. 2 GG nunmehr am Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszurichten.<sup>85</sup> Zwar ist

---

JURA 2001, S. 311 ff.

<sup>81</sup> Wie hier auch *Schima*, ÖJZ 1997, S. 767, der kritisiert, dass der Gerichtshof Art. 3b Abs. 2 EGV „unter den Tisch fallen lässt“; *Stein*, in: Hummer (Fn. 79), S. 141 (144 f.); *Schröder*, Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band I, 1998, § 9, Rn. 78 f.; etwas positiver *Simm* (Fn. 62) S. 151 f.

<sup>82</sup> Vgl. Schlußbericht, Bundestags-Drucksache 7/5924, S. 123-142.

<sup>83</sup> Ausführlich *Schmalenbach*, Föderalismus und Unitarismus in der Bundesrepublik Deutschland, Schriften des Landtags NRW Band10, 1998, S. 86 ff.

<sup>84</sup> BT-Drs. 12/6000, S. 33; *Rybak/Hofmann*, NVwZ 1995, S. 230 (231).

<sup>85</sup> *Calliess*, DÖV 1997, S. 889 (895 f.); *Schmehl*, DÖV 1996, S. 724 (726); *Pechstein/Weber*, JURA 2003, S. 82 (85); a.A. *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 4. Aufl. 2000,

die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips zuvorderst an der individuell orientierten Schutzfunktion der Grundrechte orientiert, wohingegen es im Bereich des Art. 72 Abs. 2 GG um Fragen der objektiven Kompetenzordnung, der keine subjektiven Rechte der Länder korrespondieren, geht. Jedoch lässt sich der dem Verhältnismäßigkeitsprinzip immanente Grundgedanke, das latente Spannungsverhältnis zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteressen in einen harmonischen Ausgleich zu bringen und solchermaßen eine Gleichgewichtslage zu erhalten<sup>86</sup>, durchaus auf das Bund-Länder-Verhältnis übertragen. Der vergleichbare Grundgedanke des Interventionsminimums erlaubt es, die Kriterien des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips in etwas abgewandelter Form im Rahmen des Art. 72 Abs. 2 GG fruchtbar zu machen.

Die dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung ist mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des in Frage stehenden Bundesgesetzes und die in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Legitimationsgründe der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse bzw. der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit vorzunehmen.<sup>87</sup> Problematisch ist insoweit allerdings, dass die Formulierung von der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, die nach dem Willen des Verfassungsgebers eigentlich eine bewußte Abkehr von der alten Formel der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse darstellen sollte, bei genauer Betrachtungsweise aber missverständlich ist und so Gefahr läuft, die Anforderungen an die Eingriffsschwelle des Bundesgesetzgebers abzusenken: Konnte der Bundesgesetzgeber bisher nur tätig werden, um *einheitliche* Lebensverhältnisse herzustellen, so könnte jetzt bereits das Ziel, ein Weniger, nämlich *gleichwertige* Lebensverhältnisse herzustellen, genügen. Vor dem Hintergrund, dass der Verfassungsgeber Art. 72 Abs. 2 GG zu Gunsten der Länder präzisieren wollte und mit Blick auf die Erforderlichkeitsklausel ist jedoch eine Auslegung des insofern mißverständlichen Wortlauts zu wählen, die dem Zweck der Neuregelung Rechnung trägt, Raum für Vielfalt zu lassen. In der Folge ist die Formel von der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse so zu verstehen, dass der Bundesgesetzgeber nicht schon bei jeder Ungleichheit regelungsbefugt ist<sup>88</sup>. Vielmehr ist bei der Auslegung zuvorderst auf den Begriff der *Herstellung* gleichwertiger Lebensverhältnisse Bezug zu nehmen, so dass es bei bereits *bestehender* Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse an einer Bundeskompetenz fehlt.

Den Legitimationsgründen der Rechts- und Wirtschaftseinheit, die unverändert geblieben sind, wohnt nach wie vor ein unitarisches Element inne. Begrenzend wirkt insofern allerdings

---

Art. 72 Abs. 2, Rn. 87 ff.; 108 ff.; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 72, Rn. 10; entgegen der Darstellung von *Degenhart* (offenbar von dort übernommen von *Oeter*, ebenda, Rn. 89, 108 sowie von *Faßbender*, JZ 2003, S. 332, 334), bestimme ich in meinem Beitrag (DÖV 1997, S. 896) die Erforderlichkeit aber nicht entsprechend der Vorgaben des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (so aber wiederum rechtlich wenig überzeugend *Kröger/Moos*, BayVBl. 1997, S. 705, 710 ff.), sondern anhand derjenigen des Verhältnismäßigkeitsprinzips; Art. 5 EGV zitiere ich dort nur im Zusammenhang des insoweit widersprüchlichen Maastricht-Urteils des BVerfG.

<sup>86</sup> *Schnapp*, JuS 1983, S. 850 (852).

<sup>87</sup> Ähnlich mit Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG a.F. *Scholz* (Fn.28), S. 262 f.; *Schmehl*, DÖV 1996, S. 726.

die beide Begriffe überspannende Bedingung des gesamtstaatlichen Interesses. Ihr Kerngedanke ist, dass das Bundesgesetz nicht nur im Interesse einzelner Länder liegen darf, und sich das mit ihm angestrebte Ziel nur durch eine bundesweite Regelung erreichen lässt.<sup>89</sup> Mithin ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht allein auf das Ziel der Rechts- und Wirtschaftseinheit abzustellen, vielmehr ist dieses inzidenter bereits mit Blick auf das gesamtstaatliche Interesse eingeschränkt. Das gesamtstaatliche Interesse wirkt also als Korrektiv der Legitimationsgründe und entfaltet im Wechselspiel mit diesen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung seine begrenzende Wirkung.

Freilich wird eine Norm nicht automatisch allein dadurch justitiabel, dass ihr Wortlaut verändert wird bzw. ihre Justitiabilität politisch erwünscht ist. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass es sich bei den Begrifflichkeiten des Art. 72 Abs. 2 GG auch nach der Reform um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die eine legislative Prognoseentscheidung erforderlich machen.

Entscheidend kommt es daher auf die gerichtlich überprüfbaren Grenzen dieses Prognosespielraums an. Vorliegend kann dieser Frage freilich nicht umfassend nachgegangen werden; insoweit kann ich auf frühere Ausführungen verweisen<sup>90</sup>: Unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten in einem Rechtsstaat eine Delegationsentscheidung an die Judikative mit der Aufgabe richterlicher Kontrolle. Zu Recht wird daher in der Literatur<sup>91</sup> darauf hingewiesen, dass Prognosen künftiger Entwicklungen nicht schon kraft Natur der Sache mit einer jeder gerichtlichen Kontrolle entzogenen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers oder der Verwaltung verbunden sind. Vielmehr ist jede Prognose aufgrund ihrer jeweiligen normativen Bezüge zu würdigen.

Ganz in diesem Sinne hat das BVerfG – freilich bislang nicht für Art. 72 Abs. 2 GG – differenzierte Maßstäbe für die Kontrolle legislativer Prognosespielräume entwickelt: „Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen, von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des BVerfG ... bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer

---

<sup>88</sup> So auch *Schmehl*, DÖV 1996, S. 726; *Calliess*, DÖV 1997, S. 895 f.; *Pechstein/Weber*, JURA 2003, S. 85.

<sup>89</sup> Vgl. auch *Degenhart* in: *Sachs* (Fn.85), Art. 72 Rn. 13 ff.; *Schmehl*, DÖV 1996, S. 727, die allerdings wenig zu einer entsprechenden Konkretisierung beitragen.

<sup>90</sup> *Calliess*, DÖV 1997, S. 897 ff.

<sup>91</sup> Vgl. *Breuer*, *Der Staat* 1970, S. 21 (35); *Tettinger*, *DVB1* 1982, S. 421 (425), jeweils m.w.N.

Evidenzkontrolle ... über eine Vertretbarkeitskontrolle...bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.“<sup>92</sup>

Im Hinblick auf die Frage, wie solche differenzierten Maßstäbe konkret gewonnen werden können, lassen sich immanente und externe Grenzen gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen unterscheiden.<sup>93</sup> Im Rahmen der ersteren ist zu prüfen, ob die Entwicklung gerade der fraglichen Tatsachen, die den unbestimmten Rechtsbegriff ausfüllen, wirklich unsicher ist. Kann die Unsicherheit durch empirische Daten und unumstößliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden, scheidet ein Prognosespielraum und damit eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers aus. Folglich ist eine intensivierte oder gar umfassende inhaltliche Kontrolle durch das Gericht möglich. Sofern eine gesetzgeberische Einschätzungsprärogative besteht, deckt sie die legislative Prognose überdies nur dann, wenn der Gesetzgeber die verfügbaren empirischen Daten und Erfahrungssätze in ernstzunehmender Weise verwertet hat. Die externen Grenzen des legislativen Prognosespielraumes ergeben sich aus den normativen Bezügen der Prognose, mithin in Ansehung der jeweiligen Kompetenznorm und ihrer Einbettung in das betreffende Normensystem.

Im Ergebnis kann also die Einhaltung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG im Hinblick auf ein Bundesgesetz anhand der folgenden Aspekte überprüft werden:<sup>94</sup>

(1) Kontrolle der *immanenten Grenzen* der legislativen Prognoseentscheidung

- Kontrolle der verfahrensrechtlichen Prognosevorgaben anhand der Art. 70 ff., insbesondere der Art. 76 ff. GG: Wurden Verfahrensfehler vermieden ?
- Kontrolle der Auswahl der Prognosemethode: Stützt sich die Prognose auf ein angemessenes Prognoseverfahren ?
- Kontrolle der Prognosestimmigkeit: Wurde das Prognoseverfahren konsequent verfolgt?
- Kontrolle der Prognosebasis: Wurde der Prognose ein zutreffender und sorgfältig ermittelter Sachverhalt zugrunde gelegt?
- Kontrolle hinsichtlich Bestimmtheits- und Begründungsdefiziten beim Prognoseergebnis: Sind die prognostische Einschätzung tragenden Gesichtspunkte mit hinreichender Deutlichkeit offengelegt ?
- Willkürkontrolle: Wurden bei der Prognose sachfremde Erwägungen angestellt?

Die hier im Rahmen der immanenten Prognosegrenzen zu prüfenden Aspekte entsprechen dem herkömmlichen, stark prozedural orientierten Ansatz der gerichtlichen Kontrolle von legislativen Prognoseentscheidungen.

---

<sup>92</sup> BVerfGE 50, S. 290 (336 ff.).

<sup>93</sup> Vgl. allgemein *Breuer*, Der Staat 1970, S. 39 ff.; angewandt auf Art. 72 Abs. 2 GG bei *Calliess*, DÖV 1997, S. 897 ff.

<sup>94</sup> Allgemein dazu (mit Blick auf das Verwaltungsrecht) *Tettinger*, DVBl 1982, S. 427 und (mit Blick auf das Verfassungsrecht) *Breuer*, Der Staat 1970, S. 21; konkretisiert für Art. 72 Abs. 2 GG bei *Calliess*, DÖV 1997, S. 897 ff.

(2) Die Kontrolldichte erhöht sich sodann mit Blick auf die *externen Grenzen* der legislativen Prognoseentscheidung. Sie sind der Rahmen, in dem die skizzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung („erforderlich“), konkretisiert durch die zu prüfenden Gründe („Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ bzw. „Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“) ihre volle Wirksamkeit entfalten können. Es ist zu fragen: Sind alle (im Einzelfall relevanten) vom Grundgesetz, insbesondere Art. 72 Abs. 2 GG, vorgegebenen Ziele, Grundsätze, Prinzipien und Schranken beachtet und in die - wie oben dargelegt vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt worden?

Anknüpfungspunkt für die so skizzierte verfassungsgerichtliche Prognosekontrolle ist die aus Art. 72 Abs. 2 GG i.V.m. der Bundestreue folgende Darlegungs- bzw. Begründungspflicht des Bundes bei der Inanspruchnahme einer konkurrierenden Kompetenz.<sup>95</sup>

Mögen auch Entstehungsgeschichte und Wortlaut der Neufassung von Art. 72 Abs. 2 GG für eine höhere Kontrolldichte seitens des BVerfG sprechen, so stellte sich bislang die Frage, ob die alte, zurückhaltende Rechtsprechung des BVerfG nunmehr als überholt angesehen werden muß. In der Literatur herrscht insoweit keine Einigkeit.<sup>96</sup>

Vor diesem Hintergrund durfte die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG mit Spannung erwartet werden.

## **2. Die Kehrtwende des BVerfG im Altenpflegegesetz-Urteil – Eine kritische Würdigung**

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Urteil vom Oktober vergangenen Jahres<sup>97</sup> in dem von der Bayerischen Staatsregierung zum Altenpflegegesetz<sup>98</sup> angestrebten Normenkontrollverfahren explizit seine Rechtsprechung zur alten Fassung von Art. 72 Abs. 2 GG revidiert.

---

<sup>95</sup> So - mit unterschiedlicher Argumentation - die allgemeine Meinung, vgl. nur *Rybak/Hofmann*, NVwZ 1995, S. 234; *Schmehl*, DÖV 1996, S. 728 f. m.w.N.

<sup>96</sup> Dafür z.B. *Calliess*, DÖV 1997, S. 897 ff.; *Schmehl*, DÖV 1996, S. 727 f.; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band II, 1998, Art. 72, Rn. 15 f.; *Isensee*, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, 2001, S. 719 (744 ff.) einerseits und *Degenhart* in: Sachs (Fn.85), Art. 72 Rn. 13 ff.; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 72, Rn. 87 ff., 112 ff. andererseits, jeweils m.w.N.

<sup>97</sup> Urteil des BVerfG vom 24.10.2002, 2 BvF 1 /01 = [<sup>98</sup> Gesetz über die Berufe in der Altenpflege \(AltPflG\), BGBl I, 1513.](http://www.bverfg.de/entscheidungen/frames/2002/10/24(20.12.2002) = EuGRZ 2002, S. 631 ff. = NJW 2003, S. 41 ff. Zum Urteil <i>Jochum</i>, NJW 2003, S. S. 28 ff.; <i>Faßbender</i>, JZ 2003, S. 332.</a></p></div><div data-bbox=)

## a) Zum Hintergrund des Urteils

Bereits im Gesetzgebungsverfahren war die Frage der Bundeskompetenz zum Erlass des Altenpflegegesetzes durch den Bundesrat und hier insbesondere durch die Bayerische Staatsregierung thematisiert worden.<sup>99</sup>

So konnte es nicht verwundern, dass das Altenpflegegesetz zum Testfall des Streits um die Ausübung einer konkurrierenden Bundeskompetenz nach Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG (gemacht) wurde. In dem von der Bayerischen Staatsregierung angestrebten Verfahren der abstrakten Normenkontrolle machte diese unter Berufung auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 sowie Nr. 2a GG die Verfassungswidrigkeit des Altenpflegegesetzes wegen mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes geltend. Damit wurde erfreulicherweise einmal die Alltagsweisheit „Wer „A“ sagt, muss auch „B“ sagen“ beherzigt: Denn nachdem die Bundesländer so lange für eine Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG gekämpft hatten<sup>100</sup>, war es jetzt auch an ihnen, zu beweisen, dass es ihnen mit dem Föderalismus ernst ist, mit anderen Worten, die latente Vermutung zu widerlegen, dass sie sich, wenn es darauf ankommt, nicht den „goldenen Zügel“ des Bundes anlegen lassen. Da im entschiedenen Fall des Altenpflegegesetzes wenig „Gold“ zu gewinnen war, konnte dieser, sozusagen ohne Verluste, zum Testfall gemacht werden. Wie dem auch immer sei, mit diesem Testfall sind nun endlich all jene Stimmen widerlegt, die auch mit Blick auf die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG unbeirrt daran festhalten wollten, dass die Norm allenfalls im Rahmen einer auf Extremfälle beschränkten Evidenzkontrolle justitiabel sein könne.<sup>101</sup>

In ihrer Antragsbegründung zur Normenkontrolle brachte die Bayerische Staatsregierung unter anderem vor, die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG lägen nicht vor, da es bereits an der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung fehle – die Uneinheitlichkeit bestehender Landesregelungen reiche als Grund nicht aus und Rechtsvielfalt sei nach dem Grundgesetz legitim. Da heilberufliche Regelungen primär und unmittelbar einen nicht-wirtschaftlichen Sachverhalt betreffen, gehe es auch nicht um die *Herstellung* von Wirtschaftseinheit, überdies werde insoweit nicht auf die Wahrung von Vorhandenem, sondern auf die Schaffung von Neuem abgestellt.<sup>102</sup> Nicht zuletzt könne auch von einem "gesamtstaatlichem Interesse" nicht die Rede sein; dies mache das knappe Abstimmungsergebnis im zweiten Durchgang des Bundesrates deutlich.<sup>103</sup> Schließlich seien Länderregelungen auf dem Gebiet der Altenpflege effektiver als Bundesregelungen, weil sie Reibungsflächen und Konfliktrisiken vermieden, die sich daraus ergäben, dass sich Bundesregelungen in diesem Sektor auf die Ergänzung durch Landesrecht angewiesen sähen

<sup>99</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, A.IV.2. = EuGRZ 2002, S 637 f.

<sup>100</sup> Dazu Schmalenbach (Fn. 83), S. 56 ff.

<sup>101</sup> Vgl. nur *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 96) Art. 72, Rn. 87 ff., 112 ff. m.w.N.

<sup>102</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, B.I.4. = EuGRZ 2002, S. 639.

– ein koordiniertes Nebeneinander von Landesregelungen sei der sich im Bereich des Altenpflegegesetzes ergebenden Gemengelage von Bundes- und Landesrecht vorzuziehen.<sup>104</sup>

Die Bundesregierung trat dem Normkontrollantrag der Bayerischen Staatsregierung u.a. mit dem Argument entgegen, die Norm des Art. 72 Abs. 2 GG n.F. sei für eine rechtlich bindende Abgrenzung der konkurrierenden Bundeskompetenzen nicht hinreichend bestimmt und biete mangels hinreichender Maßstäbe keine Grundlage für eine umfassende verfassungsgerichtliche Nachprüfung. Daher komme bei der Prüfung der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG lediglich eine Evidenzkontrolle in Betracht.<sup>105</sup> Schließlich sei das Altenpflegegesetz in seiner Gesamtheit "erforderlich" im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG. Denn dem Gesetzgeber verbliebe selbst dann, wenn man dieses Kriterium in dem vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für Grundrechtsbeschränkungen bekannten Sinn verstehe, ein Gestaltungsspielraum, der vom BVerfG nur auf eindeutige, allenfalls zudem auf unvertretbare Fehlgriffe zu kontrollieren und beim Altenpflegegesetz jedenfalls nicht überschritten worden sei. Dies sei auch dann der Fall, wenn man in geeigneter aktueller oder sogar nur virtueller paralleler Landesgesetzgebung als "milderem Mittel" ein Hindernis für den Zugriff des Bundesgesetzgebers sehen wolle. Denn bei der differenzierten Rechtslage in den Ländern seien die Ziele des Art. 72 Abs. 2 GG auf diesem Gebiet weder bereits erreicht worden seien noch die Möglichkeit koordinierender Landesgesetzgebung in dieser Frage realistisch ersiene.<sup>106</sup>

## **b) Kritische Würdigung der Ausführungen des BVerfG**

### *aa) Das Urteil: Ein Sieg in der Niederlage*

Um Fehlverständnissen des Urteils vorzubeugen, sei vorab festgestellt, dass die Bayerische Staatsregierung in der Sache nur in sehr beschränktem Ausmaß durchgedrungen ist; nach Auffassung des BVerfG entspricht das Altenpflegegesetz im Ergebnis weitgehend den Vorgaben des GG. Als *nicht* mit den Bestimmungen der Art. 70 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG vereinbar und damit verfassungswidrig sah das Verfassungsgericht nach methodengerechter Auslegung „nur“ die im Altenpflegegesetz getroffenen Regelungen betreffend der Ausbildung und des Berufsbilds der Altenpfleger*helfer* bzw. Altenpfleger*helferin* an, da diese – mangels eines heilkundlichen Schwerpunkts ihrer Tätigkeit – nicht der Gruppe der „anderen Heilberufe“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zuzurechnen seien. Insoweit fehlt es also an einer

---

<sup>103</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, B.I.4. = EuGRZ 2002, S. 639.

<sup>104</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, B.I.4. = EuGRZ 2002, S. 639.

<sup>105</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, B.II.5. = EuGRZ 2002, S. 641.

<sup>106</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, B.II.5. = EuGRZ 2002, S. 641.

konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (i.V.m. einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs) des Bundes.<sup>107</sup>

Demgegenüber bestätigte das BVerfG bezüglich der Regelungen über Ausbildung und Berufsbild der Altenpfleger und Altenpflegerinnen zunächst die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes: Bei diesen Berufen handele es sich um einen „anderen Heilberuf“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.<sup>108</sup> Nachdem das BVerfG damit also die Handlungsermächtigung des Bundes bejaht hatte, musste es nunmehr die Vorgaben der Kompetenzausübungsregel des Art. 72 Abs. 2 GG prüfen. Anders als man nach dem „vielen Lärm“ um das Urteil meinen könnte, hält das Gericht im Ergebnis aber eine bundeseinheitliche Regelung zur Wahrung der Wirtschaftseinheit Deutschlands bezüglich dieser Berufsgruppe für erforderlich.<sup>109</sup>

Also „viel Lärm um nichts“? Keineswegs, denn von grundlegender Bedeutung ist die erstmalige Prüfung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG seit deren Novellierung im Jahre 1994. In dieser Prüfung weicht das BVerfG von seiner oben dargestellten, zur alten Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG entwickelten und seit Inkrafttreten der Neufassung nicht geänderten Rechtsprechungslinie ab, die – wie gezeigt wurde – zu einer nachhaltigen Beschränkung der legislativen Kompetenzen der Länder zu Gunsten des Bundes geführt hatte.

In seinen Ausführungen betont das Verfassungsgericht zunächst die Rolle des Art. 72 GG als „Kompetenzverteilungsregel“, die die grundsätzliche Zuständigkeit der Länder für die Gesetzgebung sichere. Auch wenn das BVerfG Art. 72 Abs. 2 GG hier fälschlicherweise als „Kompetenverteilungsregel“ statt richtig als „Kompetenzausübungsregel“ bezeichnet – die Kompetenzen sind im GG bereits durch die Kataloge der Art. 73 ff. GG *verteilt*, so dass es bei Art. 72 Abs. 2 GG nur noch um die Frage gehen kann, welche Ebene eine konkurrierende Kompetenz *ausüben* darf – ist diese der Verfassung zugrundeliegende Vergewisserung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der föderalen Kompetenzverteilung (Art. 30, 70 Abs. 1, 83 GG) von grundlegender Bedeutung: Die Länder bleiben zuständig, wenn der Bund untätig geblieben ist, Art. 72 Abs. 1 GG, bzw. dieser ihnen das Gesetzgebungsrecht mittels Art. 72 Abs. 3 GG wieder eingeräumt hat, weil die Voraussetzungen des Abs. 2 nachträglich entfallen sind.<sup>110</sup>

Vor dem Hintergrund dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses und nach einem ausführlichen Rekurs auf die Entstehungsgeschichte von Art. 72 Abs. 2 GG n.F.<sup>111</sup>, die – entsprechend dem

<sup>107</sup> Es sind dies die Bestimmungen der § 1 Nr. 2, § 2 Abs. 3 Sätze 6 bis 9, §§ 10 bis 12, § 29 Abs. 3 AltPflG, vgl. BVerfGE 2 BvF 1/01, C.I. = EuGRZ 2002, S. 642 ff.; dazu ausführlich *Faßbender*, JZ 2003, S. 333 f.

<sup>108</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.I. = EuGRZ 2002, S. 642 ff.

<sup>109</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II. = EuGRZ 2002, S. 650.

<sup>110</sup> Vgl. BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.1. = EuGRZ 2002, S. 650.

<sup>111</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.2. = EuGRZ 2002, S. 650.

Willen des Verfassungsgebers – offenbar die Kehrtwende des Gerichts im Verständnis der Norm legitimieren soll, definiert das BVerfG Schritt für Schritt die Vorgaben der Kompetenzausübungsregel in ihrer neuen Fassung.<sup>112</sup>

Im Eingangssatz seiner Prüfung stellt das BVerfG klar, dass die neue „Erforderlichkeitsklausel“ alternativ drei mögliche Ziele als Voraussetzung zulässiger Bundesgesetzgebung unterscheidet, deren Konkretisierung sich wiederum am „Sinn der bundesstaatlichen Integrationsinteressen“ orientieren müsse. So richtig dieser Ausgangspunkt ist, so problematisch ist unter dogmatischen Gesichtspunkten, dass zwischen dem Merkmal der „Erforderlichkeit“ und den Zielen keinerlei Verbindung hergestellt wird. Wie noch zu zeigen sein wird, „geistert“ die Erforderlichkeit – als offensichtlich ungeliebtes Prüfmerkmal – unsystematisch durch die Gesamtprüfung des Art. 72 Abs. 2 GG. Unbefriedigend ist auch die Rede von den „bundesstaatlichen Integrationsinteressen“. Mag dies auch ein wichtiger – nach Auffassung des BVerfG offenbar im Rahmen der teleologischen Auslegung der eine Bundeskompetenz legitimierenden Ziele zu berücksichtigender – Gesichtspunkt in der Prüfung sein, so fragt man sich doch, wo sein dogmatischer Anknüpfungspunkt (grammatikalisch, systematisch) zu suchen ist. Sollte das „gesamtstaatliche Interesse“ gemeint gewesen sein, so hätte dies explizit gesagt und begründet werden müssen. Denn dieses Merkmal bezieht sich, wie vorstehend erwähnt, nur auf das Ziel der Wirtschaftseinheit, nicht aber auf die beiden anderen Ziele.

*bb) Restriktive Konkretisierung der eine Bundeskompetenz legitimierenden Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG*

Mittels einer restriktiven Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des Art. 72 Abs. 2 GG trägt das BVerfG sodann zu einer – im einzelnen überzeugenden – Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers bei: Zum einen ist der neue Begriff der „gleichwertigen Lebensverhältnisse“ im Verhältnis zum alten Begriff der „einheitlichen Lebensverhältnisse“ nach Auffassung des BVerfG als deutlich höhere Schwelle für ein legislatives Einschreiten des Bundesgesetzgebers zu werten, indem er das Niveau der kompetentiell legitimierten Vereinheitlichung deutlich zurücknimmt.<sup>113</sup> Zum anderen ist dem Bundesgesetzgeber der Erlass einer gesetzlichen Regelung zwecks *Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse* erst in einer Situation möglich, die das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse bedroht; eine solche Situation liegt erst dann vor, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in *erheblicher*, das bundesstaatliche Sozialgefüge

---

<sup>112</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 652 f.

<sup>113</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 652; *Sannwald*, in: Schmidt/Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Art. 72 Rn. 52; *Rybak/Hofmann*, NVwZ 1995, S. 233; *Scholz*, ZG 1994, S. 1 (12); *Schmehl*, DÖV 1996, S. 726.

beeinträchtiger Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung *konkret* abzeichnet.<sup>114</sup>

Demgemäss müsste, um im konkreten Falle von der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse sprechen zu können, einer drohenden Auseinanderentwicklung der Lebensverhältnisse der Pflegebedürftigen oder Altenpfleger innerhalb der Bundesrepublik Deutschland entgegengewirkt werden können<sup>115</sup>, wofür jedoch keine wissenschaftlichen oder auch nur statistischen Daten vorgelegt wurden. Lediglich die bundesweit negativen Auswirkungen der Rechtsvielfalt auf die Attraktivität des Berufsbildes, die Anzahl der Bewerber für eine Altenpflegeausbildung und die Qualität der Pflege werden vom Gericht als hinreichend belegt angesehen.<sup>116</sup> Insgesamt könne jedoch, so das BVerfG, aus den vorliegenden Informationen *keine erhebliche, die Gleichwertigkeit in Frage stellende Auseinanderentwicklung der Lebensverhältnisse* in der Bundesrepublik Deutschland bezüglich der Altenpflege gefolgert werden.<sup>117</sup> Der Nachweis, dass es ohne bundeseinheitliche Regelung zu einer länderspezifisch ungleichmäßigen Entwicklung der Lebensverhältnisse in Bezug auf das Leistungsniveau der Altenpflege gekommen ist oder kommen wird, sei damit nicht geführt worden.<sup>118</sup>

Da der Föderalismus gerade Vielfalt bewahren will, sind unterschiedliche Rechtslagen notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus. Grundsätzlich, so das BVerfG, lasse das Grundgesetz also in allen der in Art. 74 und 75 GG genannten Bereiche eine Rechtsvielfalt zu.<sup>119</sup> Dementsprechend kann der Bundesgesetzgeber im Interesse der „*Wahrung der Rechtseinheit*“ erst dann handeln, wenn infolge einer Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine *Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen* festzustellen ist, die im Interesse von Bund und Ländern nicht hingenommen werden kann.<sup>120</sup> Dies ist nach insoweit überzeugender Auffassung des Verfassungsgerichts wiederum erst dann der Fall, wenn durch die unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhaltes unter Umständen *erhebliche* Rechtsunsicherheiten und damit *unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr* erzeugt würden, wodurch wiederum eine Bedrohung von Rechtssicherheit und Freizügigkeit im Bundesstaat entstünde.<sup>121</sup>

Konkret kommt das BVerfG insoweit zu dem Ergebnis, dass die durch das Altenpflegegesetz erstrebte Rechtsvereinheitlichung für die Ausbildung der Altenpflegerinnen und Altenpfleger

---

<sup>114</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

<sup>115</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 655.

<sup>116</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 655.

<sup>117</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 655 f.

<sup>118</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 656.

<sup>119</sup> Vgl. BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

<sup>120</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

<sup>121</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

nicht dem Ziel der Wahrung der Rechtseinheit dient.<sup>122</sup> Es gebe keinerlei Belege für die Annahme, das gesamtstaatliche Rechtsgut der Rechtseinheit sei bedroht.<sup>123</sup> Unterschiedliche Länderregelungen werden vom Gericht als Ausdruck föderaler Vielfalt bewertet.<sup>124</sup>

Ein Handeln des Bundesgesetzgebers zur „*Wahrung der Wirtschaftseinheit*“, das überdies im gesamtstaatlichen Interesse liegen muss, ist nach Auffassung des BVerfG nur dann zulässig, wenn es um die *Erhaltung der Funktionsfähigkeit* des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtsetzung geht. Die Wahrung der Wirtschaftseinheit setzt insoweit also mehr als die Wahrung der Rechtseinheit voraus. Demnach können wirtschaftliche Lagen zwar grundsätzlich ebenso von den Ländern wie vom Bund geregelt werden, jedoch können unterschiedliche landesrechtliche Regelungen Schranken oder Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr im Bundesgebiet errichten und insbesondere die *Verteilung des wirtschaftlichen (personellen und sachlichen) Potentials verzerren*. Gleiches kann auch für tatsächliche Verschiedenheiten zwischen den Ländern gelten. Nur dann aber, wenn die Wirkung unterschiedlicher Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder *erhebliche* Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen, soll ein gesamtstaatliches Interesse an der Wahrung der Wirtschaftseinheit bestehen.<sup>125</sup>

Im konkreten Fall hielt das Gericht fest, dass unterschiedliche Ausbildungs- und Zulassungsvoraussetzungen im deutschen Wirtschaftsgebiet *störende Grenzen* aufbauen können, indem eine Ballung oder Ausdünnung des Nachwuchses in bestimmten Regionen bewirkt wird oder aber das Niveau der Ausbildung beeinträchtigt wird, womit *erhebliche Nachteile* für die Chancen und Berufssituation des Nachwuchses im Gesamtstaat begründet werden können.<sup>126</sup> Es gelte also, die sich aus unterschiedlichen Länderregelungen ergebenden negativen wirtschaftlichen Auswirkungen der bisherigen Ausbildung im Bereich der Altenpflege aufzufangen oder zu vermeiden.<sup>127</sup> Während ein knappes Abstimmungsergebnis im Bundesrat keinen Einfluß auf das Vorliegen des gesamtstaatlichen Interesses haben könne<sup>128</sup>, betont das Gericht das Recht des Bundesgesetzgebers, ungeachtet weiterreichender oder längerfristiger Ziele, die Wirtschaftseinheit durch Vereinheitlichung der Berufsbildung zu wahren.<sup>129</sup> Dem Bundesgesetzgeber wird trotz Mangels an aktuellen wissenschaftlich fundierten Untersuchungen<sup>130</sup> bescheinigt, seine *Prognose auf hinreichend verlässliches Datenmaterial* gestützt zu haben;<sup>131</sup> u.a. finden als solches die Berichte über die Entwicklung der

<sup>122</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 656.

<sup>123</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 656.

<sup>124</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 656.

<sup>125</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

<sup>126</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

<sup>127</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 656.

<sup>128</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 656 f.; dieses Argument war von der Bayerischen Landesregierung in ihrem Kontrollantrag vorgebracht worden.

<sup>129</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657.

<sup>130</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657.

<sup>131</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657.

Pflegeversicherung<sup>132</sup> sowie ein entsprechendes Sachverständigengutachten<sup>133</sup> Erwähnung. Desweiteren betont das Gericht, das Gesetz werde den verfassungsrechtlichen Anforderungen in seiner Zwecksetzung gerecht und die bislang absehbare Wirkung ist, anders als die der Länderregelungen, geeignet, die Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse zu wahren.<sup>134</sup> Für die Frage der Bundeskompetenz entscheidend sei nicht, ob die bestehenden Länderregelungen wegen ihrer Vielfalt verfassungswidrig sind, sondern ob sie zur Wahrung der in Art. 72 Abs. 2 GG benannten Rechtsgüter ausreichend sind – eine bundesgesetzliche Regelung hätte durch eine Lösung seitens der Länder nur vermieden werden können, sofern diese dem Bundesgesetzgeber zuvorgekommen wären.<sup>135</sup> Das Tätigwerden des Bundesgesetzgebers zur Wahrung der Wirtschaftseinheit ist von Art. 72 Abs. 2 GG gedeckt, wobei das gesetzgeberische Reformkonzept auch den konkreten Regelungsumfang des Altenpflegegesetzes trägt, soweit es die Ausbildung zum Beruf der Altenpflegerin und des Altenpflegers betrifft<sup>136</sup>; sämtliche die Ausbildung zur Altenpflegerin und zum Altenpfleger betreffenden Bereiche des Gesetzes sind *erforderlich*, um das Konzept des Bundesgesetzgebers zu verwirklichen.<sup>137</sup>

#### *cc) Erhöhung der gerichtlichen Kontrolldichte*

Über die so vorgenommene, restriktive Klarstellung der Tatbestandsmerkmale hinaus ist die Erhöhung der gerichtlichen Kontrolldichte von entscheidender Bedeutung für die Wirksamkeit der Kompetenzausübungsschranke des Art. 72 Abs. 2 GG. Insoweit betont das BVerfG entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung: „Ein von verfassungsrechtlicher Kontrolle freier gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG besteht nicht“; die Merkmale des Art. 72 Abs. 2 GG sind „unbestimmte Rechtsbegriffe“. Die gerichtliche Kontrolle ihrer Auslegung ist „umfassend“; sie geht nicht nur über eine Evidenzkontrolle, sondern sogar über ein „bloße Vertretbarkeitskontrolle“ hinaus.<sup>138</sup>

Entscheidend ist, dass das BVerfG jetzt nicht nur ausdrücklich anerkennt, dass die Tatbestandsmerkmale des Art. 72 Abs. 2 GG ihrem Wesen nach unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen, sondern daraus auch die Konsequenz zieht, deren Auslegung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.<sup>139</sup> Gleichzeitig betritt das Verfassungsgericht damit erfreulicherweise den vom vorstehend dargestellten Schrifttum gewiesenen Weg, die Überprüfung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG als gerichtliche Kontrolle von

<sup>132</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657.

<sup>133</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657.

<sup>134</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657.

<sup>135</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 657 f.

<sup>136</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 658.

<sup>137</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.7. = EuGRZ 2002, S. 658.

<sup>138</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.1. = EuGRZ 2002, S. 650.

<sup>139</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654.

Prognoseentscheidungen einzustufen und insoweit am Maßstab eines konkreten Kontrollschemas zu messen.<sup>140</sup> In diesem Zusammenhang hebt das BVerfG zutreffend hervor, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nicht allein am Gesetzesziel zu prüfen seien, sondern vielmehr auch mit Blick auf die tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes, soweit sie erkennbar und vorab abschätzbar sind (allerdings genügt es in diesem Zusammenhang, wenn mit Hilfe des Gesetzes der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden kann). Zwar werden dem Gesetzgeber im Hinblick auf prognosetypische Risiken Fehlprognosen in gewissem Umfang zugestanden, gleichzeitig werden ihm aber klare Grenzen aufgezeigt. Von wesentlicher Bedeutung ist insoweit die Feststellung des BVerfG, dass die Überprüfung der genannten Vorgaben einer *uneingeschränkten Kontrolle* im Hinblick auf eine mögliche Fehlerhaftigkeit der *Tatsachenfeststellung* seitens des Bundesgesetzgebers obliege<sup>141</sup>, welche sich auch auf Feststellungen erstreckt, die diesem als Grundlage prognostischer Entscheidungen – insbesondere prognostischer Einschätzungen von Gesetzeswirkungen – gedient haben.<sup>142</sup> Somit vermag die Tatsache, dass künftige Entwicklungen ungewiss sind, keinen per se kontrollfreien Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers zu begründen. Ein gewisser *Prognosespielraum* des Gesetzgebers wird dadurch zwar nicht ausgeschlossen, allerdings deutlich auf jene Fälle begrenzt, in denen Unsicherheiten der Prognose nicht durch gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden können.<sup>143</sup> Die Bemessung des Einschätzungsspielraumes bei Prognosen ist im Einzelfall vorzunehmen; sie richtet sich somit nach den Besonderheiten des Sachverhalts und der Schwierigkeit der Prognose<sup>144</sup> und ist in einer sachbereichsbezogenen Gesamtbetrachtung zu ermitteln, welche auch die zu schützenden Interessen berücksichtigt.<sup>145</sup> Für die Überprüfung von Bundesgesetzen am Maßstab des Art. 72 Abs. 2 GG wird vom BVerfG im einzelnen die Einbeziehung der folgenden Aspekte gefordert<sup>146</sup>: Sachverhaltsannahmen, die der Gesetzgeber seiner Prognose zugrunde legt, müssen möglichst vollständig ermittelt worden sein oder sich jedenfalls im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen.<sup>147</sup> Die Prognose muss methodisch auf einem angemessenen Prognoseverfahren beruhen und konsequent verfolgt worden sein. Ebenso ist das Prognoseergebnis darauf hin zu überprüfen, ob tragende Gesichtspunkte der

---

<sup>140</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654 f.; in diese Richtung bereits *Calliess*, DÖV 1997, S. 899.

<sup>141</sup> BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654; im Zusammenhang anderer Fragestellungen hat das BVerfG bereits auf die Notwendigkeit der Beurteilung gesetzgeberischer Prognosen die Erforderlichkeit differenzierter Maßstäbe betont, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten Inhaltskontrolle reichen; vgl. insoweit schon *Calliess*, DÖV 1997, S. 898, mit Verweis auf BVerfGE 50, 290 (336 ff.).

<sup>142</sup> BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654.

<sup>143</sup> Vgl. BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654 f.

<sup>144</sup> Vgl. BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 655.

<sup>145</sup> Vgl. BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 655.

<sup>146</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 655; vgl. hierzu bereits das ähnliche von *Calliess*, DÖV 1997, S. 899 spezifisch für Art. 72 Abs. 2 GG ausgearbeitete Prüfschema, das an allgemeine und unabhängig von Art. 72 Abs. 2 GG entwickelte Überlegungen für das Verwaltungsrecht von *Tettinger*, DVBl. 1982, S. 427 und für das Staatsrecht von *Breuer*, Der Staat 1977, S. 23 ff. anknüpft.

Einschätzung mit hinreichender Deutlichkeit offengelegt worden und ob keine sachfremden Erwägungen in diese eingeflossen sind. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass der Bundesgesetzgeber im Interesse einer adäquaten Wahrnehmung seiner Einschätzungsprärogative das erforderliche Tatsachenmaterial in sorgfältiger Weise ermitteln muss, um seine Entscheidung, rechtsetzend tätig zu werden, auf eine solide *Prognosebasis* stützen zu können.<sup>148</sup> Im Ergebnis kann man in der Tat von einer Herausbildung der Prognoseentscheidung als eigenständiger Rechtsfigur mit spezifischer Fehlerquellenlehre sprechen.<sup>149</sup>

*dd) Die ungeklärte dogmatische Funktion des Erforderlichkeitskriteriums*

Dem grundsätzlichen (in Art. 30 und 70 GG normierten) Vorrang der Länder will das BVerfG in diesem Rahmen – auf den ersten Blick überzeugend – mit dem Erforderlichkeitskriterium Rechnung tragen. An dieser Stelle des Urteils folgt freilich sodann das bereits oben erwähnte dogmatische Durcheinander bei der Prüfung der Erforderlichkeit. Noch überzeugend ist der Einstieg in die Prüfung: In einem ersten Prüfungsschritt will das BVerfG unter Verweis auf den Wortlaut der Norm die Frage untersuchen, ob eine Regelung des Bundesgesetzgebers zum Schutz der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zulässig ist („wenn...erforderlich“), in einem zweiten Schritt will es das Ausmaß der Eingriffsbefugnis („soweit...erforderlich“) feststellen. Ebenfalls überzeugend ist noch die in diesem Zusammenhang getroffene grundsätzliche Feststellung, der Bund habe bei der Rechtsetzung das Gebot des geringst möglichen Eingriff in das Gesetzgebungsrecht der Länder zu befolgen. Mit diesen Worten ist eigentlich der Weg zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gewiesen, die sich – in abgewandelter Form – an den drei Stufen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung hätte orientieren können; darauf wird noch zurückzukommen sein. Das BVerfG aber konnte sich offenbar dazu nicht durchringen und macht an dieser Stelle wieder einen Schritt zurück, indem es eine dogmatisch wenig aussagekräftige Definition der Erforderlichkeit anbietet: Eine bundesgesetzliche Regelung soll nur dann „erforderlich“ sein, wenn die für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers im konkret zu regelnden Bereich in Anspruch genommene Zielvorgabe des Art. 72 Abs. 2 GG nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann. Insoweit müsse dem Gesetzgeber eine Prärogative für Konzept und Ausgestaltung des Gesetzes verbleiben; nur unter engen Voraussetzungen könnten einzelne Teile des Konzepts als zu regelungsintensiv herausgenommen werden.<sup>150</sup> Nachfolgend fügt das BVerfG sodann einen Prüfungsaspekt hinzu, der wiederum stark an die 2. Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung erinnert, der Frage nach einem gleichwirksamen

---

<sup>147</sup> Vgl. BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 655.

<sup>148</sup> BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.5. = EuGRZ 2002, S. 653.

<sup>149</sup> So *Jochum*, NJW 2003, S. 29 m.w.N., insbesondere auf die bisherige Beurteilung gesetzgeberischer Handlungsspielräume.

<sup>150</sup> Vgl. BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654.

milderen Mittel<sup>151</sup>: „Eine Bundeskompetenz besteht nicht, wenn landesrechtliche Regelungen zum Schutz der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten gesamtstaatlichen Rechtsgüter ausreichen“. Freilich soll insoweit nicht schon jede theoretische Handlungsmöglichkeit der Länder genügen, um eine Bundeskompetenz auszuschließen, insbesondere schließe die bloße Möglichkeit gleich lautender Ländergesetze eine Bundeskompetenz nicht aus.<sup>152</sup> Abgesehen von diesen Unklarheiten bei der Definition, wird das Merkmal der Erforderlichkeit vom BVerfG auch nicht sinnvoll in die Prüfung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG eingebaut. Dies ist die logische Folge, wenn es das Gericht mit Blick auf dieses, für die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG bedeutsame Merkmal, schlicht und einfach an einem überzeugenden Prüfungskonzept fehlen lässt.

### **c) Ergebnis: Überzeugende Ansätze mit dogmatischen Untiefen und ein Lösungsvorschlag**

Trotz dieser Kritik wird die gründliche Prüfung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG nicht zu Unrecht als „Sieg im Kampf um die föderalen Strukturen der Bundesrepublik“<sup>153</sup> gewertet. Hatte die zurückhaltende Rechtsprechung des BVerfG zur Norm des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. praktisch zu einer Umkehrung des verfassungsrechtlichen Regel-Ausnahme-Prinzips zu Lasten der Länder<sup>154</sup> geführt, so kann die Entscheidung vom Oktober vergangenen Jahres eindeutig als Kehrtwende gedeutet werden, die die Rechtsprechung an die seit 1994 geltende geänderte Verfassungsrechtslage angepasst und damit dem vielfach georteten Korrekturbedürfnis<sup>155</sup> Rechnung trägt.

Mit seiner Entscheidung zum Altenpflegegesetz hat das BVerfG ohne Zweifel neue Akzente in der deutschen Föderalismusdiskussion gesetzt. Der Bundesgesetzgeber steht bei der Ausübung seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 2 GG nunmehr vor klaren, rechtlich (judikativ) deutlich konturierten Schranken: neben den restriktiven definitorischen Vorgaben des BVerfG bezüglich der Tatbestandsmerkmale des Art. 72 Abs. 2 GG ist insbesondere die Ablehnung eines gerichtlich nicht überprüfbaren, legislativen Beurteilungsspielraumes bei der Überprüfung dieser Bestimmung von großer Bedeutung. Dies wird durch die gerichtliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen und deren Bindung an klare und im einzelnen wiederum restriktive Kriterien unterstrichen. Mit der Entscheidung wurde der Grundstein für eine Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte im Hinblick auf die Kompetenznorm des Art. 72 GG gelegt, wodurch sich für die Länder in weiterer Folge erstmals seit langem eine realistische Chance ergibt, ihre

---

<sup>151</sup> Nicht von ungefähr lesen manche Autoren in diese unklaren Formulierungen des BVerfG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinein, vgl. *Pechstein/Weber*, JURA 2003, S. 85.

<sup>152</sup> BVerfG 2 BvF 1/01, C.II.6. = EuGRZ 2002, S. 654.

<sup>153</sup> *Jochum*, NJW 2003, S. 28.

<sup>154</sup> Vgl. *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 85), Art. 72 Rn. 5 ff.

<sup>155</sup> So selbst BVerfGE 2 BvF 1/01, C.II.3. = EuGRZ 2002, S. 650.

verfassungsgemäßen Kompetenzen auch in einer Weise auszuüben, wie es für ein föderalistisches Verfassungsmodell charakteristisch ist, das über einen bloßen Exekutivföderalismus hinausgeht.

Dogmatisch bleibt das Urteil des BVerfG in manchen Punkten freilich unbefriedigend. Im Rahmen der Prüfung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG ist vor allem die Rolle des Merkmals der „Erforderlichkeit“ und ihr Bezug zu den Legitimationsgründen einer Bundeskompetenz unklar. Die insoweit eine Übertragung des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips ablehnende Rechtsprechung des BVerfG ist bei genauerer Betrachtung widersprüchlich: Wie sich aus dem Maastricht-Urteil des BVerfG<sup>156</sup> für das Verhältnismäßigkeitsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 EGV<sup>157</sup> (vom EuGH bestätigt<sup>158</sup>) ergibt, soll die aus dem grundrechtlichen Bereich der Staat-Bürger-Beziehungen bekannte dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung explizit auch „im Rahmen eines Staatenverbundes, der eben nicht eine staatlich organisierte Einheit ist“ auch zum Schutze der „Mitgliedstaaten ... gegen ein Übermaß europäischer Regelungen“ Anwendung finden: Was also für die Kontrolle der Kompetenzausübung in Europa gelten soll, soll für die Kontrolle der Kompetenzausübung in Deutschland nicht gelten?

Eine solche an das lateinische Sprichwort „Quod licet Iovi, non licet bovi“ erinnernde Vorgehensweise kann jedoch nicht überzeugen: Gilt das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* dem BVerfG zufolge auch im Bereich der Kompetenzabgrenzung zwischen EG und Mitgliedstaaten, ist kein Grund ersichtlich, es - in Abkehr von der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>159</sup> - nicht auch im Bund-Länder-Verhältnis im Rahmen der Prüfung der „Erforderlichkeit“ fruchtbar zu machen.<sup>160</sup> Dies gilt um so mehr, als der Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 GG nach der Neufassung dies auch ausdrücklich nahelegt. Die vom BVerfG vorgenommene Begrenzung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf das Verhältnis EG-Mitgliedstaaten, die in dem Hinweis auf den sogenannten Staatenverbund zum Ausdruck kommt, entbehrt überdies einer überzeugenden Grundlage: Nachdem der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips in überzeugender Weise einmal auf die objektive Kompetenzabgrenzung im Mehrebenensystem ausgedehnt worden ist, muss es willkürlich erscheinen, die Anwendung ohne erkennbaren sachlichen Grund auf den

---

<sup>156</sup> BVerfGE 89, S. 155 (212; vgl. ferner 189, 193, 198, 201, 210 f.).

<sup>157</sup> Dazu ausführlich *Calliess* (Fn. 3) S. 116 ff.

<sup>158</sup> EuGH, Slg. 1996, I-5755 = EuZW 1996, S. 751 (755 f.).

<sup>159</sup> Vgl. BVerfGE 61, S. 256 (289); 81, S. 310 (338).

<sup>160</sup> Dazu schon *Calliess*, DÖV 1997, S. 896; ebenso *Isensee*, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, 2001, S. 719 (746); entgegen der Darstellung von *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 72, Rn. 10 (offenbar von dort übernommen von *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 72, Rn. 89 sowie von *Faßbender*, JZ 2003, S. 332, 334), bestimme ich in meinem Beitrag (DÖV 1997, S. 896) die Erforderlichkeit dabei nicht entsprechend der Vorgaben des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (so aber wiederum rechtlich wenig überzeugend *Kröger/Moos*, BayVBl. 1997, S. 705, 710 ff.) sondern eben gerade anhand derjenigen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

sogenannten Staatenverbund zu reduzieren. Denn auch die EG weist längst vielfältige bundesstaatliche Strukturen auf<sup>161</sup> und lässt sich daher durchaus als föderalistisch organisierter Staaten- und Verfassungsverbund charakterisieren. Ganz in diesem Sinne hatte schon *Lerche* 1958 für eine Steigerung der gerichtlichen „Nachprüfungsfreudigkeit über Erforderlichkeit“ und führte aus, dass das BVerfG genauso „Hüter des Landbereichs gegenüber Zugriffen des Bundes (und umgekehrt) wie Hüter des Individualbereichs gegenüber Zugriffen des Staates“ sei. Dementsprechend folgert er: „Hier sollte fortan nicht mehr mit zweierlei Maß gemessen werden.“<sup>162</sup>.

Der vergleichbare Grundgedanke des Interventionsminimums erlaubt es schließlich auch unter dogmatischen Gesichtspunkten, die Kriterien des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips in etwas abgewandelter Form im Rahmen des Art. 72 Abs. 2 GG fruchtbar zu machen. Daher hat nicht nur eine Prüfung der

- *Geeignetheit* (Frage: Ist das Bundesgesetz überhaupt geeignet, die mit ihm verfolgten Ziele effektiv zu erreichen?) und der
- *Erforderlichkeit*, mithin der Beachtung des Gebots des mildesten, gleichwirksamen Mittels (Frage: Kann dieses Ziel nicht gleich wirksam durch inhaltlich ähnliche Ländergesetze erreicht werden?) zu erfolgen, sondern es kann im Rahmen der
- *Angemessenheit* auch eine Abwägung (Vergleich) zwischen dem Gewinn einer bundesrechtlichen Regelung und dem Verlust der landesrechtlichen Kompetenz vorgenommen werden.<sup>163</sup>

Die Argumentation überwölbender Maßstab kann in diesem Rahmen das Konzept eines kompetitiven Föderalismus sein.<sup>164</sup> In diesem Rahmen lässt sich der dem Verhältnismäßigkeitsprinzip immanente Grundgedanke, das latente Spannungsverhältnis zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteressen in einen harmonischen Ausgleich zu bringen und solchermaßen eine Gleichgewichtslage zu erhalten<sup>165</sup>, durchaus auf das Bund-Länder-Verhältnis übertragen. Die so skizzierte dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung ist sodann mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des in Frage stehenden Bundesgesetzes und die in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Legitimationsgründe der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse bzw. der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit vorzunehmen.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> *Martin y Pérez de Nanclares*, ZEuS 2001, S. 595 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, S. 2846 ; v.*Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999; *Schmitz* (Fn. 24), S. 176 ff.

<sup>162</sup> *Lerche*, BayVBl. 1958, S. 231 (234 f.).

<sup>163</sup> A.A. im Hinblick auf die Prüfung der Angemessenheit *Schmehl*, DÖV 1996, S. 726.

<sup>164</sup> Eingehend dazu *Calliess*, DÖV 1997, S. 891 f. sowie zuletzt *Bauer*, DÖV 2002, S. 837 ff. jeweils m.w.N.

<sup>165</sup> *Schnapp*, JuS 1983, S. 850 (852).

<sup>166</sup> Ähnlich mit Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG a.F. *Scholz* (Fn.28), S. 262 f.; *Schmehl*, DÖV 1996, S. 726.

## IV. Eine Trendwende auch beim EuGH?

### 1. Überlegungen mit Blick auf die Europäische Verfassung

Bereits die eingangs dargestellten Defizite hinsichtlich der Durchsetzungsschwächen des Subsidiaritätsprinzips im europäischen Gesetzgebungsverfahren haben deutlich gemacht, dass es insoweit an einer effektiv ausgestalteten Gegenkontrolle der gesetzgebenden EG-Organe fehlt. Im Zuge dieser Einsicht werden im Kontext des Verfassungskonvents ganz unterschiedliche Ansätze diskutiert, mit denen die Kompetenzausübung auf Gemeinschaftsebene begrenzt, respektive Art. 5 Abs. 2 EGV zu mehr Wirksamkeit verholfen werden soll. Diese unterschiedlichen Ansätze resultieren nicht zuletzt daraus, dass man dem EuGH, der sich – zumindest lange Zeit – als „Motor der Integration“ verstand<sup>167</sup>, nicht wirklich vertraut, wenn es um die Kontrolle der europäischen Kompetenzausübung geht. Und in der Tat, die bisherige, oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 2 EGV ist nicht dazu angetan, ein solches Vertrauen zu stützen.

Vor diesem Hintergrund wird daher zum einen eine Stärkung der prozeduralen Kontrolle der Kompetenzausübung gem. Art. 5 Abs. 2 EGV erwogen. Diskutiert werden insoweit detailliertere Vorgaben für die Begründungspflicht der Kommission, die im Sinne einer wirksameren präventiven Selbstkontrolle wirken sollen. Der Entwurf des Konvents für ein Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit spricht in diesem Zusammenhang von einem „Bogen mit detaillierten Angaben“.<sup>168</sup> Abgesehen davon, dass dieser „Subsidiaritäts-Bogen“ ein „alter Hut“ ist<sup>169</sup>, bleibt unklar, wie er konkret aussehen könnte; offenbar sollen in etwas abgewandelter Form lediglich die Kriterien aufgegriffen werden, die die Kommission bereits gemäß dem Subsidiaritätsprotokoll zu berücksichtigen hat.

Die Kommission würde daher stärker in die Pflicht genommen, wenn die politischen Einflussmöglichkeiten zur Wahrung des Subsidiaritätsprinzips bereits in einem frühen Stadium der Rechtssetzung gestärkt werden würden. Der Konvent hat insoweit ein sog. *Frühwarnsystem* vorgeschlagen<sup>170</sup>, das die Rolle der nationalen Parlamente im Entscheidungsprozeß der EU stärkt<sup>171</sup>, indem es diese zum „Wächter der Subsidiarität“ macht. Demnach sollen die nationalen Parlamente die Möglichkeit erhalten, binnen 6 Wochen nachdem ihnen die Kommission den Vorschlag für einen Rechtsakt übermittelt hat, ihre

<sup>167</sup> Dazu *Calliess*, JURA 2001, S. 311 ff.

<sup>168</sup> Entwurf eines Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, CONV 579/03, Punkt 4.

<sup>169</sup> Vgl. *Calliess* (Fn. 3), S. 271 ff., 279 ff., 399 ff.

<sup>170</sup> Vgl. dazu den Entwurf eines Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, CONV 579/03, Punkte 5-7.

<sup>171</sup> Allgemein dazu *Schröder*, EuR 2002, S. 301 ff.; speziell zur Debatte im Konvent *Lais*, ZEuS Heft 2/2003.

Bedenken bezüglich dessen Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip zu äußern. Haben dies mindestens ein Drittel der nationalen Parlamente getan, so hat die Kommission ihren Vorschlag zu überprüfen. Sodann entscheidet sie sich mittels eines begründeten Beschlusses entweder am Vorschlag festzuhalten, ihn abzuändern oder ihn zurückzuziehen. Die nationalen Parlamente sollen zusätzlich die Möglichkeit bekommen, sich noch einmal zu einem späteren Zeitpunkt des Rechtssetzungsverfahrens – nämlich zwischen der Einberufung und der Sitzung des Vermittlungsausschusses – zu Wort zu melden und in einer begründeten Stellungnahme ihre Einwände in Bezug auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips zu äußern.<sup>172</sup> Diese in Aussicht gestellten neuen Möglichkeiten der nationalen Parlamente sich einzubringen, könnten freilich zu Verzögerungen des europäischen Rechtssetzungsverfahrens führen, das dadurch überdies komplizierter werden würde, als es ohnehin schon ist. Der Aufwand könnte sich aber lohnen, wenn dadurch im Ergebnis eine Verringerung der Kompetenzstreitigkeiten vor dem EuGH bewirkt werden könnte. Sollte es dennoch zu einem gerichtlichen Verfahren kommen, würden die zwischen Kommission und den Parlamenten ausgetauschten Argumente wesentlich zu einer zügigen Aufbereitung der Entscheidungsgrundlage beitragen.<sup>173</sup> In diesem Zusammenhang wurde auch vorgeschlagen, einen solchen Frühwarnmechanismus noch vor der offiziellen Kommissionsinitiative anzusiedeln, also zu einem Zeitpunkt zu dem die Kommission ihren Vorschlag ausarbeitet. Eine entsprechende Regelung soll sogar in der künftigen Verfassung der EU (als Art. 250a EGV) verankert werden.<sup>174</sup>

Unter institutionellen Gesichtspunkten erscheint es von Bedeutung, dass die Organe, die die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips garantieren sollen, „neutral“ sind. Gegenwärtig ist die Wahrung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV Organen anvertraut, die der „Gemeinschaftsseite“ zuzuordnen sind; dies gilt letztlich auch für den Rat, der eigentlich noch am ehesten die Interessen der Mitgliedstaaten repräsentieren könnte, insoweit aber aufgrund der Dynamik europäischer Entscheidungsprozesse (Stichwort: Kompromissfindung, package deals etc.) oftmals überfordert ist. Der beste Weg, eine ausgewogene Beurteilung der Subsidiaritätsfrage sicherzustellen, wären daher gemischte Einrichtungen, die aus politisch unabhängigen Vertretern der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft bestehen.<sup>175</sup> Dieser Gedanke trifft sowohl auf die Zusammensetzung von Organen, die eine dem eigentlichen Gesetzgebungsprozess vorgelagerte Ex-Ante-Kontrolle vornehmen sollen, als auch für jene Organe, die eine Ex-Post-Kontrolle gewährleisten sollen, zu.

EP und Rat könnte etwa im Gesetzgebungsverfahren ein Subsidiaritätsausschuss zur Seite gestellt werden<sup>176</sup>, der als politisches Schlichtungsorgan im Vorfeld tätig werden würde. Er

---

<sup>172</sup> Entwurf eines Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, CONV 579/03, Punkte 5-7.

<sup>173</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 170.

<sup>174</sup> Siehe dazu *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 170.

<sup>175</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 170.

<sup>176</sup> Vgl. hierzu bereits *Callies* (Fn. 3), S. 287 ff.

könnte aus den Mitgliedern der nationalen Parlamente, des EP und des Rates bestehen<sup>177</sup> oder – besser noch – sich aus Mitgliedern des Ausschusses der Regionen, des EP und der nationalen Parlamente zusammensetzen.<sup>178</sup> Es wäre aber auch denkbar, diese Aufgabe überhaupt dem Ausschuss der Regionen zu übertragen. Gegen eine solche Aufwertung des Ausschuss der Regionen in Richtung einer dritten Kammer spricht allerdings dessen heterogene Zusammensetzung sowie die Gefahr erheblichen Verkomplizierung des Rechtssetzungsverfahrens, in welchem dann 4 Gesetzgebungsorgane zusammenwirken müssten.<sup>179</sup>

Neben diesen institutionellen Neuerungen im Rahmen der politischen Ex-Ante-Kontrolle müssen aber auch Änderungen im Bereich der Gerichtsbarkeit, die eine Intensivierung der Ex-Ante- wie auch der Ex-Post-Kontrolle mit sich bringen, angedacht werden.

Mit Blick auf die bislang stark integrationsfreundliche Rechtsprechung des EuGH ist z.B. vorgeschlagen worden, dem EuGH einen selbständigen Kompetenzgerichtshof bzw. ein Subsidiaritätsgericht zur Seite zu stellen,<sup>180</sup> dem z.B. EuGH-Richter sowie Mitglieder von Höchstgerichten der Mitgliedstaaten angehören würden, wobei deren Anteil unterschiedlich ausfallen könnte (alle Mitglieder sind nationale Richter nur der Vorsitz wird vom EuGH-Präsidenten wahrgenommen<sup>181</sup> oder etwa 1/3 EuGH-Richter, 2/3 mitgliedstaatliche Richter<sup>182</sup>). Auch an eine Subsidiaritätskammer, die direkt beim EuGH eingerichtet werden sollte, wurde gedacht<sup>183</sup>. Eine weitere Variante wäre ein Ad-hoc-Gericht<sup>184</sup>, das nur bei Bedarf zusammentritt. Im Sinne der Unabhängigkeit eines solchen Gerichts erscheint es jedoch geboten, die Richter für eine längere Zeitspanne zu bestellen. Ein Maximum an politischer Unabhängigkeit könnte erzielt werden, indem die Richter direkt von den Gerichten, aus denen sie stammen, gewählt werden würden.<sup>185</sup> Im Verfassungskonvent wurde als Alternative zum erwähnten Subsidiaritätsausschuß überdies eine gerichtliche Ex-Ante-Kontrolle in Anlehnung an Art. 300 Abs. 6 EGV und Art. 61, 62 der französischen Verfassung durch den EuGH diskutiert.<sup>186</sup> Dieser soll nach Verabschiedung eines Rechtsakts, aber noch vor seinem Inkrafttreten angerufen werden können, um eine Kontrolle der Vorgaben des Art. 5 EGV durchzuführen.

---

<sup>177</sup> So *Pernice*, JZ 2000, S. 866 (876); ähnlich das Konventsmitglied *Teufel*, Eine wirksame Kompetenzkontrolle bei der Rechtsetzung der EU, Dokument WGI-WD6 vom 9. Juli 2002, S. 4 ff.

<sup>178</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 170.

<sup>179</sup> *Von Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, S. 456.

<sup>180</sup> *Broß*, VerwArch 2001, S. 425 (429).

<sup>181</sup> *Weiler*, ELRev 1997, S. 150 (155).

<sup>182</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 172.

<sup>183</sup> *Clement*, Europa gestalten – nicht verwalten, Rede im Rahmen des „Forum Constitutionis Europae“ 12.2.2001, [www.who-berlin.de/clement.htm](http://www.who-berlin.de/clement.htm), Rn.29.

<sup>184</sup> *Goll/Kenntner*, EuZW 2002, S. 101 (105).

<sup>185</sup> *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 172.

<sup>186</sup> Vgl. den Vorschlag von Konventsmitglied *Teufel* (Fn. 177), S. 6 ff.

Bezeichnenderweise wurde keiner dieser Vorschläge vom Verfassungskonvent aufgegriffen.<sup>187</sup> Ein maßgeblicher Grund hierfür dürfte sein, dass die Etablierung von „Sondergerichten“ mit dem Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts kollidiert und eine Zersplitterung der Rechtsprechung befürchten lässt. Dementsprechend sollte der EuGH alleiniger Wächter über die Einhaltung der Kompetenzordnung bleiben.<sup>188</sup> Denn im System der EG ist der EuGH für die Kontrolle der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zuständig, ihm ist gem. Art. 220 EGV die „Wahrung des Rechts“ aufgetragen. Versagt also die ohne Frage wichtige Selbstkontrolle von Kommission, Rat und Parlament im Subsidiaritätsverfahren ist der EuGH als die Kompetenzordnung wahrendes Verfassungsgericht gefordert. Gerade die gerichtliche Gegenkontrolle, so sie denn wirksam ausgestaltet ist, kann ein Ansporn für die anderen Gemeinschaftsorgane zu sein, die Vorgaben des Art. 5 EGV jeweils gründlich zu prüfen.

## **2. Schlussfolgerungen mit Blick auf die Europäische Verfassung**

Die vorstehenden Ausführungen machen im Ergebnis deutlich, dass der Verfassungsgeber, wenn er denn will, Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit vorprägen kann, indem er durch klare Vorgaben einen Auftrag, hier der intensiveren gerichtlichen Kontrolle der zentralen Kompetenzausübung, erteilt. Das BVerfG hat diesen Auftrag zu Recht angenommen und weitgehend erfolgreich bewältigt, wenn auch mit Blick auf den bewusst vom Verfassungsgeber eingefügten Begriff der Erforderlichkeit dogmatische Untiefen zu konstatieren sind, die ohne weiteres hätten vermieden werden können. Wie auch immer, mit dem Altenpflege-Urteil des BVerfG ist für die europäische Ebene zweierlei klargestellt: Zum einen kann die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG nicht mehr als „Ausrede“ dafür herhalten, dass Art. 5 Abs. 2 EGV keiner bzw. nur einer äußerst begrenzten gerichtlichen Evidenzkontrolle zugänglich sein könne. Zum anderen wird deutlich, dass der Verfassungsgeber die gerichtliche Kontrolle einer Norm beeinflussen kann. Dies ist angesichts des eingangs dargestellten klaren Post-Nizza-Auftrags eine verpflichtende Chance für die Arbeit des Verfassungskonvents und der anschließenden Regierungskonferenz. Warum also sollte nicht auch der EuGH im Rahmen der künftigen Europäischen Verfassung zu einer effektiveren Kontrolle der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung nach Art. 5 Abs. 2 EGV angehalten werden können?

Für eine solche Möglichkeit spricht schon einmal die Tatsache, dass sich die Rolle des EuGH mit fortschreitender Integration verändert hat.<sup>189</sup> Diese Veränderung begann mit Inkrafttreten der EEA im Jahre 1987 und fand ihren vorläufigen Abschluss mit dem Inkrafttreten der

---

<sup>187</sup> Vgl. dazu auch den Bericht des Vorsitzenden der Gruppe I „Subsidiaritätsprinzip“, Dokument CONV 286/02, WG I 15, vom 23.9.2002.

<sup>188</sup> Ebenso Götz (Fn. 10), S. 101.

<sup>189</sup> Vgl. hierzu Weiler, J.C.M.S. 1993, S. 427 (434 ff.).

Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza. Infolge der so bewirkten „Vertiefung“ der europäischen Integration einerseits und der parallel verlaufenden „Erweiterung“ der EU andererseits haben sich das politische und soziale Umfeld und damit die Bedingungen unter denen der Gerichtshof arbeitet weiterentwickelt. Eine fundamental neue Situation hat sich insbesondere im Bereich der Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ergeben: Bis in die Zeit nach dem Inkrafttreten der EEA war die Entwicklung der EG durch eine interpretatorische Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenzen gekennzeichnet. In Zeiten einer politisch stagnierenden Integration wurden Kompetenznormen weit ausgelegt und dynamische angelegte Kompetenznormen (z.B. die Art. 94, 95 und 308 EGV) wurden zu zentralen Normen des Gemeinschaftsrechts. Der EuGH wurde in diesem Zusammenhang zu einem „Motor“ der Integration, indem er einerseits selbst die Reichweite der Gemeinschaftskompetenzen „großzügig“ (und die der Mitgliedstaaten parallel dazu „eng“) interpretierte und andererseits deren extensive Inanspruchnahme durch die Gemeinschaftsorgane billigte. Trotz dieser expansiven Entwicklung gab es - abgesehen von Einzelfällen - keine grundsätzliche Infragestellung dieser Praxis seitens der Mitgliedstaaten oder gar eine hierdurch hervorgerufene Krise. Dies erklärt sich aus dem Festhalten am Einstimmigkeitsprinzip in den Entscheidungen des Ministerrates. Die Mitgliedstaaten konnten auf diese Weise die Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenzen in vollem Umfang kontrollieren. Nichts konnte gegen den erklärten Willen auch nur eines einzigen Mitgliedstaates unternommen werden. Diese Situation hat sich seit der EEA mit dem grundsätzlichen Wechsel zum Mehrheitsprinzip geändert. Mit dem Fehlen eines Vetorechts und der insbesondere durch den Vertrag von Maastricht erfolgten vertragliche Erweiterung gemeinschaftlicher Zuständigkeiten, ist die Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, wie sie insbesondere in Art. 5 EGV zum Ausdruck kommt, zu einem der sensibelsten Bereiche der EU - nicht zuletzt aufgrund der öffentlichen Meinung in den Mitgliedstaaten - geworden. Der EuGH ist in der Folge gezwungen, in einem Konfliktfeld kontroverser Diskussionen und verschiedener politischer Interessen Entscheidungen über Kompetenzfragen zu treffen.<sup>190</sup> Insoweit ist überdies zu bedenken, dass die EU – trotz aller strukturellen Parallelen<sup>191</sup> – kein klassischer Bundesstaat ist, so dass die Mitgliedstaaten hier besonders stark darauf bedacht sind, ihre nationale Souveränität und Identität zu wahren. Entsprechend fragiler ist das Verhältnis der EU zu ihren Mitgliedstaaten ausgestaltet, und entsprechend sensibler ist die Frage der Kompetenzabgrenzung zu handhaben, wenn nicht der Integrationserfolg, und damit die EU selbst, in Frage gestellt werden soll.<sup>192</sup> Würde sich daher der EuGH – wie ehemals das deutsche BVerfG mit Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG – aus der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über die Kompetenzausübung nach Art. 5 EGV mit dem Hinweis auf

---

<sup>190</sup>Vgl. Weiler, ebenda S. 438.

<sup>191</sup> Martin y Pérez de Nanclares, ZEuS 2001, S. 595 ff. ; Zuleeg, NJW 2000, S. 2846 ; v.Bogdandy, (Fn. 161); Schmitz (Fn. 24), S. 176 ff.

<sup>192</sup> Ähnlich jetzt auch Wolf-Niedermaier, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik: Der Einfluß des EuGH auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, 1997, insbesondere S. 266 ff.; mit Blick auf die Praxis eher skeptisch Simm (Fn. 62), S. 155.

deren politischen Charakter zurückziehen, bestünde die Gefahr, dass er seine Glaubwürdigkeit als Garant der Rechtsgemeinschaft verliert und damit den Weg für eine Entwicklung ebnet, in der die nationalen Verfassungsgerichte – wie es das BVerfG bereits in seinem Maastricht-Urteil andeutete – diese Aufgabe an sich zögen. Damit aber wären der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wie auch die verfassungsrechtliche Architektur der EU/EG in Frage gestellt.<sup>193</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Gerichtshof schon im Vorfeld des Verfassungskonvents in eine Stellung gerückt worden, die dem der eines Verfassungsgerichts in föderal organisierten Staaten ähnelt: Er muss Kompetenzstreitigkeiten zwischen der zentralen Ebene, der EU, und ihren Untergliederungen, den Mitgliedstaaten, entscheiden. In der Folge muss der EuGH seine Rolle neu definieren. Das bereits mehrfach erwähnte Tabakwerbeverbots-Urteil könnte daher ein Zeichen für den Beginn eines entsprechenden Lernprozesses beim EuGH sein.<sup>194</sup>

Nach alledem liegt es daher nahe, wie bei Art. 72 Abs. 2 GG zu verfahren und die Gerichtsbarkeit durch eine inhaltliche Präzisierung des Art. 5 Abs. 2 EGV in die Pflicht zu nehmen. Vorschläge existieren bereits aus der Debatte um die Formulierung des Subsidiaritätsprinzips im Vertrag von Maastricht und sind jetzt noch einmal mit Blick auf den Verfassungskonvent formuliert worden.<sup>195</sup> Insoweit erscheint es sinnvoll, Negativ- und Positivkriterium in Art. 5 Abs. 2 EGV um an Wortlaut und Auslegung des Art. 72 Abs. 2 GG orientierte Konkretisierungen zu ergänzen. Dabei ist es von großer Bedeutung, dass das trotz aller diesbezüglichen Bemühungen nach wie vor schwer zu definierende Negativkriterium<sup>196</sup> durch ein Erforderlichkeitskriterium ersetzt wird. Dieses könnte einer – wie oben für Art. 72 Abs. 2 GG entwickelten – Verhältnismäßigkeitsprüfung den Weg bereiten, in deren Folge die gerichtliche Kontrolle der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung durch eine dogmatische Konturierungsmöglichkeit der Prüfung im vorstehend für Art. 72 Abs. 2 GG dargestellten Sinne verbessert werden würde. Vor diesem Hintergrund könnte Art. 5 Abs. 2 EGV (Abs. 1 und 3 bleiben unverändert) wie folgt neu formuliert werden:

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, darf die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig werden, *wenn und soweit* Maßnahmen im Anwendungsbereich der Ziele des Art. 2 EGV *erforderlich* sind, *um* einer

- *erheblichen* Auseinanderentwicklung der sozialen, ökonomischen und ökologischen Lebensverhältnisse,
- einer *spürbaren* Behinderung des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs *oder*

---

<sup>193</sup> Weiler, ebenda.

<sup>194</sup> EuGH, Slg. 2000, I-8419 ff.; dazu Calliess, JURA 2001, S. 311 ff.

<sup>195</sup> Ein konkreter Vorschlag dafür ist etwa zu finden bei: Koenig/Lorz, JZ 2003, S. 169; ebenso beim Konventsmitglied Teufel (Fn. 177), S. 9, die im Ergebnis weitgehend am derzeitigen Wortlaut des Art. 5 EGV bzw. des Subsidiaritätsprotokolls festhalten.

<sup>196</sup> Dazu Calliess (Fn. 3), S. 106 ff.

- einer den Wettbewerb *nachhaltig verzerrenden* Störung der Funktionsfähigkeit des einheitlichen Wirtschaftsraums der EU *zu begegnen*.“

Mit dieser Formulierung wird Art. 5 Abs. 2 EGV durch konkrete, inhaltliche Kriterien angereichert, die als Bezugspunkte der oben (unter III. 2. c) ) dargestellten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einer deutlich erhöhten gerichtlichen Kontrolle der gesetzgeberischen Prognose hinsichtlich der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung führen. Parallel dazu wird die Darlegungslast der Gemeinschaftsorgane im Gesetzgebungsverfahren bei Inanspruchnahme einer konkurrierenden Zuständigkeit erhöht, was sich wiederum in der Kontrolle der Begründungspflicht niederschlägt.

Des weiteren wäre es sinnvoll, die gerichtliche Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips durch eine Erweiterung des Kreises der Klageberechtigten zu stärken. Hier wurde in erster Linie an die nationalen Parlamente gedacht, die in besonderer Weise von der – in aller Regel die nationale Exekutive stärkenden – Kompetenzübertragung auf EU-Ebene betroffen sind. Die Einführung einer eigenen Subsidiaritätsklage, die Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG nachempfunden wäre, würde den Stellenwert der Subsidiaritätskontrolle unterstreichen. Der Konvents-Entwurf des Subsidiaritätsprotokolls legt in Bezug auf die aktive Klagelegitimation für die Nichtigkeitsklage jedoch bloß fest, dass „ein Mitgliedstaat gegebenenfalls auf Auftrag seines nationalen Parlamentes gemäß seiner jeweiligen Verfassung wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip“ Klage erhebt. Immerhin erfährt der Ausschuss der Regionen in dieser Hinsicht eine Aufwertung, ihm soll für Rechtsakte, zu denen er konsultiert wurde, ein Klagerecht eingeräumt werden.<sup>197</sup>

Der mit diesen Verfassungsänderungen beim EuGH einzuleitende Lernprozess ist, wie das Altenpflege-Urteil des BVerfG deutlich macht, möglich. Er ist im europäischen Verfassungsverbund, der über eine Verzahnung der Verfassungen hinaus auch durch eine wechselseitige „Verfassungsbefruchtung“ – und damit gerade auch durch eine gegenseitige Beeinflussung der Verfassungen und Verfassungsinterpreten – gekennzeichnet ist, überdies geboten. Diese Beeinflussung ist in vielen Bereichen gelungen, etwa im Bereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und hier insbesondere im Bereich des Grundrechtsschutzes (vgl. Art. 288 Abs. 2 EGV, Art. 6 Abs. 2 EUV).<sup>198</sup> Insoweit war das nationale Verfassungsrecht wichtiges Rezeptionsreservoir für das europäische Verfassungsrecht<sup>199</sup>, wie z.B. die europäische „Karriere“ des Verhältnismäßigkeitsprinzips im System von nationalem Verfassungsrecht, EG-Recht und EMRK deutlich macht. Dementsprechend „ist unübersehbar,

---

<sup>197</sup> Entwurf eines Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, CONV 579/03, Punkt 8; dazu der instruktive Beitrag von *Brecht*, ZEuS 2003, S. 135 ff. m.w.N. aus der Konventdebatte, der derzeitigen Rechtsprechung des EuGH und dem Schrifttum.

<sup>198</sup> Dazu *Ress* (Fn. 24), S. 897 ff.; *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, S. 473 ff.; a.A. *Broß*, EuGRZ 2003, S. 577 ff.

<sup>199</sup> Zum Ganzen *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 1, Rn. 17 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

daß sich eine Wechselwirkung in der Interpretation und sogar in der Übernahme von Rechtsinstituten zwischen allen drei Ebenen vollzieht. Die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ... ist dafür ein gutes Beispiel ...".<sup>200</sup> Warum sollte eine solche Wechselwirkung in der Interpretation nicht auch bei der Kontrolle zentraler Kompetenzausübung möglich sein? Das jüngst in der Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, ergangene Urteil des EuGH vom 10.12.2002 zeigt zumindest im Ansatz, dass es für den EuGH nicht ausgeschlossen ist, eine effektivere Kontrolle zentraler Kompetenzausübung vorzunehmen. Im Hinblick hierauf bestehen, das haben die obigen Ausführungen deutlich gemacht, interessante Parallelen zwischen Art. 72 Abs. 2 GG a.F. und Art. 5 Abs. 2 EGV, die nicht zuletzt dadurch unterstrichen werden, dass der Hinweis auf die alte Rechtsprechung des BVerfG immer wieder dazu diene, auch dem gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip eine Justitiabilität abzusprechen. Art. 72 Abs. 2 GG wurde im Kontext der deutschen Einigung durch die Gemeinsame Verfassungskommission bewusst „justitiabel gemacht“. Dies hatte, wie jetzt das Altenpflegegesetz-Urteil des BVerfG, trotz mancher Defizite, zeigt, Erfolg. Im Zuge der europäischen Einigung (Erweiterung und Vertiefung) und der in diesem Zusammenhang zu sehenden, eingangs bereits erwähnten Erklärung zum Vertrag von Nizza, dem sich daran anschließenden Verfassungskonvent sowie der kommenden Regierungskonferenz eröffnet sich nunmehr genau jene Chance, die die Gemeinsame Verfassungskommission in Deutschland für die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG nutzte, für Europa.

---

<sup>200</sup> *Ress* (Fn. 24), S. 928.