

Prof. Dr. Christa Tobler

Zur Beteiligung der Schweiz an der Europäischen IT-Agentur

Im Dezember 2012 wird eine neue Agentur der Europäischen Union ihre Tätigkeit aufnehmen. Die IT-Agentur ist für das Betriebsmanagement von drei IT-Grosssystemen zuständig, welche von ihrer Funktion her zum Schengen- und Dublin-Recht der EU gehören. Wegen der entsprechenden bilateralen Abkommen ist dies auch für die Schweiz relevant. Im Hinblick auf ihre Beteiligung an der neuen Agentur soll eine Zusatzvereinbarung zu den Abkommen ausgearbeitet werden. Der Beitrag beleuchtet das Phänomen «EU-Agentur» sowie die rechtliche und operative Beteiligung daran durch Nicht-EU-Mitgliedstaaten wie die Schweiz, mit besonderem Augenmerk auf die IT-Agentur.

Rechtsgebiet(e): Europarecht und Internationales Recht; Bilaterale Abkommen CH-EU;
Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Christa Tobler, Zur Beteiligung der Schweiz an der Europäischen IT-Agentur, in: Jusletter 1. Oktober 2012

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. EU-Agenturen als Teil des Verwaltungssystems der EU
- III. Definition und Arten von EU-Agenturen
- IV. Die Entwicklung des Agenturwesens in der EU
- V. Gründung von EU-Agenturen durch Sekundärrecht
- VI. Organisationsstruktur der Agenturen
- VII. Begrenzter Tätigkeitsbereich der EU-Agenturen
- VIII. Politische und rechtliche Kontrolle
- IX. Beteiligung von Drittländern an EU-Agenturen
 1. Beteiligung bei der Errichtung einer neuen EU-Agentur
 2. Beteiligung von Drittstaaten an EU-Agenturen selber
 3. Vertretung von Drittstaaten in der Struktur von EU-Agenturen
 4. Stimmrechte von Drittstaaten
- X. Zum Schluss

I. Einleitung

[Rz 1] Im Mai dieses Jahres verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Beteiligung der Schweiz an der sog. IT-Agentur der Europäischen Union,¹ mit vollem Namen «Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts». Es handelt sich um eine neue Agentur der Europäischen Union (EU) im Bereich des Schengen-/Dublinrechts, welche gestützt auf die Verordnung 1077/2011/EU geschaffen wird.² Sie soll im Sinne einer vergleichsweise kostengünstigen Lösung die Verwaltung der drei IT-Grosssysteme übernehmen, welche im Schengen-/Dublinrecht auf europäischer Ebene eingesetzt werden, nämlich des Visa-Informationssystems (VIS), des neuen Schengen Informationssystems (SIS II) und von Eurodac. Die IT-Agentur soll im Dezember dieses Jahres in der estländischen Hauptstadt Tallinn ihre Tätigkeit aufnehmen. Sie gilt dort – wie meistens im Fall von in den Mitgliedstaaten angesiedelten EU-Agenturen – als europäisches Prestigeobjekt.³

[Rz 2] Bei der geplanten Beteiligung der Schweiz geht es aus rechtlicher Sicht um eine Weiterentwicklung des bilateralen Schengen-/Dublin-Besitzstandes, wie er aufgrund des Schengen-Assoziierungsabkommens (SAA, über die Aufhebung von Grenzkontrollen und begleitende Sicherheitsmassnahmen)⁴

und des Dublin-Assoziierungsabkommens (DAA, über die Zuständigkeit in Asylverfahren)⁵ zwischen der Schweiz und der EU besteht. Nach den Vorschriften dieser Abkommen ist die Schweiz verpflichtet, Weiterentwicklungen im einschlägigen EU-Recht zu übernehmen (Art. 2 Abs. 3 sowie 7 SAA, Art. 1 Abs. 3 und 4 DAA). Tut sie dies nicht, so hat dies die Beendigung (Art. 2 Abs. 3 sowie 7 SAA) bzw. die Aussetzung und letztlich Beendigung (Art. 1 Abs. 3 und 4 DAA) der Abkommen zur Folge. Darin zeigt sich der im Vergleich zu allen anderen bilateralen Abkommen – ausser dem Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit⁶ – dynamische, statt wie sonst üblich statische Charakter dieser beiden Abkommen. Allerdings ist nicht immer ohne Weiteres deutlich, ob ein Akt als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes einzustufen ist. Dies muss aufgrund seiner Modalitäten beurteilt werden.

[Rz 3] Auf der Ebene der Schengen-Agenturen erfolgte eine Beteiligung der Schweiz bereits früher mit Bezug auf die Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen (FRONTEX), welche gestützt auf die Verordnung 2007/2004/EG⁷ errichtet wurde. Auf die Motion von Nationalrat Geri Müller zum «Ausstieg der Schweiz aus der Agentur FRONTEX» antwortete der Schweizerische Bundesrat, die Teilnahme sei Pflicht und eine Kündigung der Zusammenarbeit mit FRONTEX «könnte letztlich zur Beendigung der Schengen-/Dublin-Assoziierungsabkommen führen».⁸ Bezüglich der neuen IT-Agentur war aber anfänglich politisch umstritten, ob sich die Schweiz überhaupt daran beteiligen könne. Die Frage stellt sich im Übrigen auch für die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen, die ebenfalls assoziierte Schengen-/Dublinländer sind, und zwar ebenfalls aufgrund bilateraler Abkommen (Schengen/Dublin gehört nicht zum Besitzstand des Europäischen Wirtschaftsraums).

¹ Botschaft zur Genehmigung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen (Weiterentwicklung des Schengen- und des Dublin/Eurodac-Besitzstands), siehe <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-05-23/bot-d.pdf>.

² Verordnung 1077/2011/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 2011 L 286/1. Siehe hierzu auch http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/jl0042_de.htm.

³ Vgl. TALLINN CITY ENTERPRISE BOARD, Tallinn. Facts & Figures 2011, S. 35, im Teil über «Development of information and communications technology in Estonia».

⁴ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen

Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, für die Schweiz SR 0.362.31, für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABl. 2008 L 53/52.

⁵ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, für die Schweiz SR 0.142.392.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2008 L 53/5.

⁶ Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, für die Schweiz SR 0.631.242.05, für die EG (heute die EU) ABl. 2009 L 199/24.

⁷ Verordnung 2007/2004/EG des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2004 L 349/1.

⁸ 11.3033 – Motion von Nationalrat Geri Müller vom 2. März 2011 «Ausstieg der Schweiz aus der Agentur FRONTEX», http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113033.

[Rz 4] Für Drittländer wie die Schweiz ist neben den zu leistenden Finanzbeiträgen besonders wichtig, welche Mitsprache- und allenfalls Stimmrechte sie im Rahmen der Teilnahme an EU-Agenturen aushandeln können. Mit diesem Thema befasst sich der vorliegende Beitrag. Zuerst werden einige allgemeine Ausführungen über EU-Agenturen und über die Beteiligung von Drittstaaten an solchen Agenturen gemacht.⁹ Über die EU-Agenturen gibt es zahlreiches Material, aber die Beteiligung von Drittstaaten und ihre Rechtsstellung wird darin kaum thematisiert. So erwähnt der für die Europäische Kommission erstellte Evaluationsbericht über die sog. Regulierungsagenturen¹⁰ von 2009 nur ganz knapp, dass die EU-Agentur FRONTEX mit Drittländern zusammenarbeitet.¹¹ Anders in der Schweiz: Hier veröffentlichte der Schweizerische Bundesrat im Jahr 2010 einen ausführlichen Bericht über die EU-Agenturen und ihre Bedeutung für die Schweiz.¹² Darin kommt aber die neue IT-Agentur naturgemäss noch nicht vor. Um die Beteiligung der Schweiz an dieser neuen Agentur rechtlich einordnen zu können, werden im Folgenden vorab das Phänomen «EU-Agentur»¹³ und sein Platz im System des EU-Rechts in den Grundzügen dargestellt, bevor sich der Beitrag der Beteiligung von Drittstaaten an EU-Agenturen, konkret der Schweiz und insbesondere der IT-Agentur, zuwendet.

II. EU-Agenturen als Teil des Verwaltungssystems der EU

[Rz 5] Die EU-Agenturen sind Teil des grösseren Organisations- und Verwaltungssystems der Europäischen Union, das sich aus verschiedenen Perspektiven betrachten lässt. Im Folgenden sollen die Agenturen erstens aus der Sichtweise der Vertragstexte, zweitens aus Sicht der Verwaltungstheorie und drittens aus der Integrationsperspektive kommentiert werden. In allen drei Ansätzen ist die Unterscheidung zwischen EU-Agenturen und EU-Organen zentral.

⁹ Anders als beim früher im Jusletter erschienen Beitrag von PERCIN liegt vorliegend der Fokus auf der Beteiligung von Drittstaaten an solchen Agenturen. PERCIN widmete sich vor dem Hintergrund der zu jener Zeit noch bestehenden Dreisäulenstruktur der EU der Frage der Rechtmässigkeit der Grundrechteagentur; MÜJAN PERCIN, Die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, in: Jusletter 21. Mai 2007.

¹⁰ Zu diesem Begriff unten, Rz. 10 ff.

¹¹ EUREVAL/RAMBØLL-MANAGEMENT (for the European Commission), Meta-study on decentralised agencies: cross-cutting analysis of evaluation findings. Final Report 2009, http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/evaluation/docs/study_decentralised_agencies_en.pdf, S. 41.

¹² Bericht des Bundesrates zum Verhältnis der Schweiz zu den europäischen Agenturen (in Erfüllung des Postulates David [08.3141]), September 2010, elektronisch veröffentlicht <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/20546.pdf>.

¹³ Besonders empfehlenswert als allgemeine Einführung ist das 6. Kapitel «Agencies» in Paul Craig, EU Administrative Law, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2012, S. 140 ff.

[Rz 6] Laut dem *Text der Verträge* (EU-Vertrag, EUV; Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) in der Version nach der Revision von Lissabon ist zu unterscheiden zwischen Organen einerseits und Einrichtungen und sonstigen Stellen andererseits (vor der Revision fehlte die Nennung der Einrichtungen und sonstigen Stellen). Zu den Organen gehören nach Art. 13 EUV der Europäische Rat, das Parlament, der Ministerrat und die Kommission als politische Organe, der Europäische Gerichtshof (EuGH) als gerichtliches Organ sowie die Europäische Zentralbank und der Rechnungshof als Finanzorgane. Die Einrichtungen und sonstigen Stellen werden in verschiedenen Vertragsbestimmungen erwähnt, so z.B. in Art. 15 AEUV, vor allem aber in Art. 298 AEUV über die europäische Verwaltung. Dort heisst es in Abs. 1: «Zur Ausübung ihrer Aufgaben stützten sich die Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung». In der Kommentarliteratur werden die EU-Agenturen schwerpunktmässig im Zusammenhang mit dieser Bestimmung besprochen.¹⁴ Dass die «Einrichtungen und sonstige Stellen» die Agenturen miteinschliessen, ergibt sich im Übrigen auf der rein sprachlichen Ebene aus der englischen Textversion der Verträge, wo an der Stelle der «Einrichtungen und sonstigen Stellen» von «*bodies, offices and agencies*» die Rede ist.

[Rz 7] In der *Verwaltungstheorie* bietet sich vor allem das Kern-Schalen-Modell nach Schmidt-Assmann¹⁵ zur Lokalisierung der EU-Agenturen an. Danach gehören die Agenturen zusammen mit den Ämtern, Ausschüssen und den in die europäische Verwaltungsstruktur eingegliederten privaten Organisationen zu den äusseren Schichten des Verwaltungssystems der EU. Den Kern bilden die EU-Kommission und die nationalen Verwaltungen der EU-Mitgliedstaaten. Die EU-Agenturen sind Teil des europäischen Verwaltungsverbunds, der sich durch die Verflechtung von verschiedenen Ebenen der europäischen Verwaltung kennzeichnet.¹⁶ Diese Verflechtung ist im Falle der Agenturen in besonderer Weise sichtbar, werden doch die Entscheidungen dieser EU-Einrichtungen oft von nationalen Sachverständigen getroffen

¹⁴ Siehe dazu nur ARMIN HATJE, ad Art. 298 AEUV, in: JÜRGEN SCHWARZE (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos u.a. 2012, Rz. 9 ff.

¹⁵ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, «Strukturen Europäischer Verwaltung und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts», in: ALEXANDER BLANKENAGEL/INGOLF PERNICE/HELMUTH SCHULZE-FIELTIZ in Verb. m. MARKUS KOTZUR u.a. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle, Tübingen: Mohr Siebeck: 2004, 395-415, S. 395 f.; ebenso JÜRGEN SCHWARZE, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. erweiterte Auflage, Neudruck mit einer ausführlichen Analyse der jüngeren Rechtsprechung, Baden-Baden: Nomos 2005, S. CII.

¹⁶ Dazu etwa WOLFGANG WEISS, Der Europäische Verwaltungsverbund. Grundlagen, Kennzeichen, Herausforderungen, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

(z.B. in den Verwaltungsräten, wo sie schwergewichtig vertreten sind).¹⁷

[Rz 8] In der *Integrations- und Theorie* werden die EU-Agenturen heute als Teil eines entstehenden «*Single European Regulatory Space*» auf der Ebene der Europäischen Union verstanden, der sich neben der inhaltlichen Integration (z.B. im Bereich des Binnenmarktes oder des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts) entwickelt. Laut LEVY-FAUR¹⁸ setzt sich der «*Single European Regulatory Space*» aus «standing committees, committees of wise men, working groups, programmes, task forces, ad hoc high-level expert groups, forums, agencies, networks, and Directorates-General» zusammen. Sie alle sind in einem Rahmen einer «*multi-level and multi-spatial architecture*» tätig. Im Zentrum dieses Verwaltungsraums steht die Europäische Kommission.

III. Definition und Arten von EU-Agenturen

[Rz 9] Die heute gut 40 EU-Agenturen¹⁹ sind nach einer popularisierenden Definition der Europäischen Kommission «keine EU-Organen, sondern durch einen EU-Rechtsakt für besondere Aufgaben geschaffene Stellen. In den offiziellen Namen dieser EU-Agenturen kommt nicht unbedingt das Wort «Agentur» vor, sondern auch Bezeichnungen wie Zentrum, Stiftung, Institut, Beobachtungsstelle oder Amt.»²⁰ Es handelt sich um Verwaltungseinrichtungen mit Rechtspersönlichkeit und gewisser organisatorischer und finanzieller Autonomie zur Durchführung bestimmter, in der jeweiligen Gründungsakte präzisierter Aufgaben.

[Rz 10] Die EU-Agenturen sind äusserst vielfältig. Die Europäische Kommission unterscheidet gestützt auf die Art ihrer Tätigkeit zwei grobe Hauptkategorien, nämlich die Exekutivagenturen und die Regulierungsagenturen.²¹ Damit können allerdings nicht alle Agenturen erfasst werden. Die

wissenschaftliche Literatur schlägt deshalb auch andere oder zusätzliche Kategorien vor,²² und es ist von einer «ausgesprochenen Heterogenität» des Agenturwesens die Rede.²³

[Rz 11] Die *Exekutivagenturen* nehmen Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen der EU wahr. Seit dem Jahr 2003 gibt es für diese kleine Kategorie (es handelt sich zurzeit um die bescheidene Anzahl von sechs Agenturen) eine Rahmenregelung in der Form der Verordnung 58/2003/EG.²⁴ Art. 1 dieser Verordnung spricht von «Exekutivagenturen, die die Kommission unter ihrer Kontrolle und Verantwortung mit bestimmten Aufgaben zur Verwaltung der Gemeinschaftsprogramme beauftragen kann». Die sog. Finanzverordnung der EU (Verordnung 1605/2002/EG)²⁵ definiert Exekutivagenturen in Art. 55 als «von der Kommission geschaffene juristische Personen des Gemeinschaftsrechts [heute: Unionsrecht], die beauftragt werden können, für Rechnung und unter Aufsicht der Kommission ein gemeinschaftliches Programm oder Vorhaben ganz oder teilweise durchzuführen, und zwar gemäss der Verordnung des Rates mit dem Statut der Exekutivagenturen, die mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung der Gemeinschaftsprogramme beauftragt werden, das die Bedingungen und Modalitäten ihrer Einrichtung und ihrer Funktionsweise regelt». Die Exekutivagenturen sind entweder in Brüssel oder in Luxemburg angesiedelt.

[Rz 12] Die *Regulierungsagenturen* werden zur Bewältigung von anderen Aufgaben rechtlicher, technischer und/oder wissenschaftlicher Art eingesetzt. Im Unterschied zu den EU-Organen und den Exekutivagenturen sind die Regulierungsagenturen nicht auf die politischen Zentren der Europäischen Union konzentriert, sondern dezentralisiert in verschiedenen Mitgliedstaaten angesiedelt. Zurzeit handelt es sich um 18 Mitgliedstaaten; mit der neuen IT-Agentur wird die Zahl auf 19 Staaten ansteigen.²⁶

[Rz 13] Auf der Website der EU über die Agenturen wird

¹⁷ Dazu unten, Rz. 29 ff.

¹⁸ DAVID LEVI-FAUR, «Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space», *Journal of European Public Policy* 2011, 810–829, S. 810.

¹⁹ Für eine Liste siehe http://europa.eu/agencies/index_de.htm.

²⁰ EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Wie funktioniert die Europäische Union? Ihr Wegweiser zu den Organen und Einrichtungen der EU*, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007, S. 43. Grundsätzlich zu den EU-Agenturen bereits z.B. RICHARD LAUWAARS, «Auxiliary Organs and Agencies in the EEC», *Common Market Law Review* 1979, 368–387; DOROTHEE FISCHER-APPELT, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin: Duncker & Humboldt 1999, sowie EDOARDO CHITI, *Le agenzie europee. Unita e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Unita e decentramento nelle amministrazioni comunitarie, Padova 2002.

²¹ Siehe z.B. Mitteilung der Kommission vom 11. Dezember 2002 «Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen», KOM(2002) 718 endg., S. 2 ff., sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 11. März 2008: *Europäische Agenturen – Mögliche Perspektiven*, KOM(2008) 135 endg., S. 2 f.

²² Z.B. DAMIEN GERADIN, «The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience», in: DAMIEN GERADIN/RODOLPHE MUÑOZ/NICOLAS PETIT (Hrsg.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2005, S. 215–245, S. 228; STEFAN GRILLER/ANDREAS ORATOR, «Everything under control? The «way forward» for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine», *European Law Review* 2010, 3–35, S. 6 ff., sowie CRAIG (Fn. 13), S. 148 ff.

²³ Z.B. EUREVAL/RAMBOLL-MANAGEMENT (Fn. 11), S. 20; Bericht des Bundesrates (Fn. 12), S. 41.

²⁴ Verordnung 58/2003/EG des Rates vom 19. Dezember 2002 zur Festlegung des Statuts der Exekutivagenturen, die mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen beauftragt werden, ABl. 2003 L 11/1.

²⁵ Verordnung 1605/2002/EG, Euratom des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. 2002 L 248/1.

²⁶ Vgl. hierzu die Informationen auf der Website der EU unter dem Titel «EU-Agenturen in Ihrem Land», http://europa.eu/agencies/inyourcountry/index_de.htm.

neuerdings (Stand Ende August 2012)²⁷ zwischen den Exekutivagenturen der EU, den dezentralen Agenturen der EU und den Agenturen der Euratom unterschieden. Letztere sind wie die dezentralen Agenturen der EU grundsätzlich Regulierungsagenturen.

IV. Die Entwicklung des Agenturwesens in der EU

[Rz 14] Anders als die Organe der EU, welche ausdrücklich in den Verträgen genannt sind, sind die meisten Agenturen als «vertragsfremde Einrichtungen» entstanden, d.h. ohne in den Verträgen der (damaligen) Europäischen Gemeinschaften und später der Europäischen Union erwähnt zu sein.²⁸ Hiervon bestehen allerdings gewisse Ausnahmen.²⁹

[Rz 15] Die älteste im Primärrecht ausdrücklich erwähnte Agentur ist die *European Supply Agency* (ESA)³⁰ der Europäischen Gemeinschaft für Atomenergie. Der Euratom-Vertrag sah von Anfang an die Schaffung einer Agentur vor, «die über ein Bezugsrecht für Erze, Ausgangsstoffe und besondere spaltbare Stoffe, die im Gebiet der Mitgliedstaaten erzeugt werden, sowie über das ausschliessliche Recht verfügt, Verträge über die Lieferung von Erzen, Ausgangsstoffen oder besonderen spaltbaren Stoffen aus Ländern innerhalb oder ausserhalb der Gemeinschaft abzuschliessen» (Art. 52 Abs. 2 lit. d Euratom). Gestützt darauf entstand die ESA, welche seit dem Juni 1960 tätig ist. Ihre Satzung wurde in einer Entscheidung des Ministerrates festgelegt.³¹ Die ESA ist aus heutiger Sicht aber nicht nur wegen ihrer primärrechtlichen Grundlage untypisch. Seit dem Vertrag von Lissabon gehört Euratom streng betrachtet nicht mehr zur EU, sondern hat im Vergleich zu vorher eine eigenständigere rechtliche Stellung inne.³²

[Rz 16] Im heutigen Primärrecht der EU (EUV, AEUV) werden drei Regulierungsagenturen erwähnt, nämlich die Agentur für die Bereiche Entwicklung der Verteidigungsfähigkeiten, Forschung, Beschaffung und Rüstung (EVA; Art. 42 Abs. 3 EUV), die Europäische Einheit für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust; Art. 85 AEUV) und das Europäische Polizeiamt (Europol; Art. 88 AEUV). Die EVA wurde vor der Revision von Lissabon im Rahmen der durch die Revision von Maastricht geschaffenen, damaligen zweiten Säule der EU über die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik (damals Art. 11-28 EU) errichtet.³³ Eurojust entstand im Rahmen der damaligen dritten Säule der EU über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (damals Art. 29-42 EU).³⁴ Europol ist insofern ein Sonderfall, als diese Agentur durch ein ausserhalb des EU-Rechts geschlossenes Übereinkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten entstand,³⁵ das aber später durch einen im Rahmen der dritten Säule der EU gefassten Ratsbeschluss³⁶ ersetzt wurde.³⁷

[Rz 17] Alle anderen heute bestehenden Agenturen sind im Primärrecht nicht erwähnt. Sie entstanden ab der Mitte der 1970er Jahre einzig gestützt auf sekundärrechtliche Akte.³⁸ Am Anfang standen 1975 das Europäische Zentrum für die Förderung der Berufsbildung (Cedefop, von *Centre européen pour le développement de la formation professionnelle*) sowie die Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (EUROFOUND). 15 Jahre später folgten die Europäische Umweltagentur (EEA, von *European Environment Agency*) und die Europäische Stiftung für Berufsbildung (ETF, von *European Training Foundation*; die in der EU verwendeten Abkürzungen stammen i.d.R. von den englischen Namen der Agenturen).

[Rz 18] Erst danach erfolgte die «wunderbare»³⁹ bzw.

²⁷ http://europa.eu/agencies/index_de.htm.

²⁸ Siehe etwa ARNO KAHL, «Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre», in: KONRAD ARNOLD/FRIEDRIKE BUNDSCHUH-RIESENEDER/ARNO KAHL/THOMAS MÜLLER/KLAUS WALLNÖFER (Hrsg.), *Recht Politik Wirtschaft. Dynamische Perspektiven*. Festschrift für Norbert Wimmer, Wien: Springer 2008, 245-268, S. 247 f., mit weiteren Hinweisen.

²⁹ Dementsprechend unterscheidet die Literatur z.T. zwischen primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Agenturen; z.B. ARMIN HATJE, ad Art. 298 AEUV, in: JÜRGEN SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos u.a. 2012, Rz. 11 f.

³⁰ Nicht zu verwechseln mit 1) der *European Space Agency* (ESA), welche eine von der EU verschiedene internationale Organisation ist (siehe http://www.esa.int/SPECIALS/About_ESA/SEMFEYV1SD_0.html), und 2) mit der *EFTA Surveillance Authority* (ESA), also der Entsprechung zur Europäischen Kommission im EWR-Recht auf der Seite der EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen.

³¹ Ursprüngliche Version: EAG Rat: Satzung der Euratom-Versorgungsagentur, ABl. Nr. 27 vom 6. Dezember 1958 S. 534. Heute geltende Version: Beschluss 2008/114/EG, Euratom des Rates vom 12. Februar 2008 über die Satzung der Euratom-Versorgungsagentur, ABl. 2008 L 41/15.

³² Vgl. hierzu etwa CHRISTA TOBLER/JACQUES BEGLINGER, *Essential EU Law in Charts*, 2nd Lisbon edition, Budapest: HVG-Orac 2010, Chart 2/21.

³³ Gemeinsame Aktion 2004/551/GASP des Rates vom 12. Juli 2004 über die Einrichtung der Europäischen Verteidigungsagentur, ABl. 2004 L 245/17. Heute geltende Version: Beschluss 2011/411/GASP des Rates vom 12. Juli 2011 über die Rechtsstellung, den Sitz und die Funktionsweise der Europäischen Verteidigungsagentur und zur Aufhebung der Gemeinsamen Aktion 2004/551/GASP, ABl. 2011 L 183/16.

³⁴ Beschluss des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, AGI. 2002 L 63/1.

³⁵ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen), ABl. 1995 C 316/2. Siehe hierzu MADALINA BUSUIOC/DEIRDRE CURTIN/MARTIJN GROENLEER, «Agency growth between autonomy and accountability: the European Police Office as a living institution», *Journal of European Public Policy* 2011, 848-867, S. 849.

³⁶ Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol), ABl. 2009 L 121/37.

³⁷ Hierzu BUSUIOC/CURTIN/GROENLEER (Fn. 35), S. 849.

³⁸ Für Hinweise zu den einzelnen Gründungsakten siehe http://europa.eu/agencies/index_de.htm.

³⁹ R.H. VAN OIK/W.T. EIJSBOUTS, «De wonderbaarlijke vermenigvuldiging van Europese agentschappen», *Sociaal-economische wetgeving: tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2006, 102-111.

«explosionsartige» Vermehrung⁴⁰ der Agenturen.⁴¹ Zur Illustration einige Beispiele, vorerst aus den 1990er Jahren: die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (EMCDDA), die Europäische Arzneimittel-Agentur (EMA), das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (OHIM, deutsch HABM), das Gemeinschaftliche Sortenamt (CPVO), das Europäische Polizeiamt (Europol) und die Europäische Agentur für Wiederaufbau (EAR).

[Rz 19] Wichtige Beispiele seit 2000 sind: die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA), die Europäische Einheit für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust), die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA), das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC), die Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen (FRONTEX), die Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA), das Europäische Institut für Gleichstellungsfragen (EIGE), die Europäische Chemikalienagentur (ECHA), die Agentur der EU für Grundrechte (FRA) sowie neuestens die Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (IT-Agentur), die – wie erwähnt – noch nicht operationell ist. Ebenfalls in diesem Zeitraum wurde eine weitere Euratom-Agentur errichtet, nämlich das Europäische gemeinsame Unternehmen für den ITER und die Entwicklung der Fusionsenergie sowie die Gewährung von Vergünstigungen dafür bzw. *Fusion for Energy* (kurz F4E; ITER ist die Abkürzung von *International Thermonuclear Experimental Reactor*).⁴² Schliesslich seien noch die drei im Jahr 2011 eingerichteten EU-Finanzaufsichtsbehörden erwähnt. Es handelt sich um die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA), die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) sowie die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA).⁴³

[Rz 20] Nicht nur in der wissenschaftlichen Literatur,⁴⁴ sondern auch in der internationalen Presse wird diese Entwicklung z.T. kritisch kommentiert. So schrieb der Economist im Jahr 2001:⁴⁵

«Once upon a time, the European Union lived essentially in Brussels. Oh, and Luxembourg. And, of course, Strasbourg, home of its Parliament and *pâté de foie gras*. But now, labouring under the banners of often impenetrable acronyms, and at one remove from the European Commission (which enables commissioners to make virtuous claims about their small staffs) the Eurocrats are everywhere. The acronyms signify a host of agencies [...].»

[Rz 21] Kritische und z.T. besorgte Stimmen kommen auch von ausserhalb der EU. In seinem Bericht über die EU-Agenturen⁴⁶ beklagt der Schweizerische Bundesrat gewisse «für die Schweiz ungünstige Entwicklungen», insbesondere die in bestimmten Bereichen zu beobachtende Übertragung von Zuständigkeiten internationaler Organisationen oder Zusammenschlüssen von Behörden auf die EU und ihre Agenturen (z.B. von den *Joint Aviation Authorities* auf die EU-Agentur für Flugsicherheit). Während die Schweiz in den ersteren ein gleichberechtigtes Mitglied war, wurde sie durch die Übertragung von den Aufgaben der jeweiligen Organisationen ausgeschlossen und musste ihren Status neu verhandeln. Zum anderen führte die vermehrte Integration von internationalen Netzwerken in die EU und ihre Agenturen dazu, dass die informelle oder ad hoc-Teilnahme der Schweiz, und damit auch ihre Einflussnahme auf künftige Regelungen, seitens der EU vermehrt überprüft und in Frage gestellt und Schweizer Experten und Expertinnen ausgeschlossen worden sind (z.B. im Falle des Europäischen Zentrums für Prävention und Kontrolle von Krankheiten).

[Rz 22] In den letzten Jahren konnte die Schweiz aber im Weg des bilateralen Rechts und mit Bezug auf eine begrenzte Anzahl von EU-Agenturen einen formellen Status erlangen (allerdings nicht im soeben erwähnten Beispiel des Europäischen Zentrums für Prävention und Kontrolle von Krankheiten). Darauf wird weiter unten näher eingegangen (Rz. 56 ff.).

V. Gründung von EU-Agenturen durch Sekundärrecht

[Rz 23] Bei den sekundärrechtlichen Gründungsakten der EU-Agenturen handelt es sich in der Regel um Verordnungen, z.T. aber – wie bereits erwähnt⁴⁷ – auch um andere Akte wie eine Gemeinsame Aktion des Rates im Rahmen der früheren zweiten Säule der EU (Europäische Verteidigungsagentur) oder einen Ratsbeschluss im Rahmen der früheren zweiten Säule der EU (Eurojust) und vereinzelt sogar um ein ausserhalb des EU-Rechtssystems geschlossenes Übereinkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten (Europol).

[Rz 24] Das Verfahren zum Erlass der verschiedenen

vom 4. August 2001, S. 27.

⁴⁶ Bericht des Bundesrates (Fn. 12), S. 108.

⁴⁷ Siehe oben, Rz. 16.

⁴⁰ B.J. DRIJBER, «1 Meroni/Hoge Autoriteit», in: T.W.B. Beukers/H.J. van Harten/S. Prechal (Hrsg.), *Het recht van Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, 9-14, S. 12.

⁴¹ Siehe z.B. MICHAELA WITTINGER, ««Europäische Satelliten»: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht», *Europarecht* 2008, 609-626.

⁴² Entscheidung 2007/198/Euratom des Rates vom 27. März 2007 über die Errichtung des europäischen gemeinsamen Unternehmens für den ITER und die Entwicklung der Fusionsenergie sowie die Gewährung von Vergünstigungen dafür, ABl. 2007 L 90/58.

⁴³ Hierzu BOZENA HAGEN, *Zur Reform der europäischen Versicherungsaufsichtsstruktur und ihrer Bedeutung für die Schweiz*, in: Jusletter vom 7. März 2011.

⁴⁴ Z.B. WITTINGER (Fn. 41).

⁴⁵ «Wider and wider still. The EU family spreads its wings», *The Economist*

Gründungsakte ist je nach ihrer Rechtsgrundlage verschieden. Die Exekutivagenturen werden nach Art. 3 der Verordnung 58/2203/EG in einheitlicher Weise direkt von der Europäischen Kommission eingesetzt. Im Gegensatz dazu haben die Regulierungsagenturen unterschiedliche Rechtsgrundlagen, welche auch unterschiedliche Verfahren (z.B. ordentliches Gesetzgebungsverfahren, Konsultationsverfahren) vorsehen.⁴⁸

[Rz 25] Im Falle der Verordnung 1077/2011/EU zur IT-Agentur, welche gestützt auf diverse Rechtsgrundlagenbestimmungen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erlassen wurde, gelangte das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (auch: Mitentscheidungsverfahren) nach Art. 251 AEUV zur Anwendung. Dieses sieht das grundsätzlich gleichberechtigte Zusammenwirken des Europäischen Parlaments mit dem Ministerrat vor. Die Annahme der Verordnung durch den Rat erfordert eine qualifizierte Mehrheit.

[Rz 26] Je nach Verfahren sind die Rolle der Organe (insbesondere des Europäischen Parlaments) und die Stimmoda- litäten im Ministerrat (Einstimmigkeit oder qualifizierte Mehrheit) verschieden. Aus diesem Grund kann die Frage der Rechtsgrundlage für die Errichtung einer Agentur umstritten sein. So wehrte sich im Falle der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) das Vereinigte Königreich dagegen, dass die Gründungsverordnung⁴⁹ gestützt auf den damaligen Art. 95 EG (heute: Art. 114 AEUV) er- gangen war (Rechtssache *ENISA*).⁵⁰ Diese Bestimmung ermöglicht dem Europäischen Parlament und dem Ministerrat den Erlass von «Massnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben», mit qualifizierter Mehrheitsentscheidung im Ministerrat. Dort konnte sich das Vereinigte Königreich mit seiner ablehnenden Haltung nicht durchsetzen. Es focht daher den Erlass der Gründungsverordnung an und machte geltend, die Errichtung einer Agentur diene nicht der Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Der Gerichtshof erachtete jedoch die Errichtung

einer gemeinschaftlichen Einrichtung (und somit auch einer Agentur) gestützt auf Art. 95 EG als zulässig, sofern die der Einrichtung übertragenen Aufgaben in engem Zusammen- hang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen (*ENISA*, Erw. 44 und 45). Im Fall von *ENISA* hielt der Gerichtshof dies für erfüllt.

[Rz 27] Ein Recht auf Teilnahme am Gesetzgebungsverfah- ren zur Errichtung einer neuen EU-Agentur steht im Übrigen nur denjenigen Mitgliedstaaten zu, welche am einschlägigen Politikbereich auch wirklich beteiligt sind. Das ist im heutigen Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten nicht überall der Fall. So musste das Vereinigte Königreich zur Kenntnis nehmen, dass sein Ausschluss vom Verfahren zur Errichtung von FRONTEX rechtens war, weil es am EU-Schengenrecht nicht voll partizipiert.⁵¹

[Rz 28] Umgekehrt ist es möglich, dass am Gesetzgebungs- verfahren zum Erlass des Gründungsaktes zur Errichtung einer Agentur auch Drittstaaten beteiligt sind. Darauf wird später eingegangen (siehe Rz. 54 ff.).

VI. Organisationsstruktur der Agenturen

[Rz 29] Für die Exekutivagenturen legt die Verordnung 58/2003/EG die Organisationsstruktur fest. Nach Art. 7 wird diese Art von Agenturen von einem Lenkungsausschuss und einem Direktor bzw. einer Direktorin geleitet. Ersterer be- steht aus fünf Mitgliedern, die von der Kommission ernannt werden.

[Rz 30] Im Falle der Regulierungsagenturen wird die Struktur durch die Gründungsakte festgelegt. Sie kann unterschied- lich ausgestaltet sein, doch bestehen in der Regel gemeinsa- me Aspekte. So wird die praktische Arbeit der Agenturen von ihrem Personal unter der Leitung eines Direktors oder einer Direktorin erbracht,⁵² welche/r von einem Verwaltungsrat be- aufsichtigt wird. In letzterem sind insbesondere die Mitglied- staaten und die Kommission, teilweise auch das Europäische Parlament vertreten.⁵³ Manchmal besteht ein wissenschaftli- cher Beirat.

⁴⁸ Für eine detaillierte Beschreibung der Errichtung einer Agentur aus neuerer Zeit und den Einfluss der Organe in diesem Zusammenhang siehe MARIA MARTENS, «Executive power in the making: the establishment of the European Chemicals Agency», in: MADALINA BUSUIOC/MARTIJN GROENLEER/JARLE TRONDAL (Hrsg.), *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalisation and every day decision-making*, Manchester/ New York: Manchester University Press 2012, 42-62.

⁴⁹ Verordnung 460/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2004 zur Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit, ABl. 2004 L 77/1.

⁵⁰ Rs. C-217/04 *Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland gegen Europäisches Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-3771. Hierzu etwa CHRISTOPH OHLER, «Rechtmässige Errichtung der Gemeinschaftsagentur ENISA», in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, S. 369-374 und VINCENZO RANDAZZO, «Case C-217/04, *United Kingdom v. European Parliament and Council of the European Union*, judgment of the Grand Chamber of 2 May 2006, nyr», *Common Market Law Review* 2007, 155-169.

⁵¹ Rs. C-77/05 *Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland gegen Rat*, Slg. 2007, I-11459. Hierzu etwa J.J. RIJPMAN, «Case C-77/05 *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council of the European Union*, judgment of the Grand Chamber of 18 December 2007, nyr», *Common Market Law Review* 2008, 835-852.

⁵² Zur praktischen Funktionsweise siehe MADALINA BUSUIOC/MARTIJN GROENLEER, «Wielders of supranational power? The administrative behaviour of the heads of European Union Agencies», in: MADALINA BUSUIOC/MARTIJN GROENLEER/JARLE TRONDAL (Hrsg.), *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalisation and every day decision-making*, Manchester/New York: Manchester University Press 2012, 128-151.

⁵³ Siehe für eine hilfreiche Übersicht zur Zusammenstellung DARIO BARBIERI/ EDOARDO ONGARO, «EU Agencies: what is common and what is distinctive compared with national-level public agencies», *International Review of Administrative Science* 2008, 395-420, S. 408 ff.

[Rz 31] Die hier besonders interessierende IT-Agentur (die zu den Regulierungsagenturen gehört) ist nach Art. 11 Abs. 1 der Verordnung 1077/2011/EU wie folgt aufgebaut: «Die Leitungs- und Verwaltungsstruktur der Agentur besteht aus a) einem Verwaltungsrat, b) einem Exekutivdirektor, c) Beratergruppen». Nach Abs. 2 umfasst die Struktur der Agentur ausserdem «a) einen Datenschutzbeauftragten, b) einen Sicherheitsbeauftragten, c) einen Rechnungsführer.»

[Rz 32] Für Drittstaaten besteht die Möglichkeit einer Beteiligung im Rahmen der Struktur der Agentur nur im Falle von ausgewählten Regulierungsagenturen. Auch darauf wird später eingegangen (unten 63 ff.).

VII. Begrenzter Tätigkeitsbereich der EU-Agenturen

[Rz 33] Die EU-Agenturen üben vielfältige Aufgaben aus, die je nachdem rechtlicher, technischer und/oder wissenschaftlicher Art sein können.

[Rz 34] Zu den *wissenschaftlichen Aufgaben* gehören z.B. das Sammeln von Informationen und die Abgabe wissenschaftlicher Stellungnahmen. Ein illustratives Beispiel für letzteres ist der Fall des oberösterreichischen GVO-Verbots. Die von der Europäischen Gemeinschaft im Jahr 2001 erlassene Richtlinie 2001/18/EG⁵⁴ erlaubt die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen (GVO) im Rahmen eines Anmelde- und Genehmigungssystems. Darauf beschloss Oberösterreich ungeachtet der Richtlinie für sein Gebiet neu ein gänzlich Verbot der Freisetzung einzuführen. Da die Richtlinie gestützt auf Art. 95 EG (heute Art. 114 AEUV) erlassen worden war, war dies im Interesse des Umweltschutzes und gestützt auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse aufgrund eines spezifischen Problems des Mitgliedstaats grundsätzlich möglich (Art. 114 Abs. 5 AEUV). Die abweichende Regelung musste aber von der Kommission bewilligt werden. Österreich stellte daher bei der Kommission einen entsprechenden Antrag und legte zu seiner Stützung den sog. Müller-Bericht vor. Die Kommission holte darauf ihrerseits eine Stellungnahme der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) über die Beweiskraft der von Österreich angeführten wissenschaftlichen Unterlagen ein. Die EFSA verneinte das Bestehen von wissenschaftlichen Erkenntnissen, die das Vorliegen eines spezifischen Problems belegten. Gestützt darauf lehnte die Kommission den Antrag Österreichs ab. Die gegen diese Entscheidung beim EU-Gericht (damals: Gericht erster Instanz) am EuGH in Luxemburg eingereichte Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV wurde wegen Nichterfüllens der Bedingungen nach

Art. 114 Abs. 5 AEUV abgelehnt,⁵⁵ ebenso wie das hiergegen beim Gerichtshof (obere Instanz des EuGH) eingelegte Rechtsmittel.⁵⁶

[Rz 35] Eine *Aufgabe rechtlicher Art* ist z.B. die Entscheidung des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) über die Eintragung einer neuen Gemeinschaftsmarke. Der Fall des Goldhasen von Lindt & Sprüngli bietet ein illustratives Beispiel, das zudem einen Bezug zur Schweiz hat.⁵⁷ Das Unternehmen Lindt & Sprüngli meldete beim HABM am 18. Mai 2004 eine Gemeinschaftsmarke für seinen berühmten Goldhasen an (dreidimensionales Zeichen in den Farben Gold, Rot und Braun). Die Prüferin des Amtes wies den Antrag wegen fehlender Unterscheidungskraft ab. Nachdem dies von der vierten Beschwerdekammer des HABM gestützt worden war, gelangte Lindt & Sprüngli mit einer Nichtigkeitsklage an das EU-Gericht. Dieses wies die Nichtigkeitsklage ab.⁵⁸ Das beim Gerichtshof eingelegte Rechtsmittel wurde ebenfalls abgewiesen.⁵⁹

[Rz 36] Für die *technischen Aufgaben* ist die neue IT-Agentur mit ihrer Aufgabe des Betriebsmanagements der im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eingesetzten IT-Grosssystemen ein gutes Beispiel. Nach Art. 2 der Verordnung 1077/2011/EU soll die Agentur im Einzelnen für Folgendes besorgt sein: a) den wirksamen, sicheren und kontinuierlichen Betrieb von IT-Grosssystemen, b) die effiziente und in finanzieller Hinsicht rechenschaftspflichtige Verwaltung von IT-Grosssystemen, c) eine angemessen hohe Dienstqualität für die Nutzer von IT-Grosssystemen, d) die Kontinuität und ununterbrochene Verfügbarkeit der Dienste, e) ein hohes Datenschutzniveau im Einklang mit den geltenden Vorschriften einschliesslich der spezifischen Bestimmungen für jedes IT-Grosssystem, f) ein angemessenes Niveau an Datensicherheit und physischer Sicherheit im Einklang mit den geltenden Vorschriften, einschliesslich der spezifischen Bestimmungen für jedes IT-Grosssystem, und schliesslich g) die Verwendung einer angemessenen Projektmanagementstruktur für die effiziente Entwicklung von IT-Grosssystemen.

[Rz 37] Aus rechtlicher Sicht sind den Befugnissen der

⁵⁴ Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates, ABl. 2001 L 106/1.

⁵⁵ Verb. Rs. T-366/03 und T-235/04 *Land Oberösterreich und Republik Österreich/Kommission*, Slg. 2005, II-4005.

⁵⁶ Verb. Rs. C-439/05 P und C-454/05 P *Land Oberösterreich und Republik Österreich gegen Kommission*, Slg. 2007, I-7141.

⁵⁷ Der Fall ist nicht zu verwechseln mit dem Kampf des Unternehmens gegen das österreichische Unternehmen Hauswirth zur Verteidigung der österreichischen (nationalen) Marke von Lindt & Sprüngli; Rs. C-529/07 *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG gegen Franz Hauswirth GmbH*, Slg. 2009, I-4893.

⁵⁸ Rs. T-336/08 *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli gegen HABM*, Urteil vom 17. Dezember 2010, noch nicht in der Sammlung der Entscheide veröffentlicht.

⁵⁹ Rs. C-98/11 P *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG gegen HABM*, Urteil vom 24. Mai 2012, noch nicht in der Sammlung der Entscheide veröffentlicht.

EU-Agenturen wichtige Grenzen gesetzt. Ausgangspunkt ist dabei die Tatsache, dass es sich bei der Tätigkeit der Agenturen grundsätzlich um delegierte Befugnisse von Organen der EU handelt. So wird z.B. durch die Verordnung 1077/2011/EU die Zuständigkeit für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts von der Europäischen Kommission auf die IT-Agentur übertragen.

[Rz 38] Der Rechtsprechung des EuGH ist zu entnehmen, dass die EU-Organe nicht alle ihrer Befugnisse auf Agenturen übertragen können. Allerdings sind die Grenzen der Auslagerung nicht gänzlich klar. Deutlich ist, dass die Organe keine Gesetzgebungsaufgaben übertragen können. Dies ergibt sich aus der EuGH-Entscheidung *Romano*,⁶⁰ wo es um eine vom Rat eingesetzte Verwaltungskommission ging. Generalanwalt Warner führte in seinen Schlussanträgen aus, dass zwar der damals einschlägige Art. 155 EWG-Vertrag den Rat ermächtigte, der Kommission Rechtsetzungsbefugnisse zu übertragen, dass aber der Vertrag keine Bestimmung zur Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an eine Stelle wie die Verwaltungskommission enthielt (Schlussanträge des Generalanwalts, S. 1264). Der Gerichtshof entschied in gleichem Sinne. Diese Rechtsprechung ist auch heute, wo sich nach der Revision von Lissabon die Art. 290 und 291 AEUV zur Übertragung von Befugnissen äussern, gültig.

[Rz 39] Mit Bezug auf die Delegation anderer Kompetenzen ist die Rechtslage weniger klar. Den Ausgangspunkt hierzu bilden die Leitentscheidungen des EuGH aus dem Jahr 1958 in den Rechtssachen *Meroni*.⁶¹ Das Unternehmen *Meroni* beklagte sich über die Auslagerung gewisser Aufgaben durch die Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle- und Stahl (also die spätere Kommission) an private Einrichtungen des belgischen Rechts. Der Europäische Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob diese Delegation mit dem EGKS-Vertrag im Einklang war.

[Rz 40] Der Gerichtshof hielt vorab in grundsätzlicher Weise fest, dass einer von den Organen verschiedenen Einrichtung keine weiterreichenden Befugnisse übertragen werden können, als sie dem übertragenden Organ nach dem Primärrecht selber zustehen (*Meroni I*, S. 40; *Meroni II*, S. 79). Dies entspricht dem bekannten römischrechtlichen Rechtsgrundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Weiter verwies der Gerichtshof auf «das den organisatorischen Aufbau der Gemeinschaft kennzeichnende Gleichgewicht der Gewalten» und führte aus, dass dieses «eine grundlegende Garantie darstellt, insbesondere zugunsten der

Unternehmen und Unternehmensverbänden, auf welche der Vertrag Anwendung findet. Die Übertragung von Befugnissen mit Ermessensspielraum auf andere Einrichtungen als solche, die im Vertrag zur Ausübung und Kontrolle dieser Befugnisse im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten vorgesehen sind, würde diese Garantie jedoch verletzen.» (*Meroni I*, S. 44; *Meroni II*, S. 82).

[Rz 41] Die letztere Aussage erfolgte vor dem Hintergrund einer Unterscheidung nach den Modalitäten der Delegation (*Meroni I*, S. 43; *Meroni II*, S. 81): Handelt es sich um die Übertragung von genau umgrenzten Durchführungsbefugnissen, so unterliegt deren Ausübung einer strengen Kontrolle im Hinblick auf die Beachtung objektiver Tatbestandsmerkmale, die von der übertragenden Behörde festgesetzt werden. Diese Art der Delegation ist nach dem Gerichtshof nicht geeignet, die Ausübung der übertragenen Befugnisse wesentlich zu beeinflussen (was impliziert, dass sie unproblematisch ist). Handelt es sich aber um Befugnisse, die nach freiem Ermessen auszuüben sind und die einen weiten Ermessensspielraum voraussetzen, so ermöglichen sie, je nach der Art ihrer Ausübung, die Verwirklichung einer ausgeprochenen Wirtschaftspolitik. Diese Art der Delegation bringt eine tatsächliche Verlagerung der Verantwortung mit sich, einschliesslich des freien Ermessens der Stelle, an welche Befugnisse delegiert werden (was problematisch ist). Mit Bezug auf den ihm vorliegenden konkreten Fall entschied der Gerichtshof, dass angesichts des rechtlichen Kontexts des EGKS-Vertrags auf jeden Fall nur die erste Variante zulässig gewesen wäre, deren Bedingungen aber nicht erfüllt waren (*Meroni II*, S. 82 ff.).

[Rz 42] Gestützt darauf entwickelte sich die sog. *Meroni*-Doktrin der EU-Organe, insbesondere von Kommission und Rat. Danach können Aufgaben, welche die Verträge den Organen übertragen und welche einen politischen Ermessensspielraum implizieren, nicht Gegenstand von Auslagerungen sein (so die Kommission in diversen Dokumenten⁶² sowie der Rat mit Bezug auf Exekutivagenturen in Art. 6 Abs. 1 der Verordnung 58/2003/EG). Stattdessen können Agenturen «lediglich Einzelentscheidungen in spezifischen Bereichen, die eine genau definierte technische Sachkenntnis erfordern, treffen und verfügen über keine wirkliche Ermessensbefugnis».⁶³ Die Kommission verwendet in diesem Zusammenhang manchmal den Begriff der Regulierungsbeschlüsse.⁶⁴

[Rz 43] In der wissenschaftlichen Literatur wird der Ausschluss jeglichen Ermessens z.T. als eine zu enge Auslegung von *Meroni* kritisiert (z.B. Drijber.⁶⁵ «krampfhaft-

⁶⁰ Rs. C-98/80 *Giuseppe Romano gegen Institut national d'assurance maladie-invalidité*, Sgl. 1981, S. 1241, Erw. 20.

⁶¹ Rs. C-9/56 *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Sgl. 1958 S. 11 (*Meroni I*), sowie Rs. 10/56 *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Sgl. 1958, S. 53 (*Meroni II*).

⁶² Mitteilung der Kommission vom 25. Juli 2001 «Europäisches Regieren – Ein Weissbuch», Abl. 2001 C-287/1, S. 31; Mitteilung der Kommission von 2002 (Fn. 21), S. 9, sowie Mitteilung der Kommission von 2008 (Fn. 21), S. 5.

⁶³ So die Mitteilung der Kommission von 2008 (Fn. 21), S. 5.

⁶⁴ Z.B. Mitteilung der Kommission von 2001 (Fn. 62), S. 30.

⁶⁵ DRIJBER (Fn. 40), S. 14.

te Anwendung».⁶⁶ Weiter wird die Frage gestellt, ob die Meroni-Doktrin nicht durch die Praxis von vor allem neueren EU-Agenturen allmählich ausgehöhlt worden ist. Dabei wird davon ausgegangen, dass letztlich auch Einzelentscheidungen die Ausübung eines gewissen Masses von Ermessen voraussetzen.⁶⁷ Andere Stimmen wiederum interpretieren *Meroni* im Sinne des Ausschlusses lediglich eines «weiten» Ermessens.⁶⁸

[Rz 44] Hierzu ist allerdings ergänzend zu bemerken, dass seit der Revision von Lissabon die Möglichkeit von Handlungen von Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkungen nach aussen im Primärrecht ausdrücklich anerkannt ist: Nach Art. 263 AEUV überwacht der Gerichtshof u.a. die «Rechtmässigkeit der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten». Klassische Beispiele von Agenturen mit solchen Handlungsmöglichkeiten sind das HABM (Eintragung von Gemeinschaftsmarken und von Geschmacksmustern) und die EASA (z.B. Zulassung von luftfahrttechnischen Erzeugnissen).⁶⁹ Besonders weitreichend sind die Kompetenzen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA), welche sogar Sanktionen auferlegen kann.⁷⁰

[Rz 45] Am Ende dieses Abschnittes soll vor diesem Hintergrund nochmals die neue IT-Agentur als konkretes Beispiel herangezogen werden. In der Verordnung 1077/2011/EU ist das ganze Kapitel II der Umschreibung der Aufgaben der Agentur gewidmet (Art. 3: Aufgaben im Zusammenhang mit dem SIS II, Art. 4: VIS, Art. 5: Eurodac, Art. 6: Aufgaben im Zusammenhang mit der Konzeption, Entwicklung und dem Betriebsmanagement anderer IT-Grosssysteme, Art. 7: Aufgaben im Zusammenhang mit der Kommunikationsinfrastruktur, Art. 8: Verfolgung von Entwicklungen in der Forschung,

Art. 9: Pilotprojekte). Dabei handelt es sich weitestgehend um operationale Aufgaben, in einzelnen Fällen aber auch um solche, welche unter den Begriff des Regulierungsbeschlusses fallen könnten.

[Rz 46] Ein Beispiel hierzu ist der Beschluss des Verwaltungsrates über die Durchführung eines Pilotprojektes. Art. 9 Abs. 1 der Verordnung 1077/2011/EU lautet wie folgt: «Die Agentur kann nur auf den ausdrücklichen Wunsch und nach genauen Vorgaben der Kommission und nur, nachdem diese das Europäische Parlament und den Rat mindestens drei Monate im Voraus unterrichtet und der Verwaltungsrat einen entsprechenden Beschluss gefasst hat, im Einklang mit Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe I Pilotprojekte gemäss Artikel 49 Absatz 6 Buchstabe a der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 für die Entwicklung oder das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen in Anwendung der Artikel 67 bis 89 AEUV durchführen. Die Agentur unterrichtet das Europäische Parlament, den Rat und soweit Fragen des Datenschutzes betroffen sind den Europäischen Datenschutzbeauftragten regelmässig über die Entwicklung der in Unterabsatz 1 genannten Pilotprojekte.» Bei der Verordnung 1605/2002 handelt es sich um die bereits erwähnte EU-Finanzverordnung.⁷¹ U.a. wegen der Finanzfolgen solcher Pilotprojekte für die EU dürften Beschlüsse des Verwaltungsrates der IT-Agentur zu ihrer Durchführung als Regulierungsbeschlüsse eingestuft werden.

VIII. Politische und rechtliche Kontrolle

[Rz 47] Die EU-Agenturen unterstehen verschiedenen Kontrollmechanismen, welche politischer, finanzieller oder rechtlicher Art sein können. Da es sich um bei den Agenturen um Einrichtungen der Europäischen Union handelt, erfolgt auch die Kontrolle im Rahmen der EU. An EU-Agenturen beteiligte Drittstaaten haben hier – wie die folgenden Ausführungen zeigen – nur sehr wenige Möglichkeiten.

[Rz 48] Die *politische* Kontrolle erfolgt in erster Linie durch das Organ, dessen Befugnisse übertragen werden (siehe z.B. für die Exekutivagenturen Art. 9 Abs. 7 der Verordnung 58/2003/EG). In wenigen (laut einzelnen Literaturstimmen zu wenigen)⁷² Fällen besteht eine Berichtspflicht an das Europäische Parlament (z.B. im Falle der EASA; siehe Art. 24 Abs. 2 b) der Verordnung 1592/2002/EG).⁷³ Unabhängig davon kann dieses durch parlamentarische Fragen an das zuständige Kommissionsmitglied einen gewissen Einfluss ausüben.⁷⁴

⁶⁶ Ähnlich JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «EU Regulatory Agencies: What Future do they have?» in: MIELLE BULTERMAN/LEIGH HANCHER/ALISON McDONNELL/HANNAH SEVENSTER (Hrsg.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: Wolters Kluwer, Law & Business 2009, 355-366, S. 362 f.*, mit besonderer Verweisung auf T. ZWART, «La poursuite du père fouettard Meroni: Pourquoi les agences pourraient dès lors jouer un rôle plus en vue au sein de l'Union Européenne», in: JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE/JEAN-BERNARD AUBY (Hrsg.), *L'Exécution du Droit de l'Union, entre Mécanismes Communautaires et Droits Nationaux*, Brüssel: Bruylant 2009, 121-130; weiter auch etwa GRILLER/ORATOR (Fn. 22), S. 27 ff.

⁶⁷ DEIRDRE CURTIN/RENAUD DEHOUSSE, «European Union agencies: tipping the balance?» in: MADALINA BUSUIOC/MARTIJN GROENLEER/JARLE TRONDAL (Hrsg.), *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalisation and every day decision-making*, Manchester/New York: Manchester University Press 2012, 193-205, S. 198, mit weiteren Hinweisen.

⁶⁸ Z.B. CRAIG (Fn. 13), S. 154 f.

⁶⁹ Diese beiden Agenturen werden von RIJPPMA erwähnt; JORRIT RIJPPMA, «Hybrid agencification in the area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: the case of FRONTEX», in: MADALINA BUSUIOC/MARTIJN GROENLEER/JARLE TRONDAL (Hrsg.), *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalisation and every day decision-making*, Manchester/New York: Manchester University Press 2012, 84-102, S. 96.

⁷⁰ CURTIN/DEHOUSSE (Fn. 67), S. 199.

⁷¹ Siehe oben, Rz. 11.

⁷² GERADIN (Fn. 22), S. 233.

⁷³ Verordnung 1592/2002/EG 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. 2002 L 240/1.

⁷⁴ Zu Rolle und Haltung des Parlamentes insbes. TOBIAS BACH/JULIA FLEISCHER, «The parliamentary accountability of European Union and national

Die nationalen Parlamente der EU-Mitgliedstaaten verfügen über keine unmittelbaren Kontrollfunktionen. Sie können höchstens indirekt im Zusammenhang mit der Überprüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 12(b) EUV Einfluss nehmen.⁷⁵

[Rz 49] Wo EU-Gelder involviert sind, was bei Agenturen in aller Regel der Fall ist, ist die Finanzverordnung der EU (Verordnung 1605/202/EG) relevant. Die *finanzielle* Kontrolle erfolgt durch den Rechnungshof und, im Rahmen seiner Budgetbefugnisse, durch das Europäische Parlament. Dieses verweigerte z.B. im Frühling 2012 den Umwelt-, Arzneimittel- und Lebensmittelsicherheitsagenturen die Entlastung, weil es mit ihrem Finanzgebaren nicht einverstanden war.⁷⁶

[Rz 50] Die *rechtliche* Kontrolle erfolgt – z.T. nach der Durchführung eines internen Beschwerdeverfahrens – durch den EuGH im Rahmen der verschiedenen, im AEUV vorgesehenen Verfahren. Von besonderer Wichtigkeit ist dabei das Nichtigkeitsverfahren nach Art. 263 AEUV. In seinem Rahmen kann nicht nur die Rechtmässigkeit des Erlasses eines Gründungsaktes (wie im bereits erwähnten Fall *ENISA*),⁷⁷ sondern auch die Rechtmässigkeit von Handlungen der Agenturen selber überprüft werden.⁷⁸ Nach Art. 263 Abs. 1 AEUV überwacht der Gerichtshof neben der Rechtmässigkeit der Handlungen der Organe auch jene der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten.

[Rz 51] Eine Nichtigkeitsklage einreichen kann nur, wer nach Art. 263 AEUV klagelegitimiert ist. Dies bietet im Falle der EU-Mitgliedstaaten und der EU-Organen als sog. privilegiert Klageberechtigte wenig Schwierigkeiten. Drittländer wie die Schweiz gehören zur Gruppe der nicht privilegierten Klageberechtigten, welche die je nach der Art des anzufechtenden Rechtsakts unterschiedlichen Anforderungen nach Art. 263 Abs. 4 AEUV erfüllen müssen (insbes. unmittelbare Betroffenheit und allenfalls zusätzlich individuelle Betroffenheit, wo eine Handlung nicht an die klagende Partei gerichtet ist).

[Rz 52] Fraglich könnte sein, ob Regulierungsbeschlüsse von Agenturen als Akte mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu der durch den Vertrag von Lissabon eingeführten, neuen Kategorie der Rechtsakte mit Verordnungsscharakter gehören könnten, mit Bezug auf welche nur unmittelbare Betroffenheit nachgewiesen werden muss. Nach der Rechtsprechung des

EuGH (*Inuit*,⁷⁹ *Microban*)⁸⁰ umfasst diese Kategorie aber nur allgemeine Massnahmen, was jedenfalls konkrete Einzelentscheidungen von Agenturen ausschliesst.

IX. Beteiligung von Drittländern an EU-Agenturen

[Rz 53] Vor dem Hintergrund des bisher Ausgeführten wendet sich der letzte Abschnitt des vorliegenden Beitrags nun der Beteiligung von Drittländern an EU-Agenturen zu. Dabei liegt der Fokus auf der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der IT-Agentur.

1. Beteiligung bei der Errichtung einer neuen EU-Agentur

[Rz 54] Unter Umständen können Drittstaaten bereits an der Schaffung einer neuen EU-Agentur beteiligt sein. Dies ist dort der Fall, wo ein Drittstaat in hohem Grad am betreffenden Politikbereich der EU teilnimmt. Für die Schweiz gilt dies für ihre Assoziierung im Bereich des Schengen- und Dublinrechts, die – wie bereits erwähnt⁸¹ – mit Bezug auf die Weiterentwicklung des Rechts dynamisch ausgestaltet ist. Dem entspricht sozusagen als Gegenleistung ein Mitspracherecht im Rahmen dieser Weiterentwicklung (sog. *decision shaping*, Art. 6 SAA, Art. 2 DAA), das sich auch auf die Schaffung neuer Agenturen im einschlägigen Bereich bezieht. Ein eigentliches Mitentscheidungsrecht (*decision making*, d.h. ein Stimmrecht) bei der Verabschiedung des Gründungsaktes für die neue Agentur ist dagegen ausgeschlossen.

[Rz 55] Für die Schweiz wird dies im Zusammenhang mit der Errichtung der neuen IT-Agentur nun zum ersten Mal relevant (das Gesetzgebungsverfahren für die frühere Errichtung von FRONTEX erfolgte zu einem Zeitpunkt, als die Schweiz noch nicht assoziierter Schengen-Staat war). Während der Ausarbeitung der Verordnung 1077/2011/EU war die Schweiz in den zuständigen Arbeitsgruppen des Rates vertreten und konnte ihren Standpunkt geltend machen.⁸² In diesem Rahmen wirkte sie intensiv auch auf die Erwähnung von Stimmrechten von Drittstaaten in der Gründungsverordnung hin – im Vorschlag der Kommission⁸³ war dies nämlich nicht vorgesehen (dazu unten, Rz. 68).

agencies», in: MADALINA BUSUIOC/MARTIJN GROENLEER/JARLE TRONDAL (Hrsg.), *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalisation and every day decision-making*, Manchester/New York: Manchester University Press 2012, 152-171, S. 161 ff., sowie Christopher Lord, *The European Parliament and the legitimization of agentification*, *Journal of European Public Policy* 2011, 909-925.

⁷⁵ Siehe WITTINGER (Fn. 41), S. 623 f.

⁷⁶ «Three EU agencies fail MEPs' ethics test», euobserver vom 28 März 2012.

⁷⁷ Siehe oben, Rz. 26.

⁷⁸ Siehe etwa DANIEL RIEDEL, «Rechtsschutz gegen Akte Europäischer Agenturen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, 565-568.

⁷⁹ Rs. T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami u.a. gegen Parlament und Rat*, Beschluss vom 6. September 2011, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht; siehe auch Rs. C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami u.a. gegen Parlament und Rat*, hängig (Rechtsmittel).

⁸⁰ Rs. T-262/10 *Microban International Ltd, Microban (Europe) Ltd gegen Kommission*, Urteil vom 25. Oktober 2011, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

⁸¹ Siehe oben, Rz. 2.

⁸² Botschaft (Fn. 1), S. 5.

⁸³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Agentur für das Betriebsmanagement von

2. Beteiligung von Drittstaaten an EU-Agenturen selber

[Rz 56] Die Gründungsakte einer EU-Agentur kann die Beteiligung von Drittstaaten an der Agentur erwähnen. Vorliegend seien zwei für die Schweiz relevante Beispiele genannt, nämlich die Europäische Umweltagentur sowie die Euratom-Agentur *Fusion for Energy* (F4E). Zur Europäischen Umweltagentur bestimmt Art. 19 der Verordnung 401/2009/EG:⁸⁴ «Die Agentur steht Nichtmitgliedern der Gemeinschaft, die mit diesen und den Mitgliedstaaten ein gemeinsames Interesse an der Verwirklichung der Ziele der Agentur haben, aufgrund von Abkommen, die sie nach dem Verfahren des Artikels 300 des Vertrags mit der Gemeinschaft geschlossen haben, offen.» Art. 300 des früheren EG-Vertrages ist heute Art. 218 AEUV. Mit Bezug auf die *Fusion for Energy* bestimmt Art. 2(c) der Entscheidung 2007/198/EG⁸⁵: «Mitglieder des gemeinsamen Unternehmens sind Drittländer, die mit Euratom ein Abkommen über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion geschlossen haben, durch das ihre jeweiligen Forschungsprogramme mit den Euratom-Programmen assoziiert sind, und die den Wunsch geäußert haben, Mitglieder des gemeinsamen Unternehmens zu werden.»

[Rz 57] Zurzeit ist die Schweiz an drei Exekutivagenturen in den Bereichen EU-Forschungsprogramme, EU-Programme Bildung, Berufsbildung und Jugend sowie EU-Programm Media und an einer wachsenden Anzahl von Regulierungsagenturen beteiligt. Zu den letzteren gehören insbesondere die *Fusion for Energy*, die Europäische Umweltagentur, die Europäische Agentur für Flugsicherheit,⁸⁶ FRONTEX, Europol, Eurojust und die Europäische Verteidigungsagentur. Dazu soll nun neu die IT-Agentur kommen.

[Rz 58] Rechtlich erfolgt die Beteiligung entweder aufgrund eines Abkommens der Schweiz direkt mit der Agentur (so z.B. im Falle von Europol,⁸⁷ Eurojust⁸⁸ und der Europäischen

Verteidigungsagentur,⁸⁹ wobei die herrschende Lehre die Völkerrechtspersönlichkeit von Agenturen ablehnt⁹⁰ oder aber eines Abkommens mit der EU bzw. Euratom. Im letzteren Fall betrifft das Umweltabkommen⁹¹ unmittelbar die Teilnahme an der Agentur. In den übrigen Fällen bildet ein materielles Abkommen über einen bestimmten Themenbereich den Ausgangspunkt, das dann zu einer Zusatzvereinbarung über die Teilnahme der Schweiz an der Agentur führt. Der Bericht des Bundesrats über die EU-Agenturen⁹² bietet hierzu detaillierte Informationen. Er erwähnt zusätzlich Verwaltungsabkommen, welche direkt zwischen schweizerischen Verwaltungsstellen und EU-Agenturen geschlossen worden sind (z.B. betr. der Europäischen Polizeiakademie und des HABM).

[Rz 59] Eine Zusatzvereinbarung war im Bereich der bilateralen Schengen-/Dublin-Assoziierungsabkommen bereits für FRONTEX⁹³ erforderlich (wobei die im Jahr 2009 geschlossene Vereinbarung wegen Revision der FRONTEX-Verordnung⁹⁴ bereits wieder überarbeitet werden muss). Sie ist es jetzt auch für die neue IT-Agentur. Art. 37 der Verordnung 1077/2011/EU bestimmt hierzu: «Nach den einschlägigen Bestimmungen der Abkommen über ihre Assoziierung werden Vereinbarungen ausgearbeitet, um unter anderem Art und Umfang der Beteiligung der Länder, die bei der Umsetzung, Anwendung und Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands und Eurodac-bezogener Massnahmen assoziiert sind, an den Arbeiten der Agentur sowie detaillierte Vorschriften dafür, einschliesslich Bestimmungen zu Finanzbeiträgen, Personal und Stimmrechten, festzulegen.»

IT-Grosssystemen im Bereich Freiheit, Sicherheit und Recht, KOM(2009) 293 endg.

⁸⁴ Verordnung 401/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Europäische Umweltagentur und das Europäische Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 L 126/13.

⁸⁵ Entscheidung 2007/198/Euratom des Rates vom 27. März 2007 über die Errichtung des europäischen gemeinsamen Unternehmens für den ITER und die Entwicklung der Fusionsenergie sowie die Gewährung von Vergünstigungen dafür, ABl. 2007 L 90/58.

⁸⁶ Siehe hierzu BUNDESAMT FÜR ZIVILLUFTFAHRT (BAZL), Das Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (EASA), Bern: BAZL 2007.

⁸⁷ Abkommen vom 24. September 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt, für die Schweiz SR 0.362.2 (soweit ersichtlich nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht).

⁸⁸ Abkommen vom 27. November 2008 zwischen der Schweiz und Eurojust, für die Schweiz SR 0.351.6 (soweit ersichtlich nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht).

⁸⁹ Rahmenvereinbarung vom 16. März 2012 für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Verteidigungsagentur und dem Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport der Schweizerischen Eidgenossenschaft; siehe <http://register.consilium-europa.eu/pdf/de/11/st17/st17172.de11.pdf>.

⁹⁰ Sie geht davon aus, dass sich die Rechtspersönlichkeit der Agenturen nur auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten bezieht, nicht auch auf das internationale Recht; siehe dazu STEFAN GRILLER/ANDREAS ORATOR, «Everything under control? The «way forward» for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine», *European Law Review* 2010, 3-35, S. 7.

⁹¹ Zu den Einzelheiten siehe wiederum der Bericht des Bundesrates (Fn. 12), S. 44 ff.

⁹² Bericht des Bundesrates (Fn. 12), S. 44 ff.

⁹³ Vereinbarung vom 30. September 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein einerseits und der Europäischen Gemeinschaft andererseits zur Festlegung der Modalitäten der Beteiligung dieser Staaten an der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (nachfolgend: FRONTEX-Vereinbarung), für die Schweiz SR 0.362.313, für die EU ABl. 2010 L 243/4.

⁹⁴ Seit dem Abschluss der Zusatzvereinbarung erfolgte eine Revision, durch welche die Kompetenzen der Agentur ausgedehnt wurden; Verordnung 1168/2011/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2011 L 304/1.

[Rz 60] In der Botschaft⁹⁵ führt der Bundesrat hierzu aus: «Artikel 37 der Verordnung enthält eine nicht abschliessende Aufzählung einiger grundlegender Punkte der Vereinbarung. Anhand des gesamten Verordnungstextes sowie anderer derartiger Vereinbarungen, die mit der EU abgeschlossen wurden, lässt sich der künftige Inhalt der Vereinbarung zu dem schon jetzt mit ausreichender Genauigkeit absehen. Im Wesentlichen wird die Vereinbarung Bestimmungen zu den folgenden Punkten enthalten: Umfang der Mitspracherechte der assoziierten Staaten, Höhe des finanziellen Beitrags zum Haushalt der Agentur, Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichtshofs der EU (EuGH) gegenüber der Agentur, massgebende rechtliche Bestimmungen im Bereich des Datenschutzes und Voraussetzungen für die Beschäftigung von Schweizer Staatsangehörigen in der Agentur. Überdies wird die Vereinbarung einige klassische Nebenbestimmungen umfassen, vor allem zur Rechtsstellung der Agentur in der Schweiz, zu ihren Vorrechten und Immunitäten, zu ihrer Haftungsregelung, zur Anerkennung der Zuständigkeit anderer Einrichtungen der EU für die Kontrolle der Arbeitsweise oder der Tätigkeiten der Agentur (vgl. Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung, OLAF; Rechnungshof), zu den Voraussetzungen und Modalitäten einer allfälligen Übergangsregelung zwischen dem Datum, an dem die Agentur ihre Tätigkeit aufnimmt (1. Dezember 2012), und dem formellen Inkrafttreten der Vereinbarung sowie zu den Modalitäten einer Beendigung der Vereinbarung.»

[Rz 61] Im Folgenden wird auf zwei dieser Aspekte eingegangen, nämlich die Beteiligung an der Struktur der EU-Agentur durch Drittstaaten und die Frage der Stimmrechte.

3. Vertretung von Drittstaaten in der Struktur von EU-Agenturen

[Rz 62] Während Drittstaaten im Falle von Exekutivagenturen, an denen sie beteiligt sind, in der Organisationsstruktur der Agentur nicht vertreten sind, ist dies bei Regulierungsagenturen durchaus möglich. Der Bericht des Bundesrates enthält für die Schweiz relevanten EU-Agenturen hierzu detaillierte Informationen.⁹⁶

[Rz 63] Als konkretes Beispiel sei wiederum die IT-Agentur herangezogen. Nach Art. 13 Abs. 1 der Verordnung 1077/2011/EU setzt sich der Verwaltungsrat aus einem Vertreter je Mitgliedstaat und zwei Vertretern der Kommission zusammen. Nach Abs. 5 der genannten Bestimmung beteiligen sich «[a] n den Tätigkeiten der Agentur [...] auch die Länder, die bei der Umsetzung, Anwendung und Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands und Eurodac-bezogener Massnahmen assoziiert sind. Jedes Land entsendet einen Vertreter und einen Stellvertreter in den Verwaltungsrat.»

[Rz 64] Entsprechendes gilt für die drei Beratergruppen, nämlich die SIS II-Beratergruppe, die VIS-Beratergruppe und die Eurodac-Beratergruppe. Nach Art. 19 Abs. 2 der Verordnung 1077/2011/EU entsendet «jeder Mitgliedstaat, der nach dem Unionsrecht durch Rechtsinstrumente gebunden ist, die die Entwicklung, die Errichtung, den Betrieb und die Nutzung eines bestimmten IT-Grosssystems regeln» sowie die Kommission jeweils ein Mitglied in die Beratergruppe für dieses IT-Grosssystem für einen Zeitraum von drei Jahren, der verlängert werden kann. Jedes bei der Umsetzung, Anwendung und Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands, Eurodac-bezogener Massnahmen und der andere IT-Grosssysteme betreffenden Massnahmen assoziierte Land, das sich an einem bestimmten IT-Grosssystem beteiligt, entsendet jeweils ein Mitglied in die Beratergruppe für dieses IT-Grosssystem.

4. Stimmrechte von Drittstaaten

[Rz 65] Dies führt zur weiteren Frage, welchen Einfluss Drittstaaten im Rahmen ihrer Beteiligung an EU-Agenturen erlangen können, insbesondere, ob sie neben dem Recht auf beratende Teilnahme (Mitsprache oder *decision shaping*) auch solche auf eigentliche Mitentscheidung (*decision making*, Stimmrechte) erlangen können.

[Rz 66] Stimmrechte bestehen bisher nur in einem Fall, nämlich jenem von FRONTEX. Nach Art. 1 Abs. 2 der FRONTEX-Zusatzvereinbarung von 2009 (die aber, wie bereits erwähnt,⁹⁷ in der Zukunft erneuert werden muss) ist die Schweiz im Verwaltungsrat der Agentur in folgenden Angelegenheiten stimmberechtigt: «(a) bei Beschlüssen über spezielle Massnahmen, die an ihren Aussengrenzen durchgeführt werden sollen; zur Annahme von Vorschlägen für solche Beschlüsse ist die Zustimmung ihres Vertreters im Verwaltungsrat erforderlich; (b) bei Beschlüssen über spezielle Massnahmen gemäss Artikel 3 (gemeinsame Aktionen und Pilotprojekte an den Aussengrenzen), Artikel 7 (Verwaltung der technischen Ausrüstung), Artikel 8 (Unterstützung von Mitgliedstaaten in einer Situation, die eine verstärkte technische und operative Unterstützung an den Aussengrenzen erfordert) und Artikel 9 Absatz 1 Satz 1 (gemeinsame Rückführungsaktionen), die mit von der Schweiz zur Verfügung gestelltem Personal und/oder Gerät durchgeführt werden sollen; (c) bei Beschlüssen über Risikoanalysen (Entwicklung des gemeinsamen integrierten Risikoanalysemodells und Erstellung allgemeiner und spezifischer Risikoanalysen) gemäss Artikel 4, die die Schweiz unmittelbar betreffen; (d) bei Beschlüssen über Ausbildungsmassnahmen gemäss Artikel 5, wobei die Aufstellung des gemeinsamen zentralen Lehrplans ausgenommen ist.»

[Rz 67] Für die Zukunft erhofft sich der Bundesrat Stimmrechte auch mit Bezug auf die neue IT-Agentur. Die Botschaft

⁹⁵ Botschaft (Fn. 1), S. 9.

⁹⁶ Bericht des Bundesrates (Fn. 12), S. 44 ff.

⁹⁷ Oben, Rz. 59.

des Bundesrats spricht von Mitspracherechten betr. Führung und Betrieb der Informationssysteme sowie von Stimmrechten der assoziierten Staaten «zumindest insoweit, als sich dieses Recht bloss auf rein operative Entscheidungen beziehen».⁹⁸ Der Bundesrat führt hierzu aus:⁹⁹ «Angesichts des Verfassungsrechts, das sich aus den Verträgen der EU ergibt, ist es nicht zulässig, Nichtmitgliedstaaten der EU über einen völkerrechtlichen Vertrag Stimmrechte in rechtsetzenden und institutionellen Fragen zu gewähren. Hingegen stellt das Recht der EU kein Hindernis dar, dass unter bestimmten Voraussetzungen und im Hinblick auf Entscheidungen über operative Fragen in einer Vereinbarung vorgesehen wird, Drittstaaten partielle Stimmrechte in Einrichtungen der EU einzuräumen. So haben die assoziierten Staaten bereits innerhalb von FRONTEX ein Stimmrecht erhalten, das sich auf operative Fragen beschränkt. Da die Agentur ihre Tätigkeiten nicht in einem rechtsetzenden, sondern in einem technischen Bereich ausübt, dürfte es unter bestimmten Voraussetzungen mit der Rechtsordnung der EU vereinbar sein, den assoziierten Staaten Mitspracherechte zu gewähren.»

[Rz 68] Allerdings zeigt die Entstehungsgeschichte der IT-Verordnung, dass sich die EU-Organe über die Frage von Stimmrechten uneins sind. Wie erwähnt, nahmen Rat und Parlament einen Text der Verordnung 1077/2011/EU an, in welchem Stimmrechte von Drittstaaten erwähnt sind. Im Gegensatz dazu hatte der Vorschlag der Kommission zu dieser Verordnung¹⁰⁰ solche Stimmrechte entweder ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 10 Abs. 5 des Vorschlags: «An der Agentur beteiligen sich auch die Länder, die bei der Umsetzung, Anwendung und Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands und der EUODAC-bezogenen Massnahmen assoziiert sind. Jedes Land entsendet einen Vertreter und einen Stellvertreter in den Verwaltungsrat; diese Verwaltungsratsmitglieder sind nicht stimmberechtigt.») oder bewusst nicht erwähnt (Art. 33 des Entwurfs der Kommission: «Nach den einschlägigen Bestimmungen der Abkommen über ihre Assoziation werden Vereinbarungen ausgearbeitet, um unter anderem Art und Umfang der Beteiligung der Länder, die bei der Umsetzung, Anwendung und Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands und der EUODAC-bezogenen Massnahmen assoziiert sind, an den Arbeiten der Agentur sowie detaillierte Vorschriften dafür, einschliesslich Bestimmungen zu Finanzbeiträgen und Personal, festzulegen.»).

[Rz 69] Dies scheint darauf hinzudeuten, dass laut der Kommission gar keine Stimmrechte von Drittstaaten zulässig sind, während der Rat offenbar ähnlich wie bei der FRONTEX nach der Art der Aufgaben unterscheiden möchte, z.B.

zwischen unproblematischen operationalen Management-Aufgaben bezüglich der IT-Systeme, Berichte und Stellungnahmen einerseits (wofür er Stimmrechte von Drittstaaten als zulässig erachtet) und Regulierungsbeschlüssen wie der Entscheidung über ein Pilotprojekt andererseits (wofür er sie ablehnt). Bezüglich der Kommission dürfte sich hier die in der wissenschaftlichen Literatur erwähnte, generell ambivalente Haltung zu Agenturen zeigen: Einerseits erachtet die Kommission Agenturen zu ihrer Entlastung nötig, andererseits fürchtet sie um ihre eigene Position und bemüht sich deshalb um «institutional arrangements to protect its role and powers».¹⁰¹

[Rz 70] Die Ausarbeitung der Verhandlungsmandate für die Zusatzvereinbarung zur Beteiligung der Schweiz an der IT-Agentur ist gegenwärtig im Gange. Auf der Seite der EU werden die Verhandlungen durch die Kommission aufgrund eines Mandates des Rates geführt. Sollte der Rat eine Richtung einschlagen, welche die Kommission als unzulässig erachtet, so ist es denkbar, dass diese den EuGH um ein Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV ersucht. Mangels einschlägiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist nämlich zur Zeit die Frage offen, ob die Mitentscheidung von Drittländern beim Fassen von Regulierungsbeschlüssen rechtlich als Eingriff in die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung bzw. die Autonomie der Unionsrechtsordnung aufgefasst werden muss, bzw. für welche Aufgaben von Agenturen eine solche Mitentscheidung zulässig ist.

[Rz 71] Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Stellung von Drittstaaten im Rahmen des EU-Rechts (welche nicht spezifisch Agenturen betrifft) bildet die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit letztlich die Autonomie der Unionsrechtsordnung die Leitplanke (Gutachten *EWRI*).¹⁰² So ist der Erlass von EU-Sekundärrecht in den Verträgen den EU-Organen vorbehalten. Dies ist der Grund, warum Drittstaaten aus der Sicht des EU-Rechts im Rahmen von Assoziationen beim Erlass von Sekundärrecht keine Mitentscheidungsrechte gewährt werden können, sondern höchstens Mitspracherechte, wie dies im EWR-Recht und in den bilateralen Abkommen mit der Schweiz über Schengen-/Dublin und über Zollerleichterungen und Zollsicherheit der Fall ist.

[Rz 72] Die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und die Autonomie der Unionsrechtsordnung sind weiter der Grund, warum die Schaffung internationaler Gerichte

⁹⁸ Botschaft (Fn. 1), S. 5.

⁹⁹ Botschaft (Fn. 1), S. 9 f.

¹⁰⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Bereich Freiheit, Sicherheit und Recht, KOM(2009) 293 endg.

¹⁰¹ So MARK THATCHER, «The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation», *Journal of European Public Policy* 2011, 790-809, S. 801; weiter z.B. JACQUELINE DUTEILH DE LA ROCHÈRE, «EU Regulatory Agencies: What Future do they have?» in: MIELLE BULTERMAN/LEIGH HANCHER/ALISON McDONNELL/HANNAH SEVENSTER (Hrsg.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: Wolters Kluwer, Law & Business 2009, 355-366, S. 357 ff.

¹⁰² Gutachten 1/91 *EWRI*, Slg. 1991, I-6079.

mit Beteiligung von Drittländern ausgeschlossen ist, wenn ihre Kompetenzen in die Kompetenzen des EuGH und der mitgliedstaatlichen Gerichte eingreift: auch diese Kompetenzen sind in den Verträgen abschliessend festgelegt (z.B. EuGH-Gutachten *Patentgericht*,¹⁰³ im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV). Offen ist aber eben, was dies für die Beteiligung von Drittstaaten an EU-Agenturen bedeutet.

X. Zum Schluss

[Rz 73] Das heute bestehende Agenturwesen der EU hat sich im Laufe der Zeit in eindrücklicher Weise entwickelt, und zwar im EWG- bzw. später EG-Recht ohne ausdrückliche, vertragliche Grundlage (anders als in der Europäischen Gemeinschaft für Atomenergie, wo eine Agentur von Anfang an ausdrücklich vorgesehen war). Das Fehlen von ausdrücklichen Vorgaben im EWG-Vertrag führte letztlich dazu, dass wichtige rechtliche Fragen bezüglich der Agenturen z.T. bis heute nicht wirklich geklärt sind.

[Rz 74] Dazu gehört im Innenverhältnis der EU die Frage, wo genau die Grenze für die Übertragung von Aufgaben von den EU-Organen auf Agenturen liegt. Unklar bzw. umstritten ist insbesondere, wie die *Meroni*-Rechtsprechung verstanden werden muss, d.h. ob und wenn ja wie viel Ermessen einer Agentur aus der Sicht des EU-Verfassungsrechts übertragen werden kann. Offen ist bis zu einem gewissen Grade auch, was genau mit dem Begriff des Regulierungsbeschlusses gemeint ist.

[Rz 75] Im Aussenverhältnis ist unbestritten, dass Drittstaaten an EU-Agenturen beteiligt werden können. Allerdings scheinen Rat und Kommission unterschiedlicher Meinung darüber zu sein, ob und wenn ja in wie fern solchen Staaten über bloss beratende Mitspracherechte hinaus auch eigentliche Mitentscheidungsrechte (Stimmrechte) gewährt werden können. Zu dieser spezifischen Frage liegt bisher keine Rechtsprechung des Gerichtshofs vor. Die Beteiligung der EFTA-Staaten Island, Liechtenstein, Norwegen und der Schweiz an der neuen IT-Agentur stellt hierzu einen Testfall dar. Es ist möglich, dass er der Auslöser für ein Gutachten des EuGH sein wird.

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M. (Europainstitut der Universität Basel).

Beim Text handelt es sich um die schriftliche und weiter ausgearbeitete Version eines Vortrags über «EU-Agenturen (und die Schweiz)», den die Verfasserin am 11. Juni 2012 im Rahmen der Reihe «Europarecht am Mittag – Praxis und Forschung im Dialog» (organisiert vom Bundesamt für Justiz in Zusammenarbeit mit dem Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg) hielt. – Für die kritische Durchsicht des Manuskripts danke ich Dr. Chantal Delli (Brüssel) sowie meiner Assistentin Bozena Hagen (Europainstitut der Universität Basel).

* * *

¹⁰³ Gutachten 1/09 *Patentgericht* vom 8. März 2011, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.