

---

# Anmerkungen zu Kompetenzordnung und Subsidiarität nach dem Vertrag von Lissabon

Clemens Ladenburger\*

## Inhalt

|      |   |     |
|------|---|-----|
| I.   | Einleitung  | 389 |
| II.  | Zur Kompetenzverteilung und -ausübung im Vertrag von Lissabon selbst                    | 390 |
|      | 1. Änderungen des Kompetenzbestandes durch den Vertrag                                  | 390 |
|      | 2. Signale des Vertrages zur Kompetenzausübung  | 394 |
| III. | Zum Umgang der Europäischen Kommission mit Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit        | 396 |
|      | 1. Die materielle Seite, insbesondere das Verhältnis zwischen Verordnung und Richtlinie | 396 |
|      | 2. Prozedurale Sicherungen  | 399 |
| IV.  | Künftige Einwirkungen auf die EU-Kompetenzordnung                                       | 403 |
|      | 1. „Economic governance“  | 404 |
|      | 2. Bürgerinitiative   | 406 |
|      | 3. Grundrechte-Charta   | 406 |
| V.   | Schluss   | 408 |

## I. Einleitung

Die nachfolgenden Anmerkungen wollen – aus der Sicht eines an der Entstehung des Vertrages von Lissabon beteiligten und jetzt mit der Koordinierung der Gesetzgebungstätigkeit beschäftigten EU-Praktikers – einige verbreitete Vorurteile über den Vertrag von Lissabon ausräumen und auf neuere Entwicklungen und Tendenzen im Umgang mit Kompetenzen und Subsidiarität aufmerksam machen.

---

\* Dr. Clemens Ladenburger LL.M. ist Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission. Dieser Beitrag gibt rein persönliche Auffassungen wieder.

Ausgangspunkt ist der Vertrag von Lissabon selbst. Es kann aber hier weder eine geschlossene Darstellung seiner Kompetenzordnung geboten noch die Praxis der Europäischen Kommission zum Subsidiaritätsprinzip erschöpfend analysiert werden. Vielmehr sollen zunächst landläufige Vorstellungen vom Vertrag von Lissabon als einem kompetenzerweiternden und zentralisierungsfördernden Instrument zurechtgerückt werden (II). Sodann werden neue Impulse erläutert, die sich aus dem Vertrag, vor allem aber aus methodischen Innovationen der Kommission für eine effektive Achtung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit ergeben (III). Schließlich werden drei Entwicklungen aufgezeigt, die in den nächsten Jahren für Einwirkungen auf die EU-Kompetenzordnung einschließlich des Subsidiaritätsgrundsatzes sorgen könnten (IV).

## II. Zur Kompetenzverteilung und -ausübung im Vertrag von Lissabon selbst

### 1. Änderungen des Kompetenzbestandes durch den Vertrag

Noch immer stößt man auf die verbreitete Vorstellung, der Vertrag von Lissabon habe zu einer weiteren beträchtlichen Expansion der Kompetenzen der EU geführt.

Bei näherem Besehen trifft diese Vorstellung nicht zu.<sup>1</sup> Grundanliegen der vom Verfassungskonvent auf den Weg gebrachten Vertragsreform, deren Substanz im Vertrag von Lissabon weitgehend erhalten geblieben ist, war eine effizientere, besser demokratisch legitimierte und kohärentere Ausübung der EU-Kompetenzen, nicht dagegen, den Bestand dieser Kompetenzen in die eine oder andere Richtung wesentlich zu ändern. Gleich zu Beginn der Konventsberatungen zeigte sich, dass weder über eine umfassende Überprüfung bestehender EU-Politiken mit Hinblick auf ihre Renationalisierung noch über die Eröffnung ganz neuer Tätigkeitsfelder der EU Konsens erzielt werden konnte.<sup>2</sup> Daher setzte sich der Konvent zwar eine verfassungsrechtlich klarer geregelte, nicht aber eine inhaltlich neue Kompetenzordnung zum Ziel.

Nur in einem Politikbereich hat der Vertrag von Lissabon die Kompetenzen der EU in der Tat nennenswert erweitert, nämlich in der gemeinsamen Handels-

---

<sup>1</sup> Ebenso *Van Nuffel*, in: Koeck/Karollus (Hrsg.), *Preparing the European Union for the Future?*, XXXIII. FIDE-Tagung, 2008, S. 357, 363.

<sup>2</sup> *Ladenburger*, in: Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 397, 400.

politik.<sup>3</sup> Der neue Art. 207 AEUV erstreckt, im Vergleich zum vorherigen Art. 133 EGV in der Fassung des Vertrages von Nizza, die ausschließliche Kompetenz der EU zum Abschluss völkerrechtlicher Handelsübereinkommen auf die Bereiche Dienstleistungen insgesamt, Handelsaspekte des geistigen Eigentums sowie ausländische Direktinvestitionen. Dies war eine bewusste Entscheidung des Konvents mit dem Ziel, die gemischten Abkommen im Handelsbereich zu vermeiden, da diese ein „de-facto“-Vetorecht jedes Mitgliedstaats im Rat und jahrelange Verzögerungen ihres Inkrafttretens mit sich bringen. So sollte die Effizienz der Gemeinsamen Handelspolitik der EU gestärkt werden. Diese Logik findet auch in der interessanten Klausel des Art. 207 Abs. 6 AEUV ihren Ausdruck, die gewissermaßen einen „umgekehrten AETR-Effekt“<sup>4</sup> ausschließen soll: Der Umstand, dass die EU Handelsabkommen etwa über kulturelle Dienstleistungen in ausschließlicher externer Zuständigkeit abschließt, soll nicht zu einem ungewollten „Abwandern“ von Zuständigkeiten im Innenverhältnis zwischen EU und den Mitgliedstaaten führen. Freilich hat der Vertrag von Lissabon im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik sein Ziel praktisch doch nicht ganz erreicht: Da die Verkehrsaspekte internationaler Handelsabkommen gemäß Art. 207 Abs. 5 von der ausschließlichen Zuständigkeit für die Handelspolitik nicht umfasst sind und der Gerichtshof in seinem Gutachten 1/08<sup>5</sup> diese Ausschlussklausel (im Vorgänger-Art. 133 EGV) weit ausgelegt hat, können die Mitgliedstaaten wohl auch in Zukunft für horizontal angelegte Abkommen und Entscheidungen (z.B. über etwaige Weiterentwicklungen der WTO-Abkommen in der Doha-Runde oder die Zustimmung zum Beitritt neuer WTO-Mitglieder) auf eine mit ihnen geteilte Zuständigkeit verweisen.

Lässt man diesen Sonderfall einer Erweiterung der externen Zuständigkeit beiseite und konzentriert sich auf den internen Bereich, so sind nur eher marginale Kompetenzzuwächse der EU im Vertrag von Lissabon zu verzeichnen. Zwar fügt der Vertrag von Lissabon eine Reihe neuer Rechtsgrundlagen ins Primärrecht ein. Diese betreffen jedoch zumeist Bereiche, in denen die EU schon längst gestützt auf andere Rechtsgrundlagen, insbesondere der des Binnenmarkts und der Flexibilitätsklausel (ex-Art. 308 EGV, jetzt Art. 352 AEUV) tätig geworden war. Dies gilt zum Beispiel für die Art. 14, 118, 168 Abs. 4 lit. c) und 5, 165, 194, 195, 196 AEUV über Daseinsvorsorge, geistiges Eigentum und zentralisierte Zulassungsverfahren, Sport, bestimmte Aspekte der Gesundheitspolitik, Energie, Tourismus und Katastrophenschutz. Diese Rechtsgrundlagen sollten also nicht neue Kompetenzen schaffen; sie sollten vielmehr die Art. 352 und 114 AEUV

---

<sup>3</sup> Hierzu *Brakeland*, in: Amato/Bribosia/De Witte (Hrsg.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, 2007, S. 849.

<sup>4</sup> Nach der klassischen Rechtsprechung *AETR*: EuGH, Rs. 22/70, *Kommission/Rat*, Slg. 1971, 263.

<sup>5</sup> EuGH, Gutachten 1/08, Slg. 2009, I-11129.

entlasten, zugleich – zur Steigerung von Effizienz und demokratischer Legitimation – das ordentliche Gesetzgebungsverfahren einführen und auch bestimmten Politikfeldern, wie etwa Energie, Gesundheit oder Raumfahrt, schlichtweg eine größere Sichtbarkeit verschaffen. Ganz folgerichtig hat denn auch das dänische Parlament im Zuge der Ratifikation des Vertrages von Lissabon all diese neuen Rechtsgrundlagen als kompetenzneutral gewertet und so die Bestimmung der dänischen Verfassung über ein Referendum unangewendet gelassen.<sup>6</sup> Auch die Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV selbst ist gegenüber dem alten Art. 308 EGV nicht ausgeweitet, sondern wenn überhaupt eher eingeschränkt worden, denn ein Rückgriff auf diese Rechtsgrundlage muss nunmehr „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche“ erfolgen. Damit ist anstelle der bisherigen Wendung „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“, die in der Praxis als Leerformel ohne Rechtsgehalt behandelt wurde, eine weitere, justiziable Tatbestandsvoraussetzung aufgenommen worden.<sup>7</sup>

Im Grunde bleiben als Beispiele punktueller interner<sup>8</sup> Kompetenzausweitung nur übrig:

- Sanktionsbefugnisse zur Terrorismusbekämpfung ohne Bezug zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 75 AEUV);
- das Asylrecht, da Art. 78 AEUV über die bisherige, auf Mindestregelungen begrenzte Rechtsgrundlage in Art. 63 Abs. 1 EGV hinausgeht;<sup>9</sup>
- womöglich Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zum diplomatischen Schutz (Art. 23 AEUV), je nachdem wie der EuGH diese Formel auslegen wird;

---

<sup>6</sup> Im Vertrag von Lissabon waren mithin alle zehn Punkte, in denen noch 2004 das dänische Justizministerium eine Kompetenzausweitung durch den Verfassungsvertrag festgestellt hatte, einer adäquaten Lösung zugeführt worden, insbesondere durch Verschiebung in den Titel V des AEUV, der für Dänemark nicht gilt, oder durch die Einführung eines Ratifikationsvorbehalts wie in Art. 218 Abs. 8 zum EMRK-Beitritt. Vgl. [http://www.justitsministeriet.dk/fileadmin/downloads/ Pressemeddelelser2004/Redegoerelse\\_for\\_visse\\_forfatningsretlige\\_spoergsmaal\\_i\\_forbindelse\\_med\\_Danmarks\\_ratifikation\\_af\\_Traktat\\_om\\_en\\_forfatning\\_for\\_Europa\\_forfatningstraktaten\\_.pdf](http://www.justitsministeriet.dk/fileadmin/downloads/Pressemeddelelser2004/Redegoerelse_for_visse_forfatningsretlige_spoergsmaal_i_forbindelse_med_Danmarks_ratifikation_af_Traktat_om_en_forfatning_for_Europa_forfatningstraktaten_.pdf) (1.9.2011).

<sup>7</sup> Entgegengesetzt bewertet in BVerfGE 123, 267 – *Vertrag von Lissabon*, Rdnr. 327.

<sup>8</sup> Zwei Bereiche neuer externer Zuständigkeiten sind hier nur am Rande zu erwähnen: die erweiterten Aufgaben der (weiterhin intergouvernementalen) Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik und die Rechtsgrundlage zum Beitritt zur Menschenrechtskonvention in Art. 6 Abs. 2 EUV.

<sup>9</sup> Auch Art. 79 zur Einwanderungspolitik mag hier und da etwas weiter geraten sein als die Vorgängerregelung. Dem steht aber der neue Kompetenzausschluss in Art. 79 Abs. 5 gegenüber, der den Mitgliedstaaten das alleinige Recht zur Festlegung von Quoten wirtschaftlicher Einwanderung aus Drittstaaten vorbehält.

- wohl auch Art. 197 AEUV, der indes entgegen seinem missverständlichen Titel nur finanzielle Fördermaßnahmen zur Stärkung der europäischen Verbundverwaltung erlaubt, sowie Art. 298, der eine – bislang streitige – Kompetenz zur Kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts der EU-Eigenverwaltung verleiht;<sup>10</sup>
- und *last but not least* der lange wenig beachtete, jetzt weit ausgelegte Art. 136 AEUV, der die im Zuge der Staatsschuldenkrise dringend nötige legislative Verschärfung des Stabilitäts- und Wachstumspakts durch neue, früh einsetzende Sanktionen gegenüber Euro-Staaten überhaupt erst ermöglicht hat (hierzu IV.1.).

Nun hat der Vertrag von Lissabon allerdings auch die polizeiliche und strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU, also die ehemalige „dritte Säule“, „vergemeinschaftet“.<sup>11</sup> Das ist sicherlich ein wichtiger Integrationssprung – vielleicht der größte im Vertrag überhaupt –, aber keine Kompetenzerweiterung. Hier ging es dem Vertrag darum, in diesem prioritären Politikbereich die effizienteren Instrumente der Gemeinschaftsmethode einzuführen, die demokratische Legitimation zu stärken und eklatante Rechtsschutzlücken zu schließen, nicht jedoch, die Gegenstände europäischer Gesetzgebung auszuweiten. Im Gegenteil: Diese Vergemeinschaftung war nur möglich im Gegenzug zu einer präziseren und engeren Fassung der EU-Kompetenzen.<sup>12</sup> Deutlich sieht man das bei der Harmonisierung des materiellen Strafrechts, die nach Art. 83 AEUV nur zulässig ist in zehn abschließend aufgeführten Bereichen schwerwiegender grenzüberschreitender Kriminalität oder sofern unerlässlich für die Wirksamkeit einer bereits harmonisierten EU-Politik. Hierin liegt eine bewusste Kompetenzreduktion gegenüber dem vorherigen Vertragszustand, der von einer eigentlich uferlos formulierten Kompetenz in der dritten Säule gekennzeichnet war, zu der sich dann noch die zwei vieldiskutierten EuGH-Urteile zur strafrechtlichen Annexkompetenz der Gemeinschaft gesellten.<sup>13</sup> Die Logik des Konvents war klar: Die Bürger erwarten eine wirksamere, hinreichend legitimierte EU-Politik zur

---

<sup>10</sup> *Ladenburger*, Evolution oder Kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts in der EU, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 107, 118.

<sup>11</sup> Näher hierzu *Van Nuffel*, (Fn. 1); *Bogensberger*, Die EU-Verfassung nimmt das Strafrecht in die Pflicht, JSt 2005, S. 73; *Ladenburger*, Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon, EuConst 2008, S. 20.

<sup>12</sup> In ähnlicher Weise war der Übergang zur Regel der qualifizierten Mehrheit im Bereich der legalen Einwanderung nur möglich im Gegenzug zum neuen Kompetenzausschluss in Art. 79 Abs. 5 AEUV.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-176/03, *Umweltstrafrecht*, Slg. 2005, I-7879; EuGH, Rs. C-440/05, *Meeresverschmutzung*, Slg. 2007, I-9097.

Terrorismus- und Verbrechensbekämpfung; das geht nur mit der Gemeinschaftsmethode, setzt aber voraus, dass man sich im neuen Vertrag präziser auf Kernbereiche konzentriert, in denen gemeinsames Handeln auf EU-Ebene wirklich gefordert ist.

Diese Kompetenzreduktion ist in der Praxis schon mehrfach spürbar geworden. So hat neulich die Kommission eine Mitteilung zur europäischen Dimension des Sports veröffentlicht.<sup>14</sup> Ihre Formulierung musste berücksichtigen, dass die EU gegenwärtig im Bereich des Dopingstrafrechts wohl keine Harmonisierungskompetenz hat. Ebenso verhält es sich mit dem Thema Rassismus und Fremdenfeindlichkeit einschließlich der Leugnung des Holocaust. Hier ist es sogar so, dass ein existierender Rahmenbeschluss der alten dritten Säule<sup>15</sup> nun nicht in eine Richtlinie überführt werden kann, weil die Kompetenzgrundlage weggefallen ist. Zu dem wichtigen Problem der Straftaten gegen das geistige Eigentum, zu dem die Kommission noch unter dem alten Vertrag einen weit ausgreifenden Richtlinienvorschlag gemacht hatte,<sup>16</sup> wird man bei künftigen Initiativen genauer prüfen müssen, inwieweit eine EU-Harmonisierung des Rechts des geistigen Eigentums vorliegt, derentwegen auf Art. 83 Abs. 2 AEUV zurückgegriffen werden könnte.

## 2. Signale des Vertrages zur Kompetenzausübung

Im Bereich der Kompetenzausübung setzt der Vertrag von Lissabon einige Signale, die ebenfalls nicht zum oft propagierten Leitbild fortschreitender Zentralisierung passen wollen. Auch diese Signale sind gerade in der deutschen Debatte über den Vertrag von Lissabon leider nur unzureichend wahrgenommen worden.

Das erste und vielleicht bemerkenswerteste Signal liegt in der Streichung der sogenannten „*acquis communautaire*“-Klausel des ex-Art. 2 Spiegelstrich 5 EUV. Diese Klausel aus dem Vertrag von Maastricht hatte die EU auf das Ziel „der vollen Wahrung des gemeinschaftlichen Besitzstandes und seiner Weiterentwicklung“ verpflichtet. Das war die alte Vorstellung von der europäischen Integration als einer regulatorischen Einbahnstraße, nach der das einmal erreichte Harmonisierungsniveau unantastbar und eigentlich nur einem weiteren Draufsatteln zugänglich sein sollte. Diesem Modell erteilt der Vertrag von Lissabon eine klare Absage. Die Klausel ist gestrichen, und stattdessen sagt Art. 2 Abs. 2 AEUV nun explizit, dass im Bereich geteilter Zuständigkeiten die EU entscheiden kann, ihre Kompetenz nicht mehr auszuüben, und dass dann die

---

<sup>14</sup> KOM (2011) 12 endg.

<sup>15</sup> Rahmenbeschluss 2008/913/JI, ABl. L 328 v. 6.12.2008, S. 55.

<sup>16</sup> KOM (2006) 168 endg.

Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten erneut wahrnehmen – ein für deutsche Juristen vielleicht selbstverständlicher Grundsatz, über den aber im Konvent durchaus gerungen wurde. Ein wichtiges praktisches Beispiel hierfür findet sich im aktuellen Vorschlag der Kommission zur Änderung der Gentechnikrichtlinie 2001/18, mit dem sie den Mitgliedstaaten die Freiheit zurückgeben will, über den Anbau von genetisch veränderten Organismen (GVO) auf ihrem Hoheitsgebiet selbst zu entscheiden.<sup>17</sup>

Der EU-Verfassungsvertrag ging sogar noch einen Schritt weiter, denn er sah – nach vertiefter Debatte im Verfassungskonvent – die Streichung des Konzepts der „immer engeren Union“ aus Art. 1 EUV vor. Als dagegen 2007 unter den Staats- und Regierungschefs vereinbart wurde, den „Verfassungsansatz“ aufzugeben und zur Technik eines Änderungsvertrages zurückzukehren, musste konsequenterweise wenigstens der Beginn des EUV aus der Maastrichter Fassung und somit auch die „immer engere Union“ erhalten bleiben. Es sei indes auf ein gerade in Deutschland sich hartnäckig haltendes Missverständnis hingewiesen: Mit der „immer engeren Union“ in Art. 1 Abs. 2 EUV ist nicht die Europäische Union als solche, d.h. als Organisation gemeint und daher auch kein Programm einer fortschreitenden Zentralisierung ausgedrückt. Beschworen wird vielmehr – wie übrigens schon seit 1957 in der Präambel der Römischen Verträge<sup>18</sup> – eine immer engere Verbindung unter den europäischen Völkern. Dies erschließt sich durch einen Blick auf die englische und französische Fassung von Art. 1 Abs. 2 EUV, in der das Wort „*union*“ kleingeschrieben, also von der „Europäischen Union“ klar unterschieden wird.

Ebenfalls durch den Vertrag von Lissabon gestrichen wurde der missverständliche ex-Art. 6 Abs. 4 EUV, nach dem „die Union sich mit den Mitteln aus[stattet], die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind“ – eine Klausel, die das BVerfG im Verfahren über den Vertrag von Maastricht ausführlich daraufhin überprüfen musste, ob sie etwa eine Kompetenz-Kompetenz zum Ausdruck bringen solle.<sup>19</sup>

Schließlich verpflichtet der Vertrag von Lissabon gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV die EU zur Achtung einer nunmehr konkretisierten nationalen Identität, die die grundlegenden Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung umfasst, ebenso wie zur Achtung der grundlegenden Staatsfunktionen, insbesondere der Wahrung der territorialen Unversehrtheit, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der nationalen

---

<sup>17</sup> KOM (2010) 375 endg. Unter den diesen Vorschlag im Rat ablehnenden Mitgliedstaaten befindet sich Deutschland.

<sup>18</sup> Dort spricht die deutsche Fassung vom „immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“.

<sup>19</sup> BVerfGE 98, 155, 194 ff.

Sicherheit. Diese neue Bestimmung ist vor allem von symbolischer Bedeutung. Indem sie von den „grundlegenden Funktionen des Staates“ spricht und sie als solche der Mitgliedstaaten anerkennt, markiert sie zugleich die Abgrenzung der EU von jeglichem Gebilde mit Staatsqualität. Ihre Auslegung in der Praxis wird indes ähnliche Schwierigkeiten bereiten wie schon bisher die der ex-Art. 64 EGV und 33 EUV, die jetzt im Art. 72 AEUV aufgegangen sind. Viel spricht dafür, dass jedenfalls die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“ und der „Schutz der inneren Sicherheit“ in Art. 4 Abs. 2 EUV und Art. 72 AEUV nicht als Kompetenz-ausschlüsse zu verstehen sind – sie wären sonst mit den Kompetenzgrundlagen in Art. 87 ff. AEUV kaum in Einklang zu bringen –, sondern als Kompetenz-ausübungsregel im Sinne eines Rücksichtnahmegebots. Ob dasselbe auch für die im Vertrag von Lissabon neu eingefügten Klauseln zur „nationalen Sicherheit“ (Art. 4 Abs. 2 EUV *in fine*; Art. 73 AEUV) gelten und welchen Rechtsgehalt dieser neue Begriff überhaupt haben kann, ist hier nicht zu vertiefen.

### III. Zum Umgang der Europäischen Kommission mit Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Sowohl der Vertrag von Lissabon mit seinem Protokoll Nr. 2<sup>20</sup> als auch methodische Innovationen in der Gesetzgebungspraxis der Kommission geben neue Impulse für den Umgang mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (genauer gesagt ihres hier interessierenden Teilaspekts, d.h. des Gebots einer möglichst schonenden Einwirkung in die nationale Rechtsordnung). Im Folgenden soll unterschieden werden zwischen der materiellen und der prozeduralen Seite der beiden Grundsätze.

#### 1. Die materielle Seite, insbesondere das Verhältnis zwischen Verordnung und Richtlinie

Hinsichtlich der materiellen Seite der beiden Grundsätze gibt es zunächst einen gewissen Verlust zu verzeichnen.<sup>21</sup> Das ehemalige Subsidiaritätsprotokoll, eingefügt ins Primärrecht durch den Vertrag von Amsterdam und jetzt ersetzt durch das neue Protokoll Nr. 2, enthielt Prüfungsleitlinien zur Konkretisierung von Subsidi-

---

<sup>20</sup> In der Zählung der konsolidierten Fassung von EUV und AEUV.

<sup>21</sup> Hierzu auch *Callies* im öffentlichen Expertengespräch des Unterausschusses Europarecht des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages zum Thema „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“, Protokoll Nr. 8, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/ua\\_europarecht/expertengespraech\\_aktuell/Wortprotokoll.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/ua_europarecht/expertengespraech_aktuell/Wortprotokoll.pdf) (1.9.2011), S. 5.

diarität und Verhältnismäßigkeit, die im neuen Protokoll nicht mehr aufgegriffen wurden und damit zumindest kein expliziter Teil des Primärrechts mehr sind. Dies betrifft insbesondere die in Nr. 5 des ehemaligen Protokolls ausgeführten Leitlinien wie etwa das Vorliegen transnationaler Aspekte, die Frage, ob nationale Alleingänge Anforderungen des Vertrages wie den Wettbewerb verletzen oder die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen könnten, und ob eine Gemeinschaftsregelung deutliche Vorteile bringen würde. Allerdings hat die Kommission gleich nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon deutlich gemacht, dass sie diese Prüfungsleitlinien des alten Subsidiaritätsprotokolls in der Praxis weiter anwenden wird.<sup>22</sup> Offen bleibt, ob damit nur eine politische Selbstverpflichtung ausgesprochen oder aber anerkannt werden sollte, dass jene Leitlinien trotz ihrer förmlichen Streichung juristisch notwendiger Ausfluss der beiden Grundsätze sind. Angesichts der ziemlich weichen Formulierungen im ehemaligen Protokoll ist diese Rechtsfrage freilich von begrenzter praktischer Relevanz.

Eine, ebenfalls im Vertrag von Lissabon nicht übernommene Leitlinie des ehemaligen Protokolls allerdings scheint in der jüngeren Gesetzgebungspraxis der EU-Organe immer deutlicher als überholt betrachtet zu werden, nämlich die Maxime vom Vorrang der Richtlinie vor der Verordnung.<sup>23</sup> Sie wollte streng genommen nicht die Subsidiarität, sondern die Verhältnismäßigkeit dahingehend konkretisieren, dass im Zweifel die weniger intensiv ins mitgliedstaatliche Recht hineinwirkende Rechtsform zu bevorzugen sei. Der Trend geht indes seit einigen Jahren in die entgegengesetzte Richtung eines verstärkten Rückgriffs auf Verordnungen. Die Nachteile der Richtlinie haben sich in letzter Zeit stärker als früher bemerkbar gemacht: Umsetzungsdefizite führen zu Rechtsunsicherheit und zu jahrelangem Streit in aufwendigen Vertragsverletzungsverfahren. Die zeitliche Verzögerung zwischen dem Handeln des EU-Gesetzgebers und dem effektiven Wirksamwerden vor Ort hat sich gerade nach dem Ausbruch der Finanzkrise, auf die man rasch reagieren musste, als Problem erwiesen. Schließlich beklagen die Wirtschaftsverbände immer heftiger das sogenannte „gold plating“, d.h. die Tendenz des nationalen Draufsatteln in der Umsetzungsgesetzgebung, das zu mehr Bürokratie führt und einheitlichen Wettbewerbsbedingungen zuwiderläuft. Daher hat etwa *Baron de Larosière* in seinem Bericht zur Finanzkrise im Februar 2009 gefordert, Rechtsakte sollten künftig „so oft wie möglich“ in Form von Verordnungen erlassen werden.<sup>24</sup> Der ehemalige Kommissar *Monti* stößt in seinem Binnenmarkt-

---

<sup>22</sup> 17. Jahresbericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, KOM (2010) 547 endg.

<sup>23</sup> Vgl. in Nr. 6 des ehemaligen Protokolls: „Dementsprechend wäre unter sonst gleichen Gegebenheiten eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen.“

<sup>24</sup> Bericht der von Präsident *Barroso* eingesetzten hochrangigen Gruppe zur Finanzaufsicht in der EU v. 25.2.2009, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf) (1.9.2011), Pkt. 109.

bericht in dasselbe Horn, in dem er die Vorzüge der Verordnung preist: Rechtsklarheit, Vorausssehbarkeit, Effizienz, „*level playing field*“ für Bürger und Wirtschaft in ganz Europa.<sup>25</sup> An einer Reihe von Kommissionsvorschlägen der letzten Jahre, denen der Gesetzgeber bislang praktisch immer gefolgt ist, kann diese Bevorzugung der Verordnung festgemacht werden.

Nun besteht in dieser Frage gleichwohl kein Anlass zum Schwarz-Weiß-Malen: Die Wahl zwischen Verordnung und Richtlinie, über die innerhalb der Kommission übrigens in letzter Zeit wiederholt diskutiert wurde, muss von Fall zu Fall mit Sorgfalt getroffen werden. Die Richtlinie bleibt in Materien vorzugswürdig, die im nationalen Recht von etablierten Kodifikationen geprägt sind, wie etwa im klassischen bürgerlichen Recht – deshalb hat die Kommission zum Beispiel 2008 keine Verbraucherschutzverordnung, sondern eine Richtlinie vorgeschlagen, nachdem die Frage auf Kabinettschene eingehend besprochen worden war. Bestimmte Rechtsgrundlagen des Vertrages erlauben überhaupt nur Richtlinien und setzen der EU damit Kompetenzgrenzen, so zum Beispiel im Bereich des Strafrechts, des Steuerrechts oder der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Deshalb wird etwa das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, das Anfang 2012 grundüberholt werden soll, auch künftig Richtlinienrecht bleiben müssen; dasselbe wird für die neu vorzuschlagende Regelung über die Konzessionsvergabe gelten. Politisch am unwillkommensten ist diese Kompetenzgrenze – aus den oben genannten Gründen – aktuell im Finanzmarktsektor. Und so hat der EU-Gesetzgeber in diesem Bereich 2009 erstmals eine Verordnung erlassen, nämlich die zu den Ratingagenturen;<sup>26</sup> das war politisch gewollt und juristisch erst möglich, nachdem die Kommissionsdienststellen den Regelungsansatz dieses Rechtstextes komplett umgestellt hatten, um von der Rechtsgrundlage der Niederlassungsfreiheit wegzukommen. Jüngst hat die Kommission einen ähnlichen – teilweisen – Schwenk hin zur Verordnung auch bei der Revision existierender Bankenrichtlinien vorgeschlagen.<sup>27</sup>

Schließlich verdient der neue Art. 296 Abs. 1 AEUV Beachtung: In denjenigen Fällen, in denen die Rechtsform nicht in der jeweiligen Rechtsgrundlage vorgegeben ist, „entscheiden die Organe darüber von Fall zu Fall unter Einhaltung der geltenden Verfahren und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“. Man sollte dies als Absage des Vertrages von Lissabon an eine allgemeine Maxime des Vorrangs einer Rechtsform über die andere verstehen.

---

<sup>25</sup> Eine neue Strategie für den Binnenmarkt, Bericht von *Monti* an Präsident *Barroso* v. 9.5.2010, [http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti\\_report\\_final\\_10\\_05\\_2010\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_de.pdf) (1.9.2011), S. 111 ff.

<sup>26</sup> VO (EG) Nr. 1060/2009, inzwischen abgeändert durch VO (EU) Nr. 513/2011, ABl. L 145 v. 31.5.2011, S. 30.

<sup>27</sup> Siehe die am 20.7.2011 angenommenen Vorschläge einer Verordnung und einer Richtlinie zur Ablösung der RL 2006/48 und der RL 2006/49, KOM (2011) 452 und 453 endg.

## 2. Prozedurale Sicherungen

Praktisch bedeutsamer für die effektive Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips sind indes seine prozeduralen Sicherungen. Gerade weil es zu der Frage, ob eine EU-Regelung erforderlich ist, in den einzelnen Mitgliedstaaten und interessierten Kreisen höchst unterschiedliche Meinungen geben kann, müssen administrative und politische Prozesse so organisiert werden, dass Subsidiaritätsaspekte solide aufbereitet und im politischen Diskurs bewertet werden können. Ebenso verhält es sich mit der Frage nach der Regelungsdichte im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Ganz im Vordergrund des Interesses zumal in Deutschland stehen insoweit die beiden Innovationen im Protokoll Nr. 2 des Vertrages von Lissabon, also der neue politische Frühwarnmechanismus in der Hand der nationalen Parlamente sowie deren neues Klagerecht. Hierauf soll nur knapp eingegangen werden. Zu einer selbst vorläufigen Bilanz der Wirksamkeit des politischen Kontrollmechanismus ist es noch zu früh. Nach eineinhalb Jahren Praxis lassen die Zahlen immerhin erkennen, dass die nationalen Parlamente weit öfter als zuvor unter dem informellen „Barroso-Verfahren“<sup>28</sup> zu Gesetzgebungsvorschlägen der Kommission Stellung nehmen – Tendenz weiter steigend.<sup>29</sup> Freilich bringen sie überwiegend nicht eigentliche Subsidiaritätsrügen, sondern inhaltliche Standpunkte vor. Die 1/3-Schwelle für Subsidiaritätsrügen (d.h. von 18 Parlamentskammern) ist bislang nicht erreicht worden; am nächsten kamen ihr die 13 Rügen im Fall des Vorschlages zur gemeinsamen konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB).<sup>30</sup> Freilich sollte die subsidiaritätssichernde Wirkung dieses Mechanismus auch nicht nur daran gemessen werden, wie oft diese erste Schwelle oder gar die zweite – d.h. Rügen von einer Mehrheit von Parlamentskammern – überschritten wird. Vielmehr hat schon die Existenz dieses Mechanismus das Bewusstsein für Subsidiarität in der Kommission weiter gestärkt und den Stimmen derjenigen zentralen Stellen mehr Gehör verschafft, die intern dazu berufen sind, Subsidiarität gegenüber Interessen der Fachpolitiker zur Geltung zu bringen, also etwa das Generalsekretariat, das *Impact Assessment Board*, der Juristische Dienst und auf politischer Ebene insbesondere der Präsident.<sup>31</sup> Der Umstand, dass die nationalen Parlamente auch oder sogar vornehmlich politische Sachfragen ansprechen,

---

<sup>28</sup> So genannt, weil auf Anordnung von Präsident *Barroso* die Kommission seit Mai 2006 jeden Vorschlag eines Rechtsakts ebenso wie auch jede politische Initiative (Grün- und Weißbücher etc.) an alle nationalen Parlamente direkt übermittelt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gibt.

<sup>29</sup> Jahresbericht über die Beziehungen zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Parlamenten, KOM (2011) 345 endg.

<sup>30</sup> KOM (2011) 121 endg.

<sup>31</sup> So auch *Mayer* im öffentlichen Expertengespräch, (Fn. 21), S. 12.

wird von der Kommission nicht etwa als vertragswidrig behandelt, sondern im Gegenteil positiv gesehen. Hier geht nämlich die Rechnung des Vertrages von Lissabon auf, die demokratische Legitimation und Akzeptanz der Unionsgesetzgebung dadurch zu stärken, dass die nationalen Parlamente erstmals eine eigene unmittelbare Funktion im Institutionengefüge der Union erhalten und sich so intensiver und frühzeitiger mit neuen EU-Gesetzesinitiativen vertraut machen. Erst recht spricht nichts dagegen, dass die nationalen Parlamente neben der Subsidiarität auch Kompetenz- und Verhältnismäßigkeitsfragen ansprechen; sie sollten in ihren Stellungnahmen diese drei rechtlichen Fragen sowie Fragen der politischen Zweckmäßigkeit nur möglichst sauber unterscheiden.

Das Klagerecht nationaler Parlamente harrt noch seines ersten praktischen Anwendungsfalls. Es wird dem EuGH früher oder später mindestens zwei Rechtsfragen zur Lösung aufgeben. Am wichtigsten für seine praktische Wirkung wird die Frage sein, ob der EuGH den Gegenstand des Klagerechts – trotz des Wortlauts des Vertrages – über eigentliche Subsidiaritätsrügen hinaus auch auf Rügen der Kompetenzüberschreitung ausdehnen wird.<sup>32</sup> Dafür spräche, dass die Einhaltung der Kompetenzgrenzen der EU eine der Subsidiarität logisch vorgelagerte Frage ist, die zudem gerichtlicher Kontrolle viel leichter zugänglich ist. Zweitens wird zu klären sein, welche Bedeutung die Formulierung „entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung von einem Mitgliedstaat im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments übermittelt werden“ haben soll. Wird damit – wie es einige Regierungsvertreter im Konvent wünschten – die Zulässigkeit der Klage eines nationalen Parlaments davon abhängig gemacht, dass das Verfassungsrecht des Mitgliedstaats ein solches Klagerecht überhaupt vorsieht, oder gilt das Klagerecht konstitutiv kraft Unionsrechts und lediglich die technischen Modalitäten der „Übermittlung“ sollen einer allfälligen nationalen Regelung überlassen bleiben?

Nachfolgend soll auf zwei weitere, in der akademischen und politischen Diskussion weniger beachtete Verfahren aufmerksam gemacht werden, die dazu beitragen, dass bereits die Gesetzgebungsvorschläge der Kommission Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte adäquat berücksichtigen.

Dies gilt zum einen für das Kommissionssystem der Folgenabschätzung von Gesetzgebung (*Impact Assessment*), das inzwischen so hoch entwickelt ist und so transparent funktioniert wie in kaum einem Mitgliedstaat.<sup>33</sup> Es dient natürlich nicht nur der Prüfung von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, sondern ganz allgemein dem Ziel besserer Rechtsetzung durch eine rationale, evidenzbasierte

---

<sup>32</sup> Dazu BVerfGE 123, 267 – *Vertrag von Lissabon*, Rdnr. 305; *Callies* im öffentlichen Expertengespräch, (Fn. 21), S. 50.

<sup>33</sup> Siehe die Webseite der Kommission zum *Impact Assessment*, [http://ec.europa.eu/governance/impact/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm) (1.9.2011).

Entscheidungsfindung, und doch leistet es gerade zu dieser Prüfung einen entscheidenden Beitrag.<sup>34</sup> Inzwischen muss für alle bedeutsamen Initiativen der Kommission ein Folgenabschätzungsbericht (*impact assessment report*) erstellt werden. Dies geschieht in aller Transparenz auf der Grundlage öffentlicher Konsultationen der *stakeholders* und nach Zeitplänen, die vorab im Internet veröffentlicht werden (*roadmaps*). Die neuen Kommissionsleitlinien zum *Impact Assessment* geben zudem detaillierte Prüfungsanweisungen vor. Seit 2010 hat Präsident *Barroso* das System weiter gestärkt, in dem er dem *Impact Assessment Board*, einem hochrangigen Ausschuss, der die Qualität der erstellten Folgenabschätzungsberichte überprüft, ein grundsätzliches Vetorecht eingeräumt hat, wie es keine andere Stelle in der Kommission hat. Ein Entwurf darf im Prinzip gar nicht in die formelle Ressortabstimmung gegeben werden, solange das *Impact Assessment Board* kein positives Votum zur Folgenabschätzung gegeben hat. Dies ist kein Vetorecht zur Sache, wohl aber zur Qualität der Entscheidungsgrundlage. In der Praxis verweist das Board denn auch immer wieder *Impact Assessments* zur Nachbesserung zurück. Dies geschieht gerade auch wegen Subsidiaritätsaspekten, wie in den letzten jährlichen Subsidiaritätsberichten der Kommission wie auch den Tätigkeitsberichten des Board nachzulesen ist.<sup>35</sup> Die dort genannten Beispiele, in denen das Board eine verbesserte Subsidiaritätsprüfung verlangte, betreffen zwar zumeist nicht die Berechtigung ganzer Initiativen, sondern eher Einzelaspekte, allerdings zuweilen solche zentraler Rechtakte wie etwa der Verbraucherschutzrichtlinie oder der Richtlinie über Gesundheitsdienstleistungen. Gelegentlich scheidet aber auch ein Vorhaben insgesamt an der Hürde des Board, so zum Beispiel vor kurzem der Plan eines neuen Finanzprogramms zur europäischen Dimension des Sports oder auch die Idee eines EU-Qualitätslabels für landwirtschaftliche Produkte aus Bergregionen.<sup>36</sup> Zuletzt haben zwei negative Stellungnahmen des Board mit dazu beigetragen, dass die Kommission zum Thema des Rechts jeder Person auf ein Bankkonto keine Harmonisierung in Gestalt einer Richtlinie oder gar einer Verordnung nach dem neuen Daseinsvorsorge-Art. 14 AEUV vorschlug, sondern sich mit einer Empfehlung begnügte.<sup>37</sup> Gerade angesichts der großen Bedeutung des „Impact Assessment“-Systems in der Kommission wäre es wichtig, endlich eine ernsthafte Folgenabschätzung auch im Rat und im Europäischen Parlament zu praktizieren,

---

<sup>34</sup> So auch schon *Mayer* im öffentlichen Expertengespräch, (Fn. 21), S. 10.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. 16. Jahresbericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; KOM (2009) 504 endg.; 17. Jahresbericht, KOM (2010) 547 endg.; Jahresbericht des *Impact Assessment Board* 2010, SEK (2011) 126.

<sup>36</sup> *Ibid.*, S. 20 f.

<sup>37</sup> Empfehlung vom 18.7.2011, C(2011) 4977 endg. Die negativen Stellungnahmen sind auf der Webseite des Board abrufbar, [http://ec.europa.eu/governance/impact/ia\\_carried\\_out/cia\\_2011\\_en.htm#markt](http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/cia_2011_en.htm#markt) (1.9.2011).

wenn wesentliche, subsidiaritätsrelevante Abänderungsanträge eingebracht werden und vor allem im Falle mitgliedstaatlicher Initiativen im Bereich der strafrechtlichen und polizeilichen Zusammenarbeit (Art. 76 AEUV). Wäre dies etwa für die mitgliedstaatliche Initiative zur „Europäischen Schutzanordnung“ vom Februar 2010 durchgeführt worden, so wäre den Organen womöglich mancherlei Ärger erspart geblieben.<sup>38</sup>

Ein zweiter Mechanismus, dessen Potential für eine frühzeitige, effiziente Einspeisung von Subsidiaritätsaspekten noch nicht hinreichend gewürdigt wird, ist die neue Programmplanung der Union, die ebenfalls im Vertrag von Lissabon erstmals ausdrücklich verankert ist (vgl. Art. 17 Abs. 1 EUV). Mit Amtsantritt der neuen Kommission hat Präsident *Barroso* diese Programmplanung erneut reformiert. Sie läuft seither so ab: Der Präsident legt in einer programmatischen Rede zur Lage der Union im September jedes Jahres dem Europäischen Parlament seine Prioritäten vor; darauf folgt ein Dialog mit den Parlamentsausschüssen, und auf dieser Grundlage erstellt die Kommission im Herbst ihr Arbeitsprogramm für das nächste Jahr. Darin werden zum einen die „strategischen Initiativen“ beschlossen, die binnen Jahresfrist abzuarbeiten sind. Zum anderen enthält das Arbeitsprogramm aber auch für die folgenden Jahre bis zum Abschluss der Amtsperiode der Kommission eine indikative Liste weiterer Initiativen, die angegangen werden könnten.<sup>39</sup> Dieses neue Format der Programmplanung erlaubt es allen Beteiligten und insbesondere den Regierungen und Parlamenten der Mitgliedstaaten, frühestmöglich auf die Vorhaben der Kommission zu reagieren und einzuwirken, sei es zum Schwerpunkt insgesamt oder zu einzelnen Initiativen und dabei auch mit etwaigen Subsidiaritätsbedenken. Genau dies hat die Bundesregierung nun zum zweiten Mal mit einer detaillierten Stellungnahme gegenüber der Kommission getan. Einzelne nationale Parlamente – darunter nur einmal auch der Bundesrat – haben in ähnlicher Weise der Kommission ihre Bemerkungen zu den beiden letzten Jahresprogrammen zugeleitet. Das Europäische Parlament möchte übrigens diese mehrjährige Programmplanung in weiteren Verhandlungen mit der Kommission noch fortentwickeln. Diesen möglichen künftigen Verhandlungsprozess sollten Bundestag und Bundesrat aufmerksam begleiten, denn er könnte je nach Ausgang die Einbeziehung von Subsidiaritätsaspekten weiter begünstigen oder aber auch wieder erschweren.

Abschließend hierzu sei übrigens darauf hingewiesen, dass die Bundesregierung in der besagten Stellungnahme dem Arbeitsprogramm der Kommission 2011 „die richtige Schwerpunktsetzung aufgrund seiner klaren Ausrichtung entlang der

---

<sup>38</sup> Vgl. die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates, die mit der Rechtsauffassung der Kommission übereinstimmt, BR-Drs. 43/10 v. 26.3.2010.

<sup>39</sup> Jahresprogramm 2011, KOM (2010) 623 endg. Vgl. auch Rahmenabkommen zwischen der Kommission und dem Europäischen Parlament, ABl. L 304 v. 20.11.2010, S. 47, Pkt. 33-36.

Strategie Europa 2020“ attestiert und hervorhebt, „die Überwindung der Finanz- und Wirtschaftskrise und die Wachstumsbelebung stellen auch 2011 die zentralen Herausforderungen für die EU dar“. Die Bundesregierung antwortet sodann Politikbereich für Politikbereich, manchmal kritisch oder vorsichtig, aber ganz überwiegend zustimmend; Subsidiaritätsbedenken werden auf 24 Seiten nur zweimal angemeldet. Ausdrücklich begrüßt wird die Schwerpunktsetzung im Bereich Neubelebung des Binnenmarkts, der Bereich Energie – von der deutschen Politik noch vor wenigen Jahren als Hort nationaler Kompetenz gesehen – wird gewürdigt, zur Umwelt- und Klimapolitik hätte sich die Bundesregierung sogar noch mehr gewünscht, und im Bereich Justiz und Inneres wird auf das umfangreiche Stockholmer Programm des Europäischen Rates verwiesen, mit dem bekanntlich eine ehrgeizige Gesetzgebungsagenda auf Jahre hinaus festgelegt worden ist. Es will uns scheinen, dass das in dieser und anderen Antworten entstehende Gesamtbild einen europaweiten Grundkonsens über Schwerpunktbereiche notwendiger EU-Gesetzgebung widerspiegelt, der heute wieder stärker ist als in den 15 Jahren zwischen 1992 und 2007. Die Ereignisse der letzten Jahre haben das Mantra der Deregulierung in weiten Bereichen diskreditiert und die Grenzen der Problemlösung auf nationalstaatlicher Ebene aufgezeigt. Zunehmend wird selbst in traditionell euroskeptischen Staaten offenkundig, dass effektive Finanzmarktregulierung, dauerhafte Sicherung der Energieversorgung und Bekämpfung des Klimawandels europaweite Regelungen erfordern, dass die Herausforderungen der Migration solche des ganzen Kontinents sind und dass das Internet ebenso wenig wie der Terrorismus und die organisierte Kriminalität an Grenzen halt machen und daher auch unsere Strafverfolgungsbehörden nicht durch diese Grenzen behindert werden dürfen. Angesichts dieser anspruchsvollen, im Grundsatz unstreitigen Agenda der EU-Gesetzgebung nimmt es nicht wunder, dass echte Subsidiaritätsfragen in der Praxis immer seltener ausgemacht werden.<sup>40</sup>

#### IV. Künftige Einwirkungen auf die EU-Kompetenzordnung

In einem letzten Schritt sollen drei sich abzeichnende Entwicklungen genannt werden, aus denen sich in den nächsten Jahren bedeutsame Einwirkungen auf das Gesamtgefüge der EU-Kompetenzordnung einschließlich des Subsidiaritätsprinzips ergeben könnten.

---

<sup>40</sup> Vgl. auf der Grundlage der regelmäßigen Subsidiaritätsberichte der Bundesregierung von Danwitz, Der Vertrag von Lissabon und der Fortgang der europäischen Integration, DIJV 2008, [http://www.jura.uni-augsburg.de/dijv/veranstaltungen/2008/Danwitz\\_2008\\_09\\_30\\_Der\\_Vertrag\\_von\\_Lissabon-K.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/dijv/veranstaltungen/2008/Danwitz_2008_09_30_Der_Vertrag_von_Lissabon-K.pdf) (1.9.2011), S. 9: „keineswegs eine ständig ansteigende Flut subsidiaritätswidriger Rechtsakte“ in der Praxis der EG.

## 1. „Economic governance“

Mit Abstand die wichtigste und offensichtlichste Einwirkungslinie ist mit dem Schlagwort der „*economic governance*“ benannt – im Deutschen mit dem nicht ganz treffenden Begriff der „wirtschaftspolitischen Steuerung“ übersetzt, der indes dem polemisch besetzten und überzogenen Begriff der „Wirtschaftsregierung“ allemal vorzuziehen ist. Als Antwort auf die gravierende Staatsschuldenkrise entwickelt sich diese „*economic governance*“ der Europäischen Union und insbesondere der Eurozone gegenwärtig mit einer Dynamik, wie sie sich noch vor kurzem niemand hätte ausmalen können.<sup>41</sup> Sie besteht aus drei Komponenten.

Erstens werden im Rahmen des in der ersten Hälfte 2011 erstmals durchgeführten „Europäischen Semesters“ die Mitgliedstaaten jährlich gebeten, in nationalen Reformprogrammen ihre gesamten wirtschafts-, finanz- und sozialpolitischen Vorhaben den Unionsorganen, vor allem aber sich gegenseitig offen zu legen.<sup>42</sup> Dies mündet in eine intensive und zugleich thematisch weit ausgreifende Begutachtung durch die Kommission und sodann durch den Rat, rechtlich in Form von Empfehlungen auf der kombinierten Grundlage der Art. 121 und 148 AEUV sowie der VO (EG) Nr. 1466/1997. Die erste, soeben von der Kommission durchgeführte Begutachtungsrunde unterstreicht eindrucksvoll das Niveau der verfolgten Ambition: Alles, was aus der Sicht der Kommission den Weg hin zur Wettbewerbsfähigkeit und zu dauerhaft soliden Staatsfinanzen verbaut, kommt auf den Prüfstand, keine heilige Kuh, kein liebgewonnener Besitzstand des jeweiligen nationalen Sozialmodells wird ausgespart. Als Beispiele seien für Deutschland das Ehegattensplitting oder die mangelhafte Ganztagesbetreuung für Kinder, für Belgien und Luxemburg die Lohnindexierung oder für Italien die überlange Verfahrensdauer der Zivilprozesse herausgegriffen. Dass diese Punkte weit in Bereiche hineinragen, die bislang als Domänen ausschließlicher Kompetenzen der Mitgliedstaaten galten, stört nicht mehr.<sup>43</sup>

Hinzu kommt das Gesetzgebungspaket zur Stärkung des Stabilitätspakts.<sup>44</sup> Auf seiner Grundlage wird der Rat künftig neben einem effizienteren Defizitkontroll-

---

<sup>41</sup> Vgl. zum Folgenden etwa *Louis*, Managing Public Finances, Lessons and perspectives for the EU and the euro area, Vortrag an der HU Berlin, [http://www.whi-berlin.eu/tl\\_files/FCE/Rede-Louis.pdf](http://www.whi-berlin.eu/tl_files/FCE/Rede-Louis.pdf) (1.9.2011).

<sup>42</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission zum Abschluss des ersten europäischen Semesters vom 7.6.2011, KOM (2011) 400 endg. mit Nachweisen zu den einzelnen länderspezifischen Empfehlungen der Kommission.

<sup>43</sup> Vgl. zu diesem Punkt auch *Triantafyllou*, Les plans de sauvetage de la zone Euro et la peau de chagrin, *Revue du droit de l'UE* 2011, i.E., hinsichtlich der Auflagen für Finanzhilfen im Rahmen der Rettungsschirme.

<sup>44</sup> Die sechs Gesetzgebungsvorschläge der Kommission (5 Verordnungen und eine Richtlinie) finden sich in den Dokumenten KOM (2010) 522 endg. bis KOM (2010) 527 endg. v. 29.9.2010. Das Paket steht kurz vor der politischen Einigung.

verfahren gemäß Art. 126 AEUV noch ein zweites Verfahren zur Kontrolle schädlicher makroökonomischer Ungleichgewichte (z.B. exzessive Handelsbilanzdefizite oder Immobilienblasen) durchführen; zudem wird er im Rahmen beider Verfahren in der Eurozone frühzeitig finanzielle Sanktionen verhängen können, wenn ein Mitgliedstaat vom Pfad der Haushaltskoordinierung abgeht oder wenn er gefährliche makroökonomische Ungleichgewichte nicht wirksam genug bekämpft. Diese Gesetzgebung war nur möglich mittels einer weiten Auslegung der im Vertrag von Lissabon eingeführten Rechtsgrundlage des Art. 136 AEUV: Über die vermutliche Intention des Konvents hinaus soll Art. 136 dem Rat der Eurozone nicht einfach nur den Erlass desselben Typus von Einzelmaßnahmen wie in Art. 121 und 126 für die EU insgesamt ermöglichen, sondern die Basis eines ganz neuen gesetzlichen Rechtsrahmens zur Verstärkung der Koordinierung und Überwachung der Haushaltsdisziplin bilden.

Abgerundet wird das Bild drittens vom künftigen, dauerhaften „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ (ESM), der die beiden im Mai 2010 vorübergehend eingerichteten Rettungsschirme ablösen und Finanzhilfe an notleidende Mitgliedstaaten gewähren soll, wenn die Stabilität des Euro insgesamt in Gefahr ist.<sup>45</sup> Er ist zwar kraft des neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV zwingend intergouvernemental ausgestaltet und führt damit als solcher gerade nicht zu einer Kompetenzerweiterung der EU. Die „strengen Auflagen“ jedoch, die nach dem neuen Vertragstext Voraussetzung für jede Gewährung von Finanzhilfe sind, werden – wie schon jetzt im Fall von Griechenland<sup>46</sup> – in einem Akt der Union, nämlich einem Beschluss des Rates nach Art. 136 Abs. 1 AEUV formuliert werden.

Alle drei Komponenten zusammen – Europäisches Semester, das Gesetzgebungspaket und der dauerhafte Krisenmechanismus – sorgen für einen echten Quantensprung gegenüber der weichen, unverbindlichen Koordinierung des letzten Jahrzehnts, die im Vertrag von Amsterdam eingeführt worden war, aber so wie bis dato praktiziert letztlich niemandem wehtat. Zwar arbeitet auch das Europäische Semester nicht mit unmittelbar bindendem Recht, sondern mit den Formen politischer Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten und Empfehlungen des Rates. Gleichwohl werden intensiverte und weiter ausgreifende europäische Vorgaben für die nationale Haushalts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik formuliert, die zudem in bestimmten Fällen angesichts der möglichen Sanktionen gegenüber den Staaten der Eurozone oder auch als Auflagen für die Inanspruchnahme von Finanzhilfen des Stabilitätsmechanismus *de facto* verbindlich werden können. Alle diese Aspekte der „*economic governance*“ sind übrigens maßgeblich auf Druck der deutschen

---

<sup>45</sup> Vgl. auch *Calliess*, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZEuS 2011, S. 213.

<sup>46</sup> Ratsbeschluss 2010/320 v. 10.5.2010, zuletzt geändert durch Beschluss 2011/257, ABl. L 110 v. 29.4.2011, S. 26.

Bundesregierung hin entwickelt worden. Sie war es, die darauf drängte, dass statt des Einstiegs in eine „Transferunion“ Finanzhilfen des ESM nur als *ultima ratio* und unter strenger Konditionalität möglich sind und dass vor allem eine kraftvolle präventive Kontrolle auf europäischer Ebene entwickelt wird, damit sich eine akute Staatsschuldenkrise nicht wiederholen kann.

## 2. Bürgerinitiative

Dieses durch den Vertrag von Lissabon geschaffene Instrument partizipativer Demokratie wird sicher von Bürgern und Nichtregierungsorganisationen schon bald fleißig genutzt werden. Man darf gespannt darauf sein, welche Auswirkungen das auf die praktische Beachtung der Kompetenzgrenzen, vor allem aber des Subsidiaritätsprinzips haben wird. Nach der Verordnung über die Bürgerinitiative kann die Kommission nur offenkundig kompetenzwidrigen Bürgerinitiativen die Registrierung verweigern, so dass es nicht zur Sammlung von Unterschriften kommt.<sup>47</sup> Natürlich wird die Kommission auch im zweiten Schritt, d.h. in ihrer Antwort auf jede erfolgreiche Bürgerinitiative nochmals genau prüfen müssen, ob und wie das Vorhaben kompetenz- und subsidiaritätsgerecht umsetzbar wäre. In diesem Stadium aber, zumal wiederholt, zu Bürgerinitiativen rundweg nein zu sagen, dürfte großen politischen Mut erfordern. Hier wird es an den Mitgliedstaaten und ihren Parlamenten liegen, einen klaren Kurs der Kommission zu unterstützen, damit das Instrument der Bürgerinitiative nicht langfristig zu einer Belastung des europäischen Gesetzgebungsprozesses mit Vorhaben führt, die vom Blickwinkel der Subsidiarität aus gesehen Fragen aufwerfen könnten. Dies wird zum Beispiel gegenüber einer etwaigen europäischen Bürgerinitiative zum Sonntagsschutz auf EU-Ebene zu bedenken sein, für die sich gerade in der deutschen Politik viel – in der Sache verständliche – Sympathie und Unterstützung aufbaut. Dieses Thema kann hier nicht vertieft werden, es bedarf aber jedenfalls noch genauerer Prüfung und Abwägung, gab doch ausgerechnet der Sonntagsschutz 1996 das wohl erste Beispiel für eine Aufhebung europäischer Gesetzgebung als kompetenzwidrig ab.<sup>48</sup> Die Glaubwürdigkeit eines Pochens auf Einhaltung der Kompetenzgrenzen und der Subsidiarität kann leiden, wenn man es bei eigenen Herzensanliegen nicht so genau damit nimmt.

## 3. Grundrechte-Charta

Sowohl der Vertrag (Art. 6 Abs. 1 EUV) als auch die Charta selbst (Art. 52 Abs. 2) bestimmen in aller Deutlichkeit, dass die Charta keinerlei neue Aufgaben oder Kompetenzen der EU begründet. Die Kommission bemüht sich, dieses Prinzip in

---

<sup>47</sup> Art. 4 Abs. 2b) VO (EU) Nr. 211/2011.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-84/94, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Slg. 1996, I-5755.

der Praxis einzuhalten und das Bestehen einer EU-Kompetenz nicht mit Rekurs auf die Charta zu begründen. Unabhängig davon bleibt aber die noch weitgehend offene Frage nach dem genauen Anwendungsbereich der Charta gegenüber den Mitgliedstaaten gemäß Art. 51 Abs. 1 GRCh. Diese Frage ist für das Gesamtgefüge der EU-Kompetenzordnung von nicht unerheblicher Bedeutung. Sie wird letztverbindlich vom EuGH zu klären sein, der in den nächsten Jahren reichlich Gelegenheit haben wird, seine Rechtsprechung zu präzisieren. Zwischenzeitlich beschäftigt die Frage aber auch die politischen Organe der Union und insbesondere die Kommission. Sie muss auf zahlreiche parlamentarische Anfragen, Bürgerbeschwerden und Petitionen antworten, in denen sie zum Einschreiten gegenüber diesem oder jenem angeblich grundrechtswidrigen Handeln der Mitgliedstaaten, am besten durch Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens, aufgefordert wird. Gerade aus dem Europäischen Parlament kommen immer wieder solche Vorstöße, die die Kommission in hochsensible Diskussionen verwickeln können. Hier zeigt sich die aus der deutschen Rechtsordnung altbekannte Erfahrung, dass man letztlich fast jede wirtschafts-, sozial-, rechts- oder gesellschaftspolitisch streitige Frage zu einem Grundrechtsproblem hochzonen kann. Anhand eines geschriebenen Grundrechtskatalogs von 50 Artikeln gelingt dies naturgemäß leichter als zuvor auf der Grundlage reinen Richterrechts des EuGH, dessen Gehalt jenseits der EMRK weitgehend im Dunkeln lag. Die Linie der Kommission gegenüber solchen Vorstößen ist bisher zu Recht vorsichtig: Sie bejaht die Anwendbarkeit der Charta nur, wenn ein spezifischer, eindeutiger Bezug zum Unionsrecht besteht, und bevorzugt die Prüfung etwaiger Vertragsverletzungen auf der Grundlage handfester Normen des Sekundärrechts. An der Erlangung einer umfassenden Einmischungskompetenz in alle möglichen innerstaatlichen Diskussionen über den Umweg der Grundrechte-Charta kann ihr nicht gelegen sein. Schon bei tendenziell zurückhaltender Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta hinsichtlich der Mitgliedstaaten in Art. 51 werden der Kommission genug schwierige und delikate Grundrechtsprobleme verbleiben, die ohne Zweifel vom Unionsrecht erfasst werden und entschlossenes Handeln der Hüterin der Verträge erfordern – die Praxis der Ausweisung von den Roma angehörigen Unionsbürgern aus Frankreich oder die Defizite der Asylverwaltung in Griechenland sind beredte Beispiele. Um so mehr sollte darauf geachtet werden, dass der Bindungsbereich der Charta nicht uferlos ausgedehnt wird auf jedwede Situation, in der ein Bezug zum Unionsrecht zwar noch theoretisch konstruierbar sein mag, in der aber kein echtes Bedürfnis nach Grundrechtsschutz gerade auf Unionsebene – zusätzlich zu den Ebenen der EMRK und der nationalen Verfassungen – besteht.<sup>49</sup> Diese zurückhaltende Grundlinie dient dem Interesse

---

<sup>49</sup> Näher zu dieser Auffassung *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Kommentar zur Grundrechte-Charta, 2006, Art. 51, Rdnr. 20 ff.; *ders.*, Die Charta im Spiegel von Entstehungsgeschichte und Kommissionspraxis, in: EuGH (Hrsg.), 4. Luxemburger Expertenforum zur Entwicklung des Unionsrechts, 2010, S. 39.

der Legitimität des Unionshandelns gegenüber den Mitgliedstaaten, einer klaren Zuständigkeitsabgrenzung im grundrechtlichen Mehrebenensystem Europas und nicht zuletzt einer effizienten Ressourcenverwaltung.

## V. Schluss

Entgegen landläufiger Vorurteile hat der Vertrag von Lissabon keineswegs die Signale in Richtung Zentralisierung der Europäischen Union gesetzt. Im Kern ausgehandelt vor mittlerweile fast neun Jahren vor dem Hintergrund der damaligen politischen Großwetterlage, lässt er den Kompetenzbestand weitgehend unverändert, führt allerdings eine klarere Kompetenzordnung und effizientere Instrumente der Subsidiaritätskontrolle ein; bei näherem Besehen treten nur wenige punktuelle Kompetenzerweiterungen, allerdings auch spürbare Reduktionen ans Licht. In der Gesetzgebungspraxis sind mit dem Folgenabschätzungssystem und der politischen Programmplanung wichtige, bislang nicht hinreichend beachtete Instrumente entwickelt worden, die eine frühzeitige Einspeisung und sachgemäße Prüfung von Subsidiaritätsaspekten erleichtern und das ohnehin inzwischen gut ausgeprägte Bewusstsein in der Kommission für solche Aspekte weiter stärken. Dabei ist seit Ausbruch der Finanzkrise durchaus wieder mehr und bedeutsamere, vor allem aber zielgerichtete Regulierung auf EU-Ebene zu verzeichnen, über deren Berechtigung ein breiter Grundkonsens besteht und die sich häufiger als früher des Instruments der Verordnung bedient. Im Gefolge der Staatsschuldenkrise ergeben sich künftig Einwirkungen auf das System der EU-Kompetenzordnung – wohl viel bedeutsamer als die Aussagen des neuen Vertrages zu diesem System selbst – aus der Entwicklung einer wirksamen „*economic governance*“, die freilich für die Erhaltung solider Staatsfinanzen und einer stabilen Unionswährung unumgänglich ist. Nicht unerhebliches Einwirkungspotential bergen ferner die Grundrechte-Charta und die Bürgerinitiative, also Errungenschaften des neuen Vertrages, die von der Politik gerade auch in Deutschland im Namen des Grundrechtsschutzes und der demokratischen Legitimation eingefordert und schließlich erreicht wurden.