

ergänzen, zu unterstützen oder zu koordinieren. Anders als im Bereich der geteilten Zuständigkeiten ist eine Harmonisierung des nationalen Rechts hier ausgeschlossen (Art. 2 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV). Die Zuständigkeit der Union tritt nicht an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten (Art. 2 Abs. 5 UAbs. 1 AEUV); ein Tätigwerden der Union schließt also ein gleichzeitiges Tätigwerden der Mitgliedstaaten nicht aus, sondern setzt es geradezu voraus. Unter die Kategorie der ergänzenden Zuständigkeiten fallen die Bereiche Gesundheit, Industrie, Kultur, Tourismus, allgemeine und berufliche Bildung sowie Jugend, Sport, Katastrophenschutz und Verwaltungszusammenarbeit (Art. 6 AEUV). Auch die Zuständigkeiten der Union zur Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik (Art. 2 Abs. 3 und Art. 5 AEUV) lassen sich beim gegenwärtigen Stand systematisch am ehesten dieser Kompetenzkategorie zuordnen. Selbstverständlich sind auch im Rahmen dieser Kompetenzkategorie die Grundsätze der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) zu beachten.

dd) Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Alle der Union nicht übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten. Was sich schon bislang zwingend aus dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung ergab, spricht der Vertrag von Lissabon nun auch ausdrücklich aus (Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 2 S. 2 EUV). Im Einzelnen handelt es sich bei den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten um Bereiche

34

- die in den Verträgen überhaupt nicht angesprochen werden (und folglich nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gar nicht in die Zuständigkeit der Union fallen),
- in denen die Verträge die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ausdrücklich anerkennen oder
- denen die Verträge die Zuständigkeit der Union ausdrücklich ausschließen bzw. ihr ein Tätigwerden untersagen (vgl. etwa die sporadisch normierten Harmonisierungsverbote, zB Art. 2 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV).

35

Weiterführender Hinweis:

Politiker (und leider auch einige Juristen) beschwerten sich regelmäßig darüber, dass „Brüssel“ die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten bzw. der Länder nicht respektiere und fordern deshalb einen präziseren Kompetenzkatalog. In den meisten Fällen liegt das Problem jedoch nicht darin, dass die Union sich Rechtsetzungsbefugnisse anmaßt, die ihr nicht zustehen. Vielmehr entstehen Spannungen, weil die Mitgliedstaaten auch in den Bereichen, die ausschließlich oder weitestgehend in ihre Gesetzgebungszuständigkeit fallen (zB Organisation der Streitkräfte, Leistungen der Daseinsvorsorge), die in den Verträgen enthaltenen allgemeinen Grundsätze einhalten müssen (zB Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts oder der Staatsangehörigkeit; Verbot, mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfen zu gewähren). In solchen Fällen stellt das Unionsrecht (und zwar im Normalfall das Unionsprimärrecht, wie es sich aus den Verträgen ergibt) also nicht die Regelungszuständigkeit des Bundes, der Länder oder der Kommunen in Frage, sondern unionsrechtswidrige Regelungsinhalte. Auch ein präziserer Kompetenzkatalog würde daran nichts ändern.

d) Die Kompetenzausübungsregeln

Die Verträge nehmen nicht nur eine **Kompetenzabgrenzung** zwischen der Union und den Mitgliedstaaten vor, sondern legen auch einige Grundprinzipien fest, nach denen die Union ihre Zuständigkeiten in einer für die nationale, regionale und lokale

36

Ebene möglichst schonenden Weise auszuüben hat (**Kompetenzausübungsregeln**). Dazu gehört neben der Pflicht zur Wahrung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 EUV) – im Rahmen der Werte der Union –²² und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) insbesondere das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV).²³

- 37 **aa) Das Subsidiaritätsprinzip.** Das Subsidiaritätsprinzip, das insbesondere auf Betreiben der deutschen Länder im EU-Vertrag (Vertrag von Maastricht) festgeschrieben wurde, ist in Art. 5 Abs. 3 EUV geregelt. Im Gegensatz zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das die Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten regelt, ist das Subsidiaritätsprinzip eine **Kompetenzausübungsregel** für die Union (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV). In ihm kommt die politische Idee zum Ausdruck, dass Entscheidungen möglichst bürgernah zu treffen sind (vgl. Art. 1 Abs. 2 EUV); die größere Einheit soll keine Aufgabe übernehmen, die die jeweils kleinere Einheit zufriedenstellend lösen kann.
- 38 Für die Praxis ist bedeutsam, dass Art. 5 Abs. 3 EUV unanwendbar ist, wenn die Union im Bereich ihrer **ausschließlichen Kompetenzen** tätig wird. Denn dann kann sich die Subsidiaritätsfrage mangels eines Bestehens von Zuständigkeiten auf anderen Ebenen nicht stellen. Umstritten war lange Zeit insbesondere, ob die „Binnenmarktkompetenzen“, die die Beseitigung von Hindernissen für den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital regeln (Art. 46, 48, 50, 52 Abs. 2, 53, 114 AEUV), in diesen Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union fallen. Wäre dies der Fall, so müsste das Subsidiaritätsprinzip weitgehend leerlaufen, da dann die Haupttätigkeit der Union in den Bereich ihrer ausschließlichen Kompetenzen fiel.²⁴ Folgerichtig weist denn auch der Vertrag von Lissabon die Binnenmarktkompetenzen ausdrücklich dem Bereich der nicht ausschließlichen Zuständigkeiten zu (Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV). Insbesondere beim Erlass und bei der Änderung von Richtlinien nach Art. 114 AEUV findet daher das Subsidiaritätsprinzip Anwendung.²⁵
- 39 Das Subsidiaritätsprinzip erfordert nach ganz hM eine **zweistufige Prüfung**, wobei allerdings die beiden Stufen in der Rechtsprechung des EuGH oft zusammengezo- gen werden:
- 40
- Die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahme können nicht ausreichend von den Mitgliedstaaten erreicht werden; der Vertrag von Lissabon stellt klar, dass insoweit mitgliedstaatliche Maßnahmen auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene in Betracht kommen.
 - Die Ziele können wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Unionsebene verwirklicht werden.

²² EuGH, C-769/22, ECLI:EU:C:2026:326, Rn. 562 – Kommission/Ungarn (Werte der Union).

²³ Vgl. auch BVerfGE 123, 267 (383) – Lissabon.

²⁴ Vgl. auch Dittert Die ausschließlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im System des EG-Vertrags, 113 ff., 143 ff.

²⁵ So auch bislang schon die Rechtsprechung, vgl. EuGH C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, Rn. 179 – BAT, und EuGH C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 75 – Vodafone.

Nur wenn die Voraussetzungen beider Stufen erfüllt sind, darf die Union ihre Zuständigkeit ausüben. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist in der **Begründung des Rechtsakts** gemäß Art. 296 Abs. 2 AEUV darzulegen. 41

Ob die materiellen Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips (Zwei-Stufen-Prüfung) und die formellen Erfordernisse (diesbezügliche Begründung des jeweiligen Rechtsakts) eingehalten sind, haben die Unionsgerichte zu überprüfen; das Subsidiaritätsprinzip ist also justiziabel.²⁶ Allerdings dürfte den jeweiligen Unionsorganen bei der Beurteilung der Subsidiaritätsvoraussetzungen ein weiter Einschätzungsspielraum zuzugestehen sein.²⁷

bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Art. 5 Abs. 4 EUV (vgl. daneben Art. 296 Abs. 1 AEUV) formuliert als zusätzliche Kompetenzausübungsregel den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** für das Handeln der Union gegenüber den Mitgliedstaaten. Dies hat zu einer Auswirkung auf die Art des zu erlassenden Rechtsakts: Soweit verschiedene Typen von Maßnahmen möglich sind, hat die Union diejenige zu wählen, die sich – bei gleicher Eignung zur Verwirklichung der Vertragsziele – schonender auf die Kompetenzen der Mitgliedstaaten auswirkt; insbesondere im Anwendungsbereich von Art. 114 AEUV wird also im Normalfall eine Richtlinie statt einer Verordnung zu wählen sein, ggf. kann sogar eine Empfehlung statt einer Richtlinie in Betracht kommen. Zum anderen hat sich die Union inhaltlich, dh hinsichtlich der Regelungsdichte, möglichst auf Grundsatzbestimmungen und die Festlegung von Mindeststandards zu beschränken, statt eine Totalharmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften vorzunehmen. 42

Klausurhinweis:

Der in Art. 5 Abs. 4 EUV niedergelegte **kompetenzrechtliche** Verhältnismäßigkeitsgrundsatz betrifft nach hM allein die Beziehungen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten in dem soeben beschriebenen Sinne²⁸. Auch sonst – insbesondere im Verhältnis zum Bürger – müssen sich die Handlungen der Unionsorgane selbstverständlich in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit halten; Maßstab dafür ist aber nicht Art. 5 Abs. 4 EUV, sondern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er vom EuGH als allgemeiner (ungeschriebener) Rechtsgrundsatz des Unionsrechts in ständiger Rechtsprechung anerkannt wird (vgl. dazu unten → Kap. 12 Rn. 85 ff.).

cc) Verfahrensgarantien zur Stärkung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Das seit dem Amsterdamer Vertrag existierende Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit („**Subsidiaritätsprotokoll**“ = Protokoll Nr. 2 zum EUV/AEUV) soll die Bedingungen für die Anwendung dieser beiden Grundsätze festlegen. Es verpflichtet die Kommission ua, ihre Entwürfe für Rechtsvorschriften im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **zu begründen** (Art. 5 des Subsidiaritätsprotokolls) und zuvor umfangreiche **Anhörungen durchzuführen** (Art. 2 des Subsidiaritätsprotokolls iVm Art. 11 Abs. 2 und 3 EUV). Durch den Vertrag von Lissabon wurde das Subsidiaritätsprotokoll umfassend überarbeitet und neu 43

²⁶ EuGH C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 113 – Polen/EP und Rat, „Tabakrichtlinie“.

²⁷ Schlussanträge GA’ Kokott, C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, Rn. 146 ff.; vgl. auch die zurückhaltende Rechtsprechung des BVerfG zu ähnlichen Problemen im Bund-Länder-Verhältnis in Art. 72 Abs. 2 GG, dazu von Borries EuR 1994, 263 (292).

²⁸ Zu diesem Grundsatz Saurer JZ 2014, 281.

gefasst, mit dem Ziel, ein wirksameres System zur Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu schaffen. Dazu wurden insbesondere neue Verfahrensgarantien eingeführt. So wird die Kommission verpflichtet, den nationalen Parlamenten ihre Entwürfe von Gesetzgebungsakten (Art. 289 Abs. 3 AEUV) **direkt zuzuleiten**, und es muss in der Regel eine **Frist von acht Wochen** abgewartet werden, bis ein Entwurf vom Rat auf dessen vorläufige Tagesordnung gesetzt wird (Art. 2 und 4 des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente, Art. 4 des Subsidiaritätsprotokolls). Ferner wurden die neuartigen Mechanismen der **Subsidiaritätsrüge** und der **Subsidiaritätsklage** eingeführt.

- 44 (1) **Die Subsidiaritätsrüge.** Mit dem Instrument der **Subsidiaritätsrüge** (auch **Subsidiaritätsbeschwerde** genannt) wird eine Art Frühwarnsystem für etwaige Subsidiaritätsprobleme geschaffen. Den nationalen Parlamenten (auch einer von zwei Parlamentskammern) wird bereits im Vorfeld des Erlasses eines Gesetzgebungsakts der EU die Möglichkeit eingeräumt, diesen auf seine Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip zu überprüfen und etwaige Subsidiaritätsverstöße zu rügen (Art. 6, 7 des Subsidiaritätsprotokolls). In Deutschland steht dieses Rügerecht sowohl dem Bundestag als auch dem Bundesrat zu (§ 11 IntVG).
- 45 Die von einem nationalen Parlament oder einer nationalen Parlamentskammer erhobene Subsidiaritätsrüge nimmt die Form einer **begründeten Stellungnahme** an und ist in jedem Fall vom Unionsgesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu „berücksichtigen“ (Art. 7 Abs. 1 des Subsidiaritätsprotokolls).
- 46 Erreicht die Zahl der von nationalen Parlamenten erhobenen Subsidiaritätsrügen einen bestimmten Schwellenwert (qualifizierte Minderheit der nationalen Parlamente), so muss der Entwurf von seinem Verfasser – in der Regel der Kommission – überprüft werden, und ein Festhalten an dem Entwurf muss gesondert begründet werden (sog. **„gelbe Karte“**, Art. 7 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls). Hat gar die Mehrheit der nationalen Parlamente bzw. Parlamentskammern Subsidiaritätsrügen gegen den Entwurf für einen Gesetzgebungsakt erhoben (sog. **„orange Karte“**, Art. 7 Abs. 3 des Subsidiaritätsprotokolls) und hält die Kommission gleichwohl an ihm fest, so obliegt es dem Europäischen Parlament und dem Rat in der ersten Lesung des Gesetzgebungsverfahrens, die Subsidiaritätsfrage einer Prüfung zu unterziehen; das Gesetzgebungsverfahren kann dann unter erleichterten Voraussetzungen entweder vom Europäischen Parlament (mit einfacher Mehrheit) oder vom Rat (mit einer Mehrheit von 55 % seiner Mitglieder) durch die bloße Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip abgebrochen werden (sog. **„rote Karte“**).

Der Mechanismus der „gelben Karte“ kam bereits mehrfach zur Anwendung und führte auch mindestens einmal schon zur Rücknahme des Gesetzgebungsvorschlags der Kommission. Eine „orange“ oder „rote Karte“ gab es bislang hingegen, soweit ersichtlich, noch nicht.

Bisweilen wird die Forderung laut, es solle auch den nationalen Parlamenten ermöglicht werden, bei einer besonders hohen Anzahl von Subsidiaritätsrügen den Abbruch des Gesetzgebungsverfahrens mittels „roter Karte“ zu erzwingen; ein solches Recht steht ihnen jedoch beim gegenwärtigen Stand nicht zu.

- 47 (2) **Die Subsidiaritätsklage.** Abgesehen von der Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge hat jedes nationale Parlament (auch eine von zwei Parlamentskammern) das Recht, beschlossene **Gesetzgebungsakte** der EU iSv Art. 289 Abs. 3 AEUV vor dem EuGH mit der sog. **Subsidiaritätsklage** anzugreifen, wenn es der Meinung ist, dass das Subsidiaritätsprinzip verletzt ist (Art. 8 Abs. 1 des Subsidiaritätsprotokolls; vgl. dazu auch Art. 23 Abs. 1a GG iVm § 12 IntVG). Verfahrensrechtlich ist die Sub-

sidiaritätsklage eine besondere Art **Nichtigkeitsklage** iSv Art. 263 AEUV (s. unten → Kap. 9 Rn. 38 ff.), die nicht vom betreffenden Mitgliedstaat, sondern von einem nationalen Parlament oder einer Kammer desselben erhoben wird.

Für Deutschland werden die Modalitäten der Erhebung der Subsidiaritätsklage in Art. 23 Abs. 1a GG und § 12 IntVG geregelt. Das Klagerecht steht sowohl dem Bundestag (verpflichtend auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder) als auch dem Bundesrat (nach Maßgabe von dessen Geschäftsordnung) zu. Der Bundestag bzw. der Bundesrat übernimmt selbst die Prozessführung vor dem EuGH (§ 12 Abs. 4 IntVG). Bei einer vom Bundestag erhobenen Subsidiaritätsklage sind etwaige Gegenauffassungen in der Klageschrift deutlich zu machen, sofern sie wiederum von mindestens einem Viertel der Mitglieder des Bundestags stammen (§ 12 Abs. 1 S. 2 IntVG).

Lediglich deklaratorisch ist der Hinweis in Art. 8 Abs. 1 des Subsidiaritätsprotokolls, dass die Mitgliedstaaten auch im eigenen Namen Nichtigkeitsklagen erheben dürfen, mit denen eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gerügt wird; dies war nach Art. 263 Abs. 1 AEUV stets zulässig, auch vor dem Vertrag von Lissabon.

Neben Mitgliedstaaten und den nationalen Parlamenten steht die Erhebung der Subsidiaritätsklage auch dem **Ausschuss der Regionen** offen (Art. 8 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls).

Klausurhinweis:

Die neuen Instrumente der Subsidiaritätsrüge und der Subsidiaritätsklage sind für Prüfungsfragen geradezu prädestiniert. Es empfiehlt sich, die einschlägigen Vorschriften im Subsidiaritätsprotokoll (Protokoll Nr. 2 zum EUV/AEUV) sowie jene im Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente (Protokoll Nr. 1 zum EUV/AEUV) im Wortlaut nachzulesen. Die erste Subsidiaritätsrüge, die eine nationale Parlamentskammer in der EU erhoben hat, stammt übrigens vom deutschen Bundesrat.²⁹ Die erste und bislang einzige Subsidiaritätsklage wurde 2024 in Bezug auf einen Gesetzgebungsakt der Union zur Asylpolitik von der französischen Nationalversammlung auf Betreiben einer Parlamentsminderheit aus den Reihen der Abgeordneten der rechtsradikalen Partei „Rassemblement national“ erhoben.³⁰

e) Die verstärkte Zusammenarbeit

Bereits in den 1980er Jahren begann sich abzuzeichnen, dass sich in wichtigen Politikbereichen kaum noch Integrationsfortschritte unter Beteiligung aller Mitgliedstaaten erzielen ließen, weil nicht überall die politische Bereitschaft bestand, solche Schritte mitzutragen. So stellte sich beispielsweise das Vereinigte Königreich anfangs einer Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen auf dem Gebiet der Sozialpolitik entgegen und legte diesbezüglich bis zuletzt eine große Skepsis an den Tag. Mit einigen anderen Mitgliedstaaten sprach sich das Vereinigte Königreich auch vehement gegen die Einführung einer gemeinsamen Währung und gegen die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen aus. Vor diesem Hintergrund wurde begonnen, die Grundlagen für ein „**Europa der zwei Geschwindigkeiten**“ (oder „**Europa der variablen Geometrie**“) zu schaffen.

Anfangs vereinbarten einzelne Mitgliedstaaten bestimmte Maßnahmen gänzlich außerhalb des institutionellen Rahmens der EU (so etwa die Abschaffung der Grenz-

²⁹ Ratsdok. 8209/10 vom 31.3.2010, betr. die Initiative mehrerer Mitgliedstaaten für eine Europäische Schutzanordnung im Rahmen der strafrechtlichen Zusammenarbeit.

³⁰ EuGH C-553/24 – Assemblée nationale/Parlament und Rat.

kontrollen an den Binnengrenzen des sog. Schengen-Raumes). Mit dem Vertrag von Maastricht fanden erstmals Sonderbestimmungen in das Primärrecht der Union Eingang, die nicht für alle Mitgliedstaaten galten (einerseits das Protokoll über die Sozialpolitik als Vorläufer der heutigen Art. 151–156 AEUV – seinerzeit ohne Teilnahme des Vereinigten Königreichs –, andererseits die vertraglichen Rechtsgrundlagen für die Einführung des Euro als gemeinsamer Währung mit bloßer Opt-in-Möglichkeit für das Vereinigte Königreich und Dänemark). Dieselbe Technik fand später erneut Anwendung, als die große Mehrheit der Mitgliedstaaten mit dem ESM-Vertrag und dem Fiskalvertrag zusätzliche Maßnahmen zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion einführt (s. dazu unten → Kap. 17 Rn. 31 ff., Rn. 36 ff.).

- 53 Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde schließlich ganz allgemein das Instrument der **verstärkten Zusammenarbeit** eingeführt, das es seither einer „Avantgarde“ von Mitgliedstaaten ermöglicht, eine bestimmte Unionspolitik weiterzuentwickeln, insbesondere durch die Schaffung von Sekundärrecht (Art. 20 EUV, Art. 326–334 AEUV). Gleichzeitig wurden Garantien vorgesehen, die den gemeinschaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*) und den institutionellen Zusammenhalt der EU bewahren sollen.

Im Einzelnen unterliegt danach die verstärkte Zusammenarbeit folgenden Voraussetzungen:

- 54
- **Materielle Voraussetzungen:** Eine verstärkte Zusammenarbeit darf nur im Rahmen der nicht ausschließlichen Zuständigkeiten der Union verwirklicht werden. Sie muss darauf abzielen, die Ziele der Union zu fördern, ihre Interessen zu schützen und den Integrationsprozess zu stärken (Art. 20 Abs. 1 EUV). Dabei ist das Unionsrecht zu achten, und es darf nicht zu Handels- oder Wettbewerbsverzerrungen kommen (Art. 326 AEUV). Außerdem ist erforderlich, dass die angestrebten Ziele von der Union in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums verwirklicht werden können (Art. 20 Abs. 2 EUV); die verstärkte Zusammenarbeit ist somit eine *ultima ratio*.
 - **Formelle Voraussetzungen** (Art. 20 Abs. 2 EUV): An der verstärkten Zusammenarbeit müssen sich mindestens neun Mitgliedstaaten beteiligen. Die Einleitung des Verfahrens der verstärkten Zusammenarbeit bedarf der Genehmigung des Rates, der zu diesem Zweck mit qualifizierter Mehrheit und nach Zustimmung des Parlaments entscheidet (Art. 16 Abs. 3 EUV, Art. 329 Abs. 1 AEUV); lediglich im Bereich der GASP wird die Genehmigung einstimmig und ohne Parlamentsbeteiligung erteilt (Art. 329 Abs. 2 AEUV). Eine Sonderregelung gilt für einige Politikbereiche, in denen ein „Notbremsemechanismus“ vorgesehen ist (Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 und 87 Abs. 3 AEUV): Dort gilt die Genehmigung zur verstärkten Zusammenarbeit als erteilt, wenn der als Schiedsrichter angerufene Europäische Rat kein Einvernehmen über ein bestimmtes Gesetzgebungsvorhaben erzielen kann.
 - **Rechtssetzungsverfahren** (Art. 20 Abs. 3 EUV): Alle Mitgliedstaaten können an den Beratungen über den geplanten Rechtsakt teilnehmen, abstimmen dürfen jedoch nur die an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten, wobei die Erfordernisse für das Erreichen der qualifizierten Mehrheit entsprechend angepasst werden (Art. 330 AEUV). Im Übrigen gelten die allgemeinen Regeln, insbesondere hinsichtlich der Rechtsgrundlage und der Beschlussfassung (Vorschlag der Kommission, Gesetzgebungsverfahren etc.). Auch die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 3, 4 EUV) sind zu beachten.

Während die Verfahrensseite vollumfänglich justiziabel ist, unterliegt die Beurteilung der Notwendigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit durch den Rat als eminent politische Frage nur einer **eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle**.³¹ 55

Die erlassenen Rechtsakte binden nur die an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten und werden **nicht Teil des *acquis communautaire***, der von neu beitretenden Mitgliedstaaten übernommen werden müsste (Art. 20 Abs. 4 EUV). Anders verhält es sich nur beim sog. Schengen-Besitzstand, der kraft Primärrechts zum *acquis communautaire* erklärt wurde (vgl. Art. 7 des Protokolls Nr. 19 zum EUV/AEUV, sog. „Schengen-Protokoll“). 56

Jedem nicht beteiligten Mitgliedstaat steht es frei, sich zu einem späteren Zeitpunkt der verstärkten Zusammenarbeit anzuschließen (**Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit**, Art. 20 Abs. 3 EUV), wobei er freilich das bisher Beschlossene nicht mehr in Frage stellen kann. An der Weiterentwicklung einmal beschlossener Maßnahmen im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit können unbeteiligte Mitgliedstaaten grundsätzlich nur dann mitwirken, wenn sie sich auch den Ausgangsbeschlüssen anschließen;³² auf diese Weise soll ein „Rosinenpicken“ verhindert und die Kohärenz der im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit beschlossenen Maßnahmen erhalten werden. 57

Lange Zeit wurde die Möglichkeit der verstärkten Zusammenarbeit nicht genutzt. Teilweise wurden die verfahrensmäßigen Hürden als zu hoch angesehen, teilweise bestanden in politischer Hinsicht Skrupel im Hinblick auf einen Alleingang. Lediglich die Fortführung des in Schengen begonnenen Projekts eines Raums ohne Binnengrenzkontrollen wurde schon seit dem Vertrag von Amsterdam als verstärkte Zusammenarbeit betrieben, was allerdings nicht auf einen Beschluss nach Art. 20 EUV, sondern auf eine primärrechtliche Festlegung im Schengen-Protokoll zurückging. Der in Art. 20 EUV vorgesehene Mechanismus wurde erst 2010 erstmals genutzt, um im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen die sog. „Rom III-Verordnung“ auf den Weg zu bringen,³³ die das auf Ehescheidungen und die Trennung von Ehepartnern anwendbare Recht regelt. Ein weiterer Anwendungsfall der verstärkten Zusammenarbeit war etwa die Schaffung des Unionspatents als europäischem Titel des geistigen Eigentums. Angedacht ist ferner die Einführung einer einheitlichen Finanztransaktionsteuer durch eine Gruppe von Mitgliedstaaten.

2. Die Rechtsetzungsverfahren

a) Allgemeines

Weder im EUV noch im AEUV ist eine eindeutige **Normenhierarchie** festgelegt, dh eine Regelung des Rangverhältnisses zwischen „Verfassung“, einfacher Gesetzgebung und Durchführungsvorschriften. Das liegt zum einen daran, dass es auf EU-Ebene keine klassische Gewaltenteilung gibt: Im Wesentlichen wird die Rechtsetzung vom Parlament, dem Rat und in gewissem Umfang auch von der Kommission ausgeübt, wohingegen Exekutivfunktionen vorwiegend von der Kommission und teilweise auch vom Rat wahrgenommen werden. Zum anderen ist die Form der Rechtsakte wenig aussagekräftig. Die in Art. 288 AEUV vorgesehenen Formen der 58

³¹ EuGH C-274/11, ECLI:EU:C:2013:240 – Spanien und Italien/Rat „Einheitliches Patent“.

³² EuGH C-77/05, ECLI:EU:C:2007:803 – Vereinigtes Königreich/Rat; EuGH C-137/05, ECLI:EU:C:2007:805 – Vereinigtes Königreich/Rat.

³³ Vgl. den dazu ergangenen Genehmigungsbeschluss 2010/405/EU des Rates.

Verordnung oder der Richtlinie können für den Erlass sowohl von echten „Gesetzen“ (im materiellen Sinne) als auch von „Durchführungsvorschriften“ genutzt werden.

Im Vertrag über eine Verfassung für Europa war zwar versucht worden, die Arten von Rechtsakten stärker zu kategorisieren und zu hierarchisieren (Art. I-33 bis I-36 EVV), jedoch wurde dieses Unterfangen nach dem Scheitern des Verfassungsvertrags im Vertrag von Lissabon nicht weiter betrieben. Immerhin hat aber der Vertrag von Lissabon die (im Verfassungsvertrag eingeführte) Unterscheidung zwischen **Gesetzgebungsakten, delegierten Rechtsakten** und **Durchführungsrechtsakten** (Art. 289 Abs. 3, 290 und 291 AEUV) beibehalten und auf diese Weise zumindest für ein klein wenig mehr Struktur gesorgt.

- 59 Wie ein Rechtsakt zustande kommt, richtet sich zuallererst nach der Rechtsgrundlage, auf die er gestützt ist. Für Sekundärrechtsakte, also solche, die unmittelbar auf die Verträge – zumeist auf den AEUV – gestützt sind, gilt folgendes **Grundschaema**:

- 60
- Das Vorschlagsrecht liegt bei der Kommission;
 - Dem Europäischen Parlament stehen Mitwirkungsrechte zu, die von der bloßen Anhörung bis zur gleichberechtigten Mitentscheidung reichen; die nationalen Parlamente werden – bei Gesetzgebungsakten – informiert und dürfen Subsidiaritätsrügen erheben;
 - Gegebenenfalls müssen beratende Einrichtungen wie der Wirtschafts- und Sozialausschuss oder der Ausschuss der Regionen angehört werden;
 - Der Rat beschließt über den Vorschlag je nach Rechtsgrundlage einstimmig oder mit qualifizierter Mehrheit.

- 61 **Hauptrechtsetzungsorgan** ist und bleibt der **Rat**, der je nach Sachlage allein oder zusammen mit dem Parlament entscheidet. Die Verträge betrauen nur ausnahmsweise die Kommission mit originären Rechtsetzungsbefugnissen (Art. 45 Abs. 3 lit. d und Art. 106 Abs. 3 AEUV³⁴). Als Gesetzgeber entscheidet der Rat in der Regel mit qualifizierter Mehrheit (zB in Art. 43 und 114 AEUV), in selteneren Fällen einstimmig (zB in Art. 352 Abs. 1 AEUV). Im Übrigen richtet sich die Beschlussfassung im Rat nach Art. 16 Abs. 3–5 EUV, Art. 238–240, 293 Abs. 1 AEUV und seiner Geschäftsordnung (s. oben → Kap. 2 Rn. 70 ff.).

- 62 Grundsätzlich verfügt die **Kommission** bei der Rechtsetzung der EU über das **alleinige Vorschlagsrecht** (auch **Initiativmonopol** genannt), dh jeder Unionsrechtsakt muss durch einen Kommissionsvorschlag vorbereitet werden. Ausnahmen gelten im Bereich des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, für den der Vertrag von Lissabon ein paralleles Initiativrecht eines Viertels der Mitgliedstaaten geschaffen hat (Art. 76 lit. b AEUV), allerdings sachlich beschränkt auf die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie auf die polizeiliche Zusammenarbeit. In der noch weitgehend intergouvernemental geprägten GASP verfügt neben dem Hohen Vertreter (nicht: Kommission!) sogar jeder einzelne Mitgliedstaat über ein eigenes Initiativrecht (Art. 30 EUV).

- 63 Durch ihr weitreichendes Initiativmonopol entscheidet die Kommission maßgeblich mit darüber, ob, wann, in welcher Form und auf welcher Rechtsgrundlage die Union handelt. Allerdings können der Rat gemäß Art. 241 AEUV und das Parla-

³⁴ Zu letzterer Vorschrift vgl. EuGH C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120 – Telekommunikationsendgeräte.