



*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. 45

04.05.2006

Christian Calliess:

### **Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union: Konkrete Vorgaben für seine Prüfung**

Zitiervorschlag:

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



## **Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union: Konkrete Vorgaben für seine Prüfung**

**(Thesen zum Vortrag auf der Europäischen Subsidiaritätskonferenz am 18./19.4.2006 in  
St. Pölten im Rahmen der EU-Präsidentschaft Österreichs)**

1.) Das Verständnis der EU als Staaten-, Verfassungs- und Gemeinwohlverbund wird ganz maßgeblich durch die Kompetenzfrage geprägt. Denn Kompetenzfragen sind immer auch Machtfragen.

2.) Die Machtfrage stellte sich immer deutlicher, nachdem der Ministerrat der EWG – nach einer jahrzehntelang dauernden Phase der Stagnation – mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 verstärkt zur Mehrheitsentscheidung überging. In der Folge verlor das nationale Veto – und damit die Kontrolle des Handelns der EG durch einen jeden Mitgliedstaat – an Schlagkraft. Dies war aus mitgliedstaatlicher Sicht um so problematischer, als der EG im Zuge des Binnenmarktprogramms und seiner ordnungspolitischen Flankierung zunehmend neue Kompetenzen übertragen wurden.

3.) Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips mit dem Vertrag von Maastricht in Art. 3b EGV im Jahre 1992 (seit dem Vertrag von Amsterdam: Art. 5 EGV) war daher ein konsequenter Ansatz, die Kompetenzausübung im Rahmen der EG zu begrenzen.

4.) Die Effektivität der Zuständigkeitsordnung allgemein und des Subsidiaritätsprinzips gem. Artikel 5 Abs. 2 EGV/I-11 Abs. 3 VerfEU im Besonderen hängt ganz entscheidend davon ab, ob und wie deren Vorgaben in der täglichen Praxis, insbesondere im Rechtsetzungsverfahren, durch die Unionsorgane umgesetzt und kontrolliert werden.

5.) Die Unionsorgane kontrollieren sich im Subsidiaritätsverfahren freilich mehr oder weniger selbst und unterliegen insoweit einem „Dilemma der Autointerpretation“: Einerseits sollen sie die Unionsziele verwirklichen, andererseits sollen sie mit Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen auf Maßnahmen, die der Umsetzung der Unionsziele dienen würden, verzichten.

6.) Der EuGH hat sich, sowohl was die Anzahl der Urteile angeht, in denen er das Subsidiaritätsprinzip erwähnt, als auch inhaltlich, was die konkrete Ausgestaltung der Prüfung im Einzelfall betrifft, sehr zurückgehalten.

7.) Der Verfassungskonvent hat daher nicht nur die überkommenen verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Unionsorgane verschärft. Die Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips soll vielmehr auch durch ein neuartiges Element, den sog. „Frühwarnmechanismus“, der in einer ex-ante-Überprüfung durch die nationalen Parlamente besteht, gesichert werden. Nach Art. I-11 Abs. 3 UAbs. 2 und Abs. 4 UAbs. 2 beziehen sich die prozeduralen Vorgaben des Protokolls Nr. 2 explizit auf das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

8.) In Art. 5 Protokoll Nr. 2 wird die Kommission verpflichtet, die „Entwürfe von Europäischen Gesetzgebungsakten (...) im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ ausreichend zu begründen. Jeder Gesetzesvorschlag sollte danach, entsprechend dem oftmals vorgeschlagenen „Subsidiaritätsbogen“, einen „Vermerk mit detail-

lierten Angaben enthalten, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden“.

9.) Für die Frage, ob eine konkrete Maßnahme mit den Vorgaben des Artikel 5 EGV/ I-11 VerfEU vereinbar ist, sollten die am Rechtssetzungsverfahren beteiligten Gemeinschaftsorgane im Rahmen der von ihnen vorzunehmenden Subsidiaritätsprüfung daher ein *Prüfraster* zugrundelegen.

10.a) Nach Artikel 5 Abs. 1 EGV/ I-11 Abs. 2 VerfEU ist auf der ersten Stufe die Frage zu stellen, ob die EU überhaupt tätig werden kann (*Kann-Frage*), d.h. ob ihr überhaupt die Zuständigkeit zur Regelung einer bestimmten Angelegenheit zukommt.

10.b) Ist dies geklärt, wird auf der zweiten Stufe das die konkrete Kompetenzausübung begrenzende Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5 Abs. 2 EGV/ I-11 Abs. 3 VerfEU geprüft. In soweit ist zu untersuchen, ob die Union im konkreten Falle auch Gebrauch von der ihr zustehenden Kompetenz machen darf (*Ob-Frage*). Das im Hinblick hierauf zunächst zu untersuchende Kriterium des nicht „ausreichend“ (Negativkriterium) wird durch das zusätzliche Kriterium des „besser“ (Positivkriterium) ergänzt. Diese Prüfung findet jedoch nach dem Wortlaut der Norm nur für jene Bereiche statt, die „nicht in (die) ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen“.

10.c) Auf der dritten Prüfstufe schließlich ist nach Artikel 5 Abs. 3 EGV/I-11 Abs. 4 VerfEU die Frage nach Art, Umfang und Intensität der zulässigen Maßnahme zu stellen. Dabei geht es darum, wie die Union handeln soll (*Wie-Frage*).

11.a) Artikel I-11 VerfEU orientiert sich inhaltlich an der Regelung des Art. 5 EGV als der grundlegenden Kompetenznorm des EG-Vertrags. Die dort enthaltene Schrankentrias der Kompetenzausübung wurde durch den Verfassungskonvent präzisiert und in den Protokollen Nr. 1 über die Rolle der nationalen Parlamente in der EU und Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit durch spezifische Kontrollverfahren ergänzt.

11.b) Mit den Formulierungsänderungen in der Definition des Subsidiaritätsprinzips nach Art. I-11 Abs. 3 VerfEU sollen Unklarheiten, die nach dem Wortlaut der bisher bestehenden Regelung aufgetreten waren, beseitigt werden. So wird die „Ebene der Mitgliedstaaten“ durch die Formulierung „zentrale, regionale und lokale Ebene“ präzisiert. Darüber hinaus wurde die im Schrifttum als „sinnlos“ oder als „sprachlich verunglückt“ bezeichnete „und daher“-Formulierung zur Verbindung der beiden Subsidiaritätskriterien durch „sondern“ ersetzt, so daß sich die Notwendigkeit einer zweistufigen Prüfung nunmehr klar und unmittelbar aus dem Bestimmungstext selbst ergibt.

12.a) Eine Konkretisierung erfährt das Subsidiaritätsprinzip nach der VerfEU durch das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Während das Amsterdamer Protokoll Nr. 30 auf dieser Grundlage nicht nur die verfahrensrechtlichen Prüfvorgaben definierte, sondern darüber hinaus auch eine Präzisierung der für die Subsidiaritätsprüfung bedeutsamen materiellen Kriterien enthielt, beschränkt sich das neue Protokoll Nr. 2 nunmehr weitgehend auf die Festlegung rein prozeduraler Anwendungsbedingungen Diese *Entmaterialisierung* der Subsidiaritätsprüfung stellt eine – mit Blick auf Praktikabilität und Justitiabilität bedeutsame – Verschlechterung dar.

12.b) Demgegenüber ist zu bedenken, daß sowohl die prozedurale Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips durch die beteiligten Organe – man denke an die Begründungspflicht, für die die Leitlinien als „inhaltliche Maßstäbe“ fungieren –, als auch eine effektive Kontrolle seiner Einhaltung ohne materielle Vorgaben für die im Wortlaut des Artikels selbst unbestimmt gebliebenen Rechtsbegriffe nicht „ausreichend“ bzw. „besser“ schwerlich möglich ist. Sowohl die prozedurale Umsetzung des Prinzips durch die beteiligten Unionsorgane samt ex-ante-Kontrolle durch die nationalen Parlamente im Rahmen des sog. „Frühwarnmechanismus“ nach Art. 6 Protokoll Nr. 2 bzw. Art. 3 Protokoll Nr. 1, als auch die ex-post-Kontrolle durch den EuGH erfordern daher zwingend eine materielle Konkretisierung der Subsidiaritätskriterien<sup>1</sup>.

12.c) Insoweit bleibt die Hoffnung, daß die in den Referenden vorerst gescheiterte Europäische Verfassung im Falle ihrer Neuauflage diese „Verschlimmbesserung“ beseitigt und die Kriterien des Amsterdamer Protokoll Nr. 30 rekonstruiert.

13.) Nach alledem kann festgehalten werden, daß die VerfEU zwar die prozedurale Dimension des Subsidiaritätsprinzips stärkt und hier im Rahmen der Protokolle, insbesondere mit dem Frühwarnsystem, Verbesserungen mit sich bringt. Andererseits wird die materielle Dimension des Subsidiaritätsprinzips durch die Aushöhlung des Amsterdamer Protokolls Nr. 30 entscheidend geschwächt. Übersehen wird dabei, daß beide Dimensionen zusammen gehören.

14.) Nur unter diesen Voraussetzungen kann auch ein entsprechend wirksamer (da rechtsverbindlicher) „Subsidiaritätsbogen“ respektive Prüfraster formuliert werden

15.) Vor diesem Hintergrund müßte *auch die materielle Dimension* des Subsidiaritätsprinzips gestärkt werden, vorzugsweise durch eine konkretisierende Reformulierung des Art. I-11 Abs. 3. Art. I-11 Abs. 3 könnte daher wie folgt lauten:

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

16.) Zumindest aber müßte ein in materieller Hinsicht angereichertes *Subsidiaritätsprotokoll* formuliert werden, das Negativ- und Positivkriterium in Artikel 5 Abs. 2 und 3 EGV/I-11 Abs. 3 und 4 VerfEU wie folgt konkretisiert<sup>2</sup>:

a) Liegen die Vorgaben des *Negativkriteriums* („nicht ausreichend“) vor?

- Insofern ist die Frage einer „Überforderung“ der Mitgliedstaaten - und damit (im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 EGV noch inzidenter) ihrer innerstaatlichen Untergliederungen, Regionen und Gemeinden - zu prüfen, wobei die aktuelle Sach- und Rechtslage in den Mitgliedstaaten neben einer hypothetischen Abschätzung von deren Möglichkeiten und Fähigkeiten zum Erlaß künftiger Maßnahmen zu berücksichtigen ist.
- Mit Blick auf das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahme ist diesbezüglich zu untersuchen, ob etwaige transnationale Aspekte zufriedenstellend von den Mitgliedstaaten allein

<sup>1</sup> Zur möglichen Kontrolle des Art. 5 EGV durch den EuGH: Calliess, EuGRZ 2003, S. 181 ff.

<sup>2</sup> Ausführlich Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 271 ff. und 389 ff.

geregelt werden können und ob bei Verzicht auf gemeinschaftliche Regelungen Kernziele des Vertrages, europarechtlich anerkannte Gemeinwohlbelange oder Interessen anderer Mitgliedstaaten („Nachbarschutz“) durch „spill overs“ erheblich (Spürbarkeit) beeinträchtigt (Wettbewerbsverzerrungen und „Dumping“-Gefahr) werden.

- Schließlich ist zu erwägen, ob die mit der angestrebten Maßnahme verfolgten Ziele sich nicht auch durch gegenseitige Anerkennung, durch Vereinbarungen der Sozialpartner, der Berufsorganisationen oder durch private Initiative bzw. deren Unterstützung erreichen lassen.
- Hingegen darf nicht geprüft werden, ob die konkret mit der Maßnahme verfolgten Ziele durch Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten außerhalb der EG erreicht werden können.

b) Liegen dazu kumulativ-kausal die Vorgaben des Positivkriteriums („besser“) vor?

- Im Hinblick auf den Begriff des „Umfangs“ ist zu prüfen, ob die angestrebte Maßnahme einen transnationalen bzw. grenzüberschreitenden Aspekt hat, bei dem auf die Art, Größe und Schwere des durch die in Betracht gezogene Maßnahme zu lösenden jeweiligen Problems sowie die Frage, ob mehrere oder alle Mitgliedstaaten von ihm betroffen sind, abzustellen ist (quantitatives Element).
- Auch der Begriff der „Wirkungen“ hat einen transnationalen Bezug. Zu betrachten sind dabei aber die Auswirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel. Maßgeblich wird dabei die Frage nach der Effektivität eines Handelns auf der Gemeinschaftsebene (qualitatives Element).
- Das Kriterium „besser“ erfordert einen Vergleich, in dessen Rahmen die bestehenden Handlungsalternativen mit Blick auf die möglichen Problemlösungen auf den unterschiedlichen Handlungsebenen zu prüfen sind. Insofern ist also ein *wertender Vergleich* zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust vorzunehmen, wobei Kosten und Nutzen der Problemlösung auf den verschiedenen Handlungsebenen sowie die negativen Effekte einer „Nulloption“ bei einem Verzicht auf ein Tätigwerden der Gemeinschaft zu prüfen sind. Ferner ist auch der „europäische Mehrwert“ einer gemeinschaftsweiten Regelung in die Abwägung miteinzubeziehen.

c) Art. 5 Abs. 3 EGV/I-11 Abs. 4 VerfEU ist allgemein als Grundsatz der größtmöglichen Schonung von dezentralen Zuständigkeiten zu verstehen.

- Ist die Maßnahme der Gemeinschaft verhältnismäßig? Ist sie also mit Blick auf das von ihr angestrebte Ziel nach Art, Umfang und Intensität geeignet, erforderlich (Wahl des mildesten Mittels) und nicht zu diesem Ziel außer Verhältnis stehend? Insofern ist zu prüfen:
- Ist der aus Art. 5 Abs. 3 EGV/I-11 Abs. 4 VerfEU abzuleitenden Mittelhierarchie Rechnung getragen, nach der z.B. ein Vorrang von gegenseitiger Anerkennung vor Harmonisierung, von Unterstützungsmaßnahmen vor einer Reglementierung, von Rahmenregelungen vor detaillierten Regelungen, von unverbindlichen Maßnahmen vor Richtlinien und von Richtlinien vor Verordnungen besteht?
- Dürfen überhaupt nur Mindestnormen festgelegt werden? Kommen im übrigen Mindestnormen in Betracht?
- Beschränken sich inhaltliche Regelungstiefe und Regelungsumfang auf das erforderliche Maß (mildere Mittel)?
- Welche Alternativen sind im Rahmen der hiernach vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung erwogen worden?

*Das „Frühwarnsystem“ nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit im Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für die Europäische Union*

**Europäische Kommission**

Gesetzgebungsvorschläge  
– zeitgleich mit der Vorlage an das Europäische Parlament und den Ministerrat

**Nationale Parlamente bzw. deren Kammern**

Abgabe einer begründeten Stellungnahme zur Vereinbarkeit des Vorschlags mit dem Subsidiaritätsprinzip an die Präsidenten des EP, der K und des MR binnen sechs Wochen

Stellungnahme einzelner NP bzw. Kammern:  
„Berücksichtigung“ durch das EP, den MR und die K

Begründete Bedenken eines Drittels der NP bzw. der Kammern (bzw. eines Viertels in Angelegenheiten der Polizeilichen Zusammenarbeit und der Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen)

K hält mit begründetem Beschluss an dem Gesetzgebungsvorschlag fest

K ändert den Gesetzgebungsvorschlag mit begründetem Beschluss

K zieht den Gesetzgebungsvorschlag mit begründetem Beschluss zurück

*Orientierungsvorschlag für die Grundstruktur eines „Fiche subsidiaire“*

„KANN“-FRAGE

**a) Frage nach der Kompetenznorm**

Findet sich im Vertrag eine spezielle Kompetenznorm oder besteht eine Zuständigkeit auf der Grundlage von „implied powers“ oder der Flexibilitätsklausel nach Art. I-18 VerfEU?

**b) Frage nach der Zieldefinition und Zielprüfung**

Welches Ziel wird mit dem Gesetzgebungsvorschlag verfolgt und lässt sich dieses konkrete Ziel unter eines der abstrakten Ziele subsumieren, die mit der aufgefundenen Kompetenznorm erreicht werden sollen?

**c) Frage nach der ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Union**

Begründet die aufgefundenen Kompetenznorm eine ausschließliche Zuständigkeit der Union (Art. I-13 VerfEU), eine geteilte Zuständigkeit (Art. I-14 VerfEU) oder eine Zuständigkeit zum Erlass von Koordinierungs-, Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen (Art. I-15 und I-17 VerfEU).

Rechtsbereich fällt nicht unter ausschließliche Zuständigkeit (also geteilte Zuständigkeit): weiter d)

Rechtsbereich fällt unter die ausschließliche Zuständigkeit, dann weiter ohne Prüfungspunkt d) direkt zu e)

**d) Frage nach der Vereinbarkeit des Vorschlages mit den Vorgaben des Negativ- sowie Positivkriteriums**

**Negativkriterium:** Die „Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme (können) von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend erreicht werden“.

- Transnationale Aspekte des betreffenden Gesetzgebungsvorschlags
- Entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein bzw. das Fehlen europäischer Maßnahmen würden in Widerspruch zu bestimmten Zielen des Vertrags (etwa der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierter Handelsbeschränkungen, der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) stehen, bzw. die Interessen anderer Mitgliedstaaten auf sonstige Weise erheblich beeinträchtigen

**Positivkriterium:** Die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme können „vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser erreicht werden“.

- Im wertenden Vergleich überwiegen die Vorteile einer Maßnahme auf EU-Ebene (sog. europäischer Mehrwert)
- die Nachteile des mitgliedstaatlichen Kompetenzverlustes (z.B. Bürgernähe, dezentrale Effizienz, Schutz der nat. Identität, insbes. der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung, vgl. Art. 1 I, 6 I EUV bzw. Art. I-5 I VerfEU).

„OB“-FRAGE

**e) Frage nach der Verhältnismäßigkeit der angestrebten Maßnahme**

Maßnahmen der Union dürfen „inhaltlich wie formal nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß“ hinausgehen. D.h. die Maßnahme darf Art, Umfang und Intensität geeignet, erforderlich und nicht zu diesem Ziel außer Verhältnis stehen (verhältnismäßig ieS).

## Die einzelnen Prüfschritte nach Artikel 5 EGV/I-11 VerfeEU

