

Professor Dr. Christian Koenig, Universität Bonn, und Professor Dr. Ralph Alexander Lorz, Universität Düsseldorf

Stärkung des Subsidiaritätsprinzips

Jedem föderativ oder supranational verfassten System ist ein immanenter Hang zum Zentralismus eigen. Dieses „Gravitationsgesetz der zentralisierenden Integration“ hat sich auch in der Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft bewiesen. Der Beitrag diskutiert nach einer kurzen rechtsdogmatischen Bestandsskizze und Problemläuterung politische und gerichtliche Mechanismen zur Gegensteuerung sowohl unter institutionellen als auch unter prozeduralen Aspekten.*

I. Rechtsdogmatische Bestandsskizze

Das durch den Maastrichter Vertrag in den EG-Vertrag eingebrachte Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EG) sieht vor, dass die Gemeinschaft in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig wird, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“. Keine Anwendung findet dieses Prinzip nach dem insoweit eindeutigen – wenngleich stilistisch missratenen – Wortlaut, wenn eine Materie in die *ausschließliche Zuständigkeit* der Europäischen Gemeinschaft fällt¹. So gilt das Subsidiaritätsprinzip nicht für die gemeinsame Außenhandels-, Landwirtschafts- und Fischereipolitik. In diesen Bereichen ist nach dem EG-Vertrag nur die Europäische Gemeinschaft zuständig². Positiv ausgedrückt ist das Subsidiaritätsprinzip *anwendbar*, wenn die Europäische Gemeinschaft eine *konkurrierende oder parallele Zuständigkeit* besitzt, d. h. wenn sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten handeln dürfen.

Die Rechtsfolge des Subsidiaritätsprinzips besteht nicht darin, dass der Gemeinschaft Kompetenzen genommen und diese an die Mitgliedstaaten rückübertragen werden. Vielmehr wird der Ausübung vorhandener Kompetenzen eine Schranke errichtet. Das Prinzip der Subsidiarität gemeinschaftlichen Handelns ist mithin keine Kompetenzverteilung, sondern eine *Kompetenzausübungsmaxime*³. Das

„Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ (im Folgenden: „Amsterdamer Protokoll“), das durch den Vertrag von Amsterdam dem EG-Vertrag beigefügt worden ist⁴, stellt klar, dass die Subsidiarität ein dynamisches Konzept ist. Danach wird die Tätigkeit der Gemeinschaft im Rahmen ihrer Befugnisse sowohl erweitert, wenn die Umstände dies erfordern, als auch eingeschränkt oder eingestellt, wenn sie nicht mehr gerechtfertigt ist (Ziffer 3 des Protokolls). Zu beachten ist, dass nicht die Ausweitung oder Einschränkung der Kompetenzen der Gemeinschaft angesprochen wird, sondern lediglich die Ausweitung oder Beschränkung ihrer Tätigkeit im Rahmen der vorhandenen Kompetenzen.

Selbst wenn der EG-Vertrag der Gemeinschaft eine (konkurrierende oder parallele) Zuständigkeit einräumt, darf sie nach dem Subsidiaritätsprinzip nur unter zwei Voraussetzungen handeln:

(1) wenn die Gemeinschaftsziele durch die Mitgliedstaaten „nicht ausreichend erreicht werden“ können, und

(2) wenn die Gemeinschaftsziele „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden“ können.

Beide Voraussetzungen müssen *kumulativ* vorliegen⁵. Die EG darf nicht tätig werden, wenn zwar das Handeln der Mitgliedstaaten ineffektiv, eine Gemeinschaftsregelung jedoch gleichfalls ineffizient wäre. Ebenso wenig kommt ein Handeln der Gemeinschaft in Betracht, wenn das gesteckte Ziel durch einzelstaatliche Maßnahmen verwirklicht werden kann und die Gemeinschaft dies lediglich besser erreichen würde.

Im Amsterdamer Protokoll werden folgende konkretisierende Leitlinien zu den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 EG aufgestellt (Ziffer 5 des Protokolls), die ebenfalls *kumulativ* erfüllt sein müssen:

(1) *Fehlende Effizienz mitgliedstaatlichen Handelns*: Der betreffende Bereich muss transnationale Aspekte aufweisen, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können;

(2) *Gefährdung der Vertragsziele durch Alleingänge*: Alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrags (z. B. Herstellung und Erhaltung eines unverzerrten Wettbewerbs, Vermeidung verschleierte Handelsbeeinträchtigungen etc.) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen;

(3) *Substanzieller Mehrwert europäischen Handelns*: Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen

* Der Abhandlung liegt ein Memorandum zugrunde, das die Autoren als Mitglieder des Expertenrates der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen zum EU-Konvent verfasst haben. Für wertvolle Unterstützung und Recherchen danken die Autoren ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Winfried Rasbach und Heiko Sauer.

¹ Zum Begriff der ausschließlichen Zuständigkeit s. näher Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 5 Rn. 18 ff.; Dittert, Die ausschließlichen Kompetenzen der EG im System des EG-Vertrages, 2001, S. 1 ff.; Jarass EuGRZ 1994, 209 (210).

² Unstreitig ist dies für die Handelspolitik und die Fischereipolitik, vgl. nur EuGH, Rs. 41/76, *Donckerwolcke/Procureur de la République*, Slg. 1976, 1921, Rn. 31, 37; EuGH, Rs. 804/97, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1981, 1045; Lienbacher, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 5 EGV Rn. 13 f.; v. Borries EuR 1994, 263 (273 f.); a. A. zur Agrarpolitik aber Calliess (Fn. 1), Art. 5 Rn. 26; Dittert (Fn. 1), S. 171 ff.

³ In diesem Sinne auch Calliess (Fn. 1), Art. 5 Rn. 2; Lienbacher (Fn. 2), Art. 5 Rn. 12; Jarass (Fn. 1), S. 213; a. A. Merten, in: Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993, S. 77 (81), der das Subsidiaritätsprinzip auch

als Kompetenzzuweisungs- oder Kompetenzübertragungsschranke begreift.

⁴ ABl. EG 1997 Nr. C 340, S. 105.

⁵ Dies folgt aus der Verknüpfung des Negativkriteriums mit dem Positivkriterium durch das Wort „und“; es hat daher, wie auch in Ziffer 5 des Protokolls hervorgehoben, logisch zwingend eine zweistufige Prüfung zu erfolgen, so auch die ganz h. M., vgl. nur Konow DÖV 1993, 405 (408 f.); Merten (Fn. 3), S. 81 ff.; v. Borries (Fn. 2), S. 277.

auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.

Das Subsidiaritätsprinzip beschränkt sich nur vordergründig auf die Frage, ob die Gemeinschaft tätig werden darf⁶. Bei genauerer Betrachtung verschränkt sich beim Subsidiaritätsprinzip das „Ob“ mit dem „Wie“ der Gemeinschaftsrechtsetzung. Der Grundsatz der Subsidiarität setzt nicht nur bei der Zulässigkeit des Handelns („Ob“) an, sondern auch bei der Ausgestaltung der zu ergreifenden Gemeinschaftsmaßnahme. Die von Art. 5 Abs. 2 EG geforderte Effizienz der Ziel- und Aufgabenverwirklichung hängt nämlich maßgeblich von der Art und Intensität – dem „Wie“ – des Gemeinschaftsrechtsakts ab. Daraus resultieren Überlagerungen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 3 EG, der gerade auch auf das „erforderliche Maß“ abstellt. Allerdings gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – anders als das Subsidiaritätsprinzip – sowohl für die Bereiche der konkurrierenden oder parallelen als auch der ausschließlichen Zuständigkeit der EG⁷.

Das Subsidiaritätsprinzip entfaltet seine Wirkung sowohl für zukünftiges Handeln der Gemeinschaft als auch für bereits bestehende Rechtsvorschriften. Die Kommission überprüft daher nicht nur, ob sie den Erlass eines Rechtsakts überhaupt vorschlagen soll, sondern sie „durchforstet“ auch den Bestand bereits erlassenen Sekundärrechts der Gemeinschaft daraufhin, ob die Gemeinschaftsregelungen aufrechterhalten werden können. Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips durch die Organe der Gemeinschaft ist justitiabel, also durch den *EuGH* überprüfbar⁸. Ziffer 13 des Amsterdamer Protokolls stellt dies ausdrücklich klar.

II. Problemstellung

Trotz dieses – im Vergleich zu anderen gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien – eindeutigen rechtsdogmatischen Bestands vermochte die Geltung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips nicht, den zentralisierenden Gravitationskräften in der europäischen Integrationspraxis entgegenzuwirken. Dies liegt nicht etwa an seinen materiell-rechtlichen Mechanismen, d. h. insbesondere nicht an der kumulativen Verknüpfung der Handlungsvoraussetzungen „fehlende Effizienz mitgliedstaatlichen Handelns“ und „substanzieller Mehrwert europäischen Handelns“. Diese Voraussetzungskumulation ist materiell-rechtlich durchaus streng gefasst. Die Crux liegt vielmehr sowohl in einer laxen prozeduralen Handhabung⁹ als auch in einer paradoxen institutionellen Einbettung der Subsidiaritätskontrolle: Gemeinschaftsorga-

ne entscheiden über den Mehrwert ihres eigenen Gemeinschaftshandelns. So werden die zentralisierenden Kräfte des Gemeinschaftshandelns kaum gebändigt, wenn etwa hinsichtlich des Initiativrechts die Kommission nach Ziffer 9 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls „die Sachdienlichkeit ihrer Vorschläge unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips begründet“. Auch Ziffer 11 des Protokolls überantwortet die Subsidiaritätskontrolle dem Binnenbereich der Gemeinschaft selbst, wenn darin angeordnet wird, dass das Europäische Parlament und der Rat die Kommissionsvorschläge „unter Einhaltung der geltenden Verfahren“ überprüfen. Gerade das Dilemma der „Autointerpretation“ von eigenen Befugnissen durch die befugten Organe selbst bedingt besondere prozedurale und institutionelle Mechanismen zur Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, die bisher weder der EG-Vertrag noch das Amsterdamer Protokoll bereithält.

Zwar ordnet Ziffer 4 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls eine Begründungspflicht an: „Jeder Vorschlag für gemeinschaftliche Rechtsvorschriften wird begründet, um zu rechtfertigen, dass dabei die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden; die Feststellung, dass ein Gemeinschaftsziel besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann, muss auf qualitativen oder – soweit möglich – auf quantitativen Kriterien beruhen.“ Diese Begründungspflicht hat jedoch in der Praxis zu gebetsmühlenartig herunterdeklinierten Vereinbarkeitsbekundungen geführt, welche den Eindruck erwecken, dass sie inzwischen zum festen Textbausteinrepertoire der Kommission gehören; die materielle Subsidiaritätskontrolle wird dadurch kaum gestärkt. Zur Stärkung der Subsidiaritätskontrolle muss vielmehr der institutionelle Eigenanreiz der Kommission aktiviert werden, indem die materielle Darlegungsqualität durch die Rechtsprechung belohnt oder sanktioniert wird¹⁰.

Für den *EuGH* gilt Ähnliches. Erwartet wurde, dass das Subsidiaritätsprinzip in seiner Rechtsprechung Berücksichtigung finden würde, etwa bei der Auslegung der Ermächtigungsnormen des EG-Vertrags und der darauf gestützten Rechtsakte der Gemeinschaft. Sein praktischer Beitrag zu Gunsten einer Stärkung dieses Gedankens ist aber – zurückhaltend ausgedrückt – bisher enttäuschend ausgefallen¹¹. Eine für die Gemeinschaft negative Entscheidung aufgrund von Art. 5 EG hat er bis heute nicht getroffen. Die Lage erinnert insofern an das gleichfalls vergebliche Bemühen der deutschen Länder, durch eine Änderung von Art. 72 Abs. 2 GG und die Einführung eines eigenen verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu seiner Geltendmachung der Zentralisierung von Gesetzgebungskompetenzen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland entgegenzuwirken¹². Statt dessen bleibt speziell die vom *EuGH* praktizierte Auslegung nach Maßgabe der „nützlichen Wirkung“, des „*effet utile*“, einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, wonach derje-

⁶ So die gängige Abgrenzung zwischen Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV: Absatz 2 betrifft die Frage, ob die Gemeinschaft im Rahmen ihrer konkurrierenden und parallelen Kompetenzen tätig werden soll, wohingegen Absatz 3 das „Wie“ der Kompetenzausübung regelt; vgl. etwa *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, 3. Aufl. 2000, Rn. 159; *Kabl* AöR 1993, 414 (426 ff.).

⁷ Allgemeine Meinung, vgl. nur *Calliess* (Fn. 1), Art. 5 Rn. 45.

⁸ So im Ergebnis auch der ganz überwiegende Teil der Literatur, vgl. nur *Schmidhuber/Hitzler* NVwZ 1992, 720 (725); *v. Borries* (Fn. 2), S. 283; *Kabl* (Fn. 6), S. 440; *Pieper*, Subsidiarität: Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, 1994, S. 271 ff.; für ein Einschreiten des *EuGH* nur bei Überschreiten der äußersten Ermessensgrenzen durch den Gemeinschaftsgesetzgeber *Konow* (Fn. 5), S. 411; *Schima*, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Wien 1994, S. 139 ff.; an der Justitiabilität zweifelnd *Lienbacher* (Fn. 2), Art. 5 Rn. 25 ff.

⁹ Auf die große Bedeutung der prozeduralen Umsetzung für die Effektivität des Subsidiaritätsprinzips hat früh bereits hingewiesen *Möschel* NJW 1993, 3025 (3028); Defizite in der prozeduralen Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips bemängelt aus heutiger Sicht auch *Calliess* (Fn. 1), Art. 5 Rn. 59.

¹⁰ Den Anreiz, den eine strenge juristische Gegenkontrolle durch den *EuGH* auf die anderen Gemeinschaftsorgane ausübt, die Vorgaben des Art. 5 EG jeweils gründlich zu prüfen, betont zu Recht auch *Calliess* (Fn. 1), Art. 5 Rn. 60.

¹¹ Vgl. nur die Urteile *EuGH*, Rs. C-84/94, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Slg. 1996, I-5755, Rn. 46 ff.; *EuGH*, Rs. C-233/94, *Deutschland/EP u. Rat*, Slg. 1997, I-2405, Rn. 22 ff., bei denen der *EuGH* eine echte Prüfung des Subsidiaritätsprinzips vermeidet; ein Gesamtüberblick über alle Urteile, in denen der Begriff des Subsidiaritätsprinzips vom *EuGH* aufgegriffen wird, findet sich bei *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl., 1999, S. 351 ff.

¹² S. hierzu *Calliess* DÖV 1997, 889 ff.

nigen Auslegung der Vorzug gebührt, welche die Verwirklichung der Vertragsziele am meisten fördert, eine stete Herausforderung des Subsidiaritätsprinzips.

III. Inhaltliche Präzisierung des Subsidiaritätsprinzips

Die Aufgabe besteht also darin, die Gemeinschaftsorgane selbst zu einem strikteren Umgang mit den Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips zu veranlassen. Zu diesem Zweck sollte im EG-Vertrag selbst klargestellt werden, dass die Gemeinschaft in jedem Fall die Darlegungslast für die fehlende Effizienz mitgliedstaatlichen Handelns und den substanziellen Mehrwert eines gemeinschaftlichen Vorgehens trifft¹³. Eine solche primärrechtliche Regelung der Darlegungslast der Gemeinschaft würde im Falle des substantiierten Bestreitens der die Kompetenzzusübung tragenden Tatsachen (Prognosen) durch zumindest einen Mitgliedstaat zur gerichtlich sanktionierten Beweislast der Gemeinschaft führen. Könnte die Gemeinschaft, etwa im Rahmen einer Nichtigkeitsklage (Art. 230 EG) oder einer Ungültigkeitsvorlage (Art. 234 Abs. 1 lit. b EG), der Darlegungslast nicht genügen, so müsste die angegriffene Gemeinschaftshandlung wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips – in der Diktion des Art. 230 EG wegen Vertragsverletzung – durch das Rechtsprechungsorgan für nichtig erklärt werden. Das setzt freilich voraus, dass die materiellrechtlichen Vorgaben für die Subsidiaritätskontrolle ihrerseits im Vertrag eine Präzisierung finden, d. h. dass die jetzt in Ziffer 5 des Amsterdamer Protokolls niedergelegten inhaltlichen Parameter auf der Ebene des Primärrechts verankert werden. Angesichts der Tatsache, dass Art. 5 EG derzeit mehrere Prinzipien – begrenzte Einzelmächtigung, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit – bündelt, die nur lose miteinander zusammenhängen, würde das Subsidiaritätsprinzip dabei eine zusätzliche Aufwertung erfahren, wenn man ihm einen eigenen Vertragsartikel widmen würde. Dieser könnte etwa in einem neuen Art. 5 a EG mit folgendem Wortlaut bestehen:

„(1) In Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, darf die Gemeinschaft nur tätig werden, soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen sind.

(2) In diesen Fällen hat die Gemeinschaft darzulegen, dass
– ein transnationaler Regelungsbedarf besteht, der durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht wirksam und den Anforderungen dieses Vertrags entsprechend erfüllt werden kann, und dass

– gemessen an den Anforderungen dieses Vertrags Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen deutliche Vorteile mit sich bringen würden.“

IV. Stärkung der politischen Einflussmechanismen im Vorfeld

Sind die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips und die diesbezügliche Darlegungslast der

¹³ Die (formelle) Darlegungslast der Gemeinschaft betonen schon *Pipkorn* EuZW 1992, 697 (700); *Schmidhuber/Hitzler* (Fn. 8), S. 724; nach letzteren soll allerdings eine Vermutung dafür sprechen, dass dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung getragen ist, wenn der Rat einen bestimmten Rechtsakt einstimmig erlässt.

Gemeinschaft erst einmal auf diese Weise primärrechtlich festgeschrieben, geht es in einem zweiten Schritt um die Verbesserung der politischen Abstimmung¹⁴ noch vor der Verabschiedung eines potentiell subsidiaritätsgefährdenden Rechtsakts. Dieses Ziel kann zum einen durch eine Modifizierung der Verfahrensabläufe erreicht werden; man kann aber auch über die Schaffung eines speziell auf diese Abstimmung ausgerichteten institutionellen Umfelds nachdenken.

1. Option A: Prozedurale Reformmöglichkeiten

In prozeduraler Hinsicht verlangt das genannte Ziel die Schaffung einer Möglichkeit, auf die Formulierung von Kommissionsvorschlägen unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips schon vor der offiziellen Einleitung des Rechtsetzungsverfahrens Einfluss zu nehmen. In diesem Zusammenhang ließe sich auch die Rolle der nationalen Parlamente stärken¹⁵, indem man ihnen eine eigenständige Einflussnahme verfahrensrechtlich garantiert. Wenn man allerdings zu diesem Zweck ein dem Beginn der entsprechenden Entscheidungsverfahren „vorgeschaltetes“ politisches Abstimmungsverfahren einführen will, dessen Verletzung vom Gerichtshof sanktioniert werden soll, dann muss dies auch auf primärrechtlicher Ebene festgeschrieben werden – und zwar dort, wo das Verfahren systematisch angesiedelt werden soll, d. h. eben im Vorfeld der für Rechtsakte vorgesehenen Entscheidungsverfahren. Das wäre etwa im Wege der Einführung eines neuen Art. 250 a EG zu verwirklichen:

„(1) Beabsichtigt die Kommission den Vorschlag eines Rechtsakts in Bereichen, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, so hat sie den Regierungen und Parlamenten der Mitgliedstaaten vorher Gelegenheit zur Stellungnahme hinsichtlich der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu geben. Zu diesem Zweck ist seitens der Kommission im Einzelnen darzulegen, wieso sie die in Art. 5 a dieses Vertrages genannten Voraussetzungen als gegeben ansieht.

(2) Sehen Regierung oder Parlament eines Mitgliedstaates diese Voraussetzungen nicht als gegeben an, so haben sie in ihrer Stellungnahme substantiiert darzulegen, wieso ihrer Ansicht nach Maßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene ebenfalls zur Erreichung der verfolgten Ziele führen würden bzw. wieso ein gemeinschaftliches Handeln keine wesentlichen Vorteile mit sich bringen würde.

(3) Soweit die Kommission dennoch an ihrem Vorschlag festhält, hat sie zugleich mit seiner Zuleitung an Rat und Parlament im Einzelnen auf die von mitgliedstaatlicher Seite vorgebrachten Einwendungen einzugehen und zu begründen, warum sie sie für unzutreffend und ein Tätigwerden der Gemeinschaft für gerechtfertigt hält.“

2. Option B: Institutionelle Veränderungen

Wie oben schon ausgeführt, tendieren die Gemeinschaftsorgane nach ihrem wohlverstandenen institutionellen Eigeninteresse grundsätzlich dazu, den für ein Engagement der Gemeinschaft sprechenden Gründen größeres Gewicht einzuräumen als den Erwägungen, die zugunsten mitgliedstaatlicher Maßnahmen geltend gemacht werden. Für die Organe der Mitgliedstaaten gilt umgekehrt natürlich das Gleiche. Wenn aber sowohl die Organe der Gemeinschaft als auch die der Mitgliedstaaten notwendigerweise die Interessen ihrer jeweils eigenen Entscheidungsebene verfolgen, ist eine institutionelle Auflösung dieses Dilemmas nur in der Einrich-

¹⁴ Für eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips nur auf der politischen Ebene tritt *Vetter*, in: *Hrbek* (Hrsg.), Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1995, S. 35 (42), ein, weil er die Frage der Verbandskompetenzverteilung für vorrangig gegenüber einer Optimierung der Subsidiaritätskontrolle hält.

¹⁵ Allgemein zur aktuellen Rolle der Parlamente im Einigungsprozess *Schröder* EuR 2002, 301 ff.

tung eines neuen „gemischten“ Organs zu finden¹⁶, dessen Entscheidungen sowohl von Vertretern der Gemeinschaft als auch von Repräsentanten der Mitgliedstaaten getragen werden müssen¹⁷.

Will man also ein politisches Schlichtungsorgan¹⁸ schaffen, das Streitigkeiten um die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips schon im Vorfeld der Verabschiedung eines Rechtsakts entschärfen soll¹⁹, so bedarf es dafür einer Kombination von politischen Entscheidungsträgern beider Ebenen. Diese Entscheidungsträger lassen sich prinzipiell auf der Gemeinschaftsebene aus Kommission, Rat, Parlament und Ausschuss der Regionen rekrutieren, auf der mitgliedstaatlichen Ebene hingegen aus den Regierungen und den Parlamenten.

Hierbei ergibt sich allerdings das Problem, dass die mitgliedstaatlichen Regierungen ihrerseits bereits das Gemeinschaftsorgan „Rat“ bilden, so dass die Interessen dieser Entscheidungsträger von vornherein zwiespältig ausgerichtet sind. Außerdem ist der Einfluss des Rates und damit der mitgliedstaatlichen Regierungen auf die gemeinschaftliche Rechtsetzung nach wie vor so groß, dass es einer Sicherung zu seinen Gunsten eigentlich gar nicht bedarf (insofern erinnert das Wehklagen der nationalen Regierungen über Kompetenzanmaßungen durch die Gemeinschaftsorgane sehr an Krokodilstränen²⁰). Das gleiche gilt für die Kommission, jedenfalls solange sie noch über das Initiativmonopol hinsichtlich aller gemeinschaftlichen Rechtsetzungsvorschläge verfügt.

Als *Konsequenz* sollte sich ein politisches Schlichtungsorgan zur Entscheidung von Subsidiaritätsstreitigkeiten lediglich aus dem Europäischen Parlament, den nationalen Parlamenten und dem Ausschuss der Regionen rekrutieren. Zu denken wäre etwa an einen ständigen „Subsidiaritätsausschuss“²¹, der drittelparitätisch aus Vertretern dieser drei Institutionen zusammengesetzt sein könnte, wobei zu klären

16 Angedacht wurde auch bereits die Aufwertung des Gemeinschaftsorgans Ausschuss der Regionen im Rahmen des Rechtsetzungsprozesses bis hin zu einer dritten Kammer neben Rat und Parlament, vgl. den Nachweis bei *v. Bogdandy/Bast* EuGRZ 2001, 441 (445), die sich aber selbst dagegen aussprechen.

17 Einen anderen Zusammenhang zwischen organisatorischer Struktur und Subsidiaritätsprinzip stellt *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 106 ff., her: Subsidiarität sei ein Organisationsprinzip, auf dessen Basis eine Erneuerung der Organisationsstruktur vorgenommen werden solle.

18 Als Schlichtungsorgane (für Kompetenzfragen allgemein) bringt *Mayer* ZaöRV 61 (2001), 577 (607) noch einen „Ombudsmann für Kompetenzfragen“ bzw. einen „Europäischen Kompetenzbeauftragten“ mit jährlichen Kompetenzberichten ins Gespräch.

19 *Schwarze* DVBl. 1995, 1265 (1267) denkt einen Ausschuss zur konkreten Subsidiaritätskontrolle – eine Art „Vermittlungsausschuss“ – an, der zwar in gewisser Unabhängigkeit entscheiden soll, dessen Entscheidungen aber ihrerseits gerichtlicher Kontrolle unterliegen sollen. Ein Benennungsrecht komme seitens des Ministerrats, der Mitgliedstaaten, des Parlaments und des Ausschusses der Regionen in Betracht.

20 In diese Richtung geht auch der Hinweis von *v. Bogdandy/Bast* (Fn. 16), S. 456, Kritik an der mangelnden Beachtung des Subsidiaritätsprinzips sei der Sache nach Kritik an Funktionsdefiziten des Rates, der als Organ mitgliedstaatlicher Interessenwahrnehmung der eigentliche Ort der Institutionalisierung des Subsidiaritätsinteresses auf europäischer Ebene sei.

21 Einen „Subsidiaritätsausschuss“ schlägt auch *Pernice* JZ 2000, 866 (876) vor. Dieser soll sich vorwiegend aus Vertretern der nationalen, gegebenenfalls der Länderparlamente zusammensetzen, denn diese könnten am ehesten darüber befinden, ob auch die Mitgliedstaaten zur effektiven Zielverwirklichung in der Lage seien. Der Ausschuss soll von Mitgliedern von Rat und Parlament, aber auch von nationalen Parlamenten, Ländern und Regionen im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens angerufen werden können und daraufhin eine unverbindliche Stellungnahme abgeben, die den Rechtsetzungsorganen dann als Entscheidungshilfe dienen kann. Damit sei sowohl die Rechtskontrolle durch den *EuGH* erleichtert als auch eine effektive politische Kontrolle organisiert. Kritisch zu diesem Vorschlag *v. Bogdandy/Bast* (Fn. 16), S. 456.

bliebe, inwieweit die unterschiedliche Bevölkerungszahl der Mitgliedstaaten bei der Benennung der Vertreter der nationalen Parlamente berücksichtigt werden sollte²². Da in diesem Ausschuss die Vertreter der mitgliedstaatlichen Institutionen in der Mehrheit wären, bedürfte es zur Wahrung der nationalen, regionalen und lokalen Interessen in diesem Fall nicht einmal besonderer Mehrheitserfordernisse.

3. Bewertung

Die Idee eines „Subsidiaritätsausschusses“ scheint nach allem, was bislang über die Konventsberatungen nach außen gedrungen ist, in politischen Kreisen durchaus Anklang zu finden. Insbesondere die Vertreter der nationalen Parlamente und des Ausschusses der Regionen, die sich in den derzeitigen Rechtsetzungsverfahren der Gemeinschaft weitestgehend marginalisiert fühlen, liebäugeln mit diesem Gedanken, der ihnen erstmals eine maßgebliche eigenständige Stellung in den europäischen Entscheidungsprozessen einräumen würde. Dennoch sollte man dieser Idee nur mit Vorsicht nähertreten. Die Komplexität der europäischen Rechtsetzungsverfahren ist schon jetzt extrem hoch und würde durch die Einbeziehung eines zusätzlichen Gremiums nur noch verstärkt werden. Während auf der einen Seite ein neuerlicher Verlust an Transparenz zu befürchten wäre, würde auf der anderen Seite die Wahrscheinlichkeit politischer Blockaden und einer damit einhergehenden Lähmung der Gemeinschaft weiter zunehmen. Zudem sollten politische Entscheidungsträger in der Lage sein, Meinungsverschiedenheiten auch ohne die Einschaltung eines speziell dafür geschaffenen Organs zu schlichten.

Alle diese Erwägungen sprechen dafür, es auf der Ebene des zweiten Lösungsschritts bei der prozeduralen Variante (Option A) zu belassen. Streitigkeiten über die richtige Anwendung des Subsidiaritätsprinzips könnten so schon im Vorfeld identifiziert und im Rahmen des politisch Möglichen beigelegt werden. Zwar entstünde durch die Einführung eines „Vorverfahrens“ noch vor der offiziellen Kommissionsinitiative notwendig eine Verzögerung der gemeinschaftlichen Rechtsetzung, doch würde dieser Nachteil hinreichend kompensiert, wenn es dafür tatsächlich zu weniger Kompetenzstreitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten käme²³. Wenn sich aber eine Auseinandersetzung über die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips nicht auf diesem Wege klären ließe, dann dürfte es ohnedies nur noch die Möglichkeit der gerichtlichen Streitbeilegung geben, die daher auch sogleich als dritter Lösungsschritt betrachtet werden soll. Selbst in diesem Fall würde die vorgeschlagene Verfahrensweise aber noch eine sinnvolle Ergänzung des derzeitigen Systems darstellen, da die zwischen Kommission und Mitgliedstaaten ausgetauschten Stellungnahmen dann dem Gerichtshof als Aufarbeitung des Prozessstoffs und Entscheidungsgrundlage zur Verfügung stünden²⁴.

22 Zur Berücksichtigung der unterschiedlichen Bevölkerungszahlen der Mitgliedstaaten bei Entscheidungen des Rates nach dem Vertrag von Nizza ausführlich *Hatje* EuR 2001, 143 (156–160).

23 Prozedurale Lösungswege werden – ohne weitere Spezifikation – im Bereich der Kompetenzausübung durch die Gemeinschaft auch bei *Goll/Kenntner* EuZW 2002, 101 (103) erörtert. Gedacht wird daran, die Kompetenzausübung im Vorfeld an die Einwilligung der Mitgliedstaaten anzubinden. Letztlich wird dieser Idee aber eine Absage erteilt, weil einerseits das Rechtsetzungsverfahren und die Einigungsprozesse bereits kompliziert genug, andererseits die Mitgliedstaaten durch die zentrale Rolle des Rates beim Normerlass ohnehin bereits ausreichend beteiligt seien.

24 Schon der Rechtfertigungs- und Begründungszwang der Gemeinschaftsorgane schafft nach *Schwarze* (Fn. 19), S. 1267 geeignete Anknüp-

V. Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle

Entscheidet man sich für die hier entwickelte Lösung und damit für die Etablierung eines zusätzlichen Verfahrensschritts im europäischen Rechtsetzungsprozess, so müssen natürlich auch die Abläufe auf der gerichtlichen Kontrollenebene insofern ergänzt werden, als Verstöße gegen diesen Verfahrensablauf ausdrücklich vom Gerichtshof zu sanktionieren sind. Das kann wiederum auf zwei Arten sichergestellt werden: zum einen durch eine bloße Modifikation der Verfahrensvorschriften und zum anderen durch die Vornahme institutioneller Veränderungen.

1. Option A: Prozedurale Ergänzungsmöglichkeiten

In prozeduraler Hinsicht ist unter den zahlreichen Vorschlägen, die momentan zur Verbesserung der Subsidiaritätskontrolle kursieren, vor allem die Einrichtung einer eigenen „Subsidiaritätsklage“ zu nennen. Für diesen Gedanken dürfte aus deutscher Perspektive vor allem die Vorschrift des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a GG Pate gestanden haben, die eine bessere Überwachung der nach Art. 72 Abs. 2 GG vorzunehmenden „Bedarfsprüfung“ für Bundesgesetze gewährleisten sollte. Im Wesentlichen verspricht man sich davon eine prominentere Stellung der Subsidiaritätskontrolle; darüber hinaus böte die Einführung einer solchen Klage Gelegenheit, den in Subsidiaritätsfragen besonders betroffenen mitgliedstaatlichen Parlamenten entgegen der sonstigen Systematik der europäischen Gerichtsverfahren ein eigenes Klagerecht zuzubilligen²⁵.

Gerade das Schicksal des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a GG sollte jedoch davor warnen, sich von der Einrichtung eines zusätzlichen Klageverfahrens zuviel zu versprechen. Denn so wenig die Schaffung dieser Vorschrift im Grundgesetz zur Verstärkung des verfassungsgerichtlichen Schutzes der Länderkompetenzen beigetragen hat, so wenig würde eine eigene „Subsidiaritätsklage“ an der Rechtsprechung des *EuGH* in der Substanz etwas ändern. Soweit der *EuGH* dazu bereit und in der Lage ist, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu kontrollieren, kann er dies problemlos im Rahmen der „normalen“ Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG tun. Auch eine eventuelle Verletzung des im zweiten Lösungsschritt vorgeschlagenen politischen Abstimmungsverfahrens kann ohne weiteres im Zuge einer solchen Klage sanktioniert werden. Falls man also tatsächlich den Subsidiaritätsrügen im Rahmen der Nichtigkeitsklage einen besonderen Stellenwert und insbesondere den mitgliedstaatlichen Parlamenten ein eigenes Klagerecht einräumen möchte, kann man dies auch im Wege einer einfachen Ergänzung des Art. 230 EG durch einen neuen Absatz 4 a tun. In prozeduraler Hinsicht bietet sich darüber hinaus an, entsprechend der oben postulierten

fungspunkte für eine mögliche spätere gerichtliche Kontrolle. In eine ähnliche Richtung ging schon der Hinweis von *Pieper* (Fn. 8), S. 275/276, dass in einem späteren Verfahren vor dem *EuGH* die Berufung eines Mitgliedstaats auf das Subsidiaritätsprinzip während des Rechtsetzungsverfahrens im Rat möglicherweise ein Indiz für die Verletzung sein könne.

²⁵ Skeptisch gegenüber einer Erweiterung der Klageberechtigten *Schwarze* (Fn. 19), S. 1267, der sich allerdings nur mit Klagerechten der Bundesländer und des Ausschusses der Regionen befasst. Für eine Klagemöglichkeit des Ausschusses der Regionen *Clement*, Europa gestalten – nicht verwalten, Rede im Rahmen des „Forum Constitutionis Europae“, abrufbar unter www.whi-berlin.de/clement.htm, Rn. 29. Diskutiert wird die Erweiterung der Klagemöglichkeiten auch bei *v. Bogdandy/Bast* (Fn. 16), S. 455, die aber als Reformschritt die Justitiabilität der Akte des Europäischen Rates für vordringlich halten.

Darlegungslast der Gemeinschaft für die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips an dieser Stelle eine entsprechende Beweislastregel²⁶ für das gerichtliche Verfahren festzuschreiben²⁷:

„Die Nichtigkeit eines Rechtsakts wegen eines Verstoßes gegen Art. 5 a oder 250 a dieses Vertrages kann sowohl von der Regierung als auch von dem Parlament jedes Mitgliedstaates geltend gemacht werden. Die Gemeinschaft trägt in diesem Fall die Beweislast dafür, dass ein solcher Verstoß nicht vorliegt.“

Unabhängig davon empfiehlt sich in jedem Fall die Ausgestaltung der Subsidiaritätsprüfung als Ex-ante-Kontrolle, um eine mögliche Schaffung vollendeter Tatsachen durch die Gemeinschaftsorgane zu vermeiden. Sofern ein Mitgliedstaat also angesichts einer Rechtsetzungsinitiative der Gemeinschaft die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips reklamiert, sollte der Rechtsakt so lange angehalten werden, bis über diesen Punkt verbindlich entschieden worden ist. Dies würde zwar insofern dem derzeitigen System des EG-Vertrags widersprechen, als Nichtigkeitsklagen vor den europäischen Gerichten generell keine aufschiebende Wirkung zukommt; auf der anderen Seite handelt es sich dabei aber ohnehin um eine Lücke im europäischen Rechtssystem, deren Rechtfertigung zunehmend in Frage steht²⁸.

2. Option B: Institutionelle Neuerungen

Dem grundsätzlichen Problem, das mit der derzeitigen Form der gerichtlichen Kontrolle über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten einhergeht und zu Beginn dieses Artikels bereits beschrieben wurde, kommt man mit all diesen prozeduralen Modifikationen freilich nicht bei: Der *EuGH* besitzt im Prinzip die Zuständigkeit und den Auftrag dazu, Kompetenzzuweisungen der Gemeinschaftsorgane einen Riegel vorzuschieben²⁹. Da er jedoch selbst Gemeinschaftsorgan ist und als solches ebenfalls der Tendenz zum Zentralismus unterliegt, nimmt er diese Aufgabe in der Regel nicht effektiv wahr³⁰. Daher ist auf der gerichtlichen Ebene erneut die Frage nach einer institutionellen Auflösung dieses Dilemmas zu stellen, und wie schon im politischen Kontext kann sie auch hier nur in der Einrichtung eines neuen, aus Repräsentanten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten „gemischten“ Organs bestehen.

Die Entscheidungsträger für dieses Organ können sich logisch auf der Gemeinschaftsebene nur aus dem *EuGH* und auf mitgliedstaatlicher Ebene aus den Verfassungsgerichten – soweit vorhanden – bzw. aus den obersten Gerichten der Mitgliedstaaten rekrutieren. Ein solches gerichtliches

²⁶ Allgemein zur Beweislastverteilung im Verfahren vor dem *EuGH* am Beispiel der Amtshaftungsklage *Koenig/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl., 2002, Rn. 746.

²⁷ Nach *Pieper* (Fn. 8), S. 273 wird mit der dem Subsidiaritätsprinzip entsprechenden Begründungspflicht letztlich schon eine Beweislastumkehr eingeführt; ähnlich *Schmidhuber/Hitzler* (Fn. 8), S. 725.

²⁸ Vgl. zu Reformvorschlägen *v. Winterfeld* NJW 1988, 1409 (1413 f.).

²⁹ Im Maastricht-Urteil wird der *EuGH* vom *BVerfG* gemahnt, diesen Auftrag einschließlich einer effektiven Subsidiaritätskontrolle effektiv wahrzunehmen, *BVerfGE* 89, 155 (211) = JZ 1993, 1100 (1111); dazu *Götz* JZ 1993, 1081.

³⁰ Zur Kritik z. B. *Blanke* ZG 1991, 133 (142 f.); *Jestaedt* Arbeitgeber 1993, 725 (727) bezweifelt angesichts eines „übermächtigen ‚effet utile‘-Denkens und des fortgeltenden Konzepts funktioneller Integration“ einen entscheidenden Einfluss des Subsidiaritätsprinzips auf die Rechtsprechung zur Kompetenzabgrenzung; zweifelnd an der Effektivität der Kompetenzkontrolle durch den *EuGH* auch *Goll/Kenntner* (Fn. 23), S. 101. Gegen diese Kritik aber *Zuleeg*, in: *Nörr/T. Oppermann*, Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 201–204; *v. Bogdandy/Bast* (Fn. 16), S. 454.

Schlichtungsorgan sollte sich also aus Richtern am EuGH und Mitgliedern der höchsten Gerichte der Mitgliedstaaten zusammensetzen³¹. Empfehlenswert erscheint die Wahl der Mitglieder dieses Schlichtungsorgans durch die Gerichtshöfe selbst, um auch nach außen ihre Unabhängigkeit von politischer Beeinflussung zu demonstrieren. Wie im Falle eines politischen Schlichtungsorgans empfiehlt sich aus mitgliedstaatlicher Perspektive außerdem zur besseren Wahrung des Subsidiaritätsprinzips ein zahlenmäßiges Übergewicht der mitgliedstaatlichen Richter (z. B. $2/3-1/3$), um auf besondere Mehrheitserfordernisse innerhalb des Gremiums selbst verzichten zu können. Die Mitglieder dieses „Subsidiaritätsgerichts“ sollten schließlich für eine bestimmte Zeitdauer fest bestimmt sein, um die Benennung von „Ad-hoc-Richtern“ zu vermeiden³². Die Länge dieser Zeitdauer könnte zwischen drei und sechs Jahren variieren.

3. Bewertung

Für die Einrichtung eines derartigen „Subsidiaritätsgerichts“, das an anderer Stelle schon in vergleichbarer Weise als „Kompetenzgerichtshof“³³ vorgeschlagen worden ist³⁴, scheinen nach dem derzeitigen Stand der Konventsberatungen kaum Chancen zu bestehen. Mit Blick auf die nachfolgende Regierungskonferenz, auf der die vertraglichen Neuerungen erst ihre endgültige Gestalt erhalten sollen, ist dies auch keineswegs verwunderlich. Denn alle diese Gremien sind politisch besetzt und zögern daher aus institutionellem Eigeninteresse, der „Dritten Gewalt“ in Europa³⁵ noch mehr Macht zu übertragen³⁶. Würde demgegen-

über ein politisches Schlichtungsorgan geschaffen, so bliebe die Option einer politischen Beeinflussung der konkreten Entscheidungen dieses Organs – hart ausgedrückt: die Möglichkeit politischer „Kuhhandel“ – erhalten. Dass man sich diesen Weg aus politischer Perspektive jedenfalls dann offenhalten möchte, wenn man sich in den entsprechenden Verhandlungen gute Erfolgchancen ausrechnet, ist nur verständlich.

Dennoch wäre ein „Subsidiaritätsgericht“ insgesamt die bessere Alternative. Denn die Schaffung eines solchen Gremiums aus garantiert unabhängigen Persönlichkeiten mit einschlägiger richterlicher Erfahrung würde seine Unparteilichkeit und die Transparenz seiner Verfahren ebenso garantieren wie eine gewisse Verlässlichkeit und Berechenbarkeit seiner Entscheidungen. Auf mittlere Sicht könnte so das Subsidiaritätsprinzip allein durch die Spruchpraxis dieses Schlichtungsorgans auch in materieller Hinsicht Konturen gewinnen, während eine exklusiv politisch ausgerichtete Verfahrenslösung der Beliebigkeit Tür und Tor öffnen würde.

Freilich steht dem hier vorgeschlagenen Modell ebenfalls das Argument entgegen, dass die schon jetzt hochkomplexen europäischen Entscheidungsverfahren durch jede Einbeziehung einer zusätzlichen Institution nur noch weiter verkompliziert und undurchschaubarer würden. Diese Erwägung spricht in der Tat dafür, auf institutionelle Neuerungen ganz zu verzichten und es bei den angesprochenen prozeduralen Modifikationen zu belassen. In diesem Fall wird es jedoch wegen des schon mehrfach angesprochenen institutionellen Eigeninteresses der involvierten Gemeinschaftsorgane zu keiner effektiveren Überwachung des Subsidiaritätsprinzips kommen; auch die Einrichtung einer eigenen „Subsidiaritätskammer“ beim EuGH, die sich zur Zeit als Kompromisslösung durchzusetzen scheint, vermöchte hieran nichts zu ändern. Denn es kann von den Gemeinschaftsorganen billigerweise nicht erwartet werden, dass sie ihre eigenen Kompetenzansprüche zurückstellen, wenn sie in der Sache glauben, etwas Sinnvolles unternehmen zu können. Den Mitgliedstaaten, die ihre eigenen Handlungsbereiche unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips unangemessen beeinträchtigt sehen, bliebe dann wie schon jetzt nur die Möglichkeit, durch politischen Druck und ihr Stimmverhalten im Rat Maßnahmen der Gemeinschaft in diesen Bereichen zu verhindern. Will man aber eine rechtsförmliche Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips erreichen, die diesen Namen verdient, so muss man zumindest auf der Ebene des letzten Lösungsschritts in den sauren Apfel beißen und eine Institution mit der gerichtlichen Letztkontrolle³⁷ betrauen, die selbst weder der gemeinschaftlichen noch der mitgliedstaatlichen Sphäre angehört.

VI. Schluss

Eine effektive Stärkung des Subsidiaritätsprinzips durch rechtliche Mechanismen setzt damit ein Vorgehen in mehreren Schritten voraus: Zum ersten gilt es, den materiellen Gehalt dieses Prinzips primärrechtlich stärker zu präzisieren und damit einer Rechtskontrolle zugänglicher zu machen, als dies derzeit der Fall ist. Zum zweiten muss durch ent-

³¹ Auch für die bereits vorgeschlagenen, unterschiedlich gearteten Sondergerichte zur Kompetenzkontrolle wird zumeist eine solche gemischte Besetzung vorgeschlagen, vgl. *Goll/Kenntner* (Fn. 23), S. 105; der von *Weiler*, *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, in: 22 *ELRev* (1997), 150 (155) ins Gespräch gebrachte „Constitutional Council“ soll aus nationalen oberen Richtern bestehen, den Vorsitz soll aber der EuGH-Präsident inne haben.

³² Das von *Goll/Kenntner* (Fn. 23), S. 105 vorgeschlagene Kompetenzgericht ist dagegen als Ad-hoc-Gericht gedacht.

³³ Erstmals formulierte die Idee eines paritätisch besetzten „Obersten Gerichtshofs“ auf deutscher Seite wohl *Friedrich* RIW 1985, 794 (795 f.). Seitdem ist die Etablierung einer gerichtsförmigen Kompetenzkontrolle außerhalb des EuGH in verschiedensten Varianten vorgeschlagen worden, vgl. z. B. die Vorschläge von *Weiler* (Fn. 31), S. 155: Schaffung eines „Constitutional Council“, der nach dem Vorbild des französischen *Conseil Constitutionnel* nur über Kompetenzfragen (einschließlich Subsidiarität) – ex ante – entscheiden soll; von *Broß* *VerwArch* 92 (2001), 425 (429): Schaffung eines gemischt besetzten „Europäischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte gleichsam als Verfassungsgericht der Gemeinschaften“; von *Di Fabio* *FAZ* v. 2. 2. 2001, S. 8: Schaffung eines aus nationalen oberen Richtern bestehenden „Verfassungsgerichts des Staatenverbundes für Grundsatz- und Kompetenzfragen“; von *Goll/Kenntner* (Fn. 23), S. 101–106: Plädoyer zur Schaffung eines „Europäischen Kompetenzgerichts“; von *Schmitz*, *Integration in der supranationalen Union*, 2001, S. 504: Einrichtung einer „außerordentlichen Kompetenzbeschwerde“ an den EuGH, bei der dieser in einer durch nationale Richter ergänzten Besetzung entscheiden soll; von *Clement* (Fn. 25), Rn. 29: Paritätisch besetzte Kompetenzkammer am EuGH; von *Lindseth*, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: the Example of the European Community*, in: 99 *ColumLRev* (1999), 628 (726–734): Etablierung eines gemischt besetzten „European Conflicts Tribunal“ (nicht nur) zur Kompetenzkontrolle.

³⁴ Ablehnend demgegenüber aber z. B. *Reich* *EuZW* 2002, 257, nach dessen Auffassung die Diskussion um eine neue gerichtliche Institution auf einem „rechtlichen Fehlverständnis der europäischen Gerichtsverfassung“ beruht; dezidiert gegen die Schaffung einer neuen, wie auch immer gearteten gerichtsförmigen Instanz zur Kompetenzkontrolle auch *Everling* *EuZW* 2002, 357 (360–363). Eine Würdigung der verschiedenen Argumente findet sich bei *Mayer*, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, S. 335–337.

³⁵ Ein Vorschlag zur grundlegenden Neustrukturierung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit findet sich bei *Jacqué/Weiler*, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, 441–456.

³⁶ Allgemein zur Stellung der „Dritten Gewalt“ in der Gemeinschaft z. B. *Pernice* *EuR* 1996, 27–43.

³⁷ Zur „Letztentscheidung“ in Kompetenzfragen grundlegend *Mayer* (Fn. 34).

sprechende Abstimmungsverfahren im Vorfeld sichergestellt werden, dass die Gemeinschaft sich substantiell mit der Einhaltung seiner Voraussetzungen auseinandersetzt. Das wird nur geschehen, wenn man der Gemeinschaft in prozeduraler Hinsicht eine entsprechende Darlegungslast auferlegt. In einem dritten Schritt muss diese Darlegungslast in eine gerichtlich sanktionierte Beweislast der Gemeinschaft transformiert werden. Eine effektive Sanktionierung von Verstößen gegen das Subsidiaritätsprinzip und die zu seinem

Schutz zu schaffenden Verfahrensmechanismen ist jedoch nur zu erwarten, wenn die entsprechende Kontrolle einem gerichtsförmigen Organ übertragen wird, das von seiner Struktur her zwischen den Ebenen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten angesiedelt ist. Daher kommt man in diesem einen Punkt um die Einrichtung einer neuen, in den Verträgen bislang nicht vorgesehenen Institution nicht herum.