
Abgeleitete Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon – Überlegungen zu Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten

Constantin Fabricius*

Inhalt

I. Einleitung	568
II. Rechtshistorischer Hintergrund	568
III. Delegierte Rechtsakte (Art. 290 AEUV)	570
1. Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer (Art. 290 Abs. 1 Satz 2 AEUV)	571
2. Wesentlichkeitsvorbehalt (Art. 290 Abs. 1 Satz 3 AEUV)	571
3. Konsultations- und Informationspflichten	573
a) Keine Konsultationspflicht	574
b) Unvollständige Informationspflicht	581
4. Widerrufs- und Einspruchsrecht (Art. 290 Abs. 2 AEUV)	583
a) Jederzeitiges Widerrufsrecht	583
b) Einspruch und Widerruf – sonst nichts	584
c) Keine Pflicht zur Regelung von Einspruch und Widerruf	585
d) Einspruchsfrist nach Wahl des Gesetzgebers	586
e) Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf	588
f) Beschränkung der Wirkung des Widerrufs	591
IV. Durchführungsrechtsakte (Art. 291 AEUV)	594
1. Komitologieverfahren nach der Durchführungsverordnung	596
2. Durchführung von Delegierten Rechtsakten	599
3. Selbstermächtigung der Kommission über Art. 291 Abs. 2 AEUV	600

* Der Autor, Bankkaufmann und Assessor, ist als Referent beim Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin/Brüssel, im Bereich Europapolitik beschäftigt. Dieser Beitrag bringt seine persönliche Meinung zum Ausdruck. Er dankt Frau Dr. iur. Winnie Hartisch, Assessorin, sowie Herrn Wolfgang Kälberer, Assessor, für ihre konstruktiven Anregungen. Herrn Simon Eckervogt, cand. iur., wird für die wertvolle Mithilfe bei der Literaturrecherche gedankt.

V. Systematischer Vergleich	601
VI. Schlussfolgerungen	603

I. Einleitung

Der Delegierte Rechtsakt gemäß Art. 290 AEUV¹ und der Durchführungsrechtsakt gemäß Art. 291 AEUV zählen, soweit es um die Umsetzung geht, zu den schwierigeren Teilen des Lissabon-Vertrages² und sind zugleich von überragender Bedeutung für die Praxis. Mit Erstaunen müssen Fachleute mit einem Aufgabenbezug zur Europapolitik aber feststellen, dass diese europaweit bislang kaum Gegenstand von wissenschaftlichen Studien im Detail waren. Dieser Aufsatz möchte deshalb einen Beitrag dazu leisten, die Aufmerksamkeit der Experten auf das Thema zu lenken und zu vertieften Ausarbeitungen anzuregen.

Ziel des Verfassers ist es, nach einer kurzen Darstellung ihres rechtshistorischen Hintergrundes (II.) einen Überblick über die Delegierten Rechtsakte (III.) und die Durchführungsrechtsakte (IV.) zu geben und mit einem systematischen Vergleich der beiden Handlungsformen (V.) abzuschließen. Die zentralen Ergebnisse werden in den Schlussfolgerungen (VI.) noch einmal zusammengefasst dargestellt.

II. Rechtshistorischer Hintergrund

Mit der Abschlusserklärung des Europäischen Rates von Laeken im Jahre 2001 stellten die Staats- und Regierungschefs seinerzeit fest, dass die Union demokratischer, transparenter und effizienter werden muss. Als eine der zentralen Aufgaben in diesem Zusammenhang wurde die Vereinfachung und Reduzierung der Rechtsinstrumente genannt. Um diese – neben weiteren – einer genaueren Überprüfung zu unterziehen, wurde die Einberufung eines „Konvents zur Zukunft Europas“ beschlossen.³

Unter Vorsitz des ehemaligen französischen Staatspräsidenten *Giscard d'Estaing* saßen ab dem Jahr 2002 Vertreter aus allen Mitgliedstaaten in verschiedenen

¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

² *Schusterschitz*, in: Rechtsakte und Rechtsetzungsverfahren, in: Hummer/Oberwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 1. Aufl. 2009, S. 211.

³ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Laeken am 14. und 15.12.2001 (Drs. SN 300/1/01 REV1), Anlage I – Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, S. 21, 22 und 24.

Arbeitsgruppen des „Europäischen Konvents“ zusammen,⁴ an deren Ende 2003 nicht – wie ursprünglich gedacht – etwa nur die Neuordnung der bestehenden europäischen Verträge,⁵ sondern der Entwurf eines „Vertrages über eine Verfassung für Europa“ stand,⁶ der am 29. Oktober 2004 von der Regierungskonferenz in Rom unterzeichnet wurde.⁷ Nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages durch die Referenden in Frankreich und den Niederlanden⁸ wurden mit der Unterzeichnung durch die Staats- und Regierungschefs am 13. Dezember 2007 weite Teile in den Vertrag von Lissabon übernommen, der am 1. Dezember 2009 in Kraft trat. Schätzungen gehen heute von ungefähr neunzig Prozent aus – entscheidend jedoch ist, dass trotz der großzügigen Verwendung neuer Bezeichnungen die Substanz des Verfassungsvertrages erhalten geblieben ist.⁹ Diese Feststellung trifft im besonderen Maße für die Rechtsakte und die Vereinfachung der Rechtssetzungsverfahren zu. Im Ergebnis hat die Entscheidung zur weitgehenden Übernahme des Verfassungsvertrages durch die Regierungskonferenz von Lissabon zu einer tiefgreifenden Veränderung der abgeleiteten europäischen Rechtsetzung geführt.

Neu ist die Unterscheidung in Gesetzgebungsakte, also Rechtsakte, die in einem Gesetzgebungsverfahren durch das Europäische Parlament und den Rat gemäß Art. 289 Abs. 1 bis 3 AEUV verabschiedet werden,¹⁰ und Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, die nicht in einem Gesetzgebungsverfahren angenommen werden. Letztere können – im Prinzip – von allen Organen beschlossen werden, weil sie kein Gesetzgebungsverfahren voraussetzen (*argumentum e contrario* ex Art. 289 Abs. 3 AEUV). Zu diesen Handlungsformen zählen unmittelbar auf die Verträge gestützte Rechtsakte¹¹ sowie die neuartigen Delegierten Rechtsakte gemäß Art. 290

⁴ Ausführlich zur Arbeit und zu Dokumenten des Europäischen Konvents, <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=de> (5.12.2011).

⁵ *Kampfer*, Der Weg von Brüssel nach Rom durch das Tal der Ahnungslosen, in: Berg/Kampfer (Hrsg.), Verfassung für Europa – Der Taschenkommentar für Bürgerinnen und Bürger, 2. Aufl. 2005, S. 1.

⁶ Übermittlungsvermerk des Sekretariats für den Europäischen Konvent, Drs. CONV 850/03 v. 18.7.2003.

⁷ Ausführlich zur Arbeit und zu Dokumenten der vorbereitenden Regierungskonferenz: http://europa.eu/scadplus/cig2004/index_de.htm (5.12.2011).

⁸ *Weiner*, Von Laeken bis Lissabon – Die Entstehung des EU-Reformvertrages, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon – Kurzkomentar, 3. Aufl. 2009, S. 4 f. m.w.N. zum Reformprozess.

⁹ *Schusterschitz*, (Fn. 2), S. 210.

¹⁰ Vertiefend *Frenz/Götzkes*, Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach dem Vertrag von Lissabon, Zeitschrift für Gesetzgebung 2010, S. 34 f.

¹¹ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“ des Konvents zur Ausarbeitung einer Verfassung für Europa, Drs. CONV 424/02 v. 29.11.2002, S. 11. *Frenz*, Handbuch Europarecht – Wirkungen und Rechtsschutz, Bd. 5, 1. Aufl. 2010, Rdnr. 630, S. 199; Rdnr. 635, S. 200 f. m.w.N.

AEUV und die Durchführungsrechtsakte gemäß Art. 291 AEUV, mit denen Rechtsetzungsbefugnisse auf bestimmte EU-Organe übertragen werden können. Schöpferin dieser neuen Struktur und insbesondere der Delegierten Rechtsakte sowie Durchführungsrechtsakte war die Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents, die sie in ihrem Schlussbericht vom 29. November 2002 vorschlug.¹²

III. Delegierte Rechtsakte (Art. 290 AEUV)

Nach Art. 290 Abs. 1 Satz 1 AEUV hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, auf die Kommission die Befugnis mittels eines Gesetzgebungsakts zu übertragen, in einem bestimmten Rahmen und auf Basis einer ausdrücklichen, im Gesetzgebungsakt genannten Ermächtigung Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung nicht wesentlicher Aspekte des Gesetzgebungsaktes zu erlassen.

Unter „Änderung“ ist die Modifikation einer im Normtext bereits angelegten Regelung zu verstehen; die „Ergänzung“ schließt hingegen eine vorhandene Lücke durch die Hinzufügung einer neuen Regelung.¹³ Sinn dieser Instrumente ist es, „die europäischen Gesetzgebungsakte von technischen Einzelheiten zu entlasten und diese der Kommission zur Regelung zu übertragen. Dies begegnet der geläufigen Kritik eines zu großen Detaillierungsgrads europäischer Gesetzgebungsakte.“¹⁴

In der Arbeitsgruppe IX. war man seinerzeit mehrheitlich der Auffassung, dass die Kommission das einzige Organ sein soll, dem die Befugnis zum Erlass von Delegierten Rechtsakten übertragen werden kann.¹⁵ Dies kommt in dem Wortlaut der Norm („kann der Kommission die Befugnis übertragen werden“) eindeutig zum Ausdruck. Insoweit hat diese also das Erlassmonopol. Es währt von der Erarbeitung von Entwürfen durch Kommissionsbeamte bis zur Verabschiedung der Delegierten Rechtsakte durch die Kommissare auf einer Sitzung der Kommission.

¹² Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“, (Fn. 11), S. 8 f.

¹³ Härtel, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, Rdnr. 53, S. 234.

¹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.2.2005 zu dem Vertrag v. 29.10.2004 über eine Verfassung für Europa, BT-Drs. 15/4900, S. 262.

¹⁵ Vermerk des Präsidiums des Europäischen Konvents für den Konvent, Drs. CONV 571/03 v. 26.2.2002, S. 3 f., 15 f.

1. Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer (Art. 290 Abs. 1 Satz 2 AEUV)

Im Gesetzgebungsakt sind Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Ermächtigung ausdrücklich festzulegen, so dass „trennscharf entschieden werden kann, welche wesentlichen Bestandteile des Basisrechtsakts nicht von der Befugnisübertragung erfasst werden.“¹⁶ Wie sich aus der Formulierung „werden [...] festgelegt“ ergibt, sind diese vier Merkmale kumulativ zu erfüllen. Dem Gesetzgeber wird also kein Ermessen zugebilligt, ob er eine entsprechende Regelung trifft. Anders ist dies bei der Frage, wie er die Befugnisübertragung konkret ausgestaltet. Vor allem mit Blick auf die Bestimmung ihrer Dauer ist diese Feststellung von besonderer Bedeutung. Danach kann der Gesetzgeber diese befristen – er muss es aber nicht.¹⁷ Er könnte die Befugnis deshalb auch für unbestimmte Zeit auf die Kommission übertragen.

Hierfür spricht die Genese dieser Norm. In ihrem Schlussbericht hatte die Arbeitsgruppe IX. eine Auflösungsklausel, eine sogenannte „*Sunset-Clause*“, als zusätzliche Kontrollmöglichkeit vorgeschlagen. Danach sollte die Befugnis zum Erlass eines Delegierten Rechtsakts von begrenzter Dauer sein und nach Ablauf der betreffenden Frist vom Gesetzgeber erneuert werden müssen.¹⁸ Dieser Vorschlag aber wurde von der römischen Regierungskonferenz nicht übernommen. Und die Regierungskonferenz in Lissabon folgte dem Votum ihrer Vorgängerin.

Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Basisrechtsakt Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Ermächtigung ausdrücklich festzulegen hat. In der konkreten Ausgestaltung dieser Merkmale ist er jedoch frei.

2. Wesentlichkeitsvorbehalt (Art. 290 Abs. 1 Satz 3 AEUV)

Nach Art. 290 Abs. 1 Satz 3 AEUV sind die wesentlichen Aspekte eines Regelungsbereichs dem Gesetzgebungsakt vorbehalten. Eine Befugnisübertragung ist im Umkehrschluss also nur bezogen auf unwesentliche Elemente möglich.¹⁹

¹⁶ Empfehlungen der federführenden Bundesrats-Ausschüsse für Fragen der Europäischen Union und für Innere Angelegenheiten, BR-Drs. 875/1/09 v. 1.2.2010, S. 3, Pkt. 7.

¹⁷ So auch *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 290 AEUV, Rdnr. 14. Ebenso das Parlament in seiner EntschlieÙung zur legislativen Befugnisübertragung v. 5.5.2010, Drs. P7_TA(2010)0127, Pkt. 8. A.A. noch der Berichterstatter *Szajer* in dem vorbereitenden Bericht für den federführenden Rechtsausschuss des Parlaments zur Übertragung legislativer Zuständigkeiten, Drs. A7-0110/2010 v. 29.3.2010, Begründung Pkt. 4.

¹⁸ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“, (Fn. 11), S. 12.

¹⁹ St. Rspr.; EuGH, Rs. C-66/04, *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*, Slg. 2005, I-10553, Rdnr. 48: „Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist [...] verpflichtet, in dem Basisrechtsakt die wesentlichen Elemente [...] festzulegen.“

Wo aber nun genau die Grenze zwischen den wesentlichen und unwesentlichen Aspekten eines Regelungsbereiches verläuft, kann nur vage bestimmt werden. Denn weder lässt sich eine Definition für das Merkmal „wesentlich“ im Vertrag von Lissabon finden noch wurde eine solche durch die Rechtsprechung bereits konkret entwickelt.

Nach Auffassung der Arbeitsgruppe IX. jedenfalls soll es stets Sache des Gesetzgebers sein, frei zu bestimmen, wie detailliert ein Gesetzgebungsakt zu regeln ist. Einschränkend könnte jedoch gelten, dass nur die prägenden politischen Optionen für einen bestimmten Bereich dem Gesetzgebungsakt vorzubehalten sind.²⁰ Bestimmender „Leitgedanke“ insoweit soll sein, dass sich der Gesetzgeber „nicht mit Einzelheiten“ eines Rechtsaktes befasst.²¹

Der Europäische Gerichtshof hat in der Vergangenheit bereits ganz ähnliche Tendenzen erkennen lassen. Danach ist im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht die europarechtliche Wesentlichkeitsdogmatik nicht durch einen grundrechtsbezogenen, sondern einen politischen Ansatz gekennzeichnet.²² Die Frage der Wesentlichkeit ist deshalb stets im Lichte der Verwirklichung der Gemeinschaftsziele zu sehen²³ und weniger nach dem Buchstaben der einzelnen Ermächtigung zu beurteilen.²⁴

Unter Beachtung dieser großzügigen Maßgabe ist es möglich, der Kommission mit dem Basisrechtsakt sehr weitgehende Befugnisse zu übertragen.²⁵ Das kann bis

²⁰ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“, (Fn. 11), S. 10.

²¹ Vermerk des Sekretariats für die Gruppe IX. „Vereinfachung“ über die Sitzung am 24.10.2002, Drs. CONV372/02, S. 3.

²² *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Die Verfassung der EU*, 1. Aufl. 2006, Art. I-36, Rdnr. 8; *Voermans*, *Delegation Is a Matter of Confidence – The New EU Delegation System under the Treaty of Lisbon*, *European Public Law* 2011, S. 321. *Seifert*, *Die Durchführung des Gemeinschaftsrechts durch die Europäische Kommission als Teil europäischer „Gesetzgebungstätigkeit“ – aktuelle Rechtslage und Modell der Europäischen Verfassung*, Working Paper Nr. 72, Juli 2006, <http://epub.wu.ac.at/1262/> (5.12.2011), S. 57 f., vertritt die Auffassung, dass „an den europäischen Gesetzgeber und den EuGH die Forderung zu richten ist, einen strengeren Maßstab hinsichtlich der Frage der zulässigen Tragweite von Delegationen von Gesetzgebungsbefugnissen an die Kommission und der Konkretisierung der Ermächtigung anzulegen. Grundrechtseingriffe erfüllen zweifelsfrei das „Wesentlichkeitskriterium“ und sollten somit ab einer gewissen Intensität in Hinkunft europäischen Gesetzen und Rahmengesetzen vorbehalten bzw. im Falle von weniger drastischen Eingriffen nur bei genauer Umschreibung des Eingriffes an die Exekutive delegierbar sein.“

²³ *Härtel*, (Fn. 13), Rdnr. 13, S. 214.

²⁴ EuGH, Rs. 23/75, *ReySoda*, Slg. 1975, 1279, Rdnr. 10/14.

²⁵ EuGH, Rs. 230/78, *Eridiana*, Slg. 1979, 2749, Rdnr. 11. Siehe auch EuGH, Rs. C-22/88, *Industrie- en Handelonderneming Vreugdenhil*, Slg. 1988, 2075, Rdnr. 16: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [...] ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des Vertrages [...] und aus den Anforderungen der Praxis, dass der Begriff ‚Durchführung‘ weit auszulegen ist.“

zum Erlass von Sanktionen reichen.²⁶ Der Europäische Gerichtshof hält es nämlich für zulässig, dass der Kommission eine nur allgemein gehaltene Befugnis übertragen wird, selbst die konkreten „Modalitäten von deren Anwendung zu regeln, ohne dass er [der Gesetzgeber] die Hauptbestandteile der übertragenen Befugnisse genau festlegen müsste, und dass zu diesem Zweck eine allgemein gefasste Bestimmung eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage abgibt“.²⁷ Eine Grenze sieht er erst überschritten bei „solche[n] Bestimmungen, durch die die grundsätzlichen Ausrichtungen der Gemeinschaftspolitik umgesetzt werden“,²⁸ und die von tragender Bedeutung für die mit einem Gesetzgebungsakt verbundenen Anliegen sind.²⁹ Insoweit zu beachten ist jedoch, dass diese Grundsätze zunächst nur für den Agrarbereich entwickelt und erst später auf einzelne andere Politikbereiche, in denen die Kommission eine starke Rolle als Exekutive spielt, ausgeweitet wurden.³⁰

Zusammenfassend wird man festhalten können, dass es weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers liegt, was er als wesentlich bzw. als nicht wesentlich ansieht.³¹ Und die „laxe Judikatur“³² des Europäischen Gerichtshofes untermauert diese Ansicht.

3. Konsultations- und Informationspflichten

Fraglich ist, ob die Kommission eine Pflicht zur Konsultation von Ausschüssen – mit oder ohne Beteiligung von Vertretern der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden oder Ministerien – oder sonstigen Experten trifft, bevor sie einen Delegierten Rechtsakt erlässt. Damit verbunden ist die Frage, ob die Kommission verpflichtet ist, Rat und Parlament über die Zusammenarbeit mit Experten, die für

Da nur die Kommission in der Lage ist, die Entwicklung der Agrarmärkte ständig und aufmerksam zu verfolgen und mit der durch die Situation gebotenen Schnelligkeit zu handeln, kann sich der Rat veranlasst sehen, ihr auf diesem Gebiet weitgehende Befugnisse zu übertragen. Daher sind die Grenzen dieser Befugnisse nach den allgemeinen Hauptzielen der Marktorganisation zu beurteilen.“

²⁶ EuGH, Rs. C-240/90, *Deutschland*, Slg. 1992, I-5423, Rdnrn. 37 und 39. Zu den Sanktionen zählen in diesem Richterspruch Zuschläge und Leistungsausschluss. *Driessen*, *Delegated legislation after the Treaty of Lisbon: An analysis of Article 290 TFEU*, *European Law Review* 2010, S. 846 m.w.N., weist jedoch richtig darauf hin, dass die Rechtsprechung in diesem Punkt uneinheitlich ist.

²⁷ EuGH, Rs. C-22/88, *Industrie- en Handelsonderneming Vreugdenbil*, Slg. 1988, 2075, Rdnr. 41.

²⁸ EuGH, Rs. C-240/90, *Deutschland*, Slg. 1992, I-5423, Rdnr. 37.

²⁹ *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 290, Rdnr. 9 m.w.N.

³⁰ *Driessen*, (Fn. 26), S. 847 m.w.N.

³¹ Ebenso *Seifert*, (Fn. 22), S. 65.

³² *Ibid.*

die Vorbereitung des Erlasses von Delegierten Rechtsakten beigezogen werden, fortlaufend zu unterrichten. Insbesondere für den Gesetzgeber, aber auch Dritte sind diese Fragen von großer praktischer Bedeutung, denn es geht um die Möglichkeiten der frühzeitigen inhaltlichen Einflussnahme.³³

a) Keine Konsultationspflicht

Der Verfasser ist der Ansicht, dass die Kommission keine Pflicht zur Konsultation trifft. Sie hat vielmehr volles Ermessen, ob und gegebenenfalls wie sie sich von Experten beraten lassen möchte. Artikel 290 AEUV sieht weder ausdrücklich eine entsprechende Konsultationspflicht vor noch – anders als Art. 291 Abs. 3 AEUV – eine Befugnis des Gesetzgebers, allgemeine Regeln und Grundsätze für den Erlass von Delegierten Rechtsakten festzulegen. Ebenso wenig gibt es eine andere Vorschrift in den Gründungsverträgen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf ein Verfahren zum Erlass von Delegierten Rechtsakten bezieht. Artikel 290 AEUV ist eine abschließende Norm, die selbst für den Erlass von Delegierten Rechtsakten in Verbindung mit einer extensiven Auslegung oder analogen Anwendung der auf der Grundlage des Art. 291 Abs. 3 AEUV erlassenen und am 1. März 2011 in Kraft getretenen „Verordnung zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren“³⁴ keinen Raum lässt.

Für dieses Verständnis spricht der Umkehrschluss zu Erklärung Nr. 39 betreffend Art. 290 AEUV, die der Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon beigelegt wurde. Danach nahm die Staatenkonferenz zur Kenntnis, dass die Kommission beabsichtigt, sich bei der Ausarbeitung ihrer Entwürfe für Delegierte Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen nach ihrer üblichen Vorgehensweise, i.e. dem Lamfalussy-Verfahren,³⁵ weiterhin von den Mitgliedstaaten benannter Experten zu bedienen. Wird im Wege einer solchen Erklärung eine Aussage betreffend die Einbeziehung von Experten auf lediglich diesem einen Politikfeld gemacht, dann bedeutet das im Umkehrschluss, dass die Kommission an die

³³ Siehe Protokoll der Sitzung des European Scrutiny Committee des britischen Unterhauses am 13.7.2011, Drs. (32920)8753/11 v. 21.7.2011, Pkt. 10.8, unter Bezugnahme auf das Explanatory Memorandum des Europaministers *Lidington* in dem auf „*the opportunity to influence the content of delegated acts*“ hingewiesen wird.

³⁴ VO (EU) Nr. 182/2011, ABl. L 55 v. 28.2.2011, S. 13. Nachfolgend nur noch die „Durchführungsverordnung“ genannt.

³⁵ Siehe zu den Einzelheiten des Lamfalussy-Verfahrens den Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte v. 15.2.2001, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_de.pdf (5.12.2011), S. 56 f. m.w.N.

Beziehung von Experten für jeden anderen Politikbereich noch nicht einmal zu denken braucht.³⁶

Diese Feststellung gilt ebenso für den Bereich „Finanzdienstleistungen“.³⁷ Da es in den Gründungsverträgen keine Bestimmung gibt, die der Kommission die Unterstützung durch Experten untersagt, hat die Erklärung Nr. 39 rein deklaratorischen Charakter.³⁸ Gegen eine entsprechende Konsultationspflicht spricht darüber

³⁶ Gegen eine Konsultationspflicht – im Ergebnis – auch der Rat, Report of the Presidency to COREPER, Implementation of the Treaty of Lisbon – delegated acts, Drs. 16998/09 v. 2.12.2009, S. 3: „*However, delegations agree that no reintroduction of comitology is possible, since it would be incompatible with the Treaty.*“ Ebenfalls der Berichtersteller des Rechtsausschusses des Parlaments Szájer in seinem Bericht zur Übertragung legislativer Zuständigkeiten, (Fn. 17), Begründung Pkt. 7: „Wenn die Kommission vor Annahme eines Delegierten Rechtsakts informelle Konsultationen mit nationalen Experten abhalten will, steht es ihr frei, dies zu tun, so wie sie auch jederzeit die Zivilgesellschaft, Interessensvertreter, Unternehmen, die Sozialpartner, Wissenschaftler oder auch Mitglieder oder Organe des Europäischen Parlaments konsultieren kann.“ Ebenso im Ergebnis *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rdnr. 346, S. 149; *Biervert*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 249, Rdnr. 44, und zwar unter Verweis auf den Wortlaut, den systematischen Zusammenhang und die Entstehungsgeschichte von Art. 290 AEUV; *Schusterschütz*, (Fn. 2), S. 230 f.; *Rohleder*, Die abgeleiteten Rechtsetzungsbefugnisse der Europäischen Kommission nach dem Vertrag von Lissabon, in: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Der aktuelle Begriff Nr. 06/2011, S. 2. *Härtel*, (Fn. 13), Rdnr. 58, S. 235, weist richtig darauf hin, dass Art. 290 AEUV deshalb kein Komitologieverfahren vorsieht, weil es insoweit um Wertungsfragen geht, während es bei Art. 291 AEUV überwiegend um technische Fragen geht, die zur Lösung das Fachwissen von Experten bedingen. Wohl auch *Voermans*, Is the European Legislator after Lisbon a Real Legislature?, *Legislacao Cadernos de Ciencia de Legislacao* No. 50 (2009), S. 407. Allerdings sei darauf hingewiesen, dass der gleiche Autor in einer Publikation aus 2011, (Fn. 22), S. 324, seine Überzeugung insoweit wohl zu verlieren scheint.

³⁷ Im Ergebnis ebenso *Biervert*, (Fn. 36), Art. 249, Rdnr. 44; *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 290, Rdnr. 21; *Scharf*, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 101, 2010, S. 23; *Beer*, Die Zukunft der Komitologie: Weniger Komitees – mehr Kommission?, *EuZW* 2010, S. 201; *Kotzur*, in: Geiger/Kahn/Kotzur (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2010, Art. 290 AEUV, Rdnr. 7. A.A. *Ponzano*, “Executive” and “delegated” acts: The situation after the Lisbon Treaty, in: Griller/Ziller (Hrsg.), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, 1. Aufl. 2008, S. 137; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 290, Rdnr. 16; *Edenharter*, Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission?, *DÖV* 2011, S. 647; *Achleitner/Soetopo*, Der neue Rechtsrahmen für die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon, *EU Top Thema* (Wirtschaftskammer Österreich), 2011, S. 22; wohl aber auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, (Fn. 36), Rdnr. 346, S. 149. Indifferent *Wolfram*, „Underground Law“? – Abgeleitete Rechtsetzung durch Komitologieverfahren in der EU: Bedeutung, Stand, Aussichten nach dem Vertrag von Lissabon, *CEP-Studie* 2009, S. 17; *Möllers/von Achenbach*, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, *Zeitschrift für Europarecht* 2011, S. 54.

³⁸ *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 291, Rdnr. 21; *Scharf*, (Fn. 37), S. 23.

hinaus der bloße Vergleich des Erklärungswortlauts mit beispielsweise dem Wortlaut in Art. 13 Abs. 4 EUV.³⁹ Danach werden das Parlament, der Rat und die Kommission durch den Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie den Ausschuss der Regionen beratend unterstützt. Während die Verwendung der Wörter „werden [...] unterstützt“ keinerlei Ermessen mit Blick auf die Einbindung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen in den Rechtsetzungsprozess vermuten lässt,⁴⁰ deutet die Formulierung in der Erklärung „beabsichtigt [...] zu konsultieren“ hingegen auf einen Ermessensspielraum hin.

Von einem solchen Verständnis geht offenbar auch die Kommission selbst aus, denn sie weist in ihrer „Mitteilung über die Umsetzung von Artikel 290 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ darauf hin, dass Experten stets „eine beratende Funktion übernehmen und ihnen keine institutionelle Rolle im Entscheidungsprozess zugewiesen wird“.⁴¹ In seiner Mitteilung an die Kommission „*Framework for Commission Expert Groups: Horizontal Rules and Public Register*“ mit der ein neuer Rahmen für die Beziehung von Experten geschaffen wurde, stellt der Präsident der Kommission Barroso darüber hinaus fest, dass „*Expert groups do not take binding decisions* [...]“.⁴² Das Adjektiv „institutionell“ bzw.

³⁹ Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrages von Lissabon.

⁴⁰ Über diesen bloßen Wortlautvergleich hinaus sei ausdrücklich festgestellt, dass die „Einbindung in den Rechtsetzungsprozess“ durch Anhörung der beiden Ausschüsse nicht so weit geht, dass sie etwa auch dann zu beteiligen sind, wenn es den Erlass bzw. die Entwürfe von zu erlassenden Delegierten Rechtsakten betrifft. Und diese Feststellung gilt gleichermaßen soweit es Anhörungsrechte der EU-Organe in Bereichen tangiert, auf die sich ihre Befugnisse nach den Verträgen erstrecken. Etwaige Beteiligungsrechte können nämlich nur für solche Rechtsakte der Union gelten, die auf „Vorschlag“ i.S.d. Art. 17 Abs. 2 EUV erlassen werden. Für Delegierte Rechtsakte ist ein „Vorschlag“ – anders als bei Gesetzgebungsakten (Art. 17 Abs. 2 Satz 1 EUV) und Rechtsakten, für die dies in den Verträgen ausdrücklich bestimmt ist (Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EUV) – aber nicht vorgesehen. Diese Rechtssystematik spiegelt den deutlichen Willen der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“ wider, nach der die Kommission das einzige Organ sein soll, dem die Befugnis zum Erlass bzw. – damit logisch verbunden – zur Erarbeitung von Entwürfen übertragen werden kann (vgl. unter III.). Als Gegengewicht zu diesem Erlassmonopol aus Art. 290 Abs. 1 AEUV wurden systematisch die Kontrollrechte in Art. 290 Abs. 2 AEUV geschaffen (vgl. unter III.4.). Zu Entwürfen für Delegierte Rechtsakte sind andere EU-Einrichtungen somit generell nur dann zu hören, wenn allein die Kommission diese entsprechend zu konsultieren wünscht. A.A. derzeit nur – soweit ersichtlich – die Europäische Zentralbank beispielsweise in ihrer Stellungnahme zu einem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Union, ABl. C 203 v. 9.7.2011, S. 5, Pkt. 8.

⁴¹ KOM (2009) 673 endg., S. 7, Pkt. 4.2; nachfolgend nur noch „Delegationsmitteilung“ genannt. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage der Kommission in eben dieser Delegationsmitteilung, S. 7, Pkt. 4.2, dass sie sich „in dem speziellen Bereich Finanzdienstleistungen [...] verpflichtet“ zu haben vorgibt, also rein deklaratorisch.

⁴² Mitteilung an die Kommission, Drs. C(2010)7649 v. 10.11.2010, S. 3.

seine substantivische Abwandlung Institutionen darf hier nicht mit dem engen Organbegriff der Union im Sinne des Art. 13 Abs. 1 EUV gleichgesetzt werden. Nach Absatz 1 zählen zu den Organen nämlich nur das Parlament, der Europäische Rat, der Rat, die Kommission, der Europäische Gerichtshof, die Europäische Zentralbank und der Europäische Rechnungshof. Daneben aber haben der Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie der Ausschuss der Regionen gemäß Art. 13 Abs. 4 EUV in Verbindung mit Art. 304 Satz 1 und Art. 307 Satz 1 AEUV, die Arbeit des Parlaments, des Rats und der Kommission als „Nebenorgane“⁴³ durch die Abgabe von Stellungnahmen beratend zu unterstützen.⁴⁴

Sie dienen damit ebenso den in Art. 13 Abs. 1 Satz 1 EUV beschriebenen Zwecken, den Werten der Union Geltung zu verschaffen, ihre Ziele zu verfolgen, ihren Interessen zu dienen sowie die Kohärenz, Effizienz und Kontinuität der Politiken und Maßnahmen sicherzustellen. Sie gehören mithin zum „institutionellen Rahmen“ der Union und sind primärrechtliche Institution im besten Sinne dieser Vorschrift. Beratende Experten hingegen werden nicht zu diesem Kreis der europäischen Institutionen gezählt, weil die Verträge ihnen keine institutionelle Rolle zuweisen.⁴⁵

An diesem Ergebnis ändert auch die Tatsache nichts, dass eine „Erklärung“ als Addendum zur Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon hinzugefügt wurde und sich daraus vielleicht primärrechtlich verankerte Pflichten für die Kommission ableiten ließen. Nach Art. 51 EUV sind nämlich nur Protokolle und Anhänge Bestandteile der Gründungsverträge, die dadurch ihre Rechtsnatur teilen und folglich ebenso zum Primärrecht zu zählen sind.⁴⁶ Einer Erklärung wird

⁴³ Roth, Der Ausschuss der Regionen, in: Lieb/von Ondarza (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon und seine Umsetzung, Online-Dossier der Stiftung für Wissenschaft und Politik, 2011, http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/110308_AP_Lissabon_Vertrag.pdf (5.12.2011), S. 77.

⁴⁴ Und zwar entweder in den in den Verträgen vorgesehenen Fällen (so bspw. in Art. 46 Satz 1, Art. 50 Abs. 1, Art. 59 Abs. 1 AEUV für den Wirtschafts- und Sozialausschuss bzw. in Art. 91 Abs. 1 Satz 1, Art. 100 Abs. 2, Art. 148 Abs. 2 Satz 1 AEUV für den Ausschuss der Regionen). Oder darüber hinaus in allen Fällen, in denen dies nur zweckmäßig erscheint (Art. 304 Satz 2 und 3; Art. 307 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 6 AEUV).

⁴⁵ So im Ergebnis auch Möllers/von Achenbach, (Fn. 37), S. 54; Frenz, Handbuch Europarecht – Institutionen und Politiken, Bd. 6, 1. Aufl. 2011, Rdnr. 514, S. 141. Nach dem zuletzt genannten Autor zählen vertragsfremde Einrichtungen wie (Experten-)Ausschüsse zur „Tertiärebene“ in der EU-Organisationsstruktur. Sie werden von den Stellen der „Primärebene“, also denjenigen Stellen, die in den Gründungsverträgen vorgesehen sind, ins Leben gerufen (Rdnr. 443, S. 117). Hierzu zählt er die Organe und die beratenden Einrichtungen (Rdnr. 440, S. 117). Die Unterscheidung der Organisationsstruktur in Primär-, Sekundär- und Tertiärebene ist ein interessanter semantischer Ansatz, weil er eine klare und aus Sicht der Praxis gewünschte begriffliche Strukturierung erlaubt.

⁴⁶ So für Protokolle Becker, in: Schwarze, (Fn. 36), Art. 311, Rdnrn. 1 und 10.

dieser Stellenwert nicht eingeräumt.⁴⁷ Eine andere Sichtweise wäre eine Rechtsfortbildung, die mit dem abschließenden Wortlaut des Art. 51 EUV nicht zu vereinbaren ist.

Schließlich spricht auch für eine „Selbstverpflichtungserklärung“,⁴⁸ die die Kommission mit der Erklärung Nr. 39 abgegeben haben könnte, nichts. Hielt der Europäische Gerichtshof interinstitutionelle Vereinbarungen in der Vergangenheit nämlich – nunmehr in Art. 295 AEUV explizit anerkannt⁴⁹ – nur dann für zulässig, wenn die damit verbundenen Verpflichtungen das Gleichgewicht der europäischen Institutionen nicht zu stören vermögen,⁵⁰ muss dies ebenso für Verpflichtungen gelten, die sich eine Institution nur einseitig – mit oder ohne Wirkung über den institutionellen Rahmen hinaus – auferlegen will. Eine Selbstverpflichtung zur Beiziehung von „Experten“ würde das in Art. 290 AEUV vorgesehene volle Ermessen der Kommission reduzieren. Auf der anderen Seite würde dieser Verlust „Experten“ als Kompetenzgewinn zuwachsen, die im institutionellen Aufbau der Union gar nicht vorgesehen, also vertragsfremd sind. Das wäre im Ergebnis nicht nur ein Verstoß gegen die Gründungsverträge, sondern auch als Störung des institutionellen Gleichgewichts zu werten,⁵¹ weil es die Rolle der Kommission im Verhältnis zu den anderen EU-Institutionen kompensationslos zu schwächen geeignet ist.⁵²

Besteht eine Pflicht für die Kommission zur Konsultation nicht, stellt sich natürlich die Frage, ob sie beim Erlass von Delegierten Rechtsakten tatsächlich vorhat

⁴⁷ So *ibid.*, Rdnrn. 8 und 10: „Die Schlusserklärungen haben keinen rechtlich bindenden Charakter. Sie sind höchstens geeignet, als Auslegungshilfe zu dienen“. Ebenso *Geiger*, EUV/EGV, 4. Aufl. 2004, Art. 311 EGV, Rdnr. 4, wenn auch zur Vorgängervorschrift; *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rdnr. 471.

⁴⁸ *Kotzur*, (Fn. 37), Art. 290 AEUV, Rdnr. 7.

⁴⁹ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 37), Art. 13 EUV, Rdnr. 25.

⁵⁰ EuGH, Rs. 34/86, *Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 1986, 2155, Rdnr. 50.

⁵¹ So auch noch der Berichterstatter *Szájer* in seinem Bericht zur Übertragung legislativer Zuständigkeiten, (Fn. 17), Begründung Pkt. 7: „Das Parlament lehnt [...] kategorisch jedwede formelle Beteiligung nationaler Experten im Sinne eines Kontrollmechanismus für die Tätigkeit der Kommission ab, da sie gegen die Verträge und den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts verstößt. In die Basisrechtsakte sollte deshalb kein Hinweis auf solche Konsultationen aufgenommen werden.“ A.A. dann aber die darauf basierende Entschließung des Parlaments zur legislativen Befugnisübertragung, (Fn. 17), Pkt. 10. Darin wird die Ansicht vertreten, dass am besten ein Einvernehmen über „Konsultationen bei der Vorbereitung und Ausarbeitung Delegierter Rechtsakte“ erzielt werden solle.

⁵² *Harnier*, Die Bedeutung von rechtsaktbegleitenden Erklärungen im sekundären Gemeinschaftsrecht – Systematik und Rechtswirkungen, 2001, S. 133, wies bereits für das EG-Recht darauf hin, dass Protokollerklärungen der Kommission, die diesem widersprechen, keinerlei bindende Wirkung zukommen kann, sie weder eine Selbstbindung der Kommission bewirken noch schutzwürdiges Vertrauen auslösen können.

zukünftig auf die Expertise von außen zu verzichten. Hiergegen sprechen insbesondere zwei gewichtige Gründe.⁵³ Zum einen könnte die „handwerkliche“ Qualität eines Delegierten Rechtsaktes leiden; und damit verbunden wäre zum anderen die Gefahr der fehlenden Akzeptanz durch den die Kontrolle ausübenden Gesetzgeber sowie die Mitgliedstaaten, in denen die Rechtsnormen letztlich anzuwenden sind.⁵⁴ Gegen den Verzicht spricht mithin der Grundsatz guter Gesetzgebung.

Der Text der Delegationsmitteilung von 2009 unterstreicht diese Einschätzung, denn danach beabsichtigt die Kommission „abgesehen von Fällen, in denen diese Vorarbeiten kein neues Expertenwissen erfordern“, „systematisch Sachverständige der nationalen Behörden aller Mitgliedstaaten zu konsultieren“.⁵⁵ Dieser Ansatz wurde 2010 noch einmal in der bereits erwähnten Mitteilung von Präsident Barroso an die Kommission in etwas allgemeinerer Sprache bekräftigt.⁵⁶ Darin heißt es: „*The role of expert groups is to provide advice and expertise to the Commission and its services in relation to [...] the preparation of delegated acts, as referred in the Communication on the implementation of article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union.*“ Schließlich haben der Rat, die Kommission und das Parlament in ihrem „Gemeinsamen Verständnis zu Delegierten Rechtsakten“ vom Frühjahr 2011⁵⁷ unter anderem interinstitutionell skizziert, dass „*the Commission, when preparing and drawing up delegated acts, will [...] carry out appropriate and transparent consultations well in advance, including at expert level.*“⁵⁸

Dazu ist allerdings anzumerken, dass dieses „Gemeinsame Verständnis“, das ganz ausdrücklich unverbindlich sein soll⁵⁹ und lediglich als eine Art Blaupause für die Kommission bei der Formulierung von Ermächtigungsgrundlagen in Legislativ-

⁵³ Im Ergebnis ebenso Ponzano, (Fn. 37), S. 136.

⁵⁴ Schusterschitz, (Fn. 2), S. 231. Er weist darauf hin, dass diese Aspekte offenbar schon bei den Beratungen zum Verfassungsvertrag unterschätzt worden waren. Und das enge Mandat der Regierungskonferenz von Lissabon ließ darüber hinaus keine Spielräume zu.

⁵⁵ KOM (2009) 673 endg. v. 9.12.2009, S. 7, Pkt. 4.2.

⁵⁶ Mitteilung an die Kommission, (Fn. 42), S. 3, Pkt. II.1.(2) sowie auch S. 8, Rule 3(2).

⁵⁷ Siehe Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten, Drs. PE-7/CPG/PV/2011-08 v. 3.3.2011, S. 21, sowie die Cover Note des Rats, Drs. 8640/11 v. 4.4.2011, zum „*Common Understanding on delegated acts*“.

⁵⁸ Siehe Annex zur Cover Note des Rats, (Fn. 57), S. 4.

⁵⁹ Im Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten, (Fn. 57), S. 21, heißt es über das Gemeinsame Verständnis, „*that the main objective should be to offer a framework offering minimum standards without limiting in any way the prerogatives of the European Parliament as co-legislator.*“ Ebenso wird im Annex zur Cover Note des Rats, (Fn. 58), S. 2, darauf hingewiesen, dass es „*without limiting in any way the prerogatives of the co-legislators*“ ist.

vorschlägen zum Erlass von Delegierten Rechtsakten zu dienen bestimmt ist, mittlerweile zu weitverbreiteten Missverständnissen führt. So vertritt beispielsweise *Lidington*, seines Zeichens Europaminister in der Regierung des Vereinigten Königreiches, gegenüber dem European Scrutiny Committee des Unterhauses die überraschende Ansicht, dass „*under Article 290, there is no legal obligation on the Commission to consult Member States, the Council or the European Parliament before adopting delegated acts. However, the Commission has now committed to carrying out appropriate and transparent consultations well in advance with both the European Parliament and the Council. In addition, the Government has secured also a strong commitment by the Commission to consult Member States, at expert level.*“⁶⁰ Dieses angebliche „*commitment*“ der Kommission, das offenbar aus Unkenntnis über den rechtlich unverbindlichen Charakter des „Gemeinsamen Verständnisses“ auch eine wachsende Zahl von Abgeordneten des Europäischen Parlaments unterstellt, kann aus guten Gründen bezweifelt werden.

Zum einen ist sehr fraglich, ob eine vertragsfremde Formulierung, wie die in dem „Gemeinsamen Verständnis zu Delegierten Rechtsakten“ interinstitutionell skizzierte, sollte sie tatsächlich einmal in einem Legislativakt geregelt werden,⁶¹ nicht etwa in europarechtlich unzulässiger Weise in das in Art. 290 AEUV primärrechtlich verankerte, volle Ermessen der Kommission eingriffe. Hierfür spricht schon, dass ein sekundärrechtlicher Gesetzgebungsakt lediglich vom Primärrecht abgeleitetes Recht ist und das Recht, auf dessen Grundlage er überhaupt erst geschaffen werden konnte, nicht selbst zu verändern vermag. Im Wege des Gesetzgebungsverfahrens gemäß Art. 289 AEUV ist die Änderung von Bestimmungen in den Gründungsverträgen nicht zu erreichen. Dies hat ausschließlich im Änderungsverfahren gemäß Art. 48 EUV zu erfolgen.⁶²

⁶⁰ Siehe Protokoll der Sitzung des European Scrutiny Committee, (Fn. 33), Pkt. 10.8.

⁶¹ Soweit ersichtlich ist dies bislang noch nicht geschehen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Abgeordnete *Bowles* am 5.7.2011 im Rahmen der 1. Plenumslesung betreffend den „Verordnungsvorschlag über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps“ (Drs. KOM/2010/482 v. 15.9.2010) den Änderungsantrag gestellt hat (Drs. T7-0312/2011), einen neuen Abs. 2a in Art. 36 des Kommissionsvorschlages aufzunehmen, in dem es heißt: „Vor dem Erlass eines Delegierten Rechtsakts konsultiert die Kommission nach Möglichkeit die ESMA.“ Es bleibt abzuwarten, ob dem Änderungsantrag letztlich stattgegeben wird. Hieran bemerkenswert ist schon jetzt aber, dass – soweit ersichtlich – erstmals überhaupt auf Seite des Europäischen Parlaments ein solches, betont vorsichtig formuliertes Änderungsbegehren betreffend die Konsultationspflicht eingebracht wurde.

⁶² So im Ergebnis wohl auch *Möllers/von Achenbach*, (Fn. 37), S. 55. Sie stellen – allerdings für das Parlament – fest, dass „eine Beteiligung des Europäischen Parlaments an den Verfahren delegierter Rechtssetzung nicht unionsverfassungsrechtlich geboten ist, wenn sie nicht im Primärrecht ausdrücklich angeordnet wurde.“ Diese Argumentation dürfte erst recht für vertragsfremde Experten gelten. *Sohn/Koch*, Kommentierung der Mitteilung der Kommission [KOM(2009)673] über die Umsetzung von Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, cep-Kommentar v. 1.3.2010, S. 17 f., weisen darauf hin, dass die Frage, ob

Bezüglich ihrer Rolle geht die Kommission mittlerweile aber offenbar selbst davon aus, dass sich ein falsches Verständnis unter anderen ihres ihr durch die Gründungsverträge zugewiesenen Ermessens unter den anderen Institutionen breit macht. Wiederholt wie beispielsweise in dem Richtlinienvorschlag über Wohnimmobilienkreditverträge vom 31. März 2011⁶³ weist sie auf Seite 9 nämlich auf Folgendes allgemein hin:

„Was das Verfahren zur Festlegung von Regulierungsstandards anbelangt, unterstreicht die Kommission den einzigartigen Charakter des Finanzdienstleistungssektors, der sich aus der Lamfalussy-Struktur ergibt und auch ausdrücklich in der dem AEUV beigefügten Erklärung Nr. 39 anerkannt wurde. Die Kommission hat jedoch erhebliche Zweifel, ob die Beschränkung ihrer Rolle in Bezug auf den Erlass von Delegierten Rechtsakten und Durchführungsmaßnahmen im Einklang mit den Artikeln 290 und 291 AEUV steht.“

Neben diesen europarechtlichen Missverständnissen zeigen sich zum anderen mittlerweile auch rein praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung des „Gemeinsamen Verständnisses zu Delegierten Rechtsakten“. Wie schon bei anderen aktuellen Legislativvorschlägen fehlt der oben genannte Passus zur Konsultation nämlich beispielsweise auch im zuvor genannten Richtlinienvorschlag. Der Gesetzgeber hat damit im Gesetzgebungsverfahren offensichtlich höchstselbst auf die Übernahme der Formulierungsvorschläge aus der „Absprache“ in die Gesetzgebungsakte zu achten. Die interinstitutionelle Unverbindlichkeit kommt so besonders gut zum Ausdruck.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die Kommission keine Pflicht zur Konsultation von Ausschüssen – mit oder ohne Beteiligung von Vertretern der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden oder Ministerien – oder sonstigen Experten trifft, bevor sie einen Delegierten Rechtsakt erlässt. Aus Gründen guter Gesetzgebung wird sie das aber vermutlich dennoch tun.

b) Unvollständige Informationspflicht

Bezogen auf die Frage der Informationspflichten ist zunächst festzustellen, dass in den Gründungsverträgen, soweit es um die Konsultation von Experten im Rahmen der Vorbereitung des Erlasses von Delegierten Rechtsakten geht, keine

die Einbeziehung von Ausschüssen nationaler Experten tatsächlich ausschließlich im Ermessen der Kommission liegt, vom Bundesjustizministerium in einem Schreiben vom 20.1.2010 ablehnend beschieden wird. Danach könne der europäische Gesetzgeber im Gesetzgebungsakt durchaus vorschreiben, dass die Kommission die Mitgliedstaaten konsultiere, bevor sie einen Delegierten Rechtsakt erlasse.

⁶³ KOM (2011) 142 endg. v. 31.3.2011.

durch die Kommission zu beachtenden Regelungen existieren. Allerdings hat sie sich zur angemessenen Dokumentation und Übermittlung von Informationen bereits interinstitutionell verbindlich verpflichtet, und zwar im Verhältnis zum Parlament. Zu nennen ist hier die Interinstitutionelle Vereinbarung vom 20. November 2010.⁶⁴ Mit ihr werden entsprechende Pflichten in Punkt Nr. 15 in Verbindung mit Anhang I festgelegt. Diese betreffen Sitzungen mit Sachverständigen aus den Mitgliedstaaten zur Vorbereitung und Umsetzung von Delegierten Rechtsakten, zu denen nationale Behörden aus allen Mitgliedstaaten eingeladen werden (Punkt Nr. 1.1 im Anhang I), sowie „ad-hoc-Sitzungen“ zu denen nationale Sachverständige aus allen Mitgliedstaaten eingeladen werden (Punkt Nr. 1.2 im Anhang I). Insoweit wird die Kommission dem Parlament die gleichen Informationen und Dokumente zeitgleich zur Verfügung stellen, die sie an die nationalen Behörden im Zusammenhang mit den zuvor genannten Sitzungen weiterleitet (Punkt Nr. 2 im Anhang I).

Ausdrücklich ausgenommen vom Anwendungsbereich sind allerdings Sitzungen von Komitologieausschüssen im Rahmen der Durchführungsverordnung⁶⁵ (Punkt Nr. 1 im Anhang I, letzter Satz). Ebenso ausgenommen sind Sitzungen mit Sachverständigen, zu denen keine nationalen Behörden eingeladen werden, und die nicht „ad-hoc-Sitzungen“ sind. Dies ergibt der Umkehrschluss zu den in Punkt Nr. 15 in Verbindung mit Anhang I genannten Regelungen. Eine Informations- und Dokumentationspflicht gegenüber dem Parlament besteht insoweit also nicht. Hier offenbart sich eine schwer einzuschätzende Regelungslücke, denn es ist derzeit nicht bekannt, ob und inwieweit die Kommission zukünftig vermehrt den Sachverstand von Expertengremien beiziehen will, an denen mitgliedstaatliche Behörden nicht beteiligt sind. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Kommission eine Antwort auf diese Frage nach den praktischen Erfahrungen des Verfassers derzeit selbst nicht kennt.

Dem Gesetzgeber ist deshalb in jedem Fall zu empfehlen, reine Informations- und Dokumentationspflichten in jedem Gesetzgebungsakt gesondert zu verankern. Dieser Weg wäre europarechtlich zulässig, weil er die Erlasskompetenz der Kommission nicht berühren und eine frühzeitige, angemessene Begleitung der vorbereitenden Arbeiten zu Delegierten Rechtsakten durch Rat und Parlament gewährleisten würde. Eine entsprechende Formulierungshilfe findet sich bereits in dem oben genannten „Gemeinsamen Verständnis zu Delegierten Rechtsakten“, nach der *„the Commission, when preparing and drawing up delegated acts, will ensure a*

⁶⁴ Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, ABl. L 304 v. 20.11.2010, S. 47, 49, 55.

⁶⁵ VO (EU) Nr. 182/2011, (Fn. 34).

*simultaneous, timely and appropriate transmission of relevant documents to the European Parliament and the Council [...]*⁶⁶

Im Ergebnis ergibt sich somit, dass aus den Gründungsverträgen für die Kommission keine Pflicht resultiert, Rat und Parlament über die Zusammenarbeit mit Experten, die sie zu ihren vorbereitenden Arbeiten für den Erlass von Delegierten Rechtsakten heranzieht, fortlaufend zu unterrichten. Allerdings hat sie sich zur angemessenen Dokumentation und Übermittlung von Informationen bereits interinstitutionell verpflichtet, wenngleich die entsprechende Interinstitutionelle Vereinbarung eine schwer einzuschätzende Regelungslücke offenbart.

4. Widerrufs- und Einspruchsrecht (Art. 290 Abs. 2 AEUV)

Artikel 290 Abs. 2 Satz 1 lit. a) und b) AEUV statuiert ein Widerrufsrecht betreffend die Befugnis zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes und ein Einspruchsrecht gegen einen bereits erlassenen Delegierten Rechtsakt, mit dem (lediglich!) das Inkrafttreten verhindert werden kann, durch den Rat und/oder das Parlament. Beide Rechte sind materiell-rechtlich unbegrenzt – einzige Hürde ist das Erreichen der Mehrheiten.⁶⁷ So beschließen gemäß Art. 290 Abs. 2 Satz 2 AEUV das Parlament mit der Mehrheit seiner Mitglieder und der Rat mit qualifizierter Mehrheit.

a) Jederzeitiges Widerrufsrecht

Die Kommission vertritt in ihrer Delegationsmitteilung eine von der zuvor genannten Grundaussage abweichende Ansicht. Nach ihr gewinnt der zweite Absatz des Art. 290 AEUV betreffend die Kontrolle durch den Gesetzgeber erst dann an Bedeutung, „nachdem das Mandat ausgeführt wurde“.⁶⁸ Soweit es den Einspruch betrifft, ist dem zuzustimmen. Im Umkehrschluss soll die Befugnis zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes jedoch ebenso nicht widerrufen werden können, solange von ihr durch die Kommission noch kein Gebrauch gemacht wurde.⁶⁹ Das ist mit dem klaren Wortlaut der Norm, wonach die Übertragung

⁶⁶ Siehe Annex zur Cover Note des Rats, (Fn. 57), S. 4. Im Rahmen des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens zum Richtlinienvorschlag über Wohnimmobilienkreditverträge, (Fn. 63), ist der Gesetzgeber bereits bestrebt, diese Formulierung, die sich ebenfalls nicht in dem Text, so wie er von der Kommission am 31.3.2011 vorgeschlagen worden war, befindet, zu übernehmen. Siehe Änderungsanmerkung in der Note des Generalsekretariats des Rats, Drs. 11160/11 v. 8.6.2011, S. 20, Erwägungsgrund 43; sowie den Entwurf einer Stellungnahme der Abgeordneten des Europäischen Parlaments *Thein*, Drs. PE467.293v01-00 v. 24.6.2011, Änderungsantrag 9, S. 10.

⁶⁷ *Ruffert*, (Fn. 22), Art. I-36, Rdnr. 8.

⁶⁸ KOM (2009) 673, S. 6 a.E.

⁶⁹ *Ibid.*, S. 7: „Dagegen greift keine dieser beiden Bestimmungen in das Verfahren zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes ein.“

ohne Erfüllung weiterer Voraussetzungen schlicht widerrufen werden können soll, unvereinbar. Hätte die Regierungskonferenz von Lissabon gewollt, dass der Widerruf erst unter der Voraussetzung des Erlasses möglich sein soll, hätte sie diese Einschränkung ohne weiteres regeln können. Es ist bei Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV viel eher ein „jederzeit“ zwischen die Worte „kann“ und „beschließen“ gedanklich hinzuzufügen.

Für diese Auffassung spricht auch, dass der Gesetzgeber stets die Möglichkeit haben muss, originäre Kompetenz, die er mit dem Inkrafttreten des Gesetzgebungsaktes delegiert, wieder an sich zu ziehen. Die von der Kommission insoweit behauptete „weitgehende Autonomie“⁷⁰ bis zum Erlass hindert ihn aber daran und ist deshalb als Verstoß gegen das Demokratieprinzip bzw. den daraus abzuleitenden Grundsatz der Gewaltenteilung abzulehnen. Nur durch das jederzeitige Widerrufsrecht behält der Gesetzgeber die volle politische Kontrolle über die von ihm bloß abgeleitete Rechtsetzung.⁷¹ Gründe für den Widerruf könnten beispielsweise darin liegen, dass politisch sensible Fragen oder Sachverhalte mit erheblichen finanziellen Auswirkungen vom Gesetzgeber doch noch selbst geregelt werden wollen.⁷²

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass Rat und/oder Parlament jederzeit nach Inkrafttreten des Gesetzgebungsaktes die Befugnis zum Erlass von Delegierten Rechtsakten widerrufen können.

b) Einspruch und Widerruf – sonst nichts

Wie der Wortlaut des zweiten Absatzes von Art. 290 AEUV und die abschließende Aufzählung mit den Buchstaben a) und b) deutlich machen, hat der Gesetzgeber nur diese beiden „Möglichkeiten“, die Befugnisübertragung unter Bedingungen zu stellen. Weitere als die in Art. 290 Abs. 2 AEUV genannten sind somit nicht zulässig.⁷³ Eine andere Ansicht vertritt das Europäische Parlament. In seiner EntschlieÙung vom 5. Mai 2010 zur legislativen Befugnisübertragung⁷⁴ erklären seine Mitglieder, „dass die beiden in Art. 290 Abs. 2 genannten Möglichkeiten [...] rein beispielhaften Charakter haben und andere Möglichkeiten der Kontrolle

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.2.2005, (Fn. 14), S. 262.

⁷² Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“, (Fn. 11), S. 11.

⁷³ Ebenso *Kotzur*, (Fn. 37), Art. 290, Rdnr. 7; *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 290, Rdnr. 16, der den abschließenden Charakter der Norm hervorhebt; *Edenbarter*, (Fn. 37), S. 647; *Schusterschütz*, (Fn. 2), S. 231, allerdings hält er in Fn. 98 bei manchen Sprachfassungen des Art. 290 AEUV auch andere Rechte durchaus für vorstellbar; *Voermans*, (Fn. 36), S. 403. Offen gelassen von *Streinz*, (Fn. 47), Rdnr. 525, S. 193: „nur und zwingend?“.

⁷⁴ Europäisches Parlament-Drs. P7_TA(2010)0127, Pkt. 2.

einer Befugnisübertragung denkbar sind, wie eine ausdrückliche Zustimmung des Parlaments und des Rates zu jedem Delegierten Rechtsakt oder eine Möglichkeit, einzelne bereits in Kraft getretene Delegierte Rechtsakte nachträglich aufzuheben.“

Diese Argumentation geht fehl. Hätte die Regierungskonferenz von Lissabon eine nicht abschließende Aufzählung regeln wollen, hätte sie – wie an anderer Stelle in den Verträgen auch – beispielsweise das Wort „insbesondere“ hinzufügen können.⁷⁵ Davon aber hat sie abgesehen. Ein Vergleich mit dem Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“ spricht zudem dafür, dass die Beschränkung auf zwei Kontrollmöglichkeiten ganz bewusst erfolgte. Ihre Mitglieder hatten seinerzeit nämlich eine Auflösungsklausel, eine sogenannte „*Sunset-Clause*“, als dritte Kontrollmöglichkeit vorgeschlagen. Dieser Vorschlag aber wurde zuvor weder von der römischen Regierungskonferenz noch später von jener in Lissabon übernommen. Das zeigt, dass sich die Staats- und Regierungschefs über die Frage, ob es nur zwei oder doch mehr Kontrollmöglichkeiten geben soll, sehr wohl Gedanken gemacht haben. Im Übrigen wurde diese abschließende Aufzählung gerade aus dem Grunde geschaffen, den Gesetzgeber daran zu hindern, auf den Erlass eines Delegierten Rechtsaktes beispielsweise mit Forderungen nach inhaltlichen Änderungen durch die Drohung einzuwirken, die Zustimmung zu verweigern.⁷⁶

Im Ergebnis ist demnach davon auszugehen, dass Rat und/oder Parlament nur den Widerspruch und den Einspruch haben sollen, um die Befugnisübertragung unter Bedingungen zu stellen.

c) Keine Pflicht zur Regelung von Einspruch und Widerruf

Fraglich ist im Anschluss daran, ob der Gesetzgeber überhaupt auch nur eine Kontrollbedingung im Gesetzgebungsakt zu regeln verpflichtet ist. Dafür könnte ein Vergleich des Wortlauts in Art. 290 Abs. 2 AEUV „ausdrücklich festgelegt“ mit dem Wortlaut in Art. 291 Abs. 3 AEUV „legen [...] im Voraus [...] fest“ sprechen.⁷⁷ Den Erlass einer der Durchführungsverordnung⁷⁸ vergleichbaren Verordnung fordert Art. 290 AEUV aber nicht. Deshalb könnte man argumentieren, dass die Bedingungen der Kontrolle stets im Gesetzgebungsakt selbst niederzulegen sind, und zwar „ausdrücklich“.⁷⁹

⁷⁵ Siehe beispielhaft Art. 101 Abs. 1 AEUV.

⁷⁶ *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 290, Rdnr. 17.

⁷⁷ *Härtel*, (Fn. 13), Rdnr. 109, S. 256.

⁷⁸ VO (EU) Nr. 182/2011, (Fn. 34).

⁷⁹ *Härtel*, (Fn. 13), Rdnr. 109, S. 256.

Dieser Auffassung steht entgegen, dass in Art. 290 Abs. 2 AEUV tatsächlich nur von „Möglichkeiten“ gesprochen wird. Und es gibt keine schlüssige Erklärung dafür, warum damit nur die Auswahl aus mindestens Buchstabe a) oder b) gemeint sein könnte. Vielmehr spricht ein Vergleich mit der englischen Sprachfassung des AEUV für die Ansicht, dass das ermächtigende Gesetz zum Kontrollmechanismus auch schweigen darf. So heißt es ebenda „*these conditions may be as follows*“. Hätte die Regierungskonferenz von Lissabon eine engere Formulierung gewollt, hätte sie dies ebenso mit dem Wort „*shall*“ zum Ausdruck bringen können, wie sie das im Halbsatz zuvor getan hat: „*Legislative acts shall explicitly lay down the conditions to which the delegation is subject*“. Ihre Entscheidung, das gerade nicht zu tun, steht im Einklang mit der Kommentierung der Arbeitsgruppe IX. zum Beschluss betreffend Art. I-36 Abs. 2 des Verfassungsvertrages, der Vorbildnorm für Art. 290 Abs. 2 AEUV, wonach „diese Bedingungen nicht unerlässlicher Bestandteil [...] sein müssen.“⁸⁰ Darüber hinaus dient das Wort „*explicitly*“ bzw. „ausdrücklich“ auch lediglich der Klarstellung, dass der Widerruf und/oder Einspruch überhaupt nur ausgeübt werden können sollen, wenn sie im Gesetzgebungsakt auch tatsächlich geregelt wurden. Ohne eine solche ausdrückliche Regelung gibt es keine Grundlage, auf der der Gesetzgeber sein Kontrollrecht ausüben könnte.

Im Ergebnis können deshalb Kontrollbedingungen im Gesetzgebungsakt vorgesehen werden, eine Pflicht, mindestens eine zu regeln, gibt es jedoch nicht. Die Entscheidung steht im Ermessen des Gesetzgebers.⁸¹

d) Einspruchsfrist nach Wahl des Gesetzgebers

Bezogen auf das Einspruchsrecht in Art. 290 Abs. 2 lit. b) AEUV kann der erlassene Delegierte Rechtsakt nur in Kraft treten, wenn Parlament und/oder Rat innerhalb einer im Gesetzgebungsakt festgelegten Frist keine Einwände erheben. Seine Wirksamkeit ist also aufschiebend bedingt. Ausweislich des klaren Wortlauts muss der Basisrechtsakt, wenn das Einspruchsrecht geregelt wird, eine Aussage zur Befristung machen. Betreffend des „ob“ hat der Gesetzgeber also kein Ermessen. Anders ist dies bei der Frage des „wie“. Insoweit schweigt der Vertrag von Lissabon, so dass anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber eine Befristung seiner Wahl statuieren kann. Eine Befristung auf unbestimmte Zeit bietet sich allerdings nicht an, soll das Inkrafttreten nicht verhindert werden.

⁸⁰ Übermittlungsvermerk des Präsidiums für den Konvent, Konvents-Drs. CONV 724/03 v. 24.5.2003, S. 93.

⁸¹ So im Ergebnis auch *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 290, Rdnr. 18; *Scharf*, (Fn. 37), S. 19; *Voermans*, (Fn. 22), S. 321; *Craig*, *The Role of the European Parliament under the Lisbon Treaty*, in: *Griller/Ziller*, (Fn. 37), S. 116. A.A. offenbar *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag*, 1. Aufl. 2007, Art. I-36, Rdnr. 5. Offen gelassen wiederum von *Streinz*, (Fn. 47), Rdnr. 525, S. 193: „nur und zwingend?“.

Die Kommission, der Rat und das Parlament werden in dieser Frage regelmäßig ganz unterschiedliche Vorstellungen haben. Während erstere eine eher kurze Frist bis zum Inkrafttreten präferieren wird, damit der Delegierte Rechtsakt so schnell wie möglich in Rechtskraft erwachsen kann, wird der Gesetzgeber eher zu längeren Fristen neigen, um hinreichend Zeit für die inhaltliche Prüfung und auch politische Gewichtung zu haben. Letzteres dürfte umso mehr gelten, als zusätzlich mögliche Beteiligungsrechte der mitgliedstaatlichen Parlamente und weiterer mitgliedstaatlicher Organe zu beachten sein könnten.⁸²

In Erwartung einer kontinuierlich wachsenden Zahl von technisch komplexen Delegierten Rechtsakten kann man den Gesetzgeber zu dieser Haltung nur ermuntern. Allein auf die Abgeordneten und ihre Mitarbeiter in den Büros und Fraktionen wird zukünftig eine Masse an Delegierten Rechtsakten zukommen, die das Parlament noch an seine funktionellen Grenzen bringen wird.⁸³ Dasselbe gilt natürlich für den Rat. Wenn man an die „Brüsseler Bandwurm- und Schachtel-satzparagrafen“⁸⁴ und die „kryptischen Gesetzestexte vom Umfang eines Telefonbuches“⁸⁵ denkt, muss einem um den europäischen Gesetzgeber angst und bange werden.⁸⁶ Und ihm steht auch noch nicht einmal ein Service nach Art der wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages zur Seite, die mit ihren tiefgründigen Analysen wertvolle Unterstützung für die Parlamentarier und ihre Mitarbeiter leisten.

Als Gegenmaßnahme und abweichend von den unverbindlichen⁸⁷ Vorschlägen in dem „Gemeinsamen Verständnis zu Delegierten Rechtsakten“,⁸⁸ könnte sich deshalb anbieten, dass alle Basisrechtsakte nicht etwa nur eine Einspruchsfrist von

⁸² Eine wissenschaftliche Untersuchung der Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat im Zusammenhang mit Delegierten Rechtsakten gibt es bislang nicht. Allgemein zum rechtlichen Rahmen der Beteiligung des Deutschen Bundestages und der Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte aber *Rob leder*, Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung in Theorie und Praxis, Zeitschrift für Gesetzgebung 2011, S. 105 f.

⁸³ *Wolfram*, (Fn. 37), S. 19.

⁸⁴ *Mußgnug*, Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung – Diskussionsbeiträge der 56. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1988 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1. Aufl. 1989, S. 32.

⁸⁵ *Brok*, Die Europäische Union und ihre Akzeptanz, in: Häberle/Morlok/Skouris (Hrsg.), Staat und Verfassung in, 1. Aufl. 2000, S. 110.

⁸⁶ *Neubold*, Das Europäische Parlament im Rechtsetzungsprozess der Europäischen Union – Demokratische Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf die Durchführungsbefugnisse der Europäischen Kommission, 2001, S. 281 f., weist darauf hin, dass das Parlament bereits an anderer Stelle zugegeben hat, bei Legislativvorschlägen mit überwiegend technischem Inhalt nicht in der Lage zu sein, diese sachgerecht zu bearbeiten.

⁸⁷ Siehe Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten, (Fn. 57), S. 21.

⁸⁸ *Ibid.* sowie die Cover Note des Rats, (Fn. 57).

zwei Monaten mit der Option auf eine Verlängerung um zwei weitere Monate vorsehen („2+2-Modell“),⁸⁹ sondern sich mindestens an den längeren Fristen in jeweils Art. 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 der drei Verordnungen zur Errichtung der neuen Aufsichtseinrichtungen „*European Banking Authority*“ (EBA),⁹⁰ „*European Securities and Markets Authority*“ (ESMA)⁹¹ sowie „*European Insurance and Occupational Pensions Authority*“ (EIOPA)⁹² orientieren, die jeweils einheitlich angemessenere drei Monate betragen („3+3-Modell“).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Gesetzgeber, wenn er sich entscheidet, den Einspruch im Basisrechtsakt niederzulegen, auch eine Aussage zur Befristung treffen muss. Die Wahl ihrer Dauer hingegen steht in seinem Ermessen. Der Verfasser empfiehlt für den Einspruch eine Grundlaufzeit von mindestens drei Monaten mit der Option auf eine Verlängerung um drei weitere Monate.

e) Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf

Die Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf sind im Vertrag von Lissabon nicht geregelt. Soweit es den Einspruch betrifft, ist es unter Berücksichtigung des Wortlauts in Art. 290 Abs. 2 lit. b) AEUV vertretbar, schlicht anzunehmen, dass der Delegierte Rechtsakt in der durch die Kommission erlassenen Form nicht in Kraft treten kann.⁹³ Im Falle des Widerrufs nach Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV stellt sich die Rechtslage komplizierter dar. Hier wird die Befugnis, sprich die Rechtsgrundlage für den Erlass von Delegierten Rechtsakten entzogen. Die konkreten Rechtsfolgen betreffend ist zwischen den Auswirkungen auf die Ermächtigungsgrundlage und den Delegierten Rechtsakt zu unterscheiden.

Mit Blick auf die Ermächtigungsgrundlage ist zunächst danach zu fragen, ob die Kommission bereits einen Delegierten Rechtsakt erlassen hat oder nicht. Wurde ein solcher noch nicht erlassen, gibt es von vornherein keine Rechtsgrundlage, auf deren Basis ein rechtmäßiger Rechtsakt erlassen werden könnte. Wurde ein solcher hingegen erlassen, führt der nachträgliche Fortfall der Ermächtigung zum Erlass eines rechtmäßigen Delegierten Rechtsaktes zu seiner Rechtswidrigkeit, und zwar ab dem in dem Beschluss über den Widerruf (arg. ex Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV „beschließen“) genannten Zeitpunkt. Weil der Normtext insoweit keine Aussage

⁸⁹ Siehe Annex zur Cover Note des Rats, (Fn. 58), Pkt. 10, S. 2, 5.

⁹⁰ Europäische Bankaufsichtsbehörde; siehe VO (EU) Nr. 1093/2010, ABl. L 331 v. 15.12.2010, S. 12 f.

⁹¹ Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde; siehe VO (EU) Nr. 1095/2010, ABl. L 331 v. 15.12.2010, S. 84 f.

⁹² Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung; siehe VO (EU) Nr. 1094/2010, ABl. L 331 v. 15.12.2010, S. 48 f.

⁹³ *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 290, Rdnr. 17.

trifft, steht es im Ermessen des Gesetzgebers, zu entscheiden, ob der Widerruf mit Wirkung *ex tunc* bzw. *ex nunc* oder zu einem späteren Zeitpunkt als das Inkrafttreten des Beschlusses wirksam wird.⁹⁴

Von der Frage nach den Folgen für die Ermächtigungsgrundlage zu unterscheiden ist die Frage nach der Wirksamkeit des Delegierten Rechtsaktes. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass dieser fortgesetzt wirksam ist, und zwar so lange, bis er – auch rückwirkend⁹⁵ – aufgehoben oder vom Europäischen Gerichtshof für nichtig erklärt wird.⁹⁶ Der Widerruf der Befugnisübertragung löst jedoch die Verpflichtung der Kommission als Erlassorgan aus, die Aufhebung des Rechtsaktes unverzüglich, das heißt nach Ansicht des Verfassers spätestens auf ihrer übernächsten Sitzung, die auf das Wirksamwerden des Widerrufs folgt, zu initiieren. Das ergibt sich aus der Organtreue sowie dem Rechtsstaatsprinzip. Die Aufhebung erfolgt durch einen entsprechenden Gesetzgebungsakt im Wege des Ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens.⁹⁷

Rat und/oder Parlament selbst haben kein Recht, einem rechtswidrigen Delegierten Rechtsakt seine Gültigkeit durch einen Beschluss in Form eines Rechtsakts ohne Gesetzescharakter zu nehmen. Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut der Norm, nach der bloß die „Übertragung der Befugnis“ durch Beschluss widerrufen werden können soll. Es wäre allerdings zu überlegen, im Rahmen einer Vertragsänderung gemäß Art. 48 EUV ein solches Recht zur Aufhebung einzuführen, denn es gibt keinen guten Grund, warum das Gesetzgebungsorgan, das den Widerruf nach Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV beschließen kann, nicht auch selbst die Aufhebung beschließt. Auf den Umweg über die Initiative der Kommission sollte es allein schon aus rechtsstaatlich gebotenen Effizienzerwägungen – Wahl des effektivsten Weges zur Beseitigung eines rechtswidrigen Rechtsakts – nicht ankommen müssen. Zu bedenken ist darüber hinaus der mit der derzeitigen Gesetzeslösung verbundene doppelte Systembruch, den man auf einen beschränken sollte, und der sich aus Folgendem ergibt:

⁹⁴ A.A. Härtel, (Fn. 13), Rdnr. 122 a.E., 123, 261 f., die nur eine Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc* für möglich hält.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-248/89, *Cargill*, Slg. 1991, I-2987, Rdnr. 20: „Zwar ist jedem Gemeinschaftsorgan, das feststellt, dass der von ihm erlassene Rechtsakt rechtswidrig ist, das Recht zuzuerkennen, diesen Rechtsakt innerhalb angemessener Frist rückwirkend zurückzunehmen“.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-475/01, *Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*, Slg. 2004, I-8951, Rdnr. 18. Hingewiesen sei auf die wichtige, in Rdnr. 19 genannte Ausnahme: „Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist bei Rechtsakten, die mit einem Fehler behaftet sind, dessen Schwere so offensichtlich ist, dass er von der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht geduldet werden kann, davon auszugehen, dass sie keine – auch nur vorläufige – Rechtswirkung entfaltet haben, d. h., dass sie als rechtlich inexistent zu betrachten sind.“

⁹⁷ Grundlage für die zwei letzten Absätze ist die sehr ausführliche Darstellung von Härtel, (Fn. 13), Rdnr. 119 f., S. 260 f., auf die hier ausdrücklich Bezug genommen wird.

An Gesetzgebungsakten, die im Wege des Ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gemäß Art. 289 Abs. 1 AEUV verabschiedet werden, sind Rat und Parlament gleichberechtigt beteiligt. Anders ist dies bei Gesetzgebungsakten, die im Wege des Besonderen Gesetzgebungsverfahrens gemäß Art. 289 Abs. 2 AEUV verabschiedet werden. Dort wirken Rat und Parlament nicht gleichberechtigt zusammen, weil eines der beiden Organe jeweils nur angehört werden oder zustimmen muss. Als erster Systembruch zu bewerten ist hier, dass Rat und Parlament durch einen Widerruf⁹⁸ der Befugnisübertragung die Aufhebung eines Delegierten Rechtsakts erreichen können, und zwar unabhängig voneinander und losgelöst von der Frage, in welchem Gesetzgebungsverfahren der Basisrechtsakt zustande gekommen ist.⁹⁹ Konsequenterweise wäre wenigstens eine nur gemeinsame Aufhebung der Entscheidung zur Delegation.¹⁰⁰ Als zweiter Systembruch zu sehen ist, dass zwar lediglich Rat und/oder Parlament dieses Kontrollrecht ausüben dürfen, aber nur die Kommission die Aufhebung des Rechtsaktes in die Wege leiten kann. Hier ist vorstellbar, dass – aus welchen Gründen auch immer – die Kommission die Gesetzgebungsinitiative verschleppt oder der jeweils andere Gesetzgeber seine Zustimmung zum Aufhebungsgesetzgebungsakt gar verweigert.¹⁰¹ Es gibt also die potentielle Gefahr der Blockade, mit der man die Wirksamkeit des Widerrufsrechts stören kann. Vergleichsweise einfach lässt sich diese dadurch vermeiden, dass man dem den Widerruf beschließenden Organ zugleich das Recht zur Aufhebung einräumt. Ein entsprechend ergänzter Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV könnte wie folgt lauten:

„Das Europäische Parlament oder der Rat kann beschließen, die Übertragung zu widerrufen. Ein rechtswidriger Rechtsakt kann durch das Organ, das den Widerruf beschlossen hat, mit dem gleichen Beschluss, mit dem die Befugnisübertragung widerrufen wird, aufgehoben werden.“

Soweit es die Frage der Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf betrifft, ist im Ergebnis festzuhalten, dass zwischen den Auswirkungen auf die Ermächtigungsgrundlage und den Delegierten Rechtsakt zu unterscheiden ist. Danach wird mit dem Widerruf ein Delegierter Rechtsakt rechtswidrig und die Kommission hat als Erlassorgan die Pflicht, unverzüglich seine Aufhebung in die Wege zu leiten. Rat

⁹⁸ Die folgende Betrachtung eines ersten Systembruchs gilt mit Blick auf die grundsätzlichen, systematischen Überlegungen selbstredend ebenso für das Einspruchsrecht.

⁹⁹ Härtel, (Fn. 13), Rdnr. 111 f., S. 257 f. m.w.N. Anders als der Verfasser aber sieht sie an dieser Stelle bereits zwei Systembrüche, wo er nur einen sieht.

¹⁰⁰ Härtel, (Fn. 13), Rdnr. 112, S. 258 m.w.N. ab Rdnrn. 113 bzw. 111.

¹⁰¹ Soweit ersichtlich gab es bislang aber erst einmal eine Klage wegen Untätigkeit eines Organs, und zwar in der Rs. 13/83 vor dem EuGH, in der das Europäische Parlament den Rat wegen Feststellung der Untätigkeit des Rates auf dem Gebiet der gemeinsamen Verkehrspolitik verklagte. EuGH, Rs. 13/83, *Europäisches Parlament und Kommission/Rat und Königreich der Niederlande*, Slg. 1985, 1513, 1556 f.

und Parlament selbst können die Unwirksamkeit des Rechtsaktes nicht besorgen. Es wäre allerdings zu überlegen, dieses Recht durch eine Änderung der Gründungsverträge zu schaffen.

f) Beschränkung der Wirkung des Widerrufs

Der Wortlaut des Art. 290 AEUV lässt es zu, dass der Gesetzgeber von vornherein in einem Gesetzgebungsakt bestimmt, dass ein bereits in Kraft getretener Delegierter Rechtsakt seine Wirksamkeit für den Fall eines Widerrufs nicht verlieren soll. Beispiele aus der jüngeren Regulierungspraxis finden sich in zahlreichen Legislativakten und -vorschlägen. Genannt seien hier nur die drei schon erwähnten Verordnungen zur Errichtung der neuen Finanzaufsichtseinrichtungen EBA, ESMA sowie EIOPA. Jeweils in Art. 12 Abs. 3 Satz 3 der drei Verordnungstexte sind entsprechende, ähnlich lautende Bestimmungen zu finden.¹⁰² In diesen Fällen ist aber zu fragen, welchen Sinn die Beschränkung der Wirkung des Widerrufs auf Rechtsakte, die noch nicht in Kraft getreten sind, macht.

Für dieses Regelungskonzept werden regelmäßig Gründe des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit angeführt.¹⁰³ Das dürfte allerdings nur für begünstigende Rechtsakte – beispielsweise Geldleistungen – von Bedeutung sein, denn in Fällen, in denen belastende Rechtsakte vorliegen, wird es für die Betroffenen im Gegenteil um die Beseitigung der Beschwerde gehen, und zwar unverzüglich.¹⁰⁴ Das aber ist ein Aspekt, der hier ebenso wenig Berücksichtigung findet wie die besondere Rolle des Gesetzgebers bei der Ausübung des Widerrufsrechts. Artikel 290 Abs. 2 lit. a) AEUV weist Rat und Parlament nämlich ein exklusives Initiativrecht zu, über das der Kontrollmechanismus unabhängig vom jeweils anderen Gesetzgebungsorgan sowie der Kommission ausgelöst und diese ohne Erfüllung weiterer Voraussetzungen verpflichtet werden kann, die Aufhebung per Gesetzgebungsakt unverzüglich in die Wege zu leiten. Das aus Art. 17 Abs. 2 EUV resultierende Ermessen der Kommission betreffend das Recht zum Vorschlag eines Gesetzgebungsaktes wird durch Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV also auf Null reduziert. Das oben genannte Regelungskonzept hebt diese Ermessensreduktion allerdings auf und gibt der Kommission das volle Initiativrecht aus Art. 17 Abs. 2 EUV. Rat und Parlament können auf der anderen Seite mit einem Widerruf nicht mehr selbstständig erreichen, die Kommission zu verpflichten, die Aufhebung eines rechtswidrigen, aber von vornherein für wirksam erklärten Delegierten Rechtsakts unverzüglich in die Wege zu leiten. Dieser wird nämlich der Kontrolle

¹⁰² Siehe Fn. 90-92. Z.B. heißt es in der VO zur Gründung von ESMA, (Fn. 91): „Die Gültigkeit von technischen Regulierungsstandards, die bereits in Kraft sind, wird davon [dem Widerruf] nicht berührt.“

¹⁰³ Statt vieler *Sohn/Koch*, (Fn. 62), S. 21.

¹⁰⁴ *Härtel*, (Fn. 13), Rdnr. 123, S. 262 und Rdnr. 127, S. 263.

durch den Gesetzgeber durch die freiwillige Voraberkklärung seiner Wirksamkeit ab Inkrafttreten entzogen. Wenn Rat und/oder Parlament dennoch einmal die Aufhebung erreichen wollen, sind sie nunmehr gezwungen, den gewöhnlichen und zeit- aufwendigen, aber vor allem unsicheren Weg einer „Aufforderung“ über Art. 17 Abs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 225 und 241 AEUV zu beschreiten.

Danach hat die Kommission grundsätzlich das „monopolartige Initiativrecht“¹⁰⁵ für Gesetzgebungsakte. Ob und inwieweit sie von dem ihr vertraglich zugewiesenen Initiativrecht Gebrauch macht, steht allein in ihrem Ermessen.¹⁰⁶ Sie entscheidet unabhängig über den Zeitpunkt, die Form und die nähere Ausgestaltung.¹⁰⁷ So könnte sie sich entschließen, die Aufforderung für ein Aufhebungsgesetz in das jährliche Arbeitsprogramm des Folgejahres (!) aufzunehmen. Genauso aber kann sie sich – ausweislich des klaren Wortlauts in den Art. 225 Satz 2 und Art. 241 Satz 2 AEUV – für eine mit Gründen versehene, abschlägige Mitteilung an das Parlament oder den Rat entscheiden. Einen klage- weise durchsetzbaren Anspruch auf Vorlage eines Vorschlags hat der Gesetzgeber jedenfalls nicht – die Kommission muss sich nur überhaupt einmal mit einer Auf- forderung des Parlaments oder des Rats beschäftigt haben.¹⁰⁸ Daran ändert auch die Bestimmung in Nr. 16 Abs. 3 der „Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission“,¹⁰⁹ die lediglich eine interinstitutionelle Konkretisierung der primärrechtlich festge- schriebenen Pflichten in Art. 225 AEUV gemäß Art. 295 AEUV ist, nichts. Ebenso wenig ändert sich durch das „Gemeinsame Verständnis zu Delegierten Rechtsakten“,¹¹⁰ das die oben genannte Widerrufsregelung ausdrücklich als unver- bindlich¹¹¹ interinstitutionell skizziert. Kurz: Die Kommission kann eine Auf- forderung zur Vorlage eines Vorschlags für einen Gesetzgebungsakt, mit dem die Aufhebung eines rechtswidrigen, aber von vornherein für wirksam erklärten Delegierten Rechtsakts verfolgt wird, über Art. 17 Abs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 225 und Art. 241 AEUV ohne Weiteres ins Leere laufen lassen oder auch nur verzögern, wenn sie will.

Zuzugeben ist, dass die Kommission in der Vergangenheit, also zu Zeiten des Vertrages von Nizza und davor, bemüht war, die Vorschläge und Haltungen der

¹⁰⁵ Frenz, (Fn. 45), Rdnr. 1735, S. 470.

¹⁰⁶ Ibid., Rdnr. 1742, S. 472.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ruffert, (Fn. 37), Art. 225, Rdnr. 4; Art. 241, Rdnr. 2 f.

¹⁰⁹ Siehe Rahmenvereinbarung, (Fn. 64), S. 49.

¹¹⁰ Siehe Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten, (Fn. 57), S. 21 sowie die Cover Note des Rats, (Fn. 57).

¹¹¹ Siehe Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten, (Fn. 57), S. 21.

Mitgliedstaaten und der anderen Organe zu berücksichtigen.¹¹² Dadurch hatte der Europäische Gerichtshof auch keine Gelegenheit, sich zur Bindungswirkung einer „Aufforderung“ zu äußern.¹¹³ Der Vertrag von Lissabon hat jedoch weitreichende Änderungen im institutionellen Gefüge mit sich gebracht und zu einer umfassenden Stärkung insbesondere der Rolle des Parlaments geführt,¹¹⁴ was zukünftig zu einem anderen Verhalten der Kommission führen könnte. So wurde das bislang als Mitentscheidungsverfahren bekannte Ordentliche Gesetzgebungsverfahren auf beinahe alle Politikbereiche ausgedehnt, und auf der Ebene der Delegierten Rechtsakte kann das Parlament die Kontrolle unabhängig vom Co-Gesetzgeber und dem jeweiligen Gesetzgebungsverfahren ausüben. Hieraus können die Abgeordneten mit Recht einen druckvollen Gestaltungsanspruch ableiten, der im institutionellen Dreieck mittlerweile ja auch verstärkt zu Reibereien führt.¹¹⁵

Durch eine Widerrufsregelung, wie die oben genannte, wird dessen praktische Durchsetzbarkeit jedoch gehemmt, weil die Beschränkung der vollen Wirkung des Widerrufs mögliches Druckpotential von vornherein nimmt. Daneben ist beachtlich, dass die Kontrollrechte von Rat und Parlament aus Art. 290 Abs. 2 AEUV systematisch ein Gegengewicht zum uneingeschränkten Erlassmonopol der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV bilden. Mit der oben genannten Widerrufsregelung wird dieses institutionelle Gleichgewicht aber gestört, weil sich das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis einseitig zu Lasten von Rat und Parlament verändert. Das ist inakzeptabel, denn die Glaubwürdigkeit der Durchsetzungskraft des Gesetzgebers gebietet zu jeder Zeit ein vollständiges und unabhängiges, mithin starkes Kontrollrecht.¹¹⁶

Wirklich bemerkenswert ist allerdings, dass für die kritisierte Widerrufsbestimmung noch nicht einmal ein praktisches Bedürfnis besteht. Wie unter Punkt III.4.e) ausgeführt, haben Rat und Parlament das volle Ermessen, im Widerrufsbeschluss festzulegen, welche Auswirkung der Widerruf der Befugnisübertragung auf die Ermächtigungsgrundlage haben soll. Um insbesondere Aspekte des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zu berücksichtigen, bietet sich der Eintritt der Rechtswidrigkeit erst ab dem Inkrafttreten des Widerrufsbeschlusses (*ex nunc*) oder

¹¹² *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 9. Aufl. 2010, Rdnr. 7, S. 205.

¹¹³ *Frenz*, (Fn. 45), Rdnr. 1759, S. 477.

¹¹⁴ *Kietz/von Oндarza*, Das neue Selbstbewusstsein des Europäischen Parlaments, swp-aktuell, Juli 2010, http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/aktuell/2010A57_ktz_orz_ks.pdf (5.12.2011), S. 1 f. m.w.N.; *Craig*, (Fn. 81), S. 110 f. m.w.N.

¹¹⁵ So auch *Kietz/von Oндarza*, (Fn. 114), S. 2 und 8, soweit es das Gesetzgebungsverfahren betrifft.

¹¹⁶ Ähnlich *Härtel*, (Fn. 13), Rn. 129, S. 263.

später an.¹¹⁷ Ein Gesetzgebungsakt zur Aufhebung des Delegierten Rechtsakts hätte sich selbstverständlich nach dieser Maßgabe zu richten.¹¹⁸

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass eine Bestimmung, nach der ein Widerruf die Gültigkeit eines rechtswidrigen Delegierten Rechtsaktes nicht berühren soll, abzulehnen ist. Sie führt zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts. Der Gesetzgeber sollte eine derartige Bestimmung aus Legislativvorschlägen der Kommission immer herausstreichen.

IV. Durchführungsrechtsakte (Art. 291 AEUV)

Nach Art. 291 Abs. 1 AEUV sind die Mitgliedstaaten berechtigt und verpflichtet, alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht zu ergreifen. Dies ist ein Unterfall des Grundsatzes der Unionstreue in Art. 4 Abs. 3 EUV.¹¹⁹ Anders als noch Art. 202 und 211 EGV¹²⁰ verlagert der Vertrag von Lissabon die Befugnis zur Durchführung von Rechtsakten also grundsätzlich auf die Mitgliedstaaten und bringt damit das Bemühen zum Ausdruck, dem Subsidiaritätsprinzip größere Geltung zu verschaffen.¹²¹ Bedarf es allerdings der Herstellung einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte in den Mitgliedstaaten, können mittels Durchführungsrechtsakt gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV entsprechende Befugnisse grundsätzlich auf die Kommission und nur im „gesteigerten Ausnahmefall“¹²² auf den Rat¹²³ übertragen werden.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-248/89, *Cargill*, Slg. 1991, I-2987, Rdnr. 20: „Zwar ist jedem Gemeinschaftsorgan, das feststellt, dass der von ihm erlassene Rechtsakt rechtswidrig ist, das Recht zuzuerkennen, diesen Rechtsakt innerhalb angemessener Frist rückwirkend zurückzunehmen, doch kann dieses Recht durch das Erfordernis eingeschränkt werden, das berechtigte Vertrauen des Adressaten des Rechtsakts, der auf dessen Rechtmäßigkeit vertrauen durfte, zu beachten.“

¹¹⁸ *Härtel*, (Fn. 13), Rdnr. 130, S. 264.

¹¹⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 28.2.2008 zum Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007, Drs. 16/8300, S. 191.

¹²⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. vor dem 1.5.1999.

¹²¹ *Callies*, in: *Callies/Ruffert*, (Fn. 22), Art. I-37, Rdnr. 1.

¹²² *Ruffert*, (Fn. 37), Art. 291, Rdnr. 8.

¹²³ Diese Möglichkeit betrifft gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV „Sonderfälle“ sowie Fälle der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Sie treten ein, wenn der Rat auf Grund seiner spezifischen Qualifikationen als die am besten geeignete Institution für die Durchführung angesehen werden muss. Typische Fallgestaltungen sind jedoch nicht erkennbar. *Hetmeier*, (Fn. 17), Art. 291, Rdnr. 6.

Ein Tätigwerden der Kommission ist immer erst dann geboten, wenn sich Durchführungsmaßnahmen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen wegen auf Unionsebene effektiver verwirklichen lassen,¹²⁴ oder heterogene Durchführungsbedingungen in den Mitgliedstaaten die wirksame Durchführung des Basisrechtsakts gefährden.¹²⁵ Letzteres wird in der Regel bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Fall sein. Diese sind deshalb klarzustellen, um sie für Behörden „handhabbar“ zu machen und für Bürger Rechtssicherheit zu schaffen.¹²⁶ Ein Tätigwerden mittels Durchführungsrechtsakt ist demgegenüber nicht angezeigt, wenn eine Vorschrift erst noch zu ändern oder zu ergänzen ist, um sie überhaupt handhaben zu können. Dann wäre der Anwendungsbereich des Art. 290 AEUV eröffnet, der einen ermächtigenden Gesetzgebungsakt ausweislich des klaren Wortlauts nicht durchführen kann. Die Anwendungsbereiche für Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte schließen sich demnach aus. Diese Feststellung gilt jedoch nur im Grundsatz.

Es verbleibt nämlich immer ein gewisser Überschneidungsbereich hinsichtlich der Ergänzung des zu Grunde liegenden Gesetzgebungsakts, da eine Klarstellung immer auch eine Form der Ergänzung sein wird.¹²⁷ Die Übergänge sind hier nicht nur semantisch, sondern auch systematisch fließend. Der Gesetzgeber hat deshalb einen gewissen Beurteilungsspielraum, welche Handlungsform er für angemessen erachtet.¹²⁸ Dies gilt auch, soweit es um Änderungen geht, denn ein Durchführungsrechtsakt kann einen ermächtigenden Gesetzgebungsakt auch unwesentlich abändern.¹²⁹ Der Gesetzgeber hat also stets die Möglichkeit, die Durchführungsorgane zu ermächtigen, einen Basisrechtsakt entweder qua Delegiertem Rechtsakt oder qua Durchführungsrechtsakt zu ändern oder zu ergänzen, wodurch der Begriff „Durchführung“ ausgesprochen dehnbar wird.¹³⁰ Voraussetzung allerdings ist, dass der Basisrechtsakt die Form einer Verordnung oder eines Beschlusses hat.¹³¹ Nach Art. 288 Satz 4 AEUV ist eine Richtlinie nämlich nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt im Übrigen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Einheitlicher Bedingungen für die Durchführung im Sinne des Art. 291 Abs. 2 AEUV soll es bei einer Richtlinie also gerade nicht bedürfen.

¹²⁴ Calliess, (Fn. 121), Art. I-37, Rdnr. 16.

¹²⁵ Sohn/Koch, (Fn. 62), S. 11.

¹²⁶ Härtel, (Fn. 13), Rdnr. 53, S. 234.

¹²⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.2.2005, (Fn. 14), S. 262.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Frenz, (Fn. 11), Rdnr. 634, S. 200; Seifert, (Fn. 22), S. 62.

¹³⁰ Härtel, (Fn. 13), Rdnr. 139, S. 268.

¹³¹ Ibid.

Als Ausgleich für die Verlagerung von Durchführungsbefugnissen von den Mitgliedstaaten auf die Kommission gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV weist Abs. 3 in Verbindung mit der Durchführungsverordnung¹³² den Mitgliedstaaten umfangreiche Mitwirkungs- bzw. Kontrollrechte zu.¹³³ Der Rat und das Parlament haben ausweislich des klaren Wortlauts in Absatz 3 keine entsprechende Befugnis, denn es handelt sich um die Übertragung von originären Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Dem Gesetzgeber fiel lediglich die Aufgabe zu, die Durchführungsverordnung zu verabschieden, die schließlich am 1. März 2011 in Kraft trat.¹³⁴

1. Komitologieverfahren nach der Durchführungsverordnung

Nach ihren Bestimmungen ergibt sich, dass bei der Wahrnehmung von Durchführungsbefugnissen durch die Kommission grundsätzlich zwei Rechtsetzungsverfahren voneinander zu unterscheiden sind: das Beratungs- und das Prüfverfahren.¹³⁵ Die Kommission wird bei beiden von Ausschüssen unterstützt, die sich aus Repräsentanten der Mitgliedstaaten zusammensetzen. Die Leitung hat stets ein Vertreter der Kommission als Vorsitzender (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 der Durchführungsverordnung).

- Im Beratungsverfahren gemäß Art. 4 der Durchführungsverordnung gibt der Ausschuss – mit einfacher Mehrheit – seine Stellungnahme zum Entwurf eines Durchführungsrechtsakts seitens der Kommission ab. Diese ist an die Stellungnahme nicht gebunden. Sie berücksichtigt aber „soweit wie möglich“ die Ergebnisse der Beratungen und die Stellungnahme vor dem Erlass.
- Im Prüfverfahren gemäß Art. 5 der Durchführungsverordnung nimmt der Ausschuss – mit qualifizierter Mehrheit – zum Entwurf Stellung. Steht die Stellungnahme im Einklang mit dem Entwurf, erlässt die Kommission den Rechtsakt. Im Falle einer ablehnenden Stellungnahme kann sie bei einem für erforderlich gehaltenen Rechtsakt innerhalb von zwei Monaten dem Prüfausschuss eine geänderte Fassung des Entwurfs oder aber innerhalb eines Monats den ursprünglichen Entwurf dem Berufungsausschuss vorlegen. Gibt

¹³² VO (EU) Nr. 182/2011, (Fn. 34).

¹³³ Dies war in der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“ nicht unumstritten. Mehrere Änderungsvorschläge wendeten sich gegen die alten Komitologiemechanismen und zielten auf die Streichung von Abs. 3 ab. Da es sich um eine Frage des Sekundärrechts handelte, schlug das Präsidium schließlich vor, den Entwurf des Artikels unverändert zu belassen, Drs. CONV 724/03 v. 24.5.2003, S. 94.

¹³⁴ ABl. L 55 v. 28.2.2011, S. 18.

¹³⁵ Daneben kennt die Durchführungsverordnung, (Fn. 34), noch zwei weitere Verfahren, und zwar über den Erlass von Durchführungsrechtsakten in Ausnahmefällen (Art. 7) sowie für sofort geltende Durchführungsrechtsakte (Art. 8). Es ist zu erwarten, dass diese ihres Ausnahmecharakters wegen in der Praxis eine eher untergeordnete Rolle spielen werden.

der Prüfausschuss keine Stellungnahme ab, kann die Kommission grundsätzlich die vorgeschlagene Maßnahme erlassen oder demselben Ausschuss eine geänderte Fassung des Entwurfs unterbreiten. Ausnahmsweise wird jedoch dann kein Rechtsakt erlassen, wenn bestimmte in Art. 5 Abs. 4 Satz 3 der Durchführungsverordnung genannte Politikbereiche – beispielsweise Finanzdienstleistungen – betroffen sind, wenn der Entwurf nur mit einfacher Mehrheit abgelehnt wurde oder wenn der Basisrechtsakt zwingend eine Stellungnahme vorsieht. In diesen drei Fällen kann die Kommission dem Prüfausschuss innerhalb von zwei Monaten einen geänderten Entwurf oder innerhalb von einem Monat dem Berufungsausschuss den ursprünglichen Entwurf vorlegen. Dieser Ausschuss fungiert quasi als zweite Instanz und soll spätestens zwei Monate nach seiner Befassung mit der Sache seine Stellungnahme mit qualifizierter Mehrheit abgeben. Fällt diese befürwortend aus oder wird keine abgegeben, so erlässt die Kommission den Rechtsakt. Ist die Stellungnahme hingegen ablehnend, erlässt die Kommission den Rechtsakt nicht.

Welches Verfahren im konkreten Einzelfall einschlägig ist, kann der Basisrechtsakt vorsehen, muss er jedoch nicht (Art. 2 Abs. 1 der Durchführungsverordnung).

- Das Prüfverfahren soll insbesondere bei Durchführungsakten von allgemeiner Tragweite und in Bezug auf bestimmte Sachbereiche wie beispielsweise der Steuer-, Umwelt- und Gesundheitspolitik angewendet werden (Art. 2 Abs. 2 der Durchführungsverordnung).
- Alle anderen Rechtsakte fallen in den Anwendungsbereich des Beratungsverfahrens (Art. 2 Abs. 3 in Verbindung mit Erwägungsgrund 15 der Durchführungsverordnung). Welches Verfahren im konkreten Einzelfall Anwendung findet, hängt also letztlich von einer Zuordnung ab, die sich nicht immer trennscharf wird vornehmen lassen. Da in Art. 5 Abs. 4 Satz 3 der Durchführungsverordnung der Bereich Finanzdienstleistungen zusammen mit der Steuer-, Umwelt- und Gesundheitspolitik genannt wird, liegt die Vermutung nahe, dass der Bereich Finanzdienstleistungen stets ebenso in den Anwendungsbereich des Prüfverfahrens fällt.

Gemäß Art. 12 Abs. 1 der Durchführungsverordnung wird das Komitologieverfahren nach den bislang herrschenden Regeln in den Komitologiebeschlüssen von 1999¹³⁶ und 2006¹³⁷ aufgehoben. Für Rechtsakte, die bereits vor Inkrafttreten der Durchführungsverordnung in Kraft getreten sind gelten allerdings in den Art. 12

¹³⁶ Beschluss des Rats v. 28.6.1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (1999/468/EG).

¹³⁷ Beschluss des Rats v. 17.7.2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (2006/512/EG).

bis 14 der Durchführungsverordnung besondere Übergangsbestimmungen. Auf die Wichtigsten sei hier kurz hingewiesen:

- Wird im Basisrechtsakt auf das Beratungsverfahren in Art. 3 des Komitologiebeschlusses von 1999 Bezug genommen, findet das Beratungsverfahren gemäß Art. 4 der Durchführungsverordnung Anwendung.
- Im Falle einer Bezugnahme auf das Verwaltungsverfahren gemäß Art. 4 des Komitologiebeschlusses von 1999 findet das Prüfverfahren gemäß Art. 5 der Durchführungsverordnung Anwendung.
- Nimmt der Basisrechtsakt Bezug auf das Regelungsverfahren nach Art. 5 des Komitologiebeschlusses von 1999, ist das Prüfverfahren gemäß Art. 5 der Durchführungsverordnung anwendbar.
- Schließlich gilt das Regelungsverfahren mit Kontrolle nach Art. 5a des Komitologiebeschlusses von 2006 weiterhin, wenn ein Basisrechtsakt auf es Bezug nimmt (Art. 12 Satz 2 der Durchführungsverordnung). Dies wird solange der Fall sein, bis der entsprechende Basisrechtsakt geändert und an die neue Rechtslage angepasst wird. Die Kommission hat sich insoweit in einer Erklärung als Addendum zur Durchführungsverordnung das Ziel gesetzt, alle geltenden Rechtsakte, die sich noch auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle beziehen, bis zum Ende der siebten Amtszeit von Parlament im Jahr 2014 an die neue Rechtslage anzupassen. Das Parlament und der Rat können vorschlagen, welche Basisrechtsakte vorrangig anzupassen sind. Ferner will die Kommission auch alle Basisrechtsakte, die vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon noch nicht an das Regelungsverfahren mit Kontrolle angepasst waren, überprüfen und gegebenenfalls an Art. 290 AEUV anpassen.¹³⁸

Nach Art. 14 der Durchführungsverordnung bleiben laufende Verfahren, in denen schon eine Stellungnahme gemäß dem Komitologiebeschluss von 1999 abgegeben wurde, von der Durchführungsverordnung unberührt. Eine Stellungnahme wird immer dann vorliegen, wenn der Ausschuss innerhalb der vorgesehenen Frist den Entwurf mit der vorgesehenen Mehrheit befürwortet oder ablehnt. Wurde die im jeweiligen Verfahren vorgesehene Mehrheit allerdings nicht erreicht, liegt auch keine Stellungnahme vor.

Eine Begleiterscheinung dieser neuen Durchführungsbestimmungen ist, dass alle vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon verabschiedeten Rechtsakte sowie die mit diesen verbundenen Komitologiebeschlüsse der Jahre 1999 und 2006 rechtmäßig und wirksam bleiben, und zwar solange, bis der Basisrechtsakt aufgehoben oder abgeändert wird.¹³⁹ Eine zweite Folge ist, dass auf Gesetzgebungsakte die neue Rechtslage anzuwenden ist, wenn sie zwar von der Kommission bereits vor

¹³⁸ Erklärungen der Kommission, ABl. L 55 v. 28.2.2011, S. 19.

dem Inkrafttreten vorgeschlagen wurden, aber noch nicht verabschiedet worden sind. Zu beachten schließlich ist, dass die Umstellung von Altfällen auf die neue Rechtslage immer einer Ermächtigung im Basisrechtsakt bedarf.

2. Durchführung von Delegierten Rechtsakten

Fraglich ist, ob ein Durchführungsrechtsakt auch Bestimmungen eines Delegierten Rechtsakts durchführen kann. Der Vertrag von Lissabon sagt hierzu nichts Konkretes. Auch in der wissenschaftlichen Literatur ist dieser Punkt bislang – soweit ersichtlich – noch nicht vertieft diskutiert worden. Dafür sprechen ein rechtssystematischer und -historischer Grund.

Zum einen muss ein Durchführungsrechtsakt, der einen Gesetzgebungsakt mit allen seinen wesentlichen Teilen durchführen kann, erst recht einen Delegierten Rechtsakt mit allen seinen nichtwesentlichen Teilen, die den Gesetzgebungsakt ändern oder ergänzen, durchführen können.

Zum anderen folgt diese Systematisierung dem Bestreben der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents, eine eindeutigere Normenhierarchie und Angleichung des europäischen Systems der Handlungsformen an die einzelstaatlichen Rechtsetzungssysteme zu erreichen. Die Gruppe schlug mit Blick darauf für die Annahme von Rechtsakten drei Ebenen vor:

1. Gesetzgebungsakte,
2. Delegierte Rechtsakte und
3. Durchführungsrechtsakte.

Bei letzteren sollte es sich ausdrücklich um Rechtsakte zur Durchführung von Gesetzgebungsakten und von Delegierten Rechtsakten handeln.¹⁴⁰ Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Regierungskonferenzen von Rom und später Lissabon an diesem Konzept nicht haben festhalten wollen.¹⁴¹

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass ein Durchführungsrechtsakt auch Bestimmungen eines Delegierten Rechtsakts durchführen kann.

¹³⁹ Europäisches Parlament/Konferenz der Ausschussvorsitzenden, Handbuch der Komitologie – Die Arbeiten des Europäischen Parlaments im Bereich Komitologie, Drucksache PE405.166/rev von März 2009, S. 24.

¹⁴⁰ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX. „Vereinfachung“, (Fn. 11), S. 8 f.

¹⁴¹ Dass Durchführungsrechtsakte auch Delegierte Rechtsakte durchzuführen geeignet sind, halten – ohne Diskussion – *Haratsch/Koenig/Pechstein*, (Fn. 36), Rdnr. 347, S. 150, ebenso für möglich. *Ruffert*, (Fn. 22), Art. I-36, Rdnr. 2; und *Härtel*, (Fn. 13), S. 234, Rdnr. 52, bzw. Rdnr. 136, S. 266, hielten das bereits nach den Regelungen in Art. I-36 und I-37 des Verfassungsvertrages – ohne Diskussion – für möglich.

3. Selbstermächtigung der Kommission über Art. 291 Abs. 2 AEUV

Fraglich ist im Anschluss hieran, ob die Kommission auch Bestimmungen eines Delegierten Rechtsakts durchführen kann, ohne dass sie hierzu im Gesetzgebungsakt bereits ausdrücklich ermächtigt worden ist. Mit anderen Worten: Kann sich die Kommission die Ermächtigungsgrundlage mit einem Delegierten Rechtsakt selbst schaffen? Der Vertrag von Lissabon sagt auch hierzu nichts Näheres.

Es gibt gute Gründe, die für die Möglichkeit der Selbstermächtigung sprechen.¹⁴² Diese ergeben sich etwas umständlich aus Art. 291 Abs. 2 AEUV, der hier nur verkürzt wiedergegeben sein soll:

„Bedarf es einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte, so werden mit diesen Rechtsakten der Kommission [...] Durchführungsbefugnisse übertragen.“

Auch wenn nicht ausdrücklich in den Art. 288 f. AEUV genannt, so gehören doch auch Delegierte Rechtsakte zu den verbindlichen Rechtsakten. Der Gesetzgeber überträgt auf die Kommission über Art. 290 AEUV eigene Befugnisse, um seine Gesetzgebungsakte ändern oder ergänzen zu lassen. Gesetzgebungsakte sind Rechtsakte, die in einem Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden (Art. 289 Abs. 3 AEUV) und Verordnungen, Richtlinien oder Beschlüsse sind (Art. 289 Abs. 1, 2 AEUV). Ausweislich des Art. 288 AEUV sind diese Handlungsformen verbindlich. Delegiert nun der Gesetzgeber Teile seiner eigenen Befugnisse mittels eines verbindlichen Gesetzgebungsakts, in dem die wesentlichen Aspekte bereits geregelt sind, an die Kommission, dann sind die auf dieser Grundlage von ihr erlassenen, nichtwesentlichen Änderungen oder Ergänzungen des Gesetzgebungsaktes in Form einer Delegierten Verordnung, einer Delegierten Richtlinie und eines Delegierten Beschlusses¹⁴³ erst recht verbindlich.

Bedarf es nun einheitlicher Bedingungen für die Durchführung dieser Delegierten Rechtsakte, können gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV mit diesen der Kommission Durchführungsbefugnisse übertragen werden.¹⁴⁴

Die Grenze für die autonome Gestaltungsmacht der Kommission mit Blick auf den Erlass von Durchführungsrechtsakten ergibt sich insbesondere aus der

¹⁴² So im Ergebnis auch der Deutsche Bundesrat, Empfehlungen des Ausschusses für Fragen der Europäischen Union und des Ausschusses für Agrarpolitik und Verbraucherschutz, Drs. 140/1/10 v. 26.4.2010, Pkt. 4, S. 2; *Craig*, (Fn. 81), S. 122. A.A. *Voermans*, (Fn. 22), S. 326.

¹⁴³ Eine ausführliche Übersicht über die konkrete Bezeichnung der zahllosen Rechtsakte nach dem Vertrag von Lissabon ist in der Anlage zum Vermerk des Rats, Drs. 17392/09 v. 14.12.2009, zu finden, mit dem Anpassungen der Struktur des Amtsblattes in Folge des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon vorgeschlagen werden.

¹⁴⁴ Diese Überlegungen hier beziehen sich gleichermaßen auf die prinzipiell mögliche Selbstermächtigung durch den Rat.

Grenze, die durch den Delegierten Rechtsakt gezogen wird. Die Kommission kann damit die delegierte Befugnis nicht etwa derart ausüben, dass sie eine Durchführungsregelung erlässt, die mit ihrem Regelungsrahmen über den durch den Delegierten Rechtsakt gesetzten hinausgeht. Das gilt erst recht mit Blick auf den durch den Gesetzgebungsakt gezogenen Rahmen.

Die Frage der Selbstermächtigung ist vor allem für das Europäische Parlament von großer praktischer Bedeutung, denn geregelt ist, dass die Abgeordneten – ausweislich des klaren Wortlauts in Art. 291 AEUV – weder am Erlass noch an der Kontrolle von Durchführungsrechtsakten zu beteiligen sind. Durch eine Selbstermächtigung verselbstständigt sich also die auf die Kommission übertragene Kompetenz. Der Rat teilt dieses Schicksal zwar, über Art. 291 Abs. 3 AEUV jedoch üben die Mitgliedstaaten die alleinige Kontrolle aus; auf die Mitwirkung durch den Rat kommt es für die Praxis mithin nicht wirklich an. Das Parlament sollte vor diesem Hintergrund und „im Interesse ausgewogener institutioneller Machtbalance“¹⁴⁵ in Gesetzgebungsakten stets den Ausschluss der Selbstermächtigungsmöglichkeit sicherstellen. Das Gegenteil führte nur zu einer weiteren Aushöhlung seiner Rolle als Gesetzgeber und stünde abermals klar im Widerspruch zu seiner umfassenden Stärkung durch den Vertrag von Lissabon.¹⁴⁶

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass die Kommission auch Bestimmungen eines Delegierten Rechtsakts durchführen kann, und zwar ohne dass sie hierzu im Gesetzgebungsakt bereits ausdrücklich ermächtigt worden ist. Sie ermächtigt sich über einen Delegierten Rechtsakt ganz einfach selbst.

V. Systematischer Vergleich

Beim systematischen Vergleich der unterschiedlichen Anwendungsbereiche von Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten sind vier Punkte besonders hervorzuheben:

- Übertragung unterschiedlicher Befugnisse auf die Kommission: Art. 290 AEUV überträgt durch die Ermächtigung zur Ergänzung und Änderung von unwesentlichen Aspekten eines Gesetzgebungsaktes legislative Befugnisse auf die Kommission. Hingegen werden durch Art. 291 AEUV grundsätzlich der Kommission exekutive Befugnisse zur Durchführung übertragen, mit denen durch die Klarstellung von unbestimmten Rechtsbegriffen die einheitliche

¹⁴⁵ Deutscher Bundesrat, (Fn. 142), Pkt. 4, S. 2.

¹⁴⁶ Zu den neuen Rechten des Parlaments *Craig*, (Fn. 81), S. 110 f.; *Kietz/von Ondarza*, (Fn. 114), S. 1 f. m.w.N.

Anwendung von Bestimmungen eines Gesetzgebungsaktes oder Delegierten Rechtsaktes in den Mitgliedstaaten gewährleistet werden soll.¹⁴⁷

- Überschneidung der Anwendungsbereiche: Ein Gesetzgebungsakt in der Form einer Verordnung oder eines Beschlusses kann auch – soweit es die unwesentlichen Aspekte betrifft – durch einen Durchführungsrechtsakt abgeändert oder ergänzt werden. Daraus folgt systematisch, dass Durchführungsrechtsakte sowohl von abstrakt-genereller als auch konkret-individueller Geltung sein können.¹⁴⁸ Delegierte Rechtsakte sind hingegen ausweislich des klaren Wortlauts in Art. 290 Abs. 1 Satz 1 AEUV immer nur von allgemeiner Geltung.
- Kontrolle: Die Kontrolle von Durchführungsmaßnahmen nach Art. 291 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit der Durchführungsverordnung¹⁴⁹ obliegt allein den Mitgliedstaaten im Wege der Komitologie, während Rat und Parlament nicht beteiligt sind. Hingegen fällt bei Delegierten Rechtsakten allein diesen beiden die Kontrolle zu. Eine Pflicht zur Anhörung von anderen EU-Institutionen oder zur Durchführung von Expertenkonsultationen gibt es für die Kommission nicht – auch nicht im Bereich „Finanzdienstleistungen“.
- Grundlage für den Erlass der Rechtsakte; Bestimmtheit: Delegierte Rechtsakte können nur auf der Basis von Gesetzgebungsakten, Durchführungsrechtsakte hingegen sowohl auf der Basis von Gesetzgebungsakten als auch von Delegierten Rechtsakten erlassen werden. Zudem erfordert der Erlass von Durchführungsrechtsakten nicht – wie im Falle der Delegierten Rechtsakte gemäß Art. 290 Abs. 1 Satz 2 AEUV –, dass in dem ermächtigenden Rechtsakt Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung bestimmt sind.

Eindeutig unterscheidbar sind die Delegierten Rechtsakte bzw. Durchführungsrechtsakte dadurch, dass sie gemäß Art. 290 Abs. 3 AEUV und Art. 291 Abs. 4 AEUV ausdrücklich als solche gekennzeichnet werden müssen.

¹⁴⁷ Von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl. 2008, S. 272, Pkt. 3. a.E., spricht auch von Legislativ- sowie Administrativrechtsakten.

¹⁴⁸ So im Ergebnis auch Ponzano, (Fn. 37), S. 140.

¹⁴⁹ VO (EU) Nr. 182/2011, (Fn. 34).

VI. Schlussfolgerungen

Richtig ist, dass sich die bislang bekannte „Ära der Komitologie ihrem Ende zuneigt“,¹⁵⁰ denn die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen wurde durch den Vertrag von Lissabon umfassend neu geregelt. Zentral ist die Einführung von Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten in den Art. 290 und 291 AEUV. Damit wurde eine systematische Trennung zwischen der Übertragung von legislativen Regulierungsbefugnissen und exekutiven Durchführungsbefugnissen auf die Kommission vollzogen.

Einer der wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Normen ist, dass die Komitologie grundsätzlich nur beim Erlass von Durchführungsrechtsakten eine Rolle spielt. Eine Pflicht zur Durchführung von Konsultationen, soweit es den Erlass von Delegierten Rechtsakten betrifft, gibt es für die Kommission nicht. Sie allein hat das uneingeschränkte Erlassmonopol. Insoweit offen ist, ob sie zukünftig dennoch auf den Rat von Experten zurückzugreifen will. Hierfür sprechen Gründe guter Gesetzgebung.

Ebenso wenig ergeben sich aus den Gründungsverträgen durch die Kommission zu beachtenden Informations- und Dokumentationspflichten. Und die Interinstitutionelle Vereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Kommission vom 20. November 2010, mit der dieses Manko eigentlich behoben werden sollte, offenbart eine schwer einzuschätzende Regelungslücke. Dem Gesetzgeber ist hier zu empfehlen, Informations- und Dokumentationspflichten in jedem Gesetzgebungsakt gesondert zu verankern. Dieser Weg gewährleistet eine frühzeitige und angemessene Begleitung der vorbereitenden Arbeiten zu Delegierten Rechtsakten.

Mit dem Widerruf, der jederzeit nach Inkrafttreten des Gesetzgebungsaktes durch Rat und/oder Parlament beschlossen werden kann, und dem Einspruch hat der Gesetzgeber zwei Möglichkeiten, die Befugnis zum Erlass von Delegierten Rechtsakten durch die Kommission unter Bedingungen zu stellen. Weitere als die in Art. 290 Abs. 2 AEUV genannten sind nicht zulässig. Darüber hinaus kann der Gesetzgeber eine dieser beiden Bedingungen oder auch beide zusammen regeln, eine Pflicht, mindestens eine im Gesetzgebungsakt zu regeln, gibt es jedoch nicht. Die Entscheidung steht in seinem Ermessen.

In Erwartung einer kontinuierlich wachsenden Zahl von technisch zum Teil hochkomplexen Delegierten Rechtsakten sollte sich der Gesetzgeber stets ausreichend

¹⁵⁰ Presseerklärung des Abgeordneten und zuständigen Berichterstatters *Szajer* anlässlich der Entschließung des Europäischen Parlaments v. 5.5.2010 (Fn. 17), Pressedienst des Europäischen Parlaments, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+IM-PRESS+20100406STO72095+0+DOC+PDF+V0//DE&language=DE> (5.12.2011).

Zeit für ihre inhaltliche Prüfung und politische Bewertung ausbedingen. Das gilt umso mehr, als zusätzlich mögliche Beteiligungsrechte der mitgliedstaatlichen Parlamente und weiterer mitgliedstaatlicher Organe zu beachten sein könnten. Es würde sich deshalb anbieten, für alle Delegierten Rechtsakte mindestens einen Gleichlauf mit den Einspruchsfristen in jeweils Art. 13 Abs. 1 Satz 1, 2 der drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA anzustreben, die eine Grunddauer von einheitlich drei Monaten sowie die Möglichkeit der Verlängerung um ebenfalls einheitlich drei weitere Monate vorsehen.

Derzeit haben Rat und Parlament kein Recht, einen rechtswidrigen, aber noch wirksamen Delegierten Rechtsakt durch einen autonomen Beschluss aufzuheben. Es ist jedoch zu überlegen, im Rahmen einer Vertragsänderung nach Art. 48 EUV ein solches zusätzliches Recht zur Aufhebung zu schaffen. Aus gesetzessystematischen und rechtspraktischen Gründen sollte das Gesetzgebungsorgan, das den Widerruf nach Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV beschließt, auch zugleich die Aufhebung beschließen können. Der Weg über die Initiative der Kommission ist ein systematischer Bruch und widerspricht der rechtsstaatlich gebotenen Effizienz des Rechtsschutzes. In ihrer Entschließung vom 5. Mai 2010 haben die Abgeordneten des Europäischen Parlaments die „Möglichkeit, bereits in Kraft getretene Delegierte Rechtsakte nachträglich aufzuheben“,¹⁵¹ auch schon selbst konkret ins Auge gefasst. Dieser Ansatz sollte weiterverfolgt werden.

Wie am Beispiel der drei Verordnungen zur Errichtung von EBA, ESMA sowie EIOPA aufgezeigt, kennt die Regulierungspraxis mittlerweile Fälle, in denen der Gesetzgeber das Widerrufsrecht gemäß Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV freiwillig in seiner Rechtsfolgewirkung auf noch nicht in Kraft getretene Delegierte Rechtsakte beschränkt. Rechtswidrige, aber bereits in Kraft getretene Delegierte Rechtsakte werden dadurch einer selbstbestimmten Kontrolle durch den Gesetzgeber entzogen. Im Ergebnis führt dies zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts. Der Gesetzgeber sollte einen in Legislativvorschlägen der Kommission entsprechend niedergelegten Passus stets streichen.

Sollte das Europäische Parlament diese Überlegung nicht teilen, stellt sich die Frage, warum es in seiner Entschließung vom 5. Mai 2010 glaubt, „andere Möglichkeiten der Kontrolle einer Befugnisübertragung“¹⁵² haben zu müssen. Wenn es die Kontrollrechte, die ihm die Gründungsverträge zubilligen, verzichtbaren Beschränkungen freiwillig unterwirft, ist kein Grund ersichtlich, warum man die Kontrollmöglichkeiten an anderer Stelle auch noch ausweiten sollte. In dem Verhalten der Abgeordneten liegt offensichtlich ein Widerspruch.

¹⁵¹ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 5.5.2010, (Fn. 17), Pkt. 2.

¹⁵² Ibid.

Aus wohlverstandem Eigeninteresse sollte das Parlament in Gesetzgebungsakten sicherstellen, dass eine Selbstermächtigung der Kommission über Art. 291 Abs. 2 AEUV nicht möglich ist. Hier ist von Bedeutung, dass es am Erlass und der Kontrolle von Durchführungsrechtsakten ausweislich des klaren Wortlauts in Art. 291 AEUV nicht beteiligt ist. Die Verselbstständigung der auf die Kommission übertragenen Kompetenz schwächt vor allem seine Rolle als Gesetzgeber und steht klar im Widerspruch zur umfassenden Stärkung seiner Rechte durch den Vertrag von Lissabon.

