

Die Ausübung übertragener Normsetzungsbefugnisse durch die Europäische Kommission – Verfahrensrecht in einer neuen Dimension

Herwig C.H. Hofmann und Alexander Türk¹

Die Ausübung übertragener Normsetzungsbefugnisse durch die Europäische Kommission – Verfahrensrecht in einer neuen Dimension	1
Auf die Kommission Übertragene Normsetzungsbefugnisse	2
Delegierte Rechtsakte und Kontrollmöglichkeiten	2
Durchführungsrechtsakte und die Komitologie Verordnung.....	5
Zur Unterscheidung von Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten	8
Materielle Unterscheidungskriterien	9
Prozedurale Unterscheidungsmerkmale	13
Von der Ex-Post Kontrolle der Kommission zur Normierung von Verwaltungsverfahrensrechts.....	17
Vorschriften zur Regulierung des Verwaltungsverfahrens der Kommission	19
EU Agenturen und die Verrechtlichung des Vorverfahrens	22
Gerichtliche Normenkontrolle.....	31
Fazit	34

Dieser Artikel geht der Fragestellung nach, wie sich das EU Verfassungs- und Verwaltungsverfahrensrecht der EU im Hinblick auf übertragene Normsetzungsbefugnisse der EU in den ersten Jahren seit in Krafttretens des Vertrages von Lissabon entwickelt hat. Was muss in Zukunft geschehen, um Legalität und Legitimität dieser Form der Ausübung hoheitlicher Gewalt auf der Unionsebene zu gewährleisten? Der Artikel fragt nach den Bedingungen zum Erlass solcher Akte, administrativer, politischer und judikativer Kontrollmechanismen und potentieller Wirkung der verschiedenen Strukturen. Dazu analysiert er in einem ersten Teil die Unterscheidung des AEUV zwischen delegierten Rechtsakten nach Artikel 290 AEUV und Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291 AEUV als den zwei verschiedenen Formen verbindlicher unter-gesetzlicher Rechtsakte der EU. Der Artikel geht dann auf die ersten Erfahrungen in der Realität der Gesetzgebungspraxis und die ersten Erfahrungen ein, die mit der Existenz dieser Formen

¹ Prof. Dr. Herwig C.H. Hofmann M.Jur. (Oxon) ist Professor für europäisches und transnationales öffentliches Recht an der Universität Luxemburg; Prof. Dr. Alexander Türk MA (Augsburg) LL.M. (Brügge) ist Professor of Law, Law School, Kings College, London.

gesammelt wurden. Dabei werden sowohl administrative, politische als auch Formen gerichtlicher Kontroll- und Einflussmöglichkeiten ins Auge gefasst. Der Artikel endet mit einem Ausblick auf die sich entwickelnde Debatte zu einem EU Verwaltungsverfahrensrecht, das im Hinblick auf die Artikel 290 und 291 AEUV gut daran täte, auch die Verwaltungsverfahren zu berücksichtigen, die auf eine exekutive abstrakt generelle Rechtsetzung zuarbeiten.

Auf die Kommission Übertragene Normsetzungsbefugnisse

Der Vertrag von Lissabon hat bekanntlich die formale Unterscheidung zwischen verschiedenen Typen von untergesetzlichen Rechtsakten in delegierte Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV und Durchsetzungsakten nach Artikel 291 AEUV eingeführt.² Darin sind folgende Möglichkeiten der Befugnisübertragung vorgesehen: Die Kommission kann beauftragt werden nicht-wesentliche Aspekte der Gesetzgebung (materielle Gesetzgebung) nach Artikel 290 AEUV in delegierten Rechtsakten mit abstrakt-generellem Regelungsgehalt zu erlassen. Ferner kann sie, ausnahmsweise auch der Rat, dazu ermächtigt werden, Durchführungsakte entweder als Akte mit abstrakt-generellem oder mit konkret-individuellem Regelungsgehalt zu erlassen (Artikel 291 AEUV).³

Die Unterscheidung des AEUV zwischen delegierten Rechtsakten nach Artikel 290 AEUV und Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291 AEUV basiert im Prinzip auf unterschiedlichen Möglichkeiten parlamentarischen Einflusses auf exekutive Rechtsetzung auf Unionsebene. Während das Europäische Parlament sich bei delegierten Rechtsakten nach Artikel 290 AEUV unmittelbare Kontrollfunktionen vorbehalten kann, ist sein Einfluss bei Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291 AEUV im Wesentlichen auf die Mitwirkung im Gesetzgebungsprozess bei Erstellung der Komitologieverordnung beschränkt.

Die Bedingungen, Wirkungen und Unterscheidungskriterien dieser Formen der Rechtsakte sind Gegenstand der folgenden Überlegungen dieses Teils des Artikels. Der darauf folgende analysiert dann alternative Kontrollmöglichkeiten.

Delegierte Rechtsakte und Kontrollmöglichkeiten

² Siehe H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* Oxford (OUP, 2011), Kapitel 15, S. 524-535.

³ Besondere Formen der Rechtsakte bestehen nur noch für den Bereich der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP), die in Artikeln 25 EUV primär auf der Basis von Beschlüssen des Rates basieren.

Die Entwicklung der Bedingungen für die Übertragung, Kontrolle der Ausübung und die Rückholung von Befugnissen zum Erlass delegierter Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV müssen im Kontext der sehr dynamischen europäischen Rechtsordnung und im Kontext des sich verändernden Kräfteparallelogramms zwischen dem EP, dem Rat und der Kommission verstanden werden.⁴ Nach Artikel 290 AEUV können Rechtsakte von Gesetzesrang (Gesetzgebungsakte) an die Kommission die Befugnis übertragen, Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse als ‘delegierte’ Rechtsakte zu erlassen.⁵ Delegierte Rechtsakte können jedoch auch in anderen Formen, wie zum Beispiel als Pläne oder Maßnahmen erlassen werden, was sich *a contrario* aus Artikel 296 (3) AEUV ergibt, der solche atypischen Handlungsformen ausdrücklich für den Bereich der Gesetzgebung ausschließt.⁶ In dieser Hinsicht wie im Hinblick auf Kontrollkompetenzen, ist gegenwärtig eine sich formende institutionelle Praxis zur Nutzung der neu gewonnenen Kompetenzen zu beobachten.

Delegierte Rechtsakte dienen der „Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes“ – also dem Erlass materieller Gesetzgebung außerhalb des regulären ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens. Delegierte Rechtsakte sind von „allgemeiner Geltung“ was Einzelfallentscheidungen nach Artikel 290 AEUV ausschließt. Klar ist jedoch auch, dass seine solche Unterscheidung in einerseits abstrakt-generelle und andererseits konkret-individuell wirkende Rechtsakte in der Realität Schwierigkeiten bereiten kann. Ein Akt kann, wie am Beispiel der Anti-Terror Maßnahmen der EU zu sehen ist, sowohl zugleich abstrakt-generelle als auch konkret-individuelle Wirkung entfalten.⁷

Die “Zwischenkategorie” zwischen Gesetzgebungsakten und Durchführungsakten, wie sie in Artikel 290 AEUV offiziell eingeführt worden ist, ist jedoch nicht ohne Vorläufer. Sie hatte sich in der Rechtspraxis in verschiedenen Politikbereichen weitgehend unbeachtet von der akademischen Kommentarliteratur bereits entwickelt.⁸ Ursprünglich im Landwirtschaftssektor, jedoch zunehmend auch in den Bereichen der Strukturfonds, der Regulierung der Banken- und Versicherungswirtschaft und vieler weiterer Bereiche behielt sich der Rat die Befugnis vor,⁹ in einem ‘vereinfachten’ Gesetzgebungsverfahren – häufig ohne

⁴ M. Ruffert, AEUV Artikel 290, Rn 2, in: M. Ruffert, C. Callies (Hsg.) *EUV/AEUV-Kommentar - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Grundrechtecharta*, 4. Aufl. München (Beck 2011).

⁵ Artikel 288, 290, 297 AEUV.

⁶ Die in Artikel 288 Abs 4 AEUV geänderte Definition des Beschlusses stellt jedoch klar, dass auch Beschlüsse mit allgemeiner Geltung erlassen werden können, sofern sie nicht an bestimmte Adressaten gerichtet sind.

⁷ Siehe den Annex zur Gesetzgebung der Umsetzung von UN Sanktionen der folgenden Rechtsachen: T-306/01 *Ahmed Ali Yusuf und Al Barakaat International Foundation v Rat*, Slg 2005, II-3533 und P. Stancanelli, Le système décisionnel de l’Union, in: G. Amato, H. Bribosa, B. de Witte (Hrsg.) *Genèse et destinée de la Constitution européenne* Bruxelles (2007) 485-453, S. 524, 525.

⁸ Diese Fragestellung war Gegenstand der Rechtsachen C-133/06 *Parlement v Rat*, Slg 2008, I-0000, Rn 43-63 und C-93/00 *Parlement v Rat*, Slg 2001, I-10119, Rn 38-43. Das Gericht erklärte Maßnahmen die auf sogenannten „abgeleiteten Rechtsgrundlagen“ erlassen worden waren für nicht rechtmäßig. Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung (Artikel 7 (1) EG) sehe unter anderem vor, dass die Organe der Gemeinschaft im Rahmen der ihnen zugewiesenen Befugnisse agieren. Damit folgte das Gericht der Stellungnahme des Generalanwalts Pioares Maduro und verwarf die Stellungnahme von Generalanwältin Stix-Hackl in C-93/00 diese Rechtspraxis unter bestimmten Umständen für rechtmäßig hielt. Siehe auch T. v. Danwitz, B.II. Rechtsetzung und Rechtsangleichung, Rn 77, in: M. Dauses, *Handbuch des Europäischen Wirtschaftsrechts*, Loseblatt, 29. Ergänzungslieferung, München (Beck, 2011).

⁹ U. Wölker, Die Normenhierarchie im Unionsrecht in der Praxis, [2007] *Europarecht* 32-55, 36 mit weiteren Verweisen.

Mitwirkung des Europäischen Parlaments - Rechtsakte mit Gesetzescharakter zu ergänzen oder abzuändern. Dies wurde als Maßnahme mit „abgeleiteter Rechtsgrundlage“ bezeichnet.¹⁰ In einigen Grundsatzurteilen hatte der Gerichtshof leider erst kurz vor Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon klargestellt, dass diese Praxis der Rechtsgrundlage entbehrte und gegen das Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung verstieß. Wo der Vertrag Organen der Union Kompetenzen zuweist, müssen diese im vorgesehenen Verfahren genutzt werden. „Institutionelle Praxis“ – eine aus dem Völkerrecht entlehnte Figur zur Begründung inzidenter und von allen Beteiligten gebilligter Vertragsänderungen käme als Begründung für die Möglichkeit abgeleiteter Rechtsgrundlagen in der EU nicht in Betracht.¹¹

Eine Art Zwischenkategorie zwischen Gesetzgebungsakten und Durchführungsrechtsakten war auch im Anschluss an das gescheiterte Projekt eines europäischen Verfassungsvertrages in den Komitologiebeschluss aufgenommen worden. Durch die 2006 erfolgte Ergänzung des Komitologiebeschlusses von 1999 wurde in Artikel 5a des Beschlusses das „Regelungsverfahren mit Kontrolle“ eingeführt. Dieses Verfahren war nach Artikel 2(2) des Komitologiebeschlusses anwendbar, wenn ein Gesetzesakt (nach dem Mitentscheidungsverfahren nach Artikel 251 EGV) vorsah, „dass Maßnahmen von allgemeiner Tragweite angenommen werden, die eine Änderung von nicht wesentlichen Bestimmungen dieses Rechtsakts bewirken“.¹² Das Kontrollverfahren war als Komitologieverfahren unter Mitwirkung des Parlaments und des Rates ausgestaltet. Das Parlament war jedoch in seinen Kontrollrechten von Kommissionsvorschlägen formal darauf beschränkt zu überprüfen, ob die Kommission die Grenzen der Übertragung von Befugnissen, die Inhalte und Ziele des Basisrechtsakts, sowie die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität beachtet hatte. Das neue Verfahren der Kontrolle delegierter Befugnisse nach Artikel 290 AEUV enthält dagegen keine solchen inhaltlichen Beschränkungen der Kontrollmöglichkeiten des Parlaments oder des Rates.

Die Delegationsbefugnisse des Gesetzgebers nach Artikel 290 AEUV sind eingeschränkt. Es besteht das Verbot der Delegation „wesentlicher“ Elemente der Gesetzgebung. Wesentlich sind nach der Definition des Artikels 290(1) AEUV, der Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung. Dies ist als Klarstellung aber nicht notwendigerweise Änderung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Wesentlichkeit eines Elements materieller Gesetzgebung zu verstehen.¹³ Diese Rechtsprechung hatte, anders etwa als die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG, nicht auf eine etwaige Grundrechtsrelevanz eines Delegationsaktes, sondern auf die jeweilige Definition der Verteilung

¹⁰ Soweit ersichtlich, geht dieser Begriff auf die Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl in Rs C-93/00 *Parlament v Rat*, Slg 2001, I-10119, Rn 41 zurück.

¹¹ Einer der Gründe für eine so lange Entwicklung einer offensichtlich rechtswidrigen Praxis der Organe die mangelnde Kontrolldichte der europäischen Gerichte ist, die sich häufig genug ausschließlich an den von den Parteien vorgebrachten Gründen orientieren anstatt von Amts wegen eine unfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit eines vorliegenden Rechtsaktes vorzunehmen.

¹² 2006/512/EG: Beschluss des Rates vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. 2006 L 200/11-13

¹³ Aus diesem Grund ist die Rechtsprechung des EuGH zum Verbot der Übertragung wesentlicher Elemente trotz des Fehlens eines dem Artikel 290 Abs 1 AEUV entsprechenden Verbots auch auf Artikel 291 AEUV anwendbar.

institutioneller Kompetenzen in einzelnen Politikbereichen. Als wesentlich angesehen wurden daher nach der Rechtsprechung des EUGH, zum Beispiel “nur solche Bestimmungen, durch die die grundsätzlichen Ausrichtungen der Gemeinschaftspolitik umgesetzt werden. Dies ist bei Sanktionen nicht der Fall, die (...) eine ordnungsgemäße Verwaltung der zu ihrer Verwirklichung dienenden Gemeinschaftsmittel gewährleisten.”¹⁴ Es steht zu erwarten, dass auch nach der neuen Definition in Artikel 290(1) AEUV, die sprachlich an die des Artikel 80 des Grundgesetzes erinnert, aufgrund dieses anders gelagerten Umfeldes auch weiterhin unterschiedlich ausgelegt wird. Ein wichtiges Element ist die Beschränkung der Dauer der Befugnisübertragung. Fehlt eine Bestimmung zur Dauer, muss entweder von einer stillschweigend unbeschränkten Übertragung oder von einer fehlerhaften und daher nichtigen Übertragung ausgegangen werden. Welche der beiden Möglichkeiten anzunehmen ist, ist durch Auslegung des delegierenden Gesetzestextes auszulegen. Dabei wird jedoch im Zweifel von der Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung der Befugnisübertragung auszugehen sein. Dies ergibt sich nicht nur aus der ausdrücklichen Verpflichtung zur Festlegung der Dauer der Übertragung. Es ergibt sich auch aus der Verteilung der Kompetenzen an die Institutionen und Organe der EU. Da die Kommission über ein fast vollständiges Vorschlagsmonopol für Gesetzgebungsakte verfügt, kann – insbesondere bei Fehlen anderer Kontrollmöglichkeiten wie des Widerrufsrechts – eine zeitlich unbefristete Übertragung von Befugnissen an die Kommission dem vertraglich festgelegten institutionellen Gleichgewicht widersprechen.

Durchführungsrechtsakte und die Komitologie Verordnung

Wo es “einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union” bedarf, übertragen diese der Kommission, und nur ausnahmsweise dem Rat, die entsprechenden Befugnisse unter den Bedingungen des Artikel 291 AEUV. Verbindliche Rechtsakte, die diese Kompetenzen auf die Kommission oder den Rat übertragen können, sind daher sowohl Gesetzgebungsakte als auch delegierte Rechtsakte.¹⁵ Durchführungsrechtsakte werden als Verordnung, Richtlinie, Beschluss (Artikel 288 AEUV) oder als atypischer Rechtsakt (Artikel 273 AEUV) erlassen. Die Ausübung der Durchführungskompetenzen durch die Kommission wird von den Mitgliedstaaten nach den Regeln und Grundsätzen einer im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassenen Verordnung kontrolliert. Diese

¹⁴ Rs C-240/90 *Deutschland v Kommission*, Slg. 1992, I-5383, Rn 37. M. Ruffert, AEUV Artikel 290, Rn 2, in: M. Ruffert, C. Callies (Hsg.) *EUV/AEUV-Kommentar - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Grundrechtecharta*, 4. Aufl. München (Beck 2011).

¹⁵ Artikel 291 Abs 2 AEUV spricht generell von verbindlichen Rechtsakten der Union. Daher können Durchführungsbefugnisse in unterschiedlichen Typen von Rechtsakten zu finden sein. Auf der Primärebene kommen neben Gesetzgebungsakten auch Rechtsakte ohne Gesetzgebungscharakter (wie beispielsweise Rechtsakte, die nach Artikel 103 AEUV, erlassen werden) in Frage. Auf der Sekundärebene sind theoretisch neben delegierten Rechtsakten nach Artikel 290 AEUV auch Durchführungsrechtsakte nach Artikel 291 AEUV in Betracht zu ziehen.

Verordnung ist als Komitologieverordnung bekannt und hat seit März 2011 den vormaligen Komitologiebeschluss von 1999 und 2006 abgelöst.¹⁶

Zum besseren Verständnis der Rechtswirklichkeit der Durchsetzung von Unionsrecht durch Organe und Behörden der Union ist jedoch anzufügen, dass solche Durchsetzung nicht nur durch die Kommission und ausnahmsweise den Rat nach den in Artikel 291 AEUV vorgesehenen einseitig-hoheitlichen Rechtsformen stattfindet. Wichtige Rechtsformen sind in der Praxis auch Rechtsformen auf der Gleichordnungsebene. Verträge zur Durchführung von Unionsrecht werden zum Beispiel zwischen Hoheitsträgern auf der europäischen und mitgliedstaatlichen Ebene geschlossen.¹⁷ Ebenso häufig sind Verträge zwischen der Union bzw. ihren Behörden und privaten Personen und Rechtsträgern.¹⁸ Auf die Handlungsform der Verträge wird jedoch auch weiterhin im Unionsrecht nur indirekt in den Artikeln 272 und Artikel 340 AEUV verwiesen.¹⁹

Nach der im März 2011 in Kraft getretenen Komitologieverordnung sind die nach dem ehemaligen Komitologiebeschluss bestehenden drei Verfahrensarten auf zwei Basis-Verfahren reduziert, die nunmehr unter den Namen Beratungsverfahren (Artikel 4 der VO 182/2011) und Prüfverfahren (Artikel 5 VO 182/2011) bekannt sind. Zusätzlich bestehen aber weitere Verfahrensvarianten, die die Vereinfachung weit weniger bewirkt haben, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag.

Nach dem Beratungsverfahren, „berücksichtigt“ die Kommission soweit wie ihr das möglich und nützlich erscheint das Ergebnis der Beratungen im Ausschuss und der abgegebenen Stellungnahme. Das Prüfverfahren hingegen ist von deutlich höherer Komplexität gekennzeichnet. Für Abstimmungen im Ausschuss ist die nach Artikel 16 Abs 4 und 5 EUV, und ggf. 238(3) AEUV, eine qualifizierte Mehrheit erforderlich. Dies kann dazu führen, dass ein Regelungsvorschlag der Kommission im Ausschuss entweder befürwortet oder abgelehnt wird. Es kann jedoch auch weder zum einen noch zum anderen Ergebnis führen, wobei dann der Ausschuss keine Stellungnahme abgibt. Für jede Variante sind verschiedene Rechtsfolgen vorgesehen, die jeweils für bestimmte Politikbereiche nach den Ausnahmeregeln des Artikel 5(4) und (5) der Verordnung 182/2011 qualifiziert sein können. Wichtig ist insbesondere die Ausnahmeklausel des Artikel 5 (4) (b) der Verordnung 182/2011, der vorsieht, dass die Organe, die der Kommission Durchführungskompetenzen übertragen vorsehen können, dass im Falle einer Nicht-Entscheidung des nach dem Prüfverfahren arbeitenden Ausschusses, die Kommission

¹⁶ Verordnung 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13.

¹⁷ Für Beispiele siehe H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* Oxford (OUP, 2011), Kapitel 19, S. 660-663.

¹⁸ Hierunter fallen auch die Mandate der Kommission an die Europäischen Normungsorganisationen, wie beispielsweise das Europäische Komitee für Normung, zur Ausarbeitung Europäischer Normen. Siehe H. Schepel, *The Constitution of Private Governance – Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford (Hart, 2005), S 240.

¹⁹ T. v. Danwitz, B.II. Rechtsetzung und Rechtsangleichung, Rn 77, in: M. Dausen (Hrsg), *Handbuch des Europäischen Wirtschaftsrechts*, Loseblatt, 29. Ergänzungslieferung, München (Beck, 2011); näher dazu: H.C.H. Hofmann, Agreements in EU Law, 31 *European Law Review* [2006], 800-820.

ausnahmsweise nicht erlassen werden kann und die Kommission folglich den Berufungsausschuss anrufen muss. Damit enthält das Prüfverfahren eine (verstecke) Variante, die stark an das vormalige Regelungsausschussverfahren erinnert.²⁰

In Konfliktfällen wird nunmehr statt des Rates ein eigenständiger Berufungsausschuss nach Artikel 6 der Komitologieverordnung angerufen. Die Entscheidung der Kommission hängt im Wesentlichen von der Stellungnahme des Berufungsverfahrens ab.²¹ Damit ist nicht mehr der Rat für Berufungsverfahren zuständig. Obwohl der Berufungsausschuss in der Praxis ähnlich wie eine Ratsarbeitsgruppe zusammengesetzt ist, hat die Kommission aber in diesem letzten Verfahrensschritt Einfluss gewonnen indem sie den Vorsitz des Berufungsausschusses führt.²² In den in Artikel 7 der Komitologieverordnung genannten Ausnahmefällen kann die Kommission ohne vorherige Befassung des Berufungsausschusses einen Durchführungsrechtsakt erlassen, die Befassung wird dann nachgeholt.

Nach dem Verfahren des Sofortvollzugs von Durchführungsrechtsakten nach Artikel 8 der Komitologieverordnung hingegen, kann ein Rechtsakt, der Durchführungskompetenzen auf die Kommission überträgt, die Anwendung des Sofortvollzugs anordnen. Die Möglichkeit dieser Verfahrensvariante, eröffnet den Organen der Union, die die Durchführungskompetenzen auf die Kommission übertragen, einen Beurteilungsspielraum, der nach den Grundsätzen des beschränkten Ermessens ausgeübt werden muss.

Nach Artikel 10 der Verordnung 182/2011 bestehen seitens der Kommission allgemeine jedoch für Außenseiter schwer überprüfbare Informationspflichten. Nach Artikel 11 der Verordnung 182/2011 bestehen eingeschränkte Kontrollrechte des Europäischen Parlaments und des Rates dort, wo der Basisrechtsakt, der die Anwendung des Komitologieverfahrens vorsieht, nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen worden ist. Danach „können das Europäische Parlament oder der Rat die Kommission jederzeit darauf hinweisen, dass der Entwurf eines Durchführungsrechtsakts ihres Erachtens die im Basisrechtsakt vorgesehenen Durchführungsbefugnisse überschreitet. In diesem Fall überprüft die Kommission den Entwurf des Durchführungsrechtsakts unter Berücksichtigung der vorgetragenen Standpunkte und unterrichtet das Europäische Parlament und den Rat darüber, ob sie beabsichtigt, den Entwurf des Durchführungsrechtsakts beizubehalten, abzuändern oder zurückzuziehen.“ Schließlich ist anzumerken, dass nunmehr die Kommission in bestimmten Fällen, selbst

²⁰ Dies ergibt sich auch aus dem Umstellungsverfahren nach Artikel 13(1)(c) der Verordnung 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13, das vorsieht: „c) wird im Basisrechtsakt auf Artikel 5 des Beschlusses 1999/468/EG Bezug genommen, so findet das in Artikel 5 der vorliegenden Verordnung genannte Prüfverfahren Anwendung und es wird davon ausgegangen, dass der Basisrechtsakt vorsieht, dass die Kommission, wie in Artikel 5 Absatz 4 Unterabsatz 2 Buchstabe b vorgesehen, den im Entwurf vorgesehenen Durchführungsrechtsakt ohne Stellungnahme nicht erlassen darf“.

²¹ Artikel 6 Abs 3 der Verordnung 182/2011. Gibt der Berufungsausschuss keine Stellungnahme ab, kann die Kommission den vorgelegten Durchführungsrechtsakt erlassen. Sonderregelungen finden sich in Artikel 6 Abs 4 und 5 der Verordnung 182/2011.

²² P. Craig, Delegated acts, implementing acts and the new Comitology Regulation, 2011 *ELRev* 671-687, 686.

dort wo das Berufungsverfahren zu einem ablehnenden Ergebnis eines Kommissionsvorschlags gekommen ist, die vorgesehene Maßnahme ergreifen kann (Artikel 7 der VO 182/2011).

Die Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission bei Ausübung der ihr übertragenen Durchführungskompetenzen sind daher ähnlich ausgestaltet, wie nach dem vormaligen Komitologiebeschluss. Besondere Beachtung ist auch dem Entstehen des Berufungsausschusses zu schenken. Für diesen hatte die Kommission durchgesetzt, dass ein Kommissionsmitarbeiter den Vorsitz führt. Auf dem ersten Treffen des Berufungsausschusses war die Mehrzahl der Mitgliedstaaten auf hoher Ebene des stellvertretenden Ständigen Vertreters anwesend – die Tendenz besteht diese Vertretung auf Attaché-Ebene der Mitarbeiter bei der ständigen Vertretung zu reduzieren.²³

Zu beachten ist auch, dass nach der Komitologieverordnung grundsätzlich keine Wahlmöglichkeit mehr besteht, ob ein Ausschussverfahren zur Anwendung kommt. Artikel 2 der Verordnung enthält rechtsverbindliche Kriterien zur Auswahl welches der beiden Haupttypen und welche der Unterarten der Komitologieverordnung im konkreten Einzelfall Anwendung finden. Grundsätzlich ist dabei das Beratungsverfahren anwendbar, außer in den Fällen, in denen Artikel 2 (2) der VO 182/2011 das Prüfverfahren für anwendbar erklärt. Nach Artikel 2(3) VO 182/2011 kann jedoch auch ein Rechtsakt, der Befugnisse auf die Kommission überträgt, mit hinreichender Begründung von dieser Liste der Zuordnung abweichen und statt des Prüfverfahrens, das Beratungsverfahren vorsehen. Die Zuordnung der Verfahren ist nun rechtsverbindlich bestimmt. Die Auswahl der Verfahren muss nach objektiven Kriterien erfolgen und ist damit gerichtlich voll überprüfbar.²⁴

Ferner ist die Komitologieverordnung nun grundsätzlich auf alle von der EU bearbeiteten Politikbereiche anwendbar. Eine wichtige Ausnahme hierzu sind jedoch weiterhin die Bereiche der Wettbewerbspolitik der EU und gewisse Einschränkungen hinsichtlich der gemeinsamen Außenwirtschaftspolitik.²⁵

Zur Unterscheidung von Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten

Die Einführung der Normenhierarchie mit zwei Typen untergesetzlicher Handlungsformen hat eine gewisse Komplexität erzeugt. Im Ergebnis besteht nicht nur durch eine recht unübersichtliche Struktur

²³ T. Christiansen, M. Dobels, Implementing and Delegated Acts after Lisbon – Towards the Parliamentarisation of Policy Implementation? Contribution to the ReNEUAL workshop on rule-making, November 4th Luxembourg, S. 7. Manuskrift im Besitz des Autors.

²⁴ Siehe Artikel 2 der Verordnung 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13.

²⁵ Rn 22 der Präambel der Verordnung 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13.

der Rechtsakte mit Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen, die als legislative, delegierte und Durchsetzungsrechtsakte erlassen werden können. Diese Struktur führt auch zu einer Multiplizierung der Kontrollverfahren. Die Ausübung der Kompetenz zum Erlass delegierter Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV wird nach anderen Verfahren kontrolliert, als diejenige von Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291 AEUV. Zu letzterem ist eine Komitologieverordnung erlassen worden, die zwar nur marginal den vormalig gültigen Komitologiebeschluss vereinfacht, dafür aber neben die Liste an Formen Kontrollmöglichkeiten für delegierte Rechtsakte tritt. In diesem Unterkapitel geht es jedoch nicht um die Komplexitäten der Neuregelungen an sich, sondern um Unterscheidungsmerkmale der beiden Formen zur Übertragung der Befugnisse zum Erlass untergesetzlicher rechtsverbindlicher Akte.²⁶ Delegierte Rechtsakte unterscheiden sich von Durchführungsrechtsakten sowohl in Bezug auf ihren möglichen Inhalt als auch in Bezug auf die anwendbaren Kontrollverfahren. Die Unterscheidung beider Handlungsformen ist nicht ohne Schwierigkeiten, die zum Teil methodologischer Natur, zum Teil praktischer Natur sind.

Materielle Unterscheidungskriterien

Nach dem Wortlaut von Artikel 290 AEUV sind delegierte Rechtsakte nur abstrakt genereller Natur von allgemeiner Geltung. Durchführungsrechtsakte der Kommission und ausnahmsweise des Rates nach Artikel 291 AEUV hingegen können sowohl abstrakt genereller Natur als auch konkret individueller Natur sein.²⁷ Nach dem Wortlaut des Artikels 291 (2) AEUV kann der Kommission ausdrücklich nicht nur in Gesetzgebungsakten die Ermächtigung erteilt werden, Durchführungsrechtsakte zu erlassen, sondern in jedem verbindlichen Rechtsakt der Union – also auch in delegierten Rechtsakten. Sub-Delegation ist also ausdrücklich vorgesehen. So kann zum Beispiel die Kommission im Rahmen von Kompetenzen, die sie vom Gesetzgeber zur Ausübung im Rahmen delegierter Rechtsakte übertragen bekommen hat, festlegen, dass gewisse Umsetzungsmaßnahmen Unionsweit mit Hilfe von Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291(2) AEUV erfolgen sollten. Sieht man die Artikel 291 (2) AEUV als Verpflichtung an, diejenigen Durchführungskompetenzen, die Unionsweit gleich geregelt werden müssen an die Kommission zu delegieren, so mag man eine solche Sub-Delegation sogar als zwingend betrachten.

Der Anwendungsbereich der beiden Formen der exekutiven Rechtsetzung ist so abgegrenzt, dass Änderungen von Gesetzgebungsakten prinzipiell delegierten Rechtsakten vorbehalten sind. Gleches gilt für weitreichende Ergänzungen, die einer Änderung ähnlich sind. Andere Formen der abstrakt genereller

²⁶ Siehe dazu auch detailliert: T. Kröll, Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union, 66 ZÖR (2011), 253-298.

²⁷ Anderer Ansicht: U. Stelkens, Artikel 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsaufonomie der Mitgliedstaaten, FÖV *Discussion Paper* 68, Deutsches Forschungsinstitut für die Öffentliche Verwaltung (Speyer, 2011), 31.

ergänzenden Konkretisierung von Unionsgesetzen mit allgemeiner Geltung können sowohl in Delegierten Rechtsakten als auch Durchführungsrechtsakten erlassen werden. Ausschließlich anwendbar sind Durchführungsrechtsakte wenn es um die Umsetzung von nicht-gesetzlichen Basisrechtsakten geht. Einzelfallentscheidungen sind grundsätzlich Durchführungsrechtsakten vorbehalten. Wenn jedoch eine Regelung mit allgemeiner Geltung inzident auch Individualwirkung entfalten kann, so kann diese auch als delegierter Rechtsakt erlassen werden.²⁸

Insofern gibt es eine gewisse Grauzone, in dem die inhaltliche Abgrenzung der beiden Formen untergesetzlicher Rechtsakte vom Vertrag nicht trennscharf vorgenommen worden ist.²⁹ Dieser Bereich, in dem sowohl die Handlungsform des delegierten Rechtsakts als auch des Durchführungsrechtsakts in Frage kommt, besteht bei allen abstrakt generellen Akten, die eine Ergänzung eines Unionsgesetzes vorsehen. In diesem Bereich erfolgt eine eventuelle gerichtliche Überprüfung der Auswahl der anwendbaren Rechtsgrundlage nach „objektiven Kriterien“ – das heißt, das Gericht behält sich eine volle Überprüfung der Auswahlentscheidung vor.³⁰ Obwohl damit grundsätzlich dem Gesetzgeber kein Beurteilungsspielraum zusteht,³¹ der nur nach den allgemeinen Regeln der Überprüfung gesetzgeberischen Ermessens überprüfbar ist, wird der Gerichtshof jedoch der gesetzgeberischen Entscheidung folgen, wenn sie im Rahmen der verfassungsrechtlichen Möglichkeiten vertretbar ist.³²

Diese Auswahlkriterien für den Gesetzgeber sind in den vertraglichen Normen festgelegt.³³ So gilt zum einen, dass als delegierte Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV nur Rechtsakte mit allgemeiner Geltung erlassen werden dürfen. Durchführungsrechtsakte hingegen können sowohl Rechtsakte allgemeiner als auch individueller Natur sein.³⁴ Dort wo Einzelfallentscheidungen im Vordergrund stehen, werden daher

²⁸ Siehe Verordnung (EG) Nr. 881/2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 467/2001 (ABl. L 139/9), die in Anhang 1 die vom Einfrieren der Gelder Betroffenen namentlich benennt. Im Fall T-306/01 *Ahmed Ali Yusuf und Al Barakaat International Foundation v Rat*, Slg 2005, II-3533 hat das Gericht in Rn 186 ausgeführt, dass die namentliche Benennung der Betroffenen in Anhang 1 der Verordnung den allgemeinen Charakter der Verordnung nicht beeinflusst.

²⁹ Siehe auch die Stellungnahme des juristischen Dienstes des Rates vom 11 April 2011 (Dokument Nr 8970(11) JUR 172 INST 203) über die Anwendung der Artikel 290 (delegierte Rechtsakte) und 291 (Durchführungsrechtsakte) AEUV, Rn 10 und 17. Anders z.B. B. Driessen, Delegated Legislation after the Treaty of Lisbon: an Analysis of Article 290 TFEU, 2010 *ELRev*, 837-848, S. 844-848. Dieser geht von einer trennschaften Unterscheidung zwischen dem Anwendungsbereich der Artikel 290 und 291 AEUV aus.

³⁰ Siehe Rs C-300/89 *Kommision v Rat* (Titanium Dioxid), Slg 1991, I-2867, Rn 10.

³¹ So hat der Gerichtshof in der Rechtsache C-133/06 *Parlament v Rat*, Slg 2008, I-0000, Rn 43-63 und C-93/00 *Parlament v Rat*, Slg 2001, I-10119, Rn 54 klargestellt, dass „die Grundsätze über die Willensbildung der Gemeinschaftsorgane im Vertrag festgelegt sind und nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten oder der Organe selbst stehen“.

³² Mit weiteren Erklärungen auch u. A.: C. Möllers, J. v. Achenbach, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, (2011) *EuR*, 39-61, S. 43.

³³ Siehe mit weiteren Erläuterungen: A. Edenharder, Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission? (2011) *DÖV* 645-650, S 949.

³⁴ U. Stelkens, Artikel 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, *FÖV Discussion Paper* 68, Deutsches Forschungsinstitut für die Öffentliche Verwaltung (Speyer, 2011) mit weiteren Verweisen.

Durchführungsrechtsakte den Vorzug genießen. Jedoch ist auch bei dieser scheinbar eindeutigen Regel zu beachten, dass ein Rechtsakt sowohl allgemeine als auch individuelle Geltung haben kann.³⁵

Auch ist zu beachten, dass der Unionsgesetzgeber nur im Rahmen seiner eigenen Befugnisse delegieren kann. Es können also nach dem Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung des Artikel 5(1) und 13(2) EUV und nach dem Grundsatz des *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*, nur solche Kompetenzen delegiert werden, die dem Gesetzgeber nach den Vertragsnormen zu spezifischen Politikbereichen zustehen. Dies beschränkt die Delegationsmöglichkeit nicht nur nach vertikaler Verteilung von Kompetenzbereichen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten nach Artikeln 2-6 AEUV, sondern auch nach horizontal gesehen inter-institutionellen Verteilung von Zuständigkeiten nach Artikel 13(2) EUV. In diesem Rahmen ist jedoch zu beachten, dass dem Unionsgesetzgeber keine Beschränkungen hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Gesetze auferlegt sind. Unionsgesetze sind im Gegenteil nach Artikel 289 AEUV grundsätzlich prozedural als Ergebnisse des Gesetzgebungsprozesses definiert. Mangels entsprechender Normen der Verträge oder einschlägiger vom Gerichtshof anerkannter allgemeiner Rechtsprinzipien, unterliegt der Unionsgesetzgeber daher nicht einem irgendwie gearteten Verbot von Einzelfallgesetzen.³⁶ Eine materielle Beschränkung von Gesetzgebungsbefugnissen findet sich jedoch im Artikel 290 AEUV, der ein Verbot der Delegation von Einzelfallentscheidungen an die Kommission im Rahmen von delegierten Rechtsakten vorsieht. Ein Umkehrschluss, das damit der Gesetzgeber generell keine Einzelfallentscheidungen im Gesetzgebungsverfahren treffen darf kann jedoch aufgrund des *lex specialis* Charakters der Ausnahmeregel zu delegierten Rechtsakten nicht entnommen werden.

Zusätzlich gilt nach Artikel 290 AEUV, dass eine Änderung nicht wesentlicher Elemente des Gesetzgebungsaktes nur im Rahmen delegierter Rechtsakte möglich ist. So klar diese Bestimmung ist, so wenig aussagekräftig ist die Beschränkung auf die Ergänzung von gesetzlichen Bestimmungen. Erkennt man – frei nach Clausewitz – die Umsetzung von Gesetzen als deren Fortsetzung mit anderen Mitteln an, so ist jede Präzisierung durch nachrangige Rechtsakte eine Ergänzung.³⁷ Sprachlich ist die Unterscheidung wenig aussagekräftig. Craig weist zudem darauf hin, dass die Frage, ob eine Ergänzung als delegierter Rechtsakt oder als Durchführungsrechtsakt anzusehen ist, im Moment der Übertragung der Befugnisse an die Kommission – also *ex ante* – zu entscheiden ist.³⁸ Die Kommission wird daher jedes Interesse haben, im Falle von Übertragung von Durchführungsbefugnissen notwendige Ergänzungen nachträglich als nicht

³⁵ Siehe Rs C-50/00P C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores v Rat* Slg 2002 I-6677, Rn 36; Rs T-306/01 *Yusuf und Al Barakaat International Foundation*, Slg 2005, II-2533, Rn 324. Diese Hybridtheorie ist jedoch nicht unumstritten, vgl. A. Türk, *Judicial Review in EU Law* Cheltenham (Elgar, 2009), S 99.

³⁶ Anderer Ansicht scheinbar: B. Driessen, Delegated Legislation after the Treaty of Lisbon: an Analysis of Article 290 TFEU, 2010 *ELRev*, 837-848, S 845.

³⁷ So auch (jedoch ohne Verweis auf Clausewitz): P. Craig, Delegated acts, implementing acts and the new Comitology Regulation, 2011 *ELRev* 671-687, S 673. Wie problematisch dies in einzelnen Rechtsgebieten sein kann z.B. im Bereich des Wettbewerbsrechts dargestellt werden. Siehe: W. Weiss, Soft Legislation under the Treaty of Lisbon, 2 *Journal of European Competition Law & Practice* (2011), 441-451, S. 449 f.

³⁸ P. Craig, Delegated acts, implementing acts and the new Comitology Regulation, (2011) *ELRev* 671-687, S. 673.

materiell-gesetzgeberische darzustellen und im Falle der Übertragung delegierter Befugnisse nach Artikel 290 AEUV ihre geplanten Maßnahmen dadurch als rechtmäßig erscheinen zu lassen, dass sie als gewichtige Ergänzung dargestellt werden. Kurzum, die Unterscheidung nach Ergänzung ist ein Kriterium, das nicht zur Abgrenzung dient, sondern stattdessen dem Gesetzgeber einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Formenwahl lässt. Die parallele Existenz von delegierten Rechtsakten und Durchführungsakten legt daher nahe, dass Ergänzungen von Basisrechtsakten sowohl nach Artikel 290 als auch nach Artikel 291 AEUV möglich sein muss. Jedoch gilt, dass zur Ergänzung von Rechtsakten mit Gesetzescharakter sowohl delegierte Rechtsakte als auch Durchführungsakte einsetzbar sind. Durchführungsrechtsakte nach Artikel 291 AEUV hingegen können die Ergänzung sowohl von Gesetzgebung als auch nicht-gesetzlichen Akten vornehmen.

Obwohl es hinsichtlich des Inhaltes klare Abgrenzungskriterien gibt, bleibt eine nicht unerhebliche Grauzone zwischen den Anwendungsbereichen von delegierten und Durchführungsrechtsakten. Die Wahl der anwendbaren Form muss jedoch klar entweder auf einen delegierten Rechtsakt oder auf die Form eines Durchführungsaktes fallen. Andere Formen der Kompetenzübertragung auf die Kommission sind nicht vorgesehen. Auch kann es keine Hybridformen geben, die aus Elementen von Artikel 290 und 291 AEUV zusammengesetzt sind. Insofern sind beide Formen klar voneinander abgegrenzt.³⁹

Diese inhaltlichen Unterscheidungsmerkmale haben unserer Ansicht nach nicht hinreichend Gewicht zwei unterschiedliche Kategorien von untergesetzlichen Rechtsakten zu rechtfertigen. Der Grund ihres Bestehens ist vielmehr in dem Jahrzehntelangen interinstitutionellen Konflikt über die Kontrollmöglichkeiten von exekutiven Rechtsakten zu suchen. Der Rat und das Europäische Parlament lagen seit Einführung der Komitologie in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts über die korrekte Kontrollmöglichkeit der exekutiven Rechtssetzung im Konflikt. Der Kompromiss, der im Vertrag von Lissabon zu den jetzigen Artikeln 290 und 291 AEUV führte, basiert auf einer Grundsatzentscheidung aus den Verhandlungen zu dem nicht realisierten Plans eines europäischen Verfassungsvertrags. Der hart errungene Kompromiss spricht auch aus der sprachlichen Gestaltung der Artikel 290 und 291 AEUV hervor. Beide Artikel im Kontext gelesen, ergeben ein sehr uneinheitliches Bild. Sie sind in einem völlig verschiedenen Sprachduktus formuliert, beziehen sich nicht aufeinander und sind nicht aus sich selbst heraus verständlich sondern müssen bedürfen hierzu einer kontextuellen und teleologischen Interpretation. Warum, wird sich ein verständiger Leser fragen, sind zum Beispiel Beschränkungen des Delegationsumfangs auf nicht-wesentliche Elemente des Basisrechtsaktes nur für

³⁹ Insbesondere die Abgrenzung von „Ergänzung“ von Gesetzgebungsakten nach Artikel 290 AEUV und deren „Durchführung“ nach Artikel 291 AEUV wird vom Gerichtshof wohl in komplexer Kasuistik des Gerichtshof herausgearbeitet werden müssen. Es bietet sich hier jedoch die vom Gerichtshof in der Rechtsache C-122/04 *Kommission v Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-2001, in Rn 44 vorgenommene Unterscheidung zur Anwendung den im Komitologiebeschluss von 1999 (VO 1999/468, 1999 Abl. L 184/23) vorgesehenen Verwaltungsverfahren und dem Regelungsverfahren.. Der Gerichtshof entschied, dass das Verwaltungsverfahren dann Anwendung fände, wenn „der Gesetzgeber mit großer Genauigkeit die Grundsätze festgelegt hat, nach denen die Kommission die beihilfefähigen Projekte genehmigen konnte“ während dem Regelungsverfahren dann zu folgen sei, wenn der Gesetzgeber „lediglich einen weiten und allgemein gehaltenen Aktionsrahmen geschaffen“ hat..

Delegierte Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV vorgesehen? Eine teleologische und kontextuelle Auslegung des Vertragstextes ergibt, dass das Verbot der Delegation wesentlicher Elemente des Basisrechtsakts auch für die Delegation von Durchführungsbefugnissen nach Artikel 291 AEUV gilt. Ebenso betreffen die Grundsätze der Übertragung von Kompetenzen wie die Festlegung der Ziele, des Inhalts, des Geltungsbereichs und auch der Dauer von Befugnisübertragungen, unabhängig von der gewählten Form der Delegation, sowohl die Übertragung von Kompetenzen nach Artikel 290, wo sie ausdrücklich niedergelegt sind, als auch solcher nach Artikel 291 AEUV betrifft. Das macht zum Beispiel klar, dass obwohl Artikel 291 AEUV nur von spezifischen Kontrollmöglichkeiten der Übertragung von Durchführungskompetenzen ausgeht, gleichwohl eine Kontrollmöglichkeit der Kommission in Form von zeitlichen Beschränkungen der Befugnisübertragung möglich ist. Gleichzeitig wird sich auch eine Delegation von Befugnissen an die Kommission nach Artikel 290 AEUV nur dann begründen lassen, wenn die Notwendigkeit „einheitlicher Bedingungen“ für die weitere Konkretisierung oder Ergänzung eines Basisrechtsaktes auf Unionsebene besteht, wie es ausdrücklich nur für Artikel 291 AEUV festgehalten ist. Alles andere wäre nach Artikel 5 EUV nicht nur unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sondern auch nach dem Grundsatz der Subsidiarität problematisch.

Prozedurale Unterscheidungsmerkmale

Den Hintergrund zu dieser Unterscheidung verschiedener Formen der Übertragung von Kompetenzen zum Erlass exekutiver Umsetzungsakte auf europäischer Ebene bildet nicht zuletzt die im Laufe der Vertragsänderungen der vergangenen Jahrzehnte hinweg stattgefundene ‚Emanzipierung‘ des europäischen Parlaments. Das Parlament forderte Teilhabe an den Kontrollmöglichkeiten über exekutive Rechtsetzung durch die Kommission. Diese konnte es, Stück für Stück, nur hinsichtlich der Kontrolle über die Übertragung von materiellen Gesetzgebungsbefugnissen erwerben. Dieser Erwerb fand insbesondere im Rahmen der im Jahr 2006 erfolgten Reform des Komitologie Beschlusses von 1999 statt. Durch die Einführung des Regelungsausschussverfahrens mit Kontrolle wurden dem EP weiter reichende Informations- und Kontrollrechte eingeräumt, als das EP zuvor im Rahmen der Komitologieverfahren besaß.⁴⁰ Echten Einfluss im Sinne des jetzigen Artikel 290 AEUV, in dem vollständige inhaltliche Kontrollrechte eingeräumt werden können, waren darin jedoch nicht enthalten.

⁴⁰ Diese Neuordnung des Komitologiebeschlusses und die Einführung des Regelungsausschussverfahrens mit Kontrolle nach Artikel 5a des Komitologiebeschlusses (2006/512/EG: Beschluss des Rates vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse ABl. L 200/11) kann als eine Art Substitut für die Regelung des damals gescheiterten Verfassungsvertrages angesehen werden. Der Verfassungsvertrag hatte in seinen Artikeln I-36 und I-37 die Zweiteilung zwischen delegierten und Durchführungsrechtsakten vorgesehen, die dem Wortlaut des Artikels 290 und 291 AEUV weitgehend gleichen.

Aus Sicht des anwendbaren Verfahrens unterscheiden sich beide Rechtsformen daher prinzipiell durch die Verfahren der Prüfung und möglicherweise der Ablehnung eines Regelungsvorschlags der Kommission.⁴¹ Der Wortlaut des Artikel 290 AEUV sieht grundsätzlich drei Formen der Kontrolle der Kommission vor: Erstens kann die Delegation zeitlich begrenzt werden - delegierende Gesetzgebungsakte müssen, wie schon erwähnt, neben dem Ziel, dem Inhalt und dem Geltungsbereich der Delegation auch dessen Dauer festlegen (Artikel 290 (1) zweiter Absatz AEUV). Eine solche zeitliche Begrenzung ist nicht zuletzt deswegen ein wichtiges Kontrollinstrument, weil die Kommission im Rechtssystem der EU über ein fast exklusives Vorschlagsrecht für Rechtsakte der Institutionen verfügt. Nur mit einer automatischen zeitlichen Begrenzung der Übertragung, kann eine in gewissen zeitlichen Abständen stattfindende Neubewertung der Übertragung sichergestellt werden. Das gilt, wegen der Natur der Kompetenzübertragungen sowohl für delegierte Rechtsakte nach Artikel 290 als auch für Durchsetzungsrechtsakte nach Artikel 291 AEUV. Eine zeitliche Begrenzung kann als absolutes Ende der Übertragung ausgestaltet sein. Es kann aber auch als Verlängerung der Übertragung ausgestaltet sein, die eintritt, wenn keines der an der Gesetzgebung beteiligten Institutionen aufgrund eigener Initiative das Ende der Übertragung durch einseitige Erklärung auslöst. Verständlicherweise wirbt in dieser Situation die Kommission um zeitlich unbeschränkte Übertragungen oder – für die Kommission als zweitbeste Lösung – um automatische Übertragungsverlängerungen in Abwesenheit von institutionellen Erklärungen zum Gegenteil.⁴²

Zweitens, kann ein Widerrufsrecht der Delegation vorgesehen werden, das unabhängig voneinander sowohl vom Rat als auch vom Europäischen Parlament ausgeübt werden kann (Artikel 290 (2) a AEUV). Schließlich kann, drittens, auch ein Verfahren vorgesehen werden, dass dem Rat und dem Parlament das Recht einräumt, gegen einen konkreten Regelungsvorschlag einen Widerspruch einzulegen (Artikel 290 (2) b AEUV).⁴³ Die genaue Ausgestaltung insbesondere der letztgenannten beiden Kontrollmodalitäten ist jedoch den einzelnen Rechtsakten vorbehalten. Unter welchen Umständen, zum Beispiel die Kommission einen verbesserten Vorschlag nach Ablehnung durch Rat oder Parlament Wiedervorlegen kann und andere Fragen werden bisher in einzelnen Rechtsakten geregelt.

Die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission nach Artikel 291 AEUV werden hingegen nach den allgemeinen „Regeln und Grundsätzen“ kontrolliert, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren per Verordnung vorab festgelegt sind. Diese Festlegung hat durch Inkrafttreten

⁴¹ A. Edenharter, Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission? 2011 *DÖV* 645-650.

⁴² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Umsetzung von Artikel 290 AEUV vom 09.12.2009, COM(2009) 673 endg., S 5.

⁴³ Die Aufzählung der Kontrollmöglichkeiten des Artikels wird als abschließend auszulegen sein. Siehe auch M. Kotzur, Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen Art. 290 AEUV, Rn 7, in: R. Geiger, D.-E. Khan, M. Kotzur, *EUV/AEUV Kommentar*, München (Beck, 2010) mit weiteren Verweisen.

der Komitologieverordnung vom März 2011 verbindlich stattgefunden.⁴⁴ Die Komitologieverordnung ersetzt somit die vorher erlassenen Komitologie Beschlüsse, die auf der Basis des 3. Spiegelstrichs des alten Artikel 202 EGV in den Jahren 1987, 1999 und 2006 erlassen und ergänzt worden waren. Die Komitologiebeschlüsse und die Komitologieverordnung wurden – gemeinsam mit der Finanzverordnung der EU - oft als die Basis eines EU Verwaltungsverfahrensrechts angesehen.⁴⁵ Die auf der Grundlage des Artikels 291 Abs 3 AEUV erlassene Komitologieverordnung 182/2011 regelt die Verfahren der Unterstützung und Kontrolle der Kommission bei Erlass von Durchführungsrechtsakten der Kommission. Die Komitologieverordnung, wie zuvor schon der Komitologiebeschluss von 1999/2006, ist ein ‚Meta-Gesetz‘ in dem Sinne als es zwar nur ein einfaches Gesetz ist, jedoch Artikel 291 Abs 3 AEUV vorschreibt, das dieses Gesetz als Maßstab für die Rechtmäßigkeit für andere Gesetzgebung dient.⁴⁶

Insgesamt zeichnet sich also ein differenziertes Bild ab. Das Parlament hat im Rahmen der Einführung der Kategorie der delegierten Rechtsakte gegenüber der vormaligen Situation unter dem 2006 eingeführten Regelungsverfahrens mit Kontrolle gewonnen. Sein Einfluss ist auch in Hinsicht auf ein volles gesetzliches Mitentscheidungsrecht an der Komitologieverordnung gestärkt worden. Im Hinblick auf die Fassung der Komitologieverordnung, jedoch, hat das Parlament nicht viel an Einfluss gegenüber der Exekutive gewonnen. Die Kommission ist zu Information verpflichtet und nicht viel mehr. Kontrollfunktionen bestehen nur im Rahmen einer marginalen *ultra vires* Prüfung.⁴⁷ Der Rat hingegen ist in eine stärker durch seine Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren gezeichnete Rolle geschlüpft. Die Kontrolle der Durchführungsbefugnisse der Kommission ist einem speziellen Überwachungsgremium überantwortet. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt logisch, dass der Rat als Unionsorgan tätig wird. Die mitgliedstaatlichen Kontrollaufgaben werden von einer speziellen Struktur in Form der beratenden Ausschüsse, der Prüfausschüsse und des Berufungsausschusses wahrgenommen. Deren Zusammensetzung wird einer Ratsarbeitsgruppe nicht unähnlich sehen. Für die Kommission entscheidend dürfte jedoch in der Praxis sein, dass sie nicht wie früher, wenn der Rat das Verfahren übernommen hatte nur lediglich anwesend sein konnte, sondern nun im Berufungsverfahren den Vorsitz des Ausschusses führen kann.

In ihrer Kommunikation zur Anwendung des Artikels 290 AEUV, hatte die Kommission im Jahre 2009 die loyale Zusammenarbeit der Institutionen eingefordert. Das hinderte sie jedoch nicht daran mit wenig

⁴⁴ Verordnung 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13.

⁴⁵ Siehe H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford (OUP, 2011), S. 917.

⁴⁶ Rechtsache C-378/00 *Kommission v Parlament und Rat*, Slg 2003, I-937, Rdn 40 und 42.

⁴⁷ Diese Kontrollmöglichkeiten verstößen nicht gegen das Prinzip des ‚institutionellen Gleichgewichts‘, das sich aus der Zuteilung von Kompetenzen an Institutionen nach Artikel 13(2) EUV ergibt. Das Parlament kann solche sich solche Informationsrechte und Prüfkompetenzen vorbehalten, um die Kontrolle vertraglich vorgesehener Kompetenzverteilung zu gewährleisten. Anderer Ansicht scheinbar C. Möllers, J. v. Achenbach, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, *EuR* (2011), 39-61, S. 43.

konsensorientierten Vorschlägen in die Verhandlungen mit dem Rat und dem Parlament in die Verhandlungen über eine Komitologieverordnung einzutreten. In diesem Zusammenhang berichten Christiansen und Dobels, dass es bereits im Jahr 2010 in mehreren Fällen zu inter-institutionellen Konflikten kam.⁴⁸ Diese entstanden nicht so sehr über die Auswahl der Form der Befugnisübertragung, also ob die Kommission nach Artikel 290 oder nach 291 AEUV beauftragt werden sollte. Stattdessen, ging es insbesondere dem Rat darum, Verfahrensvorschriften für die Phase der Vorbereitung eines Regelungsvorschlags der Kommission nach Artikel 290 AEUV vorzusehen. Ursprünglich bestanden verschiedene Ratsmitglieder darauf, dass ähnlich der Komitologieregeln, auch bei delegierten Rechtsakten zuvor Experten der Mitgliedstaaten zu Rate zu ziehen seien. Diese sollten in Verhandlungen mit der Kommission zur Begutachtung einer bestimmten Regelungsmaterie eingesetzt werden. Als Kompromiss wurde am Ende meist in die betreffenden Rechtsakte ein allgemeiner Verweis auf die Notwendigkeit der Einbeziehung von Expertise eingefügt. Dies macht nun für den Rat in gewissem Sinne das Verfahren delegierter Rechtsakte weniger attraktiv als das Verfahren der Komitologie im Rahmen der Übertragung von Durchführungsrechtsakten. Obwohl dort dem Rat weitgehend das Vetorecht fehlt, das nach Artikel 290 AEUV vorgesehen werden kann, so ist doch durch die Komitologiaausschüsse sichergestellt, dass die mitgliedstaatlichen Experten ein wichtiges Wort bei der Gestaltung und Annahme eines Kommissionsvorschlags mit zu reden haben.⁴⁹ Bei der Analyse der parlamentarischen Änderungsvorschläge allerdings ergibt sich eher das Bild eines zielgerichteten Versuchs der Ausweitung des Anwendungsbereichs delegierter Rechtsakte, nicht überraschend unter Einbeziehung aller zur Verfügung stehenden Formen der Kontrolle beginnend mit einer zeitlichen Beschränkung der Befugnisübertragung mit Hilfe sogenannter Sunset Clauses, über die Möglichkeit des Widerrufs der Übertragung von Kompetenzen und der Kontrolle einzelner Regelungsvorschläge.⁵⁰

Die Abgrenzungsschwierigkeiten lassen, wie verschiedentlich darauf hingewiesen, am Sinn der Unterscheidung beider Kategorien zweifeln. Jedoch ist dies nun das geltende Recht und die Organe lernen damit umzugehen. Die sich anbahnenden Lösungsansätze werden nach der Besprechung der Unterscheidungen zwischen delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten im nächsten Unterkapitel beschrieben.

⁴⁸ T. Christiansen, M. Dobels, Implementing and Delegated Acts after Lisbon – Towards the Parliamentarisation of Policy Implementation? Contribution to the ReNEUAL workshop on rule-making, November 4th Luxembourg, S. 6, Manuskript im Besitz des Autors.

⁴⁹ T. Christiansen, M. Dobels, Implementing and Delegated Acts after Lisbon – Towards the Parliamentarisation of Policy Implementation? Contribution to the ReNEUAL workshop on rule-making, November 4th Luxembourg, SS. 11, 12. Manuskript im Besitz des Autors.

⁵⁰ Hierzu haben Christiansen und Dobels eine beeindruckende Liste an Beispielsfällen aus der jüngsten Zeit zusammengetragen, die diesen Trend bestätigen : Siehe zum Beispiel für die Bereiche der Rechtssetzungsverfahren zu Chemikalien, Eisenbahnen, Textilien, Lebensmittelinformation, externe Finanzinstrumente: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5888822>; <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5872762>; <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5742632>; <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5592852>.

Von der Ex-Post Kontrolle der Kommission zur Normierung von Verwaltungsverfahrensrechts

Bisher standen im Vordergrund dieser Ausführungen die „verfassungsrechtlichen“ Konflikte um die Schaffung und Unterscheidung der Formen der delegierten und Durchsetzungsrechtsakte nach Artikeln 290 und 291 AEUV in der Rechtspraxis. Weiterhin hat dieser Artikel sich bisher auch um die bestehende „Verwaltungsverfahrensrechtsordnung“ der EU zur Kontrolle der Kommission in Form der Komitologieverordnung beschäftigt. Die Konflikte um die Schaffung und Anwendung dieser Formen müssen jedoch auch im Kontext und vor dem Hintergrund der sich entwickelnden Rechtswirklichkeit gesehen werden. Dabei kommt es in vielen Rechtsbereichen zunehmend zu einer Strukturierung des „Vorverfahrens“, das zu einem Kommissionsentwurf für einen übertragenen Rechtsakt führt. Die daraus entstehende Verrechtlichung lässt sich am besten als sich entwickelndes EU-Verwaltungsverfahrensrecht klassifizieren. Die exekutiven Aufgaben der EU bestehen außer in einigen Bereichen der klassischen EU Eigenverwaltung vielfach in exekutiver Normsetzung zur Koordination und Anleitung des Erlasses von nach außen rechtsverbindlichen Umsetzungsakten durch mitgliedstaatliche Behörden. Entsprechend bildet sich das EU Verwaltungsverfahrensrecht auch vornehmlich in diesem Kontext des Verfahrensrechts, das zur Normsetzung führt. In etwas geringerem Ausmaß, und da primär politikfeldbezogen, bildet sich das Verfahrensrecht für Einzelfallentscheidungen der EU Organe und Behörden.

Dabei ist es bemerkenswert, dass sowohl die Regeln zu delegierten Rechtsakten nach Artikel 290 (2) AEUV als auch zu Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291 (3) AEUV und der darauf basierenden Komitologieverordnung sich primär auf die Behandlung von bestehenden Regelungsvorschlägen der Kommission beziehen. Insofern sind sie primär Regeln und Grundsätze für eine - aus der Perspektive des Vorschlags der Kommission - *ex post* Kontrolle. Der Unterschied zwischen den Kontrollformen des Artikels 290 und 291 AEUV besteht darin, dass die Kontrollmechanismen des Artikel 290 AEUV weniger Spielraum für inhaltliche Modifikationen vorsehen. Im Gegensatz dazu geht die Komitologieverordnung davon aus, dass den Mitgliedstaaten Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Inhalt eines Kommissionsentwurfes zum Erlass einer Maßnahme zur Durchführung nach Artikel 291 AEUV zu geben sei.⁵¹ Allerdings finden sich auch in letzterem Fall keine Vorschriften, die das Verfahren zum Erlass eines Kommissionsentwurfs regeln.

⁵¹ Siehe Rn 13, 14 der Präambel und Artikel 3 Abs 4 der Verordnung 182/2011 vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13.

Obwohl viel dafür spricht den zweiten Absatz des Artikels 290 AEUV als abschließende Auflistung der möglichen Kontrollverfahren durch den Rat und das Parlament auszulegen,⁵² ist jedoch die genaue Ausgestaltung der Verfahren einer genaueren verwaltungsverfahrensrechtlichen Regelung gegenüber offen. Das gleiche gilt auch für Durchführungsmaßnahmen nach Artikel 291 AEUV. Damit können der Kommission bestimmte Verfahren vorgeschrieben werden, die zu durchlaufen sind bevor ein offizieller Kommissionsvorschlag rechtmäßig vorgelegt werden darf. Das ist inzwischen auch gängige Praxis.⁵³

Damit ist es einem dem auf die Kommission Befugnisse übertragenden Rechtsakt nicht verwehrt, Vorschriften für die vorbereitende Phase – also vom Moment des Kommissionsvorschlags aus gesehen *ex ante* – zu erlassen. Dies ergibt sich sowohl aus den Kompetenzen, Verfahrensregeln zu den einzelnen Politikbereichen zu erlassen, als auch aus den horizontalen Kompetenzen zur Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts der EU Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen, einschließlich ihrer Agenturen, nach Artikel 298 AEUV. Artikel 290 und 291 AEUV stehen diesem Ansatz nicht im Wege, da die Kommission, im Gegensatz zu ihrem aus den Verträgen abgeleiteten Vorschlagsrecht zum Erlass von darin vorgesehenen Rechtsakten, zur Ausübung von nach Artikeln 290 oder 291 AEUV übertragenen Befugnissen von der Ausgestaltung durch den übertragenden Rechtsakt abhängig ist. Auch wenn die Kommission nach Artikel 290 AEUV, und insofern als ihr nach Artikel 291 AEUV Befugnisse übertragen werden, zum Erlass der Maßnahmen zuständig ist, kann sie weder aus Artikel 290 noch Artikel 291 AEUV einen verfahrensrechtlich autonomen Bereich zum Erlass ihrer Maßnahmen beanspruchen. Ein auf die Kommission Befugnisse übertragenden Rechtsakt kann daher der Kommission auferlegen, bestimmte vorbereitende Verfahrensschritte zu durchlaufen. Solche vorbereitenden Verfahrensschritte sind zum Beispiel Kosten-Nutzen Analysen und Folgenabschätzungsverfahren (Impact Assessment Verfahren). Weiter zählen dazu Anhörungs-, Konsultations- oder Beteiligungspflichten zum Beispiel von Einzelnen, von bestimmten Experten, Industrievertretern oder Verbänden sowie von Mitgliedstaaten und deren Unterorganisationen. Verpflichtungen der Kommission zur Vorbereitung von Rechtsakten bestimmte Schritte zu unternehmen, können auch in Form von Verpflichtung zur Vorankündigung von Rechtsetzungsaktivitäten in bestimmten Registern bestehen.

Im Rahmen der Herausbildung des EU Verwaltungsverfahrensrechts für exekutive Normgebung gibt es dabei gegenwärtig zwei Haupttendenzen, die im Folgenden getrennt behandelt werden: Zum Einen werden zunehmend der Kommission, zum Teil auch durch interne Selbstverpflichtung, Verwaltungsverfahren vorgegeben. Dabei wird den verschiedenen Formen und Spielarten der Folgenabschätzungsverfahren immer größeres Gewicht beigemessen. Zunehmend werden diese

⁵² Siehe auch die Rechtsgutachten des juristischen Dienstes des Rates vom 31.3.2010 (Nr 8177/10, § 10) und vom 14.4.2011 (Nr 8970/11, §§ 20, 21) die davon ausgehen, dass der zweite Absatz des Artikel 290 AEUV eine abschließende Liste der potentiellen Kontrollverfahren gegenüber der Kommission enthält.

⁵³ Siehe z.B. den gleich näher besprochenen Artikel 10 (zu delegierten Rechtsakten) und Artikel 15 (zu Durchführungsrechtsakten) der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), ABl. 2010 L 331/12.

Verfahren, die zu exekutiver Rechtsetzung der Union führen können auch, wenn zum Teil auch nur indirekt, rechtsverbindlich. Zum Anderen zeigt sich eine Tendenz zur Verrechtlichung der Verfahrensvorschriften für das Vorverfahren vor Kommissionsvorschlägen nach Artikel 290 und 291 AEUV. Hier ist insbesondere auf die die immer stärker werdende Tendenz zur Einschaltung von Agenturen in das Verfahren der exekutiven Normsetzung als eine verfahrensrechtliche Komponente zu achten, die eine neue Dimension des Verhältnisses zwischen Agenturen der Kommission und der Komitologie eröffnet.

Vorschriften zur Regulierung des Verwaltungsverfahrens der Kommission

Das Verfahren der Folgenabschätzung in der EU ist in den vergangenen Jahren als Selbstverpflichtung der Kommission entwickelt worden. In verschiedenen Verfahrensschritten wurde es zunächst, ungleich seinen Vorbildern in anderen OECD Mitgliedstaaten, seit den 1980ziger Jahren für Gesetzgebung im Bereich der Umweltgesetzgebung entwickelt. Später wurde die Anwendbarkeit der Folgenabschätzung auf Gesetzgebung allgemein und auch auf andere Akte exekutiver Rechtssetzung ausgedehnt. Der Zweck der Folgenabschätzung besteht nach der Kommission darin, einen Beitrag zur strukturierten Aufarbeitung von Entscheidungsgrundlagen durch konkrete Verfahrensschritte zu leisten. Sie erklärt, dass die Folgenabschätzung „begleitend zur Ausarbeitung von Politikvorschlägen durchgeführt wird.“ In diesem Prozess sollen „Informationen über die Vor- und Nachteile möglicher politischer Optionen für politische Entscheidungsträger“ aufbereitet und bewertet werden.⁵⁴ Die Folgenabschätzung ist damit ein wichtiger Verfahrensschritt auf dem Weg zur „Entwicklung von Kommissionsvorschlägen.“

In seiner jüngsten Form erklären die ‚Leitlinien‘ der Kommission von 2009, dass die Anwendbarkeit des Verfahrens nach Inhalt des geplanten Rechtsaktes und nicht primär nach dessen Form bestimmt wird.⁵⁵ Die Kommission unterscheidet dabei nach verschiedenen Typen von verbindlichen und nicht-verbindlichen Rechtsakten, für die mit unterschiedlicher Intensität ein Folgenabschätzungsverfahren durchlaufen werden kann. Gebräuchlich ist seit einiger Zeit eine un-technische Verwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Kommission beschreibt damit die „Verhältnismäßigkeit der Analyse“ für eine Folgenabschätzung, was sich auf die angemessene Analysegenauigkeit der verschiedenen Schritte der Abschätzung von Regelungsfolgen bezieht.⁵⁶ Das dahinter stehende Konzept besagt nichts anderes, als dass der Umfang und die Intensität der Folgenabschätzung – und mithin die Nutzung von Verwaltungsressourcen zu dessen Erstellung – im Verhältnis zur Relevanz des aufgrund dieses Verfahrens erlassenen Rechtsaktes stehen sollte.

⁵⁴ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM 2009 92, S. 5.

⁵⁵ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM 2009 92, Kapitel 3.3.1., S. 16.

⁵⁶ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM 2009 92, Kapitel 3.2., S. 16.

Die Kommission unterscheidet daher verschiedene Kategorien, die für die Folgenabschätzungen durchgeführt werden. Diese sind jedoch nicht *per-se* nicht entscheidend für den jeweiligen Umfang des Folgenabschätzungsverfahrens, sondern die Relevanz des angestrebten Regelungsinhaltes. Diese Kategorien umfassen, erstens, nicht-rechtsverbindliche Planungs- und Informationsdokumente wie Mitteilungen, Empfehlungen und Weißbücher, die künftige Maßnahmen darlegen; zweitens, breite, themenübergreifende Gesetzgebungsakte in Form von Verordnungen und Richtlinien, die „bedeutende Auswirkungen in mindestens zwei von drei Bereichen (wirtschaftlich, sozial und ökologisch) und auf eine große Anzahl von Interessengruppen in einem weiten Spektrum von Sektoren haben“;⁵⁷ drittens, Gesetzgebungsakte, die lediglich einen bestimmten engen Politikbereich betreffen und „über den unmittelbaren Maßnahmenbereich hinaus wahrscheinlich keine bedeutenden Auswirkungen haben“; viertens, Beschlüsse zur „Einrichtung oder Verlängerung von Ausgabenprogrammen“; sowie fünftens, Maßnahmen der Kommission, die im Rahmen von auf sie übertragenen Durchführungsbefugnissen im Komitologieverfahren erlassen werden. Die genaue Anwendbarkeit sowie das Ausmaß der Folgeabschätzungsverfahren wird gegenwärtig in jedem Einzelfall vom Kommissionseignen „Ausschuss für Folgenabschätzung“ (Impact Assessment Board, IAB) bestimmt.⁵⁸

Ein zentraler Verfahrensschritt der gegenwärtigen Folgenabschätzungsverfahren ist die Konsultation und der Nutzung externen Expertenwissens.⁵⁹ Da politische Maßnahmen oft von wissenschaftlichem und technischem Fachwissen abhängig sind, kommt der Nutzung von externem Expertenwissen erheblicher Stellenwert zu.⁶⁰ Dieses findet sich vorrangig in Sachverständigengruppen und wissenschaftlichen Ausschüssen. Dabei kommt virtuellen Netzwerken, wie dem SINAPSE e-Network, zunehmend Bedeutung zu. Der Konsultation von Interessengruppen wird in den Leitlinien eine legitimierende Funktion eingeräumt.⁶¹ Die Konsultation kann unterschiedliche Aspekte der Folgenabschätzung betreffen, ist jedoch als dynamischer Prozess mit mannigfaltigen Zielgruppen anzusehen. Die Leitlinien legen bestimmte Mindeststandards für Konsultationen nieder, die sich mit der Kommunikation der Fragestellungen und deren Publikation, der zu erreichenden Zielgruppe, der Zeitspanne zur Konsultation, und der Veröffentlichung der Ergebnisse beschäftigen.⁶² Dabei wird zu Recht auch auf die Risiken bei der Auswertung von Konsultationen hingewiesen.⁶³ Schließlich weisen die Leitlinien darauf hin, dass

⁵⁷ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM 2009 92, Kapitel 3.3.1., S. 16, 17.

⁵⁸ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM SEK 2009 92, Kapitel 1.3., S. 6.

⁵⁹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM SEK 2009 92, Kapitel 4, S. 20-23.

⁶⁰ Leitlinien der Kommission für die Einholung und Nutzung von Expertenwissen finden sich unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0713:FIN:EN:PDF>.

⁶¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM SEK 2009 92, Kapitel 4, S. 21.

⁶² Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM SEK 2009 92, Kapitel 4, S. 22.

⁶³ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM SEK 2009 92, Kapitel 4, Ss. 22-23.

Konsultationen einen wesentlichen Teil der Arbeit bei einer Folgenabschätzung ausmachen. Der Bericht über die Ergebnisse der Konsultation ist daher mit größter Sorgfalt zu verfassen.⁶⁴

Im Rahmen der Überlegungen zur Verfahrensgestaltung zur Nutzung übertragener Kompetenzen durch die Kommission wird nun mit guten Gründen argumentiert, ein Folgenabschätzungsverfahren rechtsverbindlich einzuführen.⁶⁵ Folgt man der Logik der Kommission der Nutzung von Folgenabschätzungsverfahren für die wichtigsten Rechtsetzungsakte, so wäre dies besonders im Rahmen delegierter Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV vordringlich. Intern sieht die Kommission die Folgenabschätzung vorwiegend als Vorbereitung für politische Entscheidungsträger wie des Parlaments und des Rates im Gesetzgebungsverfahren an. Jedoch ist ein geordnetes Folgenabschätzungsverfahren möglicherweise noch wichtiger in Verfahren, wo die politische Kontrolle in Form der Letztentscheidungskompetenz über eine politische Verwaltung wie die Kommission fehlt. Gerade in den weitreichenden Entscheidungskompetenzen, die der Kommission im Rahmen der Übertragung von Befugnissen zum Erlass exekutiver Rechtsetzung gewährt werden können, ist eine legitimisierende Einbindung von Betroffenen und Expertensachverständigen entscheidend. Dies gilt auf der europäischen Ebene um so mehr, als die Kommission nach dem Vertrag von Lissabon zwar stärker an das europäische Parlament angebunden ist, jedoch nicht zwingend als Quasi-Regierung von einer Parlamentsmehrheit getragen wird. Hinzu kommt, dass mit dem Initiativrecht der Kommission, dieser weit mehr Kompetenzen auch im Gesetzgebungsprozess zugewiesen sind, als dies ansonsten möglich gewesen wäre.

Obwohl daher gute Argumente für eine Ausweitung des Folgenabschätzungsverfahrens auf den Erlass von Rechtsakten besonders im Rahmen von delegierten- aber auch von wichtigen Durchführungsbefugnissen sprechen, müsste die Einbindung eines solchen Verfahrens in die verschiedenen Verfahrensschritte, die zu einem Kommissionsvorschlag führen, wohl überlegt sein. Zu klären wäre unter anderem, welche Kriterien für die Auswahl der Verfahren anzuwenden wären, wie eine koordinierte Anwendung solcher Folgenabschätzungsverfahren für alle relevanten untergesetzlichen Akte sichergestellt werden kann, wie ein solches Standardverfahren ausgestaltet werden könnte und welche Sonderregeln für bestimmte Politikbereiche notwendig sind. Diese Überlegungen sind besonders hinsichtlich der Regelungen zur Verfahrensbeteiligung der interessierten Öffentlichkeit und hinsichtlich der möglichen Überprüfung des Verfahrens durch gerichtliche und politische Kontrolle der Exekutive relevant. Die Überlegungen sind auch hinsichtlich der administrativen Kapazitäten notwendig, die ein vollumfängliches Folgenabschätzungsverfahren benötigt.

⁶⁴ Europäische Kommission, Leitlinien zur Folgenabschätzung vom 15. Januar 2009, KOM SEK 2009/92, Kapitel 4, S. 23

⁶⁵ A. Alemanno, A Meeting of Minds on Impact Assessment: When Ex Ante Evaluation Meets Ex Post Judicial Control 17 European Public Law (2011), 485-505.

EU Agenturen und die Verrechtlichung des Vorverfahrens

In vielen Politikbereichen, in denen die EU gesetzgeberisch tätig geworden ist, sind auch EU Agenturen geschaffen worden, die bei der Umsetzung des zur Regelung der spezifischen Politikbereiche geschaffenen Rechts mitwirken. Diese Mitwirkung findet entweder durch unterstützende Tätigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden und der Kommission durch Sammlung und Zusammenstellung von Information und zur Verfügung Stellung von Expertenwissen statt. Zunehmend werden Agenturen jedoch auch weitergehende Aufgaben übertragen, die sie näher an eigentliche Regulierungstätigkeit mit Verantwortung für die Schaffung abstrakt genereller exekutiver Rechtssetzung heranführt. Verschiedene Agenturen der EU sind somit in den Prozess exekutiver Normsetzung eingebunden.⁶⁶ Obwohl diese Agenturen generell nicht befugt sind, extern rechtsverbindliche abstrakt-generell wirkende Rechtsakte zu erlassen, können sie jedoch auf vielfältige Weise in den Prozess exekutiver Normsetzung durch die Kommission eingebunden sein. Da diese exekutive Normsetzung seit in Krafttretens des Vertrages von Lissabon im Kontext der Befugnisse stattfindet, die der Kommission nach Artikel 290 und 291 AEUV übertragen worden sind, sind die Agenturen bei Handeln in diesem Kontext im Bereich der Vorverfahren zur Vorbereitung von Kommissionsvorschlägen aktiv. Diese Regelungsvorschläge der Kommission werden – je nach anwendbarem Kontrollverfahren – entweder nach Artikel 290 AEUV durch den Rat und das Parlament kontrolliert, oder nach Artikel 290 AEUV durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Komitologie überprüft.

Ein Vergleich verschiedener Vorverfahren, die die Agenturen für die Vorbereitung exekutiver Rechtssetzung durch die Kommission durchführen, ergibt das Bild einer zunehmenden Konvergenz hin zu immer ähnlicheren Verfahrensstrukturen. Teilweise sind diese Verfahrensvorschriften in dem die Agentur schaffenden Gesetzesakt geregelt. Zum Teil werden sie auch von den Agenturen selbst angenommen. Ungeachtet der vielen Variationen, die sich nicht zuletzt aus den Besonderheiten der Politikbereiche, des Datums der Kompetenzübertragung oder anderer Faktoren ergeben, wird nach und nach eine gewisse Vereinheitlichungstendenz erkennbar. Zunehmend entwickelt sich über die verschiedenen Spezifika der einzelnen Politikbereiche hinaus eine Art Kern einer „guten Europäischen Verwaltungspraxis“.

Einer der Vorreiter in Hinblick auf Verfahrensvorschriften ist die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA), der im gesetzlichen Gründungsakt weitreichende Kompetenzen eingeräumt worden sind,⁶⁷ und

⁶⁶ Mit Agenturen wird hier jede eigenständige Rechtsperson des EU Rechts bezeichnet, die aufgrund von einer Vertragsnorm, eines Gesetzesaktes der Union oder im Rahmen der Verordnung 58/2003 über Exekutivagenturen durch Beschluss der Kommission gegründet worden ist.

⁶⁷ Siehe die Konsolidierte Fassung der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des EP und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit, zur Aufhebung der Richtlinie 91/670/EWG des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1592/2002 und der Richtlinie 2004/36/EG, ABl. 2008 L 79/1 geändert durch Verordnung (EG) Nr. 690/2009 der Kommission vom 30. Juli 2009, ABl. 2009 L 199/6 und Verordnung (EG) Nr. 1108/2009 des EP und des Rates vom 21. Oktober 2009, ABl. 2009 L 309/51 abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu>

deren eigene Verfahrensordnung inzwischen in anderen Politikbereichen Ausstrahlungswirkung zeigt. Die Beiträge der Agentur sind integraler Bestandteil der Verfahren, die zu exekutiven Rechtsetzungen der Kommission im Bereich der Flugsicherheit führen. Nach Artikel 18 c) und 19(1) der EASA Verordnung unterstützt die Agentur die Kommission bei der Ausarbeitung von „Zulassungsspezifikationen“ und zulässigen „Nachweisverfahren“ sowie etwaiger „Anleitungen für die Anwendung dieser Verordnung und ihrer Durchführungsbestimmungen.“ In diesem Zusammenhang ist die Agentur für die „Ausarbeitung von Vorschlägen für die Grundsatzregelungen, die Anwendbarkeit und die grundlegenden Anforderungen, die dem Europäischen Parlament und dem Rat vorzulegen sind,“ sowie für den „Erlass von Durchführungsbestimmungen durch die Kommission“ durch Erstellung „entsprechende Entwürfe“ zuständig. Besondere Relevanz erhalten diese Kompetenzen nach Artikel 17(2) der EASA Verordnung durch die Tatsache, dass die Kommission den Inhalt dieser Entwürfe, „nicht ohne vorherige Koordinierung mit der Agentur ändern“ darf, soweit sie „technische Vorschriften und insbesondere um Bau- und Konstruktionsvorschriften“ enthalten oder es sich darin um „operationelle Aspekte handelt“.

Die Verfahren für Regelungsentwürfe finden sich nicht detailliert im Gesetzgebungsakt zur Gründung der Agentur. Sie sind in der Entscheidung des EASA Verwaltungsrates von 08/2007 niedergelegt.⁶⁸ Diese etabliert ein Standard-Verfahren für die Ausarbeitung abstrakt-genereller Regelwerke die die Agentur als Vorschlag an die Kommission (oder in spezifischen Fällen an die Mitgliedstaaten) richtet. Danach werden Regelungsvorhaben eigenständig erarbeitet oder erfolgen auf Vorschlag von Außen durch natürliche Personen oder Organisationen. Diese haben ein Anrecht auf eine begründete Entscheidung des Exekutivdirektors der Agentur, über die Nutzung des Vorschlages. Aufgrund dieser Vorarbeiten erstellt im Folgenden die Agentur ein Arbeitsprogramm. Dabei unterzieht sie jedes geplante Vorhaben einem Folgenabschätzungsverfahren, dessen Ergebnis unter andrem für die Einstufung auf einer Dringlichkeitsliste im Arbeitsprogramm entscheidend ist. Bei neuartigen Regulierungsmaterien kann an dieser Stelle eine vorab-Konsultation der interessierten Öffentlichkeit und der Mitgliedstaaten eingeleitet werden, damit die Agentur Informationen über Regelungsalternativen zur Verfügung hat. Das Arbeitsprogramm wird veröffentlicht. Die darauf folgende Rechtsetzung wird durch eine Definition der Zielsetzung von Rechtssetzungsentwürfen („terms of reference“) eingeleitet. Diese Definition erfolgt nach Konsultation der Mitgliedstaaten und des beratenden Ausschusses der Agentur. Sie definieren Ziel, Zeitplan und die Rechtsnatur der geplanten Maßnahme. Darauf folgt die Erstellung eines ersten Regelungsentwurfs, der vollständig zusammen mit Anmerkungen, Erklärungen und Regelungshintergrund sowie dem Folgenabschätzungsbereich veröffentlicht wird. Die folgende öffentliche Konsultationsphase

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2008R0216:20091214:DE:PDF im Folgenden bezeichnet als „EASA Verordnung“.

⁶⁸ Decision of the EASA Management Board no. 08/2007, amending and replacing Decision no. 7/2003 concerning the procedure to be applied by the Agency for the issuing of options, certification specifications and guidance material („Rulemaking Procedure“), Abrufbar unter: <http://easa.europa.eu/management-board/docs/management-board-meetings/2007/03/MB%20Decision%202008-2007%20amending%20rulemaking%20procedure.pdf>

dauert 3 Monate. Darin ist jede Person oder Organisation befugt, die Regelungsentwürfe zu kommentieren, wobei Kommentaren der Mitgliedstaaten durch deren Vertretung in einem entsprechenden Beratungsausschuss besonderes Gewicht zukommt. Die Kommentare werden öffentlich zugänglich gemacht. Sie werden in den Regelungsvorschlag von Personen, die nicht an der Erstellung des ursprünglichen Vorschlags beteiligt waren eingearbeitet. Der Exekutivdirektor erstellt auf dieser Grundlage einen abschließenden Text des Agenturvorschlags mit Begründung, der dann als Stellungnahme der Agentur der Kommission zugeleitet wird, oder selbst von der Agentur veröffentlicht wird.

Diese Verfahrensregelungen sind auf eine größtmögliche Transparenz und Beteiligung ausgerichtet. Sie sind nicht nur terminologisch sondern auch konzeptuell dem aus dem US amerikanischen Administrative Procedures Act bekannten „Notice and Comment“ Verfahren entlehnt. Der Effekt der Einbindung der Öffentlichkeit und der transparenten Veröffentlichung von Folgenabschätzungsberichten sowie Kommentaren und deren Nutzung für die abschließenden Regelungsvorschläge soll eine offene Kontrolle exekutiver Rechtsetzung herstellen. Durch *ex ante* ansetzende Verfahren und Verfahrensrechte soll sie für Einzelne eine Ergänzung zu den *ex post* bestehenden Kontrollmöglichkeiten des Parlaments und des Rates in delegierten Rechtsakten und der Mitgliedstaaten durch Komitologieausschüsse bei Durchführungsrechtsakten bilden. Die für alle EASA Kompetenzen geltenden Verfahrensregeln sollen jedoch, nach Aussagen der EASA zugunsten höherer Flexibilität zur Anpassung an spezifische Regelungsbereiche angepasst werden. Ziel der Überarbeitung ist die Schaffung spezifischer Verfahren für bestimmte Regelungsmaterien.

Die Verfahren, die im Rahmen der EASA erarbeitet worden sind, haben Modellwirkung für andere EU Agenturen entfaltet. Die Europäischen Agenturen zur Finanzaufsicht haben, wie die EASA, als Kernkompetenzen, an der Etablierung gemeinsamer Standards in ihren Aufgabenbereichen beizutragen. Nach Artikel 8(1) der entsprechenden Gründungsverordnungen der drei EU Finanzmarktagenturen (der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, EBA, der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, EAVA, und der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, EWM) haben die jeweiligen Agenturen unter anderem die Aufgabe, „Entwürfe für technische Regulierungs- und Durchführungsstandards“ auszuarbeiten.⁶⁹ Nach Artikel 10

⁶⁹ Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. 2010 L 331/12; Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl. 2010 L 331/48; Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl. 2010 L 331/84.

und Artikel 15 der jeweiligen Gründungsverordnungen, erarbeiten die EBA, die EAVA und die EWM Vorschläge für delegierte Rechtsakte (sogenannte „technische Regulierungsstandards“) nach Artikel 290 AEUV und Durchführungsrechtsakte (sogenannte „technische Durchführungsstandards“) nach Artikel 291 AEUV der Kommission aus. Ferner geben die Finanzmarktagenturen nach Artikel 16 der Gründungsverordnungen eigenständig „Leitlinien und Empfehlungen für die zuständigen Behörden und die Finanzmarktteilnehmer heraus.“

Das Vorverfahren für von der Kommission zu erlassende delegierte Rechtsakte ist in Artikel 10(1), 15(1), und 16 der Gründungsverordnungen der Finanzagenturen verhältnismäßig detailliert geregelt. Gleiches gilt für die selbständige Erstellung von Leitlinien und Empfehlungen an nationale Behörden und Finanzmarktteilnehmer nach Artikel 16(1) der Gründungsverordnungen. Danach führt die Agentur zu Etablierung der Standards „offene öffentliche Anhörungen“ durch und „analysiert die potenziell anfallenden Kosten und den Nutzen, es sei denn, solche Anhörungen und Analysen sind im Verhältnis zum Anwendungsbereich und zu den Auswirkungen der betreffenden Entwürfe technischer Regulierungsstandards oder im Verhältnis zur besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit unangemessen.“ Ferner konsultiert die Agentur mit den jeweils nach den Gründungsverordnungen etablierten Interessengruppen. Die Kommission ist an den Regelungsvorschlag der Agentur insofern gebunden als sie ihn nur dann ändern darf, wenn sie sich zuvor mit der Agentur im Rahmen des vorgesehenen Verfahrens der Koordinierung abgestimmt hat. Dem gesetzlich normierten Vorverfahren der Agentur wird eine erhebliche Kontrollwirkung beigemessen. Bei von der Kommission zu erlassenden delegierten Rechtsakten zum Beispiel, verkürzt sich die Widerspruchsfrist des Rates und des Parlaments von normalerweise drei Monaten auf einen Monat, wenn der Rechtsakt aufgrund eines unveränderten Agenturvorschlags von der Kommission erlassen worden ist (Artikel 13(1) der Gründungsverordnungen). Auch können der Rat und das Parlament im Falle von Differenzen zwischen der Kommission und der Agentur, dort wo die Kommission einen Regelungsstandard, den die Agentur vorgeschlagen hat ablehnt, ein Schlichtungsverfahren mit dem zuständigen Kommissar und dem Direktor der Agentur einleiten (Artikel 14(2) der Gründungsverordnungen).

Diese gesetzlichen Rahmenbedingungen werden – wie im Falle der Flugsicherheitsagentur – gegenwärtig in interne Prozeduren umgesetzt obwohl im Verhältnis zur bereits besprochenen EASA, hier die gesetzliche Grundlage bereits das Verfahren in verhältnismäßig größerem Detail regelt. Der „Rat der Aufseher“ der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, EWM, hat zum Beispiel im Januar 2011 interne Verfahrensvorschriften für Rechtsetzungsverfahren nach Artikeln 10, 15 und 16 der Gründungsverordnung erlassen.⁷⁰ Die Ähnlichkeiten dieser Regelung zu der der Flugaufsichtsbehörde sind, nach internen Aussagen der Mitarbeiter der Behörde, gewollt. Das Verfahren beginnt mit der

⁷⁰ Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, Decision of the Board of Supervisors of 11 January 2011 (ESMA/2011/BS/4a).

Etablierung eines Arbeitsprogramms der Agentur, worin zwingend die Zielsetzung („terms of reference“) der Regelungsvorhaben definiert werden. Dazu finden grundsätzlich Kosten-Nutzen Abwägungen, wie sie in den Artikeln 10, 15 und 16 der Gründungsverordnungen der Agenturen gefordert werden, statt. Hierauf folgt eine Phase von öffentlichen Anhörungen, deren Ergebnisse dem Rat der Aufseher vorgelegt wird, und die Konsultation der Interessengruppe nach Artikel 37 der Gründungsverordnung der Agentur vorgenommen. Wenn die Ergebnisse der Anhörungen erhebliche Abweichungen zwischen den vorgeschlagenen Regelungen und dem Ergebnis vorsehen, so kann eine weitere Phase der Anhörungen eines überarbeiteten Vorschlags vorgesehen werden. Zusammen mit diesen Berichten und Begründungen wird ein Regelungsvorschlag dann der Kommission von der Agentur übermittelt.⁷¹

Ein etwas anderes aber nicht weniger interessantes Beispiel ist die Europäische Eisenbahnagentur. Die Agentur hat die Aufgabe unter anderem der Kommission die in der Richtlinie über die Eisenbahnsicherheit vorgesehenen gemeinsamen Sicherheitsmethoden und gemeinsamen Sicherheitsziele vorzuschlagen.⁷² Diese wurden von der Kommission ursprünglich nach dem ehemaligen Regelungsausschussverfahren (nach dem ehemaligen Komitologiebeschluss 1999/468) vorgenommen, was jetzt einem Prüfverfahren nach der Komitologieverordnung 182/2011 entspricht und folglich als Durchführungsrechtsakt der Kommission nach Artikel 291 AEUV erlassen wird. Die in der Verordnung zur Gründung der Agentur vorgesehenen Verfahrensvorschriften enthalten nicht nur die Verpflichtung zur Konsultation von verschiedenen Interessengruppen, wie zum Beispiel der Sozialpartner, der Güterverkehrskunden und der Fahrgäste.⁷³ Sie sehen auch die Verpflichtung zur Vornahme einer „detaillierten Kosten-Nutzen Analyse“ der von der Agentur der Kommission vorgelegten Empfehlungen vor.⁷⁴

In dieser Hinsicht nicht unähnlich sind die Vorschriften bezüglich der Arbeitsweise der Europäischen Arzneimittel-Agentur.⁷⁵ Diese Agentur ist im Prinzip mit der Vorbereitung von

⁷¹ Siehe z.B. Erwägungsgrund 48 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), ABl. 2010 L 331/12, der die Agentur verpflichtet, „vor der Annahme von Entwürfen technischer Regulierungs- oder Durchführungsstandards, Leitlinien und Empfehlungen“ „eine Folgenabschätzung durchführen.“

⁷² Artikel 6(1) der Verordnung Nr. 881/2004 des EP und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur ("AgenturVerordnung"), ABl. 2004 L 164/1, mit Verweis auf die Richtlinie 2004/49/EG des EP und des Rates vom 29. April 2004 über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen und der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung (Richtlinie über die Eisenbahnsicherheit), ABl. 2004 L 164/44.

⁷³ Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 881/2004 des EP und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur ("AgenturVerordnung"), ABl. 2004 L 164/1.

⁷⁴ Artikel 6(4) der Verordnung Nr. 881/2004 des EP und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur ("AgenturVerordnung"), ABl. 2004 L 164/1.

⁷⁵ Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004 L 136/1.

Genehmigungsentscheidungen für die Zulassung von Arzneimitteln in der EU betraut. In einem genau geregelten Verfahren ist vorgesehen welche Prüfschritte durch die Agentur vorgenommen werden und unter welchen Umständen die Kommission beim Erlass der endgültigen nach außen wirksamen Entscheidung von dem Gutachten der Agentur abweichen darf oder nicht.⁷⁶ Obwohl die Agentur nicht ausdrücklich mit Rechtsetzungsaufgaben betraut ist, ist sie jedoch für die Erstellung von technischen, wissenschaftlichen Leitlinien sowie Verfahrensordnungen für die Umsetzung des EU Rechtsrahmens für pharmazeutische Produkte verantwortlich.⁷⁷ Diese Leitlinien sind zwar *per se* nicht rechtsverbindlich, ihnen kann aber *de facto* eine solche Wirkung zukommen, wenn in anderen Rechtsakten auf sie als Standards für die Umsetzung des EU Rechts verwiesen wird.⁷⁸ In der gesetzlichen Grundlage der Arzneimittel-Agentur finden sich die grundlegenden Verfahrensvorschriften zur Entscheidungsfindung, einschließlich solcher Normen wie dem Ausschluss von Interessenkonflikten (Artikel 59(1) der VO). Interne Verfahren der Nutzung von Sachverstand, der Auswahl von Sachverständigen und die Bestimmung der Themen der Gutachten sind in den Artikeln 61 und 61 der VO festgelegt. Die Agentur hat für die Schaffung dieser Leitlinien sehr detaillierte interne Verfahrensregeln erlassen,⁷⁹ die im Standardverfahren zehn gesonderte Verfahrensschritte vorsehen: (1) Auswahl des Themas und Erstellung eines Arbeitsprogramms, (2) Bestimmung eines Berichterstatters, (3) Erstellung eines Regelungskonzepts und (4) dessen Veröffentlichung, (5) öffentliche Konsultation zum Regelungskonzept, (6) Erstellung eines Leitlinien-Entwurfs auf der Basis des Konzepts und der Ergebnisse der Konsultationen, (7) öffentliche Konsultation zum konkreten Leitlinienentwurf, (8) Nutzung der gewonnenen Erkenntnisse in einem abschließenden Leitlinientext, (9) formale Annahme des Textes und (10) dessen Umsetzung. Die internen Verwaltungsvorschriften sehen dabei vor, dass Ergebnisse der Konsultationen aus den Phasen 4-7 mit den Kommentatoren und Experten diskutiert werden sollen. Anregungen zum Arbeitsprogramm können sowohl Agentur-intern als auch von Außen von der interessierten Öffentlichkeit, internationalen Organisationen oder den Mitgliedstaaten kommen. Die Entwicklung des Regelungskonzepts sollte den Verwaltungsvorschriften zufolge, das Thema umreißen. Insbesondere soll zu diesem Regelungskonzept ein Bericht der Folgenabschätzung möglicher

⁷⁶ Artikel 9, 10 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004 L 136/1.

⁷⁷ Artikel 57 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004 L 136/1.

⁷⁸ Siehe zum Beispiel hinsichtlich der Definitionen und Verfahren zur Herstellung von Pharmacovigilanz: Artikel 106 und 107 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. 2001 L 311/67, zuletzt geändert durch Richtlinie 2011/62/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel hinsichtlich der Verhinderung des Eindringens von gefälschten Arzneimitteln in die legale Lieferkette Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2011 L 174/74. Obwohl die hier zitierten Verweise Rechtsakte der Union mit Gesetzescharakter sind, ist nicht ausgeschlossen, dass die Kommission im Rahmen von delegierten Akten oder Durchführungsakten auch auf die Leitlinien verweisen werden.

⁷⁹ European Medicines Agency, Procedure for EU Guidelines and Related Documents within the Pharmaceutical Legislative Framework, 18 March 2009, EMEA/P/24143/2004 Rev.

Lösungsansätze beigefügt werden.⁸⁰ Konsultationen finden sowohl durch Veröffentlichung der Dokumente als auch durch gezielte Befragungen zum Beispiel bestimmter Patientenvereinigungen und Selbsthilfegruppen statt. Kommentare, die im Rahmen der öffentlichen Konsultationen gewonnen worden sind werden veröffentlicht,⁸¹ einzelne Kommentatoren können dazu eingeladen werden ihre Kommentare zu erläutern und zu vertiefen.

Schließlich sind auch die Regelungen der Europäischen Energienetzwerke vergleichbar. Artikel 6 der Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden von 2009 hat die Agentur unter anderem die Aufgaben, exekutive Rechtsetzung der Kommission mit Hilfe von „Stellungnahmen“ vorzubereiten und wirkt bei der Entwicklung sogenannter „Netzkodizes“ mit und legt der Kommission Entwürfe für „Rahmenleitlinien“ zu den entsprechenden Energiemarkten vor.⁸² Die Kommission übersetzt diese Stellungnahmen und Kodizes sowie Leitlinien nach den entsprechenden Richtlinien in Durchführungsrechtsakte. Die Gründungsverordnung sieht dabei ausdrücklich vor, dass die Agentur ihre Vorschläge auf der Basis von offenen und transparenten, ausführlichen und frühzeitigen Konsultationen der verschiedenen interessierten Gruppen, insbesondere der Marktteilnehmer, der Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetreiber, der Verbraucher, der Endnutzer und gegebenenfalls der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ausarbeitet.⁸³ Ferner ergänzt die Agentur ihre Regelungsvorschläge mit einer ausführlichen Erläuterung worin sie angibt, „wie den bei den Konsultationen gemachten Beobachtungen Rechnung getragen wurde, und gibt eine Begründung ab, wenn diese Beobachtungen nicht berücksichtigt wurden“.⁸⁴ Rechtsakte, die die Kommission aufgrund dieser Regelungsvorschläge erlässt werden entweder im alten Regelungsausschussverfahren – mithin nach jetziger Rechtslage sowohl als Durchführungsrechtsakte nach Artikel 291 AEUV in Verbindung

⁸⁰ Die Verwaltungsvorschrift EMEA/P/24143/2004 Rev. sieht vor, dass dieser Folgenabschätzungsreport folgendes beinhaltet: „Anticipated impact on public and/or animal health and/or on the environment, anticipated benefit to industry, regulatory authorities and other interested parties, resource implications for its application by regulatory authorities and industry.“ Dabei wird darauf hingewiesen dass der Umfang der Folgenabschätzung im Verhältnis zum Regelungsgegenstand etabliert werden muss.

⁸¹ Rn 4.7. der Verwaltungsvorschrift EMEA/P/24143/2004 Rev. die besagt: „They will systematically be published on the relevant website unless they contain commercially confidential information and/or the author has specifically objected to their publication.“

⁸² Artikel 6 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2009 L 211.

⁸³ Artikel 10(1) der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2009 L 211 vom und Artikel 6(3) der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. 2009 L 211/36 und Artikel 6(3) der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211/15. Gleichermaßen gilt für Konsultationen der ENTSO Gas und Elektrizität, die jeweils nach Artikel 10 der genannten Verordnungen zu umfassenden, transparenten, offenen und frühzeitigen Konsultationen verpflichtet.

⁸⁴ Artikel 10(3) der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2009 L 211.

mit dem Prüfverfahren - oder dem Regelungsausschussverfahren mit Kontrolle – mithin nach jetziger Rechtslage aller Wahrscheinlichkeit nach - als delegierter Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV erlassen.⁸⁵

Betrachtet man diese kurze Übersicht über die Verfahren einiger der nunmehr sehr zahlreich gewordenen Agenturen der EU, so lassen sich, unabhängig von der notwendigen Differenzierung hinsichtlich der Notwendigkeiten und Besonderheiten einzelner Politikbereiche, einige Gemeinsamkeiten von grundsätzlich anwendbaren Verfahrensregeln erkennen. Auch ist ein gewisser Lernprozess zu beobachten, wonach die Erfahrungen die in einer Agentur oder hinsichtlich einer Agentur gewonnen wurden auch auf andere anwendbar gemacht werden. Diese Tendenz ist auch gesetzlich festgeschrieben, da für die meisten Agenturen vorgesehen ist, dass ihre Arbeitsweise in gewissen Abständen von einem Kommissionsbericht re-evaluierter wird.⁸⁶ Somit ist ein vergleichender Ansatz und zur Entwicklung von „guter Verwaltungspraxis“ als einer Art „benchmarking“ bereits institutionalisiert worden.

Dabei ergeben sich von dem obigen Vergleichsmaterial ein paar Kernbausteine eines verpflichtenden Vorverfahrens für exekutive Rechtsetzung durch die Kommission im Rahmen der ihr übertragenen Normsetzungskompetenzen. Ziel der Regelungen ist es, eine transparente Vorbereitung unter Einbindung von nationalen Behörden, Expertenwissen und der Anhörung der interessierten Öffentlichkeit vorzunehmen. Ferner ist zu sehen, dass die Regelungsvorschläge hinsichtlich der Nutzung der so gewonnen Erkenntnisse begründet und dokumentiert werden müssen. Ergänzt werden solche Überlegungen mit Kosten-Nutzen Analysen. Vielfach sind diese Grundsätze gesetzlich festgeschrieben. Oft sind sie in internen Verfahrensordnungen der Agenturen vertieft. Das oben angesprochene Problem beschränkter administrativer Ressourcen der Kommission, das eine gewisse Beschränkung der Folgenabschätzungsverfahren nahelegte, ist vielfach durch Einbindung von Agenturen gelöst worden.

Die Rechtsgrundlagen exekutiver Rechtsetzung ergeben somit ein interessantes Mosaik, in der von verschiedenen Regelungsebenen ineinander greifend, Verwaltungsverfahren der Union zum Erlass abstrakt generell wirkender untergesetzlicher Rechtsakte geschaffen wird. Dieser Regelungskomplex kann sowohl als Konkretisierung des Transparenzgebots nach Artikel 11 EUV angesehen werden als auch nach einer Ausgestaltung der Begründungspflichten von Rechtsakten nach Artikel 296 zweiter Absatz AEUV. Ferner ist die Einbeziehung von Expertenwissen ein Gebot des Prinzips der guten Verwaltung, das die

⁸⁵ Artikel 28 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. 2009 L 211/36 und Artikel 28 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211/15.

⁸⁶ Siehe nur z.B. Artikel 34 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. 2009 L 211 und Artikel 43 der Verordnung Nr. 881/2004 des EP und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur ("AgenturVerordnung"), ABl. 2004 L 164/1.

Verwaltung zu vollständiger und unparteiischer Aufklärung eines Sachverhalts verpflichtet vor Entscheidungsfindung verpflichtet.⁸⁷ Die Regelungen zum Erlass von delegierten und Durchführungsrechtsakten nach Artikel 290 und 291 AEUV stehen, wie besprochen einer Regulierung des Verwaltungs(vor)verfahrens nicht im Wege. Politikfeldspezifisch sind die Regelungen daher in einzelnen Gründungsakten von Agenturen bestimmt. Zusätzlich finden sich weitere Verfahrensvorschriften zur Ausgestaltung dieser Verpflichtungen in den einzelnen Verfahrensordnungen der Agenturen.

Dabei ist bisher festzustellen, dass die bestehenden gesetzlichen Verfahrensregeln die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Transparenz, der Bürgernähe und der guten Verwaltung nur in Umrissen konkretisieren. Die genauen Verfahren der Vorbereitung der exekutiven Rechtsetzung der Kommission nach Artikeln 290 und 291 AEUV werden soweit ersichtlich meist nur in internen Verfahrensvorschriften vorgenommen. Hier werden, wenn überhaupt, auch die Anwendbarkeit der verschiedenen Grundsätze innerhalb einzelner Verfahrensphasen wie zum Beispiel der Ausarbeitung eines Regulierungsprogramms oder der einzelnen Konsultationsphasen sichtbar. Eine Ausnahme bilden gewisse strukturelle Regelungen zur Notwendigkeit der Wiederholung von Konsultationen wenn die Ergebnisse einer ersten Runde stark von der Agenturansicht abweichende Meinungen zu Tage treten lassen. Wichtig erscheint im Kontext dieses Beitrages die Feststellung zu sein, dass sich die Verfahren zur Vorbereitung exekutiver Rechtsetzung grundsätzlich nicht danach unterscheiden, ob es sich bei dem abschließenden Akt der Kommission um einen delegierten Rechtsakt nach Artikel 290 AEUV oder um einen Durchsetzungsakt nach Artikel 291 AEUV handelt. Entscheidend sind vielmehr die Regelungsmaterie und die Frage, ob eine Regelung grundsätzlicher Natur ist oder neuartige Fragen betrifft. Diese Details werden mit vagen Verweisen auf ein Anpassung des Umfangs der Untersuchungen, ähnlich dem Kommissionseigenen Verweis auf ‚verhältnismäßige‘ Folgenabschätzung geregelt.

Im Vergleich der Ansätze ist natürlich festzustellen, dass es an einheitlichen Methoden oder gar an gemeinsam anerkannten Kriterien fehlt, was in eine Kosten-Nutzen Abwägung einzufließen habe. Bekannt sind die Kritiken an Kosten-Nutzen Analysen insbesondere im Bereich der Risikoregulierung. Welche Kosten-Nutzen Relation ist angemessen zum Schutz menschlichen Lebens oder Gesundheit beziehungsweise dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen? Ferner ist nicht klar umrissen, wie und in welcher Hinsicht sich Kosten-Nutzen Abwägungen von Folgeabschätzungsverfahren auf der Ebene der Agenturen unterscheiden.

⁸⁷ Siehe hierzu insbesondere Rs. 296/90 *Technische Universität München v Hauptzollamt München Mitte*, Slg 1991, I-5469, Rn 13, 14.

Gerichtliche Normenkontrolle

Der im Lissabonner Vertrag neu formulierte Artikel 263 Abs 4 AEUV hat zum Ziel den notorisch schwierigen direkten Zugang zum Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur gerichtlichen Überprüfung von Rechtsakten der EU mit allgemeiner Geltung hinsichtlich von „Rechtsakten mit Verordnungscharakter“ zu erleichtern. Waren nach Artikel 230 Abs 4 EGV noch unmittelbare und individuelle Betroffenheit gegen all Rechtsakte, die nicht an den Kläger gerichtet waren, notwendig, so verlangt Artikel 263 Abs 4 AEUV für „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ nur noch unmittelbare, aber nicht mehr individuelle, Betroffenheit soweit diese Rechtsakte „keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“. Die Definition von „Rechtsakten mit Verordnungscharakter“ ist allerdings nicht ohne Probleme. Zum einen wird der Begriff im AEUV nicht definiert und bleibt auf Artikel 263 Abs 4 AEUV beschränkt. Daher könnte der Begriff weit ausgelegt werden, um alle Rechtsakte der Union mit allgemeiner Geltung zu umfassen.⁸⁸ Zum anderen legt die auf formellen Kriterien basierende Unterscheidung von „Gesetzgebungsakten“ in Artikel 289 Abs 3 AEUV von anderen Rechtsakten nahe, dass diese einer besonderen Behandlung unterliegen und daher „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ nicht darunter fallen. Eine Ausgrenzung von Gesetzgebungsakten wird auch vom Wortlaut der Vorschrift⁸⁹ und ihrer Entstehungsgeschichte nahegelegt.⁹⁰ Letzterer Interpretation hat sich kürzlich auch das Gericht angeschlossen und entschieden, dass der Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ dahin zu verstehen sei, „dass er mit Ausnahme der Gesetzgebungsakte jede Handlung mit allgemeiner Geltung erfasst“.⁹¹

Damit sind jedoch noch nicht alle Probleme der neuen Variante des Artikel 263 Abs 4 AEUV geklärt. Die mit dem Urteil im Fall *Codorniu*⁹² weniger dringend gewordene Abgrenzung von Rechtsakten allgemeiner Geltung von Einzelfallentscheidungen wird durch die Neuregelung des *locus standi* von Privatpersonen in Artikel 263 Abs 4 AEUV wieder größere Aufmerksamkeit gewidmet werden müssen. Dies wird weniger für Klagen gegen delegierte Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV, die ohnehin nur als Rechtsakte mit allgemeiner Geltung erlassen werden können, relevant sein als für Durchführungsmaßnahmen nach Artikel 291 AEUV, die als Rechtsakte mit allgemeiner Geltung aber auch als Einzelfallmaßnahmen erlassen werden können. Zudem muss noch geklärt werden was unter Rechtsakten, die „keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“, zu verstehen ist. Obwohl hier insbesondere noch unklar ist

⁸⁸ Siehe A. von Bogdandy and J. Bast, ‘La loi européenne: Promise and Pretence’, in D. Curtin, A.E. Kellermann and S. Blockmans (Hrsg.), *The EU Constitution: the best Way Forward?* T.M.C. Asser Press (Den Haag, 2006), SS. 171-181; S. Balthasar, “Locus Standi Rules for Challenges to Regulatory Acts by Private Applicants: The new Article 263(4) TFEU” (2010) *ELRev* 542.

⁸⁹ „Actes réglementaires“ in der französischen Fassung.

⁹⁰ C. Koch, ‘Locus Standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals’ right to an effective remedy’ (2005) *ELRev* 511-527; A. Türk, *Judicial Review in EU Law* Cheltenham (Elgar, 2009), S. 168f.

⁹¹ Rs. T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami und Andere v Parlament und Rat*, Beschluss vom 6. September 2011, Rn 56; Rs. T-262/10 *Microban International und Microban (Europe) v Kommission*, Urteil vom 25. Oktober 2011, Rn 21.

⁹² Rs. C-309/89 *Cordnu S.A v Rat*, Slg 1994, I-1853.

wie sich dieser Begriff von dem der unmittelbaren Betroffenheit abgrenzt, wird das jüngst ergangene Urteil im Fall *Microban* so zu verstehen sein, dass sich in der Rechtsprechung die Tendenz festigt, die etablierte Rechtsprechung zum Begriff der unmittelbaren Betroffenheit auch in diesem Kontext anzuwenden.⁹³

Auch wenn Artikel 263 Abs 4 AEUV Privatpersonen nun erleichterten Zugang zum Europäischen Gerichtshof zur Überprüfung von untergesetzlichen Rechtsakten mit allgemeiner Geltung gewährt, sind die Hürden bei der Überprüfung von untergesetzlichen Normen immer noch erheblich. Der Gerichtshof erlegt sich nämlich bei der Kontrolle von Rechtsakten der Union mit allgemeiner Geltung eher Zurückhaltung auf.⁹⁴ Oft werden verfahrensrechtliche Garantien, die in Einzelfallentscheidungen Anwendung finden, nicht bei einer Normenkontrolle zur Verfügung gestellt, wie beim Recht auf rechtliches Gehör,⁹⁵ oder nur mit größerer Zurückhaltung gegenüber dem Normgeber, wie bei der Verpflichtung Gründe für den Erlass eines Rechtsaktes anzugeben.⁹⁶ Der letztere Ansatz wird vom Gerichtshof oft auch bei der substantiellen Überprüfung von untergesetzlichen Normen verfolgt, sei es bei der Findung von Tatsachen,⁹⁷ der Interpretation der rechtlichen Grundlage zum Normerlass,⁹⁸ oder der Anwendung von allgemeinen Rechtsprinzipien.⁹⁹

Dies entspricht im Großen und Ganzen dem Ansatz, den der Gerichtshof bei der Überprüfung von Gesetzgebungsakten verfolgt. Bei der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit von Gesetzgebungsakten hat der Gerichtshof „dem Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen der Ausübung der ihm übertragenen Zuständigkeiten ein weites Ermessen in Bereichen zugebilligt, in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss. Es geht somit nicht darum, ob eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme die einzige mögliche oder die bestmögliche war; sie ist vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie „zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist.“¹⁰⁰ Dabei hat der Gerichtshof allerdings die Folgenabschätzung bei Gesetzgebungsakten zur Kontrolle der Verhältnismäßigkeit herangezogen.¹⁰¹ Es kann daher durchaus argumentiert werden, dass eine Folgenabschätzung, oder anders formuliert eine gründliche Ausübung des Ermessens, auch bei von nach

⁹³ Rs. T-262/10 *Microban International und Microban (Europe) v Kommission*, Urteil vom 25. Oktober 2011, Rn 26-29.

⁹⁴ A. Türk, *Judicial Review in EU Law* Cheltenham (Elgar, 2009), S. 146f.

⁹⁵ Siehe Rs 13/99 *Pfizer v Rat*, Slg 2002, II-3305 und Rs 70/99 *Alpharma v Rat*, Slg 2002, II-3495. Artikel 41 Abs 2 der Grundrechte Charta findet nur bei individuellen Rechtsakten Anwendung. Ausnahmsweise kommt wird jedoch rechtliches Gehör im Antidumpingverfahren gewährt, siehe Rs C-49/88 *Al-Jubail u.a. v Rat*, Slg 1991, I-3187, Rn 15.

⁹⁶ Siehe Rs C-304/01 *Spanien v Kommission*, Slg 2004, I-7655, Rn 51.

⁹⁷ Siehe Rs 13/99 *Pfizer v Rat*, Slg 2002, II-3305.

⁹⁸ Siehe C-22/88 *Vrengdenbil*, Slg 1989, 2049, Rn 16. Vgl. jedoch mit C-14 und 295/06 *Parlament und Dänemark v Kommission*, Slg 2008, I-1649.

⁹⁹ Siehe A. Türk, *Judicial Review in EU Law* Cheltenham (Elgar, 2009), S 133-141.

¹⁰⁰ Rs. C-58/08 *Vodafone u.a.*, Slg. 2010, I-4999, Rn 52

¹⁰¹ Rs. C-58/08 *Vodafone u.a.*, Slg. 2010, I-4999, Rn 53; Rs C-176/09 *Luxemburg v Parlament und Rat*, Slg 2011, I-0000, Rn 65.

Artikeln 290 and 291 AEUV erlassenen Rechtsakten mit allgemeiner Geltung zur Verhältnismäßigkeitskontrolle heranzuziehen ist.¹⁰²

Die Rechtsprechung des EuGH zur Normenkontrolle zeigt jedoch auch andere juristische Ansatzpunkte für eine, wenngleich reduzierte, Kontrolle des Normverfahrens. So kann eine Verletzung essentieller Verfahrensschritte zur Nichtigkeit des Rechtsaktes führen.¹⁰³ Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass eine gesetzlich zwingend Konsultierung von wissenschaftlichen Ausschüssen ein solcher essentieller Verfahrensschritt ist, unter Umständen auch wenn die gesetzliche Vorschrift hierzu zweideutig ist.¹⁰⁴ Die Teilnahme der Flugsicherheitsagentur, der Finanzaufsichtsagenturen und anderer relevanter Agenturen am Vorverfahren, das zu einem offiziellen Kommissionsvorschlag für einen Rechtsakt führt, ist daher ebenfalls als solcher Verfahrensschritt, der im Falle der Verletzung zur Nichtigkeit des Rechtsaktes führt, anzusehen. Des Weiteren hat der Gerichtshof entschieden, dass die Verpflichtung „sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen“¹⁰⁵ auch bei Verfahren zum Erlass von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung Anwendung findet. Daraus hat das Gericht in *Alpharma* folgenden Schluss gezogen: „die Vornahme einer möglichst erschöpfenden wissenschaftlichen Risikobewertung auf der Grundlage wissenschaftlicher Gutachten, die auf den Grundsätzen der höchsten Fachkompetenz, der Transparenz und der Unabhängigkeit beruhen, stellt somit, wie Alpharma zutreffend vorgetragen hat, eine wichtige Verfahrensgarantie zur Gewährleistung der wissenschaftlichen Objektivität der Maßnahmen und zur Verhinderung des Erlasses willkürlicher Maßnahmen dar.“¹⁰⁶ Daraus hat der Gerichtshof auch einen Ansatz entwickelt um in mehrstufigen Verfahren die der Kommission vorgesetzte Meinungen oder Vorschläge zu überprüfen. In *Artegodan* hat das Gericht ausgeführt, dass die ansonsten für die Kommission nicht verbindende Meinung der Arzneimittelagentur der Rechtskontrolle des Gerichts unterlag, in dem Sinne, dass eine „etwaige Rechtswidrigkeit des Agenturgutachtens als Verletzung einer wesentlicher Formvorschriften anzusehen ist, die die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Kommission beeinträchtigt“.¹⁰⁷ Typisch für die bei der Normenkontrolle zurückgenommene Überprüfung ist dabei, dass der Gerichtshof dabei „die vom Ausschuss vorgenommene Beurteilung nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen. Die gerichtliche Prüfung erstreckt sich nur darauf, ob der Ausschuss ordnungsgemäß vorgegangen ist, sowie auf die Schlüssigkeit und die Begründung seines Gutachtens.“¹⁰⁸

Der gerichtlichen Normenkontrolle sind daher durchaus Standards zu entnehmen, die für ein allgemeines Verfahrensrecht, das sich nicht nur der *ex post* Kontrolle durch die politischen Institutionen beschränkt,

¹⁰² Siehe auch Rs C-86/03 *Griechenland v Kommission*, Slg. 2005, I-10979, Rn 96; Rs C-310/04 *Spanien v Rat*, Slg. 2006, I-7285, Rn 133.

¹⁰³ Siehe A. Türk, *Judicial Review in EU Law* Cheltenham (Elgar, 2009), S 113ff.

¹⁰⁴ Rs C-212/91 *Angelopharm*, Slg 1994, I-171.

¹⁰⁵ Rs 70/99 *Alpharma v Rat*, Slg 2002, II-3495, Rn 182.

¹⁰⁶ Rs 70/99 *Alpharma v Rat*, Slg 2002, II-3495, Rn 183.

¹⁰⁷ Rs T-74, 76, 83-85, 132, 137 & 141/00 *Artegodan u.a v Kommission*, Slg 2002, II-4945, Rn 197.

¹⁰⁸ Rs T-74, 76, 83-85, 132, 137 & 141/00 *Artegodan u.a v Kommission*, Slg 2002, II-4945, Rn 200.

sondern vielmehr auf das der Kommissionsentscheidung vorgeschaltete Verfahren, das zunehmend von Europäischen Agenturen und Netzwerken dominiert wird, konzentriert, tauglich sind.

Fazit

Die Einführung der Unterscheidung zwischen delegierten Rechtsakten nach Artikel 290 AEUV und Durchführungsrechtsakten nach Artikel 291 AEUV hat zu einer erheblichen Komplizierung der Verfahrensordnungen und einer Multiplizierung der beteiligten Akteure sowie möglichen Kontroll-Konstellationen geführt. Neben verschiedenen Komitologieausschüssen, die im Kontext des Artikel 291 AEUV aktiv sind, wird es zur Information des Parlamentes und des Rates im Rahmen der Ausübung delegierter Kompetenzen nach Artikel 290 AEUV auch weitere Expertenausschüsse geben, die die Kontrollaufgaben praktisch wahrnehmen können. Daneben sind künftig in vielen Politikbereichen verstärkt Agenturen der EU in die Vorbereitung von nicht-gesetzlichen Rechtsakten eingebunden. Die Wahl der anwendbaren Formen der Übertragung von Kompetenzen zum Erlass untergesetzlicher exekutiver Rechtsetzung wird in der Zukunft, wie in der Vergangenheit auch, von den bestehenden Kontroll- und Einflussmöglichkeiten der Delegatare abhängen. Diese Realität wird jedoch die ursprüngliche Absicht, die mit der Schaffung von zwei unterschiedlichen Kategorien untergesetzlicher Rechtsformen verbunden war, nämlich institutionell Klarheit über anzuwendende Verfahren zu schaffen, um unter anderem zu größerer Klarheit zu führen, lügen strafen.

Die Beurteilung der Auswirkungen dieser verfassungsrechtlichen Neuregelung kann daher nicht ohne Verständnis des EU Verwaltungsverfahrensrechts und des Verwaltungsaufbaus der Institutionen, Organe, Stellen und Behörden der EU verstanden werden. Die Rolle von Agenturen im exekutiven Normsetzungsprozess ist insbesondere mit der letzten Gründungswelle von EU Agenturen seit ca. 2004 erheblich erweitert worden. Zunehmend ist zu beobachten dass Gesetzgebungsakte, die auf die Kommission exekutive Normsetzungskompetenzen übertragen, Verfahrensordnungen vorsehen, die Agenturen in das Normsetzungsverfahren einbinden. Damit wird nicht nur sichergestellt, dass ein erhebliches Maß an Expertenwissen zur Verfügung steht. Es wird auch sichergestellt, dass sowohl das Europäische Parlament und der Rat als auch die Mitgliedstaaten durch ihre Mitwirkung in den Agenturen vertreten sind und informiert werden können. Vieles spricht dafür diese Entwicklung, die bisher politikfeldspezifisch stattfindet, zu vereinheitlichen.

Der Schwerpunkt der gesetzgeberischen Kontrolle von Umsetzungsakten verlagert sich damit weiter weg von Regelungen im Anschluss an offizielle Regelungsvorschläge der Kommission – in diesem Sinne *ex post* Kontrolle. Diese Möglichkeiten von dem Kommissionsvorschlag folgenden Kontrollen durch Rat und Parlament hatte den Streit um die Delegation von exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen und die Komitologie in den vergangenen Jahrzehnten beherrscht und letztlich zur Aufspaltung der unter-

gesetzlichen Rechtsakte der Union in die Kategorien der delegierten Rechtsakte nach Artikel 290 und Durchführungsrechtsakte nach Artikel 291 AEUV bewirkt. Stattdessen findet nun in der Rechtswirklichkeit seit einigen Jahren eine Ausweitung von Verfahrensrecht statt, das das Verfahren im Vorfeld der Vorlage von Regelungsvorschlägen durch die Kommission bestimmt. Die verschiedenen Beispiele, die in diesem Artikel diskutiert werden reichen von der Finanzmarktregelung über die Kontrolle der Flugsicherheit, der Lebensmittelsicherheit und des Europäischen Eisenbahnwesens. Dieses sich bildende Verfahrensrecht führt nicht nur zu einer Stärkung der Beteiligungsmöglichkeiten und der Stärkung der Einbindung von Expertenwissen, es erlaubt auch eine Ausweitung gerichtlicher Kontrolle exekutiver Normsetzungsverfahren.

Diese Tendenz ist beispielhaft und als positiv zu bewerten. Sie stärkt Prinzipien des allgemeinen EU Verwaltungsrechts wie zum Beispiel der Transparenz, der Bürgerbeteiligung, der Verpflichtung zur Nutzung von Expertenwissen als auch der Möglichkeit der Vornahme effektiver gerichtlicher Kontrolle von Verwaltungstätigkeit. Mittel- bis langfristig ist daher zu hoffen, dass dieser Ansatz in ein zu schaffendes Verwaltungsverfahrensrecht für die EU Eingang findet. Ein solches müsste sowohl Einzelfallentscheidungen als auch Verfahren zur exekutiven Rechtssetzung umfassen. Es müsste sowohl die Tätigkeit der Kommission als auch der Agenturen strukturieren. Die Gestaltung eines solchen Verwaltungsverfahrensrechts ist daher eine der großen Herausforderungen des künftigen EU Rechts.