Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NIILO JÄÄSKINEN
vom 12. September 2013[1]

Rechtssache C-270/12

Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland
gegen
Rat der Europäischen Union
und

Europäisches Parlament

„Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) — Gültigkeit von Art. 28 der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps — Rechtsgrundlage — Art. 114 AEUV und 352 AEUV — Institutionelles Gleichgewicht und Zuständigkeitsverteilung — Bedingungen für die Übertragung von Befugnissen auf EU-Agenturen — Übertragung nach Art. 290 AEUV und Durchführung nach Art. 291 AEUV — Urteil Meroni — Urteil Romano — Verhältnis zu den Bestimmungen des Vertrags von Lissabon über die gerichtliche Überprüfung verbindlicher Rechtsakte der Agenturen“

I – Einleitung

1. Mit der vom Vereinigten Königreich gegen den Rat und das Europäische Parlament erhobenen Klage wird die Nichtigerklärung von Art. 28 der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps beantragt[2]. Diese Bestimmung stattet die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) mit bestimmten Befugnissen aus, mittels verbindlicher Rechtsakte in die Finanzmärkte der Mitgliedstaaten einzugreifen, wenn „die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union bedroh[t]“ ist. Diese Umstände sind ihrerseits in Art. 24 Abs. 3 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 918/2012 der Kommission[3] näher definiert. Zu den Maßnahmen, die die ESMA aufgrund der Ermächtigung in Art. 28 Abs. 1 der Verordnung Nr. 236/2012 ergreifen kann, gehören insbesondere der Erlass von Melde- und Offenlegungspflichten gegenüber natürlichen und juristischen Personen sowie ein Verbot für den Eintritt in bestimmte Transaktionen oder der Erlass von Bedingungen für solche Transaktionen.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — ABl. L 86, S. 1.

3 — Delegierte Verordnung vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf Begriffsbestimmungen, die Berechnung von Netto-Leerverkaufspositionen, gedeckte Credit Default Swaps auf öffentliche Schuldtitel, Meldeschwellen, Liquiditätsschwellen für die vorübergehende Aufhebung von Beschränkungen, signifikante Wertminderungen bei Finanzinstrumenten und ungünstige Ereignisse (ABl. L 274, S. 1). Dieser delegierte Rechtsakt wurde auf der Grundlage der Art. 2 Abs. 2, 3 Abs. 7, 4 Abs. 2, 7 Abs. 3, 13 Abs. 4, 23 Abs. 7 und 30 der Verordnung Nr. 236/2012 erlassen.

2. Die ESMA wurde am 1. Januar 2011 errichtet[4], ebenso wie die Europäische Bankenaufsichtsbehörde[5] und die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung[6]. Die drei Einrichtungen werden gemeinsam als „Europäische Aufsichtsbehörden" oder, wie im zehnten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1095/2010, als „ESA" bezeichnet. Die ESMA ist mittelbar auch Ergebnis des von der Kommission angesichts der Finanzkrise von 2008 initiierten Reformprogramms und des Berichts der von Jacques de Larosière geleiteten hochrangigen Expertengruppe, die Empfehlungen dazu abgab, wie die Finanzmarktaufsicht auf Unionsebene gestärkt werden kann[7], und zu einem weitreichenden Umsetzungsprogramm führte[8]. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1095/2010 ist die ESMA eine „Einrichtung" der Union mit eigener Rechtspersönlichkeit.

3. Nachdem eine harmonisierte Reaktion der Union auf Leerverkäufe als notwendig empfunden wurde[9], trat am 25. März 2012 die Verordnung Nr. 236/2012 in Kraft. Leerverkäufe sind eine Praxis des Verkaufs von Vermögenswerten, üblicherweise Wertpapieren, die sich zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht im Eigentum des Verkäufers befinden, in der Absicht, von einem Kursrückgang der Vermögenswerte vor Abwicklung der Transaktion zu profitieren. Wie in den schriftlichen Erklärungen des Parlaments ausgeführt, wurde die ESMA errichtet, weil die Europäische Union eine Einrichtung mit der einschlägigen Sachkenntnis schaffen wollte, um die europäischen Wertpapiere und Wertpapiermärkte in Ergänzung zu den nationalen Aufsichtsbehörden zu beaufsichtigen[10]. Infolgedessen stattete die Verordnung Nr. 236/2012 die ESMA mit umfassenden Stellungnahme-, Unterrichtungs- und Regelungsbefugnissen in Bezug auf Leerverkäufe aus.

4. Das Vereinigte Königreich führt zur Begründung seiner Klage vier Nichtigkeitsgründe an. Der Mitgliedstaat bringt erstens vor, dass die der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 übertragene Zuständigkeit über die Grenzen hinausgehe, die der Gerichtshof der Übertragung von Befugnissen durch die Organe in seinem Urteil Meroni gesetzt habe[11]. Zweitens solle Art. 28 die ESMA zum Erlass von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung ermächtigen, die normativen Charakter hätten, was der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Romano widerspreche[12]. Drittens solle Art. 28 der ESMA die Befugnis übertragen, Rechtsakte mit allgemeiner Geltung ohne legislativen Charakter zu erlassen, was gegen die Art. 290 AEUV und 291 AEUV verstoße. Viertens sei, soweit Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 die ESMA zum Erlass individueller Entscheidungen mit Rechtswirkung gegenüber Dritten für den Fall ermächtige, dass die Maßnahmen der jeweils zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nicht ausreichend oder ungeeignet seien, Art. 114 AEUV nicht die richtige Rechtsgrundlage für den Erlass solcher Rechtsakte.

4 — Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission (ABl. L 331, S. 84) in der durch die Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 (ABl. L 174, S. 1) geänderten Fassung.

5 — Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission (ABl. L 331, S. 12).

6 — Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission (ABl. L 331, S. 48).

7 — Der endgültige Bericht der de Larosière-Gruppe vom 25. Februar 2009 empfahl weitreichende Maßnahmen. Siehe http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf.

8 — Eine eingehende Erörterung findet sich beispielsweise bei Tridimas, T., „Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA", Shuibhne, N., und Gormley, L. (Hrsg.), *From Single Market to Economic Union: essays in memory of John A. Usher* (Oxford University Press, Oxford, 2012), S. 55 bis 83.

9 — Eine eingehende Analyse findet sich beispielsweise bei Payne, J., „The regulation of short selling and its reform in Europe", *European Business Organization Law Review* 13(3) (2012), S. 413 bis 440; Juurikkala, O., „Credit Default Swaps and the EU Short Selling Regulation: A Critical Analysis", *European Company and Financial Law Review* 9 (2012), S. 307 bis 341.

10 — Vgl. die Erwägungsgründe 8 bis 12 der Verordnung Nr. 1095/2010 und das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen SEK(2009) 1234 vom 23. September 2009, S. 27 und 28.

11 — Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juni 1958, Meroni/Hohe Behörde (9/56, Slg. 1958, 11).

12 — Urteil des Gerichtshofs vom 14. Mai 1981, Romano (98/80, Slg. 1981, 1241).

5. Der Rat und das Parlament, unterstützt von der Kommission sowie dem Königreich Spanien, der Republik Frankreich und der Republik Italien, treten der Nichtigkeitsklage des Vereinigten Königreichs nachdrücklich entgegen. Der Rat und das Parlament gehen in ihren schriftlichen Erklärungen zum einen auf die vom Vereinigten Königreich angeführten Klagegründe ein und fordern den Gerichtshof zum anderen auf, die vom Vereinigten Königreich angeführte Rechtsprechung nicht isoliert, sondern im Licht der Modernisierung des Rechts der Unionsagenturen zu betrachten, die nach dem Vertrag von Lissabon stattgefunden habe, insbesondere im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfung von verbindlichen Rechtsakten der Agenturen. Der Rat und das Parlament tragen, unterstützt von der Kommission, weiter vor, dass Art. 114 AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für die Befugnisse der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 darstelle, weil die Bestimmung als Harmonisierungsmaßnahme nach dem EU-Binnenmarktrecht anzusehen sei.

6. Meines Erachtens geht es im vorliegenden Fall im Kern um die Tatsache, dass Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 keine Übertragung von Zuständigkeiten auf eine Agentur durch eines der vollziehenden Organe der Union, also die Kommission oder ausnahmsweise der Rat, zum Gegenstand hat, sondern eine unmittelbare Übertragung von Befugnissen durch den Gesetzgeber auf eine Agentur aufgrund eines Gesetzgebungsakts nach Art. 289 Abs. 3 AEUV. Vor dem Hintergrund der durch den Vertrag von Lissabon vollzogenen Änderungen[13], insbesondere der primärrechtlichen Bestätigung der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Rechtsakten der Agenturen im Unionsrecht[14], tragen die in den Urteilen Romano und Meroni aufgestellten Grundsätze meiner Ansicht nach die Schlussfolgerungen nicht, die das Vereinigte Königreich aus diesen Entscheidungen zieht[15]. Meines Erachtens ist der Klage des Vereinigten Königreichs gleichwohl stattzugeben, allerdings aufgrund des vierten Klagegrundes. Art. 114 AEUV ist nämlich keine geeignete Rechtsgrundlage für Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012.

II – Rechtlicher Rahmen

A – *Bestimmungen des Vertrags mit Bezug zu Agenturen*

7. Nach den Art. 15 AEUV, 16 AEUV und 228 AEUV sind alle „Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen“ der Union verpflichtet, den Grundsatz der guten Verwaltung einzuhalten[16], und nach den Art. 287 AEUV und 325 AEUV unterliegen die sonstigen Stellen dem Finanzkontroll- und Rechnungsprüfungssystem der Union.

13 — Vgl. Couzinet, J.-F., „La prise en compte de l’existence des ‚Agences‘ par les récents traités“, in *Les agences de l’Union européenne*, Brüssel 2011, S. 191 bis 197.

14 — Dies hat bereits das Gericht in seinem Urteil vom 8. Oktober 2008, Sogelma/AER (T-411/06, Slg. 2008, II-2771, Randnrn. 33 bis 57), anerkannt.

15 — Vgl. z. B. Griller, S., und Orator, A., „Everything under control? The ‚way forward‘ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine“, *European Law Review* 35 (2010), S. 3 bis 35; Chamon, M., „EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17 (2010), S. 281 bis 305; Chamon, M., „EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea“, *Common Market Law Review* 48 (2011), S. 1055 bis 1075, S. 1072; Hofmann, H., und Morini, A., „The Pluralisation of EU Executive-Constitutional Aspects of Agencification“, *European Law Review* 37 (2012), S. 419 bis 443. Eine eingehende Analyse zur ESMA im EU-Agenturenrecht findet sich bei Schammo, P., „The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers“, *Common Market Law Review* 48 (2011), S. 1879 bis 1914; Busuioc, M., Groenleer, M., und Tondal, J. (Hrsg.), *The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalism and every-day decision making* (Manchester University Press, Manchester 2012); Busuioc, M., *European Agencies: Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press, Oxford, 2013). Vgl. auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Europäische Agenturen – Mögliche Perspektiven“, KOM(2008) 135 endgültig.

16 — Siehe auch Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

8. Nach Art. 263 AEUV gehören zu den Unionsorganen, die der gerichtlichen Kontrollzuständigkeit des Gerichtshofs unterliegen, die Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union; auf diese finden ferner nach Art. 265 AEUV die Bestimmungen über die „Untätigkeit" Anwendung. Nach Art. 267 AEUV können dem Gerichtshof von Gerichten eines Mitgliedstaats Fragen nach der Gültigkeit und der Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union vorgelegt werden; diese können aber ebenso mit der Rechtswidrigkeitseinrede nach Art. 277 AEUV angegriffen werden [17].

B – *Relevante Unionsrechtsakte*

1. Verordnung Nr. 1095/2010

9. Art. 9 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1095/2010 ermächtigt die ESMA, bestimmte Finanztätigkeiten, durch die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union als Ganzes oder in Teilen gefährdet werden, auf zwei Wegen vorübergehend zu verbieten oder zu beschränken. Die ESMA kann in den Fällen und unter den Bedingungen tätig werden, die in den in Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1095/2010 [18] genannten Rechtsakten festgelegt sind, oder erforderlichenfalls im Krisenfall nach Maßgabe des Art. 18 der Verordnung Nr. 1095/2010 und unter den darin festgelegten Bedingungen.

2. Verordnung Nr. 236/2012

10. Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 236/2012 lautet:

„‚Leerverkauf' [bezeichnet] im Zusammenhang mit Aktien oder Schuldinstrumenten einen Verkauf von Aktien oder Schuldinstrumenten, die sich zum Zeitpunkt des Eingehens der Verkaufsvereinbarung nicht im Eigentum des Verkäufers befinden, einschließlich eines Verkaufs, bei dem der Verkäufer zum Zeitpunkt des Eingehens der Verkaufsvereinbarung die Aktien oder Schuldinstrumente geliehen hat oder eine Vereinbarung getroffen hat, diese zu leihen, um sie bei der Abwicklung zu liefern; diese Begriffsbestimmung umfasst nicht:

…"

11. Art. 28 („Eingriffsbefugnisse der ESMA in Ausnahmesituationen") der Verordnung Nr. 236/2012 lautet:

„(1) Gemäß Artikel 9 Absatz 5 der Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 ergreift die ESMA vorbehaltlich des Absatzes 2 folgende Maßnahmen:

a) Sie fordert natürliche oder juristische Personen, die Netto-Leerverkaufspositionen in einem bestimmten Finanzinstrument oder einer bestimmten Art von Finanzinstrumenten halten, auf, dies einer zuständigen Behörde zu melden oder der Öffentlichkeit die Einzelheiten jeder derartigen Position offenzulegen, oder

17 — Darüber hinaus können nach der Rechtsprechung des Gerichts unter den Voraussetzungen des Art. 340 AEUV Schadensersatzklagen gegen Agenturen aus außervertraglicher Haftung der Europäischen Union erhoben werden, obwohl die Agenturen in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt sind. Vgl. das Urteil Sogelma/AER (oben in Fn. 14 angeführt), in dem das Gericht über eine Schadensersatzklage auf dieser Grundlage gegen die Europäische Agentur für Wiederaufbau zu entscheiden hatte.

18 — Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1095/2010 in geänderter Fassung bestimmt u. a., dass die ESMA im Rahmen der ihr durch diese Verordnung übertragenen Befugnisse und innerhalb des Anwendungsbereichs verschiedener anderer Rechtsvorschriften handelt.

b) sie verhängt ein Verbot oder erlässt Bedingungen für den Eintritt einer natürlichen oder juristischen Person in einen Leerverkauf oder eine Transaktion, durch die ein anderes Finanzinstrument als die in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c genannten Finanzinstrumente geschaffen wird oder die sich auf ein anderes Finanzinstrument als die in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c genannten Finanzinstrumente bezieht, wenn deren Wirkung oder eine von deren Wirkungen darin besteht, dass diese Person im Falle eines Kurs- oder Wertverlusts eines anderen Finanzinstruments einen finanziellen Vorteil erzielt;

Eine Maßnahme kann auf bestimmte Situationen beschränkt oder Ausnahmen unterworfen werden, die von der ESMA festgelegt werden. Ausnahmen können insbesondere für Market-Making-Tätigkeiten und Primärmarkt-Aktivitäten festgelegt werden.

(2) Die ESMA fasst einen Beschluss gemäß Absatz 1 nur, wenn:

a) die unter Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Maßnahmen die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union bedrohen und die Auswirkungen grenzübergreifend sind und

b) keine zuständige Behörde Maßnahmen ergriffen hat, um der Bedrohung zu begegnen, oder eine oder mehrere der zuständigen Behörden Maßnahmen ergriffen hat, die der Bedrohung nicht in angemessener Weise gerecht werden.

(3) Ergreift die ESMA Maßnahmen nach Absatz 1, so berücksichtigt sie, inwieweit die Maßnahme

a) die Bedrohung für die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten Finanzsystems oder eines Teils davon in der Union signifikant verringert oder die Möglichkeiten der zuständigen Behörden zur Überwachung der Bedrohung signifikant verbessert;

b) keine Gefahr der Aufsichtsarbitrage entstehen lässt;

c) die Effizienz der Finanzmärkte im Vergleich zum Nutzen der Maßnahme nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, etwa durch Verringerung der Liquidität dieser Märkte oder Schaffung von Unsicherheit für die Marktteilnehmer.

Haben eine oder mehrere zuständige Behörden eine Maßnahme nach Artikel 18, 19, 20 oder 21 ergriffen, so kann die ESMA die in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Maßnahmen ergreifen, ohne die in Artikel 27 vorgesehene Stellungnahme abzugeben.

(4) Bevor die ESMA die Verhängung oder Verlängerung von Maßnahmen nach Absatz 1 beschließt, konsultiert sie den ESRB und gegebenenfalls andere zuständige Behörden.

(5) Bevor die ESMA die Verhängung oder Verlängerung einer Maßnahme nach Absatz 1 beschließt, unterrichtet sie die betreffenden zuständigen Behörden über die von ihr vorgeschlagene Maßnahme. Die Unterrichtung umfasst Einzelheiten der vorgeschlagenen Maßnahmen, die Art der betroffenen Finanzinstrumente und Transaktionen, Belege für die Gründe des Ergreifens dieser Maßnahmen und den Zeitpunkt des geplanten Inkrafttretens.

(6) Die Unterrichtung erfolgt spätestens 24 Stunden vor dem Inkrafttreten der Maßnahme oder ihrer Verlängerung. Kann die 24-Stunden-Frist nicht eingehalten werden, kann die ESMA die Unterrichtung im Ausnahmefall weniger als 24 Stunden vor dem geplanten Inkrafttreten der Maßnahme vornehmen.

(7) Die ESMA veröffentlicht auf ihrer Website jeden Beschluss zur Verhängung oder Verlängerung einer Maßnahme nach Absatz 1. Die Bekanntmachung enthält mindestens Folgendes:

a) die verhängten Maßnahmen einschließlich Instrumenten und Transaktionsarten, für die sie gelten, sowie ihrer Dauer und

b) die Gründe, warum die ESMA die Verhängung der Maßnahmen für notwendig hält, einschließlich Belegen dafür.

(8) Nachdem ein Beschluss zur Verhängung oder Verlängerung einer Maßnahme nach Absatz 1 getroffen wurde, unterrichtet die ESMA die zuständigen Behörden unverzüglich über die von ihr ergriffenen Maßnahmen.

(9) Eine Maßnahme tritt zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung auf der Website der ESMA oder einem darin genannten späteren Zeitpunkt in Kraft und gilt nur für Transaktionen, die nach Inkrafttreten der Maßnahme eingegangen werden.

(10) Die ESMA überprüft die gemäß Absatz 1 ergriffenen Maßnahmen in geeigneten Zeitabständen, mindestens aber alle drei Monate. Wird eine Maßnahme am Ende dieses Zeitraums von drei Monaten nicht verlängert, so tritt sie automatisch außer Kraft. Für die Erneuerung von Maßnahmen finden die Absätze 2 bis 9 Anwendung.

(11) Eine gemäß diesem Artikel beschlossene Maßnahme der ESMA erhält Vorrang vor allen etwaigen früheren Maßnahmen einer zuständigen Behörde nach Abschnitt 1."

12. Nach Art. 30 in Verbindung mit Art. 42 der Verordnung Nr. 236/2012 ist die Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten ermächtigt, in denen u. a. festgelegt wird, welche Kriterien und Faktoren die ESMA bei der Entscheidung, ob Bedrohungen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Buchst. a vorliegen, zu berücksichtigen hat.

13. Art. 44 in Kapitel VIII („Durchführungsrechtsakte") der Verordnung Nr. 236/2012 enthält Bestimmungen über das anwendbare Ausschussverfahren im Zusammenhang mit dem Erlass von Durchführungsrechtsakten durch die Kommission[19].

14. Art. 24 Abs. 3 der Delegierten Verordnung Nr. 918/2012 der Kommission lautet:

„Für die Zwecke des Artikels 28 Absatz 2 Buchstabe a ist eine Bedrohung der ordnungsgemäßen Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder der Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union gleichbedeutend mit:

a) einer drohenden schweren finanziellen, monetären oder budgetären Instabilität eines Mitgliedstaats oder des Finanzsystems eines Mitgliedstaats, wenn dies die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union ernsthaft bedrohen kann;

b) der Möglichkeit des Ausfalls eines Mitgliedstaats oder supranationalen Emittenten;

19 — Durchführungsverordnung (EU) Nr. 827/2012 der Kommission vom 29. Juni 2012 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards in Bezug auf die Verfahren für die Offenlegung von Nettopositionen in Aktien gegenüber der Öffentlichkeit, das Format, in dem der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde Informationen zu Netto-Leerverkaufspositionen zu übermitteln sind, die Arten von Vereinbarungen, Zusagen und Maßnahmen, die angemessen gewährleisten, dass Aktien oder öffentliche Schuldtitel für die Abwicklung des Geschäfts verfügbar sind, und die Daten, zu denen die Ermittlung des Haupthandelsplatzes einer Aktie erfolgt, sowie den Zeitraum, auf den sich die betreffende Berechnung bezieht, gemäß der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. L 251, S. 11).

c) einem schweren Schaden an den physischen Strukturen von wichtigen Finanzemittenten, Marktinfrastrukturen, Clearing- und Abwicklungssystemen und Aufsichtsbehörden, der insbesondere in Fällen, in denen er auf eine Naturkatastrophe oder einen terroristischen Angriff zurückzuführen ist, grenzübergreifende Märkte schwer beeinträchtigen kann, wenn dies die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union ernsthaft bedrohen kann;

d) einer schweren Störung bei einem Zahlungssystem oder Abwicklungsprozess – insbesondere wenn diese das Interbankengeschäft betrifft –, die innerhalb der grenzübergreifenden Zahlungssysteme in der Union zu erheblichen Zahlungs- oder Abwicklungsfehlern oder -verzögerungen führt oder führen kann, speziell wenn diese im gesamten oder in einem Teil des Finanzsystems der Union zur Ausbreitung einer finanziellen oder wirtschaftlichen Krise führen kann."

C – *Verfahren vor dem Gerichtshof*

15. Das Vereinigte Königreich hat mit Klageschrift vom 31. Mai 2012, beim Gerichtshof eingegangen am 4. Juni 2012, Klage gegen den Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament nach Art. 263 AEUV erhoben und beantragt, Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 für nichtig zu erklären und den Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

16. Der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament beantragen, die Klage in vollem Umfang als unbegründet abzuweisen und dem Vereinigten Königreich die Kosten aufzuerlegen.

17. Die Europäische Kommission sowie das Königreich Spanien, die Republik Frankreich und die Republik Italien sind dem Verfahren zur Unterstützung der Anträge des Parlaments und des Rates als Streithelfer beigetreten.

18. Das Vereinigte Königreich, der Rat, die Kommission und das Europäische Parlament haben ebenso wie Spanien, Frankreich und Italien an der mündlichen Verhandlung vom 11. Juni 2013 teilgenommen.

III – Rechtliche Würdigung

A – *Agenturen in der Europäischen Union*

19. Die Kommission hat eine „europäische Regulierungsagentur" als eine „autonome Rechtsperson" charakterisiert, „die vom Gesetzgeber errichtet wird, um an der Regulierung eines Sektors auf europäischer Ebene und an der Durchführung einer Gemeinschaftspolitik mitzuwirken"[20]. Es gibt gegenwärtig über 30 in der Europäischen Union tätige[21] oder im Aufbau befindliche dezentrale Agenturen, von denen mehrere über Befugnisse zum Erlass verbindlicher Entscheidungen verfügen. Wie allgemein bekannt, ist die „Agenturisierung" in der Europäischen Union ein Prozess, der sich seit

20 — „Entwurf für eine interinstitutionelle Vereinbarung zur Festlegung von Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen" vom 25. Februar 2005, KOM(2005) 59 endgültig, S. 6. Ferner sind verschiedene Definitionen in Wissenschaft und Lehre vorgeschlagen worden, etwa von Griller und Orator, a. a. O., S. 3 und 4, nach deren Ansicht Agenturen relativ autonome, dauerhafte Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit aufgrund sekundären Unionsrechts sind, denen bestimmte Aufgaben übertragen werden. Vgl. auch Chiti, E., „Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne", S. 73 und 74, in *Les agences de l'Union européenne*, Brüssel 2011, S. 49 bis 74.

21 — http://europa.eu/about-eu/agencies/index_de.htm.

der Jahrtausendwende deutlich verstärkt hat. Dazu wird im Schrifttum ausgeführt, dass die Herausforderung heute wie bisher darin besteht, die funktionellen Vorteile und die Unabhängigkeit von Agenturen gegen das Risiko abzuwägen, dass sie zu „unkontrollierbaren Zentren willkürlicher Macht“ werden [22].

20. Die Agenturen in der Union unterscheiden sich jedoch in ihren Rechtsgrundlagen, ihrer Organisation und den Befugnissen, mit denen sie ausgestattet sind. Die ESMA gehört nicht zu den wenigen Agenturen, die unmittelbar aufgrund einer Bestimmung des Vertrags geschaffen wurden [23]. Ebenso wenig gehört die ESMA am anderen Ende des Spektrums zu der Gruppe von Agenturen mit reinen Stellungnahmebefugnissen, auch wenn Stellungnahmebefugnisse einen wichtigen Teil ihrer Arbeit ausmachen [24].

21. Die ESMA ist als Regulierungsagentur zu klassifizieren, die an der Regulierungsaufgabe auf Unionsebene im Zusammenhang mit der Ausweitung des Binnenmarkts mitwirkt. Der Hauptunterschied zwischen Exekutiv- und Regulierungsagenturen besteht darin, dass Exekutivagenturen Ausgabenprogramme durchführen und unmittelbar der Kommission unterstellt sowie dieser ausschließlich rechenschaftspflichtig sind, während Regulierungsagenturen hauptsächlich gemeinsame Regelwerke und Dienstleistungen bereitstellen und ihre Aufgaben unter der Verantwortung einer Leitung oder eines Aufsichtsrats wahrnehmen, der aus Vertretern der Mitgliedstaaten und einigen Kommissionsvertretern besteht [25].

22. Die ESMA ist keine Exekutivagentur, die von der Kommission im Rahmen von Art. 6 der Verordnung Nr. 58/2003 vom 19. Dezember 2002 zur Festlegung des Statuts der Exekutivagenturen, die mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen beauftragt werden, errichtet wurde [26]. Hierbei handelt es sich um Einrichtungen, die aufgrund einer Weiterübertragung von Befugnissen der Kommission tätig sind [27].

22 — Busuioc, a. a. O., S. 4, der Everson, M., zitiert, „Independent Agencies: Hierarchy Beaters“, 1 *European Law Journal* 1 (1995), S. 180 bis 204, auf S. 190. Vgl. auch Weiler, J., „Epilogue: Comitology as Revolution Infranationalism, Constitutionalism and Democracy“, in Joerges, C., und Vos, E. (Hrsg.), *EU Committees, Social Regulation, Law and Politics* (Hart Publishing, Oxford, 1999), S. 347 bis 349.

23 — Dies ist z. B. bei der Europäischen Verteidigungsagentur (Art. 42 Abs. 3 EUV und 45 EUV) und Europol (Art. 88 AEUV) der Fall.

24 — Ein Überblick über die Aufgaben der ESMA findet sich bei Moloney, N., „The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part 1: rule making“, *European Business Organization Law Review* 12 (1) (2011), S. 41 bis 86, und Part 2 „rules in action“, *European Business Organization Law Review* 12(2) (2011), S. 177 bis 225.

25 — Hofmann und Morini, a. a. O., S. 436.

26 — ABl. 2003, L 11, S. 1. Dies sind die Exekutivagentur für Wettbewerbsfähigkeit und Innovation, die Exekutivagentur für Gesundheit und Verbraucher, die Exekutivagentur Bildung, Audiovisuelles und Kultur, die Exekutivagentur für das transeuropäische Verkehrsnetz, die Exekutivagentur für die Forschung und die Exekutivagentur des Europäischen Forschungsrats. Siehe http://europa.eu/about-eu/agencies/executive_agencies/index_de.htm.

27 — Vor dem Vertrag von Lissabon wurde zwischen „Kommissionsagenturen“ und „Ratsagenturen“ unterschieden, wobei Erstere aufgrund der früheren ersten Säule eingerichtet wurden und Letztere aus der zweiten und der dritten Säule hervorgingen. Vgl. Busuioc, a. a. O., S. 21 und 22.

23. Die ESMA ist jedoch eine Agentur mit Entscheidungsbefugnis, wie das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM)[28], das Gemeinschaftliche Sortenamt (CPVO)[29], die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA)[30], die Europäische Chemikalienagentur (ECHA)[31], die Europäische Arzneimittel-Agentur[32] und die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden[33] in dem Sinne, dass die ESMA einen Teil ihrer Entscheidungen, insbesondere auch diejenigen nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012, selbst und ohne Beteiligung der Kommission trifft[34].

24. Zwischen der ESMA und Regulierungsagenturen, die auf anderen Gebieten als den Finanzmärkten tätig sind, besteht jedoch ein wichtiger, für die Lösung des vorliegenden Falls entscheidender Unterschied. Auch wenn einige der in jüngerer Zeit errichteten Einrichtungen wie die EASA oder die ECHA mit größeren Regulierungsbefugnissen ausgestattet wurden als ältere, zeigen die gewundene Vorgehensweise und die zahlreichen für diese Befugnisse vorgesehenen Kontrollmechanismen, dass nicht beabsichtigt war, ihnen eine eindeutige Weisungsbefugnis gegenüber den entsprechenden nationalen Behörden zuzuerkennen[35]. Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung anerkannt hat, können andere Regulierungsagenturen keine verbindlichen Entscheidungen gegenüber individuellen Rechtsträgern *anstelle* einer Entscheidung oder des Untätigbleibens einer zuständigen nationalen Behörde erlassen, die durchaus eine von der Entscheidung der ESMA abweichende Ansicht haben mag. Gerade eine solche Befugnis wird der ESMA aber durch Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 übertragen[36]. Nach Art. 28 Abs. 11 der Verordnung Nr. 236/2012 erhält eine von der ESMA beschlossene Maßnahme Vorrang vor allen etwaigen früheren Maßnahmen einer zuständigen nationalen Behörde.

25. In den schriftlichen Erklärungen des Parlaments wird darauf hingewiesen, dass abgesehen von den drei ESA-Behörden nur die Europäische Chemikalienagentur allein aufgrund der Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV errichtet wurde. Diese ist jedoch nicht mit Eingriffsbefugnissen ausgestattet, die denen nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ähneln[37]. Hinzuweisen ist darauf, dass die Europäische

28 — Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1).

29 — Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz (ABl. L 227, S. 1).

30 — Verordnung (EG) Nr. 1592/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2002 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit (ABl. L 240, S. 1). Die Verordnung Nr. 1592/2002 wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit, zur Aufhebung der Richtlinie 91/670/EWG des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1592/2002 und der Richtlinie 2004/36/EG (ABl. L 79, S. 1) aufgehoben.

31 — Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Chemikalienagentur, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission (ABl. L 396, S. 1).

32 — Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur (ABl. L 136, S. 1).

33 — Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ABl. L 211, S. 1).

34 — Die Unterscheidung zwischen Agenturen mit Entscheidungsvorbereitungs- und Entscheidungsbefugnissen findet sich bei Griller und Orator, a. a. O., und bei Chamon, M., (2011), a. a. O.

35 — Vgl. Curtin, D., und Dehousse, R., „European Union agencies: tipping the balance?“, Busuioc, M., Groenleer, M., und Tondal, J. (Hrsg.), a. a. O., S. 193, S. 195.

36 — Moloney, Part 1, a. a. O., Punkt 2.1, führt an, dass der Rat der Aufseher der ESMA, das nach den Art. 40 bis 44 der Verordnung Nr. 1095/2010 errichtete zentrale Entscheidungsorgan, allgemein die Vertretung der Leiter der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ist, jedoch zumeist durch Mehrheitsbeschluss und in wenigen Fällen mit qualifizierter Mehrheit entscheidet (siehe Art. 44 der Verordnung Nr. 1095/2010). Hieraus folgt, dass keine der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ein Vetorecht gegen Maßnahmen nach Art. 28 hat.

37 — Die Entscheidungen der Europäischen Chemikalienagentur, gegen die Widerspruch zur Widerspruchskammer der Agentur eingelegt werden kann, sind in Art. 91 der REACH-Verordnung und in Art. 77 der Biozidprodukte-Richtlinie genannt. Siehe (i) Verordnung Nr. 1907/2006 und (ii) Verordnung (EU) Nr. 528/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über die Bereitstellung auf dem Markt und die Verwendung von Biozidprodukten (ABl. L 167, S. 1.

Arzneimittel-Agentur auf der Grundlage von Art. 114 AEUV in Verbindung mit Art. 168 AEUV errichtet wurde[38] und dass sowohl das HABM als auch das CPVO auf der Grundlage von Art. 352 AEUV errichtet wurden, während die EASA auf der Grundlage von Art. 100 AEUV geschaffen wurde[39].

26. Meines Erachtens ist der vierte Nichtigkeitsgrund der Klage des Vereinigten Königreichs, der die Frage betrifft, ob Art. 114 AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für den Erlass von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ist, logisch vorrangig vor der Frage, ob die Befugnisse der ESMA nach dieser Vorschrift mit dem Unionsverfassungsrecht vereinbar sind, und insbesondere dem Inhalt der Urteile Romano und Meroni. Aus verfassungsrechtlicher Sicht geht die Prüfung der Rechtsgrundlage des Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012, eines Gesetzgebungsakts im Sinne von Art. 289 Abs. 3 AEUV, den nachgeordneten, seinen Inhalt betreffenden Rechtsfragen vor. Ich werde daher zunächst den vierten vom Vereinigten Königreich geltend gemachten Nichtigkeitsgrund erörtern und anschließend auf die drei verbleibenden Fragen zusammen eingehen.

B – *Art. 114 AEUV und Fragen der Rechtsgrundlage*

1. Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Errichtung der ESMA

27. Im neueren Schrifttum wird ausgeführt, dass bis vor zehn Jahren die meisten Agenturen auf der Grundlage von Art. 352 AEUV errichtet wurden[40]. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Zuständigkeit der ESMA für „verbindliche Entscheidungen gegenüber lokalen Aufsichtsbehörden und Marktteilnehmern“ kann es nicht überraschen, dass in Frage gestellt wird, ob Art. 114 AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für derartige Befugnisse ist[41]. Meines Erachtens ist eine strenge gerichtliche Kontrolle der Heranziehung von Art. 114 AEUV von besonderer Wichtigkeit angesichts der Tendenz des Unionsgesetzgebers in den letzten etwa acht Jahren, Agenturen „[gestützt] auf bereichsspezifische Fachkompetenzen“ und nicht auf Art. 352 AEUV zu gründen[42]. Allerdings ist insoweit zu unterscheiden zwischen der Rechtsgrundlage für die Errichtung einer Agentur und derjenigen für die Übertragung bestimmter Befugnisse auf diese.

28. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Heranziehung von Art. 114 AEUV als Grundlage für die Errichtung von Agenturen und zu ihrer Beteiligung am Erlass von Rechtsakten der Union hat sich im Verlauf etwa der letzten zehn Jahre erheblich fortentwickelt. Dies geschah in folgenden Schritten.

29. In der Rechtssache Vereinigtes Königreich/Europäisches Parlament und Rat (Raucharomen)[43] entschied der Gerichtshof, dass Art. 114 AEUV die richtige Rechtsgrundlage für den Erlass von Rechtsakten durch die Kommission in enger Zusammenarbeit mit der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit ist, weil dies ein „geeignetes Mittel“ darstellt, um zur „angestrebten

38 — Oben in Fn. 32 angeführt.

39 — Oben in den Fn. 28, 29 und 30 angeführt

40 — Busuioc, M., a. a. O., S. 18.

41 — Moloney, N., „EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: ‚More Europe‘ or More Risks“, *Common Market Law Review* 47 (2010), S. 1317 bis 1383, S. 1341. Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV für die EBA äußern Fahey, E., „Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the legal basis of the European Banking Authority“, *The Modern Law Review* (74) (2011), S. 581 bis 595, S. 593, und das House of Commons Treasury Committee, „The Committee's Opinion on proposals for European financial supervision“, *Sixteenth Report of Session 2008-2009*, Randnr. 32. Zu Argumenten, die für Art. 114 AEUV als geeignete Rechtsgrundlage zur Errichtung der ESMA sprechen, vgl. Hänle, F., *Die neue Europäische Finanzaufsicht*, Hamburg 2012, S. 40 bis 44, und Frank, A., *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden 2012, S. 53 bis 55. Der letztgenannte Verfasser lässt allerdings offen, ob dies auch für die Befugnisse der ESMA zum Erlass verbindlicher Durchführungsmaßnahmen gilt.

42 — Siehe die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C-217/04, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ENISA) (Urteil vom 2. Mai 2006, Slg. 2006, I-3771, Nr. 2).

43 — Urteil vom 6. Dezember 2005 (C-66/04, Slg. 2005, I-10553).

Angleichung“ der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu gelangen[44]. Der Gerichtshof ließ in diesem Fall ein mehrstufiges Regelungsmodell als Angleichungsmaßnahme im Sinne von Art. 114 AEUV zu, wenn die fragliche Verordnung „einen Zwischenschritt auf dem Weg zu einer Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ darstellt[45], auf die die Kommission mit der Behörde für Lebensmittelsicherheit hinarbeitet.

30. Der Anwendungsbereich von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Errichtung von Agenturen wurde in der Rechtssache ENISA[46] weiterentwickelt. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Schaffung einer Agentur, die gegenüber der Kommission eine Stellungnahme in technischen Angelegenheiten abgibt, eine Maßnahme zur Angleichung nach Art. 114 AEUV darstellen kann, weil zum einen ein Bedarf für technische Beratung besteht[47] und zum anderen „der Gemeinschaftsgesetzgeber … der Auffassung [war], dass die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung wie der Agentur ein geeignetes Mittel sei, um das Auftreten von Unterschieden zu verhüten, die zu Hindernissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes in diesem Bereich führen könnten“[48].

31. Der Gerichtshof stellte im Urteil ENISA ferner fest, dass Art. 114 AEUV nur dann als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, wenn aus dem Rechtsakt objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern[49]. Mit dem Ausdruck „Maßnahmen zur Angleichung“ in dieser Bestimmung wollten die Verfasser des Vertrags dem Gesetzgeber nach Maßgabe des allgemeinen Kontexts und der speziellen Umstände der zu harmonisierenden Materie einen Ermessensspielraum hinsichtlich der zur Erreichung eines angestrebten Ergebnisses am besten geeigneten Angleichungstechnik insbesondere in den Bereichen einräumen, die durch komplexe technische Eigenheiten gekennzeichnet sind[50].

32. Hiervon ausgehend gelangte der Gerichtshof zu einer wichtigen Schlussfolgerung für die allgemeinen Befugnisse von Agenturen zum Erlass verbindlicher Rechtsakte gegenüber dritten Parteien. Da der Wortlaut des Art. 114 AEUV nicht den Schluss erlaubt, dass die auf der Grundlage von Art. 114 AEUV erlassenen Maßnahmen nur an einzelne Mitgliedstaaten gerichtet sein dürfen, kann der Gesetzgeber die Schaffung einer Einrichtung der Union für notwendig erachten, deren Aufgabe es ist, zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen[51]. Demzufolge stellte Art. 114 AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für den Erlass der Verordnung Nr. 460/2004 dar, aufgrund der die ENISA errichtet wurde.

33. Ähnliche Motive wie diejenigen, mit denen sich der Gerichtshof in der Rechtssache ENISA auseinandergesetzt hat, scheinen ein Hauptanliegen des Unionsgesetzgebers gewesen zu sein, als er sich zum Erlass spezifischer Rechtsvorschriften für Leerverkäufe entschloss und insbesondere entschied, verschiedene Aufgaben und Zuständigkeiten auf diesem Gebiet bei der ESMA anzusiedeln. Dies kommt im ersten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 236/2012 exemplarisch zum Ausdruck, in dem es zu den von den Mitgliedstaaten angesichts der Finanzkrise im September 2008 ergriffenen Maßnahmen in Bezug auf Leerverkäufe heißt: „Da in der Union kein spezifischer gemeinsamer Regelungsrahmen für die Behandlung von Aspekten im Zusammenhang mit Leerverkäufen besteht, fielen die von den Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen unterschiedlich aus.“ Eine ähnliche

44 — Randnr. 63.
45 — Siehe Nr. 25 der Schlussanträge von Generalanwältin Kokott.
46 — Oben in Fn. 42 angeführt.
47 — Randnr. 64.
48 — Randnr. 62.
49 — Randnr. 42 unter Bezugnahme auf das Urteil Raucharomen.
50 — Randnr. 43 unter Bezugnahme auf das Urteil Raucharomen.
51 — Randnr. 44. Siehe auch das Urteil des Gerichtshofs vom 9. August 1994, Deutschland/Rat (C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Randnr. 37).

Motivation ergibt sich aus dem zweiten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 236/2012[52], wonach die Regeln für Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps harmonisiert werden müssen, um zu verhindern, dass Hindernisse für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts entstehen, da die Mitgliedstaaten ansonsten voraussichtlich weiterhin divergierende Maßnahmen ergreifen werden.

34. Demnach spricht meines Erachtens grundsätzlich nichts gegen die Errichtung der ESMA und die Regelung ihrer Aufgaben und Befugnisse aufgrund der Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV. Allgemein und von ihrem weiteren Aufgabenbereich aus betrachtet[53], entspricht die Rolle der ESMA im Rahmen der Angleichung der Regelungen der Mitgliedstaaten für Leerverkäufe den Anforderungen, die der Gerichtshof in der Entscheidung ENISA aufgestellt hat. Allerdings sind die besonderen Befugnisse der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 genauer zu prüfen.

2. Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012

35. Die vom Vereinigten Königreich mit ihrem vierten Nichtigkeitsgrund erhobenen Einwände gehen nicht so weit, die Rechtsgrundlage für die Errichtung der ESMA insgesamt anzugreifen. Es geht vielmehr um die Befugnisse, die der ESMA durch Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zugewiesen werden[54]. Das Vereinigte Königreich stützt seine Art. 114 AEUV betreffende Rüge darauf, dass diese Bestimmung des Vertrags keine Ermächtigungsgrundlage für Einzelmaßnahmen gegenüber einzelnen natürlichen oder juristischen Personen sei, so dass Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012, soweit er solche Maßnahmen ermöglichen solle, die in Art. 114 AEUV enthaltene Ermächtigung überschreite[55].

36. Wie schon erwähnt, spricht *grundsätzlich* nichts gegen eine Heranziehung von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Ermächtigung von Agenturen zum Erlass rechtsverbindlicher Entscheidungen gegenüber Dritten. Der Maßstab für die Prüfung, ob die Übertragung solcher Befugnisse auf eine Agentur in den Anwendungsbereich von Art. 114 AEUV fällt, ist jedoch die Frage, ob die Entscheidungen der betreffenden Agentur im Sinne der Verwendung dieses Begriffs im Unionsrecht entweder zur Harmonisierung des Binnenmarkts beitragen oder als eine solche anzusehen sind.

52 — Der Gerichtshof hat entschieden, dass, „wenn Handelshindernisse bestehen oder solche Hindernisse wahrscheinlich entstehen werden, weil die Mitgliedstaaten hinsichtlich eines Erzeugnisses oder einer Erzeugnisgruppe divergierende Maßnahmen erlassen haben oder zu erlassen im Begriff sind, die ein unterschiedliches Schutzniveau gewährleisten und dadurch den freien Verkehr mit dem oder den betreffenden Erzeugnissen in der Gemeinschaft behindern, Artikel 95 EG den Gemeinschaftsgesetzgeber ermächtigt, tätig zu werden, indem er unter Beachtung von Absatz 3 dieses Artikels und der im Vertrag genannten oder in der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze, insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, die geeigneten Maßnahmen trifft“. Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2005, Alliance for Natural Health u. a. (verbundene Rechtssachen C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung). Ähnlich auch Randnr. 41 des oben in Fn. 43 angeführten Urteils Raucharomen.

53 — Vgl. Moloney, a. a. O.

54 — Das Vereinigte Königreich beruft sich u. a. auf die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Deutschland/Rat (C-359/92, Urteil vom 9. August 1994, Slg. 1994, I-3681, Nr. 36), in denen der Generalanwalt ausführt, dass der frühere Art. 100a, jetzt Art. 114 AEUV, „nur zum Erlass solcher Maßnahmen herangezogen werden [kann], mit denen einheitliche Bestimmungen festgelegt werden, deren Anwendung auf Einzelfälle anschließend Sache der nationalen Behörden ist“.

55 — So neu die Wortwahl dieses Vorbringens und die fehlende ausdrückliche Bezugnahme auf „Unzuständigkeit“ in dem Art. 114 AEUV betreffenden Teil der Ausführungen des Vereinigten Königreichs sein mag, ist ihr Vorbringen doch hinreichend klar, um allen Beteiligten und Streithelfern eine Beantwortung zu ermöglichen. Im Übrigen ist „Unzuständigkeit“ eine der Einwendungen, die der Gerichtshof von Amts wegen aus Gründen der öffentlichen Ordnung zu prüfen hat. Vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 2000, Salzgitter/Kommission (C-210/98 P, Slg. 2000, I-5843, Randnr. 56), Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache Parlament/Rat (C-355/10, Urteil vom 5. September 2012, Randnr. 54).

37. Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 allein auf die Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV zu stützen, findet jedoch keine Stütze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, weil die nach dieser Bestimmung erfolgende Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die ESMA, anstelle der Beurteilung durch die zuständigen nationalen Behörden, nicht als Maßnahme „zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben", im Sinne von Art. 114 AEUV angesehen werden kann [56].

38. Die der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zugewiesenen Befugnisse gehen aus folgenden Gründen über die Harmonisierung des Binnenmarkts hinaus.

a) Prüfung des Inhalts der der ESMA durch Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zugewiesenen Befugnisse

39. Die Wirkung von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 besteht darin, eine Eingriffszuständigkeit auf die Unionsebene, konkret auf die ESMA, zu verlagern, deren tatsächliche Voraussetzungen denjenigen entsprechen, die für die Eingriffsbefugnisse der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach den Art. 18, 20 und 22 der Verordnung Nr. 236/2012 gelten. Die Befugnisse aus Art. 28 können ferner nur entstehen, wenn die vorgenannten nationalen Behörden nicht tätig geworden sind, um der Bedrohung für „die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union" in angemessener Weise gerecht zu werden (siehe Art. 28 Abs. 2 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 236/2012).

40. Das Vereinigte Königreich hat in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Beurteilung eines Sachverhalts durch die ESMA *per definitionem* von der Beurteilung durch die jeweils zuständige Behörde abweichen wird. Ferner ist nach Art. 28 Abs. 4 und dem 33. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 236/2012 die einzige Stelle, die von der ESMA vor Verhängung dieser Maßnahmen konsultiert werden muss, der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) [57], und weder der Rat noch die Kommission sind an dem Entscheidungsprozess als Organe beteiligt. Wie schon erwähnt, erhält nach Art. 28 Abs. 11 der Verordnung Nr. 236/2012 eine von der ESMA beschlossene Maßnahme Vorrang vor allen etwaigen früheren Maßnahmen einer zuständigen nationalen Behörde.

41. Andererseits kann nicht in plausibler Weise geltend gemacht werden, dass die Befugnisse der ESMA aus Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 völlig unbegrenzt seien. Wie schon erwähnt, wird der in Art. 28 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 236/2012 verwendete Begriff durch Art. 24 Abs. 3 der Delegierten Verordnung Nr. 918/2012 der Kommission näher erläutert [58].

42. Die Ausübung der durch Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 übertragenen Befugnisse unterliegt folgenden Voraussetzungen und Beschränkungen. Die ESMA muss prüfen, inwieweit die Maßnahme „die Bedrohung für die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten Finanzsystems oder eines Teils davon in der Union signifikant verringert oder die Möglichkeiten der zuständigen Behörden zur Überwachung der Bedrohung signifikant verbessert"

56 — Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Art. 115 AEUV den gleichen allgemeinen sachlichen Anwendungsbereich hat wie Art. 114, Harmonisierungsmaßnahmen auf den dort genannten Gebieten aber einem besonderen Gesetzgebungsverfahren unterwirft und Einstimmigkeit im Rat verlangt.

57 — Dieser wurde durch die Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ABl. L 331, S. 1) errichtet.

58 — Siehe oben, Nr. 14.

(siehe Art. 28 Abs. 3 Buchst. a), „keine Gefahr der Aufsichtsarbitrage entstehen lässt“ (Art. 28 Abs. 3 Buchst. b) und „die Effizienz der Finanzmärkte im Vergleich zum Nutzen der Maßnahme nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, etwa durch Verringerung der Liquidität dieser Märkte oder Schaffung von Unsicherheit für die Marktteilnehmer“ (Art. 28 Abs. 3 Buchst. c).

43. Außerdem sieht Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 folgende verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen vor. Wie bereits erwähnt, ist die ESMA verpflichtet, den ESRB zu konsultieren. Gegebenenfalls konsultiert sie auch andere zuständige Behörden, eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht (Art. 28 Abs. 4). Die ESMA ist verpflichtet, die zuständigen Behörden über Maßnahmen zu unterrichten, die sie zu ergreifen oder zu verlängern beabsichtigt, und zwar spätestens 24 Stunden, bevor die Maßnahme in Kraft treten oder verlängert werden soll, falls nicht ein „Ausnahmefall“ vorliegt (Art. 28 Abs. 5 und 6), und die zuständigen Behörden sind über die ergriffenen Maßnahmen zu unterrichten (Art. 28 Abs. 8). Schließlich ist die ESMA auch verpflichtet, jeden Beschluss zur Verhängung oder Verlängerung einer Maßnahme, einschließlich der Gründe hierfür, auf ihrer Website zu veröffentlichen (Art. 28 Abs. 7), und muss zudem die ergriffenen Maßnahmen alle drei Monate überprüfen. Andernfalls treten sie außer Kraft (Art. 28 Abs. 10). Auf die Beschränkungen, denen die Ausübung der Befugnisse der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 unterliegt, werde ich zurückkommen, wenn ich auf die Relevanz des Urteils Meroni für die Lösung des Rechtsstreits eingehe.

44. Wichtig ist jedoch, den Umfang der Befugnisse im Blick zu behalten, die der ESMA gegenüber Dritten zugewiesen sind. Wie vorstehend erwähnt, kann ein Eingreifen der ESMA nach Art. 28 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 236/2012 für natürliche oder juristische Personen Pflichten zur Offenlegung ihrer Netto-Leerverkaufspositionen in einem bestimmten Finanzinstrument oder einer bestimmten Art von Finanzinstrumenten nach sich ziehen. Darüber hinaus kann die ESMA Verbote oder Bedingungen für Leerverkaufs- und ähnliche Transaktionen aufgrund von Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 236/2012 aufstellen.

45. Meines Erachtens geht dies entgegen dem Vorbringen in den schriftlichen Erklärungen der Kommission weit über eine Befugnis hinaus, „Maßnahmen hinsichtlich eines bestimmten Produkts oder einer bestimmten Produktkategorie und gegebenenfalls auch Einzelmaßnahmen hinsichtlich dieser Produkte vorzuschreiben“ [59]. Im vorliegenden Zusammenhang entwickelt die ESMA nämlich nicht spezifische und detailliertere Regelungen für bestimmte Finanzprodukte oder -dienstleistungen, wie dies beispielsweise bei der Kommission der Fall ist, wenn sie von ihren Befugnissen Gebrauch macht, die Vorgehensweisen der Mitgliedstaaten im Umgang mit gefährlichen Produkten nach Art. 13 der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit zu vereinheitlichen, die auf der Grundlage von Art. 114 AEUV erlassen wurde [60]. Die ESMA greift vielmehr, wenn bestimmte außergewöhnliche Umstände vorliegen, in die Wettbewerbsbedingungen auf einem bestimmten Finanzmarkt ein, der in die Zuständigkeit einer nationalen Behörde fällt. Am nächsten kommen den Befugnissen der ESMA aus Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 meines Erachtens die Eingriffsbefugnisse der Kommission auf den Gebieten der Landwirtschaft und der Dumpingkontrolle, also in Bereichen, in denen die Kommission eine gemeinsame Unionspolitik durchführt.

46. Ein auf der Grundlage von Art. 114 AEUV erlassener Rechtsakt muss somit tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern. Genügten bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise

59 — Die Kommission führt das Urteil vom 9. August 1994, Deutschland/Rat (C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Randnr. 37), an, in dem dieser Grundsatz aufgestellt wird.

60 — ABl. 2002, L 11, S. 4. Bemerkenswert ist, dass die Entscheidungen der Kommission nach dieser Bestimmung innerhalb einer Frist von 20 Tagen von den zuständigen nationalen Behörden durchgeführt werden müssen, soweit in diesen Entscheidungen nicht eine andere Frist genannt ist.

entstehenden Wettbewerbsverzerrungen, um die Wahl von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen, so könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden. Damit wäre der Gerichtshof jedoch an der Wahrnehmung der ihm gemäß Art. 19 EUV obliegenden Aufgabe gehindert, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags zu sichern[61]. Somit hat der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung, ob Art. 114 AEUV zu Recht als Rechtsgrundlage für einen bestimmten Rechtsakt der Union gewählt wurde, festzustellen, ob mit dem Rechtsakt, dessen Gültigkeit in Frage steht, tatsächlich die vom Unionsgesetzgeber angeführten Zwecke einer Verbesserung der Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts verfolgt werden[62].

47. Ferner reicht die Möglichkeit der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge der Unterschiede im nationalen Recht der Mitgliedstaaten nicht aus. Das Entstehen solcher Hindernisse muss wahrscheinlich sein, und die fragliche Maßnahme muss ihre Vermeidung bezwecken[63].

b) Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage

48. Im Urteil ENISA hat der Gerichtshof entschieden, dass der Unionsgesetzgeber die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung für notwendig erachten kann, deren Aufgabe es ist, „in Situationen, in denen der Erlass von nicht zwingenden Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Artikel 95 EG gestützten Rechtsakten geeignet erscheint“, zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen[64].

49. Der Gerichtshof hat ferner betont, dass die einer solchen Einrichtung übertragenen Aufgaben in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen müssen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Einrichtung den nationalen Behörden oder Wirtschaftsteilnehmern Dienstleistungen erbringt, die sich auf die einheitliche Durchführung der Harmonisierungsmaßnahmen auswirken und deren Anwendung erleichtern können[65].

50. Die Entscheidungsbefugnisse der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 weisen jedoch wenig Ähnlichkeit mit den Maßnahmen auf, die der Gerichtshof in diesen wichtigen Passagen der Entscheidung ENISA beschreibt. Erstens sind die nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 getroffenen Entscheidungen rechtlich verbindlich, während dem Gerichtshof im Urteil ENISA nicht rechtsverbindliche Maßnahmen zur Entscheidung vorlagen. Auch wenn dies an und für sich keinen Einwand begründen kann, ist schwer vorstellbar, wie die Wahrnehmung einer der Befugnisse nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zu einer Harmonisierung im Sinne der Beschreibung des Gerichtshofs im Urteil ENISA beitragen könnte. Die Wahrnehmung dieser Befugnisse hat vielmehr die Funktion, die Durchführungsbefugnisse in den Art. 18, 20 und 22 der Verordnung Nr. 236/2012 von der nationalen Ebene auf die Unionsebene zu verlagern, wenn zwischen der ESMA und den zuständigen nationalen Behörden oder zwischen nationalen Behörden Uneinigkeit besteht.

61 — Urteil vom 5. Oktober 2000, Deutschland/Parlament und Rat (C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Randnr. 84).

62 — Randnr. 85 und die dort angeführte Rechtsprechung.

63 — Randnr. 86. Ähnlich auch Urteil vom 8. Juni 2010, Vodafone u. a. (C-58/08, Slg. 2010, I-4999, Randnr. 33).

64 — Oben in Fn. 42 angeführt, Randnr. 44.

65 — Randnr. 45.

51. Tatsächlich schafft Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 einen Notfall-Entscheidungsmechanismus auf Unionsebene, der dann eingreift, wenn sich die zuständigen nationalen Behörden über die zu ergreifenden Maßnahmen nicht einig sind. Nach dem Beschlussfassungsverfahren der ESMA können diese Maßnahmen mit qualifizierter Mehrheit ihres Rates der Aufseher getroffen werden [66].

52. Das Ergebnis, das eintritt, wenn die Befugnisse der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zum Tragen kommen, ist also keine Harmonisierung oder die Festlegung einer einheitlichen Vorgehensweise auf der Ebene der Mitgliedstaaten, sondern die Ersetzung nationaler Entscheidungen nach den Art. 18, 20 und 22 der Verordnung Nr. 236/2012 durch Entscheidungen auf der Unionsebene.

53. Auch wenn den schriftlichen Erklärungen des Parlaments zuzustimmen ist, soweit diese darauf verweisen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf der Grundlage von Art. 114 AEUV Agenturen errichtet und diesen Aufgaben übertragen werden können, sofern sie sich in einen Regelungskomplex einfügen, der den Binnenmarkt betreffende Rechtsvorschriften angleicht [67], geht Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 daher über diesen Rahmen hinaus.

3. Art. 352 AEUV als geeignete Rechtsgrundlage für Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012

54. Der Vollständigkeit halber möchte ich ergänzen, dass Art. 352 AEUV meines Erachtens eine geeignete Rechtsgrundlage für Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 gewesen wäre. Denn es besteht eindeutig ein Bedarf für ein Tätigwerden auf Unionsebene, da es auf einem integrierten Markt für Finanzinstrumente erhebliche grenzüberschreitende Auswirkungen haben kann, wenn eine zuständige nationale Behörde in Bezug auf Leerverkäufe untätig bleibt oder keine angemessenen Maßnahmen ergreift. Mögliche Auswirkungen sind u. a. Verzerrungen in den Bankensystemen anderer Mitgliedstaaten als desjenigen, auf dessen Markt die Leerverkäufe stattfinden. Somit erscheint in Situationen, die die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Europäischen Union bedrohen, ein zentrales Entscheidungsverfahren, das die einheitliche Anwendung der Unionsbestimmungen über Leerverkäufe ermöglicht, sowohl erforderlich als auch verhältnismäßig. Aus den vorstehend ausgeführten Gründen kann jedoch nicht angenommen werden, dass ein zentrales Notfall-Entscheidungsverfahren, das die Entscheidung der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats ohne deren Zustimmung ersetzt bzw. an die Stelle einer unterlassenen Entscheidung tritt, vom Begriff der „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ in Art. 114 AEUV umfasst ist.

55. Andererseits ist Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 meines Erachtens im Sinne von Art. 352 „erforderlich“, „um eines der Ziele [der Verträge] zu verwirklichen“. Ich denke dabei an das Urteil Massey-Ferguson [68], in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass das Funktionieren der Zollunion „notwendig“ eine einheitliche Ermittlung des Zollwerts der aus Drittländern eingeführten Waren voraussetzt, damit der durch den Gemeinsamen Zolltarif verwirklichte Schutz in der ganzen Gemeinschaft gleich stark ist [69]. Aus den vorstehend ausgeführten Gründen sind die Eingriffsbefugnisse der ESMA nach Art. 28 Abs. 1 der Verordnung Nr. 236/2012 in ähnlicher Weise „erforderlich“, um die Ziele des Binnenmarkts angesichts der grenzüberschreitenden Auswirkungen nicht angemessener Maßnahmen der Mitgliedstaaten in Bezug auf Leerverkäufe zu erreichen.

66 — Die Beschlüsse der ESMA werden vom Rat der Aufseher erlassen, dem als stimmberechtigte Mitglieder nur die Leiter der für die Beaufsichtigung von Finanzmarktteilnehmern zuständigen nationalen Behörden angehören (Art. 40 der Verordnung Nr. 1095/2010). Wie in Fn. 36 erwähnt, werden die Beschlüsse des Rates entweder mit einfacher Mehrheit oder ausnahmsweise mit qualifizierter Mehrheit der stimmberechtigten Mitglieder getroffen (Art. 44 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1095/2010).

67 — Das Parlament verweist zur Stützung seines Vorbringens auf das oben in Fn. 42 angeführte Urteil ENISA (Randnrn. 42 bis 45, 59 und 60).

68 — Urteil vom 12. Juli 1973 (8/73, Slg. 1973, I-897).

69 — Randnr. 3.

56. Zugleich ist darauf hinzuweisen, dass die Tatsache, dass das Funktionieren des Gemeinsamen Markts durch Leerverkäufe „betroffen" ist, für eine Heranziehung von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 nicht ausreicht[70]. Mit anderen Worten steht Art. 114 AEUV nicht als alternative Rechtsgrundlage zur Verfügung, die einer Heranziehung von Art. 352 AEUV entgegenstünde[71]. Die Eingriffe, zu denen die ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ermächtigt ist, gehen über eine Harmonisierung nach Art. 114 AEUV hinaus. Sie sind jedoch für das Funktionieren des EU-Binnenmarkts angesichts der Störungen erforderlich, die davon ausgehen können, dass ein einzelner Mitgliedstaat die Folgen von Leerverkäufen in Ausnahmefällen nicht abwendet[72]. Eine Heranziehung von Art. 352 AEUV würde auch „keine Grundlage dafür bieten, den Bereich der [Unions]befugnisse über den allgemeinen Rahmen hinaus auszudehnen, der sich aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen und insbesondere denjenigen ergibt, die die Aufgaben und Tätigkeiten der [Union] festlegen"[73].

57. Ferner hat der Gerichtshof die Heranziehung von Art. 352 AEUV für „speziell Einzelpersonen betreffende" Maßnahmen ausdrücklich anerkannt[74], wenn die betreffende Maßnahme zu den Zielen der Union im Sinne von Art. 352 AEUV gehört[75]. Meines Erachtens sind angesichts der Auswirkungen auf den Binnenmarkt, die sich daraus ergeben können, dass die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten keine angemessenen Maßnahmen in Bezug auf Leerverkäufe ergreifen, die Ziele von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 als Ziele der Europäischen Union im Sinne von Art. 352 AEUV anzusehen[76].

58. Angesichts der Tatsache, dass Art. 352 AEUV Einstimmigkeit der Mitgliedstaaten verlangt, ist die Frage nach der hinreichenden rechtlichen Grundlage für den Erlass der Verordnung Nr. 236/2012 im Hinblick auf das Maß der Zustimmung, auf das sich der Erlass von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 stützen kann, nicht ohne Relevanz. Das Vereinigte Königreich hatte Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 im Gesetzgebungsverfahren nach Art. 114 AEUV, für das lediglich eine qualifizierte Mehrheit im Rat erforderlich ist[77], abgelehnt. Wie vorstehend erwähnt, besteht kein Vetorecht, wenn der Rat der Aufseher der ESMA von seinen Befugnissen nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 Gebrauch macht. Seit dem Vertrag von Lissabon ist die Kommission nach Art. 352

70 — Urteil vom 26. März 1996, Parlament/Rat (C-271/94, Slg. 1996, I-1689, Randnr. 32).

71 — Urteile vom 26. März 1987, Kommission/Rat (45/86, Slg. 1987, I-1493, Randnr. 13), und vom 13. Juli 1995, Spanien/Rat (C-350/92, Slg. 1995, I-1985, Randnr. 26).

72 — Ich schließe mich den Ausführungen von A. Dashwood in dem Artikel „Article 308 EC as the Outer Limits of Expressly Conferred Community Competence" bei Barnard, C., und Odudu, O. (Hrsg.), *The Outer Limits of European Union Law* (Hart Publishing, Oxford, 2009), S. 35 bis 44, auf S. 40, an, dass „Art. 308 [jetzt Art. 352] weiterhin eine sinnvolle, verfassungsmäßig einwandfreie Funktion erfüllen kann, indem er eine Ergänzung der Befugnisse der Organe aufgrund besonderer Rechtsgrundlagen gestattet, soweit sich dies als erforderlich erweist, um das Gemeinschaftsziel zu verwirklichen, dem die übertragene Befugnis dient".

73 — Urteil vom 3. September 2008, Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission (C-402/05 P, Slg. 2008, I-6351, Randnr. 203).

74 — Urteil Kadi und Al Barakaat, Randnr. 235.

75 — Urteil Kadi und Al Barakaat, Randnr. 220.

76 — Urteil Kadi und Al Barakaat, Randnr. 227.

77 — Protokoll der 3148. Tagung des Rates der Europäischen Union am 21. Februar 2012 in Brüssel, Punkt 1 der Tagesordnung. Selbstverständlich ist es mit allgemeinen Grundsätzen der Verfassungsmäßigkeit und Rechtsstaatlichkeit unvereinbar, Fragen der politischen Opportunität bei der Bestimmung der geeigneten Rechtsgrundlage für einen Gesetzgebungsakt der Union zu berücksichtigen, da hierfür ausschließlich objektive Kriterien maßgebend sind. Jedoch ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt, dass die Frage, ob das einzuhaltende Gesetzgebungsverfahren von der Wahl der Rechtsgrundlage beeinflusst wird, entscheidend dafür ist, ob der Gerichtshof hierüber entscheiden muss (Urteil vom 9. September 2004, Spanien und Finnland/Parlament und Rat, C-184/02 und C-223/02, Slg. 2004, I-7789, Randnrn. 42 bis 44; ähnlich auch Urteil des Gerichts vom 19. März 2003, CMA CGM u. a./Kommission, T-213/00, Slg. 2003, II-913, Randnrn. 85 bis 103). In Randnr. 103 stellte das Gericht fest, dass „der Klagegrund eines Fehlers bei der Wahl der Rechtsgrundlage zurückzuweisen [ist], da der angebliche Fehler den Klägerinnen nicht die Verfahrensgarantien entzogen hat, die in den einschlägigen Verfahrensvorschriften vorgesehen sind, und sich nicht nachteilig auf ihre Rechtslage ausgewirkt hat". Das gegen diese Entscheidung eingelegte Rechtsmittel zum Gerichtshof blieb ohne Erfolg (Beschluss des Gerichtshofs vom 28. Oktober 2004, Kommission/CMA CGM u. a. [C-236/03 P]).

Abs. 2 AEUV verpflichtet, den nationalen Parlamenten Vorschläge zur Kenntnis zu bringen, die sich auf diesen Artikel stützen[78]. Eine Heranziehung von Art. 352 AEUV als Rechtsgrundlage für Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 hätte somit einen wichtigen Zugang zu einer erhöhten demokratischen Mitwirkung eröffnet[79].

59. Nach alledem komme ich daher zu dem Ergebnis, dass Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 vom Gerichtshof wegen Unzuständigkeit für nichtig zu erklären ist, da Art. 114 AEUV keine geeignete Rechtsgrundlage für den Erlass dieser Bestimmung war[80].

C – *Vorbringen des Vereinigten Königreichs auf der Grundlage der Urteile Meroni und Romano im Licht der Art. 290 AEUV und 291 AEUV*

1. Vorbemerkungen

60. In Anbetracht des Ergebnisses, zu dem ich in Bezug auf den vierten Klagegrund im Vorbringen des Vereinigten Königreichs vor dem Gerichtshof gekommen bin, nehme ich zu den ersten drei Klagegründen nur für den Fall Stellung, dass der Gerichtshof der Auffassung sein sollte, dass Art. 114 AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für den Erlass von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ist. Meines Erachtens ist infolge der durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Änderungen, die zum einen die Abgrenzung zwischen (normativen) delegierten Rechtsakten und (exekutiven) Durchführungsbefugnissen[81] geklärt haben und zum anderen die gerichtliche Überprüfung des Handelns der Unionsagenturen in der justiziellen Architektur der Europäischen Union festschreiben, der Stellenwert der Urteile Romano und Meroni innerhalb der heutigen Struktur des Unionsverfassungsrechts neu zu bestimmen.

a) Das Urteil Meroni des Gerichtshofs

61. Die Rechtssache Meroni von 1958 betraf eine Klage gegen das nach dem EGKS-Vertrag eingerichtete Ausgleichssystem für aus Drittländern eingeführten Schrott, insbesondere gegen eine Forderung, die von der Hohen Behörde aufgrund zweier Entscheidungen des Gemeinsamen Büros der Schrottverbraucher und der Ausgleichskasse für eingeführten Schrott (im Folgenden: Brüsseler Organe), die beide von der Hohen Behörde der EGKS mit der Durchführung der Kasse beauftragt waren, erhoben wurde. Beide Brüsseler Organe waren privatrechtliche Verbände nach belgischem Recht.

62. Der Gerichtshof stellte in der Rechtssache Meroni fest, dass die Hohe Behörde zur Übertragung ihrer Befugnisse auf eine oder mehrere externe Einrichtungen befugt ist. Diese Übertragung unterlag jedoch nach dem EGKS-Vertrag Beschränkungen. Der Gerichtshof entschied, dass die Hohe Behörde der Behörde, der Befugnisse zugewiesen werden sollen, keine Befugnisse übertragen kann, die sich von

78 — Im Gegenzug erhielt, wie im Schrifttum ausgeführt wird, mit „Beginn der Gründung von Agenturen auf der Grundlage des Mitentscheidungsverfahrens das EP die Möglichkeit, eine wesentliche Rolle bei der Ausgestaltung ihrer Verträge zu spielen“ (Busuioc, a. a. O., S. 117).

79 — Eine entsprechende Feststellung traf der Gerichtshof in Bezug auf das Europäische Parlament im Urteil Kali und Al Barakaat, Randnr. 235.

80 — Anzuerkennen ist, dass nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs (vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 2004, Kommission/Rat, C-338/01, Slg. 2004, I-4829, Randnrn. 56 und 57) ausnahmsweise, wenn feststeht, „dass gleichzeitig mehrere Ziele verfolgt werden, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass das eine gegenüber dem anderen nur zweitrangig und mittelbar ist, … ein solcher Rechtsakt auf die einschlägigen Rechtsgrundlagen [wird] gestützt werden müssen (vgl. u. a. Urteile vom 19. September 2002 in der Rechtssache C-336/00, Huber, Slg. 2002, I-7699, Randnr. 31, vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-281/01, Kommission/Rat, Slg. 2002, I-12049, Randnr. 35, und vom 11. September 2003, Kommission/Rat, Randnr. 40, sowie Gutachten 2/00 vom 6. Dezember 2001, Slg. 2001, I-9713, Randnr. 23). … Eine Häufung der beiden Rechtsgrundlagen ist jedoch ausgeschlossen, wenn die für sie jeweils vorgesehenen Verfahren miteinander unvereinbar sind (vgl. u. a. Urteil Titandioxid, Randnrn. 17 bis 21, und Urteil vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-164/97, Parlament/Rat, Slg. 1999, I-1139, Randnr. 14).“ Diese Grundsätze gelten selbstverständlich für alle alternativen Rechtsgrundlagen, auf die Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 gestützt werden könnte.

81 — Vgl. Lenaerts, K., und van Nuffel, P., *European Union Law* (3. Aufl., Sweet and Maxwell, London, 2011), Randnrn. 17-008 bis 17-011.

denjenigen unterscheiden, die der Hohen Behörde nach dem EGKS-Vertrag zustehen[82]. Die Entscheidungen der Brüsseler Organe waren beispielsweise vom Gerichtshof nicht unter den Voraussetzungen des Art. 33 KS überprüfbar, während Rechtsakte der Hohen Behörde diesen Beschränkungen unterlagen[83]. Ferner hob der Gerichtshof hervor, dass Übertragungen von Befugnissen nur dann zulässig sind, wenn sie zur Durchführung der Aufgaben der Hohen Behörde erforderlich sind. Übertragen werden dürfen nur Ausführungsbefugnisse, die genau umgrenzt sind und deren Ausübung von der Hohen Behörde in vollem Umfang beaufsichtigt wird[84].

63. In diesem Zusammenhang kam der Gerichtshof zu dem allgemein bekannten Ergebnis, dass „die mit der Entscheidung Nr. 14/55 erfolgte Übertragung von Befugnissen auf die Brüsseler Organe nicht als mit dem Vertrag vereinbar angesehen werden [kann], weil diesen Organen eine Ermessensfreiheit eingeräumt wurde, die weitreichende Ermessensentscheidungen ermöglicht“[85].

64. Meines Erachtens gehen aus dem Zusammenhang, in dem der Gerichtshof in der Rechtssache Meroni zu seiner Entscheidung gelangte, eindeutig zwei Leiterwägungen hervor: Erstens richten sich die Bedenken des Gerichtshofs gegen die mangelnde gerichtliche Überprüfbarkeit des Handelns der Brüsseler Organe, und zweitens schließt der Gerichtshof eine Übertragung von Befugnissen durch die Hohe Behörde aus, die weiter reichen als ihre eigenen und derart weit definiert sind, dass sie willkürlich sind. Meines Erachtens trug der Gerichtshof damit den Verfassungsgeboten des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und des institutionellen Gleichgewichts Rechnung.

b) Die Feststellungen des Gerichtshofs in der Rechtssache Romano

65. Ähnliche Leiterwägungen bestimmen die Feststellungen des Gerichtshofs in der Rechtssache Romano. Dort lag dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen eines belgischen Arbeitsgerichts zur Auslegung und Gültigkeit der Entscheidung Nr. 101 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (im Folgenden: Verwaltungskommission)[86] und zur Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern[87], zur Entscheidung vor. Die Verwaltungskommission war aufgrund der letztgenannten Verordnung eingerichtet worden und hatte eine Entscheidung erlassen, die für eine Forderung im Zusammenhang mit Rentenansprüchen von Herrn Romano nachteilige Folgen hatte.

66. Der Gerichtshof kam in seinen Ausführungen zu den Befugnissen der Verwaltungskommission zu folgendem allgemein bekannten Ergebnis:

„[Es] ergibt sich sowohl aus Artikel 155 EWG-Vertrag als auch aus dem durch den Vertrag, insbesondere seine Artikel 173 und 177, geschaffenen Rechtsschutzsystem, dass eine Stelle wie die Verwaltungskommission vom Rat nicht ermächtigt werden kann, Rechtsakte mit normativem Charakter zu erlassen.“[88]

82 — Urteil Meroni, oben in Fn. 11 angeführt, S. 40. Der Gerichtshof führt dort aus: „Könnten die Brüsseler Organe Entscheidungen erlassen, ohne die Bedingungen zu beachten, die die Hohe Behörde selbst bei Erlass dieser Entscheidungen hätte einhalten müssen, so würde dies bedeuten, dass auf sie weiter reichende Befugnisse übertragen worden wären, als sie der Hohen Behörde selbst nach dem Vertrag zustehen.“

83 — Ebd., S. 27.

84 — Ebd., S. 44.

85 — Ebd., S. 47.

86 — ABl. 1976, C 44, S. 3.

87 — ABl. L 74, S. 1.

88 — Urteil Romano, oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 20. Generalanwalt Warner äußerte sich deutlicher unter Verweis auf die mangelnden gerichtlichen Überprüfungsbefugnisse, die Entscheidungen der Verwaltungskommission mit „normativem Charakter“ ausschlössen. Siehe seine Schlussanträge auf S. 1265.

67. Wie in der mündlichen Verhandlung erwähnt, belegen die französische, die niederländische, die deutsche und die spanische Sprachfassung des Urteils Romano, dass seine Tragweite auf ein Verbot des Erlasses *normativer Rechtsakte* durch Agenturen beschränkt war. Beispielsweise werden die „Rechtsakte mit normativem Charakter" in Randnr. 20 des Urteils des Gerichtshofs Romano in der französischen Fassung des Urteils mit „actes revêtant un caractère normatif" wiedergegeben. Die englische Übersetzung „acts having the force of law" ist daher im Licht der übrigen Sprachfassungen zu verstehen.

2. Die Urteile Meroni und Romano im Zusammenhang des heutigen Unionsrechts zu Regulierungsagenturen

68. Es ist die Ansicht vertreten worden, dass die Anwendung der Vorgaben des Urteils Meroni auf heutige Unionsagenturen durch den Gerichtshof noch ausstehe[89]. Im Kern liegt das Problem darin, die Ausbreitung von Agenturen mit dem im Urteil Meroni[90] aufgestellten Verbot der Übertragung übermäßig weiter und/oder unzureichend definierter Ermessensbefugnisse auf Agenturen und andere Einrichtungen sowie dem im Urteil Romano aufgestellten Verbot des Erlasses von Rechtsakten „mit normativem Charakter" durch Agenturen in Einklang zu bringen.

69. Zu unterstreichen sind die grundlegenden Unterschiede in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zwischen den Agenturen, die Gegenstand des Urteils Meroni von 1958 waren, und der Art der Tätigkeit heutiger Agenturen. Diese sind im Schrifttum wie folgt beschrieben worden:

„Die Brüsseler Organe [die Gegenstand des Urteils Meroni waren], waren Einrichtungen nach privatem Recht, während EU-Agenturen öffentliche Einrichtungen nach dem Unionsrecht sind. Erstere sind mit Recht als ‚externe Einrichtungen' zu klassifizieren, Letztere dagegen nicht. Den Brüsseler Organen waren Befugnisse von der Hohen Behörde übertragen worden, während EU-Agenturen vom Unionsgesetzgeber errichtet und mit Befugnissen ausgestattet werden. Ferner erging die Entscheidung Meroni auf der Grundlage des EGKS-Vertrags, während die gegenwärtigen EU-Agenturen auf der Grundlage der EU-Verträge tätig sind."[91]

70. Die begrenzte Bedeutung der Entscheidung Romano für das heutige Agenturenrecht wird im Urteil selbst deutlich. Meines Erachtens ist klar, dass sich der Gerichtshof beim Ausschluss einer Übertragung legislativer Befugnisse auf die betreffende Agentur bewusst war, dass nach dem EWG-Vertrag in der damaligen Fassung eine gerichtliche Überprüfung solcher Rechtsakte nicht möglich war. Diese Lücke wurde jedoch durch den Vertrag von Lissabon geschlossen, der die Übertragung legislativer Befugnisse durch Art. 290 AEUV neu geordnet und Umfang und Funktion der Durchführungsbefugnisse durch Art. 291 AEUV geklärt hat.

71. Was das Urteil Meroni angeht, sind die Erwägungen des Gerichtshofs hinsichtlich des institutionellen Gleichgewichts und der Notwendigkeit eines Verbots übermäßig weiter und/oder willkürlicher Befugnisübertragungen heute ebenso relevant wie 1958. Auch mit ihnen ist allerdings eine Auseinandersetzung erforderlich, die die in den Art. 290 AEUV und 291 AEUV zum Ausdruck kommenden Entwicklungen im Primärrecht der Europäischen Union angemessen berücksichtigt.

89 — Chamon (2011), a. a. O., S. 1056. Er weist allerdings darauf hin, dass Generalanwalt Geelhoed in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kommission/Parlament und Rat (C-378/00, Urteil vom 21. Januar 2003, Slg. 2003, I-937) in einer Fußnote davon ausgehe, dass das Urteil Meroni auf Agenturen anwendbar sei, diesen Punkt aber nicht weiter vertiefe.

90 — Chamon, a. a. O., S. 1058.

91 — Chamon, a. a. O., S. 1059.

72. Wie im nächsten Abschnitt erläutert wird, sind in die Evolution des Unionsverfassungsrechts, die aufgrund des Vertrags von Lissabon stattgefunden hat, in der Tat die zentralen Erwägungen eingeflossen, mit denen sich der Gerichtshof in den Rechtssachen Meroni und Romano auseinanderzusetzen hatte, nämlich das Fehlen im Vertrag verankerter Kriterien für die Übertragung von Befugnissen, um das institutionelle Gleichgewicht zu wahren, und das Vakuum bei der gerichtlichen Überprüfung verbindlicher Rechtsakte der Agenturen.

3. Die Änderungen durch den Vertrag von Lissabon

73. Wie vorstehend erwähnt, wird die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Überwachung der Handlungen der „Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung *gegenüber Dritten*“ jetzt in Art. 263 Abs. 1 AEUV bestätigt, und nach Art. 263 Abs. 2 AEUV stehen dem Gerichtshof bei der Überprüfung der Handlungen von Agenturen die herkömmlichen Rechtsschutzformen des Unionsrechts zur Verfügung[92]. Ferner steht nach Art. 265 Abs. 1 AEUV die Untätigkeitsklage als Rechtsbehelf gegen die Tätigkeit der Agenturen zur Verfügung, und Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV gewährleistet, dass bei Agenturen auch der Weg einer Überprüfung der Gültigkeit über nationale Gerichte offensteht. Durch ihre Erwähnung in Art. 277 AEUV über die Nichtigkeitsklage, die auf Rechtsakte mit allgemeiner Geltung Anwendung findet, sind Agenturen auch in den letzten Baustein der justiziellen Architektur der Union einbezogen. Dagegen werden Agenturen in den Bestimmungen über die außervertragliche Haftung der Unionsorgane und Schadensersatz, nämlich den Art. 268 AEUV und 340 AEUV, nicht genannt; nach der Rechtsprechung sind Schadensersatzansprüche aber auch aufgrund von Rechtsakten der Agenturen gegeben[93].

74. Mit Blick auf die vorgenannten Bestimmungen des Vertrags ist offenkundig, dass Agenturen mit Befugnissen zum Erlass rechtsverbindlicher Entscheidungen ausgestattet werden können, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten sollen. Andernfalls wären diese Vertragsänderungen sinnlos. Meines Erachtens kann daher, ebenso wenig wie *per se* etwas dagegen einzuwenden ist, dass Agenturen wie die ESMA Rechtsakte mit Rechtswirkung für Dritte wie Investoren und Wertpapierhändler erlassen, aufgrund der Urteile Meroni oder Romano *per se* nichts gegen solche Rechtsakte einzuwenden sein.

75. Gleichwohl erkenne ich an, dass der Vertrag von Lissabon zwar klare Regelungen für die gerichtliche Überprüfung von Rechtsvorschriften und Entscheidungen der Agenturen enthält, bei der Abgrenzung der Befugnisse der Agenturen jedoch vieles offenlässt[94]. Eine Erwähnung von Agenturen findet sich nämlich weder in Art. 290 AEUV, der die Übertragung der Rechtsetzung in Gesetzgebungsakten auf die Kommission regelt, noch in Art. 291 AEUV, der Durchführungsbefugnisse auf die Mitgliedstaaten, die Kommission und in wenigen Fällen den Rat überträgt. Vor dem Vertrag von Lissabon wurden unter dem Begriff „Durchführungsbefugnisse“ trotz ihres unterschiedlichen Charakters zwei Arten von Befugnissen zusammengefasst. Dies waren die Befugnis, normative Rechtsakte zu erlassen, die einen Basisrechtsakt ändern oder ergänzen, und die Befugnis, einen Gesetzgebungsakt der Union oder Teile seiner Bestimmungen auf Unionsebene durchzuführen oder

92 — Nach Art. 263 Abs. 5 AEUV können in den Rechtsakten zur Gründung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union besondere Bedingungen und Einzelheiten für die Erhebung von Klagen von natürlichen oder juristischen Personen gegen Handlungen dieser Einrichtungen und sonstigen Stellen vorgesehen werden, die eine Rechtswirkung gegenüber diesen Personen haben. Nach Art. 61 der Verordnung Nr. 1095/2010 nehmen das Gericht und letztlich der Gerichtshof die gerichtliche Überprüfung der Anwendung von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 wahr.

93 — Urteil Sogelma/AER, oben in Fn. 14 angeführt.

94 — Ebenso Hofmann und Morini, a. a. O., S. 420.

auszuführen[95]. Eine klare Abgrenzung zwischen diesen beiden Formen wurde vom Europäischen Konvent vorgeschlagen[96] und in den Vertrag über eine Verfassung für Europa[97] übernommen. Diese Änderung fand schließlich durch die Art. 290 AEUV und 291 AEUV Eingang in den Vertrag von Lissabon[98].

76. Im Wesentlichen gestattet Art. 290 AEUV die Übertragung von Befugnissen zum Erlass von Vorschriften, die bestimmte, nicht wesentliche Vorschriften eines Gesetzgebungsakts ersetzen oder ändern[99]. Diese Befugnisse dürfen nur der Kommission übertragen werden. Mit anderen Worten wird durch einen übertragenden Rechtsakt nach Art. 290 AEUV der Kommission eine Befugnis zur Vornahme nicht wesentlicher Änderungen an bestimmten Gesetzgebungsakten und/oder eine Zuständigkeit zu ihrer Ergänzung übertragen. Gleichzeitig knüpft Art. 290 AEUV die Übertragung jedoch an strenge Bedingungen, um die demokratische Rechenschaftspflicht im Rahmen der Rechtsetzung der Union zu wahren. Nach Art. 290 Abs. 1 AEUV müssen in den betreffenden Gesetzgebungsakten „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festgelegt“ werden[100].

77. Art. 291 AEUV über Durchführungsbefugnisse verfolgt ein anderes Ziel. Erstens legt er den Grundsatz fest, dass die Durchführung des Unionsrechts in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Zweitens können dann, wenn eine einheitlichere Durchführung von verbindlichen Rechtsakten der Union gewährleistet werden soll, als dies sonst möglich wäre, Durchführungsbefugnisse auf die Kommission oder, unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen, auf den Rat übertragen werden. Somit können Durchführungsbefugnisse auf der Unionsebene statt auf nationaler Ebene ausgeübt werden. Ich stimme daher mit den Vertretern des Schrifttums überein, die den Zweck der Durchführungsbefugnisse nach Art. 291 AEUV darin sehen, eine detailliertere Regelung des normativen Inhalts des durchgeführten Rechtsakts zu ermöglichen, um seine Anwendung zu erleichtern. Hierin liegt ein deutlicher Unterschied zu dem Ziel der Rechtsakte, die aufgrund einer Übertragung nach Art. 290 AEUV erlassen werden, nämlich den Unionsgesetzgeber von der Notwendigkeit zu entlasten, nicht wesentliche Vorschriften eines Rechtsakts zu ändern oder zu ergänzen, und dem Gesetzgeber gleichzeitig die Entscheidung über die wesentlichen Aspekte eines Bereichs vorzubehalten[101].

95 — Piris, J-C., *The Constitution for Europe. A legal Analysis* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006), S. 73.

96 — Siehe den Schlussbericht der Gruppe IX über Vereinfachung vom 29. November 2002, CONV 424/02, WG IX 13, S. 10 bis 12.

97 — Vertrag über eine Verfassung für Europa (ABl. 2004, C 310, S. 1), Art. I-36 über Delegierte Europäische Verordnungen und Art. I-37 über Durchführungsrechtsakte. Eine detaillierte Analyse der Rechtsnormen in ihrer endgültigen Fassung nach dem Vertrag von Lissabon findet sich bei Hofmann, H., „Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality“, *European Law Journal* 15 (2009), S. 482 bis 505.

98 — Hierzu allgemein Schwarze, J., „European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon“, *European Public Law* 18 (2012), S. 285 bis 305, auf S. 294 bis 296; Peers, S., und Costa, M., „Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon“, *European Law Journal* 18 (2012), S. 427 bis 460, auf S. 439 bis 460. Den Art. 290 AEUV und 291 AEUV gingen die Art. 145 EWG und 155 EWG und die Art. 202 EG und 211 EG voraus, die jedoch zwischen der Übertragung normativer Befugnisse und der Durchführung im Sinne der Ausführung nicht unterschieden.

99 — Allgemein zu Art. 290 AEUV Blumann, C., „À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les ‚nouveaux‘ actes délégués“, *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué* (Dalloz, Paris, 2010), S. 127 bis 144; Garzón, C., „Les actes délégués dans le système des sources du droit de l'Union Européenne“, *ERA Forum* 12 (2011), S. 105 bis 134.

100 — In seinem Urteil vom 5. September 2012, Parlament/Rat (C-355/10, Randnrn. 64 bis 66), führte der Gerichtshof aus: „Nach ständiger Rechtsprechung ist der Erlass der wesentlichen Vorschriften der zu regelnden Materie der Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers vorbehalten. … Die wesentlichen Bestimmungen einer Materie sind in der Grundregelung zu erlassen und können nicht Gegenstand einer Übertragung von Durchführungsbefugnissen sein. … Damit können Gegenstand einer solchen Befugnisübertragung nicht Bestimmungen sein, deren Erlass politische Entscheidungen erfordert, die in die eigene Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers fallen. … Folglich können Durchführungsvorschriften weder die wesentlichen Bestandteile einer Grundregelung ändern noch diese durch neue wesentliche Bestandteile ergänzen.“

101 — Kröll, T., „Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 66, 2011, S. 253 bis 298, S. 284.

78. Richtig ist allerdings, dass die Grenze zwischen der Ergänzung eines Gesetzgebungsakts durch nicht wesentliche Vorschriften und der detaillierteren Regelung von Durchführungsbestimmungen nicht immer leicht zu ziehen ist[102]. Wie ein Philosoph geäußert hat, lässt sich jedoch „aus der Existenz von Grenzfällen nicht darauf schließen, dass es keine klaren positiven oder negativen Fälle gibt“[103].

79. Hieraus folgt aber entgegen dem Vorbringen des Vereinigten Königreichs in seiner Nichtigkeitsklage nicht, dass ein Durchführungsrechtsakt im Sinne von Art. 291 AEUV keine allgemeine Geltung haben kann. Ist diese gegeben, handelt es sich um einen Rechtsakt mit Verordnungscharakter im Sinne von Art. 263 Abs. 4 AEUV[104]. Diese Schlussfolgerung ergibt sich zwingend aus der Tatsache, dass der Vertrag von Lissabon Agenturen in Art. 277 AEUV mit einbezogen hat, der – worauf das Parlament in seinen schriftlichen Erklärungen hinweist – die Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte mit „allgemeiner Geltung“ regelt. Dem möchte ich hinzufügen, dass Agenturen auch in die Überprüfung der Gültigkeit nach Art. 267 AEUV mit einbezogen sind, der typischerweise normative Rechtsakte betrifft.

80. Weiterhin können Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV in Form von individuellen Verwaltungsentscheidungen ergehen[105]. Individuelle Verwaltungsentscheidungen sind nach Art. 290 AEUV jedoch selbstverständlich völlig ausgeschlossen. Zu Überschneidungen zwischen Art. 290 AEUV und Art. 291 AEUV kommt es daher nur aufgrund der Tatsache, dass Rechtsakte, die inhaltlich Verordnungscharakter im Sinne von Art. 263 Abs. 4 AEUV haben und in der Rechtsform einer Verordnung oder eines Beschlusses mit allgemeiner Geltung ergehen, nach beiden Bestimmungen erlassen werden können.

81. Der AEU-Vertrag hat also, anders als die vorangegangenen Verträge, eine scharfe begriffliche Trennung zwischen delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten eingeführt. Delegierte Rechtsakte im Sinne von Art. 290 AEUV sind Rechtsakte ohne Gesetzescharakter (mit Verordnungscharakter), die allgemeine Geltung haben und von der Kommission erlassen werden, um nicht wesentliche Vorschriften eines Gesetzgebungsakts zu ändern oder zu ergänzen. Durchführungsrechtsakte im Sinne von Art. 291 AEUV können entweder Rechtsakte mit Verordnungscharakter oder individuelle Verwaltungsentscheidungen sein. Sie können von der Kommission oder vom Rat erlassen werden, um eine einheitliche Durchführung verbindlicher Rechtsakte der Union zu gewährleisten. Darüber hinaus sind beide Arten von exekutiven Rechtsakten aufgrund der zwingenden Einfügung der Wortteile „delegiert“ bzw. „Durchführungs-“ in ihrem Titel nun formal von den Instrumenten unterscheidbar, die für den Erlass von Gesetzgebungsakten zur Verfügung stehen[106].

102 — Zur Grenzziehung zwischen Art. 290 und Art. 291 siehe die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, „Umsetzung von Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“, Brüssel, 9. Dezember 2009, KOM(2009) 673 endgültig, Punkt 2.2. Eine Zusammenfassung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Durchführungsbefugnissen findet sich in den Nrn. 26 bis 29 der Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache Parlament/Rat (C-355/10).

103 — Körner, S., *Experience and Conduct. A Philosophical Enquiry into Practical Thinking* (Cambridge University Press, Cambridge, 1980), S. 186.

104 — Siehe die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott vom 17. Januar 2013 in der Rechtssache Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Parlament und Rat (C-583/11 P, Nr. 56).

105 — Urteil vom 23. Februar 2006, Kommission/Parlament (C-122/04, Slg. 2006, I-2001, Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung). Siehe auch Art. I-37 Abs. 4 des Vertrags über eine Verfassung für Europa, oben in Fn. 97 angeführt, wonach Durchführungsrechtsakte der Union als Europäische Durchführungsverordnungen oder Europäische Durchführungsbeschlüsse hätten ergehen können.

106 — Lenaerts und van Nuffel, a. a. O., Randnr. 17-006.

82. Diese Unterscheidung spiegelt sich auch in der Verordnung Nr. 236/2012 selbst wider, die delegierte Befugnisse und Durchführungsbefugnisse in verschiedenen Kapiteln regelt. Durchführungsbefugnisse werden der Kommission durch Art. 44 (in Kapitel VIII) der Verordnung Nr. 236/2012 übertragen, während die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte der Kommission durch Art. 42 (in Kapitel VII) der Verordnung Nr. 236/2012 übertragen wird[107].

4. Verfassungsrechtliche Konsequenzen

83. Die hauptsächlichen verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf delegierte Rechtsakte im Sinne von Art. 290 AEUV beziehen sich auf die demokratische Rechenschaftspflicht[108]. Mit anderen Worten, in welchem Umfang dürfen legislative Befugnisse übertragen werden, und wie kann die Ausübung solcher übertragenen Befugnisse vom Gesetzgeber kontrolliert werden? Dagegen konzentriert sich in Bezug auf Durchführungsrechtsakte im Sinne von Art. 291 AEUV das hauptsächliche verfassungsrechtliche Interesse auf die Wahrung der originären Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Umsetzung des Unionsrechts und das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Kommission, wenn sie Durchführungsaufgaben wahrnehmen.

84. Meines Erachtens können, wie auch die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausführt, Befugnisse nach Art. 290 AEUV nur auf die Kommission übertragen werden. Das bedeutet, dass das Verbot der Übertragung legislativer oder quasi-legislativer Befugnisse auf Agenturen nach dem Urteil Romano in diesem Zusammenhang in dem Sinne rechtlich beachtlich bleibt, dass einerseits der Unionsgesetzgeber seine legislativen Befugnisse nicht auf eine Agentur übertragen darf und dass es andererseits auch rechtswidrig wäre, wenn die Kommission ihr nach Art. 290 AEUV übertragene Befugnisse auf eine Agentur weiterübertragen würde[109].

85. Agenturen sind zwingend von einer Übertragung von Befugnissen nach Art. 290 AEUV auszuschließen, weil die Ausübung solcher Befugnisse den normativen Inhalt von Gesetzgebungsakten ändert, wenn auch nur in Bezug auf deren nicht wesentliche Vorschriften. Der Ausschluss von Agenturen und allen anderen Einrichtungen außerhalb der Kommission folgt auch aus dem Wortlaut von Art. 290 AEUV. Ferner schließt der Mechanismus der Bedingungen, die der Gesetzgeber für die Übertragung nach Art. 290 Abs. 2 AEUV vorsehen kann, Agenturen eindeutig aus, weil sie an einem System der interinstitutionellen „checks and balances“ nicht beteiligt sein können. Das in den Art. 2 EUV und 10 EUV verankerte demokratische Prinzip setzt zwingend voraus, dass jede Befugnis zum Erlass eines Rechtsakts der Union, der die nicht wesentlichen Vorschriften eines Gesetzgebungsakts der Union ändern kann, von einem Organ der Union ausgeübt werden muss, das einer demokratischen Rechenschaftspflicht unterliegt, also mit anderen Worten von der Kommission, die letztlich dem Europäischen Parlament rechenschaftspflichtig ist[110].

107 — Vgl. auch die Erwägungsgründe 42 und 43 der Verordnung Nr. 236/2012. Bemerkenswert ist, dass die Kommission die Auffassung äußerte, dass sie „erhebliche Zweifel [hat], ob die Beschränkung ihrer Rolle in Bezug auf den Erlass von delegierten Rechtsakten und Durchführungsmaßnahmen [im Finanzdienstleistungssektor] im Einklang mit den Artikeln 290 und 291 AEUV steht“. Siehe „Erklärungen der Kommission“, Addendum zu I/A-Punkt-Vermerk der Tagesordnung des Rates der Europäischen Union, 10. November 2011, Ratsdokument 15649/10 Add 1.

108 — Beispiele für Fälle, in denen der Gerichtshof über Fragen des institutionellen Gleichgewichts und der Zuständigkeit unter Bezugnahme auf den Schutz des demokratischen Prinzips entschieden hat, sind die Urteile vom 29. Oktober 1980, Roquette Frères/Rat (138/79, Slg. 1980, 3333), vom 23. April 1986, Les Verts/Parlament (294/83, Slg. 1986, 1339), vom 4. Oktober 1991, Parlament/Rat (C-70/88, Slg. 1990, I-2041), und Titandioxid (oben in Fn. 80 angeführt). Zur Rechtsprechung des Gerichts siehe Urteil vom 17. Juni 1998, UEAPME/Rat (T-135/96, Slg. 1998, II-2335).

109 — Ferner wird die Ansicht vertreten, dass Ausschussverfahren bei der Ausübung von Befugnissen nach Art. 290 AEUV nicht statthaft seien. Vgl. Piris, J. C., „Les articles 290 et 291 du TFEU: Les compétences ‚délégués‘ ou ‚conférées‘ à la Commission par le législateur. Les actes délégués et les actes d’exécution“ *Publications de Congrès* FIDE XXIII 2008-2009, S. 247 bis 251.

110 — Vgl. Art. 17 Abs. 8 EUV.

86. Dagegen bestehen für Durchführungsbefugnisse nach Art. 291 AEUV keine derartigen Beschränkungen. Richtig ist natürlich, dass Agenturen in Art. 291 AEUV, ebenso wie in Art. 290 AEUV, nicht als Rechtsträger genannt sind, denen Durchführungsbefugnisse auf Unionsebene übertragen werden können. Da Durchführungsbefugnisse sich jedoch nicht darauf erstrecken, Gesetzgebungsakte durch neue Bestandteile zu ändern oder zu ergänzen, ist der Gesetzgeber meines Erachtens nicht durch grundlegende Verfassungsgrundsätze daran gehindert, solche Befugnisse Agenturen zu übertragen und damit einen Mittelweg dazwischen zu wählen, die Durchführungszuständigkeit entweder bei der Kommission oder beim Rat anzusiedeln oder sie den Mitgliedstaaten zu überlassen.

87. Dies kann insbesondere dann sachgerecht sein, wenn komplexe technische Beurteilungen erforderlich sind, um einen Rechtsakt der Union durchzuführen. Wie in den schriftlichen Erklärungen des Parlaments ausgeführt, ist eine Übertragung solcher Befugnisse auf Agenturen stets in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen für die Durchführung im Vertrag erfolgt. Dies ist ein Bereich, in dem Agenturen seit Langem eine wichtige Funktion haben, so dass der Vertrag von Lissabon ihre Abschaffung hätte ausdrücklich regeln müssen, um dies zu ändern. Darüber hinaus ist, wie schon erwähnt, die Möglichkeit, dass Agenturen rechtsverbindliche Entscheidungen mit Wirkung gegenüber Dritten treffen können, nunmehr implizit in mehreren Bestimmungen des Vertrags anerkannt. Beispielsweise ist schwer vorstellbar, was unter Entscheidungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen in Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV zu verstehen sein sollte, wenn der Gesetzgeber diese Stellen nicht mit Durchführungsbefugnissen ausstatten könnte.

88. Somit bleibt, wie auch die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen anführt, das Urteil Meroni im Zusammenhang mit der Übertragung von Durchführungsbefugnissen auf eine Agentur relevant. Genauer gesagt bleibt das Urteil Meroni insoweit relevant, als (i) einer Agentur keine anderen Befugnisse übertragen werden können als die Durchführungsbefugnisse, die der Unionsgesetzgeber der übertragenden Behörde, sei es der Kommission oder dem Rat, übertragen hat, und (ii) die übertragenen Befugnisse hinreichend klar definiert sein müssen, um eine willkürliche Ausübung von Befugnissen auszuschließen. Mit anderen Worten muss der übertragende Rechtsakt hinreichend klare Kriterien vorsehen, so dass die Durchführungsbefugnis gerichtlich überprüfbar ist. Die übertragende Behörde „muss … eine Entscheidung erlassen, aus der diese Übertragung ausdrücklich hervorgeht, und die Übertragung kann sich nur auf genau umgrenzte Aus- oder Durchführungsbefugnisse beziehen“ [111].

5. Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze auf den vorliegenden Fall

89. Selbstverständlich begrenzt der jetzt in Art. 290 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV zum Ausdruck kommende tragende Verfassungsgrundsatz, der die wesentlichen Aspekte eines Bereichs einem Gesetzgebungsakt vorbehält, nicht nur den Geltungsbereich delegierter Rechtsakte, sondern ebenso denjenigen von Durchführungsrechtsakten. Diesem Grundsatz wird Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 eindeutig gerecht. Darüber hinaus kommt Art. 290 AEUV für die Prüfung der Vereinbarkeit der Befugnisse der ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 mit dem Unionsverfassungsrecht keine Bedeutung zu. Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausführt, ermächtigt Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 die ESMA nicht zu einer Ergänzung oder Änderung seiner Bestimmungen. Wäre dies allerdings der Fall, wäre eine Übertragung von Befugnissen dieser Art auf die ESMA als Agentur aus den vorstehend erläuterten Gründen zwangsläufig rechtswidrig.

111 — Urteil vom 26. Mai 2005, Tralli/EZB (C-301/02 P, Slg. 2005, I-4071, Randnr. 43, unter Verweis auf das Urteil Meroni).

90. Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 führt jedoch auch nicht zu einer Weiterübertragung von zuvor der Kommission oder dem Rat übertragenen Durchführungsbefugnissen im Sinne von Art. 291 AEUV auf eine Agentur. Mit anderen Worten sind der ESMA ihre Befugnisse nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 nicht durch einen „Durchführungsrechtsakt" im Sinne von Art. 291 Abs. 4 übertragen worden, der von der Kommission oder vom Rat erlassen wurde, sondern unmittelbar vom Unionsgesetzgeber durch einen Gesetzgebungsakt im Sinne von Art. 289 Abs. 3 AEUV.

91. Diese Unterscheidung ist wichtig, weil eine Befugnisübertragung durch den Gesetzgeber an und für sich nicht den durch das Urteil Meroni gezogenen Grenzen unterliegen kann. Der Unionsgesetzgeber handelt nämlich nicht als „übertragende Behörde" im Sinne des Urteils Meroni, wenn er Durchführungsbefugnisse auf Organe, Bevollmächtigte oder andere Einrichtungen der Union überträgt, sondern als Verfassungsakteur in Wahrnehmung seiner eigenen Rechtsetzungskompetenz, die ihm kraft höheren Verfassungsrechts verliehen ist, nämlich durch den Vertrag von Lissabon. Die exekutiven und justiziellen Befugnisse, die der Unionsgesetzgeber Organen oder Einrichtungen übertragen kann, unterscheiden sich qualitativ von seinen eigenen Befugnissen. Das Europäische Parlament und der Rat können beispielsweise nach Art. 257 Abs. 1 AEUV Fachgerichte bilden. Allerdings kann selbstverständlich unter keinen Umständen die Rede davon sein, dass sie selbst justizielle Befugnisse hätten, die sie dann auf andere Einrichtungen übertragen könnten. Voraussetzung ist allein, dass die Fachgerichte aufgrund einer geeigneten Rechtsgrundlage gebildet werden, wie im Vertrag von Lissabon vorgesehen.

92. Meines Erachtens bleibt jedoch der erstmals im Urteil Meroni formulierte Grundsatz des Verbots übermäßig weiter und/oder willkürlicher Durchführungsbefugnisse für die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 nach dem Unionsverfassungsrecht relevant. Der Unionsgesetzgeber darf die ESMA nicht mit einer Zuständigkeit zum Erlass von Durchführungsrechtsakten ausstatten, die gegen diesen Grundsatz verstößt, denn eine Durchführungsbefugnis kann nur wirksam übertragen werden, wenn sie in dem Sinne hinreichend bestimmt ist, dass die Grenzen der übertragenen Befugnis klar angegeben sind. Andernfalls würden das institutionelle Gleichgewicht und die Möglichkeit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der Ausübung von Durchführungsbefugnissen nicht gewahrt[112].

93. Darüber hinaus kann die ESMA nicht ermächtigt werden, politische Entscheidungen zu treffen[113]. Beispielsweise läge in einer Rechtsvorschrift, die eine auf Unionsebene tätige durchführende Behörde ermächtigen würde, Leerverkäufe „soweit erforderlich" zu verbieten, eine verfassungswidrige Übertragung zu weitreichender Durchführungsbefugnisse, unabhängig davon, ob sie der Kommission oder einer Agentur übertragen würden[114]. Hierin kommt der allgemeine Grundsatz des Vorrangs des demokratischen Gesetzgebers zum Ausdruck, der in den Verfassungen einer Reihe von Mitgliedstaaten und in Art. 290 AEUV anerkannt ist und bedingt, dass die Rechtsetzung nicht so vage oder unbestimmt sein darf, dass wesentliche politische Entscheidungen oder Wertentscheidungen erst auf der Durchführungsebene zu treffen sind.

94. Ich stimme dem Vorbringen der französischen Regierung in der mündlichen Verhandlung zu, dass die Maßnahmen, die die ESMA nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 sowohl ergreifen kann als auch muss, durchführender (exekutiver) Natur sind. Diese Schlussfolgerung gilt unbeschadet der Tatsache, dass die ESMA bei der Anwendung von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012

112 — Urteil vom 5. Juli 1988, Central-Import Münster (291/86, Slg. 1988, 3679, Randnr. 13), und Urteil Tralli (Randnr. 43).

113 — Urteil Parlament/Rat (C-355/10, Randnr. 65), in dem der Gerichtshof entschied, dass „Gegenstand einer solchen Befugnisübertragung nicht Bestimmungen sein [können], deren Erlass politische Entscheidungen erfordert, die in die eigene Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers fallen". Anders als der Generalanwalt stellte der Gerichtshof eine Verbindung zwischen Bestandteilen, die wesentlich sind, und denjenigen, die politische Entscheidungen erfordern, her. Vgl. Chamon, M., „How the concept of essential elements of a legislative act continues to elude the Court", *Common Market Law Review* 50 (2013), S. 849 bis 860, S. 854.

114 — Auch die Durchführung eines EU-Programms kann einer Exekutivagentur nicht übertragen werden, wenn dies „einen Ermessensspielraum zur Umsetzung politischer Entscheidungen voraussetz[t]". Vgl. den fünften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 58/2003 und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung Nr. 58/2003.

möglicherweise komplexe tatsächliche Beurteilungen vornehmen oder semantisch vage Begriffe aus Art. 24 Abs. 3 der Delegierten Verordnung Nr. 918/2012 der Kommission wie „ernsthaft", „ordnungsgemäß" und „Integrität der Finanzmärkte" anwenden muss. Die Frage ist, ob Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 hinreichend klar definierte exekutive Befugnisse überträgt. Wie ich oben in den Nrn. 41 bis 43 bereits angedeutet habe, ist die Ausübung dieser Befugnisse in verschiedener Hinsicht näher präzisiert und definiert worden.

95. Nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ist die ESMA verpflichtet, unter bestimmten dort aufgeführten Bedingungen, deren Bedeutung in Art. 24 Abs. 3 der Delegierten Verordnung der Kommission Nr. 918/2012 näher erläutert wird, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Weiterhin definiert Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ausdrücklich den Inhalt der Maßnahmen, das Verfahren ihres Erlasses und ihre zeitliche Wirkung. Diese Maßnahmen richten sich entweder an natürliche oder juristische Personen, die bestimmte Netto-Leerverkaufspositionen in einem bestimmten Finanzinstrument oder bestimmten Finanzinstrumenten halten oder Leerverkäufe eines Finanzinstruments beabsichtigen.

96. Die ESMA ist somit nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 verpflichtet, in bestimmten Fällen Maßnahmen in Bezug auf ein bestimmtes Finanzinstrument oder gegebenenfalls bestimmte Arten von Finanzinstrumenten zu ergreifen. Die nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 ergriffenen Maßnahmen betreffen normalerweise eine abstrakte Kategorie von Personen und sind daher, wenn von ihnen Gebrauch gemacht wird, als Verwaltungsentscheidungen von allgemeiner Geltung anzusehen.

97. Die Verordnung Nr. 236/2012, und insbesondere ihr Art. 28, sind Ausdruck einer grundlegenden, vom Gesetzgeber getroffenen politischen Entscheidung, dass Leerverkäufe unter normalen Bedingungen von Nutzen sind, aber in definierten Ausnahmefällen eine Bedrohung für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts darstellen können. Weiter wurde eine politische Entscheidung dahin getroffen, dass dieser Bedrohung zu begegnen ist, falls notwendig durch Maßnahmen auf Unionsebene. Die wesentlichen Wertentscheidungen, die Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zugrunde liegen, sind somit vom Unionsgesetzgeber getroffen und nicht der ESMA überlassen worden.

98. Weiterhin hat die ESMA, wenn der Ausnahmefall eintritt, nach Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 und Art. 24 Abs. 3 der Delegierten Verordnung der Kommission Nr. 918/2012 kein Ermessen, ob sie Maßnahmen ergreift oder nicht. Die ESMA ist verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen.

99. Schließlich setzt die Anwendung der Kriterien und Bestimmungen des Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zwar komplexe Tatsachenbeurteilungen voraus, doch wurde die ESMA gerade zu diesem Zweck errichtet. Die ESMA ist eine Verbundstruktur, in der die nationalen Fachbehörden zusammengeführt sind, die zur Konsultation des ESRB verpflichtet sind. Meines Erachtens ist die Notwendigkeit, solche technisch schwierigen Beurteilungen auf objektiver und nichtpolitischer Grundlage vorzunehmen, ein Argument dafür, die betreffenden Befugnisse einer Fachagentur und nicht der Kommission zu übertragen.

100. Entgegen den vom Vereinigten Königreich in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Argumenten kann aus der Möglichkeit, dass Sachverständige in einer Frage unterschiedlicher Auffassung sind, nicht notwendigerweise darauf geschlossen werden, dass es zu subjektiven Beurteilungen oder uneingeschränktem Ermessen in einem rechtlich beachtlichen Sinne käme. Unterschiedliche Auffassungen zwischen Sachverständigen, oder auch Richtern, sind nichts Ungewöhnliches. Objektivität hängt vielmehr von Verfahrensgarantien ab, die sicherstellen, dass Entscheidungsträger ihre Beurteilungen auf breiter Tatsachengrundlage und nach fundierter Methodik vornehmen, nachdem sie die relevanten Akteure konsultiert haben. Diese Anforderungen spiegelt Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 wider.

101. Ich bin der Ansicht, dass der Gerichtshof für den Fall, dass er es für erforderlich halten sollte, über die Vereinbarkeit von Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entscheiden, die die Übertragung von Zuständigkeiten unmittelbar durch den Unionsgesetzgeber auf eine Agentur (im vorliegenden Fall die ESMA) betreffen, festzustellen hätte, dass den Voraussetzungen von Art. 291 AEUV und den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen für die Übertragung von Durchführungsbefugnissen voll und ganz entsprochen wurde.

IV – Ergebnis

102. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass dem ersten Antrag des Vereinigten Königreichs stattzugeben und Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 für nichtig zu erklären ist, weil Art. 114 AEUV keine geeignete Rechtsgrundlage war, während der zweite, die Kosten betreffende Antrag des Vereinigten Königreichs zurückzuweisen ist. Das Vereinigte Königreich ist mit den ersten drei von ihm erhobenen Klagegründen, wonach die der ESMA durch Art. 28 der Verordnung Nr. 236/2012 zugewiesenen Befugnisse gegen die Urteile Romano und Meroni verstießen, unterlegen. Somit sollten nach Art. 138 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs alle Parteien ihre eigenen Kosten tragen.

103. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, Art. 28 der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps für nichtig zu erklären und allen Parteien ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.