

Constantin Fabricius

Der Technische
Regulierungsstandard für
Finanzdienstleistungen
– Eine kritische Würdigung
unter besonderer
Berücksichtigung des
Art. 290 AEUV

Heft 124

Februar 2013

**Der Technische Regulierungsstandard für
Finanzdienstleistungen**
– Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des
Art. 290 AEUV

Von

Constantin Fabricius

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Constantin Fabricius, Bankkaufmann und Assessor, ist als Referent beim Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin/Brüssel, im Bereich Europapolitik beschäftigt.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Matthias Lehmann (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 124

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-576-4 (print)

ISBN 978-3-86829-577-1 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	7
I. Ziel der Untersuchung	8
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	9
III. Gang der Untersuchung	9
IV. Hinweise zu Abkürzungen und Begriffen.....	10
B. Das neue System der Finanzaufsicht in Europa.....	11
I. Handlungsoptionen der ESAs	11
II. Möglicher Anwendungsbereich für das Verfahren der technischen Standardsetzung	12
III. Organisation und Struktur der ESAs.....	13
IV. Zwischenergebnis	15
C. Das Agenturmodell der EU	15
I. Typen	16
II. Multityp ESA	18
III. Zwischenergebnis	20
D. Das Verfahren der Regulierungsstandardsetzung.....	20
I. Der Delegierte Rechtsakt (Art. 290 AEUV).....	21
1. Struktur des Art. 290 AEUV.....	22
2. Befugnisübertragung (Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV).....	22
3. Bestimmtheitsgebot (Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 1 AEUV).....	25
4. Wesentlichkeitsvorbehalt (Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 2 AEUV)	25
5. Widerrufs- und Einspruchsrecht (Art. 290 Abs. 2 AEUV)	27
6. Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf.....	29
7. Keine Entwurfs- und Vorschlagspflicht für die Kommission	31
8. Keine Pflicht zur Konsultation für die Kommission	32
a) Begriff und Reichweite einer möglichen Konsultationspflicht.....	33
b) Sinn und Zweck des Fehlens der Konsultationspflicht	34
c) Genese	35
d) Systematik des Art. 290 AEUV im Vergleich zu Art. 291 AEUV	38
e) Exkurs: Praxisfälle	41
(1) Keine Pflicht zur Konsultation der Europäischen Zentralbank	41
(2) Keine Pflicht zur Konsultation von EBA, ESMA und EIOPA.....	44
(a) Verletzung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung.....	46
(b) Verletzung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit	47
(3) Zwischenergebnis	48
f) Keine Pflicht zur Konsultation aus dem Common Understanding on Delegated Acts	48

(1) Keine Interinstitutionelle Vereinbarung gemäß Art. 295 AEUV	48
(2) Keine Selbstverpflichtung der Kommission	49
(3) Zwischenergebnis	51
g) Keine Selbstverpflichtung der Kommission aus der Erklärung Nr. 39 zum Lissabon-Vertrag	52
(1) Genese	53
(a) Exkurs: Das Lamfalussy-Verfahren	54
(b) Regierungskonferenz von Lissabon	55
(c) Exkurs: Lamfalussy ist tot!	56
(2) Zwischenergebnis	57
h) Zwischenergebnis	57
9. Zwischenergebnis	57
II. Der Technische Regulierungsstandard (Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO)	59
1. Befugnisübertragung (Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1; Art. 11 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO)	59
2. Entwurf, Änderung, Nichtannahme und Erlass (Art. 10 Abs. 1 UA 3-8, Abs. 2-3; 11 Abs. 2; 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO)	61
a) Konkreter Inhalt der Normen	61
b) Reflektion am Primärrecht	63
(1) Art. 10 Abs. 1 UA 4; 11 Abs. 2; 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO	63
(2) Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO	64
(3) Art. 10 Abs. 1 UA 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO	64
(4) Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO	65
(a) Horizontale Regelung	65
(b) Vorschlagspflicht	66
(c) Konsultations- und Abstimmungspflichten	66
(d) Änderungen nur aus Gründen des Unionsinteresses	67
(i) Ermessensreduktion auf null	67
(ii) Störung des institutionellen Gleichgewichts	70
(iii) Exkurs: Unanwendbarkeit der „ <i>Meroni</i> “-Doktrin	72
(iv) Demokratiewidrige Entkopplung der ESAs	75
(v) Maßgeblicher Einfluss der Mitgliedstaaten über den Rat der Aufseher	79
(e) Annexvorschriften	80
(f) Zwischenergebnis	80
c) Zwischenergebnis	81
3. Kontrolle (Art. 11 Abs. 3; 12-13 EBA-VO, ESMA-VO, EIOPA-VO)	81
a) Konkreter Inhalt der Normen	82
b) Reflektion am Primärrecht	83
c) Beschränkung der Wirkung des Widerrufs	84
d) Zwischenergebnis	85
4. Zwischenergebnis	86
5. Exkurs: Es lebe Lamfalussy!	86
III. Zwischenergebnis	89

E. Endergebnis und Bewertung.....	91
F. Alternative Formulierungsvorschläge	93
I. Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.....	93
II. Art. 11 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.....	97
III. Art. 12 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.....	97
IV. Art. 13 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.....	98
V. Art. 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.....	99
VI. Erwägungsgrund (21) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (20) EIOPA-VO	100
VII. Erwägungsgrund (22) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (21) EIOPA-VO	100
VIII. Erwägungsgrund (23) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (22) EIOPA-VO	101
IX. Erwägungsgrund (24) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (23) EIOPA-VO	102
Schrifttum	101

A. Einleitung^{*}

Am 1. Januar 2011 haben die neuen *European Supervisory Authorities* (ESAs) ihre Arbeit aufgenommen. Die Gründungen der *European Banking Authority*¹ (EBA), der *European Securities and Markets Authority*² (ESMA) sowie der *European Insurance and Occupational Pensions Authority*³ (EIOPA) waren drei von mehreren Reaktionen⁴ des europäischen Gesetzgebers auf den Ausbruch und die Folgen der weltweiten Finanzkrise im Jahre 2007. Die Legislativvorschläge dafür basierten maßgeblich⁵ auf den Empfehlungen der von der Europäischen Kommission eigens einberufenen *High-Level Group on Financial Supervision in the EU* zur zukünftigen Regulierung und Beaufsichtigung der europäischen Finanzmärkte unter Leitung von *Jacques de Larosière*.⁶ Im Ergebnis hat die Gründung der drei ESAs einen Prozess tiefgreifender Veränderungen in der europäischen Finanzaufsichtsarchitektur eingeleitet, der bis heute noch nicht

^{*} Der Verfasser weist darauf hin, dass diese Untersuchung anlässlich seiner Tätigkeit beim Verband deutscher Pfandbriefbanken angefertigt wurde. Dort ist er schwerpunktmäßig im Bereich der europäischen Kapitalmarktpolitik beschäftigt. Hierfür unverzichtbar ist das richtige Verständnis des *acquis communautaire* im Politiksektor Finanzdienstleistungen unter besonderer Berücksichtigung des Vertrages von Lissabon. Tatsache allerdings ist, dass sich in der Wissenschaft zumindest derzeit noch vergleichsweise wenig mit den aus diesem Spannungsverhältnis resultierenden (aktuellen) Fragen beschäftigt wird. Eigene Untersuchungen sind deshalb erforderlich. Diese Ausarbeitung baut auf den Praxiserfahrungen und Forschungsergebnissen des Verfassers auf, die er insbesondere in den vergangenen zwei Jahren angesammelt hat. Dabei bringt sie ausschließlich seine persönlichen Meinungen und Wertungen zum Ausdruck.

¹ Europäische Bankaufsichtsbehörde; s. Verordnung Nr. 1093/2010, ABl. EU Nr. L 331/12 vom 15. Dezember 2010.

² Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde; s. Verordnung Nr. 1095/2010, ABl. EU Nr. L 331/84 vom 15. Dezember 2010.

³ Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung; s. Verordnung Nr. 1094/2010, ABl. EU Nr. L 331/48 vom 15. Dezember 2010.

⁴ Insoweit handelt es sich insbesondere um sechs bereits in Kraft getretene, gesetzgeberische Maßnahmen. Neben den Gründungen von EBA, ESMA und EIOPA (s.o. Fn. 1-3) wurde auch noch der Europäische Ausschuss für Systemrisiken gegründet (s. Verordnung Nr. 1092/2010; ABl. EU Nr. L 331/1 vom 15. Dezember 2010). Daneben wurde die Europäische Zentralbank mit besonderen Aufgaben bezüglich der Arbeitsweise des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken betraut (s. Verordnung (EU) Nr. 1096/2010; ABl. EU Nr. L 331/162 vom 15. Dezember 2010). Schließlich wurde noch die sog. „Omnibus-I“-Richtlinie (s. Richtlinie 2010/78/EU; ABl. EU Nr. L 331/120 vom 15. Dezember 2010), zur Änderung der Gesetzgebung im Bereich Finanzdienstleistungen zur Gewährleistung der effizienten Durchführung des europäischen Systems für die Finanzaufsicht (ESFS) verabschiedet; darin werden die Bereiche festgelegt, für die die ESAs zukünftig insbesondere Entwürfe zu technischen Standards ausfertigen sollen. In dieselbe Richtung zielt die ergänzende, siebte gesetzgeberische Maßnahme, die sog. „Omnibus-II“-Richtlinie (Drs. KOM (2011) 0008 endg.), die die Kommission am 19. Januar 2011 vorgeschlagen hatte, aber bislang noch nicht verabschiedet werden konnte.

⁵ Bereits in ihrer Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates „Impulse für den Aufschwung in Europa“ (Drs. KOM (2009) 114 endg. vom 4. März 2009) bezog sich die Kommission auf die wesentlichen Konzeptideen des *De-Larosière*-Berichts.

⁶ S. „*Report of the High-Level Group on Financial Supervision in the EU*“ vom 25. Februar 2009, erhältlich im Internet: <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf> (besucht am 30. Dezember 2012). S. zu den einzelnen Vorschlägen der Gruppe auch Erwägungsgrund (3) in den drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA (Fn. 1-3).

abgeschlossen ist.⁷ Neu geschaffen wurden u.a. zwei Verfahren, die das Primärrecht im Bereich der Vorbereitung und des Erlasses von Rechtsakten durch die Kommission speziell für den Finanzdienstleistungssektor ergänzen: zum einen das Verfahren zum Entwurf von Technischen Regulierungsstandards (TRS) und zum anderen das Verfahren zum Entwurf von Technischen Durchführungsstandards (TDS). Mit ihnen verfolgt der europäische Gesetzgeber das Ziel, konvergente Aufsichtspraktiken und ein gemeinsames Regelwerk in der Europäischen Union (EU) zu schaffen.⁸ Nach Ansicht der Deutschen Bundesbank werden es zukünftig vor allem diese beiden Verfahren sein, die einen deutlich spürbaren Einfluss auf die Aufsichtspraxis und die Tätigkeit der Kreditinstitute in Europa haben.⁹

Von ebenso großer Bedeutung wie die Gründung der ESAs war das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009, der u.a. zu einer grundlegenden Umgestaltung der Vorschriften über die abgeleitete europäische Rechtsetzung geführt hat. Neben das bislang schon über Art. 202 EGV¹⁰ bekannte Instrument zur Durchführung von Vorschriften eines Basisrechtsaktes durch die Kommission, das nunmehr in Art. 291 AEUV¹¹ als „Durchführungsrechtsakt“ neu gefasst wurde, trat ergänzend der dem Gemeinschaftsrecht zuvor fremde „Delegierte Rechtsakt“ gemäß Art. 290 AEUV. Im Ergebnis wurde mit diesen beiden Handlungsformen eine klare systematische Trennung zwischen der Übertragung von legislativen Regulierungsbefugnissen und reinen Durchführungsbefugnissen in das Unionsrecht eingeführt. Erfolgreich konnten damit die Jahrzehnte alten Defizite der bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon gültigen Dogmatik zur Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Kommission behoben werden.¹² Die früheren Komitologiebeschlüsse hatten nämlich legislative und exekutive Befugnisse nicht sauber voneinander getrennt, sondern in weiter Auslegung des Primärrechts einheitlich als Durchführungsbefugnisse behandelt.¹³

I. Ziel der Untersuchung

In den Rechtswissenschaften ist bislang noch nicht untersucht worden, wie sich die vorgenannten Änderungen zusammengenommen speziell auf die abgeleitete Rechtsetzung durch die Kommission im Politikbereich Finanzdienstleistungen aus-

⁷ Zur Stärkung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion hat die Kommission zuletzt am 12. September 2012 zwei Vorschläge zur Schaffung eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus für Banken unter Führung der Europäischen Zentralbank präsentiert. Diese Vorschläge bedeuten einen ersten Schritt in Richtung einer integrierten „Bankenunion“ und werden derzeit zwischen Rat und Parlament im informellen Trilog beraten. Im Einzelnen sind das der Vorschlag zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (KOM (2012) 511 endg.) sowie der Vorschlag zur Revision der EBA-Verordnung (KOM (2012) 512 endg.).

⁸ „Omnibus-I“-Richtlinie (s.o. Fn. 4), Punkt 6, 1. Bulletpoint.

⁹ Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, September 2011, 94.

¹⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. vor dem 1. Mai 1999.

¹¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

¹² *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 232, Rn. 50 m.w.N.

¹³ *Sydow*, JZ 2012, 157 (159).

wirken. Soweit ersichtlich gibt es bislang nur das Werk von *Kothamäki*, in dem zumindest die „berechtigte Frage gestellt“ wird, ob sich aus dem Zusammenwirken von Art. 290/291 AEUV einerseits und den ESAs andererseits – soweit es die Rechtsetzung durch die Kommission betrifft – möglicherweise unionsrechtliche Friktionen ergeben könnten.¹⁴ Hier tut sich also eine Forschungslücke auf, die der Verfasser mit seinem Beitrag zu schließen helfen möchte.

Über die Befriedigung wissenschaftlicher Neugier hinaus ist eine Beschäftigung mit diesem Thema angezeigt, weil sich schon früh ein Kompetenzstreit von fundamentaler Bedeutung zwischen den Organen der Europäischen Union (EU) abgezeichnet hat. Anlässlich der Verabschiedung der drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA erklärte die Kommission seinerzeit nämlich ausdrücklich, dass sie bezüglich des Verfahrens zum Erlass von TRS in Form von Delegierten Rechtsakten zwar den besonderen Charakter des Finanzdienstleistungssektors im Rahmen der *Lamfalussy*-Struktur betone, die durch sie in der Erklärung Nr. 39 zum AEUV auch anerkannt worden sei. Nichtsdestotrotz meldete die Kommission u.a. ernsthafte Zweifel daran an, ob die in den Art. 10 – 14 der drei Gründungsverordnungen niedergelegten Beschränkungen ihrer Rolle bei der Vorbereitung und Annahme von Delegierten Rechtsakten im Einklang mit Artikel 290 AEUV stünden.¹⁵ Ziel der nachfolgenden Untersuchung ist die Klärung dieser Frage.

II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Aus der Tatsache, dass sich die Bedenken der Kommission ausdrücklich auf den TRS beschränken, folgt hier die entsprechende Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes. Im Einzelnen nicht erörtert wird somit der TDS, der in Gestalt eines Durchführungsrechtsaktes erlassen wird. Art. 291 AEUV findet jedoch zumindest insoweit Erwähnung, als es konkret auf die systematische Abgrenzung zu Art. 290 AEUV ankommt. Alles weitere muss einem separaten Forschungsschritt vorbehalten bleiben. Für diese Entscheidung spricht im Übrigen, dass schon allein der Bereich der delegierten Rechtsetzung von einer geradezu betäubenden Problemdichte ist.

III. Gang der Untersuchung

In einem ersten Schritt sind zunächst die Grundzüge des neuen europäischen Finanzaufsichtssystems – mit dem engen Fokus auf die ESAs – zu skizzieren (B.). Hierzu gehört im Anschluss auch eine Darstellung des Agenturmodells, dessen sich die EU zur Errichtung der ESAs bedient hat (C.). In einem dritten Schritt wird daraufhin die theoretische Grundlage des Verfahrens zur Regulierungsstandardsetzung herausgearbeitet (D.). Alle Forschungsschritte dienen der Erreichung des zuvor genannten Ziels dieser Untersuchung: Ohne die korrekte Einordnung von EBA, ESMA und EIOPA in das Agenturwesen der Union ist die Beantwortung der Frage, ob die in den Art. 10-

¹⁴ *Kothamäki*, Bankenaufsicht, 180.

¹⁵ Addendum zum I/A-Punkt-Vermerk des Generalsekretariats des Rats für den Ausschuss der ständigen Vertreter (Drs. 15647/10 vom 10. November 2010), 1.

14 der Gründungsverordnungen niedergelegten Bestimmungen im Einklang mit Artikel 290 AEUV stehen, nicht zu erreichen. Da die drei Legislativakte lediglich Sekundärrecht sind, ist allerdings zunächst die Skizzierung der primärrechtlichen Grundlagen für die Vorbereitung und den Erlass von Delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 AEUV erforderlich. Das Endergebnis der Untersuchungen (B. bis D.) wird unter (E.) dargestellt.

Zum Abschluss unter Gliederungspunkt F. formuliert der Verfasser alternative Vorschläge für die Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sowie die entsprechenden Erwägungsgründe (21) bis (24) EBA-/ESMA-VO bzw. (20)-(23) EIOPA-VO. Damit möchte er einen Beitrag zur Diskussion leisten, die schon heute mit Blick auf die Erstellung des Berichts der Kommission u.a. über die in den drei Gründungsverordnungen festgelegten Verfahren geführt wird. Dieser Bericht ist bis zum 2. Januar 2014 zu veröffentlichen.¹⁶

IV. Hinweise zu Abkürzungen und Begriffen

Die drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA sind nahezu vollständig spiegelbildlich aufgebaut und entsprechen sich in ihren wesentlichen Inhalten. Der Einfachheit und Übersichtlichkeit halber werden sie deshalb in dieser Untersuchung grundsätzlich zusammen besprochen und entweder als EBA-/ESMA-/EIOPA-VO oder EBA-VO, ESMA-VO bzw. EIOPA-VO zitiert.

Nach Ansicht des Verfassers beschreibt die Regulierungsstandardsetzung, wie sie jeweils in den Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegt wurde, mit dem TRS nicht etwa eine neue unionale Handlungsform, sondern allein ein spezielles Verfahren im Rahmen der delegierten Rechtsetzung, an dem neben der Kommission zusätzlich die ESAs in prominenter Art und Weise zu beteiligen sind. Es ist lediglich die Vorarbeit von EBA, ESMA und EIOPA, die durch die Erwähnung des TRS im Titel eines Delegierten Rechtsakts zum Ausdruck gebracht werden kann.¹⁷ *De lege lata* sind die primärrechtlich zulässigen Handlungsinstrumente abschließend in den Art. 288 ff. AEUV beschrieben. In diesen Normen findet der TRS – anders als der Delegierte Rechtsakt – keine Erwähnung. Für die Regulierungsstandardsetzung maßgeblich ist aber ausweislich der drei Gründungsverordnungen Art. 290 AEUV. Der TRS ist also mit einer nach dem Primärrecht zulässigen Handlungsform verknüpft. Nachfolgend ist deshalb nicht unpräzise von *dem* TRS, den die Kommission erlässt, die Rede¹⁸,

¹⁶ Art. 81 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹⁷ So heißt es beispielsweise: „Delegierte Verordnung (EU) Nr. 446/2012 der Kommission vom 21. März 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf Technische Regulierungsstandards für Inhalt und Format der periodischen Übermittlung von Ratingdaten durch die Ratingagenturen an die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde“ (s. ABl. EU Nr. L 140/2 vom 21. März 2012).

¹⁸ So aber der europäische Gesetzgeber beispielsweise in Art. 11 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, wonach die „Kommission einen technischen Regulierungsstandard erlässt“. Diese Formulierung läuft auf eine synonyme Verwendung der Begriffe „Delegierter Rechtsakt“ bzw. „TRS“ und damit auf eine Vermischung des Primärrechts mit dem Sekundärrecht hinaus. Maßstabgebend für das Sekundärrecht ist jedoch das Primärrecht. Diese Prämisse sollte nach Ansicht des Verfassers auch in Legislativakten stets sauber zum Ausdruck gebracht werden. In der juristischen Literatur wird

sondern vom TRS, der in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes erlassen wird. Mit dieser Formulierung soll zum einen die Abhängigkeit von Art. 290 AEUV klar zum Ausdruck kommen. Und zum anderen soll daran deutlich werden, dass die Regulierungsstandardsetzung nicht etwa ein *aliud* ist, sondern lediglich Teil der durch den Unionsrechtsgeber vorgegebenen, delegierten Rechtsetzung.

B. Das neue System der Finanzaufsicht in Europa

Die drei ESAs zählen zum neuen *European System of Financial Supervision*¹⁹ (ESFS).²⁰ Unter diesem Dach bilden sie – zusammen mit den mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden – die mikroprudenzielle Aufsichtssäule; gestärkt durch das *Joint Committee of European Supervisory Authorities*, mit dem die sektorübergreifende Abstimmung gesichert werden soll.²¹ Die makroprudenzielle Aufsichtssäule wird hingegen durch das *European Systemic Risk Board* (ESRB) gebildet.²²

I. Handlungsoptionen der ESAs

Während die mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden für die tägliche Aufsicht auch weiterhin verantwortlich zeichnen²³, sollen die ESAs – so das hoffnungsvoll formulierte Ziel des europäischen Gesetzgebers²⁴ –, die kurz-, mittel- und langfristige Stabilität und Effektivität des europäischen Finanzsystems sicherzustellen²⁵ sowie ein einheitliches, gemeinsames Regelwerk (*single rule book*) zu schaffen helfen. Hierfür stehen ihnen verschiedene Wirkungsoptionen zur Verfügung. Das sind beispielsweise die Herausgabe von unverbindlichen Leitlinien und Empfehlungen²⁶ im Sinne des Art. 288 Abs. 5 AEUV²⁷, um „kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken zu schaffen und eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unions-

mittlerweile ähnlich formuliert. *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 2 (10); EuZW 2010, 87 (88), etwa gehen sogar soweit, dass es die primärrechtlich nicht vorgesehenen ESAs selbst sind, die als „Herzstück der Befugnisse der neuen Behörden“ TRS erlassen. Und auch *Walla*, BKR 2012, 265 (267 f.), beispielsweise erkennt ausdrücklich in den ESAs jene Stellen, die auf der Grundlage von Art. 290 AEUV einen TRS erlassen.

¹⁹ Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EBA/ESMA/EIOPA-VO.

²⁰ *Granner*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 27 ff., gibt einen umfassenden Überblick über die Systematik und die Organisation der neuen europäischen Finanzmarktaufsicht. Art. 54-57 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

²¹ S.o. Fn. 4. Ausführlich zum ESRB aus dem umfangreichen Schrifttum etwa die Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2012, 29 f. Instruktiv auch *Papathanassioul/Zagouras*, WM 2010, 1584 ff.

²² Erwägungsgrund (9) EBA-/ESMA-VO; Erwägungsgrund (8) EIOPA-VO.

²³ *Lehmann/Manger-Nestler*, EuZW 2010, 87 (87).

²⁴ Art. 1 Abs. 5 Satz 1 EBA-/ESMA-VO; Art. 1 Abs. 6 Satz 1 EIOPA-VO.

²⁵ Zur fehlenden Rechtsdurchsetzung von Leitlinien und Empfehlungen siehe *Storr*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 77 (79).

²⁶ I.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. c) und d) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO; siehe zu den weiteren Einzelheiten die Besprechung bei *Holzmann/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (740 f.).

rechts sicherzustellen²⁸, der Erlass von verbindlichen, konkret-individuellen Entscheidungen in Gestalt von Beschlüssen im Sinne des Art. 288 Abs. 4 Satz 2 AEUV²⁹ oder aber der Entwurf von TRS³⁰, mit denen zu einer harmonisierenden Regulierung auf den europäischen Finanzmärkten beigetragen werden soll³¹, und die von der Kommission als abstrakt-generelle Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV³² oder als abstrakt-genereller Beschluss im Sinne des Art. 288 Abs. 4 Satz 1 AEUV erlassen werden.³³

II. Möglicher Anwendungsbereich für das Verfahren der technischen Standardsetzung

In der Omnibus-I-Richtlinie hat die Kommission eine Art Raster für die Identifikation von Bereichen mitgeteilt, in denen das Verfahren der technischen Standardsetzung, mithin die Einbindung von EBA, ESMA und EIOPA in die Vorbereitung konkreter Rechtsakte, zum Einsatz kommen könnte. Zwingend sind diese Vorschläge für Rat und Parlament – beide nachfolgend auch als europäischer Gesetzgeber bezeichnet – nicht. Die Ermittlung dieser Bereiche könnte sich aber nach folgenden Grundsätzen richten³⁴:

- **Einordnung nach technischen Aspekten:** Hier ginge es um spezielle Fachbereiche, die es als geeignet erscheinen ließen, die Ausarbeitung von Entwürfen besser den Aufsichtsexperten zu überlassen.
- **Einordnung nach praktischen Aspekten bzw. Verfahren der Zusammenarbeit:** Die Aspekte, um die es hier ginge, wären solche, die die Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden verbessern könnten und für die beteiligten Behörden unmittelbar von Belang wären – wie beispielsweise Verfahrensansätze für den Informationsaustausch. In diesem Bereich würden nur Aspekte behandelt werden, bei denen ein gemeinsames Vorgehen oder die Kalkulierbarkeit für alle Beteiligten von Nutzen wären.

²⁸ Art. 16 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO i.V.m. Erwägungsgrund (26) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

²⁹ I.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. e) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO; siehe zu den weiteren Einzelheiten die Besprechung bei *Holznapel/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (740 f.). *Sanio*, Neue Finanzaufsicht, B4, spricht insoweit von der „aus dem Rahmen fallenden Superkompetenz“.

³⁰ Art. 8 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Abs. 2 lit. a) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³¹ Art. 1 Abs. 5 lit. a) EBA-/ESMA-VO; Art. 1 Abs. 6 lit. a) EIOPA-VO.

³² I.V.m. Art. 10 Abs. 4 Satz 1 1.Variante EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³ I.V.m. Art. 10 Abs. 4 Satz 1 2.Variante EBA-/ESMA-/EIOPA-VO. Die Handlungsform der Richtlinie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV steht also nicht zur Verfügung. Dies dient dem Ziel des *single rule book*, Spielräume der Mitgliedstaaten, die sie bei einer späteren Transformation nutzen könnten, zu vermeiden.

³⁴ „Omnibus-I“-Richtlinie (s.o. Fn. 4), Punkt 6, 1. Fettpunkt. Nachfolgend weitgehend wörtlich wiedergegeben.

- **Einordnung nach Flexibilitäts Gesichtspunkten:** Hier ginge es um Bereiche, in denen technische Flexibilität wichtig wäre, um rasch auf aktuelle Marktentwicklungen reagieren zu können.
- **Einordnung nach der Notwendigkeit:** Hierunter fielen ausschließlich Bereiche, in denen ausführliche und kohärente technische Vorschriften erforderlich wären, um die Finanzmarktstabilität zu gewährleisten, Einleger, Versicherungsnehmer und Anleger zu schützen, Markteffizienz und -integrität sicherzustellen oder den Binnenmarkt zu stärken.

Nach den Vorstellungen der Kommission ließen sich diese Bereiche, in denen das Verfahren der technischen Standardsetzung in der Praxis konkret zum Einsatz kommen könnte, zusätzlich in drei weitere Kategorien unterteilen³⁵:

- Bereiche, in denen ausführliche methodische oder quantitative Standards für eine kohärente Anwendung bestimmter Vorschriften benötigt würden, und in denen in der Regel ein geringerer Bedarf an aufsichtsbehördlichem Ermessen in den Mitgliedstaaten bestünde.
- Bereiche, die von einem einheitlichen Vorgehen bei Meldewesen oder Offenlegung profitieren würden.
- Bereiche, in denen kohärente Kooperationsverfahren für die Aufsichtsbehörden in den Mitgliedstaaten von Nutzen wären.

Es bleibt vorläufig abzuwarten, ob sich dieses Raster in der gesetzgeberischen Praxis tatsächlich durchsetzen wird. Derzeit ist für eine solide Beurteilung die Zahl der Anwendungsfälle noch zu klein.

III. Organisation und Struktur der ESAs

Die Organisation und Struktur der ESAs ähnelt sich in weiten Teilen³⁶ und besteht jeweils aus einem Rat der Aufseher³⁷, einem Verwaltungsrat³⁸, einem Vorsitzenden³⁹, einem Exekutivdirektor⁴⁰ und einem Beschwerdeausschuss⁴¹.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Lediglich bei der EBA kommt der Europäischen Zentralbank (nachfolgend nur noch „EZB“ genannt) eine Rolle zu. Das folgt direkt aus Art. 40 Abs. 1 lit. d) EBA-VO, wonach sie Teil des Rats der Aufseher ist. *Häde*, *EuZW* 2011, 662 (664), gibt allerdings zu bedenken, dass für die Mitwirkung der EZB mit einem nicht stimmberechtigten Vertreter im Rat der Aufseher der EBA eine ausreichende rechtliche Grundlage fehlt.

³⁷ Art. 6 Nr. 1 i.V.m. Art. 40-44 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³⁸ Art. 6 Nr. 2 i.V.m. Art. 45-47 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³⁹ Art. 6 Nr. 3 i.V.m. Art. 48-50 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴⁰ Art. 6 Nr. 4 i.V.m. Art. 51-53 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴¹ Art. 6 Nr. 5 i.V.m. Art. 58-59 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

Der Rat der Aufseher ist das Hauptbeschlussfassungsorgan.⁴² Ihm gehören neben dem Vorsitzenden, jeweils einem Vertreter der Kommission, des ESRB sowie der zwei anderen ESAs auch die Leiter der für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten zuständigen, nationalen Behörden eines jeden Mitgliedstaates an.⁴³ Eine der zentralen Aufgaben dieses Gremiums ist nicht nur die Vorgabe von Leitlinien für die Arbeit einer ESA⁴⁴, mithin auch für die Ausarbeitung von Entwürfen für TRS, die in Gestalt von Delegierten Rechtsakten erlassen werden, sondern ebenso die Beschlussfassung über die fertigen Entwürfe⁴⁵ mit qualifizierter Mehrheit.⁴⁶ Insoweit haben nur die mitgliedstaatlichen Aufsichtsvertreter ein Stimmrecht.⁴⁷ Um ihr objektives Handeln allein im Unionsinteresse zu gewährleisten, versuchen die drei Gründungsverordnungen, sie – neben dem Vorsitzenden – zur Unabhängigkeit zu verpflichten.⁴⁸

Dem Rat der Aufseher übergeordnet ist der Verwaltungsrat. Er setzt sich aus dem Vorsitzenden und sechs weiteren Mitgliedern zusammen, die von den stimmberechtigten Mitgliedern des Rates der Aufseher aus ihrem Kreise gewählt werden.⁴⁹ Zentrale Aufgabe dieses Gremiums ist es, zu gewährleisten, dass eine ESA die ihr zugewiesenen Aufgaben wahrnimmt und ihren Auftrag erfüllt.⁵⁰

Der Vorsitzende einer ESA vertritt diese nach Außen und nimmt seine Aufgaben – Vorbereitung und Leitung der Sitzungen des Rates der Aufseher sowie Leitung der Sitzungen des Verwaltungsrates⁵¹ – als Vollzeitbeschäftigter unabhängig wahr.⁵² Der Exekutivdirektor hingegen leitet die Behörde und bereitet die Sitzungen des Verwaltungsrates vor.⁵³ Auch er ist zur Unabhängigkeit verpflichtet und vollzeitbeschäftigt.⁵⁴

Der Beschwerdeausschuss schließlich ist – ebenso wie der Gemeinsame Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden⁵⁵ – ein Kollektivgremium der ESAs.⁵⁶ Finanzmarktakteure, die durch einen Beschluss von EBA, ESMA oder EIOPA betroffen sind, können diesen zwecks Überprüfung anrufen.⁵⁷ Die Mitglieder des Beschwerde-

⁴² Erwägungsgrund (52) Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³ Art. 40 Abs. 1 lit. a)-e) ESMA-/EIOPA-VO. Nur im Falle der EBA sitzt zusätzlich ein Vertreter der EZB im Rat der Aufseher (Art. 40 Abs. 1 lit. d) EBA-VO).

⁴⁴ Art. 43 Abs. 1 1. Halbsatz EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴⁵ Erwägungsgrund (53) Satz 2 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (52) EIOPA-VO.

⁴⁶ Art. 44 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴⁷ Art. 40 Abs. 1 lit. b) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴⁸ Art. 42 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO. Diese Unabhängigkeitspflicht gilt daneben nur noch für den Vorsitzenden des Rates der Aufseher (Art. 40 Abs. 1 lit. a) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO).

⁴⁹ Art. 45 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵⁰ Art. 47 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵¹ Art. 48 Abs. 1 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵² Art. 48 Abs. 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵³ Art. 53 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵⁴ Art. 51 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵⁵ S.o. Gliederungspunkt B. (Einleitung).

⁵⁶ Art. 58 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵⁷ Art. 60 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

ausschusses sollen unabhängig urteilen.⁵⁸ Gegen eine Entscheidung des Beschwerdeausschusses kann Klage beim EuGH eingereicht werden.⁵⁹

IV. Zwischenergebnis

EBA, ESMA und EIOPA bilden die neue mikroprudenzielle Säule für die Finanzmarktaufsicht. Sie nehmen vor allem harmonisierende Aufgaben wahr, mit denen ein EU-weit kohärentes Aufsichtshandeln gewährleistet werden soll. Zu diesem Spektrum zählt insbesondere der Entwurf von TRS, die durch die Kommission in Gestalt von Delegierten Rechtsakten erlassen werden.

Maßgebliches Entscheidungsorgan einer ESA ist der Rat der Aufseher. Er ist das Hauptbeschlussfassungsorgan und gibt nicht nur die Leitlinien für die Arbeit einer ESA vor, also auch für die Ausarbeitung von Entwürfen für TRS, sondern beschließt ebenso über die fertigen Entwürfe. Stimmberechtigt sind allein die mitgliedstaatlichen Aufsichtsvertreter.

C. Das Agenturmodell der EU

EBA, ESMA und EIOPA wurden nach dem Modell der „europäischen Agentur“⁶⁰ ausgestaltet und zählen als vertragsfremde Stellen – in den Kategorien des EU-Eigenverwaltungsrechts – zur Tertiärebene der EU.⁶¹ Dass die ESAs in den drei Gründungsverordnungen als „Behörden“ bezeichnet werden⁶², ist allein der typischerweise abweichenden Namensgebung im Einzelfall geschuldet⁶³ und nicht weiter von Bedeutung.

Die EU kennt heute eine Vielzahl von Stellen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die im Rahmen der mittelbaren Unionsverwaltung ergänzend tätig werden⁶⁴ und unter dem Oberbegriff Agenturen zusammengefasst werden.⁶⁵ Sinn und Zweck ihrer

⁵⁸ Art. 59 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁵⁹ Das folgt aus Art. 61 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO. Das der Anrufung des EuGH grundsätzlich die Befassung des Beschwerdeausschusses voranzugehen hat, ist unionsrechtlich nicht zu beanstanden. Art. 263 Abs. 5 AEUV bestimmt insoweit, dass in den Rechtsakten zur Gründung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union – diesen entsprechen die ESAs – besondere Bedingungen und Einzelheiten für die Erhebung von Klagen gegen Handlungen dieser Einrichtungen und Stellen vorgesehen werden können. Umfassend zu den Fragen des Rechtsschutzes gegen Handlungen der ESAs aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *Storr*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 77 ff.

⁶⁰ Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 3.

⁶¹ *Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 440 ff., zur Primär-, Sekundär-, Tertiär- und Quartärebene.

⁶² Art. 1 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁶³ Neben dem Begriff „Behörde“ gibt es noch andere gängige Bezeichnungen für Agenturen; beispielsweise „Amt“, „Büro“, „Zentrum“, „Stiftung“, „Institut“, „Stelle“ oder „Akademie“ (s. die Übersicht bei *Herdegen*, Europarecht, 140 ff.).

⁶⁴ *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 317.

⁶⁵ Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 3.

Gründung ist, es der Kommission ihrer enormen Pflichtenfülle aus Art. 17 Abs. 1 und 2 EUV⁶⁶ wegen zu erlauben, bestimmte Aufgaben zu übertragen, damit sie sich auf ihre Kernfunktionen – insbesondere als Initiatorin für Gesetzgebungsakte gemäß Art. 17 Abs. 2 Satz 1 EUV sowie als Rechtsetzungsorgan gemäß Art. 290 AEUV – konzentrieren kann.⁶⁷ Im Gegenzug schöpft sie hochspezialisierte, fachliche Expertise⁶⁸, was den späteren Rechtsakten ein Mehr an Glaubwürdigkeit und Durchsetzungskraft gegenüber den betroffenen Akteuren im Binnenmarkt sichern soll.⁶⁹

I. Typen

Die mittlerweile mehr als dreißig Agenturen⁷⁰ werden dem Grade ihrer Verselbständigung nach⁷¹ grundsätzlich zwei Oberkategorien zugeordnet⁷²: Exekutivagenturen und Regulierungsagenturen.⁷³

Erstere führen – grundsätzlich zeitlich befristet⁷⁴ – reine Verwaltungsaufgaben aus.⁷⁵ Sie sollen die Kommission typischerweise beim Management von Unionsprogrammen zur Bereitstellung finanzieller Hilfsmittel unterstützen.⁷⁶ Hierbei sind sie eng in die Organisationsstruktur der Kommission eingebunden⁷⁷ und unterliegen ihrer Rechts-⁷⁸ sowie Fachaufsicht.⁷⁹ Im Jahre 2002 wurde für diese einheitlich ein Statut per Grundverordnung festgelegt.⁸⁰

⁶⁶ Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrages von Lissabon.

⁶⁷ *Kothamäki*, Bankaufsicht, 142.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Mitteilung der Kommission zu „Europäischen Agenturen – Mögliche Perspektiven“ (Drs. KOM (2008) 135 endg. vom 11. März 2008), 3.

⁷⁰ Eine aktuelle Übersicht findet sich auf den Seiten der Kommission im Internet: <http://europa.eu/agencies/index_de.htm> (31. Dezember 2012).

⁷¹ *Kment*, JuS 2011, 211 (213).

⁷² Mitteilung der Kommission zu „Europäischen Agenturen – Mögliche Perspektiven“ (Drs. KOM (2008) 135 endg. vom 11. März 2008), 2. Hervorgehoben wird, dass es Agenturen gibt, die sich nicht zweifelsfrei einer der beiden Oberkategorien zuordnen lassen.

⁷³ Darauf hingewiesen sei, dass Kommission, Rat und Parlament im Juli 2012 eine gemeinsame Erklärung für den Umgang mit dezentralisierten EU-Agenturen vereinbart haben (erhältlich im Internet: <http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/sefcovic/documents/120719_agencies_joint_statement_en.pdf> (besucht am 31. Dezember 2012). Nach Ansicht des Vizepräsidenten der Kommission, *Maros Sefcovic*, ist dies ein wichtiger Schritt zu mehr Kohärenz, Effizienz und Transparenz der Organisationsstruktur dieser Agenturen (s. *Sefcovic*, EuZW 2012, 801 (801)). Die Kommission hatte nun die Aufgabe, bis Ende 2012 einen Plan zur konkreten Umsetzung der Erklärung auszuarbeiten. Bislang ist das noch nicht geschehen.

⁷⁴ Art. 3 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 58/2003, ABl. EG Nr. L 11/1 vom 16. Januar 2003 zur Festlegung des Status der Exekutivagenturen, die mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen beauftragt werden.

⁷⁵ Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 4.

⁷⁶ Art. 1 der Verordnung Nr. 58/2003 (s.o. Fn. 74).

⁷⁷ Ohne allerdings in die Generaldirektionen direkt eingegliedert zu sein (*Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 507).

⁷⁸ Dies folgt aus der Rolle der Kommission als Hüterin der Verträge gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EUV. Das Unabhängigkeitspostulat in Art. 298 Abs. 1 AEUV steht dem nicht entgegen. Es beseitigt nicht die über Jahrzehnte anerkannte, primärrechtlich verankerte Wächterrolle der Kommissi-

Regulierungsagenturen werden dem gegenüber jeweils durch gesonderte, sektor-spezifische Verordnungen gegründet. Ihre Aufgabe ist es – grundsätzlich zeitlich un-befristet⁸¹ –, selbständig bestimmte Sachgebiete zu betreuen⁸², ohne jedoch zwingend von einer speziellen Beauftragung durch die Kommission abhängig zu sein.⁸³ Hierfür besit-zen sie ein vergleichsweise höheres Maß an administrativer, personeller sowie haus-haltärischer Autonomie als Exekutivagenturen⁸⁴. Weil Agenturen aber – anders als die EU-Organen – ihre demokratische Legitimation nicht direkt von den Mitgliedstaaten bzw. den Unionsbürgern ableiten, sondern über die ihrerseits demokratisch legitimier-ten Unionsorgane, die sie errichten, und somit lediglich indirekt via Legitimationsket-ten an die Mitgliedstaaten bzw. die Unionsbürger rückgebunden sind⁸⁵, können sie nicht als vollkommen unabhängig bezeichnet werden. Richtig ist vielmehr, dass sie stets einer gewissen Einflussnahme von außen ausgesetzt sind und auch ausgesetzt sein müssen, um die Verletzung demokratischer Legitimationsgrundsätze zu vermeiden. Insoweit zu nennen sind die politische Kontrolle, die grundsätzlich durch Rat und Parlament ausgeübt wird, die gerichtliche Kontrolle durch den EuGH sowie die Kon-trolle durch den Europäischen Rechnungshof. Daneben bleibt die Kommission stets die bestimmende Verwaltungsträgerin, denn sie steht an der Spitze der EU-Eigenverwaltung⁸⁶ und könnte etwa durch personal- oder haushaltsnahe Entschei-dungen indirekt das Handeln von Regulierungsagenturen beeinflussen.⁸⁷ Zudem übt sie die allgemeine Rechtsaufsicht aus. Diese Befugnis folgt aus ihrer Rolle als Hüterin der Verträge gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EUV.⁸⁸ Anders aber als im Falle der Exekutiva-genturen ist eine Fachaufsicht durch die Kommission nicht vorgesehen und zur Ge-währleistung der sachlichen Autonomie auch nicht erwünscht.⁸⁹ Ebenso unterscheiden sich die Regulierungsagenturen in der Regel dadurch, dass die Mitgliedstaaten über den Verwaltungs- und Aufsichtsrat sowie durch bestimmte Verfahrensvorschriften in die Arbeiten der vertragsfremden Stelle eng eingebunden sind. Auf diese Weise haben

on. So zutreffend *Ruffert*, in: Festschrift für Dieter H. Scheuing, 399 (405 f.) m.w.N. *Koch*, EuZW 2005, 455 (456), spricht von einer allgemeinen Rechtsaufsichtsbehörde. Im Ergebnis ebenso *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 325.

⁷⁹ Art. 1 und 20 Abs. 1 der Verordnung Nr. 58/2003 (s.o. Fn. 74).

⁸⁰ Siehe Verordnung Nr. 58/2003 (s.o. Fn. 74).

⁸¹ *Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 485.

⁸² Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 4.

⁸³ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 298 AEUV, Rn. 5.

⁸⁴ Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 3.

⁸⁵ *Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 334; 339; 484.

⁸⁶ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 17 EUV, Rn. 13; Art. 298 AEUV, Rn. 2.

⁸⁷ *Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 340.

⁸⁸ S.o. bereits Fn. 78 m.w.N. Bisweilen wird die Rechtsaufsicht durch die Kommission auch noch zusätzlich spezialgesetzlich verankert. Ein Beispiel findet sich in Art. 118 („Rechtsaufsicht“) der Verordnung Nr. 40/94, ABl. EG Nr. L 11 vom 14. Januar 1994, über die Gemeinschaftsmarke.

⁸⁹ *Holznagel/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (743) speziell mit Blick auf die ESAs.

diese grundsätzlich die Möglichkeit, einen unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidungen der Agenturen auszuüben.⁹⁰

Die Kategorie Regulierungsagentur wird nun wiederum – je nach Aufgabenstellung und zugewiesenen Handlungsbefugnissen – gemeinhin in zwei verschiedene Subtypen unterteilt⁹¹: Regulierungsagenturen mit Entscheidungsbefugnis und Regulierungsagenturen mit Unterstützungsfunktion.⁹² Erstere werden typischerweise u.a. dazu ermächtigt, Dritten gegenüber verbindliche Entscheidungen mit konkret-individueller Wirkung in spezifischen Bereichen zu treffen.⁹³ Hingegen ist es Aufgabe der Agenturen mit Unterstützungsfunktion, eigenverantwortlich etwa Informationen zu sammeln und aufzubereiten⁹⁴, wissenschaftlich-technische Analysen sowie entsprechende Stellungnahmen zu fertigen⁹⁵ oder auch unverbindliche Vorlagen für Rechtsakte in Gestalt von Entwürfen zu entwickeln.⁹⁶ Es geht hier also im Grunde genommen nur darum, der Kommission konstruktiv zuzuarbeiten⁹⁷, damit sie ihre zahlreichen Aufgaben effektiver wahrnehmen und sich vor allem besser auf ihre institutionelle Funktion als Rechtsetzungsorgan konzentrieren kann.⁹⁸ In Abgrenzung zu den Agenturen mit Entscheidungsbefugnis verfügt dieser Typ von Agentur deshalb gerade nicht über eine vergleichbare Erlasskompetenz.⁹⁹

II. Multityp ESA

EBA, ESMA und EIOPA entsprechen zunächst dem Grundagenturtyp Regulierungsagentur. Sie wurden jeweils auf der Basis einer sektorspezifischen Verordnung ins Leben gerufen¹⁰⁰ und verfügen für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben über ein hohes Maß an finanzieller¹⁰¹, personeller sowie administrativer Unabhängigkeit.¹⁰² Re-

⁹⁰ Groß, EuR 2005, 54 (59).

⁹¹ Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 9.

⁹² Craig, Administrative Law, 149 ff., kritisiert diesen Ansatz der Kommission („*This labelling is confusing.*“). Alternativ schlägt er eine neue Kategorisierung vor: *Regulatory Agencies, Decision-Making Agencies, Quasi-Regulatory Agencies, Information and Co-Ordination Agencies.*

⁹³ *Ibid.*, 13.

⁹⁴ So etwa im Fall der Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (Verordnung Nr. 302/93, ABl. EG Nr. L 36/1).

⁹⁵ So etwa im Fall der Europäischen Agentur für Lebensmittelsicherheit (Verordnung Nr. 178/2002, ABl. EG Nr. L 31/1).

⁹⁶ So etwa im Fall der Europäischen Agentur für Flugsicherheit gemäß Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1592/2002, ABl. EG Nr. L 240/1.

⁹⁷ Groß, EuR 2005, 54 (57).

⁹⁸ Mitteilung der Kommission zu „Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen“ (Drs. KOM (2002) 718 endg. vom 11. Dezember 2002), 13.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ S.o. Fn. 1-3. An dieser Stelle nicht vertieft werden soll die Frage der Errichtungskompetenz, da sie für den Untersuchungsgegenstand ohne Bedeutung ist. Siehe zu den Einzelheiten aus dem umfangreichen Schrifttum etwa Michel, DÖV 2011, 728 (729 f.), die die adäquate Rechtsgrundlage zutreffend in Art. 114 AEUV verortet.

¹⁰¹ Erwägungsgrund (59) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹⁰² Art. 1 Abs. 5 UA 4 sowie Art. 42, 46, 49, 52, 59 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

chenschaftspflichtig sollen sie Parlament und Rat gegenüber sein.¹⁰³ Die Anrufung des EuGH gegen Rechtsakte der Agenturen ist bereits über Art. 263 AEUV primärrechtlich gesichert.¹⁰⁴ Es findet das Haushaltsverfahren der EU in Abstimmung mit der Kommission Anwendung, und die finale Rechnungsprüfung erfolgt durch den Europäischen Rechnungshof.¹⁰⁵ Die Rechtsaufsicht übt die Kommission aus.¹⁰⁶ Eine Fachaufsicht durch diese ist jedoch ausdrücklich nicht vorgesehen.¹⁰⁷

Von Bedeutung ist diese sachliche Weisungsfreiheit insbesondere in den Fällen, für die die ESAs ermächtigt sein sollen, verbindliche Einzelfallentscheidungen in Gestalt von Beschlüssen zu erlassen. Insoweit entsprechen EBA, ESMA und EIOPA dem speziellen Agenturtyp Regulierungsagentur mit Entscheidungsbefugnis.

Die drei Behörden werden aber – zumindest dem Anschein nach – auch als Regulierungsagenturen mit bloßer Unterstützungsfunktion tätig. So ist es ihre Aufgabe, die Kommission bei der Ausübung der delegierten, legislativen Regulierungsbefugnis durch die Vorlage von selbständig erarbeiteten Entwürfen zur Festlegung qualitativ hochwertiger TRS gemäß Art. 8 Abs. 1 lit a) i.V.m. Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UA 1 und 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO zu unterstützen. Ihre allgemeine Zuständigkeit in der Phase der Vorbereitung von Delegierten Rechtsakten folgt insoweit zum einen aus Art. 1 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, in dem bereits eine große Zahl von Gesetzgebungsakten genannt ist, in dessen Anwendungsbereichen sie grundsätzlich aktiv werden können bzw. sollen. Darüber hinaus folgt ihre Zuständigkeit in neueren Gesetzgebungsakten aus der jeweils konkreten Beauftragung zur Erarbeitung von Entwürfen für TRS. Die Kompetenz zu ihrem Erlass in Gestalt von Delegierten Rechtsakten haben die ESAs hingegen nicht. Die drei Gründungsverordnungen stellen fest, dass allein die Kommission die „Entwürfe technischer Regulierungsstandards mittels Delegierter Rechtsakte gemäß Artikel 290 AEUV billigen [sollte], um ihnen verbindliche Rechtswirkung zu verleihen.“¹⁰⁸ Insoweit wird der Wortlaut im Primärrecht bestätigt. Danach ist für den Erlass von Delegierten Rechtsakten allein die Europäische Kommission zuständig (*arg. ex* Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV „kann der Kommission die Befugnis übertragen werden [...] zu erlassen“). An dieser Vorgabe des Unionsrechtsgebers wollen die drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA nicht rütteln.

Auf den ersten Blick scheint es sich also – soweit es hier speziell das Verfahren der Regulierungsstandardsetzung betrifft – tatsächlich um nicht mehr als drei Regulie-

¹⁰³ Art. 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹⁰⁴ Die primärrechtliche Möglichkeit zur Anrufung des EuGH spielt eine Rolle für die Mitgliedstaaten und die EU-Organe, die nach Art. 60 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO nicht beschwerdeberechtigt sind. Maßnahmen der ESAs mit Außenwirkung müssen diese also direkt mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV anfechten. S.o. auch Fn. 59 mit weiteren Einzelheiten.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 59 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO i.V.m. Art. 62-65 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹⁰⁶ Das folgt aus der Rolle der Kommission als Hüterin der Verträge gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EUV (s.o. Fn. 78). A.A. *Holznaegel/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (743); *Häde*, *EuZW* (2011), 662 (663).

¹⁰⁷ Art. 1 Abs. 5 UA 4 EBA-/ESMA-VO bzw. Art. 1 Abs. 6 UA 4 EIOPA-VO. Das ist anders in Deutschland. Nach §2 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (*FinDAG*) untersteht die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. Die Aufsicht umfasst mithin auch eine Zweckmäßigkeitkontrolle.

¹⁰⁸ Erwägungsgrund (23) Satz 1 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (22) Satz 1 EIOPA-VO.

rungsagenturen mit bloßer Unterstützungsfunktion zu handeln. Wie später allerdings noch ausführlich zu zeigen sein wird, lohnt der zweite Blick.¹⁰⁹ Die in den Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Regelungen bergen nämlich das Potential, mit den ESAs einen vollkommen neuen Typus von EU-Agentur zu etablieren, weil sie eine wesentlich bedeutsamere Rolle spielen sollen, als dies bei jeder anderen, bislang existierenden Agentur der Fall ist.¹¹⁰ Der europäische Gesetzgeber hat sich größte Mühe gegeben, diesen Umstand kunstvoll zu verbergen und die ESAs als ganz unverbindliche Unterstützer erscheinen zu lassen.

III. Zwischenergebnis

Bemerkenswert ist der doppelte Zwitterstatus der ESAs, die die mikroprudenzielle Säule in der neuen europäischen Aufsichtsarchitektur bilden. Sie sind einerseits europäische Agenturen ausgestattet mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie einem vergleichsweise hohen Maß an finanzieller, personeller und administrativer Selbständigkeit. Andererseits sind sie aber auch Kooperationsgremien, deren Arbeit maßgeblich von der Mitwirkung der allein stimmberechtigten Bankenaufseher aus den Mitgliedsländern im Rat der Aufseher und im Verwaltungsrat geprägt wird.¹¹¹ Darüber hinaus sollen sie einerseits sachlich weisungsfreie Regulierungsagenturen mit der Befugnis zur Entscheidung im Einzelfall sowie andererseits auch Agenturen mit bloßer Unterstützungsfunktion sein. Dies gilt – auf den ersten Blick – jedenfalls für den Bereich der selbständigen Ausarbeitung von Entwürfen für TRS, die in Gestalt von Delegierten Rechtsakten erlassen werden.

D. Das Verfahren der Regulierungsstandardsetzung

Mit den Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA wird der „Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen“¹¹² als neues, die Rechtsetzung durch die Kommission ergänzendes Verfahren in das Unionsrecht eingeführt. Erreichen will der europäische Gesetzgeber damit, dass mittels eines einheitlichen Regelwerks gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein angemessener Schutz von Einlegern, Anlegern, Verbrauchern, Versicherungsnehmern, Altersversorgungsanwärtern und sonstigen Begünstigten in der Union gewährleistet werden.¹¹³ Die ESAs werden hierbei ihrer „hochspezialisierten Sachkompetenz“ wegen als jene „Behörden“ identifiziert, die sich „in genau festgelegten Bereichen“ mit der eigenverantwortlichen Ausarbeitung von Entwürfen für TRS beschäftigen sollen¹¹⁴, die an „keine strategischen oder

¹⁰⁹ S.u. Gliederungspunkte D.II.2.b)(4)(d) sowie D.II.5.

¹¹⁰ Das sieht im Ergebnis auch *Kothamäki*, Bankaufsicht, 216, so.

¹¹¹ Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, September 2011, 91.

¹¹² Erwägungsgrund (22) Satz 1 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (21) Satz 1 EIOPA-VO.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Erwägungsgrund (22) Satz 2 und 3 EBA-/ESMA-VO sowie Erwägungsgrund (21) Satz 2 und 3 EIOPA-VO i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 EBA-/ESMA-VO und EIOPA-VO.

politischen Entscheidungen“ geknüpft sind.¹¹⁵ Ihre Entwürfe legen sie der Kommission zur „Billigung“ vor¹¹⁶, die sie ihrerseits als Delegierte Verordnungen oder Delegierte Beschlüsse erlässt¹¹⁷, „um ihnen verbindliche Rechtswirkung zu verleihen.“¹¹⁸ Die Rechtsakte werden im EU-Amtsblatt veröffentlicht und treten an dem darin genannten Tag in Kraft.¹¹⁹

Soweit die grobe Skizze des Verfahrens der Regulierungsstandardsetzung, das nachfolgend im Detail darzustellen ist. In einem ersten Schritt wird nun Art. 290 AEUV erläutert. Da ein TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes zu verabschieden ist, sind zunächst die primärrechtlichen Grundlagen herauszuarbeiten. Daran schließt sich als zweiter Schritt die Darstellung der sekundärrechtlichen Einzelheiten der Regulierungsstandardsetzung an. Diese sind in den Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO geregelt und weisen notwendigerweise eine enge Bindung an die primärrechtlichen Bestimmungen in Art. 290 AEUV auf.

I. Der Delegierte Rechtsakt (Art. 290 AEUV)

Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 wurde die Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsakten und Rechtsakten ohne Gesetzescharakter in das Unionsrecht eingeführt. Erstere sind nach Art. 289 Abs. 3 AEUV solche Rechtsakte, die gemäß dem Ordentlichen oder Besonderen Gesetzgebungsverfahren als Verordnung, Richtlinie oder Beschluss verabschiedet werden (Art. 289 Abs. 1 und 2 AEUV). Und letztere sind solche, die nicht in einem Gesetzgebungsverfahren angenommen werden¹²⁰, aber ebenfalls als Verordnung, Richtlinie oder Beschluss ergehen. Zu diesen Handlungsformen zählen unmittelbar auf die Verträge gestützte Rechtsakte, die Durchführungsrechtsakte gemäß Art. 291 AEUV sowie die neuartigen Delegierten Rechtsakte gemäß Art. 290 AEUV.¹²¹ Mit den beiden zuletzt genannten Instrumenten können Befugnisse auf bestimmte EU-Organe zur Konkretisierung von Bestimmungen eines Basisrechtsaktes übertragen werden.¹²² Sie führen erstmals eine

¹¹⁵ Art. 10 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹¹⁶ Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹¹⁷ Art. 10 Abs. 4 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO i.V.m. Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV i.V.m. Art. 288 Abs. 2 und 4 Satz 1 AEUV.

¹¹⁸ Erwägungsgrund (23) Satz 1 EBA-/ESMA-VO sowie Erwägungsgrund (22) Satz 1 EIOPA-VO.

¹¹⁹ Art. 10 Abs. 4 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹²⁰ *Sydow*, JZ 2012, 157 (158), bemerkt zutreffend, dass die (misslungene) deutsche Übersetzung der englischen bzw. französischen Textfassung von *non-legislative acts* bzw. *actes non législatifs* besser als „Rechtsakte ohne Gesetzgebungscharakter“ erfolgt wäre, um die Unterscheidung zu den Gesetzgebungsakten begrifflich stärker hervorzuheben.

¹²¹ Diese Rechtsakte gehören systematisch zu den verbindlichen Rechtsakten (siehe die Ausführungen betreffend die Delegierten Rechtsakte bei *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (600 f.)) und sind – als weitere Kategorisierung, die sich aus Art. 288 AEUV ergibt – von den unverbindlichen Rechtsakten abzugrenzen, zu denen ausdrücklich die Empfehlung und Stellungnahme zählen. Allerdings können diese zumindest „gewisse rechtliche Auswirkungen haben, insbesondere als Mittel der Auslegung“ (Vermerk des Präsidiums an den Konvent, Drs. CONV 50/02 vom 15.5.2002, Diskussionspapier im Annex, Pkt. A./12., 5).

¹²² Als Basisrechtsakt kommen der Gesetzgebungsakt und der Delegierte Rechtsakt in Frage. Während Delegierte Rechtsakte aber nur auf der Basis von Gesetzgebungsakten erlassen werden kön-

systematische Trennung zwischen der Übertragung von reinen Durchführungsbefugnissen und legislativen Regulierungsbefugnissen in das Unionsrecht ein.¹²³

Schöpferin dieser neuen Struktur und insbesondere der Delegierten Rechtsakte war die Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Verfassungskonvents, die sie in ihrem Schlussbericht vom 29. November 2002 vorschlug.¹²⁴ Nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages durch die Referenden in Frankreich und den Niederlanden¹²⁵ wurden mit der Unterzeichnung durch die Staats- und Regierungschefs am 13. Dezember 2007 jedoch weite Teile in den Vertrag von Lissabon nahezu unverändert übernommen.¹²⁶ Diese Feststellung trifft insbesondere für die Vereinfachung der Rechtsetzungsverfahren und die Rechtsakte zu.

1. Struktur des Art. 290 AEUV

Art. 290 AEUV besteht aus drei Absätzen. Mit dem ersten Absatz wird die Grundlage für die Befugnisübertragung geschaffen. Absatz 2 gewährt dem Gesetzgeber Kontrollrechte. Und Absatz 3 schließlich bestimmt, dass ein Delegierter Rechtsakt im Titel ausdrücklich als solcher zu bezeichnen ist.

2. Befugnisübertragung (Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV)

Nach Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV hat der europäische Gesetzgeber die Möglichkeit, auf die Kommission die Befugnis mittels eines Gesetzgebungsaktes zu übertragen, in einem bestimmten Rahmen und auf Basis einer ausdrücklich genannten Ermächtigung Delegierte Rechtsakte zur Ergänzung oder Änderung nicht wesentlicher Aspekte dieses Gesetzgebungsaktes zu erlassen. Rat und Parlament übertragen der Kommission damit die Befugnis zum Erlass von Maßnahmen, die sie auch selbst verabschieden könnten.¹²⁷ Die Delegation erlaubt es ihnen allerdings, sich auf die Formulierung der wesentlichen Bestimmungen im Gesetzgebungsakt zu konzentrieren und die eingehenderen Aspekte der Kommission zu überlassen.¹²⁸

Unter „Änderung“ ist die Modifikation einer im Normtext bereits angelegten Regelung zu verstehen¹²⁹; es werden also beispielsweise Worte bzw. Wortfolgen, Sätze

nen, können Durchführungsrechtsakte hingegen sowohl auf der Basis von Gesetzgebungsakten als auch von Delegierten Rechtsakten erlassen werden (siehe zu den Einzelheiten *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (599; 601).

¹²³ *Von Danwitz*, Verwaltungsrecht, 272, Pkt. 3. a.E., spricht deshalb auch von Administrativrechtsakten einerseits sowie Legislativrechtsakten andererseits.

¹²⁴ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29. November 2002), 8 f.

¹²⁵ *Weiner*, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), 4 f., mit Einzelheiten zum Reformprozess.

¹²⁶ *Schusterschitz*, in: Hummer/Oberwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 209 (210), geht davon aus, dass ungefähr neunzig Prozent des Verfassungsvertrages übernommen wurden.

¹²⁷ *Maurer*, in: Maurer/von Ondarza (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 96 (98).

¹²⁸ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29. November 2002), 8 f.

¹²⁹ *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Rn. 53, 234; *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (570) m.w.N.

bzw. Satzfolgen, Absätze oder Tabellen gestrichen oder ersetzt.¹³⁰ Die „Ergänzung“ schließt hingegen eine vorhandene Lücke durch die Hinzufügung einer neuen Regelung¹³¹; beispielsweise kommen Worte bzw. Wortfolgen, Sätze bzw. Satzfolgen, Absätze oder Tabellen neu hinzu.¹³²

Der Wortlaut in Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV stellt klar, dass es einer ausdrücklichen Einzeldelegation durch den Gesetzgeber „in Gesetzgebungsakten“ bedarf. Die Vorschrift bildet also keine allgemeine Grundlage für eine Ermächtigung der Kommission. Die konkrete Befugnisübertragung hat vielmehr in einem bestimmten Gesetzgebungsakt zu erfolgen, nämlich in allein jenem, der zu konkretisieren ist. Für diese Ansicht streitet, dass Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 1 AEUV von den „betreffenden Gesetzgebungsakten“ spricht, in denen Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festzulegen sind.

Darüber hinaus stellt der Wortlaut klar, dass Delegierte Rechtsakte immer nur von allgemeiner Geltung sind. Rechtsakte, die an Einzelne gerichtet sind – das können Mitgliedstaaten oder natürliche bzw. juristische Personen sein¹³³ –, fallen also nicht in den Anwendungsbereich des Art. 290 AEUV. Dies folgt systematisch auch daraus, dass hier Gesetzgebungsakte vervollkommen werden sollen. Mit Blick darauf kann deshalb nicht fraglich sein, ob es möglich ist, einen Delegierten Rechtsakt in Form eines Beschlusses gem. Art. 288 Abs. 4 Satz 2 AEUV zu erlassen, der nur an bestimmte Adressaten gerichtet ist.¹³⁴

Schließlich stellt der Wortlaut in Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV klar, dass die Kommission das einzige Organ sein kann, das einen Delegierten Rechtsakt erlässt. Dadurch hat der Unionsrechtsgeber ein Vorbereitungs- und Erlassmonopol für die Kommission festgeschrieben. Es währt von der Erarbeitung von Entwürfen durch Kommissionsbeamte bis zur Verabschiedung der Delegierten Rechtsakte durch die Kommissare auf einer Sitzung der Kommission.¹³⁵ Um diese prominente Stellung sachgerecht ausfüllen zu können, ist mit ihr ein Ermessensspielraum¹³⁶ verbunden, der beispielsweise politische und strategische Abwägungsentscheidungen ermöglicht.¹³⁷

¹³⁰ Kröll, ZÖR 2011, 253 (267).

¹³¹ Härtel, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Rn. 53, 234; Fabricius, ZEuS 2011, 567 (570) m.w.N.

¹³² Kröll, ZÖR 2011, 253 (267).

¹³³ Schweitzer, Staatsrecht, Rn. 353, 140.

¹³⁴ Ausführlich zum Merkmal „allgemeine Geltung“ siehe Kröll, ZÖR 2011, 253 (261 f.).

¹³⁵ Nach Art. 4 der Geschäftsordnung der Kommission i.d.F.v. 15. November 2011 (Beschluss der Kommission zur Änderung ihrer Geschäftsordnung, ABl. EU Nr. L 296/58) fasst die Kommission ihre Beschlüsse grundsätzlich in gemeinschaftlicher Sitzung. Denkbar ist allerdings auch das schriftliche Verfahren gemäß Art. 12, das Ermächtigungsverfahren gemäß Art. 13 sowie das Delegationsverfahren gemäß Art. 14.

¹³⁶ Die im deutschen Recht übliche Unterscheidung von Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite und Ermessen auf der Rechtsfolgenseite ist dem Unionsrecht grundsätzlich unbekannt. Jeder Entscheidungs-, Beurteilungs-, Gestaltungsspielraum etc. ist schlechthin als Ermessensspielraum anzusehen (von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 361 f.).

¹³⁷ Ebenso Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 14, nach dessen Ansicht die Kommission in vielen Fällen hochpolitisch handle. Kahl, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 55 (71), spricht dem gegenüber etwas zurückhaltender von einem gewissen politischen Ermessensspielraum. A.A. sind Baur/Boegl, BKR

Das ist nicht nur aus dem Wortlaut der Norm abzuleiten, sondern folgt auch aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Denn wenn der europäische Gesetzgeber lediglich die wesentlichen Aspekte im Basisrechtsakt regeln will und sich zusätzlich die Kontrolle der konkreten Befugnisausübung gemäß Art. 290 Abs. 2 AEUV vorbehält, muss der Kommission, die im Rahmen des Art. 290 Abs. 1 AEUV legislativ tätig werden soll, ein höchstgelegener Ermessensspielraum zustehen, in dessen Rahmen sie autonom Entscheidungen zu treffen und auch politische Interessenkonflikte zu bewältigen vermag.¹³⁸ Nur so ist es ihr möglich, den gesetzgeberischen Willen in einer Weise zu vollenden, die ihren Zweckmäßigkeit- bzw. Billigkeitsüberlegungen entspricht und daran die eigenständige, legislative Funktion des Art. 290 AEUV erkennen lässt.

Dieses Verständnis wird durch die nachfolgende Überlegung gestützt. Der EuGH billigt dem europäischen Gesetzgeber mit Blick auf seine Gesetzgebungsakte regelmäßig ein weites politisches Ermessen zu.¹³⁹ Hinzu kommt ein großer Prognosespielraum für jene Fälle, in denen komplexe Würdigungen, insbesondere wirtschaftlicher Art, vorzunehmen sind, und in denen die zukünftigen Wirkungen einer Unionsmaßnahme bei ihrem Erlass noch nicht bis ins letzte Detail feststehen.¹⁴⁰ Wenn der Gesetzgeber nun beschließt, der Kommission die Befugnis zu übertragen, gewisse Aspekte eines Gesetzgebungsaktes zu vervollständigen, werden mit dieser Ermächtigung *ipso facto* seine Ermessens- und Prognosespielräume mit übertragen.¹⁴¹ Dass sich diese auf die nur unwesentlichen Teile des Basisrechtsaktes beschränken, steht der Mitübertragung nicht entgegen. Der Gesetzgeber könnte diese Aspekte nämlich auch selbst regeln, und dann wäre nicht zweifelhaft, ob ihm auch insoweit die gewohnten Spielräume zustehen. Hält er nun aber eine Konkretisierung durch die Kommission und nicht durch sich selbst für angebracht, ist kein Grund ersichtlich, warum die Delegatarin nicht die Ermessens- und Prognosespielräume von gleicher Qualität sollte ausschöpfen können, um den Willen des Gesetzgebers zu vollenden.¹⁴²

Dies vorausgesetzt unterliegt die Kommission dann selbstverständlich auch den gleichen Maßstäben der Rechtsprechung für eine angemessene Ermessensausübung wie Rat und Parlament als europäischer Gesetzgeber. Insoweit beschränken sich die Richter bei der Überprüfung einer Entscheidung insbesondere darauf, ob ein offen-

2011, 177 (182), die die Meinung vertreten, dass Delegierte Rechtsakte jedenfalls keine strategischen oder politischen Entscheidungen beinhalten.

¹³⁸ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 16.

¹³⁹ *Körber*, 88 m.w.N. auch zur Rechtsprechung: EuGH, Rs. C-63/89, *Les Assurances du Crédit*, Slg. 1991, I-1842, Rn. 10 f.; Rs. C-39/90, *Denkavit Futtermittel GmbH*, Slg. 1991, I-3099, Rn. 26.

¹⁴⁰ *Ibid* m.w.N. auch zur Rechtsprechung: EuGH, Rs. C-233/94, *Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1997, I-2441, Rn. 55 f.; Schlussanträge des Generalanwalts *Philippe Léger* zur Rs. C-233/94, *Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1997, I-2411, Rn. 117.

¹⁴¹ Für dieses Verständnis spricht auch die Rechtsprechung. So hat der EuGH beispielsweise in den Rs. 40/72, *Schroeder KG*, Slg. 1973, 125, Rn. 14; Rs. 55/75, *Balkan Import Export*, Slg. 1976, 19, Rn. 8; Rs. 98/78, *Racke*, Slg. 1979, 69, Rn. 5; Rs. 138/79, *SA Roquettes Frères*, Slg. 1980, 3333, Leitsatz Nr. 3 und Rn. 19/20; Rs. C-269/90, *TU München*, Slg. 1991, I-5495, Rn. 13; Rs. C-390/95, *Antillean Rice Mills*, Slg. 1999, I-769, Rn. 48, zu Gunsten der Kommission wiederholt festgestellt, dass die mit komplexen Konkretisierungsmaßnahmen verbundenen Zweckmäßigkeitüberlegungen *ipso facto* einen weiten Beurteilungsspielraum erfordern.

¹⁴² A.A. der Abgeordnete des Europäischen Parlaments *Ferber*, Neuordnung der Aufsichtsarchitektur, 11: „Zudem könnte die Kommission keine politischen Entscheidungen vorschlagen [...]“

sichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch vorliegt, oder ob die Grenzen des Ermessensspielraums offensichtlich überschritten sind.¹⁴³

3. Bestimmtheitsgebot (Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 1 AEUV)

Gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 1 AEUV sind im Gesetzgebungsakt Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Ermächtigung ausdrücklich festzulegen. Mit diesem Bestimmtheitsgebot will der Unionsrechtsgeber erreichen, dass der Kommission grobe Leitlinien für die Wahrnehmung der konkreten Befugnis mit auf den Weg gegeben werden, an denen die steuernde Hand des Gesetzgebers erkennbar wird, ohne allerdings die Steuerung so detailliert und spezifisch zu fassen, dass ein selbständig wahrzunehmender Gestaltungsspielraum nicht mehr eröffnet ist.¹⁴⁴

Die Formulierung „werden [...] festgelegt“ legt nahe, dass die vier Bestimmtheitsmerkmale kumulativ zu erfüllen sind. Der Gesetzgeber hat also kein Ermessen, ob er eine entsprechende Regelung trifft. In der konkreten Ausgestaltung dieser Merkmale ist er jedoch frei. Vor allem mit Blick auf die Bestimmung der Dauer der Befugnisübertragung ist das von Bedeutung. Danach kann der Gesetzgeber diese befristen – er muss es aber nicht. Er könnte die Befugnis deshalb auch für unbestimmte Zeit auf die Kommission übertragen.¹⁴⁵

4. Wesentlichkeitsvorbehalt (Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 2 AEUV)

Die wesentlichen Aspekte eines Regelungsbereichs sind nach Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 2 AEUV dem Gesetzgebungsakt vorzubehalten. Im Umkehrschluss ist die Befugnisübertragung also nur bezogen auf unwesentliche Elemente möglich. Dies ergibt sich bereits aus Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV.¹⁴⁶ Zu der entscheidenden Frage, wie die wesentlichen Aspekte eines Regelungsbereichs von den unwesentlichen zu trennen sind, schweigt der Vertrag von Lissabon jedoch. Auch die Rechtsprechung hat bislang noch keine konkrete Definition für die Merkmale „wesentlich“ bzw. „nicht wesentlich“ im Sinne des Art. 290 AEUV entwickelt. Allerdings hatte der EuGH in der Vergangenheit bereits wiederholt Gelegenheit, darüber zu entscheiden, ob ein Rechtsakt etwa eine zu weitgehende Übertragung von Befugnissen vorsah.¹⁴⁷ An den zahlreichen

¹⁴³ EuGH, Rs. 55/75, *Balkan Import Export*, Slg. 1976, 19, Rn. 8; Rs. 98/78, *Racke*, Slg. 1979, 69, Rn. 5; Rs. 138/79, *SA Roquettes Frères*, Slg. 1980, 3333, Leitsatz Nr. 3 und Rn. 19/20; Rs. 207/81, *Pache*, Slg. 1983, 1359, Rn. 13; EuG, *La Cinq*, Rs. T-44/90, Slg. 1992, II-1, Rn. 85.

¹⁴⁴ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 290 AEUV, Rn. 47.

¹⁴⁵ *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (571) m.w.N.

¹⁴⁶ St. Rspr. bereits vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon. So etwa EuGH, Rs. C-66/04, *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*, Slg. 2005, I-10574, Rn. 48: „Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist [...] verpflichtet, in dem Basisrechtsakt die wesentlichen Elemente [...] festzulegen.“

¹⁴⁷ Ohne jedoch ausdrücklich zwischen der Übertragung von Legislativ- und Administrativbefugnissen unterschieden zu haben. Ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH *Möllers*, EuR 2002, 483 (486 ff.).

Urteilen, die zu dieser Frage mittlerweile ergangen sind¹⁴⁸, lässt sich deshalb zumindest eine Linie ablesen, die sich beispielsweise von der deutschen Wesentlichkeitsdogmatik dadurch unterscheidet, dass sie nicht durch einen grundrechtsbezogenen¹⁴⁹, sondern einen pragmatisch-politischen Ansatz geprägt ist.¹⁵⁰ Und der sieht auf den Punkt gebracht so aus, dass die Frage der Wesentlichkeit stets im Lichte der Verwirklichung der Unionsziele zu beantworten ist.¹⁵¹

Danach sind jedenfalls solche Bestimmungen, durch die die elementaren Ausrichtungen der Unionspolitik umgesetzt werden¹⁵², bei denen es also um die prägenden politischen Optionen¹⁵³ und Grundzüge geht¹⁵⁴, als wesentlich zu betrachten und deshalb vom europäischen Gesetzgeber immer selbst zu regeln. Daraus folgt, dass der Terminus „wesentlich“ im Sinne des Art. 290 Abs. 1 AEUV eng ausgelegt werden kann, und Rat sowie Parlament deshalb einen großen Ermessensspielraum haben.¹⁵⁵ Sie könnten der Kommission in Gesetzgebungsakten somit auch sehr weitgehende Befugnisse übertragen¹⁵⁶, ohne allerdings hierzu verpflichtet zu sein, denn ein Delegationsgebot kennt die Norm nicht.¹⁵⁷

Im Rahmen der ihr übertragenen Befugnisse muss die Kommission dann allerdings auch berechtigt sein, alle für die Konkretisierung des Basisrechtsakts notwendigen Zweckmäßigungs- und Billigkeitserwägungen anzustellen und die erforderlichen Maßnahmen autonom zu ergreifen.¹⁵⁸ Der europäische Gesetzgeber hat sich also gründlich zu überlegen, ob er der Kommission die Befugnis zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes für einen bestimmten Politikbereich tatsächlich übertragen will. Wenn er sich nämlich dazu entscheidet, muss er akzeptieren, dass der Kommission ein Ermessensspielraum zufällt, auf dessen konkrete Wahrnehmung er keinerlei inhaltlichen Einfluss ausüben kann. Das ergibt sich – wie bereits dargetan¹⁵⁹ – nicht erst aus dem Wortlaut des Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV sowie dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, sondern wurde der Kommission durch die legere Rechtsprechung auch

¹⁴⁸ Das erste Urteil in dieser Frage liegt bereits mehr als vierzig Jahre zurück und erging 1970: EuGH, Rs. C-25/70, *Köster*, Slg. 1970, 1161, Rn. 6.

¹⁴⁹ *Möllers/vom Achenbach*, EuR 2011, 39 (49).

¹⁵⁰ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Die Verfassung der EU*, Art. I-36, Rn. 8.

¹⁵¹ *Härtel*, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, 214, Rn. 13.

¹⁵² EuGH, Rs. C-240/90, *Deutschland*, Slg. 1992, I-5383, Rn. 37; Rs. C-356/97, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, Slg. 2000, I-5461, Rn. 21.

¹⁵³ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29. November 2002), 10. In diesem Sinne der EuGH in der Rs. C-66/04, *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*, Slg. 2005, I-10574, Rn. 49.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-25/70, *Köster*, Slg. 1970, 1161, Rn. 6.

¹⁵⁵ *Kröll*, ZÖR 2011, 253 (263 f.).

¹⁵⁶ EuGH, Rs. C-22/88, *Industrie- en Handelsonderneming Vreugdenhil*, Slg. 1988, 2075, Rn. 16; Rs. 23/75, *Rey Soda*, Slg. 1975, 1279, Rn. 10, und danach in der Rs. C-478/93, *Niederlande*, Slg. 1995, I-3081, Rn. 30; Rs. C-159/96, *Portugiesische Republik*, Slg. 1998, I-7379, Rn. 40.

¹⁵⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 290 AEUV, Rn. 29.

¹⁵⁸ So schon für den Anwendungsbereich des Art. 202 EGV etwa EuGH, verb. Rs. C-14/06 und C-295/06, *Europäisches Parlament und Dänemark*, Slg. 2008, I-1649, Rn. 53; C-159/96, *Portugiesische Republik*, Slg. 1998, I-7379, Rn. 41; Rs. C-478/93, *Königreich der Niederlande*, Slg. 1995, I-3081, Rn. 31.

¹⁵⁹ S. o. zur Befugnisübertragung Gliederungspunkt D.I.2.

schon vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im Anwendungsbereich des Art. 202 EGV¹⁶⁰ bzw. Art. 157 EGV¹⁶¹ zugestanden.¹⁶² Insoweit hatte der EuGH wiederholt deutlich gemacht, dass er die besondere Rolle der Kommission für die integrationspolitische Praxis anerkennt.¹⁶³ Er hatte lediglich äußerste Grenzen für eine konkrete Befugnisausübung gesetzt, die er aber nach den allgemeinen Hauptzielen des Basisrechtsakts beurteilte.¹⁶⁴ Zweckmäßigungs- oder Billigkeitserwägungen stellte er gerade nicht an. Ebenso wenig hatte er auf der Konkretisierungsebene dem europäischen Gesetzgeber eine politische Gestaltungskraft zugebilligt; dieser war im Zweifel gehalten, die Kompetenzen wieder an sich zu ziehen. Es wäre deshalb eine große Überraschung, wenn die Richter zukünftig engere Grenzen für die Übertragung von Kompetenzen auf die Kommission setzen würden. Dies gilt umso mehr, als der neuartige Art. 290 AEUV ja gerade Legislativbefugnisse adressiert und damit unübersehbar von großer integrationspolitischer Bedeutung ist.¹⁶⁵ Für sehr wahrscheinlich hält der Verfasser, dass der EuGH an seiner binnenmarktfreundlichen Rechtsprechung nicht nur festhalten, sondern die eigenständige, legislative Rolle, die Art. 290 AEUV der Kommission vor allem in Abgrenzung zu Art. 291 AEUV zuweist, bei Gelegenheit betonen wird.

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

Artikel 290 Abs. 2 Satz 1 lit. a) und b) AEUV regeln ein Widerrufsrecht betreffend die Befugnis zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes und ein Recht zum Einspruch gegen einen bereits erlassenen Delegierten Rechtsakt, mit dem bloß sein Inkrafttreten verhindert werden kann; die Ausübung einer eigenen inhaltlichen Gestaltungskraft ist damit nicht verbunden.¹⁶⁶ Diese Kontrollrechte auszuüben berechtigt

¹⁶⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. vor dem 1. Mai 1999.

¹⁶¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. vom 25. März 1957.

¹⁶² *Seifert*, Durchführung des Gemeinschaftsrechts, 65.

¹⁶³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 40.

¹⁶⁴ EuGH, C-159/96, *Portugiesische Republik*, Slg. 1998, I-7379, Rn. 41. *Möllers*, EuR 2002, 483 (489), weist zutreffend darauf hin, dass die Rechtsprechung des EuGH nur in sehr wenigen Fällen dazu geführt hat, dass eine Kompetenzübertragung auf die Kommission als zu weitgehend verworfen wurde. Bezugspunkt der Argumentation sei viel eher, dass eine Regelung des Gesetzgebers abschließend war und damit keine Spielräume mehr für die Kommission ließ (etwa EuGH, Rs. 26/85, *Van den Bergh*, Slg. 1987, 1155, Rn. 14).

¹⁶⁵ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 17, 40.

¹⁶⁶ *Sydow*, JZ 2012, 157 (164), äußert Bedenken, ob der Versuch des europäischen Gesetzgebers, auf die Inhalte von Delegierten Rechtsakten Einfluss zu nehmen, zukünftig tatsächlich ausfallen werde. Diese Sorge ist nicht unberechtigt.

In seiner Entschließung vom 5. Mai 2010 zur legislativen Befugnisübertragung erklären die Abgeordneten des Europäischen Parlaments nämlich, „dass die beiden in Art. 290 Abs. 2 genannten Möglichkeiten [...] rein beispielhaften Charakter haben und andere Möglichkeiten der Kontrolle 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“ (*Europäisches Parlament*, Drs. P7_TA(2010)0127, Pkt. 2). Die Möglichkeit, über das Instrument der „Zustimmung“ quasi als 3. Variante im Rahmen des Art. 290 Abs. 2 AEUV auf den Inhalt ggf. Einfluss zu nehmen, haben sich die Abgeordneten also ausdrücklich vorbehalten wollen.

sind nur Rat und Parlament; systematisch als Ausgleich für die Übertragung von eigenen Rechtsetzungsbefugnissen auf die Kommission.¹⁶⁷ Beide Rechte sind materiellrechtlich unbegrenzt – einzige Hürde ist das Erreichen der Mehrheiten.¹⁶⁸ So beschließen gemäß Art. 290 Abs. 2 Satz 2 AEUV das Parlament mit der Mehrheit seiner Mitglieder und der Rat mit qualifizierter Mehrheit.

Mit dem Widerruf, der jederzeit nach Inkrafttreten des Gesetzgebungsaktes durch Rat und/oder Parlament beschlossen werden kann¹⁶⁹, und dem Einspruch hat der Gesetzgeber zwei Möglichkeiten, die Befugnis zum Erlass von Delegierten Rechtsakten unter Bedingungen zu stellen. Weitere als die in Art. 290 Abs. 2 AEUV genannten sind nicht zulässig. Hierfür sprechen die Rechtssystematik¹⁷⁰ sowie der Wortlaut und die Genese dieser Norm.¹⁷¹ Darüber hinaus kann der Gesetzgeber eine dieser beiden Bedingungen oder auch beide zusammen regeln, die Pflicht, mindestens eine im Gesetzgebungsakt niederzulegen, gibt es jedoch nicht. Die Entscheidung steht in seinem Ermessen.¹⁷²

Wenn sich der Gesetzgeber aber entscheidet, den Einspruch im Basisrechtsakt zu regeln, muss er auch eine Aussage zur Befristung treffen. Die Wahl ihrer Dauer hingegen steht in seinem Ermessen. Nach Ansicht des Verfassers ist für den Einspruch eine Grundlaufzeit von mindestens drei Monaten mit der Option auf eine Verlängerung um drei weitere Monate angemessen. In Erwartung einer kontinuierlich wachsenden Zahl von vor allem technisch komplexen Regelungen in Delegierten Rechtsakten sowie unter Berücksichtigung der eng begrenzten Ressourcen für sachverständiges Personal liegt dies auch im Interesse von Rat und Parlament. In jeweils Art. 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 der drei Verordnungen zur Errichtung von EBA, ESMA und EIOPA

Mittlerweile wurde übrigens noch zusätzlich in der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments in der Fassung vom Oktober 2012 unter Art. 87 Abs. 3 Satz 2 geregelt, dass die Kommission mittels eines entsprechenden Entschließungsantrages aufgefordert werden kann, einen neuen Delegierten Rechtsakt vorzulegen, der den Empfehlungen des Parlaments Rechnung trägt. Diese Passage ist nichts anderes als eine versteckte Androhung, gegen einen Delegierten Rechtsakt Einspruch zu erheben, wenn die Kommission die Ansichten des Parlaments nicht berücksichtigt.

¹⁶⁷ Die „Mitgliedstaaten“ sollen mit einem Delegierten Rechtsakt also nicht mehr zu tun haben können. Das führt in einem Teilbereich der abgeleiteten Rechtsetzung zwar nun zu einem gewichtigen Bedeutungsverlust (*Schusterschitz*, in: Hummer/Oberwexer (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, 209 (231)), folgt aber konsequent aus der Rechtssystematik – insbesondere in Abgrenzung zu Art. 291 AEUV.

¹⁶⁸ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Die Verfassung der EU*, Art. I-36, Rn. 8.

¹⁶⁹ *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (583 f.) m.w.N. auch zur abweichenden Ansicht der Kommission.

¹⁷⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 290 AEUV, Rn. 66. S.u. auch Gliederungspunkte D.I.7 sowie D.I.8.d).

¹⁷¹ *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (584 f.) m.w.N. auch zur abweichenden Ansicht des Europäischen Parlaments.

¹⁷² *Ibid.*, 567 (585 f.) m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten in der Literatur.

wurde eine solche Frist beispielsweise bereits vorgesehen.¹⁷³ Viele aktuelle Legislativvorschläge sehen allerdings kürzere Fristen vor.¹⁷⁴

6. Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf

Die Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf sind im Vertrag von Lissabon nicht geregelt. Soweit es den Einspruch betrifft, legt bereits der Wortlaut in Art. 290 Abs. 2 Satz 1 lit. b) AEUV nahe, dass der Delegierte Rechtsakt nicht in Kraft tritt.¹⁷⁵ Im Falle des Widerrufs nach Art. 290 Abs. 2 Satz 1 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 Rechtswidrigkeit¹⁷⁶, und zwar ab dem in dem Beschluss über den Widerruf (arg. ex Art. 290 Abs. 2 Satz 1 lit. a) AEUV „beschließen“) genannten Zeitpunkt. Weil der Normtext insoweit keine Aussage trifft, steht es im Ermessen der widerrufenden Organe bzw. des einzelnen widerrufenden Organs, zu entscheiden, ob die Ermächtigungsgrundlage mit Wirkung *ex tunc*, *ex nunc* oder zu einem späteren Zeitpunkt als das Inkrafttreten des Beschlusses fortfallen soll.¹⁷⁷

Von der Frage nach den Folgen für die Ermächtigungsgrundlage zu unterscheiden ist die Frage nach der Wirksamkeit des rechtswidrigen Delegierten Rechtsaktes. Es ist davon auszugehen, dass dieser fortgesetzt wirksam ist¹⁷⁸ und zwar so lange, bis spätestens der EuGH diesen ganz oder teilweise gemäß Art. 264 Satz 1 AEUV für nichtig erklärt hat. Dieser Grundsatz gilt für Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse gleichermaßen. Auf diese Weise wird die Wirksamkeit aller Unionsrechtsakte gewahrt, die nicht von vornherein als nichtig zu betrachten sind, weil sie mit einem offenkun-

¹⁷³ Der Vollständigkeit halber sei schon hier allerdings angemerkt, dass diese Frist auch verkürzt werden kann. Nach jeweils Art. 13 Abs. 1 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO beträgt die Frist nämlich nur einen Monat in den Fällen, in denen die Kommission einen TRS erlässt, bei dem es sich um den von EBA, ESMA oder EIOPA übermittelten Entwurf eines TRS handelt.

¹⁷⁴ So sieht beispielsweise der Vorschlag für eine Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge (Drs. KOM (2011) 142 endg. vom 31. März 2012) in Art. 28 Abs. 1 eine Grundlaufzeit von zwei Monaten, aber nur eine Prolongationsfrist von einem Monat vor.

¹⁷⁵ So auch ausdrücklich geregelt beispielsweise in Art. 13 Abs. 3 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

¹⁷⁶ A.A. *Triantafyllou*, Gesetzesvorbehalt, 73 f., nach dem das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage lediglich zur Unverbindlichkeit führt.

¹⁷⁷ A.A. *Härtel*, 261 f., Rn. 122 a.E.; 123, die grundsätzlich nur eine Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc* für möglich hält. Wiederum A.A. *Kröll*, ZÖR 2011, 253 (276); *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 64, die nur eine Wirkung *ex nunc* für möglich halten.

¹⁷⁸ *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 264 f., 387 f., jeweils mit weiteren Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung und die herrschende Lehre.

digen und schwerwiegenden Fehler behaftet sind.¹⁷⁹ Ein Nichtigkeitsurteil wirkt *erga omnes*¹⁸⁰ und grundsätzlich *ex tunc*. Allerdings besteht für die Richter gemäß Art. 264 Satz 2 AEUV die Möglichkeit, die Wirkungen eines ganz oder teilweise nichtigen Rechtsakts ganz oder teilweise aufrechtzuerhalten.¹⁸¹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das berechnete Vertrauen des Adressaten des Rechtsaktes, der auf dessen Rechtmäßigkeit vertrauen durfte, zu beachten ist.¹⁸² Unabhängig von einem späteren Urteil durch den EuGH löst der Widerruf der Befugnisübertragung jedoch die Verpflichtung der Kommission als Erlassorgan aus, die Aufhebung des Rechtsaktes unverzüglich zu initiieren.¹⁸³ Das ergibt sich aus der Organtreue sowie dem Rechtsstaatsprinzip.¹⁸⁴

Die Aufhebung hat durch einen Gesetzgebungsakt zu erfolgen, der im Ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1 AEUV zu verabschieden ist. Ein *actus contrarius* durch das Erlassorgan – hier die Kommission – ist nach Ansicht des Verfassers unzureichend. Das resultiert daraus, dass die Befugnis, den gesetzgeberischen Willen mittels Rechtsakts ohne Gesetzescharakter zu vollenden, nur gemeinsam durch Rat und Parlament *qua* Gesetzgebungsakt übertragen werden kann; und zwar erkennbar losgelöst von der Frage, ob der Gesetzgebungsakt im Ordentlichen oder Besonderen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1 bzw. 2 AEUV verabschiedet wird. Wenn nun später gemäß Art. 290 Abs. 2 Satz 1 lit. a) AEUV etwa durch ein einzelnes Organ beschlossen wird, die Befugnisübertragung zu widerrufen, kann dieser neue gesetzgeberische Wille mit dem Ziel der Aufhebung des Rechtsakts ohne Gesetzescharakter auch wiederum nur gemeinsam durch einen neuen Gesetzgebungsakt umgesetzt werden.

Für diese Ansicht spricht, dass Rat und Parlament jeweils für sich allein kein Recht haben, einen Delegierten Rechtsakt aufzuheben. Ausweislich des Wortlauts der Norm ist es ihnen lediglich möglich, die „Übertragung der Befugnis“ durch Beschluss in Gestalt eines Rechtsaktes ohne Gesetzescharakter zu widerrufen. Der Unionsrechtsgeber hat damit also nur die Möglichkeit geschaffen, das Verfahren zur Aufhebung in Gang zu bringen – und zwar unabhängig voneinander (arg. ex Art. 290 Abs. 2 Satz 1 lit. a) AEUV „das Europäische Parlament oder der Rat“). Im Umkehrschluss kann die finale Entscheidung zur Aufhebung nur gemeinsam *qua* Gesetzgebungsakt fallen. Diese Sichtweise hat vor allem für sich, dass sie die demokratischen Legitimationsstränge für den Rat und das Parlament, wie sie in Art. 10 Abs. 2 EUV beschrieben werden, auch auf der Ebene der Aufhebung als gleichgewichtig respektiert.

¹⁷⁹ *Ibid*, 388 f. Dieser Verfasser gibt zu bedenken, dass der EuGH nicht entsprechend der deutschen Terminologie zwischen inexistenten und nichtigen Rechtsakten unterscheidet, sondern mit dem Begriff „Inexistenz“ auch die Nichtigkeit bezeichnet (Fn. 471).

¹⁸⁰ Das folgt daraus, dass Delegierte Rechtsakte gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV von allgemeiner Geltung sind.

¹⁸¹ EuGH, Rs. C-34/86, *Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 1986, 2155, Rn. 48.

¹⁸² EuGH, Rs. C-248/89, *Cargill*, Slg. 1991, I-3008, Rn. 20.

¹⁸³ Nach Ansicht des Verfassers muss die Kommission spätestens auf der übernächsten Sitzung der Kommissare, die auf das Wirksamwerden des Widerrufs folgt, die Initiative in Gestalt eines Legislativvorschlags ergreifen.

¹⁸⁴ Grundlage für die drei letzten Absätze ist die Darstellung bei *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (588 f.), auf die hier ausdrücklich Bezug genommen wird.

Ergänzend stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob ein Aufhebungsgesetzgebungsakt stets im selben Verfahren gemäß Art. 289 AEUV zu verabschieden ist, wie jener Gesetzgebungsakt, mit dem die Befugnis vormals übertragen wurde. Hierfür könnte sprechen, dass im Besonderen Gesetzgebungsverfahren einem Organ lediglich die Rolle des Angehörten bzw. Zustimmenden zukommt. Vielleicht müsste man davon ausgehen, diese Rollenverteilung auch im Aufhebungsgesetzgebungsverfahren beizubehalten? Dagegen spricht allerdings wiederum der Wortlaut des Art. 290 Abs. 2 Satz 1 lit. a) AEUV, wonach entweder der Rat oder das Parlament das Aufhebungsgesetzgebungsverfahren in Gang bringen können. Wenn der Unionsrechtsgeber will, dass die gesetzgebenden Organe auf der Ebene der Kontrolle unabhängig voneinander, aber gleichberechtigt agieren, muss sich diese Rollenverteilung im Aufhebungsgesetzgebungsverfahren, das insoweit nicht mehr als ein Annexverfahren ist, konsequent fortsetzen. Folglich hat die Aufhebung stets durch einen Gesetzgebungsakt zu erfolgen, der im Ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu verabschieden ist.¹⁸⁵

7. Keine Entwurfs- und Vorschlagspflicht für die Kommission

Während ein Gesetzgebungsakt gemäß Art. 17 Abs. 2 Satz 1 EUV nur auf Vorschlag der Kommission an den Gesetzgeber und gemäß Art. 289 AEUV nur durch diesen selbst verabschiedet werden kann, ist es dem gegenüber gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV allein die Kommission, die einen Delegierten Rechtsakt erlässt. Darüber hinaus ist aus Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EUV abzuleiten, dass dem Erlass kein Vorschlag – etwa an andere „Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union“¹⁸⁶ – vorwegzugehen hat.¹⁸⁷ Nach dieser Vorschrift werden nämlich nur dann andere Rechtsakte als Gesetzgebungsakte auf der Grundlage eines Kommissionsvorschlages angenommen, wenn dies in den Gründungsverträgen so vorgesehen ist. Delegierte Rechtsakte zählen zwar auch zu den „Rechtsakten der Union“¹⁸⁸. Für ihre Verabschiedung sieht der Vertrag von Lissabon einen Vorschlag aber an keiner Stelle vor. Und muss die Kommission schon diesen nicht unterbreiten, ist sie erst recht nicht verpflichtet, bloße (Arbeits-)Entwürfe eines Delegierten Rechtsaktes auszufertigen und weiterzuleiten.

Diese Entscheidung des Unionsrechtsgebers ist konsequent, denn sie korreliert systematisch mit dem Ermessensspielraum, den die Kommission gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV wahrnehmen dürfen, sowie mit der Art von Kontrollrechten, die exklusiv Rat und Parlament nach Art. 290 Abs. 2 AEUV in abschließender Zahl zur Auswahl haben. Der Einspruch kann erst nach Erlass des Rechtsaktes ausgeübt werden, und der Widerruf wirkt sich nicht auf den Rechtsakt selbst, sondern lediglich auf die Ermächtigungsgrundlage aus. Auf der Ebene der delegierten Rechtsetzung ist die Aus-

¹⁸⁵ Im Ergebnis ebenso *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290, Rn. 18.

¹⁸⁶ Siehe zu diesem Wortlaut beispielsweise Art. 298 Abs. 1 EUV.

¹⁸⁷ A.A. im Ergebnis *Rötting/Lang*, EuZW 2012, 8 (10), Pkt. (aa) a.E.; *Hardacre/Kaeding*, Delegated act, 12 (Schaubild); *Guéguen*, Comitologie, 60 (letzter Bulletpoint); *Solle*, StoffR 2011, 256 (257 – Schaubild; 258).

¹⁸⁸ Art. 290 steht im 6. Teil (Institutionelle Vorschriften und Finanzvorschriften), des 2. Kapitels (Rechtsakte der Union, Annahmeverfahren und sonstige Vorschriften) in Abschnitt 1, der da heißt „Die Rechtsakte der Union“.

übung inhaltlicher Gestaltungsmacht durch den europäischen Gesetzgeber vom Unionsrechtsgeber also systematisch nicht vorgesehen, so dass sich hier eine Pflicht zum Vorschlag Rat und Parlament gegenüber auch nicht logisch verorten lässt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, wem sonst gegenüber die Kommission einen Vorschlag sinnvollerweise zu machen verpflichtet sein könnte.

Dass die Kommission in ihren ersten, bereits erlassenen Delegierten Rechtsakten nun aber dennoch an wiederholter Stelle von „Vorschlag“ sprach¹⁸⁹, war vor dem in Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EUV unionsrechtlich so eindeutig bestimmten Hintergrund nicht nachvollziehbar. Vom Verfasser deshalb im Frühjahr 2012 auf die Rechtslage angesprochen, stellte die Kommission in ihrer Antwort jedoch klar, dass sie keine Vorschläge mache. Aus ihrer Sicht handelte es sich hier lediglich um ein dringlich klarstellungsbedürftiges Missverständnis.¹⁹⁰ Dem entspricht, dass sie in neueren, bereits erlassenen Delegierten Rechtsakten zu erkennen gibt, auf die Verwendung des insoweit irreführenden Terminus verzichten zu wollen.¹⁹¹ Der Verfasser begrüßt diese Klarheit.

8. Keine Pflicht zur Konsultation für die Kommission

Art. 290 AEUV statuiert keine Pflicht für die Kommission, vor dem Erlass eines Delegierten Rechtsaktes Konsultationen durchzuführen.¹⁹² Eine entsprechende Pflicht wird auch nicht an anderer Stelle in den Gründungsverträgen sowie in ihren Anhängen und Protokollen genannt. Dem Wortlaut des Vertrages von Lissabon nach ist deshalb davon auszugehen, dass das Verfahren zur Vorbereitung und zum Erlass von Delegierten Rechtsakten abschließend durch eine einzige Norm des Primärrechts geregelt werden kann.¹⁹³ Daraus folgt: Wie sich die Kommission vor Annahme eines Delegierten Rechtsaktes ihre Meinung bildet, ist ganz allein ihre Sache.¹⁹⁴

¹⁸⁹ So beispielsweise in der *“Commission Delegated Regulation of 30.3.2012 amending Regulation (EC) No 809/2004 as regards the format and the content of the prospectus, the base prospectus, the summary and the final terms and as regards the disclosure requirements”* (Drs. C (2012) 2686 endg. vom 30. März 2012) bei Punkt 1 auf Seite 2 (*“Context of the proposal”*), bei Punkt 3 auf Seite 3 (*“Legal elements of the proposal”*) sowie bei Punkt 3.2 auf Seite 4 (*“Detailed explanation of the proposal”*).

¹⁹⁰ Schriftliche Antwort der Kommission an den Verfasser mit Datum 16. April 2012. Anlass für die Korrespondenz war der in der Fußnote zuvor genannte Entwurf einer *„Commission Delegated Regulation“* zum Prospektrecht.

¹⁹¹ Siehe etwa in der *“Commission Delegated Regulation of 19.12.2012 supplementing Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards on capital requirements for central counterparties”* (Drs. C (2012) 9614 endg. vom 19. Dezember 2012) bei Punkt 1 auf Seite 2 (*“Context of the delegated act”*) und bei Punkt 3 auf Seite 2 (*“Legal elements of the delegated act”*).

¹⁹² Ebenso Schammo, EU Prospectus Law, 15; Sydow, JZ 2012, 157 (162 f.); Biervert, in: Schwarze (Hrsg.), 2. Auflage, Art. 249, Rn. 44; Hetmeier, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 290, Rn. 21; Scharf, Das Komitologieverfahren nach Lissabon, 23; Beer, EuZW 2010, 201; Kotzur, in: Geiger/Kahn/Kotzur (Hrsg.), Art. 290 AEUV, Rn. 7; Frenz, Institutionen und Politiken, Rn. 1955; Fabricius, ZEuS 2011, 567 (574 ff.); Kröll, ZÖR 2011, 253 (279); Landgraf, Das neue Komitologieverfahren, 8; Kabl, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 55 (61); Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 67, unter Verweis auf das Fehlen eines komitologieähnlichen Systems der Kontrolle.

¹⁹³ Sydow, JZ 2012, 157 (162).

¹⁹⁴ Die Kommission hat allerdings bereits wiederholt erklärt, auf die Expertise von außen grundsätzlich nicht verzichten zu wollen. Siehe die Einzelheiten bei Fabricius, ZEuS 2011, 567 (578 f.).

a) *Begriff und Reichweite einer möglichen Konsultationspflicht*

Wenn in dieser Untersuchung nachfolgend nun dennoch ausgiebig die Frage diskutiert wird, ob die Kommission möglicherweise eine Pflicht zur Konsultation treffen könnte, spricht der Verfasser nicht von der informellen Konsultation, die lediglich der gefälligen Information der Kommission zu dienen bestimmt ist. Diese kann sie nämlich jederzeit freiwillig mit nationalen Experten, der Zivilgesellschaft, Interessenvertretern, Unternehmen, Sozialpartnern, Wissenschaftlern oder auch den Mitgliedern des Europäischen Parlaments oder sonstigen EU-Organen, -Einrichtungen oder -Stellen durchführen.¹⁹⁵ Insoweit ist diese auch nichts weiter als das Spiegelbild jener unverbindlichen, freiwilligen Stellungnahmen, die beispielsweise die Europäische Zentralbank (EZB) gemäß Art. 127 Abs. 4 UA 2 AEUV, der Wirtschafts- und Sozialausschuss gemäß Art. 304 Abs. 1 Satz 3 AEUV oder der Ausschuss der Regionen gemäß Art. 307 Abs. 4 AEUV von sich aus zu allen Themen abgeben können, wenn sie diese nur für zweckmäßig erachten. Darauf, dass bloße Entwürfe oder schon konkrete Vorschläge zu Rechtsakten der Union vorliegen und die Kommission sie hierzu konsultiert, sind sie mithin nicht angewiesen.

In Abgrenzung zur informellen Konsultation bzw. selbstmotivierten Stellungnahme ist mit der Pflicht zur Konsultation im Sinne des Art. 290 AEUV viel eher gemeint, dass die Kommission sicherzustellen hätte, dass mitwirkungs- bzw. anhörungspflichtige Beteiligte rechtzeitig von allen Entwürfen Delegierter Rechtsakte erfahren und dazu auch tatsächlich Stellung nehmen.¹⁹⁶ Aufgrund der eindeutigen Primärrechtslage könnten sich entsprechende Pflichten für die Kommission allerdings nur aus dem abgeleiteten Recht oder aus den Erklärungen zum Lissabon-Vertrag ergeben.¹⁹⁷ Die Frage, ob das überhaupt möglich ist, soll an dieser Stelle noch unbeantwortet bleiben. Wäre dem aber so, stellte ihre Missachtung in jedem Falle die Verletzung wesentlicher Formvorschriften dar.¹⁹⁸ Entsprechende Rechtsakte könnten dann vor dem EuGH mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV angefochten werden.

Damit die Pflicht zur Konsultation nicht zur bloßen Förmerei verkäme, wären mit ihr nach Ansicht des Verfassers gewisse Anforderungen zu verknüpfen. So müsste die Kommission nicht nur den Grund und das Ziel ihrer Konsultation präzise darlegen. Sie hätte sich darüber hinaus auch mit den konkreten Inhalten der erbrachten Beiträge erkennbar auseinanderzusetzen und dabei zu überprüfen, ob die darin enthaltenen Argumentationen vollständig, kohärent und stichhaltig sind.¹⁹⁹ Anschließend hätte sie

¹⁹⁵ Ähnlich bereits der Abgeordnete *Szajer* in seinem Bericht an die Mitglieder des federführenden Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments zur Vorbereitung einer Entschließung betreffend legislative Befugnisübertragungen (Drs. P7_TA(2010)0127 vom 5. Mai 2010, Begründung), Pkt. 7.

¹⁹⁶ Das bloße Ersuchen nach einer Stellungnahme reichte also nicht aus (ähnlich EuGH, Rs. 138/79, *SA Roquettes Frères*, Slg. 1980, 3333, Rn. 34).

¹⁹⁷ Aus Art. 51 EUV ergibt sich, dass Erklärungen – anders als Anhänge und Protokolle – keine Bestandteile der Gründungsverträge sind.

¹⁹⁸ Allgemein zur Verletzung von Beteiligungs- bzw. Anhörungsrechten und den Rechtsfolgen *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 263 AEUV, Rn. 85.

¹⁹⁹ EuG, Rs. T-13/99, *Pfizer Animal Health*, Slg. 2002, II-3305, Rn. 198. In diesem Urteil geht es um einen bestimmten Expertenausschuss im Rahmen eines bestimmten Komitologieverfahrens,

ihre finale Entscheidung im Lichte der Konsultationsbeiträge zu treffen, ohne jedoch zu ihrer vollumfänglichen Übernahme gezwungen zu sein. In Anlehnung an die Vorschriften über das Beratungsverfahren im Rahmen der „Verordnung zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren“²⁰⁰ (Durchführungsverordnung) müsste man insoweit aber wohl zumindest davon ausgehen, dass die Kommission die Konsultationsbeiträge grundsätzlich „soweit wie möglich“ zu berücksichtigen hätte. Wollte sie allerdings von Beitragsinhalten in fundamentaler Weise abweichen, müsste sie das konkret dartun und auch erklären, aus welchen Gründen sie von der vorgebrachten Argumentation abzuweichen gedenkt.²⁰¹ Idealerweise böte sie jenen, deren inhaltliche Positionen von ihrer sachlichen Abkehr betroffen wären, eine zusätzliche Gelegenheit zur Stellungnahme.

Eine wie auch immer geartete, förmliche Konsultationspflicht im Rahmen des Art. 290 AEUV müsste in Abgrenzung zur freiwilligen Konsultation also konsequenterweise dazu führen, dass die Wahrnehmung des Ermessensspielraums durch die Kommission Beschränkungen unterworfen wird.

b) Sinn und Zweck des Fehlens der Konsultationspflicht

Der Verzicht auf die Konsultationspflicht liegt allerdings zuvörderst im Interesse von Rat und Parlament. Art. 290 AEUV führt nämlich in seiner reinen Form zu der seit langem ersehnten Beschleunigung und Flexibilisierung der Rechtsetzung.²⁰²

Nicht ernsthaft zu bestreitende Tatsache in der Praxis ist, dass der enorme Rechtssetzungsbedarf, der über die ganze Breite der integrierten Politikbereiche besteht²⁰³, und die Dichte des Regelungs- und Entscheidungsbedürftigen immer weiter über die Entschließungs- und Verantwortungskapazitäten des Gesetzgebers hinauswachsen²⁰⁴, ihn gar an die Grenze seiner funktionellen Leistungsfähigkeit zu bringen drohen.²⁰⁵

den die Kommission zu konsultieren hatte. Losgelöst von dem konkreten Lebenssachverhalt lassen sich nach Ansicht des Verfassers die in diesem Urteil entwickelten Grundsätze mit Blick auf die Gefahr bloßer Förmerei im Zusammenhang mit Konsultationspflichten in generalisierender Weise für jedwede Konsultationspflicht heranziehen.

²⁰⁰ Verordnung Nr. 182/2011, ABl. EU L 55/13 vom 28. Februar 2011.

²⁰¹ EuG, Rs. T-13/99, *Pfizer Animal Health*, Slg. 2002, II-3305, Rn. 199 (s.o. auch Fn. 199).

²⁰² Siehe Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29. November 2002), 8: „Der Konvent hat häufig Kritik daran geübt, dass die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sehr in die Einzelheiten gehen. Dieses Übermaß an Detailregelung in den Rechtsakten wurde für kaum angemessen gehalten, insbesondere in einigen Wirtschaftsbereichen, in denen es sehr wichtig ist, sich rasch einem sich verändernden Umfeld anpassen zu können. Der gemeinschaftliche Gesetzgeber sieht sich somit einem doppelten Bedürfnis gegenüber: Er muss Rechtsvorschriften unzweifelhafter demokratischer Legitimität erlassen, wie sie nur Rechtssetzungsverfahren garantieren können, und er muss rasch und effizient auf die Herausforderungen und Erfordernisse der Wirklichkeit reagieren und somit eine gewisse Flexibilität wahren.“

²⁰³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 290 AEUV, Rn. 1.

²⁰⁴ *Lübbe-Wolff*, *VVDStRL* 2001, 246 (267).

²⁰⁵ *Wolfram*, *Underground Law*, 19.

Soweit es den hochkomplexen Politikbereich der Finanzdienstleistungen betrifft, nimmt *Lehmann* sogar an, dass es „dem durchschnittlichen Abgeordneten schlicht unmöglich“ sei, „einzelne Details zu verstehen und kompetent über diese zu entscheiden.“²⁰⁶ Ja, die Abgeordneten selber, wie beispielsweise *Sven Giegold*, parlamentarischer Berichterstatter für die ESMA-Verordnung sowie für die Revision der EBA-Verordnung, halten es mittlerweile für nicht mehr ausgeschlossen, dass unser Wirtschaftssystem für eine Demokratie bereits zu komplex geworden sei und die Fähigkeit des europäischen Gesetzgebers zur Kontrolle stark einschränke.²⁰⁷ Auch die Fleißigsten würden zunehmend von der Flut an Informationen zugeschüttet.²⁰⁸

Der Mehrwert eines schlanken, legislativen Konkretisierungsverfahrens durch die Kommission liegt hier nun vor allem in seiner Flexibilität und vergleichsweise höheren Geschwindigkeit durch die Verringerung des politischen Problematisierungspotentials, das man stets im Verlaufe eines Gesetzgebungsverfahrens weckt.²⁰⁹ Von Unionsrechtsakten wird nämlich nicht zu Unrecht behauptet, dass sie allzu häufig das Ergebnis langwieriger Konsultations- und komplexer Abstimmungsprozesse sind, denen aufwändige Erkenntnisprozesse durch den Einzelnen vorweggehen.²¹⁰ Wurden deshalb durch den europäischen Gesetzgeber die wesentlichen Aspekte und die Bereiche der Befugnisübertragungen unter Einbindung formal zu Beteiligender und Anzuhörender, die damit Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, erst einmal geklärt, sollen die unwesentlichen Aspekte durch die Kommission allein konkretisiert werden, ohne dabei die grundsätzliche politische Auseinandersetzung noch einmal zu eröffnen.²¹¹ Dies dient der Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit von Rat und Parlament.²¹² Durch eine Pflicht zur Konsultation drohte diesem Vorteil von großer praktischer Bedeutung die Gefahr, aufgehoben zu werden.

c) *Genese*

Bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon war die Rechtslage noch eine deutlich andere.²¹³ Nach den Regelungen des Art. 202 3. Spiegelstrich Satz 1 EGV übertrug der Rat der Kommission seinerzeit in den von ihm angenommenen Basisrechtsakten die für die Durchführung der Vorschriften dieser Rechtsakte erforderlichen Befugnisse. Und gemäß Art. 202 3. Spiegelstrich Satz 2 EGV war der Rat darüber hinaus befugt, die Modalitäten betreffend die Ausübung dieser Befugnisse durch

²⁰⁶ *Lehmann*, Grundstrukturen der Regulierung, 9.

²⁰⁷ *Der Spiegel*, Heiße Ware, Nr. 35 vom 27. August 2012, 86 (87).

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Möllers/von Achenbach*, EuR 2011, 39 (53).

²¹⁰ Vermerk des Präsidiums für den Europäischen Konvents betreffend die Rechtsakte – das derzeitige System (Drs. CONV 162/02 vom 13. Juni 2002), Rn. 47, Pkt. iii), 17.

²¹¹ *Möllers/von Achenbach*, EuR 2011, 39 (53).

²¹² *Sydow*, JZ 2012, 157 (164). *Landgraf*, Das neue Komitologieverfahren, 10, äußert dem gegenüber Zweifel, ob mit dem Fehlen der Konsultationspflicht tatsächlich Vorteile verbunden sein könnten. Allerdings konkretisiert sie ihre Bedenken nicht.

²¹³ *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 208 ff., Rn. 2 ff., zur Dogmatik der Übertragung von Durchführungsbefugnissen über Art. 202 EGV.

die Kommission im Voraus festzulegen. Von dieser Möglichkeit hatte er wiederholt Gebrauch gemacht; zuletzt war der 3. Komitologiebeschluss aus dem Jahre 2006 Ausdruck dieser Art von Modalitätenregelung.²¹⁴ Hauptziel aller Komitologiebeschlüsse war, die Durchführung der Rechtsakte durch die Kommission über die Pflicht zur Konsultation von Ausschüssen, die sich aus mitgliedstaatlichen Experten zusammensetzten, einer direkten Kontrolle zu unterwerfen.²¹⁵ Zugleich ging es aber auch darum, Ordnung in die Kontrollverfahren zu bringen und durch horizontale Regelungen zu vermeiden, dass jeder Sekundärrechtsakt etwa eigene Modalitäten vorsehen müsste.²¹⁶

In ihrem Schlussbericht hatten die Mitglieder der Arbeitsgruppe IX des Europäischen Verfassungskonvents nun aber deutliche Kritik an eben dieser Art und Weise der Befugnisübertragung geäußert. Konkret bemängelten sie, dass es kein Verfahren gebe, das es dem Rat erlaube, technische Aspekte oder Klarstellungen von Rechtsvorschriften zu delegieren und sich dabei aber zugleich die Kontrolle über die Ausübung der von ihm abgeleiteten Befugnis vorzubehalten.²¹⁷ Er sei nach den Verträgen vielmehr gezwungen, entweder die von ihm erlassenen Bestimmungen in allen Einzelheiten selbst zu regeln oder die Regelung eingehenderer Aspekte von Rechtsvorschriften der Kommission zu übertragen und dabei die Kontrolle den Komitologieausschüssen zu überlassen.²¹⁸ Darauf, ob es sich in jedem Einzelfall eher um legislative Regulierungsbefugnisse oder etwa reine Durchführungsbefugnisse handelte, kam es nicht an. In weiter Auslegung des Primärrechts wurden alle übertragenen Befugnisse einheitlich als Durchführungsbefugnisse behandelt und der Kontrolle durch die Mitgliedstaaten unterworfen.

Um hier Abhilfe zu schaffen, schlug die Gruppe deshalb zusätzlich zum neu gefassten Durchführungsrechtsakt „eine neue Art von Delegiertem Rechtsakt vor, der zusammen mit wirksamen Kontrollmechanismen den Gesetzgeber in dem Maße dazu veranlassen könnte, sich auf die wesentlichen Bestimmungen eines Rechtsakts zu beschränken und die technischeren Aspekte an die Exekutive zu delegieren, als garantiert wäre, dass er seine Gesetzgebungsbefugnis in gewisser Weise wiedererlangen kann.“²¹⁹ Dieser Vorschlag für die Schaffung einer Möglichkeit zur Übertragung von legislativen Regulierungsbefugnissen in sauberer Abgrenzung zur Übertragung von reinen

²¹⁴ Beschluss des Rates 2006/512/EG vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (ABl. EG Nr. L 200/11 vom 22. Juli 2006). Die rechtliche Möglichkeit zur Festlegung von Modalitäten der Befugnisübertragung wurde erstmals förmlich durch den 1. Komitologiebeschluss im Jahre 1987 (Beschluss des Rates 87/373/EWG vom 13. Juli 1987 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. EG Nr. L 197/33 vom 18. Juli 1987) und im Anschluss im Jahre 1999 durch den 2. Komitologiebeschluss (Beschluss des Rates 1999/468/EG vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. EG Nr. L184/23 vom 17. Juli 1999) umgesetzt.

²¹⁵ Vermerk des Präsidiums für den Europäischen Konvents betreffend die Rechtsakte – das derzeitige System (Drs. CONV 50/02 vom 15. Mai 2002), Rn. 41, 15.

²¹⁶ *Ibid.*, Rn. 42.

²¹⁷ Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29. November 2002), 8.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*, 9.

Durchführungsbefugnissen fand schließlich konkret in Art. I-36 des Vertrages über eine Verfassung für Europa, der Vorbildnorm für Art. 290 AEUV, Eingang und sollte weder die Möglichkeit, die Modalitäten betreffend die Befugnisausübung durch die Kommission im Voraus festzulegen, noch jedwede Pflicht zur Konsultation vorsehen.

Wie die Konferenzunterlagen der Arbeitsgruppe IX zeigen, war Ersteres das Ergebnis eines vergleichsweise sehr sparsam gehaltenen Diskurses. So trug ersichtlich allein das Konventsmitglied *Lenaerts* die Forderung vor: “*However, whenever a power is granted to modify a legislative act, it is necessary to provide for a “heavy” comitology (intervention of a regulatory committee or of a management committee comprising representatives of the Member States (...))*” – und zwar zusätzlich zu etwaigen Kontrollrechten der Deleganten.²²⁰ Hiergegen vertrat die Kommission in einer Antwort auf eine Frage des Konventsmitgliedes *De Vries* die Ansicht, dass sich Einspruch und Widerruf, wie sie sich später in Art. I-36 Abs. 2 des Verfassungsvertragsentwurfes fanden bzw. nunmehr in Art. 290 Abs. 2 AEUV finden, mit Komitologieverfahren systematisch nicht vertragen: “*This procedure would be contrary to the Commission’s aim to place both legislative branches on an equal footing with regard to the Commission’s executive activity (at least as far as acts adopted by co-decision are concerned). Consequently, a « call-back » procedure could only function with purely consultative committees that would supply the Commission with expertise and opinions concerning the concrete application of executive measures at national level.*”²²¹ Dieser Ansicht hat sich die große Mehrheit der Arbeitsgruppenmitglieder offensichtlich angeschlossen, denn in dem ersten Textentwurf für den Verfassungsvertrag, der im Mai 2003 kursierte, sind im Zusammenhang mit der Delegation von Befugnissen keinerlei Hinweise dafür zu finden, dass die Modalitäten ihrer Ausübung durch Rat und Parlament im Voraus festgelegt werden könnten.²²² In der ergänzenden Kommentierung gibt es auch noch nicht einmal einen Hinweis auf den entsprechenden Diskurs. Der Aspekt der im Voraus festgelegten allgemeinen Regeln und Grundsätze für die Kontrolle durch Komitologieausschüsse findet ausschließlich im Zusammenhang mit den Durchführungsrechtsakten Erwähnung.²²³

Soweit es um die Delegation von Befugnissen geht, fand im ersten Verfassungsvertragsentwurf auch schon der Aspekt einer etwa ausdrücklich zu regelnden Konsultationspflicht keine Erwähnung. Zwar wurde im Verlaufe der Beratungen der Arbeitsgruppe IX zuvor die Notwendigkeit, die Konsultation betroffener Kreise – einschließlich der regionalen und der lokalen Behörden – während des gesamten Rechtsetzungsverfahrens zu intensivieren, sowie die Bedeutung der besonderen Rolle, die den Verbänden und Nichtregierungsorganisationen als Schnittstellen zwischen Bürgern und

²²⁰ Stellungnahme des Konventsvertreters *Lenaerts* an die Mitglieder der Arbeitsgruppe IX des Europäischen Konvents („*How to simplify the instruments of the Union*“), Working Document 07 vom 6. November 2002, 5, Pkt. 12 (englische Version), bzw. 3, Pkt. 11 (französische Version).

²²¹ Antworten der Kommission auf Fragen der Mitglieder der Arbeitsgruppe IX des Europäischen Konvents, Working Document 27 vom 20. November 2002, Annex, 1. Die diesbezügliche Frage von *De Vries* lautete: “*a) Is the introduction of a “call back” procedure compatible with the maintaining of the regulation committees?*”

²²² Übermittlungsvermerk des Präsidiums an den Konvent betreffend den Entwurf der Verfassung (Drs. CONV 724/03 vom 24. Mai 2003), Anlage 2, 93.

²²³ *Ibid.*, 94.

politischen Handlungsträgern zukommt, angesprochen.²²⁴ Dennoch mündete auch dieser, äußerst sparsam geführte Diskurs nicht in die Festschreibung einer entsprechenden Pflicht für die Kommission.²²⁵

d) *Systematik des Art. 290 AEUV im Vergleich zu Art. 291 AEUV*

Mit Blick auf Art. 290 AEUV lässt sich heute feststellen, dass die zuvor genannten Beratungsergebnisse des Verfassungskonvents durch die Regierungskonferenz in Lissabon konsequent umgesetzt wurden. Die Vorschrift kennt weder eine Möglichkeit, die Modalitäten betreffend die Befugnisausübung durch die Kommission im Voraus festzulegen, noch eine Pflicht zur Konsultation. Die Logik dieser Norm erschließt sich jedoch besonders eindrücklich durch einen Vergleich mit Art. 291 AEUV. Den Staats- und Regierungschefs ist hier im Ergebnis eine klare Trennung zwischen den Möglichkeiten zur Übertragung von legislativen Regulierungsbefugnissen und reinen Durchführungsbefugnissen gelungen.

Im Rahmen des Art. 290 AEUV sollen eigene Wertungsentscheidungen durch die Kommission getroffen werden, mit denen das Regelungsprogramm eines vom europäischen Gesetzgeber verabschiedeten Legislativakts vollendet wird. Eine Pflicht zur Konsultation ist mit dem aus Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV resultierenden Ermessensspielraum unvereinbar, weil sie – konsequenterweise – die Kommission daran hindern müsste, den Gesetzgebungsakt nach ihren autonomen Zweckmäßigkeit- und Billigkeitsüberlegungen zu vervollkommen. Entsprechend sollen aber Rat und Parlament die konkrete Wahrnehmung der delegierten Befugnis über Art. 290 Abs. 2 AEUV kontrollieren können – und zwar als Kompensation für die Delegation ihrer originären Legislativbefugnis.

Hier die Konkretisierung der Rechtsakte durch die Kommission über die Pflicht zur Konsultation etwa von mit nationalen Experten besetzten Ausschüssen oder von EU-Agenturen einer zusätzlichen Kontrolle zu unterwerfen, wäre systemwidrig, weil originäre Befugnisse zur Rechtsetzung von vornherein nicht betroffen sind. Es gibt insoweit nichts, was durch die Verankerung einer Konsultationspflicht kompensiert werden müsste. Zudem hätten solchermaßen Konsultierte ja dann auch grundsätzlich die Möglichkeit zur inhaltlichen Einflussnahme. Damit aber stünden ihnen im Ergebnis mehr Handlungsoptionen als Rat und Parlament zur Verfügung, *deren* originäre Kompetenz betroffen ist. Ihnen jedoch fallen lediglich die Rechte aus Art. 290 Abs. 2 AEUV zu, die die inhaltliche Einwirkung gerade nicht gewähren.

Nach Art. 291 Absatz 1 AEUV sind dem gegenüber exklusiv die Mitgliedstaaten berechtigt und verpflichtet, alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der

²²⁴ Vermerk des Präsidiums für den Europäischen Konvents betreffend die Rechtsakte – das derzeitige System (Drs. CONV 162/02 vom 13. Juni 2002), Rn. 62, 31; Bericht des Vorsitzenden der Gruppe IX „Vereinfachung“ an die Mitglieder des Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29.11.2002), 22.

²²⁵ Übermittlungsvermerk des Präsidiums an den Konvent betreffend den Entwurf der Verfassung (Drs. CONV 724/03 vom 24. Mai 2003), Anlage 2, 92 f.

Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht zu ergreifen.²²⁶ Bedarf es allerdings der Herstellung einheitlicher Bedingungen für die Durchführung in der EU, können in einem Basisrechtsakt entsprechende Befugnisse grundsätzlich auf die Kommission²²⁷ übertragen werden (Art. 291 Abs. 2 AEUV). Als Kompensation für die Verlagerung von originären Kompetenzen der Mitgliedstaaten weist aber Abs. 3 i.V.m. der Durchführungsverordnung²²⁸ konsequent diesen exklusiv umfangreiche Mitwirkungs- bzw. Kontrollrechte zu, die sie durch mit nationalen Experten besetzte Ausschüsse wahrnehmen, die von der Kommission zu konsultieren sind.²²⁹ Eine Einbindung von Rat und Parlament in diesen Prozess wäre systemwidrig, weil deren originäre Befugnisse nicht betroffen sind. Dem europäischen Gesetzgeber fiel lediglich die Aufgabe zu, die Durchführungsverordnung²³⁰, mithin die Modalitäten betreffend die Befugnisausübung durch die Kommission im Voraus festzulegen und zu verabschieden. Der Rechtsakt trat am 1. März 2011 in Kraft.

In Abgrenzung zu dem der Kommission gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV zustehenden Ermessensspielraum, in dessen Rahmen sie erst noch autonom etwa politische oder strategische Abwägungsentscheidungen zu treffen befugt sein soll, um das legislative Regelungsprogramm an des Gesetzgebers statt perfekt zu machen, ist die Pflicht zur Konsultation von mit mitgliedstaatlichen Experten besetzten Ausschüssen im Anwendungsbereich des Art. 291 AEUV angezeigt, weil es insoweit lediglich noch um die Umsetzung von legislativ bereits vollständig Durchentschiedenem geht. Im Mittelpunkt stehen Vollzugspraktiken.²³¹ Für eigene Wertungsentscheidungen ist systematisch kein Raum, denn der europäische Gesetzgeber könnte die konkrete Wahrnehmung seiner originären Legislativbefugnis nicht selbst kontrollieren, weil ihm Art. 291 AEUV keine entsprechenden Rechte zuweist.²³² Die nationalen Akteure sollen deshalb allein dabei mitwirken, die technische Qualität und praktische Handhabbarkeit der Gesetzgebungsakte in der konkreten Umsetzung zu sichern. Sie sind es, die über eine hochspezialisierte Sachkompetenz verfügen, im engen Kontakt mit den Binnenmärkten stehen und deren alltägliches Funktionieren am besten kennen.²³³

²²⁶ Anders als noch Art. 202 und 211 EGV 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 (*Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Die Verfassung der EU, Art. I-37, Rn. 1).

²²⁷ „Im gesteigerten Ausnahmefall“ auch auf den Rat (*Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 291, Rn. 8).

²²⁸ S.o. Fn. 200.

²²⁹ Zu den Einzelheiten des neuen sog. Komitologieverfahrens nach Art. 291 Abs. 3 i.V.m. der Durchführungsverordnung siehe *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (596 ff.).

²³⁰ S.o. Fn. 200.

²³¹ *Stelkens*, Abgrenzung der Anwendungsbereiche, 511 (538).

²³² Rätzel wirft deshalb Art. 15 Abs. 1 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO auf. Danach sind TDS, die durch die Kommission nach Absatz 4 als Durchführungsverordnung oder Durchführungsbeschluss zu erlassen sind, „technischer Art und beinhalten keine strategischen und politischen Entscheidungen.“ Nach Ansicht des Verfassers wäre die Benennung dieser Selbstverständlichkeit überflüssig gewesen.

²³³ *Härtel*, Handbuch Europarecht, Rn. 25, 218 ff.

Durch ihre Mitarbeit dienen sie letztlich der hohen Akzeptanz der Durchführungsvorschriften in den Mitgliedstaaten, in denen diese tagtäglich anzuwenden sind.²³⁴

Dieser praktische Aspekt der Durchführungsbefugnisse ist insbesondere von Bedeutung für die Fälle, in denen die Kommission bei ihren Vorbereitungen zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes die Notwendigkeit erkennen sollte, einzelne unwesentliche Aspekte nach ihrer tertiärrechtlichen Konkretisierung technisch noch weiter spezifizieren zu müssen. Insoweit ist es ihr unionsrechtlich unbenommen, die nationalen Experten in diesen Prozess über Art. 291 Abs. 3 AEUV i.V.m. Durchführungsverordnung²³⁵ einzubinden. Die Kommission kann nämlich flexibel Bestimmungen eines Delegierten Rechtsaktes durchführen²³⁶, ohne dass sie hierzu im Gesetzgebungsakt bereits ausdrücklich ermächtigt worden ist. Sie ermächtigt sich zum Erlass eines Quartärrechtsaktes im Tertiärrechtsakt ganz einfach selbst.²³⁷ Wenn sich der Gesetzgeber also entscheidet, in einem Sekundärrechtsakt der Kommission die Befugnis zum Erlass eines Delegierten Rechtsaktes zu übertragen, ist mitnichten der Weg zur weiteren Konkretisierung mittels Durchführungsrechtsakt unter enger Beteiligung der Mitgliedstaaten versperrt. Diese Flexibilität ist erwünscht, um in einem hochdynamischen

²³⁴ Ob der EuGH die hier vom Verfasser vorgeschlagene Abgrenzung teilt, wird sich bald zeigen. Am 19. September 2012 hat nämlich die Kommission eine Klage gegen Rat und Parlament eingereicht, mit der sie eine Verletzung des Systems der Zuweisung der Regelungsbefugnisse, die der europäische Gesetzgeber nach Art. 290 übertragen kann, in Abgrenzung zu Art. 291 AEUV geltend macht (s. Rs. 427/12, ABl. EU Nr. C 355 vom 17. November 2012). Nach Informationen des Verfassers ist mit einer konzisen Antwort der Richter zu rechnen.

Diese wird auch auf Seite der Wissenschaft dringlich erwartet. Die Trennung der Anwendungsbereiche ist nämlich bereits seit längerem Gegenstand intensiver Diskussionen, ohne aber dass sich bislang schon so etwas wie eine einheitliche Linie herausgebildet hätte. *Stelkens* kritisierte deshalb jüngst nicht ganz unberechtigt, dass jeder den Bestimmungen in Art. 290, 291 AEUV einen anderen Sinn gebe und die Grenzen ziehe, wie es ihm beliebe. Weil sich nun auch speziell zur Abgrenzungsfrage aus den Materialien des Verfassungskonvents nichts konkretes entnehmen lässt, wird weiter vermutet, dass den maßgeblichen Akteuren seinerzeit wohl gar nicht klar gewesen sei, was sie eigentlich warum mit Art. 291 AEUV – insbesondere im Verhältnis zu Art. 290 AEUV – haben regeln wollen (*Stelkens*, Abgrenzung der Anwendungsbereiche, 511 (514 f.; 532; 536)). Das ist möglicherweise nicht ganz unzutreffend, wenn man sich ansieht, welch ein bunter Strauß an Meinungen mittlerweile vertreten wird (s. zur Frage der Abgrenzung ausführlich aus dem umfangreichen Schrifttum etwa auch *Craig*, ELR 2011, 671 ff.).

²³⁵ S.o. Fn. 200.

²³⁶ Zur Frage, ob ein Durchführungsrechtsakt auch Bestimmungen eines Delegierten Rechtsaktes durchführen kann, siehe *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (599), unter Verweis auf die Rechtssystematik sowie die Genese der Norm. Als Beispiel aus der Praxis mag der Legislativvorschlag zur Omnibusrichtlinie-II dienen (s.o. Fn. 4). An zahlreichen Stellen findet sich die Formulierung, dass der Kommission die Befugnis übertragen werde, technische Durchführungsstandards zu erlassen, in denen die Bedingungen für die Anwendung bestimmter Artikel, ergänzt durch Delegierte Rechtsakte, in Bezug auf die von den betreffenden Rechtsakten abgedeckten Aspekten festgelegt würden. Eine solche Formulierung findet sich beispielsweise konkret in Art. 2 Abs. 2 lit. (b) des Richtlinienenvorschlages.

²³⁷ *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (600 f.) unter Verweis auf die Systematik des Art. 291 Abs. 2 AEUV. *Sydow*, JZ 2012, 157 (158), kritisiert die Verwendung des Begriffes Tertiärrechtsakt; und damit gewiss auch den hier durch den Verfasser verwendeten Begriff Quartärrechtsakt. Solche Termini führten vor dem Verständnishintergrund anderer mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen schnell zu Verwirrungen. Zudem suggerierten solche Begrifflichkeiten fälschlicherweise ein einfaches hierarchisches Verhältnis.

Binnenmarkt die Anpassung an ein sich rasch veränderndes Umfeld gewährleisten zu können.²³⁸

e) *Exkurs: Praxisfälle*

Wie sich mittlerweile zeigt, hat der klare Wortlaut des Art. 290 AEUV im Brüsseler Politikbetrieb ebenso wenig Gewicht wie teleologische, systematische oder historische Überlegungen. Im Gegenteil: Bereits zahlreich sind die Versuche des europäischen Gesetzgebers und weiterer Organe, einen Weg zu finden, über den die Kommission zu förmlichen Konsultationen im Rahmen der delegierten Rechtsetzung gezwungen werden könnte. Im Kern geht es hier um nicht weniger als eine Machtfrage: Sollen neben der Kommission auch andere EU-Organe, -Einrichtungen oder -Stellen die Möglichkeit haben, Einfluss auf die delegierte Rechtsetzung zu nehmen? Die Diskussion der Konsultationspflicht ist deshalb nicht länger nur eine originelle akademische Übung, sondern hochpolitisch. An zwei aktuellen Fällen aus der Praxis werden die zentralen Argumente nachfolgend dargestellt und reflektiert.

(1) *Keine Pflicht zur Konsultation der Europäischen Zentralbank*

Die EZB behauptet, soweit es ihre spezifischen Aufgabenbereiche betrifft, ein formelles Anhörungsrecht im Rahmen der delegierten Rechtsetzung²³⁹; dem entspricht spiegelbildlich eine formelle Konsultationspflicht für die Kommission. Danach seien die von ihr ausgearbeiteten Entwürfe Delegierter Rechtsakte „Vorschläge für Rechtsakte der Union“ im Sinne von Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV sowie „Entwürfe für Rechtsakte der Union“ im Sinne von Art. 282 Abs. 5 AEUV. Folglich sei die Zentralbank in den Bereichen, auf die sich ihre Befugnisse erstreckten, zwingend zu konsultieren. Als Belege für die Richtigkeit ihrer zwei Rechtsansichten führt sie zwei Argumente an – und zwar allein mit Blick auf Art. 282 Abs. 5 AEUV. Zum einen beziehe sich die Mehrheit der Sprachversionen dieses Artikels auf den Terminus „Entwürfe“ und nicht auf „Vorschläge“ für Unionsrechtsakte²⁴⁰. Deshalb könne der Anwendungsbereich der Pflicht zur Anhörung der EZB nicht nur auf jene Entwürfe zu Rechtsakten beschränkt werden, die auf einem Kommissionsvorschlag beruhten. Zum anderen habe der Gerichtshof im „OLAF“-Urteil²⁴¹ klargestellt, dass die Pflicht zur Konsultation gewährleisten solle, dass der Urheber eines Rechtsakts diesen immer erst dann erlasse, wenn er die Einrichtung, deren spezifischer Zuständigkeitsbereich betroffen sei, zuvor konsultiert habe.²⁴²

²³⁸ Siehe Schlussbericht der Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“ des Europäischen Konvents (Drs. CONV 424/02 vom 29. November 2002), 8.

²³⁹ So die EZB – 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. EU Nr. C 203/3 vom 9. Juli 2011, Pkt. 8).

²⁴⁰ *Ibid.*, dort Fn. 3.

²⁴¹ EuGH, Rs. C-11/00, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2003, I-7215.

²⁴² *Ibid.*, Rn. 110.

Der Verfasser bestreitet diese Rechtsansichten.

Bezüglich der ersten Rechtsansicht, dass die Entwürfe Delegierter Rechtsakte Vorschläge für Rechtsakte der Union im Sinne des Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV entsprächen, lässt sich einwenden, dass die Kommission nicht verpflichtet ist, Vorschläge im Sinne des Art. 17 Abs. 2 EUV für Delegierte Rechtsakte zu machen.²⁴³ Wie sie sich dem Verfasser gegenüber schriftlich entäußert hat, geht sie auch selbst davon aus, keine Vorschläge zu machen.²⁴⁴ Erst recht ist sie nicht verpflichtet, bloße Entwürfe auszufertigen und an andere weiterzuleiten.²⁴⁵ Aber selbst wenn die Behauptung der EZB, dass die Kommission Vorschläge für Delegierte Rechtsakte zu machen verpflichtet sei, zutreffen würde, bliebe offen, wem gegenüber die Kommission, die allein den Delegierten Rechtsakt gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV vorzubereiten und zu erlassen berechtigt ist, einen Vorschlag macht – sich selbst? Und ab wann ist ein Entwurf ein Entwurf, dem die EZB *en passant* die Qualität eines Vorschlages im Sinne des Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV i.V.m. Art. 17 Abs. 2 EUV beimisst? Zu diesen für ihre Argumentation so wichtigen Aspekten hat sich die Zentralbank bis heute nicht eingelassen. Auch im Vertrag von Lissabon findet man hierzu – man möchte sagen selbstverständlich – keine Antworten.

Gegen die zweite Rechtsansicht, dass die von der Kommission ausgearbeiteten Entwürfe Delegierter Rechtsakte Entwürfen für Rechtsakte der Union im Sinne von Art. 282 Abs. 5 AEUV entsprächen, lässt sich – abgesehen davon, dass offen ist, was der Entwurf eines Delegierten Rechtsaktes konkret ist, und dass die Kommission nicht verpflichtet ist, bloße Entwürfe vorzulegen²⁴⁶ – vorbringen, dass das sie stützende erste Argument – Verweis auf die Mehrheit der Sprachversionen des Artikels – von vornherein fehlt geht. Art. 55 Abs. 1 1. Halbsatz EUV erklärt nämlich jede Sprachversion der EU-Gründungsverträge für gleich verbindlich. Damit ist die Anwendung einer Art Mehrheitsprinzip, d.h. isoliert jene Fassung als die ausschlaggebende anzuerkennen, die in der Mehrheit der Amtssprachen existiert²⁴⁷, unzulässig. Darüber hinaus hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung bestätigt, dass es die Notwendigkeit einheitlicher Anwendung und Auslegung des Unionsrechts verbiete, eine Vorschrift in nur einer ihrer Sprachfassungen isoliert zu betrachten – vielmehr sei es geboten, eine Norm stets im Lichte aller auszulegen.²⁴⁸ Daraus folgt, dass durch die Methode der Auslegung des Wortlautes dann nichts zu gewinnen ist, wenn die begrifflichen Differenzen zwischen den Fassungen unüberbrückbar sind.²⁴⁹ So ist es hier – und zwar bemerkenswerter Weise bereits nach Ansicht der EZB selbst, denn durch den Hinweis auf die Mehrheit der Sprachversionen von Art. 282 Abs. 5 AEUV gibt sie zu erkennen, dass es wegen Unüberbrückbarkeit auf die anderen tunlichst nicht ankommen soll.

²⁴³ S. o. Gliederungspunkt D.I.7.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, 145, Rn. 171.

²⁴⁸ EuGH, Rs. 29/69, *Stauder*, Slg. 1969, 419 (1. Leitsatz); Rs. 55/87, *Moksel*, Slg. 1988, 3865, Rn. 15.

²⁴⁹ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, 145, Rn. 171.

Im Übrigen ist der Verfasser – anders als die Zentralbank – der Ansicht, dass der Anwendungsbereich der Pflicht zu ihrer Anhörung gemäß Art. 282 Abs. 5 AEUV sehr wohl auf Kommissionsvorschläge für Rechtsakte der Union i.S.d. Art. 17 Abs. 2 EUV zu beschränken ist. Der direkte Vergleich des Wortlauts des Art. 282 Abs. 5 AEUV mit jenem in Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV spricht nämlich dafür, dass die sprachlichen Abweichungen im Rahmen des Art. 282 Abs. 5 AEUV ein redaktionelles Versehen sind. Danach gibt Art. 282 Abs. 5 AEUV in nur leicht veränderter Weise den wesentlichen Inhalt von Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV wieder. Anders als in Art. 282 Abs. 5 AEUV – „zu allen Entwürfen“ – ist jedoch in Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV geregelt, dass die EZB erst „zu allen Vorschlägen“ für Rechtsakte der Union zu hören ist. Dem Art. 282 Abs. 5 AEUV gleich ist hingegen in Art. 127 Abs. 4 UA 1 2. Spiegelstrich AEUV normiert, dass die EZB „zu allen Entwürfen“ für Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten zu konsultieren ist. An dieser Stelle von Bedeutung ist, dass alle Sprachversionen zu Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV einheitlich von „Vorschlägen für Rechtsakte der Union“ sprechen. Ebenso beziehen sich alle Sprachversionen von Art. 127 Abs. 4 UA 1 2. Spiegelstrich AEUV einheitlich auf „Entwürfe für Rechtsvorschriften“.

Für ein Redaktionsversehen streitet noch ein weiterer Aspekt. Wie bereits zuvor erläutert, sieht Art. 290 AEUV eine Pflicht zur Konsultation vor Annahme eines Delegierten Rechtsaktes nicht vor – somit auch nicht von Rat und Parlament. Das systematische Gegengewicht zu diesem Vorbereitungs- und Erlassmonopol der Kommission bilden die Rechte in Art. 290 Abs. 2 AEUV, mit denen der Gesetzgeber die Wahrnehmung der übertragenen, eigenen Befugnis wirksam kontrollieren kann, ohne dabei allerdings politische Gestaltungsmacht ausüben zu können. Würden vor diesem Hintergrund nun die Rechtsansichten der EZB zutreffen, dass sie gemäß Art. 282 Abs. 5 AEUV bzw. Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV sowohl bei Entwürfen als auch bei Vorschlägen für Delegierte Rechtsakte zu konsultieren sei, stünden ihr mehr Rechte und damit Einflussmöglichkeiten als Rat und Parlament zu, denen gegenüber eine Konsultationspflicht nicht besteht, und die sie – zumindest bislang – auch nicht behauptet haben. Von Bedeutung ist insoweit nämlich, dass mit der Konsultation die Pflicht für die Kommission verbunden wäre, nach Abschluss des Anhörungs- bzw. Beteiligungsprozesses ihre finale Entscheidung im Lichte des Konsultationsbeitrages zu treffen.²⁵⁰ Diese Systematik ist nicht nachvollziehbar, denn schließlich ist die originäre Rechtsetzungsbefugnis des Gesetzgebers tangiert, die Rat und Parlament lediglich delegieren. Das Verständnis der EZB offenbart mithin einen schwerwiegenden Widerspruch, der sich nur dadurch auflösen lässt, dass man ein Redaktionsversehen im Falle des Art. 282 Abs. 5 AEUV unterstellt und akzeptiert, dass die Kommission unionsrechtlich nicht dazu bestimmt ist, Vorschläge für Delegierte Rechtsakte zu machen.

Soweit es das von der EZB vorgebrachte zweite Argument betrifft, ist zu bemerken, dass das von ihr zitierte „OLAF“-Urteil auf die von ihr adressierte Frage, ob die Kommission eine Pflicht zur Konsultation der Zentralbank trifft, wenn sie einen Delegierten Rechtsakt nur entworfen hat, nicht anwendbar ist und ihre Argumentation

²⁵⁰ S. o. Gliederungspunkt D.I.8.a).

mitnichten stützt. Zwar ging es aus Sicht des Generalanwalts seinerzeit u.a. um die Frage, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber im konkreten Fall gemäß Artikel 105 Absatz 4 UA 1 1. Spiegelstrich EGV – dem entspricht heute Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV – verpflichtet war, die EZB vor dem Erlass der „OLAF“-Verordnung²⁵¹ zu konsultieren.²⁵² Zur Beantwortung legte er allerdings das Merkmal „im Zuständigkeitsbereich der EZB“ aus²⁵³, denn es ging im Kern um die Frage, wie weit die Pflicht zur Konsultation reichen würde. Hier kam der Generalanwalt zu dem Schluss, dass eine Konsultationspflicht jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn der Vorschlag für einen Rechtsakt der Gemeinschaft innerhalb der in den Verträgen genau bezeichneten Zuständigkeitsbereiche der EZB liege.²⁵⁴ In seinem Urteil folgte der EuGH später im Wesentlichen diesen Ausführungen.²⁵⁵ Nicht in Streit stand hingegen, ob die Konsultation nach Artikel 105 Absatz 4 UA 1 1. Spiegelstrich EGV formell ein wesentliches Formerfordernis darstellte.²⁵⁶ Dies erklärt sich daraus, dass die „OLAF“-Verordnung gem. Art. 251 Abs. 2 Satz 1 EGV unstrittig auf Vorschlag der Kommission erlassen worden war. Die Fragen, ob die Zentralbank überhaupt zu konsultieren ist, und ob sie auch dann konsultiert werden muss, wenn kein Vorschlag, sondern nur ein Entwurf vorliegt, stellten sich also nicht. Folgerichtig sagt das Urteil des EuGH hierzu auch nichts.

(2) Keine Pflicht zur Konsultation von EBA, ESMA und EIOPA

Am 29. März 2012 verabschiedeten die Abgeordneten des Europäischen Parlaments die Legislative Entschließung zu dem Vorschlag betreffend die Marktinfrastrukturverordnung – kurz EMIR genannt.²⁵⁷ Kurz vor der Abstimmung ergriff ein Vertreter der Kommission das Wort – namentlich Kommissar *Antonio Tajani* – und verlas folgende Erklärung für die Kommission²⁵⁸:

²⁵¹ Verordnung Nr. 1073/1999, ABL. EG Nr. L 136/1 vom 31. Mai 1999.

²⁵² Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-11/00, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2003, I-7146, Rn. 133.

²⁵³ *Ibid.*, Rn. 135 ff.

²⁵⁴ *Ibid.*, Rn. 140 f.

²⁵⁵ EuGH, Rs. C-11/00, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2003, I-7215, Rn. 110.

²⁵⁶ So ausdrücklich der Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-11/00, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2003, I-7146, Rn. 131.

²⁵⁷ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29. März 2012 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (Drs. KOM (2010) 0484 endg. – C7-0265/2010 – 2010/0250(COD)), erhältlich im Internet: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0310&language=DE&ring=A7-2011-0223>> (besucht am 31. Dezember 2012).

²⁵⁸ Council of the European Union, Addendum to “I” Item Note from the General Secretariat to COREPER (Drs. 7509/1/12 vom 20. März 2012, 2). Die Stellungnahme des Kommissars kann auch nachgehört werden über „EP TV“ <<http://europartvomeuropa.eu/de/home.aspx>> (besucht am 31. Dezember 2012) und beginnt bei 11:40:37 Minuten.

„The Commission welcomes the political agreement reached on EMIR, but notes for the minutes that it has legal objections against one provision in the text.

The Commission considers Article 67a (3) should be deleted.

The Commission is of the view that Article 290 is to be interpreted as meaning that it is autonomous in the preparation and adoption of delegated acts. The standard recital on expert advice contained in the Common Understanding agreed between the three institutions is a reflection of this interpretation.²⁵⁹ It is therefore not acceptable and is contrary to Article 290 to go beyond the recital as agreed in the Common Understanding and to include an obligation to consult experts in the substantive provisions.”

Art. 67a Abs. 3 in der Legislativen Entschließung des Parlaments zu EMIR besagt: „Vor dem Erlass eines Delegierten Rechtsakts konsultiert die Kommission nach Möglichkeit die ESMA.“ Mittlerweile, nämlich am 16. August 2012, ist EMIR in Kraft getreten²⁶⁰, und die Bestimmung betreffend die Pflicht zur Konsultation ist nunmehr in Art. 82 Abs. 3 zu finden.²⁶¹

Im Anschluss ergriff der EMIR-Berichtersteller im federführenden Ausschuss für Wirtschaft und Währung (ECON), der Abgeordnete *Werner Langen*, das Wort und erklärte, dass Rat und Parlament das Begehren der Kommission auf Streichung dieses Passus bereits zurückgewiesen hätten, da Einigkeit auf Seiten beider Institutionen herrsche, dass es unberechtigt sei.²⁶² Die Abgeordnete *Sharon Bowles*, die zur gleichen Zeit Vorsitzende des ECON ist und die entsprechende Stellungnahme zu EMIR für den Rechtsausschuss verfasst hatte, sekundierte, dass sie zwar zur Kenntnis nehme, was die Kommission vortrage. Die ESMA sei jedoch nicht den Experten der Mitgliedstaaten gleichzusetzen. ESMA sei eine unabhängige Regulierungsbehörde, und das Parlament unterstreiche diese Unabhängigkeit. Ein Verstoß gegen Art. 290 AEUV liege nicht vor.²⁶³

Der Verfasser bestreitet diese Rechtsansicht.

Zunächst ist – noch einmal²⁶⁴ – festzustellen, dass die ESMA als europäische Agentur ebenso wenig wie EBA und EIOPA institutionell-organisatorisch unabhängig ist.²⁶⁵

²⁵⁹ Siehe Annex zur Cover Note des Rats (Drs. 8640/11 vom 4. April 2011) zum „*Common Understanding on delegated acts*“, 4: „*The Commission, when preparing and drawing up delegated acts, will ensure a simultaneous, timely and appropriate transmission of relevant documents to the European Parliament and the Council and carry out appropriate and transparent consultations well in advance, including at expert level [...]*.“ S. zum *Common Understanding* auch oben Gliederungspunkt D.I.8.f).

²⁶⁰ Verordnung Nr. 648/2012, ABl. EU Nr. L 201/1 vom 27. Juli 2012.

²⁶¹ Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Kommission in EMIR in Erwägungsgrund (91), Satz 2, zusätzlich verpflichtet wird, „im Zuge ihrer Vorbereitungsarbeit angemessene Konsultationen auch auf der Ebene von Sachverständigen“ durchzuführen.

²⁶² Zitiert aus der Mitschrift des Verfassers. Die Stellungnahme des Abgeordneten kann nachgehört werden über „EP TV“ (s.o. Fn. 258) und beginnt bei 11:41:47 Minuten.

²⁶³ Zitiert aus der Mitschrift des Verfassers. Die Stellungnahme der Abgeordneten kann nachgehört werden über „EP TV“ (s.o. Fn. 258) und beginnt bei 11:43:55 Minuten.

²⁶⁴ S.o. Gliederungspunkt C.I.

Es handelt sich hier vielmehr nur um die funktionale Unabhängigkeit einer vertragsfremden Stelle.²⁶⁶ Die ESAs genießen insoweit als sog. Regulierungsagenturen zwar sachliche Weisungsfreiheit und sind damit bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgaben von jeder inhaltlichen Einflussnahme von außen frei.²⁶⁷ Daneben gilt aber auch und vorrangig, dass die Gründungsverträge im Anwendungsbereich des Art. 290 AEUV die Beteiligung anderer als der Kommission an der Vorbereitung und dem Erlass von Delegierten Rechtsakten nicht vorsehen. Es liegt in ihrem freien Ermessen, ob und ggf. wen sie konsultiert, um sich ihre Meinung zu bilden.

Der europäische Gesetzgeber hat sich über diese eindeutige primärrechtliche Rechtslage nun aber hinweggesetzt und in Gestalt einer sekundärrechtlichen Verordnung die Pflicht zur Konsultation im Regelfall²⁶⁸ statuiert. Die Wahrnehmung des Ermessensspielraums durch die Kommission wird mithin durch die Regelung in Art. 82 Abs. 3 in EMIR Beschränkungen unterworfen. Rat und Parlament wollen, dass die Kommission ihre finale Entscheidung im Lichte des Konsultationsbeitrages der ESMA trifft. Dieser Eingriff des Gesetzgebers in die Kompetenzen der Kommission ist unionsrechtswidrig, denn er führt zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts der Organe.²⁶⁹

(a) Verletzung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung

Das folgt zum einen aus der Verletzung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 EUV. Dieser zählt zu den grundlegenden Strukturprinzipien der europäischen Integration.²⁷⁰ Danach kann die Union nur innerhalb der ihr übertragenen Zuständigkeiten tätig werden, und jegliches Handeln der Organe ist auf die Beachtung der bestehenden Normen höheren Ranges verpflichtet.²⁷¹ Im Umkehrschluss vermag ein sekundärrechtlicher Gesetzge-

²⁶⁵ Daran ändert auch die Festschreibung einer „unabhängigen Verwaltung“ in Art. 298 AEUV nichts, die als Entsprechung zu den kommissionsbezogenen Unabhängigkeitsnormierungen zu verstehen ist (*Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, 374).

²⁶⁶ A.A. *Häde*, EuZW 2011, 662 (663).

²⁶⁷ Art. 1 Abs. 5 UA 4 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, wonach die ESAs bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig zu handeln verpflichtet sind, ist also eng auszulegen und bezieht sich allein auf die sachliche Weisungsfreiheit.

²⁶⁸ Die Formulierung „nach Möglichkeit“ in Art. 82 Abs. 3 EMIR legt nahe, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Kommission im Regelfall ESMA zu konsultieren hat. Nur wenn die Möglichkeit nicht gegeben ist, also im Ausnahmefall, ist die Konsultation verzichtbar. Eine entsprechende Konkretisierung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses findet sich in den Erwägungsgründen von EMIR leider nicht.

²⁶⁹ Es war der EuGH, der den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts aus einer Gesamtschau der Organisationsprinzipien und Handlungsermächtigungen als justiziables Gestaltungsprinzip entwickelt hat (*Bueren*, EuZW 2012, 167 (168)). Er folgt als unionsrechtliche Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes aus dem Demokratieprinzip sowie dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 2 EUV (*Görisch*, JURA 2012, 42 (47, 48)). Die Differenzierung nach dem institutionellen Gleichgewicht basiert dabei allerdings ausschließlich auf der formalen Trennung der Organe; völlig losgelöst von der Frage, wie ihre Tätigkeiten materiellrechtlich konkret zu bewerten sind (*Bergel*, *Rechtshöfe*, 229).

²⁷⁰ *Von Danwitz*, *Verwaltungsrecht*, 206.

²⁷¹ *Bast/von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 5 EUV, Rn. 10, sprechen insoweit vom „Prinzip der negativen Legalität“.

bungsakt – wie hier EMIR -, der lediglich vom Primärrecht abgeleitetes Recht ist, die Normen, auf deren Grundlage er verabschiedet wurde, nicht autonom zu ändern oder zu ergänzen. Diese Feststellung entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH.²⁷² Die Änderung oder Ergänzung von Bestimmungen in den Gründungsverträgen – wie hier betreffend die Kompetenzen der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV – kann nur über die Einleitung des aufwändigen Änderungsverfahrens gemäß Art. 48 EUV erreicht werden. Es ist somit der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, der die Kompetenzordnung vor willkürlicher Durchbrechung durch den europäischen Gesetzgeber schützt und damit nicht nur der Bewahrung der föderalen Balance im Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten dient²⁷³, sondern auch der Bewahrung des institutionellen Gleichgewichts im Verhältnis der EU-Organe zueinander.

(b) Verletzung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit

Die Unionsrechtswidrigkeit der Pflicht zur Konsultation der ESMA folgt zum anderen aber auch aus der Verletzung des in Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV normierten Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit der Organe. Dieser besagt allgemein, dass diese ihre Befugnisse in einer Weise ausüben haben, die andere Organe bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht behindert.²⁷⁴ Daraus leitet der EuGH in ständiger Rechtsprechung ab, dass die primärrechtlich verankerten Grundsätze über die Willensbildung eines Organs wegen des in den Verträgen vorgesehenen Gewaltengleichgewichts zwischen den Organen nicht zur Disposition anderer Organe stehen.²⁷⁵ Es ist dem europäischen Gesetzgeber demnach schlechthin untersagt, der Kommission die Wahrnehmung ihres Ermessensspielraums, der ihr nach den Gründungsverträgen in Art. 290 Abs. 1 AEUV zusteht, zu beschränken oder sogar unmöglich zu machen.²⁷⁶ Auf die Einlassung der Abgeordneten *Bowles*, die einen Unterschied zwischen den Experten der Mitgliedstaaten auf der einen Seite und der ESMA als Regulierungsagentur auf der anderen Seite machen will, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

²⁷² EuGH, Rs. C-378/00, *Kommission*, Slg. 2003, I-00937, Rn. 39: „Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der zweite Komitologiebeschluss ebenso wie der erste als Maßnahme des abgeleiteten Rechts den Bestimmungen des EG-Vertrags nichts hinzufügen kann.“ Siehe auch Rs. 26/78, *Viola*, Slg. 1978, 1771, Rn. 9/14; Rs. 218/82, *Kommission*, Slg. 1983, 4063, Rn. 15; Rs. C-61/94, *Kommission*, Slg. 1996, I-3989, Rn. 52; Rs. C-133/06, *Europäisches Parlament*, Slg. 2008, I-3186, Rn. 57, 61.

²⁷³ *Bast/von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 5 EUV, Rn. 15.

²⁷⁴ *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), 3. Auflage, Art. 13 EUV, Rn. 34.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-133/06, *Europäisches Parlament*, Slg. 2008, I-3186, Rn. 55; Rs. 13/83, *Gemeinsame Verkehrspolitik*, Slg. 1985, 1513, Rn. 17; Rs. 139/79, *Maizena*, Slg. 1980, 3393, Rn. 19.

²⁷⁶ Diese Argumentation folgt dem Urteil des EuGH, Rs. 149/85, *Roger Wybot*, Slg. 1986, 2391, Rn. 23.

(3) Zwischenergebnis

Es konnte gezeigt werden, dass Entwürfe Delegierter Rechtsakte nicht Vorschlägen für Rechtsakte der Union im Sinne des Art. 127 Abs. 4 UA 1 1. Spiegelstrich AEUV entsprechen. Hierfür streitet schon, dass die Kommission unionsrechtlich nicht verpflichtet ist, Vorschläge im Sinne des Art. 17 Abs. 2 EUV für Delegierte Rechtsakte zu machen. Und anders als die EZB ist der Verfasser der Ansicht, dass der Anwendungsbereich der Pflicht zu ihrer Anhörung gemäß Art. 282 Abs. 5 AEUV sehr wohl auf Kommissionsvorschläge für Rechtsakte der Union im Sinne des Art. 17 Abs. 2 EUV zu beschränken ist.

Darüber hinaus sprechen überzeugende Gründe dafür, dass die Kommission nach Art. 290 Abs. 1 AEUV nicht nur ein umfassendes Monopol bei der Vorbereitung und Verabschiedung von Delegierten Rechtsakten besitzt, sondern dass der EuGH dieses – sollte er seine bisherige Rechtsprechung in der Zukunft aufrechterhalten – insbesondere unter Verweis auf den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sowie das Gebot der loyalen Zusammenarbeit auch schützen würde. Die Kommission kann mithin allen Versuchen anderer EU-Organe, -Einrichtungen oder -Stellen, das Monopol der Kommission durch die Verankerung einer Pflicht zur Konsultation zu knacken, gelassen entgegensehen. Die „Machtfrage“ im Anwendungsbereich des Art. 290 Abs. 1 AEUV würde sie im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung sehr wahrscheinlich für sich entscheiden.

f) Keine Pflicht zur Konsultation aus dem *Common Understanding on Delegated Acts*

Eine Konsultationspflicht folgt auch nicht etwa aus dem gemeinsamen Verständnis zu Delegierten Rechtsakten (*Common Understanding on Delegated Acts*²⁷⁷) zwischen Kommission, Rat und Parlament vom Frühjahr 2011, das Standardformulierungen in Form von Musterartikeln für Delegierungen in Legislativvorschlägen enthält.²⁷⁸ Insofern könnte speziell der Passus, dass „*the Commission, when preparing and drawing up delegated acts, will [...] carry out appropriate and transparent consultations well in advance, including at expert level*“²⁷⁹, auf eine entsprechende Pflicht hindeuten.

(1) Keine Interinstitutionelle Vereinbarung gemäß Art. 295 AEUV

Gegen eine Interinstitutionelle Vereinbarung gemäß Art. 295 AEUV zwischen den drei Organen, durch die sie sich prinzipiell zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten können, spricht zum einen, dass sich jedenfalls Rat und Parla-

²⁷⁷ Siehe Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten des Europäischen Parlaments (Drs. PE-7/CPG/PV/2011-08 vom 3. März 2011), 21, sowie die *Cover Note* des Rats (Drs. 8640/11 vom 4. April 2011) zum „*Common Understanding on delegated acts*“.

²⁷⁸ So die Abgeordneten des Europäischen Parlaments in ihrer Entschliessung vom 7. Mai 2009 zu den neuen Aufgaben und Zuständigkeiten des Parlaments bei der Umsetzung des Vertrages von Lissabon (ABl. EU Nr. C 212 E/37 vom 5. August 2010), Punkt 68.

²⁷⁹ Siehe Annex zur *Cover Note* des Rats (Drs. 8640/11 vom 4. April 2011) zum „*Common Understanding on delegated acts*“, 4.

ment mittels des Gemeinsamen Verständnisses ausdrücklich nicht haben binden wollen.²⁸⁰ Für das Entstehen einer rechtlichen Bindungswirkung zwischen diesen beiden Organen und der Kommission wäre das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens allerdings die Grundvoraussetzung.²⁸¹ So heißt es im Protokoll über die Konferenzsitzung der Parlamentspräsidenten vom 3. März 2011, „*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.*“²⁸² Ebenso wird im Annex zur Cover Note des Rats vom 4. April 2011 festgestellt, dass das gemeinsame Verständnis „*without limiting in any way the prerogatives of the co-legislators*“ ist.²⁸³

Zum anderen könnte eine Interinstitutionelle Vereinbarung überhaupt nur dann rechtliche Bindungswirkung für die beteiligten Organe in zulässiger Weise entfalten, wenn hier eine planwidrige, unbewusste Regelungslücke im Primärrecht in seinem Gesamtgefüge anzunehmen wäre.²⁸⁴ Dies ist aber nicht der Fall. Wie zuvor bereits erläutert, sprechen der Wortlaut sowie der Sinn und Zweck, die Systematik und die Genese des Art. 290 AEUV gegen das unbewusste Fehlen einer Bestimmung betreffend die Pflicht zur Konsultation für die Kommission. Im Gegenteil: Der Unionsrechtsgeber hat aus nachvollziehbaren Gründen darauf verzichtet.

(2) Keine Selbstverpflichtung der Kommission

Es spricht auch nichts für eine Selbstbindung der Kommission. Diese könnte man vielleicht darin erkennen, dass sie in die Texte ihrer Gesetzgebungsvorschläge den oben genannten Passus mittlerweile regelmäßig – oftmals wortwörtlich – einbaut und dadurch den Rechtsschein erweckt, sich generell zu Konsultationen im Rahmen der delegierten Rechtsetzung verpflichten zu wollen und die damit – nach Ansicht des Verfassers²⁸⁵ – *ipso facto* verbundenen Pflichten anzuerkennen. Gegen ein solches Verständnis wendet sich allerdings das tatsächliche Verhalten der Kommission in der Praxis. Sie hat nämlich bereits wiederholt erkennen lassen, dass sie selbst für den Fall, dass in einem Gesetzgebungsakt Regelungen betreffend die Konsultation niedergelegt worden sein sollten, keinen Anlass zu mehr Transparenz im Verlaufe ihres Entscheidungsfindungsprozesses sieht. Schon gar nicht hält sie sich für verpflichtet, ihre finale Entscheidung im Lichte von Konsultationsbeiträgen zu treffen.

²⁸⁰ Im Ergebnis ebenso *Maurer*, in: *Maurer/von Ondarza* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, 96 (99), der von einer informellen Verabredung über ein Formulierungsangebot spricht. *A.A. Ribs*, *ZfRV* 2012, 52 (56), der das Vorliegen einer interinstitutionellen Vereinbarung bejaht.

²⁸¹ *Von Alemann*, *Interinstitutionelle Vereinbarung*, 249, unter Verweis auf die überwiegende Mehrheit in der Literatur (s. dort Fn. 973).

²⁸² Siehe Protokoll der Sitzung der Konferenz der Präsidenten des Europäischen Parlaments (Drs. PE-7/CPG/PV/2011-08 vom 3. März 2011), 21. Bereits zuvor hatten die Abgeordneten des Europäischen Parlaments in ihrer Entschließung vom 7. Mai 2009 zu den neuen Aufgaben und Zuständigkeiten des Parlaments bei der Umsetzung des Vertrages von Lissabon (ABl. EU Nr. C 212 E/37 vom 5. August 2010, Punkt 68) festgestellt, dass Standardformulierungen für Delegationen die Freiheit des Gesetzgebers wahren würden.

²⁸³ Siehe Annex zur *Cover Note* des Rats (Drs. 8640/11 vom 4. April 2011) zum „*Common Understanding on delegated acts*“, 2.

²⁸⁴ *Härtel*, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, 310, Rn. 19.

²⁸⁵ S.o. Gliederungspunkt D.I.8.a).

So wurde zwar etwa in der Verordnung über Leerverkäufe durch den europäischen Gesetzgeber geregelt, dass *“it is of particular importance that the Commission carries out appropriate consultations during its preparatory work, including at the level of experts of the relevant institutions, authorities and agencies, where appropriate.”*²⁸⁶ Und im Rahmen späterer Vorbereitungen zum Erlass einer bestimmten Delegierten Verordnung²⁸⁷ gemäß Art. 42 der Verordnung über Leerverkäufe wurde dann auch tatsächlich ESMA zu bestimmten, nicht wesentlichen Aspekten des Gesetzgebungsaktes konsultiert. Erst nach der Annahme des Rechtsaktes durch die Kommission am 5. Juli 2012, mithin in der dreimonatigen Überprüfungsphase durch Rat und Parlament gemäß Art. 42 Abs. 5 der Verordnung über Leerverkäufe, stellte sich allerdings heraus, dass der konkrete Regelungsinhalt der Delegierten Verordnung *„deviates in important points from the ESMA advice in a way that is likely to have a material impact on the practical application of these regulations.“*²⁸⁸ Neben Deutschland und dem Vereinigten Königreich hatten nach und nach eine Reihe weiterer Mitgliedstaaten diese Vorgehensweise scharf kritisiert. Nicht etwa, weil man von einer Pflicht ausgegangen ist, dass der Konsultationsbeitrag der ESMA von der Kommission ohne Abstriche hätte übernommen werden müssen. Insoweit bestand offenbar Einigkeit, dass dem nicht so ist.²⁸⁹ Kritisiert wurde vielmehr, dass die Kommission einen Rechtsakt erlassen hatte, ohne zuvor zu den veränderten Inhalten noch einmal konsultiert oder wenigstens die Gründe dafür angegeben zu haben, warum sie von den Vorstellungen der ESMA abgewichen ist. Entsprechend formulierten die Mitgliedstaaten dann die Forderung, *“that the Commission adopts a more open and consultative approach in future, when drawing up level two proposals, in particular explaining the reasons for any such deviations.”*²⁹⁰ Das hält der Verfasser allerdings für nicht viel mehr als einen frommen Wunsch. Die Kommission hat nämlich wiederholt deutlich erklärt, wie sie sich die Vorbereitung und den Erlass von Delegierten Rechtsakten im Grundsatz vorstellt.

An dieser Stelle sei nur noch einmal auf den Text der Erklärung Bezug genommen, den Kommissar *Antonio Tajani* am 29. März 2012 kurz vor der Abstimmung der Abgeordneten des Europäischen Parlaments über EMIR verlas.²⁹¹ Darin heißt im letzten Absatz:

“(…) The Commission is of the view that Article 290 is to be interpreted as meaning that it is autonomous in the preparation and adoption of delegated acts. The standard recital on expert advice contained in the Common Understanding agreed between the three institutions is a reflection of this interpretation. It is therefore not acceptable and is contrary to Article 290 to go beyond

²⁸⁶ Gemäß Erwägungsgrund (43) Satz 2 in der Verordnung über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (Verordnung Nr. 236/2012, ABl. EU Nr. L 86/1 vom 14. März 2012).

²⁸⁷ Delegierte Verordnung Nr. 918/2012, ABl. EU Nr. L 274/1 vom 5. Juli 2012.

²⁸⁸ “I/A” Item Note from the General Secretariat of the Council to COREPER (Drs. 13922/2/12 vom 27. September 2012), Statement by the UK, 4.

²⁸⁹ *Ibid.*, 3 f.

²⁹⁰ *Ibid.*, Statement by the UK, Portugal, Hungary, Finland, Sweden, Belgium, Ireland, Czech Republic, Denmark, Estonia and Austria, 4.

²⁹¹ S.o. Fn. 258.

*the recital as agreed in the Common Understanding and to include an obligation to consult experts in the substantive provisions.*²⁹²

Die Kommission hat hier unmissverständlich ihre offizielle Haltung zum Ausdruck gebracht, dass sie aus dem Gemeinsamen Verständnis für sich keinerlei Verpflichtung zur Durchführung von Konsultationen ableitet. Das gelte ihrer autonomen Rolle bei der Vorbereitung und beim Erlass von Delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 AEUV wegen. Vor diesem Hintergrund ist die Hoffnung auf ein transparenteres und konsultativeres Vorgehen in zukünftigen Fällen als Regel unbegründet. Entsprechende Pflichten dürfte die Kommission nämlich erst recht ablehnen.

An dem zuvor genannten „*Short-Selling-Fall*“ wird somit in besonders drastischer Weise deutlich, dass die in dem Gemeinsamen Verständnis niedergelegte Formulierung, dass „*the Commission, when preparing and drawing up delegated acts, will [...] carry out appropriate and transparent consultations well in advance, including at expert level*“, aus Sicht der Kommission nicht mehr als ein unverbindliches Versprechen ist.²⁹³

(3) Zwischenergebnis

Das Gemeinsame Verständnis zu Delegierten Rechtsakten (*Common Understanding on Delegated Acts*) zwischen Kommission, Rat und Parlament vom Frühjahr 2011 ist keine Interinstitutionelle Vereinbarung im Sinne des Art. 295 AEUV. Nach derzeitigen Erkenntnissen des Verfassers ist auch nicht geplant, sich entsprechend zu binden²⁹⁴; Rat und Parlament haben vielmehr bereits ihren gegenteiligen Willen verlautbart. Daneben gibt es keinen Raum für die Bejahung einer planwidrigen, unbewussten Regelungslücke betreffend die Konsultationspflicht im Primärrecht, die durch eine Interinstitutionelle Vereinbarung zu schließen sein könnte.

Es spricht auch nichts für eine Selbstbindung der Kommission etwa dadurch, dass sie in die Texte von Gesetzgebungsvorschlägen regelmäßig einen Passus zur Konsultation eingebaut und dadurch den Rechtsschein erweckt hätte, sich zu Konsultationen im Rahmen der delegierten Rechtsetzung generell verpflichtet zu wollen. Im Gegenteil hat sie bereits wiederholt ihre Überzeugung zum Ausdruck gebracht, dass ihr eine autonome Rolle bei der Vorbereitung und beim Erlass von Delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 AEUV zukommt.

²⁹² Council of the European Union, Addendum to “I” Item Note from the General Secretariat to COREPER (Drs. 7509/1/12 vom 20. März 2012), 2.

²⁹³ Die Kommission hat allerdings bereits wiederholt erklärt, auf die Expertise von außen grundsätzlich nicht verzichten zu wollen. Siehe die Einzelheiten bei *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (578 f.).

²⁹⁴ A.A. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 69. Danach stehe nur noch die formelle Annahme aus.

g) *Keine Selbstverpflichtung der Kommission aus der Erklärung Nr. 39 zum Lissabon-Vertrag*

Für eine Konsultationspflicht der Kommission streitet auch nicht die Erklärung Nr. 39 betreffend Art. 290 AEUV, die der Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon beigelegt wurde.²⁹⁵ Darin heißt es:

„Die Staatenkonferenz nimmt zur Kenntnis, dass die Kommission beabsichtigt, bei der Ausarbeitung ihrer Entwürfe für Delegierte Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen nach ihrer üblichen Vorgehensweise weiterhin von den Mitgliedstaaten benannte Experten zu konsultieren.“

Zum einen sind die Erklärungen zum Lissabon-Vertrag sämtlichst unverbindlich. Dies folgt unmittelbar aus dem Umkehrschluss zu Art. 51 EUV, wonach allein Protokolle und Anhänge Bestandteile der Gründungsverträge werden. Dadurch teilen sie ihre Rechtsnatur und vermögen deshalb zu beachtende, primärrechtliche Pflichten auszulösen. Zum anderen gibt es in den Gründungsverträgen zwar keine Vorschrift, die der Kommission die Unterstützung durch Experten versagen würde; dennoch kann sie natürlich ihre Absicht kundtun, Konsultationen durchzuführen. Insoweit hat die Erklärung Nr. 39 aber nur rein deklaratorischen Charakter.²⁹⁶

Wie die Praxis nun allerdings zeigt, halten diese Zusammenhänge den europäischen Gesetzgeber keineswegs davon ab, der Erklärung Nr. 39 wiederholt verbindlichen Charakter beizumessen und daraus Pflichten für die Kommission abzuleiten. So heißt es etwa in Erwägungsgrund (21) der EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (20) der EIOPA-VO klipp und klar:

„Gemäß der Erklärung (Nr. 39) zu Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den Vertrag von Lissabon angenommen hat, ist für die Ausarbeitung technischer Regulierungsstandards die Unterstützung durch Sachverständige in einer für den Bereich der Finanzdienstleistungen spezifischen Form erforderlich.“

Und in Erwägungsgrund (24) der EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (23) der EIOPA-VO heißt es ergänzend:

„Angesichts der Sachkenntnis der Behörde in den Bereichen, in denen technische Regulierungsstandards entwickelt werden sollten, sollte die erklärte Absicht der Kommission zur Kenntnis genommen werden, in der Regel auf die Entwürfe technischer Regulierungsstandards zurückzugreifen, die die Behörde ihr im Hinblick auf die Annahme der entsprechenden delegierten Rechtsakte übermittelt hat.“

²⁹⁵ Ebenso *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 67. A.A. jeweils unter Verweis auf die Fortführung des Lamfalussy-Verfahrens *Rötting/Lang*, EuZW 2012, 8 (8); *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290, Rn. 16; *Edenharter*, DÖV 2011, 645 (647); *Achleitner/Soetop*, Rechtsrahmen Komitologie, 22; *Hix*, in: Schwarze (Hrsg.), 2. Auflage, Art. 203 EGV, Rn. 22.

²⁹⁶ *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 291, Rn. 21; *Scharf*, Das Komitologieverfahren nach Lissabon, 23.

Der Gesetzgeber unterstellt hier in den drei Gründungsverordnungen also nicht nur eine Pflicht zur Konsultation („...ist [...] erforderlich“). Darüber hinaus interpretiert er mit der Benennung des Regulierungsstandardverfahrens, das zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Lissabon-Vertrages unbekannt war, in den Text der Erklärung Nr. 39 Dinge hinein, die dort ersichtlich nicht geschrieben stehen. Noch einmal: Die Kommission hat lediglich die Absicht erklärt, „bei der Ausarbeitung ihrer Entwürfe für Delegierte Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen nach ihrer üblichen Vorgehensweise weiterhin von den Mitgliedstaaten benannte Experten zu konsultieren.“ Ob sie das tatsächlich machen wird, steht auf einem anderen Blatt. Es handelt sich hier deshalb um nicht mehr als ein unverbindliches Versprechen.²⁹⁷ Vor diesem Hintergrund mutet es schon recht seltsam an, wie der europäische Gesetzgeber dennoch versucht, Konsultationspflichten für die Kommission in Erwägungsgründe zu basteln. Dabei blenden Rat und Parlament auch noch geflissentlich die Genese der Erklärung Nr. 39 aus.

(1) Genese

Im Verlaufe der Regierungskonferenz von Lissabon im Jahre 2007 wurde auch das Schicksal des sogenannten *Lamfalussy*-Verfahrens diskutiert. Hierbei handelt es sich um ein vereinfachtes, verwaltungsrechtliches Verfahren, das in den Jahren 2001/2002 speziell für den Finanzdienstleistungssektor durch einen Ausschuss der Weisen unter Leitung *Alexandre Baron Lamfalussy* erdacht wurde.²⁹⁸ Erklärtes Ziel war es, den komplexen und langwierigen Gesetzgebungsprozess zu beschleunigen.²⁹⁹ Man hatte nämlich erkannt, dass der europäische Rechtsetzungsrahmen nach dem Vertrag von Amsterdam zu langsam, zu starr und zu komplex war, um auf den raschen Wandel der Finanzmärkte flexibel reagieren zu können.³⁰⁰ Eingerichtet als Vier-Stufen-Prozess spielen in dessen Verlauf vor allem mit mitgliedstaatlichen Vertretern besetzte, sogenannte Experten- und Fachausschüsse eine entscheidende Rolle bei der Unterstützung und Kontrolle der Arbeit der Kommission.³⁰¹

²⁹⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 67, spricht insoweit – näher am Wortlaut der Erklärung Nr. 39 – von einer freiwilligen Absichtserklärung, Experten unverbindlich zu befragen.

²⁹⁸ Mandat der Arbeitsgruppe VI „Ordnungspolitik“ (Drs. CONV 76/02 vom 30. Mai 2002), 3.

²⁹⁹ „Mandat des Ausschusses der Weisen, das ihm am 17.7.2000 vom Rat der Wirtschafts- und Finanzminister der EU (ECOFIN-RAT) übertragen wurde“, Anhang 1 im Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte vom 15. Februar 2001.

³⁰⁰ Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte vom 15. Februar 2001, 12.

³⁰¹ Mitteilung der Kommission zur „Überprüfung des *Lamfalussy*-Prozesses – Ausbau der aufsichtlichen Konvergenz“ (Drs. KOM (2007) 727 endg. vom 20. November 2007), 2. Die nachfolgende Darstellung des *Lamfalussy*-Verfahrens basiert auf den Ausführungen der Deutschen Bundesbank in ihrer Sonderveröffentlichung „Die Europäische Union: Grundlagen und Politikbereiche außerhalb der Wirtschafts- und Währungsunion“, 52 f., 104 f. Auf Seite 105 ist ein Schaubild abgedruckt („Die Stufen 1 und 2 der EU-Finanzmarktregulierung“), auf dessen Inhalt der Verfasser hier primär zugreift.

(a) *Exkurs: Das Lamfalussy-Verfahren*

Der Idee des Ausschusses der Weisen nach sollten auf einer ersten Stufe im Anschluss an Konsultationen mit Marktakteuren sowie einen Vorschlag der Kommission Rat und Parlament die sekundärrechtliche Rahmenrechtsetzung festlegen. Die Ausarbeitung der technischen, tertiärrechtlichen Durchführungsbestimmungen im Sinne des Art. 202 EGV sollte auf einer zweiten Stufe erfolgen und zwar grundsätzlich im Wege des Komitologieverfahrens auf Basis der Komitologiebeschlüsse von 1999 sowie – nur wenig später – von 2006.³⁰²

Auf dieser zweiten Stufe sollte die Kommission in einem ersten Schritt einem sog. Expertenausschuss – gebildet vor allem aus Vertretern der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden – den Auftrag erteilen, konkrete Durchführungsbestimmungen auszuarbeiten. Zu diesen Ausschüssen ohne Stimmrecht wurden CESR (*Committee of European Securities Regulators*), CEBS (*Committee of European Banking Supervisors*) und CEIOPS (*Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors*) gemacht.³⁰³ Nach einer weiteren Konsultation von Marktakteuren sollte der Expertenausschuss in einem zweiten Schritt der Kommission den Entwurf von Durchführungsbestimmungen vorlegen. Im Anschluss an eine bloße Überprüfung seiner Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht sowie der grundlegenden Prinzipien des Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen, so wie sie im Besitzstand der Union für Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen verankert sind, sollte die Kommission in einem dritten Schritt den Entwurf einem sog. Fachausschuss – gebildet vor allem aus Vertretern der mitgliedstaatlichen Finanz- und Wirtschaftsministerien – zur finalen Abstimmung vorlegen. Zu diesen Ausschüssen wurden EBC (*European Banking Committee*), ESC (*European Securities Committee*), EIOPC (*European Insurance and Occupational Pensions Committee*) und EFCC (*European Financial Conglomerates Committee*) gemacht.³⁰⁴ Im Falle eines befürwortenden Votums war die Kommission in einem vierten Schritt gehalten, die Durchführungsbestimmungen zu erlassen.

Beim Blick auf den Verfahrensablauf im Rahmen der zweiten Stufe des *Lamfalussy*-Verfahrens lässt sich demnach feststellen, dass die Kommission durch den Ausschuss der Weisen bei Schritt 2 lediglich in ihrer Rolle als Hüterin der Verträge gemäß Art. 211 1. Spiegelstrich EGV bestätigt wurde. Und bei Schritt 4 wurde sie darüber hinaus auf eine reine Notarfunktion beschränkt.

Auf einer dritten Stufe sollte es in erster Linie darum gehen, die gemeinsame und einheitliche Umsetzung der auf den Stufen 1 und 2 erlassenen Rechtsakte in den Mit-

³⁰² S.o. Fn. 214.

³⁰³ CESR, CEBS und CEIOPS gibt es heute nicht mehr. Nach jeweils Art. 80 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO wurden die Beschlüsse der Kommission zur Gründung von CESR, CEBS und CEIOPS, i.e. 2009/78/EG, 2009/77/EG und 2009/79/EG, mit Wirkung zum 1. Januar 2011 aufgehoben. Gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. l) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO übernehmen allerdings EBA, ESMA und EIOPA gegebenenfalls sämtliche bestehenden und laufenden Aufgaben von CESR, CEBS und CEIOPS und treten gemäß Art. 76 Abs. 4 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO die jeweilige Rechtsnachfolge an.

³⁰⁴ EBC, ESC, EIOPC und EFCC existieren noch (s. die Errichtungsbeschlüsse der Kommission vom 5. November 2003 (2004/10/EG) für den EBC, vom 6. Juni 2001 (2001/528/EG) für den ESC, vom 5. November 2003 (2004/9/EG) für den EIOPC sowie vom 24. April 2001 (KOM/2001/213) für den EFCC).

gliedstaaten durch die Herausgabe von Leitlinien und Empfehlungen zu verbessern.³⁰⁵ Bei der konsistenten und einheitlichen Umsetzung der EU-Rechtsakte wurde CESR, CEBS und CEIOPS eine wichtige Rolle zugewiesen, weil sie eine wirksamere Zusammenarbeit zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden und die Konvergenz der Aufsichtspraktiken gewährleisten sollten.³⁰⁶ Auf Stufe 4 schließlich sollte die Kommission in ihrer Rolle als Hüterin der Verträge auf eine fristgerechte und korrekte Durchsetzung der Rechtsvorschriften achten.³⁰⁷

(b) Regierungskonferenz von Lissabon

Die Staats- und Regierungschefs kamen in Lissabon nun zu dem Schluss, dass man an eben diesem *Lamfalussy*-Verfahren für den Bereich der delegierten Rechtsetzung nicht festhalten würde, vorausgesetzt die Kommission erklärte zumindest ihre Absicht, für Maßnahmen im Bereich der Finanzdienstleistungen auch zukünftig vorab mitgliedstaatliche Experten zu konsultieren.³⁰⁸ Die Formulierung „nach ihrer üblichen Vorgehensweise“ in der Erklärung Nr. 39 bezieht sich also auf das *Lamfalussy*-Verfahren.

Die zurückhaltende Forderung der Regierungskonferenz, deren Umsetzung man durchaus auch in Form eines Protokolls mehr Bedeutungskraft hätte verleihen können, wird verständlicher, wenn man sich das Mandat und den Schlussbericht der Arbeitsgruppe VI „Ordnungspolitik“ des Verfassungskonvents ansieht, der den historischen Ausgangspunkt für den Vertrag von Lissabon bildet. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe hatten seinerzeit u.a. den Auftrag, zu prüfen, ob etwa die Strukturen des *Lamfalussy*-Verfahrens in das Primärrecht zu übernehmen sein könnten.³⁰⁹ Wie der Schlussbericht erkennen lässt, sah man dafür aber erst einmal keine Notwendigkeit. Das lag erklärtermaßen daran, dass zur Zeit des Verfassungskonvents, der zwischen dem 28. Februar 2002 und dem 20. Juli 2003 stattfand, noch nicht ausreichend Erfahrungen mit dem neuen Vier-Stufen-Prozess vorlagen, denn erst im Dezember 2002 hatte der Rat beschlossen, diesen auf den gesamten EU-Finanz- und Versicherungssektor auszudehnen.³¹⁰ Nach einhelliger Meinung der Gruppe sollte das *Lamfalussy*-Verfahren deshalb zunächst einmal praktisch ausgiebig erprobt werden, bevor die Frage einer primärrechtlichen Regelung entschieden würde. Gleichzeitig wurde jedoch auch festgestellt, dass dieses Thema die allgemeinere Frage der Umsetzung von

³⁰⁵ S. Pressemitteilung der Kommission vom 6. Juni 2002 (Drs. IP/01/792).

³⁰⁶ Mitteilung der Kommission zur „Überprüfung des *Lamfalussy*-Prozesses Ausbau der aufsichtlichen Konvergenz“ (Drs. KOM (2007) 727 endg. vom 20. November 2007), 2.

³⁰⁷ Weiterführende Einzelheiten zum *Lamfalussy*-Verfahren sind in dem äußerst umfangreichen Schrifttum etwa bei *Schmolke*, NZG 2005, 912 f., zu finden. Zum historischen Hintergrund und zur weiteren Entwicklung bis heute äußern sich etwa *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 251 f., Rn. 45 ff.

³⁰⁸ *Ponzano*, in: Griller/Ziller (Hrsg.), *The Lisbon Treaty*, 135 (137).

³⁰⁹ Mandat der Arbeitsgruppe VI „Ordnungspolitik“ (Drs. CONV 76/02 vom 30. Mai 2002), 3.

³¹⁰ Siebenter Fortschrittsbericht zur Umsetzung des Aktionsplans Finanzdienstleistungen vom 3. Dezember 2002, „Finanzdienstleistungen – Erfüllung der Prioritäten von Barcelona und Ausblick: Umsetzung“, 11 f.

Rechtsvorschriften berühre, die über das Mandat der Gruppe hinausreiche und daher von anderen Gruppen behandelt werden müsse.³¹¹

Soweit es aber nun die Vereinfachung der Rechtsetzungsverfahren und Rechtsakte betraf, war allein die Arbeitsgruppe IX zuständig. Und diese hatte in ihrem Schlussbericht an der lange geübten Art und Weise der Befugnisübertragung – wie bereits dargelegt³¹² – nicht nur deutliche Kritik geäußert, sondern konkret einen Vorschlag für die neuartige delegierte Rechtsetzung unterbreitet, der weder die Möglichkeit, die Modalitäten betreffend die Befugnisausübung durch die Kommission im Voraus festzulegen, mithin Komitologieausschüsse einzurichten, noch jedwede Pflicht zur Konsultation vorsah. Weil dieser Vorschlag in den Art. I-36 des Vertrages über eine Verfassung für Europa und später im Wesentlichen unverändert auch in den Art. 290 AEUV Eingang fand, ist davon auszugehen, dass die Regierungskonferenz in Lissabon an den in dieser Norm getroffenen Grundentscheidungen nichts mehr hat ändern wollen. Von Bedeutung schien den Staats- und Regierungschefs offensichtlich allein die saubere, systematische Trennung zwischen der Übertragung von legislativen Regulierungsbefugnissen einerseits und reinen Durchführungsbefugnissen andererseits sowie die damit verbundenen Effizienzgewinne für die europäische Rechtsetzung zu sein. Dem gegenüber sollte es – in jedem Falle soweit es die delegierte Rechtsetzung betrifft – auf die in all den Jahren mit dem *Lamfalussy*-Verfahren gesammelten Erfahrungen und insbesondere das spezielle Ausschusswesen nicht ankommen. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass die Regierungskonferenz die Befriedigung ihrer Forderung nach einer Einbindung von mitgliedstaatlichen Experten mit dem schonendsten Instrument, nämlich einer unverbindlichen Erklärung verfolgte. Es ging möglicherweise nur noch darum, sicherzustellen, dass die Kommission sich gewahr ist, dass die Qualität eines Delegierten Rechtsaktes im sensiblen Bereich der Finanzmarktpolitik und seine Akzeptanz in den Mitgliedstaaten in dem Maße steigt, in dem sie Sachverständige der nationalen Behörden aller Mitgliedstaaten konsultiert. Nach Ansicht des Verfassers handelt es sich bei der Erklärung Nr. 39 deshalb in erster Linie um einen Appell an die Beachtung des Grundsatzes guter Gesetzgebung. Und die Kommission versprach lediglich, diesen zu berücksichtigen.

(c) *Exkurs: Lamfalussy ist tot!*

Aus dem bislang zum Delegierten Rechtsakt Dargelegten ergibt sich, dass das *Lamfalussy*-Verfahren insoweit ohne weiteres als tot zu bezeichnen ist.³¹³ Die Struktur des Art. 290 AEUV steht seiner Anwendbarkeit entgegen. Die Norm bietet dem Gesetzgeber – anders noch als Art. 202 3. Spiegelstrich Satz 2 EGV – keine Möglichkeit,

³¹¹ Schlussbericht der Arbeitsgruppe VI „Ordnungspolitik“ (Drs. CONV 357/02 vom 21. Oktober 2002), 7.

³¹² S.o. Gliederungspunkt D.I.8.c).

³¹³ A.A. aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 252 f., Rn. 48 f.; *Rötting/Lang*, EuZW 2012, 8 (8); *Kothamäki*, Bankaufsicht, 179; *Ponzano*, in: Griller/Ziller (Hrsg.), The Lisbon Treaty, 135 (137); *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 290, Rn. 16; *Edenharter*, DÖV 2011, 645 (647); *Achleitner/Soetopo*, Rechtsrahmen Komitologie, 22; wohl aber auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 149, Rn. 346.

die Modalitäten der Befugnisausübung im Voraus festzulegen, mithin das bewährte Ausschusswesen auf die delegierte Rechtsetzung zu übertragen. Vielmehr ist es nun die Kommission allein, die den Rechtsakt gemäß Art. 290 Absatz 1 AEUV vorbereitet und erlässt. Auf die Unterstützung von Experten (-ausschüssen) kommt es nur noch dann an, wenn die Kommission sie zu konsultieren wünscht. Und die Kontrolle fällt nach Art. 290 Absatz 2 AEUV allein Rat und Parlament zu. Auf die Fachausschüsse kommt es insoweit in keinem Fall mehr an.

(2) Zwischenergebnis

Die Kommission hat in der Erklärung Nr. 39 zum Lissabon-Vertrag ihre Absicht erklärt, „bei der Ausarbeitung ihrer Entwürfe für Delegierte Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen nach ihrer üblichen Vorgehensweise weiterhin von den Mitgliedstaaten benannte Experten zu konsultieren.“ Diese Erklärung ist für sie rechtlich unverbindlich; insoweit handelt sich hier lediglich um ein bloßes Versprechen. Es steht ihr frei, Konsultationen durchzuführen.

Mit der Formulierung „nach ihrer üblichen Vorgehensweise“ ist konkret das *Lamfalussy*-Verfahren angesprochen. Der fortgesetzten Konsultation von durch die Mitgliedstaaten benannten Experten im Rahmen dieses Verfahrens steht, soweit es jedenfalls die im Rahmen dieser Untersuchung allein interessierende, delegierte Rechtsetzung betrifft, die Struktur des Art. 290 AEUV entgegen. Das *Lamfalussy*-Verfahren darf man deshalb ohne weiteres als tot bezeichnen.

h) Zwischenergebnis

Aus Art. 290 AEUV folgt für die Kommission keine Pflicht, vor dem Erlass eines Delegierten Rechtsaktes Konsultationen durchzuführen. Es steht ihr frei, dies zu tun. Für dieses Ergebnis streiten neben den Vorarbeiten der klare Wortlaut, die Rechtssystematik – insbesondere im Vergleich zu Art. 291 AEUV – sowie Sinn und Zweck der Norm. Eine entsprechende Pflicht lässt sich auch nicht aus dem *Common Understanding on Delegated Acts* oder der Erklärung Nr. 39 zum Lissabon-Vertrag herleiten.

9. Zwischenergebnis

Die Kommission ist gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV das einzige Organ, das einen Delegierten Rechtsakt erlassen kann. Insoweit genießt sie ein Vorbereitungs- und Erlassmonopol. Damit verbunden ist ein Ermessensspielraum, der u.a. auch politische und strategische Abwägungsentscheidungen ermöglicht. Eine Pflicht zur Durchführung von Konsultationen gibt es nicht. Wie die Kommission sich ihre Meinung bildet, ist ganz allein ihre Sache. Darüber hinaus ist aus Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EUV abzuleiten, dass dem Erlass kein Vorschlag – etwa an ein anderes EU-Organ oder eine andere EU-Einrichtung bzw. -Stelle – vorwegzugehen hat. Das gilt erst recht für bloße Entwürfe von Delegierten Rechtsakten.

Art. 290 AEUV ist eine Norm, deren abschließender Regelungsgehalt auch nicht etwa über den Weg des Art. 291 AEUV aufgebrochen werden könnte, denn diese Vorschrift dient ausdrücklich nur dem Erlass von Durchführungsrechtsakten.³¹⁴ Und eine dem Art. 291 Abs. 3 AEUV vergleichbare Bestimmung, mit der die Modalitäten der Ausübung einer delegierten Befugnis im Voraus – etwa durch eine horizontale Regelung – durch Rat und Parlament festgelegt werden könnten, kennt Art. 290 AEUV nicht.³¹⁵ Vor allem für andere EU-Organe, -Einrichtungen und –Stellen bedeutet das im Ergebnis, keine zwingenden, primärrechtlichen Möglichkeiten zu haben, materiellen Einfluss auf die delegierte Rechtsetzung durch die Kommission ausüben zu können. Insoweit werden ihre Kompetenzen durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 EUV sowie den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV umfassend vor Eingriffen geschützt.

Der europäische Gesetzgeber hat gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 1 AEUV im Basisrechtsakt Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Ermächtigung ausdrücklich festzulegen. In der konkreten Ausgestaltung dieser Merkmale ist er jedoch frei.

Der Wesentlichkeitsvorbehalt in Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 2 AEUV kann nicht genau bestimmt werden. Unter Beachtung der insoweit recht großzügigen Rechtsprechung ist es jedoch möglich, der Kommission mit dem Gesetzgebungsakt sehr weitgehende Befugnisse zu übertragen. Daraus folgt, dass der Terminus „wesentlich“ eng auszulegen ist, und der europäische Gesetzgeber im Umkehrschluss einen weiten Ermessensspielraum hat. Im Rahmen der übertragenen Befugnisse ist die Kommission dann allerdings auch berechtigt, alle für die Konkretisierung des Basisrechtsakts zweckmäßigen Überlegungen anzustellen und die erforderlichen Maßnahmen autonom zu ergreifen.

Mit dem Widerruf 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, die Pflicht, mindestens eine im Gesetzgebungsakt niederzulegen, gibt es jedoch nicht. Die Entscheidung steht in seinem Ermessen.

Die Rechtsfolgen von Einspruch und Widerruf sind im Vertrag von Lissabon nicht geregelt. Soweit es den Einspruch betrifft, legt aber bereits der Wortlaut in Art. 290 Abs. 2 lit. b) AEUV nahe, dass der Delegierte Rechtsakt ganz einfach nicht in Kraft tritt. Im Falle des Widerrufs nach Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV ist zwischen den Auswirkungen auf die Ermächtigungsgrundlage und den Rechtsakt selbst zu differenzieren. Wurde mit Blick auf die Ermächtigungsgrundlage noch kein Rechtsakt erlassen, gibt es keine Rechtsgrundlage, auf deren Basis ein rechtmäßiger Rechtsakt erlassen werden könnte. Wurde ein Delegierter Rechtsakt hingegen bereits erlassen, führt der nachträgliche Fortfall der Ermächtigung zu seiner Rechtswidrigkeit.

³¹⁴ *Kröll*, ZÖR 2011, 253 (274) m.w.N. auch zur Gegenansicht von *Hofmann*, ELJ 2009, 482 (500).

³¹⁵ Ebenso *Driessen*, ELR 2010, 837 (842, 846); *Kröll*, ZÖR 2011, 253 (274); *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 69; *Sydow*, JZ 2012, 157 (162).

Von der Frage nach den Folgen für die Ermächtigungsgrundlage zu unterscheiden ist die Frage nach der Wirksamkeit eines rechtswidrigen Delegierten Rechtsaktes. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass dieser fortgesetzt wirksam ist und zwar so lange, bis er spätestens vom EuGH ganz oder teilweise für nichtig erklärt wird. Der Widerruf der Befugnisübertragung löst jedoch die Verpflichtung der Kommission als Erlassorgan aus, die Aufhebung des Rechtsaktes unverzüglich in Gestalt eines Gesetzgebungsvorschlages zu initiieren. Das einschlägige Verfahren ist stets das Ordentliche Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1 AEUV. Ein *actus contrarius* durch die Kommission ist unzureichend.

Art. 290 Abs. 3 AEUV bestimmt schließlich, dass ein Delegierter Rechtsakt im Titel ausdrücklich als solcher zu bezeichnen ist. Dies dient der Rechtsklarheit. Insofern sind die denkbaren Bezeichnungen „Delegierte Verordnung“, „Delegierte Richtlinie“ und „Delegierter Beschluss“.³¹⁶

II. Der Technische Regulierungsstandard (Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO)

Nach der Klärung der primärrechtlichen Grundlagen des Delegierten Rechtsaktes, schließt sich nunmehr als zweiter Schritt die Darstellung und Analyse der ergänzenden, sekundärrechtlichen Einzelheiten betreffend die Befugnisübertragung, das Verfahren zur Vorbereitung und zum Erlass eines TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes sowie die Kontrolle der Befugnisausübung durch Rat und Parlament an. Die relevanten Bestimmungen sind jeweils in Art. 10-14 in der EBA-VO, ESMA-VO sowie EIOPA-VO niedergelegt.

Es sei an dieser Stelle noch einmal wiederholt, dass aufgrund der Maßgeblichkeit des Primärrechts gilt, dass die Vorschriften des abgeleiteten Rechts allein an den Gründungsverträgen zu messen sind.³¹⁷ Das bedeutet konkret für die Beantwortung der als Untersuchungsziel formulierten Frage, ob die in den Art. 10-14 der drei Gründungsverordnungen niedergelegten Beschränkungen der Rolle der Kommission bei der Vorbereitung und Annahme von Delegierten Rechtsakten im Einklang mit Artikel 290 AEUV stehen, dass die sekundärrechtlichen Bestimmungen materiellrechtlich nicht weiter reichen können als das Primärrecht. Das Gegenteil wäre unionsrechtswidrig.

1. Befugnisübertragung (Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1; Art. 11 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO)

Nach Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO können die ESAs den Entwurf für einen TRS erstellen, wenn Rat und Parlament der Kommission zuvor die Befugnis in einem Gesetzgebungsakt übertragen haben, einen TRS in Gestalt eines

³¹⁶ 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 vom 14. Dezember 2009) zu finden, mit dem Anpassungen der Struktur des Amtsblattes in Folge des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon vorgeschlagen werden.

³¹⁷ S. o. Gliederungspunkt D.I.8.e)(2)(a).

Delegierten Rechtsakts gemäß Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV zu erlassen. Erste Voraussetzung für den Beginn der Tätigkeit der Agenturen ist mithin die Befugnisübertragung auf die Kommission in einem Gesetzgebungsakt, der nicht die EBA-VO, ESMA-VO oder EIOPA-VO ist.

Zweite Voraussetzung ist, dass die ESAs einen konkreten Auftrag erhalten, TRS vorzubereiten. Das ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu der Formulierung in Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 3. Halbsatz EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, wonach eine kohärente Harmonisierung in den Bereichen gewährleistet werden soll, die in den in Art. 1 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Gesetzgebungsakten aufgeführt sind. Insoweit handelt es sich lediglich um eine allgemeine Zuständigkeit, denn es ist nicht ersichtlich, was die ESAs konkret zu tun haben. Das Beispiel der erst 2012 in Kraft getretenen EMIR zeigt vielmehr, dass der europäische Gesetzgeber an eine konkrete Zuweisung von Aufgaben im Einzelfall denkt, bevor die Behörden aktiv werden können. So werden sie etwa in Art. 11 Abs. 15 UA 3 EMIR beauftragt, Entwürfe für TRS zu einem speziellen Bereich zu erarbeiten.

Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO bestimmt, dass der Kommission die Befugnis in Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO für einen Zeitraum von vier Jahren ab dem 16. Dezember 2010 übertragen wird. Diese Formulierung ist missverständlich. Sie liest sich nämlich so, als würde erst mit Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO die Befugnis übertragen. Dies widerspräche aber dem Wortlaut in Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, der zutreffend davon ausgeht, dass die Befugnis in einem Gesetzgebungsakt übertragen wird, der nicht die EBA-VO, ESMA-VO oder EIOPA-VO ist. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung hat treffen wollen. Sie widerspräche erst recht Art. 290 Abs. 1 AEUV.³¹⁸ Der Gesamtzusammenhang spricht vielmehr dafür, dass er allein die Gültigkeit des Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO zeitlich befristen wollte.

Wie der Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 Sätze 2 und 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO erkennen lässt, zieht sich der Widerspruch durch den gesamten Absatz 1. Danach soll die Kommission spätestens sechs Monate vor Ablauf des Zeitraums von vier Jahren einen Bericht über die übertragenen Befugnisse vorlegen. Und die Befugnisübertragung verlängert sich automatisch um Zeiträume gleicher Länge, wenn Rat oder Parlament sie nicht gemäß Artikel 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO widerrufen. Es ist aber auch insoweit davon auszugehen, dass die Kommission nicht etwa zu den delegierten Befugnissen gemäß Art. 290 AEUV berichten soll, sondern vielmehr nur zur Anwendung und Umsetzung des Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, mithin zum Verfahren betreffend die Regulierungsstandardsetzung. Daneben handelt es sich mit der Benennung des Art. 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO als Grundlage für den Widerruf ersichtlich um ein redaktionelles Versehen in allen Sprachversionen. Der Widerruf der Befugnisübertragung ist nämlich in Art. 12 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO geregelt.

³¹⁸ S. o. Gliederungspunkt D.I.2 zur Befugnisübertragung.

2. *Entwurf, Änderung, Nichtannahme und Erlass (Art. 10 Abs. 1 UA 3-8, Abs. 2-3; 11 Abs. 2; 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO)*

Die vorbereitenden Maßnahmen, i.e. der Entwurf und die Änderung eines TRS, sowie die Nichtannahme und sein Erlass in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes sollen sich konkret nach Art. 10 Abs. 1 UA 3-8, Abs. 2-3; Art. 11 Abs. 2; 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO richten. Nachfolgend wird nun zunächst der Inhalt dieser sekundärrechtlichen Normen vorgestellt. Im Anschluss folgt die Reflektion ihres Inhalts am Primärrecht unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 Abs. 1 AEUV.

a) *Konkreter Inhalt der Normen*

Übertragen Rat und Parlament der Kommission in einem Gesetzgebungsakt die Befugnis, einen TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts zu erlassen, können EBA, ESMA und EIOPA innerhalb der Frist, die in dem bezüglichen Sekundärrechtsakt angegeben ist, einen Entwurf erstellen.³¹⁹ Bevor sie jedoch ihre Entwürfe der Kommission übermitteln, haben die Agenturen grundsätzlich offene Konsultationen der Öffentlichkeit sowie der in Art. 37 der drei Gründungsverordnungen genannten Interessengruppen durchzuführen und die potenziell anfallenden Kosten sowie den möglichen Nutzen zu analysieren.³²⁰ Die Entwürfe sind der Kommission im Anschluss zur Billigung vorzulegen³²¹, die sie ihrerseits umgehend an Parlament und Rat zur Kenntnis weiterzuleiten hat.³²²

Die Kommission hat innerhalb von drei Monaten nach Erhalt eines Entwurfs darüber zu befinden, ob sie diesen zur Gänze billigt oder nicht.³²³ Billigt und erlässt sie den TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts, ist sie gehalten, diesen umgehend an Rat und Parlament zu übermitteln.³²⁴ Sie kann den Entwurf aber auch lediglich teilweise oder mit Änderungen billigen; allerdings nur dann, wenn dies aus Gründen des Unionsinteresses geboten ist.³²⁵ Zusätzlich wird sie verpflichtet, die ESAs zu ihrem Entwurf zu konsultieren, wenn sie entscheidet, diesen nicht, nur teilweise oder lediglich mit Änderungen billigen zu wollen.³²⁶ EBA, ESMA bzw. EIOPA können dann ihren Entwurf anhand der Änderungsvorschläge der Kommission innerhalb eines Zeitraums von sechs Wochen ändern und ihn in Form einer förmlichen Stellungnahme erneut zur Billigung vorlegen.³²⁷ Parlament und Rat ist eine Kopie auszufertigen und zur Kenntnis zuzuleiten.³²⁸

³¹⁹ Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²⁰ Art. 10 Abs. 1 UA 3 Satz 1 und 2 i.V.m. Art. 37 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²¹ Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²² Art. 10 Abs. 1 UA 4 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²³ Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²⁴ Art. 11 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²⁵ Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²⁶ Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²⁷ Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³²⁸ Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

Haben EBA, ESMA bzw. EIOPA bis zum Ablauf dieses Zeitraums keinen geänderten Entwurf vorgelegt, oder haben sie zwar einen Entwurf vorgelegt, der jedoch nicht in Übereinstimmung mit den Änderungsvorschlägen der Kommission steht, kann die Kommission den Entwurf entweder mit den von ihr als wichtig erachteten Änderungen annehmen oder ablehnen.³²⁹

Ausdrücklich stellen die drei Verordnungstexte klar, dass die Kommission den Inhalt eines von EBA, ESMA bzw. EIOPA ausgearbeiteten Entwurfs nicht ändern darf, ohne sich vorher mit den Agenturen abgestimmt zu haben.³³⁰

Wenn EBA, ESMA bzw. EIOPA es versäumt haben sollten, den Entwurf innerhalb der Frist, die in dem bezüglichen Sekundärrechtsakt angegeben ist, vorzulegen, kann die Kommission die ESAs konsultieren und den Entwurf innerhalb einer neuen Frist anfordern.³³¹ Aber erst wenn EBA, ESMA bzw. EIOPA ihr innerhalb dieser „Nachfrist“ keinen Entwurf vorlegen, kann sie selbst einen TRS ohne vorhergehenden Entwurf durch eine der ESAs mittels eines Delegierten Rechtsakts erlassen.³³² Für diesen Fall ist sie dann aber grundsätzlich verpflichtet, zuvor Konsultationen der Öffentlichkeit sowie der in Art. 37 der drei Gründungsverordnungen genannten Interessengruppen durchzuführen und die potenziell anfallenden Kosten sowie den möglichen Nutzen zu analysieren.³³³

Ihren Entwurf für einen TRS hat die Kommission umgehend an Rat und Parlament weiterzuleiten.³³⁴ Für diesen Ausnahmefall ist sie zusätzlich verpflichtet, im Anschluss EBA, ESMA bzw. EIOPA zu ihrem Entwurf zu konsultieren.³³⁵

EBA, ESMA bzw. EIOPA können den Entwurf der Kommission innerhalb einer Frist von sechs Wochen ändern und ihn dann der Kommission in Form einer förmlichen Stellungnahme vorlegen.³³⁶ Wird ein geänderter Entwurf nicht fristgerecht vorgelegt, kann die Kommission den Entwurf für einen TRS, so, wie sie diesen zuvor selbst ausgearbeitet hatte, in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes erlassen.³³⁷ Legen EBA, ESMA bzw. EIOPA allerdings einen veränderten Entwurf vor, kann die Kommission überlegen, ob sie ihren Entwurf auf der Grundlage der vorgeschlagenen Änderungen oder lediglich mit den von ihr als wichtig erachteten Änderungen erlässt.³³⁸ Parlament und Rat ist eine Kopie der förmlichen Stellungnahme auszufertigen und zur Kenntnis zuzuleiten.³³⁹

³²⁹ Art. 10 Abs. 1 UA 7 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁰ Art. 10 Abs. 1 UA 8 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³¹ Art. 10 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³² Art. 10 Abs. 3 UA 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³³ Art. 10 Abs. 3 UA 2 Satz 1 und 2 i.V.m. Art. 37 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁴ Art. 10 Abs. 3 UA 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁵ Art. 10 Abs. 3 UA 4 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁶ Art. 10 Abs. 3 UA 4 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁷ Art. 10 Abs. 3 UA 5 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁸ Art. 10 Abs. 3 UA 6 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³³⁹ Art. 10 Abs. 3 UA 4 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

Ausdrücklich stellen die Verordnungstexte auch insoweit klar, dass die Kommission den Inhalt eines von EBA, ESMA bzw. EIOPA veränderten Kommissionsentwurfs nicht abändern darf, ohne sich zuvor mit den Agenturen abgestimmt zu haben.³⁴⁰

Nimmt die Kommission letztlich den Entwurf eines TRS nicht an oder ändert sie ihn nur ab, so ist sie verpflichtet, die betreffende ESA sowie Rat und Parlament unter Angabe der Gründe dafür zu unterrichten.³⁴¹ Letztere sollen gegebenenfalls den zuständigen Kommissar zusammen mit dem Vorsitzenden der betreffenden ESA innerhalb eines Monats nach der Unterrichtung zu einer Ad-hoc-Sitzung des zuständigen Ausschusses des Parlaments oder des Rates zur Darlegung und Erläuterung ihrer Differenzen einladen können.³⁴²

b) Reflektion am Primärrecht

Nach Ansicht des Verfassers verstoßen die in den Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, UA 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten, sekundärrechtlichen Bestimmungen gegen das Unionsrecht. Sie verletzen die primärrechtlichen Kompetenzen der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV. Der europäische Gesetzgeber hat damit seine ihm durch den Vertrag von Lissabon verliehenen Befugnisse überschritten.

Im Ergebnis nicht zu beanstanden sind dem gegenüber die Art. 10 Abs. 1 UA 3, 4 und 5 Satz 1; 11 Abs. 2; 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

(1) Art. 10 Abs. 1 UA 4; 11 Abs. 2; 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO

Dass die Kommission einen zugeleiteten ESA-Entwurf gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 4 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO umgehend an Rat und Parlament zur Kenntnisnahme weiterzuleiten verpflichtet ist, und ggf. gemäß Art. 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO darlegen soll – u.U. auch im Rahmen einer *ad-hoc*-Sitzung des zuständigen Ausschusses des Parlaments –, warum sie den Entwurf eines TRS nicht annehmen bzw. ändern will, und welche Differenzen ggü. der betreffenden ESA konkret bestehen, ist unionsrechtlich unbedenklich. Das gilt ebenso für die Pflicht, einen erlassenen Delegierten Rechtsakt gemäß Art. 11 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO gleichzeitig an Rat und Parlament zuzuleiten. Diese Informations- und Dokumentationspflichten berühren zwar das Vorbereitungs- und Erlassmonopol der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV, allerdings wird der Kernkompetenzbereich nicht verletzt. Vorliegend geht es lediglich um die bloße Kenntnismachung der ESA-Entwürfe und ggf. um die Mitteilung von allgemeinen Gründen.³⁴³

³⁴⁰ Art. 10 Abs. 3 UA 6 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³⁴¹ Art. 14 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³⁴² Art. 14 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

³⁴³ In diesem Zusammenhang ist ergänzend anzumerken, dass sich die Kommission bereits an früherer Stelle in zulässiger Weise gemäß Art. 295 AEUV zu größtmöglicher Transparenz bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse verpflichtet hat – insbesondere für die Fälle, in denen sie sich der Unterstützung anderer bedient. Als Beispiel sei hier die Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen Kommission und Parlament vom 20. November 2010 genannt (Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission,

(2) *Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO*

Keinen unionsrechtlichen Bedenken begegnet auch, dass die Kommission gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO binnen drei Monaten nach Erhalt der Entwürfe über die Annahme befinden soll. Die Frage, wann sie sich beliebt, die Entscheidung über die Verabschiedung eines Delegierten Rechtsaktes zu treffen, fällt zwar in den Bereich ihres Vorbereitungs- und Erlassmonopols aus Art. 290 Abs. 1 AEUV und berührt daher ihre Kompetenzen. Allerdings ist der Kernbereich nicht verletzt. Insoweit wird die konkrete Ausübung der Befugnis lediglich einer zeitlichen Beschränkung unterworfen, die noch als angemessen bezeichnet werden kann. Im Übrigen ist von Bedeutung, dass die Kommission in ihren Legislativvorschlägen zur Errichtung von EBA, ESMA und EIOPA höchst selbst die Dreimonatsfrist vorschlug.³⁴⁴ Damit gab sie bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu erkennen, ihr Monopol insoweit einer gewissen Beschränkung unterwerfen zu wollen, und zwar um „eine rasche Annahme dieser Standards zu gewährleisten.“³⁴⁵

(3) *Art. 10 Abs. 1 UA 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO*

Unionsrechtlich unbedenklich erscheinen schließlich auch die Vorgaben in Art. 10 Abs. 1 UA 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, aus dem sich weitere Einzelheiten der Aufgabe für die ESAs ergeben. Es spricht nichts dagegen, den drei Regulierungsagenturen im Rahmen der Vorbereitung von Entwürfen für TRS, die in Gestalt von Delegierten Rechtsakten erlassen werden, die Durchführung von Konsultationen sowie die Analyse der potenziell anfallenden Kosten bzw. des möglichen Nutzens von Maßnahmen aufzugeben. Da Regulierungsagenturen wie die ESAs typischerweise durch gesonderte, sektorspezifische Verordnungen gegründet werden, und ihre Aufgabe darin besteht, selbständig bestimmte Sachgebiete zu betreuen, ohne zwingend von einer

ABl. L304/47). Unter Buchstabe C heißt es: „In der Erwägung, dass diese Rahmenvereinbarung [...] darauf abzielt, dass diese Befugnisse und Zuständigkeiten so wirksam und transparent wie möglich ausgeübt werden können.“

Daneben ist Punkt Nr. 15 auf Seite 49 von Bedeutung. Dort steht, dass die Kommission die „umfassende Unterrichtung und Dokumentation“ der Sitzungen mit Sachverständigen im Rahmen ihrer vorbereitenden Arbeiten u.a. für Delegierte Rechtsakte sicherstellt. EBA, ESMA und EIOPA werden dort nicht genannt, obgleich auch sie an den vorbereitenden Entwurfsarbeiten für Delegierte Rechtsakte beteiligt sind. Insoweit ergibt sich hier also eine Regelungslücke, die sich dadurch erklärt, dass die Behörden erst Anfang 2011 zu Leben erwacht sind. Der Vergleichbarkeit der Mitwirkung der ESAs mit der Mitwirkung der Sachverständigen wegen ist diese Lücke jedoch so zu schließen, dass auch die Entwürfe der ESAs von Punkt Nr. 15 erfasst sind. Es ist nämlich davon auszugehen, dass diese Frage bei den seinerzeitigen Beratungen zwischen Kommission und Parlament Berücksichtigung gefunden hätten, wenn zum Zeitpunkt der Beratungen die drei Gründungsverordnungen bereits in Kraft gewesen wären. Punkt Nr. 15 ist demnach analog auf die ESAs anzuwenden.

³⁴⁴ Siehe jeweils Art. 7 Abs. 1 UA 3 Satz 1 im Vorschlag zur Gründung der EBA, KOM (2009) 501 endg. vom 23. September 2009; im Vorschlag zur Gründung der ESMA, KOM (2009) 503 endg. vom 23. September 2009; im Vorschlag zur Gründung der EIOPA, KOM (2009) 502 endg. vom 23. September 2009.

³⁴⁵ S. zuvor Fn. 344 in den Legislativvorschlägen für EBA, ESMA und EIOPA jeweils Erwägungsgrund (14), letzter Satz.

speziellen Beauftragung durch die Kommission abhängig zu sein, ist es auch erforderlich, im Gründungsrechtsakt mitzuteilen, was sie in der Zukunft zu tun haben, und wie sie die Lösung ihrer Aufgaben angehen sollen.

(4) *Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO*

Nach Ansicht des Verfassers verstoßen jedoch die Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO gegen das Unionsrecht; teilweise gleich in mehrfacher Hinsicht.

(a) *Horizontale Regelung*

Unionsrechtswidrig sind die Vorschriften in Art. 10 Abs. 1 UA 6-8 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, weil sie ein allgemeines Verfahren der Zusammenarbeit von ESAs und Kommission für eine der Summe nach unbekannte Zahl von Fällen im Voraus statuieren wollen, in denen die Kommission den Entwurf eines TRS nicht, nur teilweise oder nur mit Änderungen in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes erlässt. Das gleiche gilt für jene in Art. 10 Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Fälle, in denen sie den Entwurf selbst erschafft, weil eine ESA diesen nicht fristgerecht vorlegt. Hierdurch wird der Kernkompetenzbereich der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV verletzt. Der europäische Gesetzgeber hat damit seine ihm durch den Vertrag von Lissabon verliehenen Befugnisse überschritten.

Das Primärrecht räumt diesem keine Möglichkeiten ein, horizontale, sekundärrechtliche Regelungen und Grundsätze zu schaffen, mit denen die Art und Weise der Ausübung delegierter Befugnisse durch die Kommission im Voraus einheitlich festgelegten Modalitäten unterworfen werden könnte.³⁴⁶ Davon geht das Parlament auch höchst selbst aus. So haben die Abgeordneten in ihrer Entschließung zu den neuen Aufgaben und Zuständigkeiten des Parlaments bei der Umsetzung des Vertrages von Lissabon vom 7. Mai 2009 ausdrücklich erklärt, zur Kenntnis genommen zu haben, dass die Gründungsverträge keine Rechtsgrundlage für eine Rahmenmaßnahme im Anwendungsbereich des Art. 290 Abs. 1 bieten.³⁴⁷

Es fällt in der Tat in die Ermessensfreiheit der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV, zu entscheiden, wie sie die ihr übertragenen Befugnisse konkret im Einzelfall wahrnimmt. Aber schon die Aufzählung einzelner Gesetzgebungsakte in Art. 1 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO³⁴⁸, für die eine „kohärente Harmonisierung“ gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO gewährleistet werden soll, steht dem entgegen. Die Bestimmungen in Art. 10 Abs. 1 UAe 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sind insoweit als horizontale Verfahrensregelungen zu dienen bestimmt.

Und das Beispiel EMIR zeigt darüber hinaus, dass neue Gesetzgebungsakte in unbekannter Zahl hinzukommen (werden), für die sich nach der Vorstellung des europä-

³⁴⁶ S.o. insbesondere Gliederungspunkt D.I.8.c). Ebenso *Kahl*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 55 (60), speziell mit Blick auf die Regulierungsstandardsetzung.

³⁴⁷ S. ABl. EU Nr. C 212 E/37 vom 5. August 2010, Punkt 68.

³⁴⁸ I.V.m. den Erwägungsgründen (18) und (19) EBA-/ESMA-VO bzw. (17) und (18) EIOPA-VO.

ischen Gesetzgebers bereits aus den drei Gründungsverordnungen im Voraus ergibt, wie das bezügliche Verfahren für die Ausübung der delegierten Befugnis im Einzelnen abzulaufen hat. So wird beispielsweise in Art. 11 Abs. 15 UA 3 in EMIR bestimmt: „In Abhängigkeit von der Rechtsform der Gegenpartei wird der Kommission die Befugnis übertragen, die in UA 1 genannten technischen Regulierungsstandards gemäß den Artikeln 10 bis 14 der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010 oder (EU) Nr. 1095/2010 zu erlassen.“

(b) Vorschlagspflicht

Darüber hinaus verstoßen speziell die Bestimmungen in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 1, Abs. 3 UA 3 und 4 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO gegen das Unionsrecht, weil sie die Kommission verpflichten, den ESAs Änderungsvorschläge zu unterbreiten sowie einen selbstgefertigten Entwurf eines TRS, der in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes erlassen wird, an Rat und Parlament sowie die ESAs weiterzuleiten. Hierdurch wird der Kernkompetenzbereich der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV ebenfalls verletzt. Auch insoweit hat der europäische Gesetzgeber seine ihm durch die Gründungsverträge verliehenen Befugnisse überschritten.

Das Primärrecht räumt Rat und Parlament keine Möglichkeit ein, durch sekundärrechtliche Vorschriften die Wahrnehmung der delegierten Befugnis durch die Kommission bestimmten Ausübungsmodalitäten zu unterwerfen. Aus der Gesamtschau des Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EUV mit Art. 290 Abs. 1 AEUV folgt vielmehr, dass dem Erlass eines Delegierten Rechtsaktes weder ein (Änderungs-) Vorschlag noch ein bloßer Entwurf – etwa an andere EU-Organe wie Rat und Parlament oder vertragsfremde Stellen wie die ESAs – vorwegzugehen hat. Es fällt in den primärrechtlich garantierten Ermessensspielraum der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV, autonom zu entscheiden, ob sie den ESAs ggü. Änderungsvorschläge unterbreitet, und ob bzw. wem sie ggf. ihre selbstgefertigten Entwürfe für Delegierte Rechtsakte vor dem Erlass zugänglich macht. Insbesondere kann sie frei darüber befinden, wie sie – nach der Weiterleitung eines ESA-Entwurfs an Rat und Parlament zur lediglich gefälligen Kenntnisnahme gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 4 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO – konkret mit den Entwürfen von europäischen Agenturen wie den ESAs umzugehen gedenkt.³⁴⁹

(c) Konsultations- und Abstimmungspflichten

Speziell die Bestimmungen in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 1, UA 8, Abs. 2, Abs. 3 UAe 2 und 4 Satz 1, UA 6 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sind auch deshalb unionsrechtswidrig, weil sie die Kommission verpflichten, die ESAs, die Öffentlichkeit sowie die in Art. 37 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Interessengruppen zu konsultieren und sich eng mit den ESAs abzustimmen.³⁵⁰ Hierdurch wird der Kernkompetenzbereich der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV ebenso verletzt. Rat und Parlament haben auch insoweit ihre gesetzgeberischen Befugnisse überschritten.

³⁴⁹ S.o. Gliederungspunkt D.I.7 zur Frage der Vorschlagspflicht.

³⁵⁰ Wohl im Ergebnis ebenso *Kabl*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 55 (61). A.A. *Michel*, DÖV 2011, 728 (732). Sie hält diese beschränkenden Pflichten für unproblematisch.

Eine Möglichkeit für den europäischen Gesetzgeber, durch sekundärrechtliche Vorschriften Konsultations- und Abstimmungspflichten im Anwendungsbereich des Art. 290 Abs. 1 AEUV zu verankern, sehen die Gründungsverträge nicht vor. Der Unionsrechtsgeber hat vielmehr ein Vorbereitungs- und Erlassmonopol festgeschrieben, mit dem ein Ermessensspielraum verbunden ist.³⁵¹ Übertragen Rat und Parlament der Kommission legislative Regulierungsbefugnisse in einem Gesetzgebungsakt, um diesen durch sie vervollkommen zu lassen, ist sie frei, alle erforderlichen Zweckmäßigkeit- und Billigkeitserwägungen anzustellen sowie die erforderlichen Maßnahmen autonom zu ergreifen. Diese Rechtsansicht entspricht der Rechtsprechung des EuGH.³⁵² Zu dieser Freiheit sind insbesondere die Entscheidungen darüber zu zählen, ob Konsultationen durchzuführen sind, und ob eine Abstimmung etwa mit anderen EU-Organen, -Einrichtungen oder -Stellen herbeigeführt werden sollte. Wie die Kommission zu ihren Haltungen gelangt, und wie sie konkret die ihr übertragene Legislativbefugnis im Rahmen der durch einen Gesetzgebungsakt gesetzten Grenzen ausübt, ist allein ihre Sache.³⁵³

(d) Änderungen nur aus Gründen des Unionsinteresses

Gegen das Unionsrecht verstößt es schließlich, dass die Kommission gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO von Entwürfen der ESAs nur dann soll abweichen dürfen, wenn dies aus Gründen des Unionsinteresses erforderlich ist. Insoweit wird der Kernkompetenzbereich der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV in besonders schwerwiegender Weise verletzt. Der europäische Gesetzgeber hat hier seine ihm durch den Vertrag von Lissabon verliehenen Befugnisse extrem weit überschritten.

Dies folgt im Einzelnen aus folgenden Erwägungen:

(i) Ermessensreduktion auf null

Es ist zwar – eng am Wortlaut des Art. 290 Abs. 1 UA 1 AEUV orientiert – auch nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers allein die Kommission, die einen TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes „erlässt“. In Erwägungsgrund (23) Satz 1 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (22) Satz 1 EIOPA-VO heißt es etwa: „Die Kommission sollte diese Entwürfe technischer Regulierungsstandards mittels Delegierter Rechtsakte gemäß Artikel 290 AEUV billigen, um ihnen verbindliche Rechtswirkung zu verleihen.“ In der Phase der Vorbereitung des Rechtsakts fällt allerdings allein den ESAs die entscheidende Rolle zu.

So haben sie nicht nur das Vorschlagsrecht³⁵⁴, wodurch sie eine beträchtliche, faktische Gestaltungsmacht auf die Normierung ausüben.³⁵⁵ Die verschiedenen Konsulta-

³⁵¹ S. o. Gliederungspunkt D.I.2. zur Befugnisübertragung.

³⁵² S. o. Gliederungspunkt D.I.4. zur Wesentlichkeitsrechtsprechung des EuGH.

³⁵³ S. o. Gliederungspunkt D.I.8. zur Konsultationspflicht.

³⁵⁴ *Holznagel/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (740); *Lehmann*, Grundstrukturen der Regulierung, 9.

³⁵⁵ *Wehling/Kraft*, GDV-Positionspapier, 5; *Siekmann*, Finanzaufsichtssystem, 80.

tionspflichten gewährleisten darüber hinaus, dass sie in alle Überlegungen der Kommission zwingend eingebunden werden. Entscheidend jedoch ist, dass sie ihre Ansichten in einer Weise darlegen können, die ihre Handschrift nachhaltig sichert. Die Änderung ihrer Entwürfe ist nämlich ausdrücklich nur in Abstimmung mit ihnen statthaft.

Welche strengen Maßstäbe hierfür anzulegen sind, ist den Erwägungsgründen zu entnehmen. Danach sollen die Entwürfe der ESAs „nur in äußerst begrenzten Fällen und unter außergewöhnlichen Umständen geändert werden dürfen, da die Behörde der Akteur ist, der sich im engen Kontakt mit den Finanzmärkten befindet und deren tägliches Funktionieren am besten kennt.“³⁵⁶ Es sollen mithin EBA, ESMA und EIOPA sein, die den Inhalt eines Delegierten Rechtsakts prägen.³⁵⁷ Sie sind die Akteure, auf die es nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers ankommt, weil sie mit „hochspezialisierter Sachkenntnis“³⁵⁸ beschlagen sind. Die Kommission soll im Umkehrschluss ihre Ermessensfreiheit nicht länger ausüben können, da ihr sehr wohl unterstellt wird, von den Finanzmärkten zu weit entfernt zu sein und ihre Arbeitsweise nicht gut genug zu verstehen. Offenbar hält der europäische Gesetzgeber sie für fachlich inkompetent.

Gegen die rechtliche Analyse lässt sich nicht einwenden, dass die Kommission letztlich doch frei sei, einen TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes zu verabschieden, der allein ihren Vorstellungen entspreche³⁵⁹; dies soll für die zwei in Art. 10 Abs. 1 UA 7 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten (Ausnahme-) Fälle gelten. Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO setzt der Wahrnehmung dieses Rechts durch die Kommission nämlich sehr enge Grenzen und enttarnt Art. 10 Abs. 1 UA 7 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO als Augenwischerei.

Danach soll die Kommission nur dann den Entwurf eines TRS teilweise billigen oder auch ändern dürfen, wenn dies aus Gründen des Unionsinteresses erforderlich ist. Was konkret darunter zu verstehen ist, führt der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen aus. So müssten Entwürfe „in Fällen geändert werden, in denen sie nicht mit dem Unionsrecht vereinbar wären, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würden oder grundlegenden Prinzipien des Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen zuwider laufen würden, so wie sie im Besitzstand der Union für Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen verankert sind.“³⁶⁰ Das ist jedoch alles nichts Neues. Hier wird lediglich das typische Aufgabenprofil der Kommission als Hüterin der Verträge sowie des *acquis communautaire* im Finanzdienstleistungsbinnenmarkt wiederholt. Insoweit ist sie bereits primärrechtlich gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EUV zur Überwachung der Einhaltung des gesamten Verfassungs- und abgeleiteten Unionsrechts berufen.³⁶¹ Und auch der Grundsatz der Ver-

³⁵⁶ Erwägungsgrund (23) Satz 2 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (22) Satz 2 EIOPA-VO.

³⁵⁷ So auch *Holznagel/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (740).

³⁵⁸ Erwägungsgrund (22) Satz 2 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (21) Satz 2 EIOPA-VO.

³⁵⁹ So aber *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB (2011), 2 (12).

³⁶⁰ Erwägungsgrund (23) Satz 3 EBA-/ESMA-VO sowie Erwägungsgrund (22) Satz 3 EIOPA-VO. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Kommission in den entsprechenden Legislativvorschlägen für EBA, ESMA und EIOPA (s.o. Fn. 344) in jeweils Art. 7 Abs. 1 UA 3 Satz 3 auf das „Gemeinschaftsinteresse“ Bezug genommen hatte.

³⁶¹ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17, Rn. 7.

hältnismäßigkeit ergibt sich zwanglos bereits aus Art. 5 Abs. 4 EUV i.V.m. dem Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.

Von Bedeutung ist beim Blick auf den Text des Erwägungsgrundes deshalb allein, dass es sich hier offensichtlich um eine abschließende Aufzählung von Fällen handelt. Eigene, zusätzliche Erwägungen im Rahmen ihres Ermessensspielraums gemäß Artikel 290 Abs. 1 AEUV, die über ihre primärrechtlich garantierte, allgemeine Funktion als Rechtsaufsicht hinausgehen, soll die Kommission nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers also gerade nicht anstellen dürfen. Hierzu könnte etwa zählen, Aspekte technischer Art, wie sie von den ESAs in ihren Entwürfen vorgeschlagen werden, in einem strategischen oder auch politischen Licht zu betrachten und zu abweichenden Schlussfolgerungen zu gelangen.³⁶²

Für dieses enge Verständnis des Begriffes „Unionsinteresse“ spricht der Vergleich mit den Legislativvorschlägen der Kommission zur Gründung von ESMA und EIOPA. In Erwägungsgrund (14) Satz 5 des ESMA-Vorschlages sowie in Erwägungsgrund (13) Satz 5 des EIOPA-Vorschlages – aber bemerkenswerter Weise an keiner Stelle im EBA-Vorschlag – ist folgender Passus zu finden³⁶³:

„Sie müssten beispielsweise geändert werden, wenn sie nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar wären, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht einhalten würden oder grundlegenden Prinzipien des Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen zuwider laufen würden, so wie sie im gemeinschaftlichen Besitzstand für Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen verankert sind.“

Ausweislich des Wortlautes hatte die Kommission seinerzeit also eine lediglich demonstrative Aufzählung vorgeschlagen und sich damit die Ausübung ihres Ermessensspielraums offengehalten. Dies ist an dem Terminus „beispielsweise“ nachweisbar. Und für den Bereich der Bankenaufsicht schien der Kommission die Bewahrung einer maximalen, legislativen Flexibilität so wichtig zu sein, dass sie in ihrem Vorschlag zur Gründung der EBA von einer Niederlegung dieses den Begriff „Unionsinteresse“ konkretisierenden Erwägungsgrundes gleich ganz abgesehen hat; für eine ungeplante Regelungslücke spricht nichts. Mit der gezielten Streichung des Wortes „beispielsweise“ aus den Vorschlägen zur Gründung von ESMA und EIOPA sowie zusätzlich mit der Übernahme des so geänderten Abschnittes als Erwägungsgrund (23) Satz 3 in die EBA-VO hat der europäische Gesetzgeber nun aber zum Ausdruck gebracht, eine abschließende Aufzählung und damit für alle drei ESAs einheitlich ein enges Verständnis des Begriffes „Unionsinteresse“ zu bevorzugen.

Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO führt damit im Ergebnis zu einer Reduktion der Ermessensfreiheit der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV auf null. Und dies gilt ausweislich des Wortlauts dieser sekundärrechtlichen Norm als eine Art Generalvorbehalt für alle Entwürfe der ESAs sowie alle durch die ESAs geän-

³⁶² Das so etwas kein hypothetischer Fall ist, hat der Verfasser bereits zuvor am Praxisbeispiel der Verordnung zu den Leerverkäufen gezeigt (s.o. Gliederungspunkt D.I.8.f)(2).

³⁶³ S.o. Fn. 344.

derten Entwürfe.³⁶⁴ Daraus folgt für die Kommission, dass sie ihre finale Legislativentcheidung nicht nur stets im Lichte der Konsultations- und Abstimmungsergebnisse zu treffen hat, sondern auch zur vollständigen Übernahme der Vorstellungen der ESAs, die sie in Form von (geänderten) Entwürfen präsentieren, gezwungen ist. Eine Abweichung ist nur in den sehr engen Grenzen möglich, die Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO in Verbindung mit Erwägungsgrund (23) Satz 3 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (22) Satz 3 EIOPA-VO zulässt.

(ii) Störung des institutionellen Gleichgewichts

Wird der Ermessensspielraum auf null reduziert, verbleibt der Kommission effektiv der bloße Erlass des TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts. Damit beschränkt sich ihre Bedeutung rein tatsächlich auf eine Art Notarfunktion.³⁶⁵ Im Gegenzug jedoch wächst ihr Ermessensspielraum den ESAs durch die geänderte Rollenverteilung im Rahmen der Vorbereitung des Delegierten Rechtsakts gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV als eigener *ipso facto* zu³⁶⁶; sekundärrechtlich begrenzt nur insoweit, als die drei Agenturen gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO jedenfalls keine strategischen oder politischen Erwägungen stellen können.³⁶⁷ Den Entwürfen der ESAs wird man hier deshalb ohne weiteres einen „quasi-finalen“³⁶⁸, „harten, rechtsnormartigen“³⁶⁹ oder auch „quasi-rechtsetzenden“³⁷⁰ Charakter attestieren

³⁶⁴ D.h. auch solche Entwürfe sind erfasst, die zunächst die Kommission gemäß Art. 10 Abs. 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO ausarbeitet und im Anschluss u.a. den ESAs übermittelt (Art. 10 Abs. 3 UA 4 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO). Diese haben nämlich gemäß Art. 10 Abs. 3 UA 4 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO das Recht, einen Kommissionsentwurf zu ändern und den so geänderten Entwurf der Kommission vorzulegen. Damit hatten die ESAs jedoch ihre Hände an derartigen Entwürfen, wodurch diese nach Ansicht des Verfassers zu Entwürfen der ESAs im Sinne des Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO werden. Für diese Lesart spricht, dass in Art. 10 Abs. 3 UA 6 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO von einem „geänderten Entwurf“ die Rede ist.

Insoweit anzumerken ist allerdings, dass die Formulierung in diesem Abschnitt ungenau ist, denn strenggenommen scheint der europäische Gesetzgeber hier auf einmal von zwei Entwürfen auszugehen. Die Kommission kann nämlich „den“ Entwurf auf der Grundlage der von den ESAs vorgeschlagenen Änderungen ändern (Art. 10 Abs. 3 UA 6 Satz 1 2. Halbsatz EBA-/ESMA-/EIOPA-VO). Diese Änderungen legen die Behörden allerdings in Form eines geänderten Entwurfs als förmliche Stellungnahme vor (Art. 10 Abs. 3 UA 4 Satz 1, UA 6 Satz 1 1. Halbsatz EBA-/ESMA-/EIOPA-VO).

³⁶⁵ *Goldmann/Purnhagen*, VersR 2012, 29 (32), argumentieren wohl in die gleiche Richtung. Aus der Tatsache, dass die ESAs ihre Entwürfe der Kommission gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO nur noch „zur Billigung“ vorlegen müssten, sei abzuleiten, dass diesen grundsätzlich zu folgen sei.

³⁶⁶ *Walla*, BKR 2012, 265 (267), siedelt die „geistige Urheberchaft“ für einen TRS bei den ESAs an. *Goldmann/Purnhagen*, VersR 2012, 29 (32), gehen davon aus, dass es faktisch die ESAs seien, die die alleinige Möglichkeit zur Standardsetzung hätten. *Manger-Nestler*, ZfgK 2011, 38 (39), spricht von der maßgeblichen, inhaltlichen Prägung durch die ESAs.

³⁶⁷ Mit dieser Einschränkung wollte der europäische Gesetzgeber mit hoher Wahrscheinlichkeit erkenntlich machen, dass er die sog. „*Meroni*“-Doktrin des EuGH beachtet. Nach Ansicht des Verfassers ist die dieser Doktrin zu Grunde liegende Rechtsprechung jedoch nicht anwendbar, soweit es – wie hier – um die Übertragung von legislativen Befugnissen geht. Der großen grundsätzlichen Bedeutung dieser Doktrin wegen, bespricht sie der Verfasser in einem Exkurs im Anschluss an diesen Abschnitt (s. Gliederungspunkt D.II.2.b)(4)(d)(iii).

³⁶⁸ *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Rn. 301, 335.

³⁶⁹ *Sanio*, Neue Finanzaufsicht, B4.

können. Damit aber geht es hier bei Lichte betrachtet nicht mehr nur um die bloße Unterstützung von Maßnahmen der Kommission in Gestalt unverbindlicher Empfehlungen oder Stellungnahmen, was den typischen Merkmalen einer Regulierungsagentur mit Unterstützungsfunktion entspräche.³⁷¹ Es geht auch nicht in erster Linie um die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Übertragung von Ermessensbefugnissen auf vertragsfremde Stellen überhaupt zulässig ist.³⁷² Der Punkt ist, dass hier legislative Regulierungsbefugnisse, die nach Art. 290 Abs. 1 AEUV exklusiv einem Organ der EU vorbehalten sind, und auf deren Grundlage es Rechtsakte im Rahmen eines originären Ermessensspielraums autonom vorbereiten und erlassen können soll, teilweise – nämlich soweit es die Phase der Vorbereitung betrifft, und die Rolle des Organs im Gegenzug auf den reinen Erlass beschränkt wird – auf vertragsfremde Stellen übertragen werden, ohne dass dafür eine primärrechtliche Ermächtigung für den europäischen Gesetzgeber vorliegt.³⁷³ Die ESAs werden dadurch zu Co-Akteuren bei der Ausübung hoheitlicher, legislativer Gewalt aufgewertet.³⁷⁴ Das Regulierungsstandardverfahren betrifft nämlich durch die Verknüpfung mit dem Delegierten Rechtsakt typischerweise solche Fälle, in denen das Programm legislativer Normierung noch nicht vollständig erfüllt ist.³⁷⁵ Das führt im Ergebnis zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts konkret durch die Verletzung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit der Organe sowie des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung.

Die Gründungsverträge haben ein klares System der Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Organen der Union geschaffen, das jedem Organ seinen eigenen Auftrag innerhalb des institutionellen Gefüges der Union und bei der Erfüllung der dieser übertragenen Aufgaben zuweist. Der in Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV normierte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit der Organe gebietet es, dieses institutionelle Gleichgewicht zu achten und die Wahrnehmung originärer Befugnisse

³⁷⁰ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht September 2011, 96 (linke Spalte).

³⁷¹ S.o. Gliederungspunkt C.I.

³⁷² Die Frage der zulässigen Übertragung von Ermessensbefugnissen auf vertragsfremde Stellen wie etwa EU-Agenturen wird „traditionell“ i.R.d. sog. „*Meroni*“-Doktrin diskutiert (s. hierzu sogleich den Exkurs unter Gliederungspunkt D.II.2.b)(4)(d)(iii).

³⁷³ S. *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, 387, wenngleich für den Anwendungsbereich des Art. 202, 211, 124 EGV: Danach bedürfe die Übertragung von legislativen Befugnissen auf Agenturen einer ausdrücklichen, primärrechtlichen Verankerung.

³⁷⁴ A.A. *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 2 (10); *EuZW* 2010, 87 (88), die davon ausgehen, dass die ESAs insoweit Exekutiv- und nicht etwa Legislativbefugnisse ausüben (ebenso *Michel*, DÖV 2011, 728 (732); *Goldmann/Purnhagen*, *VersR* 2012, 29 (32); *Manger-Nestler*, *ZfgK* 2012, 38 (39)). So im Ergebnis auch *Siekmann*, *Finanzaufsichtssystem*, 80 ff., der allerdings einräumt, dass die Gratwanderung zwischen der Entscheidung zur nur formalen Verantwortungsübernahme durch die Kommission nach Außen und dem Versuch, die ESAs als maßgebliche Akteure zu etablieren, die sich im Regelfall mit ihrer Ansicht durchsetzen sollen, unbefriedigend und angreifbar ist. Dass die Beteiligung der ESAs an der Vorbereitung von TRS, die als Delegierte Rechtsakte erlassen werden, eine unzulässige Gesetzgebung durch eine demokratisch nicht legitimierte Exekutiveinrichtung sein könnte, hält er deshalb für denkbar; nicht zuletzt, weil dieser Autor sich unsicher ist, ob nicht die Standards im Entwurf eigentlich schon Rechtsnormen sind. Dieser Ansicht ist *Walla*, *BKR* 2012, 265 (267 f.), der bereits einen gewissen legislativen Spielraum erkennt, in dessen Rahmen die ESAs tatsächlich als „Rechtsetzer aktiv“ werden.

³⁷⁵ *Kahl*, in: *Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer* (Hrsg.), 55 (71), unter Bezugnahme auf *Möstl*, *DVBL* 2011, 1076 (1081).

durch ein Organ nicht zu behindern.³⁷⁶ Folglich stehen die primärrechtlich verankerten Grundsätze über die Willensbildung eines Organs auch nicht zur Disposition anderer Organe.³⁷⁷ Durch die Beschränkung der Rolle der Kommission auf eine reine Notarfunktion im Zusammenhang mit der Vorbereitung und dem Erlass von TRS in Form von Delegierten Rechtsakten macht es der europäische Gesetzgeber der Kommission nun aber unmöglich, ihren Ermessensspielraum, der ihr primärrechtlich über Art. 290 Abs. 1 AEUV exklusiv zusteht, wahrzunehmen. Damit disponiert er willkürlich über ihre Kernkompetenzen.

Zusätzlich schützt der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 EUV normierte Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung die Kompetenzordnung der Union vor selbstherrlicher Durchbrechung. Die Union kann danach nur innerhalb der ihr übertragenen Zuständigkeiten tätig werden, und jegliches Handeln der Organe ist auf die Beachtung der bestehenden Normen höheren Ranges verpflichtet. Im Umkehrschluss vermag ein sekundärrechtlicher Gesetzgebungsakt, der lediglich vom Primärrecht abgeleitetes Recht ist, die Normen, auf deren Grundlage er verabschiedet wurde, nicht autonom zu ändern oder zu ergänzen. Daraus folgt, dass die drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA als Maßnahmen des abgeleiteten Rechts den Bestimmungen des Lissabon-Vertrages nichts hinzuzufügen vermögen. Die primärrechtlich verankerten Grundsätze über das Rechtssetzungssystem sind dem europäischen Gesetzgeber kompetenziell schlechthin nicht zugänglich.³⁷⁸ Durch die Beschränkung der Rolle der Kommission auf eine reine Notarfunktion und die Beteiligung der ESAs an der legislativen Regulierungsbefugnis gestaltet er nun aber die Art und Weise der delegierten Rechtsetzung, wie sie konkret in Art. 290 Abs. 1 AEUV geregelt ist, grundlegend um. Auch insoweit liegt eine willkürliche Durchbrechung der unionalen Kompetenzordnung vor.

(iii) Exkurs: Unanwendbarkeit der „*Meroni*“-Doktrin

Ausweislich des Art. 10 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sollen die drei Agenturen, soweit es das Verfahren der Regulierungsstandardsetzung betrifft, jedenfalls keine strategischen oder politischen Überlegungen anstellen dürfen. In den Erwägungsgründen wird diese Einschränkung nicht erläutert. Es ist aber zu vermuten, dass der europäische Gesetzgeber mit dieser speziellen Regelung die Maßgaben umsetzen wollte, die aus der sog. „*Meroni*“-Rechtsprechung des EuGH abzuleiten sind. Ähnliches hatte er zuvor bereits für den Bereich der Exekutivagenturen in Art. 6 Abs. 1 i.V.m. den Erwägungsgründen (5) und (13) der Verordnung Nr. 58/2003 getan.³⁷⁹ Nach Ansicht des Verfassers liegt die Einschränkung in Art. 10 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO allerdings neben der Sache.

³⁷⁶ EuGH, Rs. C-70/88, *Tschernobyl*, Slg. 1990, I-2067, Rn. 21 f.

³⁷⁷ EuGH, Rs. C-133/06, *Europäisches Parlament*, Slg. 2008, I-3186, Rn. 55; Rs. 13/83, *Gemeinsame Verkehrspolitik*, Slg. 1985, 1513, Rn. 17; Rs. 139/79, *Maizena*, Slg. 1980, 3393, Rn. 19.

³⁷⁸ EuGH, Rs. C-133/06, *Europäisches Parlament*, Slg. 2008, I-3186, Rn. 57.

³⁷⁹ S.o. Fn. 74.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Übertragung von „genau umgrenzte[n] Ausführungsbefugnisse[n]“, also typischen Verwaltungsbefugnissen³⁸⁰, auf vertragsfremde Stellen jedenfalls im Grundsatz zulässig, solange das institutionelle Gleichgewicht nicht gestört wird.³⁸¹ „Die Übertragung von Befugnissen mit Ermessensspielraum auf andere Einrichtungen als solche, die im Vertrag zur Ausübung [...] dieser Befugnisse vorgesehen sind, würde diese Garantie jedoch verletzen.“³⁸² Dieser Rechtsprechung liegen die sog. „*Meroni*“-Fälle von 1956 zu Grunde. Dabei ging es seinerzeit u.a. um die Frage, ob die Hohe Behörde – eine Vorläuferin der Kommission – sog. Brüsseler Organe – vertragsfremde Stellen – mit der bloßen Durchführung von Schrottausgleichszahlungen beauftragen konnte. Konkret in Streit stand die korrekte Anwendung des Art. 53 Abs. 1 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl in der Fassung vom 18. April 1951 – einem Vorläufer der Art. 202 EGV bzw. Art. 291 AEUV, wie ein Vergleich zeigt.

In der Literatur wird diese Rechtsprechung, auf die der EuGH in der Folge immer wieder Bezug genommen hat³⁸³, seit langem kontrovers diskutiert. Vergrößernd lassen sich zwei Meinungsströmungen beschreiben.³⁸⁴ Während die eine Kompetenzübertragungen auf vertragsfremde Stellen absolut ausschließen will, wenn keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage in den Gründungsverträgen gegeben ist, zeigt die andere – mit vielen Abweichungen im Detail – Bereitschaft, die bald sechzig Jahre alten Judikate flexibel zu handhaben, um den praktischen Anforderungen einer über die Jahrzehnte fortlaufend modernisierten Gemeinschaft bzw. Union besser gerecht werden zu können.³⁸⁵ In Weiterentwicklung der „*Meroni*“-Doktrin für zulässig erachtet wird deshalb etwa die Übertragung der Befugnis zur verbindlichen Einzelfallentscheidung; allerdings mit lediglich engem, eigenem Abwägungsspielraum des Delegatars, um eine Schwächung des institutionellen Gleichgewichts zu vermeiden.³⁸⁶ Die Übertragung von Kompetenzen mit strategischer oder politischer Tragweite hingegen wird aber auch nach dieser Strömung gänzlich ausgeschlossen.³⁸⁷

Mit Blick auf die „*Meroni*“-Urteile sowie die in der Literatur vertretenen Ansichten zeigt sich nun also, dass der europäische Gesetzgeber mit der einschränkenden Regelung in Art. 10 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, wonach die drei Agenturen jedenfalls keine strategischen oder politischen Entscheidungen sollen treffen dürfen, offenbar versucht hat, der zuletzt genannten Literaturansicht zu folgen, um die sekundärrechtliche Übertragung von Ermessensbefugnissen auf die ESAs im Be-

³⁸⁰ Von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 320.

³⁸¹ EuGH, Rs. 9/56, *Meroni-I*, Slg. 1958, 9 (43 f.); Rs. 10/56, *Meroni-II*, Slg. 1958, 57 (81 f.).

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ S. etwa EuGH, verbundene Rs. 154/04 und 155/04, *Alliance for Natural Health und Nutri-Link*, Slg. 2005, I-6485, Rn. 90; Rs. C-301/02, *Tralli*, Slg. 2005, I-4099, Rn. 41 f.

³⁸⁴ S. zu den namentlichen Einzelstimmen *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 13, Rn. 23, Fn. 69 f.

³⁸⁵ S. zu den weiteren Einzelheiten und den unterschiedlichen Meinungsströmungen aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *Sydow*, Verwaltungskooperation, 67 f.; *Wittinger*, EuR 2008, 609 (618 f.); sehr zu empfehlen *Görisch*, Demokratische Verwaltung, 361 f.

³⁸⁶ *Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 471 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht; *Wittinger*, EuR 2008, 609 (619).

³⁸⁷ So etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 13 AEUV, Rn. 57; *Frenz*, Institutionen und Politiken, Rn. 471.

reich der Vorbereitung von Delegierten Rechtsakten zu ermöglichen, die nach dem Primärrecht originär der Kommission über Art. 290 Abs. 1 AEUV zustehen. Nach Ansicht des Verfassers liegt dieser Ansatz neben der Sache, weil es insoweit auf die „*Meroni*“-Doktrin schlechthin nicht ankommt.

Der Punkt ist, dass es bei dem neuartigen Art. 290 AEUV um die Übertragung von legislativen Befugnissen geht. Gegenstand der „*Meroni*“-Rechtsprechung, die überhaupt nur auf Exekutivagenturen direkt angewendet werden kann³⁸⁸, ist dem gegenüber aber durchgängig die Übertragung von reinen „Aus- oder Durchführungsbefugnisse[n]“³⁸⁹. Richtig ist zwar, dass bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon der Terminus „Durchführung“ in einem sehr weiten Sinne verstanden wurde.³⁹⁰ So hatte man legislative und exekutive Befugnisse nicht sauber voneinander getrennt, sondern in weiter Auslegung des Primärrechts einheitlich als Durchführungsbefugnisse behandelt.³⁹¹ Hierauf kommt es aber nicht länger an.

Nunmehr nämlich unterscheidet das Unionsrecht in grundlegender Weise zwischen dem eher politischen Art. 290 AEUV und dem eher administrativen Art. 291 AEUV.³⁹² Mittels Art. 290 AEUV wird der Wille von Rat und Parlament durch ein anderes, demokratisch legitimes Organ der EU vollendet; und im Rahmen des Art. 291 AEUV geht es lediglich um den verwaltungsmäßigen Vollzug von – aus Sicht des europäischen Gesetzgebers – bereits vollständig Ausformuliertem primär durch die Mitgliedstaaten. Aus dieser veränderten Unionsrechtslage ergibt sich mit Blick auf die Frage der Anwendbarkeit der „*Meroni*“-Rechtsprechung, dass zunächst nicht der abgeleitete Ermessensspielraum, über den die ESAs verfügen können, von diskussionswürdiger Bedeutung ist. Vorrangig ist die Frage zu klären, ob die ESAs an den legislativen Befugnissen eines EU-Organs, wie sie sich aus Art. 290 Abs. 1 AEUV ergeben, in zulässiger Weise beteiligt werden können. Bei der Suche nach der Antwort hilft die „*Meroni*“-Doktrin nicht weiter, weil dieser Aspekt mitnichten adressiert wird. Im Rahmen dieser Rechtsprechung ist lediglich fraglich, ob Durchführungsbefugnisse übertragen werden können.³⁹³

Aber selbst wenn man – wie weite Teile der Literatur³⁹⁴ – die „*Meroni*“-Doktrin auch auf den Regelungsbereich des Art. 290 AEUV für anwendbar erklärte, stünde dem nach Ansicht des Verfassers des Weiteren entgegen – über die Verletzung des institutionellen Gleichgewichts hinaus –, dass es sich trotz der einschränkenden Rege-

³⁸⁸ *Görisch*, JURA 2012, 42 (48).

³⁸⁹ EuGH, Rs. C-301/02, *Tralli*, Slg. 2005, I-4099, Rn. 43 a.E.

³⁹⁰ Also nicht nur „weit“ i.S.d. „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des EuGH (s.o. Gliederungspunkt D.I.4).

³⁹¹ *Sydow*, JZ 2012, 157 (159).

³⁹² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 22.

³⁹³ So ausdrücklich EuGH, Rs. 9/56, *Meroni-I*, Slg. 1958, 9 (44); Rs. 10/56, *Meroni-II*, Slg. 1958, 57 (81): „Es dürfen nur Ausführungsbefugnisse übertragen werden [...]. In der neueren Literatur wird übrigens die Frage, ob die Aufgabe der Durchführungssteuerung auch Agenturen zugewiesen werden könnte, ausschließlich im Rahmen des Art. 291 AEUV diskutiert – und bejaht (so etwa von *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 291 AEUV, Rn. 38 f.).“

³⁹⁴ Aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *Lehmann/Manger-Nestler*, EuZW 2010, 87 (88); *Partsch*, ZBB 2010, 72 (76); *Kahl*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 55 (68).

lung in Art. 10 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO gerade nicht um „genau umgrenzte“ Ausführungsbefugnisse handelt, die die ESAs sollen ausüben können. Das aber fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung.³⁹⁵ Während die Rolle der Kommission bis auf die Notarfunktion entkernt wird, können dem gegenüber die ESAs nämlich – lediglich abgesehen von politischen und strategischen Überlegungen – alle anderen Erwägungen an der Kommission statt anstellen. Hier ist bereits in den drei Gründungsverordnungen nicht ersichtlich, welche das konkret überhaupt sein könnten. Von genau umgrenzten Befugnissen kann insoweit deshalb nicht die Rede sein.

Auch ist zweifelhaft, ob der höchstrichterlichen Forderung nach einer „strengen Kontrolle“³⁹⁶ durch das die Kompetenz übertragende Organ, d.h. die Kommission, „im Hinblick auf die Beachtung von ihm festgesetzter, objektiver Kriterien“³⁹⁷ entsprochen wird.

Erstens sorgen die engen Konsultations- und Abstimmungspflichten zusammen mit der Beschränkung auf ihre Rolle als Hüterin der Verträge nämlich dafür, dass der Kommission nur noch eine Art Notarfunktion verbleibt. Die Ausübung einer „strengen“ politischen Kontrolle der konkreten Inhalte der Entwürfe der ESAs ist dem die Befugnis zur federführenden Vorbereitung von Delegierten Rechtsakten abgebenden Organ im Rahmen des Art. 290 AEUV also von vornherein gar nicht möglich.

Zweitens ist fraglich, ob man überhaupt von einer „Kontrolle“ im engeren Sinne durch das die Kompetenz übertragende Organ sprechen kann. Denn gerade dadurch, dass die Kommission auf ihre Rolle als Hüterin der Verträge beschränkt wird, übt sie die Kontrolle nicht primär in ihrer Funktion als das die Kompetenz übertragende Organ aus, sondern vielmehr nur im Rahmen ihrer Funktion als Rechtsaufsicht gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EUV. Und eine inhaltliche Kontrolle ist mit dieser allgemeinen Aufsichtsfunktion nicht verbunden.

Drittens ist die Kontrolle ersichtlich nicht nach objektiven Kriterien durchzuführen, wie sie autonom die Kommission, sondern wie sie allein der Rat und das Europäische Parlament als europäischer Gesetzgeber mit der Schaffung horizontaler, sekundärrechtlicher Regelungen, für deren Verabschiedung ihnen die primärrechtliche Kompetenz fehlt, in Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO für den Bereich der Regulierungsstandardsetzung festgelegt haben.

(iv) Demokratiewidrige Entkopplung der ESAs

An hoheitlichen Legislativaufgaben können im Übrigen nur solche Organe beteiligt werden, die dazu ausdrücklich, primärrechtlich berufen sind. Dies trifft auf die Kommission insbesondere für den Bereich der delegierten Rechtsetzung zu. Damit erbringt sie den Nachweis der erforderlichen, demokratischen Legitimation und kann gemäß Art. 13 Abs. 2 Satz 1 EUV nach Maßgabe der ihr in Art. 290 Abs. 1 AEUV

³⁹⁵ EuGH, Rs. 9/56, *Meroni-I*, Slg. 1958, 9 (43); Rs. 10/56, *Meroni-II*, Slg. 1958, 57 (81); Rs. C-301/02, *Tralli*, Slg. 2005, I-4099, Rn. 41 f.

³⁹⁶ EuGH, Rs. 154/04 und 155/04, *Alliance for Natural Health und Nutri-Link*, Slg. 2005, I-6485, Rn. 90.

³⁹⁷ *Ibid.*

zugewiesenen Kompetenzen Delegierte Rechtsakte vorbereiten und erlassen.³⁹⁸ EBA, ESMA und EIOPA werden dem gegenüber in den Gründungsverträgen nicht erwähnt. Diese allgemein nur unter „sonstige Stellen“³⁹⁹ firmierenden, vertragsfremden Geschöpfe wurden erst neu auf der Grundlage der vertragsrechtlichen Rechtssetzungskompetenzen geschaffen. Für eine Rolle als Co-Akteure bei der Ausübung hoheitlicher, legislativer Gewalt sind die ESAs deshalb von vornherein nicht geeignet.⁴⁰⁰

Die autonome Wahrnehmung von originär dem europäischen Gesetzgeber zustehender, legislativer Hoheitsgewalt durch die Kommission ist zusätzlich dadurch legitimiert, dass Rat und Parlament, die die Legitimation ihrerseits gemäß Art. 10 Abs. 2 EUV jeweils von den Mitgliedstaaten und den Unionsbürgern ableiten, über Art. 290 Abs. 2 AEUV die direkte Kontrolle der konkreten Befugniswahrnehmung abschließend durch Einspruch und Widerruf ausüben können.⁴⁰¹ Die Handlungen der ESAs in Form von konkreten Inhalten, die sie als (geänderte) Entwürfe für TRS präsentieren, und die final in Gestalt von Delegierten Rechtsakten durch die Kommission zu erlassen sind, werden dem gegenüber in keiner Weise durch ein demokratisch legitimes Organ der Union direkt kontrolliert.

So hat die Kommission – wie zuvor bereits dargetan⁴⁰² – wegen der in Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO geregelten Beschränkung weder etwas mit der Vorbereitung der konkreten Inhalte von TRS effektiv zu tun, noch kann sie über ihre allgemeine Rahmenfunktion als Rechtsaufsicht im Sinne des Art. 17 Abs. 1 Satz 2

³⁹⁸ *Siekmann*, Finanzaufsichtssystem, 26; *Görisch*, Demokratische Verwaltung, 341; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV Rn. 14; *Frenz*, Wirkungen und Rechtsschutz, Rn.1918.

³⁹⁹ S. zu dieser Formulierung beispielhaft Art. 298 Abs. 1 AEUV.

⁴⁰⁰ S. EuGH, Rs. 98/80, *Romano*, Slg. 1981, 1241, Rn. 20, wonach eine vertragsfremde Stelle nicht ermächtigt werden kann, Rechtsakte mit normativem Charakter zu erlassen. Diese Rechtsprechung lässt sich ohne weiteres auf Entwürfe der ESAs, die quasi-normativen oder eben auch „quasi-finalen“, „harten, rechtsnormartigen“ bzw. „quasi-rechtsetzenden“ Charakter haben, übertragen. *Kothamäki*, Bankaufsicht, 204, hält übrigens die ESAs darüber hinaus für nicht geeignet, verbindliche Einzelfallentscheidungen in Gestalt von Beschlüssen nach Art. 8 Abs. 2 lit. e) und f) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO zu erlassen. Die Befugnisübertragung auf EBA, ESMA und EIOPA sei insoweit unionsrechtswidrig. Dies hält auch *Stelkens*, Abgrenzung der Anwendungsbereiche, 511 (516 f.), für möglich, und zwar für den Fall, dass man unter Maßnahmen und Durchführungsrechtsakten i.S.d. Art. 291 AEUV ausschließlich Handlungen des exekutiven, einzelfallbezogenen Vollzuges versteht. Auf europäische Agenturen wie die ESAs ließen sich dann konsequenterweise keine Konkretisierungsbefugnisse mehr übertragen, weil eine Kontrolle der Befugniswahrnehmung auf der Basis der Durchführungsverordnung weder sinnvoll noch möglich sei.

⁴⁰¹ *Sydow*, JZ 2012, 157 (163), spricht insoweit von einem erheblichen demokratischen Fortschritt durch den Vertrag von Lissabon. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 89, 155 (185)) hatte bereits im „Maastricht-Urteil“ ganz in diesem Sinne erklärt: „Im Staatenverbund der Europäischen Union erfolgt mithin demokratische Legitimation notwendig durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten; hinzu tritt – im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Nationen zunehmend – innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament.“ *Pötters/Werkmeister/Traut*, EuR 2012, 546 (556), erkennen trotz der Kontrollrechte in Art. 290 Abs. 2 AEUV generell nur eine begrenzte Legitimation.

⁴⁰² S. zuvor Gliederungspunkt D.II.2.b)(4)(d)(i) zur Ermessensreduktion auf null durch Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sowie Gliederungspunkt D.II.2.b)(4)(d)(iii) zum Exkurs über die Unanwendbarkeit der sog. „*Meroni*“-Doktrin.

EUV hinaus die direkte politische Kontrolle der konkreten Wahrnehmung der von ihr bloß abgeleiteten Vorbereitungsbefugnis durch die ESAs ausüben. Alles, was die Kommission aus Sicht von Rat und Parlament zu tun berechtigt sein soll, ist, den entsprechenden Delegierten Rechtsakt zu erlassen und damit für fremde Inhalte rein formal die Verantwortung gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV zu übernehmen.

Bei Lichte betrachtet geht es hier nur darum, einen äußeren, demokratischen Schein zu wahren und so zu tun, als hätte die Kommission tatsächlich die durch die vertragsfremden ESAs ausgearbeiteten Inhalte politisch kontrolliert. Dies hielten Rat und Parlament deshalb für erforderlich, weil natürlich auch die Vertreter dieser Organe wissen, dass Agenturen ihre demokratische Legitimation lediglich von den ihrerseits demokratisch legitimierten Unionsorganen ableiten, die sie errichten. Dadurch ist ihr Tun dann immerhin indirekt via Legitimationskette an die Mitgliedstaaten bzw. die Unionsbürger rückgebunden.

Das Problem hier jedoch ist, dass Rat und Parlament im Bereich der Regulierungsstandardsetzung mit dem Erlass des Delegierten Rechtsaktes gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV nicht etwa eine Handlung der ESAs, sondern allein der Kommission kontrollieren. Und eine inhaltliche Kontrolle von Delegierten Rechtsakten ist durch die Ausübung des Einspruchs- und Widerrufsrechts gemäß Art. 290 Abs. 2 AEUV nicht zu besorgen. Eine Rückbindung des konkreten, inhaltlichen Tuns von EBA, ESMA und EIOPA über eine ununterbrochene Legitimationskette an die Mitgliedstaaten sowie an die Unionsbürger findet mithin rein tatsächlich gerade nicht statt. Vielmehr sind die drei Agenturen im Bereich der Regulierungsstandardsetzung demokratiewidrig entkoppelt. Die Inhalte ihrer Entwürfe bewegen sich in einem von politischer Kontrolle befreiten Raum.⁴⁰³

Dieser Befund wiegt umso schwerer, als die ESAs ihrer funktionalen Unabhängigkeit als Regulierungsagentur wegen auch keiner Fachaufsicht unterliegen sollen. Sie können damit tun und lassen, was sie wollen, ohne eine direkte inhaltliche Kontrolle ihrer Entwürfe durch Rat, Parlament oder Kommission fürchten zu müssen. Dem steht auch nicht die Sicherstellung ihrer Gesetzesbindung über die Kontrollen in Art. 263 Abs. 5 AEUV in Verbindung mit Art. 60 und Art. 61 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO entgegen.

Fakt nämlich ist, dass der Beschwerdeweg betreffend die Entwürfe von TRS nicht eröffnet ist. Die ESAs sind, soweit es den Entwurf eines TRS betrifft, der in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes zu erlassen ist, nicht passivlegitimiert. Ihre vorbereitenden, inhaltlichen Handlungen erzeugen noch keine Rechtswirkung gegenüber Dritten. Diese wird frühestens mit dem Inkrafttreten des Delegierten Rechtsaktes be-

⁴⁰³ S. bereits EuG, Rs. T-13/99, *Pfizer Animal Health*, Slg. 2002, II-3305, Rn. 201. In diesem Fall war streitgegenständlich u.a. ein vertragsfremder, wissenschaftlicher Futtermittelausschuss. Bezogen auf diesen war fraglich, ob allein die fachliche Legitimation die Ausübung von Hoheitsgewalt rechtfertigen könnte. Die Richter verneinten dies durch grundsätzliche Überlegungen zur politischen Verantwortung und demokratischen Legitimation bzw. direkten Kontrolle der Kommission durch den Gesetzgeber, die sich von Vornherein nicht auch übergreifend auf den Futtermittelausschuss erstrecken konnte.

sorgt.⁴⁰⁴ Damit jedoch ist es allein die Kommission, die final die Verantwortung – in diesem Fall für das prägende, inhaltliche Handeln vertragsfremder Stellen – im Außenverhältnis trägt. Einem Beschwerden verbleibt somit lediglich die inzidentere Überprüfung im Rahmen einer Klage gegen den Delegierten Rechtsakt gemäß Art. 263 Abs. 1 und 4 3. Variante AEUV. Dadurch wird zwar im Ergebnis dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip Genüge getan, das eine klare Zuordnung von Verantwortung gegenüber dem Bürger fordert, damit er weiß, gegen wen er sein Klagebegehren richten muss.⁴⁰⁵ Allerdings löst die Eröffnung des Rechtsweges und auch damit verbunden das Erwecken eines äußeren, demokratischen Scheins nicht das Problem, dass die politische Kontrolle durch ein Organ der EU nicht stattgefunden hat. *Granner* weist ganz zu Recht darauf hin, dass ein solches Agenturmodell demokratiepolitisch bedenklich ist.⁴⁰⁶ Dies wiegt umso schwerer, als sich auch der EuGH – wie bereits dargelegt⁴⁰⁷ – bei der Überprüfung eines Delegierten Rechtsaktes sehr wahrscheinlich darauf beschränken wird, ob ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch vorliegt, oder ob die Grenzen des Ermessensspielraums offensichtlich überschritten sind. Zweckmäßigkeit- oder Billigkeitserwägungen wird er gerade nicht anstellen.

An diesem einiges Befremden auslösenden Ergebnis ändert sich auch nichts durch den Rat der Aufseher⁴⁰⁸, der das Hauptbeschlussfassungsorgan einer ESA ist⁴⁰⁹, und in dem sich mit anderen zusammen⁴¹⁰ auch die Leiter der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden versammeln.⁴¹¹ Insofern könnte man zur Gewinnung der erforderlichen, demokratischen Legitimation für den Bereich der Regulierungsstandardsetzung eventuell an eine Rückbindung über eben diese von den Mitgliedstaaten entsandten Aufsichtsvertreter denken. Hiergegen spricht allerdings, dass beispielsweise der deutsche Vertreter kein Vertreter der Bundesrepublik Deutschland ist, sondern der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) als Allfinanzaufsichtsbehörde.⁴¹² Der Rat der Aufseher ist mithin keine mitgliedstaatliche Repräsentanz wie etwa der Rat oder der Europäische Rat, sondern bloß die sekundärrechtliche Institutionalisierung eines Behördennetzwerks.⁴¹³ Dieses ist überdies formal nicht in die Legitimationszusammenhänge der Mitgliedstaaten eingebunden, sondern allein der EU.⁴¹⁴

⁴⁰⁴ Allerdings nur dann, wenn der Delegierte Rechtsakt keinerlei Durchführungsmaßnahmen auf der Quartärrechtsebene nach sich zieht (so zutreffend *Pötters/Werkmeister/Traut*, EuR 2012, 546 (560)).

⁴⁰⁵ *Frenz*, Wirkungen und Rechtsschutz, Rn.1931.

⁴⁰⁶ *Granner*, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), 27 (51).

⁴⁰⁷ S.o. Gliederungspunkt D.I.2. a.E.

⁴⁰⁸ S.o. Gliederungspunkt B.III.

⁴⁰⁹ Erwägungsgrund (52) Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴¹⁰ S.o. Gliederungspunkt B.III.

⁴¹¹ Art. 40 Abs. 1 lit. b) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴¹² *Ruffert*, in: Festschrift für Dieter H. Scheuing, 399 (407). Im Ergebnis wohl ebenso *Goldmann/Purnhagen*, VersR 2012, 29 (33). Durch das Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht von 2002 wurde die Banken-, Versicherungs- und Kapitalmarktaufsicht in der BaFin als neue Allfinanzaufsicht zusammengeführt (s. *Heun*, JZ 2012, 235 (239) m.w.N. zu Entwicklung und konkreten Aufgaben der BaFin).

⁴¹³ *Ruffert*, in: Festschrift für Dieter H. Scheuing, 399 (407).

⁴¹⁴ *Ibid.*

(v) Maßgeblicher Einfluss der Mitgliedstaaten über den Rat der Aufseher

An dieser Stelle gewinnt die demokratiewidrige Entkopplung der drei Agenturen allerdings an Schärfe. Eine der zentralen Aufgaben des Rates der Aufseher ist nämlich nicht nur die Vorgabe von Leitlinien für die Tätigkeit einer ESA⁴¹⁵, somit also auch für die Ausarbeitung von Entwürfen für TRS, sondern auch die Beschlussfassung über die fertigen Entwürfe.⁴¹⁶ Es ist demnach der Rat der Aufseher schlechthin, der die konkreten Arbeiten einer ESA steuert⁴¹⁷ und dadurch bestimmt, was die Kommission konkret nur noch „abzunicken“ hat.⁴¹⁸ Die maßgebliche Rolle spielen dabei jedoch allein die nationalstaatlichen Aufsichtsvertreter, denn nur sie sind stimmberechtigt⁴¹⁹ – ohne allerdings direkt verantwortlich zu sein. Bei Lichte betrachtet wird hier also über den Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO – abgesichert durch die horizontalen Vorschlags-, Konsultations- und Abstimmungspflichten – nicht weniger als eine breite Trasse für die Durchsetzung mitgliedstaatlicher Interessen quer durch die legislativen Kompetenzen der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV geschlagen bar jeder demokratischen Legitimation.⁴²⁰

Dieser Ansicht kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass die stimmberechtigten, mitgliedstaatlichen Vertreter gemäß Art. 42 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, um ihr objektives Handeln allein im Unionsinteresse zu gewährleisten.⁴²¹ Die Beachtung dieser Vorgabe wird sich in der Praxis nämlich nicht durchhalten lassen. Es gibt keinen Grund, warum die Loyalität gegenüber der heimatstaatlichen Aufsichtsbehörde nicht fortbestehen sollte.⁴²² Von den Beteiligten wäre es auch zu viel verlangt, heute unabhängige Beschlüsse im Interesse der EU fällen zu müssen, während man gestern vielleicht noch abweichende Risikoeinschätzungen oder produktspezifische Überlegungen im Heimatstaat verlautbart hat. Die Glaubwürdigkeit des eigenen Tuns den europäischen Bürgerinnen und Bürgern gegenüber wird dadurch jedenfalls nicht gesteigert.

Zudem hat speziell im Falle Deutschlands der vormalige Präsident der BaFin, *Jochen Sanio*, bereits früh verkündet, dass die allergrößten Anstrengungen zu unternehmen seien, sich in den ESAs die Meinungsführerschaft zu erarbeiten, um deutsche Positionen durchzusetzen.⁴²³ Losgelöst von der Frage, ob dieser Ansatz richtig oder falsch ist, lässt er sich jedenfalls nur schwer als gesamteuropäisches Anliegen verstehen,

⁴¹⁵ Art. 43 Abs. 1 1. Halbsatz EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴¹⁶ Erwägungsgrund (53) Satz 2 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (52) EIOPA-VO.

⁴¹⁷ *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 2 (7).

⁴¹⁸ *Goldmann/Purnhagen*, VersR 2012, 29 (32).

⁴¹⁹ Gemäß Art. 40 Abs. 1 lit. (b) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴²⁰ *Michel*, DÖV 2011, 728 (735). *Sydow*, JZ 2012 157 (162), weist zutreffend darauf hin, dass im Anwendungsbereich des Art. 290 AEUV eine mitgliedstaatliche Beteiligung an der Rechtsetzung der Kommission nicht vorgesehen ist.

⁴²¹ Diese Unabhängigkeitspflicht gilt daneben nur noch für den Vorsitzenden eines Aufseherrates jeweils gemäß Art. 40 Abs. 1 lit. a) EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴²² So *Holznaegel/Schumacher*, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 737 (744); *Lehmann/Manger-Nestler*, EuZW 2010, 87 (89); *Hoffmann/Detzen*, Der Betrieb 2011, 1261 (1263), erwarten geradezu Abstimmungsprozesse und damit verbundene Interessenkonflikte.

⁴²³ *Sanio*, Neue Finanzaufsicht, B3 a.E.

das doch die drei Gründungsverordnungen so hoffnungsvoll zu formulieren wagen. Und speziell im Falle Deutschlands sprechen darüber hinaus gewichtige Argumente dafür, dass die Weisungsungebundenheit des deutschen Vertreters den grundgesetzlichen Anforderungen an die demokratische Legitimation widerspricht.⁴²⁴ Fakt ist, dass die BaFin Teil des bundesrepublikanischen Verwaltungsaufbaus und damit Teil des innerstaatlichen Hierarchiesystems ist, dem sie sich nicht einfach so entziehen kann.⁴²⁵ Im Gegenteil: §2 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes stellt ausdrücklich klar, dass die BaFin der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesfinanzministeriums untersteht. Das Unabhängigkeitspostulat in Art. 42 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO ist somit reine Augenwischerei.

(e) Annexvorschriften

Zwar vom Grundsatz her unbedenklich sind die in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 3, Abs. 3 UA 4 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Informations- und Dokumentationspflichten. Ihre Unzulässigkeit folgt jedoch im Ergebnis aus ihrer Eigenschaft als Annexvorschriften zu unzulässigen Normen.

(f) Zwischenergebnis

Die Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO verstoßen zum Teil in mehrfacher Hinsicht gegen das Unionsrecht. Keinen Bedenken begegnen dem gegenüber zwar die in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 3, Abs. 3 UA 4 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Informations- und Dokumentationspflichten. Als Annexvorschriften zu unzulässigen Normen sind jedoch auch diese Vorschriften im Ergebnis unionsrechtswidrig.

Gegen die Gründungsverträge verstoßen die Art. 10 Abs. 1 UA 6-8 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, weil sie ein horizontales Verfahren der Zusammenarbeit von ESAs und Kommission statuieren. Hierdurch wird der Kernkompetenzbereich der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV verletzt. Der europäische Gesetzgeber hat damit seine ihm durch den Vertrag von Lissabon verliehenen Befugnisse überschritten. Dies gilt im Ergebnis auch für die Bestimmungen in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 1, Abs. 3 UA 3 und 4 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, weil sie die Kommission verpflichten, den ESAs Änderungsvorschläge zu unterbreiten sowie einen selbstgefertigten Entwurf eines TRS an Rat und Parlament sowie die ESAs weiterzuleiten. Speziell die Bestimmungen in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 1, UA 8, Abs. 2, Abs. 3 UAe 2 und 4 Satz 1, UA 6 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sind auch deshalb unionsrechtswidrig, weil sie die Kommission verpflichten, die ESAs, die Öffentlichkeit sowie die in Art. 37 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Interessengruppen zu konsultieren und sich eng mit den ESAs abzustimmen.

⁴²⁴ *Ruffert*, in: Festschrift für Dieter H. Scheuing, 399 (406). Siehe auch ausführlich *Häde*, EuZW 2011, 662 (664 f.) zur mutmaßlichen Unvereinbarkeit der Errichtung der ESAs mit dem deutschen Verfassungsrecht wegen der Unabhängigkeit des deutschen Aufsichtsvertreter.

⁴²⁵ *Frenz*, Wirkungen und Rechtsschutz, Rn.1917.

Gegen das Unionsrecht verstößt es ferner, dass die Kommission gemäß Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO von Entwürfen der ESAs nur dann soll abweichen dürfen, wenn dies aus Gründen des Unionsinteresses erforderlich ist. Im Ergebnis löst diese Bestimmung eine Reduktion des der Kommission über Art. 290 Abs. 1 AEUV zufallenden Ermessens auf null aus, wodurch ihr effektiv nur der Erlass des Rechtsaktes verbleibt. Damit beschränkt sich ihre Bedeutung *de facto* auf eine Art Notarfunktion. Im Gegenzug jedoch wächst ihr Ermessensspielraum den ESAs als eigener zu; begrenzt insoweit, als diese nur keine strategischen oder politischen Erwägungen stellen dürfen. Dadurch werden sie im Übrigen jedoch zum Co-Akteur bei der Ausübung hoheitlicher, legislativer Gewalt. Dies führt zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts konkret durch die Verletzung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit der Organe sowie des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung.

Zur Wahrnehmung hoheitlicher Legislativaufgaben können darüber hinaus nur solche Organe in Betracht kommen, die dazu ausdrücklich, primärrechtlich berufen sind. Dies trifft auf die drei vertragsfremden EU-Agenturen jedoch nicht zu. Ihre Handlungen in Form von (geänderten) Entwürfen für TRS werden dennoch nicht einmal direkt durch ein demokratisch legitimes Organ der Union kontrolliert. Im Ergebnis ist hier deshalb eine demokratiewidrige Entkopplung zu bejahen, die sich durch den maßgeblichen Einfluss der Mitgliedstaaten über den Rat der Aufseher verschärft. Insoweit hat sich gezeigt, dass das in den Gründungsverordnungen verankerte Unabhängigkeitspostulat eine Nebelkerze ist, die den Blick darauf verstellen soll, dass die Kompetenzen der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV massiv beschnitten werden.

c) *Zwischenergebnis*

Die vorbereitenden Maßnahmen, i.e. der Entwurf und die Änderung eines TRS, sowie die Nichtannahme und sein Erlass in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes richten sich konkret nach Art. 10 Abs. 1 UAe 3-8, Abs. 2-3; Art. 11 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

Wie gezeigt wurde, verstoßen die in den Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, UAe 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Bestimmungen zum Teil in mehrfacher Hinsicht gegen das Unionsrecht. Sie verletzen die Kompetenzen der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV. Der europäische Gesetzgeber hat hier seine ihm durch den Vertrag von Lissabon verliehenen Befugnisse teilweise sehr weit überschritten.

Im Ergebnis nicht zu beanstanden sind dem gegenüber die Art. 10 Abs. 1 UAe 3, 4 und 5 Satz 1, Art. 11 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

3. *Kontrolle (Art. 11 Abs. 3; 12-13 EBA-VO, ESMA-VO, EIOPA-VO)*

Übertragen Rat und Parlament der Kommission in einem Gesetzgebungsakt die Befugnis, einen TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts zu erlassen, und macht sie davon Gebrauch, unterliegt die Ausübung nach Art. 11 Abs. 3 EBA-/ESMA-

/EIOPA-VO den in Art. 12 bis 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Bedingungen. Nachfolgend sollen nun abermals zunächst die Inhalte dieser sekundärrechtlichen Normen dargestellt werden, um sie im Anschluss am Primärrecht unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 Abs. 2 AEUV zu reflektieren. Soweit es Art. 14 und die darin niedergelegten Informations- und Dokumentationspflichten betrifft, wurde diese Vorschrift bereits auf Grund des systematischen Zusammenhangs mit anderen Normen an früherer Stelle dargestellt und besprochen. Insoweit wird darauf verwiesen.⁴²⁶

a) *Konkreter Inhalt der Normen*

Die Übertragung der „in Artikel 10 genannte[n] Befugnisübertragung“ kann jederzeit durch Rat oder Parlament widerrufen werden.⁴²⁷ Das Organ, das ein Widerrufsverfahren eingeleitet hat, soll jedoch das andere Organ und die Kommission innerhalb einer angemessenen Frist vor der finalen Beschlussfassung davon in Kenntnis setzen.⁴²⁸ Der Beschluss über den Widerruf beendet die konkrete Befugnisübertragung.⁴²⁹ Er wird im EU-Amtsblatt veröffentlicht und wird sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt wirksam.⁴³⁰ Die Wirksamkeit von TRS, die als Delegierte Rechtsakte erlassen wurden und bereits in Kraft getreten sind, soll von dem Widerruf allerdings nicht berührt werden.⁴³¹

Ergänzend können Rat und Parlament gegen einen als Delegierten Rechtsakt erlassenen TRS auch Einspruch einlegen; und zwar binnen einer Frist von drei Monaten, die um drei weitere Monate verlängert werden kann.⁴³² Hat die Kommission allerdings einen Rechtsakt erlassen, der auf den Entwurf einer ESA zurückgeht, beträgt die Frist nur einen Monat, die um einen weiteren Monat verlängert werden kann.⁴³³ Folge eines Einspruches ist, dass er nicht in Kraft tritt.⁴³⁴ Läuft die Frist hingegen ab, ohne dass Einspruch erhoben wurde, wird der Delegierte Rechtsakt im EU-Amtsblatt veröffentlicht und tritt zu dem darin genannten Zeitpunkt in Kraft.⁴³⁵ Er kann allerdings auch vor Ablauf dieser Frist veröffentlicht werden und in Kraft treten, wenn Rat und Parlament der Kommission mitteilen, dass sie nicht die Absicht haben, Einspruch zu erheben.⁴³⁶

⁴²⁶ S.o. Gliederungspunkt D.II.2.b)(1).

⁴²⁷ Art. 12 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴²⁸ Art. 12 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴²⁹ Art. 12 Abs. 3 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³⁰ Art. 12 Abs. 3 Sätze 2 und 4 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³¹ Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³² Art. 13 Abs. 1 UA 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³³ Art. 13 Abs. 1 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³⁴ Art. 13 Abs. 3 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO. Das Organ, das Einspruch gegen den TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes einlegt, hat die Gründe dafür anzugeben (Art. 13 Abs. 3 Satz 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO).

⁴³⁵ Art. 13 Abs. 2 UA 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

⁴³⁶ Art. 13 Abs. 2 UA 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO.

b) Reflektion am Primärrecht

Nach Ansicht des Verfassers sind die in den Art. 11 Abs. 3; 12 bis 13 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Kontrollbedingungen unionsrechtlich im Grundsatz nicht zu beanstanden. Sie gehen in ihrem Kern nicht weiter als die primärrechtlichen Bestimmungen in Art. 290 Abs. 2 AEUV, auf denen sie basieren.

Art. 11 Abs. 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO ist die sekundärrechtliche Konkretisierung des Art. 290 Abs. 2 1. Halbsatz AEUV. Danach können die Bedingungen, unter denen die Übertragung einer delegierten Befugnis kontrolliert wird, „in Gesetzgebungsakten ausdrücklich festgelegt“ werden. Die drei Gründungsverordnungen sind Gesetzgebungsakte. Und über den Verweis in Art. 11 Abs. 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO erfolgt die Kontrolle nach dem in Art. 12 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO geregelten Widerrufsrecht sowie nach dem in Art. 13 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO geregelten Einspruchsrecht.

Es spricht nichts dagegen, dass diese sekundärrechtlich konkretisierten Kontrollrechte, so wie sie einheitlich in den Gründungsverordnungen niedergelegt worden sind, durch Bezugnahme in den Anwendungsbereich eines anderen Gesetzgebungsaktes, mit dem die Befugnis zum Erlass von Delegierten Rechtsakten auf die Kommission übertragen wird, mit einbezogen werden. Dies ist etwa an zahlreichen Stellen bei EMIR der Fall.⁴³⁷ Die Entscheidung, wo Rat und Parlament ihre Kontrollrechte konkret niederlegen, fällt in ihr Ermessen. Hierzu zählt ebenso die Wahl einer horizontalen Regelung, wie sie mit den Art. 11 Abs. 3; 12 bis 13 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO tatsächlich geschaffen wurde. Art. 290 Abs. 2 AEUV fordert nicht, dass die Kontrollrechte stets in demselben Gesetzgebungsakt festzuschreiben sind, mit dem die delegierten Befugnisse übertragen werden. Art. 290 Abs. 2 1. Halbsatz spricht lediglich davon, dass die Bedingungen in Gesetzgebungsakten festgelegt werden müssen. Diese sich allgemein lesende Anforderung gilt zwar auch für die Befugnisübertragung im Sinne des Art. 290 Abs. 1 AEUV, der systematische Zusammenhang jenes Absatzes weist jedoch darauf hin, dass die konkrete Befugnisübertragung stets in dem Gesetzgebungsakt selbst zu erfolgen hat, der durch die Kommission zu konkretisieren ist. Hierfür spricht die Formulierung in Art. 290 Abs. 1 UA 2 Satz 1 AEUV, wonach Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer „der“ Befugnisübertragungen ausdrücklich „in den betreffenden“ Gesetzgebungsakten festzulegen sind. Eine vergleichbare, ausdrückliche Bezugnahme auf den Basisrechtsakt, in dem die Befugnis übertragen wird, kennt Art. 290 Abs. 2 AEUV nicht und eröffnet deshalb dem Gesetzgeber Spielraum für die Schaffung einer horizontalen Kontrollregelung in einem separaten Gesetzgebungsakt.

Unproblematisch ist ebenso die konkrete Ausgestaltung des Widerrufs- und Einspruchsrechts in den Art. 12 und 13 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, soweit die Inhalte über jene der in Art. 290 Abs. 2 lit a) und b) AEUV genannten, knapp formulierten Maßgaben hinausgehen. Insoweit handelt es sich hier überwiegend um bloße Fristen und reine Verfahrensabsprachen, mit denen das Zusammenwirken der Organe sowie der interinstitutionelle Informationsfluss verbessert werden sollen. Daneben sind insbesondere die Bestimmungen, dass der Beschluss über den Widerruf die konkrete Be-

⁴³⁷ S.o. Gliederungspunkt D.II.2.b)(4)(a) zur Verweisungstechnik.

fugnisübertragung beendet, und ein erlassener Rechtsakt nicht in Kraft tritt, wenn Einspruch erhoben wurde, rein deklaratorisch.

Art. 12 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO bestimmt, dass die „in Artikel 10 genannte Befugnisübertragung“ jederzeit durch Rat oder Parlament widerrufen werden kann. Auch diese Formulierung ist missverständlich.⁴³⁸ Sie liest sich ebenfalls so, als würde erst mit Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO die Befugnis auf die Kommission übertragen, Delegierte Rechtsakte zu erlassen. Dies widerspräche aber bereits dem Wortlaut in Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO, der zutreffend davon ausgeht, dass die Befugnis in einem Gesetzgebungsakt übertragen wird, der nicht die EBA-VO, ESMA-VO oder EIOPA-VO ist. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung hat treffen wollen. Sie widerspräche im Übrigen auch Art. 290 Abs. 1 AEUV. Der Gesamtzusammenhang spricht vielmehr dafür, dass es hier allein um den Widerruf der Übertragung von Befugnissen zum Erlass von Delegierten Rechtsakten in einem Gesetzgebungsakt geht, der jedenfalls nicht die EBA-VO, ESMA-VO oder EIOPA-VO ist.

c) *Beschränkung der Wirkung des Widerrufs*

Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO schreibt vor, dass die Wirksamkeit von TRS, die als Delegierte Rechtsakte erlassen wurden und bereits in Kraft getreten sind, von einem Widerruf nicht berührt werden sollen. Der Wortlaut des Art. 290 AEUV lässt diese Maßgabe zwar unproblematisch zu, der tiefere Sinn dieser Regelung will dem Verfasser jedoch nicht einleuchten. Vielfach werden dafür Vertrauensschutzgründe angeführt.⁴³⁹ Das ist jedoch nur die eine Seite der Medaille. Auf der anderen Seite ist die unnötige Aufgabe von autonomen Kontrollrechten des Gesetzgebers festzustellen.

Artikel 290 Abs. 2 lit. a) AEUV weist Rat und Parlament ein exklusives Initiativrecht zu, über das der Kontrollmechanismus unabhängig vom jeweils anderen Gesetzgebungsorgan sowie der Kommission ausgelöst und diese ohne Erfüllung weiterer Voraussetzungen dazu verpflichtet werden kann, die Aufhebung per Gesetzgebungsakt unverzüglich in die Wege zu leiten. Das aus Art. 17 Abs. 2 Satz 1 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. Die Beschränkung in Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO hebt diese Ermessensreduktion jedoch auf und führt der Kommission ihr volles Initiativrecht aus Art. 17 Abs. 2 Satz 1 EUV wieder zu. Rat und Parlament können auf der anderen Seite mit einem Widerruf nun 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 ihrer Kontrolle durch die Erklärung seiner fortgesetzten Wirksamkeit ab Inkrafttreten entzogen. Wenn sie nun aber dennoch einmal die Aufhebung erreichen wollen, sind sie gezwungen, den gewöhnlichen und zeitaufwendigen, aber vor allem unsicheren Weg

⁴³⁸ S. o. insoweit schon Gliederungspunkt D.II.1. zur Befugnisübertragung.

⁴³⁹ Aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *Sohn/Koch*, Umsetzung von Artikel 290 AEUV, 21.

einer „Aufforderung“ über Art. 17 Abs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 225 und 241 AEUV zu beschreiten. Dass eine Kontrollmöglichkeit, die auf der Initiative der kontrollierten Kommission selbst beruht, in Bezug auf Effektivität und Durchsetzungskraft nicht so richtig Sinn ergibt, hält auch *Nettesheim* unmittelbar für einleuchtend.⁴⁴⁰

Überzeugender wäre es deshalb, auf eine Vorschrift wie in Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO ganz zu verzichten. Hierfür spricht insbesondere, dass es im Ermessen von Rat und Parlament steht, im Beschluss über den Widerruf selbst zu bestimmen, welche Auswirkungen der Widerruf der Befugnisübertragung auf die Ermächtigungsgrundlage konkret haben soll. Um Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen, böte sich der Eintritt der Rechtswidrigkeit erst ab dem Inkrafttreten des Widerrufsbeschlusses (*ex nunc*) oder später an. Auf die sehr spezielle Norm in den Gründungsverordnungen kommt es insoweit demnach nicht an.⁴⁴¹

d) *Zwischenergebnis*

Die Ausübung der Kontrolle der auf die Kommission übertragenen, delegierten Befugnis erfolgt nach den in Art. 11 Abs. 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO i.V.m. Art. 12 bis 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO genannten Bedingungen. Unionsrechtlich sind diese Vorschriften nicht zu beanstanden. Sie gehen im Kern nicht weiter als die primärrechtlichen Bestimmungen in Art. 290 Abs. 2 AEUV, auf denen sie basieren. Insbesondere erscheint es als unproblematisch, dass die drei Gründungsverordnungen insoweit als horizontale Kontrollregelungen zu dienen bestimmt sind.

Nach Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO soll die Wirksamkeit von TRS, die als Delegierte Rechtsakte erlassen wurden und bereits in Kraft getreten sind, von einem Widerruf nicht berührt werden. Das führt im Ergebnis zu einer Beschränkung der Rechtsfolgewirkung des Widerrufs auf noch nicht in Kraft getretene Delegierte Rechtsakte. Rechtswidrige, aber bereits in Kraft getretene Delegierte Rechtsakte werden hingegen der Kontrolle durch den Gesetzgeber entzogen. Da es im Ermessen des Gesetzgebers steht, im Beschluss über den Widerruf festzulegen, welche Auswirkungen der Widerruf der Befugnisübertragung auf die Ermächtigungsgrundlage konkret haben soll, ist die Beschränkung nicht nachvollziehbar, denn Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit könnte er dadurch auch selbst in hinreichend angemessener Weise berücksichtigen.

⁴⁴⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 61.

⁴⁴¹ Der Verfasser weist darauf hin, dass dieser Abschnitt seine ausführliche Besprechung dieses Problems aus der ZEuS 2011, 567 (591 ff.), zusammenfasst. Aufgrund der großen praktischen Bedeutung sowie des thematischen Zusammenhangs erlaubt er sich jedoch, die Textstellen an dieser Stelle stark verkürzt wiederzugeben.

4. Zwischenergebnis

Die Analyse des in Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Verfahrens der Regulierungsstandardsetzung im Anwendungsbereich des Art. 290 AEUV weist zum Teil schwerwiegende unionsrechtliche Friktionen auf.

Unbedenklich sind zunächst die Vorschriften zur Befugnisübertragung in Art. 10 Abs. 1 UA 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO. Danach können die ESAs den Entwurf für einen TRS erstellen, wenn Rat und Parlament der Kommission zuvor die Befugnis in einem Gesetzgebungsakt übertragen haben, einen TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV zu erlassen, und die Behörden ihrerseits einen konkreten Auftrag erhalten haben. Die Gründungsverordnungen bestätigen insoweit die aus dem Primärrecht abzuleitende Voraussetzung, dass die Befugnisübertragung auf die Kommission mittels eines Gesetzgebungsakts erforderlich ist, der jedenfalls nicht die EBA-VO, ESMA-VO oder EIOPA-VO sein kann.

Nicht grundsätzlich zu beanstanden sind auch die Bestimmungen über die Ausübung der Kontrolle der auf die Kommission übertragenen, delegierten Befugnis in Art. 11 Abs. 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO i.V.m. Art. 12 bis 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO. Sie beachten das Primat des Primärrechts. Dass es sich insoweit um horizontale Kontrollregelungen handelt, begegnet mit Blick auf Art. 290 Abs. 2 AEUV keinen Bedenken. Die Beschränkung der Wirkung des Widerrufs durch Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO überzeugt jedoch im Ergebnis nicht, da die Möglichkeit zur Ausübung des Kontrollrechts letztlich auf der Initiative der kontrollierten Kommission selbst beruht.

Ferner sind auch die Art. 10 Abs. 1 UAe 3, 4 und 5 Satz 1, Art. 11 Abs. 2 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO unbedenklich. Im Einzelnen handelt es sich hierbei lediglich um reine Informations- und Dokumentationspflichten sowie um eine zulässige, zeitliche Beschränkung für die konkrete Ausübung von Befugnissen, die noch als angemessen bezeichnet werden kann. Darüber hinaus werden allgemeine Einzelheiten des Arbeitsauftrages für die ESAs beschrieben, die sich für sie als typische Regulierungsagenturen aus ihren Gründungsverordnungen ergeben müssen.

Zum Teil in mehrfacher Hinsicht verstoßen allerdings die Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO gegen das Unionsrecht. Sie verletzen die Kompetenzen der Kommission aus Art. 290 Abs. 1 AEUV. Der europäische Gesetzgeber hat hier seine ihm durch den Vertrag von Lissabon verliehenen Befugnisse teilweise weit überschritten. Keinen Bedenken begegnen dem gegenüber zwar die in Art. 10 Abs. 1 UA 6 Satz 3, Abs. 3 UA 4 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Informations- und Dokumentationspflichten. Als Annexvorschriften zu unzulässigen Normen sind jedoch auch diese Normen im Ergebnis unionsrechtswidrig.

5. Exkurs: Es lebe Lamfalussy!

Aus dem zum Delegierten Rechtsakt Gesagten ergab sich, dass das *Lamfalussy*-Verfahren ohne weiteres als tot zu bezeichnen ist.⁴⁴² Speziell mit Blick auf die Regulie-

⁴⁴² S.o. Gliederungspunkt D.I.8.g)(1)(c).

rungsstandardsetzung ist das allerdings anders. Durch das Verfahren, wie es in den Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegt worden ist, wurde das *Lamfalussy*-Verfahren nämlich auf unionsrechtswidrige Weise zu neuem Leben erweckt. Erst auf den zweiten Blick ist verständlich, warum. Der erste Blick soll sich aber zunächst noch einmal auf das Verfahren zum Erlass eines TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts in seinen wesentlichen Grundzügen richten, um die strukturelle Ähnlichkeit zum *Lamfalussy*-Verfahren – dem toten Original⁴⁴³ – besser aufzeigen zu können.

Der Idee des europäischen Gesetzgebers nach soll auf einer ersten Stufe die sekundärrechtliche Rahmenrechtsetzung verabschiedet werden. Die Ausarbeitung von TRS, die später als Delegierte Rechtsakte zu erlassen sind, soll auf einer zweiten Stufe erfolgen.⁴⁴⁴ Auf dieser erhalten zunächst in einem ersten Schritt „Organe mit hochspezialisierter Sachkenntnis“⁴⁴⁵ den Auftrag, konkrete Entwürfe für TRS auszuarbeiten. Zu diesen „Organen“ zählen der Rat und das Europäische Parlament die ESAs. Nach u.a. einer ausführlichen öffentlichen Konsultation beschließen die drei Agenturen in einem zweiten Schritt durch ihre stimmberechtigten, nationalstaatlichen Mitglieder im Rat der Aufseher die Entwürfe für TRS. Im Anschluss werden diese der Kommission zur lediglich formalen Verabschiedung gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV vorgelegt. In einem dritten Schritt darf diese nicht mehr als die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht sowie mit den grundlegenden Prinzipien des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen überprüfen. Schließlich soll die Kommission idealerweise in einem vierten Schritt die TRS in Gestalt von Delegierten Rechtsakten erlassen.

Auf einer dritten Stufe geht es in erster Linie darum, in von TRS, die als Delegierte Rechtsakte erlassen wurden, nicht abgedeckten Bereichen Leitlinien und Empfehlungen zur Anwendung des Unionsrechts abzugeben.⁴⁴⁶ Auf Stufe 4 schließlich sollen neben der Kommission in ihrer unionsrechtlich garantierten Funktion als Hüterin der Verträge auch die ESAs für die korrekte und vollständige Anwendung des Unionsrechts Sorge tragen und ggf. konkret-individuelle Maßnahmen ergreifen dürfen.⁴⁴⁷

Der Vergleich des Verfahrens zum Erlass eines TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes mit dem Original-*Lamfalussy*-Verfahren zeigt in den wesentlichen Punkten erstaunliche Parallelen. In beiden Fällen gibt es vier Stufen, die sich in ihrer Grundkonzeption ähneln. Auf Stufe 1 ist das Gesetzgebungsverfahren, auf Stufe 2 ist das Konkretisierungsverfahren und auf Stufe 3 und 4 sind Mechanismen zur korrekten und vollständigen Anwendung des Unionsrechts angesiedelt. In der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Stufen gibt es nun zwar Unterschiede. So folgen etwa die

⁴⁴³ S.o. Gliederungspunkt D.I.8.g)(1)(a).

⁴⁴⁴ Wie etwa EMIR zeigt, ist die Vorstellung des europäischen Gesetzgebers dadurch geprägt, dass zwischen dem Erlass eines „normalen“ Delegierten Rechtsaktes nach Art. 82 EMIR einerseits und dem Erlass eines TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes nach – beispielsweise – Art. 4 Abs. 4 UA 3 EMIR i.V.m. Art. 10-14 ESMA-VO andererseits unterschieden wird. In dem einen Fall soll die Kommission den Rechtsakt allein vorbereiten und erlassen, jedoch zuvor noch die ESMA konsultieren müssen; und in dem anderen soll hingegen grundsätzlich die ESMA den Rechtsakt in Gestalt eines Entwurfes für einen TRS vorbereiten dürfen, den die Kommission später nur noch zu erlassen hat. Daraus folgt gewissermaßen der Spezialcharakter der Regulierungsstandardsetzung.

⁴⁴⁵ Erwägungsgründe (22) Satz 2 EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (21) Satz 2 EIOPA-VO.

⁴⁴⁶ Erwägungsgründe (26) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (25) EIOPA-VO.

⁴⁴⁷ Erwägungsgründe (27 f.) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (26 f.) EIOPA-VO.

Vorbereitung und der Erlass eines TRS in Form eines Delegierten Rechtsaktes auf Stufe 2 einem anderen Ablauf als die Vorbereitung und der Erlass einer Durchführungsbestimmung im Rahmen des *Lamfalussy*-Verfahrens. Und auf Stufe 4 fällt nun bemerkenswerterweise drei vertragsfremden EU-Agenturen eine Wächterfunktion mit der Möglichkeit zum Ergreifen von Einzelmaßnahmen zu.

Hier nun aber speziell mit Blick auf Stufe 2 ist jedoch allein von Bedeutung, dass der Kommission in beiden Verfahren lediglich die Rolle als Hüterin der Verträge sowie als eine Art Notarin zukommen soll. Über die konkreten Inhalte der Rechtsakte entscheiden *de facto* andere: im Rahmen des *Lamfalussy*-Verfahrens die Vertreter der mitgliedstaatlichen Finanz- und Wirtschaftsministerien und im Rahmen des Verfahrens zum Erlass von TRS als Delegierte Rechtsakte die Leiter der nationalen Aufsichtsbehörden. An dieser Stelle muss allerdings wiederholend angemerkt werden, dass es etwa auch aus deutscher Sicht auf den Unterschied von Ministerien einerseits und Aufsichtsbehörden andererseits tatsächlich nicht ankommt. Nach §2 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes untersteht die BaFin nämlich der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesfinanzministeriums, so dass es nicht von Belang ist, welche Behörde im Rat der Aufseher für Deutschland konkret mit am Tisch sitzt. Damit hat sich für den Bereich der Regulierungsstandardsetzung im Vergleich zum Original-*Lamfalussy*-Verfahren im Ergebnis nichts geändert. Das Bundesfinanzministerium kann weiterhin federführend für Deutschland entscheiden.

Worin aber liegt nun der tiefere Sinn, die Strukturen des *Lamfalussy*-Verfahrens wiederzubeleben und der Kommission im Anwendungsbereich des Art. 290 Abs. 1 AEUV *contra legem* eine sehr schwache Rolle zuzuweisen, die von den Vorstellungen des Unionsrechtsgebers in so fundamentaler Weise abweicht? Wie die Untersuchungen zuvor nachgewiesen haben, sollte die Kommission mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ja gerade eine starke, autonome Stellung bei der Vorbereitung und dem Erlass von Delegierten Rechtsakten haben. Dies insbesondere in Abgrenzung zum Anwendungsbereich des Art. 291 AEUV, der die bloße Durchführung von bereits durchentschiedenen Teilen eines Basisrechtsaktes primär durch die Mitgliedstaaten adressiert. Warum also ist die Abschtung von Legislativaufgaben exklusiv auf die Kommission, in der sich dezidiert die Zuweisung von Entscheidungsmacht und Steuerungsbefugnissen ausdrückt, die die Spiegel von legitimatorischen Wertungen und funktionalen Einschätzungen des Unionsrechtsgebers sind⁴⁴⁸, in so irritierender Weise ohne jede Bedeutung für den europäischen Gesetzgeber? Das hat einen einfachen Grund: Rat und Parlament fürchten sich – wie es u.a. der Abgeordnete *Holger Krahnmer* auf den Punkt gebracht hat – vor der Beamtendiktatur.⁴⁴⁹ Deshalb hält dieser Abgeordnete den Lissabon-Vertrag im Bereich der abgeleiteten Rechtsetzung wie so viele andere auch für missglückt.⁴⁵⁰ Nichts lag für den europäischen Gesetzgeber näher, als die Kommission in den Wirren der Finanzkrise zunächst einmal in dem mit Abstand wichtigsten Politikbereich der EU – den Finanzdienstleistungen – einer engen Kontrolle zu unterwerfen, um ihre Gestaltungsmacht zu beschränken.

⁴⁴⁸ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 AEUV, Rn. 16.

⁴⁴⁹ Der Spiegel, Heiße Ware, Nr. 35 vom 27. August 2012, 86 f.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

Genau besehen ist der Rat der Aufseher nämlich nichts anderes als ein klassischer Komitologieausschuss, wie ihn bereits die Durchführungsverordnung in unterschiedlichen Formationen kennt. Die ebenda verorteten Ausschüsse dienen ausdrücklich reinen Kontrollzwecken durch die Mitgliedstaaten.⁴⁵¹ Und auch ihrer Genese nach hat die Komitologie einzig und allein das Ziel, die Kommission an der mitgliedstaatlichen Leine zu halten.⁴⁵² Dies ist im Bereich der Regulierungsstandardsetzung äußerst effektiv gelungen. Beim Blick auf das Verfahren zum Erlass eines TRS in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts in den Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO besteht strukturell nämlich eine große Ähnlichkeit mit dem Prüfverfahren in Art. 5 der Durchführungsverordnung⁴⁵³. Und dieses Verfahren soll ausdrücklich sicherstellen, dass die Kommission keine Durchführungsrechtsakte erlassen kann, die nicht im Einklang mit der Stellungnahme des Prüfausschusses stehen.⁴⁵⁴ Nichts anderes ist das Ziel der drei Verordnungen zur Gründung der ESAs im Bereich der Regulierungsstandardsetzung. Über den Rat der Aufseher legen allein die stimmberechtigten, nationalstaatlichen Aufsichtsvertreter die Inhalte der Entwürfe für TRS fest, die die Kommission nur der Bewahrung des äußeren demokratischen Scheins wegen noch formal in Gestalt von Delegierten Rechtsakten zu erlassen hat.

Es gibt allerdings zugleich auch einen bedeutsamen Unterschied zum Prüfverfahren im Rahmen der Durchführungsverordnung. Während danach nämlich der Kommission immerhin noch das Recht des ersten Entwurfes zusteht⁴⁵⁵, haben nach den Bestimmungen der EBA-/ESMA-/EIOPA-VO grundsätzlich allein die drei ESAs das Vorschlagsrecht für TRS. Soweit es also um ihren Erlass in Gestalt von Delegierten Rechtsakten im Anwendungsbereich des Art. 290 AEUV geht, der legislative Befugnisse adressiert, hat die Kommission demnach weniger Rechte als im Anwendungsbereich des Art. 291 AEUV, der reine Durchführungs Befugnisse adressiert. Diese Bestandsaufnahme weist auf eine nahezu vollständige Entkernung ihrer legislativen Aufgabe durch den Rat und die Abgeordneten des Europäischen Parlaments hin. *Craig* findet das alles völlig zu Recht paradox.⁴⁵⁶

III. Zwischenergebnis

Nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sind TRS in Gestalt von Delegierten Rechtsakten zu erlassen. Durch die Verknüpfung mit einer nach dem Primärrecht zulässigen Handlungsform hat der europäische Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er das Primat der Gründungsverträge anerkennen will. Außerdem hat er sich in Art. 1 Abs. 4 1. Halbsatz EBA-/ESMA-/EIOPA-VO ausdrücklich zur Beachtung der Befugnisse der Kommission bekannt. Die Untersuchung der Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO insbesondere am Maßstab des Art. 290 AEUV zeigt

⁴⁵¹ S. Art. 1 der Durchführungsverordnung (s.o. Fn. 200).

⁴⁵² *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 2001, 246 (268).

⁴⁵³ S.o. Fn. 200.

⁴⁵⁴ Erwägungsgrund (11) Satz 2 der Durchführungsverordnung (s.o. Fn. 200).

⁴⁵⁵ Art. 3 Abs. 3. UA 1 der Durchführungsverordnung (s.o. Fn. 200).

⁴⁵⁶ *Craig*, Administrative Law, 173.

jedoch, dass er sich daran nicht konsequent gehalten hat. Die Vorschriften über das Verfahren der Regulierungsstandardsetzung verstoßen zum Teil gegen das Primärrecht.

Fakt ist, dass die Kommission gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV das einzige Organ ist, das einen Delegierten Rechtsakt vorbereiten und erlassen kann. Insoweit genießt sie ein Monopol. Mit diesem verbunden ist ein Ermessensspielraum, in dessen Rahmen sie beispielsweise ebenso politische wie strategische Abwägungsentscheidungen autonom treffen kann. Eine Pflicht zur Durchführung von Konsultationen kennt die Norm genauso wenig wie eine Pflicht zur Abstimmung mit anderen EU-Organen, -Einrichtungen oder -Stellen. Wie die Kommission sich ihre Ansichten bildet, ist ganz allein ihre Sache. Darüber hinaus ist aus Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EUV abzuleiten, dass dem Erlass eines Delegierten Rechtsaktes weder ein Vorschlag noch ein Entwurf vorzuzugehen hat.

Fakt ist auch, dass der europäische Gesetzgeber keine Möglichkeiten hat, die Modalitäten der konkreten Ausübung einer delegierten Befugnis im Voraus – etwa durch die Verankerung horizontaler Regelungen in Sekundärrechtsakten – festzulegen. Die Abgeordneten des Europäischen Parlaments haben im Mai 2009 sogar selbst erklärt, dass sie diese Rechtslage anerkennen wollen. Sie ist die systematisch zwingende Folge der Entscheidung des Unionsrechtsgebers, der Kommission über Art. 290 Abs. 1 AEUV ein Vorbereitungs- und Erlassmonopol einzuräumen. Insbesondere für andere EU-Organe, -Einrichtungen und -Stellen bedeutet das, keine Möglichkeiten zu haben, inhaltlichen Einfluss auf die delegierte Rechtsetzung durch die Kommission ausüben zu können, wenn sie das nicht zulassen möchte. Diese legislativen Regulierungskompetenzen sind durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 EUV sowie den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV umfassend vor Eingriffen geschützt.

Über diese primärrechtlichen Maßgaben haben sich Rat und Parlament mit den in den Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, UAe 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Bestimmungen hinweggesetzt. Rein tatsächlich hat die Kommission im Bereich der Vorbereitung von TRS, die durch sie als Delegierte Rechtsakte erlassen werden, nicht nur weit weniger Rechte als im Anwendungsbereich des Art. 291 AEUV. Bei Lichte betrachtet sind allein demokratiewidrig entkoppelte Aufsichtsvertreter aus den Mitgliedstaaten die maßgeblichen Akteure, die in einem von politischer Kontrolle befreiten Raum agieren. Der europäische Gesetzgeber hat damit ein Komitologieregime etabliert, das durch die Intensität des Eingriffs in die originären Kompetenzen der Kommission neue Maßstäbe setzt.

An dieser Stelle sei noch ergänzend angemerkt, dass Rat und Parlament mit ihrer willkürlichen Aufspaltung von primärrechtlichen Legislativkompetenzen einen ganz neuartigen Typ von Regulierungsagentur geschaffen haben. Nach Ansicht des Verfassers entsprechen die ESAs für den Bereich der Regulierungsstandardsetzung einer Art „Regulierungsagentur mit legislativer Mitgestaltungsbefugnis“. Durch die prägende Funktion der ESAs in der Phase der Vorbereitung eines Delegierten Rechtsaktes ist nicht länger von einer bloßen Unterstützung durch die Vorlage unverbindlicher Entwürfe für TRS, die als Delegierte Rechtsakte erlassen werden, auszugehen. Nur das Gegenteil würde den typischen Merkmalen einer Regulierungsagentur mit Unterstützungsfunktion entsprechen. Und dadurch, dass für den Erlass eines TRS in Gestalt

eines Delegierten Rechtsakts auch weiterhin allein die Kommission die Verantwortung tragen soll, liegen ebenso wenig die Merkmale der Regulierungsagentur mit Entscheidungsbefugnis vollständig vor.

E. Endergebnis und Bewertung

Die als Untersuchungsziel aufgeworfene Frage, ob die in den Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Beschränkungen der Rolle der Kommission im Einklang mit Artikel 290 AEUV stehen, ist im Ergebnis zum Teil mit einem Nein zu beantworten. Speziell Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO verstößt teilweise in mehrfacher Hinsicht gegen das Unionsrecht. Die von der Kommission vorgebrachten „ernsthaften Zweifel“ anlässlich der Verabschiedung der drei Verordnungen zur Gründung von EBA, ESMA und EIOPA sind mit hin begründet.⁴⁵⁷

Ebenso begründet ist damit übrigens auch die durch zahlreiche Abgeordnete des Deutschen Bundestages im Frühjahr 2012 zum Ausdruck gebrachte Sorge, „dass den ESAs über Delegierte Rechtsakte Grundsatzentscheidungen über die Ausgestaltung der regulatorischen Rahmenbedingungen zugewiesen werden, die den demokratisch legitimierten Rechtsetzungsorganen der Europäischen Union vorbehalten sein sollten.“⁴⁵⁸ Insbesondere die durch den Verfasser nachgewiesene, demokratiewidrige Entkopplung der ESAs sowie die nahezu vollständige Entkernung der legislativen Aufgabe der Kommission als Rechtsetzungsorgan der EU geben ihnen Recht.

Die fehlende Legitimation des Handelns der drei Agenturen widerspricht ferner der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Es urteilte: „Die verfassungsrechtlich notwendige, demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern.“⁴⁵⁹ Diese Verbindung hat der europäische Gesetzgeber für den Bereich der Regulierungsstandardsetzung vorsätzlich gekappt. Die Europäische Kommission, deren Beamtinnen und Beamte aus allen Mitgliedstaaten der EU kommen, und die nach Ansicht des Verfassers unverzichtbare Beiträge zu einer immer tieferen europäischen Integration leisten, fürchtet ihn.

Wie gezeigt werden konnte, ist diese Furcht mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die Vorurteile zurückzuführen, die die Abgeordneten des Europäischen Parlaments sowie die Vertreter des Rats gegenüber dem Vertrag von Lissabon haben. Die bis zum Inkrafttreten am 1. Dezember 2009 unbekannt, sehr weitreichende Autonomie der Kommission im Rahmen der legislativen, delegierten Rechtsetzung macht dem europäischen Gesetzgeber offensichtlich schwer zu schaffen. Ihm ist erklärtermaßen der ganze Beamtenapparat suspekt. Hinzu kommt, dass vor allem die Abgeordneten wiederholt ihre Unzufriedenheit darüber haben erkennen lassen, dass die Gründungsver-

⁴⁵⁷ S.o. Gliederungspunkt A.I.

⁴⁵⁸ Deutscher Bundestag, Antrag des Abgeordneten *Klaus-Peter Flosbach et al.*, „Europäische Finanzaufsicht stärken und effizient ausgestalten“ (Drs. 17/9151 vom 27. März 2012). Angenommen am 29. März 2012 (s. Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 17/172 vom 29. März 2012), 20336.

⁴⁵⁹ BVerfGE 107, 59 (80).

träge ihnen lediglich zwei Kontrollrechte zuweisen, mit denen sie insbesondere nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung von Delegierten Rechtsakten Einfluss nehmen können.⁴⁶⁰ An dieser Stelle ist allerdings festzustellen, dass dieses Verhalten äußerst widersprüchlich ist.

So fordern die Abgeordneten zwar tatsächlich „andere Möglichkeiten der Kontrolle einer Befugnisübertragung“.⁴⁶¹ Wie die Analyse von Art. 12 Abs. 3 Satz 3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO jedoch gezeigt hat, unterwerfen sie ihr Widerrufsrecht, das ihnen Art. 290 Abs. 2 lit. a) AEUV zubilligt, freiwillig verzichtbaren Beschränkungen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Wahrnehmung der Kontrollfunktion auf der Initiative der kontrollierten Kommission, vor deren Macht man sich doch fürchtet, selbst beruht. Abgesehen davon, dass eine solche Regelung auch in der praktischen Anwendung keinen Sinn ergibt, kann das Organ, das seine Rechte, die ihm die Gründungsverträge zubilligen, nicht vollständig ausüben will, kaum glaubwürdig auch noch weitere Rechte einfordern.⁴⁶²

Die volle Beachtung der Vorschriften über die Rechtsetzung, wie sie in den Gründungsverträgen insbesondere in Art. 290 AEUV niedergelegt wurden, wäre keinesfalls zum Schaden der jüngsten EU-Finanzmarktreformenten. Durch einen Verzicht auf insbesondere die in den Art. 10 Abs. 1 UA 5 Satz 2, 6-8, Abs. 2-3 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO niedergelegten Bestimmungen bestünde in keiner Weise eine Gefahr für die volle Funktionsfähigkeit des neuen europäischen Systems der Finanzaufsicht. Dies könnte ja auch nicht das Ziel sein, denn in der Tat hat die weltweite Finanzkrise Schwächen in der Einzel- und Systemaufsicht offengelegt, die es nun insbesondere mit den ESAs anzupacken gilt. Für die Effizienz ihrer Tätigkeit ist es allerdings nicht erforderlich, unter dem Vorwand, eine Vertiefung des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen anzustreben⁴⁶³, die Gründungsverträge zu verletzen und damit den Willen des Unionsrechtsgebers, eine starke Stellung der Kommission im Bereich der delegierten Rechtsetzung zu etablieren, zu ignorieren. Es ist angemessen und ausreichend, wenn vertragsfremde Stellen, die die ESAs nun einmal nur sind, unverbindliche Entwürfe für Standards erarbeiten, die sie der Kommission zur weiteren inhaltlichen Befassung vorlegen. Dieses Modell ist bereits gängige Praxis, wie das Beispiel der Europäischen Agentur für Flugsicherheit zeigt.⁴⁶⁴ Denn selbstverständlich muss die Kommission die Gelegenheit haben, über die Ideen der ESAs noch einmal in grundsätzlicher Art und Weise nachdenken zu können, die ihre autonome Ermessensausübung erkennen lässt. Das ist ihre höchst typische Aufgabe als legislative Kraft im institutionellen Gefüge der Union, die ihr nicht *en passant* mittels Sekundärrechtsakten genommen werden kann.

Eher gilt folgendes: Der Lissabon-Vertrag stellt sehr viel höhere Anforderungen an den europäischen Gesetzgeber als jeder Vertrag zuvor. Rat und Parlament müssen sich deshalb nicht nur darüber Gedanken machen, ob sie delegieren wollen, sondern auch,

⁴⁶⁰ S.o. zu den weiteren Einzelheiten Fn. 166.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² *Fabricius*, ZEuS 2011, 567 (604).

⁴⁶³ Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission „Umsetzung des Finanzmarkttrahmens: Aktionsplan“ (ABl. EU Nr. C 40/453 vom 7. Februar 2001), Punkt B.

⁴⁶⁴ S.o. Fn. 96.

wenn sie delegieren, wie sie eine effiziente Kontrolle organisieren. Das unionsrechtswidrige Einschleppen des Komitologiewesens in den Anwendungsbereich der delegierten Rechtsetzung, die typischerweise schwerfällige „Hochbürokratie“⁴⁶⁵ schafft, ist jedenfalls nicht statthaft. Für den Verfasser steht außer Zweifel, dass der EuGH diese Feststellung treffen wird, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet.

F. Alternative Formulierungsvorschläge

Zum Abschluss formuliert der Verfasser nun noch wie angekündigt alternative Vorschläge für die Art. 10-14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO sowie die entsprechenden Erwägungsgründe (21) bis (24) EBA-/ESMA-VO bzw. (20)-(23) EIOPA-VO. Der Grund dafür liegt darin, dass die Kommission bis zum 2. Januar 2014 gemäß Art. 81 Abs. 1 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO einen Bericht zu veröffentlichen hat, in dem sie sich u.a. über die in den drei Gründungsverordnungen festgelegten Verfahren äußern muss. Mit den alternativen Formulierungsvorschlägen, die die Ergebnisse dieser Untersuchung vollständig aufnehmen, möchte der Verfasser einen Diskussionsbeitrag leisten.

I. Art. 10 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
Technische Regulierungsstandards	Technische Regulierungsstandards
<p>(1) Übertragen das Europäische Parlament und der Rat der Kommission die Befugnis, gemäß Artikel 290 AEUV <i>technische</i> Regulierungsstandards <i>mittels delegierter</i> Rechtsakte zu erlassen, um eine kohärente Harmonisierung in den Bereichen zu <i>gewährleisten, die in den in Artikel 1 Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakten aufgeführt sind</i>, so kann die Behörde Entwürfe <i>technischer</i> Regulierungsstandards erstellen. Die Behörde legt ihre Entwürfe der Standards der Kommission <i>zur Billigung vor</i>.</p> <p><i>Die technischen Regulierungsstandards sind technischer Art und beinhalten keine strategischen oder politischen Entscheidungen, und ihr Inhalt wird durch die Gesetzgebungsakte, auf denen sie beruhen, begrenzt.</i></p>	<p>(1) Übertragen das Europäische Parlament und der Rat <i>in einem Gesetzgebungsakt</i> der Kommission die Befugnis, gemäß Artikel 290 AEUV <i>Technische</i> Regulierungsstandards <i>in Gestalt von Delegierten</i> Rechtsakten zu erlassen, so kann die Behörde <i>unverbindliche</i> Entwürfe <i>Technischer</i> Regulierungsstandards <i>zur Unterstützung der Kommission</i> erstellen⁴⁶⁶, <i>wenn sie einen konkreten Auftrag hierfür in dem bezüglichen Gesetzgebungsakt erhalten hat</i>. Die Behörde legt ihre <i>fertigen</i> Entwürfe der Standards der Kommission vor.</p>

⁴⁶⁵ Härte!, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Rn. 25, 219.

⁴⁶⁶ Diese Formulierung ist Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1592/2002, ABl. EG Nr. L 240/1, entlehnt (s.o. Fn. 96).

Bevor sie die Standards der Kommission übermittelt, führt die Behörde offene öffentliche Anhörungen zu Entwürfen technischer Regulierungsstandards durch und analysiert die potenziell anfallenden Kosten und den Nutzen, es sei denn, solche Anhörungen und Analysen sind im Verhältnis zum Anwendungsbereich und zu den Auswirkungen der betreffenden Entwürfe technischer Regulierungsstandards oder im Verhältnis zur besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit unangemessen. Die Behörde holt auch die Stellungnahme der in Artikel 37 genannten Interessengruppe Bankensektor ein.

Legt die Behörde einen Entwurf eines technischen Regulierungsstandards vor, so leitet die Kommission diesen umgehend an das Europäische Parlament und den Rat weiter.

Innerhalb von drei Monaten nach Erhalt eines Entwurfs eines technischen Regulierungsstandards befindet die Kommission darüber, ob sie *diesen billigt. Die Kommission kann den Entwurf technischer Regulierungsstandards lediglich teilweise oder mit Änderungen billigen, sofern dies aus Gründen des Unionsinteresses erforderlich ist.*

Beabsichtigt die Kommission, einen Entwurf technischer Regulierungsstandards nicht oder nur teilweise beziehungsweise mit Änderungen zu billigen, so sendet sie den Entwurf technischer Regulierungsstandards an die Behörde zurück und erläutert dabei, warum sie ihn nicht billigt oder gegebenenfalls warum sie Änderungen vorgenommen hat. Die Behörde kann den Entwurf technischer Regulierungsstandards anhand der Änderungsvorschläge der Kommission innerhalb eines Zeitraums von sechs Wochen ändern und ihn der Kommission in Form einer förmlichen Stellungnahme erneut vorlegen. Die Behörde übermittelt dem Europäischen Parlament und dem Rat eine Kopie ihrer förmlichen Stellungnahme.

Bevor sie die Standards der Kommission übermittelt, führt die Behörde offene öffentliche Anhörungen zu Entwürfen Technischer Regulierungsstandards durch und analysiert die potenziell anfallenden Kosten und den Nutzen, es sei denn, solche Anhörungen und Analysen sind im Verhältnis zum Anwendungsbereich und zu den Auswirkungen der betreffenden Entwürfe technischer Regulierungsstandards oder im Verhältnis zur besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit unangemessen. Die Behörde holt auch die Stellungnahme der in Artikel 37 genannten Interessengruppe Bankensektor ein.

Legt die Behörde einen Entwurf eines Technischen Regulierungsstandards vor, so leitet die Kommission diesen umgehend an das Europäische Parlament und den Rat weiter.

Innerhalb von drei Monaten nach Erhalt eines Entwurfs eines Technischen Regulierungsstandards befindet die Kommission darüber, ob sie *einen Delegierten Rechtsakt erlässt.*

Hat die Behörde bei Ablauf dieses Zeitraums von sechs Wochen keinen geänderten Entwurf eines technischen Regulierungsstandards vorgelegt oder hat sie einen Entwurf eines technischen Regulierungsstandards vorgelegt, der nicht in Übereinstimmung mit den Änderungsvorschlägen der Kommission geändert worden ist, so kann die Kommission den technischen Regulierungsstandard entweder mit den von ihr als wichtig erachteten Änderungen annehmen oder ihn ablehnen.

Die Kommission darf den Inhalt eines von der Behörde ausgearbeiteten Entwurfs eines technischen Regulierungsstandards nicht ändern, ohne sich vorher mit der Behörde gemäß diesem Artikel abgestimmt zu haben.

(2) Hat die Behörde keinen Entwurf eines technischen Regulierungsstandards innerhalb der Frist, die in den in Artikel 1 Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakten angegeben ist, vorgelegt, so kann die Kommission einen solchen Entwurf innerhalb einer neuen Frist anfordern.

(3) Nur wenn die Behörde der Kommission innerhalb der Frist gemäß Absatz 2 keinen Entwurf eines technischen Regulierungsstandards vorlegt, kann die Kommission einen technischen Regulierungsstandard ohne Entwurf der Behörde mittels eines delegierten Rechtsakts annehmen.

Die Kommission führt offene öffentliche Anhörungen zu Entwürfen technischer Regulierungsstandards durch und analysiert die potenziell anfallenden Kosten und den Nutzen, es sei denn, solche Anhörungen und Analysen sind im Verhältnis zum Anwendungsbereich und zu den Auswirkungen der betreffenden Entwürfe technischer Regulierungsstandards oder im Verhältnis zur besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit unangemessen. Die Kommission holt auch die Stellungnahme oder Empfehlung der in Artikel 37 genannten Interessengruppe Bankensektor ein.

Die Kommission leitet den Entwurf des technischen Regulierungsstandards umgehend an das Europäische Parlament und den Rat weiter.

Die Kommission übermittelt der Behörde ihren Entwurf des technischen Regulierungsstandards.

Die Behörde kann den Entwurf des technischen Regulierungsstandards innerhalb einer Frist von sechs Wochen ändern und ihn der Kommission in Form einer förmlichen Stellungnahme vorlegen. Die Behörde übermittelt dem Europäischen Parlament und dem Rat eine Kopie ihrer förmlichen Stellungnahme.

Hat die Behörde bei Ablauf der in Unterabsatz 4 genannten Frist von sechs Wochen keinen geänderten Entwurf des technischen Regulierungsstandards vorgelegt, so kann die Kommission den technischen Regulierungsstandard annehmen.

Hat die Behörde innerhalb der Frist von sechs Wochen einen geänderten Entwurf des technischen Regulierungsstandards vorgelegt, so kann die Kommission den Entwurf des technischen Regulierungsstandards auf der Grundlage der von der Behörde vorgeschlagenen Änderungen ändern oder den technischen Regulierungsstandard mit den von ihr als wichtig erachteten Änderungen annehmen. Die Kommission darf den Inhalt des von der Behörde ausgearbeiteten Entwurfs des technischen Regulierungsstandards nicht ändern, ohne sich vorher mit der Behörde gemäß diesem Artikel abgestimmt zu haben.

(4) Die technischen Regulierungsstandards werden mittels Verordnungen oder Beschlüssen angenommen. Sie werden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und treten an dem darin genannten Datum in Kraft.

(4) Die Technischen Regulierungsstandards werden mittels *Delegierte* Verordnungen oder *Delegierten* Beschlüssen angenommen. Sie werden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und treten an dem darin genannten Datum in Kraft.

II. Art. 11 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
Ausübung der Befugnisübertragung	Ausübung der Befugnisübertragung
<p>(1) <i>Die Befugnis zum Erlass</i> der in Artikel 10 genannten <i>technischen</i> Regulierungsstandards wird <i>der Kommission</i> für einen Zeitraum von vier Jahren ab dem 16. Dezember 2010 <i>übertragen</i>. Die Kommission legt spätestens sechs Monate vor Ablauf des Zeitraums von vier Jahren einen Bericht über die <i>übertragenen Befugnisse</i> vor. Die <i>Befugnisübertragung</i> verlängert sich automatisch um Zeiträume gleicher Länge, es sei denn, das Europäische Parlament oder der Rat widerrufen sie gemäß Artikel 14.</p> <p>(2) Sobald die Kommission einen <i>technischen</i> Regulierungsstandard <i>erlässt</i>, übermittelt sie ihn gleichzeitig dem Europäischen Parlament und dem Rat.</p> <p>(3) Die der Kommission übertragene Befugnis zum Erlass <i>technischer Regulierungsstandards</i> unterliegt den in den Artikeln 12 bis 14 genannten Bedingungen.</p>	<p>(1) <i>Um das Ziel, den Entwurf</i> der in Artikel 10 genannten, <i>qualitativ hochwertigen</i> Technischen Regulierungsstandards <i>zu erreichen, kann die Behörde mit ihrer Ausarbeitung betraut werden. Diese Möglichkeit</i> wird <i>ihr</i> für einen Zeitraum von vier Jahren ab dem 16. Dezember 2010 <i>eingeräumt</i>. Die Kommission legt spätestens sechs Monate vor Ablauf des Zeitraums von vier Jahren einen Bericht über die <i>konkrete Aufgabenwahrnehmung</i> vor. Die <i>Frist für die Dauer der Aufgabenzuweisung</i> verlängert sich automatisch um Zeiträume gleicher Länge, es sei denn, das Europäische Parlament oder der Rat widerrufen sie gemäß Artikel 12.</p> <p>(2) Sobald die Kommission einen <i>Technischen</i> Regulierungsstandard <i>in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts erlassen hat</i>, übermittelt sie ihn gleichzeitig dem Europäischen Parlament und dem Rat.</p> <p>(3) Die der Kommission <i>in einem Gesetzgebungsakt</i> übertragene Befugnis zum Erlass <i>Delegierter Rechtsakte</i> unterliegt den in den Artikeln 12 bis 14 genannten Bedingungen <i>dieser Verordnung</i>.</p>

III. Art. 12 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
Widerruf der Befugnisübertragung	Widerruf der Befugnisübertragung
<p>(1) Die <i>in Artikel 10 genannte Befugnisübertragung</i> kann vom Europäischen Parlament oder vom Rat jederzeit widerrufen werden.</p> <p>(2) Das Organ, das ein internes Verfah-</p>	<p>(1) Die <i>in einem Gesetzgebungsakt auf die Kommission übertragene Befugnis, Technische Regulierungsstandards in Gestalt von Delegierten Rechtsakten zu erlassen</i>, kann vom Europäischen Parlament oder vom Rat jederzeit widerrufen werden.</p> <p>(2) Das Organ, das ein internes Verfah-</p>

<p>ren eingeleitet hat, um zu beschließen, ob eine Befugnisübertragung widerrufen werden soll, bemüht sich, das andere Organ und die Kommission innerhalb einer angemessenen Frist vor der endgültigen Beschlussfassung zu unterrichten, unter Nennung der übertragenen Befugnis, die widerrufen werden könnte.</p> <p>(3) Der Beschluss über den Widerruf beendet die in diesem Beschluss angegebene Befugnisübertragung. Er wird sofort oder zu einem darin angegebenen späteren Zeitpunkt wirksam. <i>Die Gültigkeit von technischen Regulierungsstandards, die bereits in Kraft sind, wird davon nicht berührt.</i> Er wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.</p>	<p>ren eingeleitet hat, um zu beschließen, ob eine Befugnisübertragung widerrufen werden soll, bemüht sich, das andere Organ und die Kommission innerhalb einer angemessenen Frist vor der endgültigen Beschlussfassung zu unterrichten, unter Nennung der übertragenen Befugnis, die widerrufen werden könnte.</p> <p>(3) Der Beschluss über den Widerruf beendet die in diesem Beschluss angegebene Befugnisübertragung. Er wird sofort oder zu einem darin angegebenen späteren Zeitpunkt wirksam. Er wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.</p>
---	---

IV. Art. 13 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
<p>Einwände gegen <i>technische</i> Regulierungsstandards</p> <p>(1) Das Europäische Parlament oder der Rat können gegen einen <i>technischen</i> Regulierungsstandard innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Datum der Übermittlung des von der Kommission erlassenen <i>technischen Regulierungsstandards</i> Einwände erheben. Auf Initiative des Europäischen Parlaments oder des Rates wird diese Frist um drei Monate verlängert.</p> <p>Erlässt die Kommission einen <i>technischen Regulierungsstandard, bei dem es sich um den</i> von der Behörde übermittelten Entwurf eines <i>technischen</i> Regulierungsstandards <i>handelt</i>, so beträgt der Zeitraum, in dem das Europäische Parlament und der Rat Einwände erheben können, einen Monat ab dem Datum der Übermittlung. Auf Initiative des Europäischen Parlaments oder des Rates wird dieser Zeitraum um einen Monat verlängert.</p> <p>(2) Haben bei Ablauf der in Absatz 1 genannten Frist weder das Europäische Parla-</p>	<p>Einwände gegen <i>Technische</i> Regulierungsstandards</p> <p>(1) Das Europäische Parlament oder der Rat können gegen einen <i>Technischen</i> Regulierungsstandard, <i>der in Gestalt eines Delegierten Rechtsaktes erlassen wurde</i>, innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Datum der Übermittlung des von der Kommission erlassenen <i>Delegierten Rechtsaktes</i> Einwände erheben. Auf Initiative des Europäischen Parlaments oder des Rates wird diese Frist um drei Monate verlängert. Erlässt die Kommission einen <i>Delegierten Rechtsakt, dem ein</i> von der Behörde übermittelter Entwurf eines <i>Technischen</i> Regulierungsstandards <i>zu Grunde liegt</i>, so beträgt der Zeitraum, in dem das Europäische Parlament und der Rat Einwände erheben können, einen Monat ab dem Datum der Übermittlung. Auf Initiative des Europäischen Parlaments oder des Rates wird dieser Zeitraum um einen Monat verlängert.</p> <p>(2) Haben bei Ablauf der in Absatz 1 genannten Frist weder das Europäische Parla-</p>

<p>ment noch der Rat Einwände gegen den <i>technischen Regulierungsstandard</i> erhoben, so wird dieser im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und tritt zu dem darin genannten Zeitpunkt in Kraft.</p> <p>Der <i>technische Regulierungsstandard</i> kann vor Ablauf dieser Frist im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden und in Kraft treten, wenn das Europäische Parlament und der Rat beide der Kommission mitgeteilt haben, dass sie nicht die Absicht haben, Einwände zu erheben.</p> <p>(3) Erheben das Europäische Parlament oder der Rat innerhalb der in Absatz 1 genannten Frist Einwände gegen einen <i>Delegierten Rechtsakt</i>, so tritt dieser nicht in Kraft. Gemäß Artikel 296 AEUV gibt das Organ, das Einwände gegen den <i>technischen Regulierungsstandard</i> erhebt, die Gründe für seine Einwände gegen den <i>technischen Regulierungsstandard</i> an.</p>	<p>ment noch der Rat Einwände gegen den <i>Delegierten Rechtsakt</i> erhoben, so wird dieser im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und tritt zu dem darin genannten Zeitpunkt in Kraft.</p> <p>Der <i>Delegierte Rechtsakt</i> kann vor Ablauf dieser Frist im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden und in Kraft treten, wenn das Europäische Parlament und der Rat beide der Kommission mitgeteilt haben, dass sie nicht die Absicht haben, Einwände zu erheben.</p> <p>(3) Erheben das Europäische Parlament oder der Rat innerhalb der in Absatz 1 genannten Frist Einwände gegen einen <i>Delegierten Rechtsakt</i>, so tritt dieser nicht in Kraft. Gemäß Artikel 296 AEUV gibt das Organ, das Einwände gegen den <i>Delegierten Rechtsakt</i> erhebt, die Gründe für seine Einwände gegen den <i>Delegierten Rechtsakt</i> an.</p>
---	---

V. Art. 14 EBA-/ESMA-/EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
<p>Nichtannahme oder Änderung des Entwurfs eines <i>technischen</i> Regulierungsstandards</p> <p>(1) Nimmt die Kommission den Entwurf eines <i>technischen</i> Regulierungsstandards nicht an oder ändert sie ihn <i>gemäß Artikel 10</i> ab, so unterrichtet sie die Behörde, das Europäische Parlament und den Rat unter Angabe <i>der</i> Gründe dafür.</p> <p>(2) Das Europäische Parlament oder der Rat können gegebenenfalls den zuständigen Kommissar zusammen mit dem Vorsitzenden der Behörde innerhalb eines Monats</p>	<p>Nichtannahme oder Änderung des Entwurfs eines <i>Technischen</i> Regulierungsstandards</p> <p>(1) Nimmt die Kommission den Entwurf eines <i>Technischen</i> Regulierungsstandards nicht an oder ändert sie ihn ab, so unterrichtet sie die Behörde, das Europäische Parlament und den Rat unter Angabe <i>allgemeiner</i> Gründe dafür.⁴⁶⁷</p> <p>(2) Das Europäische Parlament oder der Rat können gegebenenfalls den zuständigen Kommissar zusammen mit dem Vorsitzenden der Behörde innerhalb eines Monats</p>

⁴⁶⁷ Das Gegenteil zur Angabe von allgemeinen Gründen wären konkrete Gründe. Diese hätten allerdings eine bedenkliche Nähe zum Entwurf eines Delegierten Rechtsaktes, den die Kommission nicht auszureichen verpflichtet ist (s.o. Gliederungspunkt D.I.7.). Entsprechend sollte die Klarstellung folgen.

nach der in Absatz 1 genannten Unterrichtung zu einer Ad-hoc-Sitzung des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments oder des Rates zur Darlegung und Erläuterung ihrer Differenzen einladen.	nach der in Absatz 1 genannten Unterrichtung zu einer Ad-hoc-Sitzung des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments oder des Rates zur Darlegung und Erläuterung ihrer Differenzen einladen.
---	---

VI. Erwägungsgrund (21) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (20) EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
<p><i>Gemäß der Erklärung (Nr. 39) zu Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den Vertrag von Lissabon angenommen hat, ist für die Ausarbeitung technischer Regulierungsstandards die Unterstützung durch Sachverständige in einer für den Bereich der Finanzdienstleistungen spezifischen Form erforderlich. Die Behörde muss dieses Sachkenntnis auch im Hinblick auf Standards oder Teile von Standards zur Verfügung stellen können, die sich nicht auf einen von der Behörde selbst ausgearbeiteten Entwurf technischer Standards stützen.</i></p>	<p><i>Um ihrer Verantwortung gegenüber den Bürgern in vollem Umfang gerecht zu werden, muss sich die Kommission vorrangig auf ihre institutionellen Aufgaben konzentrieren. Daher sollte es ihr ermöglicht werden, bestimmte Aufgaben zu ihrer Unterstützung im Zusammenhang mit der Vorbereitung von Delegierten Rechtsakten der Behörde zu übertragen.⁴⁶⁸ Hierzu zählt der Entwurf qualitativ hochwertiger Technischer Regulierungsstandards für Finanzdienstleistungen. Mit diesen soll sichergestellt werden, dass mittels eines einheitlichen Regelwerks gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein angemessener Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern⁴⁶⁹ / Versicherungsnehmern, Altersversorgungsanwärtern⁴⁷⁰ und sonstigen Begünstigten in der Union gewährleistet sind.</i></p>

VII. Erwägungsgrund (22) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (21) EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
<p><i>Zur Festlegung harmonisierter technischer Regulierungsstandards für Finanzdienstleistungen und um sicherzustellen, dass mittels eines einheitlichen Regelwerks gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein angemessener Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern in der Union gewährleistet sind,</i></p>	<p>Es ist wirksam und angemessen, die Behörde als ein Organ mit hochspezialisierter Sachkenntnis in vom Unionsrecht genau festgelegten Bereichen mit der Ausarbeitung von <i>unverbindlichen</i> Entwürfen Technischer Regulierungsstandards zu betrauen. <i>Hierbei sind jedoch die Grenzen zu bewahren, die</i></p>

⁴⁶⁸ Diese Formulierung ist Erwägungsgrund (4) der Verordnung Nr. 58/2003 entlehnt (s.o. Fn. 74).

⁴⁶⁹ Diese Formulierung folgt Erwägungsgrund (22) Satz 1 EBA-/ESMA-VO.

⁴⁷⁰ Diese Formulierung folgt Erwägungsgrund (21) Satz 1 EIOPA-VO.

<p><i>bedarf es der Einführung eines wirksamen Rechtsinstruments. Als ein Organ mit hochspezialisierter Sachkenntnis, ist es wirksam und angemessen, die Behörde in vom Unionsrecht genau festgelegten Bereichen mit der Ausarbeitung von Entwürfen technischer Regulierungsstandards zu betrauen, die an keine politischen Entscheidungen geknüpft sind.</i></p>	<p><i>sich aus dem mit den Gründungsverträgen geschaffenen, institutionellen System ergeben. Das bedeutet insbesondere, dass Aufgaben, die den Organen der Union übertragen werden, und die einen legislativen Charakter haben, oder die einen Ermessensspielraum implizieren, nicht Gegenstand einer Wahrnehmung durch die Behörde sein können.⁴⁷¹ Die Erarbeitung von Entwürfen für TRS darf die Kommission nicht in der Ausübung ihrer originären Kompetenzen auf Basis der Gründungsverträge stören – insbesondere gemäß Artikel 290 AEUV.⁴⁷² Nach der Vorlage eines Entwurfes durch die Behörde ist es ihr daher unbenommen, ihr legislatives Ermessen unbeschränkt auszuüben, bevor sie einen Technischen Regulierungsstandard in Gestalt eines Delegierten Rechtsakts erlässt.</i></p>
---	---

VIII. Erwägungsgrund (23) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (22) EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
<p>Die Kommission sollte diese Entwürfe technischer Regulierungsstandards <i>mittels delegierter Rechtsakte gemäß Artikel 290 AEUV billigen, um ihnen verbindliche Rechtswirkung zu verleihen. Sie sollten nur in äußerst begrenzten Fällen und unter außergewöhnlichen Umständen geändert werden dürfen, da die Behörde der Akteur ist, der sich im engen Kontakt mit den Finanzmärkten befindet und deren tägliches Funktionieren am besten kennt.</i> Entwürfe technischer Regulierungsstandards müssten in Fällen geändert werden, in denen sie nicht mit dem Unionsrecht vereinbar wären, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würden oder grundlegenden Prinzipien des Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen zuwider laufen würden, so wie sie im Besitzstand der Union für Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen ver-</p>	<p>Die Kommission sollte diese Entwürfe Technischer Regulierungsstandards <i>in Gestalt von Delegierten Rechtsakten</i> gemäß Artikel 290 AEUV <i>erlassen</i>. Um eine rasche Umsetzung zu gewährleisten, sollte <i>der Erlass</i> an eine Frist gebunden sein. Entwürfe Technischer Regulierungsstandards müssten <i>jedoch beispielsweise</i> in Fällen geändert werden, in denen sie nicht mit dem Unionsrecht vereinbar wären, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würden oder grundlegenden Prinzipien des Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen zuwider laufen würden, so wie sie im Besitzstand der Union für Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen verankert sind. <i>Die Entwürfe könnten auch in Fällen geändert werden, in denen die Kommission dies für zweckmäßig erachtet.</i></p>

⁴⁷¹ Diese Formulierung ist Erwägungsgrund (5) der Verordnung Nr. 58/2003 entlehnt (s.o. Fn. 74).

⁴⁷² Diese Formulierung ist Erwägungsgrund (9) der Verordnung Nr. 58/2003 entlehnt (s.o. Fn. 74).

<p>ankert sind. <i>Die Kommission sollte den Inhalt der von der Behörde ausgearbeiteten Entwürfe technischer Regulierungsstandards nicht ändern, ohne sich vorher mit der Behörde abgestimmt zu haben.</i> Um eine reibungslose und rasche Annahme dieser Standards zu gewährleisten, sollte <i>die Billigung von Entwürfen technischer Regulierungsstandards durch die Kommission</i> an eine Frist gebunden sein.</p>	
---	--

IX. Erwägungsgrund (24) EBA-/ESMA-VO bzw. Erwägungsgrund (23) EIOPA-VO

<i>Gesetzestext</i>	<i>Alternativtext</i>
<p><i>Angesichts der Sachkenntnis der Behörde in den Bereichen, in denen technische Regulierungsstandards entwickelt werden sollten, sollte die erklärte Absicht der Kommission zur Kenntnis genommen werden, in der Regel auf die Entwürfe technischer Regulierungsstandards zurückzugreifen, die die Behörde ihr im Hinblick auf die Annahme der entsprechenden delegierten Rechtsakte übermittelt hat.</i> Legt die Behörde jedoch nicht innerhalb der in dem einschlägigen Gesetzgebungsakt angegebenen Frist einen Entwurf technischer Regulierungsstandards vor, <i>so sollte sichergestellt werden, dass das Ergebnis der Ausübung der delegierten Befugnis tatsächlich erreicht wird und die Effizienz des Prozesses der Beschlussfassung erhalten bleibt.</i> Daher sollte die Kommission in diesen Fällen befugt sein, in Ermangelung eines von der Behörde vorgelegten Entwurfs technische Regulierungsstandards <i>anzunehmen.</i></p>	<p>Legt die Behörde nicht innerhalb der in dem einschlägigen Gesetzgebungsakt angegebenen Frist einen Entwurf Technischer Regulierungsstandards vor, <i>ist es der Kommission unbenommen</i>, in diesen Fällen <i>ohne</i> einen von der Behörde vorgelegten Entwurf Technische Regulierungsstandards <i>vorzubereiten und in Gestalt von Delegierten Rechtsakten zu erlassen.</i></p>

SCHRIFTTUM

- Achleitner, Tamaral Soetopo, Yasmin*, Der neue Rechtsrahmen für die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon, EU Top Thema der Wirtschaftskammer Österreich von März 2011, erhältlich im Internet: <http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=der%20neue%20rechtsrahmen%20f%C3%BCr%20die%20komitologie%20nach%20dem%20vertrag%20von%20&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.wko.at%2Fwk%2Fdok_detail_file.wk%3Fangid%3D1%26docid%3D1551469%26conid%3D541940%26stid%3D601909&ei=yQc7UL_UCMqo0QWNr4GYBw&usg=AFQjCNEFSGzGHJzVlG3S3CP6RBeW4t9A0g> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Alemann, Florian von*, Die Handlungsform der Interinstitutionellen Vereinbarung – Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der Europäischen Verfassung, Heidelberg 2006.
- Baur, Georg/Boegl, Martin*, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Der Grundstein ist gelegt, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR) 2011, 177-186.
- Beer, Nicola*, Die Zukunft der Komitologie: Weniger Komitees – mehr Kommission?, in: Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, 201.
- Bergel, Philipp*, Rechnungshöfe als vierte Staatsgewalt? – Verfassungsvergleich der Rechnungshöfe Deutschlands, Frankreichs, Österreichs, Spaniens, des Vereinigten Königreichs und des Europäischen Rechnungshofs im Gefüge der Gewaltenteilung, erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke im Universitätsverlag Göttingen 2010, erhältlich im Internet: <<http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2010/bergel.pdf>> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Bueren, Eckart*, Grenzen der Durchführungsrechtsetzung im Unionsrecht, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2012, 167-173.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*, Die Verfassung der EU, Kommentar, München 2006.
- EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011.
- Craig, Paul P.*, EU Administrative Law, 2. Auflage, Oxford 2012.
- Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation, in: European Law Review (ELR) 2011, 671-687.
- Danwitz, Thomas von*, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin/Heidelberg 2008.
- Deutsche Bundesbank*, Die Europäische Union: Grundlagen und Politikbereiche außerhalb der Wirtschafts- und Währungsunion, Frankfurt 2005.
- Driessen, Bart*, Delegated legislation after the Treaty of Lisbon: An analysis of Article 290 TFEU, European Law Review (ELR) 2010, 837-848.
- Edenharter, Andrea*, Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission?, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2011, 645-650.
- Fabricius, Constantin*, Abgeleitete Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon – Überlegungen zu Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten, Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS) 2011, 567-605.
- Ferber, Markus*, Die Neuordnung der Europäischen Aufsichtsarchitektur, ifo Schnelldienst 2011, 9-13.

- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 6 „Institutionen und Politiken“, Heidelberg 2011.
- Handbuch Europarecht, Band 5 „Wirkungen und Rechtsschutz“, Heidelberg 2010.
- Geiger, Rudolf/Kahn, Daniel Erasmus/Kotzur, Markus*, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage, München 2010.
- Goldmann, Julius/Purnhagen, Kai*, EIOPA – Die neue europäische Versicherungsaufsicht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (VersR) 2012, 29-33.
- Görisch, Christoph*, Die Agenturen der Europäischen Union, JURA 2012, 42-52.
- Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, Tübingen 2009.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*, Kommentar zur Europäischen Union/Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 47. Ergänzungslieferung, München 2009.
- Granner, Georg*, System und Organisation der neuen europäischen Finanzmarktaufsicht, in: Braumüller, Peter/Ennöckl, Daniel/Gruber, Michael/Raschauer, Nicolas, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Band zur ZFR-Jahrestagung 2011, Wien 2011, 27-53.
- Groß, Thomas*, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, Zeitschrift Europarecht (EuR) 2005, 57-68.
- Guéguen, Daniel*, Comitology – Hijacking European Power?, 4. Auflage, Brüssel 2011.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias*, Europarecht, 7. Auflage, Tübingen 2010.
- Hardacre, Alan/Kaeding, Michael*, Delegated Act and Implementing Acts – The New Comitology, European Institute of Public Administration, Essential Guide, 4. Auflage, Maastricht 2011.
- Häde, Ulrich*, Jenseits der Effizienz: Wer kontrolliert die Kontrolleure? – Demokratische Verantwortlichkeit und rechtsstaatliche Kontrolle der europäischen Finanzaufsichtsbehörden, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2011, 662-665.
- Härtel, Ines*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin/Heidelberg 2006.
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 13. Auflage, München 2011.
- Heun, Werner*, Finanzaufsicht im Wandel, Juristenzeitung (JZ), 2012, 235-242.
- Hoffmann, Sebastian/Detzen, Dominic*, ESMA – Praktische Implikationen und kritische Würdigung der neuen Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, Der Betrieb 2011, 1261-1263.
- Hofmann, Herwig*, Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality, European Law Journal (ELJ) 2009, 482-505.
- Holznapel, Bernd/Schumacher, Pascal*, Funktionelle Unabhängigkeit und demokratische Legitimation europäischer Regulierungsagenturen, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, 737-754.
- Kahl, Arno*, Europäische Aufsichtsbehörden und technische Regulierungsstandards, in: Braumüller, Peter/Ennöckl, Daniel/Gruber, Michael/Raschauer, Nicolas, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Band zur ZFR-Jahrestagung 2011, Wien 2011, 58-75.
- Kment, Martin*, Das Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union, Juristische Schulung (JuS) 2011, 211-215.
- Koch, Michael H.*, Mittelbare Gemeinschaftsverwaltung in der Praxis, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2005, 455-459.

- Kohtamäki*, Nadia, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, Tübingen 2012.
- Körber*, Torsten, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004.
- Kröll*, Thomas, Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union, Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR) 2011, 253-298.
- Lehmann*, Matthias, Grundstrukturen der Regulierung der Finanzmärkte nach der Krise, Working Papers on Global Financial Markets, Nr. 22, Halle 2011.
- */Manger-Nestler*, Cornelia, Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 2011, 2-24.
- Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, 87-92.
- Lutter*, Marcus/*Bayer*, Walter/*Schmidt*, Jessica, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Berlin/Boston 2012.
- Lübbe-Wolff*, Gertrude, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4.-6. Oktober 2000, Band 60, Berlin 2001, 246-289.
- Manger-Nestler*, Cornelia, Rechtsschutz in der europäischen Bankenaufsicht, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZfgK) 2012, 38-43.
- Maurer*, Andreas, Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte, in: Maurer, Andreas/von Ondarza, Nicolai (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon: Umsetzung und Reformen, Onlinedossier der Stiftung für Wissenschaft und Politik, Stand Juni 2012, 96-102, erhältlich im Internet: <http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/110308_AP_LissabonVertrag.pdf> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Michel*, Katja, Die neue Europäische Bankaufsichtsbehörde, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2011, 728-735.
- Möllers*, Christoph, Durchführung des Gemeinschaftsrechts – Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, Zeitschrift Europarecht (EuR) 2002, 483-516.
- */Achenbach*, Jelena von, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, Zeitschrift Europarecht (EuR) 2011, 39-60
- Möstl*, Markus, Rechtsetzung der europäischen und nationalen Verwaltungen, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL) 2011, 1076-1084.
- Oppermann*, Thomas/*Classen*, Claus Dieter/*Nettesheim*, Martin, Europarecht, 5. Auflage, München 2011.
- Papathanassiou*, Chryssa/*Zagouras*, Georgios, Mehr Sicherheit für den Finanzsektor: der Europäische Ausschuss für Systemrisiken und die Rolle der EZB, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2010, 1584-1588.
- Partsch*, René, Die Harmonisierung der Europäischen Finanzaufsicht, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 2010, 72-76.
- Ponzano*, Paolo, “Executive” and “delegated” acts: The situation after the Lisbon Treaty, in: Griller, Stefan/Ziller, Jacques (Hrsg.), The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?, Wien/New York 2008, 135-141.

- Pötters, Stephan/Werkmeister, Christoph/Traut, Johannes*, Rechtsakte mit Verordnungskarakter nach Art 263 Abs. 4 AEUV – eine passgenaue Ausweitung des Individualrechtsschutzes, *Zeitschrift Europarecht (EuR)* 2012, 546-561.
- Rihs, Martin*, Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen nach Art 290 AEUV, in: *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRV)* 2012, 52-60.
- Rötting, Michael/Lang, Christina*, Das Lamfalussy-Verfahren im Umfeld der Neuordnung der europäischen Finanzaufsichtsstrukturen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2012, 8-14.
- Ruffert, Matthias*, Die neue Unabhängigkeit: zur demokratischen Legitimation von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht, in: Müller-Graf, Peter-Christian/Schmahl, Stefanie/Skouris, Vassilios (Hrsg.), *Festschrift für Dieter H. Scheuing*, Baden-Baden 2011, 399-414.
- Sanio, Jochen*, Neue Finanzaufsicht in Europa – der Weg in den Übergang, in: *Börsen-Zeitung, Sonderbeilage zum XIX. deutschen Bankentag vom 30. März 2011*, B3-B4.
- Schammo, Pierre*, *EU Prospectus Law: New Perspectives on Regulatory Competition in Securities Markets*, Cambridge 2011.
- Scharf, Daniel*, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die neue Handelspolitik, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 101, Halle 2010.
- Schmolke, Klaus-Ulrich*, Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht – eine Zwischenbilanz, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2005, 912-919.
- Schusterschitz, Gregor*, Rechtsakte und Rechtsetzungsverfahren, in: Hummer, Waldemar/Oberwexer, Walter (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, Baden-Baden 2009, 209-235.
- Schwarze, Jürgen*, *EU-Kommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2009.
– *EU-Kommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden 2012.
- Schweitzer, Michael*, *Staatsrecht III*, 10. Auflage, Heidelberg 2010.
- Sefcovic, Maros*, Ein Ordnungsrahmen für die dezentralisierten Agenturen der EU, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2012, 801-802.
- Seifert, Michaela*, Die Durchführung des Gemeinschaftsrechts durch die Europäische Kommission als Teil europäischer „Gesetzgebungstätigkeit“ – aktuelle Rechtslage und Modell der Europäischen Verfassung, *Arbeitspapier Nr. 72*, 2006, erhältlich im Internet: <<http://fgr.wu-wien.ac.at/institut/ef/publicat.html>> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Siekmann, Helmut*, Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem, *Institut für Geld-, Währungs- und Notenbankrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Frankfurt am Main*, *Arbeitspapier Nr. 40*, 2010, erhältlich im Internet: <http://www.imfs-frankfurt.de/documents/WP_40_2010_Siekmann_neu.pdf> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Sohn, Klaus-Dieter/Koch, Jessica*, Kommentierung der Mitteilung der Kommission [KOM(2009)673] über die Umsetzung von Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *cep-Kommentar*, Freiburg 2010, erhältlich im Internet: <http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Kommentar_Komitologie/KOM_2009-673_Kommentar.pdf> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Solle, Stefan*, „Komitologie“ nach dem Vertrag von Lissabon, *Stoffrecht (StoffR)* 2011, 256-264.

- Stelkens*, Ulrich, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten – zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV, Zeitschrift Europarecht (EuR) 2012, 511-545.
- Storr*, Stefan, Agenturen und Rechtsschutz, in: Braumüller, Peter/Ennöckl, Daniel/Gruber, Michael/Raschauer, Nicolas, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Band zur ZFR-Jahrestagung 2011, 1. Auflage, Wien 2011, 77-93.
- Streinz*, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 2. Auflage, München 2012.
- Sydow*, Gernot, Europäische exekutive Rechtsetzung zwischen Kommission, Komitologieausschüssen, Parlament und Rat, Juristen Zeitung (JZ) 2012, 157-212.
- Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, Tübingen 2004.
- Triantafyllou*, Dimitris, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt – Beitrag zum positiven Rechtmäßigkeitsprinzip in der EG, Baden-Baden 1996.
- Walla*, Fabian, Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) als Akteur bei der Regulierung der Kapitalmärkte Europas – Grundlagen, erste Erfahrungen und Ausblick, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR) 2012, 265-270.
- Wehling*, Axel/*Kraft*, Mirko, Position des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft zum Gesetz zur Umsetzung der Omnibus I-Richtlinie (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2010/78/EU vom 24. November 2010 im Hinblick auf die Errichtung des Europäischen Finanzaufsichtssystems), erhältlich im Internet: <<http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a07/anhoerungen/2011/000/Stellungnahmen/12-GDV.pdf>> (besucht am 30. Dezember 2012).
- Winter*, Gerd, Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung, Zeitschrift Europarecht (EuR) 2005, 255-276.
- Wittinger*, Michaela, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, Zeitschrift Europarecht (EuR) 2008, 609-626.
- Weiner*, Michael, Von Laeken bis Lissabon – Die Entstehung des EU-Reformvertrages, in: Lieb, Julia/Maurer, Andreas (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon – Kurzkomentar, 3. Auflage 2009.
- Wolfram*, „Underground Law“? – Abgeleitete Rechtsetzung durch Komitologieverfahren in der EU: Bedeutung, Stand, Aussichten nach dem Vertrag von Lissabon, cep-Studie, Freiburg 2009, erhältlich im Internet: <http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Komitologie/Studie_Komitologie.pdf> (besucht am 30. Dezember 2012).

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5
- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1

- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krengel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0
- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5

- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0
- Heft 39 Nicole Steinat, Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group, August 2005, ISBN 3-86010-796-8

- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO), August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, Chains Across the Rhine, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a “Learning Network” into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht, März 2006, ISBN 3-86010-828-X
- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen “Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages” –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9

- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5
- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors' Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0

- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und –übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4
- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8
- Heft 82 Clemens Wackernagel, Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-103-2
- Heft 83 Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-105-6
- Heft 84 Martina Franke, Historische und aktuelle Lösungsansätze zur Rohstoffversorgungssicherheit, Februar 2009, ISBN 978-3-86829-127-8
- Heft 85 Hans Tietmeyer, Währungs- und Finanzmarktstabilität als Aufgabe – Rückblick und Perspektiven, März 2009, ISBN 978-3-86829-119-3
- Heft 86 Wolfgang Ramsteck, Die Germany Trade and Invest GmbH und die Reformen der Außenwirtschaftsförderung des Bundes: Eine Kopie des britischen Ansatzes?, März 2009, ISBN 978-3-86829-129-2
- Heft 87 Sven Leif Erik Johannsen, Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention, April 2009, ISBN 978-3-86829-131-5
- Heft 88 Koresuke Yamauchi, Das globale Internationale Privatrecht im 21. Jahrhundert – Wendung des klassischen Paradigmas des IPRs zur Globalisierung, Mai 2009, ISBN 978-3-86829-148-3
- Heft 89 Dana Ruddigkeit, Border Tax Adjustment an der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels, Juli 2009, ISBN 978-3-86829-151-3

- Heft 90 Sven Leif Erik Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, August 2009, ISBN 978-3-86829-155-1
- Heft 91 André Duczek, Rom II-VO und Umweltschädigung – Ein Überblick, September 2009, ISBN 978-3-86829-175-9
- Heft 92 Carsten Quilitzsch, Projektfinanzierung als Mittel zur Umsetzung inter-nationaler Rohstoffvorhaben, Oktober 2009, ISBN 978-3-86829-183-4
- Heft 93 Christian Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Februar 2010, ISBN 978-3-86829-218-3
- Heft 94 Carsten Quilitzsch, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung bei gewerblichen Betriebsstätten und Tochterkapitalgesellschaften in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse, März 2010, ISBN 978-3-86829-259-6
- Heft 95 Christian Maurer, Die gesetzlichen Maßnahmen in Deutschland zur Finanzmarktstabilisierung 2008 und 2009 – verfassungs- und europarechtliche Probleme, April 2010, ISBN 978-3-86829-273-2
- Heft 96 Karsten Nowrot, International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism, Mai 2010, ISBN 978-3-86829-276-3
- Heft 97 Diemo Dietrich/Jasper Finke/Christian Tietje, Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements, Juni 2010, ISBN 978-3-86829-278-7
- Heft 98 Stefan Hoffmann, Bad Banks als Mittel zur Bewältigung der Wirtschaftskrise – Ein Vergleich der Modelle Deutschlands, der Schweiz, der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, Juli 2010, ISBN 978-3-86829-283-1
- Heft 99 Alexander Grimm, Das Schicksal des in Deutschland belegenen Vermögens der Limited nach ihrer Löschung im englischen Register, September 2010, ISBN 978-3-86829-293-0
- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3

- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2
- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0

- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielesch, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9
- Heft 122 Karsten Nowrot, Ein notwendiger „Blick über den Tellerrand“: Zur Ausstrahlungswirkung der Menschenrechte im internationalen Investitionsrecht, August 2012, ISBN 978-3-86829-520-7
- Heft 123 Henrike Landgraf, Das neue Komitologieverfahren der EU: Auswirkungen im EU-Antidumpingrecht, September 2012, ISBN 978-3-86829-518-4
- Heft 124 Constantin Fabricius, Der Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen – Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 AEUV, Februar 2013, ISBN 978-3-86829-576-4