

EU-Agenturen als Ausdruck des europäischen Demokratiemangels?

Cornelia Manger-Nestler*

Inhalt

A. Einleitung	316
B. Europäisierter Demokratiebegriff als Bewertungsmaßstab	318
I. Überblick	318
II. Demokratie als europäischer Grundwert	319
III. Herleitung demokratischer Grundsätze aus Art. 10 EUV	320
IV. Wechselwirkungen mit dem institutionellen Gleichgewicht	322
C. Art. 114 AEUV als Errichtungsgrundlage für EU-Agenturen im Binnenmarkt	322
I. Agenturen als vertragsfremde Einrichtungen nach Lissabon?	323
II. Voraussetzungen von Art. 114 AEUV	323
1. Grundlagen	323
2. Entscheidungsbefugnisse von Unionsagenturen sowie ...	325
3. Verhältnis zum Harmonisierungsziel	326
4. Rolle von Art. 352 AEUV	328
D. Reichweite der Delegation von (Entscheidungs-)Befugnissen nach Lissabon	328
I. Vorüberlegung	328
II. „Meroni“ im Lichte des europäisierten Demokratienmaßstabs	329
III. Die Art der Entscheidungsbefugnisse: Rechtsprechungsgenerationen („Meroni“, „Romano“, „ESMA“) sowie Art. 290, 291 AEUV	331
E. Unabhängigkeit vs. Demokratieprinzip – Ansätze zur Auflösung des Spannungsverhältnisses durch Einbeziehung der Grundsätze guter Verwaltung	333
I. Unionsrechtlicher Maßstab der unabhängigen Verwaltung	333
1. Unabhängigkeit als Strukturmerkmal	333
2. Einbettung in die Grundsätze guter Verwaltung	335
II. Funktionsbezogene Legitimationsbedürftigkeit	336

* Prof. Dr. Cornelia Manger-Nestler, LL.M., ist Inhaberin der Professur für Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der HTWK Leipzig und Lehrbeauftragte für Europarecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Ich danke meinem Mitarbeiter, Robert Böttner, B.A., sowie Ann-Sophie Hoffmann für wertvolle Denkanstöße bei der Abfassung des Manuskripts.

III. Zur Ausgestaltung von Unabhängigkeit und Kontrollbeziehungen bei ausgewählten Binnenmarktagenturen	338
1. Organisatorisch-strukturelle Parallelen	339
a) Verwaltungsräte	339
b) Verhältnis unabhängiger Agenturen zur Kommission	340
2. Rolle des Europäischen Parlaments	341
3. Transparenzgebot	342
IV. Ergebnis	344
F. Fazit und Perspektiven	345

A. Einleitung

Die Debatte um ein Defizit an demokratischer Legitimation begleitet den Integrationsprozess der Europäischen Union (EU) seit ihrer Gründung. Bekannterweise hat die Diskussion dabei vor allem die defizitäre demokratische Rückbindung der EU-Organe im Blick. Deren institutionelle Strukturen haben sich zwar seit 1957 grundlegend gewandelt; eine umfassende Demokratisierung des Organgefüges war damit jedoch nicht verbunden.

Seit zudem europäische Agenturen wie Pilze aus dem Boden schießen, stellt sich die Frage – gerade mit Blick auf das *mushrooming*¹ – nach hinreichender demokratischer Rückbindung der *Agenturisierung*, die schon vor einiger Zeit als „Ausdruck des europäischen Demokratiemangels“² gebrandmarkt wurde. Obwohl die Gründung der ersten Agentur (CEDEFOP)³ in diesem Jahr exakt 40 Jahre zurückliegt und seither mehr als 40 weitere Agenturen in unterschiedlichsten Politikbereichen und mit teils beachtlichen Kompetenzen errichtet wurden, fehlt(e) der Genese des Agenturwesens der parallele Prozess einer ausdrücklichen primärrechtlichen Verankerung. Um die Übertragung von Kompetenzen und Aufgaben auf Unionsagenturen in legislative wie exekutive Strukturen zu lenken, wurden die Agenturen zumeist als Teil einer eigenständigen Verwaltungsebene zwischen den mitgliedstaatlichen Verwaltungen und dem unionseigenen Vollzug errichtet. In den letzten Jahren gewann diese Entwicklung erheblich an Geschwindigkeit. Die Agenturen nahmen nicht nur zahlenmäßig enorm

1 *Busuioc*, Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies, ELJ (15) 2009, S. 600; *Chamon*, EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea, CMLRev. 48 (2011), S. 1055.

2 So bereits *Majone*, Europe's Democratic Deficit: A Question of Standards, ELJ 1998, S. 5. Vgl. zur demokratischen Legitimation der EU allgemein *Blanke/Böttner*, The Democratic Deficit in the Economic Governance of the European Union, in: Festschrift Weber, 2015 (im Erscheinen).

3 Centre européen pour le développement de la formation professionnelle – Europäisches Zentrum für die Förderung der Berufsbildung.

zu,⁴ auch ihre Entscheidungsbefugnisse wurden erheblich ausgeweitet. Besonders in wirtschafts- und sozialpolitischen Kernsektoren der Binnenmarktaufsicht und -regulierung (beispielsweise der Energie- und Finanzmarktpolitik, aber auch der Kontrolle von Arzneimitteln und Chemikalien), in denen auch auf mitgliedstaatlicher Ebene größtenteils bereits entsprechende Behörden bestehen, tritt das Phänomen der *Agencification*⁵ europäischer Verwaltungsverbundstrukturen deutlich zu Tage. In scharfem Kontrast zu dieser Entwicklung stehen nicht nur die Wortkargheit des Primärrechts zur Rolle der Agenturen, sondern auch der vergleichsweise weitreichende Grad an Unabhängigkeit, mit dem diese Institutionen sekundärrechtlich ausgestattet sind. Dieser Befund zieht zwei Schlussfolgerungen nach sich: Erstens, dass eine tertiäre⁶ EU-Verwaltungsebene mittlerweile als etabliert anzusehen ist, und zweitens, dass notwendigerweise nach unionsspezifischen Begründungsansätzen gesucht werden muss, die die Existenz derartiger Verwaltungsstrukturen im unionalen Organisationsgefüge rechtfertigen können. Stattdessen greifen nicht nur Teile des Schrifttums, vor allem aber der EuGH für die Legitimationsfrage auf Kriterien der frühen Gemeinschaftsrechtsprechung zurück – allen voran auf die über 50 Jahre alte sogenannte „Meroni“-Doktrin,⁷ deren konzeptionelle Übertragbarkeit zumindest fragwürdig scheint.

Der Beitrag will daher aufzeigen, dass diese Maßstabsbildung insbesondere für Regulierungsagenturen⁸ im Binnenmarkt nicht mehr zeitgemäß und daher anpassungsbedürftig, aber auch -fähig ist. Anhand der primärrechtlichen Grundlagen (insbesondere Art. 2, 10 EUV) soll zunächst ein europäisierter Demokratiemaßstab herausgebildet werden (B.). Auf Grundlage dessen ist sodann der Frage nachzugehen, inwieweit („ob“) Art. 114 AEUV, der für die meisten Agenturgründungen im Binnenmarkt herangezogen wurde, als Rechtsgrundlage für die Schaffung supranationaler Exekutivkompetenzen ausreichend ist (C.). Sodann ist zu untersuchen, in welchem Umfang („wie“) Entscheidungsbefugnisse auf Unionsagenturen delegiert werden dürfen, ohne unionale Demokratiegrundsätze zu verletzen (D.); dabei stehen letztgenannte Prinzipien ihrerseits wiederum im Spannungsfeld zur Unabhängigkeit der

4 Mittlerweile existieren 46 EU-Agenturen, vgl. die aktuelle Übersicht http://europa.eu/about-eu/agencies/index_en.htm (28.6.2015). Mit der ab 2016 arbeitsfähigen EU-Bankenabwicklungsbehörde (*Single Resolution Board*, SRB) befindet sich die 47. Agentur im Aufbau. Vgl. überblicksartig zur Vielfalt der Agenturen *Raschauer*, Europäische Agenturen, 2011.

5 Diesen Begriff prägen *Scholten/van Rijsbergen*, *The Limits of Agencification in the European Union*, GLJ 2014, S. 1223.

6 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 55. EL Januar 2015, Art. 13 EUV, Rdnr. 20.

7 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 11; EuGH, Rs. 10/56, *Meroni II*, Slg. 1958, 53.

8 Zugrunde gelegt wird dabei ein weiter europäischer Regulierungsbegriff, der in erster Linie der Abgrenzung zu Exekutivagenturen dient und in Bezug auf *regulatory activities* auch Aufsichtselemente mitumfasst. Vgl. Europäische Kommission, Entwurf für eine interinstitutionelle Vereinbarung zur Festlegung von Rahmenbedingungen für europäische Regulierungsagenturen, KOM (2005) 59 endg. v. 25.2.2005, S. 5 f.; *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1228 f. Ausdrücklich von „European Supervisory Authorities“ sprechen hingegen *Lavrijssen/Ottow*, *Indenpendant Supervisory Authorities: A Fragile Concept*, *Legal Issues Econ. Integration* 39 (2012), S. 423.

Agenturen (E.). Unterlegt wird die abstrakt-dogmatische Strukturbildung durch die Bezugnahme auf konkrete Binnenmarktagenturen, insbesondere die Arzneimittelaгентur (EMA),⁹ die Chemikalienagentur (ECHA),¹⁰ die Agentur zur Kooperation der Energieregulierungsbehörden (ACER)¹¹ sowie die Umweltagentur (EEA).¹² Wie zu skizzieren sein wird, verfügen die genannten vier Agenturen über vergleichsweise eingriffsintensive und damit marktregulierende Befugnisse, weshalb sie sich als Referenzbeispiele eignen. Dass die Tätigkeiten anderer, nur beratend tätiger Agenturen, beispielsweise des Binnenmarktharmonisierungsamtes (OHIM)¹³ oder der Lebensmittelsicherheitsbehörde (EFSA),¹⁴ deutlich(er) spürbare Auswirkungen auf das tägliche Leben jedes Unionsbürgers haben, wird damit keineswegs in Abrede gestellt. Der Beitrag wird sich jedoch auf die Regulierungsagenturen im Binnenmarkt fokussieren. Dies nicht zuletzt mit Blick auf weitergehende Überlegungen, die hier nicht abschließend behandelt werden können. Beispielsweise zählt auch die Frage, inwieweit das Ziel der *Agenturisierung* – sachkundig, zum Teil mit Wissenschaftlern besetzte Expertengremien für spezielle Bereiche unionalisierter Verwaltungstätigkeit zu schaffen, die dort Harmonisierungs- und Regulierungsstandards etablieren – glaubwürdiger und damit effektiver durch beratend tätige Konsultationsgremien, zum Beispiel OHIM oder EFSA, erreicht werden kann als durch Regulierungsagenturen, die mit eingriffsintensiven Befugnissen ausgestattet sind, aber auch eines hohen Maßes an demokratischer Legitimation sowie rechtsstaatlicher Kontrolle bedürfen.

B. Europäisierter Demokratiebegriff als Bewertungsmaßstab

I. Überblick

In einem ersten Schritt ist nach einem Maßstab¹⁵ zu suchen, der das Handeln von EU-Binnenmarktagenturen unter unionsspezifischen Erfordernissen rechtfertigen kann. Dabei geht es vor allem darum, ob rein formelle Legitimationsansätze ausreichend sind oder aber ob eine materielle, sprich funktionale Legitimationsbedürftigkeit in Abhängigkeit von der Aufgabe besteht, die der Agentur übertragen ist. Im Ergebnis muss herausgestellt werden, welche konkreten demokratischen Elemente unabdingbar für europäische Exekutivstrukturen sind.

9 *European Medicines Agency* mit Sitz in London (Großbritannien).

10 *European Chemicals Agency* mit Sitz in Helsinki (Finnland).

11 *Agency for the Cooperation of Energy Regulators* mit Sitz in Ljubljana (Slowenien).

12 *European Environment Agency* mit Sitz in Kopenhagen (Dänemark).

13 *Office for Harmonization in the Internal Market* mit Sitz in Alicante (Spanien).

14 *European Food Safety Authority* mit Sitz in Parma (Italien).

15 Vgl. dazu Ruffert, Die neue Unabhängigkeit: Zur demokratischen Legitimation von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht, in: Festschrift Scheuing, 2011, S. 404 ff.

EU-Binnenmarktagenturen werden üblicherweise auf Grundlage sekundärrechtlicher Gründungsverordnungen errichtet,¹⁶ die sich ihrerseits am Primärrecht und einem diesem immanenten Demokratiebegriff messen lassen müssen.

II. Demokratie als europäischer Grundwert

Der Rahmen für das Demokratieverständnis auf supranationaler Ebene wird vorgegeben durch Art. 2 EUV, der die Demokratie als grundlegenden Wert der Union fest schreibt, sowie die in Titel II (Art. 9-12) EUV zusammengefassten „Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze“. Da im Rahmen des Integrationsprozesses nicht nur eine „Demokratisierung der Europäischen Union, sondern auch eine Europäisierung der Demokratietheorie“¹⁷ stattfand, ist der europäische Demokratiebegriff des Art. 2 EUV nicht als deckungsgleich mit nationalen Demokratiebegriffen anzusehen; dies gilt allen voran auch für das Demokratieverständnis des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 2).¹⁸ Angesichts der Heterogenität der mitgliedstaatlichen Demokratieverständnisse kann ein europäisiertes Begriffsverständnis seine Grundlagen nur in einer Schnittmenge der nationalen Inhalte haben. Gleichzeitig ist diese Zusammenschau mitgliedstaatlicher Rechtstraditionen, die auch von Art. 3 des EMRK-Zusatzprotokolls (Art. 2, 6 Abs. 2 EUV) als Erkenntnisquelle¹⁹ gespiegelt wird, nur der Ausgangspunkt für die Herausbildung eines Begriffsverständnisses, das weitreichender ist als seine nationalen Grundlagen. Mitgliedstaatliche Maßstäbe zur Beurteilung demokratischer Legitimation können mithin nur insoweit gelten, wie sie für die Struktur der EU als supranationale Organisation passfähig sind und dem Wesen des unionalisierten Systems (noch) entsprechen.

Um seiner Semantik gerecht zu werden, muss ein europäisierter Demokratieansatz dem besonderen Charakter des supranationalen Systems Rechnung tragen und kann daher nur als Begriff *sui generis* verstanden werden. Dieses Ziel vor Augen können folgende strukturelle Elemente ausgemacht werden, die zugleich den Kernbestand der mitgliedstaatlichen Demokratie Modelle²⁰ beschreiben: Das Volk als Legitimations-

16 Beispielfhaft sei verwiesen auf die Gründungsrechtsakte der Unionsagenturen für Arzneimittel, VO (EG) Nr. 726/2004 v. 31.3.2004, ABl. L 136 v. 30.4.2004, S. 1; Chemikalien, VO (EG) Nr. 1907/2006 v. 18.12.2006, ABl. L 396 v. 30.12.2006, S. 1; sowie für Energie, VO (EG) Nr. 713/2009 v. 13.7.2009, ABl. L 211 v. 14.8.2009, S. 1; und Umwelt, VO (EG) Nr. 401/2009 v. 23.4.2009, ABl. L 126 v. 21.5.2009, S. 13. Auch die drei Finanzaufsichtsbehörden (*European Supervisory Authorities*, ESA) wurden aufgrund von Verordnungen errichtet; beispielfhaft verwiesen sei auf die ESMA-VO (EU) Nr. 1095/2010 v. 15.12.2010, ABl. L 331 v. 15.12.2010, S. 84.

17 *Nettesheim*, Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie – Wechselwirkungen bei der Herausbildung eines europäischen Demokratieprinzips, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 146.

18 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 2 EUV, Rdnr. 20; *Huber*, in: *Bauer/Huber/Sommermann*, (Fn. 17), S. 495 ff.; *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 10 EUV, Rdnr. 9.

19 *Huber*, in: *Streinz*, (Fn. 18), Art. 10 EUV, Rdnr. 9, spricht von einem „gesetzlichen Mindeststandard“.

20 Vgl. ausführlich *Weber*, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 2010, S. 106 ff.

subjekt; Entscheidungsfindung durch gewählte Volksvertreter oder direkt durch das Volk; Einhaltung von Wahlrechtsgrundsätzen; Mehrparteiensystem; Herrschaft auf Zeit; demokratische Rückkopplung der Organe und Amtsträger sowie das Mehrheitsprinzip bei gleichzeitiger Beachtung des Minderheitenschutzes.²¹ In der konkreten Ausgestaltung dieser *essentialia democratica* muss sodann der charakteristischen Verfasstheit der EU als Staatenverbund Rechnung getragen werden.²² Überträgt man diesen europäisierten Demokratieansatz auf das Gefüge der Unionsagenturen und ergänzt ihn um die Grundsätze guter Verwaltung (Art. 15, 16, 298 AEUV in Verbindung mit Art. 41 GRCh) sowie das Transparenzgebot (Art. 15 EUV),²³ können dadurch im Ergebnis die Anforderungen an die Ausgestaltung der tertiären EU-Verwaltungsebene präzisiert und damit effektiv weiterentwickelt werden.

III. Herleitung demokratischer Grundsätze aus Art. 10 EUV

Die normativen Grundlagen für die Schaffung demokratischer Legitimation im Mehrebenensystem gestaltet der Unionsgesetzgeber in Titel II des EUV näher aus. Ohne eine abschließende Aufzählung zu enthalten, nennt Art. 10 EUV einzelne demokratische Elemente: Abs. 1 normiert den Grundsatz der repräsentativen Demokratie in der Union; Abs. 2 enthält eine organbezogene Konkretisierung dieses Prinzips und greift damit den Ansatz einer dualen Legitimationsstruktur auf, die durch zwei unterschiedliche Legitimationsstränge gesichert werden soll:²⁴ Zum einen durch die direkte parlamentarische Vertretung des Einzelnen als Unionsbürger im Europäischen Parlament (EP); zum anderen durch mitgliedstaatliche Regierungsvertreter im Europäischen Rat bzw. im Rat (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV), die ihrerseits den nationalen Parlamenten bzw. den mitgliedstaatlichen *demos*²⁵ gegenüber verantwortlich sind. Bezugspunkt der ersten Legitimationskette ist nicht etwa „das Unionsvolk“, sondern der Einzelne als Unionsbürger (Art. 9 EUV); besonders deutlich wird dies beim EP, das die gewählten Vertreter der Unionsbürger repräsentiert (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 EUV). Der europäische Demokratiebegriff basiert damit zuallererst auf dem Prinzip der Gleichheit der Unionsbürger, auch wenn dieser Grundsatz infolge der nationalen Kontingentierung nur als degres-

21 Von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts, in: Bauer/Huber/Sommermann, (Fn. 17), S. 231; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Institutionen und Politiken, 2011, Rdnr. 136; Huber, (Fn. 19), Art. 10 EUV, Rdnr. 12.

22 Von Bogdandy, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 68 f.; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.), Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 16, Rdnr. 4, 8 f., 31.

23 Siehe dazu unter E.II.

24 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 18), Art. 10 EUV, Rdnr. 8.

25 Den Begriff der „Demos-kratie“ nutzt auch ein neuerdings vertretenes politikwissenschaftliches Legitimationsmodell, vgl. Cheneval/Lavenex/Schimmelfennig, Democracy in the European Union: principles, institutions, policies, Journal of European Public Policy (special issue) 22 (2015), S. 1 ff. (sowie weitere Beiträge zu diesem Thema in dieser speziellen Ausgabe); Gaus, Demoi-kratie ohne Demos-kratie – welche polity braucht eine demokratische EU?, in: Flügel-Martinsen/Gaus/Hitzel-Cassagnes/Martinsen (Hrsg.), Deliberative Kritik – Kritik der Deliberation, 2014, S. 299 ff.

siv-proportionale Repräsentation ausgestaltet ist.²⁶ Die über die Mitgliedstaaten vermittelte, zweite Legitimationsschiene ist nur eine indirekte, die – vermittelt über die Bindung der Regierungsvertreter an die nach demokratischen Grundsätzen gewählten nationalen Parlamente – eine Rückanbindung an den Wahlbürger bzw. das nationale Wahlvolk der Mitgliedstaaten gewährleistet.

Insgesamt wird deutlich, dass beide Legitimationsketten nicht dasselbe Niveau aufweisen und zum Teil an unterschiedliche Legitimationssubjekte anknüpfen. Entscheidend ist daher die Wechselwirkung zwischen beiden Legitimationssträngen, sodass demokratische Defizite auf der unionalen Ebene durch die Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Ebene kompensiert werden können;²⁷ dies gilt besonders in den Fällen, in denen die Legitimationsketten sehr lang sind oder Lücken aufweisen.²⁸ Zudem sind die Anforderungen an parallel existierende Legitimationsstränge und deren jeweilige Dichte je nach Eingriffsintensität abzustufen, woraus eine funktionale Legitimationsnotwendigkeit abzuleiten ist.²⁹ Oder anders formuliert: Es geht weniger um das *ob*, als vielmehr um das *wieviel* der Legitimationsschöpfung in Abhängigkeit von der zu übertragenden Aufgabe. Insofern folgt auch der europäische Vertragsgeber der zutreffenden Einsicht, dass sich gemeinwohlorientiertes Regieren („output“-Dimension) im Mehrebenensystem nur dadurch sicherstellen lässt, dass die repräsentativ entscheidenden Organe durch Elemente der Verfahrensbeteiligung und Kontrolle („input“-Dimension) rückgebunden werden.³⁰

Welche konkreten Anforderungen aus diesem vergleichsweise offenen primärrechtlichen Demokratieverständnis für die Legitimation des EU-Agenturwesens folgen, ist Gegenstand eines eigenen Abschnitts (E.). Hingewiesen sei an dieser Stelle jedoch auf eine wichtige Entscheidung des EuGH, die die beschriebene Entwicklung für das Agenturwesen offenbar antizipiert. In seinem Urteil zur primärrechtskonformen Ausgestaltung der demokratischen Legitimation von nationalen Datenschutzkontrollstellen³¹ führt der EuGH aus, dass auch ergänzende Legitimationsmechanismen wie Gesetzesbindung sowie parlamentarische und gerichtliche Kontrolle dazu dienen, die demokratische Legitimation von Behörden im Sinne von Art. 2 EUV zu gewährleisten.³² Gerade die Verknüpfung zum Rechtsschutz stellt einen weiteren wichtigen Aspekt dar, der seinerseits einem – ebenfalls europarechtlich aufgeladenen – Rechtsstaatsprinzip³³ entspringt und damit einen weiteren tragenden Ordnungsgrundsatz für die Verwaltungstätigkeit von Agenturen formuliert.

26 *Nettesheim*, (Fn. 6), Art. 10 EUV, Rdnr. 69.

27 *Ruffert*, (Fn. 24), Art. 10 EUV, Rdnr. 5. Die Komplementärwirkung betonen auch *Blanke/Böttner*, (Fn. 2), Ziffer 2.1.

28 *Nettesheim*, (Fn. 6), Art. 10 EUV, Rdnr. 75.

29 Siehe dazu unter E.II.

30 *Huber*, (Fn. 18), Art. 10 EUV, Rdnr. 9; *Nettesheim*, (Fn. 6), Art. 10 EUV, Rdnr. 45. Vgl. auch Europäische Kommission, Weißbuch Europäisches Regieren, KOM (2001) 428 endg., ABl. C 287 v. 12.10.2001, S 18.

31 EuGH, Rs. C-518/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125.

32 *Ibid.*, Rdnr. 41 ff.

33 Nachweise zur Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf Elemente eines europäisierten Rechtsschutzprinzips *Pechstein*, in: Streinz, (Fn. 18), Art. 2 EUV, Rdnr. 6.

IV. Wechselwirkungen mit dem institutionellen Gleichgewicht

Wie soeben bereits erwähnt, sind Demokratieanforderungen eng verbunden mit Rechtsstaatlichkeit, deren rechtsgewährleistende Funktion zugleich demokratiegewährend wirkt, was umgekehrt ebenso gilt. Die vielfältigen Wechselbeziehungen werden unter dem institutionell-organisatorischen Blickwinkel durch das institutionelle Gleichgewicht konkretisiert, das in Art. 13 Abs. 1 EUV als normativer unionspezifischer Gestaltungsmaßstab der Funktionenteilung verankert ist. Wenngleich der EuGH die Herleitung des institutionellen Gleichgewichts aus Demokratie- und/oder Rechtsstaatsgrundsätzen offen lässt,³⁴ ist Art. 13 EUV als Garant eines „zwar nicht voll ausgereiften, jedoch tendenziell gewaltenteilig-demokratisch orientierten Organisationsprinzips“ im Sinne einer Gewaltengliederung³⁵ zu interpretieren. Seit *Meroni* versteht der EuGH darunter ein normatives, justitierbares Gestaltungsprinzip,³⁶ das bei allen organisatorischen Maßnahmen gewahrt sein muss. Die Verträge haben ein System der Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Unionsorganen geschaffen, demzufolge jedem Organ sein eigener Auftrag innerhalb des institutionellen Gefüges zukommt,³⁷ und das es gebietet, dass diese Funktionenteilung von allen Organen respektiert wird. Das institutionelle Gleichgewicht ist als Grenze somit immer dann relevant, wenn es zu Kompetenzverschiebungen im institutionellen System der Union kommt. Mit Blick auf die Errichtung von EU-Agenturen spielt das institutionelle Gleichgewicht eine Rolle, wenn der Unionsgesetzgeber Einrichtungen „außerhalb“ der Verträge schafft und diese mit Befugnissen ausstattet, die prinzipiell den abschließend aufgezählten Organen vorbehalten sind.³⁸ Darauf wird nachfolgend näher einzugehen sein.³⁹

C. Art. 114 AEUV als Errichtungsgrundlage für EU-Agenturen im Binnenmarkt

Auf der Grundlage des normativen Rahmens, der unionalisierte Demokratieanforderungen für europäisierte Verwaltungstätigkeit vorprägt, soll nun geprüft werden, inwieweit die primärrechtlichen Rechtsgrundlagen, insbesondere Art. 114 AEUV, die Schaffung unionaler Behördenstrukturen mit Exekutivkompetenzen rechtfertigen können.

34 Ruffert, (Fn. 24), Art. 13 EUV, Rdnr. 15.

35 Ibid., Rdnr. 18.

36 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 36 ff.; EuGH, Rs. 10/56, *Meroni II*, Slg. 1958, 51, 75 ff.; EuGH, Rs. 138/79, *Roquette Frères*, Slg. 1980, 3333, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-70/88, *Parlament/Rat*, Slg. 1990, I-2041, Rdnr. 20 ff.; EuGH, Rs. 21/94, *Parlament/Rat*, Slg. 1995, I-1827, Rdnr. 17.

37 EuGH Rs. C-70/88, *Parlament/Rat*, Slg. 1990, I-2041, Rdnr. 21 f.

38 Vgl. dazu ausführlich Michel, EU-Agenturen und institutionelles Gleichgewicht, 2015. Siehe auch Scholten/van Rijsbergen, (Fn. 5), S. 1234.

39 Siehe dazu unter C.I.

I. Agenturen als vertragsfremde Einrichtungen nach Lissabon?

Bevor die Voraussetzungen von Art. 114 AEUV näher untersucht werden, ist zu klären, inwiefern sich EU-Agenturen als rechtsfähige Einrichtungen in den primärrechtlichen Vertragsrahmen einfügen. Während dies bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon heftig umstritten war,⁴⁰ enthält das geltende Vertragsregime zumindest für diese Frage eine klare Richtungsentscheidung. *Expressis verbis* sind mittlerweile Nichtigkeitsklagen gegen „Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten“ (Art. 263 UAbs. 1 Satz 2, UAbs. 5 AEUV) vorgesehen;⁴¹ die englische Fassung spricht in diesem Kontext von „*bodies, offices or agencies of the Union*“. Ausdrückliche Erwähnung finden die Einrichtungen auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz guter Verwaltung (Art. 298 Abs. 1 AEUV), auf dessen Unabhängigkeitspostulat noch zurückzukommen sein wird.⁴² Damit anerkennt das Primärrecht die Existenz derartiger Unionseinrichtungen und -agenturen mit der Folge,⁴³ dass sie Teil des Organgefüges der Union und damit des institutionellen Rahmens sind, ohne auf gleicher Stufe mit den Unionsorganen (Art. 13 Abs. 1, 2 EUV) zu stehen. Auch wenn Einzelaspekte des institutionellen Gleichgewichts⁴⁴ nicht Schwerpunkt des Beitrags sind, wird eines deutlich: Unionsagenturen fügen sich dann überschneidungsfrei in den institutionellen Rahmen der EU ein, wenn ihre Entscheidungsbefugnisse nicht mit denen der übrigen Organe kollidieren.

II. Voraussetzungen von Art. 114 AEUV

1. Grundlagen

Es ist daher zu klären, ob der Unionsgesetzgeber sich bei der Schaffung von EU-Agenturen innerhalb der Grenzen der ihm von den Mitgliedstaaten verliehenen Rechtssetzungsbefugnisse bewegt. Die Wahl der Rechtsgrundlage determiniert das Verfahren, d.h. insbesondere Art und Umfang der Beteiligung der EU-Organe, und hat damit erheblichen Einfluss auf das Interorganverhältnis. Mit Blick auf die bisherige Rechtssetzungspraxis bei der Gründung von Agenturen fällt auf, dass diese Einrichtungen überwiegend auf Grundlage einer Rechtsangleichungsvorschrift für den Binnenmarkt errichtet werden. Sowohl die Energieregulierungsagentur, die Chemikalien- und die Arzneimittelagentur als auch die drei Finanzaufsichtsbehörden

40 Nachweise zur Entwicklung der Diskussion z.B. bei *Calliess*, (Fn. 18), Art. 13 EUV, Rdnr. 52 ff.; *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 78 ff. m.w.N.; *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1233 ff.

41 *Calliess*, (Fn. 18), Art. 13 EUV, Rdnr. 58; *Hansen-Nootbaar*, Unabhängigkeit und Legitimation europäischer Agenturen, 2013, S. 142 f.; *Ohler*, in: Ruffert (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 5, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, § 10, Rdnr. 106. Siehe auch Schlussanträge GA *Jääskinen* zu EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2013:562, Nr. 73.

42 Vgl. dazu unter E.I.

43 So auch *Calliess*, (Fn. 18), Art. 13 EUV, Rdnr. 7.

44 Vgl. dazu ausführlich *Michel*, (Fn. 38).

(ESA)⁴⁵ sowie die lediglich beratend und informativ tätige Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA)⁴⁶ wurden unter Bezugnahme auf Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EG) gegründet.

Dabei ist die Frage, inwieweit Art. 114 AEUV als taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung von Binnenmarktagenturen dienen kann, nicht erst seit der „ENISA“-Entscheidung⁴⁷ des EuGH höchst umstritten.⁴⁸ Neuen Zündstoff erhielt die Debatte durch das Urteil des EuGH⁴⁹ aus dem Jahr 2014 zu Befugnissen der Finanzmarktaufsichtsbehörde ESMA, die als vergleichsweise „mächtige“ unter den Binnenmarktagenturen einzuordnen ist. Die Kompetenznorm des Art. 114 AEUV ermächtigt den Unionsgesetzgeber zu Maßnahmen, die der Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften dienen und die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.⁵⁰ Dass die Schaffung von rechtsfähigen⁵¹ Einrichtungen auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann, hängt in erster Linie davon ab, welche Befugnisse diese Institutionen im Zuge der Rechtsangleichung wahrnehmen sollen. Das zweite Kriterium ist weniger problembehaftet, denn die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes⁵² kann sowohl durch bloße Koordinierungs- und Informationstätigkeit als auch durch sekundärrechtliche Entscheidungs- und Durchgriffsbefugnisse gegenüber nationalen Behörden gewährleistet werden.

45 Unter dem Begriff *European Supervisory Authorities* werden die drei europäischen Finanzaufsichtsbehörden für die Bereiche Banken (*European Banking Authority*, EBA, mit Sitz in London), Versicherungen (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA, mit Sitz in Frankfurt am Main) sowie Wertpapiere (*European Securities and Markets Authority*, ESMA, mit Sitz in Paris) zusammengefasst; diese bilden gemeinsam mit dem *European Systemic Risk Board* (ESRB) das *European System of Financial Supervision* (ESFS).

46 *European Union Agency for Network and Information Security* mit Sitz in Heraklion (Griechenland).

47 EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:279.

48 Vgl. zur Kontroverse insbesondere *Fischer-Appelt*, (Fn. 40), S. 86 ff.; *Görisch*, *Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen*, 2009, S. 241 ff.; *Häde*, *Jenseits der Effizienz: Wer kontrolliert die Kontrolleure? – Demokratische Verantwortlichkeit und rechtsstaatliche Kontrolle der europäischen Finanzaufsichtsbehörden*, EuZW 2011, S. 663; *Ohler*, *Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-217/04, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, EuZW 2006, S. 369 ff.; *ders.*, *Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-270/12, JZ* 2014, S. 252; *Saurer*, *Anmerkung zum Urteil des EuGH Rs. C-270/12, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, DÖV 2014, S. 549 ff.; *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1236 ff.; *Vetter*, *Die Kompetenzen der Gemeinschaft zur Gründung von unabhängigen europäischen Agenturen*, DÖV 2005, S. 728 f.; *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: *Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht*, EuR 2008, S. 612 ff.

49 EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18.

50 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 18), Art. 114 AEUV, Rdnr. 17 ff.

51 Die Regulierungsagenturen sind überwiegend mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet, vgl. für die EMA Art. 59 VO (EG) Nr. 726/2004; für die ECHA Art. 100 VO (EG) Nr. 1907/2006; für ACER Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 713/2009; für die EEA Art. 7 VO (EG) Nr. 401/2009 sowie für die ESMA Art. 5 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1095/2010.

52 *Kahl*, (Fn. 50), Art. 114 AEUV, Rdnr. 48.

2. Entscheidungsbefugnisse von Unionsagenturen sowie ...

Die Eignung von Art. 114 AEUV hängt daher entscheidend von der Reichweite der Einzelentscheidungsbefugnisse ab, die der Unionsgesetzgeber den Agenturen bei ihrer Errichtung überantwortet hat. Insbesondere die hier näher betrachteten Regulierungsagenturen für Chemikalien⁵³ und die Energieregulierungsagentur⁵⁴ verfügen über Einzelentscheidungsbefugnisse gegenüber natürlichen und juristischen Personen; der Finanzaufsichtsbehörde ESMA obliegt sogar die „ultima ratio“-Kompetenz⁵⁵ zur Ersetzung von Entscheidungen der zuständigen nationalen Behörden. Dieser Befund zeigt den deutlichen Trend, wonach vor allem die „neue Generation“ von Aufsichts- und Regulierungsagenturen mit immer eingriffsintensiveren Befugnissen ausgestattet wird, wobei die Union nicht in allen Sektoren über ein gleich hohes Kompetenzniveau verfügt und darüber hinaus bereits nationale Regulierungsstrukturen und -behörden bestehen. An dieser Entwicklung offenbart sich zudem die Auflösung bzw. das Nichtvorhandensein der besonders in der deutschen Verwaltungswissenschaft praktizierten klaren Trennung zwischen Aufgabe und Befugnis sowie zwischen Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen (Art. 70 ff., 83 ff. GG). Inwieweit ein solches nationales Prinzip auch Teil eines genuin europäischen Rechtsstaatsprinzips ist, kann mangels klarer unionsrechtlicher Vorgaben für Verwaltungsstrukturen und -kompetenzen nicht eindeutig geklärt werden; Teile des Schrifttums sehen in den verschwimmenden Grenzen jedenfalls keinen Verstoß.⁵⁶ Ähnlich positioniert sich auch der EuGH in seinem Gutachten zum *Europäischen Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt*, wenngleich er den Aspekt für nicht weiter begründungsbedürftig hielt.⁵⁷

Gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 114 Abs. 1 AEUV spricht jedoch, dass eine gewisse Anzahl von Agenturen auf der Grundlage von primärrechtlichen Sachkompetenzen errichtet wurde; hierzu zählt beispielsweise die aufgrund von Art. 175 EG (= Art. 192 AEUV) errichtete Umweltagentur. Insofern stellt sich die – anhand des Primärrechts – ebenfalls nicht zweifelsfrei zu klärende Frage nach dem (Regel-Ausnahme?-)Verhältnis zwischen der allgemeinen Binnenmarktkompetenz und sektorspezifischen und damit spezielleren Sachkompetenzen.⁵⁸

53 Art. 20 VO (EG) Nr. 1907/2006.

54 Art. 8 Abs. 1 VO (EG) Nr. 713/2009.

55 Vgl. für Beschlüsse gegenüber Marktteilnehmern Art. 17 Abs. 6 sowie für Beschlüsse gegenüber nationalen Behörden Art. 19 Abs. 3 VO (EU) 1095/2010.

56 Görisch, Die Agenturen der Europäischen Union, Jura 2012, S. 44; Sydow, Externalisierung und institutionelle Ausdifferenzierung – Kritik der Organisationsformen in der EU-Eigenadministration, VerwA 97 (2006), S. 12 f.; Wittinger, (Fn. 48), S. 612.

57 EuGH, Gutachten 1/76, *Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt*, Slg. 1977, 741.

58 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-308/03, *Deutschland/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:772, Rdnr. 37 ff.

3. Verhältnis zum Harmonisierungsziel

Im Gegensatz zu Art. 352 AEUV, der Einstimmigkeit im Rat voraussetzt und damit den Mitgliedstaaten eine Vetomöglichkeit bietet, gilt für Art. 114 AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Mag eine beratende Funktion bei der Umsetzung von harmonisierenden Regelwerken⁵⁹ gegenüber den nationalen Behörden und der Kommission noch einleuchten, so erfordert die Subsumtion einzelentscheidungsbefugter Agenturen unter Art. 114 Abs. 1 AEUV ein sehr weites Verständnis des Harmonisierungsbegriffs. Dass dies zu einer Nivellierung der Unterschiede zwischen Aufgaben und Befugnissen führt, ist – wie bereits angedeutet – wohl weniger aus europarechtlicher als vielmehr aus der Perspektive der deutschen Verwaltungswissenschaft problematisch.⁶⁰ Der EuGH gesteht dem Unionsgesetzgeber bei der Umsetzung der Harmonisierungsziele denn auch einen weiten Ermessensspielraum zu, was insbesondere in Bereichen gilt, die durch komplexe, technische Eigenheiten gekennzeichnet sind.⁶¹ Erfordere die Umsetzung des Harmonisierungsbestrebens in sich rasant entwickelnden Gebieten technische und spezielle Untersuchungen, so liege auch die Errichtung einer Agentur innerhalb der Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens.⁶² Indem Agenturen die notwendigen Informationen zur Verfügung stellen und entsprechende Stellungnahmen gegenüber Kommission und Mitgliedstaaten abgeben dürfen, könnten (die Möglichkeit sei hier ausreichend!) diese zur Durchführung harmonisierender Regelwerke und damit zum Harmonisierungsprozess des Binnenmarktes beitragen.⁶³ Voraussetzung sei aber ihr

„enger Zusammenhang mit den Bereichen [...], auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen.“⁶⁴

Sofern das Funktionieren des Binnenmarkts durch eine divergierende Umsetzung der Rechtsakte gefährdet sei, impliziere Art. 114 AEUV darüber hinaus die Ermächtigung der Agenturen zum Erlass von Einzelmaßnahmen nicht nur gegenüber den Mitglied-

59 Z.B. bei ENISA der Fall vgl. Art. 3 VO (EG) Nr. 460/2004.

60 Nach Vetter, (Fn. 48), S. 729 beinhaltet Art. 114 AEUV nur eine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften und nicht Verwaltungsakten.

61 EuGH, Rs. C-66/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2005:743, Rdnr. 45; EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:279, Rdnr. 43; EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 102.

62 So bereits EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone*, ECLI:EU:C:2010:32, Rdnr. 32 ff.; EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:279, Rdnr. 46; sowie EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 103.

63 EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:279, Rdnr. 44 f.; EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 104.

64 EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:279, Rdnr. 45.

staaten, sondern auch gegenüber natürlichen und juristischen Personen.⁶⁵ Im „ESMA“-Urteil betont der EuGH, dass davon auch die Befugnis der ESMA umfasst sei, im Krisenfall mit eigenen Beschlüssen nationale Behördenentscheidungen zu ersetzen;⁶⁶ einschränkend sei jedoch angemerkt, dass sich der EuGH dabei nicht auf die ESMA-Gründungsverordnung, sondern nur auf die konkret im Streit stehende Leerverkaufsverordnung bezog.⁶⁷ Ob die Binnenmarktkompetenz dieser vom EuGH verordneten Zerreißprobe standhält, scheint – auch angesichts der entgegengesetzten Voten der Generalanwälte⁶⁸ in beiden Entscheidungen – durchaus fraglich.

Verfechter eines engeren Verständnisses von Art. 114 AEUV monieren, dass die Maßnahmen der Agenturen keinen Bezug zu nationalen Regelungen hätten und statt einer Angleichung mitgliedstaatlicher die Schaffung neuer, weil originär europäischer Verwaltungskompetenzen mit sich brächten.⁶⁹ Dass die mitgliedstaatlichen Regelungen als Bezugspunkt dienen müssten, zeige nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Systematik der übrigen Absätze von Art. 114 AEUV.⁷⁰ Ferner müsse auch eine lediglich mittelbare Harmonisierungswirkung sicher vorhersehbar und nicht bloß wahrscheinlich sein.⁷¹

Erforderlich ist deshalb, dass Maßnahmen bzw. Befugnisse im Rahmen des Art. 114 AEUV entweder zur Harmonisierung des Binnenmarkts beitragen oder selbst die Harmonisierung beinhalten. Dementsprechend kann die Harmonisierungskompetenz nur dann als Rechtsgrundlage dienen, wenn die Agentur Teil eines komplexen Harmonisierungskonzeptes ist. Dies ist beispielsweise bei der ECHA der Fall, die mit der REACH-Verordnung bereits bestehende Angleichungsregelungen umsetzt bzw. bei deren Durchführung beratend tätig wird. Wenn die Maßnahmen der Agentur – wie es bei den ESAs im Rahmen des ESFS der Fall ist – den nationalen Behördenentscheidungen aber vorgehen und diese ersetzen, stellt dies keine Harmonisierung im Sinne

65 EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 106 ff. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2006:279, Rdnr. 44 und EuGH, Rs. C-359/92, *Deutschland/Rat*, ECLI:EU:C:1994:306, Rdnr. 37.

66 EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 116 in Bezug auf die Befugnis der ESMA zum Verbot von Leerverkäufen gemäß Art. 28 VO (EU) Nr. 236/2012.

67 Vgl. *Manger-Nestler*, Lehren aus dem Leerverkauf?, Zum Verbot von Leerverkäufen durch ESMA, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-270/12, GPR 2014, S. 142.

68 Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2005:574; Schlussanträge GA *Jääskinen* zu EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2013:562.

69 *Fischer-Appelt*, (Fn. 40), S. 88; *Häde*, (Fn. 48), S. 663; *Vetter*, (Fn. 48), S. 729; Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2005:574, Nr. 22; Schlussanträge GA *Jääskinen* zu EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2013:562, Nr. 52. Dagegen und unter Hinweis auf die Möglichkeit, den Sekundärrechtsakt „den Umständen oder neuen Erkenntnissen anzupassen“ allerdings EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone*, ECLI:EU:C:2010:32, Rdnr. 32 ff.

70 *Ohler*, (Fn. 48), EuZW 2006, S. 373.

71 Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2005:574, Nr. 34, 36, 44.

des Art. 114 AEUV mehr dar, sondern schafft eigenständige exekutive Regelungsbefugnisse auf supranationaler Ebene.

4. Rolle von Art. 352 AEUV

In der Konsequenz müsste hierfür – wie beispielsweise bei der EMA geschehen – in Ermangelung einer politikspezifischen Norm im Bereich des Binnenmarkts Art. 352 AEUV herangezogen werden. Die Vertragsabrundungskompetenz ermöglicht eine genaue Prüfung der Erforderlichkeit der Schaffung einer Agentur und setzt durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Grenze der Vertragsänderung⁷² sowie dem Konsensprinzip im Rat klare Schranken. Andererseits darf nicht verkannt werden, dass es sich bei Art. 352 AEUV dem Sinn und Zweck nach um eine Vertragsergänzungsklausel handelt, die als Kompetenztitel nur ergänzend bzw. zur Abrundung speziell geregelter Politikbereiche herangezogen werden soll.⁷³ Inwieweit es dabei tatsächlich (schon) ausreichend ist, dass Art. 114 AEUV als Ermächtigungsgrundlage nicht eingreift, weil nicht mehr nur Harmonisierungs-, sondern europäisierte Verwaltungskompetenzen geschaffen werden, lässt sich wegen der sich überschneidenden Inhalte oftmals nicht mit letzter Sicherheit klären. Artikel 352 AEUV kann daher nur als „zweitbeste Lösung“ und nur so lange in Betracht kommen, wie keine spezielle Primärrechtsnorm für Binnenmarktagenturen existiert. Angesichts des langwierigen und politisch unsicheren Prozesses, in dem eine solche Norm zu etablieren wäre, ist dieses Postulat jedoch eine eher fernliegende und damit eher theoretische Option.

Insofern scheint sich im Kontext des „ESMA“-Urteils des EuGH ein gewisser Pragmatismus abzuzeichnen, der einer neuen Generation von Agenturen den Weg ebnet und auf diese Weise eine primärrechtlich so nicht vorgesehene Ausweitung von supranationalen Exekutivkompetenzen im Bereich des Binnenmarkts begünstigt.⁷⁴

D. Reichweite der Delegation von (Entscheidungs-)Befugnissen nach Lissabon

I. Vorüberlegung

Das pragmatische Zwischenergebnis beruhigt allenfalls oberflächlich; dogmatisch ist es unbefriedigend und erfordert daher weitere Überlegungen, in welchem Umfang

72 Vgl. EuGH, Gutachten 2/94, *EMRK-Beitritt*, Slg. 1996, I-1759. Was letztlich die Frage der Einhaltung allgemeiner Verfassungsgrundsätze (insbesondere das institutionelle Gleichgewicht) und damit der den Agenturen gewährten Befugnisse betrifft, vgl. *Berger*, Vertraglich nicht vorgesehene Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, 1999, S. 64; *Görisch*, (Fn. 48), S. 244.

73 *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 18), Art. 352 AEUV, Rdnr. 38 ff.; *Huber*, (Fn. 18), Art. 352 AEUV, Rdnr. 31.

74 *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1248 f., sehen im Urteil eine Weiterentwicklung der „Meroni“- und „Romano“-Kriterien und wollen daraus „a new delegation doctrine“ ableiten.

Entscheidungsbefugnisse auf Unionsagenturen delegiert werden dürfen, ohne die unional aufgeladenen Demokratiegrundsätze zu verletzen.

Wie bereits angerissen,⁷⁵ enthält auch die Lissabonner Vertragsrevision keine ausdrückliche Bestimmung zur Übertragung von Befugnissen auf „außervertragliche“ Einrichtungen. Inwiefern Art. 290 und 291 AEUV eine abschließende Delegationsregelung darstellen und damit auch dem Agenturwesen Grenzen setzen, ist wiederum umstritten.⁷⁶ Artikel 298 AEUV beschreibt zudem lediglich die Art und Weise der Aufgabenerfüllung („wie“).⁷⁷ Auch wenn es naheliegend scheint, die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Delegation von (Entscheidungs-)Befugnissen („ob“) weiterhin anzuwenden, muss kritisch hinterfragt werden, inwieweit diese Prinzipien tatsächlich noch geeignet sind, den Befugnistransfer zu legitimieren. Als Ausgangspunkt dienen die 1958 in der Rechtssache *Meroni*⁷⁸ und 1981 in der Rechtssache *Romano*⁷⁹ ergangenen Urteile, auf die der Gerichtshof auch in späteren Entscheidungen Bezug nahm.⁸⁰ Auch in der zuletzt ergangenen „ESMA“-Entscheidung berief sich der EuGH auf *Meroni* und verzichtete im Gegenzug auf einen primärvertraglichen Prüfungsmaßstab.⁸¹

II. „Meroni“ im Lichte des europäisierten Demokratiemaßstabs

In der Rechtssache *Meroni*⁸² sah der EuGH die Delegation von Befugnissen auf vertraglich nicht vorgesehene Einrichtungen als generell zulässig an, setzte ihr aber strikte Grenzen.

Die Delegation von Aufgaben und daraus folgenden Befugnissen mit weitem, auch politischem Ermessensspielraum schloss der Gerichtshof aus, da dies zu einer „tatsächlichen Verlagerung der Verantwortung“ führe.⁸³ Um das „Gleichgewicht der Gewalten“⁸⁴ zu wahren, könnten nur eng umgrenzte Ausführungsbefugnisse, die sich „auf objektive, von der Hohen Behörde festgesetzte Tatbestandsmerkmale“⁸⁵ stütz-

75 Siehe dazu unter C.I.

76 Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei *Stelkens*, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten – zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV, EuR 2012, S. 536 m.w.N.

77 *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 6), Art. 298 AEUV, Rdnr. 3 f.; *Ruffert*, (Fn. 24), Art. 298 AEUV, Rdnr. 1, 10.

78 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 36 ff.; EuGH, Rs. 10/56, *Meroni II*, Slg. 1958, 51, 75 ff.

79 EuGH, Rs. 98/80, *Romano/IMANI*, ECLI:EU:C:1981:104, LS 1 und Rdnr. 20.

80 EuGH, verb. Rs. C-154 und C-155/04, *Alliance for Natural Health u.a.*, ECLI:EU:C:2005:449, Rdnr. 90; EuGH, Rs. C-301/02 P, *Carmine Salvatore Tralli/EZB*, ECLI:EU:C:2005:306, Rdnr. 43.

81 EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 41 ff.

82 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 36 ff.; EuGH, Rs. 10/56, *Meroni II*, Slg. 1958, 51, 75 ff.

83 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 44.

84 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 44.

85 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 46.

ten, übertragen werden. Ferner dürfe der Rechtsschutz der Betroffenen durch die Delegation nicht verkürzt werden.

Bei einer direkten Übertragung der „Meroni“-Kriterien auf die derzeitige Ausgestaltung des EU-Agenturwesens scheinen deren strenge Anforderungen kaum (noch) erfüllbar,⁸⁶ denn die Aufgabe, „vielfältige Erfordernisse einer komplexen Wirtschaftspolitik in Einklang zu bringen“,⁸⁷ setzen laut EuGH ein weites Ermessen voraus. Die Aufsichts- und Regulierungstätigkeit heutiger EU-Agenturen zielt gerade auf eine harmonisierte Umsetzung hoch komplexer Sachgebiete in unterschiedlichsten Bereichen des Binnenmarkts ab.⁸⁸

Bei den der frühen Entscheidung zugrunde liegenden Institutionen handelte es sich indes um privatrechtliche Einrichtungen (Büro für Schrottverbraucher und die Ausgleichskasse für eingeführten Schrott) und sogenannte „Brüsseler Organe“, die durch die Hohe Behörde mit Zustimmung des Rates mit bestimmten Aufgaben ausgestattet wurden (Art. 53 EGKSV). Zu beachten ist auch, dass der Gerichtshof im „Meroni“-Urteil vor allem Rechtsschutzlücken unter dem EGKS-Vertrag beseitigen wollte.⁸⁹ Auch wenn der Rechtsschutz unter dem Lissabonner Vertrag vereinzelt als immer noch unzureichend kritisiert wird,⁹⁰ so ist er für Agenturen nun in Art. 263 und 267 AEUV ausdrücklich kodifiziert.⁹¹ Im Gegensatz zur damaligen Hohen Behörde übertragen mittlerweile Rat und Parlament kraft ihrer legislativen Kompetenzen Exekutivaufgaben und -befugnisse auf die Agenturen, die im Organgefüge der EU vorher nicht ausgeübt wurden.⁹² Ob es sich dabei um *eigene* oder um *neue* Aufgaben handelt, gibt allenfalls eine semantische Antwort, beschreibt aber vor allem die Frage nach der Reichweite der jeweiligen Kompetenznorm, auf die die Delegation gestützt wird, und daneben auch einen Teilaspekt der Intraorganbeziehungen.⁹³

Vor dem Hintergrund dieses veränderten rechtlichen und faktischen Rahmens fordern Teile der Literatur schon seit einiger Zeit ein Aufbrechen der „Meroni“-Kriterien

86 *Chamon*, (Fn. 1), S. 1058; bereits *Majone*, *The Credibility Crisis of Community Regulation*, JCMS 38 (2000), S. 289.

87 EuGH, Rs. 9/56, *Meroni I*, Slg. 1958, 1, 46.

88 So z.B. die ECHA mit der Umsetzung der REACH-VO oder die ESAs.

89 *Di Noia/Gargantini*, *The European Securities and Markets Authority – Accountability towards EU Institutions and Stakeholders*, MPILux Working Paper 2 (2013), S. 54 f.

90 *Chiti*, *An important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, CMLRev. 46 (2009), S. 1419; *Ohler*, (Fn. 48), JZ 2014, S. 252; *Skowron*, *Die Zukunft der Europäischen Agenturen auf dem Prüfstand*, EuR 2011, S. 255 f.

91 Siehe Fn. 41.

92 *Häde*, (Fn. 48), S. 663 f.; *Ohler*, (Fn. 41), § 10, Rdnr. 106; *Ruffert*, (Fn. 15), S. 404. Siehe auch Schlussanträge GA *Jääskinen* zu EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2013:562, Nr. 69.

93 Letzteres betont *Nettesheim*, (Fn. 6), Art. 13 EUV, Rdnr. 47.

und eine Anpassung dergestalt, dass auch eine Delegation von Ermessensentscheidungen mit mehr oder weniger weitem Beurteilungsspielraum zulässig sei.⁹⁴

Insofern war es überraschend, dass der EuGH im „ESMA“-Urteil der „Meroni“-Doktrin zu einer Art Renaissance verhalf.⁹⁵ Er ließ sich damit die Chance entgehen, die „Meroni“-Grundsätze unter dem Einfluss von Lissabon weiterzuentwickeln und sich über Art. 263 und 267 AEUV hinaus mit den gegebenen Primärrechtsbestimmungen auseinanderzusetzen.⁹⁶ Statt weiter an den mitgliedstaatlich gewachsenen „Meroni“-Kriterien festzuhalten, hätte der Gerichtshof ein europäisiertes Demokratieverständnis mit Leben füllen und dessen Prämissen für das Agenturwesen zumindest konturieren können.

Das Erfordernis einer konkreten Analyse demokratischer Rückbindung über eine gerichtliche „ex-post“-Kontrolle hinaus klingt in vereinzelter Literaturstimmen an, die strengere Kontrollmechanismen zur Wahrung des institutionellen Gleichgewichts fordern.⁹⁷ Als konkrete normative Anknüpfungspunkte und Prüfungsmaßstab für eine Delegation von Exekutivbefugnissen können und sollten jedoch mittlerweile Art. 2 und 10 EUV dienen.

III. Die Art der Entscheidungsbefugnisse: Rechtsprechungsgenerationen („Meroni“, „Romano“, „ESMA“) sowie Art. 290, 291 AEUV

In der Rechtssache *Romano/IMANI* entschied der EuGH, dass lediglich reine Durchführungsbefugnisse auf Agenturen übertragen werden dürften; die Befugnis zum Erlass normativer Rechtsakte ohne Gesetzescharakter sei hingegen nicht delegationsfähig.⁹⁸ Gegenstand der Entscheidung war die Rolle der Verwaltungskommission, einer öffentlichen Gemeinschaftseinrichtung, die durch den Rat als Gesetzgeber unter dem EWGV mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet wurde. Obwohl dieser Sachverhalt augenscheinlich größere Schnittmengen mit dem heutigen Agenturwesen

94 Berger, (Fn. 72), S. 89 f.; Ehlermann, Die Errichtung des Europäischen Fonds für Währungspolitische Zusammenarbeit, EuR 1973, S. 199 f.; Groß, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, EuR 2005, S. 54, 66; Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 8, Rdnr. 107; Hilf, Die Organisationsstruktur der europäischen Gemeinschaften, 1982, S. 319 f.; Kohtamäki, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 22.1.2014, Rs. C-270/12, EuR 2014, S. 332; Lenaerts, Regulating the regulatory process: „delegation of powers“ in the European Community, ELRev. 1993, S. 40 ff.; Nettesheim, (Fn. 6), Art. 13 EUV, Rdnr. 46 ff.; Schwartz, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 235 EGV, Rdnr. 278 f., 289 ff.; Priebe, Entscheidungsbefugnisse vertragsfremder Einrichtungen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 113 f.; Wittinger, (Fn. 48), S. 620.

95 Siehe Fn. 49.

96 Vgl. auch Nettesheim, (Fn. 6), Art. 13 EUV, Rdnr. 50; Ohler, (Fn. 48), JZ 2014, S. 252; Ruffert, Rechtsgrundlagen und Rechtsetzungsbefugnisse von Agenturen, JuS 2014, S. 280 f.

97 Hansen-Nootbar, (Fn. 41), S. 141 f.; Hilf, (Fn. 94), S. 320 f.; Lenaerts, (Fn. 94), S. 46 ff.

98 EuGH, Rs. 98/80, *Romano/IMANI*, ECLI:EU:C:1981:104, LS 1 und Rdnr. 20; ein solches Delegationsverbot erließ der EuGH zuvor bereits in EuGH, Rs. 25/70, *Köster*, ECLI:EU:C:1970:115, LS 2 und EuGH, Rs. 30/70, *Scheer/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:117, LS 5.

aufweist⁹⁹ als die Rechtssache *Meroni*, entwickelte der EuGH das unter *Romano* konzipierte Delegationsverbot nicht weiter, sondern beurteilte in der *Leerverkaufsentcheidung* („ESMA“-Urteil) nunmehr auch die Art der delegierten Befugnisse nach *Meroni*.¹⁰⁰ Demnach sei die Delegation von tertiären Rechtsetzungsbefugnissen zulässig, wenn es sich um reine Durchführungsbefugnisse handle.¹⁰¹ Der Gerichtshof laviert sich dabei quasi um eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs von Art. 290, 291 AEUV, indem er die Befugnisse zum Verbot von Leerverkäufen¹⁰² als außerhalb des Regelungsbereichs der Art. 290 f. AEUV liegend beurteilt. Diese seien zum einen „Teil eines eigenen Regelwerks“,¹⁰³ das der ESMA im Notfall diese Eingriffsrechte zuspreche,¹⁰⁴ und zum anderen handle es sich um Entscheidungsbefugnisse auf einem von spezifischem technischem Fachwissen geprägten Gebiet, wie sie Art. 290 f. AEUV nicht erfasse.¹⁰⁵ Die Befugnis zum Erlass tertiärer Rechtsakte ergebe sich vielmehr implizit aus den – im Gegensatz zum EWGV – nun ausdrücklich normierten Rechtsschutzmöglichkeiten in Art. 263 Abs. 1, Art. 265 Abs. 1, Art. 267 Abs. 1 und Art. 277 AEUV.¹⁰⁶ Diese zu Recht im Schrifttum kritisierte¹⁰⁷ Einordnung der speziellen Leerverkaufsverbotsbefugnisse der ESMA brachte indes keine allgemein gültige Klärung der Frage nach dem Verhältnis von Rechtsetzungsbefugnissen dezentraler Agenturen zu Art. 290 f. AEUV. Obwohl der Generalanwalt in seinem Schlussantrag diesbezüglich deutlichere Ergebnisse formulierte,¹⁰⁸ indem er Art. 290 AEUV sogar als Destillat der demokratischen Rechenschaftspflichten des Art. 2 und 10 EUV sah,¹⁰⁹ bleibt die Frage nach Art und Umfang der Aufgabenübertragung

99 Vgl. auch *Chamon*, (Fn. 1), S. 1060 f. Noch kritischer *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1239 f.

100 EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 63.

101 *Ibid.*, Rdnr. 66 f.

102 Art. 28 VO (EU) Nr. 236/2012.

103 EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2014:18, Rdnr. 85.

104 *Ibid.*, Rdnr. 84.

105 *Ibid.*, Rdnr. 82 f., 85.

106 *Ibid.*, Rdnr. 65; so auch dazu die Schlussanträge GA *Jääskinen*, Nr. 74.

107 *Kohtamäki*, (Fn. 94), S. 328 f.; *Manger-Nestler*, (Fn. 67), S. 142 f.; *Ohler*, (Fn. 48), JZ 2014, S. 250 f.; *Ruffert*, (Fn. 96), S. 281; *Skowron*, Rechtmäßigkeit der Eingriffsbefugnisse der ESMA nach Art. 28 Leerverkaufsverordnung, EuZW 2014, S. 353.

108 GA *Jääskinen* subsumiert die Befugnisse unter Art. 290, 291 AEUV. Eine Delegation gemäß Art. 290 AEUV auf Agenturen sei wegen Verstoßes gegen die in Art. 2 und 10 AEUV festgeschriebenen demokratischen Rechenschaftspflichten unzulässig. Eine Subsumtion unter Art. 291 AEUV stelle einen „Mittelweg“ zwischen der Übertragung auf Rat und Kommission oder den Mitgliedstaaten dar und sei zulässig, da Art. 291 AEUV Ausdruck des institutionellen Gleichgewichts und des Subsidiaritätsprinzips und gerade nicht der demokratischen Rechenschaftspflicht sei. Wie der EuGH hält er diesen Weg besonders bei technisch komplexen Fragen für gangbar, da Agenturen schon immer in diesem Bereich tätig waren und der Vertrag von Lissabon von diesem Habitus nicht ausdrücklich abgewichen sei. Art. 291 AEUV erfasse sowohl Rechtsakte mit Verordnungsscharakter als auch individuelle Verwaltungsentscheidungen. Schlussanträge GA *Jääskinen* zu EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2013:562, Nr. 81, 86, 87.

109 *Ibid.*, Nr. 84 f.

auf Unionsagenturen unter den Bestimmungen des Vertrags von Lissabon weiterhin weitgehend offen.

Eine Delegation von Durchführungsbefugnissen mit gewissen Beurteilungsspielräumen scheint somit primärrechtlich möglich – und im Hinblick auf die Kompetenz- und Aufgabenausweitung der Union realistisch(er) auch nötig. Dabei darf indes nicht verkannt werden, dass es sich bei den unabhängigen Agenturen um Verwaltungseinrichtungen handelt, weshalb die Art ihrer Entscheidungsbefugnisse den administrativ-technokratischen Bereich¹¹⁰ nicht verlassen darf. Diese Grenze verschwimmt immer dann, wenn mit der exekutiven Umsetzung eine zu starke Wahrnehmung wertender und interessensgeleiteter und damit politischer Befugnisse verbunden ist. Welche inhaltlichen Anforderungen sich hieraus konkret ergeben und ob eine hinreichende demokratische Legitimation in diesem Sinne angesichts der momentanen Befugnisse der Binnenmarktagenturen noch gewährleistet ist, kann daher nur anhand der konkreten Analyse der Organisationsstrukturen beantwortet werden.¹¹¹

E. Unabhängigkeit vs. Demokratieprinzip – Ansätze zur Auflösung des Spannungsverhältnisses durch Einbeziehung der Grundsätze guter Verwaltung

Im Folgenden soll daher der dogmatische Annäherungsversuch unternommen werden, demokratische Anforderungen an unabhängige EU-Agenturen als Teil europäischer Exekutivstrukturen um normative Grundsätze guter Verwaltung zu ergänzen und damit auch einen gewissen Druck aus dem spannungsgeladenen Verhältnis zu nehmen. Dabei setzt die Frage nach dem Verhältnis von Demokratie und Unabhängigkeit dort an, wo die demokratische Legitimationskette infolge des Unabhängigkeitsgrades der Behörde unterbrochen oder zumindest lückenhaft ist. Sofern dieser Befund unter demokratischen Gesichtspunkten als mangelhaft bewertet wird, kann diesem Defizit nur durch die Heranziehung von „Governance“-Prinzipien begegnet werden, die eine verstetigte, d.h. dauerhafte Überwachung und Kontrolle durch die Öffentlichkeit sicherstellen.

I. Unionsrechtlicher Maßstab der unabhängigen Verwaltung

1. Unabhängigkeit als Strukturmerkmal

Charakteristisch für die hier behandelte „neue Generation“ von Regulierungsagenturen ist ein übergreifendes Strukturmerkmal, das die Art und Weise ihrer Aufgabenerfüllung beschreibt – die Unabhängigkeit. Der Maßstab der Unabhängigkeit lässt sich dabei in einen größeren Kontext von „Governance“-Prinzipien einbetten, der – *ver-*

110 Nettesheim, (Fn. 6), Art. 13 EUV, Rdnr. 54.

111 Siehe unter E.III.

batim Art. 298 Abs. 1 AEUV – der Weisungsfreiheit als Strukturmerkmal der europäischen Eigenverwaltung auf primärrechtlicher Ebene „Rückendeckung“ gibt.¹¹²

Prinzipiell kann der Grad an verwaltungsbehördlicher Unabhängigkeit unterschiedlich stark ausgeprägt sein: (1) Eine nur rechtstechnische Unabhängigkeit durch eine eigene Rechtspersönlichkeit ist schwächer als eine (2) Unabhängigkeit von der Kommission, die eine Frage des Umfangs der Kontrollbefugnisse betrifft, und entweder fachliche Neutralität oder mitgliedstaatliche Einflussnahmemöglichkeiten absichern kann; schließlich ist (3) eine Unabhängigkeit von nationalen Regierungen durch „Herauslösung“ mitgliedstaatlicher Behörden aus dem nationalen Verwaltungsaufbau denkbar.¹¹³ Mit Blick auf das EU-Agenturwesen ist vor allem der zweitgenannte Punkt diskussionsbedürftig, denn die Gründungsrechtsakte sprechen von Weisungsfreiheit der Organe bzw. von „Unabhängigkeit“¹¹⁴ der Agentur. Weder der Direktor als exekutives Leitungsorgan noch die parlamentarischen und mitgliedstaatlichen Vertreter in den Gremien (Verwaltungsräten) unterliegen Weisungen von Unionsorganen oder von mitgliedstaatlichen Regierungen. Sie sollen ihre Aufgaben autonom von politischen Zyklen und Einflussnahmen des tagespolitischen Geschäfts unter Anwendung größtmöglichen technischen Sachverständs verwirklichen können.¹¹⁵ Eine streng hierarchische Fach- und Rechtsaufsicht nach deutschem Verständnis, die der Europäischen Kommission zukäme, besteht ohnehin bei keiner der Binnenmarktagenturen;¹¹⁶ auf Einzelaspekte der Beziehung zwischen Agenturen und Kommission wird noch näher eingegangen.¹¹⁷ Dementsprechend wird der von wechselnden Mehrheiten geprägten und damit eher kurzfristigen Legitimation politischer Entscheidungen eine Art Langzeitverantwortung einer tendenziell politisch unbeeinflussten, dafür aber mit sachverständiger Expertise ausgestatteten Behörde auf Unionsebene gegenübergestellt. Diese Generierung und Verknüpfung von Sachverstand ist – auf nationaler wie europäischer Ebene – prägend für unabhängige Behörden und bringt ihnen gleichzeitig den Vorwurf expertokratischen Handelns ein. Unabhängigkeit darf daher nicht als Selbstzweck verstanden respektive missbraucht werden, sondern dient als *modus operandi*, d.h. der Art und Weise, *wie* die übertragenen Aufgaben zu erfüllen sind. Ihre Grenze findet die Unabhängigkeit daher auch im Aufgabenzu-

112 *Krajewski/Rösslein*, (Fn. 77), Art. 298 AEUV, Rdnr. 3 f.

113 *Ibid.*, Rdnr. 48 f.; *Reithmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 298 AEUV, Rdnr. 15 f.

114 Vgl. für die ESMA Art. 42 VO (EU) Nr. 1095/2010; für die ECHA Erwägungsgrund 15, Art. 79 Nr. 1 (für den Verwaltungsrat), Art. 90 Nr. 2 (für die Widerspruchskammer), Art. 85 Nr. 7 (für die Ausschüsse) VO (EG) Nr. 1907/2006; für die ACER Erwägungsgründe 17 f., Art. 12 Abs. 7 (für den Verwaltungsrat), Art. 15 Abs. 5 (für den Regulierungsrat) VO (EG) Nr. 713/2009 und für die EEA Erwägungsgrund 11 VO (EG) Nr. 401/2009. Bei der EMA wird die Unabhängigkeit hingegen nicht ausdrücklich in der GründungsVO normiert.

115 *Groß*, *Unabhängige Unionsagenturen – Eine Gefahr für die Demokratie?*, JZ 2012, S. 1087 f.; *Ruffert*, (Fn. 15), S. 406.

116 Vgl. weitergehend zum Verzicht auf die Rechtsaufsicht über „unabhängige“ EU-Agenturen *Görsch*, (Fn. 48), S. 212 ff. *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1233, betonen, dass eine EU-Agentur „is not directly under the Commission's supervision“.

117 Siehe unter E.III.1.b).

schnitt, spricht in der Funktionsbezogenheit ihrer Gewährleistung. Idealerweise zielt der gewählte Autonomiegrad daher negativ auf die Abwehr politischer Beeinflussung und positiv auf eine angemessene Wissensregulierung. Um funktionale Autonomie nicht als „technisch-expertokratische Herrschaft“ misszuverstehen, darf sie nicht frei von demokratisch vermittelter Kontrolle stattfinden. Auf die Unionsebene übertragen bedeutet dies, dass eine Kontrolle des Agenturhandelns nicht zwingend über ministeriale Genehmigungen laufen kann und muss, sondern auch auf anderem Wege, beispielsweise durch stärkere unionsparlamentarische Teilhabe, sichergestellt werden kann.¹¹⁸ Insofern geht es nicht um Alternativen *zur*, sondern um Alternativen *in* der Demokratie.¹¹⁹

2. Einbettung in die Grundsätze guter Verwaltung

Es ist daher nach Maßstäben zu suchen, die geeignet sind, das der Unabhängigkeit immanente strukturelle Legitimationsdefizit einzufangen. Dieses Ziel könnte durch flankierende „Governance“-Prinzipien erreicht werden, die als eine Art Leitplanken eine verstetigte, d.h. dauerhafte Überwachung und Kontrolle durch die Öffentlichkeit sicherstellen, ohne den Sinn und Zweck von funktionaler Autonomie zu gefährden.

Unter dem Grundsatz der guten Verwaltung, der in Art. 15, 16, 298 AEUV in Verbindung mit Art. 41 GRCh sowie in Art. 228 AEUV enthalten ist, und dem – später noch gesondert heranzuziehenden – Transparenzgebot¹²⁰ (Art. 15 EUV) werden „Governance“-Anforderungen zusammengefasst. Im Einzelnen beinhalten diese die Qualität der Entscheidung, die Transparenz der Entscheidungsprozesse, Partizipationsmöglichkeiten der Unionsbürger und gerichtliche Kontrolle. Je klarer die genannten Kriterien europäische Verwaltungs(-verbund-)strukturen präjudizieren, desto deutlicher wird ihre Funktion als weitere Legitimitätsfaktoren.¹²¹ Dieser Ansatz weist gewisse Überschneidungen mit dem Modell der „Output“-Legitimation auf. Als Antwort auf die aus nationalstaatlicher Perspektive unvollkommenen europäischen Legitimationsstrukturen entwickelte *Scharpf* das erwähnte Modell als ein weiteres Instrument zur demokratischen Rückbindung von nichtmajoritären Einrichtungen.¹²² Die Förderung des Gemeinwohls durch Sachorientierung, Effizienz und Qualität der Ergebnisse staatlichen Handelns stellt so einen eigenständigen Legitimitätsfaktor im wirtschaftlichen Integrationsprozess dar. Ein so verstandenes expertokratisches Mo-

118 *Franzius*, Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steuerung und gerichtlicher Kontrolle, DÖV 2013, S. 716.

119 *Marcou*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 5, 2014, § 92, Rdnr. 50 sieht die Lösung in der direkten Zuweisung der Regulierungsaufgaben an die Parlamente, was jedoch zu deren Überforderung führen kann, zumal auch die Grenzen in der Überweisung *unionsrechtlich* den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesenen Administrativaufgaben an die nationalen Parlamente zu wahren sind.

120 Siehe unter E.III.3.

121 *Ruffert*, *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, 2011, S. 351 ff.

122 *Scharpf*, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970; sowie in Anwendung auf die EU *ders.*, *Regieren in Europa, Effektiv und demokratisch?*, 1999.

dell ist als Herrschaft *für* das Volk zu verstehen und zielt auf Legitimation durch die Qualität der Entscheidung.¹²³

Eine gute Verwaltungsentscheidung im beschriebenen Sinne zeichnet sich aber nicht nur durch Expertise, Effektivität und Effizienz aus, sondern kann und muss durch zusätzliche Faktoren in demokratischer Hinsicht optimiert werden.¹²⁴ Hierunter fällt insbesondere die als *accountability* umschriebene, d.h. verantwortungsvolle Beziehung zwischen Akteur und delegierendem Hoheitsträger bzw. der Öffentlichkeit, in welcher der Akteur seine Handlungen *ex post* erklären und rechtfertigen und auf diese Weise die Konsequenzen für seine Entscheidungen tragen muss.¹²⁵ Anknüpfend an den Grundsatz der guten Verwaltung (Art. 15, 16, 228, 298 AEUV in Verbindung mit Art. 41 GRCh) und das Transparenzgebot (Art. 15 AEUV) wirken Rechenschaftspflichten und Verantwortungsbeziehungen mittels eines Prozesses der Information, Diskussion und Evaluation legitimitätsstiftend.¹²⁶ Dabei beeinflussen Transparenzanforderungen in drei Dimensionen: In institutionell-kompetenzieller Hinsicht, d.h. in Bezug auf Aufgaben und Strukturen der Behörden; in der – hier ebenfalls relevanten – prozeduralen Hinsicht, die die „Offenheit“ der Entscheidungsfindung und des -verfahrens (Ablauf, Entscheidungsgründe, Dokumentenzugang) beinhaltet; schließlich in einer, wenn auch schwächer ausgeprägten materiell-rechtlichen Dimension, die die bürgernahe Politikgestaltung vor Augen hat.¹²⁷ Über die trianguläre Verknüpfung von Berichts-, Partizipations- und Rechenschaftspflichten garantiert das Prinzip der Öffentlichkeit¹²⁸ (Art. 15 Abs. 3 AEUV) letztlich eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung,¹²⁹ die gerade für sich konstituierende europäische Exekutivstrukturen von existentieller Bedeutung sind. Die verstetigte öffentliche Verfügbarkeit eines hinreichenden Maßes an Informationen sorgt vor der Folie supranationaler Verwaltungsverbundstrukturen für eine positiv besetzte Verwaltungskommunikation und lenkt die Verwaltungsentscheidung in demokratisch kontrollierbare Bahnen.

II. Funktionsbezogene Legitimationsbedürftigkeit

Gleichzeitig steht die beschriebene funktionale Unabhängigkeit in einem „zwiespältigen Verhältnis“¹³⁰ zu den europäisierten Demokratieanforderungen, die eine – mittelbare oder unmittelbare – Rückbindung der exekutiven Befugnisse an das/die

123 Ibid., S. 16. Vgl. auch *Blanke/Böttner*, (Fn. 2), Ziffer 2.1. und 3.

124 *Fischer-Appelt*, (Fn. 40), S. 199 f.

125 Definition nach *Busnioc*, (Fn. 1), S. 605; i.d.S. auch *Ruffert*, (Fn. 114), S. 355 f.

126 *Busnioc*, (Fn. 1), S. 607; in Bezug auf die Agenturen auch von der Kommission gefordert, vgl. KOM (2005) 59 endg., S. 2.

127 Vgl. zu den drei Dimensionen ausführlich *Nettesheim*, (Fn. 6), Art. 10 EUV, Rdnr. 83 ff., 90 ff. und 103 f.

128 *Gellermann*, in: Streinz (Fn. 18), Art. 15 AEUV, Rdnr. 2 f.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 18), Art. 15 AEUV, Rdnr. 1.

129 *Görisch*, (Fn. 48), S. 276.

130 *Marcou*, (Fn. 119), § 92, Rdnr. 51.

Legitimationssubjekt/e,¹³¹ vor allem aber eine organisatorisch-personelle Rückkopplung¹³² erfordern. Um das vorhandene Legitimationsniveau schlussendlich bewerten zu können, muss sich das Prinzip der unabhängigen Aufgabenerfüllung, das für die neuere Generation von Regulierungsagenturen charakteristisch ist, auch an den herausgearbeiteten europäisierten Demokratiemaßstäben (Art. 2, 10 EUV) messen lassen.

Besonders ausgeprägt ist dieses Spannungsverhältnis bei ECHA und ACER, die als einzelentscheidungsbefugte Binnenmarktagenturen über Stoffregistrierungen¹³³ und Netzzugänge¹³⁴ unmittelbar hoheitlich und verbindlich gegenüber Individuen tätig werden. In der Folge bedürfen ihre Beschlüsse in besonderem Maße der demokratischen Legitimation. Leicht geringer ist das Legitimationserfordernis bei faktischen Entscheidungsbefugnissen, wie sie beispielsweise EMA und ACER besitzen, da diese Agenturen „nur“ nicht bindende Gutachten und Rahmenrichtlinien erarbeiten, die von der Kommission aber in aller Regel befolgt werden.¹³⁵ Bei Unterstützungs- und Informationsagenturen wie der EEA ist das Erfordernis demokratischer Legitimation hingegen weniger offensichtlich, da mit dem Sammeln von Informationen und Daten sowie der Bereitstellung von Expertenwissen in der Regel keine unmittelbare Ausübung öffentlicher Gewalt gegenüber dem Individuum verbunden ist.¹³⁶ Allerdings kann sie als Grundlage einer solchen dienen, wenn bspw. Stellungnahmen oder Berichte unmittelbar in Entscheidungen der Kommission einfließen und diese determinieren oder aber personensensible Daten für öffentliche Zwecke verwendet werden (sollen); verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Stoffsicherheitsberichte der ECHA oder die Beurteilungsberichte der EMA für Arzneimittel.¹³⁷ Gleichwohl sind hier nicht dieselben Anforderungen an die Ausgestaltung der demokratischen Rückkopplung zu stellen. Vielmehr ist die Dichte der Legitimationskette je nach Eingriffsintensität abzustufen, sodass von einer Legitimationsbedürftigkeit in Abhängigkeit der Aufgabe gesprochen werden kann.¹³⁸

Während vor allem in der deutschen Verwaltungswissenschaft eine hierarchische Kontrolle gefordert wird, um das personelle Legitimationsdefizit aufzulösen,¹³⁹ muss dem aus einer genuin europäischen Verwaltungsperspektive entgegen gehalten werden, dass die Einbindung der Agenturen in ein Hierarchieverhältnis zur Kommission keinen echten Legitimationsgewinn bedeuten würde, da die Kommission nicht als europäische Regierung ausgestaltet ist und nur über eine mittelbare Rückbindung

131 Siehe unter B.II.

132 Zur Zerteilung der Legitimation in ein organisatorisch-personelles und ein sachlich-inhaltliches Element vgl. *Peuker*, Bürokratie und Demokratie in Europa, 2011, S. 137 f., 139 f.

133 Art. 20 VO (EG) Nr. 1907/2006.

134 Art. 8 Abs. 1 VO (EG) Nr. 713/2009.

135 *Craig*, EU Administrative Law, 2006, S. 155 f.; *Ruffert*, (Fn. 24), Art. 298 AEUV, Rdnr. 6. Vgl. für ACER Art. 6 VO (EG) Nr. 713/2009; für EMA Art. 5 ff. VO (EG) Nr. 726/2004.

136 *Hansen-Nootbaar*, (Fn. 41), S. 189 ff.; *Wittinger*, (Fn. 48), S. 621.

137 Vgl. für ECHA Art. 14 VO (EG) Nr. 1907/2006; für EMA Art. 11 VO (EG) Nr. 726/2004.

138 *Fischer-Appelt*, (Fn. 40), S. 186; *Hermes*, Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann*, (Fn. 17), S. 475; *Frenz*, (Fn. 21), Rdnr. 335.

139 In Bezug auf die Bundesnetzagentur *Gärditz*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 3.12.2009 – C-424/07, JZ 2010, S. 200; *Durner*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 398, 436 ff.

aus der Zustimmung des Parlaments zu ihrer Ernennung (Art. 17 Abs. 7 EUV) verfügt.¹⁴⁰ Im Übrigen würden jegliche Weisungsbefugnisse von Kommission oder mitgliedstaatlichen Behörden gegen das Unabhängigkeitspostulat (Art. 298 Abs. 1 AEUV) verstoßen. Klar dürfte damit sein, dass nationalstaatliche Modelle demokratischer Legitimation auf europäischer Ebene nicht ohne weiteres antizipiert werden können, sondern – über die in Art. 10 EUV vorgesehene duale „Input“-Legitimation¹⁴¹ hinaus – auf weitere, vom Primärrecht durchaus vorgesehene, aber ergänzende Legitimationsinstrumente für den Verwaltungsverbund abgestellt werden muss.¹⁴²

In diesem Sinne ist auch das EuGH-Urteil zu den deutschen Datenschutzkontrollstellen zu verstehen, in dem der Gerichtshof parlamentarische und gerichtliche Kontrolle sowie Gesetzesbindung als ergänzende Legitimationsmechanismen im Sinne von Art. 2 EUV wertete und Weisungsbefugnisse für unvereinbar mit der Unabhängigkeit der Verwaltung hielt.¹⁴³ Angesichts der immer länger werdenden Legitimationssketten auf supranationaler Ebene gewinnt die Transparenz der Entscheidungsprozesse durch eine effektive „ex post“-Kontrolle mittels Berichtspflichten, Verpflichtungen zu externer Evaluation und gestaffelte Partizipationsmöglichkeiten in demokratischer Hinsicht umso mehr an Bedeutung, da sie die Entscheidungsprozesse sichtbar und dem Einzelnen damit zugänglich und vor allem auch einklagbar macht.¹⁴⁴

Es kristallisiert sich heraus, dass sowohl für den Grad an Unabhängigkeit als auch für die hierauf bezogenen Legitimationsanforderungen die Funktionsbezogenheit der zentrale Anknüpfungspunkt ist. Insofern können sowohl Unabhängigkeitsmaßstäbe als auch Anforderungen an deren demokratische Kontrolle nicht abstrakt, sondern nur unter Bezugnahme auf konkrete Verantwortungsbeziehungen sowie die Reichweite und den Zuschnitt von Aufgaben und Befugnissen beurteilt werden. Dies soll im folgenden Abschnitt geschehen.

III. Zur Ausgestaltung von Unabhängigkeit und Kontrollbeziehungen bei ausgewählten Binnenmarktagenturen

Ob die derzeitige praktische Ausgestaltung der Entscheidungsbefugnisse sowie von Rechenschafts- und Evaluationsverpflichtungen der Binnenmarktagenturen, sprich die Ausformung einer sogenannten *accountability* die Unabhängigkeit zugunsten des Demokratieprinzips ausbalancieren kann, soll abschließend anhand der konkreten Organisationsstrukturen ausgewählter Binnenmarktagenturen – speziell von EMA, ACER, EEA und ECHA – ermittelt werden.

140 Ruffert, (Fn. 15), S. 404; Terhechte, Das Verwaltungsrecht der Europäischen Union als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung – Entwicklungslinien, Prinzipien und Perspektiven in Europäisches Verwaltungsrecht, 2011, § 1, Rdnr. 29.

141 Vgl. Scharpf, (Fn. 122).

142 Terhechte, (Fn. 140), § 1, Rdnr. 29.

143 EuGH, Rs. C-518/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125, Rdnr. 41 ff.

144 Ruffert, (Fn. 15), S. 405; Chiti, (Fn. 90), S. 1416 ff. Verweis auf vermehrte direktdemokratische Legitimation von EU-Aufsichtsbehörden Manger-Nestler, (Fn. 67), S. 143.

1. Organisatorisch-strukturelle Parallelen

a) Verwaltungsräte

Die Rolle der Verwaltungsräte ist eines der prägnanten vergleichbaren Organisationsmerkmale bei den EU-Regulierungsagenturen. Dies gilt sowohl für die Zusammensetzung als auch die Aufgaben der *Management Boards*, die jeweils aus je einem Vertreter pro Mitgliedstaat, (zwei/drei) Vertretern der Kommission, zwei Vertretern des EP sowie Repräsentanten der Zivilgesellschaft („interessierte Kreise“) bestehen.

Aufgrund der Anzahl der Mitgliedstaaten dominieren die nationalen Vertreter regelmäßig die *Management Boards*. Wenngleich die Ernennung aller Verwaltungsratsmitglieder auf Grundlage von Erfahrung und spezifischer Sachkenntnis im jeweiligen Fachgebiet erfolgen soll, besteht auch in expertokratischen Strukturen die Gefahr einer interessengeleiteten Besetzung, die mitgliedstaatliche Präferenzen perpetuieren kann, aber nicht muss. Stärker demokratisch legitimiert wären gewählte bzw. vom EP bestätigte Verwaltungsratsmitglieder. Lediglich die Vertreter, die das EP jeweils direkt in die Verwaltungsräte von EMA, ACER, EEA und ECHA entsendet, sind unabhängige Repräsentanten.¹⁴⁵ Sie sind – anders als bei den Mitgliedsstaats- und Kommissionsvertretern – keine Vertreter des Parlamentsinteresses, sondern unabhängige Experten.¹⁴⁶

Als exekutive Leitungsgremien obliegt den *Management Boards* aller hier betrachteten Regulierungsagenturen üblicherweise das Tagesgeschäft der Agenturen, sprich die operative Planung, Durchführung und Kontrolle der übertragenen Aufgaben. Neben ihrer Zuständigkeit für den Haushalt der Agentur sind sie insbesondere auch für die Berichterstattung über die Tätigkeit der Agentur gegenüber anderen EU-Organen (Rat, EP), somit für die Erfüllung von Transparenzanforderungen verantwortlich. Die Verwaltungsräte besitzen zudem regelmäßig einen gewichtigen Einfluss bei Personalentscheidungen. Dies gilt – sofern vorhanden – für die Mitglieder und den Vorsitzenden des Rechtsbehelfsgremiums (*Board of Appeal*),¹⁴⁷ die auf Basis einer Vorschlagsliste der Kommission ernannt werden,¹⁴⁸ vor allem aber für die personelle Besetzung des Direktorenpostens.

Während der Direktor in der ersten „Generation“ der Agenturgründungen noch von der Kommission ernannt wurde, verbleibt ihr bei den Regulierungsagenturen des Binnenmarkts nur noch ein Vorschlagsrecht für die Kandidatenliste und die Verlängerung der Amtszeit des Direktors. Bei EMA, ACER, EEA und ECHA wird der

145 Für EMA Art. 65 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004; für ACER Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 713/2009; für EEA Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 401/2009; für ECHA Art. 79 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1907/2006.

146 Ein ähnlich hohes Niveau an Weisungsfreiheit besitzen lediglich die fünf Mitglieder des Rates bei ACER, vgl. Art. 12 Abs. 1, 7 VO (EG) Nr. 713/2009.

147 Sowohl bei der ECHA (Art. 75h VO (EG) Nr. 1907/2006) als auch bei ACER (Art. 18–20 VO (EG) Nr. 713/2009) existiert ein solcher Beschwerdeausschuss; die EEA und die EMA verfügen dagegen nicht über ein solches Gremium.

148 Für ECHA Art. 89 Nr. 3 VO (EG) Nr. 1907/2006; für ACER Art. 18 Abs. 2 VO (EG) Nr. 713/2009.

Executive Director vom Verwaltungsrat auf Basis einer Kandidatenliste der Kommission ernannt und ist in seiner Funktion weisungsunabhängig. Während bei ACER die Möglichkeit einer Fragestunde des vom Verwaltungsrat ausgewählten Kandidaten vor dem EP und einer nicht bindenden Stellungnahme diesbezüglich vor dem Amtsantritt bzw. der Verlängerung seines Amtes besteht,¹⁴⁹ hat das EP bei den drei anderen Agenturen keinen Einfluss auf die Arbeit und die Ernennung des Direktors. Der Direktor von ACER kann ferner vor den zuständigen Ausschuss des EP zitiert und von Rat und EP zu einem Bericht über seine Tätigkeit aufgefordert werden.¹⁵⁰ Die Besetzung beigeordneter, ebenfalls autonomer Gremien – bei ACER der Regulierungsrat, bei der EMA der Human- und Tierarzneimittelausschuss sowie bei der ECHA die drei Ausschüsse für Risikobeurteilung, sozioökonomische Analyse und ein Ausschuss für die Mitgliedstaaten –, die die Agenturen mit Fachwissen unterstützen und Gutachten zu Medikamentenzulassungen und Netzkodizes erstellen, erfolgt hingegen durch die Mitgliedstaaten. Die Mitglieder des wissenschaftlichen Beirates der EEA werden wiederum vom Verwaltungsrat ernannt.¹⁵¹ Die ECHA verfügt ferner über ein mit unabhängigen mitgliedstaatlichen Vertretern besetztes Forum, das der Durchsetzung der REACH-Verordnung und der Netzwetkbildung zwischen den nationalen Behörden dient.¹⁵² Das dem Direktor unterstehende Sekretariat von ECHA und EMA unterstützt und koordiniert die Ausschüsse und das Forum und nimmt wichtige operative und administrative Aufgaben wahr.¹⁵³

b) Verhältnis unabhängiger Agenturen zur Kommission

Betrachtet man die Reichweite der personellen Teilhaberechte und sachlich-inhaltlichen Einflussmöglichkeiten, die der Kommission in Bezug auf die Agenturen zustehen, wird deutlich, dass die zentrale EU-Behörde in den Entscheidungsgremien (Verwaltungsräten) zahlenmäßig nur in vergleichbarer Stärke wie das Parlament vertreten ist. Konkret entsendet die Kommission in die *Management Boards* von EEA, ACER und EMA je zwei, in die ECHA drei stimmberechtigte Mitglieder.¹⁵⁴ Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten ist die Kommission damit unterrepräsentiert. Angesichts der dynamisch wachsenden Zahl an Agenturen ist es letztlich eine Frage des politischen Willens, ob eine „Europäisierung“ der Agenturtätigkeit und damit auch ein zahlenmäßiger Proporz der Kommissionsvertreter angestrebt wird, mit dem gleichzeitig aber auch mitgliedstaatliche Interessen stärker als bisher zurückgedrängt werden. Auch wenn die Kommission in den Verwaltungsräten stärker vertreten wäre,

149 Art. 16 Abs. 2, 5 VO (EG) Nr. 713/2009.

150 Art. 16 Abs. 8 VO (EG) Nr. 713/2009.

151 Art. 10 Abs. 2 VO (EG) Nr. 401/2009.

152 Für ECHA Art. 76 Nr. 1f, Art. 77 Nr. 4, Art. 86 VO (EG) Nr. 1907/2006.

153 Für ECHA Art. 76g, Art. 77 Nr. 2 VO (EG) Nr. 1907/2006; für EMA Art. 56 Abs. 1e VO (EG) Nr. 726/2004.

154 Für EEA Art. 8 VO (EG) Nr. 401/2009; für ACER Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 713/2009; für EMA Art. 65 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004; für ECHA Art. 79 Nr. 1 VO (EG) Nr. 1907/2006 (drei stimmberechtigte Vertreter und drei Vertreter ohne Stimmrecht).

ist damit nur dann ein Mehr an demokratischer Legitimation verbunden, wenn dem EP echte Zustimmung-, möglicherweise sogar Abberufungsrechte für alle Verwaltungsratsmitglieder eingeräumt würden. Ansonsten wäre eine stärkere personelle Beteiligung der Kommission nur die – teilweise befürchtete¹⁵⁵ – faktische Verstetigung der Zentralisierung des Agenturhandelns.

Die sachlich-inhaltlichen Entscheidungen der Agenturen werden neben der Unabhängigkeit vor allem durch die Grenzen des institutionellen Rahmens limitiert. Wie bereits skizziert, können Agenturen administrativ-technokratische Durchführungsbefugnisse übertragen werden,¹⁵⁶ die aber keinen nennenswerten politischen Entscheidungs- und Ermessensspielraum enthalten dürfen.¹⁵⁷ Ohne damit das Letztentscheidungsrecht der Kommission als Unionsorgan *de iure* zu beschneiden, darf in diesem Zusammenhang nicht verkannt werden, dass die Agenturen üblicherweise empfehlende Stellungnahmen gegenüber der Kommission abgeben. Infolge ihrer sachlich-personellen Expertise bereiten sie damit den wesentlichen Inhalt der (Letzt-)Entscheidung der Kommission vor und geben solchen Rechtsakten damit ein agentureigenes *imprinting*.

2. Rolle des Europäischen Parlaments

In seiner Rolle als (Mit-)Gesetzgeber hat das Parlament mittlerweile eine stark legitimierende Funktion, indem es seine Rolle in Bezug auf die demokratische Kontrolle selbst festlegen kann.¹⁵⁸ Dies gilt – und das ist der Regelfall – dann, wenn der Gründungsrechtsakt der Agenturen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet wird. Während des Legislativprozesses kann das EP somit einen maßgeblichen Gestaltungsauftrag verwirklichen, der vor allem bei Neugründungen von Agenturen deren „Design“ wesentlich zu beeinflussen vermag, etwa mit Blick auf die in die Agenturorgane entsandten parlamentarischen Vertreter oder die laufende Überwachung der Agenturtätigkeit durch Berichtspflichten oder Zitationsrechte. Im Rahmen der turnusmäßigen Überprüfung der Gründungsrechtsakte der Agenturen hat das EP ebenfalls die Möglichkeiten zu „Kurskorrekturen“, wenn auch in geringerem Maße. Eine weitere wichtige Einflussnahmemöglichkeit des EP besteht in der Budgetkontrolle der Agenturen, da das EP – gemeinsam mit dem Rat – als Haushaltsbehörde den EU-Gesamthaushalt (Art. 319 AEUV) verabschiedet, aus dem die einzelnen Agenturen finanziert werden. Dies relativiert sich allerdings bei der ECHA und EMA, da diese sich zusätzlich über die Gebühren für die Registrierung bzw. das Zulassungsverfahren finanzieren.¹⁵⁹ Positiv zu bewerten ist auch die haushaltsrechtliche Kontrolle durch die Entlastungsentscheidung des EP. Ferner unterliegen die Agenturen der externen Rechnungskontrolle durch den Rechnungshof (Art. 287 Abs. 1 AEUV).

155 Vgl. dazu *Chiti*, (Fn. 90), S. 1398; *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1230.

156 Siehe unter C.II.4. sowie D.

157 Dafür plädieren auch *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1251.

158 *Groß*, (Fn. 115), S. 1093.

159 Für ECHA Art. 96 VO (EG) Nr. 1907/2006; für EMA Art. 67 Abs. 3 VO (EG) Nr. 726/2004.

Hingegen formulieren die Vielzahl indirekter Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten durch Kommission und Mitgliedstaaten insgesamt nur einen losen Rahmen für die unabhängige Tätigkeit der Agenturen. Die Entscheidungsbefugnisse, die der Kommission im Hinblick auf die Position des Direktors der Agentur zukommen,¹⁶⁰ vermitteln nur eine schwache personelle Legitimation; da die Kommission nicht nach Art einer europäischen Regierung ausgestaltet ist, sind sie letztlich aber nicht ausreichend. Der verstärkte Einfluss unabhängiger mitgliedstaatlicher Vertreter in zusätzlichen Gremien, wie dem Regulierungsrat bei ACER und den Ausschüssen bei der EMA, kann zwar mitgliedstaatliche Kompetenzverluste in gewissem Maße ausgleichen. Mit Blick auf unionalisierte Demokratieanforderungen bringt dies jedoch wenig Gewinn, da auch die nationalen Vertreter wiederum von lediglich mittelbar demokratisch legitimierten nationalen Behörden ernannt werden.

Um die demokratische Legitimation im Sinne von Art. 2 und 10 Abs. 1 EUV zu stärken, muss vor allem die Kontrollbeziehung der Agenturen zum unmittelbar legitimierten Parlament intensiviert werden. Tatsächlich hat das EP (einschließlich der fachlich zuständigen Ausschüsse) praktisch keinen Einfluss auf die Bestellung und Bestätigung der Exekutivdirektoren und damit die organisatorisch-inhaltliche Steuerung der Agenturtätigkeit. An dieser Stelle besteht deutlicher demokratischer Nachbesserungsbedarf, dem dadurch begegnet werden könnte, dass dem EP das Recht eingeräumt wird, die Kandidatenliste der Kommission sowie die Verlängerung der Amtszeit des Direktors zu genehmigen.¹⁶¹ Ferner würde eine verstetigte „operative“ Kontrolle durch einen ständigen Fachausschuss des Parlaments, dem ein Zitationsrecht sowie echte Untersuchungsbefugnisse zuzugestehen sind, gerade bei eingriffsintensiven Befugnissen eine effektive parlamentarische Überwachung gewährleisten.¹⁶² Bei ACER bestehen im Ansatz bereits derartige Befugnisse in Gestalt des Rechts, den Direktor vor den zuständigen Ausschuss des EPs zu zitieren;¹⁶³ diese müssten aber zu echten Untersuchungsbefugnissen ausgeweitet werden.

3. Transparenzgebot

Dem Transparenzgebot¹⁶⁴ dienen in erster Linie Berichts- und Rechenschaftspflichten; diese umfassen typischerweise einen jährlichen Tätigkeits- sowie Haushaltsbericht der Agentur.¹⁶⁵ Die sekundärrechtlich normierten Berichtspflichten erleichtern zwar den Einsatz direkter, individueller Partizipations- und Beschwerdemöglichkeiten

160 Vgl. unter 1.

161 Groß, (Fn. 115), S. 1092; Michel, (Fn. 38), S. 154.

162 Ibid., S. 155 m.w.N. für die nationale Ebene. Im Ergebnis ebenso Scholten/van Rijsbergen, (Fn. 5), S. 1233.

163 Siehe unter 1.a) sowie Art. 16 Abs. 8 VO (EG) Nr. 713/2009.

164 Vgl. unter I.2.

165 Vgl. für EEA Art. 8 Abs. 6, Art. 13 VO (EG) Nr. 401/2009; für ACER Art. 16 Abs. 8, Art. 24 Abs. 2, Art. 30, Art. 34 VO (EG) Nr. 713/2009; für die EMA Art. 64 Abs. 2, Art. 73, Art. 86 VO (EG) Nr. 726/2004; sowie für die ECHA Art. 78 lit. a), Art. 117 ff., Art. 97 Nr. 3 VO (EG) 1907/2006.

ten, vermögen aber primär politischen Druck aufzubauen.¹⁶⁶ Denn das Parlament hat keine Möglichkeit auf Missstände zu reagieren, die sich aus den Jahresberichten der Agenturen ergeben.

Zwar ist das Recht auf Dokumentenzugang nunmehr ausdrücklich in Art. 15 Abs. 3 AEUV für Agenturen normiert, die Uneinheitlichkeit der Organisation und der Vorgaben für Evaluation, Tätigkeitsberichte und Arbeitsprogramme, die nicht auf eine klare Zielerreichung gerichtet sind, sondern sich in der Beschreibung von Art und Umfang der Tätigkeit erschöpfen, führt allerdings zu großer Intransparenz.¹⁶⁷ Hinzukommt, dass auch die turnusmäßigen Evaluationen üblicherweise durch Beratungsunternehmen erfolgen,¹⁶⁸ weshalb der demokratische Mehrwert dieser Berichte in weiten Teilen verbesserungsbedürftig und -fähig ist.

Um ein entsprechendes Transparenz- und damit Legitimationsniveau zu gewährleisten, müssten einheitliche Regelungen für Evaluationen, Tätigkeitsberichte und parlamentarische Kontrolle jeweils für entscheidungsbefugte und rein informativ tätige Agenturen aufgestellt werden. Insbesondere die entscheidungsbefugten (Aufsichts- und Regulierungs-)Agenturen sollten nicht nur verpflichtet werden, Art und Umfang der Tätigkeit in den Tätigkeitsberichten festzuhalten, sondern eine Mehrjahres- und Jahresplanung mit klaren Zielen und Leistungsindikatoren aufzustellen.¹⁶⁹ Zudem muss Transparenz zum einen bezüglich der Auswahlkriterien des Direktors und der Verwaltungsräte gewährleistet sein, und zum anderen sind objektive, einheitliche Kriterien zur Bewertung der Arbeit des Direktors aufzustellen, um Interessenkonflikte zu vermeiden.

Als Beispiel für eine gut ausbalancierte Unabhängigkeit sei die EEA genannt, die als reine Unterstützungs- und Informationsagentur über eine starke sachlich-inhaltliche (Art. 192 AEUV) Legitimation mit lediglich mittelbaren Eingriffsrechten bei gleichzeitig relativ schwachen Verantwortungsbeziehungen und Rechenschaftspflichten verfügt; unter demokratischen Gesichtspunkten im Sinne von Art. 2 EUV kann dies als ausreichend bewertet werden. Hingegen erhöht sich mit wachsenden Entscheidungsbefugnissen im Bereich der Daseinsfürsorge die Grundrechtssensibilität und damit das demokratische Legitimationsniveau; hinzu kommt die oftmals aktuellpolitische Brisanz der Tätigkeit der Binnenmarktagenturen. Zwar verfügt ACER nur über eine subsidiäre verbindliche Letztentscheidungsbefugnis im Falle der Uneinigkeit der Mitgliedstaaten,¹⁷⁰ ECHA entscheidet allerdings letztverbindlich über die Registrierung von Stoffen.¹⁷¹ Nicht zu unterschätzen ist zudem der – hier nicht tiefer behandelte – Einfluss der nicht verbindlichen „Richtlinien“ von Agenturen, die in der

166 *Michel*, (Fn. 38), S. 155.

167 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäische Agenturen – Mögliche Perspektiven, KOM (2008) 135 endg. v. 11.3.2008, S. 7; Europäischer Rechnungshof, Wie erzielen die Agenturen Ergebnisse?, Sonderbericht Nr. 5/2008, S. 24.

168 Zu den Methoden externer Evaluation: http://europa.eu/agencies/documents/evaluation_method_en.pdf (28.6.2015).

169 *Ibid.*, S. 23, 41.

170 Art. 8 VO (EG) Nr. 713/2009.

171 Art. 20 VO (EG) Nr. 1907/2006.

Regel als Leitlinien für die nachgeordneten nationalen Behörden eine gemeinsame europäische Verwaltungskultur im Verwaltungsverbund herausbilden sollen. Als Beispiele genannt seien die Rahmenrichtlinien der ACER,¹⁷² sowie die Gutachten zu Medikamenten¹⁷³ und Stellungnahmen zu Stoffzulassungen¹⁷⁴ durch EMA und ECHA. Auch wenn die eigentlichen (Zulassungs-)Entscheidungen letztlich von der Kommission (und damit zweifelsfrei innerhalb des institutionellen Rahmens) getroffen werden, findet auch deren vorprägendes *imprinting* maßgeblich durch die sachnäheren Agenturen statt. Die Spannung zwischen Demokratieprinzip und Unabhängigkeit der Regulierungsagenturen ist daher bei den (auch nur faktisch) entscheidungsbefugten Agenturen besonders groß und kann durch die als schwach zu bewertende *accountability* (Art. 15, 16, 228, 298 AEUV in Verbindung mit Art. 41 GRCh) nicht vollkommen ausgeglichen werden. Dem Machtzuwachs der Agenturen in den wirtschafts- und sozialpolitischen Kernbereichen des Binnenmarkts ist deshalb mit einer Intensivierung der „ex post“-Kontrolle zu begegnen, um sicher zu stellen, dass die Agenturen auch in den ihnen durch den demokratischen Unionsgesetzgeber gezogenen Grenzen tätig werden.¹⁷⁵ Die bestehenden ergänzenden Legitimationsinstrumente können eine Delegation von weiten Ermessensbefugnissen, die gerade auch im Energie- und Umweltsektor immer auch eine politische Dimension aufweisen,¹⁷⁶ nicht rechtfertigen. Um den Vorgaben von Art. 2 EUV zu genügen und damit eine enge Bindung an den Gesetzgeber zu statuieren,¹⁷⁷ können unter dem derzeitig gewährleisteten Legitimationsniveau deshalb nur eng umgrenzte Durchführungsbefugnisse ohne nennenswerten Ermessensspielraum auf Binnenmarktagenturen übertragen werden.

IV. Ergebnis

Die Idee einer mit Expertenwissen ausgestatteten, „guten“ und unabhängigen Verwaltung prägt die tertiären unionalen Exekutivstrukturen als ordnungspolitisches Leitmotiv. Gleichwohl kann dieses Idealbild nicht zu Lasten, sondern nur im Rechtsrahmen genuin europäischer demokratischer Prinzipien durchgesetzt werden. Zu einfach wäre es aber, Weisungsrechte der Kommission als Allheilmittel zur Schaffung von demokratischen Entscheidungen und Institutionen zu sehen und nationale Modelle, die in ihrer Gesamtschau nicht homogen sind, schlicht und einfach auf die su-

172 Art. 6 Abs. 2 VO (EG) Nr. 713/2009.

173 Art. 5 ff. VO (EG) Nr. 726/2004.

174 Art. 58 Nr. 3 VO (EG) Nr. 1907/2006.

175 Anders *Ludwigs*, in: Ruffert, (Fn. 41), § 5, Rdnr. 138 f., 141 m.w.N. in Bezug auf die ACER. Er bezeichnet diese aufgrund ihrer subsidiären Zuständigkeiten als reines „Streitschlichtungsorgan“ und „verlängerten Arm der Kommission“. Politisches Ermessen käme der ACER gerade nicht zu.

176 Für die kaum praktikable Trennung von reinem Verwaltungshandeln und politischen Entscheidungen vgl. *Chiti*, (Fn. 90), S. 1419; *Ohler*, (Fn. 48), JZ 2014, S. 252; *Skowron*, (Fn. 90), S. 255 f.

177 EuGH, Rs. C-518/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125, Rdnr. 41 ff.

pranationale Ebene zu übertragen. Dies gilt auch deshalb, da die Kommission selbst nur eine mittelbare demokratische Legitimation aufweist.

Langfristig konsistenter ist dagegen eine verstetigte demokratische Rückbindung an den Unionsgesetzgeber, die sowohl den präzise zu formulierenden Gründungsrechtsakt, als auch die laufende „Überwachung“ in Gestalt intensivierter Kontrollbeziehungen durch das EP umfasst. Denn es ist primäre Aufgabe des Gesetzgebers, eine den Vorgaben von Art. 15, 16, 228, 298 AEUV in Verbindung mit Art. 41 GRCh entsprechende demokratische und gute Verwaltung über den Ausbau von Rechenschaftspflichten und Verantwortungsbeziehungen (*accountability*) zu schaffen. Dafür müssten die Befugnisse der EMA, ECHA und ACER limitiert oder – was der derzeitigen Entwicklung des Binnenmarkts nachhaltiger Rechnung tragen würde – die Einbindung in die Organisationsstrukturen der Union über die nachträgliche gerichtliche Kontrolle hinaus gestärkt werden und auftretende Rechtsverletzungen der Agenturen sichtbarer und damit einklagbarer gemacht werden. Mit letzter Konsequenz und um das demokratische Legitimationsdefizit der Agenturen zu beheben, ist dies nur durch verbindliches, mindestens sekundäres, besser noch primäres Unionsrecht erreichbar.¹⁷⁸ Denn zumindest die hier näher betrachteten vier Binnenmarktagenturen agieren auf Grundlage eines vergleichbar hohen Grades an politischer, sachlicher und organisatorischer Unabhängigkeit, der zum Standard bei den Regulierungsagenturen der neueren Generation zu werden scheint. Während bei ACER über den Direktor noch – wenn auch schwach ausgeprägte – Kontrollbefugnisse des EP bestehen, so genießen EMA und ECHA die vergleichsweise größte funktionale Autonomie. Essentiell notwendig wären daher direkte parlamentarische Partizipationsmöglichkeiten bei der Ernennung des Direktors sowie die „ex post“-Kontrolle durch entsprechende parlamentarische Untersuchungsausschüsse.

F. Fazit und Perspektiven

Die auf Grundlage von Art. 114 AEUV errichteten und mit zum Teil weitreichenden Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten Binnenmarktagenturen (ECHA, EMA, ACER, ESMA) weisen zum derzeitigen Zeitpunkt nicht in allen Aspekten das Niveau an demokratischer Legitimation auf, dass ein europäisiertes Demokratieverständnis voraussetzt. In gewisser Weise ist dies Ausdruck des europäischen Demokratiemangels, da Kompetenzausweitung von europäischen Institutionen auf Basis einer wenig spezifischen, aber mangels echter primärrechtlicher Alternativen wohl noch tragbaren Ermächtigungsgrundlage stattfindet. Brisant wird der Fall jedoch, wenn die Agenturen – wie ESMA – nationale Entscheidungen in wirtschaftlichen Kernsektoren auf Grundlage von Art. 114 AEUV auch ersetzen dürfen, statt nur harmonisierende Regelwerke zu schaffen. Bei den turnusmäßig anstehenden Überprüfungen der Gründungsverordnung durch die Kommission sollten diese Aspekte unbedingt berücksichtigt werden, um die Rechtsstellung und die Tätigkeit von EU-Agenturen stärker

178 Dafür plädieren nachdrücklich auch *Scholten/van Rijsbergen*, (Fn. 5), S. 1255.

(als bislang) an legitimationsfördernde Ordnungsprinzipien der supranationalen Rechtsordnung rückzubinden.

Mit dem Vertrag von Lissabon stehen – neben der dualen Legitimationsstruktur – mittlerweile weitere „Governance“-Prinzipien zur Verfügung, die als eine Art Leitplanken wirken. Mit Hilfe dieser Ordnungsmaßstäbe lässt sich eine von funktionaler Unabhängigkeit geprägte tertiäre Verwaltungsebene als wichtiger, weil progressiver Teilbereich europäisierter Verwaltungstätigkeit demokratisch legitimieren und damit nachhaltig verankern.