

EUROPARECHT

In Verbindung mit der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht

herausgegeben von

*Claus-Dieter Ehlermann, Ulrich Everling, Hans-J. Glaesner, Meinhard Hilf,
Hans Peter Ipsen, Joseph H. Kaiser, Peter-Christian Müller-Graff, Gert Nicolaysen,
Hans-Jürgen Rabe, Jürgen Schwarze, Konrad Zweigert †*

Geschäftsführende Herausgeber:
Gert Nicolaysen, Hans-Jürgen Rabe

31. Jahrgang 1996

Heft 3, Juli – September

Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht

Von *Gerd Winter*, Bremen¹

Viel, und enorm viel in deutscher Sprache, ist über die Interpretation des Subsidiaritätsprinzips geschrieben worden². Was nunmehr ansteht, sind Untersuchungen über die praktische Umsetzung dieses Grundsatzes. Sie können neue Anregungen für die Diskussion der rechtsdogmatischen Gestalt, für mögliche Änderungen bei der Anwendung und vielleicht auch für rechtspolitische Reformen erbringen.

Das folgende soll ein Beitrag zu diesem notwendigen Zwischenschritt sein. Er wird zeigen, daß nicht die verbreitete Skepsis, ob das Subsidiaritätsprinzip (im folgenden: SP.) greifen werde, sondern eher Besorgnis angebracht ist, ob es nicht in den Bereichen, die man in Gegenüberstellung zur ökonomischen Regulierung Sozialregulierung nennt, zu stark greift.

Geregelt ist das SP. bekanntlich in Art. 3 b Abs. 2 EGV. Der Artikel lautet insgesamt:

„Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.

In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, 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.

1 Der Artikel ist eine überarbeitete Fassung meiner Stellungnahme im Rahmen einer gemeinsamen Anhörung vom 8. Mai 1996 der Europaausschüsse des Deutschen Bundestags und Bundesrats zum Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union.

2 Eine Literaturliste, die mir *Dr. Josef Falke*, ZERP Bremen, großzügigerweise zur Verfügung gestellt hat, umfaßt bis zum März 1996 allein 147 Aufsätze und Monographien zum Thema.

Die Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus.“

Ich möchte mich zunächst einigen Erfahrungen mit der Umsetzung des SP. zuwenden und dann Folgerungen für eine Reform ziehen.

I. Erfahrungen mit dem Subsidiaritätsprinzip

Die Umsetzung des SP. in die Praxis kann auf 2 Ebenen untersucht werden:

- der Setzung operational gefaßter Normen,
- der Beeinflussung von Entscheidungen, die wiederum
 - die Rechtsetzung oder
 - die Durchführung von Recht betreffen können.

Ich werde mich im folgenden auf den Bereich der Rechtsetzung beschränken³.

1. Konkretisierung durch Selbstverpflichtung, Interinstitutionelle Vereinbarung und Geschäftsordnung

Manche der beteiligten Institutionen haben *Prüflisten* aufgestellt, die ihre eigene Praxis anleiten sollen. Die bekanntesten Listen sind diejenigen des Europäischen Rates⁴, der Europäischen Kommission⁵, in der Bundesrepublik auch diejenigen der Bundesregierung⁶ und der Bayerischen Staatsregierung⁷.

Die *Liste der Kommission* sieht folgende Prüfschritte vor:

- a) Welche Ziele will die Gemeinschaft – angesichts ihrer Verpflichtungen – mit der geplanten Maßnahme erreichen?
- b) Fällt die geplante Maßnahme unter eine ausschließliche oder eine konkurrierende Zuständigkeit der Gemeinschaft? (Im ersten Fall werden die Schritte c) bis e) übersprungen)
- c) Inwieweit hat der Sachverhalt eine gemeinschaftliche Dimension (z. B. wieviele Mitgliedstaaten sind betroffen? Wie wurde bisher vorgegangen?)
- d) Welches Vorgehen erweist sich bei einem Vergleich der Aktionsmittel der Gemeinschaft mit denen der Mitgliedstaaten als das wirksamste?
- e) Welchen konkreten Mehrwert bietet die geplante Maßnahme der Gemeinschaft und welches wären die Kosten des Nichttätigwerdens?
- f) Über welche Aktionsmittel verfügt die Gemeinschaft (Empfehlung, finanzielle Unterstützung, Verordnung, gegenseitige Anerkennung ...)?

3 Zur Subsidiarität im Bereich der Durchführungsakte möchte ich auf meinen Artikel in G. Lübke-Wolff (Hrsg.) *Der Vollzug des europäischen Umweltrechts*, Berlin 1996, verweisen.

4 Vom 11./12.12.1992, abgedruckt bei D. Mertens (Hrsg.), *Die Subsidiarität Europas*, Berlin 1993, S. 138 ff.

5 Vom 24.11.1993, abgedruckt in *Kom* (93) 545

6 Memorandum vom 16.9.1992, abgedruckt bei Mertens (Fn: 4), S. 130 ff.

7 Vom 9.2.1993, abgedruckt bei Th. Goppel, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips*, *EuZW* 1993, 367 ff., 368.

g) Sind einheitliche Vorschriften notwendig oder genügt eine Richtlinie mit allgemeinen Zielvorgaben, für deren Umsetzung die Mitgliedstaaten zuständig sind? Die Prüfung der Subsidiarität im engeren Sinn (d. h. diejenige nach Art. 3 b Abs. 2 EGV) besteht aus den Schritten c), d) und e), die zwei Tests enthalten, die die Kommission als komparativen Effizienztest und Mehrwerttest bezeichnet⁸.

Die Schritte f) und g) (Wahl der am wenigsten eingreifenden Handlungsstrategie und, falls eine Rechtsvorschrift erforderlich ist, der am wenigsten eingreifenden Rechtsform) gehören auch nach Auffassung der Kommission dagegen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip (im folgenden: VP.); sie sind nicht nur bei konkurrierenden, sondern auch bei ausschließlichen Kompetenzen anzuwenden⁹.

Parlament, Rat und Kommission haben in einer *Interinstitutionellen Vereinbarung*¹⁰ das Verfahren der Prüfung des SP. festgelegt. Danach obliegt die Prüfung:

- der Kommission bei der Ausübung ihres Initiativrechts wie auch bei Änderungen ihrer Vorschläge im weiteren Verlauf der Rechtsetzung; dies ist schriftlich zu begründen,
- dem Parlament und dem Rat bei Ausübung ihres Rechts, die Kommission zur Vorbereitung von Rechtsakten aufzufordern,
- allen drei Organen im Rahmen ihrer internen Verfahren.

Weiterhin verpflichtet sich die Kommission, jährlich einen Bericht über die Beachtung des SP. zu erstellen. Schließlich ist vorgesehen, daß bei Schwierigkeiten eine interinstitutionelle Konferenz einberufen werden kann.

Zu erwähnen ist weiterhin Art. 54 der Geschäftsordnung des Parlaments (GO), nach dem die Frage der Subsidiarität im Zusammenhang mit der materiellen Prüfung eines Vorschlags behandelt wird, also nicht dem besonderen Verfahren der Kompetenzprüfung durch den Rechtsausschuß zugewiesen wird (Art. 53 GO).

2. Einfluß auf die Praxis der Rechtsetzung

Selbstverpflichtungen, Interinstitutionelle Vereinbarungen und Geschäftsordnungen zu verfassen, bedeutet nicht, daß diese auch wirklich beachtet werden. Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt das Verhalten der EG-Institutionen im Vergleich.

8 Kom (93) 545.

9 Im Rahmen des „Beitrag(s) Bayerns zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips“ (so der Untertitel des o. g. Artikels von Goppel) scheint die Bayerische Staatsregierung den Effizienz- und Mehrwerttest dagegen dem SP. zuzurechnen, desgleichen auch die Frage nach dem erforderlichen Regelungsumfang und der erforderlichen Reglungsdichte (Goppel, aaO, S. 368). Das würde jedoch über das Ziel hinausschießen, weil diese erweiterten Prüfkriterien dann nicht auf ausschließliche Kompetenzen anwendbar wären.

10 Vom 25.10.1993, EUROPE Dokumente Nr. 1857 vom 4.11.1993, S. 3.

a) Das Verhalten der Institutionen: Überblick

Für den Rat, genauer die einzelnen fachbezogenen Ministerräte der Europäischen Gemeinschaften ist zu bezweifeln, ob sie die Vorgaben ihrer im Europäischen Rat versammelten Regierungschefs wirklich befolgen. Die Verhandlungen sind vermutlich eher durch politische Argumente denn durch das Rechtsprinzip der Subsidiarität geprägt. So hat die Kommission beobachtet, daß „die Mitgliedstaaten im Rat Standpunkte vertreten, die sich in der Regel weniger nach Art. 3 b als nach ihrer grundsätzlichen Position zu den Inhalten des Vorschlags richten“¹¹. In den der Öffentlichkeit zugänglichen Dokumenten über die Rechtsetzungstätigkeit, nämlich den Gemeinsamen Standpunkten, wird außer in den nur knapp und ergebnishaft formulierten Erwägungsgründen nur selten auf das SP. Bezug genommen. So wird in der Erläuterung des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie über die Integrierte Vermeidung von Umweltverschmutzung das SP. nur im Hinblick auf Modalitäten der Regelung angesprochen, nicht dagegen im Hinblick auf das „ob überhaupt“, dies obwohl der Richtlinienvorschlag auf der schwarzen Liste der bayerischen Staatsregierung figuriert¹².

Das Europäische Parlament hat das SP. zwar als erstes (bereits in seinem Verfassungsentwurf von 1984) ins Spiel gebracht und sich vor und nach „Maastricht“ verschiedentlich dazu bekannt. Es hat jedoch keine eigene Prüfliste aufgestellt und auch kein besonderes Verfahren der Prüfung eingerichtet. Im Gegenteil hat es sich hin und wieder besorgt geäußert, daß das SP. als Alibi für ein Nachlassen im Bemühen um gute und demokratische Gemeinschaftspolitik benutzt werden könne¹³. In der Praxis wird im Parlament, dem politischen Charakter dieses Gremiums entsprechend, vermutlich nur selten auf das SP. qua Rechtsnorm rekurriert. Das Parlament ist als politisches Organ auch nicht begründungspflichtig für seine Beschlüsse, weshalb nicht deutlich wird, ob die Mitglieder sich bei Abstimmungen auf inhaltliche Gründe oder auf das SP. stützen¹⁴.

Der Europäische Gerichtshof hat zum SP. explizit bisher nicht Stellung genommen, auch nicht im Zusammenhang des Vorläufers des SP., des Art. 130 r Abs. 2 Satz 3 EWGV. Zur Zeit sind zwei Rechtssachen anhängig, in denen eine Verletzung des SP.

11 Bericht der Kommission über die Anwendung des SP. im Jahre 1994, Kom 94 (533), S. 3.

12 Der Gemeinsame Standpunkt ist abgedruckt in ABl. C 87/1996, S. 8. S. die Erläuterung aaO, S. 23 ff. Die bayerische Liste ist abgedruckt bei Goppel, EuZW 1993, 369.

13 S. den Bericht des Ausschusses für Umweltfragen etc. über die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf die Umwelt- und Verbraucherpolitik vom 23.11.1992, A3-0380/92. S. auch die Entschließung Nr. 9 vom 9.5.1994, ABl. C 128, S. 190.

14 P. Schiffauer, Das Europäische Parlament, in: R. Hrbek, Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der Europäischen Union – Erfahrungen und Perspektiven, 1995, S. 73 f.

gerügt wurde¹⁵. Unter einem anderen Blickwinkel kann man andererseits die jüngere Wende in der Judikatur des EuGH, die bei der Fortbildung des Primärrechts vorsichtiger vorgeht, als unausgesprochene Beachtung des SP. ansehen, doch legt diese These nicht ein rechtliches, sondern ein politisch-symbolisches Verständnis des SP. zugrunde. Denn Art. 3 b Abs. 2 EGV gilt nur für die Setzung von Sekundärrecht und den direkten Verwaltungsvollzug¹⁶.

Die hauptsächliche Hüterin des SP. ist zweifellos die *Kommission*. Sie hat bisher drei Jahresberichte über die Anwendung des SP. veröffentlicht¹⁷, setzt sich aber auch in ihren Aktionsprogrammen, Weiß-/Grünbüchern und Vorschlägen für Rechtsakte inzwischen routinemäßig mit dem SP. auseinander. Zudem hat sie organisatorische Vorkehrungen getroffen, daß Änderungsvorschläge des Rats und des Europäischen Parlaments eigens im Hinblick auf das SP. geprüft werden.

Wie sich diese Aufmerksamkeit für das SP. auf die tatsächliche Rechtsetzung auswirkt, soll nun zunächst in einer Betrachtung im Querschnitt und sodann für einzelne Politikbereiche untersucht werden.

b) Vorschläge der Kommission: Querschnittsbetrachtung

Zunächst ist festzustellen, daß die Anzahl der Vorschläge für Rechtsakte, die die Kommission selbst als *grundlegend* einstuft, im Laufe der letzten fünf Jahre stark abgenommen hat: es waren 185 in 1990, 111 in 1991, 89 in 1992, 75 in 1993 und ca. 43 in 1995¹⁸. Zählt man nur die Vorschläge für neue Initiativen, läßt die Novellierungen also aus, so ergeben sich noch erheblich niedrigere Zahlen: 61 in 1990, 48 in 1993, 38 in 1994, 25 in 1995 (Stand 11.11.1995), für 1996 geplant: 19¹⁹.

Nicht enthalten sind in beiden Zahlenreihen diejenigen Rechtsakte, die bestehende und mehrfach geänderte Rechtsakte lediglich – mit konstitutiver Wirkung – neu bekanntmachen, die sogenannte amtliche oder konstitutive Kodifikation²⁰.

15 Rs. C-84/94 und C-233/94, vgl. J. Schwarze, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, DVBl. 1995, 1265 ff., 1267 Fn. 14. In der Rechtssache C-84/94 hat Generalanwalt Léger am 12.3.1996 die Schlußanträge gestellt. Zum SP. wird in den Nr. 126 und 128 ziemlich lakonisch ausgeführt, daß es sich vom VP. dadurch unterscheidet, daß es das „ob“ der Kompetenzwahrnehmung und das VP. das „wie“ betreffe, und daß, soweit es um Kompetenzen zur Harmonisierung des nationalen Rechts gehe, die dementsprechend ergriffenen Maßnahmen kaum als Verletzung des SP. angesehen werden könnten („peuvent difficilement être critiquées comme constituant une violation du principe de subsidiarité“).

16 J. Jickeli, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips, JZ 1995, 58 ff., 63.

17 Berichte der Kommission vom 24.11.1993, Kom (93) 545, vom 25.11.1994, Kom (94) 533, und vom 24.11.1995, SEK (95) 580 (im folgenden: Subsidiaritätsbericht 1993, 1994 bzw. 1995).

18 Vgl. Subsidiaritätsbericht 1994, S. 5 sowie G. Ciavarini-Azzi, Die Kommission: L'expérience de la Commission en matière d'application du principe de subsidiarité, in: R. Hrbek, aaO, S. 59 ff., 64. Schätzung für 1995 nach dem Bericht der Kommission über die Durchführung ihres Arbeitsprogramms für 1995, Kom (95) 513, S. 7.

19 Subsidiaritätsbericht 1995, SEK (95) 580, S. 3.

20 Von der Kodifikation ist die Konsolidierung zu unterscheiden. Sie hat keine konstitutive Wirkung und besteht lediglich in der informatorischen Herausgabe von geltenden Rechtsvorschriften in sinnvoll kategorisierten Sammlungen. Sie kann als Vorarbeit für Kodifikationen oder Neufassungen dienen. Vgl. Subsidiaritätsbericht 1995 S. 18.

Ob diese rapide Abnahme auch auf Rechtsakte mit *Durchführungscharakter* zutrifft, wird nicht berichtet und ist aus verschiedenen Gründen zu bezweifeln, nicht zuletzt auch deshalb, weil der Normenhunger gerade derjenigen, die das SP. gern im Munde führen, ganz ungestillt ist, wenn es um die Verkehrsfähigmachung der eigenen Produkte geht. Allerdings dürfte hier die sog. Neue Konzeption mit ihrer Verlagerung der technischen Normung auf private Normungsverbände in Zukunft Entlastung bringen²¹.

Woran liegt nun die Abnahme der Anzahl vorgeschlagener „grundlegender“ Rechtsakte, insbesondere: welche Rolle hat das SP. dabei gespielt? Nach der von der Kommission nicht ohne Stolz vorgetragenen Tendenz wäre ja, schriebe man sie fort, für 1997 mit noch 10 Vorschlägen und für 1998 mit keinem Vorschlag mehr zu rechnen: ein schöner Erfolg für das SP.? Oder vielleicht im Gegenteil doch eher Grund zu der Besorgnis, daß die Kommission allmählich unter die tolerable Inaktivitätsmarke sinkt?

Es empfiehlt sich, bei der Antwort zwischen Gründen für das Ausbleiben neuer Vorschläge und Gründen für die Vorlage von Vorschlägen zu unterscheiden.

aa) Gründe für das Ausbleiben von Vorschlägen

Man könnte meinen, nach der weitgehenden Erfüllung des Binnenmarktprogramms habe es ohnehin nicht mehr viel zu regeln gegeben. Dies ist für den engeren Bereich des Binnenmarkts für Waren, Zahlungsverkehr und Kapital durchaus plausibel, aber schon hinsichtlich der Freizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit, erst recht aber hinsichtlich der anderen, eher gestalterischen Politiken von der Telekommunikation über die Energie bis zum Umweltschutz wäre noch vieles Neue denkbar gewesen. Hier hat das SP. eine Rolle gespielt, gewiß aber nicht allein, sondern neben anderen Gesichtspunkten wie insbesondere solchen der *Entstaatlichung* und der *Entlastung der Wirtschaft*²².

Ein Beispiel für die Initiativen hemmende Wirkung des SP. ist die Absicht der Kommission, einen Vorschlag für einen Rechtsakt zur *Transparenz von Arzneimitteln* vorzulegen. Die Absicht wurde mit einem knappen Hinweis auf das SP. aufgegeben²³. In der Tat könnten die Mitgliedstaaten, rechtlich gesehen, eine entsprechende Regelung zweifellos auch selbst treffen, aber man weiß, wie schwer sich z. B. die Bundesrepublik mit einem nationalen Alleingang tut. Tatsächlich dürften eher Gesichtspunkte der Entlastung der Arzneimittelhersteller maßgeblich gewesen sein. Ähnli-

21 S. dazu die Mitteilung der Kommission über die stärkere Nutzung der Normung in der Gemeinschaftspolitik, Kom (95) 412.

22 Vgl. den Subsidiaritätsbericht 1994, Kom (94) 533, S. 2: „In methodischer Hinsicht ist deutlich zu unterscheiden zwischen der Subsidiaritätsanalyse einerseits und den Überlegungen der Kommission, inwieweit eine Straffung oder Vereinfachung der gemeinschaftlichen und innerstaatlichen Rechtsvorschriften sich positiv auf Beschäftigung und Wettbewerbsfähigkeit auswirken könnte“.

23 Subsidiaritätsbericht 1993, Kom (93) 545.

ches gilt für die Rückziehung des Vorschlags für eine Richtlinie über *Dienstleistungshaftung*, die im Verbraucherinteresse eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens vorsah. Auch hier wird für den Rückzug das SP. zitiert und der vermutliche Hauptgrund, daß nämlich Verbraucherschutz nicht mehr so hoch im Kurs stand, verschwiegen²⁴.

Eine weitere Ursache des Rückgangs neuer Rechtsaktvorschläge kann in der Neuorientierung der Kommission zu einem „weniger aber besser“, m. a. W. zur *Vereinfachung des Rechts* gesehen werden. Nach diesem Konzept wird ein Problemfeld nicht mehr mit einem Bündel von relativ detaillierten Rechtsakten, sondern möglichst nur mit einem umfassenden, Detaillierung auf die Ausführung verschiebenden Akt bearbeitet²⁵.

In umgekehrter Richtung wäre denkbar, daß das SP. die Kommission dazu veranlaßt haben könnte, vorhandene Rechtsakte im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip von Grund auf neu zu überprüfen und Vorschläge zu ihrem Abbau vorzulegen. Dies ist jedoch nicht in nennenswertem Umfang geschehen. Dafür war maßgeblich, daß Rat, Kommission und Parlament die Auffassung vertreten, daß das SP. jedenfalls in Gestalt des komparativen Vergleichstests und des Mehrwerttests einmal gefundene Kompromisse nicht wieder auflösen, oder, in der Sprache der Interinstitutionellen Vereinbarung, den *gemeinschaftlichen Besitzstand* nicht in Frage stellen soll²⁶. Das schließt nicht aus, daß die Kommission neben anderen auch Subsidiaritätsgesichtspunkte einfließen ließ, wenn sie sich für Initiativen zur Reform alten Rechts entschied; nur geschah dies in Anwendung des SP. als politischer Maxime, nicht als Rechtsgebot.

bb) Gründe für die Vorlage von Vorschlägen

Das soeben Gesagte erklärte das Ausbleiben neuer Vorschläge im Vergleich zu früher. Fragt man weiter danach, welche Rolle das SP. im Hinblick auf die ja immerhin noch geschehene Vorlage neuer Vorschläge gespielt hat, so ist erneut zu differenzieren:

Eine Gruppe neuer Vorschläge enthält sog. *Anpassungen* oder besser *Novellierungen* vorhandenen Rechts. Dabei wird noch einmal unterschieden zwischen sog. *Neufassungen* eines ganzen Rechtsgebiets, wie etwa im Falle des Zollkodex, der Dutzende von Vorschriften in eine systematische und durchsichtige Fassung gebracht hat,

24 Vgl. Mitteilung der Kommission Kom (94) 260. Die Kommission hat folgenden Trost parat: „Die Rücknahme des Vorschlags bedeutet nicht einen Verzicht auf die Gewährleistung der Sicherheit für Dienstleistungen. Ganz im Gegenteil: Es geht darum, gestützt auf hierfür angemessene Konsultationen, die optimale Möglichkeit zur Erreichung des Ziels zu finden.“

25 Vgl. Bericht der Kommission über die Durchführung des Arbeitsprogramms für das Jahr 1995, Kom (95) 513, S. 5: „Das Motto ‚weniger, aber besser‘ hat, wie der Überblick im Anhang eindeutig belegt, einen kontinuierlichen Rückgang der Vorschläge für neue Rechtsvorschriften zur Folge“.

26 EUROPE Dokumente Nr. 1857/1993, S. 3.

einerseits und andererseits sog. Vereinfachungen (sie wären eigentlich mit „Fort-schreibungen“ besser gekennzeichnet), die nur aus einer Weiterentwicklung einzelner Regelungsgegenstände bestehen, wie etwa in den Fällen des Einbaus der Neuen Konzeption in die Richtlinien über Druckgeräte oder über Straßenfahrzeuge.

Bei solchen Anpassungen tritt die Eigenlogik des Politikfeldes in den Vordergrund, daneben auch Gesichtspunkte der Entstaatlichung und Vereinfachung. Das SP. und das VP. werden zwar häufig extensiv durchgeprüft, spielen tatsächlich aber nur eine begrenzte Rolle, weil die Strategie (z. B.: Finanzielle Förderung oder Regulierung), die Rechtsform (z. B.: Verordnung oder Richtlinie) und das grundsätzliche Konzept (z. B.: Durchführungsakte auf nationaler oder EG-Ebene) in den vorhandenen Rechtsakten bereits weitgehend vorgegeben sind.

Augenfälliger ist die Rolle des SP. und des VP. bei Vorschlägen, die *neue Politik-initiativen* enthalten. Hier hat die Subsidiaritätsprüfung mehrfach dazu geführt (oder auch lediglich verholfen), daß eine *ursprünglich geplante Initiative*, die zu einer Regulierung führen sollte, *aufgegeben* oder in eine bloße Empfehlung umgewandelt und damit *entschärft* wurde.

Ein Beispiel für die Abschwächung einer Initiative stellt der Vorschlag für eine Richtlinie über die *Haltung von Tieren in Zoos* dar, der unter dem Eindruck des SP. zu einem Vorschlag für eine bloße Empfehlung mutierte²⁷. Der ursprüngliche Vorschlag war damit begründet worden, daß die mitgliedstaatlichen Regelungen für die immerhin ca. 1000 Zoos sehr unterschiedlich und häufig zu lasch seien und im Hinblick auf die Ziele des Art. 130 r EGV und die internationalen Artenschutzkonventionen verbessert und harmonisiert werden müßten. Warum diese Gründe dem SP. nicht standhalten, wurde in dem geänderten Vorschlag nicht näher erläutert. Sicher könnten die Mitgliedstaaten hinreichende eigene Regelungen treffen, aber es fehlt bei manchen eben an der nötigen Sensibilität gegenüber dem Tierschutz. Man hat im übrigen ein bißchen den Eindruck, daß im Subsidiaritätsdiskurs ein Opfer gebracht werden mußte. Den Tieren fehlte die europäische Lobby, sie werden nun das Nachsehen haben.

Es gibt aber auch Beispiele dafür, daß bei Abschwächung neuer Initiativen der mangelnde politische Wille und der Gesichtspunkt der Entlastung der Wirtschaft offengelegt und das SP., das als Alibi hätte zitiert werden können, gerade nicht herangezogen wird. Ein prominenter Fall ist der Vorschlag für eine Richtlinie über eine *CO₂-Energieabgabe*. Als verbindliche Vorschrift geplant, verklang sie nach Intervention des Europäischen Rates, der sie nicht wollte, zur bloßen Option und Zukunftsmusik²⁸. Eine solche wird aber die sich noch sperrenden Mitgliedstaaten kaum ermuntern, die ökologisch so wichtige, ökonomisch aber so umstrittene Abgabe in

27 S. den Vorschlag in Kom (91) 177 und den geänderten Vorschlag in Kom (95) 619.

28 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Einführung einer Steuer auf Kohlendioxidemissionen und Energie, Kom (95) 172 S. 1.

separaten Alleingängen einzuführen. Rechtlich ginge dies zweifellos, allein, es fehlt an Pioniergeist und individueller Risikobereitschaft. Ein europäischer Mehrwert wäre in der Ermöglichung eines gemeinsamen, die Belastung wenigstens nivellierenden und damit risikomindernden Vorgehens zu finden gewesen. Das SP. hätte (bei entsprechender Interpretation, s. dazu später) hier geradezu als *Movens* einer europäischen Parallelaktion dienen können.

Im übrigen trägt das SP. aber häufig dazu bei, daß die vorgeschlagenen *Vorschriften inhaltlich in bestimmter Weise ausgestaltet* werden, und zwar so, daß den Mitgliedstaaten möglichst viele Entscheidungskompetenzen verbleiben, indem der Gemeinschaftsrechtsakt nur einen Rahmen setzt. Die Gründe dafür sind allerdings nicht immer überzeugend. Auch hier ist beobachtbar, daß das SP. für andere Motive erhalten muß.

Als Beispiel dafür kann der Vorschlag für eine Richtlinie über die ökologische *Qualität von Gewässern* dienen²⁹: Hier wird die wichtige Kompetenz zur Festlegung von Gewässerqualitätswerten unter Berufung auf das SP.³⁰ den Mitgliedstaaten überlassen, obwohl auf der Hand liegt, daß viele Gewässer die Grenzen überschreiten, die Staaten folglich über ihre Nachbarn mitentscheiden³¹. Auch wurde die Gelegenheit, wenigstens einen anspruchsvollen materiellen Standard vorzugeben, versäumt: Den Mitgliedstaaten wird lediglich abverlangt, „hinsichtlich der Gewässerqualität erreichbare Ziele“ festzulegen³². Das SP. war hier wohl eher Alibi für mangelnden umweltpolitischen Willen des Rates, dem die Kommission vorausgehend gehorchte.

cc) Zwischenergebnis

Das SP. und das VP. waren mitursächlich dafür, daß grundlegende Rechtsakte teils gar nicht erst vorgeschlagen oder entsprechende Initiativen zurückgezogen oder verändert worden sind. Man kann dies als einen Erfolg des SP. ansehen, aber wenn man einmal spekuliert, daß bei Fortsetzung der Degressionsrate im Jahre 1998 keine einzige neue Regulierungsinitiative von der Kommission mehr zu erwarten ist, dürfte deutlich sein, daß die Frage nach dem Erfolg des SP. nicht nur auf die schiere Anzahl der produzierten Rechtsakte, sondern auf die politische Qualität der ausgebliebenen und der verbleibenden Maßnahmen gerichtet werden muß.

Zu der Degression haben noch andere Gesichtspunkte als nur das SP. beigetragen, und zwar vor allem solche der Entstaatlichung, der Entlastung der Wirtschaft, der

29 Vorschlag der Kommission, ABl. C 222/1994, S. 6 ff.

30 Bericht der Kommission, Kom (95) 624, S. 77 f.

31 Die Begründung, in den Mitgliedstaaten seien die klimatischen Verhältnisse zu unterschiedlich (Kom (93) 680 S. 12), mag für einige Parameter stimmen, ist für andere aber nicht überzeugend. Schwermetallkontamination, um ein Beispiel zu nennen, ist für die Fische in Griechenland ebenso giftig wie für die Fische in Schweden. In den Richtlinien über Fischgewässer und Muschelgewässer, die nun dem neuen Ansatz zum Opfer fallen, hatte sich die Gemeinschaft nicht gescheut, einheitliche Grenzwerte festzulegen.

32 Art. 5 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags.

Vereinfachung des Rechts und verschiedenartige sonstige politische Motive. Manchmal werden diese anderen Gesichtspunkte und Motive nicht offen ausgesprochen, und das SP. und das VP. werden dann leicht als Camouflage benutzt.

Im folgenden soll nun mittels eines Durchgangs durch verschiedene Politikbereiche geklärt werden, ob die genannten Beobachtungen je nach Politikbereich divergieren. Eine zu prüfende Hypothese ist, daß das SP. und VP. zur Dämpfung von Initiativen und als Vorwand für andere Motive häufiger bei sozialer Regulierung (i. w. S.) als bei ökonomischer Regulierung (i. w. S.) erhalten müssen.

c) Vorschläge der Kommission in ausgewählten Politikfeldern

aa) Agrarpolitik

Die Agrarpolitik wird in ihrem Kern, d. h. der Regelung des Warenverkehrs, der Marktstützung und der Handelspolitik zur *ausschließlichen Gesetzgebung* gerechnet und *unterliegt* deshalb *nicht dem SP.*, wohl aber dem VP. Im Rahmen der 1992 auf den Weg gebrachten Agrarreform (Preissenkung, Quotenregelung, Flächenstilllegung) haben sich die EG-Organen aber zum Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer politischen Maxime bekannt, was sich dann allerdings nur in engen Spielräumen für mitgliedstaatliche Ausgestaltung des Prämiensystems für die Reduktion von Bewirtschaftungsflächen und Tierbeständen niedergeschlagen hat³³. Im übrigen stehen Konsolidierung und Anpassungen im Vordergrund, die für SP. und VP. wenig Ansatzpunkte bieten³⁴.

bb) Binnenmarktpolitik

Auch die Politik zur Verwirklichung des Binnenmarktes wird von der Kommission als *ausschließliche Kompetenz* angesehen, so daß hier nur das VP. zum Zuge kommt³⁵. Dementsprechend enthalten die Vorschläge für Rechtsakte und (erst recht) für Neufassungen und Novellierungen meist keine Auseinandersetzung mit dem SP. (was nicht ausschließt, daß es hin und wieder als politische Maxime beachtet wird). Damit bleibt ein enorm weiter Politikbereich (Beseitigung der Grenzkontrollen, technische und rechtliche Handelshemmnisse, öffentliches Auftragswesen, Anerkennung von Diplomen, Fracht- und Preisregelungen im Personen- und

33 J. Scherer, Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform, DVBl. 1993, 281 ff. 285.

34 Vgl. z. B. die Vorschläge für Kodifikationen in Kom (95) 598 und 622 sowie für Anpassungen in Kom (95) 581 und 592.

35 Subsidiaritätsbericht 1994, Kom (94) 533, S. 4. Dies ist in der deutschen Literatur sehr umstritten. Wie die Kommission P.-Chr. Müller-Graff, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip, ZHR 1995, 37 ff., 69, dagegen (mit dem Argument, daß sonst nicht viel für das SP. übrigbleibe, da es in viele Kompetenzvorschriften selbst hineinformuliert sei) R. von Borries, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen-Union, EuR 1994, 263 ff., 275.

Güterverkehr, Kontrolle der Qualität von Dienstleistungen im Kredit- und Versicherungssektor, Angleichung der Mehrwertsteuer und der Verbrauchsteuer, Schutz-zertifikat für Arzneimittel, Patentschutz für biotechnische Erfindungen, um die wesentlichsten Initiativen der letzten Jahre zu nennen) *vom SP. verschont*. Manche Vorschläge im Bereich der Binnenmarktpolitik, die die Kommission als „begleitende Maßnahmen, die die Binnenmarktvorgänge erleichtern sollen“, bezeichnet (die aber im einzelnen nicht klar abgrenzbar sind), unterwirft die Kommission allerdings ausnahmsweise doch einem Subsidiaritätstest³⁶.

Im Zusammenhang der Diskussion um die Anwendung des SP. und des VP. in der Binnenmarktpolitik wird häufig die Meinung vertreten, daß der Herkunftsgrundsatz oder Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als Variante anzusehen sei, die zeige, daß die Mitgliedstaaten die Sache ausreichend regeln könnten, bzw. – in der Logik des VP. – daß dieser Grundsatz in die mitgliedstaatlichen Kompetenzen weniger eingreife als eine harmonisierende Gemeinschaftsregelung. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, wenn man das Problem nicht nur auf das Verhältnis EG – alle Mitgliedstaaten bezieht, sondern auch auf das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander: Eine ausländische Regelung anerkennen zu müssen, kann für den einzelnen Staat belastender sein als eine EG-Regelung umzusetzen. Der Inhalt der Regelungen, nicht die Strategie als solche entscheidet über Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.

cc) Sozialpolitik

In der Sozialpolitik steht der Gemeinschaft seit Inkrafttreten des Abkommens über die Sozialpolitik eine breite Palette von Rechtsetzungskompetenzen zur Verfügung, Kompetenzen z. B. hinsichtlich Verbesserung der Arbeitsumwelt und der Arbeitsbedingungen, individuellem und kollektivem Arbeitsrecht, Gleichbehandlung der Geschlechter, Beschäftigungsförderung, Sozialversicherungsrecht. Jedoch sind diese Kompetenzen *dem Subsidiaritätsgedanken gleich in doppelter Weise unterworfen*: Zum einen durch Anwendbarkeit des Art. 3 b Abs. 2 EGV, zum andern – und vorge-schaltet – durch besondere subsidiaritätsheischende Kautelen, die in die Ermächtigungsvorschriften selbst hineinformuliert sind (weshalb man auch statt von konkurrierenden von komplementären Kompetenzen spricht³⁷). Als weitere Absicherung in Richtung SP. ist für die potentiell besonders einschneidenden Kompetenzen (Sozialversicherung, Kündigungsschutz, Mitbestimmung etc.) Einstimmigkeit im Rat und bloße Anhörung des Parlaments vorgesehen. Zu erinnern ist im übrigen noch daran, daß das Vereinigte Königreich nicht Mitglied der Sozialkonvention ist.

36 Vgl. Subsidiaritätsbericht 1994, S. 6 ff., wo Vorschläge für Richtlinien über Seilbahnen, über grenzüberschreitende Überweisungen und über die Besteuerung von kleinen und mittleren Unternehmen unter das SP. subsumiert werden.

37 von Borries, EuR 1994, 275.

In allen diesen Garantien und Verstärkungen des Subsidiaritätsgedankens unterscheiden sich die Verfassungsgrundlagen der Sozialpolitik signifikant von denen der Agrar- und Binnenmarktpolitik.

Blickt man nun auf die Wahrnehmung der genannten Kompetenzen, so springt als wichtigste und übergreifende Neuerung der letzten Jahre ins Auge, daß Rat und Kommission, nicht aber das Parlament³⁸ sich von einer anspruchsvollen Konvergenzstrategie, die auf ein europäisches Sozialmodell zielt, verabschiedet haben und statt dessen eine *Strategie der Mindeststandards* verfolgen³⁹. Auch diese wird allerdings nur sehr vorsichtig angegangen. Die Kommission äußert sich wie folgt:

„Angesichts der soliden Grundlage, die für die europäische Sozialgesetzgebung bereits geschaffen wurde, ist die Kommission der Meinung, daß in der nächsten Zeit kein Bedarf an einem umfangreichen Programm für neue Rechtssetzungsiniciativen besteht. Eine gesetzgeberische Tätigkeit kommt nur dann in Betracht, wenn die Verwirklichung der von der Union gesteckten Ziele ansonsten in keiner Weise möglich ist und wenn die betreffenden Fragen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht gelöst werden können. Vorschläge und erlassene Rechtsvorschriften sollten weiterhin auf die Schaffung eines Rahmens abzielen, dessen konkrete Ausfüllung dann den unterschiedlichen nationalen Systemen überlassen bleibt. Dem geht eine Einschätzung der allen Betroffenen im Wirtschafts- und Sozialbereich entstehenden Kosten und Nutzen voraus“⁴⁰.

Wir finden hier eine besonders strikte Deutung des SP: Die Komparativwörter des Art. 3 b Abs. 2 („nicht ausreichend“, „besser“) werden durch definitive Ausdrücke („nicht gelöst werden können“, „ansonsten in keiner Weise möglich“) ersetzt; weiterhin wird eine Kosten-Nutzen-Untersuchung für den Blickwinkel der Betroffenen im „Wirtschafts- und Sozialbereich“ verlangt, obwohl der Mehrwerttest sich eigentlich nur auf das Verhältnis EG – Mitgliedstaaten bezieht.

Angesichts dieser neuen Bedingungen ist es nicht verwunderlich, daß die sozialpolitisch bedeutendsten Rechtsakte der europäischen Sozialpolitik (Arbeitsschutz, Gleichbehandlung, Massenentlassungen, soziale Sicherung von Wanderarbeitnehmern) aus der Zeit vor der Wende zum SP stammen. Spätere Maßnahmen bestehen überwiegend aus Fortschreibungen (Jugendarbeitsschutz, Gesundheitsschutz von Schwangeren etc., Arbeitslosenbezüge bei Arbeitssuche im Ausland). Mit Ausnahme der (freilich auf langer Vorgeschichte aufbauenden) Richtlinie über den europäischen Betriebsrat etc. sind neue Initiativen meist *unverbindlich* (z. B. Vorschlag für eine Empfehlung über die ausgewogene Mitwirkung von Frau und Mann am Entscheidungsprozeß), *logistischer Natur* (Europäisches Beschäftigungsnetzwerk), *fördernd* (Europäischer Sozialfonds) oder *adhortativ*. Adhortative Texte haben bemerkenswert rapide zugenommen, insbesondere Weiß- und Grünbücher, die Diskussionen anzetteln, aber wenig Konkretes ergeben, und Aktionsprogramme, deren Worte häufig wohlfeil sind, weil niemand nach ihnen agiert.

38 Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Grünbuch der Kommission über die Europäische Sozialpolitik, abgedruckt im Weißbuch der Kommission zur Europäischen Sozialpolitik, Kom (94) 333 Bd. 2 S. 293.

39 Weißbuch (Fn. 38), S. 9 f. Auch diese Strategie ist keineswegs konsentiert. Die Länder mit niedrigeren Standards befürchten den Verlust ihres ökonomischen Standortvorteils, die mit höheren Standards befürchten eine Nivellierung nach unten, vgl. die Stellungnahmen Irlands und der Niederlande im Weißbuch (Fn. 38), S. 167 und 225.

40 Weißbuch (Fn. 38), S. 10.

Das SP. wird bei diesem Verzicht auf Sozialpolitik zum Teil mißbraucht. Man kann natürlich argumentieren, daß die Mitgliedstaaten, rechtlich gesehen, Sozialpolitik „ausreichend“ auch selbst treiben können. Insofern ist es richtig, das SP. zu zitieren. Aber der Kern der Stagnation und des Rückbaus im Sozialpolitischen ist damit nicht getroffen. Denn letztlich geht es um eine *Entlastung der Wirtschaft* im Interesse der Sicherung ihrer weltwirtschaftlichen Konkurrenzfähigkeit und um eine *Entlastung der Staatskassen und Sozialversicherungssysteme*. Diese Gründe müßten in den Vordergrund der politischen Diskussion gerückt werden, einschließlich der Gründe, die gerade auch für ein dritten, europäischen Weg der sozialen Sicherung sprechen; das SP. ist insoweit nur ein Nebenschauplatz.

dd) Umweltpolitik

Im Vergleich zur Sozialpolitik sind im Bereich der Umweltpolitik die gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Weichen stärker auf eine aktive Rolle der Gemeinschaftsebene gestellt. Viel Umweltrecht wird zunächst im *Huckepack der Warenverkehrsregelungen* transportiert und unterliegt, da nach Auffassung der Kommission somit ausschließliche Kompetenz, nicht dem SP. Die Klausel, daß dabei ein hohes Schutzniveau zu verwirklichen ist, verhindert ein Abgleiten in bloße Mindeststandards. Allerdings schließt dies nicht aus, daß unter Verzicht auf harmonisierende Regelungen das Herkunftslandprinzip zugrundegelegt wird, was zu einer Rege-lungskonkurrenz zwischen den Mitgliedstaaten führen kann, bei der das schlechtere Recht das bessere aussticht.

Die *originären Kompetenzen* für Umweltschutz unterliegen dem allgemeinen SP. (und dem VP.). Auch ist, ähnlich wie bei der Sozialpolitik, für manche Kompetenzen (Umweltabgaben, Raumordnung, Bodennutzung, Wasserwirtschaft, Energieversorgung) gemäß Art. 130 s Abs. 2 EGV Einstimmigkeit im Rat und bloße Anhörung des Parlaments vorgesehen. Im Unterschied zur Sozialpolitik fehlt es aber an der Verdoppelung des SP. durch subsidiaritätsheischende Klauseln im Text der Ermächtigungsvorschriften.

Das 5. Umweltpolitische Aktionsprogramm von 1992 hatte das SP. (scl.: das SP. gemäß Art. 3 b Abs. 2 EGV, nicht das des alten Art. 130 r) noch umfassend als *ein Konzept der gemeinsamen Verantwortung* mehrerer Aktivitätsebenen (EG, Regierungen der Mitgliedstaaten, regionale und lokale Behörden, Unternehmen, Öffentlichkeit) verstanden, wobei Subsidiarität meinen sollte, daß eine bestimmte Akteurs-ebene als die geeignetste und folglich hauptverantwortliche benannt werden kann⁴¹. Das Momentum und Stichwort („dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung“) der Rio-Konferenz von 1992 aufgreifend, setzte es auch inhaltlich ambitionöse Ziele.

41 5. Aktionsprogramm „Für eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung“, Kom (92) 23, S. 80 f.

Das Jahr 1992 war trotz dieser großen Pläne zugleich das Jahr der Wende, in der die regulatorischen Umweltschutzinitiativen noch einmal kulminierten, um danach schwächer zu werden. In dieses Jahr fallen die Verabschiedung von Rechtsakten über Umweltzeichen, über den Schutz von Fauna- und Florahabitaten und über Luftverschmutzung durch Ozon, weiterhin Vorschläge für Rechtsakte zur CO₂/Energieverbrauchsteuer, zum Umweltaudit, über Verpackungsabfälle, zur Verbrennung gefährlicher Abfälle, zur Begrenzung der Emission flüchtiger organischer Verbindungen und zum Verzicht auf Stoffe, die die Ozonschicht abbauen. Im Jahre 1993 gab es neben der Verabschiedung von Rechtsakten zum Umweltaudit, zur grenzüberschreitenden Abfallverbringung und zur Bewertung von Altstoffen nur noch wenige, immerhin aber sehr bedeutende neue Initiativen, nämlich für Richtlinien über Biozide und über integrierte Vermeidung von Umweltverschmutzung. 1994 gab es einige Vorschläge zur Anpassung alter Rechtsakte (UVP, Unfallgefahren, Badegewässer, Vogelschutz), bei denen das Schutzniveau immerhin im wesentlichen noch verbessert wurde, aber an neuen Initiativen sind nur noch zwei Vorschläge zu verzeichnen, und zwar für Rahmenrichtlinien zur Luftqualität und zur Gewässerqualität. Im Jahr 1995 sticht die Entschärfung des Vorschlags für eine CO₂/Energieabgabe hervor⁴². Daneben gibt es an Rechtsaktvorschlägen nur Neufassungen, Vereinfachungen und Änderungen vorhandenen Rechts.

Die *Abnahme neuer Initiativen* läßt sich zum Teil mit Subsidiaritätsüberlegungen erklären. Dabei hat sicher mitgespielt, daß die Kommission von dem umfassenden Verständnis des SP. als Konzept gemeinsamer Verantwortung, wie es im 5. Aktionsprogramm niedergelegt worden war, abgerückt ist und es inzwischen mit der herrschenden Meinung als einseitigen Rechtfertigungszwang für Gemeinschaftsaktionen versteht, das die Beweislast für die komparative Effizienz und den Mehrwert den Gemeinschaftsorganen zuweist.

Ein weiterer und vermutlich einflußreicherer Grund für den Abschwung regulativer Umweltpolitik ist das Syndrom aus Entstaatlichung, Entlastung der Wirtschaft und verschiedenen anderen politischen Motiven, das auch bei der Sozialpolitik wirksam geworden ist. Allerdings wird damit im Bereich der Umweltpolitik offener umgegangen. So hat die Kommission die Abschwächung des Vorschlags zur CO₂/Energieabgabe, wie bereits erwähnt, nicht etwa in Subsidiaritätsrhetorik getaucht, sondern lakonisch auf den anderen politischen Willen des Rates verwiesen (nur auf den Renner „Flexibilität“ ist anscheinend schwer zu verzichten):

„Wie die Gespräche auf Ratsebene erkennen lassen, ist eine baldige Annahme der Vorlage jedoch kaum wahrscheinlich. (...) Dementsprechend schlägt die Kommission vor, die Vorlage abzuändern und in bestimmten Punkten flexibler zu gestalten, so daß die bei den Gesprächen im Rat aufgetretenen Hindernisse überwunden werden können“⁴³.

42 Vgl. oben zu Fn. 28.

43 Kom (95) 172, S. 1.

Worum es geht, wird in einer Aussage wie der folgenden noch klarer:

„Das Abstoßen von ordnungspolitischen Ballast ist integraler Bestandteil des politischen Konzepts der Kommission, sämtliche Hemmnisse für Beschäftigung, Wettbewerbsfähigkeit und Innovation zu vermeiden und gleichzeitig dafür zu sorgen, daß es nicht zu einer Absenkung der Standards oder zu einer ungerechtfertigten Liberalisierung kommt“⁴⁴.

Daß Standards vielleicht manchmal angehoben werden müssen, kommt dabei nicht mehr ins Blickfeld.

Ein wichtiger weiterer Grund für die Wende in der Umweltpolitik ist die Favorisierung sogenannter *alternativer Aktionsmittel*. Die soeben genannte Abgabe ist bereits ein Ausdruck solcher Bemühung, doch gehören auch nichtökonomische Verfahren wie Verhandlungen, Selbstverpflichtungen und nicht zuletzt wohlmeinende Ermahnungen dazu.

Was den immerhin verbleibenden *Restbestand an neuen regulatorischen Initiativen* angeht, ist bemerkenswert, mit welcher Gründlichkeit jeweils die Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit geprüft werden. Die Kommission stellt sich den Prüfschritten, wie sie sie in ihrer Selbstverpflichtung festgelegt hat. Im Umweltbereich setzt sie, wo es paßt, sogar noch einen weiteren Prüfschritt hinzu, nämlich die zusätzliche Untersuchung, ob die Regelung durch private Normung ersetzt werden kann.

Die besondere Tiefe und Breite dieser Prüfungen ist an sich zu loben, aber sie bringt auch gewisse Probleme mit sich. Zum einen entstehen Ungleichgewichte, weil andere Politiken, insbesondere solche der ökonomischen Regulierung (z. B. Telekommunikation, Energie und Verkehr), um SP. und VP. meist nicht viel Aufhebens machen, zum anderen wird die Latte so hoch gelegt, daß nachfolgenden umweltpolitischen Initiativen das *Durchkommen* über Gebühr *erschwert* wird.

Letzteres gilt insbesondere für den *Mehrwertest*: Im Beispiel des Richtlinienvorschlages über die ökologische Gewässerqualität begnügt sich die Kommission nicht mit einer qualitativen Analyse des Mehrwerts einer Gemeinschaftsmaßnahme im Vergleich zu mitgliedstaatlichem Handeln – dies erledigt sie im Grunde bereits im Prüfschritt davor, dem komparativen Effizienztest. Vielmehr übernimmt sie es, den Mehrwert auch noch – monetär – zu quantifizieren. Das ist allgemein und natürlich insbesondere im Umweltschutz ein höchst anfechtbares Vorhaben. So kommt es zu furchtbar naiven Annahmen darüber, wieviel die Reinigung der Oberflächengewässer von Schadstoffen und wie wenig im Vergleich dazu die durch die Richtlinie veranlaßten Reinhaltelinvestitionen kosten würden. Man kann solche Zahlen fast beliebig manipulieren. Aber was wichtiger ist: Es gibt Umweltschutzregelungen, die sich einer monetären Bewertung völlig entziehen, wie z. B. der Artenschutz: Sollen solche Regelungen scheitern, weil sie keinen monetären Mehrwert bringen?

Wie hat sich die beschriebene besonders strikte Prüfung von SP. und VP. bei den umweltrechtlichen Initiativen, die in den letzten Jahren trotz der Wende denn doch in Vorschläge oder Verabschiedungen gemündet sind, nun tatsächlich ausgewirkt?

44 Bericht der Kommission „Für eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung“, Kom (95) 624, S. 134.

Einerseits sind wohl in der Tat *keine überflüssigen Regelungen* getroffen worden, andererseits sind die getroffenen Regelungen hinsichtlich der Handlungsstrategie und Rechtsform aber auch *nicht allzu nachgiebig* ausgefallen. Aber es gibt gewichtige *Ausnahmen*, die zur Regel werden könnten, wie im bereits erwähnten Fall der Gewässerrichtlinie die Überlassung der Grenzwertfestlegung an die Mitgliedstaaten⁴⁵ sowie – im Vorschlag für eine neugefaßte Trinkwasserrichtlinie – die allzu voraussetzungslose Einräumung von Dispensbefugnissen an mitgliedstaatliche Behörden, wenn die gemeinsamen Trinkwassergrenzwerte nicht eingehalten werden⁴⁶. Im Fall der Richtlinie über die Luftqualität hat dagegen die Verankerung der Kompetenz zur Festlegung von Grenzwerten auf Gemeinschaftsebene den SP- und VP-Test unbeschadet überstanden⁴⁷.

cc) Zusammenfassung

Der Durchgang durch einige Politikbereiche hat ergeben, daß sich die im Zwischenrésumé beschriebenen Effekte des SP. sehr viel weniger im Bereich der ökonomischen als im Bereich der sozialen und ökologischen Regulierung auswirken: Neue grundlegende Initiativen werden seltener, vorhandene abgeschwächt. Dabei wirken aber auch andere Faktoren als das SP. mit, insbesondere Gesichtspunkte der Entstaatlichung, Entlastung der Wirtschaft, Vereinfachung des Rechts und verschiedenartige weitere politische Motive. Das SP. dient dann teilweise (in der Sozialpolitik mehr, in der Umweltpolitik weniger) als Camouflage. Das Potential des SP., auch einmal Gemeinschaftsinitiativen geradezu zu provozieren, wird nicht genutzt. Das SP. wird nicht als ein Konzept gemeinsamer Verantwortung mit dem Ziel der Auffindung der geeignetsten Ebene angesehen, sondern als Beweislastregel zugunsten der unteren Entscheidungsebenen.

1. Rechtliches Gebot und politische Maxime

Die Frage, ob das SP. ein Rechtsgrundsatz oder eine politische Maxime ist, hat Art. 3 b Abs. 2 EGV dahin beantwortet, daß es jedenfalls ein Rechtsgrundsatz ist, der auch gerichtlich sanktioniert wird. Dies schließt aber nicht aus, daß es zusätzlich eine politische Maxime gibt, die dem Subsidiaritätsgedanken verpflichtet ist. Zu

45 Vgl. oben zu Fn. 29.

46 Vgl. den Vorschlag der Kommission, Kom (94) 612, Art. 10 im Richtlinienentwurf.

47 Jedenfalls soweit es den Vorschlag der Kommission betrifft. Wie der Rat reagiert, ist noch abzuwarten. S. den Vorschlag in ABL C 216/1994, S. 4 ff., Art. 4 Abs. 2. Nebenbei gesagt wäre es m. E. noch „besser“, nämlich effektiver gewesen, wenn die Festsetzung der Grenzwerte einem Regelungsausschußverfahren übertragen worden wäre.

unterscheiden ist also zwischen einem SP. im rechtlichen Sinn (SP.i.r.S.) und einem SP. im politischen Sinn (SP.i.p.S.).

Die Rechtsqualität des SP.i.r.S. läßt es als ratsam erscheinen, seine Definition in Art. 3 b Abs. 2 EGV *zurückhaltend zu interpretieren* und nicht alle möglichen Wunschvorstellungen hineinzulegen, denn auch diese nehmen dann an der Rechtsverbindlichkeit teil, was für den, der etwas hineingewünscht hat, bei anderer Gelegenheit, die seine materiellen Interessen betrifft, peinlich werden kann. Eine solche enge Definition würde das SP. auf den vergleichenden Eignungstest beschränken. Näheres dazu folgt weiter unten.

Eine enge juristische Fassung ermöglicht es, die Anforderungen des SP. strikt *von politischen Motiven zu unterscheiden*, welche bei der Rechtsetzung sonst noch Einfluß haben, einschließlich Entstaatlichung, Entlastung der Wirtschaft, Rechtsvereinfachung und -transparenz. Dies würde es erschweren, das SP. als Vorwand für dergleichen andere Motive zu mißbrauchen.

Das SP.i.p.S. könnte dagegen umfassender und anspruchsvoller konzipiert werden. Dabei muß es nicht wie das SP.i.r.S. eine allgemeingültige Gestalt haben, sondern kann je nach politischer Couleur mit ganz unterschiedlichen Inhalten gefüllt werden. Zum Beispiel könnte man es dann so verstehen, daß es auch den gemeinschaftlichen Besitzstand zur Debatte stellt, daß der Mehrwert, wo es paßt, monetär ausgedrückt werden soll und daß in geeigneten Fällen auch Varianten privater Normsetzung zu ventilieren sind. Vor allem kann es dann auch wirklich politisch verstanden werden: etwa als Grundsatz der gemeinsamen Verantwortung im Sinne des erwähnten 5. Umweltpolitischen Aktionsprogramms, als Grundsatz der Suche nach der für ein Problem geeignetsten Lösungsebene⁴⁸, als Grundsatz, der Initiativen nicht nur negativ beschneidet, sondern ermutigt und gar zu ihnen politisch verpflichtet, sei es auf nationaler Ebene, wenn die Aktionsmittel dort „ausreichend“ sind, sei es auf gemeinschaftlicher Ebene, wenn sie als „subsidium“ gefragt ist⁴⁹, oder als demokratischer Grundsatz möglicher Bürgernähe, wie ihn das Europäische Parlament propagiert hat.

Würde so über Subsidiarität gesprochen, wäre auch wieder Anschluß an den *Ausgangspunkt der europäischen Subsidiaritätsdebatte* herstellbar, nämlich an die Legitimitätskrise vor und nach der Maastricht-Konferenz. Die Verrechtlichung des SP. in einer Gestalt, die paradoxerweise zudem genau diejenigen Politiken besonders bremst (oder durch Verkleidung bremsen hilft), die ein „Europa der Bürger“ verwirklichen könnten, hat diesen Ausgangspunkt verlassen. Das Gefühl der dem Maastricht-Vertrag ihre Stimme verweigernden Bürger, von den Entscheidungen

48 In diesem Sinne H.-W. Micklitz, *The Maastricht Treaty, the principle of subsidiarity and the theory of integration*, in: *Lakimies* 4/1993, 508 ff. (534).

49 Vgl. zu der passiven und aktivierenden Bedeutung des SP. V. Constantinesco, „Subsidiarität“: Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union?, *EuZW* 1991, 561 ff.

auf der Gemeinschaftsebene ausgeschlossen zu sein, kann man aber nicht mit juristischen Formeln wegdefinieren. „The citizens of the Union“, sagt ein Editorial der *Common Market Law Review*, „who voted against Maastricht did not so because the Union did not get the definition of the subsidiarity principle right. The subsidiarity principle has become a sort of black box, a sorcerer's device to lead the public into believing that everything will be alright“⁵⁰.

Ein politisches Verständnis des SP.i.p.S. könnte dagegen diejenige Forderung verstärken, die sich eigentlich aus der Legitimitätskrise ergibt, nämlich die Verwirklichung von Demokratie auch und gerade in den Fällen, in denen eine Kompetenz auf gemeinschaftlicher „Ebene“ ausgeübt werden muß. So würde das SP. zur „Korrelatmaxime“⁵¹, die in ein Verhältnis zu anderen Prinzipien und Wertvorstellungen tritt, statt ihnen als Versteck zu dienen.

b) Zusammenfassung

Das SP. ist ein gerichtlich nachprüfbares Rechtsgebot. Es sollte inhaltlich eng gefaßt werden. Eine Vermischung mit politischen Maximen und Wunschvorstellungen ist unangebracht. Ein enges Verständnis des SP. im rechtlichen Sinn schließt nicht aus, daneben ein SP. im politischen Sinn zu konzipieren, das Anschlüsse an den Ausgangspunkt der Subsidiaritätsdebatte, nämlich das Legitimationsproblem der Europäischen Union, ermöglicht.

2. Zum Inhalt des Subsidiaritätsprinzips

a) Anwendungsbereich

Der Bereich der ausschließlichen Kompetenzen, den Art. 3 b Abs. 2 EGV vom SP. ausnimmt, sollte enger interpretiert werden, als von der Kommission vorgeschlagen. Dazu ist zunächst vorzuklären, daß der Ausdruck „ausschließlich“ im Gemeinschaftsrecht anders definiert ist als im deutschen Verfassungsrecht. Der deutsche Begriff besagt, daß die Länder im Bereich der ausschließlichen Kompetenzen des Bundes (ausgenommen bei ausdrücklicher bundesgesetzlicher Ermächtigung) überhaupt keine Regelungen treffen dürfen. Im Gemeinschaftsrecht ist es jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Mitgliedstaaten Regelungen treffen, wenn die Gemeinschaft ein Feld nicht durch Sekundärrecht, dem deutlich Sperrwirkung zukommt, besetzt hat.

50 CMLR 1993, 241, 244. Das Zitat geht mit einer Denkaufgabe weiter: „The historical background of the subsidiarity principle may have something to do with this.“

51 Vgl. dazu P. Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, AöR 1994, 180 ff., 197, 204.

Gäbe es z. B. für Getreide keine gemeinschaftliche Marktordnung, könnte ein Mitgliedstaat eine eigene schaffen (vorbehaltlich anderer Grenzen, z. B. aus Art. 30 EGV). Gäbe es keine gemeinschaftliche Chemikaliengesetzgebung, könnten die Mitgliedstaaten eigene Anmeldepflichten einführen (wiederum vorbehaltlich anderer Grenzen, wie erneut Art. 30 EGV).

„Ausschließlich“ im gemeinschaftsrechtlichen Sinn bedeutet, in der deutschen Terminologie gesprochen, also „ausschließlich“ plus einen Ausschnitt von „konkurrierend“. Die Politikbereiche, die diesem Ausschnitt gewöhnlich zugeordnet werden, kann man als diejenigen kennzeichnen, die ganz wesentlich auf gemeinschaftliche Regelung angewiesen sind und von ihr meist auch ausgefüllt werden; dadurch sind sie von den anderen Bereichen der wirklich „konkurrierenden“ und erst recht von den von vornherein nur „komplementär“ denkbaren Kompetenzen unterschieden. Es ist aber sehr fraglich, ob ein so weiter Begriff der Ausschließlichkeit für die Anwendbarkeit des SP. sinnvoll ist. Für die Zusammenhänge des SP. spricht nichts dagegen, unter ausschließlichen Kompetenzen nur diejenigen zu verstehen, bei denen die Mitgliedstaaten wegen der Zugehörigkeit der Sache zum Organisationsbereich der EU oder weil sie das Ziel von vornherein nicht erreichen können, gehindert sind, d. h. das Organisationsrecht, das Beamtenrecht, der Gemeinsame Zolltarif, die gemeinsame Handelspolitik, nicht jedoch die Agrar-, die Binnenmarkt- und die Wettbewerbspolitik.

Diese letzteren Politiken sind zwar so geartet, daß sie den Subsidiaritätstest in der Regel bestehen werden, aber ich sehe keine Gründe dafür (und es werden von den Befürwortern auch keine angegeben), sie *prinzipiell* von ihm auszunehmen⁵².

b) Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das SP. besteht nur aus den beiden Anforderungen des Nichtausreichens von mitgliedstaatlichen und des Besserseins von gemeinschaftlichen Maßnahmen.

Die Kommission nennt dies den *komparativen Effizienztest*. Sprachlich schlichter könnte man auch von vergleichendem Eignungstest sprechen.

Eine nicht ganz klare Rolle spielt der sog. *Mehrwertest*. In der Literatur wird er meist mit dem zweiten Prüfschritt, der Untersuchung des Besserseins der EG-Maßnahme gleichgesetzt. Häufig praktiziert die Kommission ihn, wie oben an Beispielen gezeigt, aber in einem ganz anderen Sinn, als es Art. 3 b Abs. 2 EGV mit dem „besser“ meint. Die Kommission prüft hier die komparative Effizienz, die zunächst in qualitativer Weise dargelegt worden war, möglichst noch einmal in quantitativem, insbesondere monetärem Ausdruck. Zudem berechnet sie den „Mehrwert“ als

52 Allerdings müssen die Konsequenzen dieses engen Ausschließlichkeitsbegriffs für den Kontext der Umschreibung der außenpolitischen Kompetenzen beachtet werden. Dort muß der Begriff weiter gezogen werden. Man müßte sich dann an zwei Begriffe der Ausschließlichkeit gewöhnen, „ausschließlich“ im Sinne des SP. und „ausschließlich“ im Sinne der außenpolitischen Kompetenzen. Sachgerecht wäre das jedenfalls.

Nutzen und Kosten für die Einzelnen, nicht als Vorteil gegenüber dem, was die Mitgliedstaaten erreichen könnten. Andererseits hält sie dieses Muster auch wieder nicht konsequent durch (die Gegebenheiten des Politikfeldes sind manchmal zu sperrig dafür) und ist dann oft recht lakonisch, wenn es nicht geht. Das verursacht Irritationen. M. E. ist die *quantitative Darstellung nicht rechtlich geboten*, politisch aber natürlich anheimgestellt. Zudem ist die Ausrichtung des Mehrwerttests in Richtung auf die Einzelnen rechtlich nicht vorgeschrieben, weil das SP. das Verhältnis der Staaten im Staatenverbund regelt, nicht das Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen. Der Mehrwerttest ist deshalb m. E. rechtlich verzichtbar. Was erforderlich ist, ist ein komparativer Effizienz- oder Eignungstest, der negativ das Nichtausreichen staatlicher und positiv das Besserein gemeinschaftlicher Maßnahmen nachweist.

Die weiteren Prüfschritte sind solche des VP. und erstrecken sich damit auch auf ausschließliche Kompetenzen. Sie umfassen

- die Wahl der am wenigsten eingreifenden Handlungsstrategie (Empfehlung, finanzielle Unterstützung, Regulierung, gegenseitige Anerkennung, die m. E. aber nur insoweit zu prüfen ist, als ihr Einbau in Sekundärrecht in Frage steht), und
- die Wahl der am wenigsten eingreifenden Rechtsform (Verordnung, Richtlinie).

Tertium comparationis für die möglichen Gestaltungsvarianten im Rahmen des VP. ist dabei einzig das Ausmaß der Verdrängung von mitgliedstaatlichen Kompetenzen, nicht dagegen das Ausmaß des Eingriffs in subjektive Rechte Einzelner. Denn Art. 3 b EGV handelt nur von Kompetenzen im Rahmen des Staatenverbundes, nicht von Befugnissen zum Eingriff in Rechte und Interessen Einzelner. Eingriffsbefugnisse können u. U. zwar auch über ein Verhältnismäßigkeitsprinzip kontrolliert werden, jedoch nicht über das VP. aus Art. 3 b Abs. 3, sondern über einen entsprechenden ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, der noch keineswegs ausgereift vorliegt, sondern sich in richterrechtlicher Entwicklung befindet (bei der eine Rolle spielt, daß die Gesetzgebung vom VP. weit weniger determiniert wird als die Verwaltung). Dies bedeutet, daß die Erforderlichkeit der Einzelne belastenden Maßnahme auf Grund von Art. 3 b Abs. 3 EGV nicht geprüft werden muß⁵³. Das gilt auch für die von der Kommission manchmal dargelegte Prüfung, ob eine Regulierung durch private Normung ersetzt werden könnte. Eine solche Prüfung ist politisch höchst sinnvoll und legitim, man muß sich aber davor hüten, solche politischen Maximen vor schnell zu verrechtlichen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß die in der deutschen Verfassungsdogmatik verbreitete Neigung zu dergleichen Verrechtlichungen in den anderen Mitgliedstaaten nicht besteht.

53 Die Frage ist in der Rechtsprechung noch nicht klar entschieden. In der Rs. C-426/93 (*BRD / J. Rat*) hatte die Klägerin zwar, einen unverhältnismäßigen Eingriff in individuelle Rechte rügend, Art. 3 b Abs. 3 EGV herangezogen, sowohl Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlußanträgen vom 15.6.1995 wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 9.11.1995 rekurrirten dann aber auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

c) Der vergleichende Eignungstest

Der Bundesrat hat am Prüfraster der Kommission ausgesetzt, daß es den Schwerpunkt auf die Feststellung des Besserseins einer Gemeinschaftsmaßnahme lege, während die vorgeschaltete Frage, ob das Ziel nicht durch mitgliedstaatliche Maßnahmen ausreichend verwirklicht werden könne, zu kurz komme⁵⁴. Der Bundesrat empfiehlt sogar eine Neufassung des Art. 3 b Abs. 2 EGV, in dem nur noch dieser erste Test enthalten ist und auf den zweiten wegen seiner angeblichen Tendenz zur Stärkung von EG-Kompetenzwahrnehmungen verzichtet wird.

Der Verzicht auf den zweiten Filter überzeugt schon deshalb nicht, weil er vom Ziel der Kompetenzeinschränkung der EG her unlogisch ist. Der zweite Filter kommt ja kumulativ zum ersten hinzu. Der Wegfall des zweiten Filters führt deshalb gerade zu einer Stärkung, nicht zu einer Schwächung der EG-Kompetenzwahrnehmung.

Dennoch hat der Bundesrat recht, wenn er eine *Präzisierung der ersten Stufe des vergleichenden Eignungstests* reklamiert. Diese soll im folgenden etwas näher betrachtet werden. Sie läßt sich noch einmal in zwei Etappen gliedern:

(1) Beschreibung und Bewertung *vorhandener* staatlicher Maßnahmen: Welche gibt es bereits? Reichen sie für das Erreichen des gesetzten Ziels aus?

Ist dies der Fall, kommen gemeinschaftliche Maßnahmen nicht in Betracht. Ist es nicht der Fall, ist weiter zu prüfen:

(2) Beschreibung und Bewertung solcher Maßnahmen, die den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Zielerreichung rechtlich *möglich* wären: Welche kommen in Betracht? Würden sie ausreichen?

Wenn den Mitgliedstaaten keine rechtlichen Kompetenzen zustehen (z. B. weil eine Regelung gegen das Territorialitätsprinzip verstieße), ist der Filter passiert, geht es also weiter zur „Besserklausel“. Dieser Fall ist unproblematisch, aber selten anzutreffen.

Problematisch wird es erst, wenn den Mitgliedstaaten rechtliche Kompetenzen eigentlich zur Verfügung stehen und ausreichende Maßnahmen mit ihrer Hilfe auch erlassen werden könnten: Soll es dann gleichgültig sein, ob die Mitgliedstaaten auch wirklich handeln werden, oder ist zu prüfen, ob mit einem Handeln zu rechnen ist? Die herrschende Meinung scheint die erste Auffassung zu vertreten⁵⁵. Das bloße Vorhandensein einer rechtlichen Kompetenz auf mitgliedstaatlicher Ebene würde hiernach genügen, die Wahrnehmung einer EG-Kompetenz auszuschließen.

Eine Folgerewägung zeigt, daß dies nicht richtig sein kann: Die genannte Auffassung würde es verhindern, daß die EG von ihren vielfältigen Kompetenzen zur finanziellen Förderung (in der Forschung, in der Entwicklung, bei Investitionen, im

54 Beschluß vom 22.3.1996, BR Druks. 904/95; ähnlich ein interner Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft über den Stand der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips 1994 v. 6.6.1995.

55 So anscheinend H. Jarass, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209 ff., 210 f., m. w. N.

Sozialbereich, in der Ausbildung etc.) Gebrauch macht, denn selbstverständlich hat jeder Mitgliedstaat die Kompetenz, Förderungstatbestände zu schaffen und zu budgetieren. Oder: Jeder Mitgliedstaat hat die Kompetenz, im Binnenmarktbereich durch Export- und Importregelungen fast alle grenzüberschreitenden Zielsetzungen zu verwirklichen, die heute normalerweise durch EG-Sekundärrecht verfolgt werden. Schließlich: Die Mitgliedstaaten haben natürlich auch die Kompetenz, für ihre Industrie Arbeits- und Umweltschutzregelungen zu treffen: Die Hunderte von hierauf bezogenen EG-Vorschriften wären bei einem solchen Verständnis des SP. eigentlich Makulatur und nur über die Besitzstandsklausel zu retten. Das hat aber, vielleicht mit Ausnahme Bayerns, keiner beabsichtigt, als das SP. verrechtlicht wurde.

Allein auf das Vorhandensein von rechtlichen Kompetenzen auf mitgliedstaatlicher Ebene kann es also nicht ankommen. Dies ergibt sich im übrigen ja auch aus dem „nicht ausreichend“: Die Klausel unterstellt, daß eine rechtlich an sich mögliche nationale Regelung unzureichend sein kann.

Die Frage ist dann aber, wie denn die Wahrscheinlichkeit, daß die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen ausreichend in Taten umsetzen, geprüft werden soll. Hier gibt es zwei Lösungsmöglichkeiten, eine prozedurale und eine materielle:

Die *prozedurale Lösung* besteht darin, daß den Mitgliedstaaten eine Frist gesetzt wird. Handeln sie nicht, so wäre festgestellt, daß sie das Ziel „nicht ausreichend erreichen können“, „können“ in dem Sinn, daß sich ihr politischer Entscheidungsapparat als unfähig erwiesen hat, die gewünschte Lösung zu produzieren. Der Vorteil dieser Lösung bestände darin, daß offen auf den Tisch kommt, worum es eigentlich geht: daß nämlich die Gelegenheit, ein Problem auf einer anderen Ebene als der nationalen politisch auszuhandeln, zusätzliche Lösungsmöglichkeiten provoziert, z. B. weil sich Tauschgeschäfte machen lassen, weil man sich neuen Argumenten und neuen Öffentlichkeiten aussetzt etc.⁵⁶. Der Nachteil besteht in den Verzögerungseffekten, die sich aus der Notwendigkeit von Fristsetzungen ergeben.

Dem entgeht die *materielle Lösung*. Sie besteht darin, daß ermittelt werden muß, ob es Gründe gibt, die alle oder einzelne Mitgliedstaaten zu einer unzureichenden Ausnutzung ihrer rechtlichen Möglichkeiten veranlassen könnten. Sind solche Gründe wahrscheinlich, ist der Test passiert. Der Nachteil dieser Lösung ist, daß sie ins Spekulative führen kann. Allerdings kann man konkretisieren, welche Gründe zählen sollen⁵⁷. Z. B. kann angenommen werden, daß manche Mitgliedstaaten (einer genügt bereits) eine Maßnahme unterlassen, wenn sie *aus der Unterlassung Nutzen ziehen*, etwa weil dadurch die Absatzchancen für die eigenen Produkte steigen, weil

56 Diese prozedurale Sichtweise veranlaßt L. Krämer (Grenzen der Subsidiarität, EG Magazin 5/1991, S. 11) festzustellen, daß „Umweltschutzregelungen auf Gemeinschaftsebene (...) deswegen fast immer ‚besser‘ (seien) als Regelungen auf der Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten“. Vgl. auch W. Möschel, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, NJW 1993, 3025 ff., 3027 mit Hinweis auf die Paketlösungen auf EG-Ebene, der diese Beobachtung aber nicht in eine Konstruktion des SP. einzubauen versucht.

57 Hier kommen die Gesichtspunkte ins Spiel, die der Europäische Rat in seiner Erklärung von Edinburgh erwähnt (s. oben Fn. 4).

die eigene Wirtschaft im Vergleich zur ausländischen Kostenvorteile ziehen kann oder weil sie als Trittbrettfahrer sich auf ausländischen Naturschutz verlassen. Ein anderer Grund für Unterlassungen sind *begrenzte finanzielle Mittel* insbesondere der ärmeren Mitgliedstaaten. Ein dritter, sicher sensibler, aber m. E. relevanter Grund für ein Unterlassen von Maßnahmen kann darin bestehen, daß die *politische und gesellschaftliche Kultur* mancher Mitgliedstaaten so traditionsfest ist, daß Neuerungen, die in Zielen auf Gemeinschaftsebene bereits verankert sind, nicht durchkommen; so würden Gemeinschaftsmaßnahmen insbesondere in den Bereichen Sozialpolitik und Gleichbehandlung der Geschlechter den SP-Test bestehen können, aber auch diejenigen Vorschriften, die eine Kultur der Öffentlichkeit von Verwaltungsverfahren (Zugang zu Umweltinformationen, Anhörung Betroffener) schaffen wollen. Bei Anwendung solcher Kriterien werden sich unterschiedliche Chancen und Dringlichkeiten der Kompetenzausübung auf gemeinschaftlicher Ebene ergeben, die es erlauben, auf die Besonderheit der einzelnen Politiken und die historische Entwicklung ihrer Sachprobleme angemessen zu reagieren⁵⁸.

d) Zusammenfassung

Der Ausdruck „ausschließliche Zuständigkeit“ sollte restriktiv verstanden werden und die Agrar-, Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik nicht einbeziehen. Diese sollten vielmehr ebenfalls dem SP unterworfen werden.

Das SP ist als zweistufiger vergleichender Eignungstest zu prüfen. Die Praxis der Kommission, im Wege eines „Mehrwerttests“ eine monetär ausgedrückte Kosten-Nutzen-Analyse anzustellen, geht über das rechtlich Gebotene hinaus. Der erste Schritt des komparativen Eignungstests ist präzisierungsbedürftig: Daß die Mitgliedstaaten nicht ausreichend handeln können, kann zum einen an einem Mangel an rechtlichen Kompetenzen liegen, zum anderen aber auch an einem Mangel an politischer Handlungsbereitschaft bei gegebener rechtlicher Kompetenz. Ein solcher Mangel an Handlungsbereitschaft ist feststellbar: prozedural, indem die Kommission den Mitgliedstaaten Handlungsfristen einräumt, oder/und materiell, indem nach ökonomischen, finanziellen und kulturellen Gründen gefragt wird, von denen erwartet werden muß, daß sie manche oder alle Mitgliedstaaten von den erforderlichen Maßnahmen abhalten.

⁵⁸ Zu solchen Unterschieden s. *Chr. Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1996, S. 189 ff., der allerdings nicht deutlich macht, ob er zwei unterschiedliche Subsidiaritätsbegriffe konstruieren oder den Begriff nur entsprechend flexibel anwenden will.