

ABHANDLUNGEN

Handlungsformen im Unionsrecht

Empirische Analysen und dogmatische Strukturen in einem vermeintlichen Dschungel

Armin von Bogdandy/Jürgen Bast**/Felix Arndt****

	Seite
I. Handlungsformen und Verfassungsentwicklung	78
1. Verbandskompetenz und Handlungsformen	79
2. Zum Gegenstand der Instrumentendebatte	81
3. Zu den Begriffen Handlungsform, Rechtsakt und Unionsrecht	82
II. Prinzipienlose Proliferation oder problemadäquate Ausdifferenzierung?	83
1. Die empirischen Grundlagen der Studie	84
2. Grundzüge einer empirisch gestützten Dogmatik der Formen	87
a. Formen der Verträge und Formenprägungen der Organe	87
b. Die Trias der verbindlichen Formen	89
aa. Die Ordnungsfunktion des Art. 249 EG	91
bb. Die Verordnung, nicht die Richtlinie als Standardform	92
cc. Die Entscheidung – mehr als ein europäischer Verwaltungsakt	94
c. Die heimliche Genese einer Rechtsform: der Beschluss	99
d. Gestaltung des Unionsrechts durch völkerrechtliche Handlungen	104
e. Die Einheit der Rechtsordnung und die Sonderformen des EU-Vertrags	108
aa. Art. 34 EU – Stückwerk einer gebotenen Reform	109
bb. GASP – Handlungsformen ohne gerichtliche Kontrolle	113
f. Unverbindliche Formen als integrale Bestandteile der Rechtsordnung	114
aa. Die Empfehlung – eine unverbindliche Richtlinie	115
bb. Die Stellungnahme – Gutachten der Kommission	118
cc. Die Entschließung als originäre Handlungsform	120

* Prof. Dr. *iur.*, M.A., Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht und internationales Wirtschaftsrecht, an der J. W. Goethe-Universität Frankfurt am Main, Richter am OECD-Kernenergiegericht.

** Dipl.-Soz., ehemals wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur, z. Zt. Rechtsreferendar in Berlin.

*** Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur.

Diese Studie entstand im Rahmen des DFG-Forschungsschwerpunkts "Regieren in der Europäischen Union".

g. Das Komplementärrecht: unionsnahes Völkerrecht der Mitgliedstaaten	124
h. Singularia	128
3. Die Organe der Rechtsetzung – die Pluralität der Gesetzgeber	131
a. Bedeutung und Aussagegehalt von Organschaft im Unionsrecht	131
aa. Organschaft und Rechtsschutzregime	132
bb. Organschaft und politische Verantwortlichkeit	133
b. Die drei regulären Rechtsetzungsorgane	136
aa. Die organbezogene Sperrwirkung des Art. 249 I EG	136
bb. Die langsame Parlamentarisierung der Rechtsordnung	137
cc. Rechtsetzung von Rat und Kommission: Gewaltengliederung eigener Art	139
c. Die EZB als sektoraler Sondergesetzgeber	142
d. Proliferation rechtsetzender Kooperationsgremien	144
e. Singularia	149
III. Vereinfachung der Instrumente – Sichtung des Reformpotenzials	151
1. Handlungsformen im Kontext der großen Verfassungsfragen	152
a. Ein knapper Grundvertrag und das Organgesetz	152
b. Ein europäisches Gesetz in vier Varianten	153
c. Überwindung der Säulenstruktur	155
2. Verbesserungen im Rahmen des geltenden Primärrechts	156
a. Verbindliche Selbstdisziplinierung der Organe	156
b. Verbesserungen durch legislatorische Maßnahmen	157
3. Anforderungen an den Verfassungsgeber	158
4. Handlungsformen und die Zukunftsfähigkeit der Union	159
Summary	160

I. Handlungsformen und Verfassungsentwicklung

Die Strukturen des öffentlichen Rechts der kontinentaleuropäischen Staaten beruhen maßgeblich auf der wissenschaftlichen Systematisierung und Disziplinierung der Formen hoheitlichen Handelns, sei es in rechtsstaatlicher, sei es in demokratischer Absicht.¹ Im europäischen Recht hingegen gilt den Handlungsformen nach einer frühen Blüte nur geringe Aufmerksamkeit.² Vielleicht auch deshalb entwickelte sich ein Zustand, der allgemein als derart unbefriedigend empfunden wird, dass bereits 1992 die Erklärung Nr. 16 zum Vertrag von Maastricht zu einer Reform aufruft.³ War diesem Aufruf kein Erfolg beschieden, so ist vielleicht im Zuge

¹ Zu den Funktionen der Handlungsformen E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 2 ff., 250 ff.; F. Balaguer Callejón, Fuentes del derecho I, 1991, 19 ff.; C. Grewe/H. Ruiz Fabri, Droits constitutionnels européens, 1995, Rn. 15 ff., 275 ff.

² H.-J. Rabe, Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1963; G.L. Tosato, I regolamenti delle Comunità europee, 1965; J.-V. Louis, Les règlements de la Communauté économique européenne, 1969; nur die Richtlinie trifft noch auf regelmäßigeres monographisches Interesse; W. Brechmann, Richtlinienkonforme Auslegung, 1994; S. Prechal, Directives in European Community Law, 1995.

³ Hierzu S. Magiera, Zur Reform der Normenhierarchie im Recht der Europäischen Union, integration 1995, 197; A. Tizzano, La hiérarchie des normes communautaires, RMUE 1995, 219; G. Winter, Reforming the Sources and Categories of European Law, in: ders. (Hrsg.), Sources and Categories of European Law: A Comparative and Reform Perspective, 1996, 13 ff.

der Post-Nizza-Debatte die Stunde der Reform gekommen. Als Beitrag zur Reformdiskussion, welche die Sinngehalte der gegenwärtigen Verfassungslage und Rechtsetzungspraxis nicht immer vollständig zu erfassen scheint, sollen hier einige Ergebnisse einer größeren Studie vorgestellt werden, die auf der Grundlage einer statistischen Erhebung der tatsächlichen Strukturen des abgeleiteten Unionsrechts die Rechtsregime der diversen Handlungsformen entwickelt. Zwar kann das Sein das Sollen nicht bestimmen. Aber jede Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben, will sie das Sein erfolgreich regeln, tut gut daran, sich der Strukturen des Seins zu versichern. Dies gilt erst recht für verantwortungsvolle verfassungspolitische Reformvorschläge.

1. Verbandskompetenz und Handlungsformen

Die Reform der rechtlichen Instrumente, mit denen die von den Unionsverträgen legitimierte Hoheitsgewalt ausgeübt werden kann, gehörte zunächst nicht zu den Themen, von deren Bearbeitung sich die Regierungskonferenz von Nizza eine "Verbesserung der demokratischen Legitimation und Transparenz der Union und ihrer Organe" versprach.⁴ Auf Betreiben der belgischen Präsidentschaft setzte sich im Europäischen Rat aber die Einsicht durch, dass der in Nizza projektierte Reformfokus zu eng war.⁵ Die Erklärung von Laeken zählt die "Vereinfachung der Instrumente der Union" zu den Herausforderungen, von deren Bewältigung die Überwindung der strukturellen Akzeptanzkrise der EU abhängt.⁶ In dem Maße, in dem die Diskussion zur Reform der Unionsverfassung hervortreten lässt, dass eine grundlegende Umgestaltung der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten kaum konsensfähig ist, verschiebt sich der Debattenschwerpunkt zunehmend auf die Ausübung der Befugnisse der Union. Hier kommen konsequenterweise die Handlungsformen in den Blick. Als zentrale Fragen identifiziert die Laeken-Erklärung, "ob die verschiedenen Instrumente der Union nicht besser definiert werden müssen und ob ihre Anzahl nicht verringert werden muss"⁷. Als Krisenbefund wird zum einen eine "Proliferation der Instrumente" diagnostiziert, mithin eine unkontrollierte und gefährliche Vervielfältigung der Handlungsformen. Zum anderen wird ein defizitärer Einsatz der vorhandenen Instrumente vermutet,

⁴ 23. Erklärung der Konferenz von Nizza: Erklärung zur Zukunft der Union, Nr. 5 und Nr. 6, ABl. 2001 C 80/85 f.: Abgrenzung der Verbandskompetenzen, Status der Grundrechtecharta, Vereinfachung der Verträge, Rolle der nationalen Parlamente.

⁵ D. Göler, Der Gipfel von Laeken: Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?, *Integration* 2002, 99, 104.

⁶ Europäischer Rat, Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, Anlage I zu den Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 14./15.12.2001, SN 300/1/01 REV 1.

⁷ *Ibid.*, 5; eine Übersicht bisheriger Reformvorschläge in T. Dieckmann, The System of Legal Acts in the History of Drafts and Proposals, in: Winter (Anm. 3), 315 ff.

also eine Praxis sachunangemessener Formenwahl durch die zuständigen Rechtssetzungsinstanzen.

In den kritischen Fragen der Erklärung artikuliert sich eine verbreitete Unzufriedenheit mit der begrenzten Leistungsfähigkeit des Subsidiaritätsprinzips, das Formenwahlmessungen der Organe zu steuern.⁸ Möglicherweise deutet sich in der Thematisierung der Handlungsformen aus der Kompetenzperspektive die Neuaufgabe eines Konzepts an, das aus einer früheren Phase der Integration stammt: das Ideal der möglichst eindeutigen Zuordnung von Kompetenzen und Handlungsformen. Lange hielt sich in der Rechtswissenschaft die Auffassung, dass die Verträge, wenn sie einem Gemeinschaftsorgan eine Rechtssetzungsbefugnis zuweisen, im Regelfall zugleich die Form festlegen, in denen diese ausgeübt werden soll.⁹ Rechtsgrundlagen ohne Formenwahlgebot sollten Ausnahmen sein, die sich einem Mangel an redaktioneller Stringenz oder dilatorischen Formelkompromissen verdanken.¹⁰ Die Handlungsformenlehre war damit systematisch dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung und seinen Funktionen zugeordnet.¹¹ Diese Interpretation war schon immer nur mit Mühe mit dem Vertragstext in Einklang zu bringen;¹² mit der Einheitlichen Europäischen Akte vollzog dann der Verfassungsgeber eine ausdrückliche Abkehr von diesem Konzept. Paradigmatisch für die Entscheidung zugunsten des Formenwahlmessens steht die Einfügung von Art. 100a EWGV (jetzt Art. 95 EG), der bewusst auf das Richtliniengebot des Art. 100 EWGV (jetzt Art. 94 EG) verzichtet. Die Vollendung des Binnenmarktes verlangte nicht nur nach einem effizienteren und demokratischeren Entscheidungsverfahren. Auch die Beschränkung auf nur eine Handlungsform erschien angesichts der Komplexität zukünftiger Rechtssetzungserfordernisse dysfunktional. Dieses Konzept haben die nachfolgenden Vertragsrevisionen weiter verfolgt, indem neue Kompetenzen der Union nach sachlichem Anwendungsbereich und verfolgten Zielen konturiert werden, es jedoch regelmäßig¹³ den Organen überlassen bleibt, die jeweils angemessene Handlungsform für ihre "Maßnahmen" zu bestimmen.¹⁴ Die Konsolidierung des Primärrechts durch den Amsterdamer Vertrag lichtete den Nebel gänzlich und legte den Blick dafür frei, dass Formenwahlgebote in den Verträgen weitgehend ein anachro-

⁸ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (1997), Nr. 6.

⁹ H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 20/24, E. Grabitz, *Quellen des Gemeinschaftsrechts: Rechtshandlungen der Gemeinschaftsorgane*, in: Europäische Kommission (Hrsg.), 30 Jahre Gemeinschaftsrecht, 1983, 97; J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1988, 239.

¹⁰ Ipsen (Anm. 9), 20/25 und 21/39.

¹¹ H.-P. Krauß, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags*, 1991, 26.

¹² Auch in der Römischen Fassung der Verträge waren Rechtsgrundlagen mit Formenzwang numerisch in der Minderzahl, E. Wohlfarth, in: ders. [et al.] (Hrsg.), *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, 1960, Rn. 17 zu Art. 189 EWGV.

¹³ Die wichtigste Ausnahme ist Art. 137 EG.

¹⁴ Wegweisend EuGH, Rs. 5/73 – *Balkan-Import-Export*, Slg. 1973, 1091, Rn. 18: "Die Wendung 'die der Lage entsprechenden Maßnahmen' in Artikel 103 Absatz 2 [EWGV] deutet darauf hin, dass der Rat auch mit Bezug auf die Form der Maßnahmen je nach Falllage diejenige wählen darf, die ihm als die geeignetste erscheint."

nistisches Randphänomen sind. Damit hat sich zugleich die Funktion der Differenzierung zwischen verschiedenen Handlungsformen gewandelt. Kaum noch geht es bei deren dogmatischer Profilierung unmittelbar um die Bestimmung von Kompetenzgrenzen, sondern vielmehr darum, den rechtsetzenden Organen – eine ausreichende Kompetenz vorausgesetzt – zur Verfolgung ihrer Gestaltungsaufträge ein hinreichend differenziertes Tableau an Handlungsinstrumenten zur Verfügung zu stellen. Vor diesem Hintergrund ist kaum denkbar, dass es breite Zustimmung finden wird, sich auf den Weg zurück vor die EEA zu begeben und einen erneuten Versuch zu starten, die Handlungsformen in den Dienst des Begrenzungsprinzips zu stellen. Dem stünde das übergreifende Reformziel einer handlungsfähigen Union entgegen, die mit den Mitteln ausgestattet ist, die sie benötigt, um die an sie herangetragenen Erwartungen zu erfüllen. Die Instrumentendebatte droht auf einem ähnlichen Holzweg zu landen wie die Kompetenzdebatte.¹⁵

2. Zum Gegenstand der Instrumentendebatte

Neuerdings ist allerdings ein anderer Begriff von “Handlungsform” im Vordringen, der nur lose mit der gleichnamigen juristischen Kategorie verkoppelt ist und vielleicht am besten mit “Regelungsmethode” übersetzt werden kann. Verschiedene Vorschläge zielen auf die Formulierung eines Katalogs der “Formen des Tätigwerdens” der Union, um den einzelnen Rechtsgrundlagen die jeweils zulässigen Regelungsmethoden zuzuordnen. Die Laeken-Erklärung spricht vage von einer “besseren Definition der Instrumente”, der Deutsche Bundesrat hat eine strikte Zuordnung der einzelnen Kompetenznormen zu jeweils zulässigen “Handlungsformen” ausdrücklich gefordert.¹⁶ Auch die Kommission hat sich in ihren jüngsten Vorschlägen zur Reformdebatte¹⁷ einen solchen Vorschlag zu eigen gemacht: Geboten sei “eine Konsolidierung und Vereinfachung der einzelnen Formen des Tätigwerdens”, um “anhand einer im Vertrag verankerten Liste der Maßnahmetypen” jeweils “den erwünschten Intensitätsgrad des europäischen Tätigwerdens zu präzisieren”¹⁸. Keiner der Vorschläge präsentiert bisher eine kohärente Konzeption normativer Umsetzung oder auch nur einen ausgearbeiteten Katalog. Stichworte sind “einheitlich anwendbare Verordnungen, umfassende oder minimale Harmonisierung, gegenseitige Anerkennung, mehr oder weniger verbindliche Koordinierung”¹⁹ oder “direkte Normen, Rahmengesetzgebung und nicht bindende Instrumente”²⁰, aber auch “finanzielle Förderung” und “Ergänzung”²¹.

¹⁵ Hierzu A. von Bogdandy/J. Bast, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, 441, 451 ff.

¹⁶ Entschließung des Bundesrates zur Kompetenzabgrenzung im Rahmen der Reformdiskussion zur Zukunft der Europäischen Union, Beschluss vom 20.12.2001, BR-Drs. 1081/01.

¹⁷ Europäische Kommission, Ein Projekt für die Europäische Union, Mitteilung vom 22.5.2002, KOM (2002) 247 endg.

¹⁸ *Ibid.*, 22. In der englischen Fassung wird für “Formen des Tätigwerden” und “Maßnahmetypen” gleichlautend der Terminus “forms of action” verwendet.

Die Kommission verfolgt offenbar den Ansatz ihres Governance-Weißbuchs²² weiter und bemüht sich, bestimmte Erkenntnisse aus der Diskussion über modernes Regieren (*new governance*) auch in die Kompetenzdebatte einzubringen. Dies erklärt unter anderem die prominente Rolle, die die sog. Methode der offenen Koordinierung in der Diskussion einnimmt.²³ Versuche, politikwissenschaftliche Kategorien wie den des *policy approach* in verfassungsrechtliche Kategorien zu übersetzen, müssen jedoch sehr behutsam unternommen werden. Die Verfasser dieses Beitrags haben erhebliche Bedenken, ob eine präzise juristische Fassung gelingen kann und welcher Mehrwert durch eine primärrechtliche Fixierung der Regelungsmethoden erzielt wird. Bezeichnenderweise ist bislang keine systematische Kategorisierung gelungen, geschweige denn ein Vorschlag für eine überzeugende normative Zuordnung von Methoden und Kompetenzen. Zu viele Gesichtspunkte werden hier zu einer diffusen Begrifflichkeit vermischt. Im Zentrum steht wohl das Bedürfnis nach einer Definition der zulässigen Regelungsdichte einer Handlung (Vollregelung oder Rahmenregelung), ergänzt um die Art der Einwirkung auf die nationalen Rechtsordnungen (direkte Normen oder Harmonisierung), was sich teilweise als Eigenschaft eines bestimmten Kompetenztypus (Voll- oder Mindestharmonisierung), teilweise als Moment des Rechtsregimes einer bestimmten Rechtsform konzipieren lässt (verbindliche oder unverbindliche Normen). Daneben geht es schlicht um bestimmte Norminhalte, wenn Handlungen nach ihrem Regelungszweck und -gegenstand unterschieden werden (Koordinierung, gegenseitige Anerkennung, finanzielle Förderung). Zusätzlich erschwert wird die Rationalität der Begriffsbildung dadurch, dass aus der empirischen Affinität einer bestimmten Rechtsform für eine bestimmte Regelungsmethode (etwa der Richtlinie für Rechtsangleichung) eine Exklusivität dieser Zuordnung gefolgert wird.

3. Zu den Begriffen Handlungsform, Rechtsakt und Unionsrecht

Dieser Beitrag hält an der etablierten juristischen Kategorie der Handlungsform fest und spricht synonym von Handlungsform, Rechtsform oder (Rechts-)Instrument als Bezeichnung für eine bestimmte formale Qualifizierung eines Rechtsakts ("eine Verordnung"), an die sich formcharakteristische Rechtswirkungen anschließen; zugleich wird dieselbe Bezeichnung für den abstrakten Typus verwendet ("die Verordnung"). Wenn hier von einem Rechtsakt gesprochen wird, geschieht dies ohne Rücksicht auf den Grad der Allgemeinheit oder Abstraktheit der in ihr enthaltenen Bestimmungen. Auf die Unterscheidung von Rechtssatzform ("Rechtsquelle") und Handlungsform, die hierauf abstellt, wird verzichtet. Sie entstammt

¹⁹ Europäische Kommission, Ein Projekt (Anm. 17), 22.

²⁰ Europäischer Rat, Erklärung von Laeken (Anm. 6), 5.

²¹ Bundesrat, Entschließung zur Kompetenzabgrenzung (Anm. 16).

²² Europäische Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, KOM 2001 (428) endg.

²³ Hierzu C. de la Porte, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Areas?*, ELJ 8 (2002), 38.

der traditionellen Gewaltenteilungslehre, auf welche die Handlungsformenlehren in der nationalen Rechtsordnung in aller Regel bezogen sind und die sie konkretisieren. Ein entsprechender Ansatz kann auf das Verfassungsrecht der Union nicht passen. Die "Maßnahmen", zu denen die Verträge die Unionsorgane ermächtigen, umfassen abstrakte wie konkrete, allgemeine wie individuelle Akte. Die Verträge ordnen Organkompetenzen nicht nach legislativer oder exekutiver Funktion und differenzieren auch nicht die einschlägigen Verfahren. Insgesamt ist das Verhältnis der politischen Organe nicht von dem Gedanken der Gewaltenteilung, sondern vielmehr dem der Gewaltenkooperation gekennzeichnet.

Auf eine weitere terminologische Vorentscheidung sei noch hingewiesen: Die EU wird, wie übrigens auch in der Erklärung von Laeken, als einheitliche Organisation begriffen und der ihr zugeordnete Rechtskorpus als das Unionsrecht bezeichnet, welches das Gemeinschaftsrecht als qualifizierten Teil einschließt.²⁴ Die Einheit dieser Verfassungsordnung wird in erster Linie gestiftet durch die Einheit der "Verträge, auf denen die Union beruht" (Art. 48, 49 EU), und ihren "einheitlichen institutionellen Rahmen" (Art. 3–5 EU), also die Identität der unter den verschiedenen Verträgen handelnden Verfassungsorgane. Zuzugeben ist den Kritikern dieser Einheitsthese, dass die Fragmentierung der Organisation auf kaum einem Feld so ausgeprägt ist wie bei den Handlungsformen, für die sich nur wenige "säulenübergreifende" Strukturen aufweisen lassen.

II. Prinzipienlose Proliferation oder problemadäquate Ausdifferenzierung?

Nach einer frühen Stellungnahme werden "die rechtsstaatlichen Dimensionen des europäischen Gemeinschaftsrechts ... maßgeblich bestimmt durch die Art und Weise, in der die Vertragsschöpfer das System der Gemeinschaftsakte gestaltet ... haben"²⁵. Träfe dies zu, wäre es um den Rechtsstaat in der Europäischen Union nicht gut bestellt, jedenfalls wenn man heutigen Beobachtern Glauben schenkt: Es fehle den Handlungsformen des Unionsrechts an einer einsehbaren Ordnung, ein System sei angesichts der Vielfalt der Bezeichnungen und Varianten nicht erkennbar.²⁶ Das Leitmotiv gegenwärtiger Reformbestrebungen ist folglich das der "Ver-

²⁴ A. von Bogdandy/M. Nettesheim, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, EuR 1996, 3; fortentwickelt in: A. v. Bogdandy, Die Europäische Union als einheitlicher Verband, EuR-Beiheft 2/1998, 165; ähnlich I. Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1998, Bd. 2, Rn. 42 zu Art. 23 GG; B. de Witte, The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?, in: Heukels/Blokker/Brus (Hrsg.), The European Union after Amsterdam, 1998, 51, 55 ff.; M. Zuleeg, Die Organisationsstruktur der Europäischen Union, EuR-Beiheft 2/1998, 151, 152 ff.; D. Curtin/I. Dekker, The EU as a "Layered" International Organization: Institutional Unity in Disguise, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 1999, 55 ff.; a.A. M. Pechstein/Ch. Koenig, Die Europäische Union, 3. Aufl. 2000, Rn. 92 ff.

²⁵ E.-W. Fuß, Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht (Teil 1), NJW 1964, 327.

einfachung".²⁷ Nach der von den Verfassern dieses Beitrags vertretenen Gegenansicht ist die Ordnung der Handlungsformen komplex und auch nur unvollständig durch das Primärrecht eingebunden, aber nicht chaotisch. Bei näherer Analyse werden Strukturen sichtbar, in denen sich Regeln der Praxis niederschlagen, die ihrer dogmatischen Aufarbeitung noch harren. Vereinfachungen bergen danach Kosten, die jede Reform berücksichtigen sollte. Beiden Ansichten liegen – teilweise unausgesprochen – empirische Annahmen über das positive Recht zugrunde, die sich allein mit rechtswissenschaftlichen Methoden nicht überprüfen lassen. Das Verfassungsrecht bedarf der Unterstützung durch empirisch-statistische Methoden.

1. Die empirischen Grundlagen der Studie

Die nachfolgenden Zahlen und dogmatischen Erkenntnisse wurden auf der Grundlage einer Auswertung des "Fundstellennachweis des geltenden Gemeinschaftsrechts" gewonnen. Diese Publikation wird im halbjährlichen Turnus vom Amt für amtliche Veröffentlichungen in Luxemburg herausgegeben und weist mit vollständigem Titel und Amtsblatt-Fundstelle alle zum Stichtag in Kraft befindlichen Rechtsakte des Unionsrechts aus. Aufgeführt werden dort alle Rechtsakte, die im Amtsblatt Serie L publiziert wurden, sowie diejenigen Akte aus der Serie C, die aus Sicht des Herausgebers trotz ihrer Fundstelle in der für Mitteilungen und Bekanntmachungen vorgesehenen Amtsblatt-Abteilung von rechtlicher Bedeutung sind, zum Beispiel das sog. Komplementärrecht. Ausgenommen sind die Rechtsakte der sog. laufenden Verwaltung, was vor allem die Vielzahl der kurzlebigen agrarrechtlichen Verordnungen betrifft. Änderungsakte werden normalerweise nicht eigenständig in den Nachweis aufgenommen, sondern bei dem geänderten Akt mit Fundstelle angeführt. Etwas anderes gilt, wenn der Änderungsakt noch weitere, selbständige Regelungen enthält. Nicht als eigene Rechtsakte aufgeführt sind auch die Handlungen, mit denen ein internationales Abkommen für eine Gemeinschaft angenommen wird, sofern nicht der Annahmeakt eigenständige Regelungen enthält; die Abkommen selbst werden aufgelistet. Der Fundstellennachweis erscheint in zwei Ausgaben, einer mit chronologischer (FSN II) und einer mit systematischer Ordnung (FSN I). Letztere unterscheidet 20 Sachgebiete, die – mit einigen charakteristischen Abweichungen – den Politiken entsprechen, nach denen sich der Dritte Teil des EG-Vertrags gliedert.²⁸ Bei der Zuordnung eines Akts zu

²⁶ M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Rn. 14 f. zu Art. 249 EG; R. Lukes, Rechtssetzung und Rechtsangleichung, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2001, B. II, Rn. 49.

²⁷ Europäische Kommission, Ein Projekt (Anm. 17), 22.

²⁸ Da diese analytische Struktur Bestandteil des CELEX-Systems ist, das bereits seit Mitte der 70er Jahre als Rechtsdatenbank Verwendung findet, hat die sachliche Gliederung des Fundstellennachweises die zahlreichen neuen Kompetenzen der Einheitlichen Europäischen Akte und des Maastrichter Vertrags bereits vorweggenommen. Anders als der EG-Vertrag kennt die analytische Struktur eigene Kapitel für "Energie" und "Unternehmensrecht". Die Kapitel 18 bis 20 (Gemeinsame Außen- und

einem Sachgebiet spielen allein pragmatische Gesichtspunkte eine Rolle, eine Aussage über die Rechtsgrundlage ist damit nicht notwendig verbunden.

Mit der erstmaligen Herausgabe des FSN im Jahr 1980 reagierte die Gemeinschaft auf die verbreitete Kritik an der Intransparenz ihres Rechtssystems und an der Mühe, die es selbst kenntnisreichen Praktikern bereitete, aus den Papierbergen des Amtsblattes die je aktuelle Rechtslage zu rekonstruieren.²⁹ Obwohl als reiner Wegweiser konzipiert, ist der Fundstellennachweis zugleich die einzige öffentlich zugängliche Quelle, die darüber informiert, welche Akte zu einem gegebenen Zeitpunkt das geltende Recht der EU/EG ausmachen. Für eine Querschnittsanalyse des geltenden Rechts und dessen Strukturen ist er deshalb auch wissenschaftlich von höchstem Interesse. Anders als andere zugängliche Datenbanken auf der Grundlage des CELEX-Systems werden nicht unterschiedslos Grund- und Änderungsakte, geltende und außer Kraft getretene sowie vorbereitende Handlungen nebeneinander aufgeführt, sondern sinnvoll zu einem Bestand aufbereitet. Andererseits eignet sich das FSN nicht für verlaufsorientierte Untersuchungen, da es sich nicht erschließt, wie viele neue Rechtsakte in einem bestimmten Zeitraum erlassen wurden. Output-bezogene Aussagen, etwa über die Rechtsetzungsaktivität eines bestimmten Organs, sind nicht möglich und können aus dem vorhandenen Datenmaterial auch nicht gefolgert werden.³⁰ Verlässlich möglich hingegen sind z.B. Aussagen über die Anteile, die selbstständige Rechtsakte eines bestimmten Organs am Bestand des geltenden Rechts ausmachen. Gegenstand dieser Studie sind damit Strukturen des geltenden Rechts zu einem gegebenen Zeitpunkt, nicht die Rechtsetzung in einem bestimmten Zeitraum. Eine beachtliche Schwäche besteht darin, dass nur solche Akte Aufnahme finden können, die zuvor im Amtsblatt veröffentlicht wurden. In dem Umfang also, in dem Veröffentlichung selektiv erfolgt, ist eine Untersuchung auf der Basis des FSN der Sache nach eine Untersuchung der Publikationspraxis. Unter Selektivitätsverdacht stehen insbesondere die unverbindlichen Rechtsakte, einzelfallbezogene Entscheidungen, das Komplementärrecht sowie das Recht der zweiten und dritten Säule. Geltendes Recht im Sinne einer Studie auf der Basis des FSN ist damit der Bestand der veröffentlichten Rechtsakte des Unionsrechts, wobei für die Definition des Begriffs "geltendes Recht" letztlich die Sicht der Organe maßgeblich ist.

Die Untersuchung erfolgte auf der Basis einer Stichprobe von 500 Akten, also einer mit stochastischen Methoden gewonnenen Auswahl von rund 5 % der Gesamtheit von 9.797 Rechtsakten, die zum Untersuchungszeitpunkt laut FSN das

Sicherheitspolitik, Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, Europa der Bürger) wurden erstmals mit der 23. Ausgabe des FSN ausgewiesen (Stand: 1.6.1994).

²⁹ Ch. Tomuschat, Normenpublizität und Normenklarheit in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Kutscher, 1981, 461.

³⁰ Ein geltender Rechtsakt kann mehrfach geändert werden, ein Änderungsakt kann aber auch mehrere Rechtsakte gleichzeitig abändern. Handelndes Organ und gewählte Handlungsform von Ausgangs- und Änderungsakt müssen nicht übereinstimmen. Ein Änderungsakt kann sich darin erschöpfen, einen geltenden Rechtsakt aufzuheben, beide erscheinen dann im FSN nicht. Befristete Rechtsakte treten außer Kraft, ohne dass es eines Derogationsakts bedarf usw.

geltende Unionsrecht bildeten. Da diese Grundgesamtheit feststeht und die Qualität der Zufallsstichprobe nicht durch externe Effekte gefährdet wird, sind auf dieser Basis nach allgemeinen statistischen Lehren³¹ verlässliche quantitative Aussagen möglich. Ausgewertet wurde die 30. Ausgabe des Fundstellennachweises (Stand: 1. Dezember 1997). Die Wirkungen, die vom In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrages ausgehen, finden also noch keine Berücksichtigung. Geplant ist, eine weitere Erhebung mit dem Stand aus 2002 vorzunehmen, um so auch Aussagen über die Veränderung der Strukturen des abgeleiteten Rechts machen zu können. Aus aktuellem Anlass sollen aber erste Untersuchungsergebnisse bereits jetzt zugänglich gemacht werden. Eine Kontrollerhebung zum Stand 1. Januar 2001 bestätigte die Vermutung, dass sich in der Zwischenzeit keine relevanten Strukturveränderungen ergeben haben: Die Kontrolldaten stimmten mit der ersten Stichprobe nahezu vollständig überein. Wenn im Folgenden von "der Stichprobe" die Rede ist, ist die intensiv ausgewertete Untersuchung der 30. Ausgabe des FSN gemeint, wobei ein Akt in der Stichprobe statistisch ungefähr 20 gleichartige Rechtsakte repräsentiert.

Von Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang vor allem die Untersuchungsvariablen "Form" und "Organ". Das Schema möglicher Merkmalsausprägungen der Variablen "Form" orientiert sich an der Klassifikation des CELEX-Systems, das den Rechtsformen jeweils einen Buchstaben in der sog. Dokumentationsnummer zuweist. Auf eine gesonderte Erhebung der abweichend bezeichneten Handlungen des EGKS-Vertrags wurde verzichtet.³² In einigen Hinsichten erscheint das CELEX-System jedoch nicht differenziert genug. So lässt die Klassifikation mit dem Buchstaben "D" nicht erkennen, ob es sich um eine Entscheidung oder einen Beschluss handelt, die diese Studie als eigene Kategorien führt. Weitere über das CELEX-System hinausgehende Differenzierungen wurden im Bereich der unverbindlichen Rechtsakte vorgenommen. Dagegen wurden in der Studie die Abkommen und Übereinkommen der Gemeinschaft sowie die komplementärrechtlichen Akte unabhängig von der für das Völkerrecht typischen Bezeichnungsvielfalt allein über die CELEX-Dokumentationsnummer zugeordnet. Bei der Erhebung der Variablen "Organ" verfolgt die Studie einen nominalistischen Ansatz, bei dem die Bezeichnung der Urheber aus der Überschrift des Akts entnommen wurde (die Dokumentationsnummer lässt das Erlassorgan nicht erkennen). Wo die Bezeichnung im Einzelfall fehlte, wurde das Erlassorgan anhand des Amtsblatts festgestellt. Wenn die Gesamtheit der Mitgliedstaaten als Urheber in Erscheinung trat, wurde bei der Erhebung auf eine Differenzierung entlang der leicht abweichenden Bezeichnungen verzichtet, ebenso bei den unterschiedlich firmierenden Kooperationsgremien.

³¹ R. Schnell/D. Hill/E. Esser, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 5. Aufl. 1995, 253 ff.

³² Dass es sich bei der Allgemeinen EGKS-Entscheidung ("S") und der EGKS-Empfehlung ("K") um parallele Erscheinungen zur EG-Verordnung ("R") bzw. EG-Richtlinie ("L") handelt, ist eine seit langem gesicherte dogmatische Erkenntnis, Ipsen (Anm. 9), 21/3-40; zur EGKS-Empfehlung EuGH Rs. 221/88 – *Busseni*, Slg. 1990, I-495, Rn. 21.

2. Grundzüge einer empirisch gestützten Dogmatik der Formen

a. Formen der Verträge und Formenprägungen der Organe

Für die Erklärung von Laeken ist die "Proliferation der Instrumente" schlicht das Resultat zurückliegender Vertragsänderungen. Dies zielt offenbar auf den Vertrag von Maastricht, der wichtige Politiken aus dem Halbdunkel rein intergouvernementaler Kooperation in den institutionellen Zusammenhang der neuen Union überführte, ohne jedoch die neuen Aufgaben dem Gemeinschaftsrecht zuzuordnen. Es ist Teil dieses Kompromisses zwischen Intergovernmentalismus und Supranationalismus, der mit der Metapher der "Säulen" nur unvollständig auf den Begriff gebracht wird, dass die unter Titel V und VI des EU-Vertrags verfolgten Politiken nicht in den Handlungsformen des EG-Vertrags wahrgenommen werden. Zu sehr sind diese mit der Rechtsqualität des Gemeinschaftsrechts verbunden, namentlich seiner Fähigkeit, unmittelbare Wirkungen zu entfalten. Es folgte die Erfindung zahlreicher neuer Bezeichnungen für Akte des abgeleiteten EUV-Rechts wie etwa "Gemeinsame Maßnahme" oder "Gemeinsamer Standpunkt".

Das Phänomen der Vielfältigkeit der Bezeichnungen wird jedoch nur unvollständig mit der Intervention des Verfassungsgebers erklärt. Die Verantwortung für die meisten Innovationen im Bereich der Handlungsformen liegt nicht bei den Autoren des Primärrechts, sondern bei den rechtsetzenden Organen. Es hat sogar manche Neuschöpfung, die sich der Kreativität der Juristischen Dienste von Kommission und Rat verdankt, nach jahrelanger Erprobung in der Praxis ihre Anerkennung in den Verträgen gefunden. Erinnerung sei z.B. an die Interinstitutionelle Vereinbarung. Nachdem sich sukzessive Routinen zu einer eigenen Handlungsform verdichteten³³, die auch vor dem EuGH Anerkennung fand³⁴, erkennt der Vertrag von Nizza dieses Produkt der Praxis ausdrücklich an.³⁵ Für die rechtsetzenden Kooperationsgremien, die durch Gemeinschaftsabkommen geschaffen wurden, lässt sich ein ähnlicher Prozess zeigen.³⁶ Anderen gefestigten Handlungsformen ist diese primärrechtliche Sanktionierung bislang versagt geblieben, namentlich dem Beschluss und der Entschließung.

Ermöglicht wird diese Entwicklungsoffenheit der Handlungsformen durch eine Interpretation des Art. 189 EWGV (Art. 249 EG), die dessen Formenkatalog nicht als abschließend versteht. Seit den frühen Tagen des Gemeinschaftsrechts herrscht Konsens darüber, dass ein solcher *numerus clausus* der Handlungsformen nicht intendiert ist.³⁷ Auch der EuGH hat sich der Praxis kreativer Formenprägung letzt-

³³ Ch. Bobbert, Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2001; R. Bieber, Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen, 1992, 187 ff.; F. Snyder, Interinstitutional Agreements: Forms and Constitutional Limitations, in: Winter (Anm. 3), 453.

³⁴ EuGH, Rs. 34/86 – *Rat./Parlament*, Slg. 1986, 2155, Rn. 50; Rs. 204/86 – *Griechenland./Rat*, Slg. 1988, 5323, Rn. 17.

³⁵ Erklärung der Schlusskonferenz von Nizza zu Artikel 10 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2001 C 80/1, 77.

³⁶ Dazu unten mehr II.3.d.

lich nie in den Weg gestellt. Zwar hat der Gerichtshof gelegentlich daran erinnert, dass gemeinschaftsrechtstypische Rechtswirkungen nur erzielt werden können, wenn sich die Organe der Handlungsformen der Verträge bedienen.³⁸ Trotz der offensichtlichen Gefahr einer "Flucht ins Völkerrecht" schien das Verfassungsideal der Formenstrenge auch dem Gerichtshof wohl zu gewagt für das noch junge Geschöpf des Völkerrechts. Dies hätte den rechtsetzenden Organen allzu starke Fesseln angelegt und sich im Ergebnis wohl auch als kontraproduktiv erwiesen: Die Zahl informeller Handlungen der Mitgliedstaaten außerhalb der Verträge hätte zu- statt abgenommen, und es wäre dem Gerichtshof erst recht unmöglich gewesen, die Mitgliedstaaten bei der Beachtung eingegangener Verpflichtungen zu kontrollieren. Im Gegenzug zur Anerkennung einer Autoqualifikationsbefugnis der Rechtsetzungsorgane entwickelte der EuGH eine Rechtsschutzkonzeption, in der die Wahl der Handlungsform für die Zulässigkeit einer Anfechtung ohne Bedeutung ist.³⁹

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass Ursprung und Grenzen dieser Befugnis der Organe bislang keine theoretische Aufarbeitung erfahren haben. Unbefriedigend wird die Offenheit des Handlungsformensystems mit der Existenz "ungekennzeichneter" Rechtsgrundlagen begründet.⁴⁰ Ebenfalls unzulänglich ist die Behauptung, dass auf manche Rechtsgrundlage die in Art. 249 EG vorgesehenen Formen nicht recht zu passen scheinen.⁴¹ Ein gehaltvollerer Hinweis ist der auf die formneutrale Formulierung "Handlungen" (engl. *acts*, franz. *actes*) in Art. 230 I und 234 I EG.⁴² Auch hier wäre jedoch erst zu begründen, warum über Art. 249 EG hinaus nicht lediglich die im Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Sonderformen wie der Haushaltsplan oder die Geschäftsordnungen erfasst sein sollten. Immerhin ist sichergestellt, dass die Entwicklung neuer Handlungstypen das Rechtskontrollregime vor keine unlösbaren Herausforderungen stellt. Die Bereitschaft der Wissenschaft, die Kreativität der Organe bei der Schaffung neuer Typen hinzunehmen, steht jedenfalls in einem auffälligen Spannungsverhältnis zur Funktionszuschreibung an die Formenlehre, dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung

³⁷ U. Everling, Die ersten Rechtssetzungsakte der Organe der Europäischen Gemeinschaften, BB 1959, 52, 53; Wohlfarth (Anm. 12), Rn. 18 zu Art. 189 EWGV; aus heutiger Sicht K. Lenaerts/P. van Nuffel/R. Bray, Constitutional Law of the European Union, 1999, No. 14-089; Ruffert (Anm. 26), Rn. 121 zu Art. 249 EG. Anders wohl nur R. Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 375; A. Bleckmann, Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1993, 824, 825; unklar Th. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 535, 577.

³⁸ EuGH, verb. Rs. 90/62 und 91/62 – *Kommission./Belgien und Luxemburg*, Slg. 1964, 1329, 1345; Rs. 74/69 – *Krohn*, Slg. 1970, 451, Rn. 9.

³⁹ EuGH, Rs. 22/70, *Kommission./Rat*, Slg. 1971, 263, Rn. 38/42; Rs. C-309/89 – *Codorniu./Rat*, Slg. 1994, I-1853, Rn. 19; Rs. C-170/96 – *Kommission./Rat*, Slg. 1998, I-2763, Rn. 16 f.; grundlegend zur Entkopplung von Rechtsform und Rechtsschutzform H. Ch. Röhl, Die anfechtbare Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EGV, ZaöRV 60 (2000), 331.

⁴⁰ M. Schweitzer/W. Hummer, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 412; B. Biervert, Der Missbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, 1999, 73.

⁴¹ Bieber (Anm. 33), 286.

⁴² H.-W. Daig, Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1985, Rn. 22.

zuzuarbeiten.⁴³ Eine implizite Organkompetenz zur Formenprägung ist nur plausibel, wenn diese unter Wahrung der Kompetenzgrenzen des Verbands erfolgt. Man wird Art. 249 EG insoweit eine Begrenzungsfunktion für das Spektrum der Handlungsformen zuschreiben müssen, als sich Gemeinschaftsrechtsakte innerhalb des von Art. 249 II–V EG aufgespannten Spektrums möglicher Rechtswirkungen bewegen müssen.⁴⁴ So wäre es beispielsweise unzulässig, sollte der Rat die Kommission zu einem neuen Typus von Entscheidungen ermächtigen, in denen mitgliedstaatlichen Behörden direkte Weisungen erteilt werden.⁴⁵ Die Fortentwicklung der Handlungsformen dürfte darauf beschränkt sein, den Verträgen bereits bekannte Rechtswirkungen miteinander zu kombinieren und diese "Kreuzungen" in der Praxis zu neuen Formen zu verdichten. Als materiellen Kontrollmaßstab wird man an diese Entwicklungen jedenfalls den Grundsatz der Rechtssicherheit anzulegen haben. Die Grenze zur missbräuchlichen Typenbildung ist dort überschritten, wo kein Bedürfnis für eine Ausweitung des Formenspektrums nachvollziehbar ist oder Unklarheit über die mit einer Handlung erzielten Rechtswirkungen erzeugt wird.

b. Die Trias der verbindlichen Formen

In welchem Umfang die Organe den Rahmen des Art. 249 EG gesprengt haben, ist in erster Linie eine empirische Frage. Die nebenstehend abgedruckte Tabelle 1 gibt einen Überblick über den Einsatz der Formen durch die verschiedenen Organe.

⁴³ Kraußner (Anm. 11), 86; weitere Nachweise oben in Anm. 9.

⁴⁴ Detailliert zu Begründungen und Schranken für entwicklungs offene Formensysteme A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, 217 ff.

⁴⁵ Zu den Leitlinien und Weisungen der EZB siehe unten III.3.c.

Tabelle 1: Form – Organ

	Parlament und Rat	Rat	Kommission	Kooperationsgremien	Vertreter der Mitgliedstaaten	Rat und Vertreter d. MS	Sonstige	Σ Form
Abkommen		29 15 % ⁴⁶ 63 % ⁴⁷	2 1 % 4 %		3 43 % 7 %	5 56 % 11 %	7 30 % 15 %	46 9 % 100 %
Verordnung		62 32 % 40 %	92 37 % 60 %					154 31 % 100 %
Richtlinie	4 80 % 9 %	34 18 % 75 %	7 3 % 16 %					45 9 % 100 %
Entscheidung		9 5 % 7 %	128 51 % 93 %					137 27 % 100 %
Beschluss	1 20 % 2 %	30 16 % 58 %	4 2 % 8 %	11 92 % 21 %	2 29 % 4 %		4 17 % 8 %	52 10 % 100 %
Empfehlung		5 3 % 38 %	5 2 % 38 %	1 8 % 8 %			2 9 % 15 %	13 3 % 100 %
Stellungnahme			8 3 % 100 %					8 2 % 100 %
EntschlieÙung		14 7 % 70 %			1 14 % 5 %	3 33 % 15 %	2 9 % 10 %	20 4 % 100 %
Sonderformen EU-Vertrag		6 3 % 100 %						6 1 % 100 %
Sonstige		4 2 % 21 %	5 2 % 26 %		1 14 % 5 %	1 11 % 5 %	8 35 % 42 %	19 4 % 100 %
Σ Organ	5 100 % 1 %	193 100 % 39 %	251 100 % 50 %	12 100 % 2 %	7 100 % 1 %	9 100 % 2 %	23 100 % 5 %	500

⁴⁶ Anteil der jeweiligen Handlungsform an den geltenden Rechtsakten des betreffenden Organs.⁴⁷ Anteil des jeweiligen Organs an den geltenden Rechtsakten in der betreffenden Handlungsform.

aa. Die Ordnungsfunktion des Art. 249 EG

Zur Leistungsfähigkeit des Art. 249 EG und der parallelen Kataloge im EGKS- und EAG-Vertrag, die Praxis der Organe in Bezug auf die gewählten Handlungsformen abzubilden, kann festgehalten werden: 71 % der Rechtsakte lassen sich den fünf standardisierten Formen des EG-Vertrags bzw. ihren Verwandten aus EGKS- und EAG-Vertrag zuordnen. Nimmt man die Abkommen als weitere in den Verträgen ausdrücklich vorgesehene Form hinzu, sind 80 % der erfassten Rechtsakte dem typisierten Formenkanon der Verträge zuzuordnen. Die Bewertung dieser Zahl hängt vom Vorverständnis des Betrachters ab: Einerseits erscheint sie hoch, konfrontiert mit der Vermutung, dass sich die Praxis der Unionsorgane bei der Wahl der Formen durch große Irregularität auszeichnet. Andererseits stellt Art. 249 EG, so lässt sich diese Zahl auch lesen, nur einen Ausschnitt des Handlungsformen-Spektrums dar. Immerhin rund ein Fünftel der Rechtsakte, die in das Fundstellenverzeichnis aufgenommen sind, lassen sich in dessen Schema nicht einordnen. Die drei prominenten Rechtsformen, in denen die EU verbindliches Recht setzt – Verordnung, Richtlinie, Entscheidung –, machen nur zwei Drittel (67 %) des geltenden Rechts aus. Den größten Einzelposten, der sich in den Rahmen des Art. 249 EG nicht einfügt, bilden die Akte, die als „Beschluss“ bezeichnet werden (10 %); ihnen wird eigens Aufmerksamkeit zu widmen sein. Jedenfalls käme eine Sichtweise, die in einem Formengebrauch, der sich nicht in die Typenkataloge der Verträge einfügt, einen Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Ermächtigung sieht, nicht umhin, erhebliche Teile des Unionsrechts als rechtlich zweifelhaft zu kennzeichnen.⁴⁸

Im Ranking der Formen ragen zwei Typen klar heraus: die Verordnung mit 31 % und die Entscheidung mit 27 %. Zusammen machen diese beiden Rechtsformen nahezu drei Fünftel des geltenden Unionsrechts aus. Mit jeweils ungefähr einem Zehntel haben die völkerrechtlichen Abkommen, die Richtlinien und die als Beschluss bezeichneten Rechtsakte etwa zu gleichen Teilen Anteil am Bestand der Rechtsordnung. Den übrigen vier Formen lassen sich zusammen 9 % der Akte zuordnen. 4 % der Akte fügen sich nicht in das gewählte Kategorienschema ein.

Je nach Vorverständnis überraschen diese Zahlen oder bestätigen Vermutungen über die Häufigkeit der von den Organen genutzten Handlungsformen. Ein starkes Missverhältnis besteht jedenfalls, vergleicht man die hohe Aufmerksamkeit, die die Dogmatik der Richtlinie in den letzten 20 Jahren in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf sich gezogen hat, mit dem Faktum, dass weniger als 10 % des geltenden Unionsrechts aus Richtlinien bestehen. Die Standardform einer unionalen Rechtshandlung ist die Verordnung, nicht die Richtlinie, und zwar selbst dann, wenn – wie im FSN – die Vielzahl von Verordnungen, die

⁴⁸ Nach einer verbreiteten Ansicht gilt der Grundsatz der beschränkten Einzelkompetenz nur für Akte, die verbindliche Rechtswirkungen gegenüber den Mitgliedstaaten oder Rechtsbürgern entfalten: Kraußner (Anm. 11), 94; noch weitergehend A. Bleckmann, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997, Rn. 382; zur Kritik dieser These v. Bogdandy/Bast (Anm. 15), 443.

dem Bereich der laufenden Agrarverwaltung zuzurechnen ist, ausgeblendet bleibt. Man mag in diesem empirischen Befund eine späte Rechtfertigung für die Beachtung sehen, die die Verordnung in den ersten Jahren der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Gemeinschaftsrecht erfahren hat.⁴⁹ Selbstverständlich lassen sich anhand dieser Zahlen keine Aussagen treffen über die qualitative Bedeutung, die diese Rechtshandlungen innerhalb der Unionsrechtsordnung oder für die Einwirkung auf die nationalen Rechtsordnungen besitzen. Gleichwohl: Es bleibt ein für die Qualifizierung des europäischen Rechts bemerkenswertes Datum, dass mit Verordnung und Entscheidung gerade die beiden Handlungsformen den weitestgrößten Anteil besitzen, die sich durch eine strikte Bindungskraft auszeichnen und ihre belastenden oder begünstigenden Wirkungen ohne einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt entfalten. Hochgerechnet sind damit mehr als 5.000 Rechtsakte des Hoheitsträgers EU in Kraft, die unmittelbare und strikte Rechtswirkung entfalten. Dass die Union ihre gestaltende Kraft überwiegend indirekt entfalte, indem sie die nationalen Rechtsordnungen beeinflusst und deren formell autonome Modifikation veranlasst, kann zumindest in quantitativer Hinsicht nicht bestätigt werden.

bb. Die Verordnung, nicht die Richtlinie als Standardform

Der direkte Vergleich der beiden prominentesten Rechtsetzungsinstrumente, Verordnung (31 %) und Richtlinie (9 %), provoziert weitere Erörterung. Die in der Laeken-Erklärung zum Ausdruck kommende Befürchtung, die Union greife allzu oft auf Richtlinien zurück, wenn detaillierte Rechtsetzung in Rede steht⁵⁰, erfährt von der quantitativen Seite her eine gewisse Relativierung. Die Befürchtung steht ohnehin im Spannungsverhältnis zum Abwägungsgebot des Subsidiaritäts-Protokolls, im Zweifel der Form der Richtlinie den Vorzug vor einer Verordnung zu geben.⁵¹ Die Kommission spielt in ihrem Governance-Weißbuch nicht ohne Geschick mit diesem Widerspruch und verspricht – in Reaktion auf die Kritik an der Richtlinie als *loi uniforme* – in ihren Vorschlägen zukünftig vermehrt der Verordnung den Vorzug vor der Richtlinie zu geben, wenn detaillierte Rechtsetzung in Rede stehe.⁵² Eine gewisse Relativierung erfährt der empirische Befund einer Dominanz der Verordnung dadurch, dass sie selbstredend nicht gleichermaßen in allen Sachbereichen anzutreffen ist. Auch ohne die "laufende Agrarverwaltung" stammen 46 % aller Verordnungen aus dem Landwirtschaftssektor (das Fischereiwesen nicht mitgerechnet).

⁴⁹ Rabe (Anm. 2); Louis (Anm. 2); W. Möller, Die Verordnung der Europäischen Gemeinschaften, JöR N.F. 18 (1969), 1.

⁵⁰ Europäischer Rat, Erklärung von Laeken (Anm. 6), 5.

⁵¹ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Nr. 6.

⁵² Europäische Kommission, Europäisches Regieren (Anm. 22), 27.

Möglicherweise lassen sich signifikante Unterschiede zwischen Verordnung und Richtlinie daran festmachen, in welchem Umfang die betreffenden Rechtsakte dem sog. Durchführungsrecht zuzuordnen sind. Als solches sollen hier alle Rechtsakte des abgeleiteten Rechts definiert werden, die ihre Kompetenz nicht unmittelbar aus dem Vertrag beziehen, sondern ihrerseits aus einem Akt des abgeleiteten Rechts. Zu Grunde liegt also ein Habilitationsakt, der eine abgeleitete Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt. Ob sich über dieses formale Kriterium hinaus auch materielle Zuordnungskriterien aufweisen lassen (im Sinne eines Akts "mit Durchführungscharakter")⁵³, kann hier nicht diskutiert werden.⁵⁴ Da die Verfasser dieser Studie skeptisch sind, wird hier statt von Durchführungsrecht von habilitiertem Recht gesprochen, in Anlehnung an die romanische Terminologie, die kein allgemeines Rangverhältnis impliziert.⁵⁵ Unterscheidet man auf der Basis der Stichprobe Verordnungen und Richtlinien nach dem Rang ihrer Rechtsgrundlage, bietet sich folgendes Bild:

Tabelle 2

	vertragsunmittelbare Rechtsgrundlage	abgeleitete Rechts- grundlage	Σ
Verordnung	47 (55 %) (31 %)	107 (94 %) (69 %)	154 (100 %)
Richtlinie	38 (45 %) (84 %)	7 (6 %) (16 %)	45 (100 %)
Σ	85 (100 %)	114 (100 %)	199

Zunächst ist im direkten Vergleich festzustellen, dass auch auf einer vertragsunmittelbaren Rechtsgrundlage immer noch mehr Verordnungen als Richtlinien ergehen, genauer: im Bestand enthalten sind (im Verhältnis 55:45). Die Waage ist jedoch nicht mehr so eindeutig zugunsten der Verordnung geneigt. Geht man von der Rechtsprechung des EuGH aus, dass ein Rechtsakt auf vertragsunmittelbarer Rechtsgrundlage die "wesentlichen Grundzüge" der mit dem Normsetzungsprojekt verfolgten Politik selbst formulieren muss⁵⁶, kann festgestellt werden, dass diese Grundentscheidungen ungefähr zu gleichen Teilen in Verordnungs- und in

⁵³ Der EuGH jedenfalls legt ein sehr weites Konzept von "Durchführung" zu Grunde, das normergänzende Rechtsetzung sowie Änderungen der Grundvorschrift einschließt, EuGH, Rs. 38/70 – *Tradax*, Slg. 1971, 145, Rn. 10; Rs. 23/75 – *Rey Soda*, Slg. 1975, 1279, Rn. 10/14; Rs. C-417/93 – *Parlament./Rat*, Slg. 1995, I-1185, Rn. 29 f.

⁵⁴ Dies gilt auch für die rechtspolitische Forderung, entlang dieser materiellen Gesichtspunkte eine "Hierarchie der Rechtsakte" zu etablieren, wie sie das Gemeinschaftsrecht bislang nicht kennt, dazu zuletzt die Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Verfassungsprozess und der Zukunft der Union, Punkt 4 f, Protokoll der Sitzung vom 29.11.2001; A. Dashwood, *The Constitution of the European Union after Nice: Law-Making Procedures*, *ELRev.* 26 (2001), 215, 220 f., 237 f.

⁵⁵ Näher J. Santamaria Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, 1988, 645 ff.; G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, Bd. I: *Il sistema delle fonti del diritto*, 1990, 208 ff.; rechtsvergleichend T. Freixes Sanjuan, *La legislación delegada*, *Revista Española de Derecho Constitucional* 10 (1990), 119 ff.; vgl. auch unten bei Anm. 248.

Richtlinien-Form getroffen werden. Ein absolutes Übergewicht besitzt die Verordnung bei der habilitierten Rechtsetzung (94:6). Die Vorherrschaft der Verordnung vor der Richtlinie geht demnach auf diese Gruppe von Rechtsakten zurück. Mehr als zwei Drittel aller geltenden Verordnungen ergehen auf abgeleiteter Rechtsgrundlage (69:31). Ganz anders bei der Richtlinie: Überwiegend stützen sich Richtlinien unmittelbar auf eine vertragliche Kompetenznorm (84:16). Allerdings kennt das geltende Unionsrecht auch die habilitierte Richtlinie, wenngleich von den hiesigen vier Kombinationen als die mit Abstand ungewöhnlichste Variante (7 von 199 Akten). Vor einer extensiven Interpretation der Tabelle 2 im Hinblick auf die Strukturen des abgeleiteten Rechts sei jedoch gewarnt, da hier weder staatengerichtete Entscheidung noch Beschluss berücksichtigt sind, die beide sowohl auf vertragsunmittelbarer Rechtsgrundlage als auch als habilitiertes Recht ergehen. Keine Handlungsform hat ein Monopol auf das "Durchführungsrecht". Gleichwohl entbehrt, angesichts der starken Präsenz habilitierter Verordnungen, das Diktum des EuGH, die Kommission sei bei der Ausübung übertragener Befugnisse nicht auf "Rechtsformen unterhalb der Verordnungsebene" beschränkt⁵⁷, aus heutiger Sicht nicht einer gewissen Komik.

cc. Die Entscheidung – mehr als ein europäischer Verwaltungsakt

Entscheidungen sind mit insgesamt 27 % in der Stichprobe vertreten (137 Akte). Bekanntlich sind bei der Entscheidung zwei grundlegend verschiedene Varianten zu unterscheiden, je nach dem, ob der Adressat ein privates Rechtssubjekt ist oder die Entscheidungen an Mitgliedstaaten gerichtet sind. Von den im FSN aufgeführten Entscheidungen sind 120 staatengerichtet und 17 privatgerichtet, was einem Verhältnis von 88:12 entspricht. Praktisch alle privatgerichteten Entscheidungen stammen aus dem Wettbewerbsrecht und betreffen die Kartell- oder Fusionskontrolle. Als Unikum findet sich eine auf den EAG-Vertrag gestützte atomaufsichtsrechtliche Entscheidung.

Zumindest ein Teil der Entscheidungen im FSN hat demnach eindeutig den Charakter von einzelfallbezogenen Verwaltungsakten. Diese Dokumentationspraxis enthält eine bemerkenswerte Botschaft: Die Unionsrechtsordnung scheint keine Probleme damit zu haben, auch Einzelakte als vollgültige Glieder der Rechtsordnung zu begreifen. Dies wirft allerdings die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen ein Einzelakt für würdig befunden wird, als Teil des "geltenden Rechts" behandelt zu werden. Denn es ist kaum denkbar, dass der FSN unterschiedslos alle Verwaltungsakte in seinen Corpus aufnehmen könnte, zumal eine allgemeine Pflicht zur Publikation von Entscheidungen im Amtsblatt nicht besteht.⁵⁸ Die untersuchten wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen geben hierauf eine Teilantwort: In den sekundärrechtlichen Regeln für das Verwaltungsverfahren, das die privatge-

⁵⁶ EuGH, Rs. 25/70 – *Köster*, Slg. 1970, 1161, Rn. 6; näher J. Kalbheim/G. Winter, *Delegation Requirements for Rule-Making by the Commission*, in: Winter (Anm. 3), 583 ff.

⁵⁷ EuGH, Rs. 41/69 – *Chemiefarma./Kommission*, Slg. 1970, 661, Rn. 60/62.

richteten Entscheidungen abschließen, wird ihre Publikation ausdrücklich angeordnet.⁵⁹ Die Generalisierbarkeit des Schlusses von der Veröffentlichungspflicht auf die Aufnahme in den FSN darf vermutet werden. Hieran schließt sich jedoch ein konzeptionelles Problem des FSN an: Anders als abstrakt-allgemeine Vorschriften sind Regelungen für konkret bekannte Fälle, zumal in einer Handlungsform, die ihre unmittelbaren rechtlichen Wirkungen auf einen individuellen Adressaten limitiert, besonders der Gefahr ausgesetzt, bereits durch Zeitablauf funktionslos zu werden. Die nationalen Rechtsordnungen begegnen diesem Problem mit dem verwaltungsrechtlichen Institut der Erledigung.⁶⁰ Ein entsprechendes Institut der Wirksamkeitsbeendigung einer unbefristeten Entscheidung jenseits der förmlichen Aufhebung, der Nichtigkeitklärung durch EuGH/EuG oder der Derogation durch späteres Recht ist in der Unionsrechtsordnung bislang nicht entwickelt worden. Einer Unterinklusion von Entscheidungen, für die keine Veröffentlichungspflicht besteht, steht demnach eine Überinklusion von "erledigten" Entscheidungen gegenüber, da auch das Eintreten objektiver Gegenstandslosigkeit nicht zur Aussonderung aus dem Dokumentationsbereich des FSN führt.⁶¹

Ein interessantes Datum erschließt sich mit Blick auf das Erlassorgan: Die 137 Entscheidungen in der Stichprobe gehen auf zwei Organe zurück, den Rat (9 Akte) und die Kommission (128 Akte). Alle privatgerichteten Entscheidungen aber stammen von der Kommission. In der Praxis lassen sich offenbar keine Fälle aufweisen, in denen der Rat für sich in Anspruch nimmt, in der Rechtsform der Entscheidung unmittelbar auf die Rechtsposition eines Individuums oder eines Unternehmens einzuwirken. Auch in der Rechtsprechung von EuGH und EuG findet sich (außerhalb des Dienstrechts) keine Nichtigkeitsklage, bei der der Rat als beklagtes Organ die Rechtmäßigkeit einer privatgerichteten Entscheidung zu verteidigen hatte.⁶² Dieses empirische Datum entspricht gängigen Erwartungen über die Aufgabenverteilung zwischen Kommission und Rat,⁶³ obwohl es sich in dieser Eindeutigkeit aus den Art. 249 ff. EG nicht ergibt.

Nach ihrer vertraglichen Definition erlassen die Organe in Entscheidungen Regelungen, die für ihren Adressaten verbindlich sind, Art. 249 IV EG. Entscheidun-

⁵⁸ Die Veröffentlichung ist nur dann obligatorisch, wenn die Entscheidung im Mitentscheidungsverfahren erarbeitet worden ist, Art. 254 I EG. Im Übrigen werden Entscheidungen mit der Bekanntgabe an den Adressaten wirksam, Art. 254 III EG.

⁵⁹ Art. 21 Verordnung (EWG) Nr. 17, Art. 2 Ziff. 2 Verordnung (EWG) Nr. 26, Art. 20 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89.

⁶⁰ Im deutschen Recht durch § 43 II VwVfG, § 113 I 4 VwGO anerkannt.

⁶¹ Dies betrifft auch staatengerichtete Entscheidungen, wenn sie, wie etwa typischerweise im Beihilfenrecht, einen Einzelfall betreffen. Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags errichtet mittlerweile eine allgemeine Publikationspflicht für Beihilfen-Entscheidungen, die bislang nur freiwillig und selektiv erfolgte.

⁶² Hier bestätigt sich, dass die Handlungsform der Entscheidung nach Art. 249 IV EG und die Rechtsschutzform der anfechtbaren Entscheidung nach Art. 230 IV EG zu unterscheidende Phänomene sind, dazu Röhl (Anm. 39), 331.

⁶³ Oppermann (Anm. 37), Rn. 564; Streinz (Anm. 37), Rn. 415.

gen sind mithin verbindliche Rechtsakte, die durch ihren adressantenspezifischen Wirkungsmodus charakterisiert sind. Mit diesem dogmatischen Grundprofil eignet sich die Entscheidung hervorragend zu hoheitlich-verbindlichen Anordnungen im Einzelfall, wie sie für Verwaltungsrechtsverhältnisse charakteristisch sind. In der Literatur wird die Entscheidung deshalb überwiegend als Instrument exekutiv-administrativen Handelns der Kommission konstruiert: als gemeinschaftsrechtlicher Verwaltungsakt.⁶⁴ Dabei wird die Entscheidung allein aus der Perspektive des sog. direkten Vollzugs interpretiert, wie er im Dienstrecht und im Wettbewerbsrecht vorherrscht.⁶⁵ Auf dieser Folie liegt es auch nahe, Erkenntnisse des nationalen Verwaltungsrechts für die Durchdringung der gemeinschaftsrechtlichen Entscheidung fruchtbar zu machen. In engster Anlehnung an die deutsche Dogmatik schlägt etwa A. Bockey vor, die Entscheidung als "einseitige Maßnahme, welche ein Gemeinschaftsorgan zur Regelung eines oder mehrerer Einzelfälle gegenüber einem feststehenden Personenkreis auf dem Gebiet des Gemeinschaftsrechts trifft, und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist"⁶⁶ zu definieren. Gegen dieses Verständnis ist nicht nur anzumerken, dass bereits im öffentlichen Recht anderer Mitgliedstaaten mit dieser Begrifflichkeit der Verwaltungsakt nicht zu fassen ist.⁶⁷ Wichtiger noch ist, dass die Verträge eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Entscheidung auf den einzelfallbezogenen Vollzug nicht kennen. Für einen weiteren Aktionsradius spricht bereits, dass nach Art. 249 I EG nicht nur die Kommission, sondern auch der Rat, ja sogar Rat und Parlament gemeinsam Entscheidungen erlassen können. Noch schwerer wiegt der Einwand, dass Art. 249 IV EG keineswegs nur Bürger und Unternehmen als mögliche Entscheidungs-Adressaten vorsieht.⁶⁸ Dass sich die staatterichtete Entscheidung nur schwer in den zitierten Definitionsversuch einfügt, erkennt auch Bockey an, wenn sie in dieser

⁶⁴ C. Junker, *Der Verwaltungsakt im deutschen und französischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 1990, 164; die umfassendste monographische Aufarbeitung findet sich auf 817 Seiten in X. Arzoiz Santisteban, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, 1998.

⁶⁵ J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 1988, Bd. 2, 927 ff.

⁶⁶ A. Bockey, *Die Entscheidung der Europäischen Gemeinschaft*, 1997, 31. Bockey weist auf Art. 4 Nr. 5 des EG-Zollkodex der Verordnung (EG) Nr. 2913/92 hin, der – mit unverkennbarer Anlehnung an Art. 35 VwVfG – für den Anwendungsbereich dieser Verordnung eine Entscheidung definiert als "eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des Zollrechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Rechtswirkungen für eine oder mehrere bestimmte oder bestimmbar Personen". Dies kann aber nicht unbesehen generalisiert werden.

⁶⁷ Umfassend G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, 2000, insbes. 31 ff., 57 ff., 395 ff.

⁶⁸ Der mögliche Adressatenkreis einer Entscheidung jenseits der Mitgliedstaaten ist kleiner als der Kreis der möglichen Kläger nach Art. 230 IV EG. Natürliche und juristische Personen im Sinne letzterer Norm können auch hoheitliche Stellen sein, z.B. die deutschen Bundesländer: EuG, verb. Rs. T-132/96 und T-143/96 – *Freistaat Sachsen u.a./Kommission*, Slg. 1999, II-3663, Rn. 81; zur Diskussion P. van Nuffel, *What's in a Member State? Central and Decentralized Authorities before the Community Courts*, CMLRev. 38 (2001), 871, 885; M. Mulert, *Die deutschen Bundesländer vor dem Europäischen Gerichtshof*, 1996. Als förmlicher Adressat einer Entscheidung fallen hingegen alle Behörden und Gliederungen der Mitgliedstaaten aus. Unabhängig von der innerstaatlichen Kompetenz-

Figur einen "strukturelle[n] Unterschied"⁶⁹ zum nationalen Verwaltungsakt sieht. Dieser Typus der Entscheidung spielt aber für die einzelfallbezogene Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch mitgliedstaatliche Behörden eine große Rolle.⁷⁰ Möglicherweise ist die Bedeutung der Entscheidung für das europäische Verwaltungsrecht gehaltvoller aus der Perspektive des indirekten denn des direkten Verwaltungsvollzugs zu erschließen: als Handlungsform der gemeinschaftsrechtlichen Phase eines rechtsordnungsübergreifenden Verwaltungsverfahrens, das durch eine bürgergerichtete Handlung einer mitgliedstaatlichen Behörde abgeschlossen wird.⁷¹ Allgemeiner formuliert könnte eine der Hauptaufgaben der Entscheidung in der Kommunikation von Unionsorganen und mitgliedstaatlichen Behörden liegen. Ein derartiger Formengebrauch setzt allerdings voraus, dass die Unionsorgane im konkreten Fall über die Kompetenz verfügen, den Mitgliedstaaten (und damit indirekt den innerstaatlich für die Anwendung des Unionsrechts zuständigen Behörden) bindende Anordnungen zu erteilen. Eine solche Befugnis kommt den Unionsorganen im föderalen Verbund gerade nicht allgemein zu, sondern nur kraft ausdrücklicher Ermächtigung.

Eine staatengerichtete Entscheidung des Rates war gar das erste Beispiel, bei dem der Gerichtshof einem an die Mitgliedstaaten gerichteten Akt des abgeleiteten Rechts unmittelbare Wirkung in dem Sinne zugesprochen hat, dass sich Einzelne vor den nationalen Gerichten auf den Rechtsakt berufen können.⁷² Diese Fähigkeit einer staatengerichteten Entscheidung, komplementär zu ihrer staatenverpflichtenden Kraft einklagbare individuelle Rechte zu begründen, ist aus der Diskussion über die unmittelbare Anwendbarkeit von Bestimmungen einer nicht oder nur defizitär umgesetzten Richtlinie wohlbekannt. Diese Parallelität verweist auf einen möglichen Verwendungskontext der Entscheidungs-Form, der hinausgeht über die vollzugsförderale Steuerung von mitgliedstaatlichen Stellen, die funktional als Gemeinschaftsbehörden tätig werden. Namentlich in ihrer Erscheinungsform als an alle Mitgliedstaaten gerichtete Handlungen lässt sich eine Annäherung von Entscheidung und Richtlinie konstatieren.⁷³ Stellt man überdies in Rechnung, dass Art. 249 IV EG keine Schranken aufstellt hinsichtlich des Gegenstands der Ver-

verteilung und der Stellung der Handlungsträger im nationalen Verfassungsrecht werden staatengerichtete Entscheidungen an den Mitgliedstaat als solchen gerichtet.

⁶⁹ Bockey (Anm. 66), 19 f.

⁷⁰ U. Mager, Die staatengerichtete Entscheidung als supranationale Handlungsform, EuR 2001, 661, 670 f.

⁷¹ Zum Ineinandergreifen von mitgliedstaatlichen und unionalen Phasen des Verwaltungsverfahrens im Bereich der Freisetzung genetisch veränderter Organismen anschaulich EuGH, Rs. C-6/99 – *Greenpeace France*, Slg. 2000, I-1651.

⁷² EuGH, Rs. 9/70 – *Grad*, Slg. 1970, 825, Rn. 5; hierzu E. Grabitz, Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht, EuR 1971, 1.

⁷³ Zu weit geht aber Scherzberg, der von einer "Funktionsidentität beider Institute" spricht; mangels positiver Grenzziehung seien staatengerichtete Entscheidung und Richtlinie als Erscheinungsformen eines "einheitlichen Handlungsformentypus" zu betrachten; A. Scherzberg, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung: Zum System der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, in: Siedentopf (Hrsg.), Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung, 1991, 17, 30.

pflichtung, ist es allein eine Frage der Kompetenz, nicht aber des Regimes der Handlungsform, ob eine Entscheidung ihren staatlichen Adressaten auch zu legislativen Handlungen verpflichten kann.⁷⁴ Damit kommt grundsätzlich auch Rechtsangleichung, eine vermeintliche Domäne der Richtlinie, als Anwendungsfeld der staatengerichteten Entscheidung in Frage.⁷⁵ Gerade aufgrund dieses überlappenden Funktionsmodus eignet sich eine allstaatengerichtete Entscheidung dazu, mit einer Richtlinie in einem Regelungsverbund zusammenzuwirken, etwa indem eine Harmonisierungs-Richtlinie durch eine Entscheidung konkretisiert und ausgefüllt wird.⁷⁶ Die Entscheidung ist damit nicht, ebenso wenig wie die Richtlinie, auf einen administrativen Regelungstypus festgelegt, sondern kann auch als "echtes" Gesetzgebungsinstrument eingesetzt werden.

Die verbleibenden konzeptionellen Unterschiede zwischen beiden Formen erweisen sich als gering: Zum ersten ist die Richtlinie nach ihrer primärrechtlichen Definition *per se* als zweistufiges Rechtsetzungsinstrument konzipiert, das als seinen Normalfall einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt vorsieht.⁷⁷ Demgegenüber erlaubt das Konstruktionsprinzip der staatengerichteten Entscheidung, eine solche zweistufige Wirkungsstruktur herzustellen, indem der Inhalt der durch die Entscheidung begründeten Verpflichtung in der Vornahme einer Rechtsetzungshandlung besteht. Zweitens ist die Richtlinie nicht in der Lage, unmittelbare Verpflichtungswirkung für Rechtsbürger auszulösen, auch nicht unter den Bedingungen, unter denen der Gerichtshof die Fähigkeit zur Begründung von Rechten kraft unmittelbarer Anwendbarkeit bejaht hat.⁷⁸ Die Entscheidung hingegen kennt eine solche eingebaute Sperre gegen individualbelastende Wirkungen nicht⁷⁹, im Gegenteil: Als privatgerichtete Entscheidung ist sie dazu prädestiniert, individuelle Verpflichtungen aufzuerlegen. Es bestehen deshalb auch keine Bedenken dagegen, eine staatengerichtete Entscheidung als Ermächtigungsnorm für einen belastenden na-

⁷⁴ Scherzberg, *ibid.*, 28 f.

⁷⁵ Dazu skeptisch Mager (Anm. 70), 672 f.

⁷⁶ Zur Zulässigkeit eines solchen Formengebrauchs unter Art. 95 EG EuGH, Rs. C-359/92 – *Deutschland./Rat*, Slg. 1994, 3681; a.A. Bievert (Anm. 40), 146.

⁷⁷ Hiervon gilt eine Ausnahme, wenn in Form einer Richtlinie Pflichten konkretisiert werden, die bereits primärrechtlich bestehen, etwa unter Art. 86 III EG. In der Praxis wird dann keine Umsetzungsfrist eingeräumt, sondern das In-Kraft-Treten der Richtlinie hinausgeschoben.

⁷⁸ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Zuleeg, Kommentar zum EU-EG-Vertrag, 1997, Rn. 13 zu Art. 3b EGV; zur fehlenden horizontalen Direktwirkung von Richtlinien EuGH, Rs. 152/84 – *Marshall*, Slg. 1986, 723, Rn. 48; Rs. 80/86 – *Kolpinghuis*, Slg. 1987, 3969, Rn. 9; zusammenf. EuGH, Rs. C-97/96 – *Verband dt. Daihatsu-Händler*, Slg. 1997, I-6843, Rn. 24: "eine Richtlinie [kann] nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen ..., so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist".

⁷⁹ Anders R. Greaves, *The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC*, EL-Rev. 21 (1996), 3, 12 und 16 unter Verweis auf EuGH, Rs. 30/75 – *Unil-It*, Slg. 1975, 1419, Rn. 18; dieses Urteil beruht auf dem – aus der späteren Rechtsprechung zur Richtlinie bekannten – Grundsatz, dass der Verstoß eines Mitgliedstaats gegen gemeinschaftsrechtliche Pflichten (hier: aus einer staatengerichteten Entscheidung) einem Einzelnen nicht entgegengehalten werden darf, um ihm Rechte, die das Gemeinschaftsrecht verleiht (hier: aus einer Verordnung) vorzuenthalten. Die kritische Frage nach unmittelbar individualbelastenden Wirkungen einer staatengerichteten Entscheidung stellt sich nicht.

tionalen Verwaltungsakt anzuerkennen.⁸⁰ Ein dritter Gesichtspunkt, der beide Handlungsformen unterscheidet, ist das unterschiedliche Regime für die Publikation: Allstaatengerichtete Richtlinien sind obligatorisch zu veröffentlichen, (all-)staatengerichtete Entscheidungen von Rat und Kommission hingegen nicht (Art. 254 II, III EG).

Man kommt zu dem Ergebnis, dass zwischen den Rechtsregimes der staatengerichteten Entscheidung und der Richtlinie starke Überschneidungen bestehen, zumindest wenn man den Vergleich aus der Perspektive der Richtlinie vornimmt: Alles was die Richtlinie positiv zu leisten vermag, kann auch mit einer staatengerichteten Entscheidung erreicht werden. Das spezifische Profil, dass die Richtlinie der staatengerichteten Entscheidung (und zumal der Verordnung) voraus hat, liegt in einem Leistungsvermögen zur unmittelbaren Verpflichtung Privater. Mit der Wahl der vermeintlich schwächeren Handlungsform können sich die rechtsetzenden Organe eine Speicherfunktion für spezifische Wirkungsbegrenzungen zu Nutze machen und so ungewollte Wirkungen vermeiden. In dieser "eingebauten" Selbstlimitierung der Richtlinie, die die Schonung privater Rechtsgüter sicherstellt, ist die spezifische Stärke dieser Handlungsform zu sehen.⁸¹ Ihr spezifisches Leistungsprofil wird verfehlt, wenn man sie allein aus der Perspektive der Schonung der mitgliedstaatlichen Autonomie interpretiert.⁸² In der Intensität, auf die mitgliedstaatliche Rechtsordnung einzuwirken, unterscheidet sich die Richtlinie von Verordnung und Entscheidung gerade nicht.⁸³

c. Die heimliche Genese einer Rechtsform: der Beschluss

Zu den besonders bemerkenswerten Ergebnissen dieser Studie gehört der Umfang, in dem Rechtsakte mit der Bezeichnung "Beschluss" vertreten sind: 52 der 500 Akte in der Stichprobe oder 10,4 % des geltenden Rechts. Diese Akte stammen zu zwei Dritteln (67 %) von den regulären Rechtsetzungsorganen. Den größten Anteil am verbleibenden Drittel haben Beschlüsse von Kooperationsgremien (21 % der Beschlüsse). Daneben existieren Beschlüsse der Vertreter der Mitgliedstaaten (4 %) und Beschlüsse der hier als "sonstiges Organ" ausgewiesenen Wanderarbeitnehmer-Verwaltungskommission (6 %).

Die Verträge kennen weder in ihren Katalogen noch in den einzelnen Rechtsgrundlagen eine Handlungsform namens Beschluss. Wo der Begriff im Primärrecht auftaucht, geschieht dies durchweg in einem formneutralen Sinne als Synonym für Rechtsakt. Problematisch ist darüber hinaus in den meisten Amtssprachen die Un-

⁸⁰ Scherzberg (Anm. 73), 37.

⁸¹ Hieraus folgt, dass auf eine vertragliche Ermächtigung, die dem ermächtigten Organ die Wahl der Richtlinien-Form vorschreibt, keine staatengerichteten Entscheidungen gestützt werden dürfen, GTE-Zuleeg (Anm. 78), Rn. 13 zu Art. 3b EGV.

⁸² Statt vieler B. Biervert, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Rn. 23 zu Art. 249 EG.

⁸³ Eine solche eingebaute Autonomieschonung geht hingegen von der Handlungsform des Beschlusses aus, dazu sogleich.

terscheidung zwischen Beschluss und Entscheidung. Nur in Deutsch und auf Holländisch (*besluit* und *beschikking*) ist sie möglich. Die älteste Schicht der Gemeinschaftsverträge unterscheidet selbst in diesen Sprachen nicht trennscharf (z.B. Art. 87 III *lit.* e EG). Trotz dieser Schwierigkeiten hat sich in der Praxis der Organe "Beschluss" zur drithäufigsten Bezeichnung für einen Unionsrechtsakt entwickelt.

Dass die Organe "Beschlüsse" jenseits der Formenkataloge erlassen, ist im Grundsatz seit langem bekannt, harrt aber bis heute einer überzeugenden Aufarbeitung. Zur Interpretation des Beschlusses werden drei – teilweise überlappende – Theorieangebote unterbreitet. Eine erste Lesart geht vom oben (I.1.) angesprochenen Theorem der Regelzuordnung von Kompetenzen und Handlungsformen aus und interpretiert den Beschluss als Produkt von Rechtsgrundlagen der Verträge ohne Formenwahlgebot. Bei solchen Kompetenznormen sei durch Auslegung zu ermitteln, ob der Rechtsakt in einer der in Art. 249 EG typisierten Formen erlassen werden könne oder aber eine "formal nicht gekennzeichnete Rechtshandlung" gefordert sei.⁸⁴ Der Modellfall eines solchen Beschlusses ist die autonome Vertragsänderung. In der teilweise noch heute verwendeten Terminologie der "nicht gekennzeichneten Rechtshandlung"⁸⁵ schwingt noch mit, dass die Bezeichnung "Beschluss" wohl in den frühen Jahren des Gemeinschaftsrechts eher als Ersatz für eine spezifische Bezeichnung verstanden wurde. Dieser Ansatz ist nicht nur aufgrund seiner Prämisse obsolet,⁸⁶ sondern er vermag auch weite Teile der heutigen Rechtspraxis nicht zu erklären. Beschlüsse ergehen auf allen erdenklichen Rechtsgrundlagen, solche mit ausdrücklichen Formengeboten eingeschlossen.⁸⁷

Ein zweiter Ansatz denkt den Beschluss vom Rechtssatzbegriff her und ordnet diesen dem Innenrecht der Union zu. Ausgehend von der Offenheit des gemeinschaftsrechtlichen Formensystems sollen die außenwirksamen Formen des Art. 249 EG nur zum Einsatz kommen, wenn eine Maßnahme mit Rechtssatzcharakter erlassen werden soll. Wo dies nicht der Fall sei, seien die typisierten Formen "unpassend", ein bloß intern verbindlicher Beschluss genüge.⁸⁸ Dieses Verständnis hallt noch nach, wenn gelegentlich von einem "einfachen" Beschluss die Rede ist.⁸⁹ Zutreffend ist, dass nicht alle Beschlüsse des geltenden Rechts bei einem engen Begriffsverständnis als Rechtssätze zu qualifizieren sind (etwa Beschlüsse über die Ernennung von Organwaltern); auch besteht eine empirische Affinität des Beschlusses zur Selbstorganisation des institutionellen Systems. Anderen Beschluss-Typen, wie etwa den im Mitentscheidungsverfahren erarbeiteten Gemeinschaftsprogram-

⁸⁴ Ipsen (Anm. 9), 21/39 ff.

⁸⁵ Schweitzer/Hummer (Anm. 40), Rn. 412; Biervert (Anm. 40), 81.

⁸⁶ Siehe oben Abschnitt I.1.

⁸⁷ Z.B. ist der Beschluss zur Annahme des WTO-Abkommens unter anderem auf Art. 54, 57 und 100 EGV (jetzt Art. 44, 47 und 94 EG) gestützt, Beschluss des Rates vom 22.12.1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (94/800/EG), ABl. L 336 v. 23.12.1994, 1.

⁸⁸ Everling (Anm. 37), 53; das von ihm favorisierte Konzept eines Rechtssatzvorbehalts für die Verordnung hat sich nicht durchsetzen können.

⁸⁹ GTE-Tomuschat (Anm. 78), Rn. 44 zu Art. 228 EGV.

men oder dem Komitologie-Beschluss nach Art. 202 EG, ist der Charakter eines Rechtssatzes jedoch kaum abzuspüren. Die Beobachtung limitierter Rechtswirkungen im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten und den Rechtsbürgern erweist sich jedoch als weiterführend.⁹⁰

Ein dritter, wirkungsmächtiger Erklärungsansatz fokussiert auf eine ganz andere Gruppe von Rechtsakten, die "uneigentlichen Rats-Beschlüsse" bzw. die "Beschlüsse der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten".⁹¹ Diese Akte des Komplementärrechts⁹² werden dann zusammen mit Entschlüssen und Erklärungen des Rates den sog. atypischen Rechtsakten zugeordnet, deren Gemeinsamkeit im Fehlen einer Rechtsgrundlage in den Verträgen bestehe (damit ganz im Gegensatz zur ersten Ansicht).⁹³ Der überwiegende Teil der als Beschluss bezeichneten Akte gerät hier aus dem Blick, auch wird eine Nähe zu unverbindlichen Handlungen hergestellt, die der tatsächlichen Praxis widerspricht.

Die heute wohl dominante Ansicht kombiniert die verschiedenen Elemente und erklärt den Verzicht auf ein theoretisches Konzept zum Programm. Jegliche Beschlüsse werden gemeinsam mit Entschlüssen, Erklärungen, Mitteilungen usw. als "Rechtsakte *sui generis*" jenseits der Formenkataloge behandelt.⁹⁴ Über diese Sammelkategorie, die das gesamte Komplementärrecht einschließt, lassen sich, wie zu Recht festgestellt wird, keine allgemeinen Aussagen machen. Über etwaige Rechtswirkungen müsse von Fall zu Fall entschieden werden. Diese begriffslose Zuordnung des Beschlusses zu den Rechtsakten *sui generis* hat wohl nicht unwesentlich zu dem Eindruck einer allgemeinen Diffusität des Unionsrechts beigetragen.

Der im Folgenden unterbreitete Versuch, den Beschluss als eigenständige und kohärente Handlungsform zu konzipieren, setzt an der unterschiedlichen Qualität der Organe an, die als Urheber von Beschlüssen auftreten. Die These eines einheitlichen Rechtsregimes des Beschlusses ist nur plausibel für die Beschlüsse, die von den regulären Rechtsetzungsorganen erlassen werden. Die übrigen Beschlüsse werden an anderer Stelle diskutiert.⁹⁵

Die Durchsicht der verbleibenden Beschlüsse (34 Akte oder 7 % des geltenden Rechts) ergibt ein überraschend hohes Maß an formaler Kohärenz. Nicht nur ihr deutscher und niederländischer Titel unterscheidet entsprechende Akte stringent von Entscheidungen. Sämtliche Akte besitzen eine charakteristische Anlautungsformel, die sie in allen Amtssprachen von den Entscheidungen unterscheidbar

⁹⁰ Vgl. Rabe (Anm. 2), 48, der als Erster eine Kategorisierung der Beschlüsse versucht.

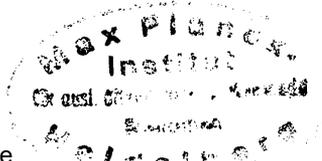
⁹¹ U. Everling, Probleme atypischer Rechts- und Handlungsformen bei der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts, 1987, 417.

⁹² Dazu näher unten Abschnitt II.2.g.

⁹³ U. Everling, Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschlüssen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in: GS Constantinesco, 1983, 133.

⁹⁴ Oppermann (Anm. 37), Rn. 536, 577; Biervert (Anm. 40), 84.

⁹⁵ Zu den Akten der Mitgliedstaaten Abschnitt II.2.d.; zu den Kooperationsgremien II.3.d.; zur Verwaltungskommission II.3.e.



macht (“Der Rat ... beschließt” im Gegensatz zu “Der Rat ... hat folgende Entscheidung erlassen”). Bereits dies ist ein starkes Indiz dafür, dass die Organe Rechtsakte eines homogenen Typus erlassen wollten.

Ein zweites Charakteristikum ist die Verbindlichkeit der normativen Sätze, die im verfügenden Teil des Rechtsakts ausgesprochen werden. Nichts deutet darauf hin, dass manche der Akte nur in einem weicheren Modus Wirksamkeit entfalten sollen. Der Beschluss gehört damit zur Gruppe der verbindlichen Rechtsakte; Gemeinsamkeiten etwa mit Entschliefungen sind nicht erkennbar.⁹⁶

Eine dritte Eigenschaft, die ausnahmslos vorliegt, zielt auf eine nicht nur äußerliche Trennlinie zur Entscheidung und verdeutlicht, dass es sich um grundverschiedene Handlungsformen handelt. Während eine Entscheidung in ihrem letzten Artikel ihren Adressaten benennt (“Diese Entscheidung ist an ... gerichtet.”), fehlt bei allen Beschlüssen ein gesondert bestimmter Adressat. Anders als Richtlinie und Entscheidung limitiert ein Beschluss seine Rechtswirkungen nicht auf einen bestimmten Adressatenkreis; die angeordneten Rechtsfolgen treten – wie bei der Verordnung – adressatenunspezifisch ein. Von der Richtlinie unterscheidet den Beschluss damit noch ein weiteres Element. Der von einem Beschluss projektierte Rechtszustand tritt nicht erst durch einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt ein. Der Beschluss zeichnet sich durch eine einstufige Implementationsstruktur aus: die von ihm ausgelösten Rechtswirkungen treten unmittelbar ein.

Eine weitere Eigenschaft des Beschlusses hängt indirekt mit dem Fehlen eines spezifischen Adressaten zusammen und ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit Art. 254 EG. Da es für einen Beschluss mangels Erwähnung in Art. 254 II EG keine Veröffentlichungspflicht gibt und eine individuelle Bekanntgabe in Ermangelung eines spezifischen Adressaten ausfällt, treten die Rechtswirkungen eines Beschlusses sofort ein, ohne dass sein In-Kraft-Treten durch ein zusätzliches Ereignis aufschiebend bedingt wäre. Eine Reihe der Beschlüsse in der Stichprobe sehen ihre Veröffentlichung im Amtsblatt vor und schieben ihr In-Kraft-Treten ausdrücklich hinaus. Für die übrigen Beschlüsse, sofern sie nicht unter Art. 254 I EG fallen, gilt *ad-hoc*-Wirksamkeit.

Scheint ein Beschluss mit den vorstehenden Eigenschaften praktisch omnipotent, wird sein in Wahrheit stark begrenzter Wirkungsmodus durch den Vergleich mit der Verordnung erhellt: Während die Verordnung unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat besitzt und folglich jedes Rechtssubjekt unmittelbar berechtigen und verpflichten kann, fehlt es einem Beschluss an dieser Eigenschaft. Die gestalterische oder verpflichtende Kraft eines Beschlusses ist begrenzt auf die interne Rechtssphäre der Union. Verpflichtende Wirkung kann ein Beschluss nur für die Handlungsträger und Organwalter der Union entfalten, nicht für “Außenstehende”, also die Mitgliedstaaten und die Rechtsbürger.

Einen Beschluss zeichnet demnach ein differenzierter Verpflichtungsmodus aus: Die Union als organisatorische Einheit, also die Gesamtheit ihrer Handlungsträger

⁹⁶ Im Unterschied zu Entschliefungen sind Beschlüsse zudem immer in Artikel gegliedert.

und Organwalter, wird durch Beschlüsse unmittelbar und strikt zu ihrer Ausführung verpflichtet, wobei sich Inhalt, Umfang und Adressat dieser Verpflichtungen aus dem konkreten Normtext ergeben. Für die Bürger hingegen ergeben sich aus derartigen Beschlüssen keine rechtlichen Verpflichtungen, weder unmittelbar aus dem Akt noch mittelbar aus einem mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt. Anders als bei einer Richtlinie, die ja ebenfalls als Handlungsform konzipiert ist, die den Bürgern unmittelbar keine Verpflichtungen auferlegt, gehört die Veranlassung zu einem solchen Implementationsakt gerade nicht zu den rechtlichen Charakteristika der Beschlüsse. Allerdings, so hat der EuGH am Beispiel eines Beschlusses auf dem Hochschulsektor (dem bekannten ERASMUS-Programm) festgestellt, kann ein Beschluss die Mitgliedstaaten auf die Förderung des rechtlichen Erfolgs verpflichten, den der Beschluss herbeiführt.⁹⁷

Mit diesem Profil, das den Beschluss charakteristisch von den drei anderen verbindlichen Handlungsformen unterscheidet, erweist er sich als ein vielseitig einsetzbares Instrument. Ein Schwerpunkt liegt im Bereich der Selbstorganisation der Organe: Durch Beschluss werden Einrichtungen geschaffen, Ermächtigungen erteilt, Geschäftsordnungen angenommen, Ernennungen ausgesprochen usw. Ein zweiter Schwerpunkt sind die auswärtigen Beziehungen: Beschlüsse sind die wichtigste Handlungsform, mit der völkerrechtliche Abkommen der Union angenommen werden. Hier muss unterschieden werden zwischen den Rechtswirkungen des Abkommens und den Rechtswirkungen des Annahme-Beschlusses.⁹⁸ Eine ähnliche Struktur liegt einem primärrechtsgestaltenden Beschluss zur autonomen Vertragsänderung zugrunde: Der Beschluss selbst ist ein Akt des abgeleiteten Rechts, der unmittelbar herbeigeführte rechtliche Erfolg ist die Erzeugung von Normen mit primärrechtlichem Rang.

Ein dritter Schwerpunkt liegt bei der Festlegung von spezifischen Aktions- oder Förderprogrammen. Infolge der in den Beschluss eingebauten Wirkungsbegrenzung kann ein solcher Programm-Beschluss auch da Verwendung finden, wo die Organe nicht durch Rechtsangleichung oder durch den Erlass unmittelbar vollziehbarer Rechtsregeln tätig werden können, sie aber gleichwohl als "Beitrag" oder "Ergänzung" zu mitgliedstaatlichen Politiken eigene "Fördermaßnahmen" ergreifen wollen. Ihre Ziele verfolgen diese spezifischen Programme nicht dadurch, dass sie materielle Regeln (Gebote, Verbote, bedingte Erlaubnisse) aufstellen bzw. die Veränderung von solchen Rechtsregeln in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anordnen. Sie folgen vielmehr einer persuasiven Struktur, indem sie Mitgliedstaaten und private Akteure durch positive Anreize zu einem bestimmten Verhalten motivieren wollen, und zwar in erster Linie durch gezielte Subventionen oder symbolische Aktionen. Unmittelbare Rechtswirkungen werden nur in der institutionellen Sphäre der Union erzielt, namentlich indem der Beschluss der Kommission eine Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt, auf der sie zu Lasten des Gemeinschaftshaushalts verbindliche Mittelbindungen vornehmen kann. Ihrem materiellen

⁹⁷ EuGH, Rs. 242/87- *Kommission./Rat*, Slg. 1989, 1425, Rn. 11, 19.

⁹⁸ Näher dazu unten II.2.d.

Regelungsgehalt nach aber zielen Programm-Beschlüsse auf eine Verhaltenssteuerung von Rechtsbürgern und mitgliedstaatlichen Behörden, indem sie die Bedingungen verändern, unter denen externe Akteure ihre Entscheidungen ohne rechtlichen Zwang fällen.⁹⁹

Nicht abschließend geklärt ist bislang die Rechtsstellung des Einzelnen in Bezug auf Beschlüsse. Einige dogmatische Eckdaten sind jedoch klar: Als adressatenloser Rechtsakt vermag ein Beschluss den Rechtsbürgern weder unmittelbar noch mittelbar über einen Umsetzungsakt Belastungen aufzuerlegen. Diese strikte Selbstlimitierung gehört zu den *essentialia* dieser Handlungsform. Andererseits kann dem Beschluss nicht von vorne herein die Fähigkeit abgesprochen werden, individuelle Rechte zu begründen, auf die sich die Einzelnen vor Gericht berufen können.¹⁰⁰ Da die strikte Verpflichtungskraft eines Beschlusses auf die Organe und Einrichtungen der Union beschränkt ist, kommen als Anspruchsgegner für beschlussförmig begründete Individualrechte vorrangig unionale Stellen in Betracht. Unter welchen speziellen Voraussetzungen, anknüpfend an die Mitwirkungspflichten eines Mitgliedstaats, die Berufung auf einen Beschluss auch vor einem nationalen Richter denkbar ist, also Beschlüsse ausnahmsweise unmittelbar wirksam sein können, muss an dieser Stelle offen bleiben.

Die Praxis hat eine kohärente äußere Gestalt mit formidentifizierenden Merkmalen entwickelt und handhabt den Beschluss mit größter Routine. Nur selten wird der Beschluss jedoch als kohärente Handlungsform, die sich in der Rechtsetzungspraxis der Organe herausgebildet hat, erkannt und beschrieben. Es handelt sich bezeichnenderweise um Autoren mit einer besonderen biographischen Nähe zu den Organen.¹⁰¹ Andererseits ist zu konstatieren, dass die Organe ihr Wissen in ihren offiziellen Dokumenten fast wie ein Staatsgeheimnis hüten, weder die Geschäftsordnung der Kommission noch des Rates nehmen den Beschluss zur Kenntnis. Die Formenlehre des Unionsrechts hingegen wird den Beschluss als vierte reguläre Rechtsform neben Verordnung, Richtlinie und Entscheidung nicht länger ausblenden können.

d. Gestaltung des Unionsrechts durch völkerrechtliche Handlungen

Mit einem Anteil von 9 % stellen Abkommen und Übereinkommen einen beachtlichen Bestandteil des geltenden Rechts. Der FSN behandelt hier eine anerkannte völkerrechtliche Rechtsquelle, den internationalen Vertrag, als reguläre

⁹⁹ Zum Einsatz des Rechts für den Zweck nicht-rechtlicher Steuerung Ch. Engel, Die Grammatik des Rechts: Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten, in: Rengeling/Hof (Hrsg.), Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund, 2001, 17, 20 f.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-58/94 – *Niederlande./Rat*, Slg. 1996, I-2169, Rn. 38; EuG, Rs. T-105/95 – *WWF UK./Kommission*, Slg. 1997, II-313, Rn. 55.

¹⁰¹ J.-L. Dewost, Décisions des Institutions en vue du développement des Compétences et des Instruments juridiques, in: Bieber/Ress (Anm. 91), 321, 327; GTE-Schwartz (Anm. 78), Rn. 344 zu Art. 235 EGV.

Handlungsform des Unionsrechts. Bei diesen Rechtsakten findet sich eine Vielzahl von Bezeichnungen, wobei "Abkommen" zumeist für bilaterale Verträge, "Übereinkommen" für multilaterale Verträge Verwendung findet. Der Sache nach geht es ganz überwiegend um Rechtsbeziehungen der Union (unter der Rechtspersönlichkeit einer ihrer Gemeinschaften) zu anderen Völkerrechtssubjekten, also Drittstaaten und Internationalen Organisationen.¹⁰² Neben diesen Verträgen gehören zu einem vollständigen Bild der internationalen Einbindung der Union noch die Beschlüsse und Empfehlungen von Kooperationsgremien, die durch solche Verträge errichtet werden.¹⁰³ Rechnet man diese Akte zusammen, dann sind rund 11 % aller Akte dem Recht der auswärtigen Beziehungen der Union in völkerrechtlichen Formen zuzuordnen.

In den Unionsverträgen ist geregelt, welches Organ für den Abschluss eines Abkommens intern zuständig ist. Dies variiert je nach involvierter Rechtspersönlichkeit. Nach Art. 300 II EG ist das Abschlussorgan regelmäßig der Rat, nach Art. 101 II EA die Kommission. Die Form des Abschlussakts ist in den Verträgen nicht vorgeschrieben. In der Praxis erfolgt die Genehmigung des ausgehandelten Abkommens entweder durch Beschluss oder durch Verordnung, dem der Text des paraphierten Abkommens als Anhang beigefügt ist. Die Praxis der Formenwahl hat sich mehrfach gewandelt.¹⁰⁴ Für den Bereich des E(W)G-Vertrags lassen sich drei Phasen unterscheiden.¹⁰⁵ Bis ca. 1969 erfolgte die Genehmigung durch Beschluss, danach in der Regel durch Verordnung. Seit Mitte der 80er Jahre dominiert wieder der Beschluss.¹⁰⁶ Erst in den 90er Jahren wird wieder vereinzelt auf die Verordnung zurückgegriffen, namentlich bei Abkommen über Handel mit landwirtschaftlichen Produkten sowie bei Fischereiabkommen. Soweit erkennbar ist dies bei solchen Abkommen der Fall, in denen im Gegenzug für die Einräumung von Vergünstigungen oder Fangrechten ein finanzieller Ausgleich gewährt wird. Im EAG-Bereich überwiegen seit den ersten Abkommen aus dem Jahr 1976 Annahme-Beschlüsse; die Recherche ergab nur zwei Verordnungen der Kommission, die auf Art. 101 II EA gestützt sind.

Es ist gesicherte Erkenntnis, dass die Form des Abschlussakts keine Bedeutung hat für die interne Wirkung des internationalen Vertrags. Weder nimmt er an den Rechtswirkungen des Abschlussakts teil noch erhält er intern dessen Rang.¹⁰⁷ Die

¹⁰² Die Klassifikation des CELEX-Systems ist insofern irreführend, als auch interne Abkommen der Mitgliedstaaten mit den Buchstaben "A" gekennzeichnet sind. Unterscheidbar sind letztere am Dokumentationsbereich 4, dem Komplementärrecht, dem sie auch sachlich zugehören. In der Stichprobe trifft dies 2 Akte.

¹⁰³ Diese Rechtsakte werden weiter unten eigens diskutiert, III.3.d.

¹⁰⁴ GTE-Tomuschat (Anm. 78), Rn. 44 zu Art. 228 EGV m.w.N. in Fn. 66.

¹⁰⁵ Die folgenden Ergebnisse wurden durch Auswertung einer Datenbank auf CELEX-Basis gewonnen.

¹⁰⁶ Dieser Formenwechsel wird mit dem Abschluss des 3. AKP-EWG-Abkommens (Lomé III) vom 24.3.1986 eingeleitet. In der zweiten Hälfte der 80er Jahre findet sich keine Genehmigung mittels Verordnung mehr.

¹⁰⁷ P. Pescatore, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen, in: FS Mosler, 1983, 661, 665; GTE-Tomuschat

Folge ist eine rangmäßige Aufspaltung: Der Annahmeakt selbst steht auf der Hierarchiestufe des Sekundärrechts, das durch ihn in die Unionsrechtsordnung integrierte Völkerrecht aber nimmt nach herrschender Meinung einen Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht ein.¹⁰⁸ Die Bindung an das Primärrecht folgt aus der Möglichkeit der Legalitätskontrolle am Maßstab der Unionsverträge, Art. 300 VI EG, sowie ausdrücklich aus Art. 300 V EG. Der dort normierte Vorrang bedeutet ein Verbot der Verfassungsdurchbrechung durch externes Handeln. Konsequenterweise schließt der Gerichtshof in den Kreis der nach Art. 230 I EG anfechtbaren Handlungen auch die Abkommen ein. Eine solche Nichtigkeitsklage ist im Zweifel gegen die Handlung gerichtet, mit der das Unionsorgan das Abkommen schließen wollte.¹⁰⁹ Der höhere Rang im Verhältnis zum abgeleiteten Recht folgt aus Art. 300 VII EG, der die Verbindlichkeit der Abkommen auch für die Unionsorgane anordnet und damit, so zumindest die h.M., die *lex-posterior*-Regel suspendiert.¹¹⁰ Auf der Basis des Art. 300 VII EG hat der EuGH auch die Frage nach den internen Wirkungen der Abkommen beantwortet. Sie bilden von ihrem In-Kraft-Treten an einen "integrierenden Bestandteil" des Gemeinschaftsrechts, teilen also dessen Vorrangqualität.¹¹¹ Sie sind für Organe und Mitgliedstaaten verbindlich, genauer: Ihre Verbindlichkeit richtet sich nach dem Umfang der eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtung. Für die Wirkungen, die durch diese Rechtsnormen ausgelöst werden, ist ihr Inhalt maßgeblich, der durch Analyse von "Aufbau und Wortlaut"¹¹² unter Berücksichtigung von "Rechtsnatur und Systematik des Abkommens"¹¹³ ermittelt wird.¹¹⁴

(Anm. 78), Rn. 44 zu Art. 228 EGV; ders., *ibid.*, Rn. 48 zu Art. 210 EGV m.w.N. Die gegenteilige Argumentation (angeregt durch das vorliegende Gericht in EuGH, Rs. 270/80 – *Polydor*, Slg. 1982, 329, Rn. 6) hat der EuGH nie aufgegriffen; unmittelbaren Wirkungen aus dem Jaunde-Abkommen stand dessen Annahme durch Beschluss nicht im Weg, EuGH, Rs. 87/75 – *Bresciani*, Slg. 1976, 129, Rn. 15 ff.

¹⁰⁸ Dieser Mechanismus ist bekannt von autonomer Vertragsänderung in Form eines Beschlusses des Rates. Der Beschluss selbst ist abgeleitetes Recht, muss folglich auch die formellen und materiellen Vorgaben der eigenen Rechtsgrundlage in den Verträgen beachten. Das durch den Beschluss erzeugte Recht hingegen ist Primärrecht, das für den EuGH Maßstab, nicht Gegenstand der Kontrolle ist.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-327/91 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1994, I-3641, Rn. 17; GTE-Tomuschat (Anm. 78), Rn. 84 zu Art. 228.

¹¹⁰ Pescatore (Anm. 107), 661; Ch. Vedder, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union* – Kommentar, Stand 2001; Rn. 53 zu Art. 228 EGV. Die rangmäßige Einordnung der von der Gemeinschaft geschlossenen Abkommen darf nicht verwechselt werden mit den Voraussetzungen, unter denen der EuGH diese Bindung der rechtsetzenden Organe kontrolliert. Hier ist seit der WTO-Entscheidung vieles im Streit, EuGH, Rs. C-149/96 – *Portugal./Rat*, Slg. 1999, I-8395, Rn. 47; dazu M. Hilf/F. Schorkopf, *WTO und EG: Rechtskonflikte vor den EuGH?*, EuR 2000, 74; G. Zonnekeyn, *The Status of WTO Law in the Community Legal Order*, ELRev. 25 (2000), 293; A. von Bogdandy, *Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht*, EuZW 2001, 357, 360 ff.

¹¹¹ EuGH, Rs. 181/73 – *Haegeman*, Slg. 1974, 449, Rn. 2/6.

¹¹² EuGH, verb. Rs. 21/72 bis 24/72 – *International Fruit Company*, Slg. 1972, 1219, Rn. 19/20.

¹¹³ EuGH, Rs. 104/81 – *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641, Rn. 22.

Als Abschlussorgane kommen der Rat, die Kommission und, obschon kein Unionsorgan im organisationsrechtlichen Sinne, die Gesamtheit der Mitgliedstaaten in Frage. Die quantitative Verteilung ergibt ein eindeutiges Bild. Die Kommission allein tritt nur in 5 % der Fälle auf. Nimmt man die Fälle hinzu, in denen Rat und Kommission gemeinsam als Abschlussorgane tätig werden¹¹⁵, ist die Kommission in immerhin 14 % der Fälle an der Genehmigung von Abkommen beteiligt. Neben Art. 101 II EA kann sich eine solche Befugnis aus einer gesonderten Rats-Ermächtigung ergeben, Art. 300 IV EG, oder es handelt sich um ein Verwaltungsabkommen im Sinne von Art. 300 II Ua. 1 S. 1 EG. Die Hauptrolle, die der Kommission im Zusammenhang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union zukommt, ist die der Verhandlungsführung, Art. 300 I Ua. 1 EG. Der entscheidende dogmatische Grund, warum die Kommission in den Außenbeziehungen eine weit geringere Bedeutung hat als in der internen Rechtsetzung, ist folgender: Weder die vertragsunmittelbaren noch die habilitierten Rechtsetzungsbefugnisse der Kommission vermitteln ihr eine Vertragsschlusskompetenz im Außenverhältnis. Der Grundsatz der Parallelität von internen und externen Befugnissen (AETR-Grundsätze) betrifft allein die Verbandskompetenz, nicht die Organkompetenzen.¹¹⁶

Demgegenüber ist der Rat in 66 % der Fälle als alleiniges Abschlussorgan für die E(W)G tätig geworden. Nimmt man die Organkombination "Kommission und Rat" hinzu, erhöht sich der Anteil auf 75 %. Eine gemeinsame Organzurechnung zu Parlament und Rat nach Art. 251 EG ist in den Außenbeziehungen ausgeschlossen. Auch wenn sich die Verbandskompetenz zum Vertragsschluss aus einer Rechtsgrundlage ergibt, die intern das Mitentscheidungsverfahren nach sich zieht, bleibt es extern bei der alleinigen Organkompetenz des Rates. Das Parlament ist grundsätzlich nur im Anhörungs-, unter bestimmten Voraussetzungen im Zustimmungsverfahren zu beteiligen, Art. 300 II Ua. 1, 2 EG.

Als dritter Akteur in den Außenbeziehungen treten die Mitgliedstaaten auf, handelnd durch die "im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten". Die Mitgliedstaaten erscheinen immer dann als Ko-Autoren des Abkommens, wenn dessen Anwendungsbereich über die Grenzen der Verbandskompetenz der Union hinausgeht. Man spricht dann von gemischten Abkommen. Diese machen insgesamt 20 % der externen Abkommen aus. Als Unionsorgan können in gemischten Abkommen je nach betroffenem Sachbereich der Rat (EWG) oder die Kommission (EAG, EGKS) oder sogar beide Organe beteiligt sein. Im Anwendungsbereich des Montanvertrags traten vereinzelt auch die "Regierungen der Mitgliedstaaten der EGKS" als alleiniges Abschluss-"Organ" auf, was den statistischen

¹¹⁴ Dabei können Bestimmungen, die ihrem Wortlaut nach mit solchen des internen Gemeinschaftsrechts identisch sind, aufgrund des spezifischen Kontexts, in dem sie stehen, dort eine andere Bedeutung haben, EuGH, Gutachten 1/91 – *EWR-Abkommen I*, Slg. 1991, I-6079, Rn. 14.

¹¹⁵ Treten mehrere Gemeinschaften gleichzeitig im Völkerrechtsverkehr auf, können die internen Zuständigkeiten für den Abschluss voneinander abweichen. Jedes Organ schließt dann das Abkommen im Namen derjenigen Gemeinschaft, für die es intern über die entsprechende Kompetenz verfügt.

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-327/91 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1994, I-3641, Rn. 41.

Anteil der Mitgliedstaaten an den Abkommen der Gemeinschaften auf 23 % erhöht.

e. Die Einheit der Rechtsordnung und die Sonderformen des EU-Vertrags

Der bereits unter den Gemeinschaftsverträgen verbreitete Eindruck der Intransparenz sowie der Proliferation im Bereich der Handlungsformen gewann massiv an Substanz durch die weiteren Handlungsformen in Titel V und Titel VI EU-Vertrag. Die nunmehr fast zehnjährige Geltung dieser Titel hat wenig definitive Klärung und Systematisierung gebracht. So ist weiterhin – entsprechend zur Auseinandersetzung über die Organisationsverfassung der Union – streitig, ob es sich überhaupt um der Union zuzurechnende Organakte handelt oder um völkerrechtliche Akte der Mitgliedstaaten.¹¹⁷ Selbst die Einheitsthese, welche entsprechende Maßnahmen als Akte der Unionsorgane konzipiert, leugnet nicht, dass sich diese Akte – auch nach Amsterdam und Nizza – nicht nur hinsichtlich des Verfahrensregimes und ihrer gerichtlichen Kontrolle von den Akten des Gemeinschaftsrechts unterscheiden, sondern gerade auch nach ihrer Handlungsform. Der Zugriff auf die Handlungsformen der Kataloge der Gemeinschaftsverträge war schon durch deren Wortlaut (“nach Maßgabe dieses Vertrags”, Art. 249 I EG) verschlossen.

In der Stichprobe sind Handlungen in den Sonderformen des EU-Vertrags mit rund 1 % vertreten (6 von 500 Akten). In Widerspruch zur Auffassung derjenigen, die Maßnahmen in diesen Bereich als eine Form intergouvernementaler Zusammenarbeit ansehen, und in Bestätigung der Einheitsthese¹¹⁸ nennen die Akte sämtlich den Rat als ihren Urheber. An der Gesamtheit der Akte des Rates haben die EUV-Akte einen Anteil von 3 %. Hinsichtlich des tatsächlichen Umfangs der Rechtsetzung unter dem EU-Vertrag sind jedoch nur zurückhaltende Aussagen möglich. Da der EU-Vertrag keine Veröffentlichungspflicht für diese Handlungen kennt, ist ein erhebliches Dunkelfeld zu vermuten. Über die Publikation im Amtsblatt (und damit die Erwähnung im FSN) wurde bis zum Jahr 2000 vom Rat fallweise entschieden, indem ein entsprechender Artikel in den Normtext aufgenommen wurde. Erst die reformierte Geschäftsordnung des Rates legte allgemeine Regeln für die Veröffentlichung fest, wonach nunmehr Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse nach Art. 34 II EU generell und Gemeinsame Standpunkte nach Art. 34 II EU im Regelfall im Amtsblatt zu veröffentlichen sind.¹¹⁹ Für alle Handlungen in den Formen des Art. 12 EU gilt hingegen weiterhin, dass der Rat oder der Ausschuss der Ständigen Vertreter von Fall zu Fall über die Publikation ent-

¹¹⁷ Das Amt für amtliche Veröffentlichungen, das das CELEX-System verwaltet, wies Rechtsakte in den spezifischen Formen des EU-Vertrags zunächst dem Dokumentationsbereich 4, also dem Komplementärrecht, zu und schloss sich damit tendenziell einer völkerrechtlichen Lesart an. Die Reform des CELEX-Systems korrigierte dies zugunsten des Dokumentationsbereichs 3, dem abgeleiteten Recht. Hierzu dürfte die *Flughafentransit*-Entscheidung nicht unwesentlich beigetragen haben, EuGH, Rs. C-170/96 – *Kommission./Rat*, Slg. 1998, I-2763.

¹¹⁸ Oben Anm. 24.

¹¹⁹ Art. 17 I, II GO-Rat (2000).

scheidet.¹²⁰ Die Selektivität der Veröffentlichung der in Gemeinsamen Standpunkten und Gemeinsamen Aktionen formulierten Außenpolitik der Union ist ein eigenes Instrument dieser Politik, da hiermit gezielt Aufmerksamkeiten beeinflusst werden bzw. umgekehrt politische Strategien nicht öffentlich bekundet werden.

In der Stichprobe finden sich drei Gemeinsame Standpunkte nach Art. J.2 EUV (jetzt Art. 15 EU); sie beinhalten Maßnahmen im Zusammenhang mit Handelsbeschränkungen mit Jugoslawien (1995), politische Sanktionen gegen Birma/Myanmar (1996) sowie humanitäre Hilfe für Albanien (1997). Aus dem Bereich der Justiz- und Innenpolitik sind drei Gemeinsame Maßnahmen nach Artikel K.3 II *lit.* b EUV vertreten. Sie betreffen den Austausch von Verbindungsrichtern und -staatsanwälten (1996), die Festlegung eines Ausbildungs- und Austauschprogramms im Bereich der Ausweisdokumente (1996) sowie die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität ein bestimmtes Verzeichnis zu führen (1996). Der Umfang der dokumentierten Rechtsetzung auf den Politikfeldern des EU-Vertrags ist mit diesen sechs Akten nicht erschöpft. Fünf weitere, die ihre Rechtsgrundlage im EU-Vertrag haben, lassen sich den aus dem EG-Vertrag bekannten Handlungsformen zuordnen und sind statistisch dort mit erfasst worden. Es handelt sich um drei Beschlüsse über die Finanzierung von GASP-Maßnahmen nach Art. J.11 II EUV (jetzt Art. 28 III EU) sowie zwei Entschlüsse, eine zum Zeugenschutz (1995) und eine über einen Leitfaden für gemeinsame Zollkontrollaktionen (1997). Die Entschlüsse sind, nach der aus dem Gemeinschaftsrecht bekannten Technik, allgemein "gestützt auf den Vertrag über die Europäische Union". Offenbar erweisen sich gerade die nicht kodifizierten Handlungsformen, die weder den Sperrwirkungen des Art. 249 I EG unterliegen noch im EU-Vertrag normiert sind, als "säulenübergreifende" Errungenschaften des Unionsrechts.

Hingegen haben sich die primärrechtlich normierten Sonderformen des EU-Vertrags bislang sowohl in der Maastrichter wie der Amsterdamer Fassung als weitgehend systematisierungs- und dogmatisierungsresistent erwiesen und sind eine Quelle der Diffusität; eine echte Strukturierung der Rechtsetzung unter dem EU-Vertrag haben sie bislang nicht erbracht.

aa. Art. 34 EU – Stückwerk einer gebotenen Reform

Zentralnorm der Handlungsformen der Justiz- und Innenpolitik bzw. nach Amsterdam nur noch der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist Art. 34 EU. In Art. 34 II *lit.* a EU, wie bereits zuvor in Art. K.3 II *lit.* a EUV, ist die Annahme von "gemeinsame(n) Standpunkten" als eigene Handlungsform vorgesehen. Funktion dieser Rechtsakte ist die Sicherung eines abgestimmten Auftretens in den Außenbeziehungen auf den Feldern des Titel VI. Gemeinsame Standpunkte treffen verbindliche Festlegungen über die Positionen, die der Vorsitz und

¹²⁰ Art. 17 III GO-Rat (2000).

die Mitgliedstaaten in internationalen Organisationen und Konferenzen zu vertreten haben (Art. 37, 18 EU). Das weitreichende rechtliche Potential dieser Akte wird durch das Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat erheblich limitiert (Art. 34 II EU); immerhin kann ein Mitgliedstaat einen einmal beschlossenen gemeinsamen Standpunkt nicht einseitig aufkündigen, sondern muss ihn, so jedenfalls die Theorie, auch gegen seinen Willen international weiter vertreten.¹²¹ Mit Art. 38 EU unternimmt die Union darüber hinaus vorsichtige Schritte zu völkerrechtlicher Handlungsfähigkeit, indem jetzt auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch den Rat, hier Übereinkünfte genannt, vorgesehen ist. Diese sind jedoch nicht in jedem Fall ohne einen innerstaatlichen Ratifikationsakt für einen Mitgliedstaat bindend, Art. 24 EU.

Die erste Handlungsform im Bereich der PJZ, die der Modifikation der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dient, sind die internen Übereinkommen der Mitgliedstaaten, die der Rat ausarbeitet, Art. 34 II *lit. d* EU. Dieser Artikel sieht gegenüber Art. K.3 II *lit. c* EUV eine erleichterte Regelung für das In-Kraft-Treten vor; gebunden sind aber nur die Mitgliedstaaten, die die Übereinkommen angenommen haben. Das Erfordernis der innerstaatlichen Ratifizierung kennzeichnet die Übereinkommen als völkerrechtliches Handeln. Ihre Normierung im EU-Vertrag sichert jedoch den Nachrang gegenüber den Unionsverträgen ab, sodass hier kein Primärrecht erzeugt wird. Als Vorbild dienen die internen Abkommen der Mitgliedstaaten nach Art. 293 EG, wobei im Bereich des Titel VI EU-Vertrag eine unionale Komponente hinzukommt, indem die Festlegung des vorgeschlagenen Normtexts durch den Rat erfolgt. Art. 34 II EU kann entnommen werden, dass Handeln der Mitgliedstaaten in völkerrechtlichen Formen auf allen Teilgebieten des Titel VI als eine generell zulässige Alternative zum Erlass eines Unionsrechtsakts angesehen wird.

Art. K.3 II *lit. b* EUV lieferte die Grundlage für die in der Stichprobe vertretenen "Gemeinsamen Maßnahmen". Dies ist die Bezeichnung, die der EU-Vertrag (Maastricht) für rechtsförmiges Unionshandeln nach innen vorsah. Gemeinsame Maßnahmen wurden einstimmig vom Rat angenommen; der Rat konnte sich selbst zur Durchführung einer Gemeinsamen Maßnahme mit qualifizierter Mehrheit ermächtigen (eine Befugnisübertragung auf die Kommission kennt der EU-Vertrag nicht). Obwohl offensichtlich originäres Rechtshandeln der Union intendiert war, schwieg Art. K.3 II *lit. b* EUV zu den Rechtswirkungen der Gemeinsamen Maßnahmen. Diese Regelungstechnik steht in eklatantem Gegensatz zu Art. 249 EG, dessen wesentlicher Gehalt für die Handlungsformen in der Definition eines spezifischen Wirkungsmodus besteht. Selbst eine "Regelungsobergrenze", etwa mit Blick auf die unmittelbare Beeinträchtigung privater Rechtsgüter, war nicht eingezogen. Offenbar sollte jeder Rechtsakt mit der Bezeichnung "Gemeinsame Maßnahme" die mit ihm intendierten Rechtswirkungen selbst festlegen.¹²² Damit ist

¹²¹ Grabitz/Hilf-Röben (Anm. 110), Rn. 13 zu Art. 34 EU.

¹²² F. Zeder, Der Rahmenbeschluss als Instrument der EU-Rechtsangleichung im Strafrecht, ÖJZ 2001, 81, 82.

fraglich, ob bei der Gemeinsamen Maßnahme überhaupt von einer Handlungsform im engeren Sinne gesprochen werden kann. Ein wesentliches Rationalitätspotential der unionsrechtlichen Handlungsformen liegt gerade in der Zuweisung bestimmter definierter Rechtswirkungen, die einem Rechtsakt kraft seiner Handlungsform zukommen, ohne dass diese Rechtswirkungen in jedem einzelnen Fall erst festgelegt und expliziert werden müssten. Diese Speicherfunktion der Handlungsformen macht sich der EU-Vertrag bei der Gemeinsamen Maßnahme nicht zu Nutze. Die Beispiele in der Stichprobe zeigen, dass mit Gemeinsamen Maßnahmen verbindliches Handeln intendiert ist, was eine direkte Verpflichtung der Mitgliedstaaten einschließt. Eine Gemeinsame Maßnahme kann mithin nach dem Vorbild einer staatengerichteten Entscheidung konstruiert sein (hier: Verpflichtung, ein bestimmtes Verzeichnis zu führen). Sie kann aber auch nach dem Vorbild eines Beschlusses formuliert sein, indem ein bestimmtes Programm aufgelegt wird, das – sonst typisch für einen Beschluss – mit seiner Annahme *ad hoc* wirksam wird. Einer bereits in die Handlungsform eingebauten Wirkungsbegrenzung kann sich eine Gemeinsame Maßnahme dagegen nicht bedienen.

Auf die Defizite der Gemeinsamen Maßnahme reagierte der Amsterdamer Vertrag, der Art. 34 II *lit.* b und c EU aufgliedert und Rahmenbeschluss und Beschlüsse unterscheidet. Dem Rahmenbeschluss wird mit der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften ein eigener Funktionsbereich zugewiesen. Art. 34 II *lit.* b EU beschreibt den Wirkungsmodus des Rahmenschlusses mit identischem Wortlaut wie Art. 249 III EG mit Blick auf die Richtlinie. In Abgrenzung zur Richtlinie wird der Rahmenbeschluss durch den Ausschluss unmittelbarer Wirkungen charakterisiert. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur möglichen Direktwirkung defizitär umgesetzter Richtlinien sollen auf den Rahmenbeschluss keine Anwendung finden. Für das Erlassverfahren bleibt es bei der Einstimmigkeit im Rat, und anders als bei der Gemeinsamen Maßnahme ist eine normative Konkretisierung durch den Rat in einem erleichterten Verfahren nicht vorgesehen. Damit ist dem Rahmenbeschluss ein klareres dogmatisches Profil verliehen: Mit der Rechtsfolgenbestimmung ist der Schritt zu einer eigenständigen Handlungsform des Unionsrechts gemacht.¹²³

Über die Zuordnung zur Familie der richtlinienförmigen Instrumente (EG-Richtlinie, EGKS-Empfehlung, EG-Empfehlung) verfügt die Dogmatik jetzt über Anhaltspunkte, um das Rechtsregime des Rahmenbeschlusses näher zu konkretisieren. Zu klären wird insbesondere sein, welche Elemente der Rechtsprechung zur Richtlinie auf den Rahmenbeschluss übertragen werden können und welche Transfers aufgrund der fehlenden Direktwirkungen unzulässig sind. Diskutiert wird insbesondere über das Rechtsinstitut der richtlinienkonformen Auslegung,¹²⁴ das

¹²³ Die Geschäftsordnung des Rates zählt den Rahmenbeschluss zu den Fällen, bei denen bereits aufgrund der gewählten Handlungsform legislatives Handeln des Rates im Sinne von Art. 207 III Ua. 2 EG vorliegt, Art. 7 I GO-Rat (2000).

¹²⁴ Für eine Übertragbarkeit Zeder (Anm. 122), 82; Grabitz/Hilf-Röben (Anm. 110), Rn. 15 zu Art. 34 EU; eine völkerrechtliche Lesart des Unionsvertrags hält nur eine völkerrechtskon-

nach der Rechtsprechung des EuGH gerade keine Direktwirkung voraussetzt.¹²⁵ Probleme wirft hier die mögliche Gefährdung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes durch Rahmenbeschlüsse zur Harmonisierung des materiellen Strafrechts nach Art. 31 *lit. e* EU auf. Eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung zu Lasten eines Angeklagten ist mit Blick auf das auch zum Grundrechtsbestand des Unionsrechts zählende Analogieverbot¹²⁶ unzulässig.¹²⁷ Der kategorische Ausschluss unmittelbarer Wirkungen kann jedoch in anderen Teilbereichen des Titel VI, insbesondere bei strafprozessualen Fragen oder bei der Regelung von Zuständigkeiten (Art. 31 *lit. a bis d* EU) auch dazu führen, dass sich ein Einzelner nicht auf Regelungen eines Rahmenbeschlusses berufen kann, die für ihn günstig sind. Damit erklärt sich der eingeschränkte Wirkungsmodus des Rahmenbeschlusses gegenüber der Richtlinie nicht mit dem Aspekt des Schutzes individueller Rechtspositionen. Anders formuliert: Die Abweichung von der Richtlinie hat keine sachliche Rechtfertigung in den Spezifika des Regelungsfelds. Die Wahrung mitgliedstaatlicher Kontrolle über die Rechtsentwicklung in diesem Sektor des Unionsrechts, unter Ausschluss einer durch den EuGH ausgelösten Dynamik, steht wohl als Motiv im Vordergrund.

Der Rahmenbeschluss hat somit problematische Punkte, ist zugleich in der Perspektive der Handlungsformenlehre jedoch insoweit zu begrüßen, als er erste brauchbare rechtliche Konturen aufweist. Die Reform hinsichtlich der Beschlüsse nach Art. 34 II *lit. c* EU ist hingegen bereits im Ansatz misslungen. Art. 34 EU beschreibt die Beschlüsse als verbindliche Maßnahmen ohne unmittelbare Wirkungen, die für jeden anderen Zweck als den der Rechtsangleichung eingesetzt werden können. Allerdings bleibt offen, welche Rechtswirkungen verbindlich eintreten sollen. Auch die Abgrenzung zum Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses ist allein nicht weiterführend, da das Spektrum der möglichen Rechtswirkungen nicht definiert ist. Vieles deutet darauf hin, dass es bei der von der Gemeinsamen Maßnahme bekannten Regelungstechnik geblieben ist, die Aufgabe der Qualifizierung der Rechtswirkungen auf die einzelnen Rechtsakte zu verlagern. Jedenfalls ist der aus dem EG-Vertrag bekannte Beschluss nur eine Teilmenge der nach Art. 34 II *lit. c* möglichen Beschlüsse; es handelt sich keinesfalls um identische Kategorien. Liest man diese Norm ebenso wie *lit. b* in Abgrenzung zu Art. 249 EG, ist ein Wirkungsmodus nach dem Vorbild der Verordnung ausdrücklich ausgeschlossen. Zugelassen wären damit Gestaltungen nach dem Vorbild des Beschlusses und der staatengerichteten Entscheidung, wobei anders als im Gemeinschaftsrecht in der letzteren Variante das Entstehen unmittelbarer Wirkungen ausgeschlossen ist. Vieles spricht dafür, in den "Beschlüssen" nach Art. 34 II *lit. c* EU keine eigenständige

forme Auslegung für zulässig, Koenig/Pechstein (Anm. 24), Rn. 243 ff., wobei die praktischen Konsequenzen dieser Unterscheidung möglicherweise gering sind, L. Harings, Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, EuR-Beiheft 2/1998, 81, 88 f.

¹²⁵ EuGH, Rs. 14/83 – *Colson u.a.*, Slg. 1984, 1891, Rn. 26.

¹²⁶ Art. 49 EU-Grundrechtecharta.

¹²⁷ Zeder (Anm. 122), 82.

Handlungsform zu sehen, sondern einen Blankettbegriff wie den der Maßnahme, aus dem sich – sollte die Regelungslage dauerhaften Bestand haben – zukünftig eigenständige Handlungsformen herausbilden könnten.

bb. GASP – Handlungsformen ohne gerichtliche Kontrolle

Nur scheinbar klarer ist die Lage im Bereich der GASP. Als Ergebnis des Amsterdamer Vertrags bietet Art. 12 EU eine Übersicht der Handlungsformen des Titel V EU-Vertrag. Ebenso wie in der Justiz- und Innenpolitik kannte bereits die Maastrichter Fassung der GASP als Handlungsform den “gemeinsamen Standpunkt” (Art. J.2 EUV, jetzt Art. 15 EU), der mit drei Vertretern in die Stichprobe eingegangen ist. Die Vereinheitlichung des internationalen Auftretens der Union erstreckt sich hier nicht nur auf multilaterale Zusammenhänge, sondern auf alle außen- und sicherheitspolitischen Fragen. Die Amsterdamer Fassung bestimmt den Gegenstandsbereich eines Standpunkts als “Konzept der Union für eine bestimmte Frage geographischer oder thematischer Art”. Die Verbindlichkeit dieser Konzepte für die Mitgliedstaaten ist ausdrücklich angeordnet (Art. J.2 II EUV, Art. 15 S. 2 EU). Gerichtlich ist die Beachtung dieses Vorranganspruchs jedoch nicht kontrollierbar, da es im gesamten Titel V an einer Zuständigkeit des EuGH fehlt, Art. 46 EU.

Die zweite Handlungsform sind die Gemeinsamen Aktionen, in denen operatives außenpolitisches Handeln der Union definiert wird, Art. 14 I EU. Gemeinsame Aktionen sind bindend für die Mitgliedstaaten, Art. 14 III EU, eine einseitige Aufkündigung ist ausgeschlossen, Art. 14 II EU, jedoch ist eine Schutzklausel für Sofortmaßnahmen der Mitgliedstaaten vorgesehen, Art. 14 VI EU. In Abkehr vom Konsenszwang des Art. J.8 II EUV führt der Amsterdamer Vertrag zum einen die Möglichkeit einer konstruktiven Enthaltung im Bereich der Verteidigungspolitik ein, was indes zur Nichtverpflichtung des betreffenden Mitgliedstaats führt, Art. 23 I Ua. 2 EU. Für die übrigen Bereiche ist als Regelfall jetzt die qualifizierte Mehrheit im Rat vorgesehen, den Mitgliedstaaten bleibt aber die Möglichkeit eines begründungsbedürftigen Vetos. Als letzte Instanz der Konsensfindung ist der Europäische Rat vorgesehen, Art. 23 II EU.

Der Schlüssel zum Verständnis der Dynamisierung der Abstimmungsverfahren für Gemeinsame Standpunkte bzw. Aktionen in nicht-militärischen Fragen liegt wohl insgesamt in der zentralen Rolle des Europäischen Rates (ER) für die Politikformulierung in der Außenpolitik der Union. Anders als im Gemeinschaftsrecht, in dem die dominante Rolle des ER und der von ihm festgelegten “allgemeinen politischen Zielvorstellungen” (Art. 4 I EU) wenig formalisiert ist, ist die Zentralstellung des ER im Bereich der GASP ausdrücklich normiert. Die von ihm beschlossenen “Grundsätze und allgemeinen Leitlinien” (Art. 13 I EU) sowie die konkreteren “gemeinsamen Strategien” (Art. 13 II EU) sind für den Rat bindend, vom Rat beschlossene Standpunkte und Aktionen sind ausdrücklich als Durchführung der gemeinsamen Strategien des ER definiert (Art. 13 III EU).

Allgemein kann für den Bereich der GASP ein hinter dem Gemeinschaftsrecht, aber auch hinter der PJZ erheblich zurückbleibender Grad an Verrechtlichung diagnostiziert werden. Im Zentrum steht als Leitorgan der Europäische Rat, der sich selbst nicht als Organ begreift und nicht einmal über ein formalisiertes Verfahren der Willensbildung verfügt.¹²⁸ Seine verbindlichen und den Rat zum Durchführungsorgan degradierenden Rechtsakte sind nicht einmal dann vor dem EuGH anfechtbar, wenn sie in Gemeinschaftskompetenzen übergreifen würden.¹²⁹ Auch die Handlungen des Rates sind nicht darauf hin gerichtlich überprüfbar, ob sie mit den primärrechtlichen Vorgaben des Titel V EU in Übereinstimmung stehen. Dies setzt einer rechtswissenschaftlichen Dogmatisierung der Handlungsformen der GASP enge Grenzen. Ohne eine Zuständigkeit des EuGH zur Wahrung des Rechts auch in der Außen- und Sicherheitspolitik der Union ist auch die Übertragung von Erkenntnissen zu den gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformen auf Art. 12 EU praktisch ausgeschlossen.

f. Unverbindliche Formen als integrale Bestandteile der Rechtsordnung

Art. 249 EG nimmt mit der Empfehlung und der Stellungnahme zwei Handlungsformen in seinen Katalog auf, die er ausdrücklich als nicht verbindlich bezeichnet. Der Fundstellennachweis folgt dieser Vorgabe und führt diese und andere Handlungen, die keine Verbindlichkeit beanspruchen, als selbstverständlichen Bestandteil des geltenden Rechts. Für einen traditionellen Rechtsbegriff ist dies eine Provokation, gilt ihm doch gerade die Fähigkeit, Verhaltenssteuerung durch verbindliche Regelungen zu erzielen, als Inbegriff der Rechtsqualität einer Norm. Das nationale Verfassungsrecht hat sich bislang nur zögerlich entschließen können, hoheitliche Handlungen, die nicht mit dem Anspruch strikter Verbindlichkeit aufzutreten, als Rechtsphänomene anzuerkennen und theoretisch zu verarbeiten.¹³⁰ Für die Analyse des Unionsrechts ist ein solcher erweiterter Rechtsbegriff durch Art. 249 EG positivrechtlich geboten; es liegt auch in der Konsequenz der Union als Rechtsgemeinschaft, alle hoheitlichen Maßnahmen, die zum Zusammenhalt des aus Union und Mitgliedstaaten bestehenden Verbunds beitragen, als Recht zu qualifizieren und den entsprechenden verfassungsrechtlichen Anforderungen zu unterwerfen. Die Formendogmatik muss folglich auch unverbindliche Formen angemessen berücksichtigen. Dabei ist das Vermögen eines Handlungsträgers, mit einem unverbindlichen Rechtsakt rechtliche Wirkungen zu erzielen, eine Frage des

¹²⁸ GTE-Jacqué (Anm. 78), Rn. 14 zu Art. D EUV.

¹²⁹ Der Europäische Rat ist nach der Rechtsprechung kein Organ im Sinne von Art. 230 I EG und damit der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den EuGH entzogen (vgl. Art. 46 EU): EuG, Rs. T-584/93 – *Roujansky./Rat*, Slg. 1994, II-585, Rn. 12; EuGH, Rs. C-253/94 P – *Roujansky./Rat*, Slg. 1995, 7, Rn. 11. Zur Kritik dieser Rechtslage v. Bogdandy/Bast (Anm. 15), 455; zur Rechtsfortbildungskompetenz in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. 294/83 – *Les Verts./Parlament*, Slg. 1986, 1339, Rn. 23 zu Art. 173 EWGV a.F.

¹³⁰ v. Bogdandy (Anm. 44), 449 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533, 541; K. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1994, 215 ff.

spezifischen Wirkungsmodus dieser Handlungsform. Jedenfalls ist ein unverbindlicher Wirkungsmodus nicht gleichzusetzen mit rechtlicher Irrelevanz.

Die drei häufigsten Erscheinungsformen eines unverbindlichen Rechtsakts sind die Empfehlung, die Stellungnahme und die Entschließung.¹³¹ Zusammen genommen besitzen diese drei Handlungsformen mit fast 10 % einen erstaunlich hohen Anteil am geltenden Unionsrecht. Von den hier unter "Sonstige Formen" erfassten Akten zeichnen sich rund drei Viertel ebenfalls durch einen unverbindlichen Wirkungsmodus aus. Der Anteil der unverbindlichen Rechtsakte am dokumentierten Gesamtbestand erhöht sich damit auf 11 %. Für diese Akte zeichnen zu drei Viertel der Rat und die Kommission, jeweils etwa zu gleichen Teilen, als Autor verantwortlich. Das Phänomen des unverbindlichen Rechts kann folglich nicht zureichend damit erklärt werden, dass es von Institutionen herrühre, die die Verträge nicht mit der Befugnis zu verbindlicher Rechtsetzung ausgestattet haben.

aa. Die Empfehlung – eine unverbindliche Richtlinie

Etwas mehr als 2 % der Stichproben-Akte tragen die Bezeichnung Empfehlung. Die Empfehlung (engl. *recommendation*, franz. *recommandation*) gehört zu den in EG- und EAG-Vertrag typisierten Formen. Art. 249 V EG beschreibt ihre Wirkung jedoch allein negativ durch den Ausschluss ihrer Verbindlichkeit. In den vertraglichen Rechtsgrundlagen ist sie verschiedentlich ausdrücklich vorgesehen.¹³² Art. 211 2. Strich EG erteilt der Kommission sogar eine generelle Ermächtigung zur Abgabe von Empfehlungen. Darüber hinaus kann von den Rechtsetzungsorganen immer dann eine Empfehlung ausgesprochen werden, wenn der Vertrag zum Erlass von "Maßnahmen" oder "Vorschriften" ermächtigt und so das gesamte Instrumentarium des Art. 249 EG zur Verfügung steht.¹³³ Empirisch haben Rat und Kommission gleichen Anteil an den Empfehlungen.¹³⁴ Eine in der Literatur vermutete Dominanz der Kommission findet keine Bestätigung.¹³⁵ Die Rechtsetzungspraxis hat zwischenzeitlich sogar die Premiere zweier auf Art. 149 IV und 150 IV

¹³¹ Hier bereits früh C.-A. Morand, *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, CDE 1970, 623.

¹³² Für die Kommission z.B. in Art. 77 III, 133 III, 134 I EG und Art. 33, 38 I EA, für den Rat z.B. in Art. 37 II 3, 99, 149 IV, 151 V und 152 IV *lit. c* EG.

¹³³ Ob ein solches Formenwahlmesser im Bereich des EGV auch dann – als Wahl eines milderen Mittels i.S.d. Art. 5 III EG – besteht, wenn der Vertrag (eine) Handlungsform(en) mit strikterer Verbindlichkeit ausdrücklich vorsieht, ist umstritten, aber ohne große praktische Bedeutung. Dagegen, mit Verweis auf das Fehlen einer Bestimmung, die mit Art. 14 V KS vergleichbar ist, Ipsen (Anm. 9), 20/24. Dies ist jedoch nur für Verordnungs-Vorbehalte plausibel (Art. 39 III, 89 EG). Vertragliche Richtlinien-Gebote (z.B. Art. 44, 47, 137 II EG) sind demgegenüber als Ausschluss von Verordnung und staatsgerichteter Entscheidung zu lesen, nicht aber von Handlungsformen mit weniger weitreichender Verpflichtungskraft.

¹³⁴ Drei weitere Empfehlungen stammen von einem Kooperationsgremium bzw. der Verwaltungskommission zum Schutz der Wanderarbeitnehmer und sind damit keine Empfehlungen im Sinne von Art. 249 V EG, vgl. Art. 249 I EG.

¹³⁵ Grabitz/Hilf (Anm. 110), Rn. 78 zu Art. 189 EGV.

EG gestützten Empfehlungen erlebt, die im Mitentscheidungsverfahren ergangen sind.¹³⁶

Ausgehend von ihrer Unverbindlichkeit hat der EuGH die Rechtswirkungen einer Empfehlung näher konkretisiert. Mangels Verpflichtungskraft könne eine Empfehlung unter keinen Umständen einem Einzelnen unmittelbar wirksam Rechte verleihen, die er vor einem mitgliedstaatlichen Gericht durchsetzen kann.¹³⁷ Als vertraglich vorgesehene Handlungsform könne sie nicht als völlig wirkungslos angesehen werden: Wenn eine Empfehlung verbindliche gemeinschaftsrechtliche Vorschriften ergänzen soll oder ein Mitgliedstaat innerstaatliche Rechtsvorschriften zur Durchführung einer Empfehlung erlassen hat, sind die nationalen Gerichte gehalten, eine Empfehlung als Auslegungsmaßstab für das nationale Recht zu berücksichtigen.¹³⁸ Mit dieser Konzeption einer empfehlungskonformen Auslegung rückt der EuGH das Instrument der Empfehlung in die Nähe der Richtlinie, ohne jedoch die beiden Formen in ihrem Wirkungsmodus zu vermischen. Als integraler Bestandteil der Rechtsordnung hat die Empfehlung Anteil an der generellen Vorrang-Qualität des Gemeinschaftsrechts: Zur Sicherung ihrer einheitlichen Anwendung kann der EuGH um Vorabentscheidung ersucht werden, ohne dass der unverbindliche Charakter dem im Wege stünde.¹³⁹ Empfehlungen sind ebenso wie Richtlinien zweistufige Instrumente zur Modifikation der nationalen Rechtsordnungen: Zu ihrer Umsetzung ergehen nationale Vorschriften, die im Lichte des europäischen Rechts auszulegen sind. Der maßgebliche Unterschied besteht in der Freiwilligkeit des Umsetzungsakts durch die Mitgliedstaaten.¹⁴⁰ Diese Differenz schließt – selbst nach jahrzehntelanger Untätigkeit eines Mitgliedstaats wie im Fall *Grimaldi* – die Entstehung unmittelbarer Wirkungen aus, da es an der Verletzung einer Umsetzungspflicht fehlt.

Derart als unverbindliche Richtlinie konturiert, erschließen sich zwei wesentliche Funktionen, die die Handlungsform der Empfehlung erfüllen kann. Anders als Gaja [u.a.] in ihrer vergleichenden Untersuchung föderaler Systeme vermutet haben¹⁴¹, verfügt die Unionsrechtsordnung mit der Empfehlung sehr wohl über das Mittel des Musterentwurfs, mit dem sie den Gliedstaaten ein "weiches" Instrument der Rechtsangleichung offeriert und einem objektiven Koordinierungsbedürfnis bei dezentralisierter Rechtsetzung Rechnung tragen kann. Mit

¹³⁶ Empfehlung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.7.2001 über die Mobilität von Studierenden, in der Ausbildung stehenden Personen, Freiwilligen, Lehrkräften und Ausbildern in der Gemeinschaft, ABl. L 215 v. 9.8.2001, 30; Empfehlung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.2.2001 zur europäischen Zusammenarbeit bei der Bewertung der Qualität der Schulbildung, ABl. L 60 v. 1.3.2001, 51.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-322/88 – *Grimaldi*, Slg. 1989, 4407, Rn. 16.

¹³⁸ *Ibid.*, Rn. 18.

¹³⁹ EuGH, Rs. 113/75 – *Frecassetti*, Slg. 1976, 983, Rn. 8/9; Rs. 90/76 – *Van Ameyde*, Slg. 1977, 1091.

¹⁴⁰ Dies verkennt die Kritik bei Ruffert (Anm. 26), Rn. 121 zu Art. 249 EG: "Rechtsfortbildung gegen den Vertragstext".

¹⁴¹ G. Gaja/P. Hay/R. Rotunda, *Instruments for Legal Integration in the EC – A Review*, in: Cappelletti/Secombe/Weiler (Hrsg.), *Integration through Law*, Bd. 1, Buch 2, 1986, 113, 153.

der Optionslösung, die der EuGH für die Umsetzung einer Empfehlung zu Grunde legt, bietet der EG-Vertrag damit über seine Handlungsformen – lange vor Art. 43 ff. EU und Art. 11 EG – die Möglichkeit flexibler Integration, da sich gerade nicht alle Mitgliedstaaten auf das normative Programm einer Empfehlung verpflichten müssen.¹⁴²

Weitere Funktionen für das Unionsrecht erschließen sich aus einer dynamischen Perspektive. Zum einen kann die Empfehlung, nicht zuletzt wegen der generellen Empfehlungs-Kompetenz der Kommission, die Aufgabe übernehmen, eine schwache Kompetenzausstattung der Union zu überbrücken, indem dem politischen Gestaltungswillen der Organe dort Formen zur Verfügung gestellt werden, wo ein anderes Vorgehen an Grenzen stößt. Empfehlungen können auch in Bereichen erlassen werden, in denen richtlinienförmige Rechtsangleichung durch den Vertrag ausgeschlossen ist¹⁴³ oder zumindest wegen hoher Konsensanforderungen im Rat politisch nicht durchsetzbar wäre¹⁴⁴. Dieses spezifische Potential zur Kompensation rechtlicher oder politischer Handlungsblockaden hängt eng zusammen mit einer weiteren Funktion: Da die Empfehlung als autonomie-schonende Handlungsform von den Mitgliedstaaten leichter akzeptiert werden kann, kann ihr Gebrauch durch die Organe die Aufgabe eines Wegbereiters zukünftiger Integration (explorative Funktion) übernehmen, indem ein bestimmtes Feld für spätere "harte" Rechtsetzung sondiert und erobert wird. Vertraut mit den potentiellen Inhalten der Rechtsetzung kann die Bereitschaft der Mitgliedstaaten wachsen, durch Vertragsrevision der Union erweiterte Kompetenzen zur Verfügung zu stellen oder doch zumindest das langjährige Tätigwerden auf den entsprechenden Feldern zu "legalisieren".¹⁴⁵

Eine besondere Rolle kann die Empfehlung, zuletzt viel beachtet, auch als Instrument der Koordinierung der Mitgliedstaaten einnehmen, namentlich im Verfahren der multilateralen Überwachung der Wirtschaftspolitik (Art. 99 IV EG) und bei der Koordinierung der Beschäftigungspolitik (Art. 128 IV EG). Die Beeinflussung der Politik der Mitgliedstaaten und ihre politische Verpflichtung auf ein koordiniertes Vorgehen wird hier weniger durch das Resultat des Rechtsetzungsprozesses als durch die Institutionalisierung des Konsultationsverfahrens selbst erzielt, von dem kollektive Lernprozesse ausgehen sollen.¹⁴⁶ Bemerkenswert ist das Sanktionsinstrument des Art. 99 IV Ua. 1 S. 2 EG. Der Beschluss über die Veröffentlichung einer Empfehlung – das schärfste Schwert des Art. 99 EG – verspricht sich steuernde Wirkung von den Reaktionen der Öffentlichkeit und der Märkte.

¹⁴² Zu Flexibilität als neuem Verfassungsprinzip J. Shaw, *European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic*, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), 231, 246 ff.

¹⁴³ Eine Empfehlungs-Kompetenz des Rates wird gerade in solchen Bereichen zuerkannt, wo ein "Ausschluss jeglicher Harmonisierung" angeordnet ist: Art. 149 IV, 150 IV, 151 V, 152 IV EG.

¹⁴⁴ R. Baldwin, *Rules and Government*, 1995, 249.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 251.

¹⁴⁶ G. de Búrca/B. de Witte, *The Delimitation of Powers between the EU and its Member States*, 2002, 22, <http://www.iue.it/RSC/EU/Reform03.pdf>; J. Scott/D. M. Trubeck, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, *ELJ* 8 (2002), 1, 4 f.

bb. Die Stellungnahme – Gutachten der Kommission

Die zweite Handlungsform mit unverbindlichem Wirkungsmodus ist die Stellungnahme (franz. *avis*, engl. *opinion*), mit einem Anteil von knapp 2 % am geltenden Recht. Die Unterscheidung von Stellungnahme und Empfehlung ist ein Produkt der Modifizierung der Handlungsformen der Römischen Verträge gegenüber der Terminologie des Montan-Vertrags. Dieser kannte als unverbindliche Form allein die Stellungnahme der Hohen Behörde (Art. 14 IV KS). Art. 249 EG verzichtet jedoch auf eine Abgrenzung von Empfehlung und Stellungnahme. Sie ist auch in der Rechtswissenschaft nicht geklärt.¹⁴⁷

Aufschlussreich ist, dass ausweislich des FSN allein die Kommission Rechtsakte mit der Bezeichnung "Stellungnahme" erlässt, obwohl Art. 249 I EG auch dem Rat bzw. Rat und Parlament diese Handlungsform zur Verfügung stellt.¹⁴⁸ Ein zweites Charakteristikum ist die Publikationspraxis: Alle dokumentierten Stellungnahmen sind in der Amtsblatt-Serie L veröffentlicht. Die Kommission arbeitet offenbar, was die Kennzeichnung und Dokumentation ihrer Handlungen angeht, puristisch: Unverbindliche Akte, die der Nomenklatur des Art. 249 V EG folgen, werden in der Abteilung L veröffentlicht, andere unverbindliche Akte werden ggf. in der Serie C abgedruckt. Letztere heißen dann häufig "Mitteilung" (engl. *communication* oder *information*, franz. *communication*), gelegentlich auch "Leitlinie" (engl. *guideline*, franz. *orientation*) oder "Erklärung" (engl. *statement* oder *declaration*, franz. *déclaration*), niemals jedoch "Stellungnahme". Die Kommission ist offenbar bestrebt, ihren Stellungnahmen eine erkennbar herausgehobene Bedeutung zuzuschreiben und diese Bezeichnung nicht für die große Vielzahl von unverbindlichen Mitteilungen und Bekanntmachungen zu verbrauchen. Trotz einer umfassenden Befugnis zur Abgabe von Stellungnahmen macht die Kommission nur behutsam von diesem Instrument Gebrauch. Im Gegenzug hat sie sich mit der Mitteilung eine vielseitig verwendbare Form zur Willensäußerung geschaffen, die jedoch nur selten in den FSN aufgenommen wird.¹⁴⁹

Unter den dokumentierten Stellungnahmen lassen sich drei Varianten unterscheiden. Charakteristisch ist die Stellungnahme für bestimmte Bereiche des vereinschafteten Verkehrsrechts. Einer sekundärrechtlich begründeten Notifikati-

¹⁴⁷ So nahmen Ipsen und Grabitz an, die Stellungnahme ergehe im Unterschied zur Empfehlung als Reaktion zu "fremder Initiative"; Ipsen (Anm. 9), 21/35; Grabitz/Hilf (Anm. 110), Rn. 76 zu Art. 189 EGV. Ein anderer Vorschlag bei Daig (Anm. 42), Anm. 47 zu Rn. 22: "Empfehlungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie ein bestimmtes Verhalten anraten, während Stellungnahmen eine Beurteilung – der gegebenen Situation, der Meinungen oder des Verhaltens des Adressaten, beabsichtigter Maßnahmen usw. – zum Ausdruck bringen."

¹⁴⁸ Einen Hinweis darauf, dass die Abgabe von Stellungnahmen durch den Rat von den Vertragsschöpfern nicht intendiert war, gibt Art. 37 II EG.

¹⁴⁹ A.-M. Tournepiche, *Les Communications: instruments privilégiés de l'action administrative de la Commission européenne*, *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 454 (2002), 55; der EuGH hat auf diese Praxis der Formenwahl durch die Kommission reagiert und die Anfechtung von Auslegungs-Mitteilungen an die Mitgliedstaaten zugelassen: EuGH, Rs. C-366/88 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1990, I-3571; Rs. C-325/91 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1993, I-3283; Rs. C-57/95 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1997, I-1627.

onspflicht folgend reicht ein Mitgliedstaat den Entwurf eines nationalen Rechtsetzungsvorhabens zur Konformitätsbegutachtung bei der Kommission ein. Die Handlungsform, in der diese präventiven Rechtsgutachten erstattet werden, ist die Stellungnahme. Eine zweite Gruppe von Akten betrifft den präventiven Gesundheitsschutz im Nuklearsektor. Ihre Rechtsgrundlage finden sie in Art. 37 II EA, der das grenzüberschreitende Gefahrenpotential der Ableitung radioaktiver Stoffe regelt. Ein dritter (seltener) Anwendungsfall sind die Stellungnahmen, in denen die Kommission ihre Bedenken zu einem geplanten Übereinkommen der Mitgliedstaaten nach Art. 293 EG mitteilt. Den Hintergrund bildet, dass die Kommission nach dem Vertrag hier formell nicht in das Rechtsetzungsverfahren einbezogen ist. Als Bestandteil des publizierten Normensystems ist die Stellungnahme, so kann festgehalten werden, eher unbedeutend. Gewisse quantitative Relevanz besitzt sie im Verkehrssektor und im Atomrecht, wo die an einen einzelnen Mitgliedstaat gerichtete Stellungnahme der Kommission die Funktion eines aufsichtsrechtlichen Gutachtens erfüllt. Die rechtliche Bedeutung eines solchen Gutachtens besteht darin, dass eine befürwortende Stellungnahme zu einem Vorhaben, das der Kommission zur Begutachtung vorgelegen hat, unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zuverlässig vor einer späteren Aufsichtsklage nach Art. 226 EG schützt.¹⁵⁰

Was die Anzahl der Stellungnahmen im Bestand des geltenden Rechts angeht, ist jedoch zu berücksichtigen, dass der FSN nicht alle rechtlich bedeutsamen Handlungen der Organe dokumentiert, sondern nur solche, die einen Entscheidungsprozess abschließen. Die meisten Handlungen, die die Verträge "Stellungnahme" nennen, haben den Charakter einer vorbereitenden Handlung, die zwar ein – zumeist notwendiger – Zwischenschritt eines rechtlichen Verfahrens ist, nicht jedoch seinen Endpunkt bezeichnet. Stellungnahmen der Kommission sind z.B. vorgesehen bei Rechtsgrundlagen, bei denen der Rat auch ohne einen Vorschlag der Kommission, aber nicht ohne ihre Mitwirkung tätig werden soll (Art. 253 EG knüpft terminologisch an diese Unterscheidung an).¹⁵¹ Einen Sonderfall von vorbereitender Handlung stellt die "mit Gründen versehene Stellungnahme" (engl. *reasoned opinion*, franz. *avis motivé*) des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG dar: die für die Rechtspraxis vielleicht bedeutsamste Variante der Stellungnahme.¹⁵² Als Teil des Vorverfahrens ist die Abgabe der Stellungnahme zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung einer Aufsichtsklage, mit der der Streitgegenstand einer späteren Klage bestimmt wird.¹⁵³ Die Stellungnahme ist hier die rechtliche Form, die für ein reaktives Rechtsgutachten vorgesehen ist, mit dem die Kommission ihrer Aufgabe als Hüterin des Gemeinschaftsrechts nachkommt.

¹⁵⁰ Grabitz/Hilf (Anm. 110), Rn. 82 zu Art. 189 EGV.

¹⁵¹ Z.B. in Art. 120, 190 IV, 209 EG; vgl. auch Art. 138c IV EGV.

¹⁵² Ähnlich in Art. 227, 228 EG.

¹⁵³ EuGH, Rs. 39/72 – *Kommission./Italien*, Slg. 1973, 101, Rn. 9; Ch. Koenig/C. Sander, Einführung in das EG-Prozessrecht, 1997, Rn. 177, 182 ff.

cc. Die EntschlieÙung als originäre Handlungsform

Als EntschlieÙung (engl. *resolution*, franz. *résolution*) bezeichnete Akte sind mit 4 % vertreten – erstaunlich häufig vor dem Hintergrund, dass die Verträge diese Handlungsform gar nicht kennen. Nach einer Beobachtung von U. Everling sind EntschlieÙungen bereits seit Beginn der 70er Jahre “in großer Zahl und in allen Bereichen und vor allem in Randbereichen gemeinsamer Politiken”¹⁵⁴ gefasst worden. Man hat es hier mit einer bemerkenswerten Fortentwicklung der unionalen Handlungsformen zu tun: Die Praxis der Organe hat eine neue Kategorie von Akten entstehen lassen.¹⁵⁵

Als Urheber von EntschlieÙungen tritt vor allem der Rat auf, entweder allein (14 Akte in der Stichprobe) oder nach der sog. gemischten Formel gemeinsam mit den Mitgliedstaaten (3 Akte). Allein die im Rat vereinigten Regierungsvertreter bedienen sich nur in einem einzigen Stichproben-Fall der EntschlieÙungs-Form. EntschlieÙungen anderer Unionsorgane sind nicht nachweisbar.¹⁵⁶ Bei keinem dieser Akte findet sich ein Hinweis auf eine spezifische Befugnisnorm im Vertrag. Auch Art. 235 E(W)GV wird in keinem einzigen Fall als Rechtsgrundlage angeführt.¹⁵⁷ Der Rat ist offenbar der Ansicht, dass der Erlass von EntschlieÙungen – anders als der von Empfehlungen – keine ausdrückliche vertragliche Rechtsgrundlage erfordert, sondern ihm diesbezüglich eine implizite Kompetenz zukommt, die so weit reicht wie der sachliche Anwendungsbereich des Unionsrechts. Der Umstand, dass heute der weitaus größte Anteil der geltenden EntschlieÙungen allein vom Rat erlassen wurde, spricht dafür, den Schlüssel für die Interpretation der EntschlieÙung nicht in der Überschreitung der sachlichen Grenzen des Gemeinschaftsrechts zu suchen, die die Hinzuziehung der Vertreter der Regierungen als Ko-Autoren anzeigt. Eine Fixierung auf die Erscheinungsform als gemischte EntschlieÙungen oder als Minister-EntschlieÙung verleitet dazu, Gemeinsamkeiten mit “atypischen” Akten außerhalb des institutionellen Rahmens der Union zu betonen¹⁵⁸ und die eigenständige Bedeutung der EntschlieÙung als Handlungsform zu unterschätzen.

Anders als bei Empfehlung und Stellungnahme könnte bereits der rechtsförmige Charakter der EntschlieÙungen bestritten werden. Nach der bisherigen¹⁵⁹ Klassifizierung des CELEX-Systems firmieren EntschlieÙungen als “Sonstige Akte” (“Y”), also abgehoben von den “Sonstigen Rechtsakten” (“X”). Im engeren Sinn gehören EntschlieÙungen nach dem Selbstverständnis der Organe nicht zu den Rechtsformen (*instruments juridiques*), sondern sind politische Handlungsformen (*instru-*

¹⁵⁴ Everling (Anm. 93), 142.

¹⁵⁵ Eine Beschreibung dieser Entwicklung bei Dewost (Anm. 101), 327 ff.

¹⁵⁶ Zwei weitere EntschlieÙungen wurden von einem “sonstigen Organ”, dem Beratenden Ausschuss der EGKS, erlassen. Der Sache nach handelt es sich um vorbereitende Handlungen.

¹⁵⁷ Zur Frage, ob EntschlieÙungen “Vorschriften” i.S.d. Art. 308 EG sein können GTE-Schwartz (Anm. 78), Rn. 350 f. zu Art. 235 EGV.

¹⁵⁸ Everling (Anm. 91), 417.

¹⁵⁹ Nach der Reform der Dokumentationsnummern wird die EntschlieÙung mittlerweile als eigener Handlungstypus ausgewiesen (Buchstabe “G”).

ments politiques), von denen keine rechtlichen, sondern politisch-moralische Wirkungen ausgehen.¹⁶⁰ Aber trifft es überhaupt zu, dass es sich bei den Entschließungen lediglich um *soft law* handelt, das gewisse Verhaltenserwartungen schafft, aber den beteiligten Regierungen unter Ausschluss rechtlicher Sanktionen Rückzugsmöglichkeiten offen hält?¹⁶¹ Diese Frage nach dem Wirkungsmodus der Entschließung ist differenziert zu beantworten, zum einen im Verhältnis zu den bindenden Rechtsakten des Unionsrechts, zum anderen als Frage nach den Verpflichtungen, denen Mitgliedstaaten kraft einer Entschließung unterliegen.

Gewisse Rechtswirkungen sollten den hier untersuchten Entschließungen schon deshalb zukommen, weil sie im Amtsblatt veröffentlicht¹⁶² und in den FSN aufgenommen worden sind. Die Inkorporierung in den *acquis communautaire* wird auch in den Beitrittsakten deutlich, die ausnahmslos eine Klausel aufweisen, nach der die neuen Mitgliedstaaten sowohl gegenüber allen Ratshandlungen als auch "hinsichtlich der die Europäische Gemeinschaft betreffenden Erklärungen, Entschließungen und Stellungnahmen, die von den Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen angenommen wurden", sich "in der selben Lage wie die übrigen Mitgliedstaaten" befinden. Die Beitrittsländer sind verpflichtet, "die sich daraus ergebenden Grundsätze und Leitlinien und die gegebenenfalls zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßnahmen (zu) treffen"¹⁶³. Diese Formeln zeigen jedoch zunächst nur, dass Rechtswirkungen auch von Entschließungen nicht ausgeschlossen sind, denn durch eine Beitrittsakte werden einem Akt keine neuen Wirkungen hinzugefügt.¹⁶⁴

Die Rechtsprechung ist durch zurückhaltende Skepsis gekennzeichnet: Die Bezeichnung eines Rechtsakts als "Entschließung" gilt dem EuGH in einem frühen Urteil als Indiz dafür, dass seitens seiner Urheber keine verbindlichen Wirkungen intendiert sind.¹⁶⁵ J.-V. Louis deutet diese lapidare Zurückweisung als Mahnung an den Rat, sich den Verfahren und Formen der Verträge nicht durch Flucht in völkerrechtliche Verkehrsformen zu entziehen.¹⁶⁶ Auf dieser Linie liegen auch spätere Urteile, in denen der EuGH nachdrücklich ausgeschlossen hat, dass in Form einer Entschließung primärrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten suspendiert werden könnten.¹⁶⁷ Diesen Gedanken wird man dahin gehend verallgemeinern können,

¹⁶⁰ Zur Begrifflichkeit Dewost (Anm. 101), 331.

¹⁶¹ M. Bothe, "Soft Law" in den Europäischen Gemeinschaften?, in: FS Schlochauer, 1981, 761, 770; F. Roessler, Law, De Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations, GYIL 21 (1978), 27, 41.

¹⁶² Dass daneben auch Entschließungen bestehen, die nicht veröffentlicht worden sind, zeigt das sogleich angesprochene Urteil in der Rs. 141/78 – *Frankreich./Großbritannien* betreffend eine Entschließung des Rates zur Fischereipolitik, von der die Öffentlichkeit erst durch das Urteil erfahren hat (im Wortlaut wiedergegeben in Slg. 1979, 2941 f.)

¹⁶³ Erstmals findet sich die Formel in Art. 3 III der Beitrittsakte 1973.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. 44/84 – *Hurd*, Slg. 1986, 29, Rn. 30.

¹⁶⁵ EuGH, verb. Rs. 90/63 und 91/63 – *Kommission./Belgien und Luxemburg*, Slg. 1964, 1329, 1345 betreffend eine Entschließung des Rates; zur fehlenden Eignung einer Entschließung, Rechte für Einzelne zu begründen EuGH, Rs. 9/73 – *Schlüter*, Slg. 1973, 1135, Rn. 40.

¹⁶⁶ Louis (Anm. 2), 285.

dass Entschließungen auch gegenüber dem bindenden Sekundärrecht nachrangig sind.¹⁶⁸ Kraft ihres Wirkungsmodus bilden die unverbindlichen Akte insgesamt die unterste ("tertiäre") Normenschicht der Unionsrechtsordnung: Kollision eines verbindlichen mit einem unverbindlichen Rechtsakt ist immer zugunsten von ersterem zu lösen.¹⁶⁹

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass der EuGH einer Entschließung in bestimmten Fallkonstellationen die Fähigkeit zugesprochen hat, Pflichten für die Mitgliedstaaten zu begründen. In mehreren Verfahren hatte der EuGH über die Konformität einer mitgliedstaatlichen Maßnahme mit Maßgaben zu befinden, die in einer Entschließung des Rates zur Fischereipolitik niedergelegt waren.¹⁷⁰ Die Kommission und ihr folgend der EuGH argumentierten mit Kooperationspflichten aus Art. 5 EWGV (jetzt Art. 10 EG). Auch Entschließungen können mithin "Handlungen der Organe" im Sinne dieser Vorschrift sein. Der EuGH folgte im konkreten Fall die rechtliche Verbindlichkeit der im Anhang der fraglichen "Haager Entschließung" niedergelegten Pflichten.¹⁷¹ Für die Mitgliedstaaten entfalten Entschließungen demnach indirekte Bindungswirkung, da sich in ihnen potentiell die in Art. 10 EG verankerte Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit konkretisiert. Dies äußert sich insbesondere, wie in den Fischereifällen, als Konsultationsverpflichtung, kann im gesteigerten Fall jedoch auch in der Pflicht zur Unterlassung einseitiger Maßnahmen bestehen, mit denen ein Mitgliedstaat entschließungsförmig an ihn gerichtete Verhaltenserwartungen enttäuschen würde.¹⁷² Die gemeinschaftsrechtliche Bindung wird dabei stärker sein, wenn der Rat allein (und nicht gemeinsam mit den Mitgliedstaaten) gehandelt hat, was anzeigt, dass der Zusammenhang zwischen den Vertragszielen und dem Gegenstand der Entschließung besonders eng ist.¹⁷³

Entschließungen finden sich quer über alle Sachgebiete des Unionsrechts. Eine gesteigerte Affinität scheint jedoch zur Wissenschafts-, Bildungs- und Kulturpolitik zu bestehen. Offenbar besteht ein genereller Zusammenhang zwischen Politi-

¹⁶⁷ EuGH, Rs. 43/75 – *Defrenne*, Slg. 1976, 455, Rn. 56/58 für eine Entschließung der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten; EuGH, Rs. 59/75 – *Manghera*, Slg. 1976, 91, Rn. 21 für eine Entschließung des Rates, die auf Selbstverpflichtungen zweier Mitgliedstaaten Bezug nimmt, die in einseitigen Erklärungen niedergelegt sind.

¹⁶⁸ Zur Irrelevanz einer Entschließung als Maßstab zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses EuGH, Rs. C-146/96 – *Portugal./Rat*, Slg. 1999, I-8395, Rn. 56.

¹⁶⁹ GTE-Schmidt (Anm. 78), Rn. 23 zu Art. 189 EGV; Baldwin (Anm. 144), 226.
¹⁷⁰ EuGH, Rs. 141/78 – *Frankreich./Großbritannien*, Slg. 1979, 2923 ff.; daran anschließend EuGH, Rs. 32/79 – *Kommission./Großbritannien*, Slg. 1980, 2403 ff.; EuGH, Rs. 804/79 – *Kommission./Großbritannien*, Slg. 1981, 1045 ff., Rn. 23 ff.

¹⁷¹ EuGH, Rs. 141/78 (Anm. 170), Rn. 8-11; dies geht mit der Befugnis des Gerichtshofs einher, die allein maßgebliche Auslegung des Entschließungs-Textes festzulegen.

¹⁷² Everling (Anm. 93), 155; vgl. auch EuGH, Rs. 42/82 – *Kommission./Frankreich*, Slg. 1983, 1013, Rn. 36 zur Konsultationsverpflichtung zwischen den Mitgliedstaaten vor Änderung einer bestehenden Verwaltungspraxis.

¹⁷³ Der Umkehrschluss, dass man sich jenseits des Anwendungsbereichs des Vertrags befindet, wenn in der Vergangenheit Entschließungen von den Regierungsvertretern mitgefasst wurden, ist unzulässig; EuGH, Rs. 293/83 – *Gravier*, Slg. 1985, 593, Rn. 22.

ken, die sich aus mitgliedstaatlicher Perspektive als besonders "sensibel" darstellen, und dem Rückgriff auf unverbindliche Formen. Die Entschließung als Form erlaubt den mitgliedstaatlichen Vertretern im Rat die Formulierung gemeinsamer Ansichten und politischer Absichten auf Feldern, auf denen die Union nur eingeschränkte Kompetenzen besitzt und der symbolischen Wahrung mitgliedstaatlicher Autonomie besondere Bedeutung zukommt. Dies gilt neben der Sozialpolitik gerade für die Politikbereiche, die heute in Titel XI, XII, XIII im Dritten Teil des EG-Vertrags ausgestaltet sind. Anders als bei den sog. flankierenden Politiken mit ihren engen Bezügen zum Gemeinsamen Markt (wie Umwelt- und Verbraucherschutz) bestand seitens der Mitgliedstaaten keine Bereitschaft, diese Bereiche für "echte" Rechtsetzung der Gemeinschaft zu öffnen. Ein Rückgriff auf Art. 235 EWGV erschien selbst dann nicht akzeptabel, wenn der Rechtsakt in der unverbindlichen Handlungsform der Empfehlung ergangen wäre. Die Entschließung eröffnete auf diesen besonders sensiblen Feldern einen alternativen Entwicklungsweg zu dem über Art. 235 EWGV. In das Bild einer erfolgreichen "Politik der kleinen Schritte"¹⁷⁴ passt, dass viele der Entschließungen auf den genannten Feldern aus den 70er und 80er Jahren stammen. Hier könnte auch eine Rolle spielen, dass die Organe in den 80er Jahren den Beschluss entdeckt und mit Rückendeckung des EuGH¹⁷⁵ als ein Instrument ausgebaut haben, mit dem sie im Bildungs- und Wissenschaftssektor eigenständige Aktionsprogramme auflegen können. Die Vermutung liegt nahe, dass diese älteren Entschließungen den Weg bereitet haben für die durch Art. 126–128 EGV (jetzt Art. 149–151 EG) ausdrücklich anerkannten Förderkompetenzen der Union.

Die Überführung dieser Gestaltungsanliegen der Organe in die eindeutig innerhalb der Pforten des Gemeinschaftsrechts angesiedelte Handlungsform des Beschlusses entlastete die Entschließung ihrerseits von einer juristisch problematischen Aufgabe: Wie J.-L. Dewost berichtet, hatte es sich zur geübten und vom Europäischen Parlament mitgetragenen Praxis entwickelt, Gelder für die Durchführung von Programmen bereitzustellen, die ihre Grundlage allein in Entschließungen finden.¹⁷⁶ Die (fragliche) Eignung einer Entschließung, zumal einer gemischten oder einer reinen Minister-Entschließung, als Ermächtigungsgrundlage für die Verwendung von Haushaltsmitteln der Union ist vor dem EuGH lange nicht herausgefordert worden. Das Urteil *Großbritannien./Kommission* aus dem Jahr 1998¹⁷⁷ hat klargestellt, dass ein verbindlicher Basisrechtsakt, etwa in Form eines Beschlusses, zwingende Voraussetzung für Mittelbindungen durch die Kommission ist.

¹⁷⁴ Dewost (Anm. 101), 329.

¹⁷⁵ EuGH, Rs. 242/87 – *Kommission./Rat*, Slg. 1989, 1425.

¹⁷⁶ Dewost (Anm. 101), 328. Noch 1983 antwortet die Kommission auf eine schriftliche Anfrage zur Funktion der Entschließung: "Zu Entschließungen ... ist es insbesondere bei der Aufstellung von Aktionsprogrammen, z.B. für die Bereiche Sozialpolitik, Umwelt- und Verbraucherschutz sowie die Ausbildung von Jugendlichen gekommen" (zit. nach GTE-Schwartz [Anm. 78], Rn. 350 zu Art. 235 EGV).

¹⁷⁷ EuGH, Rs. C-106/96 – *Großbritannien./Kommission*, Slg. 1998, I-2729.

Die schon bei der Empfehlung konstatierten Kompensations- und Wegbereiterfunktionen lassen sich damit auch der Entschließung zuschreiben. Dabei ist die Entschließung aufgrund der Entbehrlichkeit einer ausdrücklichen Befugnisnorm noch weiter im Vorfeld echter Regulierungsbefugnisse angesiedelt, sie steht dem Rat gewissermaßen bereits im Embryonalstadium einer Gemeinschaftskompetenz zur Verfügung. Die bei der Empfehlung ermittelten Funktionen als Musterentwurf und Instrument flexibler Integration kommen demgegenüber bei der Entschließung kaum zum Tragen, da es an der vom EuGH entwickelten Option für die Herstellung rechtlicher Verbindlichkeit fehlt: Der Mechanismus der freiwilligen und zwischen den Mitgliedstaaten konsentierten Kooperation steht im Vordergrund. Trotz gewisser indirekter Wirkungen, die über die vertragliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit mit den Organen vermittelt werden, ist für die Entschließung charakteristisch, dass sie als autonomieschonende Handlungsform konzipiert ist und bindende Wirkungen im Regelfall nicht entfaltet. Diese Niedrigschwelligkeit bedingt gerade die Leistungsfähigkeit dieser Handlungsform, die in ihrem vergleichsweise hohen Anteil am geltenden Recht zum Ausdruck kommt. Die Entschließung in ihrer heutigen Verwendung hat sich von der Fixierung auf den kompetenziellen Randbereich des Unionsrechts gelöst und ist in die klassischen Sektoren eingewandert. Mit ihr steht dem Rat – ähnlich wie der Kommission mit der Mitteilung – eine flexibel einsetzbare Handlungsform zur Verfügung, mit der er unter Wahrung eines weichen Verpflichtungsmodus Kompromisse fixieren und Absichten öffentlich dokumentieren kann. Entschließungen zeigen an, welche Politik der Rat auf einen Regelungsfeld zukünftig entwickeln wird, und sind daher ein unverzichtbares Hilfsmittel auf dem Weg zu „hartem“ Recht.¹⁷⁸ Entschließungen haben mithin die wichtige Funktion, in einem frühen Stadium der Politikentwicklung auf der Ebene des Rates zukünftige Rechtssetzungsaktivitäten zu erleichtern und zu legitimieren.

g. Das Komplementärrecht: unionsnahes Völkerrecht der Mitgliedstaaten

Schon bei den völkerrechtlichen Außenbeziehungen wurde angesprochen, dass im Bereich des Unionsrechts auch die Mitgliedstaaten als Rechtssetzungsinstanzen auftreten und gemeinsam mit Unionsorganen gemischte Abkommen schließen. Handlungen der „im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten“ finden sich auch im internen Bereich. Der FSN bildet hierzu einen eigenen Dokumentationsbereich und bezeichnet diese Akte als „Komplementärrecht“.¹⁷⁹ Unter Abzug der in einer ersten Periode ebenfalls hier aufgeführten Handlungen mit einer Rechtsgrundlage im EU-Vertrag gehören rund 2 % des dokumentierten Rechts diesem Typus an. Die Vertreter in der Stichprobe weisen eine beachtliche Heterogenität auf. Am häufigsten findet sich die Bezeichnung „Entschließung“, da-

¹⁷⁸ Baldwin (Anm. 144), 227.

¹⁷⁹ Das CELEX-System klassifiziert solche Akte mit der Dokumentationsnummer 4.

neben "Beschluss", "Abkommen", "Vereinbarung", "Schlussfolgerungen" und "Gemeinsame Erklärung". Bei rund der Hälfte der Akte weist ihr Titel auf einen Akt mit unverbindlichen Wirkungen hin, bei den übrigen wird ein verbindlicherer Wirkungsmodus indiziert (Beschluss, Abkommen, Vereinbarung). Konstitutiv für die Einordnung in diesen Dokumentationsbereich ist die autorenschaftliche Mitwirkung der Regierungen der Mitgliedstaaten. Etwa zu gleichen Teilen finden sich Akte der "vereinigten Vertreter" und Akte nach der gemischten Formel.

Kaum eine Kategorie hat so große Unsicherheiten bei ihrer Einordnung hervorgerufen wie die, die der FSN "Komplementärrecht" nennt. Als Erscheinungsform der Integration sind solche Akte seit langem bekannt und in der Wissenschaft vielfältig diskutiert.¹⁸⁰ Die Pole des Meinungsspektrums bilden eine radikale völkerrechtliche Lesart, die internen Abkommen der Mitgliedstaaten den gleichen Rang zuschreibt wie den Gründungsverträgen,¹⁸¹ und einer materiellen Betrachtung, die sie zum erweiterten Gemeinschaftsrecht zählt¹⁸² – eine begriffliche Operation, die unter anderem dazu dienen soll, eine Prüfungskompetenz des EuGH zu begründen.¹⁸³ Der EuGH hat sich mit einer funktionalen Definition des Komplementärrechts begnügt, das er als "eine Reihe von Übereinkünften, Beschlüssen und Stellungnahmen, durch die die Mitgliedstaaten zusammenarbeiten und ihre Tätigkeiten aufeinander abstimmen, um zum ordnungsgemäßen Funktionieren der Gemeinschaftsorgane beizutragen und diesen die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern", bestimmt.¹⁸⁴ Zu Recht jedenfalls findet heute die Kennzeichnung als "uneigentliche Ratsbeschlüsse"¹⁸⁵ kaum noch Verwendung. Sie ist nicht nur hinsichtlich des Handlungsträgers irreführend. Von der Vielzahl der Bezeichnungen, auf die die Regierungsvertreter zurückgreifen, ist gerade die als "Beschluss" weder dominant noch ist sie für komplementärrechtliches Handeln reserviert. Im Gegenteil, die Bezeichnung eines Rechtsakts als "Beschluss" charakterisiert ihn ganz überwiegend als einen des organgeschaffenen Gemeinschaftsrechts.

Unbestritten steht komplementärrechtliches Handeln in einer sachlichen Beziehung zum Gemeinschaftsrecht, findet aber außerhalb einer Gemeinschaftskompetenz statt oder geht zumindest über diese hinaus.¹⁸⁶ Mangels ausreichender Rechtsgrundlage in den Verträgen handelt es sich zumindest im geltungstheoretischen Sinne nicht um Gemeinschaftsrecht, sondern um kollektives Handeln der Mitgliedstaaten, dessen Geltungsgrund nach der Rechtsquellenlehre des Völkerrechts im Konsens der Vertragsparteien liegt.¹⁸⁷ Aus dieser dogmatischen Zuordnung zum

¹⁸⁰ Ipsen (Anm. 9), 22/2 ff.; Everling (Anm. 93), 133 ff.; Lenaerts/Van Nuffel (Anm. 37), No. 15-005; monographisch J. Wuermeling, *Kooperatives Gemeinschaftsrecht*, 1988.

¹⁸¹ H. Wagner, *Grundbegriffe des Beschlussrechts der Europäischen Gemeinschaften*, KSE Bd. 5, 1965, 235, 241.

¹⁸² GTE-Harnier (Anm. 78), 4. Aufl. 1991, Rn. 44, Vorb. zum 5. Teil EGV; J. Kaiser, *Die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten*, in: FS Ophüls, 1965, 108, 124.

¹⁸³ P. Pescatore, *Remarques sur la notion juridique des "Décisions des représentants des État Membres réunis au sein du Conseil"*, SEW 1966, 579, 583 f.; Ipsen (Anm. 9), 22/13.

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C 6/89 – *Kommission./Belgien*, Slg. 1986, 29, Ls. 1.

¹⁸⁵ Etwa bei Grabitz/Hilf-Vedder/Folz (Anm. 110), Rn. 8 zu Art. N EUV.

¹⁸⁶ EuGH, Rs. 44/84 (Anm. 164), Rn. 20.

Recht der Mitgliedstaaten folgt, dass im Konflikt mit Unionsrecht die normale Kollisionsregel zur Anwendung kommt: der Anwendungsvorrang.¹⁸⁸ Die Gemeinschaftsverträge hindern die Mitgliedstaaten zwar nicht, untereinander wirksam völkerrechtliche Verträge zu schließen¹⁸⁹, im konkreten Konfliktfall müssen diese jedoch hinter dem Wirksamkeitsanspruch des Gemeinschaftsrechts zurücktreten¹⁹⁰. Für die gerichtliche Kontrolle gelten die allgemeinen Regeln: Ein Verstoß von Komplementärrecht gegen Gemeinschaftsrecht kann im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226, 227 EG festgestellt werden; passivlegitimiert sind die Mitgliedstaaten. Auch unter Art. 234 EG ist der Gerichtshof nicht befugt, Abkommen unter den Mitgliedstaaten auszulegen und aus ihnen fließende Verpflichtungen festzustellen, jedoch kann, wie bei anderen staatlichen Normen auch, dem EuGH eine Frage zur Auslegung der tangierten Gemeinschaftsnorm vorgelegt werden.¹⁹¹

Aus dieser Perspektive erhellt sich, dass die Prämisse des EuGH von der Autonomie der durch die Gründungsverträge errichteten Rechtsordnung¹⁹² eine wenig beachtete Dimension hat: die Abschirmung der unionalen Verfassungsordnung gegen paralegale Einflussnahme der Mitgliedstaaten in Rechtsformen des Völkerrechts. Mit dieser – einer völkerrechtlichen Lesart unverständlichen – Immunsierung der Unionsverträge gegen jede Verfassungsdurchbrechung wird überhaupt erst die Möglichkeit geschaffen, dass die Mitgliedstaaten außerhalb der Gründungsverträge in eine gemeinschaftsfördernde Kooperation eintreten können. Nur wenn das Gemeinschaftsrecht (und in der Konsequenz das Unionsrecht insgesamt) im Konfliktfall Vorrang genießt, kann das Komplementärrecht die integrationsfördernden Funktionen erfüllen, die Befürworter ihm zuschreiben¹⁹³, ohne dass die Mitgliedstaaten dysfunktionale Rückwirkungen auf vergemeinschaftete Sektoren befürchten müssen. Das Komplementärrecht ist damit Ausdruck einer Verfassungsrechtslage, die vom Dualismus von Union und Mitgliedstaaten geprägt ist, die einander als formell autonome Rechtsordnungen gegenüberreten und gleichwohl zu einem Verfassungsverbund verklammert sind.

Aus der sachlichen Nähe zu den Zielen der Integration können sich jedoch aus dem Unionsrecht Bindungen der Mitgliedstaaten an das Komplementärrecht ergeben. Wie der EuGH in der Rechtssache *Hurd* entschieden hat, unterliegen die Mitgliedstaaten keinen unmittelbaren gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen aus

¹⁸⁷ Die mitgliedstaatlichen Vertreter im Rat konstituieren sich *ad hoc* zu einer Regierungskonferenz, die personell mit dem Rat identisch ist. Das Resultat ist ein im vereinfachten Verfahren abgeschlossenes völkerrechtliches Abkommen, Schweitzer/Hummer (Anm. 40), Rn. 182 f.

¹⁸⁸ EuGH, Rs. 6/64 – *Costa*, Slg. 1964, 1251.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. C-316/91 – *Parlament./Rat*, Slg. 1994, I-625, Rn. 34; Ruffert (Anm. 37), Rn. 6 zu Art. 249 EG.

¹⁹⁰ Grabitz/Hilf-v. Bogdandy/Nettesheim (Anm. 110), Rn. 29 zu Art. 1 EGV. Die provisorische Erlaubnis des Art. 307 EG ist nicht einschlägig, weil Rechte von dritten Vertragspartnern nicht berührt sind und keine vorkonstitutionellen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Rede stehen.

¹⁹¹ EuGH, Rs. 130/73 – *Vandeweghe*, Slg. 1973, 1329; Rn. 2; Rs. 44/84 (Anm. 164), Rn. 20.

¹⁹² EuGH, Rs. 26/62 – *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1.

¹⁹³ Wuermeling (Anm. 180), 4 ff.

dem Komplementärrecht, gleichwohl kann in seiner Nichtbeachtung zugleich ein Verstoß gegen die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit den Organen liegen. Art. 10 EG greift dann ein, wenn komplementärrechtswidriges Handeln der Mitgliedstaaten die Anwendung einer Bestimmung der Verträge oder des davon abgeleiteten Rechts oder das Funktionieren der Gemeinschaftsorgane behindern würde.¹⁹⁴

Eine massive Verstärkung erfahren diese Pflichten, wenn in den Gemeinschaftsverträgen ausnahmsweise ein kollektives Handeln der Mitgliedstaaten ausdrücklich vorgesehen ist, etwa in Art. 20, 223 und 293 EG.¹⁹⁵ Bei diesen Verweisungen teils auf subsidiäre, teils auf ausschließliche Kompetenzen der Mitgliedstaaten ist evident, dass ein enger Zusammenhang zur Funktionsfähigkeit der Union besteht.¹⁹⁶ Wo die Verträge auf gemeinsames Handeln der Mitgliedstaaten verweisen, wird praktisch eine Annäherung an organschaftliches Handeln bewirkt.¹⁹⁷ Dies verändert auch das Modell der Konfliktlösung zwischen Komplementärrecht und abgeleitetem Gemeinschaftsrecht.¹⁹⁸ Ähnlich wie zwischen verschiedenen Rechtsgrundlagen für Organhandeln müssen sachgerechte Abgrenzungen der Normbereiche gefunden werden, und Organe und Mitgliedstaaten unterliegen einer Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme bei der Ausübung ihrer jeweiligen Befugnisse.¹⁹⁹

Einen Grenzfall stellen interne Abkommen nach Art. 293 EG dar. Namentlich zum EuGVÜ hat sich eine umfängliche Rechtsprechung des EuGH entwickelt.²⁰⁰ Dessen Auslegungsbefugnis ergibt sich, wie bei Abkommen nach Art. 293 EG üblich, aus einem speziellen Auslegungsprotokoll, das ein Art. 234 EG nachgebildetes Vorabentscheidungsverfahren vorsieht. Diese Rechtsprechung ist dadurch geprägt, das EuGVÜ – zumeist unausgesprochen – als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts zu interpretieren und das entsprechende methodische Instrumentarium zu entfal-

¹⁹⁴ EuGH, Rs. 44/84 (Anm. 164), Rn. 39.

¹⁹⁵ In der Stichprobe verfügt nur eine Minderheit der komplementärrechtlichen Akte (2 von 10 Akten) über eine solche vertragliche Anbindung. Sie ergingen zu Art. 168a III bzw. 8c EGV und sind jeweils als "Beschluss" bezeichnet.

¹⁹⁶ Auch Art. 12 EG findet auf von solchem Komplementärrecht erfasste Sachverhalte Anwendung, Grabitz/Hilf-v. Bogdandy (Anm. 110), Rn. 39 zu Art. 6 EGV.

¹⁹⁷ Für manche Autoren bedingt dies die Qualifizierung als Gemeinschaftsrechtsakte, für die die Besonderheit gelte, dass sie nicht vor dem EuGH angefochten werden können, Lenaerts/Van Nuffel (Anm. 37), No. 15-003; Ruffert (Anm. 26), Rn. 6 zu Art. 293 EG. Noch weiter geht Wuermeling (Anm. 180), 67 ff., der von einer "Funktionsträgerschaft" der Mitgliedstaaten spricht, die ihnen "zur Wahrnehmung einer Gemeinschaftskompetenz" echte Organstellung im System der Verträge verleihe.

¹⁹⁸ EuGH, Rs. 230/81 – *Luxemburg./Parlament*, Slg. 1983, 255; Rs. 103/83 – *Luxemburg./Parlament*, Slg. 1984, 1945; verb. Rs. 358/85 und 51/86 – *Frankreich./Parlament*, Slg. 1988, 4821; verb. Rs. 213/88 und C-39/89 – *Luxemburg./Parlament*, Slg. 1991, I-5643; EuGH, Rs. C-345/95 – *Frankreich./Parlament*, Slg. 1997, I-5215.

¹⁹⁹ EuGH, Rs. 230/81 (Anm. 198), Rn. 34 ff.

²⁰⁰ Mit dem In-Kraft-Treten der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist das EuGVÜ von einem Gemeinschaftsrechtsakt überlagert und hat nur noch in Bezug auf Dänemark Bedeutung.

ten.²⁰¹ Ausdrücklich hat der EuGH sogar das wesentliche Charakteristikum des Gemeinschaftsrechts, den Vorrang, auf das EuGVÜ übertragen.²⁰² Man verfehlt das Selbstverständnis des Gerichtshofs wohl nicht, wenn man den Kreis der Normen, die der EuGH der Gemeinschaftsrechtsordnung zuordnet, gleichsetzt mit dem Recht, über das der EuGH das Monopol der letztverbindlichen Auslegung besitzt.²⁰³

h. Singularia

Die empirische Vielfalt der Bezeichnungen ist größer, als mit den gewählten neun Kategorien eingefangen werden konnte. Immerhin 19 von 500 Rechtsakten, knapp 4 %, fügen sich nicht in das Schema ein. Etwa zur Hälfte gehen diese Handlungen auf die regulären Rechtsetzungsorgane zurück. Eine Typologie fällt angesichts der Heterogenität dieser Gruppe schwer, Aussagen über die Häufigkeit der Einzelfälle sind nur unter Vorbehalt möglich.

Bei näherer Analyse können zunächst vertraglich vorgesehene Sonderformen oder ihnen eng verwandte Erscheinungen abgeschichtet werden (7 Akte). Bei ihnen besteht kein ernsthaftes Problem für den Systemcharakter der Handlungsformen, da das Rechtsregime dieser Akte entlang primärrechtlicher Vorgaben entwickelt werden kann. Die größte Beispielgruppe sind die Berichte und Sonderberichte des Rechnungshofs nach Art. 248 EG. Verbindliche Rechtswirkungen gehen von diesen Handlungen nicht aus. Andere Sonderformen, die die Verträge kennen, oder die in der Praxis mit festen Konturen entwickelt sind, haben keinen Eingang in die Stichprobe gefunden. Dies betrifft namentlich die Interinstitutionellen Vereinbarungen (nach dem reformierten CELEX-System unter dem Buchstaben "Q" erfasst) und die speziell dem Haushaltsrecht zugehörenden Akte wie der Haushaltsplan oder die Haushaltsordnung ("B"). Ungeachtet ihrer großen praktischen Relevanz sind diese Handlungen ihrer Zahl nach offenbar nur Einzelercheinungen im Bestand des geltenden Rechts. Dies gilt auch für die Geschäftsordnungen der Organe und ähnliche Akte (ebenfalls "Q"). Gemäß der Verträge genießen die Rechtsetzungsorgane und die vertragsunmittelbaren Nebenorgane Geschäftsordnungsautonomie²⁰⁴; von der Rechtsprechung ist die hiermit eingeräumte Selbstorganisationsbefugnis als Rechtsgrundlage für weitere Akte, zumeist in der Handlungsform des Beschlusses, anerkannt.²⁰⁵ Ein Verstoß gegen die Bestimmung einer Geschäftsordnung kann eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Sinne von Art. 230 II EG darstellen.²⁰⁶

²⁰¹ EuGH, Rs. C-398/92 – *Mund*, Slg. 1994, I-467, Rn. 11 f.

²⁰² EuGH, Rs. 25/79 – *Sanicentral*, Slg. 1979, 3423, Rn. 5; Rs. 288/82 – *Duijnste*, Slg. 1983, 3674, Rn. 13.

²⁰³ Vgl. St. Kadelbach, Einheit der Rechtsordnung als Verfassungsprinzip der Europäischen Union, EuR-Beiheft 2/1998, 66.

²⁰⁴ Art. 199 I, 207 III, 218 II EG; ebenso der Wirtschafts- und Sozialausschuss, Art. 260 II EG, und der Ausschuss der Regionen, Art. 264 EG. Für nachgeordnete Institutionen wird grundsätzlich der Rat tätig, vgl. Art. 209 EG; entsprechende Regularien werden meist als Satzung bezeichnet.

Eine zweite Gruppe von Akten sind unverbindliche Handlungen, die nicht als Empfehlungen, Stellungnahmen oder Entschlüsse ergehen (7 Akte). Die Pluralität der vorgefunden Erscheinungsformen ist beachtlich: Der Rat äußert sich z.B. unter dem Titel "Erklärung" und "Schlussfolgerungen", die Kommission unter "Erklärung" und "Mitteilung". Auf ähnliche Verlautbarungen im Komplementärrecht wurde bereits hingewiesen. Diese – gewiss nicht abschließende – Liste der in der Praxis auftretenden Bezeichnungen birgt ein Transparenzproblem, da erst rechtswissenschaftliche Aufklärungsarbeit an den konkreten Akten erhellen kann, ob sich hinter abweichenden Bezeichnungen abweichende rechtliche Wirkungen verbergen. Es darf vermutet werden, dass sich hier keineswegs in allen Fällen rationale Anwendungsregeln rekonstruieren lassen, die auf ein praktisches Bedürfnis zur Ausdifferenzierung zurückgehen. Andererseits ist zu konstatieren, dass die Inflation der Bezeichnungen bei den unverbindlichen Handlungen nur ein quantitatives Randphänomen betrifft.

Gewisse eigenständige dogmatische Konturen sind nur bei den Mitteilungen der Kommission erkennbar (2 Akte in der Stichprobe). Handlungen mit dieser Bezeichnung erfüllen offenbar zuweilen die Funktion von Verwaltungsvorschriften, mit denen die Kommission in Kommunikation zu mitgliedstaatlichen Stellen tritt, ohne verbindlichere Regelungen erlassen zu können oder zu wollen.²⁰⁷ So finden sich in der Praxis seit den 80er Jahren vermehrt Mitteilungen an die Mitgliedstaaten, in denen die Kommission ihr Verständnis von Pflichten erläutert, die sich aus geltendem Recht ergeben.²⁰⁸ Das Rechtsregime dieser Auslegungs-Mitteilungen gleicht den *circulaires interprétatives* des französischen Verwaltungsrechts.²⁰⁹ Von noch größerer Bedeutung sind Mitteilungen dort, wo die Kommission die Befugnis zur verbindlichen Entscheidung im Einzelfall besitzt: dem Wettbewerbsrecht. So gelten im Beihilfenrecht zahlreiche formell unverbindliche Rechtsakte, mit denen die Kommission – ähnlich wie bei Verwaltungsvorschriften im deutschen Recht – ihr weites Ermessen selbst bindet und so indirekt auch die Mitgliedstaaten auf die formulierten Genehmigungskriterien verpflichtet.²¹⁰ Der weitgehend zwingende Charakter dieser Regeln findet eine zusätzliche Stütze in Art. 88 I EG, der – nach

²⁰⁵ EuGH, Rs. 294/83 – *Les Verts./Parlament*, Slg. 1986, 1339, Rn. 44; Rs. C-58/94 – *Niederlande./Rat*, Slg. 1996, I-2169, Rn. 37 f.; EuG, T-105/95 – *WWF UK./Kommission*, Slg. 1997, II-313, Rn. 54.

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-137/92 P – *Kommission./BASF*, Slg. 1994, I-2555, Rn. 75 f.; Rs. 68/86 – *Großbritannien./Rat*, Slg. 1988, 855, Rn. 48.

²⁰⁷ Zu unterscheiden davon sind innerdienstliche Richtlinien, die das Kommissions-Kollegium oder ein einzelner Kommissar zur Steuerung nachgeordneter Dienststellen erlässt, dazu EuGH, Rs. 148/73 – *Lowage./Kommission*, Slg. 1974, 81, Rn. 11/18.

²⁰⁸ J. G u n d e l, Rechtsschutz gegen Kommissions-Mitteilungen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, 90, 93.

²⁰⁹ G u n d e l, *ibid.*, 97; Rechtsprechungsnachweise in Anm. 149.

²¹⁰ EuG, Rs. T-380/94 – *AIUFFASS u.a./Kommission*, Slg. 1996, II-2169, Rn. 57; Rs. T-149/95 – *Duros*, Slg. 1997, II-2031, Rn. 61: "Die Kommission kann sich bei der Ausübung ihres Ermessens durch Maßnahmen wie die fraglichen Leitlinien selbst binden, sofern diese Regeln enthalten, die auf den Inhalt der Ermessensbindung hinweisen und die nicht gegen den EG-Vertrag verstoßen."

der Auslegung des EuGH – Kommission und Mitgliedstaaten auf die Einhaltung des beihilfenpolitischen Konsenses verpflichtet, der in diesen Akten für die Dauer ihrer Geltung fixiert ist.²¹¹ Eine Durchsicht des beihilfenrechtlichen *acquis* mit seinem bunten Strauß an Mitteilungen, Rundschreiben, Leitlinien, Gemeinschaftsrahmen und Kodizes²¹² vermittelt jedoch zugleich den Eindruck, dass die „Verwaltungsvorschrift der Kommission“ von einer Verdichtung zu einer konturenscharfen Handlungsform noch weit entfernt ist.

Es verbleibt eine dritte Gruppe von Akten, die lediglich eint, dass ihre Qualifizierung unter dem Gesichtspunkt der Handlungsform Probleme aufwirft. Ihre Bezeichnung steht im Spannungsverhältnis zu den Wirkungen, die sie ihrem Inhalt nach auslösen sollen. Der Anteil der Akte, die solche Unklarheiten über ihre Rechtswirkungen verbreiten, kann mit ca. 1 % angegeben werden. Z.B. ist eine „Richtlinie“ des Rates²¹³, die ausweislich ihres Textes nur eine „Zusammenstellung“ ist, die „keinerlei rechtliche Kraft“ hat, also keine Richtlinie i.S.d. Art. 249 EG.²¹⁴ Der umgekehrte Fall einer Unverbindlichkeit indizierenden Bezeichnung eines verbindlichen Akts liegt bei einer „Bekanntmachung“ der Änderung einer Kommissions-Entscheidung durch die Kommission vor.²¹⁵ Eine weitere Problemkonstellation besteht dann, wenn ein Rechtsakt zwar offenbar verbindliche Rechtswirkungen erzielen soll, mangels Zuweisung zu einer spezifischen Handlungsform sein Rechtsregime jedoch mit Unklarheiten behaftet ist. Ein Beispiel ist eine nicht näher qualifizierte „Ernennung“ durch die Kommission.²¹⁶ Warum nicht die sonst übliche Form des Beschlusses Verwendung fand und eine Veröffentlichung in der Serie L erfolgte, ist unerfindlich. Gleichfalls dunkel sind die Gründe, die den Rat bewogen haben, eine Ausnahmeregelung von einer Richtlinien-Bestimmung zugunsten eines Mitgliedstaats ohne jede Kennzeichnung der Handlungsform vorzunehmen²¹⁷, statt wie in solchen Fällen üblich eine staatsgerichtete Entscheidung zu

²¹¹ EuGH, Rs. C-313/90 – *CIRFS u.a./Kommission*, Slg. 1993, I-1125, Rn. 36 („zwingende Wirkung“), EuG, Rs. T-2/93 – *Air France./Kommission*, Slg. 1994, II-323, Rn. 102; EuGH, Rs. C-311/94 – *Ijssel-Vliet Combinatie*, Slg. 1996, I-5023, Rn. 34.

²¹² Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften, Bd. IIA (Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen), 1999.

²¹³ Richtlinie des Rates vom 29.9.1970 über einen gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten, ABl. C 66 v. 8.6.1974, 55.

²¹⁴ Dass es sich nicht um eine Richtlinie i.S.d. Art. 249 EG handelt, lässt sich auch an der Veröffentlichung in der Serie C ablesen. Offenbar liegt eine amtliche Konsolidierung ohne konstitutiven Charakter vor. Nach heutiger Praxis erfolgt die konsolidierte Veröffentlichung eines Rechtsakts auch ohne inhaltliche Änderung nur im formellen Rechtsetzungsverfahren (sog. Kodifizierung), mit konstitutiver Wirkung, vgl. die Interinstitutionelle Vereinbarung vom 20.12.1994 über ein beschleunigtes Arbeitsverfahren für die amtliche Kodifizierung von Rechtsakten, ABl. C 102 v. 4.4.1996, 2, und die neue Interinstitutionelle Vereinbarung vom 28.11.2001 über die systematischere Neufassung von Rechtsakten, ABl. C 77 v. 28.3.2002, 1.

²¹⁵ Bekanntmachung der Hohen Behörde über den abgeänderten, gegenwärtig gültigen Wortlaut der Entscheidung Nr. 31/53, ABl. 187 v. 24.12.1963, 2982.

²¹⁶ Ernennung der Mitglieder des Verbraucherausschusses (96/C 36/06), ABl. C 36 v. 2.9.1996, 5.

²¹⁷ Anwendung des Artikels 27 der sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie des Rates vom 17.5.1977 (Genehmigung einer von der Regierung des Vereinigten Königreichs beantragten abweichenden Maßnahme), ABl. L 359 v. 19.12.1986, 59.

wählen. Solche ungekennzeichneten Rechtshandlungen sind vor dem Hintergrund eines gefestigten Formenkanons unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht zu rechtfertigen.

In Einzelfällen kennt das geltende Recht also durchaus Beispiele für unverständliche und rechtlich zweifelhafte Ausübung der formbezogenen Qualifikationsbefugnis der Organe, bei denen die befestigten Pfade der etablierten Handlungsformen ohne Not verlassen wurden. Bei einer festgestellten Größenordnung dieses Phänomens von etwa 1 % des Rechtsbestands wird man jedoch kaum von einer ernsthaften Gefährdung der Systemrationalität der Handlungsformen sprechen können. Bei diesen gewiss unerfreulichen Erscheinungen handelt es sich um Nebenfolgen der primärrechtlichen Grundentscheidung für ein entwicklungsoffenes Handlungsformensystem, was wohl notwendig mit einer gewissen Diffusität in Randbereichen verbunden ist.

3. Die Organe der Rechtsetzung – die Pluralität der Gesetzgeber

Der Eindruck mangelnder Strukturiertheit des abgeleiteten Rechts der Europäischen Union beruht nicht allein auf seiner Formenvielfalt. In mindestens gleicher Weise tragen die fehlende Zuordnung von Form und Organ sowie das nur in einigen Fällen hierarchisch geordnete Verhältnis verschiedener rechtsetzender Organe zu diesem Eindruck bei. Auch in diesem Punkt unterscheidet sich die unionale Rechtsordnung erheblich von den meisten nationalen Rechtsordnungen, in denen eine strikte Zuordnung von Form und Organ sowie eine hierarchische Ordnung der Organe wesentliche Strukturierungsleistungen erbringen.²¹⁸ Vor eilfälligen Reformen ist jedoch auch in diesem Punkt zunächst einmal festzustellen, wie die Rechtsetzungspraxis der unterschiedlichen Organe derzeit wirklich aussieht, wie sie durch das primäre Unionsrecht eingebunden sind und wo die Probleme genau liegen.

a. Bedeutung und Aussagegehalt von Organschaft im Unionsrecht

Die folgende statistisch gestützte Darstellung der Pluralität der Gesetzgeber in der unionalen Rechtsordnung baut auf der Kategorie der Organschaft auf. Dieser Ansatz bedarf der näheren Erläuterung, da die Zurechnung von Organschaft eine komplexe juristische Operation beschreibt und teilweise anderen Regeln folgt, als es mit dem Terminus der "Verantwortlichkeit" in der gängigen politischen Wahrnehmung oder in akteurbezogenen politikwissenschaftlichen Analysen geschieht. Grundsätzlich ist für das unionale Rechtssystem eine zweistufige Zurechnung typisch: Ein Rechtsakt wird zunächst einem Organ und vermittelt über dieses dem Hoheitsträger EU zugeordnet.²¹⁹ Sinnfälligen Ausdruck findet dies darin, dass die

²¹⁸ Eine Übersicht des gemeineuropäischen Bestands in v. Bogdandy (Anm. 44), 153 ff., 226 ff.

Rechtsakte in Titel, Präambel und Unterzeichnungsformel auf das verantwortliche Organ hinweisen.

aa. Organschaft und Rechtsschutzregime

Die teilweise Entkoppelung von juristischer Organschaft und gängiger politischer Wahrnehmung ergibt sich aus der rechtspraktisch relevantesten Funktion der Organzurechnung, nämlich der Strukturierung des unionalen Rechtskontrollregimes. Sie dient erstens der Identifizierung zulässiger Klagegegenstände einer Anfechtung und damit derjenigen Akte, die vom EuGH nach Art. 231 EG für nichtig erklärt werden können.²²⁰ Nach ständiger Rechtsprechung ist die Nichtigkeitsklage gegen alle Handlungen der Organe zulässig, die Rechtswirkungen erzeugen.²²¹ Diese Formel hat zum einen einschließende Funktion: Kein Rechtsakt ist allein wegen der Handlungsform, die die erlassende Stelle ihm zugewiesen hat, einer Rechtmäßigkeitskontrolle entzogen; auch dass der angegriffene Akt seine Rechtsgrundlage in einem der Gemeinschaftsverträge hat, ist keine zwingende Voraussetzung.²²² Zum anderen aber werden über die Organzurechnung, noch vor der Ermittlung möglicher Rechtswirkungen, eine Reihe von Akten als nicht-anfechtbare Handlungen ausgegrenzt: Es kommt darauf an, ob der angegriffene Akt einem der in Art. 230 I EG aufgeführten Handlungsträger zuzurechnen ist.²²³ Das Prüfungskriterium "Handlung eines Organs" dient vor allem der Grenzziehung zu den Handlungen der Mitgliedstaaten, die einer Nichtigklärung durch den EuGH entzogen sind.²²⁴

Die Ordnungsfunktion des Organbegriffs für das Rechtsschutzsystem findet zweitens Ausdruck in einer prozessrechtlichen Besonderheit. Bei allen Direktklagen wird die Passivlegitimation über die Organschaft definiert²²⁵, was eine Prozessführungsbefugnis der Organe im eigenen Namen bedingt. Diese prozessuale

²¹⁹ Nicht zuletzt wegen der identischen Zurechnungs- und Legitimitätsstrukturen der handelnden Organe unter allen Verträgen folgt diese Studie der Einheitsthese, nach der die Gemeinschaften als Organisationen in der Union aufgegangen sind (oben Anm. 24); nach anderer Ansicht ist der Hoheitsträger die EG, soweit die Organe unter dem EG-Vertrag handeln. Zur Besonderheit der Organzurechnung bei der EZB unten II.3.c.

²²⁰ Dies gilt *mutatis mutandis* auch für das Kontrollregime über Art. 234 I lit. b EG.

²²¹ EuGH, Rs. 22/70 – *Kommission./Rat*, Slg. 1971, 263, Rn. 38/42.

²²² EuGH, Rs. C-316/91 – *Parlament./Rat*, Slg. 1994, I-625, Rn. 9; Rs. C-170/96 – *Kommission./Rat*, Slg. 1998, I-2763, Rn. 16 f.

²²³ Zum Europäischen Rat siehe oben Anm. 129.

²²⁴ EuGH, verb. Rs. C-181/91 und C-248/91 – *Parlament./Rat und Kommission*, Slg. 1993, I-3685, Rn. 12; Rs. C-313/89, *Kommission./Spanien*, Slg. 1991, I-5231, Rn. 10; zur Abgrenzung einer Ratshandlung von einer im Ratszusammenhang getroffenen Vereinbarung der Mitgliedstaaten orientiert sich der EuGH maßgeblich an einer Analyse der vertikalen Kompetenzverteilung; der Radius für eine Qualifizierung als Organhandeln ist damit weit, EuGH, Rs. 22/70, *Kommission./Rat*, Slg. 1971, 263, Rn. 3/4.

²²⁵ EuGH, Rs. 18/75 – *Schmitz./EWG*, Slg. 1964, 175, 202; Rs. 102/63 – *Boursin./Hohe Behörde*, Slg. 1964, 1471, 1501; Rs. 307/85 – *Gavanas./Rat und WSA*, Slg. 1987, 2435, Rn. 3–9; Koenig/Sander (Anm. 153), Rn. 273.

Autonomie der Organe greift durch auf die Verantwortung für die Urteilsfolgen. Es sind die Organe, "denen das für nichtig erklärte Handeln zur Last fällt", an die sich Art. 233 I EG richtet, um sie auf die Ergreifung der aus dem Urteil folgenden Maßnahmen zu verpflichten. Das Erlassorgan ist damit über die Geltungsdauer eines Rechtsakts hinaus für diesen juristisch verantwortlich. Mit Blick auf die Rechtsschutzfunktion ist festzuhalten, dass der Gerichtshof aus den vertraglichen Vorgaben ein System der Legalitätskontrolle entwickelt hat, das mit der Pluralität von Gesetzgebern auf rechtsstaatlich brauchbare Weise umgeht.

bb. Organschaft und politische Verantwortlichkeit

Weiter erfüllt die organschaftliche Zurechnung eine Funktion in der Verknüpfung von politischem System und Rechtssystem. Organschaft markiert neben der juristischen auch einen Zurechnungspunkt für politische Verantwortlichkeit. Es ist in erster Linie das erlassende Organ, das gegenüber einer demokratischen Öffentlichkeit Rechenschaft abzulegen hat über die Erwägungen, die zur Annahme des Akts geführt haben (*accountability*), und für die durch ihn ausgelösten Folgen die Verantwortung übernimmt (*responsibility*). Diese Kopplung von politischer und rechtlicher Verantwortungszurechnung knüpft an die Verfügungsgewalt über den Inhalt eines Akts an. "Rechtsakt" meint hier die Einheit von Erwägungsgründen und verfügendem Teil.²²⁶ Die Begründungspflichten des Art. 253 EG errichten – über die Sicherung der judikativen Legalitätskontrolle hinaus – einen Rechtfertigungszwang vor einer interessierten Öffentlichkeit.²²⁷ Gegenüber dieser exponierten politischen Verantwortung des Erlassorgans treten diejenigen Organe, die nur mit vorbereitenden Handlungen an der Produktion des Rechtsakts mitgewirkt haben, auch dann in die zweite Reihe zurück, wenn diese Handlungen als Vorschläge und Stellungnahmen notwendige Zwischenschritte des Erlassverfahrens sind. Immerhin verlangt Art. 253 EG, dass auf obligatorische Beiträge anderer Organe hinzuweisen ist, worin eine Teilung, aber auch eine klare Abstufung von politischer Verantwortung zum Ausdruck kommt.²²⁸

Die zeitgenössische Rechtserzeugung wird bereits in den nationalen Systemen in der Regel von einer Mehrzahl von Verfassungsorganen kooperativ wahrgenommen.²²⁹ Ausgeprägter noch als in den nationalen Verfassungsordnungen gilt dies für das Unionsrecht, dessen Rechtsetzungsverfahren durchweg eine Interaktion von Organen verlangen, also gerade keine Gewaltentrennung vorschreiben, son-

²²⁶ EuGH, Rs. 131/86 – *Großbritannien./Rat*, Slg. 1988, 905, Rn. 36 f.; Rs. C-137/92 P – *Kommission./BASF*, Slg. 1994, I-2555, Rn. 67 ("ein unteilbares Ganzes").

²²⁷ EuGH, Rs. 45/86 – *Kommission./Rat*, Slg. 1987, 1493, Rn. 5; Rs. C-41/93 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1994, I-1829, Rn. 34; Rs. C-233/94 – *Deutschland./Rat und Parlament*, Slg. 1997, I-2405, Rn. 25.

²²⁸ Der unsichere Legitimitätsstatus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zeigt sich auch darin, dass in ihrem Text weder ein für die Charta verantwortliches Organ genannt noch auf vorbereitende Handlungen hingewiesen wird.

²²⁹ v. Bogdandy (Anm. 44), 8, 149.

dern in der Regel vielmehr intensive Gewaltenkooperation. Das formalisierte Ergebnis dieser Kooperationsverfahren wird aber gerade nicht allen beteiligten Organen "gesamthänderisch" zugerechnet. Urheberschaft kommt allein demjenigen Organ zu, das den endgültigen Wortlaut des zu erlassenden Akts festlegt, normalerweise indem es die letzte der in der Rechtsgrundlage vorgeschriebenen Handlungen vornimmt.²³⁰ Organschaft kann somit verstanden werden als ein begrifflich verselbständigter Teil des Verfahrensregimes der Akte, wobei Organzurechnung von den am Rechtsetzungsverfahren beteiligten Stellen diejenige benennt, durch deren Handlung der Wortlaut des Normtextes als letztes hätte geändert werden können.

An diesen Regeln für die Organzurechnung hält das Unionsrecht auch nach der Einführung des Mitentscheidungsverfahrens fest. Der EG-Vertrag bezeichnet Akte, die nach dem Verfahren des Art. 251 EG angenommen werden, als "gemeinsame Handlungen des Europäischen Parlaments und des Rates" (Art. 230 I EG) bzw. spricht davon, dass "das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam" (Art. 249 I EG) Rechtsakte erlassen. In der Praxis weisen solche Akte in ihrem Titel und der Unterzeichnungsformel gleichermaßen Parlament und Rat als Urheber aus. Dem gegenüber werden Rechtsakte, die im Verfahren der Zusammenarbeit nach Art. 252 EG angenommen werden, allein dem Rat als Autor zugeordnet. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass nur im Mitentscheidungsverfahren beide Organe die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens erzwingen und im Fall endgültiger Nichteinigung das Zustandekommen des Akts verhindern können.²³¹ Mit der Anknüpfung an die inhaltldeterminierende Beschlusshandlung verfügt das Unionsrecht über ein leistungsfähiges Kriterium, um mit der rechtlichen zugleich die politische Hauptverantwortlichkeit für den jeweiligen rechtlichen Gestaltungswillen zu benennen. Im Fall des Mitentscheidungsverfahrens ist mit der doppelten Zurechnung zu Rat und Parlament eine überzeugende Fortentwicklung gelungen.

Gleichwohl lassen sich Konstellationen benennen, in denen rechtliche und politische Verantwortlichkeit in problematischer Weise auseinander fallen. Dies ist dann der Fall, wenn die einschlägigen Rechtsgrundlagen Organe, die mit vorbereitenden Handlungen am Erlass mitwirken, mit so starken Verfahrenspositionen ausstatten, dass die allein auf das letztlich beschließende Organ bezogene Rede vom "Autor" oder "Urheber" die politischen Verantwortungszusammenhänge nur ungenau zum Ausdruck bringt. Zwei typische Konstellationen für verschleierte Mitverantwortung eines Nicht-Erlassorgans lassen sich identifizieren: zum einen das

²³⁰ Zumeist erfolgt diese durch formellen Beschluss der Leitungsebene eines Kollegialorgans, der nach den einschlägigen Verfahrensregeln dem Organ als eigener zugerechnet wird.

²³¹ Im Hinblick darauf ist es eine überzeugende juristische Fiktion, auch dann von einem gemeinsamen Akt des Rates und des EP zu sprechen, wenn der Rechtsakt erlassen wird, obwohl das Parlament drei Monate nach der Übermittlung des gemeinsamen Standpunkts, den der Rat festgelegt hat, keinen Beschluss gefasst hat (Art. 251 II *lit.* a EG). Zur Organzurechnung bei Zustimmungsverfahren sogleich.

exklusive Recht, ein Rechtsetzungsverfahren in Gang zu setzen, zum anderen das Erfordernis einer aktiven Zustimmung zu einem vorgeschlagenen Text.

Dies berührt zum einen das Verhältnis von Kommission und Rat. Wo die Verträge der Kommission ein Initiativmonopol einräumen, verleihen sie ihr damit erheblichen Einfluss auf die Inhalte der Rechtsetzung, zumal der Rat den vorgeschlagenen Text nur einstimmig abändern (Art. 250 I EG) und die Kommission jederzeit damit drohen kann, den Vorschlag zurückzuziehen und die Rechtsetzung zu blockieren (Art. 250 II EG). Diese starke Stellung bleibt in der späteren Organzurechnung unsichtbar. Praktisch dürften die relativen Einflussgewichte mit denjenigen Fällen identisch sein, in denen die Kommission nur nach Zustimmung des Rates einen Rechtsakt erlassen kann (z.B. bei der Vertragsschlusskompetenz der Kommission nach Art. 101 II EA).²³² Bei den habilitierten Rechtsakten der Kommission muss berücksichtigt werden, dass an ihrem Erlass zumeist Ausschüsse mitgliedstaatlicher Vertreter mitgewirkt haben. Zwar wird in der Praxis nur selten vom sog. Regelungsausschuss-Verfahren Gebrauch gemacht, das eine positive Stellungnahme des Ausschusses verlangt. Aber auch mit dem verbreiteten Verwaltungsausschuss-Verfahren behält sich der Rat im Konfliktfall eine Revisionsmöglichkeit gegenüber den Maßnahmen der Kommission vor.²³³ Die praktische Bedeutung dieser Modalitäten liegt in den Vorwirkungen auf die Politik der Kommission, die die Konsensfähigkeit ihrer Vorschläge immer im Auge behalten muss. Diese Kräfteverhältnisse bleiben hinter der alleinigen Organzurechnung an die Kommission verborgen.

Ein ähnliches Problem stellt sich für das Verhältnis von Parlament und Rat. Von Bedeutung ist dies vor allem bei der parlamentarischen Genehmigung von bestimmten Abkommen, die der Rat schließt (Art. 300 III Ua. 2 EG). Die mit diesem Zustimmungsverfahren eingeräumte Veto-Position wird in der Praxis noch verstärkt durch interinstitutionelle Konsultationsverfahren während der Verhandlungsphase.²³⁴ Ein förmliches Vermittlungsverfahren, in dem über den endgültigen Wortlaut des Akts verhandelt wird, ist jedoch nicht vorgesehen und bei Abkommen mit Drittstaaten auch kaum denkbar.²³⁵ Eine reine Blockadedrohung aber ist eine schwächere Verfahrensposition als die konstruktive Gestaltungsmacht bei der Ausarbeitung des Rechtsakts, wie sie das Mitentscheidungsverfahren charakterisiert, sodass die alleinige Organzurechnung an den Rat ihre Berechtigung hat. Der Einfluss des Parlaments im Zustimmungsverfahren ist jedoch bei weitem größer als im bloßen Konsultationsverfahren. Diese Differenz vermag die identische Zurechnung nicht abzubilden.

²³² H. Schmitt von Sydow, *Organe der erweiterten Europäischen Gemeinschaften*, 1980, 46.

²³³ K. Lenaerts/A. Verhoeven, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision*, CMLRev. 37 (2000), 645, 674 ff.

²³⁴ Vgl. die Rahmenvereinbarung zwischen Parlament und Kommission vom 5.7.2000, C5-0349/2000; zu den sog. Luns- und Westerterp-Verfahren siehe GTE-Tomuschat (Anm. 78), Rn. 34 ff. zu Art. 228 EGV; allgemein M. Hilf/F. Schorkopf, *Das Europäische Parlament in den Außenbeziehungen der EU*, EuR 1999, 185, 189, 199 f.

²³⁵ Vgl. Art. 84 I und III GO-EP.

Insoweit findet sich an dieser Stelle ein Schwachpunkt, der jedoch im Zusammenhang mit dem Vorteil dieser Lösung für ein übersichtliches Rechtskontrollregime gesehen werden muss. Die schematische Zuordnung von Organschaft erlaubt eine sichere Zuordnung der rechtlichen Verantwortlichkeit und verhindert ein in rechtsstaatlicher Hinsicht kaum tragbares Spiegelkabinett potentieller Klagegegner.

b. Die drei regulären Rechtsetzungsorgane

Mit der Relativierung der Aussagekraft einer rechtlichen Organzurechnung im Gedächtnis sollen nun die Anteile der verschiedenen Organe am Bestand des geltenden Rechts vorgestellt werden. Das Interesse gilt zunächst den drei in Art. 249 I EG genannten Rechtsetzungsorganen.²³⁶

aa. Die organbezogene Sperrwirkung des Art. 249 I EG

Kommission, Rat sowie Rat und Parlament gemeinsam sind mit insgesamt 449 der 500 Handlungen in der Stichprobe vertreten. Das Verhältnis dieses Kerns des Unionsrechts zu den Akten aller übrigen Rechtsetzungsinstanzen beträgt 9:1. Diese klare Dominanz entspricht der Aussage des Art. 249 I EG, der gerade diese Organe mit der Aufgabe der Rechtsetzung betraut. Allerdings spricht Art. 249 EG ausdrücklich nur das Handeln in den dort genannten Formen an. Es wurde bereits erwähnt, dass das Quintett des Art. 249 EG jedoch nur einen Anteil von 71 % des geltenden Rechts ausmacht (357 von 500). Die folgende Tabelle 3 gibt Aufschluss über die Ordnungsleistungen des Art. 249 EG für die Praxis der Rechtsetzung.

Tabelle 3

	Art. 249er-Organe	Organe außerhalb von Art. 249 EG	Σ
Art. 249er-Formen	354 (71 %)	3 (1 %)	357 (71 %)
Formen außerhalb von Art. 249 EG	95 (19 %)	48 (10 %)	143 (29 %)
Σ	449 (90 %)	51 (10 %)	500 (100 %)

Interessant ist hier der Vergleich des oberen linken mit dem oberen rechten Quadranten. Die Schnittmenge des Formenquintetts des Art. 249 EG mit den Akten der regulären Rechtsetzungsorgane erfasst praktisch alle Handlungen in diesen

²³⁶ Genauer müsste es lauten: zwei Organe und eine Organkombination. Der Einfachheit halber soll von "den Rechtsetzungsorganen" die Rede sein, wenn die Trias aus Kommission, Rat sowie Parlament und Rat gemeint ist. Nur ganz vereinzelt kennen die Verträge Rechtsgrundlagen für Akte, die dem Parlament alleine zugerechnet werden, zumeist im Zusammenhang mit dessen Selbstorganisationsbefugnis (Art. 190 V, 193 I, 195 I u. IV, 199 EG).

Formen: Insgesamt 354 Akte oder 70,8 % des dokumentierten Rechts ergeben im Anwendungsbereich der Art. 249 ff. EG. Bei den marginalen Erscheinungen, die das Bild trüben, handelt es sich um drei als "Empfehlung" bezeichnete Akte eines Assoziationsrats bzw. der Wanderarbeitnehmer-Verwaltungskommission. Für die Stellungnahme und, was in demokratischer und rechtsstaatlicher Hinsicht entscheidend ist, für Verordnung, Richtlinie und Entscheidung gilt, dass sie zu 100 % von den in Art. 249 I EG genannten Organen stammen. Dieser empirische Befund beruhigt. Die rechtswissenschaftliche Erkenntnis, dass Art. 249 EG bezüglich der Organe, die sich seiner Formen bedienen dürfen, abschließend ist und eine Sperrwirkung gegenüber anderen Organen entfaltet,²³⁷ wird in der Praxis beachtet.

Der untere linke Quadrant informiert darüber, in welchem Umfang sich die regulären Rechtsetzungsorgane der Formen jenseits des Katalogs des Art. 249 EG bedienen (19 % des geltenden Rechts). Es handelt sich vor allem um Beschlüsse und Abkommen, im Übrigen um Entschlüsse und Akte in den Sonderformen des EU-Vertrags. Der untere rechte Quadrant betrifft die übrigen Rechtsetzungsinstanzen sowie Organkombinationen. Hierunter fallen das bereits diskutierte Komplementärrecht und die gemischten Abkommen. Welche weiteren Akteure auftreten, wird noch erörtert.

bb. Die langsame Parlamentarisierung der Rechtsordnung

So bemerkenswert wie irritierend ist der geringe Anteil der gemeinsam von Parlament und Rat erlassenen Rechtsakte (1 % des geltenden Rechts), steht dies doch in deutlicher Spannung zu Erwartungen, die die verfassungspolitische Dynamik der Vertragsänderungen von Maastricht, Amsterdam und Nizza mit ihrer schrittweisen Ausweitung der Anwendungsbereiche des Mitentscheidungsverfahrens geweckt hat. Das Zusammenwirken aller drei Rechtsetzungsorgane nach dem Verfahren des Art. 251 EG gilt heute allgemein als das Zentrum supranationaler Gesetzgebung nach der "Gemeinschaftsmethode".²³⁸ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist überdies die Konzeption des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Entscheidung *Matthews v. United Kingdom*²³⁹ zu beachten. Dieser hat dem Parlament gerade aufgrund des Mitentscheidungsverfahrens die Rolle eines Legislativorgans und der "*principle form of democratic accountability*" in der EU zugeschrieben. Das Mitentscheidungsverfahren kann mithin als wesentliche Säule der demokratischen Verfasstheit der Union verstanden werden.

Vor diesem Hintergrund bedarf der Aufklärung, welche Faktoren einen deutlicheren Niederschlag parlamentarisch mitverantworteter Akte im geltenden Recht

²³⁷ Grabitz/Hilf (Anm. 110), Rn. 17 zu Art. 189 EGV.

²³⁸ Europäische Kommission, Europäisches Regieren (Anm. 22), 8; Scott/Trubeck (Anm. 146), 1 f.

²³⁹ EGMR, Urteil vom 18.2.1999 – *Matthews v. United Kingdom*, EuGRZ 1999, 200, hierzu J. Bröhmer, Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozess? ZEuS 1999, 197; K. Muylle, Is the European Parliament a "Legislator"?, European Public Law 6 (2000), 243, 249.

verhindert haben. Zunächst ist in Rechnung zu stellen, dass das Mitentscheidungsverfahren nur für Rechtsetzungsverfahren auf unmittelbar vertraglicher Rechtsgrundlage eingeführt wurde. In dem Umfang, in dem Kommission und Rat ihre Rechtsakte auf Kompetenzen im abgeleiteten Recht stützen, wird diese Aktivität von den neuen Verfahren in den vertraglichen Rechtsgrundlagen gar nicht berührt. Der für einen gehaltvollen Vergleich zu wählende Bezugspunkt sind somit die vertragsunmittelbaren Kompetenzen. Diese Akte wurden mit einer gesonderten Variablen "Rang" erhoben: Ihre Zahl in der Stichprobe beträgt 134 von 500 Akten.²⁴⁰ Der Anteil von Kodezisionsakten an diesen 134 Akten beträgt dann immerhin rund 4 %.

Ein weiterer limitierender Faktor betrifft die zeitliche Dimension. Da das Mitentscheidungsverfahren erst seit dem In-Kraft-Treten des Maastrichter Vertrags am 1. November 1993 Anwendung findet, sollte als Vergleichsgröße – zumal zur Evaluierung zukünftiger Entwicklungen – allein die entsprechende Altersschicht des zum Berichtszeitpunkt geltenden Rechts herangezogen werden, also die in den Jahren 1993-1997 erlassenen Rechtsakte. Dies sind 244 Akte oder 49 % der Stichprobe. Kombiniert man diese zeitliche Dimension mit der Einschränkung der Bezugsgröße auf die Akte, die ihre Rechtsgrundlage unmittelbar im Vertrag haben, schmilzt die relevante Grundgesamtheit auf 42 Akte zusammen. Der Anteil der von Rat und Parlament gemeinsam erlassenen Akte an dieser Gruppe beträgt dann 12 %. Gleichwohl: Selbst bei einer engen Wahl der Bezugsgröße hat das Mitentscheidungsverfahren in kaum mehr als einem Zehntel der Rechtsetzungsprojekte Anwendung gefunden, die unter der Regie einer vertraglichen Rechtsgrundlage seit Einführung des Art. 251 EG unternommen wurden.²⁴¹ Auf die Gesamtheit des Unionsrechts hat das Mitentscheidungsverfahren vier Jahre nach seiner Einführung nur begrenzt Einfluss nehmen können. Offenbar nur langsam gelingt es der Parlamentarisierung des europäischen Hoheitsträgers, sich in den Bestand der Rechtsordnung vorzuarbeiten.

Für eine Abschätzung der zukünftigen Entwicklung ist jedoch zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt der Erhebung das Mitentscheidungsverfahren noch nicht über eine vollständige Legislaturperiode Anwendung fand. Stellt man die anfängliche Verfahrensdauer von durchschnittlich über 24 Monaten²⁴² in Rechnung, verkürzt sich der Zeitraum, in dem neu erlassene Rechtsakte Eingang in die Struktur des Unionsrechts finden konnten, nochmals. Überdies hatte die Nutzung des Mitentscheidungsverfahrens schon bis zum In-Kraft-Treten des Amsterdamer Ver-

²⁴⁰ Eine Übersicht zu den übrigen Organen unten Tabelle 4, 140.

²⁴¹ In welchem Verhältnis die drei Rechtsetzungsorgane an den reinen Änderungsakten beteiligt sind, kann auf der vorhandenen Datenbasis nicht ermittelt werden. Ändert ein im Mitentscheidungsverfahren erlassener Akt einen Akt des Rates, bleibt es bei der Organzurechnung an den Rat.

²⁴² A. Maurer, Co-Governing after Maastricht: The European Parliament's Institutional Performance 1994-1999, 1999, 32. Verschärft wurde das anfänglich langsame Anlaufen der Rechtsetzungsprozesse noch durch die Umstellung vom Zusammenarbeits- auf das Mitentscheidungsverfahren, *ibid.*, 33 ff.

trags deutlich an Dynamik gewonnen.²⁴³ In welchem Umfang sich diese Faktoren sowie die Innovationen des Amsterdamer Vertrags in einer erheblichen Ausweitung des Anteils der nach Art. 251 EG erlassenen Akte niederschlagen werden, muss einer späteren Untersuchung vorbehalten bleiben. Im Vorgriff darauf wurde exemplarisch der Bestand an Richtlinien, die im Jahr 2000 erlassen wurden, auf das erlassende Organ hin untersucht. Von diesen 40 Richtlinien, die im Fundstellennachweis 2001 aufgeführt sind, wurden 22 von Parlament und Rat gemeinsam erlassen. 12 Richtlinien stammen von der Kommission und nur noch sechs vom Rat.²⁴⁴ Im jüngeren Richtlinien-Bestand, der unmittelbar auf eine vertragliche Grundlage gestützt ist, hat sich die Mitentscheidung also bereits als Standardrechtsetzungsverfahren etabliert. Diese Zahlen erhärten die These, dass die Bedeutung des Mitentscheidungsverfahrens durch den Amsterdamer Vertrag signifikant gestärkt worden ist.

cc. Rechtsetzung von Rat und Kommission: Gewaltengliederung eigener Art

Die beiden dominanten Akteure der Rechtsetzung sind die Kommission (251 Akte) und der Rat (193 Akte), was einem Verhältnis von 57:43 entspricht. Dieser Befund kollidiert mit der verbreiteten Ansicht, das "Hauptrechtsetzungsorgan" der Gemeinschaft bzw. der Union sei der Rat.²⁴⁵ Als Beschreibung der rechtlichen Wirklichkeit kann diese Kennzeichnung nur Bestand haben, wenn damit nur eine qualitative Aussage über die vom Rat erlassenen Normen verbunden ist oder wenn ein anderer Begriff von Rechtsetzung zu Grunde gelegt wird, wonach allein oder überwiegend solche Rechtsakte als "Gesetzgebung" zu gelten haben, die der Rat (ggf. mit dem Parlament) erlässt. Die Kategorie der Handlungsform kann für diese begriffspolitische Strategie, das zeigt der erneute Blick auf die in Tabelle 1 ersichtliche Kreuzung der Variablen Organ und Form, jedenfalls nicht unmittelbar herangezogen werden. Zwar zeigt sich bei der Verteilung der Rechtsformen auf Rat und Kommission ein durchaus charakteristisches Profil: Unter den vier Hauptformen der internen Rechtsetzung besitzt der Rat ein Übergewicht bei den Richtlinien und bei den Beschlüssen, die Kommission dagegen erlässt jeweils mehr Verordnungen und Entscheidungen als der Rat. Zählt man jedoch alle Akte in diesen Formen zusammen, bleibt es selbst dann noch bei einem Übergewicht der Kommission, wenn die privaterichteten Entscheidungen der Kommission unberücksichtigt bleiben, und zwar in einem Verhältnis von ungefähr 60:40 (215 bzw. 134 Akte).²⁴⁶ Die Addition der Verordnungen und Richtlinien, den allseits anerkannten legislativen Handlungsformen, ergibt eine vollständige Gleichverteilung auf Rat und Kommission.

²⁴³ Zahlen bei A. Maurer, *What next for the European Parliament*, 1999, 24.

²⁴⁴ Insgesamt wurden im Jahr 2000 79 Richtlinien erlassen, vgl. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union 2000, Tabelle 24. Von diesen sind 40 Richtlinien im 36. Fundstellennachweis (Stand: 1.1.2001) nachgewiesen, die übrigen ändern bereits bestehende Richtlinien.

²⁴⁵ Streinz (Anm. 37), Rn. 249, 438.

²⁴⁶ Es sei dabei erinnert, dass Rechtsakte der laufenden Verwaltung, die allein die Kommission erlässt, in den Fundstellennachweis nicht aufgenommen werden.

Um charakteristische Profile des von Rat bzw. Kommission verantworteten Rechts herauszuarbeiten, bedarf es weiterer Indikatoren. Erkenntnisse verspricht hier die Gliederung des abgeleiteten Rechts nach dem Rang der in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage. In der folgenden Tabelle 4 sind alle Verordnungen, Richtlinien, staatterichtete Entscheidungen und Beschlüsse der regulären Rechtsetzungsorgane berücksichtigt. Wegen ihrer Nachrangigkeit gegenüber allen Akten mit allgemeiner Geltung bleiben privatgerichtete Entscheidungen außen vor.

Tabelle 4

	vertragsunmittelbare Rechtsgrundlage	abgeleitete Rechts- grundlage	Σ
Rat	109 (81 %)	25 (11 %)	134 (100 %)
Kommission	20 (9 %)	195 (89 %)	215 (100 %)
Parlament und Rat	5 (100 %)	—	5 (100 %)
Σ	134 (100 %)	220 (100 %)	354

Bemerkenswert ist zunächst der Umfang des habilitierten Rechts: 62 % (221 von 354) der Akte in den Hauptformen der internen Rechtsetzung ergehen auf einer abgeleiteten Rechtsgrundlage. Anders formuliert: Eine deutliche Mehrheit des abgeleiteten Unionsrechts ergeht nicht nach Verfahren, die in vertraglichen Kompetenznormen vorgesehen sind, sondern nach der Maßgabe und in den Verfahren, die in Rechtsakten des abgeleiteten Rechts niedergelegt sind. Hier liegt ein Schlüssel für das Verständnis des Unionsrechts überhaupt, für das mehrstufige Normkonkretisierungsprozesse typisch sind (Vertrag – vertragsunmittelbare Rechtsetzung – habilitierte Rechtsetzung).

Auch für die Frage nach den Profilen von Rat und Kommission ist die Tabelle 4 aufschlussreich: Der Rat dominiert eindeutig das vertragsunmittelbare Sekundärrecht (81 %), die Kommission das habilitierte Sekundärrecht (89 %). Es erweist sich, wie bereits die primärrechtliche Zentralnorm für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen, Art. 202 EG, normativ vorgibt, auch in der Praxis als der Regelfall, dass habilitierte Rechtsakte von der Kommission erlassen werden. Der hohe Anteil der Kommission an den Akten des abgeleiteten Unionsrechts und damit ihre Rolle als bedeutendes Rechtsetzungsorgan neben dem Rat ist überwiegend der Ausübung übertragener Rechtsetzungsbefugnisse geschuldet. Ihr politischer Ermessensspielraum ist hier zwar durch die Vorgaben der jeweiligen Habilitationsakte eingeschränkt, der generelle Schluss auf einen "exekutivischen" Charakter des abgeleiteten Kommissionsrechts verbietet sich jedoch, da das gestalterische Moment nicht angemessen wiedergegeben wird.²⁴⁷

²⁴⁷ GTE-Schmitt von Sydow (Anm. 78), Rn. 69 zu Art. 155.

Auf den ersten Blick ist man versucht, an dieser Stelle eine Konstellation zu vermuten, wie man sie unter dem Grundgesetz zwischen dem parlamentarischen Gesetz und der gubernativen Rechtsverordnung findet. Gegen eine Parallelisierung ist bereits theoretisch einzuwenden, dass vertragsunmittelbares Sekundärrecht und habilitiertes Sekundärrecht einander nicht als Rangstufen einer Normenhierarchie gegenüberstehen, weil ein hierarchisches Verhältnis nur im Verhältnis eines habilitierten Rechtsakts zu seinem eigenen Basisrechtsakt besteht.²⁴⁸ Zudem ist empirisch die Zuordnung zu den Organen nicht eindeutig: In mehr als marginalem Umfang existieren vertragsunmittelbare Rechtsetzung der Kommission (15 % dieses Typus) und habilitierte Rechtsetzung des Rates (11 %).

Rechtsakte der Kommission, die direkt auf den Vertrag gestützt sind, machen immerhin 9 % von allen internen Akten der Kommission aus (privatgerichtete Entscheidungen nicht mitgerechnet). Ein relevanter Faktor sind dabei zum einen die beihilfenrechtlichen Entscheidungen, die auf Art. 88 EG gestützt sind (11 Akte). Überraschend ist jedoch, dass sich unter den übrigen Akten überwiegend Verordnungen finden (6 Akte). Es handelt sich hierbei nicht, wie man vermuten könnte, um fortgeltende Akte, die die Kommission vor 1970 auf der Grundlage von mittlerweile weggefallenen Rechtsgrundlagen des EWGV, insbesondere zur Errichtung der Zollunion, erlassen hat. Die vorgefundenen Verordnungen/Allgemeinen Entscheidungen stützen sich zum einen auf Rechtsgrundlagen des EAG- bzw. EGKS-Vertrags, die vertragsunmittelbare Rechtsetzung der Kommission weit häufiger kennen bzw. kannten als der EG-Vertrag. Von aktueller Bedeutung sind die Verordnungen, die ihre Rechtsgrundlage in einer der Beitrittsakte finden. Bei der Bewältigung der komplizierten Probleme der Anpassung des *acquis communautaire* an die Erweiterung um neue Mitgliedstaaten greift der Verfassungsgeber auch in jüngerer Zeit auf das nur scheinbar veraltete Konzept zurück, die Kommission zum Erlass allgemeiner Normen primärrechtlich zu ermächtigen.²⁴⁹ Insofern ist, auch jenseits des prominenten Art. 86 III EG, nicht zu erwarten, dass sich dieses Konzept in Zukunft überleben wird. Dies sollten Vorschläge, die die Organkompetenzen nach dem Beispiel des Art. 80 I GG gestalten wollen,²⁵⁰ berücksichtigen; die mangelnde Effizienz des Rates bedarf einer Kompensation.

Noch überraschender als die Persistenz vertragsunmittelbaren Kommissions-Rechts ist der Umfang des abgeleiteten Rats-Rechts, also Fälle, in denen sich der Rat vorbehält, "Durchführungsbefugnisse selbst auszuüben", wie Art. 202 EG formuliert. Mit einer Größenordnung von 19 % aller Handlungen des Rates (in den hier berücksichtigten Formen) bekommt das Bild erhebliche Risse, nach dem sich

²⁴⁸ Die praktische Konsequenz ist, dass ein habilitierter Rechtsakt alle übrigen Rechtsakte des abgeleiteten Rechts abändern oder aufheben kann, wenn dies sachlich von seiner Befugnisnorm gedeckt ist. Ein passendes Modell im nationalen Recht ist das delegierte Regierungsgesetz, das die spanische und die italienische Verfassungsordnung kennen. Näher dazu J. Bast, Handlungsformenlehre, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (in Vorbereitung).

²⁴⁹ Schmitt von Sydow (Anm. 232), 61; Grabitz/Hilf-Vedder (Anm. 110), Rn. 45 zu Art. 49 EU.

²⁵⁰ Etwa Winter (Anm. 3), 44 ff.

der Rat ausschließlich mit allgemeinen Maßnahmen auf vertraglicher Grundlage begnüge. Zur habilitierten Rechtsetzung des Rates bestehen gemeinhin zwei Annahmen: Es handele sich erstens um eine sektorale Besonderheit des Agrarrechts und zweitens um ein anachronistisches Phänomen aus einer überwundenen Phase der Integration.²⁵¹ Beide Vermutungen finden auf Grundlage der erhobenen Daten keine Bestätigung. Drei Viertel der in der Stichprobe vertretenen Akte dieses Typus stammen aus den 90er Jahren, und nur eine Minderheit von etwa einem Viertel aus dem Bereich der Landwirtschaft. Daneben finden sich z.B. Verordnungen, die auf das Beamtenstatut (eine Verordnung) gestützt sind, oder habilitierte Verordnungen im Anti-Dumping-Recht. Mit nur einem einzigen Fall in der Stichprobe vertreten ist die Modalität, dass der Rat von seiner Revisionsbefugnis Gebrauch macht, einen vorgeschlagenen oder bereits erlassenen habilitierten Rechtsakt der Kommission aufzuheben oder abzuändern, weil der Vorschlag der Kommission in einem Verwaltungsausschuss keine Mehrheit gefunden hat.

c. Die EZB als sektoraler Sondergesetzgeber

Mit Eintritt in die Dritte Stufe der Währungsunion, der zeitlich nach der Stichprobenerhebung lag, ist eine weitere rechtsetzende Institution der Union hinzu gekommen. Zur Erfüllung der währungspolitischen Aufgaben des ESZB nach Art. 105 II EG hat der EG-Vertrag auch der Europäischen Zentralbank Rechtsetzungskompetenzen zugewiesen, die allerdings auf diesen spezifischen Sektor begrenzt sind. Die EZB stützt ihre Rechtsakte sowohl auf primärrechtliche Kompetenzen²⁵² als auch auf abgeleitete Rechtsgrundlagen in Rats-Akten.²⁵³ Für die organschaftliche Zurechnung dieser Rechtsakte gelten Besonderheiten. Nach Art. 8 EG ist die EZB (ebenso wie die EIB nach Art. 9 EG) kein Organ, sondern eine Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit²⁵⁴, die selbst über Organe verfügt.²⁵⁵ Die Rechtsakte der EZB werden gemäß Art. 107 III EG von den Beschlussorganen der EZB, dem EZB-Rat oder dem Direktorium, nach den in der Satzung des ESZB vorgesehenen Verfahren angenommen. Der EZB-Rat kann Rechtsetzungsbefugnisse auf das Direktorium übertragen;²⁵⁶ dieses verfügt auch über vertragsunmittelbare Kompetenzen.²⁵⁷ Unabhängig davon jedoch, welches EZB-Organ gehandelt

²⁵¹ Grabitz/Hilf-Gilsdorf/Priebe (Anm. 110), Rn. 5 und 9 zu Art. 43 EGV.

²⁵² Protokoll über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank.

²⁵³ Etwa Verordnung (EG) Nr. 2157/1999 der EZB, gestützt auf Art. 6 II Verordnung (EG) Nr. 2532/98 des Rates.

²⁵⁴ Art. 107 II EG.

²⁵⁵ Wie die EZB und das ESZB in das System der Verträge einzuordnen ist, ist noch im Streit: R. Torrent, *Whom is the European Central Bank the Central Bank of?* CMLRev. 36 (1999), 1229; C. Zilioli/M. Selmayr, *The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law*, CMLRev. 37 (2000), 591; R. v. Borries, *Die Europäische Zentralbank als Gemeinschaftsinstitution*, ZEuS 1999, 281.

²⁵⁶ Art. 12.1 Ua. 2 S. 3 ESZB-Satzung; Art. 17.3 EZB-Geschäftsordnung.

²⁵⁷ Art. 12.1 Ua. 2 S. 2 ESZB-Satzung.

hat, werden die Rechtsakte nicht den Organen, sondern der EZB als juristischer Person zugerechnet. Dementsprechend behandelt der EG-Vertrag die EZB in seinen Bestimmungen über die Legalitätskontrolle in jeder Hinsicht wie ein Organ.²⁵⁸ Eine Ausnahme hiervon gilt für die Aufsichtsklage nach Art. 237 *lit. d* EG, bei der der EZB-Rat gegenüber einer nationalen Zentralbank eine sonst der Kommission im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zustehende Aufgabe übernimmt. Im Übrigen aber stehen sich nicht der Rat der EU und der EZB-Rat gleichrangig gegenüber, sondern der Rat der EU und die EZB als solche.

In Art. 110 EG stellt der Vertrag der EZB nach dem Vorbild des Art. 249 EG zur Erfüllung seiner Rechtsetzungsaufgaben Handlungsformen zur Verfügung. Der EZB wird umfassend die Befugnis zuerkannt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen zu erlassen, sowie nach Maßgabe spezifischer Rechtsgrundlagen auch Verordnungen. Die beschriebenen Wirkungen der EZB-Handlungen sind die des Art. 249 EG, es handelt sich um identische Handlungsformen.²⁵⁹ In ihrer Praxis geht die EZB mit größter Selbstverständlichkeit davon aus, dass auch der Erlass von Beschlüssen zu ihren Handlungsmöglichkeiten gehört. Die Organkompetenz zur Außenvertretung des Währungsraums und damit die Befugnis, völkerrechtliche Verträge zu schließen, liegt dagegen beim Rat, Art. 111 EG; die EZB ist mit vorbereitenden Handlungen beteiligt.²⁶⁰ Abkommen über Währungsfragen oder Devisenregelungen sind für die EZB verbindlich, Art. 111 III Ua. 2 EG. In spezifischen Konstellationen greift gleichwohl auch die EZB auf völkerrechtliche Instrumente zurück.²⁶¹

Nicht zum Handlungsformenarsenal der EZB gehört die Richtlinie. Dies wird zum einen darauf zurückgeführt, dass im Bereich der Währungspolitik den Mitgliedstaaten keine Gesetzgebungskompetenzen verblieben sind.²⁶² Der zweistufige Wirkungsmechanismus der Richtlinie kann unter diesen Bedingungen nicht zur Entfaltung kommen. Ebenso entscheidend wie der Typus der ausschließlichen Kompetenz ist die verfassungsrechtlich abgesicherte Unabhängigkeit der nationalen Zentralbanken, Art. 108 EG. Den Mitgliedstaaten als Adressaten einer Richtlinie, die zur Herstellung eines bestimmten währungspolitischen Zustandes verpflichtete, stünde innerstaatlich kein hinreichend effektives Instrumentarium zur Verfügung, um die zuständigen Notenbanken zum gemeinschaftsrechtlich gefor-

²⁵⁸ Art. 230 I u. III, 232 IV, 233 III, 234 I *lit. b* EG.

²⁵⁹ GTE-Smulders (Anm. 78), Rn. 4 zu Art. 108a EGV; GTE-Zilioli (Anm. 78), Rn. 7 nach Art. 109m EGV, Artikel 12 Satzung ESZB und EZB.

²⁶⁰ B. Martenczuk, Die Außenvertretung der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Währungspolitik, ZaöRV 59 (1999), 93, 94 f.; anders C. Zilioli/M. Selmayr, The External Relations of the Euro Area: Legal Aspects, CMLRev. 36 (1999), 273, 292 ff.

²⁶¹ Abkommen vom 16.11.2000 zwischen der Europäischen Zentralbank und der Bank von Griechenland über die Forderung, die der Bank von Griechenland gemäß Artikel 30.3 der Satzung durch die Europäische Zentralbank gutgeschrieben wird, und damit zusammenhängende Fragen, ABl. L 336 v. 30.12.2000, 122; Abkommen zwischen dem Europäischen Polizeiamt (Europol) und der Europäischen Zentralbank (EZB), ABl. C 23 v. 25.1.2002, 9.

²⁶² M. Selmayr, Wirtschafts- und Währungsunion als Rechtsgemeinschaft, AöR 1999, 357, 374; C. Schütz, Die Legitimation der Europäischen Zentralbank zur Rechtsetzung, EuR 2001, 291, 293.

derten Verhalten anzuhalten. Vor diesem Hintergrund erhält auch die EZB-Empfehlung ein anderes Profil. Richten sich Empfehlungen üblicherweise an die Mitgliedstaaten, verwendet sie die EZB als Form der horizontalen Kommunikation mit den Unionsorganen. Darüber hinaus findet im Währungsbereich die Bezeichnung "Empfehlung" Verwendung für vorbereitende Handlungen der EZB, namentlich für die Ausübung des konkurrierend zur Kommission ausgeübten Initiativrechts nach Art. 107 V, VI oder Art. 111 I-III EG.²⁶³

Die ESZB-Satzung führt darüber hinaus zwei neue Handlungsformen ein, die außerhalb des Währungssektors unbekannt sind: die Leitlinie²⁶⁴ und die Weisung der EZB. Leitlinien und Weisungen sind für die nationalen Zentralbanken verbindlich, Art. 14.3 ESZB-Satzung; die Leitlinien, die der EZB-Rat beschließt, haben Vorrang vor den Weisungen des Direktoriums, Art. 12.1 ESZB-Satzung. Allgemeine Leitlinien und sie konkretisierende Weisungen können damit als unmittelbar an nationale Zentralbanken gerichtete Entscheidungen beschrieben werden, deren spezifischer Wirkungsmodus sich aus der Einbindung der nationalen Zentralbanken in das ESZB erklärt. Der für staatsgerichtete Entscheidungen charakteristische Umweg einer formellen Adressierung an den Mitgliedstaat entfällt hier zugunsten des direkten Durchgriffs auf eine staatliche Stelle. Dies unterstreicht die Stellung der NZBs als von Weisungen der Regierungen unabhängige, durch die EZB-Organen zentral gesteuerte Einrichtungen, die funktionell als Gemeinschaftsbehörden tätig werden.²⁶⁵

d. Proliferation rechtsetzender Kooperationsgremien

Damit ist die Liste der Institutionen der Union, die verbindliches Recht setzen können, noch nicht erschöpft. Einen eigenständigen Typus von Rechtsetzungsorganen stellen die Assoziationsräte, Kooperationsräte und Gemeinsamen Ausschüsse dar, die in externen Gemeinschaftsabkommen vorgesehen sind. Im Fundstellennachweis besitzen Rechtsakte solcher Einrichtungen, die zusammenfassend als Kooperationsgremien bezeichnet werden sollen, immerhin einen Anteil von mehr als 2 %. Die Stichprobe gibt ferner Aufschluss darüber, dass eine Vielzahl von Kooperationsgremien existiert und rechtsetzend tätig ist. Eine Häufung von Akten ist nur bei dem Beschlussorgan des EWR-Abkommens, dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss, zu verzeichnen.²⁶⁶ Ganz überwiegend sind diese Handlungen als "Beschluss" bezeichnet, seltener als "Empfehlung" oder "Vorschlag".

²⁶³ Schütz, *ibid.*, 291.

²⁶⁴ Die EZB-Leitlinie erhält im CELEX-System den Buchstaben "O".

²⁶⁵ M. Weber, Das Europäische System der Zentralbanken, WM 1998, 1465, 1466; Selmayr (Anm. 262), 376 f.; GTE-Zilioli (Anm. 78), Rn. 32 zu Art. 109m EGV, Art. 12 Satzung ESZB und EZB.

²⁶⁶ Bemerkenswerterweise findet sich kein einziger Akt, der im engeren Sinne der Entwicklungskooperation bzw. -assoziaton zuzuordnen wäre, etwa der Zusammenarbeit mit den Mittelmeerstaaten oder einem der Abkommen mit den AKP-Staaten.

Die historische Wurzel dieser Kooperationsgremien liegt in den Assoziationsabkommen, die bereits der EWGV kannte. Diese begründen gemäß ihrer heutigen Rechtsgrundlage in Art. 310 EG "eine Assoziierung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten, gemeinsamen Vorgehen und besonderen Verfahren". Hierzu werden in den bilateralen Verträgen paritätisch besetzte Organe eingesetzt, die selbst Rechtsakte annehmen, sog. Assoziationsräte oder -ausschüsse.²⁶⁷ Neben den ausdrücklich als "Assoziationsabkommen" bezeichneten Vertragswerken sehen eine ganze Reihe weiterer Gemeinschaftsabkommen solche beschlussfassenden Kooperationsorgane vor. Gerade wegen ihrer organisatorischen Ausgestaltung mit zu eigenständiger Willensbildung befähigten Vertragsorganen handelt es sich bei diesen "Kooperationsabkommen", "Europaabkommen" usw. um Abkommen nach Art. 310 EG.²⁶⁸ Multilaterale Assoziationsabkommen sind die Entwicklungsassoziation mit den AKP-Staaten sowie das Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten in seiner heutigen Ausgestaltung als Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, vgl. Art. 92 ff., 104 EWR-Abkommen. Die Ausstattung mit eigenen Rechtsetzungsorganen unterschied nach der primärrechtlichen Konzeption die Assoziation von schlichten Handelsabkommen nach Art. 133 EG.²⁶⁹ In der Praxis war jedoch eine zunehmende institutionelle Verdichtung auch dieser Abkommen und damit eine Annäherung an die Assoziierungen zu beobachten. Die erhebliche Differenz im unionsinternen Erlassverfahren – im Verfahren nach Art. 133 EG muss das Parlament nicht einmal angehört werden – verlor damit an Plausibilität. Die Reform des Art. 228 EGV (jetzt Art. 300 EG) in Maastricht trug dem Rechnung, indem alle Abkommen, die "durch die Einführung von Zusammenarbeitsverfahren einen besonderen institutionellen Rahmen schaffen" (Abs. 3 Ua. 2), die obligatorische Zustimmung des Parlaments erfordern. Hierin liegt zugleich eine verfassungsrechtliche Anerkennung der rechtsetzenden Kooperationsorgane als Gestalter auch der internen Rechtsordnung der Union. Noch deutlicher der Amsterdamer Vertrag: Art. 300 II 2, 3 EG regelt die Festlegung von Standpunkten der Gemeinschaftsseite, wenn in einem durch ein Abkommen nach Art. 310 EG eingesetzten "Gremium" (engl. *body*, franz. *instance*) "rechtswirksame Beschlüsse" (engl. *decisions having legal effect*, franz. *décisions ayant des effets juridiques*) zu fassen sind.²⁷⁰

Die rechtliche Einordnung der Beschlüsse solcher Kooperationsorgane wirft Schwierigkeiten auf. Kritisch ist die Frage nach dem Verhältnis des mit völkerrechtlichen Vertragswerken geschaffenen Assoziationsrechts zum Gemeinschaftsrecht. Der EuGH hat hierzu seine Rechtsprechung, nach der ein vom Rat gemäß Art. 300 EG geschlossenes Assoziationsabkommen einen "integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung"²⁷¹ bildet, konsequent weiterentwickelt.

²⁶⁷ Umstritten ist, ob durch diese Verträge eigene internationale Organisationen gegründet wurden, näher GTE-Weber (Anm. 78), Fn. 108 zu Art. 238 EGV m.w.N.

²⁶⁸ Grabitz/Hilf-Vedder (Anm. 110), Rn. 6 zu Art. 238 EGV.

²⁶⁹ GTE-Weber (Anm. 78), Rn. 8 zu Art. 238 EGV.

²⁷⁰ Der Vertrag von Nizza beseitigt endgültig die verfahrensmäßige Sonderstellung der Assoziierungs-Abkommen, indem aus der Formel in Unterabsatz 2 und 3 der Bezug auf Art. 310 EG gestrichen wird.

Auch die Beschlüsse eines Assoziationsrats sind "aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Abkommen, zu dessen Durchführung sie ergehen", als Teil des Gemeinschaftsrechts anzusehen.²⁷² Bindende Beschlüsse wie auch unverbindliche Empfehlungen dieser Kooperationsorgane sind demnach Handlungen, um deren Auslegung der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren ersucht werden kann.²⁷³ Unter den generell für völkerrechtliche Abkommen der Gemeinschaft geltenden Voraussetzungen²⁷⁴ können Beschlüsse von Kooperationsorganen den Einzelnen unmittelbar wirksame Rechte verleihen, auf die sie sich vor den nationalen Gerichten berufen können²⁷⁵. Die Rechtswirkungen der Beschlüsse treten mit Beschlussfassung und zu dem in ihnen vorgesehenen Zeitpunkt ein, ohne dass es hierfür eines – wenngleich in der Praxis üblichen – gesonderten Umsetzungs- oder Transformationsakts bedürfte, weder auf der unionalen noch auf der mitgliedstaatlichen Ebene.²⁷⁶ In Reaktion auf diese dogmatische Konzeption des EuGH sind die Unionsorgane seit der Rechtssache *Sevince* dazu übergegangen, die Beschlüsse von Kooperationsgremien regelmäßig im Amtsblatt zu veröffentlichen.²⁷⁷ Nach der jüngsten Fassung seiner Geschäftsordnung entscheidet der Rat zukünftig bereits bei Abschluss des Abkommens, ob Akte der durch ein Abkommen eingerichteten Beschlussorgane zu publizieren sind.²⁷⁸

Die für Handlungen völkervertragsrechtlicher Institutionen ungewöhnliche, für das Gemeinschaftsrecht jedoch charakteristische Konzeption unmittelbarer Anwendbarkeit unterstreicht die Nähe der Rechtsakte der Kooperationsgremien zu dem von den Organen der Union geschaffenen Recht.²⁷⁹ Sekundäre Kooperationsrechtsakte sind Gemeinschaftsrecht und haben Anteil an dessen Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht,²⁸⁰ und auch die Unionsorgane werden durch Beschlüsse, die in einem Abkommen als bindend vorgesehen sind, einseitig verpflichtet. Der Modus der Verpflichtung ist der gleiche wie der des zugrunde liegenden Abkom-

²⁷¹ EuGH, Rs. 181/73 – *Haegeman*, Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; Rs. 104/81 – *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641, Rn. 13.

²⁷² Erstmals in EuGH, Rs. 30/88 – *Griechenland./Kommission*, Slg. 1989, 3733, Rn. 13.

²⁷³ EuGH, Rs. C-188/91 – *Deutsche Shell*, Slg. 1993, I-363, Rn. 18.

²⁷⁴ EuGH, Rs. 12/86 – *Demirel*, Slg. 1987, 3719, Rn. 14.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-192/89 – *Sevince*, Slg. 1990, I-3461, Rn. 8-9; zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen A. v. Bogdandy, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, EuZW 2001, 357, 360 ff.

²⁷⁶ EuGH, Rn. 22 f.; Rs. C-237/91 – *Kus*, Slg. 1992, I-6781, Rn. 36; Rs. C-355/93 – *Eroglu*, Slg. 1994, I-5113, Rn. 11; Rs. 262/96 – *Sürül*, Slg. 1999, I-2685, Rn. 74; Rs. C-329/97 – *Ergat*, Slg. 2000, I-1487, Rn. 34.

²⁷⁷ Hinweis bei GTE-Tomuschat (Anm. 78), Fn. 145 zu Art. 210 EGV. Der älteste Beschluss in der Stichprobe stammt aus dem Jahr 1993.

²⁷⁸ Art. 17 V GO-Rat (2000).

²⁷⁹ Anmerkungen M. Zuleeg zu Rs. C-355/93 – *Eroglu*, CMLRev. 33 (1996), 93.

²⁸⁰ Zuleeg, *ibid.*, 101: "The ECJ ... provides for effectiveness of all branches of Community law including the association with third states" (Hervorh. hinzugefügt). Kritisch hierzu mit Blick auf die Rechtsfolgen in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung K. Hailbronner, Neuere Entwicklungen im europäischen Ausländerrecht, 1997, 18 ff.; aus der Perspektive eines assoziierten Staates W. Czaplinski, Rechtliche Probleme des Europaabkommens und des Beitritts Polens zur Europäischen Union, 1996, 17 f.

mens, also gemäß Art. 300 VII EG für die Dauer der völkerrechtlichen Bindung ein strikter.²⁸¹ In der Literatur wird überwiegend vertreten, dass die im Rahmen von Gemeinschaftsabkommen erlassenen Organbeschlüsse als in vereinfachter Form geschlossene völkerrechtliche Verträge zu interpretieren seien, deren Verbindlichkeit die Vertragsparteien im Grundabkommen vorweggenommen haben.²⁸² Für Ch. Tomuschat ist es die durch das Einstimmigkeitsprinzip in den Assoziationsräten bedingte Annäherung an einen "echten Vertragsschluss", der es erlaubt, dem sekundären Assoziationsrecht unmittelbare unionsinterne Rechtswirkungen zuzumessen.²⁸³ In der Rechtsprechung des EuGH findet sich jedoch kein Hinweis darauf, dass ein Konsens der Vertragsparteien für die Verpflichtungskraft dieser Beschlüsse konstitutiv ist. Eine Übertragung der Konzeption auf mit Mehrheit gefasste Organbeschlüsse im Rahmen von multilateralen Abkommen scheint nicht ausgeschlossen, wenn eine entsprechende Ermächtigung im Abkommen vorgesehen ist.²⁸⁴ Auch in bilateralen Konstellationen hat das Vertragsmodell gewisse Schwierigkeiten zu erklären, warum das normale gemeinschaftsrechtlich vorgesehene Ratifikationsverfahren des Art. 300 II Ua. 1 EG nicht eingreift.²⁸⁵ Überzeugender dürfte es daher sein, nicht von gemeinsamer Willensbildung der Vertragsparteien, sondern von einseitig verbindlichen Entscheidungen zu sprechen, zu denen die Vertragsparteien ein von ihnen gemeinsam eingerichtetes Organ ermächtigt haben.

Bemerkenswerterweise ist der Umfang, in dem Befugnisübertragung auf ein Kooperationsorgan stattfinden kann, in der Rechtsprechung bislang nicht thematisiert worden. Die *Meroni*-Rechtsprechung, nach der die Organe Ermessensentscheidungen nicht auf vertragsfremde Einrichtungen übertragen dürfen²⁸⁶, findet bislang keine Erwähnung. Im Bereich des völkerrechtlichen Handelns der Union scheint das Bedürfnis für konzeptionelle Sperren gegen die Auslagerung von rechtlicher und politischer Verantwortung geringer ausgeprägt zu sein – solange nur die geschaffenen Gremien der Judikatur des EuGH unterworfen sind.²⁸⁷ Dabei sind die empirischen Erkenntnisse durchaus dazu angetan, Befürchtungen mit Blick auf das institutionelle Gleichgewicht der Verträge zu nähren. Die völkerrechtlichen Abkommen der Union tragen zu einer Proliferation von Entscheidungsträgern bei, und deren Beschlusspraxis ist überwiegend durch Handlungen mit strikter Ver-

²⁸¹ GTE-Weber (Anm. 78), Rn. 46 zu Art. 238 EGV; vgl. für den Beschluss 2/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei bereits EuGH, Rs. 204/86 – *Griechenland./Rat*, Slg. 1988, 5323, Rn. 20 f.

²⁸² P. Gilsdorf, Die Rechtswirkungen der im Rahmen von Gemeinschaftsabkommen erlassenen Organbeschlüsse, EuZW 1991, 459, 461; Ch. Vedder, Rechtswirkungen von Assoziationsratsbeschlüssen, in EuR 1994, 202, 210.

²⁸³ GTE-Tomuschat (Anm. 78), Rn. 51 zu Art. 210.

²⁸⁴ Gilsdorf (Anm. 282), 462.

²⁸⁵ Vedder (Anm. 282), 210 f.: "entspricht ... der Sache nach wenigstens den Grundzügen des Art. 228".

²⁸⁶ EuGH, Rs. 9/56 und 10/56 – *Meroni./Hobe Behörde*, Slg. 1958, 9 ff. bzw. 51 ff.

²⁸⁷ Anders deshalb das Votum des EuGH zu übergeordneten Rechtsprechungsorganen: EuGH, Gutachten 1/91 – *EWV-Abkommen I*, Slg. 1991, I-6079; Gutachten 2/94 – *EMRK-Beitritt*, Slg. 1996, I-1759, Rn. 30; Rs. C-146/96 – *Portugal./Rat*, Slg. 1999, I-8395.

bindlichkeit gekennzeichnet. Die Frage nach der rechtsstaatlichen und demokratischen Verträglichkeit ist von mehr als nur theoretischer Relevanz.

Zur rechtsstaatlichen Seite hin ist mit der Auslegungskompetenz des EuGH für alle Akte dieser Art ein grundlegendes Sicherheitsnetz eingezogen. Da der EuGH seine Auslegungskompetenz mit der Nähe zu den Abkommen begründet, zu deren Durchführung die Beschlüsse ergehen, ist es nahe liegend, sie auch bezüglich Art. 230 EG wie Abkommen zu behandeln. Auch die Anfechtung der Kooperations-Beschlüsse wäre dann zulässig, obwohl es sich aufgrund der konstitutiven Mitwirkung von Vertretern anderer Völkerrechtssubjekte technisch gesehen nicht um "Handlungen der Organe" handelt. Im Zweifel wäre eine Nichtigkeitsklage gegen die Handlung gerichtet, mit der die Unionsseite dem Beschluss zugestimmt hat.²⁸⁸ Zwar steht eine solche Parallelisierung vor dem Problem, dass ein gesonderter interner Annahmeakt gerade nicht erforderlich ist. Das Prinzip verfassungsrechtlicher Legalität jeglichen Unionshandelns verlangt aber nach der Möglichkeit der Rechtskontrolle gegenüber dem Abstimmungsverhalten der Bevollmächtigten der Unionsseite in den Gremien. Diese Erwägungen zur Anfechtbarkeit verdeutlichen, warum aus rechtsstaatlichen Gründen die Anerkennung gemeinschaftsrechtlicher Qualität dieser Beschlüsse unter dem Vorbehalt stehen muss, dass die Union in den Kooperationsgremien rechtlich eine Veto-Position innehat oder zumindest eine *opting-out*-Möglichkeit besitzt.²⁸⁹

Erinnert sei jedoch daran, dass die Sicherung rechtsstaatlicher Garantien nur eine Seite der *Meroni*-Grundsätze ausmacht. Mit Blick auf das Demokratieprinzip geht es darum, dass rechtlich bindende Ermessensentscheidungen von politisch verantwortlichen Organen gefällt werden, die der Kontrolle der Öffentlichkeit unterliegen und ihr gegenüber Rechenschaft ablegen. Auch von dieser Seite her sind der "Integrationskompetenz" der Union Grenzen gesetzt.²⁹⁰ Die Diskussion hierüber ist bislang vor allem unter dem Gesichtspunkt geführt worden, unter welchen Voraussetzungen die Organe der Union in eine transnationale Dynamik eingebunden werden können. In welchem Umfang es zulässig ist, mittels Abschluss völkerrechtlicher Abkommen den Kreis kompetenzstarker rechtsetzender Institutionen über die Organe der Union hinaus zu erweitern, harrt einer Klärung. Die Verlagerung von politischer Verantwortung für die Gestaltung des Unionsrechts in die von Beamten exekutierte Verhandlungsprozesse internationaler Gremien²⁹¹ ist eine ernsthafte Herausforderung für die unionale Verfassungsentwicklung, die ange-

²⁸⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-327/91 – *Frankreich./Kommission*, Slg. 1994, I-3641, Rn. 15 f.

²⁸⁹ Calliess/Ruffert-Schmalenbach (Anm. 26), Rn. 34 zu Art. 310 EG; eingeschränkt auf Beschlüsse im Sinne von Art. 300 VI EG, die das Grund-Abkommen ändern oder ergänzen, Vedder (Anm. 282), 214; anders Gilsdorf (Anm. 282), 464, der keine Bedenken hat, "institutionelle Formen der Zusammenarbeit zu entwickeln, die einen Grad an Intensität erreichen können, der Ähnlichkeiten mit dem in der Gemeinschaft selbst erreichten Standard aufweist".

²⁹⁰ Ch. Vedder, Die Integrationskompetenz der EG in der Rechtsprechung des EuGH, in: GS Grabitz, 1995, 795; zu den verfassungsrechtlichen Problemen näher A. v. Bogdandy, *Law and Politics in the WTO*, Max Planck Yearbook of UN Law 5 (2001), 609.

²⁹¹ Art. 203 EG gilt nicht. Es trifft nicht zu, dass die Beschlüsse "für die Gemeinschaft durch den EG-Rat im Assoziationsrat" angenommen würden, so aber Vedder (Anm. 282), 211.

sichts der wachsenden Bedeutung interregionaler Wirtschaftskooperation an Schärfe gewinnen wird.²⁹² Das Problem der Diffusion von Verantwortung wird noch verstärkt bei den gemischten Abkommen, bei denen die gemeinsame Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten dazu führt, dass bereits auf der Unionsseite der paritätischen Kooperationsgremien ein *mixtum compositum* vorliegt.

Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen? Die Verträge gehen in Art. 300 II EG den Weg, im Vorfeld einer Entscheidung des Kooperationsgremiums anzusetzen und Regeln für die Willensbildung der Unionsseite festzulegen. Es liegt in der bekannten Logik internationaler Verhandlungsprozesse, dass die Parlamente in diese Willensbildungsprozesse nur schwer integrierbar sind. Die Pflicht zur Unterrichtung des Parlaments in Art. 300 II Ua. 3 EG ist vor diesem Hintergrund angemessen, ihre Effektivität sollte aber nicht überschätzt werden. Ob es allerdings ausreicht, das Zustimmungsgeschäft des Parlaments nach Art. 300 III Ua. 2 EG erst dann wieder aufleben zu lassen, wenn durch Beschluss eines Kooperationsorgans der institutionelle Rahmen des Abkommens ergänzt oder geändert werden soll (Art. 300 II Ua. 2 EG a.E.), erscheint eher fraglich. Ein Konsensprinzip in den Kooperationsgremien allein ist jedenfalls kein hinreichendes Instrument zur Sicherung des institutionellen Gleichgewichts.²⁹³

Der EuGH hat mit seiner *Sevince*-Rechtsprechung viel dazu beigetragen, die Union und ihre Mitgliedstaaten zur Beachtung ihrer im Rahmen eines Assoziationsabkommens eingegangenen Verpflichtungen anzuhalten. Mit der Zunahme von Gemeinschaftsabkommen, die solche zur Rechtsetzung befugte Kooperationsorgane einrichten, sind aber zugleich Gefährdungen für den mühsam erreichten Demokratisierungsprozess der Union aus einer überraschenden Richtung verbunden.

e. Singularia

Als rechtsetzende Akteure des Unionsrechts beschrieb diese Studie neben den Organen des Art. 249 I EG die EZB sowie eine Vielzahl von Kooperationsgremien. Daneben gibt es die komplementärrechtlichen Akte der Mitgliedstaaten. Damit sind die im FSN auftretenden Akteure nicht erschöpft: Der Anteil der Akte, die "Sonstige" zu verantworten haben, schlägt mit immerhin 5 % zu Buche. Es scheint, als würde an dieser Stelle die rechtliche und politische Verantwortlichkeit für das geltende Unionsrecht diffus.

Bei näherer Analyse lichtet sich der Nebel. Eine erste Gruppe sind atypische Kombinationen von handelnden Organen, die ganz überwiegend den Außenbeziehungen der Union zugehören. Diese Irregularität ist dem beschränkten Kompetenzumfang der Union und der Pluralität ihrer Rechtspersönlichkeiten geschuldet.²⁹⁴ Für die Sicherung von Verantwortlichkeit wird damit kein besonderes Pro-

²⁹² Zu den verschiedenen Integrationsprojekten in und mit Südamerika N. Lavranos, An Introduction into the Regional Economic Integration of the Americas, ZEuS 2001, 127.

²⁹³ Anders für Abkommen nach Art. 310 EG Calliess/Ruffert-Schmalenbach (Anm. 26), Rn. 34 zu Art. 310 EG.

blem gestiftet, da in die Organkombinationen die Hauptorgane der Union involviert sind. Als zweite Untergruppe finden sich einige verstreute Akte der übrigen Haupt- und Nebenorgane der Verträge. Die Stichprobe weist fünf Berichte des Rechnungshofs, die Geschäftsordnung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und zwei Entschlüsse des Beratenden Ausschusses der EGKS aus. Bei der GO-WSA nach Art. 260 II EG handelt es sich um eine vertraglich vorgesehene Handlung. Die übrigen Akte dieser Gruppe entfalten keine verbindlichen Rechtswirkungen für Rechtsbürger und Mitgliedstaaten.

Es verbleibt eine dritte Gruppe von Akten, die von einer einzigen Institution stammen: der "Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer". Diese auf Art. 80, 81 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 basierende Einrichtung behandelt Verwaltungs- und Auslegungsfragen, die sich aus dieser Verordnung zur Koordinierung der sozialen Sicherheitssysteme ergeben, einer der wichtigsten gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zur Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Der EuGH hat der Verwaltungskommission (VK), die sich aus Sozialrechtsexperten der Mitgliedstaaten und der Kommission zusammensetzt, die Rolle zugeschrieben, praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung 1408/71 durch institutionalisierte Konsultationen und durch den Erlass von Stellungnahmen abzumildern.²⁹⁵ Sein Monopol auf die verbindliche Auslegung der in den einschlägigen Verordnungen niedergelegten Sozialgesetzgebung aber hat der EuGH hartnäckig gegen die VK verteidigt. Hierzu hat der Gerichtshof die *Meroni*-Rechtsprechung zur Anwendung gebracht. Demnach verschiebt es das institutionelle Gleichgewicht der Verträge, wenn der Rat die VK mit der Kompetenz ausstattet, verbindliche Rechtsakte zur Auslegung oder Konkretisierung der Verordnung 1408/71 zu erlassen.²⁹⁶ Entsprechende Auslegungs-Beschlüsse sind daher als unverbindliche Rechtsakte anzusehen.²⁹⁷

Gleichwohl sind die unverbindlichen Beschlüsse und Empfehlungen der VK für das Gemeinschaftssozialrecht quantitativ und wegen der Komplexität des Regelungsfelds wohl auch qualitativ von Gewicht.²⁹⁸ Nach Art. 10 der Satzung der VK sind ihre Rechtsakte im Amtsblatt zu veröffentlichen, der FSN führt sie ohne nähere Qualifizierung als Teil des geltenden Rechts. In der Stichprobe finden sich zwei "Empfehlungen" der VK und drei "Beschlüsse". Die Verordnung 1408/71 räumt dieser Unterscheidung insofern Bedeutung bei, als nach Art. 80 III für Beschlüsse in Auslegungsfragen die Einstimmigkeit der mitgliedstaatlichen Vertreter erforderlich ist. Hier scheint noch jene Differenzierung zwischen unverbindlichen Empfeh-

²⁹⁴ Dazu oben II.2.d.

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-236/88 – *Kommission./Frankreich*, Slg. 1990, I-3163, Rn. 17; Rs. C-251/89 – *Athanasopoulos*, Slg. I-2797, Rn. 53 f.

²⁹⁶ EuGH, Rs. 98/80 – *Romano*, Slg. 1981, 1241, Rn. 20; EuGH, Rs. 21/87 – *Borowitz*, Slg. 1988, 3715, Rn. 19; EuGH, Rs. C-102/91 – *Knoch*, Slg. 1992, I-4341, Rn. 52.

²⁹⁷ Für die Rechtslage unter der Vorläufer-Verordnung (EWG) Nr. 3 des Rates EuGH, Rs. 19/67 – *Van Der Vecht*, Slg. 1967, 445, 457: Beschlüsse der VK haben "den Rang von Gutachten".

²⁹⁸ Ein Überblick bei A. Scheuer, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Rn. 7 ff. zu Art. 42 EG.

lungen an die Sozialversicherungsträger einerseits und verbindlichen normkonkretisierenden Beschlüssen andererseits auf, der der EuGH die Grundlage entzogen hat. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist es jedenfalls fragwürdig, dass mit "Beschluss" auch nach der Grundsatzentscheidung des EuGH eine Bezeichnung Verwendung findet, die verbindliche Rechtswirkungen suggeriert. Auch für das institutionelle System ist Rechtsetzung der Verwaltungskommission ein Problem. Die VK steht in direkter Konkurrenz zur Kommission und dem von ihr praktizierten Standardmodell der normativen Konkretisierung von Gemeinschaftsrechtsakten. Eine Rechtsgrundlage für habilitierte Rechtsetzung der Kommission sieht die Verordnung 1408/71 bezeichnenderweise nicht vor. Aus allem folgt, dass die Wanderarbeitnehmer-Verwaltungskommission als eine Ausnahmerecheinung ohne Modellcharakter gewertet werden sollte,²⁹⁹ als ein Anachronismus im institutionellen System der Union.³⁰⁰

III. Vereinfachung der Instrumente – Sichtung des Reformpotenzials

Die Sichtung des geltenden Rechts offenbarte einen hohen Grad an Ausdifferenzierung, aber auch – bedenkt man die gängige Einschätzung – eine überraschend klare Strukturierung. Fundamental ist die Unterscheidung von organschaffendem Unionsrecht, das seine Geltung aus den Unionsverträgen ableitet (das abgeleitete Recht), und Komplementärrecht, dem unionsnahen Völkerrecht der Mitgliedstaaten. Im abgeleiteten Recht ist zu differenzieren zwischen der internen Rechtsetzung der Organe und den inkorporierten Maßnahmen in völkerrechtlichen Formen. Letztere sind entweder internationale Verträge, die durch einen Annahmeakt in die Unionsrechtsordnung eingefügt werden, oder Beschlüsse und Empfehlungen von Kooperationsgremien, deren Rechtsetzungsbefugnis sich aus solchen Abkommen ergibt. Das interne Unionsrecht unterscheidet verbindliche und unverbindliche Handlungsformen. Die verbindlichen Rechtsakte ergehen in vier Hauptformen, die von allen drei Rechtsetzungsorganen genutzt werden: Verordnung, Richtlinie, Entscheidung und Beschluss. Die unverbindlichen Akte konzentrieren sich auf drei Hauptformen, wobei in der Praxis die Stellungnahme für die Kommission und die Entschließung für den Rat reserviert ist; Empfehlungen stehen allen drei Rechtsetzungsorganen zur Verfügung. In ihrem Zuständigkeitsbereich erlässt zudem die EZB Verordnungen, Entscheidungen und Beschlüsse und gibt Stellungnahmen und Empfehlungen ab. Von dieser Struktur allerdings nicht erfasst sind einige Sonderformen der Verträge, insbesondere die sektorspezifischen Handlungsformen des EU-Vertrags sowie der ESZB-Satzung. Es verbleibt weiter eine

²⁹⁹ So bereits Louis (Anm. 2), 318 f.

³⁰⁰ Nach dem Vertrag von Nizza wird der (bedeutungslose) Art. 144 EG ersetzt durch eine Ermächtigung an den Rat, einen "beratenden Ausschuss für Sozialschutz" einzurichten. Dieser könnte die VK ablösen.

Restgröße von sonstigen Erscheinungen, von denen jedoch nur in wenigen Ausnahmefällen verbindliche Rechtswirkungen ausgehen.

Welches Konsolidierungspotential birgt diese Struktur? Eine konstruktive Antwort gelingt am besten dadurch, dass man das Reformziel der Transparenz nach zwei Seiten hin auffächert: Die Aufgabe besteht einerseits darin, die Einsehbarkeit vorhandener Strukturen zu erhöhen, und andererseits Modifikationen dort herbeizuführen, wo substantielle Defizite bestehen. Vereinfachung ist indes kein Selbstzweck. Vielmehr wird ein hinreichend differenziertes und komplexes Spektrum von Handlungsformen benötigt, um der Vielgestaltigkeit der von der Union erwarteten Regelungsleistungen gerecht zu werden. Entdifferenzierung ist nur dort sinnvoll, wo sich hinter der Pluralität von Bezeichnungen und äußeren Gestalten keine rechtliche Differenzierung verbirgt oder aber eine rechtliche Differenzierung keinen Gewinn abwirft. Skepsis ist in besonderem Maße gegenüber politikspezifischen Besonderheiten geboten, die ohne Not außerhalb des allgemeinen Systems der Handlungsformen stehen. In ihrem übergreifenden Charakter liegt eine wesentliche Bedeutung der Handlungsformen, die ihre kategoriale Selbständigkeit von den Kompetenzen rechtfertigt. Kompetenznorm- und politikfeldspezifische Handlungsformen gilt es im Sinne der Einheit des Unionsrechts möglichst zu überwinden. Weitere Ausdifferenzierung ist hingegen dort geboten, wo sich hinter identischen Bezeichnungen unterschiedliche Rechtsregime verbergen, da die Erkennbarkeit der Rechtswirkungen, die sich aus der Zuordnung einer Maßnahme zu einer Handlungsform eines Akts ergeben, ein fundamentales Gebot der Rechtssicherheit ist.

1. Handlungsformen im Kontext der großen Verfassungsfragen

a. Ein knapper Grundvertrag und das Organgesetz

Eine erste Ebene der Reformdiskussion betrifft die primärrechtliche Ebene: die Schaffung eines knappen Grundvertrags³⁰¹ und die Überführung der im Grundvertrag nicht aufgenommenen Bestimmungen sowie der sonstigen Akte primärrechtlichen Rangs in eine eigene Handlungsform. Vorgeschlagen wird die Einführung der Handlungsform "organisches Gesetz" nach französischem oder spanischem Vorbild als Zwischenstufe zwischen Verfassung und einfachem Gesetz.³⁰² Ohne uns diesem Vorschlag und insbesondere der verwandten Terminologie an dieser Stelle in allen Einzelheiten anzuschließen, teilen wir verfassungspolitisch das Anliegen ei-

³⁰¹ Europäisches Hochschulinstitut, Ein Basisvertrag für die Europäische Union. Studie zur Neuordnung der Verträge. Abschlussbericht, 2000, auch abzurufen unter <http://www.iue.it/RSC/Treaties.html>; P.-Ch. Müller-Graff, The Future of the European Treaties, in: v. Bogdandy/Mavroidis/Mény (Hrsg.), European Integration and International Co-ordination. Liber amicorum Claus-Dieter Ehlermann, 2002, 331.

³⁰² R. Bieber/B. Kahil, "Organic Law" in the European Union, in: Winter (Anm. 3), 423 ff.; Winter (Anm. 3), 28 ff.

nes Grundvertrags und der Einführung einer der Vertragsebene nachgeordneten Handlungsform mit erleichtertem Änderungsverfahren³⁰³, da diese Reform für die Zukunftsfähigkeit der Union kaum entbehrlich ist. Zu dem Gesamtkomplex können aber aus der Perspektive dieser Studie kaum Aussagen gemacht werden.³⁰⁴

b. Ein europäisches Gesetz in vier Varianten

Hinsichtlich der Forderung der Handlungsform des Gesetzes³⁰⁵ sei zunächst bemerkt, dass dessen Einführung einen Akt der Verfassungsfortschreibung darstellte, dessen Kontext weit über die Handlungsformen hinausreicht. Das Gesetz ist nach europäischem Verfassungsverständnis – je nach Theorietradition – ein Akt des Souveräns, des Volkes oder demokratischer Selbstbestimmung;³⁰⁶ in diesen Perspektiven sollte man über seine Einfügung in den Formenbestand der Union entscheiden, nicht im engeren Kontext der Handlungsformen. Verfassungspolitisch vertreten wir mit Blick auf die Unionsbürgerschaft die Einführung des Gesetzesbegriffs für Rechtsakte, die dem Mitentscheidungsverfahren entstammen. Allerdings sollte dies – will man nicht die Struktur des bestehenden Sekundärrechts von Grund auf wandeln – nach dem Muster des Verhältnisses von Gesetz und Verordnung unter Art. 34 und 37 der Verfassung der französischen V. Republik erfolgen. Danach sind Gesetz und die verfassungsunmittelbare Verordnung nicht hierarchisch, sondern nach Kompetenzbereichen einander zugeordnet.³⁰⁷ Dies entspricht dem gegenwärtigen Verhältnis von im Mitentscheidungsverfahren ergangenen Akten zu allen weiteren Akten des abgeleiteten Rechts. Eine Lösung der allgemeinen Höherstufung würde eine Komplettrevision verlangen, deren Diskussion wir schon angesichts ihrer Unwahrscheinlichkeit unterlassen.³⁰⁸

Wenig überzeugend sind weiter Vorschläge, die bereits im staatlichen Kontext weitgehend überholte Gesetzeslehren in das Unionsrecht einführen wollen. So wird etwa vorgeschlagen, dass es für die Bezeichnung als Gesetz nicht nur auf den

³⁰³ Europäisches Hochschulinstitut, Réformer les procédures de révision des Traités, Deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union européenne, remis le 31 juillet 2000 à la Commission européenne, auch abzurufen unter <http://www.iue.it/RSC/Treaties.html>.

³⁰⁴ Mit Blick auf die bestehenden Handlungsformen ist aber festzuhalten, dass eine Verschmelzung des aus dem Grundvertrag ausgelagerten Primärrechts mit den primärrechtsgestaltenden Akten des organschaftlichen Rechts (z.B. dem Eigenmittel-Beschluss nach Art. 269 EG) den Beschluss von seiner derzeitigen Nebenfunktion im Rahmen autonomer Vertragsänderung entlasten und er so noch klarer als reguläre Handlungsform des abgeleiteten Rechts erkennbar würde.

³⁰⁵ Ausdrücklich Winter (Anm. 3), 30 ff., der eine Vielfalt von Legalbezeichnungen vorschlägt: "organisches Gesetz", "Ratifikationsgesetz", "Konsensgesetz", "Mehrheitsgesetz", "Haushaltsgesetz".

³⁰⁶ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931; J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992; Ch. Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970.

³⁰⁷ L. Favoreu, *Rapport introductif*, in: ders. (Hrsg.), *Le domaine de la loi et du règlement*, 2. Aufl. 1982, 25 ff.; R. Janot, *L'origine des articles 34 et 37*, in: Favoreu (Hrsg.), *ibid.*, 61 ff.; näher aus vergleichender Sicht v. Bogdandy (Anm. 44), 262 ff.; für eine vollständige Vergesetzlichung hingegen Winter (Anm. 3), 44.

³⁰⁸ Eine Komplettrevision fordert Winter, *ibid.*

Erlaß einer Maßnahme im Mitentscheidungsverfahren ankommen soll. Verlangt wird über das Verfahren hinaus, dass das Gesetz nur wesentliche Grundsätze oder die allgemeinen Regeln der verfolgten Politik festlegt.³⁰⁹ Ein solches (Rahmen-)Gesetz wäre nach seiner rechtlichen Wirkung eine in ihrer Regelungsdichte beschnittene Verordnung, die im Verfahren des Art. 251 EG ergeht. Da systemlogisch kaum denkbar ist, dass ein solches Gesetz als zusätzliche Handlungsoption des Mitentscheidungsgesetzgebers neben die bisherigen Handlungsformen tritt, führt dieser Vorschlag zu einer Beschränkung des derzeitigen Mitwirkungsbereichs des Parlaments. Sollten Rat und Parlament gemeinsam ausschließlich Gesetze in diesem engeren Sinne erlassen können, wären nicht nur Regelungen mit einer Dichte, wie sie mit der Verordnung möglich ist, ausgeschlossen. Der Mitentscheidungsgesetzgeber wäre auch der Chance beraubt, seine Regelungsanliegen in den abgestuften Formen der staatterichteten Entscheidung, der Richtlinie und des Beschlusses zu verfolgen. Diese Entdifferenzierung des Formenspektrums ist keineswegs wünschenswert.

Soll der Mitentscheidungsgesetzgeber auch nach Einführung der Handlungsform Gesetz über das ganze bisherige Spektrum an Handlungsformen verfügen, so sollte das europäische Gesetz nicht über einen eigenen Wirkungsmodus definiert, sondern mit den bisherigen Handlungsformen verbunden werden. Unser Vorschlag lautet, immer die Bezeichnung "Gesetz" in den Titel eines Rechtsakts aufzunehmen, wenn im Mitentscheidungsverfahren verbindliches Recht gesetzt wird, dabei aber die Differenzierung nach den verschiedenen Rechtswirkungen von Verordnung, Richtlinie, staatterichteter Entscheidung und Beschluss beizubehalten. Rechtstechnisch könnte dies so umgesetzt werden, dass die primärrechtliche Verankerung des Gesetzes nicht in Art. 249 EG erfolgt, sondern diese Norm unberührt bleibt. Vielmehr wäre in Art. 254 I EG eine weitere Bestimmung einzufügen: "Die nach dem Verfahren des Art. 251 EG angenommenen Rechtsakte führen die Bezeichnung 'Gesetz'." Die entsprechenden Akte ergingen dann als "Gesetz des Europäischen Parlaments und des Rates (Verordnung Nr. ...)" oder als "Gesetz über eine Richtlinie zur Angleichung ...". Man unterschätze nicht, welche politische Dynamik allein durch diese Bezeichnung ausgelöst würde, die rechtlich zunächst nur ein bestimmtes Verfahren der Rechtserzeugung anzeigt.³¹⁰

³⁰⁹ H. Hofmann, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000; Europäische Kommission, Ein Projekt (Anm. 17), 23 f.

³¹⁰ So wäre für die Bürger unmittelbar sichtbar, in welchem Umfang ein aus unmittelbaren Wahlen hervorgegangenes Europäisches Parlament das verbindliche Recht der Union mitverantwortet. Auch könnte hierdurch zusätzlicher Legitimationsdruck erzeugt werden, den Anwendungsbereich des Mitentscheidungsverfahrens auf alle Politikbereiche auszudehnen. Dieser Forderung stehen, so die Erkenntnisse dieser Studie, sogar im Bereich Landwirtschaft keine gravierenden Effektivitätsgesichtspunkte entgegen. Denn selbst in diesem überaus rechtsetzungsintensiven Bereich gibt es nur in verhältnismäßig geringem Umfang eine vertragsunmittelbare Rechtsetzung, auf die Art. 251 EG Anwendung finden würde. Ebenso Europäische Kommission, Institutionelle Reform für eine erfolgreiche Erweiterung, KOM 2000 (34) endg., 29.

c. Überwindung der Säulenstruktur

Wie bereits erwähnt, führt die Proliferation von Handlungsformen in den Titeln V und VI des EU-Vertrags zu massiven Einbußen an Transparenz- und strukturschaffender Einheitlichkeit (II.2.e.). Aus der Sicht der Handlungsformenlehre drängt es sich geradezu auf, sowohl die ursprünglichen Handlungsformen des EU-Vertrags wie auch den Reformversuch des Art. 34 EU zu kritisieren und auf das Vereinfachungspotential hinzuweisen, das in der Überführung der EUV-Politiken in den Anwendungsbereich der Handlungsformen des EG-Vertrags liegt. Dies gilt insbesondere für den Titel VI EU-Vertrag nach der Amsterdamer Reform. An die Stelle des Rahmenbeschlusses würde die Richtlinie treten, und der obskure "Beschluss" des Art. 34 II *lit. c* EU könnte das Geheimnis seiner Rechtsnatur mit in das Grab nehmen, in dem schon die Gemeinsame Maßnahme nach Art. K.3 EUV ihre hoffentlich letzte Ruhe gefunden hat. Der politisch gewollte Ausschluss bürgerbelastender Maßnahmen könnte mit einer Beschränkung auf die Richtlinie als Handlungsform zuverlässig gewährleistet werden. Die durch den Rat ausgearbeiteten Übereinkommen der Mitgliedstaaten nach Art. 34 II *lit. d* EU könnten als subsidiäre Form in das neue primärrechtliche Umfeld mit überführt werden und als besonderes Komplementärrecht fortbestehen.

Indes wird allein die Perspektive der Handlungsformenlehre dem Phänomen der Proliferation nicht gerecht. Die sektoralen Besonderheiten des Handlungsformensystems des EU-Vertrags sind Ausdruck eines (bislang) fehlenden Konsenses der Mitgliedstaaten zur Vergemeinschaftung dieser Politiken; demgegenüber erscheint die fehlende Bereitschaft zur Systemkohärenz bei den Handlungsformen nachgeordnet. Zumal für den Bereich der Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist nicht erkennbar, dass der politische Wille zu einer vollständigen Einbindung und Verrechtlichung auf europäischer Ebene vorhanden ist. Bis auf weiteres werden die sperrigen Formen des Art. 12 EU Teil des Systems der Handlungsformen der Union sein. Insofern ist es eine nachvollziehbare Strategie der Kommission, den Ansatz für die Reform der GASP und der PJZ nicht bei den Handlungsformen, sondern bei der institutionellen Kohärenz und den Rechtsetzungsverfahren zu suchen.³¹¹

Gleichwohl sollten Defizite wie Reformpotenziale auch bei Handlungsformen des Titel VI EU-Vertrag nicht vollständig aus dem Blick geraten. Erklärungsbedürftig bleibt etwa der primärrechtliche Ausschluss der unmittelbaren Wirksamkeit der Rahmenbeschlüsse und der für die Mitgliedstaaten verbindlichen "Beschlüsse" nach Art. 34 EU. Zwar erklärt sich aus der besonderen Grundrechtssensibilität des Strafrechts, warum unmittelbar bürgerbelastende Maßnahmen der Union ausgeschlossen sein sollen. Es ist aber nicht überzeugend, warum gerade die mit der Sanktionsgewalt des Staates konfrontierten Rechtsbürger sich vor ihren Gerichten nicht auf individuelle Rechte berufen können, die sich aus unionsrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten ergeben. Das individualrechtsgüterschonende Rechts-

³¹¹ Europäische Kommission, Ein Projekt (Anm. 17), 12 ff.

regime der Richtlinie ist gerade in diesem grundrechtssensiblen Bereich dazu prädestiniert, zur Entfaltung zu kommen.

2. Verbesserungen im Rahmen des geltenden Primärrechts

a. Verbindliche Selbstdisziplinierung der Organe

Die vorstehenden Reformvorschläge berühren die großen verfassungspolitischen Fragen der Zukunft der Union. Aus dieser Studie ergeben sich jedoch auch Reformvorschläge, die enger auf die Handlungsformen bezogen sind und weniger weitreichende Schritte voraussetzen. Wichtige Verbesserungen, die im Folgenden näher genannt werden, können die Unionsorgane auch ohne Vertragsänderung herbeiführen, indem sie sich zu diesem Zweck – gestützt auf ihre Selbstorganisationsbefugnis – einer strikteren Selbstdisziplinierung in Bezug auf ihre Formenwahlpraxis unterwerfen. Diese Schritte transparenzschaffender Selbstdisziplinierung sollten eine verbindliche Fixierung in einer entsprechenden Interinstitutionellen Vereinbarung und in den Geschäftsordnungen der Rechtsetzungsorgane finden.

Im Bereich der verbindlichen internen Rechtsetzung würde die Situation entscheidend verbessert, wenn die Organe die Konzentration auf die vier Hauptformen Verordnung, Richtlinie, Entscheidung und Beschluss als allgemeine Regel formulierten. Die Organe sollten sich auf einen Katalog der Formen festlegen, in denen sie ihre Rechtsetzungsaufgaben bewältigen wollen, und genauer definieren, welche Regeln für ihre äußere Gestalt gelten.³¹² Dies impliziert, dass der Beschluss eine ausdrückliche Anerkennung als Handlungsform in den Geschäftsordnungen der Organe findet. Wenngleich die Bedeutung dieser Handlungsform eine primärrechtliche Anerkennung des Beschlusses als wünschenswert erscheinen lässt, so könnte doch bereits eine Fixierung im abgeleiteten Recht erreichte Rationalitätsstandards absichern und Rückfälle verhindern (z.B. haushaltswirksame Programme in Entschließungsform).

Es würde die Rechtslage weiter verbessern, wenn bestehende Üblichkeiten im Bereich der unverbindlichen Rechtsakte in der oben beschriebenen Weise fixiert würden. Hiermit könnten neben Transparenzgewinnen zudem substanzielle Vereinfachungspotentiale realisiert werden. So sollte der Rat im Bereich der unverbindlichen Rechtsakte nur "Empfehlungen" und "Entschlüsse" erlassen und damit auf Bezeichnungen wie "Erklärung" und "Schlussfolgerungen" verzichten. Die Festlegung auf ein einheitliches Regime der Bezeichnungen ist auch für die Kommission angezeigt, was zu einer Beschränkung auf "Stellungnahme" und "Mitteilung" führt. Ein nachvollziehbares Bedürfnis für weitere Varianten besteht nicht. Insbesondere die Generaldirektion Wettbewerb, welche inflationär mit weiteren Bezeichnungen operiert, sollte ihre intransparente Praxis aufgeben.

³¹² Insofern unbefriedigend Art. 7 GO-Rat (2000).

Schwieriger zu bewältigen sind die Probleme unterschiedlicher Rechtswirkungen bei gleicher Kennzeichnung. In erster Linie ist hier die Bezeichnung "Beschluss" zu nennen, welche derzeit nicht nur von den Unionsorganen und der EZB, sondern auch für verbindliche Rechtsakte der Mitgliedstaaten und der Kooperationsgremien genutzt wird. An dieser Stelle ist die Einführung weiterer Bezeichnungen wünschenswert; allerdings steht keine Bezeichnung bereit, die in gleicher Deutlichkeit auf verbindliche Rechtswirkungen hindeutet. Überdies entzieht sich komplementärrechtliches Handeln weitgehend einer Disziplinierung durch die Verträge. Bis auf weiteres wird die Handlungsformenlehre wohl den Zustand hinnehmen müssen, dass sich die Rechtswirkungen von Beschlüssen erst aus der Kombination von formaler Kennzeichnung und Organschaft erschließt.

Leichter überwindbar sind hingegen die Defizite, die die sektoral unterschiedliche Bedeutung der Bezeichnung "Leitlinie" hervorruft. Seit der primärrechtlichen Etablierung der verbindlichen EZB-Leitlinie (Art. 12.1 ESZB-Satzung) sollte diese Bezeichnung nicht mehr für unverbindliche Handlungen verwandt werden. Dies legt eine Änderung im Wortlaut des Art. 128 EG nahe. Aber auch ohne dessen Änderung ist der Rat aufgefordert, beschäftigungspolitische "Leitlinien" nach Art. 128 II EG als Empfehlung nach Art. 249 V EG zu erlassen. Bislang als "Leitlinien" bezeichnete Maßnahmen der Kommission in Kartell- und Beihilfensachen sollten in Zukunft allein als "Mitteilungen" ergehen. Auch sollte der mit Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates eingeschlagene Weg, im Beihilfenrecht an die Stelle weicher Regelungsinstrumente zunehmend habilitierte Kommissions-Verordnungen treten zu lassen, konsequent weiter verfolgt werden. Bei den für den Rat verbindlichen allgemeinen Leitlinien des Europäischen Rates nach Art. 13 EU ist derzeit keine Abhilfe in Sicht.

b. Verbesserungen durch legislatorische Maßnahmen

Bestimmte Probleme lassen sich nicht auf der Basis einer Selbstdisziplinierung der Organe bewältigen, sondern die Organe sind aufgerufen, gestützt auf spezielle Kompetenznormen rechtsetzend tätig zu werden.

Der erste Bereich betrifft eine längst überfällige institutionelle Vereinfachung: die Abschaffung der Wanderarbeitnehmer-Verwaltungskommission. Für diese Sondereinrichtung, die auf die frühesten Tage des Gemeinschaftsrechts zurückgeht, gibt es heute keine Daseinsberechtigung mehr. Damit würde sich auch das Problem der "Beschlüsse" der VK erledigen (II.2.h.). Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sollte dahin gehend geändert werden. Zur Befriedigung der unabweisbaren Koordinationsbedürfnisse sollte ein Komitologie-Ausschuss eingerichtet werden bzw. der beratende Ausschuss nach Art. 144 EG (Nizzaer Fassung) genutzt werden. Zugleich sollte der Kommission eine näher bestimmte Durchführungsermächtigung eingeräumt werden. Bei sensiblen Fragen kommt ein Regelungsausschuss-Verfahren in Frage sowie eine Beschränkung der Kommissions-Befugnis auf unverbindli-

che Stellungnahmen. Aufgerufen zu diesem Schritt des *institutional mainstreaming* sind Kommission, Rat und Parlament, Art. 42 EG.

Ein weiteres erhebliches Potenzial der Vereinheitlichung und Vereinfachung, das die rechtsetzenden Organe ohne Vertragsänderung realisieren können, besteht in der Aufarbeitung des komplementärrechtlichen *acquis*. Insbesondere der ältere Bestand an Komplementärrechtsakten ist ungeachtet der Entwicklung der Verbandskompetenzen der Union nicht in das abgeleitete Unionsrecht übergeleitet worden. Die Überprüfung des komplementärrechtlichen Altbestands darauf, ob hinter den Akten noch aktuelle Regelungsanliegen stehen und welche Modifizierungen angezeigt sind, würde zur Klarheit über den Inhalt des geltenden Rechts erheblich beitragen. Der Beitritt neuer Mitgliedstaaten, die auch das Komplementärrecht zu übernehmen haben, bietet hinreichenden Anlass für eine solche Wartung der Rechtsordnung.

3. Anforderungen an den Verfassungsgeber

Ein weiteres Anliegen kann nur auf der Ebene des Primärrechts bearbeitet werden. Es betrifft die Wahrung des einheitlichen institutionellen Rahmens der Union im Zusammenhang mit der Proliferation rechtsetzender Kooperationsgremien auf der Grundlage von völkerrechtlichen Verträgen. Es wurde im entsprechenden Abschnitt dieses Beitrags herausgearbeitet (II.3.d.), dass nach derzeitiger Erkenntnis keine Schranken für Befugnisübertragungen durch Abkommen der Union bestehen. Diese Rechtslage bleibt sogar hinter den vom Gerichtshof entwickelten Grenzen für Befugnisübertragungen auf reguläre Organe unter Art. 202 EG zurück. Dass sich der Gerichtshof bislang nicht dazu aufgerufen sah, aus dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts eine entsprechende Doktrin zu entwickeln, vermag nicht zu beruhigen. In Art. 300 EG sollte bereits vor einer Verkomplizierung der Lage durch entstandene völkerrechtliche Pflichten eine Klausel eingefügt werden, die zu weit reichende Befugnisübertragungen ausschließt. Ob Orientierung hier eher bei der Rechtsprechung zu Art. 202, 212 EG zu suchen ist ("wesentliche Grundzüge") oder bei der strikteren *Meroni*-Doktrin (grundsätzlich Verbot der Übertragung von Ermessensentscheidungen) müsste die zu eröffnende Diskussion erbringen.

Im Übrigen kann an den Verfassungsgeber nur der allgemeine Appell ergehen, die Kohärenz des institutionellen Systems nicht durch die Schaffung weiterer rechtsetzender Organe im Primärrecht zu gefährden. Die Schaffung eines Politischen und Sicherheitspolitischen Komitees (PSK) durch den Vertrag von Nizza, dem der Rat gem. Art. 25 EU Beschlusskompetenzen bei Krisenbewältigungsoperationen übertragen kann, geht in die falsche Richtung.

Dem gegenüber hat diese Studie dringliche Anforderungen an den Verfassungsgeber im engeren Bereich der Handlungsformen nicht zu Tage gefördert. Das abgeleitete Unionsrecht benötigt nach der Systemlogik der Handlungsformen keine neuen Handlungsformen, auch keine "Rahmenrichtlinie" als selbständige Form

oder die Rückkehr zu einer angeblich "ursprünglichen" Richtlinie, zu deren Rechtsregime eine bestimmte maximale Regelungsdichte gehört (I.1.). Die seit den 60er Jahren geführte Diskussion hat überzeugend nachgewiesen, dass die zulässige Regelungsintensität eines Akts nicht über die Handlungsform, sondern weit besser handlungsformübergreifend über die Kompetenzen und Kompetenzausübungsregeln gesteuert wird. Dem gegenüber ist die Einheitlichkeit des Rechtsregimes der Richtlinie über verschiedene Regelungstypen und Kompetenzen hinweg ein substantielles Anliegen der Handlungsformenlehre. Erst die Stabilität des Rechtsregimes einer Handlungsform ermöglicht ihren Einsatz als multifunktionales Instrument.

Eine enumerative Kodifizierung der Handlungsformen auf der Ebene des Primärrechts steht nicht zur Debatte und erscheint auch nicht wünschenswert. Die Nachteile, die mit der Schließung des Handlungsformenkatalogs und dem Abschluss weiterer Entwicklungsdynamik verbunden wären, wiegen zu schwer. Überdies ist zu fragen, ob die Rechtswissenschaft derzeit überhaupt über hinreichend gesicherte Erkenntnisse verfügt, um einem solchen Kodifizierungsprojekt im geforderten Umfang zuarbeiten zu können.

4. Handlungsformen und die Zukunftsfähigkeit der Union

Zusammenfassend kommen wir hinsichtlich der Handlungsformen zu weitgehend dem gleichen Ergebnis wie bei den Kompetenzen:³¹³ Es gibt eine Reihe von Möglichkeiten der Verbesserung im Detail, insgesamt zeigt eine genaue Analyse jedoch keine gravierenden Systemschwächen. Das geltende Recht und die Rechtspraxis erweisen sich mit wenigen Ausnahmen bei näherer Analyse als problemadäquate Ausdifferenzierung und nicht als prinzipienlose Proliferation. Auch der rechtspraktische Zugang zum geltenden Recht, wenngleich bisweilen mühsam, erscheint insbesondere dank elektronischer Medien hinreichend gesichert. Der wichtigste Punkt, an dem sich dringlicher Reformbedarf originär aus der Handlungsformenperspektive stellt, ist die Überwindung des defizitären Zustands der mit Art. 34 EU geschaffenen Rechtslage. Auch die Rechtslage im Bereich der GASP ist unbefriedigend, jedoch fehlt es unter der gegenwärtigen politischen Verfassung an klaren Alternativen, die aus der Perspektive der Handlungsformen den Rationalitätsgehalt der Maßnahmen nach Titel V EU-Vertrag steigern könnten.

Über die Zukunftsfähigkeit der Union entscheidet die Reform der Handlungsformen ebenso wenig wie eine Reform der vertikalen Kompetenzordnung, sondern sie hängt an der Reform der europäischen Organe. Entscheidend für die Überwin-

³¹³ v. Bogdandy/Bast (Anm. 15), 458; ähnlich F. Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), 577; M. P. Chiti, Delimitación o reparto de competencias entre Unión Europea y estados miembros?, in: García de Enterría/Alonso García (Hrsg.), La encrucijada constitucional de la Unión Europea, 2002, 69, und J. Díez-Hochleitner, El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma, *ibid.*, 85; de Witte/de Búrca (Anm. 146).

derung der Akzeptanzkrise, für Demokratisierung wie Effektivierung ist eine Gestaltung der horizontalen Organkompetenzen im Sinne klarer und funktionaler Gewaltengliederung (nicht: Gewaltenteilung). Der Verfassungsgeber sollte den Europäischen Rat deutlich in das unionale Gefüge rechtlicher und politischer Verantwortlichkeit einbinden und in seiner politikdeterminierenden Rolle zurückdrängen, das Mitentscheidungsverfahren zum Standard der Rechtsetzung ausweiten, die Diffusität der Fachräte überwinden und die implementierende Rechtsetzung weit stärker als Aufgabe der Kommission formulieren, gegebenenfalls unter mitgliedstaatlicher Beteiligung (Komitologie). Die großen Entscheidungen hinsichtlich der Handlungsformen wie die Einführung des Gesetzes sollten als Konsequenzen der Reform der horizontalen Gewaltengliederung behandelt werden. Das bislang in seiner Rationalität nur unvollständig erkannte Recht der Handlungsformen bietet eine im Grundsatz brauchbare Stufung und kann mit einem überschaubaren Maß präzisiert werden. Die Reformen zu einem überzeugenden System ausgebaut werden. Evolution, nicht Systembruch und Neubeginn sollte die Losung lauten.

Summary³¹⁴

Legal Instruments in European Union Law – Exploring a Path through an Allegedly Impenetrable Jungle

In continental Europe, the structures of national public law have been built on the scholarly systematisation of the legal instruments available to public authorities. In European legal scholarship, however, the supranational legal instruments have drawn rather peripheral attention. Arguably for that reason, a situation has developed which is generally perceived as unsatisfactory. Consequently, Declaration No. 16 annexed to the Maastricht Treaty called for a reform. Whereas this appeal did not lead to results, it is possible that the time for reform has come on occasion of the post Nice debate. As a contribution to the ongoing reform debate, this paper presents some key insights of a larger study which examines and develops the legal regimes of the existing instruments based on an empirical analysis of the structures of the secondary Union law.

The analysis of the legislation in force has revealed a large degree of differentiation, but at the same time surprisingly clear structures. A first and fundamental distinction can be made between the law adopted by the Union's institutions on the basis of the Treaties (derived law) and those international agreements among the Member States which complement the law of the Union (complementary law). Derived law is divided into internal legislation and incorporated measures of international law. The latter are either international treaties which are incorporated into the Union's legal order, or decisions and recommendations of Cooperation Bodies, whose powers derive from such treaties: they form a surprisingly important element of the Union's legal order and raise a number of critical constitutional issues.

³¹⁴ Summary by the authors.

Concerning the internal legislation of the European Union, one can distinguish binding and non-binding legal instruments. Whereas in domestic legal systems it is still disputed whether non-binding legal instruments form part of the legal order, the Union has settled for a broad concept of law which includes such instruments. The binding legislation is adopted not, as one could assume under Art. 249 of the EC, in three, but in four types: regulations, directives, decisions and decisions without addressee (*Beschlüsse*). The latter instrument, little studied so far, is thoroughly examined. There are three main types of non-binding acts (opinions, resolutions, recommendations). In practice, opinions are reserved for the Commission, whereas resolutions are reserved for the Council. Recommendations are used by all three institutions. Within its powers, the ECB adopts regulations, decisions as well as *Beschlüsse* and issues opinions and recommendations. Not included in this structure are the policy-specific legal instruments of the EU Treaty and the ESCB Statute (guidelines and instructions). The remaining acts are of marginal scope and quantity, but contribute to the perceived intransparency of the legal order.

As the article develops in great detail, in most respects the diverse instruments and the legal practice can be perceived as an expression of adequate differentiation within a complex legal, political and social environment. There are certainly numerous possibilities, some of which this article develops, for improvement of the legal instruments. Overall, however, the analysis has not shown fundamental systemic deficiencies. With regard to legal instruments, the most urgent need for reform concerns the inadequate instruments of Art. 34, TEU. It is submitted that the special instruments of PJCC should be abolished. The PJCC should employ the legal instruments of the EC Treaty: there are no acceptable policy-specific reasons for maintaining special legal instruments. The situation under the CFSP is also unsatisfactory. There are, however, no clear and realistic alternatives which could improve the rationality of measures taken under Title V, TEU from the viewpoint of legal instruments.

This paper argues that there is a rationality behind the law of legal instruments which until now has not been perceived. In most respects, the current legal instruments provide a sound basis for developing a convincing system *de lege lata*. With respect to reforms, evolution, rather than a fundamental re-orientation, should be the approach to the future of the European Union's legal instruments.

