

Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Recht und die nationalen Parlamente

Matthias Oesch

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Subsidiaritätsprinzip
 - I. Materiellrechtliche Vorgaben
 - II. Verfahrensrechtliche Vorgaben
 - III. Justiziabilität
- C. Einbezug der nationalen Parlamente
 - I. Subsidiaritätsrüge
 - II. Subsidiaritätsklage
- D. Exkurs: Subsidiarität im schweizerischen Recht
- E. Würdigung

A. Einleitung

Subsidiarität ist **Mode** und **Mythos** zugleich.¹ Der zentrale Aussagegehalt des Subsidiaritätsprinzips scheint weitgehend unbestritten. Es begründet eine Zuständigkeitsprärogative der kleineren Einheit gegenüber der grösseren nach Massgabe ihrer Leistungsfähigkeit.² Als Folge davon verpflichtet das Subsidiaritätsprinzip eine handlungswillige grössere Einheit, die Erforderlichkeit und den Mehrwert eines Tätigwerdens zu begründen. Gleichzeitig fällt das Subsidiaritätsprinzip durch seine inhaltliche Unbestimmtheit und Wertungsoffenheit auf. Es stellt einen Relationsbegriff dar, der sich erst unter Bezugnahme auf eine konkrete Sachfrage und den entsprechenden Kontext konkretisieren lässt.³ Ursprünglich handelte es sich beim Subsidiaritätsprinzip um ein theologisch-gesellschaftspolitisches Prinzip, das zunehmend auf das Verhältnis vertikal angeordneter staatlicher Ebenen übertragen wurde.⁴ Seine **ideengeschichtlichen Wurzeln** finden sich bereits in staatsphilosophischen Schriften von Platon und Aristoteles.⁵ Im 16. Jahrhundert bekannte sich das calvinistische Kirchenrecht ausdrücklich zur Subsidiarität. Im 19. Jahrhundert floss das Subsidiaritätsprinzip in die katholische Soziallehre ein;

¹ *Josef Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Aufl., 2001, 9. – Dieser Beitrag berücksichtigt Praxis und Lehre bis Ende 2012.

² *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 4. Aufl., 2011, Art. 5 EUV Rz. 20, m.w.H. auf gängige Definitionen.

³ *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 22.

⁴ *Giovanni Biaggini*, BV-Kommentar, 2007, Art. 5a BV Rz. 2.

⁵ Siehe für eine Übersicht über die Ursprünge *Philipp Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, 2009, 15 f.

eine klassische Umschreibung des Subsidiaritätsprinzips findet sich in der päpstlichen Sozialzyklika „Quadragesimo Anno“ von Papst Pius XI. von 1931.⁶ In der Mitte des letzten Jahrhunderts etablierte sich das Subsidiaritätsprinzip zunehmend als **Rechtsprinzip**. Gleichzeitig fand damit eine Ablösung von den ideengeschichtlichen Wurzeln statt. Im Rahmen eines dergestalt säkularisierten Verständnisses der Subsidiarität rücken vermehrt Zweckmässigkeits- und Effizienzerwägungen staatlichen Handelns sowie Aspekte der demokratischen Legitimation in den Vordergrund; der individualistische Ansatz und die Anerkennung des höheren Wertes der kleineren Einheit unter ethischen Gesichtspunkten treten in den Hintergrund.⁷

Mittlerweile spielt das Subsidiaritätsprinzip in seiner rechtlichen Ausprägung als Kompetenzverteilungs- und Kompetenzausübungsregel in den meisten Mehrebenensystemen eine prominente Rolle. Es findet seinen ausdrücklichen Niederschlag im Verfassungsrecht diverser föderal aufgebauten Bundesstaaten.⁸ Im internationalen Recht besteht zunehmend die Tendenz, den Erlass von Normen und *soft law* auch unter Subsidiaritätsaspekten zu diskutieren.⁹ Im EU-Recht findet seit Mitte der 1980er Jahre eine umfassende Auseinandersetzung über Geltung, Inhalt und Wirkung des Subsidiaritätsprinzips statt. Im Vertrag von **Maastricht** von 1992 fand das Subsidiaritätsprinzip zum ersten Mal Eingang in die Unions- bzw. Gemeinschaftsverträge.¹⁰ Seither stellt es ein grundlegendes Strukturmerkmal des Unionsrechts dar. Art. B Abs. 2 EUV formulierte das Subsidiaritätsprinzip als allgemeines politisches Prinzip. Art. 3b Abs. 2 EGV enthielt eine rechtlich verbindliche Präzisierung, welche in ihren Grundzügen bis heute Gültigkeit hat. In Ergänzung dazu erliess der Europäische Rat konkretisierende Leitlinien für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.¹¹ Kurz darauf einigten sich das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission zudem auf eine interinstitutionelle Vereinbarung über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.¹² Der Vertrag von **Amsterdam** von 1997 liess den Wortlaut der Bestimmungen unverändert; allein die Nummerierung änderte (Art. 2 Abs. 2 EUV, Art. 5 Abs. 2

⁶ *Isensee* (Fn. 1), 18 ff.; *Molsberger* (Fn. 5), 15.

⁷ *Georg Lienbacher*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl., 2012, Art. 5 EUV Rz. 16; *Isabel Feichtner*, Subsidiarity, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, Rz. 2 f.

⁸ Vgl. etwa Art. 72 Abs. 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; Art. 118 Abs. 1 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947; zum schweizerischen Recht unten Kapitel D. Demgegenüber wird das Subsidiaritätsprinzip im US-amerikanischen Verfassungsrecht nicht ausdrücklich gewährleistet; dazu *Feichtner* (Fn. 7), Rz. 6.

⁹ *Feichtner* (Fn. 7), Rz. 16 ff.; vgl. in Bezug auf das WTO-Recht etwa *Jacques H.J. Bourgeois*, „Subsidiarity“ in the WTO Context from a Legal Perspective, in: *Marco Bronckers/Reinhard Quick* (eds.), *New Directions in International Law, Essays in Honour of John H. Jackson*, 2000, 35 ff.

¹⁰ Vor Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht am 1. November 1993 beanspruchte das Subsidiaritätsprinzip im Gemeinschaftsrecht keine Geltung, auch nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz; dazu EuG, Rs. T-29/92, *SPO/Kommission*, Slg. 1995 II-289, Rz. 331.

¹¹ *Rudolf Streinz*, in: *Rudolf Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 2. Aufl., 2012, Art. 5 EUV Rz. 20.

¹² Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Rat, der Kommission und dem Europäischen Parlament über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips vom 28. Oktober 1993.

EGV). Zusätzlich wurde das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit erlassen, welches das Subsidiaritätsprinzip materiellrechtlich konkretisierte und umfangreiche Konsultations-, Berichts- und Begründungspflichten aufstellte. Der Vertrag von Nizza von 2002 änderte die einschlägigen Bestimmungen zum Subsidiaritätsprinzip nicht. Die Vorarbeiten zum **Verfassungsvertrag** von 2004 befassten sich ausführlich mit dem Subsidiaritätsprinzip.¹³ Dabei stand die Verbesserung der Überprüfung der Einhaltung des Prinzips im Vordergrund. Zu diesem Zweck wurde ein Protokoll mit Kontrollmöglichkeiten durch die nationalen Parlamente verabschiedet. Diese Neuerungen fanden schliesslich weitgehend Eingang in den Vertrag von Lissabon.

Der Vertrag von **Lissabon** regelt das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 EUV.¹⁴ Der Wortlaut dieser Bestimmung entspricht im Wesentlichen demjenigen der Vorgängerbestimmung im Vertrag von Nizza. In Ergänzung zu Art. 5 Abs. 3 EUV wurde das Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit geschaffen, welches das Protokoll von 1997 ersetzt. Das neue **Subsidiaritäts-Protokoll** verzichtet weitgehend auf materiellrechtliche Leitlinien zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips. Im Zentrum steht die verfahrensmässige Absicherung durch die Einführung der Subsidiaritätsrüge und der Subsidiaritätsklage. Damit wird die Kontrolle über die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips in wesentlicher Form den nationalen Parlamenten überantwortet. Die nationalen Parlamente werden institutionell – ein *Novum* im EU-Recht – in den unionalen Gesetzgebungsprozess eingebunden.

Darum geht es in diesem Beitrag. Kapitel B. rekapituliert die unionale Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips. Es skizziert die materiell- und verfahrensrechtlichen Vorgaben und untersucht seine Justiziabilität. Kapitel C. stellt die Subsidiaritätsrüge und die Subsidiaritätsklage vor. Während die nationalen Parlamente rege davon Gebrauch machen, subsidiaritätskritische Stellungnahmen gegen Gesetzgebungsvorschläge der Kommission einzureichen, wurde der Gerichtshof (EuGH) bis anhin noch nie mit einer Subsidiaritätsklage befasst. Kapitel D. wagt einen Seitenblick auf das schweizerische Recht. Das Subsidiaritätsprinzip fand erst 2008 ausdrücklich Eingang in die schweizerische Bundesverfassung. Kapitel E. rundet die Ausführungen mit einer Würdigung des Subsidiaritätsprinzips und seiner praktischen Handhabung im EU-Recht ab.

B. Subsidiaritätsprinzip

Art. 5 Abs. 3 EUV enthält die materiellrechtlichen Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine geplante unionale Massnahme mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Im Zentrum stehen die beiden Kriterien der Erforderlichkeit und des Mehrwerts der Massnahme (I.). Das Subsidiaritäts-Protokoll regelt die einschlägigen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen (II.). Die Einhal-

¹³ Siehe dazu ausführlich *Molsberger* (Fn. 5), 71 ff.

¹⁴ In Ergänzung dazu bestimmt Art. 1 Abs. 2 EUV programmatisch, dass in der Union „die Entscheidungen [...] möglichst bürgernah getroffen werden.“ Eine ähnliche Formulierung findet sich auch in der Präambel zum EUV.

tung dieser Vorgaben ist gerichtlich überprüfbar. Der EuGH hat diverse Male unionale Rechtsakte auf ihre Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip untersucht, wengleich er dabei regelmässig eine auffällig zurückhaltende Prüfdichte angelegt hat (III.).

I. Materiellrechtliche Vorgaben

Das unionale Subsidiaritätsprinzip stellt eine **Kompetenzausübungsregel** dar. Es ist gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV einschlägig, wenn die Union „tätig wird“. Damit ist grundsätzlich jedes Handeln eines Organs oder einer Einrichtung der Union gemeint. Die Prüfung der Subsidiarität ergänzt die Anforderungen, welche sich aus der entsprechenden Handlungsermächtigung ergeben.¹⁵ Ausgeschlossen sind gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV allein Rechtsakte, welche in Ausübung einer ausschliesslichen Zuständigkeit der Union ergehen. Art. 3 Abs. 1 AEUV listet diejenigen Sachbereiche, welche in die ausschliessliche Kompetenz der Union fallen, abschliessend auf.

Art. 5 Abs. 3 EUV stipuliert **zwei materiellrechtliche Kriterien**, welche erfüllt sein müssen, damit die Union gestützt auf geteilte Zuständigkeiten (Art. 4 AEUV) oder Zuständigkeiten im Bereich von Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmassnahmen (Art. 5 und Art. 6 AEUV) sowie im Rahmen der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik (GASP) tätig werden kann.¹⁶ Diese Kriterien gelten kumulativ; der Vertrag von Lissabon hat diesbezüglich zu einer willkommenen Klärung beigetragen.¹⁷ Gleichzeitig fällt die Unbestimmt- und Offenheit der einschlägigen *Termini* ins Licht. Während das Subsidiaritäts-Protokoll von 1997 die beiden Kriterien materiellrechtlich präzisierte, beschränkt sich das geltende Protokoll weitgehend auf verfahrensrechtliche Vorgaben. Diesbezüglich bedeutete Lissabon einen Rückschritt.

– Zum einen darf die Union nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der geplanten Massnahme von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können (**Erforderlichkeitskriterium**; Negativkriterium). Mit Blick auf die Ziele ist darzulegen, dass ein Regelungsdefizit besteht, das durch die den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehenden tatsächlichen und finanziellen Mittel nicht zufriedenstellend behoben werden kann. Naturgemäss muss es

¹⁵ Jürgen Bast/Armin von Bogdandy, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar*, Stand 2010, Art. 5 EUV Rz. 50 f., welche zudem darauf hinweisen, dass der Anwendungsbereich des Subsidiaritäts-Protokolls enger ist; dieses umfasst nur Gesetzgebungsakte gemäss Art. 289 AEUV.

¹⁶ Im Rahmen der GASP unterliegt das Subsidiaritätsprinzip allerdings keiner gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH (Art. 24 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 275 AEUV); Lienbacher (Fn. 7), Art. 5 EUV Rz. 20.

¹⁷ Die geltende Fassung („sondern vielmehr“) bringt den kumulativen Charakter der beiden Kriterien anschaulich zum Ausdruck; die frühere Fassung („und daher“) stiftete diesbezüglich Verwirrung. Gleichwohl werden die beiden Kriterien in der Praxis häufig vermischt und nicht separat geprüft, vgl. EuGH, Rs. C-491/01, *American Tobacco*, Slg. 2002 I-11453, Rz. 177 ff.; Calliess (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 31, 35; Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 5. Aufl., 2011, § 11 Rz. 29.

sich dabei um einen Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug handeln.¹⁸ Die Prüfung bezieht sich sowohl auf das „ob“ eines Tätigwerdens als auch auf das „wie“; die Notwendigkeit des Tätigwerdens muss sich auf alle vorgesehenen Regelungselemente eines Rechtsaktes beziehen.¹⁹ Dafür ist – sofern die geplante Regelung unionsweite Geltung beansprucht – eine Gesamtwürdigung der Situation in der Union insgesamt bzw. in allen Mitgliedstaaten vorzunehmen.²⁰ Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die bisherige Praxis ausdrücklich kodifiziert, wonach für die Beurteilung der mitgliedstaatlichen Regulierungskapazitäten nicht nur die zentrale, sondern auch die regionale und lokale Ebene zu berücksichtigen ist. Die Möglichkeit intergouvernementaler Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten (völkerrechtliche Abkommen) wird als Handlungsalternative demgegenüber nicht berücksichtigt.²¹

- Zum anderen verlangt das Subsidiaritätsprinzip, dass die Regelungsziele mit Blick auf den Umfang oder die Wirkungen der geplanten Massnahmen auf Unionsebene besser verwirklicht werden können (**Effizienz- bzw. Mehrwertkriterium**; Positivkriterium). Gemäss Art. 5 des Subsidiaritäts-Protokolls sind dabei qualitative und, soweit möglich, quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Es geht um eine Beurteilung der unionalen Problemlösungskapazität bzw. Einschätzung der Wirksamkeit der geplanten Massnahme im Vergleich zu den finanziellen Belastungen und zum Verwaltungsaufwand für involvierte Behörden, Wirtschaftsteilnehmer und Bürger.²² Verlangt wird die begründete Erwartung, dass eine unionsrechtliche Regelung einen Mehrwert gegenüber mitgliedstaatlichen Lösungen erbringt.²³ Die Vorteile des Integrationsgewinns müssen die Nachteile des mitgliedstaatlichen Kompetenzverlusts überwiegen.²⁴

Beide Kriterien verlangen, **Prognoseentscheidungen** zu treffen.²⁵ Es ist unter prognostischen Gesichtspunkten darzulegen, dass ein Tätigwerden der Union erforderlich ist und einen europäischen Mehrwert bedeutet. Vor diesem Hintergrund lässt sich das Subsidiaritätsprinzip als **Argumentationslastregel** qualifizieren. Unionale Massnahmen unterliegen einer Begründungspflicht; im Zweifelsfall besteht eine Präferenz für mitgliedstaatliche Regelungen.²⁶ Das mit dem Vertrag von Lissabon neugefasste Subsidiaritäts-Protokoll beruht wesentlich auf diesem (verfahrensrechtlichen) Ansatz. Darum geht es im nächsten Abschnitt.

¹⁸ Dieses Erfordernis wurde im Subsidiaritäts-Protokoll von 1997 ausdrücklich erwähnt, 2009 aber – wohl ohne rechtliche Konsequenz – nicht in das geltende Protokoll überführt; dazu *Jessica Koch/Matthias Kullas*, Subsidiarität nach Lissabon – Scharfes Schwert oder stumpfe Klinge?, *cepStudie* 2010, 17.

¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, *American Tobacco*, Slg. 2002 I-11453, Rz. 184.

²⁰ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 54.

²¹ *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 39; *Molsberger* (Fn. 5), 52.

²² *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 57.

²³ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 57; vgl. auch GA *Poiares Maduro*, SchlA EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone*, Slg. 2010 I-4999, Nr. 28.

²⁴ *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 42.

²⁵ *Lienbacher* (Fn. 7), Art. 5 EUV Rz. 26.

²⁶ Siehe zum Verständnis des Subsidiaritätsprinzips als Argumentationslastregel *Streinz* (Fn. 11), Art. 5 EUV Rz. 31.

II. Verfahrensrechtliche Vorgaben

Das Subsidiaritäts-Protokoll enthält spezifische verfahrensrechtliche Vorgaben für die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips in unionalen Gesetzgebungsverfahren. Damit wird der Einsicht Rechnung getragen, dass die Effektivität des Subsidiaritätsprinzips entscheidend davon abhängt, wie die Unionsorgane die materiellrechtlichen Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 EUV in der täglichen Praxis umsetzen. Die Einhaltung dieser Vorgaben bedarf entsprechender verfahrensrechtlicher Absicherung („Kompetenzschutz durch Verfahren“).²⁷

Art. 2 des Subsidiaritäts-Protokolls verpflichtet die Kommission, umfangreiche **Anhörungen** durchzuführen, bevor sie einen förmlichen Gesetzgebungsakt vorschlägt. Damit wird gewährleistet, dass sich interessierte Kreise frühzeitig zu allfälligen subsidiaritätskritischen Aspekten äussern können. Stichhaltige Einwände beeinflussen im Idealfall die weitere Entscheidungsfindung. Ein Verzicht auf eine solche Anhörung stellt wohl einen wesentlichen Verfahrensfehler dar, der die Nichtigkeit des späteren Rechtsakts zur Folge hat.²⁸ Art. 5 des Subsidiaritäts-Protokolls verpflichtet die Kommission weiter, Entwürfe von Gesetzgebungsakten im Hinblick auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips detailliert zu begründen.²⁹ Bis anhin stellte der EuGH keine allzu hohen Anforderungen an diese Begründungspflicht.³⁰ Seit Lissabon ist fraglich, ob diese nachsichtige Rechtsprechung weiterhin Bestand haben wird.³¹ Vorschläge zu neuen Rechtsakten enthalten mittlerweile regelmässig **ausführliche Stellungnahmen** zur Vereinbarkeit geplanter Massnahmen mit dem Subsidiaritätsprinzip. Im Rahmen wichtiger Initiativen und Gesetzgebungsprojekte werden Folgenabschätzungen (*impact assessments*) durchgeführt, in denen auch die Subsidiarität eingehend analysiert wird.³² Diese Ausführungen finden schliesslich – wenngleich in auffallend knapper und textbausteinähnlicher Form – Eingang in die Erwägungsgründe, welche einem unionalen Rechtsakt regelmässig vorangestellt werden.³³

Das neue Herzstück der verfahrensmässigen Absicherung des Subsidiaritätsprinzips stellt der formalisierte **Dialog** zwischen dem Unionsgesetzgeber und den nationalen Parlamenten dar. Darum geht es im Kapitel C.

²⁷ Streinz (Fn. 11), Art. 5 EUV Rz. 33; Calliess (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 60.

²⁸ Stephan Hobe, Europarecht, 7. Aufl., 2012, § 7 Rz. 90.

²⁹ Damit wird die ohnehin umfassend geltende Begründungspflicht für Gesetzgebungsakte (Art. 296 AEUV) präzisiert; Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union, 9. Aufl., 2011, § 2 Rz. 62.

³⁰ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-233/94, *Deutschland/Parlament u. Rat*, Slg. 1997 I-2405, Rz. 22 ff.; Bieber/Epiney/Haag (Fn. 29), § 3 Rz. 32.

³¹ Johann Schoo, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., 2012, Art. 296 AEUV Rz. 16.

³² Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit (19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011) vom 10. Juli 2012, COM(2012) 373 final, 3.

³³ Calliess (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 64.

III. Justiziabilität

Das Subsidiaritätsprinzip ist **justiziabel**.³⁴ Der EuGH ist befugt, Beschwerden über einen allfälligen Verstoss gegen das Subsidiaritätsprinzip an die Hand zu nehmen und umfassend zu beurteilen. Im Zentrum stehen dabei die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 263 AEUV und die Inzidenzklage gemäss Art. 277 AEUV. Inzident ist auch eine Prüfung im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäss Art. 267 AEUV möglich.³⁵ Damit wird eine effektive *ex post*-Kontrolle gegen allzu „integrationsfreundliche“ Rechtssetzungsaktivitäten der Unionsorgane gewährleistet. Das Klagerecht steht grundsätzlich allen betroffenen Organen, Mitgliedstaaten sowie natürlichen und iuristischen Personen offen, wobei selbstredend die einschlägigen Beschwerde Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde zudem die Subsidiaritätsklage der nationalen Parlamente eingeführt; sie stellt eine spezielle Ausprägung der Nichtigkeitsklage dar.³⁶

Der EuGH auferlegt sich bei der gerichtlichen Überprüfung, ob ein Rechtsakt das Subsidiaritätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV respektiert, traditionell eine **grosse Zurückhaltung**. Die rechtsetzenden Organe verfügen diesbezüglich naturgemäss über ein weites Ermessen.³⁷ Wenig überraschend hat der EuGH bis anhin noch nie eine Massnahme aufgrund einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips für nichtig erklärt – obwohl er in mehreren Fällen aufgerufen war, entsprechende Rügen zu behandeln und ausdrücklich durchblicken liess, im (unwahrscheinlichen) Fall eines offenkundigen Verstosses einzuschreiten.³⁸ Das methodische Vorgehen des EuGH präsentiert sich dabei keineswegs konsistent; in aller Regel prüft er pauschal und unstrukturiert die beiden materiellrechtlichen Kriterien gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV gemeinsam und unterscheidet nicht zwischen der Erforderlichkeit und dem Mehrwert eines Tätigwerdens auf unionaler Ebene.³⁹ Entsprechend bescheiden fällt bis anhin der Beitrag des EuGH aus, die merklich unbestimmt formulierten Kriterien einzelfallweise mit Inhalt zu füllen und dadurch ein klareres tatbestandliches Profil des Subsidiaritätsprinzips herauszuarbeiten.⁴⁰

³⁴ Ausdrücklich festgestellt etwa in EuG, Rs. T-253/02, *Ayadi/Rat*, Slg. 2006 II-2139, Rz. 107, m.w.H.; *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 67; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 17), § 11 Rz. 30; *Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth*, *Europarecht*, 2012, Rz. 568; vgl. zur gegen teiligen Meinung die Hinweise bei *Lienbacher* (Fn. 7), Art. 5 EUV Rz. 28 ff.

³⁵ *Streinz* (Fn. 11), Art. 5 EUV Rz. 39.

³⁶ Siehe dazu unten Kapitel C.II.

³⁷ *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 69, der gleichsam als Kompensation fordert, dafür hohe Anforderung an die Begründungspflicht als „Anker der gerichtlichen Kontrolle“ zu stellen (Rz. 75).

³⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-377/98, *Niederlande/Parlament u. Rat*, Slg. 2001 I-7079, Rz. 30 ff.; EuGH, Rs. C-233/94, *Deutschland/Parlament u. Rat*, Slg. 1997 I-2405, Rz. 22 ff.; EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002 I-11453, Rz. 173 ff.; EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone*, Slg. 2010 I-4999, Rz. 72 ff.; EuGH, Rs. C-176/09, *Luxemburg/Parlament u. Rat*, noch nicht in der amtl. Slg., Rz. 73 ff.; für einen Überblick über die Praxis *Lienbacher* (Fn. 7), Art. 5 EUV Rz. 31.

³⁹ *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 35, 40 und 68.

⁴⁰ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 58.

C. Einbezug der nationalen Parlamente

In den Reformdiskussionen, welche schliesslich zur Verabschiedung des Verfassungsvertrags bzw. – als dessen „Versatzstück“ – des Vertrags von Lissabon führten, wurde verschiedentlich gefordert, die gerichtliche Überprüfung des Subsidiaritätsprinzips durch den EuGH zu stärken. Vorgeschlagen wurden etwa klarer gefasste Formulierungen der materiellrechtlichen Vorgaben oder die Einführung einer allgemeinen Subsidiaritätsbeschwerde.⁴¹ Derartige Vorschläge zur Verbesserung der *ex post*-Kontrolle setzten sich schliesslich nicht durch. Vielmehr einigten sich die Mitgliedstaaten darauf, die verfahrensrechtlichen Vorgaben zu stärken. Als *Novum* werden dabei auch die nationalen Parlamente in die institutionelle Architektur der Union integriert. Sie erhalten mit der Subsidiaritätsrüge die Möglichkeit, *ex ante* auf subsidiaritätswidrige Elemente geplanter Massnahmen aufmerksam zu machen (I.). Eine speziell ausgestaltete Subsidiaritätsklage sichert dieses Aufsichtsrecht *ex post* ab (II.). Die einschlägigen Bestimmungen finden sich im Wesentlichen im Subsidiaritäts-Protokoll.⁴²

Mit der Einführung dieser neuartigen Instrumente übernehmen die nationalen Parlamente als „Leidtragende“ einer tendenziell integrationsfreundlichen und zentralistischen Gesetzgebungstätigkeit der Unionsorgane eine zentrale Rolle im Rahmen der Kompetenzkontrolle. Gleichzeitig wird damit die Rückbindung der unionalen Gesetzgebungstätigkeit an die politische Öffentlichkeit in den Mitgliedstaaten gefördert.⁴³

I. Subsidiaritätsrüge

Art. 12 EUV regelt die Beteiligung der nationalen Parlamente. Art. 12 lit. b EUV konkretisiert die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip. Demnach tragen die nationalen Parlamente aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei, indem sie dafür sorgen, dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäss dem im Subsidiaritäts-Protokoll vorgesehenen Verfahren beachtet wird. Dabei handelt es sich um ein politisches Präventivkontrollverfahren bzw. **Frühwarnsystem**. Art. 4 des Subsidiaritäts-Protokolls verpflichtet die Unionsorgane, Entwürfe für Gesetzgebungsakte den nationalen Parlamenten zukommen zu lassen. Die nationalen Parlamente oder die Kammern eines dieser Parlamente können gemäss Art. 6 des Subsidiaritäts-Protokolls binnen acht Wochen in einer begründeten Stellungnahme darlegen, weshalb der Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Dabei obliegt es den jeweiligen nationalen Parlamenten, gegebenenfalls regionale Parlamente mit Gesetzgebungsbefugnissen zu konsultieren. Gemäss Art. 7 Abs. 1 des Subsidiaritäts-Protokolls sind die Unionsorgane gehalten, die begründeten Stellungnahmen im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu „berücksichtigen“. Es handelt sich folglich um eine **Be-**

⁴¹ Bast/von Bogdandy (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 59.

⁴² Art. 69 AEUV wiederholt die Aufgabe der nationalen Parlamente, nach Massgabe des Subsidiaritäts-Protokolls für die Achtung des Subsidiaritätsprinzips zu sorgen, spezifisch für Gesetzgebungsvorschläge im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und der polizeilichen Zusammenarbeit.

⁴³ Bast/von Bogdandy (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 59.

rücksichtigungspflicht, d.h. um die Pflicht, sich fundiert mit den Einwänden auseinanderzusetzen; eine (kassatorische) Verpflichtung, die Stellungnahmen tatsächlich in den Vorschlag einfließen zu lassen, existiert demgegenüber nicht.⁴⁴ Das weitere Verfahren gabelt sich je nach Anzahl eingereicherter Stellungnahmen der nationalen Parlamente bzw. Parlamentskammern (wobei jedes nationale Parlament zwei Stimmen besitzt, üblicherweise aufgeteilt auf die beiden Kammern).⁴⁵ Die nationalen Parlamente zeigen – bildhaft gesprochen – je nach Anzahl eingereicherter Stellungnahmen die gelbe oder orange Karte.⁴⁶

- Sofern die Anzahl mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der möglichen Stimmen erreicht, muss der Entwurf „überprüft“ werden. Die Schwelle beträgt mindestens ein Viertel der Stimmen, wenn ein Entwurf auf der Grundlage des Art. 76 AEUV betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zur Debatte steht. Es handelt sich um eine **Überprüfungspflicht**. Deren Ausgang ist wiederum ergebnisoffen; ein Vetorecht steht den nationalen Parlamenten auch in diesem Fall nicht zu.⁴⁷ Immerhin reflektiert die Anzahl der kritischen Parlamentsvoten eine gewisse kritische Masse; die nationalen Parlamente zeigen gleichsam die **gelbe Karte**.⁴⁸ Die Überprüfungspflicht impliziert, dass der Ausgang der Überprüfung in einen formellen Beschluss über das weitere Vorgehen mündet.⁴⁹ Dabei liegt es in der Kompetenz der Kommission (bzw. eines anderen Organs, welches den Entwurf vorgelegt hat), am Vorschlag festzuhalten, ihn abzuändern oder zurückzuziehen.
- Sofern die Anzahl eingereicherter Stellungnahmen mindestens die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen erreicht, sind im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren – zusätzlich zur Überprüfungspflicht – weitere Verfahrensschritte zu berücksichtigen. Hier zücken die nationalen Parlamente die **orange Karte**.⁵⁰ Sofern die Kommission am Vorschlag festhält, muss sie den Unionsgesetzgeber, also den Rat und das Parlament, mit einer begründeten Stellungnahme über die unterschiedlichen Ansichten unterrichten. Der Unionsgesetzgeber ist sodann verpflichtet, vor Abschluss der ersten Lesung unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der

⁴⁴ Ähnlich *Bieber/Epiney/Haag* (Fn. 29), § 2 Rz. 62; *Calliess* (Fn. 2), Art. 12 EUV Rz. 13; *Hobe* (Fn. 28), § 7 Rz. 91.

⁴⁵ Vgl. zum teils unklaren Verhältnis zwischen Art. 7 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 3 des Subsidiaritäts-Protokolls *Calliess* (Fn. 2), Art. 12 EUV Rz. 17 ff.

⁴⁶ Demgegenüber besitzen die nationalen Parlamente keine Möglichkeit, die Kommission rechtlich verbindlich zur Änderung eines Gesetzgebungsvorschlags zu zwingen und damit gleichsam die rote Karte zu zücken. Sofern die nationalen Parlamente mit ihren Subsidiaritätsrügen nicht durchdringen, bleibt ihnen allenfalls die Möglichkeit, das Abstimmungsverhalten ihres Regierungsvertreters im Rat zu beeinflussen. Verschiedene Mitgliedstaaten sehen innerstaatlich entsprechende Verfahren vor; die Zustimmung zu einem Gesetzgebungsvorschlag durch den Regierungsvertreter wird von der Zustimmung durch das eigene Parlament abhängig gemacht (sog. Stimmabgabe *ad referendum*); dazu *Michael Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 2. Aufl., 2012, Art. 12 EUV Rz. 43. Damit ergänzt der neue Frühwarnmechanismus die vorhandenen Kanäle der Beeinflussung der eigenen Regierung sinnvoll.

⁴⁷ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 62.

⁴⁸ 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 4.

⁴⁹ *Calliess* (Fn. 2), Art. 12 EUV Rz. 16.

⁵⁰ 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 4.

nationalen Parlamente und der Kommission zu prüfen, ob der Vorschlag mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht. Sofern der Unionsgesetzgeber mit der Mehrheit von 55% der Mitglieder des Rates oder einer einfachen Mehrheit des Parlaments der Ansicht ist, dass der Gesetzgebungsvorschlag das Subsidiaritätsprinzip tatsächlich verletzt, wird der Vorschlag nicht weiter geprüft.

Die nationalen Parlamente haben seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon von der Möglichkeit, kritische Stellungnahmen zur Vereinbarkeit von Gesetzgebungsvorschlägen mit dem Subsidiaritätsprinzip abzugeben, regen Gebrauch gemacht.⁵¹ 2011 gingen bei der Kommission 64 Stellungnahmen nationaler Parlamente ein, was einer Zunahme um rund 75 % im Vergleich zu 2010 entspricht.⁵² Dabei wurden unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt. Die 64 Stellungnahmen bezogen sich auf 28 verschiedene Kommissionsvorschläge. Es macht den Eindruck, dass sich die nationalen Parlamente nicht in konsequenter Weise absprechen, um möglichst geeint gegen ausgewählte Vorschläge vorzugehen. Die notwendigen Quoren für die Erteilung einer gelben Karte (ein Drittel der Gesamtzahl der möglichen Stimmen) oder gar einer orangen Karte (einfache Mehrheit der Gesamtzahl der möglichen Stimmen) mit den entsprechenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen wurden in keinem Fall erreicht.⁵³ Die Kommission weist in ihrem jährlichen Bericht über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit auf diejenigen Kommissionsvorschläge hin, welche im Berichtsjahr am heftigsten diskutiert wurden.⁵⁴ Zudem bekräftigt die Kommission ausdrücklich ihre Entschlossenheit, sämtliche Gesetzgebungsvorschläge, auf die der Subsidiaritätskontrollmechanismus Anwendung findet, mit einer angemessenen Begründung zu versehen.⁵⁵

II. Subsidiaritätsklage

Art. 8 des Subsidiaritäts-Protokolls eröffnet den Mitgliedstaaten sowie – entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung – nationalen Parlamenten inkl. Kammern die Möglichkeit, Klage wegen Verstosses gegen das Subsidiaritätsprinzip zu erheben. Dabei handelt es sich um eine spezielle Ausprägung der Nichtigkeitsklage gemäss Art. 263 AEUV (auf die Art. 8 des Subsidiaritäts-Protokolls ausdrücklich verweist). Auch die Subsidiaritätsklage unterliegt den üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 263 AEUV.⁵⁶ Die Klagefrist beträgt gemäss Art. 263 Abs. 6 AEUV folglich zwei Monate ab Veröffentlichung

⁵¹ Siehe für eine Übersicht über die einschlägigen rechtlichen Grundlagen und Verfahren in den Mitgliedstaaten <<http://www.cosac.eu/country-specific-subsidiarity>>; in Deutschland wurden in diesem Zusammenhang Art. 23 Abs. 1a GG (Subsidiaritätsklage) und Art. 45 GG (Ausschuss für die Angelegenheiten der EU des Bundestags), das Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG; § 11 betrifft die Subsidiaritätsrüge, § 12 die Subsidiaritätsklage) und das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der EU (EUZBBG) geschaffen.

⁵² 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 4.

⁵³ 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 4.

⁵⁴ 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 7 ff.

⁵⁵ 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 5.

⁵⁶ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 64.

des Rechtsaktes im Amtsblatt der EU. Konstitutive Bedeutung besitzt Art. 8 des Subsidiaritäts-Protokolls nur insofern, als die Entscheidung über die Klageeinleitung innerstaatlich auch den Parlamenten bzw. parlamentarischen Kammern zusteht. Konsequenterweise haben diverse Mitgliedstaaten die Quoren für eine Klageerhebung (deutlich) unter dem einfachen Mehr angesiedelt. Diesfalls ist die Subsidiaritätsklage als **Minderheitenrecht** ausgestaltet; es besteht auch für oppositionelle Kräfte eine realistische Möglichkeit zur Klageerhebung.⁵⁷ Sofern ein Parlament oder eine Kammer Subsidiaritätsklage erhebt, übermittelt die Regierung die Klage unverzüglich dem EuGH. Die Prozessführung obliegt sodann aber dem klagenden Parlament bzw. der klagenden Kammer. Das Recht, eine Subsidiaritätsklage einzureichen, besteht im Übrigen unabhängig allfälliger Subsidiaritätsrügen durch nationale Parlamente; der Frühwarnmechanismus, d.h. die Einreichung begründeter Stellungnahmen *ex ante*, ist keine notwendige Voraussetzung für die spätere Klageerhebung.⁵⁸

Die nationalen Parlamente bzw. ihre Kammern haben bis anhin von der Möglichkeit, eine Subsidiaritätsklage einzureichen, noch nie Gebrauch gemacht.

D. Exkurs: Subsidiarität im schweizerischen Recht

Das Subsidiaritätsprinzip stellt auch im schweizerischen Bundesstaat – wenig überraschend – ein wesentliches Strukturmerkmal dar. Die Zuweisung einer Regelungskompetenz an diejenige Ebene des Gemeinwesens, welche dafür am besten „geeignet“ ist, erfolgt seit jeher (auch) unter dem Blickwinkel der Subsidiarität.⁵⁹ Ausdrücklich Eingang in die Bundesverfassung fand das Subsidiaritätsprinzip in seiner bundesstaatlichen Ausprägung allerdings erst 2008.⁶⁰ Art. 5a BV lautet prägnant: „Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.“

Das Subsidiaritätsprinzip helvetischer Prägung stellt eine **Kompetenzverteilungsregel und Kompetenzausübungsregel** dar.⁶¹ Seine Wirkkraft strahlt vertikal auf sämtliche Gemeinwesen des bundesstaatlichen Mehrebenensystems aus. Damit wird nicht nur das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen angesprochen, sondern auch innerkantonale Fragen der Kompetenzverteilung und -ausübung.⁶² Wesentlich ist dabei jedoch, dass Art. 5a BV den (Bundes-) Verfassungsgeber

⁵⁷ Siehe für eine Übersicht über die einschlägigen rechtlichen Grundlagen und Verfahren in den Mitgliedstaaten <<http://www.cosac.eu/country-specific-subsidiarity>>; für die Grundlagen in Deutschland (wo der Bundestag auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder zur Klageerhebung verpflichtet ist) die Verweise oben Fn. 51; *Huber* (Fn. 46), Rz. 40 ff.

⁵⁸ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 65; *Calliess* (Fn. 2), Art. 12 EUV Rz. 29.

⁵⁹ Siehe zur Entstehungsgeschichte *Rainer J. Schweizer/Lucien Müller*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler BV-Kommentar*, 2. Aufl., 2008, Art. 5a BV Rz. 1 ff.; *Astrid Epiney*, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: *Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé*, 1994, 9, 14 ff.

⁶⁰ Vgl. Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291, 2457 f.

⁶¹ *Biaggini* (Fn. 4), Art. 5a BV Rz. 9.

⁶² Botschaft NFA (Fn. 60), 2458. – Art. 5a BV bezieht sich demgegenüber nicht auf das Verhältnis zwischen Staat und Privaten; vgl. dazu etwa Art. 5 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005.

nicht in seiner Kompetenz beschränkt, neue Bundeszuständigkeiten zu begründen. Das Subsidiaritätsprinzip stellt keine materielle Schranke der Verfassungsrevision dar.⁶³ Es richtet sich primär an den Bundesgesetzgeber. Dieser ist bei der Ausübung entsprechender Kompetenzen an das Subsidiaritätsprinzip gebunden, welches in dieser Konstellation **rechtliche Bindungswirkung** entfaltet. Im Vergleich zur Ausgestaltung und Operationalisierung des Subsidiaritätsprinzips im EU-Recht fällt die helvetisierte Version gemäss Art. 5a BV durch die folgenden Merkmale auf:

- Analog zum Unionsrecht verzichtet die Bundesverfassung darauf, den **materiellrechtlichen Gehalt** des Subsidiaritätsprinzips zu definieren.⁶⁴ Das Verfassungsrecht fällt durch eine eigenartige Inhaltsleere auf. Die bundesrätliche Botschaft und die Wortprotokolle der Debatten im National- und Ständerat tragen kaum dazu bei, diese Lücke zu schliessen.⁶⁵ Die Aufgabe, materiellrechtliche Kriterien zu entwickeln und den Begriff damit induktiv mit Inhalt zu füllen, obliegt fallweise dem Gesetzgeber.⁶⁶ Die diesbezügliche Praxis ist allerdings wenig ergiebig.
- Art. 5a BV verpflichtet den Gesetzgeber, beim Erlass von neuen Gesetzen sowie bei Gesetzesänderungen zu prüfen, ob die geplanten neuen Bestimmungen mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar sind. Art. 5a BV begründet „einen verstärkten Rechtfertigungs- und Begründungszwang“.⁶⁷ Gleichzeitig verzichtet das Verfassungsrecht darauf, griffige **verfahrensrechtliche Vorgaben** zu formulieren. Dasselbe gilt für das Gesetzesrecht. Art. 141 Abs. 2 ParlG verpflichtet den Bundesrat zwar ausdrücklich, in seinen Botschaften Erlassentwürfe „zu begründen und zu kommentieren“.⁶⁸ In der nachfolgenden Aufzählung von „Punkten“, welche insbesondere zu erläutern sind, fehlt eine ausdrückliche Nennung des Subsidiaritätsprinzips allerdings. Auch der Botschaftsleitfaden des Bundes erwähnt das Subsidiaritätsprinzip nicht.⁶⁹ Ein cursorischer Blick in bundesrätliche Botschaften zeigt, dass der Bundesrat in aller Regel davon absieht, substantielle Angaben zur Vereinbarkeit eines Erlassentwurfs mit dem Subsidiaritätsprinzip zu machen.
- Die Lehre verneint die **Justiziabilität** des Subsidiaritätsprinzips gemäss Art. 5a BV praktisch *unisono*.⁷⁰ Dasselbe gilt für die bundesrätliche Botschaft, wel-

⁶³ Ebenso *Biaggini* (Fn. 4), Art. 5a BV Rz. 13, wonach dem Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der Verfassungsgebung die „Bedeutung einer staatspolitischen Maxime“ zukommt.

⁶⁴ Daran ändert auch Art. 43a Abs. 1 BV nichts, der eigentlich bezweckt, die Vorgaben von Art. 5a BV weiter zu konkretisieren.

⁶⁵ Vgl. Botschaft NFA (Fn. 60), 2457 ff. Immerhin enthält der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes (Bundesamt für Justiz, 3. Aufl., 2007), Rz. 543 ff., Erläuterungen zur „Abklärung der Notwendigkeit und des Umfangs einer bundesrechtlichen Regelung“.

Botschaft NFA (Fn. 60), 2339, 2458.

⁶⁷ Botschaft NFA (Fn. 60), 2340; vgl. auch *Schweizer/Müller* (Fn. 59), Art. 5a BV Rz. 20; Votum von NR *Dorle Vallender*, AB 2003 N, 953.

⁶⁸ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

⁶⁹ Botschaftsleitfaden, hrsg. durch die Schweizerische Bundeskanzlei, 3. Aufl., 2012.

⁷⁰ *Biaggini* (Fn. 4), Art. 5a BV Rz. 14; *René Rhinow/Markus Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, Rz. 616; *Schweizer/Müller* (Fn. 59), Art. 5a BV Rz. 15, m.w.H.; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., 2011, § 19

che dazu ausführt: „Es wäre dem schweizerischen Staatsverständnis fremd, die Interpretation des Subsidiaritätsprinzips gerichtlichen Institutionen übertragen zu wollen.“⁷¹ Damit ist es den Gerichten nicht möglich, einen substantiellen Beitrag zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips zu leisten. Der Bundesgesetzgeber wäre – selbst bei Bejahung der Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips – in der Praxis ohnehin weitgehend frei, in Missachtung des Subsidiaritätsprinzips Gesetze zu erlassen. Bundesgesetze unterliegen gestützt auf Art. 190 BV keiner verfassungsgerichtlichen Überprüfung; sie gelten als „immuniert“. Dies gilt auch in Fällen, in denen Bundesgesetze in Verletzung der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen erlassen werden. Die Einführung einer entsprechenden „Kompetenzgerichtsbarkeit“ durch das Bundesgericht im Rahmen der NFA-Reform scheiterte am Widerstand von National- und Ständerat.⁷²

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass das Subsidiaritätsprinzip im schweizerischen Rechtsalltag **keine relevante Rolle** spielt. Die schweizerische Verfassungspraxis versteht die sachgerechte Kompetenzverteilung und -ausübung primär als politischen Prozess, welcher der Verrechtlichung nur in engen Grenzen – wenn überhaupt – zugänglich ist. Gleichwohl darf die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verankerung des Subsidiaritätsprinzips *expressis verbis* nicht unterschätzt werden. Sie geht über blosser Symbolik hinaus und betont in rechtlich verbindlicher Weise den besonderen Stellenwert, welcher der Zuständigkeitsprärogative der kleineren Einheit gegenüber der grösseren auch im schweizerischen Bundesstaat zukommt. Interessanterweise erfolgte die ausdrückliche Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in den Verfassungstext bewusst (auch) mit Blick auf die zunehmende Vernetzung der Schweiz mit der Europäischen Union. Die fortlaufende **Europäisierung** des schweizerischen Rechts – sei es kraft staatsvertraglicher Anbindung, sei es kraft selbstgewählter Anlehnung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs – bewirkt eine schleichende Zentralisierung kantonaler Kompetenzen. Der Föderalismus gerät weiter unter Druck. Damit gewinnt das Postulat der konsequente(re)n Überprüfung der sachgerechten Zuteilung und Ausübung von Kompetenzen zwischen den verschiedenen staatlichen Ebenen unweigerlich an Bedeutung – und damit auch das Subsidiaritätsprinzip, selbst wenn sein materiellrechtlicher Gehalt und seine verfahrensrechtliche Absicherung bis heute auffällig rudimentär entwickelt sind.⁷³

Rz. 15; a.M. *Paul Richli*, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007, 47, 67 f.

⁷¹ Botschaft NFA (Fn. 60), 2458.

⁷² Botschaft NFA (Fn. 60), 2340; *Biaggini* (Fn. 4), Art. 5a BV Rz. 14.

⁷³ Vgl. dazu Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5907, 5975; *Schweizer/Müller* (Fn. 59), Art. 5a BV Rz. 14.

E. Würdigung

Eine kritische Würdigung der Entwicklung des Subsidiaritätsprinzips im EU-Recht und seiner Operationalisierung in der täglichen Praxis ergibt das folgende Bild:

- Die Mitgliedstaaten haben bei der Neufassung der Verträge in Lissabon darauf verzichtet, die auffallend offen und unbestimmt formulierten tatbestandlichen Kriterien des Subsidiaritätsprinzips zu konkretisieren und mit Inhalt zu füllen. Das neue Subsidiaritäts-Protokoll enthält – ganz im Gegensatz zum Vorgänger-Protokoll, welches für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips seit 1997 einschlägig war – von wenigen Ausnahmen abgesehen **keine materiellrechtlichen Vorgaben**. Diese Aushöhlung ist problematisch und der Rechtssicherheit abträglich. Auch wenn die (weitere) Verrechtlichung des Subsidiaritätsprinzips *in abstracto* naturgemäss an Grenzen stösst, scheint es unumgänglich, die beiden Kriterien der Erforderlichkeit und des Mehrwerts im Subsidiaritäts-Protokoll inhaltlich zu präzisieren. Nationale Parlamente arbeiten bereits heute zum Teil mit detailliert ausformulierten **Prüfrastern**. Auch im Schrifttum werden „Checklisten“ vorgeschlagen.⁷⁴
- Die **Kommission** ist in den letzten Jahren vermehrt dazu übergegangen, Gesetzgebungsvorschläge umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip zu prüfen und der interessierten Öffentlichkeit damit zu ermöglichen, kritische Einwände vorzubringen. Unzureichende – also etwa das Abstellen auf pauschale Textbausteine oder abstrakte Rechtserwägungen – oder gar fehlende Begründungen stellen die Ausnahme dar. Die Vermutung ist naheliegend, dass dieser **Kulturwandel** mit der Einführung des Frühwarnsystems zusammenhängt. Dieses System hat wesentlich dazu beigetragen, die prozedurale Seite des Subsidiaritätsprinzips zu stärken. Der Prozess erfolgt mittlerweile strukturiert und transparent.
- **Nationale Parlamente** haben in den letzten drei Jahren rege von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die fehlende Subsidiarität von Gesetzgebungsvorschlägen zu rügen. Sie sind bereit, als „Hüter“ des Subsidiaritätsprinzips institutionelle Mitverantwortung bei der Kontrolle unionaler Kompetenzausübung wahrzunehmen.⁷⁵ Sie spielen im europäischen Rechtsetzungsgefüge zunehmend eine nicht zu unterschätzende Rolle. Zu diesem Zweck werden unionale Gesetzgebungsprojekte in den Mitgliedstaaten in speziellen (Parlaments-) Ausschüssen vorberaten und sodann (parlaments-) öffentlich diskutiert, was reflexartig zu einer Sensibilisierung für europäische Angelegenheiten führt.
- Soweit ersichtlich hat der Frühwarnmechanismus bis anhin noch nie dazu geführt, dass die Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag nachträglich in substantieller Weise **abgeändert** hätte, auch wenn die Auffassungen der Organe und weiterer Akteure, inklusive nationaler Parlamente, über die Einhaltung

⁷⁴ Vgl. *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 79, mit einem Vorschlag für eine konkretisierende Neufassung von Art. 5 Abs. 3 EUV; *Streinz* (Fn. 11), Art. 5 EUV Rz. 25.

⁷⁵ Vgl. dazu BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. Juni 2009, Rz. 236, worin das deutsche Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz eine „Integrationsverantwortung“ auch der deutschen gesetzgebenden Körperschaften entnimmt; dazu *Jörg Semmler*, Die Subsidiaritätsrüge nach dem Vertrag von Lissabon – Plädoyer für ein politisches Instrument, ZEuS 2010, 529, 531 f.

des Subsidiaritätsprinzips „zuweilen stark auseinander“ gingen.⁷⁶ Das Festhalten der Kommission an den eigenen Vorschlägen ist bis zu einem gewissen Grad wohl dadurch zu erklären, dass die Quoren für die Auslösung der speziellen Überprüfungspflicht bei keinem Gesetzgebungsvorschlag erreicht wurden. Das kollektive Vorzeigen der gelben oder gar orangen Karte würde ein politisches Signal ausstrahlen, das die Kommission nicht leichthin negieren könnte – nicht zuletzt, um die Chancen eines Vorschlags auf Zustimmung im Rat zu wahren.⁷⁷

- Damit die nationalen Parlamente die nötige Schlagkraft erreichen, bedarf es sorgfältiger **Koordination und Absprache**. Ein gemeinsames Vorgehen ist letztlich die Voraussetzung dafür, dass der Frühwarnmechanismus effektiv genutzt werden kann. Die Konferenz der Europa-Ausschüsse der Parlamente (COSAC) wäre wohl am ehesten dafür prädestiniert, eine entsprechende Koordinierungsfunktion bzw. Rolle als „Clearingstelle“ wahrzunehmen.⁷⁸
- Der **EuGH** hat bis heute nicht dazu beigetragen, dem Subsidiaritätsprinzip klarere Konturen zu verleihen. In den (wenigen) Fällen, in denen – regelmässig in Ergänzung zu weiteren Beschwerdegründen, typischerweise in Kombination mit den Grundsätzen der begrenzten Einzelermächtigung und der Verhältnismässigkeit – eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gerügt wird, kommt er durchwegs zum Schluss, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV erfüllt sind. Die Begründungen dafür fallen auffallend knapp und wenig reflektiert aus. Es wäre wünschenswert, dass der EuGH in naher Zukunft mit einer Beschwerde befasst würde, welche ausschliesslich auf die Subsidiarität einer umstrittenen unionalen Massnahme zielt, sei es im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gemäss Art. 263 AEUV, sei es gestützt auf eine Subsidiaritätsklage gemäss Art. 8 des Subsidiaritäts-Protokolls. Der EuGH wäre diesfalls als „Kompetenzgericht“ aufgerufen, sich *à fond* mit dem Subsidiaritätsprinzip auseinanderzusetzen. Der EuGH ist entscheidend dafür verantwortlich, dass das Subsidiaritätsprinzip als scharfes Schwert wirkt und nicht als stumpfe Klinge.⁷⁹

⁷⁶ 19. Bericht über „Bessere Rechtsetzung“ 2011 (Fn. 32), 11.

⁷⁷ *Bast/von Bogdandy* (Fn. 15), Art. 5 EUV Rz. 63.

⁷⁸ *Calliess* (Fn. 2), Art. 5 EUV Rz. 69; *Huber* (Fn. 46), Art. 12 EUV Rz. 47; vgl. auch *Semmler* (Fn. 75), 533 f., mit Hinweisen auf weitere Foren und Konferenzen der interparlamentarischen Zusammenarbeit.

⁷⁹ Diese bildhafte Terminologie ist *Koch/Kullas* (Fn. 18), *passim*, entliehen.