

Grundrechtswahrung im EU-Normsetzungsprozess*

Von Rudolf Mögele, Brüssel**

Der Grundrechtsschutz wird nicht nur im nationalen, sondern auch im EU-Kontext vorwiegend unter dem Blickwinkel seiner gerichtlichen Durchsetzung behandelt. Der insbesondere seit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta (GRC) an die mit der Rechtsetzung betrauten Unionsorgane gerichtete ausdrückliche Auftrag, es gar nicht erst zu Grundrechtsbeeinträchtigungen kommen zu lassen, erfährt hingegen weniger Aufmerksamkeit. Vor diesem Hintergrund erläutert der Beitrag die von Kommission, Rat und Europäischem Parlament im Rahmen der Gesetzesvorbereitung und im Normsetzungsverfahren getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung von Grundrechtsverstößen. Dazu werden die zu diesem Zweck geschaffenen Kriterien, Verfahren und Gremien dargestellt und anhand von drei Fallbeispielen auf ihre praktische Handhabung und Funktionstüchtigkeit untersucht. Abschließend werden die rechtliche Qualität der Vorkehrungen bewertet sowie die Auswirkungen ihrer fehlerhaften Anwendung auf die Rechtmäßigkeit der betroffenen Rechtsakte besprochen. Auf dieser Grundlage stimmt der Beitrag der im aktuellen Bericht der Kommission über die Anwendung der GRC getroffenen Feststellung zu, dass sich in den EU-Institutionen schrittweise eine Kultur der Grundrechte und innerhalb der politischen Entscheidungsträger zunehmend ein Bewusstsein dafür entwickelt habe, wie wichtig es ist, dafür zu sorgen, dass ihre Initiativen mit der GRC vereinbar sind.

I. Einleitung

Mit der Schaffung eines Grundrechtskatalogs, den sie zudem an den Anfang der neuen deutschen Verfassung stellten, reagierten die Mütter und Väter des Grundgesetzes auf die nationalsozialistische Gewaltherrschaft und die ihr wesenseigene Verachtung für die Würde und die Rechte des Einzelnen.¹ Durch diese Weichenstellung, die vom BVerfG von Anfang an mit Leben erfüllt wurde, rückten die grundrechtlichen Verbürgungen in das Zentrum der deutschen Rechtsordnung und wurden zu einem Kernelement deutschen Rechtsbewusstseins. Vor diesem Hintergrund war es nur folgerichtig, dass die Übertragung staatlicher Hoheitsrechte auf neuartige europäische Gemeinschaften vor allem in Deutschland, aber nicht

* Der Beitrag stellt die überarbeitete Fassung des Vortrags dar, den der Verfasser am 12.7.2019 beim Symposium „Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz im Spannungsfeld von Völker- und Europarecht“ anlässlich der Emeritierung von Prof. Dr. Rudolf Streinz gehalten hat. Der Verfasser dankt Prof. Dr. Clemens Ladenburger und Dr. Friedrich Erlbacher, beide Angehörige des Juristischen Dienstes der Europäischen Kommission, für wertvolle Hinweise.

** Prof. Dr. Rudolf Mögele ist Honorarprofessor für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und war bis 30.6.2019 als stellvertretender Generaldirektor bei der Europäischen Kommission tätig.

1 BVerfGE 124, 300, Rn. 65 – Rudolf Heß Gedenkfeier.

nur dort, die Frage nach der grundrechtlichen Einhegung ihrer hoheitlichen Tätigkeiten aufkommen ließ. Das BVerfG gab seine Antwort auf diese Frage in den 1970er und 1980er Jahren in seiner allseits bekannten *Solange*-Rechtsprechung.² Auf der europäischen Ebene entwickelte der EuGH bereits ab Ende der 1960er Jahre seine Doktrin von der Geltung ungeschriebener gemeinschaftsrechtlicher Grundrechte,³ die er als Teil der allgemeinen, vom Gerichtshof zu wahrenen Rechtsgrundsätze qualifizierte.⁴ Diese Rechtsprechung fand durch den Vertrag von Maastricht erstmals Eingang in das Primärrecht⁵ und diente später dem Konvent als wichtige Inspirationsquelle bei der Erarbeitung der Grundrechtecharta.⁶ Der Vertrag von Lissabon übernahm die Grundrechtecharta schließlich in das primäre Unionsrecht, so dass die Union seit dem 1.12.2009 ebenfalls über einen geschriebenen Grundrechtskatalog verfügt, der die Unionsorgane bei ihrem Handeln bindet (Art. 51 Abs. 1 GRC) und dessen Beachtung von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten überwacht wird.⁷

Der davon für die Vitalität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union ausgehende Impuls darf nicht unterschätzt werden.⁸ So legte 2005 die Kommission Leitlinien für die Berücksichtigung der Charta in ihren Rechtsetzungsvorschlägen vor. 2007 wurde die Errichtung einer Grundrechteagentur beschlossen.⁹ Weiter enthielten, um nur zwei simple quantitative Beispiele anzuführen, die im Jahr 2018 ergangenen Entscheidungen des EuGH 356 Verweise auf die Charta, während dies 2010 nur 27 Mal der Fall gewesen war, und auch die Zahl der grundrechtsrelevanten Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte hat sich spürbar erhöht, von unter 20 im Jahr 2010 auf 84 im Jahr 2018.¹⁰ Zusätzlich zur Charta besteht die Bindung an die bereits erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsätze und an die von der EMRK gewährleisteten Grundrechte fort.¹¹ Bei aller Vorsicht im

2 BVerfGE 37, 271 – Solange-I; BVerfGE 58, 1 – Eurocontrol-I; BVerfGE 73, 339 – Solange-II, s. dazu *M. Ludwigs/P. Sikora*, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, S. 121, 123 ff.; *F. Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2015, Art. 23, Rn. 81 ff.

3 *T. C. Hartley*, The Foundations of European Union Law, 8. Aufl. 2014, S. 146 ff.; *R. Stotz*, Aktuelle Rechtsprechung zur EU-Charta der Grundrechte, ZEuS 2017, S. 259, 260; *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), EWS 2016, S. 121, 123.

4 EuGH, Rs. 44/79 (Hauer), ECLI:EU:C:1979:290, Slg. 1979, 3727, Rn. 15.

5 S. Art. F Abs. 2 EUV, ABl. EG 1992 C 224/2.

6 S. den 6. Absatz der Präambel der GRC; EuGH, Rs. C-540/03 (Europäisches Parlament/Rat), ECLI:EU:C:2006:429, Slg. 2006, I-5769, Rn. 38. *H. D. Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Einleitung: Grundlagen der Grundrechte, Rn. 4 f.

7 Art. 6 Abs. 1 EUV.

8 *R. Stotz* (Fn. 3), ZEuS 2017, S. 259, 260 ff.

9 VO (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15. Februar 2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. EU 2007 L 53/1.

10 Jährlicher Bericht der Kommission über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2018, KOM (2019) 257 final, S. 13. S. auch *R. Stotz/P. Skvarilova-Pelzl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2013, § 39 Europarechtliche Gesetzeskontrolle, S. 955, 988 f., der seit Inkrafttreten der Charta "generell ein deutliches Anwachsen von Rechtssachen [konstatiert, d.A.], in denen der Gerichtshof die dort verankerten Rechte und Grundsätze in Bezug nimmt".

11 Art. 6 Abs. 3 EUV. *M. Borowsky*, in: Meyer, GRC, 4. Aufl. 2014, Vorbemerkungen zu Art. 51–54 GRC, Rn. 12. spricht insoweit zutreffend davon, dass Art. 6 EUV „drei selbständige Säulen des Grundrechtsschutzes in der Union“ errichte.

Detail, und ohne die Identitätskontrolle durch das BVerfG auszublenden,¹² wird man heute feststellen dürfen, dass das Unionsrecht damit den in der *Solange*-Rechtsprechung formulierten Anforderungen Rechnung trägt.

Die gerichtliche Dimension des Grundrechtsschutzes ist schon deshalb von fundamentaler Bedeutung, weil erst durch sie die Grundrechtsinhalte verbindlich konkretisiert und damit für die anderen Grundrechtsakteure handhabbar werden. Das dürfte auch erklären, warum dieser Aspekt besonders im Fokus der wissenschaftlichen und politischen Aufmerksamkeit steht. Nichtsdestotrotz ist der gerichtliche Grundrechtsschutz seiner Natur nach vor allem darauf angelegt, bereits eingetretene Grundrechtsbeeinträchtigungen zu beseitigen. Demgegenüber richtet sich der ebenfalls in Art. 51 GRC wurzelnde Auftrag, es gar nicht erst zu solchen Beeinträchtigungen kommen zu lassen, an die für die Hervorbringung von Normen zuständigen Organe, nämlich Kommission, Parlament und Rat.¹³ Ähnliches lässt sich für die in Art. 21 EUV verankerte Verpflichtung der Union sagen, bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene, zu dem auch der Abschluss von Abkommen zählt, „die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ sowie die Achtung der Menschenwürde zu wahren.¹⁴ Vor diesem Hintergrund stehen die weiteren Überlegungen in diesem Beitrag unter dem Leitmotiv „Vorbeugen ist besser als heilen“. Dabei manifestiert sich die Grundrechtsrelevanz der Unionsrechtsetzung in zweierlei Hinsicht.

- Zum einen dürfen Unionsgrundrechte nach Art. 52 Abs. 1 GRC nur durch gesetzliche Bestimmungen eingeschränkt werden, wobei solche Einschränkungen nur zulässig sind, wenn sie Zielen des Gemeinwohls oder dem Grundrechtsschutz anderer dienen, den Wesensgehalt des Grundrechts respektieren und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten.
- Zum anderen kann die Schaffung von Unionsrecht darauf abzielen, die Verwirklichung von Grundrechten zu fördern oder gar erst zu ermöglichen, wie etwa in den Fällen der Unionsgesetzgebung in den Bereichen Nichtdiskriminierung, Datenschutz oder Asyl.¹⁵ Dass in solchen Konstellationen im Rahmen des Normsetzungsprozesses eingehende rechtliche und faktische Prüfungen anzustellen sind, liegt auf der Hand.

Aus Gründen der Überschaubarkeit soll das Hauptaugenmerk dieser Untersuchung auf die Beachtung der Grundrechte im „sekundären“ Rechtssetzungsprozess der Europäischen Union gelegt werden, oder in anderen Worten, auf die Hervorbringung von Normen im Rahmen der Unionsgesetzgebung i.S. von Art. 289 AEUV und des Abschlusses internationaler Abkommen gem. Art. 216 und 218

12 R. Streinz, Der Europäische Haftbefehl als Bewährungsprobe für den europäischen Grundrechtsschutz, in: Kert/Lehner (Hrsg.), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag, 2018, S. 549, 557 ff.; s. auch F. Wollenschläger (Fn. 2), Art. 23 GG, Rn. 87 ff.

13 H. D. Jarass (Fn. 6), Art. 51 GRC, Rn. 14.

14 S. Art. 21 Abs. 1, 2 lit. b und 3 EUV i.V. mit Art. 216 ff. AEUV. S. etwa A. Voßkuhle/Th. Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Grundrechte im Unionsrecht, JuS 2017, S. 1171.

15 A. Rosas/L. Armati, EU Constitutional Law, 2. Aufl. 2018, S. 159 f.

AEUV. Die „tertiäre“ Rechtsetzung durch die Kommission und ihre Agenturen und das autonome Handeln der Union im internationalen Bereich insbesondere im Rahmen der GASP bleiben hingegen ausgeklammert.

In beiden Fällen liegt die Initiative zur Rechtsetzung von wenigen Ausnahmen abgesehen bei der Kommission.¹⁶ Demgegenüber fallen die verbindliche Ausgestaltung und die Verabschiedung der Normen in die Zuständigkeit von Parlament und Rat, die dabei je nach Fallgestaltung unterschiedliche Befugnisse besitzen.¹⁷ Somit sollen zunächst die Kommission in den Blick genommen und die von ihr bei der Ausübung ihrer Initiativrechte getroffenen Vorkehrungen zur gebührenden Berücksichtigung der Grundrechte untersucht werden. Anschließend soll das Vorgehen in Parlament und Rat während des Normsetzungsverfahrens näher betrachtet werden. Schließlich wird die Frage nach der rechtlichen Einordnung der Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte im Normsetzungsprozess erörtert. Bei den folgenden Erläuterungen handelt es sich somit um nicht mehr und nicht weniger als um einen Ausflug in den „Maschinenraum“ des EU-Rechts und seiner Vorbereitung.

II. Maßnahmen zur Grundrechtswahrung in den Unionsorganen

1. Kommission

Gesetzgebung hat typischerweise die abstrakt-generelle Regelung politischer, gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Zusammenhänge zum Gegenstand.¹⁸ Sie ist daher in aller Regel ein komplexer Vorgang, bei dem es um die Abwägung widerstreitender Interessen auf der Grundlage einer Beurteilung vielfältiger Gesichtspunkte¹⁹ und um die Auswahl unter mehreren politischen Optionen geht. Wie der EuGH vielfach hervorgehoben hat, verfügt der Unionsgesetzgeber dabei über ein weites Ermessen.²⁰ Zwar wird dessen Ausübung von den Unionsgerichten nur auf das Vorliegen offensichtlicher Fehler und Überschreitun-

16 Art. 17 Abs. 2 EUV und Art. 218 Abs. 3, 5 und 6 AEUV; R. Streinz, *Europarecht*, 10. Aufl. 2016, S. 195; R. Mögele, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 218 AEUV, Rn. 5, 12 und 14. Das Initiativmonopol der Kommission könnte durch die Zusage der neugewählten Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen, auf vom Europäischen Parlament mehrheitlich beschlossene Aufforderungen mit der Vorlage eines Vorschlags durch die Kommission zu reagieren, ein Stück weit relativiert werden, s. „Eine Union, die mehr erreichen will – Meine Agenda für Europa, Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024“, S. 23 https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_de.pdf.

17 Art. 14 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 EUV, Art. 289 AEUV. Im Hinblick auf internationale Abkommen der EU s. Art. 218 Abs. 6 AEUV. R. Streinz (Fn. 16), S. 196; R. Mögele (Fn. 16), Art. 218 AEUV, Rn. 12, 14 und 19.

18 Angesichts der unterschiedlichen Arten von Rechtsakten, die im Rahmen der EU-Gesetzgebung zum Einsatz kommen können, sollte diese im deutschen Recht gebräuchliche Kategorisierung allerdings nur *mutatis mutandis* verstanden werden, s. M. Peifer, *Bessere Rechtsetzung als Leitbild europäischer Gesetzgebung*, 2011, S. 26 f.

19 S. EuGH, Rs. C-355/10 (Europäisches Parlament/Rat), ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 76.

20 R. Stotz/P. Skvarilova-Pelzl (Fn. 10), S. 955, 989.

gen geprüft,²¹ doch muss der Gesetzgeber zumindest in der Lage sein, vor dem Gerichtshof zu belegen, dass alle erheblichen Faktoren und Umstände der Situation, die mit einem Rechtsakt geregelt werden soll, berücksichtigt worden sind.²² Diese Ermessensrechtsprechung hat auch prägende Wirkung für die Vorbereitung von Gesetzesvorschlägen, und lässt sie insofern zu einer Herausforderung werden, als sie die faktische und rechtliche Aufarbeitung der zu regelnden Lebensverhältnisse, die Analyse und Bewertung der relevanten Interessen und die Erarbeitung tragfähiger Lösungen erfordert. Vor diesem Hintergrund legt die Kommission als Inhaberin des unionsrechtlichen Initiativmonopols²³ großen Wert auf eine möglichst sorgfältige Ausarbeitung ihrer Vorschläge und Empfehlungen, auch im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit den Grundrechten.²⁴ Das gilt sowohl für die Phase der konzeptionellen Vorbereitung ihrer Initiativen als auch für den Prozess ihrer Annahme durch das Kollegium. Beide Etappen sind freilich getrennt voneinander zu betrachten. Die Instrumente und Verfahren für eine bessere Entscheidungsvorbereitung sollen die Entscheidungsfindung des Kollegiums unterstützen, diese aber nicht ersetzen.²⁵

a) Konzeptionelle Vorbereitung

Insbesondere im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Scheiterns der Santer-Kommission²⁶ bündelte die Kommission ihre Methoden und Verfahren zur internen Entscheidungsvorbereitung in einem neuartigen *Governance*-Mechanismus, der unter dem Oberbegriff *Better Regulation*, also „Bessere Rechtsetzung“ bekannt wurde. Dieses Konzept, das ständig weiterentwickelt wurde,²⁷ basiert gegenwärtig auf den von der Kommission im Jahr 2017 beschlossenen *Better Regulation Guidelines*²⁸ und hat auch Eingang in die Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen Parlament, Rat und Kommission vom 13.4.2016 über bessere Rechtsetzung (IIV 2016) gefunden.²⁹

- 21 R. Mögele, Kontingenzierungsregelungen im Agrarwirtschaftsrecht aus juristischer Sicht, in: Norer (Hrsg.), *Milchkontingenzierungsrecht zwischen Aufhebung und Transformation*, 2009, S. 105, 115 m.w.N.; EuGH, Rs. C-179/95 (Spanien/Rat), ECLI:EU:C:1999:476, Slg. 1999, I-6475; vgl. auch EuGH, Rs. C-4/96 (NIFPO und Northern Ireland Fishermen's Federation), ECLI:EU:C:1998:67, Slg. 1998, I-681, Rn. 41 f.
- 22 EuGH, Rs. C-128/17 (Polen/Europäisches Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2019:194, Rn. 95 f.; Rs. C-58/08 (Vodafone), ECLI:EU:C:2010:321, Slg. 2010, I-4999, Rn. 52; Rs. C-310/04 (Spanien/Rat), ECLI:EU:C:2005:260, Rn. 120–123. S. dazu auch R. Stotz/P. Skvarilova-Pelzl (Fn. 10), S. 955, 987. Zur Rechtslage im Gesetzgebungsverfahren nach dem GG s. Ch. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 410 ff.
- 23 S. dazu B. Martenczuk, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EUV*, Art. 17 EUV, Rn. 57 ff.
- 24 S. dazu die Erläuterungen von M. Borowsky (Fn. 11), *Vorbemerkungen zu Art. 51–54 GRC*, Rn. 28.
- 25 *Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung – Eine Agenda der EU*, Mitteilung der Kommission vom 19.5.2015, KOM (2015) 215 final, S. 7.
- 26 S. dazu *Europäisches Regieren – ein Weißbuch vom 25.7.2001*, ABl. EG 2001 C 287/1.
- 27 S. etwa *Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung – Eine Agenda der EU*, Mitteilung der Kommission vom 19.5.2015, KOM (2015) 215 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2015:0215:FIN>.
- 28 https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.
- 29 ABl. EU 2016 L 123/1.

Es würde an dieser Stelle zu weit führen, das *Better-Regulation*-Konzept im Detail zu erläutern.³⁰ Für die Zwecke dieses Beitrags genügt vielmehr der Hinweis, dass es im Hinblick auf die Vorbereitung von Gesetzgebungsvorschlägen im Wesentlichen auf drei Komponenten beruht, nämlich:

- der Evaluierung des Istzustandes einschließlich der Erfassung und Bewertung von Grundrechtsproblemen,
- einem umfassenden öffentlichen Konsultationsprozess, in dem auch grundlegende Aspekte zur Sprache kommen,³¹ sowie
- einer Folgenabschätzung, dem sog. *Impact Assessment*. Dieser kommt im Hinblick auf die Vermeidung von Grundrechtsproblemen besondere Bedeutung zu.

Folgenabschätzungen sind grundsätzlich für alle Vorhaben durchzuführen, die wesentliche Auswirkungen haben können, d.h. insbesondere für Gesetzgebungsinitiativen oder Empfehlungen zur Aufnahme internationaler Verhandlungen.³² Wie die Kommission 2019 formulierte, dienen „Folgenabschätzungen ... in erster Linie der politischen Entscheidungsfindung in der Kommission. In ihnen werden Notwendigkeit und Wert der Unionsmaßnahme gerechtfertigt, und es wird dargelegt, wer davon wie betroffen wird, wobei darauf geachtet wird, dass wirtschaftliche, soziale und ökologische Auswirkungen gemeinsam betrachtet werden.“³³ Von der Aufarbeitung dieser Fragestellungen profitieren nach Vorlage einer Initiative natürlich auch die Normgeber.

Zentrale Bestandteile einer Folgenabschätzung sind

- die Problemdefinition,
- die Klärung der Frage, ob die EU tätig werden soll und welche Ziele realisiert werden sollen,
- die Ermittlung der in Betracht kommenden Regelungsoptionen,
- die Prüfung ihrer Wirkungen sowie
- die vergleichende Bewertung der Optionen im Hinblick auf ihre Wirksamkeit, Effizienz und Kohärenz.³⁴

Innerhalb der Kommission wird die Ausarbeitung von Folgenabschätzungen von einer Interservice-Gruppe unter Leitung des Generalsekretariats begleitet.³⁵ Nach ihrer Fertigstellung werden sie von einem unabhängigen „Ausschuss für Regulierungskontrolle“ (*Regulatory Scrutiny Board*)³⁶ eingehend geprüft und entweder

30 S. dazu etwa die Erläuterungen auf der Homepage der Kommission https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en.

31 Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union, Mitteilung der Kommission vom 19.10.2010, KOM (2010) 573 endgültig, S. 7.

32 B. Martenczuk (Fn. 23), Art. 17 EUV, Rn 59.

33 Bessere Rechtsetzung: wir ziehen Bilanz und erneuern unser Engagement, Mitteilung der Kommission vom 15.4.2019, KOM (2019) 178, S. 9.

34 S. das Impact Assessment-Kapitel der *Commission Better Regulation Guidelines*, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines-impact-assessment.pdf>.

35 S. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en.

36 Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung – Eine Agenda der EU, Mitteilung der Kommission vom 19.5.2015, KOM (2015) 215 final, S. 7.

gebilligt (mit oder ohne Auflagen) oder beanstandet.³⁷ Publiziert werden Folgenabschätzungen zusammen mit der Vorlage der von der Kommission beschlossenen Vorschläge.³⁸

In ihrer Strategie zur wirksamen Umsetzung der Grundrechtecharta³⁹ aus dem Jahr 2010 und den ergänzend dazu formulierten *Operational Guidelines* aus dem Jahr 2011⁴⁰ präziserte die Kommission die Art und Weise der Behandlung von Grundrechtsbelangen in ihren Folgenabschätzungen. Wie die damalige Vizepräsidentin der Kommission, *Viviane Reding*, 2010 in einem Vortrag beim Deutschen Institut für Menschenrechte ausführte, besteht die Aufgabe von Folgenabschätzungen im Hinblick auf die Grundrechte darin,

„zu ermitteln, welche Grundrechte von entsprechenden Initiativen betroffen sein könnten und systematisch die Auswirkungen jeder Handlungsoption auf die jeweils betroffenen Grundrechte zu bewerten. Die Schwere des Grundrechtseingriffs und seine Notwendigkeit sollen in diesen Folgenabschätzungen beschrieben und analysiert werden.“⁴¹

Es geht also in erster Linie um die grundrechtsbezogene Prüfung der im Rahmen der Folgenabschätzung gebildeten Handlungsoptionen.

In den *Operational Guidelines* wurden diese Fragestellungen in eine *Check-List* übersetzt⁴² und für die verschiedenen Etappen der Folgenabschätzung anhand konkreter Erläuterungen und Fallbeispielen präzisiert. All diese Vorgaben und Handreichungen gingen schließlich 2017 in die bereits erwähnten *Better Regulation Guidelines* ein,⁴³ an denen sich die Dienststellen der Kommission orientieren.

Im Hinblick auf die bereits erwähnte Charta-Bindung auch des internationalen Unionshandelns hat die Kommission außerdem auf Bitten des Rats spezifische Leitlinien entwickelt, in denen es um die Analyse der Auswirkungen handelspoli-

37 S. zur Prüfungspraxis die Jahresberichte des Ausschusses für Regulierungskontrolle. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en#annual-reports.

38 Eine detaillierte Aufarbeitung der Folgenabschätzungspraxis der Kommission findet sich in: Commission Staff Working Document, Better Regulation: taking stock and sustaining our commitment, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, SWD (2019) 156 final vom 15.4.2019.

39 Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union, Mitteilung der Kommission vom 19.10.2010, KOM (2010) 573 endgültig.

40 Operational Guidelines on taking account of Fundamental Rights in Commission Assessments, Commission Staff Working Paper vom 6.5.2011, SEC (2011) 567 final.

41 *V. Reding*, Die Bedeutung der EU-Grundrechte-Charta für die Europäische Rechtsetzungspraxis, Vortrag beim Deutschen Institut für Menschenrechte, 17.9.2010, S. 5 https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Reden/rede_v_reding_die_bedeutung_der_eu_grundrechte_charta_fuer_die_europaeische_rechtsetzungspraxis.pdf. S. auch Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union, Mitteilung der Kommission vom 19.10.2010, KOM (2010) 573 endgültig, S. 7: „Im Rahmen der Folgenabschätzung soll ermittelt werden, auf welche Grundrechte der betreffende Vorschlag Auswirkungen haben könnte, inwieweit in das betreffende Recht eingegriffen wird und inwieweit dieser Eingriff im Hinblick auf die Handlungsmöglichkeiten und die angestrebten Ziele erforderlich und verhältnismäßig ist.“

42 Operational Guidelines on taking account of Fundamental Rights in Commission Assessments, Commission Staff Working Paper vom 6.5.2011, SEC (2011) 567 final, S. 7.

43 Dazu gehört auch das „Tool #28. Fundamental Right & Human Rights“, das zu der den Guidelines beigefügten *Better-Regulation-Toolbox* gehört.

tischer Initiativen auf die Menschenrechte im Rahmen von Folgenabschätzungen geht.⁴⁴ Dass die Berücksichtigung von Menschenrechtsbelangen keineswegs nur theoretische Bedeutung hat, zeigt etwa das Urteil des EuG im Westsaharafall. Auf eine Klage der Befreiungsbewegung *Polisario* hin hatte das Gericht nämlich den Beschluss des Rats zum Abschluss eines Handelsabkommens über Agrar- und Fischereierzeugnisse mit Marokko⁴⁵ aus dem Jahr 2012 unter Hinweis auf die GRC aufgehoben.⁴⁶ Der Rat habe nämlich seine Verpflichtung verletzt, vor der Annahme des Abkommens im Rahmen seiner Ermessensausübung zu prüfen, „dass es keine Anzeichen dafür gibt, dass die Nutzung der natürlichen Ressourcen des von Marokko kontrollierten Gebiets der Westsahara zum Nachteil ihrer Bewohner erfolgen und deren Grundrechte verletzen könnte.“⁴⁷ Zwar verwarf der EuGH die Klage im Berufungsverfahren aus anderen Gründen als unzulässig, ohne die Tragfähigkeit der vom Gericht gewählten rechtlichen Konstruktion näher zu prüfen.⁴⁸ Die vom EuG aufgeworfene Problematik ist damit freilich nicht ausgeräumt und dürfte sich früher oder später wieder manifestieren.

b) Fallbeispiele

Angesichts der Vielzahl von Kommissionsinitiativen und Folgenabschätzungen (allein 218 in den Jahren 2015–2018)⁴⁹ sollen hier lediglich drei Beispielsfälle herausgegriffen werden, die allerdings die Praxis der Kommission angemessen illustrieren.

- *Urheberrechtsrichtlinie*. Ein aufgrund seiner Komplexität interessantes und politisch umstrittenes Fallbeispiel betrifft die im Frühjahr 2019 beschlossene Richtlinie „über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt“⁵⁰. Sie verfolgt den Zweck, die bestehenden urheberrechtlichen Regeln an die Gegebenheiten des digitalen Binnenmarkts anzupassen.⁵¹ Die 2016 von der Kommission vorgelegte umfangreiche Folgenabschätzung, die mehr als 400 Seiten umfasst, identifizierte zunächst die von den Änderun-

44 S. Guidelines on the analysis of human rights impacts in impact assessments for trade-related policy initiatives, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153591.pdf.

45 Beschluss Nr. 2012/497/EU des Rates vom 8. März 2012 zum Abschluss des Abkommens in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Union und dem Königreich Marokko mit Maßnahmen zur gegenseitigen Liberalisierung des Handels mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, landwirtschaftlichen Verarbeitungserzeugnissen, Fisch und Fischereierzeugnissen, zur Ersetzung der Protokolle Nrn. 1, 2 und 3 und ihrer Anhänge sowie zur Änderung des Assoziierungsabkommens mit Marokko (ABl. EU 2012 L 241/2).

46 EuG, Rs. T-512/12 (Polisario), ECLI:EU:T:2015:953.

47 EuG, Rs. T-512/12 (Polisario), ECLI:EU:T:2015:953, Rn. 247 i.V.m. Rn. 241.

48 EuGH, Rs. C-104/16 P (Polisario), ECLI:EU:C:2016:973.

49 Commission Staff Working Document, Better Regulation: taking stock and sustaining our commitment, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (Fn. 38), S. 20.

50 RL (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. EU 2019 L 130/92. Dazu D. Möller, Urheberrecht: Urheberrechtsrichtlinie endgültig verabschiedet, EuZW 2019, S. 396;

51 S. den 3. Erwägungsgrund.

gen potenziell betroffenen und somit zu prüfenden Grundrechte, nämlich das Recht auf geistiges Eigentum (Art. 17 Abs. 2 GRC), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC), die Informationsfreiheit (Art. 11 GRC), die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 13 GRC) sowie das Recht auf Bildung (Art. 14 GRC).⁵² Im Weiteren wurden die gewählten Politikoptionen anhand dieser Grundrechte untersucht und bewertet, wobei es nicht nur um mögliche „harte“ Grundrechtsverstöße ging, sondern vor allem um die „Grundrechtsverträglichkeit“ der einzelnen Optionen.⁵³ Die vergleichenden grundrechtlichen Prüfungen wurden sodann gemeinsam mit den anderen relevanten Aspekten in einer Übersichtstabelle dargestellt. In der daran anschließenden Gesamtbewertung der Optionen kamen u.a. das Ausmaß und die Tiefe der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe zum Tragen.

Auch die in der öffentlichen Diskussion besonders umstrittene Frage der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Diensteanbieter (Stichwort *Uploadfilter*) wurde nach dieser Methodik abgehandelt. Hier ging es darum, die Position von Rechteinhabern zu verbessern, die keinen oder nur einen begrenzten Einfluss auf die Nutzung und die Vergütung für die Nutzung ihrer Inhalte durch große Onlinedienste haben. Von den drei geprüften Optionen entschied sich die Kommission für den regulatorischen Ansatz, wie er letztlich auch seinen Niederschlag in Art. 17 der Richtlinie gefunden hat. Aufgrund einer eingehenden Diskussion der grundrechtsrelevanten Aspekte kam sie nämlich zu dem Schluss, dies sei die beste Option, um einerseits die angestrebten Politikziele und andererseits ein Gleichgewicht zwischen den betreffenden Grundrechten zu erreichen.⁵⁴ Angesichts des Umstands, dass dieses Ergebnis wie auch Art. 17 der Richtlinie keine formelle Verpflichtung zur Einrichtung von *Uploadfiltern* begründet, sondern auch andere Vorkehrungen zulässt, wird man in dieser Lösung wohl auch keinen Widerspruch zu dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-360/10 sehen dürfen.⁵⁵

- *Schecke-Fall*. Anders gelagert waren die Dinge im Zusammenhang mit der 2007, d.h. vor der Rechtsverbindlichkeit der GRC beschlossenen Einführung einer Pflicht zur Publikation der Empfänger von Subventionen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik.⁵⁶ Wie aus dem Vorschlag der Kommission hervorgeht, wurde dazu keine Folgenabschätzung vorgenommen. Das lässt sich damit erklären, dass zuvor bereits eine generelle Publikationspflicht in die Haushalts-

52 Commission Staff Working Document vom 14.9.2016, SWD (2016) 301 final, PART 1/3, S. 17.

53 Commission Staff Working Document vom 14.9.2016, (Fn. 52), S. 18 ff.

54 Commission Staff Working Document vom 14.9.2016, (Fn. 52), S. 155. S. auch *F. Hofmann*, Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL, GRUR 2019, S. 1219 ff.

55 EuGH, Rs. C-360/10 (SABAM/Netlog NV), ECLI:EU:C:2012:85, Rn. 41 ff. Skeptisch dagegen *N. Gielen, M. Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, S. 639, 644 ff.

56 VO (EG) Nr. 1437/2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1290/2005 über die Finanzierung der gemeinsamen Agrarpolitik, ABl. EG 2007 L 322/1. Die Publikationspflicht ergab sich aus dem in die Verordnung (EG) Nr. 1290/2005 eingefügten Art. 44a.

ordnung der Union aufgenommen worden war.⁵⁷ Auch die grundrechtlichen Erwägungen in Begründung und Erwägungsgründen des Vorschlags waren eher dünn, was wiederum verwundert, denn die neue Bestimmung in der Haushaltsordnung verwies ausdrücklich auf die Beachtung des Datenschutzes.⁵⁸ Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens erklärte der EuGH im November 2010, d.h. nach dem Inkrafttreten der GRC, die agrarrechtliche Publikationspflicht wegen eines Verstoßes gegen Art. 7 i.V. mit Art. 8 der Charta für ungültig.⁵⁹ In seiner Entscheidung unterstrich er, dass eine Veröffentlichung der Empfänger von Agrarbeihilfen rechtlich zwar grundsätzlich möglich sei, sich Eingriffe in das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten natürlicher Personen jedoch „auf das absolut Notwendige beschränken müssen“,⁶⁰ ein strenger Ansatz, den der EuGH auch in datenschutzrechtlichen Folgeverfahren wie etwa in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung⁶¹ beibehielt. Vor diesem Hintergrund bemängelte er, Rat und Kommission hätten es im Gesetzgebungsverfahren versäumt, Modalitäten der Publikation zu erwägen, die weniger stark in die betreffenden Grundrechte eingriffen als „die Veröffentlichung von Daten unter namentlicher Nennung aller betroffenen Empfänger und der genauen Beträge ... auf einer speziellen frei zugänglichen Internetseite“.⁶² Neben einem Grundrechtsverstoß durch den Gesetzgeber attestierte der EuGH damit der Kommission eine unzureichende Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens. Daran wird deutlich, dass die Entwicklung und Bewertung von Handlungsoptionen im Rahmen von Folgenabschätzungen nicht nur darauf abzielen, die Qualität der Gesetzgebung zu optimieren, sondern durchaus auch der Wahrung der Grundrechte dienen.

Im Zuge der „Reparatur des entstandenen Grundrechtsschadens,“ nahm die Kommission 2012 – überwiegend aus Zeitgründen, die dem noch laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Neuordnung der Gemeinsamen Agrarpolitik geschuldet waren – zwar keine komplette Folgenabschätzung vor. Sie führte aber eine öffentliche Konsultation durch, präziserte das Ziel der Publikationspflicht, untersuchte eine Reihe von mildereren Modalitäten der Veröffentlichung und schlug Parlament und Rat schließlich eine im Vergleich zu der aufgehobenen Version deutlich differenziertere Regelung vor.⁶³ Diese wurde dann auch,

57 S. die VO (EG, Euratom) Nr. 1995/2006 des Rates vom 13. Dezember 2006 zur Änderung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. EG 2006 L 390/1.

58 Art. 30 Abs. 3 UAbs. 2 der geänderten VO (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften.

59 EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 (Schecke), ECLI:EU:C:2010:662, Slg. 2010, I-11063; s. dazu R. Streinz, Europarecht: Unionsgrundrechte (Privatleben, Datenschutz), JuS 2011, S. 278 ff.

60 EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 (Schecke), ECLI:EU:C:2010:662, Slg. 2010, I-11063, Rn. 77.

61 EuGH, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights), Rn 52.

62 EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 (Schecke), ECLI:EU:C:2010:662, Slg. 2010, I-11063, Rn. 79. S. auch K. Lenaerts, Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights, EuConst 8 (2012), S. 375, 391 ff.

63 Änderung des Vorschlags KOM (2011) 628 final/2 der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Finanzierung, die Verwaltung und das Kontrollsystem der Gemeinsamen Agrarpolitik, 25.9.2012, KOM (2012) 551 final.

abgesehen von einzelnen Änderungen im Normsetzungsverfahren, 2013 vom Gesetzgeber angenommen und in insgesamt 18 (!) Erwägungsgründen ausführlich erläutert.⁶⁴

- *PNR Kanada*. Ein weiterer interessanter Beispielsfall betrifft das geplante Abkommen zwischen der EU und Kanada über die Übermittlung und Verarbeitung von Fluggastdatensätzen, den sog. PNR-Daten. Dessen Abschluss scheiterte am Widerspruch des EuGH, der in seinem Gutachten 1/15⁶⁵ in einer Reihe der vereinbarten Regelungen Verstöße gegen Art. 7, 8 und 21 GRC erblickte und darüber hinaus strenge datenschutzrechtliche Vorgaben für die Aushandlung einer grundrechtskonformen Fassung machte.

Die Empfehlung zur Aufnahme von Verhandlungen mit Kanada datierte aus dem Jahr 2010⁶⁶. Weder ihre Begründung noch das einschlägige Onlineregister der Kommission⁶⁷ lassen erkennen, dass ihr eine Folgenabschätzung vorausgegangen wäre. Die Kommission hatte allerdings zeitgleich mit ihrer Empfehlung eine Mitteilung publiziert, in der sie ihr sektorübergreifendes Konzept für die Übermittlung von Fluggastdatensätzen an Drittländer vorstellte, und die relativ präzise datenschutzrechtliche Kriterien i.S. der Art. 7 und 8 GRC für die Übermittlung von PNR-Daten enthielt.⁶⁸

Man wird der Kommission wohl zugutehalten müssen, dass es im Jahr 2010 nur begrenzt möglich war, die strikte datenschutzrechtliche Rechtsprechung vorwegzunehmen, die der EuGH auf der Grundlage der GRC und vor allem dessen Art. 8 in den Folgejahren entwickeln würde. Zum anderen dürfte in diesem Fall auch der Verzicht auf die Durchführung einer Folgenabschätzung *a priori* nicht außerhalb der normalen Praxis gelegen haben. Die Kommission hat stets darauf hingewiesen, dass es Situationen gibt, in denen Folgenabschätzungen verzichtbar sind, etwa in dringlichen Fällen oder wenn die politischen Wahlmöglichkeiten zu begrenzt wären.⁶⁹ Dem entspricht, dass im Zeitraum 2015–2018 rund 28 % der Vorschläge nicht von einer Folgenabschätzung be-

64 S. Art. 111 ff. VO (EU) Nr. 1306/2013 vom 17.12.2013 über die Finanzierung, die Verwaltung und das Kontrollsystem der Gemeinsamen Agrarpolitik, ABl. EU 2013 L 347/549 und die ausführlichen Erwägungsgründe 70 ff. Das BVerwG hat die Konformität der Neuregelung mit den fraglichen Grundrechten der GRC jüngst bestätigt; BVerwG, Urteil vom 24.10.2019 – 3 C 21.27, ECLI:DE:BVerwG:2019:241019U3C21.17.0.

65 EuGH, Gutachten 1/15 (PNR-Abkommen EU-Kanada). S. dazu R. Priebe, EuGH beanstandet Fluggastdatenabkommen zwischen der EU und Kanada, EuZW 2017, S. 762 ff.; F. Wollenschläger, Fluggastdatenverarbeitung in der EU nach dem EuGH-Gutachten 1/15 vom 26.7.2017 – Revisionsbedarf schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist?, EuZW 2017, S. 913 f.

66 Recommendation ... to authorise the opening of negotiations for an Agreement between the European Union and Canada for the transfer and use of Passenger Name Record (PNR) data to prevent and combat terrorism and other serious transnational crime, SEC(2010) 1084 final.

67 http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/cia_2010_en.htm#homaf.

68 Mitteilung der Kommission über das sektorübergreifende Konzept für die Übermittlung von Fluggastdatensätzen (PNR) an Drittländer, 21.9.2010, KOM (2010) 492 endgültig, S. 8 ff.

69 Commission Staff Working Document, Better Regulation: taking stock and sustaining our commitment, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, (Fn. 38), S. 19.

gleitet wurden.⁷⁰ In der Regel stützt sich die Kommission in solchen Fällen auf andere Vorarbeiten wie etwa Berichte oder Studien. Ein illustratives Beispiel dafür ist der Vorschlag für eine Verordnung über die Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) aus dem Jahr 2016, der auf den Ergebnissen einer Durchführbarkeitsstudie beruhte, dann aber in seiner Begründung die relevanten Grundrechtsfragen eingehend erörterte.⁷¹

Im Übrigen hat die Kommission 2017 eine neue Empfehlung zur Aufnahme von PNR-Verhandlungen mit Kanada an den Rat gerichtet, die darauf abzielt, die vom EuGH beanstandeten Punkte neu zu verhandeln.⁷² Dass auch insoweit keine Folgenabschätzung vorgenommen wurde, beruht auf dem simplen Umstand, dass die klaren Vorgaben des EuGH kaum politische Ermessensspielräume lassen.

c) Annahme von Initiativen durch die Kommission

Der Abschluss einer Folgenabschätzung und die Auswahl bevorzugter Optionen durch die Dienststellen der Kommission bedeuten nicht, dass damit der Inhalt der geplanten Initiative bereits feststünde. Vielmehr wird der Kommission dadurch eine faktenbasierte und analytische Basis für ihren Entscheidungsprozess zur Verfügung gestellt, die es ihr erlaubt, ihr Initiativermessen sachgerecht auszuüben. Die Kommission ist somit an die Ergebnisse der Folgenabschätzung nicht gebunden, sondern kann sich entgegen den Empfehlungen ihrer Dienste für andere Optionen entscheiden oder auch Optionen anders kombinieren. Aufgrund ihrer Publikation wird der Umgang der Kommission mit ihren Folgenabschätzungen sowohl für die anderen Institutionen als auch für die Öffentlichkeit erkennbar.

Der interne Entscheidungsprozess in der Kommission verläuft nach dem Kollegialprinzip⁷³ und folgt den einschlägigen Regeln in ihrer Geschäftsordnung. Zu diesem Verfahren gehört die Abfassung eines Entwurfs durch die zuständige Generaldirektion, die formelle Konsultation der anderen betroffenen Dienste (sog. *In-*

70 Commission Staff Working Document, Better Regulation: taking stock and sustaining our commitment, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, (Fn. 38), S. 20. S. auch den vom Europäischen Parlament für den Zeitraum vom 4.7.2014 bis 31.12.2016 erstellten Tätigkeitsbericht, nach dem in dem genannten Zeitraum lediglich 68 der von der Kommission vorgelegten Vorschläge von Folgenabschätzungen begleitet gewesen sei, <http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/3ef941c7-9e08-44b8-8bb1-f84e0a2562a4/Activity-report-ordinary-legislative-procedure-2014-2016-en.pdf>.

71 Vorschlag für eine Verordnung über ein Europäisches Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS) und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) Nr. 2016/794 und (EU) 2016/1624, 16.11.2016, KOM (2016) 731 final, S. 19 und 22 ff.

72 Empfehlung der Kommission zur Genehmigung der Aufnahme von Verhandlungen über ein Abkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada über die Übermittlung und Verwendung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) zu Zwecken der Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus und sonstiger grenzübergreifender schwerer Kriminalität, 18.10.2017, KOM (2017) 605 endgültig. Der Rat hat die Ermächtigung mit Beschluss vom 5.12.2017 erteilt, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13672-2017-REV-1/fr/pdf>.

73 R. Streinz (Fn. 16), S. 138.

terservice-Konsultation), die Einleitung des Annahmeverfahrens auf der Ebene des Kollegiums und schließlich die formelle Annahme durch die Kommission. Was die Wahrung der Grundrechte angeht, ist in dieser Phase die Beteiligung des Juristischen Dienstes der Kommission von zentraler Bedeutung. Er prüft die Kompatibilität des Entwurfs mit dem Unionsrecht im Allgemeinen und mit diesen Grundrechten im Besonderen und berät insoweit sowohl die Dienststellen als auch das Kollegium. Darüber hinaus spielt auch die Einbindung der mit Grundrechtsfragen befassten Generaldirektion Justiz und Verbraucher (JUST) eine Rolle.⁷⁴

Schließlich hat sich die Kommission dazu verpflichtet, Vorschläge mit einem besonderen Grundrechtsbezug mit speziellen Erwägungsgründen zu versehen,⁷⁵ „die ihre Vereinbarkeit mit der Charta erläutern“.⁷⁶ Zusätzlich fügt sie in solchen Fällen in die Begründung des Vorschlags eine Zusammenfassung ihrer grundrechtlichen Erwägungen ein. So enthielt zwar der urheberrechtliche Vorschlag der Kommission in seinen Erwägungsgründen nur eine zugegebenermaßen kursorische Erwähnung der einschlägigen Grundrechte.⁷⁷ Der in die Vorschlagsbegründung aufgenommene Absatz fasste die grundrechtsrelevanten Argumente allerdings deutlich klarer zusammen.⁷⁸ Wirft man einen Blick in Vorschläge für andere grundrechtssensible Rechtsakte aus jüngerer Vergangenheit wie etwa jene für die PNR-Richtlinie⁷⁹ oder die Datenschutzgrundverordnung⁸⁰, so zeigt sich, dass die Kommission ihre Selbstverpflichtung durchaus ernst nimmt.

2. Normsetzungsverfahren: Rat und Europäisches Parlament

Auch wenn das Initiativmonopol es der Kommission gestattet, den Normsetzungsprozess inhaltlich vorzuprägen, so liegt die Entscheidung über das Schicksal ihrer Initiativen und die Ausgestaltung der Rechtsakte letztlich in den Händen der EU-Normgeber, d.h. des Europäischen Parlaments und des Rats. Letztere sind auch an die von der Kommission vorgelegten Folgenabschätzungen nicht gebun-

74 S. zur internen Arbeitsweise der Kommission etwa *A.-K. Kaufhold*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 47. EL März 2019, Rn. 235–243.

75 Grundsätzlich begann die Kommission bereits 2001, grundrechtsbezogene Erwägungsgründe in ihre Vorschläge einzufügen.

76 Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union, Mitteilung der Kommission vom 19.10.2010, KOM (2010) 573 endgültig, S. 8 f.

77 Die Erwägungsgründe 45 und 45 des Vorschlags wurden als Erwägungsgründe 84 und 85 unverändert in den Rechtsakt übernommen.

78 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, 14.9.2016, KOM (2016) 593 final.

79 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen zu Zwecken der Verhütung, Aufdeckung, Aufklärung und strafrechtlichen Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität, 2.2.2011, KOM (2011) 32 endgültig; s. dort S. 9 f. der Begründung und die Erwägungsgründe 31 und 32.

80 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), 25.1.2012, KOM (2012) 11 endgültig; s. dort S. 7 der Begründung und Erwägungsgrund 135.

den,⁸¹ und können im Übrigen „auch jede andere Informationsquelle berücksichtigen“.⁸² In der Praxis erfahren Kommissionsinitiativen im Normsetzungsprozess oft substantielle Änderungen, die durchaus auch Auswirkungen auf die Vereinbarkeit der Vorschriften mit den Grundrechten haben können. Vor diesem Hintergrund sind die Vorarbeiten der Kommission zwar auch für den Gesetzgeber wichtig, doch sollte trotzdem sichergestellt sein, dass grundrechtsrelevante Änderungen im Gesetzgebungsverfahren methodisch sorgfältig geprüft werden. Zurecht wies *Viviane Reding* in ihrem bereits erwähnten Vortrag darauf hin, wie wichtig es sei, ein wachsames Auge über den gesamten Rechtsetzungsprozess zu bewahren, um sicherzustellen, dass die endgültigen Rechtstexte – so wie sie von Parlament und Rat im Mitentscheidungsverfahren angenommen werden – weiterhin im Einklang mit der Charta stehen.⁸³

a) Rat

Vor diesem Hintergrund hat der Rat, ähnlich wie die Kommission, interne Verfahren und Strukturen geschaffen, um die Beachtung der Grundrechte bei seinen Entscheidungen und vor allem bei Änderungen von Kommissionsvorschlägen zu gewährleisten. Zu nennen sind zunächst die Schlussfolgerungen des Rats vom Februar 2011, in denen er

- sich ausdrücklich zu dieser Aufgabe bekennt,
- auf die Rolle seines Juristischen Dienstes, der Arbeitsgruppe "Grundrechte, Bürgerrechte und Freizügigkeit" und den Input der Experten der Mitgliedstaaten verweist, und
- die Ausarbeitung einschlägiger Leitlinien ankündigt.

Eine aktualisierte Fassung der im Jahr 2011 erstmals aufgestellten Leitlinien wurde im Januar 2015 vom Ausschuss der Ständigen Vertreter gebilligt.⁸⁴ Die Leitlinien stellen eine konzise Handreichung dar, die im politischen Entscheidungsprozess durchaus von Nutzen sein kann.

b) Europäisches Parlament

Die Situation im Europäischen Parlament unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der im Rat. In Art. 39 Abs. 1 seiner Geschäftsordnung bekennt sich das Parlament zur uneingeschränkten Beachtung der Grundrechte i.S. des Art. 6 EUV. Weiter skizzieren die Absätze 2 bis 4 die Abläufe für den Fall, dass aus dem Parlament heraus Zweifel an der Grundrechtskonformität eines Vorschlags geäußert werden. In solchen Fällen kann der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz

81 EuGH, Rs. C-343/09 (Afton Chemical), ECLI:EU:C:2010:419, Slg. 2010, I-7027, Rn. 30 und 57.

82 EuGH, Rs. C-128/17 (Polen/Europäisches Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2019:194, Rn. 31.

83 *V. Reding* (Fn. 41), S. 10.

84 Ratsdokument 5377/15 vom 20.1.2015. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5377-2015-INIT/en/pdf>.

und Inneres (LIBE)⁸⁵, dessen Zuständigkeiten den Schutz der in den Verträgen und in der GRC verankerten Grundrechte umfassen,⁸⁶ vom sachlich zuständigen Ausschuss, einer Fraktion oder mindestens 40 Abgeordneten um eine Stellungnahme ersucht werden. Auch der Juristische Dienst des Parlaments kann konsultiert werden. Seine Rolle bleibt insoweit allerdings hinter jener des Juristischen Dienstes des Rats zurück, der sämtliche Kommissionsvorschläge *ex officio* einer rechtlichen Prüfung unterzieht. Ergänzend sollte man erwähnen, dass die an der Normsetzung beteiligten Organe auch die Europäische Grundrechteagentur um grundrechtsbezogene Äußerungen zu Vorschlägen der Kommission bitten können, was in der Praxis allerdings soweit ersichtlich nicht geschieht.⁸⁷ Die Agentur nimmt jedoch aus eigener Initiative zu Gesetzesinitiativen der Kommission Stellung.⁸⁸

III. Rechtliche Einordnung der Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz im Rechtsetzungsverfahren

1. Kommission

Bei den von der Kommission zum Grundrechtsschutz im Rechtsetzungsverfahren getroffenen Vorkehrungen handelt es sich, wie gezeigt wurde, um Strategien, methodologische Handreichungen, Leitlinien oder *Operational Guidance*, die in die Form von Mitteilungen, sog. *Commission Staff Working Documents*⁸⁹ oder einfach als interne Vorgaben für die Dienststellen gekleidet sind. Vieles spricht dafür, dass es sich insoweit zum einen um Erläuterungen der Kommissionspraxis nach außen und vor allem gegenüber Europäischem Parlament und Rat handelt, und zum anderen um interne Weisungen, in beiden Fällen ohne rechtliche Außenwirkung.

Die Kommission gehört jedoch neben dem Europäischen Parlament und dem Rat zu den Parteien, die die Interinstitutionelle Vereinbarung vom 13.4.2016 über bessere Rechtsetzung⁹⁰ (IIV 2016) geschlossen haben. Dort werden neben Bekenntnissen zu allgemeinen Prinzipien und Zielen der „Besseren Rechtsetzung“ die für die Erstellung und Ausgestaltung von Folgenabschätzungen wesentlichen Eckpunkte aufgeführt, zu denen auch die Achtung der Grundrechte zählt. Weiter wird dort bekräftigt, dass die Kommission in der ihren Vorschlägen beiliegenden Be-

85 S. Anhang VI Nr. XVII der Geschäftsordnung.

86 A. Voßkuhle/Th. Wischmeyer (Fn. 14), JuS 2017, S. 1171.

87 Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15. Februar 2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. EG 2007 L 53/1.

88 S. dazu die Informationen auf der Homepage der Agentur, <https://fra.europa.eu/de/publications-and-resources/opinions>.

89 Arbeitsdokumente der Kommissionsdienststellen.

90 ABl. EU 2016 L 123/1.

gründung⁹¹ die vorgeschlagenen Maßnahmen u.a. im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten rechtfertigt und „über Umfang und Ergebnisse der von ihr durchgeführten Konsultation der Öffentlichkeit und der Interessenträger, der Folgenabschätzung und der Ex-post-Evaluierung bestehender Rechtsvorschriften“ berichtet.⁹²

Ob sich daraus rechtliche Verpflichtungen der Kommission ableiten lassen, ist nicht ganz einfach zu beurteilen. Das Instrument der IIV ist zwar mittlerweile in Art. 295 AEUV ausdrücklich vorgesehen. Geregelt wird dort jedoch nur, dass solche Vereinbarungen „auch bindenden Charakter haben können“. Ob man im Hinblick auf die Einbeziehung der Grundrechtsaspekte in die Normsetzungsvorbereitung von einer solchen Bindung ausgehen kann, erscheint jedoch eher zweifelhaft. Die IIV 2016 selbst enthält keine Aussagen zu ihrer Verbindlichkeit, so dass es auf ihre Auslegung nach Sinn und Zweck der in ihr enthaltenen Aussagen ankommt.⁹³ Stellt man auf ihre textliche Ausgestaltung ab, so zeigt sich, dass in der Regel keine Formulierungen verwendet werden, die klassischen verbindlichen Rechtstexten entsprechen. Vielfach wird das eher ankündigende Futur verwendet („wird ihre Gesetzgebungsinitiativen ... einer Folgenabschätzung unterziehen“)⁹⁴, nicht die anordnende Gegenwartsform.⁹⁵ Im Hinblick auf die Grundrechte heißt es, diese „sollten“ uneingeschränkt geachtet werden.⁹⁶ Auch die Aussage, dass es jedem der drei Organe obliege, seine Folgenabschätzungen selbst zu gestalten,⁹⁷ deutet eher auf mangelnden gegenseitigen Bindungswillen hin. Letzteres dürfte insbesondere den Interessen von Parlament und Rat entsprechen, die darauf geachtet haben, anders als das im Vorschlag der Kommission vorgesehen war, möglichst nicht zur Durchführung von Folgenabschätzungen „in Bezug auf die von ihnen vorgenommenen wesentlichen Abänderungen an Kommissionsvorschlägen“ verpflichtet zu sein.⁹⁸ Mittlerweile hat der EuGH bestätigt, dass jedenfalls Nr. 15 IIV 2016 „keine zwingende Verpflichtung zu Lasten der betroffenen Organe enthält“.⁹⁹ Daher sprechen gute Gründe dafür, dass die Vorlage eines Vorschlags oh-

91 Gemeint sind damit nicht die zum Rechtsakt gehörenden Erwägungsgründe, sondern die jedem Vorschlag beigefügte Begründung (*Explanatory Memorandum*).

92 S. Nr. 25 IIV 2016.

93 M. Gellermann, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 295 AEUV, Rn. 6.

94 S. Nr. 13 IIV 2016. Unmittelbar anschließend heißt es, „Die im Arbeitsprogramm der Kommission oder in der gemeinsamen Erklärung aufgeführten Initiativen werden *generell* [Hervorhebung durch den Autor] von einer Folgenabschätzung begleitet.“

95 In der englischen Fassung werden im Abschnitt über Folgenabschätzungen bis auf eine Ausnahme stattdessen Verbindlichkeit ausdrückende „*shall*“ Termini wie „*should*“ oder „*will*“ verwendet.

96 S. Nr. 12 IIV 2016.

97 S. Nr. 17 IIV 2016.

98 S. insbesondere Nr. 10 im Vorschlag der Kommission für eine Interinstitutionelle Vereinbarung über bessere Rechtsetzung, KOM (2015) 216 final: „Das Europäische Parlament und der Rat unterziehen in jedem Stadium des Gesetzgebungsprozesses alle wesentlichen Änderungen an einem Kommissionsvorschlag vor der Annahme einer Folgenabschätzung.“ Dem gegenüber enthält die IIV 2016 in ihrer Nr. 15 eine sehr viel vorsichtiger Formulierte: „Wenn sie dies im Hinblick auf den Gesetzgebungsprozess für zweckmäßig und erforderlich halten, werden das Europäische Parlament und der Rat Folgenabschätzungen in Bezug auf die von ihnen vorgenommenen wesentlichen Abänderungen am Kommissionsvorschlag durchführen.“

99 EuGH, Rs. C-128/17 (Polen/Europäisches Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2019:194, Rn. 43.

ne vorherige Durchführung einer den internen Kommissionsvorgaben entsprechenden Folgenabschätzung ggf. zwar fachlich bedenklich wäre, nicht aber gegen die IIV 2016 verstieße. Eine andere Beurteilung käme allenfalls dann in Betracht, wäre auf die sachgerechte Vorbereitung einer Initiative weitgehend oder ganz verzichtet worden. Doch auch in solchen Fällen hätten Europäisches Parlament und Rat im Gesetzgebungsverfahren stets die Möglichkeit, die versäumte Normvorbereitung nachzuholen oder den Vorschlag abzulehnen. Letzteres ist, soweit ersichtlich, jedoch allein wegen des Fehlens einer Folgenabschätzung bislang nicht geschehen.

Schließlich wäre die unzureichende Vorbereitung einer Regelungsinitiative der Kommission für sich genommen auch kein Grund für die Aufhebung oder Ungültigkeitserklärung des auf ihr beruhenden Rechtsakts. Gleichgültig, ob es sich um Gesetzgebung oder um den Abschluss eines internationalen Abkommens handelt, kann der dabei erzeugte Rechtsakt der Kommission rechtlich nicht mehr zugerechnet werden.¹⁰⁰ Vielmehr obliegt es dem Normgeber, prozedurale oder inhaltliche Mängel der ursprünglichen Initiative, die Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des geplanten Rechtsakts haben könnten, im Normsetzungsverfahren zu beheben. Geschieht das nicht, wie es etwa in der bereits erörterten Rechtssache *Schecke*¹⁰¹ der Fall war, kommen nur die gerichtliche Aufhebung oder die Ungültigkeitserklärung des Rechtsakts in Betracht.¹⁰²

2. Normgeber

Im Lichte der Rechtssache *Schecke* lässt sich im Übrigen auch erkennen, welche Mängel der Normvorbereitung zur Rechtswidrigkeit des letztlich beschlossenen Rechtsakts führen können. Nicht weiter analysiert zu werden brauchen in diesem Zusammenhang jene klassischen Fälle, in denen die erlassene Norm einen materiellen Grundrechtsverstoß auslöst. Hier erübrigt die Feststellung des Verstoßes nähere rechtliche Überlegungen zu den Ursachen seines Zustandekommens. Anders liegen die Dinge jedoch, wenn der Fehler nicht in einer schlichten materiellen Inkompatibilität der Norm mit einem oder mehreren Grundrechten liegt, sondern in der mangelnden Aufbereitung und Bewertung der für die gerichtliche Grundrechtsprüfung maßgeblichen Parameter durch den Normgeber. Genau darin aber sah der EuGH in der Rechtssache *Schecke* das dem Normgeber anzulastende Versäumnis. Dieser habe andere Ausgestaltungen der Publikationspflicht mit einer möglicherweise geringeren Eingriffsintensität nicht einmal erwogen und somit gegen das Verhältnismäßigkeitskriterium in Art. 52 Abs. 1 GRC verstoßen. In sol-

100 S. dazu eingehend *J. von Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, 2014, S. 59 ff.

101 EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 (*Schecke*), ECLI:EU:C:2010:662, Slg. 2010, I-11063.

102 Klageadressaten wären im Fall einer Nichtigkeitsklage Europäisches Parlament und Rat als Mitgesetzgeber, s. *J. Dervisopoulos*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 7 Nichtigkeitsklagen, Rn. 20 ff.

chen Fallkonstellationen können somit Mängel der Normvorbereitung zu rechtsrelevanten Normmängeln mutieren. Mit *Lenaerts*¹⁰³ wird man diese Vorgehensweise des EuGH als prozessorientierte Verhältnismäßigkeitsprüfung interpretieren dürfen, die den im griechischen Baumwollfall¹⁰⁴ und der Rechtssache *Vodafone*¹⁰⁵ entwickelten und erst jüngst in der Rechtssache C-128/17¹⁰⁶ herangezogenen methodischen Ansatz aufgreift und für die Grundrechtsprüfung nutzbar macht.

IV. Fazit

In seinem institutionellen Bericht zum F.I.D.E. Kongress 2012 in Tallinn¹⁰⁷ warf *Ladenburger* die berechtigte Frage auf, ob die von den Unionsorganen damals bereits praktizierten methodologischen Vorkehrungen in der Realität, und nicht nur in der subjektiven Wahrnehmung der beteiligten Juristen, zu einem besseren Schutz der Grundrechte in konkreten Gesetzgebungsvorhaben geführt haben. Zur Begründung seines im Wesentlichen positiven Fazits konnte er auf eine Reihe von Normsetzungsprojekten verweisen, in denen auf allen Ebenen um eine grundrechtskompatible und womöglich grundrechtsfördernde Ausgestaltung gerungen worden war. Dass darunter auch das PNR-Dossier figurierte, lässt freilich erahnen, dass selbst so weitreichende Vorkehrungen wie die von der Kommission, Parlament und Rat getroffenen nicht zwingend zum Erfolg führen müssen. Das gilt insbesondere in sensiblen Fällen, in denen es in der konkreten Abwägung zwischen politischen Zielen und Grundrechtsbelangen trotz intensiver Diskussion nicht ausreichend gelingt, die von den Gerichten später angelegten Maßstäbe vorwegzunehmen. Mit diesem Restrisiko wird man aber leben müssen, und letztlich auch leben können.

Man wird der Kommission daher zustimmen dürfen, wenn sie in ihrem jüngst publizierten Bericht über die Anwendung der GRC feststellt, in den EU-Institutionen habe sich schrittweise eine Kultur der Grundrechte entwickelt, und den politischen Entscheidungsträgern werde zunehmend bewusst, wie wichtig es ist, dafür zu sorgen, dass ihre Initiativen mit der Charta vereinbar sind.¹⁰⁸ Neben den Anstrengungen der an der Normsetzung beteiligten Organe sollte man freilich auch den Beitrag der europäischen Gerichtsbarkeit zu diesem Prozess hervorheben. *Rosas* und *Armati* weisen nicht zu Unrecht darauf hin, dass der EuGH vor dem 1.12.2009 keinen Legislativakt der Union wegen Verletzung von Grundrechten

103 *K. Lenaerts*, The European Court of Justice and Process-oriented Review, College of Europe, Research Papers in Law 1/2012, S. 9 ff. S. auch *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 103 ff.

104 EuGH, Rs. C-310/04 (Spanien/Rat), ECLI:EU:C:2005:260.

105 EuGH, Rs. C-58/08 (*Vodafone*), ECLI:EU:C:2010:321, Slg. 2010, I-4999.

106 S. EuGH, Rs. C-128/17 (Polen/Europäisches Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2019:194, Rn. 73.

107 *C. Ladenburger*, European Union Institutional Report, in: Laffranque (Hrsg.), The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions, 2012, S. 141–215.

108 Jährlicher Bericht der Kommission über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2018, KOM (2019) 257 final, S. 16.

für ungültig erklärt habe, dies seit dem Inkrafttreten der Charta jedoch mehrmals geschehen sei.¹⁰⁹ Insoweit wäre es eher überraschend, würde die wiederholte Erfahrung der gerichtlichen Aufhebung bisweilen mühsam erreichter legislativer Kompromisse zumindest in den davon besonders betroffenen Rechtsbereichen nicht zur Schärfung des Grundrechtsbewusstseins der daran beteiligten Organe beitragen.

109 A. Rosas/L. Armati (Fn. 15), S. 169 m. Nachw. Zur „Ehrenrettung“, des EuGH sollte man freilich berücksichtigen, dass er lange vor dem Vertrag von Lissabon bereits Rechtsakte wegen Verstoßes gegen rechtsstaatliche Standards wie etwa den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Vertrauensschutzgrundsatz oder das Diskriminierungsverbot aufgehoben hatte. S. dazu etwa T. C. Hartley (Fn. 3), S. 162 ff.