

***Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Aspekte Administrativer  
Normsetzungsverfahren in der Europäischen Union***

Herwig C.H. Hofmann<sup>1</sup>

Hintergrund – Entwicklungen des EU Verwaltungsrechts und der verfassungsrechtlichen Anforderungen.....	2
Verfahrensrecht als konkretisierendes Verfassungsrecht.....	4
Praktische Umsetzung.....	8
Idealtypische Verfahrensabschnitte und Allgemeine Rechtsprinzipien .....	10
Erstellung eines Normsetzungsprogramms (Agenda Setting) und Verfahrenseinleitung.....	11
Vorbereitung eines Normentwurfs .....	12
Erstellung eines mit Gründen versehenen Berichts und Annahme des Rechtsaktes .....	14
Zusammenfassung und Ausblick.....	15

---

<sup>1</sup> Herwig C.H. Hofmann ist Professor für Europäisches und Transnationales öffentliches Recht an der Fakultät für Rechts- Wirtschafts- und Finanzwissenschaften der Universität Luxemburg und ist einer der Initiatoren sowie Mitbegründer und Koordinator des Research Network of EU Administrative Law. Dieser Beitrag ist die leicht erweiterte Fassung des von Professor Hofmann auf der ReNEUAL Tagung am 5. und 6. November 2015 am Bundesverwaltungsgericht in Leipzig gehaltenen Vortrags. Für Verweise bittet der Autor das ReNEUAL Buch II und die einschlägigen Veröffentlichungen zu konsultieren.

Die administrative Normsetzung – also die Schaffung abstrakt generell wirkender Normen zur Umsetzung und Konkretisierung gesetzgeberischer Vorgaben – stellt einen Großteil des Verwaltungshandelns der EU dar. Grundsätzlich vertrauen die Artikel 290 und 291 AEUV sowie die einschlägige Unionsgesetzgebung den Erlass solcher Maßnahmen der Europäischen Kommission an, die dabei durch europäische Agenturen und von Komitologieausschüssen unterstützt wird. Eine sachgerechte Ausgestaltung von Normsetzungsverfahren ist kein Selbstzweck. Vielmehr kann sich die Ausgestaltung des Verfahrens konkret auf den Inhalt der Normen auswirken. Verfahrensnormen determinieren, ob und wann bestimmte Interessen und Sichtweisen in das Verfahren einbezogen und damit im Normsetzungsverfahren in Betracht gezogen werden können. Wie die Verfahren administrativer Normsetzung ausgestaltet sind kann darüber hinaus für die Verwirklichung von zentralen Verfassungsprinzipien des Unionsrechts von Bedeutung sein. Dies betrifft insbesondere Grundsätze der Transparenz, der Bürgernähe und der Möglichkeit allgemeiner Teilhabe „am demokratischen Leben der Union“ (Artikel 10(3) EUV) sowie der in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sorgfaltsgebots und des Ermittlungsgrundsatzes. Daher ist das zentrale Anliegen des Buchs II des ReNEUAL Musterentwurfs für ein EU-Verwaltungsverfahren, Verfahrensregelungen für administrative Normsetzungsverfahren im Rahmen eines allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts der Union zu entwickeln, die diesen Ansprüchen gerecht werden.<sup>2</sup>

### ***Hintergrund – Entwicklungen des EU-Verwaltungsrechts und der verfassungsrechtlichen Anforderungen***

Aus historischer Perspektive betrachtet hat sich das Rechtssystem der Europäischen Union nicht nur schnell entwickelt, sondern war vielfach auch tiefgreifenden Transformationsprozessen unterworfen. Diese sind im Bereich der Normsetzungsverfahren auf mindestens drei Ebenen relevant: Erstens, hat nicht nur die Anzahl der von europäischer Regelungstätigkeit betroffenen Rechtsgebiete zugenommen, auch steigt die von EU-Recht ausgehende Regelungsintensität fast durchweg an. Zweitens, kooperieren Verwaltungen verschiedener Organisationsebenen im Rahmen der Erfüllung der im Rahmen des EU Rechts auftretenden Verwaltungsaufgaben zunehmend stärker miteinander. Diese Kooperation ist durch Verwaltungsverfahrensnormen, die

---

<sup>2</sup> Siehe Jens-Peter Schneider, Herwig C.H. Hofmann, Jacques Ziller (Hrsg.), ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren (Beck 2015), Buch II – Administrative Normsetzung, 31-47.

normalerweise politikfeldspezifisch erlassen werden, vorgegeben. Dabei führt die weite Verbreitung von Systemen, die dem Austausch von Informationen dienen, in vielen Bereichen zu mehrstufigen, Akteure verschiedener Rechtssysteme umfassenden, Verbundverfahren.<sup>3</sup> Drittens, ist nicht zuletzt aufgrund der großen Zahl neuer EU Agenturen, eine Pluralisierung der auf europäischer Ebene vorhandenen Verwaltungsstellen eingetreten.

EU Verwaltungsrecht ist im Rahmen permanenter Umwälzungen zu einem Labor für innovative Verfahrensstrukturen und Institutionen geworden, deren Konzeptualisierung auf rechtsvergleichender Methodik gründet und bei der generell ein pragmatischer, auf effektive Normsetzung ausgerichteter und damit lösungsorientierter Ansatz im Vordergrund steht.

Die institutionelle Diversifizierung lässt sich insbesondere an den seit den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts entwickelten Komitologieverfahren, sowie an der anhaltenden Entwicklung einer Vielzahl von der Kommission strukturell und personell getrennter Agenturen beobachten. Komitologieausschüsse wurden entwickelt, um nationalen Sachverstand in europäische administrative Normsetzung einzubeziehen und damit gleichzeitig ein Moment der Kontrolle von europäischen Normsetzungsaktivitäten durch die nationalen Verwaltungen zu ermöglichen. Die später einsetzende Entwicklung von EU Agenturen diente zumeist der institutionellen Absicherung und Unterstützung der dezentralen Verwaltung eines gemeinsamen europäischen Rechtsraums durch nationale Behörden. Die zunehmende Ausdifferenzierung der Unionsverwaltung mit der Schaffung einer Vielzahl von Agenturen betrifft auch Normsetzungsaktivitäten. Als Beispiel seien nur die drei in der Finanz- und Versicherungsaufsicht tätigen Agenturen, die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA), die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) und die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) genannt, die unter anderem die Aufgabe haben, delegierte Rechtsakte und Umsetzungsakte der Kommission in ihren Zuständigkeitsbereichen entsprechend den detaillierten, gesetzlich festgelegten prozeduralen Vorgaben zu entwickeln.<sup>4</sup> Eine umfassende Analyse der im Unionsrecht geltenden Regelungen zur administrativen Normsetzung wird gegenwärtig jedoch durch die Vielzahl von politikfeldspezifischen Verfahren erschwert. Das behindert auch eine durchgehende Analyse der Einhaltung von Verfassungsvorgaben in administrativen Normsetzungsverfahren im Europarecht.

---

<sup>3</sup> Jens-Peter Schneider, Herwig C.H. Hofmann, Jacques Ziller (Hrsg.), ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht (Beck 2015), Buch II – Administrative Normsetzung, 37.

<sup>4</sup> Insbesondere die Artikel 10 und 15 der Verordnungen zur EBA (VO 1093/2010, ABl. 2010 L331/12), zur EIOPA (VO 1094/2010, ABl. 2010 L331/48) und ESMA (VO 1095/2010, ABl. 2010 L331/84)

Auf der anderen Seite haben sich auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben des EU Rechts entwickelt und in gewisser Weise konkretisiert. Dabei lässt sich hinsichtlich drängender Fragen des institutionellen und prozeduralen Unionsverwaltungsrechts ein evolutionärer und pragmatischer Ansatz, der primär lösungsorientiert war, identifizieren. Zugleich entwickelte insbesondere die Rechtsprechung des EuGH Verfassungsprinzipien, die vielfach und sukzessive durch aufeinander folgende Vertragsänderungen, positiv-rechtlich festgeschrieben wurden. Am augenfälligsten wurde dies zuletzt mit der Etablierung der Europäischen Grundrechtecharta als verbindliche Rechtsquelle durch den Vertrag von Lissabon. In diesem Zug gelangten nicht nur die innovativen Grundrechte der Artikel 41 und 42 der Grundrechtecharta auf europäischer Verfassungsebene in den Genuss der Rechtsverbindlichkeit, sondern es wurden auch die für die Gesetzgebungstätigkeit der Union wichtigen Artikel 9-12 EUV (Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der Union) eingeführt.

Die drei parallelen Entwicklungslinien – der Zunahme an von EU Recht betroffenen Materien, der Intensivierung der Ebenen-übergreifenden Kooperation bei Vervielfachung der an Verwaltungstätigkeit beteiligten Akteuren und der immer weiter gehenden Entwicklung der Verfassungsprinzipien des Unionsrechts – stellen die Rahmenbedingungen für ein Verwaltungsverfahrensrecht im Bereich der administrativen Normsetzung dar. Das Ziel des Buchs II des Musterentwurfs muss es sein, im Rahmen dieser Eckpunkte die Kompatibilität der entwickelten Lösungen mit grundsätzlichen Verfassungsprinzipien sicher zu stellen und effektive Normsetzungsverfahren mit hohen Regulierungsstandards in Einklang zu bringen.

### ***Verfahrensrecht als konkretisierendes Verfassungsrecht***

Die Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren kann, wie einleitend erwähnt, direkten Einfluss auf die im Verfahren einbezogenen Interessen und Tatsachen und damit auf den materiellen Regelgehalt von Rechtsakten haben: Sie regeln den Informationsfluss vor Erlass von Rechtsakten, haben Einfluss auf die Behebung (oder Schaffung, beziehungsweise Aufrechterhaltung) von Informationsasymmetrien, und können zur Herstellung von Interessenausgleichen zwischen verfassungsrechtlich schützenswerten Positionen genutzt werden. Verfahrensnormen, auch jene, die administrative Normsetzung betreffen, dienen damit als zentrale ‚Infrastruktur‘ und Handlungsrahmen für das Handeln der europäischen Exekutive.

Die Ausgestaltung administrativer Normsetzungsverfahren ist nicht wertneutral. Grundsatzentscheidungen hinsichtlich Normsetzungsverfahren, einschließlich der Frage ihrer möglichen Kodifizierung, sind verfassungsrechtlich geprägt. Sie sind nicht nur nach der Effektivität der Problemlösung zu beurteilen, sondern müssen einen Beitrag zur Verwirklichung der von Verfassungsprinzipien vorgegebenen Werteordnung leisten. Die Legitimität der Ausübung öffentlicher Gewalt in Form von Normsetzung findet Ihre Begründung, sowie ihren Rahmen eben in der Verwirklichung effektiver Lösungen, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Schutzes von Rechten. Fritz Werners berühmtes Schlagwort des „Verwaltungsrechts als konkretisiertes Verfassungsrecht“ ist damit auch in der Europäischen Union nicht ohne Relevanz.

Im Folgenden wird daher kurz auf die Hauptelemente der unionsverfassungsrechtlich vorgegebenen Rechtsprinzipien eingegangen, die für die Ausgestaltung des administrativen Normsetzungsverfahrens von Bedeutung sind, bevor im Weiteren die Möglichkeit von deren konkreter, aber praxisnaher Umsetzung in Verwaltungsverfahren für administrative Normsetzung erörtert wird. Bei diesen Rechtsprinzipien geht es im Wesentlichen um die demokratischen Grundsätze der Union, die Transparenz und Offenheit, das Recht auf eine Gute Verwaltung und Partizipationsrechte, sowie das Sorgfaltsgebot und den Ermittlungsgrundsatz.

Zunächst zum Demokratieprinzip, das im Unionsrecht neben dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie in Artikel 10 EUV, auch ausdrücklich Elemente von direkter Demokratie nach Artikel 11 EUV beinhaltet. Artikel 11 EUV enthält insofern normative Vorgaben, als dass die Möglichkeit eines „offenen, transparenten und regelmäßigen“ Dialogs zwischen der europäischen Exekutive auf der einen Seite und „Interessenverbänden und der Zivilgesellschaft“ auf der anderen Seite gefordert wird und „umfangreiche Anhörungen der Betroffenen“ zu Fragen des „Handelns der Union“ gewährleistet werden müssen. Aus dem Kontext des Artikel 11 EUV mit den anderen „Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze“ des Titel II EUV, zum Beispiel den Artikeln 9 und 10(3) EUV, ergibt sich ein im EUV festgelegtes Prinzip demokratischer Teilhabe an der Willensbildung der Unionsorgane durch verschiedene Partizipationsformen, wie Anhörungen und Dialog. Der Vertrag von Lissabon stellt damit zum ersten Mal im primären Unionsrecht eine ausdrückliche Verbindung zwischen Offenheit, Transparenz und Beteiligung an Verfahren durch „umfangreiche Anhörungen“ im Rahmen der Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der Union her.

Eine Verbindung von direkter Bürgerbeteiligung mit dem Prinzip repräsentativer Demokratie in Verfahren administrativer Normsetzung ergibt sich auch aus systematischen Überlegungen:

Obwohl Unionsrecht weitgehende Delegation von Normsetzungstätigkeiten ausdrücklich vorsieht, sind die Grenzen einer solchen Delegation im Gegensatz zu etwa dem deutschen Recht im Unionsrecht weit weniger gefestigt. Sie werden nach der Rechtsprechung des EuGH primär nach den Erfordernissen von einzelnen, politikfeldspezifischen Vertragsnormen definiert. Daher ist eine weitreichende Delegation von Normsetzungsbefugnissen an die Exekutive möglich. Weil sich administrative Normsetzung durch die Kommission vom Legislativverfahren mit den dort vorgesehenen Legitimationsmechanismen ausdrücklich und grundlegend unterscheidet, erscheinen zusätzliche Legitimationsquellen beispielsweise in Form von Partizipationsmöglichkeiten auf der administrativen Ebene notwendig, um dem in der Verfassungsordnung der Union festgelegten Demokratieprinzip auf allen Ebenen gerecht zu werden.

Partizipationsmöglichkeiten im bestehenden Verfahren bestehen am ehesten im Kontext der Konsultationen in Folgenabschätzungsverfahren („Impact Assessments“).<sup>5</sup> In der Praxis erweist sich die Nutzung von Folgenabschätzungsverfahren zur Bürgerbeteiligung jedoch als problematisch. Dies insbesondere, da diese durch überaus komplexe, jedoch letztlich vage Regeln bestimmt sind, sowie deren oftmals von politischen Erwägungen bestimmte Anwendung. Tatsächlich können Folgenabschätzungsverfahren entweder zur Verhinderung von politisch unliebsamen Texten in die Länge gezogen werden oder, wo opportun, auch im Gegenteil gänzlich ausgelassen werden. Problematisch ist dies insbesondere, weil Folgenabschätzungsverfahren gegenwärtig das zentrale Element von Partizipationsmöglichkeiten sind und damit Instrumente der Herstellung von Inklusivität, Transparenz und Verantwortlichkeit der Exekutive sein sollen. Um den in Artikel 11 EUV enthaltenen normativen Geboten nachzukommen, müsste der Standard der zur Folgeabschätzung genutzten Verfahren deutlich gehoben werden. Bisher ist es primär der Spruchpraxis des Europäischen Bürgerbeauftragten zu verdanken, dass die Inkongruenz zwischen normativen Anforderungen des Artikels 11 EUV und der Praxis der europäischen Exekutive kritisch hervorgehoben wurde. Obwohl der Grundsatz der Transparenz im Rahmen der Formulierungen des Vertrags von Lissabon nicht als neue oder zusätzliche Legitimationsquelle für das Handeln der EU Exekutive angelegt ist,<sup>6</sup> kann wohl abstrakt festgehalten werden, dass erhöhte Transparenz im Rahmen von Normsetzungsverfahren der

---

<sup>5</sup> Jens-Peter Schneider, Herwig C.H. Hofmann, Jacques Ziller (Hrsg.), *ReNEUAL* Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht (Beck 2015), Buch II – Administrative Normsetzung, 41.

<sup>6</sup> Siehe auch Beate Kohler-Koch, *Zivilgesellschaftliche Partizipation: Zugewinn an Demokratie oder Pluralisierung der europäischen Lobby?*, in Beate Kohler-Koch und Christine Quittkat (Hrsg.), *Die Entzauberung Partizipativer Demokratie, Zur Rolle der Zivilgesellschaft bei der Demokratisierung von EU Governance* (Campus Verlag, 2010).

Durchsetzung des Demokratieprinzips und der Einhaltung von rechtsstaatlichen Grundsätzen förderlich sein kann.

Eine auf Transparenz und Offenheit ausgerichtete Herangehensweise erfordert überdies eine aktive Informationspolitik der Behörden sowie einen aktiven Ansatz zur Erfassung aller relevanten Interessen und Ansichten zu einem Regelungsvorhaben. Dafür ist aber die gegenwärtige Ausgestaltung von Transparenz im Sinne eines Rechts auf Dokumentenzugang im Rahmen von administrativen Rechtsetzungsverfahren allein nicht hinreichend. Aktenzugangsrechte wie sie in den zur Ausführung von Artikel 15 AEUV erlassenen Rechtsakten festgelegt sind, insbesondere der Verordnung 1049/2001, sind dabei lediglich als Ausgangspunkt für eine demokratische Kontrolle der Exekutive anzusehen. Eine aktive Politik der Informationsbereitstellung erscheint notwendig.

Auch für die Qualität der Rechtsetzung ist bedeutend, dass informierte Beteiligung einen Beitrag zu umfassender Sachverhaltsaufklärung leisten kann. Dies ist auch ein Gebot des Untersuchungsgrundsatzes, der eine Sorgfaltspflicht<sup>7</sup> der Organe der Union dahingehend begründet, als diese zur sorgfältigen und unparteiischen Prüfung aller relevanten Gesichtspunkte einer Entscheidung verpflichtet sind.<sup>8</sup> Die Prüfung aller relevanten Gesichtspunkte durch eine Verwaltung setzt jedoch die Kenntnis dieser Gesichtspunkte voraus. Dazu bedarf es einer kritischen Evaluierung der Umstände der administrativen Normsetzung und Fakten, und einer detaillierten Darlegung der bestehenden Interessen, damit diese in einem verwaltungsinternen Abwägungsprozess in Betracht gezogen werden können. Ohne Gewährleistung von Anhörungs- und Beteiligungsrechten ist eine umfassende und unparteiische Sachverhaltsaufklärung im Rahmen administrativer Normsetzung nicht wirklich möglich. In einer Union von 500 Millionen Bürgern und 28 Mitgliedstaaten verfügt eine zentrale Verwaltung nicht über die hinreichenden Informationen, die für die Normsetzung und die Evaluierung der Konsequenzen verschiedener Regelungsmöglichkeiten relevant sind. Nicht zufällig stellt daher die Rechtsprechung des EuGH die Sorgfaltspflicht in einen engen Zusammenhang mit den Anhörungsrechten Einzelner und dem damit verbundenen Recht auf Akteneinsicht zur Ermöglichung einer sachbezogenen Anhörung.

Die Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsermittlung wird vom Europäischen Gerichtshof auch im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Rechtsaktes geprüft. Nur dort, wo

---

<sup>7</sup> Siehe z.B. T-54/99 *max.mobil* Rdn. 48–51.

<sup>8</sup> Siehe insbesondere C-269/90 *Technische Universität München* Rdn. 14.

die Begründung eines Rechtsakts entsprechende Hinweise auf eine Abwägung weniger einschränkender Regelungsalternativen enthält, kann diesbezüglich auch von einer hinreichenden Abwägung ausgegangen werden. Gemäß der Rechtsprechung kann der Nachweis dieser Informationssammlung und -abwägung durch Verweis auf eine vollständige, vor Erlass der Maßnahme vorgenommene Folgenabschätzung unter Einbeziehung der Öffentlichkeit erbracht werden.<sup>9</sup>

Gut ausgestaltete Beteiligungsverfahren können überdies durch die Einbeziehung der verschiedenen, in einer pluralistischen Gesellschaft bestehenden Interessen, zur Verwirklichung der Grundsätze der Unparteilichkeit und der Unabhängigkeit der Verwaltung beitragen. Dies insbesondere dadurch, dass diese jenen Akteuren, die über keinen privilegierten Zugang zur Versorgung der Verwaltung mit relevanten Informationen verfügen, ein entsprechendes Instrument an die Hand geben. Unparteilichkeit der Verwaltung ist ein Gebot des Artikel 41(1) der Grundrechtecharta. Ebenso ist die Unabhängigkeit der Verwaltung ein Gebot, das im ersten Absatz des Artikels 298 AEUV definiert ist. Offene Beteiligungsverfahren dienen also nicht nur dazu allen Interessierten die bestehenden Informationen offenzulegen und der öffentlichen Kritik zugänglich zu machen, sondern erlauben es auch, konkurrierende Ansichten und Fakten in das Verfahren einzubringen. Gut organisiertes Lobbying, wie es auf europäischer Ebene besteht, kann somit seine Alleinstellung in der Informationsversorgung der Verwaltung verlieren. Weniger gut organisierte Akteure kann die Geltendmachung ihrer Interessen und der Zugang zu Fakten erleichtert werden. Dies kann nicht nur die Qualität der administrativen Normsetzung und damit ihre Akzeptanz im Sinne einer von der Politikwissenschaft als ‚Output Legitimierung‘ bezeichneten faktischen Legitimität erhöhen, gut ausgestaltete Beteiligungsverfahren sind auch ein Gebot des rechtsstaatlichen Handelns als Beitrag zur Verwirklichung diverser Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts.

### ***Praktische Umsetzung***

Die ausdrückliche Regelung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien in den Verträgen und der Rechtsprechung des EuGH hat bisher nur wenig Niederschlag in administrativen Normsetzungsverfahren gefunden. Überdies ist, sowohl in Wissenschaft als auch Praxis, die

---

<sup>9</sup> Siehe z.B. C-176/09 *Luxemburg* Rdn. 65; C-58/08 *Vodafone* Rdn. 55; C-343/09 *Afton Chemical* Rdn. 29, 36, 57.

Diskussion der Ursachen und Auswirkungen des Auseinanderdriftens der verfassungsrechtlichen Vorgaben einerseits und der Regulierungswirklichkeit in administrativen Normsetzungsverfahren andererseits, kaum entwickelt. Entsprechende Beiträge zur administrativen Normsetzung in der Union beschränken sich oft auf die Bedingungen und Bedeutung der in Artikel 290 und 291 AEUV vorgesehenen Verfahren zum Erlass von delegierten und Durchführungsrechtsakten, also dem Verfahren nach Vorlage eines Normsetzungsvorschlags durch die Kommission. Die zu einem Normsetzungsvorschlag führenden Verfahrensschritte sind weit weniger Gegenstand der Diskussion.

Daher erscheint es wichtig, eine Diskussion betreffend die Anpassung der typischen Phasen administrativer Normsetzungsverfahren an die verfassungsrechtlichen Erfordernisse des Unionsrechts zu führen. Dabei kann das institutionelle Umfeld, und die verschiedenen an administrativer Normsetzung beteiligten Stellen nicht außer Acht gelassen werden. Tatsächlich sind diese institutionelle Struktur der Union und insbesondere die Struktur der an Normsetzung beteiligten Stellen und Institutionen sehr dynamisch. Dabei spielt vor allem die immer weiter fortschreitende Schaffung von Agenturen in fast allen Politikbereichen der Union eine wichtige Rolle. Agenturen koordinieren die dezentrale Umsetzung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Behörden im gemeinsamen europäischen Rechtsraum. Die Einbindung von Agenturen in die exekutiven Normsetzungsverfahren hat zu einer starken Veränderung des typischen Ablaufs dieser Verfahren im Unionsrecht geführt. Beispielhaft für eine Vielzahl der in den letzten 15 Jahren gegründeten Agenturen seien nur die drei im Jahr 2011 gegründeten Finanzmarktagenturen genannt, die direkt an der Gestaltung administrativer Normsetzung beteiligt sind und exekutive Normsetzung für die Europäische Kommission zur Annahme in Verfahren entweder nach Artikel 290 oder 291 AEUV vorbereiten.<sup>10</sup>

Diese dynamischen Entwicklungen, die sowohl die institutionellen Akteure, die anwendbaren Verfahrensschritte als auch die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen betreffen, haben Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs eines auf administrative Normsetzung bezogenen Regelungskorpus. Buch II des ReNEUAL Musterentwurfs behandelt trotz der Vielfalt nationaler Stellen, die in den Prozess durch Agenturen eingebunden sind, nur die administrativen Normsetzungsverfahren von EU-Behörden. Dabei handelt es sich um Verfahren,

---

<sup>10</sup> Siehe insbesondere: Verordnung 1092/2010, Abl. 2010 L331/1; Verordnung 1093/2010, Abl. 2010 L331/12; Verordnung 1094/2010, Abl. 2010 L331/48; Verordnung 1095/2010, Abl. 2010 L331/84. Mit weiteren Hinweisen z.B.: H. Hofmann, A. Morini, The Pluralisation of EU Executive—Constitutional Aspects of “Agencification”, *European Law Review* 2012, 419-442.

die nicht zu den im EU-Recht vorgesehenen förmlichen Gesetzgebungsverfahren gehören.<sup>11</sup> Nur Letztere werden im Buch II des ReNEUAL Musterentwurfs nicht behandelt, da die volle Auswirkung möglicher Konflikte einer Anwendung solcher europarechtlich gesetzten Regeln mit nationalen Verfahrensregeln ohne weitere, vertiefende und rechtsvergleichende Studien nur schwer zu überblicken wäre.

### ***Idealtypische Verfahrensabschnitte und Allgemeine Rechtsprinzipien***

Naturgemäß bildet die Einteilung des administrativen Normsetzungsverfahrens in Verfahrensphasen eine komplexe Realität lediglich vereinfacht ab. Jedoch hilft die phasenbezogene Betrachtung, die einzelnen Verfahrensschritte in Bezug auf deren Potential zur Umsetzung von Verfassungsprinzipien zu analysieren, wobei das Ziel besteht diese als Ordnungsprinzipien des Verfahrensrechts nutzbar zu machen. Dementsprechend gehorcht die Abfolge der Artikel von Buch II einem Verständnis der Phasen von administrativen Normsetzungsverfahren das diese zwar als getrennt begreift, jedoch ebenso als oftmals synchron oder überlappend. Ein solches, nach idealtypischen Phasen geordnetes Verfahren, enthält neben der Entscheidung über ein künftiges Normsetzungsprogramm („Agenda Setting“), die Verfahrenseinleitung, die Vorbereitung eines Entwurfs mit Folgenabschätzung, auch Phasen der Konsultation und der Partizipation und schließlich die Annahme eines Entwurfs und dessen Begründung. Die Autoren des Buchs II haben sich darauf verständigt einen kurzen Entwurf mit lediglich 6 Artikeln vorzulegen, der neben dem Anwendungsbereich, die Verfahrenseinleitung, die Vorbereitung des Entwurfs, dem Verfahren zur Konsultation und Partizipation, einen mit Gründen versehenen Bericht sowie Normen über ein beschleunigtes Verfahren vorsieht. Je nach Verfahrensphase stehen unterschiedliche Verfassungsprinzipien im Vordergrund. So steht bei der Regelung von Informationsflüssen das Sorgfaltsgebot und der Ermittlungsgrundsatz im Vordergrund. Bei der Geltendmachung von unterschiedlichen Interessen und Rechten wie Transparenz, Beteiligung, Information ist hingegen die Abwägung von Rechtsgütern und Ausgleich von Interessenkonflikten ein wichtiger Gesichtspunkt.

Buch II widmet sich dabei insbesondere der Phase der Vorbereitung eines Kommissionsentwurfs durch die Kommission selbst oder durch eine EU Agentur. Die Verfahrensschritte nach Einbringung des Regelungsentwurfs durch die Kommission sind in den einschlägigen

---

<sup>11</sup> Jens-Peter Schneider, Herwig C.H. Hofmann, Jacques Ziller (Hrsg.), ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren (Beck 2015), Buch II – Administrative Normsetzung, 35.

Vertragsnormen sowie der Sekundärrechtsetzung zur Komitologie durch Verordnung 182/2011 geregelt. Da sowohl delegierte Rechtsakte als auch Durchführungsrechtsakte zur administrativen Normsetzung genutzt werden können, finden, entsprechend der EU Gesetzespraxis zum Beispiel im Bereich der Finanz und Versicherungsaufsicht, die vorgeschlagenen Vorschriften auf beide Kategorien gleichermaßen Anwendung.

### ***Erstellung eines Normsetzungsprogramms (Agenda Setting) und Verfahrenseinleitung***

Rechtlich betrachtet, besteht ‚Agenda Setting‘ aus der Definition eines Themenbereiches, der durch administrative Normsetzung geregelt werden soll. Dabei werden nicht nur Regelungsziel, Regelungszweck und Regelungsgegenstand umrissen, sondern auch Kompetenzfragen angesprochen. Verfassungsprinzipien sind insofern betroffen, als dass diese Phase wichtig für die Verwirklichung von Informationszugangsrechten ist, sodass Einzelne ihre Beiträge zu einem eventuellen späteren Normsetzungsverfahren wirksam vorbereiten können.

Das Vorschlagsrecht von Rechtsakten war nach Unionsrecht stets grundsätzlich eine Prerogative der Kommission. Der Grund war, dass Kompetenzen zum Erlass jener Akte, die nun als Durchführungsakte (Artikel 291 AEUV) oder delegierte Rechtsakte (Artikel 290 AEUV) bezeichnet werden, ausschließlich an die Kommission delegiert werden konnten und können.

Jedoch enthält das Unionsrecht verschiedene Möglichkeiten der Einschränkung des Ermessens der Kommission, ob und in welcher Form ein Normsetzungsvorschlag in die entsprechenden Verfahren eingebracht wird. Nicht nur kann das Vorschlagsrecht seit in Krafttreten des Vertrags von Lissabon von erfolgreichen Bürgerinitiativen nach Artikel 11(4) EUV beeinflusst werden. Auch übertragen einige politikfeldspezifische Rechtsakte EU Agenturen das Recht, Normsetzungsverfahren einzuleiten oder zumindest Verfahrensschritte im Rahmen der Einleitung von Normsetzungsverfahren durchzuführen – zum Teil, wie im Bereich der 2011 geschaffenen Unionsagenturen zur Finanzaufsicht, auch auf Antrag von Einzelnen. Diese Diversifizierung erlaubt einen ersten rechtsvergleichenden Ansatz und die Identifizierung von Materien, in denen Prinzipien beispielhaft verwirklicht werden.

Schlüsselemente des Agenda Setting und der Verfahrenseinleitung sind, aus Sicht des EU Verfassungsrechts, die Prinzipien der Offenheit und Transparenz. Transparenz wird hierbei nicht nur ‚passiv‘ ausgestaltet sein können, indem Stellen der Union Anträgen auf Informationszugang stattgeben, sondern wird möglicherweise auch, ‚aktive‘ Maßnahmen zur Information der interessierten Öffentlichkeit über künftige Normsetzung benötigen. Transparenz kann sich jedoch

nicht nur in Informationszugang erschöpfen, sondern muss auch systemische Transparenz bedeuten, die dem Einzelnen ersichtlich macht, wer die Verantwortung für ein Normsetzungsverfahren und die darin enthaltenen Verfahrensschritte trägt und in welchen Zeiträumen solche Verfahren ablaufen. In diesem Zusammenhang sollten Agenturen, die an Normsetzungsverfahren beteiligt sind, auf wirksame Art verpflichtet werden Arbeitsprogramme aufzustellen und zu veröffentlichen, in denen die Normsetzungsaktivitäten des Folgejahres angekündigt werden.

Der Musterentwurf sieht hier in Artikel II-2 eine Pflicht zur aktiven Information der Öffentlichkeit vor. Er bestimmt, dass die verpflichtende Ankündigung einer Verfahrenseinleitung betreffend den Erlass eines Rechtsakts, welche den ersten wichtigen Schritt zur späteren effektiven Gewährleistung der Grundsätze der Konsultation und Partizipation, neben dem Titel und einer kurzen Beschreibung der Zielsetzung des beabsichtigten Rechtsakts, auch dessen Rechtsgrundlage und die mit dem Entwurf betrauten EU-Behörden nennt.

### ***Vorbereitung eines Normentwurfs***

Agenda Setting ist oft mit der Phase der Vorbereitung eines Entwurfs verbunden oder geht nahtlos in eine Analyse der Regelungsmöglichkeiten und -alternativen über. In dieser Phase ist eine vollständige Analyse aller für den Erlass des Rechtsaktes in Betracht zu ziehenden Umstände und Interessen vorzunehmen. Die in dieser Phase des Rechtsetzungsprozesses vorrangig relevanten Verfassungsprinzipien sind, erstens die Sorgfaltspflicht, ein vom EuGH anerkannter allgemeiner Rechtsgrundsatz des EU Rechts, und zweitens der Untersuchungs- oder Ermittlungsgrundsatz. Zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung müssen Instrumente entwickelt werden, die gewährleisten, dass der Verwaltung zuvor unbekannte Tatsachen, Rechtspositionen und Interessen in Normsetzungsverfahren mit einbezogen werden können. Pflichten zur sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung finden daher ihr Gegenstück in Verfahren die eine informierte und konstruktive Mitwirkung der interessierten Öffentlichkeit sicherstellen.

Solche Verfahren existieren und werden in einigen Bereichen des Unionsverwaltungsrechts erfolgreich eingesetzt. Diese sind jedoch, wie die Beispiele des durch Soft Law geregelten Folgenabschätzungsverfahrens der Kommission oder das in internen Dienstanweisungen der

Europäischen Flugsicherheitsbehörde beschriebene Normsetzungsverfahren zeigen,<sup>12</sup> oft nicht rechtsverbindlich geregelt. In manchen Bereichen bestehen recht umfangreiche Regelungen, in anderen belaufen sich die administrativen Verpflichtungen auf eine Kosten-Nutzen-Abwägung mit oder ohne Information der Öffentlichkeit oder deren Beteiligungsmöglichkeiten.<sup>13</sup>

Hier besteht die Möglichkeit, durch Regelung von Grundzügen des Verfahrens in einem allgemeinen Verwaltungsverfahren, die jeweils besten Regelungsansätze durch horizontal anwendbare Regeln auch andern Politikbereichen zugänglich zu machen. Eine Schwierigkeit bei diesem Unterfangen ist es, eine eventuell durch Beteiligungsrechte ergänzte Folgenabschätzung, innerhalb der Verfahrensphasen festzulegen. Auf jeden Fall sind eine Abwägung widerstreitender Interessen und Rechte sowie eine Analyse von alternativen Lösungen zur Verfolgung von Regelungsinteressen durch die Verwaltung auf eine umfassende, durch Beteiligung abgesicherte, Informationsgewinnung angewiesen.

Zwei Verfahrensschritte greifen daher in dieser Phase ineinander, die im ReNEUAL Musterentwurf in den Artikeln 3 und 4 des Buches II geregelt sind. Der eine ist die Vornahme einer Folgenabschätzung und die Erstellung eines entsprechenden Berichts. Dabei wird auf die in der Vorbereitungsphase vorgenommene Bestimmung des Regelungsgegenstandes und der Zielsetzung der Regelung aufgebaut und eine erste Abschätzung der dabei in Betracht zu ziehenden Werte und Grundsätze (Grundrechte, Umwelt, Haushalt und Faktoren wie die sozialen und gesellschaftlichen Auswirkungen) vorgenommen. Wichtig ist in vielen Bereichen auch die Einbeziehung von nicht-quantifizierbaren Interessen. Eine Folgenabschätzung geht damit über eine reine Kosten-Nutzen-Abwägung hinaus.

Eine Möglichkeit einer sinnvollen Information der interessierten Öffentlichkeit und damit der Gewährleistung von Beteiligungsrechten, inklusive des Zugangs zu relevanten Aktenmaterial, besteht in der Veröffentlichung der Ansätze bezüglich der und Überlegungen zur Normsetzung,

---

<sup>12</sup> Decision of the EASA Management Board 01/2012, amending and replacing Decision 8/2007 concerning the procedure to be applied by the Agency for the issuing of options, certification specifications and guidance material (“Rulemaking Procedure”), of 13 March 2012 (based on Regulation (EC) 216/2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, OJ 2008 L 79/1 last amended by Commission Regulation (EU) 6/2013 of 8 January 2013 amending Regulation (EC) 216/2008 of the European Parliament and of the Council on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, and repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) 1592/2002 and Directive 2004/36/EC [2013] OJ L4/34, Arts 18 and 20), Art 7(5).

<sup>13</sup> Jens-Peter Schneider, Herwig C.H. Hofmann, Jacques Ziller (Hrsg.), ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren (Beck 2015), Buch II – Administrative Normsetzung, 43.

in Form eines Begleitdokuments, das etwaige Beteiligungsmöglichkeiten erläutert und Ausführungen zur Ausübung des Auswahlermessens und die Benennung der gehörten Sachverständigen und Veröffentlichung von deren Dokumenten beinhaltet. Dies ist nicht zuletzt notwendig, um Transparenz über die in den Normsetzungsprozess eingeflossenen Erkenntnisse und Erwägungen herzustellen. Überdies kann Konsultation nur funktionieren, wenn sie auf vollständiger Offenlegung der genutzten Informationen basiert. Dementsprechend beschäftigt sich Artikel II-4 des Musterentwurfs zur Durchsetzung der diskutierten Verfassungsnormen, die auch die der Union zugrundeliegenden demokratischen Grundsätze enthalten, mit Fragen der Konsultation und Partizipation. Partizipationsrechte entsprechen dabei spiegelbildlich zu den Pflichten zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung seitens der Verwaltung, da eine effektive Folgenabschätzung auf Partizipation als prozedurales Instrument zur Ergänzung, Evaluierung Einbeziehung von Interessen, Fakten, wissenschaftlicher Erkenntnisse angewiesen ist. Die Konsultations- und Mitwirkungsrechte sollen dabei sicherstellen, dass keine gesellschaftliche Gruppe und keine Interessenvertretung durch bevorzugten Zugang zu Unionsbeamten in die Lage versetzt werden, unionale Rechtsakte ungebührlich zu beeinflussen. Der Pluralität der Gesellschaften in den Mitgliedstaaten muss die Verfahrensordnung gerecht werden. Der Offenheit der Debatte ist es auch geschuldet, dass Stellungnahmen von Interessenvertretern im Rahmen einer Beteiligungsphase publik gemacht werden, so dass andere wiederum dazu Stellung beziehen können. Dies erhöht die Transparenz des Dialoges im Sinne des in Artikel 11(2) EUV.

### ***Erstellung eines mit Gründen versehenen Berichts und Annahme des Rechtsaktes***

Die genannten Verfahrensschritte werden gemeinhin zur Verabschiedung eines Rechtsaktes durch die Kommission führen, der entweder formell als Rechtsakt nach Artikel 290 AEUV oder Artikel 291 AEUV erlassen wird. Dort wo Agenturen am Normsetzungsverfahren beteiligt sind, was in einer immer größer werdenden Anzahl von Rechtsgebieten der Fall ist, endet deren Rolle im Verfahren zum Erlass administrativer Normsetzung zumeist in dem Moment, in dem die Kommission die in den genannten Artikeln vorgesehenen Verfahrensschritte einleitet. Diese sehen entweder eine parlamentarische Mitwirkung sowie die Mitwirkung des Rates in Verfahren delegierter Rechtsakte nach Artikel 290 AEUV vor, oder sie greifen auf mitgliedstaatliche Experten im Rahmen des Komitologieverfahrens nach Artikel 291(2) AEUV und der Verordnung 182/2011 zurück.

Wie bereits festgestellt, geht das dem EU Recht zugrundeliegende Demokratieverständnis nicht nur auf die Beteiligung des Europäischen Parlaments an Normsetzungsverfahren zurück. Daher

ist eine direkte Beteiligung von Einzelnen in früheren Phasen des Normsetzungsverfahrens als wichtige Ergänzung und nicht als Einschränkung von im AEUV vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten von Parlament, Rat und mitgliedstaatlichen Experten anzusehen. Vielmehr reflektiert eine solche Ausbalancierung von direkten und repräsentativen Elementen der Beteiligung und Kontrolle die den Artikeln 10 und 11 EUV zugrundeliegenden Vorstellungen.

Um diese Ausbalancierung vorzunehmen, muss jedoch sichergestellt werden, dass die im Beteiligungsverfahren eingegangenen Stellungnahmen auch von der Verwaltung in Betracht gezogen worden sind. Es muss zumindest indirekt zu erkennen sein, warum einige Stellungnahmen aber nicht Andere zu einer Änderung des Regelungsentwurfs geführt haben. Eine wirksame nachträgliche Kontrolle des Verwaltungshandelns durch gerichtliche und außergerichtliche Stellen wie dem Bürgerbeauftragten oder dem Rechnungshof erfordert jedoch einen hinreichend detaillierten Bericht. Daher sieht Artikel II-5 des ReNEUAL Musterentwurfs vor, dass der mit Gründen versehene Bericht darlegen muss, wie auf Stellungnahmen reagiert wurde. Hier wird nur hinreichend detaillierte Information eine wirksame verwaltungsinterne und gerichtliche Überprüfung ermöglichen können. Dies stellt auch die Verbindung zwischen dem Verfahren der Erstellung eines Normentwurfs und der Methoden der Annahme nach Artikel 290, 291 AEUV her. Sollte nämlich ein in den Vertragsnormen vorgesehenes Komitologieverfahren oder Kontrollverfahren des Rates oder des Parlaments zu Änderungen am Rechtsakt führen, muss dies in einem solchen Bericht auch verzeichnet sein, und zwar so dass für den Bürger erkenntlich wird, welche Erwägungen und Interessen eine Norm beeinflusst haben.

Dort wo ein beschleunigtes Verfahren aufgrund von zwingenden Erfordernissen notwendig erscheint, sollte jedoch darauf geachtet werden, dass solche beschleunigten Verfahren nicht zur Umgehung von Verfahrensvorschriften genutzt werden können, die zur Durchsetzung zentraler Verfassungsnormen der Verträge geschaffen worden sind.

### ***Zusammenfassung und Ausblick***

Buch II zielt darauf ab, eine Lücke im gegenwärtigen Rechtssystem der EU zu schließen. Es stellt eine Verbindung zwischen den Vertragsbestimmungen, den allgemeinen Grundsätzen des EU Rechts und den dem Primärrecht inhärenten Werten einerseits und den Verfahren zum Erlass von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung ohne Gesetzgebungscharakter andererseits her. Im Laufe der vergangenen Jahrzehnte wurden von der Rechtsprechung des EuGH und schrittweise durch

Vertragsänderungen eine Reihe von Werten mit Verfassungsrang als allgemeine Grundsätze des EU Rechts anerkannt. Diese umfassen zum Beispiel die Prinzipien der Offenheit, Transparenz und Beteiligung in den Artikeln 10 und 11 EUV und die Festlegung eines Grundrechts auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 der Grundrechtecharta. Die Kombination dieser Normen stellt einen ausdrücklichen Referenzrahmen für das EU Verwaltungsverfahrensrecht auf. Artikel 298 AEUV verpflichtet überdies den Unionsgesetzgeber dazu, diesen Rahmen für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union als Beitrag zu einer offenen, effizienten und unabhängigen europäischen Verwaltung durch Verordnungen die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu erlassen sind, umzusetzen. Die genannten Verfassungsgrundsätze haben bis heute hauptsächlich die Gestaltung institutioneller Strukturen der EU und die förmlichen Gesetzgebungsverfahren beeinflusst. Die Gestaltung unter-gesetzlicher Rechtssetzungsverfahren, der Regelungsgegenstand von Buch II, erscheint bisher weit weniger von diesen verfassungsmäßigen Grundsätzen beeinflusst worden zu sein. Ihre Umsetzung erfolgt zumeist verstreut und uneinheitlich in politikfeldspezifischen Normen. Die Vorschriften des Buchs II sollen dazu beitragen, eine systematischere Durchdringung der unter-gesetzlichen Rechtssetzungsverfahren mit diesen allgemeinen Grundsätzen des EU Rechts zu gewährleisten. Ziel der vorgeschlagenen Verfahrensregeln ist es damit, die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der partizipativen Demokratie und der Transparenz sowie die Grundsätze des EU-Verwaltungsrechts, insbesondere der ‚Sorgfaltspflicht‘ (umfassende und unparteiisch Bewertung aller maßgeblichen Umstände), in Verfahren zum Erlass von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung ohne Gesetzescharakter zu gewährleisten.