

Rechtsgutachten

zum europäischen System der harmonisierten Normen

**erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für
Wirtschaft und Energie (BMWi)**

von

Rechtsanwältin Kathrin Dingemann und
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kottmann

Berlin, im August 2020

Berlin Leipziger Platz 3 · 10117 Berlin · berlin@redeker.de

Bonn Willy-Brandt-Allee 11 · 53113 Bonn · bonn@redeker.de

Brüssel 172, Av. de Cortenberg · 1000 Brüssel · bruessel@redeker.de

Leipzig Mozartstraße 10 · 04107 Leipzig · leipzig@redeker.de

London 4 More London Riverside · London, SE1 2AU · london@redeker.de

München Maffeistraße 4 · 80333 München · muenchen@redeker.de

www.redeker.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Zusammenfassung der Ergebnisse	4
B. Ausgangslage und Gutachtenauftrag	6
I. Rechtliche und politische Ausgangslage	6
1. Grundsätze des New Approach	6
2. Grundzüge des Verfahrens der Erarbeitung harmonisierter Normen.....	8
3. Urteil des EuGH in der Rs. <i>James Elliott</i> (Rs. C-613/14) und Reaktion der Kommission	11
II. Gutachtenauftrag.....	14
C. Rechtliche Würdigung	15
I. Rechtsnatur harmonisierter Normen	15
1. Aussagen und Kontext des <i>James-Elliott</i> -Urteils.....	15
a) Argumentation des EuGH	15
b) Übertragbarkeit auf andere harmonisierte Normen.....	18
c) Kontext der Qualifikation harmonisierter Normen als „Teil des Unionsrechts“	20
2. Keine Gleichsetzung harmonisierter Normen mit sonstigem Unionsrecht	22
a) Widerspruch zum Wesen des New Approach.....	23
b) Rechtsprobleme bei Einordnung als „echtes“ Unionsrecht	24
3. Zwischenergebnis.....	26
II. Prüfungsbefugnisse und -pflichten der Kommission.....	26
1. Prüfungsumfang und -tiefe der Kommission nach Art. 10 Abs. 5, 6 der Normungsverordnung.....	27
a) Wortlautauslegung	30
b) Systematische Auslegung.....	30
c) Teleologische Auslegung.....	33
d) Arbeitsdokumente der Kommission.....	35
e) Rechtsprechung des EuGH: Irrelevanz des <i>James-Elliott</i> -Urteils für die Frage der Prüfungsdichte	38
f) Zwischenergebnis.....	40
2. Vereinbarkeit der von der Kommission reklamierten Prüfungsbefugnisse mit der Normungsverordnung	41

a)	Unzulässigkeit einer Duplizierung bzw. Ersetzung der Normungstätigkeit durch die Kommission	41
b)	Unzulässigkeit einer Prüfung der Verfahrensvorgaben der Art. 3 ff. der Normungsverordnung	42
3.	Zwischenergebnis	44
III.	Haftung der Union im Zusammenhang mit harmonisierten Normen	45
1.	Zurechnung	45
a)	Maßstab	45
b)	Keine unmittelbare Haftung für harmonisierte Normen	46
c)	Haftung für Verhalten der Kommission	47
aa)	Normungsauftrag	47
bb)	Prüfung und Fundstellenveröffentlichung	48
cc)	Entscheidung über formelle Einwände	48
2.	Verletzung individualschützender Vorschriften	49
a)	Maßstab	49
b)	Prüfungspflichten der Kommission	49
3.	Hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß	50
4.	Kausalität	51
5.	Zwischenergebnis	52
IV.	Rolle der Mitgliedstaaten und des EU-Normungsausschusses im Normungsprozess und Rechtsschutzmöglichkeiten	53
1.	Beteiligung des EU-Normungsausschusses im Normungsprozess	53
a)	Verabschiedung des Arbeitsprogramms für die europäische Normung	53
b)	Verabschiedung von Normungsaufträgen	54
c)	Prüfung und Fundstellenveröffentlichung	56
2.	Rechtsschutz der Mitgliedstaaten gegen Verfahrenshandlungen der Kommission	58
a)	Klagearten	58
b)	Klagebefugnis	59
3.	Zwischenergebnis	60
V.	Bedeutung von Leitfäden, <i>Guidance Notes</i> und ähnlichen Dokumenten	61
1.	Zulässigkeit der Erarbeitung von Leitfäden	62
2.	Unverbindlichkeit	62
3.	Anfechtbarkeit	62
4.	Zwischenergebnis	63

A.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Feststellung des EuGH in der Rechtssache *James Elliott* (C-613/14), harmonisierte Normen seien Teil des Unionsrechts, ist auf den spezifischen Kontext der Zuständigkeit des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV begrenzt. Der EuGH wollte harmonisierte Normen ersichtlich nicht denselben Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen wie sonstiges EU-Recht unterwerfen und damit im Ergebnis den New Approach in Frage stellen. Dieser basiert gerade darauf, dass die wesentlichen Anforderungen der Harmonisierungsrechtsvorschriften außerhalb von Rechtsetzungsverfahren durch harmonisierte Normen der privaten Normungsorganisationen konkretisiert werden, deren Anwendung freiwillig ist (dazu C.I.).
2. Nach Art. 10 Abs. 5 und 6 der Normungsverordnung 1025/2012 kann und muss die Europäische Kommission die Übereinstimmung einer harmonisierten Norm mit dem zugrundeliegenden Mandat sowie dem Harmonisierungsrechtsakt überprüfen, bevor sie die Fundstelle im Amtsblatt veröffentlicht. Ihre Prüfung ist aber grundsätzlich auf einen Abgleich der Inhalte der Norm mit den zugrundeliegenden Anforderungen des Normungsauftrags bzw. des Harmonisierungsrechtsakts beschränkt, der sich primär auf formale Aspekte sowie die Vollständigkeit und Folgerichtigkeit der Norm zu beziehen hat. Die Kommission darf die Prüfung der harmonisierten Norm insbesondere nicht zum Anlass nehmen, den Normungsprozess praktisch zu duplizieren oder gar eigene technische Regeln an die Stelle der von den Normungsorganisationen konsentierten Inhalte zu setzen. Auch eine umfassende Prüfung der Transparenz und Inklusivität des Normungsverfahrens sieht die Normungsverordnung im Vorfeld der Entscheidung über die Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt nicht vor. Sollte die Kommission eine entsprechende Prüfungstiefe in einer Neufassung ihrer Arbeitsdokumente festzuschreiben versuchen, stünde dies mit den Vorgaben der Normungsverordnung nicht in Einklang (dazu C.II.).
3. Die EU haftet nicht für Schäden, die aus Fehlern einer harmonisierten Norm selbst resultieren. Eine Haftung kommt aber für von der Kommission im Rahmen der Normungsverordnung getroffene Entscheidungen über Normungsaufträge, Veröffentlichungen von Fundstellen harmonisierter Normen im Amtsblatt oder formelle Einwände in Betracht. Die Haftungsverantwortung der EU reicht damit nur so weit wie die Prüfungspflicht der Kommission. Die Tendenz der Kommission, ihren Prüfungsumfang deutlich auszuweiten, ist vor diesem Hintergrund nicht geeignet, ihr Haftungsrisiko zu reduzieren, sondern kann im Gegenteil potenziell zu einer Ausweitung ihrer

Haftung führen. Im Ergebnis wird eine Haftung gleichwohl regelmäßig ausscheiden, weil es zumeist an den weiteren Voraussetzungen der Kausalität oder eines hinreichend qualifizierten Verstoßes fehlt (dazu C.III.).

4. Vorbehaltlich einer Änderung der Normungsverordnung, in der die drei europäischen Normungsorganisationen CEN, CENELEC und ETSI abschließend benannt sind, kann die Kommission keine anderen Standardsetzer mit der Erarbeitung harmonisierter Normen beauftragen (dazu C.IV.1.b)).
5. Der EU-Normungsausschuss gemäß Art. 22 der Normungsverordnung, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt, unterstützt die Europäische Kommission bei ihrer Tätigkeit im Rahmen der Normung. Er ist in verschiedene Entscheidungsprozesse der Kommission einbezogen, insbesondere auch in den Erlass von Normungsaufträgen. Sofern der Ausschuss zu einem Entwurf eines Normungsauftrags mit qualifizierter Mehrheit eine ablehnende Stellungnahme abgibt, kann die Kommission diesen nicht erlassen. Gibt der Ausschuss keine förmliche Stellungnahme ab, etwa weil es an der erforderlichen qualifizierten Mehrheit fehlt, ist die Kommission ebenfalls gehindert, den Normungsauftrag zu erlassen, sofern dieser – was regelmäßig der Fall sein wird – den Schutz der Gesundheit oder der Sicherheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen betrifft. Dasselbe gilt, wenn der Ausschuss den Vorschlag (nur) mit einfacher Mehrheit seiner Mitglieder ablehnt. Die Beteiligungsrechte des Normungsausschusses können von der Kommission nicht einseitig beschnitten werden (dazu C.IV.1.).
6. Die Mitgliedstaaten können gegen einzelne Verfahrensschritte der Kommission unter der Normungsverordnung Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten suchen. Sowohl der Beschluss der Kommission zur Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt als auch die endgültige Ablehnung einer solchen Veröffentlichung können mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden. Daneben können die Mitgliedstaaten sich auch mit einer Untätigkeitsklage dagegen zur Wehr setzen, dass die Kommission die Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt nicht veröffentlicht, obwohl die Norm den rechtlichen Anforderungen genügt (dazu C.IV.2.).
7. Die Kommission kann durch Leitfäden, *Guidance Notes* und andere Arbeitsdokumente erläutern, wie sie das geltende Recht interpretiert und in welcher Weise sie die ihr zukommenden Ermessensspielräume ausfüllen will. Solche Leitfäden sind im Regelfall rechtlich unverbindlich, können aber eine Selbstbindung der Kommission begründen. Sie können grundsätzlich nicht mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden (dazu C.V.).

B. Ausgangslage und Gutachtenauftrag

I. Rechtliche und politische Ausgangslage

Im Rahmen des sog. New Approach (dazu 1.) erarbeiten die europäischen Normungsorganisationen im Auftrag der Kommission nach einem festgelegten Verfahren harmonisierte Normen (dazu 2.). Infolge des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache *James Elliott* von Oktober 2016, in dem harmonisierte Normen als „Teil des Unionsrechts“ qualifiziert werden, hat die Kommission sich zuletzt veranlasst gesehen, das Normungsverfahren nicht unerheblich zu modifizieren, was eine effiziente Normung erschwert (dazu 3.). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat uns vor diesem Hintergrund beauftragt, bestimmte Fragestellungen zu den Folgen des EuGH-Urteils und zu den anlässlich dessen eingeführten neuen Verfahrensregeln der Kommission rechtsgutachterlich zu untersuchen (dazu II.).

1. Grundsätze des New Approach

Die Harmonisierung von Produktvorschriften folgt auf EU-Ebene der sog. neuen Konzeption (New Approach), die vom Rat am 07.05.1985 in seiner „EntschlieÙung über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung“ genehmigt¹ und im Jahr 2008 durch den sog. neuen Rechtsrahmen („New Legislative Framework“) aktualisiert wurde.² Prägendes Merkmal des New Approach ist es, die Harmonisierung des Produktsicherheitsrechts auf die wesentlichen Anforderungen zu beschränken, denen in der EU in Verkehr gebrachte Produkte genügen müssen, um am freien Warenverkehr im Binnenmarkt teilnehmen zu können.³ Die Konkreti-

¹ ABl. 1985, Nr. C 136, S. 1.

² Beschluss Nr. 768/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.07.2008 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung des Beschlusses 93/465/EWG des Rates, ABl. 2008, Nr. L 218, S. 82 ff.

³ Vgl. aus der umfassenden Literatur zu den Grundsätzen des *New Approach* nur den sog. Blue Guide (Bekanntmachung der Kommission, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“), ABl. 2016, Nr. C 272, S. 1 (7 ff.), *Anselmann*, Die Bezugnahme auf harmonisierte technische Regeln im Rahmen der Rechtsangleichung, in: Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991, S. 101 ff. sowie *Schucht*, 30 Jahre New Approach im europäischen Produktsicherheitsrecht – prägendes Steuerungsmodell oder leere Hülle?, *EuZW* 2017, 46.

sierung dieser wesentlichen Anforderungen wird an die drei europäischen Normungsorganisationen – CEN, CENELEC und ETSI⁴ – ausgelagert. Diesen obliegt es, zur weiteren Ausformung der Anforderungen der Harmonisierungsrechtsvorschriften auf Grundlage eines Auftrags der Europäischen Kommission (sog. Mandat) technische Spezifikationen in Gestalt sog. harmonisierter Normen⁵ zu erarbeiten.

Die Anwendung und Einhaltung harmonisierter Normen ist für die Hersteller freiwillig; es steht ihnen mithin frei, den Nachweis der Erfüllung der wesentlichen Anforderungen aus dem Harmonisierungsrechtsakt auch auf andere Weise zu erbringen. Wenn Hersteller entsprechend den Anforderungen der harmonisierten Normen produzieren, besteht jedoch eine Vermutung dafür, dass das betreffende Produkt mit den wesentlichen Sicherheitsanforderungen der Harmonisierungsrechtsvorschrift in Einklang steht (sog. Konformitätsvermutung).

Mit diesem Konzept wurde der zunehmend als untauglich erkannte Versuch, mittels detaillierter gesetzlicher Vorgaben eine produktbezogene Harmonisierung vorzunehmen (sog. Konzept der Detailharmonisierung),⁶ durch sektorale Richtlinien (und zuletzt auch Verordnungen) ersetzt, die durch harmonisierte Normen „unterstützt“ und konkretisiert werden können.⁷ Da die Anwendung dieser Normen freiwillig ist, sollen die wesentlichen Anforderungen der Harmonisierungsrechtsakte aber auch ohne konkretisierende harmonisierte Normen hinreichend umfassend, eigenständig und verständlich sein, um von den Wirtschaftsteilnehmern direkt angewendet werden zu können.⁸

⁴ S. Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur europäischen Normung, ABl. 2012, Nr. L 316, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2015/1535 vom 09.09.2015, ABl. 2015, Nr. L 241, S. 1 ff.

⁵ Vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c) der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 (oben Fn. 4), auf die die seit Erlass dieser Verordnung erlassenen Harmonisierungsrechtsvorschriften Bezug nehmen. Zuvor erlassene Harmonisierungsrechtsvorschriften nach dem Konzept des New Approach enthalten vergleichbare Begriffsbestimmungen.

⁶ *Schepel*, The New Approach to the New Approach: The Juridification of Harmonized Standards in EU Law, MJ 20 (2013), 521, 523, spricht treffend von „*fantastically complicated and detailed directives on matters of sometimes questionable importance which, moreover, took so long to be adopted that they were often outdated long before they entered into force*“.

⁷ *Schucht*, 30 Jahre New Approach im europäischen Produktsicherheitsrecht – prägendes Steuerungsmodell oder leere Hülle?, EuZW 2017, 46.

⁸ Europäische Kommission, Better Regulation Toolbox, Tool #18: The Choice of Policy Instruments, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/files/better-regulation-toolbox-18_en, Abschnitt 3.2: Technical standards, S. 114 f.

2. Grundzüge des Verfahrens der Erarbeitung harmonisierter Normen

Das Verfahren zur Erarbeitung harmonisierter Normen ist auf EU-Ebene primär in der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012⁹ (im Folgenden: Normungsverordnung) geregelt, die den grundlegenden Rechtsrahmen für das europäische Normungssystem bildet.¹⁰ Weitere Regelungen bzw. Ausformungen der rechtlichen Vorgaben finden sich in den Geschäftsordnungen der europäischen Normungsorganisationen¹¹ sowie in verschiedenen Arbeitsdokumenten der Kommission, insbesondere dem sog. Vademecum zur europäischen Normung¹² – einer dreiteiligen Arbeitsunterlage der Kommission – und dem sog. Blue Guide¹³, einem Leitfaden der Kommission zur Umsetzung von Produktvorschriften.

Sehen Harmonisierungsrechtsvorschriften der EU harmonisierte Normen als Mittel zur Konkretisierung der dort geregelten wesentlichen Anforderungen an Produkte vor, kann die Kommission den europäischen Normungsorganisationen nach Art. 10 Abs. 1 und 2 der Normungsverordnung einen Auftrag zur Erarbeitung einer harmonisierten Norm erteilen.¹⁴ Dieser ergeht nach Konsultation der europäischen Normungsorganisationen, der Interessenträger und der Experten des jeweiligen Sektors in Form eines Durchführungsbeschlusses der Kommission im Sinne des Art. 291 AEUV, der nach dem Prüfverfahren des Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011¹⁵ (im Folgenden: Komitologie-Verordnung) zu erlassen ist (s. näher hierzu unten unter C.IV.1.b)).¹⁶ In

⁹ Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur europäischen Normung, ABl. 2012, Nr. L 316, S. 12 ff.; zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2015/1535 vom 09.09.2015, ABl. 2015, Nr. L 241, S. 1 ff.

¹⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Harmonisierte Normen: Verbesserte Transparenz und Rechtssicherheit für einen uneingeschränkt funktionierenden Binnenmarkt, COM(2018) 764 final vom 22.11.2018, S. 2.

¹¹ Vgl. nur CEN/CENELEC-Geschäftsordnung, Teil 2: Gemeinsame Regeln für die Normungsarbeit, Juni 2018.

¹² Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur europäischen Normung als Unterstützung für legislative und politische Maßnahmen der Union, Teil I – Rolle der Normungsaufträge, die die Kommission an die europäischen Normungsorganisationen richtet; Teil II – Ausarbeitung und Verabschiedung der Normungsaufträge, die die Europäische Kommission an die europäischen Normungsorganisationen richtet; Teil III – Anleitung für die Ausführung von Normungsaufträgen, SWD(2015) 205 final vom 27. Oktober 2015.

¹³ Bekanntmachung der Kommission, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“), ABl. 2016, Nr. C 272, S. 1.

¹⁴ S. näher zu Funktion und Erstellung des Normungsauftrags Europäische Kommission, Vademecum – Teil 2 (oben Fn. 12).

¹⁵ Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011, Nr. L 55, S. 13.

¹⁶ Vor Inkrafttreten der Normungsverordnung erlassene Harmonisierungsrechtsvorschriften enthalten regelmäßig selbst Vorschriften über das Verfahren und verweisen auf Art. 6 der inzwischen ersetzten

dem Auftrag, dessen (bisherige) Ausgestaltung in Teil II des Vademecums näher konkretisiert ist, sind die Anforderungen an den Inhalt der in Auftrag gegebenen Norm sowie ein Termin für deren Annahme festzulegen.

Nimmt die europäische Normungsorganisation den Auftrag innerhalb der Monatsfrist aus Art. 10 Abs. 3 der Normungsverordnung an, vereinbart sie in Absprache mit der Kommission ein auf dem Auftrag beruhendes Arbeitsprogramm. Änderungen dieses Programms sind der Kommission mitzuteilen. Der zuständige technische Ausschuss der Normungsorganisation erarbeitet sodann auf dieser Grundlage den Entwurf einer harmonisierten Norm. Dabei ist den in Art. 3 bis 6 der Normungsverordnung geregelten Anforderungen an die Transparenz von Arbeitsprogrammen und Normentwürfen sowie an die Beteiligung von Interessenträgern Rechnung zu tragen. Nach Art. 10 Abs. 5 Satz 1 der Normungsverordnung unterrichten die europäischen Normungsorganisationen die Kommission über die zur Erarbeitung der harmonisierten Normen vorgenommenen Tätigkeiten.

Wird der erarbeitete Entwurf nach öffentlicher Anhörung der Interessenträger und Berücksichtigung eventueller Stellungnahmen in der Schlussabstimmung der nationalen Mitglieder der europäischen Normungsorganisation mit der erforderlichen Mehrheit angenommen, ratifiziert die Normungsorganisation die harmonisierte Norm in den drei offiziellen Sprachen Deutsch, Englisch und Französisch und übermittelt ihre grundlegenden Daten (insbesondere die Referenznummer sowie den Titel in allen Amtssprachen¹⁷) an die Kommission.

Entsprechend den Vorgaben der CEN/CENELEC-Geschäftsordnung sowie einzelner Harmonisierungsrechtsvorschriften müssen harmonisierte Normen sodann von den nationalen Normungsorganisationen übernommen („umgesetzt“) werden.¹⁸ Dies geschieht, indem die Norm von den nationalen Normungsorganisationen in identischer Form als nationale Norm in einer der drei offiziellen Sprachen oder übersetzt in eine der anderen Sprachen der CEN/CENELEC-Mitgliedsländer bereitgestellt wird. Dazu in Widerspruch stehende nationale Normen sind innerhalb eines bestimmten Zeitraums („Koexistenzperiode“) außer Kraft zu setzen.

Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.06.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. 1998, Nr. L 104, S. 37, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/48/EG vom 20.07.1998, ABl. 1998, Nr. L 217, S. 18.

¹⁷ Blue Guide (vgl. Fn. 13), S. 44.

¹⁸ Vgl. CEN/CENELEC-Geschäftsordnung, Teil 2 (Fn. 11), Ziffer 11.2.1.1; Blue Guide (vgl. Fn. 13), S. 45.

Die Voraussetzungen für die Konformitätsvermutung, die bei Erfüllung der Anforderungen harmonisierter Normen zugunsten des Herstellers gilt, werden erst im letzten Teil des Verfahrens geschaffen: Bei Produkten, die in Übereinstimmung mit harmonisierten Normen hergestellt wurden, wird die Konformität mit den von den Normen abgedeckten wesentlichen Anforderungen des Harmonisierungsrechtsakts vermutet, wenn die Fundstelle der harmonisierten Norm im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht ist.¹⁹ Die Veröffentlichung der Fundstelle bzw. Referenz der Norm im Amtsblatt durch die Kommission ist somit konstitutiv für das Bestehen der Vermutungswirkung.²⁰

Jedenfalls seit Erlass der Normungsverordnung folgt diese Veröffentlichung nicht (mehr) automatisch auf die Übermittlung der Referenz durch die europäische Normungsorganisation. Vielmehr prüft die Kommission gemäß Art. 10 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 der Normungsverordnung – bzw. entsprechenden Vorgaben in den Harmonisierungsrechtsvorschriften²¹ – gemeinsam mit den europäischen Normungsorganisationen vor der Veröffentlichung, ob die harmonisierte Norm mit dem von ihr erteilten Auftrag übereinstimmt und den Anforderungen genügt, die sie abdecken soll und die in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften festgelegt sind. Ist dies der Fall, veröffentlicht die Kommission unverzüglich die Fundstelle der harmonisierten Norm im Amtsblatt der EU. Kommt die Kommission dagegen zum Ergebnis, dass die von den europäischen Normungsorganisationen erarbeiteten Normen den Anforderungen aus dem Normungsauftrag und den Harmonisierungsvorschriften, die sie abdecken soll, nicht genügt, kann sie die Veröffentlichung ablehnen oder bestimmte Einschränkungen festlegen, die zusammen mit der Fundstelle im Amtsblatt veröffentlicht werden. Wie weit Prüfungsdichte und -umfang der Kommission reichen, ist in der Normungsverordnung nicht näher konkretisiert und – insbesondere in jüngerer Zeit – Gegenstand von Kontroversen zwischen der Kommission, den Normungsorganisationen und den Mitgliedstaaten (s. näher hierzu unten unter C.II.).

Die Entscheidung der Kommission über die Veröffentlichung der Fundstelle nach Art. 10 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 der Normungsverordnung hat keinen Einfluss auf den

¹⁹ Vgl. allgemein Blue Guide (vgl. Fn. 13), S. 47 f.

²⁰ Vgl. *Schepel*, *The Constitution of Private Governance – Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, 2005, S. 235.

²¹ Vgl. etwa Art. 17 Abs. 5 UAbs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, ABl. 2011, Nr. L 88, S. 5; zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) Nr. 574/2014 der Kommission vom 21.02.2014, ABl. 2014, Nr. L 159, S. 41 (im Folgenden: Bauproduktenverordnung)

(Fort-)Bestand der Norm selbst.²² Durch die Entscheidung über die – ggf. mit Einschränkungen versehene – Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt kann die Kommission lediglich steuern, ob und inwieweit Produkten, die den Anforderungen der jeweils einschlägigen harmonisierten Norm entsprechen, eine Konformitätsvermutung zukommt. Europäische (harmonisierte) Normen²³ kann es also auch ohne die rechtliche Wirkung einer Konformitätsvermutung geben (vgl. Art. 2 Nr. 1 Buchst. c) der Normungsverordnung).

3. Urteil des EuGH in der Rs. *James Elliott* (Rs. C-613/14) und Reaktion der Kommission

In seinem Urteil vom 27.10.2016 in der Rechtssache *James Elliott* hat der EuGH erstmals entschieden, im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV für die Auslegung harmonisierter Normen zuständig zu sein. Er begründete seine Zuständigkeit damit, dass die harmonisierte Norm des Ausgangsverfahrens den Charakter einer Maßnahme zur Durchführung oder Anwendung eines Rechtsakts der Union habe und „Teil des Unionsrechts“ sei (s. näher unten unter C.I.1.).²⁴

Die Konsequenzen dieser Entscheidung – und darauf aufbauender weiterer Urteile sowohl des EuGH²⁵ als auch des Europäischen Gerichts (EuG)²⁶ – werden seitdem sowohl in der Rechtswissenschaft²⁷ als auch in der Normungspraxis kontrovers diskutiert. Die europäischen Normungsorganisationen CEN und CENELEC haben in einem

²² Blue Guide (vgl. Fn. 13), S. 48.

²³ Die Terminologie ist hier nicht ganz einheitlich. Nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 1 Buchst. c) der Normungsverordnung ist prägendes Merkmal einer europäischen „harmonisierten“ Norm – in Abgrenzung zu einer einfachen „europäischen“ Norm im Sinne des Art. 2 Nr. 1 Buchst. b) –, dass die Norm von einer europäischen Normungsorganisation „auf der Grundlage eines Auftrags der Kommission zur Durchführung von Harmonisierungsrechtsakten der Union angenommen wurde“. Die Konformitätsvermutung ist demgegenüber keine Voraussetzung der Definition der harmonisierten Norm. Aus rechtlicher Perspektive sind daher auch Normen, die im Auftrag der Kommission erarbeitet wurden, deren Fundstellen aber nicht im Amtsblatt veröffentlicht wurden, als „harmonisierte“ Normen anzusehen. In der Praxis werden solche Normen ohne Konformitätsvermutung allerdings verbreitet als „europäische“ Normen bezeichnet.

²⁴ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:821.

²⁵ EuGH, Urteil vom 14.12.2017, *Anstar Oy*, C-630/16, EU:C:2017:971.

²⁶ EuG, Urteil vom 26.01.2017, *Global Gardens Products Italy SpA (GGP Italy)* / Europäische Kommission, T-474/15, EU:T:2017:36.

²⁷ Vgl. nur *Colombo/Eliantonio*, Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns?, MJ 24 (2017), 323; *Klindt/Wende*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-613/14 – *James Elliott*, NJW 2017, 66; *Nusser*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-613/14 – *James Elliott*, NJW 2017, 315; *Tovo*, Judicial Review of Harmonized Standards, CMLRev 55 (2018), 1187; *Volpato*, The harmonized standards before the ECJ: *James Elliott Construction*, CMLRev 54 (2017), 591.

„Non-Paper“ von Anfang 2017 auf den spezifischen Kontext des Vorabentscheidungsurteils verwiesen und herausgestellt, dass der EuGH sowohl den nicht bindenden Charakter harmonisierter Normen als auch die Einordnung der Normungsorganisationen als privatrechtliche Einrichtungen bestätigt habe. Demgegenüber hat die Europäische Kommission sich infolge des Urteils zu verschiedenen Änderungen und „Klarstellungen“ des Normungsverfahrens veranlasst gesehen. Die wohl augenscheinlichste dieser Änderungen liegt darin, dass sie die Entscheidungen über die Veröffentlichung der Fundstellen harmonisierter Normen seit kurzem nicht mehr wie zuvor in Form einer Mitteilung in der Reihe C (*Communication*) des Amtsblatts veröffentlicht, sondern in Form eines Durchführungsbeschlusses in Teil L (*Legislation*). Hinzu kommt, dass die Kommission sich bei ihren Aufgaben im Rahmen des Normungsverfahrens seit Mitte 2018 durch sog. HAS-Consultants (*Harmonised Standards Consultants*) unterstützen lässt, die das frühere System sog. NA-Consultants (*New Approach Consultants*)²⁸ abgelöst haben. Zudem hat die Kommission die Form ihrer als Durchführungsbeschluss ergehenden Normungsaufträge an die europäischen Normungsorganisationen, die bisher anhand des Musters in Ziffer 4 und Anhang II von Teil II des Vademecums²⁹ erlassen wurden, in verschiedener Hinsicht verändert. So identifizieren diese Normungsaufträge seit kurzem die zu erlassenden harmonisierten Normen nicht nur weit- aus detaillierter als zuvor; sie sehen zudem in der jeweiligen Vorschrift zur Gültigkeit des Normungsauftrags erstmals ein Ablaufdatum der Geltungsdauer des Beschlusses vor.

Darüber hinaus hat die Kommission im November 2018 eine Mitteilung zu harmonisierten Normen veröffentlicht, in der sie über die in den letzten Jahren eingeleiteten Initiativen zur Unterstützung der Umsetzung der Normungsverordnung, „auch im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union“, berichtet.³⁰ In dieser Mitteilung führt sie in Bezug auf das *James-Elliott*-Urteil insbesondere aus, dass sie „dem Inhalt der harmonisierten Normen besondere Aufmerksamkeit widmen“ müsse, da der Gerichtshof

„die Verantwortung der Kommission für die Einleitung von Normungsverfahren und für die Verwaltung und Überwachung harmonisierter Normen [begründet habe]. Die Kommission ist daher verpflichtet, den Entwick-

²⁸ S. zum früheren System CEN/CENELEC Guide 15 – Tasks and responsibilities of the New Approach Consultants, April 2009.

²⁹ Europäische Kommission, Vademecum – Teil II (s. Fn. 12), S. 22 ff.

³⁰ Kommission, Mitteilung vom 22.11.2018 (s. Fn. 10), S. 1.

lungsprozess harmonisierter Normen gründlich zu verfolgen und zu bewerten, ob sie die in harmonisierten Rechtsvorschriften der Union und/oder Normungsaufträgen festgelegten Anforderungen erfüllen, um zu gewährleisten, dass harmonisierte Normen vollständig mit den geltenden Rechtsvorschriften in Einklang stehen. Dies umfasst nicht nur die technischen Aspekte von Normen, sondern auch andere Elemente der europäischen Normungsverordnung, wie etwa die Frage, ob ihr Entwicklungsprozess inklusiv war. Die Kommission beabsichtigt, diese Verpflichtungen so schnell und effizient wie möglich zu erfüllen.“³¹

Darüber hinaus kündigt die Kommission in dieser Mitteilung als eine von drei Maßnahmen zur Verbesserung der Funktionsweise des europäischen Normungssystems an,

„in Abstimmung mit den Interessenträgern in den kommenden Monaten einen Leitfaden zu den praktischen Aspekten der Umsetzung der Normungsverordnung aus[zuarbeiten, wobei sie insbesondere auf die Aufteilung der Aufgaben und Zuständigkeiten bei der Entwicklung harmonisierter Normen sowie auf Effizienz und Geschwindigkeit eingehen wird.“³²

Dieser Leitfaden solle die bestehenden Dokumente – namentlich den Blue Guide und das Vademecum – ergänzen und insbesondere die inhaltlichen und verfahrenstechnischen Aspekte des neuen Formats des Normungsauftrags sowie die Rolle der Kommission und der von ihr eingesetzten Fachberater (*HAS-Consultants*) verdeutlichen.

Anknüpfend an diese Ankündigung hat die Kommission zwischen Juli und Ende September 2019 eine Konsultation mit den Interessengruppen zu den Inhalten des von ihr angekündigten Leitfadens („*Guidance Note*“) sowie seines Verhältnisses zu bestehenden Leitlinien durchgeführt.³³ Die Konsultation hat kein vollständig einheitliches Bild ergeben. Sie zeigt aber, dass die meisten Interessenträger sowohl dem neuen System der *HAS Consultants* als auch den neuen Formaten für Normungsaufträge und Veröffentlichungsentscheidungen im Amtsblatt kritisch gegenüberstehen und diese vielfach als übertrieben schwerfällig und als fehlerhafte Umsetzung der Entscheidungen des Gerichtshofs ansehen. Ein weiteres Hauptanliegen der eingegangenen Stellungnahmen

³¹ Ebd., S. 3.

³² Ebd., S. 6.

³³ S. Dokument der Kommission vom 11.07.2019, Guidance on practical aspects of the implementation of Regulation (EU) No. 1025/2012 – Consultation of stakeholders, Ref. Ares(2019)4465012.

lag zudem in der als zu restriktiv und zu langsam wahrgenommenen Veröffentlichungspraxis harmonisierter Normen im EU-Amtsblatt, die Folge einer erheblich gesteigerten Prüfdichte seitens der Kommission ist. So wurden ausweislich einer Aufstellung von CEN/CENELEC von Januar 2020 die Referenzen einer ganzen Reihe harmonisierter Normen seit vielen Monaten nicht im Amtsblatt veröffentlicht, obwohl sie von den *HAS-Consultants* bereits positiv bewertet worden waren. Angeregt wurde in den Stellungnahmen ferner, anstelle eines neuen Leitfadens eine Überarbeitung der bestehenden Dokumente in Angriff zu nehmen, um ein Nebeneinander abweichender Arbeitsdokumente zu vermeiden.³⁴ Die Erarbeitung des neuen Dokuments bzw. die mögliche Revision der bestehenden Leitlinien dauert derzeit noch an.

II. Gutachtauftrag

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat uns vor diesem Hintergrund damit beauftragt, die Vereinbarkeit der neuen Verfahrensregeln mit der Normungsverordnung sowie den weiteren für die Normung maßgeblichen Dokumenten und Handreichungen, insbesondere also dem Blue Guide und dem Vademecum, rechtsgutachterlich zu untersuchen.

Auftragsgemäß sind dabei die folgenden Fragen in den Blick zu nehmen:

1. Welche Rechtsnatur haben harmonisierte Normen vor dem Hintergrund der jüngeren europäischen Rechtsprechung? Ist dabei insbesondere zu unterscheiden zwischen den allgemeinen harmonisierten Normen und solchen auf Grundlage der Bauprodukte-Richtlinie bzw. Normen, die einem vergleichbaren Regelungsapparat unterliegen? Folgen aus der jüngeren europäischen Rechtsprechung oder aus der neuen Vorgehensweise der Kommission bei der Erstellung von Normen Haftungsrisiken für die Kommission?
2. Folgt aus der jüngeren europäischen Rechtsprechung ein Erfordernis zur Einführung von Kontrollmechanismen durch die Kommission? Welche davon sind vor allem vor dem Hintergrund des sog. New Approach sowie der Vorgaben der EU-Normungsverordnung als zwingend und ausreichend anzusehen? Steht der Kommission ein Prüfungsrecht für Normen zu und wenn ja, wie weit geht das Prü-

³⁴ S. Dokument der Kommission vom 06.01.2020, Guidance on practical aspects of the implementation of Regulation (EU) No. 1025/2012 – Results of the consultation of stakeholders, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38922>, S. 3.

fungsrecht? Inwieweit ist in diesem Zusammenhang ein Übergang der Kommission zur Nutzung alternativer Standardsetzung als der Normung oder zur Beauftragung anderer Regelsetzer zulässig?

3. Welche Rolle spielen künftig die Mitgliedstaaten und der EU-Normungsausschuss bei der Entwicklung neuer Prozeduren zur Erstellung von Normen und deren Durchführung? Kann zum Beispiel eine Enthaltung des EU-Normungsausschusses zu einem Normungsauftrag von der Kommission ignoriert werden und der Normungsauftrag dennoch an die Normungsorganisationen erteilt werden?
4. Welche Rechtsschutzmöglichkeiten gibt es gegen neue Arbeitsprozeduren der Kommission?
5. Welchen Verbindlichkeitsgrad können von der Kommission erarbeitete und mit oder ohne Mitwirkung der Mitgliedsstaaten zustande gekommene Verfahrenspapiere und -ordnungen wie z.B. das sog. „Vademecum“ oder die „Guidance Note“ haben?

C.

Rechtliche Würdigung

I. Rechtsnatur harmonisierter Normen

Im *James-Elliott-Urteil* (Rs. C-613/14) hat der EuGH formuliert, dass eine harmonisierte Norm, die im Auftrag der Kommission auf Grundlage der damaligen Bauproduktenrichtlinie angenommen und deren Fundstelle im Amtsblatt veröffentlicht wurde, „Teil des Unionsrechts“ sei. Wie sich bei näherer Betrachtung erweist, bezieht sich diese Aussage auf den spezifischen Kontext der Auslegungsbefugnis des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV (dazu 1.). Hieraus folgt nicht, dass harmonisierte Normen denselben Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen wie sonstiges EU-Recht zu unterwerfen sind (dazu 2.).

1. Aussagen und Kontext des *James-Elliott-Urteils*

a) Argumentation des EuGH

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *James Elliott* ist auf ein Vorabentscheidungsersuchen des irischen *Supreme Court* ergangen. Diesem lag ein privatrechtlicher Rechtsstreit zwischen dem Bauunternehmen *James Elliott Construction Limited* und

seinem Lieferanten *Irish Asphalt Limited* um die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen durch die Lieferung angeblich mangelhafter Bauprodukte zugrunde. Nach der vertraglichen Vereinbarung war *Irish Asphalt* verpflichtet, bestimmte Baustoffe von handelsüblicher Beschaffenheit zu liefern. Diese handelsübliche Beschaffenheit wird nach den Angaben des vorlegenden Gerichts durch eine irische Norm konkretisiert³⁵, welche die harmonisierte Norm EN 13242:2002³⁶ national umsetzt. Letztere wurde im Jahr 2002 entsprechend einem Auftrag der Kommission auf der Grundlage der früheren Bauprodukten-Richtlinie 89/106/EWG angenommen.

Der irische *Supreme Court* legte dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Auslegung und rechtlichen Bedeutung der harmonisierten Norm bzw. der diese umsetzenden irischen Norm zur Vorabentscheidung vor. Dabei ersuchte er den Gerichtshof auch um die Klärung der vorgelagerten – und im hiesigen Zusammenhang primär relevanten – Frage, ob er für eine Vorabentscheidung über die Auslegung einer harmonisierten Norm (bzw. der in ihrer Umsetzung ergangenen nationalen Norm) zuständig sei. Eine solche Zuständigkeit des EuGH ist nach Art. 267 UAbs. 1 Buchst. b) AEUV (nur) für „Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ begründet.

Nachdem der Gerichtshof diese Frage 2010 im Urteil *Latchways* offengelassen hatte³⁷, ging er in der Rechtssache *James Elliott* von seiner Zuständigkeit zur Vorabentscheidung über harmonisierte Normen aus, deren Fundstellen im Amtsblatt veröffentlicht wurden. Obwohl der Generalanwalt *Campos Sanchez-Bordona* in seinen Schlussanträgen zuvor zum selben Ergebnis gekommen war³⁸, weicht die Begründung des EuGH dabei nicht unerheblich von der des Generalanwalts ab.³⁹ Letzterer vertrat in seinen Schlussanträgen die Auffassung, dass es sich bei harmonisierten Normen wie der des Ausgangsverfahrens um eine Handlung eines Organs, einer Einrichtung oder einer sonstigen Stelle im Sinne des Art. 267 AEUV handele. Er begründete dies vor allem damit, dass die Kommission in allen Verfahrensstadien erhebliche Kontrolle über die Ausarbeitung harmonisierter technischer Normen durch CEN ausübe. Es handele sich damit um einen Fall „kontrollierter“ Delegation von Normung an eine privatrechtlich

³⁵ I.S. EN 13242:2002 der National Standard Authority of Ireland.

³⁶ „Gesteinskörnungen für ungebundene und hydraulisch gebundene Gemische für den Ingenieur- und Straßenbau“ vom 23.09.2002, ausgearbeitet aufgrund eines Auftrags der Kommission vom 06.07.1998 (M 125 – Auftrag an CEN/CENELEC über harmonisierte Normen für Zuschlagstoffe für bestimmte Verwendungszwecke) vom Technischen Komitee CEN/TC 154 „Gesteinskörnungen“.

³⁷ EuGH, Urteil vom 21.10.2010, *Latchways* und *Eurosafe Solutions*, C-185/08, EU:C:2010:619, Rn. 32 ff.

³⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Campos Sánchez-Bordona* vom 28.01.2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:63.

³⁹ Ebenso *Colombo/Eliantonio*, Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns?, MJ 24 (2017), 323, 326 ff.

organisierte Normungsorganisation.⁴⁰ Auch wenn in den Schlussanträgen unklar blieb, ob der Generalanwalt die Norm der Kommission zurechnete und damit von der Handlung eines Organs der EU ausging oder ob er CEN als „sonstige Stelle der Union“ einordnete, sah er die Zuständigkeit des EuGH jedenfalls unmittelbar auf der Grundlage des Wortlauts des Art. 267 AEUV gegeben.

Der Argumentationsgang des EuGH ist bereits im Ausgangspunkt ein anderer. Er rekurriert zur Begründung der Zuständigkeit auf seine frühere Rechtsprechung, nach der er über den Wortlaut des Art. 267 AEUV hinaus auch für die Auslegung von – bindenden und nicht bindenden – Handlungen zuständig ist, die, obwohl sie *nicht* von „Organe[n], Einrichtungen oder sonstige[n] Stellen der Union“ im Sinne der Vorschrift vorgenommen wurden, den Charakter von Maßnahmen zur Durchführung oder Anwendung eines Rechtsakts der Union haben.⁴¹

Frühere Anwendungsfälle der genannten Rechtsprechung waren ausschließlich Handlungen von Einrichtungen, die durch ein zwischen der Union und Drittstaaten geschlossenes völkerrechtliches Übereinkommen geschaffen wurden und mit dessen Durchführung betraut waren.⁴² In seinem Urteil *James Elliott* überträgt der Gerichtshof diese Argumentation erstmals auf Handlungen einer juristischen Person des Privatrechts wie CEN, die als internationaler gemeinnütziger Verein nach belgischem Recht organisiert ist und deren Mitglieder die nationalen Normungsorganisationen der Mitgliedstaaten und der EFTA sind.⁴³

Die Übertragung begründet der Gerichtshof im Wesentlichen mit drei Erwägungen⁴⁴: Erstens sehe Art. 7 Abs. 3 der [früheren] Bauproduktenrichtlinie 89/106/EWG vor,

⁴⁰ Ebd., Rn. 38.

⁴¹ Rn. 34 des *James Elliott*-Urteils (vgl. Fn. 24) unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 20.09.1990, *Sevince*, C-192/89, EU:C:1990:322, Rn. 10 sowie Urteil vom 21.01.1993, *Deutsche Shell*, C-188/91, EU:C:1993:24, Rn. 17.

⁴² In der Rechtssache *Sevince* ging es um die Auslegung von Beschlüssen des durch das Assoziationsabkommen zwischen der früheren EWG und der Türkei geschaffenen Assoziationsrates; die Rechtssache *Deutsche Shell* hatte unverbindliche Empfehlungen des Gemischten Ausschusses zum Gegenstand, die die Verwaltung und Durchführung des Abkommens zwischen der früheren EWG sowie Österreich, Finnland, Island, Norwegen, Schweden und der Schweiz betrafen.

⁴³ Zu Recht kritisch gegenüber dieser Übertragung *Tovo*, *Judicial Review of Harmonized Standards*, CMLRev 55 (2018), 1187, 1193, der zutreffend darauf hinweist, dass Handlungen von Einrichtungen, die durch ein zwischen der Union und Drittstaaten geschlossenes völkerrechtliches Übereinkommen geschaffen wurden und mit dessen Durchführung betraut waren, automatisch Teil der Unionsrechtsordnung werden, während harmonisierte Normen mit der Veröffentlichung der Fundstelle durch die Kommission eines „Inkorporationsakts“ bedürfen.

⁴⁴ Rn. 37 ff. des *James Elliott*-Urteils (vgl. Fn. 24).

dass die Fundstellen der von den europäischen Normungsorganisationen erstellten harmonisierten Normen von der Kommission in der Ausgabe C des Amtsblatts der Europäischen Union veröffentlicht würden [heute: Ausgabe L, s. oben unter B.I.3.].

Zweitens stellt der EuGH auf die Rechtswirkungen der harmonisierten Norm ab: Die Veröffentlichung der Fundstelle der harmonisierten Norm im Amtsblatt habe gemäß Art. 4 Abs. 2 der Bauproduktenrichtlinie 89/106/EWG i. V. m. dem 11. Erwägungsgrund zur Folge, dass zugunsten der Erzeugnisse, die die in der harmonisierten Norm festgelegten Anforderungen erfüllen, vermutet werde, dass sie mit den wesentlichen Anforderungen der Richtlinie übereinstimmen. Diese Konformitätsvermutung ermögliche es dem betreffenden Erzeugnis, im Gebiet aller Mitgliedstaaten frei zu verkehren, in Verkehr gebracht und verwendet zu werden, ohne dass die Mitgliedstaaten – wie der Gerichtshof bereits zuvor im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland entschieden hatte⁴⁵ – zusätzliche Anforderungen für den wirksamen Marktzugang und die Verwendung dieser Produkte in ihrem Gebiet stellen dürften.

Auf diese – durch die Norm begründete – Konformitätsvermutung stützt der Gerichtshof zudem seine einleitend zitierte Annahme, dass eine harmonisierte Norm wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende „Teil des Unionsrechts“ sei („*forms part of EU law*“ (engl.); „*fait partie du droit de l’Union*“ (franz.); „*forma parte del Derecho de la Unión*“ (span.)). Dass der Nachweis der Konformität eines Bauprodukts mit den wesentlichen Anforderungen der Bauproduktenrichtlinie gegebenenfalls auch auf andere Weise zu erbringen sei als durch die Erfüllung der technischen Anforderungen der harmonisierten Norm, könne die hiermit verbundenen Rechtswirkungen nicht in Frage stellen.

Als drittes Argument führt der Gerichtshof an, dass mit der Ausarbeitung einer harmonisierten Norm zwar eine privatrechtliche Einrichtung betraut werde, diese Norm aber gleichwohl eine notwendige und durch die in der Bauproduktenrichtlinie definierten wesentlichen Anforderungen streng geregelte „Durchführungsmaßnahme“ darstelle, die auf Initiative und unter der Leitung und Aufsicht der Kommission erstellt werde. Die Kommission trage zudem mittels Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV Sorge für die volle Wirksamkeit der harmonisierten Normen.

b) Übertragbarkeit auf andere harmonisierte Normen

Diese Argumentation zeigt zugleich, dass die vom EuGH vorgenommene Qualifizierung als Teil des Unionsrechts nicht auf solche harmonisierten Normen beschränkt ist,

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, Kommission/Deutschland, C-100/13, EU:C:2014:2293, Rn. 55 f., 63.

die auf der Grundlage der früheren Bauproduktenrichtlinie 89/106/EWG erlassen wurden.

Die Richtlinie wies einige Spezifika gegenüber anderen im Rahmen des New Approach erlassenen Harmonisierungsrechtsakten auf. Diese Besonderheiten liegen in der Tatsache begründet, dass im Bausektor in erster Linie nicht Anforderungen an die Sicherheit der (Bau-)Produkte, sondern der Schutz von Leben und Gesundheit bei der Nutzung von Bauwerken sowie der Schutz von Umwelt und Klima vor Auswirkungen durch Bauwerke im Zentrum stehen.⁴⁶ Die in der Bauproduktenrichtlinie enthaltenen grundlegenden Sicherheitsanforderungen bezogen sich vor diesem Hintergrund nicht auf die Bauprodukte selbst, sondern auf die aus diesen Produkten hergestellten Bauwerke.⁴⁷

Aufgrund dieses spezifischen Harmonisierungsansatzes, der im Grundsatz auch der heutigen Bauproduktenverordnung 305/2011 zugrunde liegt,⁴⁸ waren die wesentlichen Anforderungen, die ein Bauprodukt erfüllen muss, nicht in der Bauproduktenrichtlinie selbst festgelegt, sondern vollständig der nachfolgenden Ebene – und damit ganz überwiegend harmonisierten Normen – vorbehalten.⁴⁹ Die technischen Anforderungen wurden in diesen Normen mit Blick auf die Grundanforderungen an Bauwerke sowie unterschiedliche Verwendungszwecke für jedes Produkt einzeln bestimmt. Dies hatte zur Folge, dass ein Hersteller sein Bauprodukt zur Verwendung in Bauwerken auf der Grundlage der Bauproduktenrichtlinie bzw. den zu ihrer Umsetzung ergangenen nationalen Vorschriften nur dann mit CE-Kennzeichnung vermarkten konnte, wenn das Produkt von einer harmonisierten Norm erfasst war (oder auf seinen Antrag eine Europäische Technische Bewertung für dieses ausgestellt war). Die Durchführung der Richtlinie war damit letztlich von der Existenz harmonisierter Normen abhängig.⁵⁰

⁴⁶ *Abend*, Neues Unionsrecht für die Vermarktung von Bauprodukten, EuZW 2013, 611 (612); *Jarass*, Probleme des Europäischen Bauproduktenrechts, NZBau 2008, 145.

⁴⁷ Die neue Bauproduktenverordnung macht diesen Unterschied auch terminologisch deutlich, indem sie nicht mehr von „wesentlichen Anforderungen“, sondern von „Grundanforderungen“ spricht, vgl. Art. 2 Nr. 4 der Bauproduktenverordnung 305/2011 (Fn. 21).

⁴⁸ Allerdings mit dem Unterschied, dass in der Bauproduktenverordnung 305/2011 nicht die materielle Konformität der Bauprodukte, sondern lediglich die Ermittlung der Leistung geregelt ist.

⁴⁹ *Abend*, Neues Unionsrecht für die Vermarktung von Bauprodukten, EuZW 2013, 611 (612 f.); *Jarass*, Probleme des Europäischen Bauproduktenrechts, NZBau 2008, 145 (147).

⁵⁰ *Schepel*, The Constitution of Private Governance – Private Standards in the Regulation of Integrating Markets, 2005, S. 228; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 29.03.2007, Carp, C-80/06, EU:C:2007:200, Rn. 34.

Dies ist in anderen Bereichen des Produktrechts nicht in gleicher Weise der Fall. Regelmäßig sind vielmehr die – hinreichend präzise zu formulierenden⁵¹ – grundlegenden Sicherheitsanforderungen für die Erzeugnisse, die im Binnenmarkt in Verkehr gebracht werden, bereits im Harmonisierungsrechtsakt selbst enthalten. Sie sind damit unabhängig vom Erlass harmonisierter Normen wirksam.

Der EuGH stützt seine Zuständigkeit für eine Auslegung der harmonisierten Norm indes – wie vorstehend gezeigt – nicht auf diese Spezifika von Normen im Bereich des Bauproduktenrechts, sondern rekuriert zur Begründung auf die Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt, die Vermutungswirkung und die Erarbeitung der Norm auf Initiative und unter dem Einfluss der Kommission. Alle drei dieser Eigenschaften treffen in gleicher Weise auf alle anderen harmonisierten Normen zu. Die wesentlichen Aussagen des Urteils sind daher auch auf andere harmonisierte Normen übertragbar, die auf der Grundlage von Harmonisierungsrechtsvorschriften nach dem Konzept des New Approach erlassen und deren Fundstellen im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurden.

Nicht übertragbar ist das Urteil dagegen auf solche harmonisierten Normen, deren Fundstellenveröffentlichung im Amtsblatt von der Kommission abgelehnt wurde.⁵² Diese Normen sind damit nicht als „Teil des Unionsrechts“ anzusehen und einer Vorabentscheidung durch den EuGH nicht zugänglich.

c) Kontext der Qualifikation harmonisierter Normen als „Teil des Unionsrechts“

Für die Einordnung und Reichweite der vorstehend dargestellten Aussagen des EuGH ist der spezifische Kontext der Entscheidung zu beachten. Der Gerichtshof trifft seine Feststellung, harmonisierte Normen seien „Teil des Unionsrechts“, unter dem spezifischen Blickwinkel der Prüfung seiner Zuständigkeit zur Vorabentscheidung im Rahmen des Art. 267 AEUV.⁵³ So ist das der Entscheidung zugrundeliegende, über den Wortlaut des Art. 267 AEUV hinausgehende Verständnis des EuGH der „Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“, das auch Handlungen

⁵¹ Entschließung des Rates vom 07.05.1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, Schema der Hauptgrundsätze und -elemente, die den Kern der Richtlinien bilden sollten, B. III. 1., ABl. 1985, Nr. C 136, S. 1 (4); Beschluss Nr. 768/2008/EG (vgl. Fn. 2), Erwägungsgrund 11.

⁵² EuGH, Urteil vom 21.10.2010, Latchways und Eurosafe Solutions, C-185/08, EU:C:2010:619, Rn. 30 ff.

⁵³ Ebenso *Volpato*, The harmonized standards before the ECJ: James Elliott Construction, CMLRev 54 (2017), 591 (601), die die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV gegen harmonisierte Normen vor diesem Hintergrund (weiterhin) verneint.

einer außerhalb der EU-Institutionen stehenden, privatrechtlichen Einrichtung umfassen soll, (nur) vor dem Hintergrund des Telos und der zentralen Bedeutung der Vorschrift zu verstehen: Das in Art. 267 AEUV geregelte Vorabentscheidungsverfahren dient in erster Linie dazu, die einheitliche Auslegung aller zur Unionsrechtsordnung gehörenden Bestimmungen innerhalb der EU zu sichern und damit die Einheit und die Einhaltung des Unionsrechts zu wahren.⁵⁴

Seiner Aufgabe der Wahrung des Rechts aus Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EUV kann der Gerichtshof nur für das „Unionsrecht“ nachkommen, das die äußere Grenze seiner Zuständigkeiten umreißt. Die jüngere Rechtsprechung zieht diese Grenze offenbar anhand der Frage, ob ein Organ oder eine Einrichtung der Union am Erlass einer Maßnahme mitgewirkt hat. Da dies bei harmonisierten Normen der Fall ist, die „auf Initiative und unter der Leitung und Aufsicht der Kommission erstellt“ werden,⁵⁵ nimmt der EuGH insoweit seine Zuständigkeit zur Vorabentscheidung über die Auslegung der Normen nach Art. 267 AEUV an. Demgegenüber hat er es in einer jüngeren Entscheidung abgelehnt, die Geschäftsordnung des Rates der nationalen Versicherungsbüros der Mitgliedstaaten – ein zwischen privaten Versicherungsbüros vereinbartes Regelwerk, auf das in einem Unionsrechtsakt Bezug genommen wird – im Rahmen seiner Zuständigkeit nach Art. 267 AEUV auszulegen:

„Der Gerichtshof hat nämlich festgestellt, dass diese Rechtsgeschäfte von privatrechtlichen Einrichtungen ausgearbeitet und abgeschlossen wurden, ohne dass ein Organ oder eine Einrichtung der Union an ihrem Abschluss beteiligt gewesen wäre.“⁵⁶

In der Tat kann aus der Beteiligung eines Organs oder einer Einrichtung der Union am Erlass einer – im Fall harmonisierter Normen auch mit begrenzten Rechtswirkungen verbundenen – Maßnahme ein Bedürfnis nach einer unionsweit einheitlichen Auslegung herrühren, die nur über eine Zuständigkeit des EuGH im Rahmen der Vorabentscheidung zu gewährleisten ist und daher eine Einstufung als „Unionsrecht“ für die Zwecke des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EUV, Art. 267 AEUV voraussetzt. Die bloße Mitwirkung eines Organs der EU rechtfertigt es aber gerade nicht, aus dieser Einordnung

⁵⁴ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 69. EL 2020, Art. 267 AEUV, Rn. 2. Vgl. zur Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens auch EuGH, Urteil vom 18.10.1990, Dzodzi, C-297/88 und 197/89, EU:C:1990:360, Rn. 33. I. d. S. auch EuGH, Urteil vom 13.01.2001, PreussenElektra, C-379/98, EU:C:2001:160, Rn. 38; Urteil vom 19.02.2002, Arduino, C-35/99, EU:C:2002:97, Rn. 24.

⁵⁵ Rn. 43 des *James Elliott*-Urteils (vgl. Fn. 24).

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 15.06.2017, Lietuvos Respublikos transporto priemonių draudikų biuras, C-587/15, EU:C:2017:463, Rn. 37; vgl. dagegen Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* vom 23.03.2017, Lietuvos Respublikos transporto priemonių draudikų biuras, C-587/15, EU:C:2017:234, Rn. 84.

im Kontext des Art. 267 AEUV verallgemeinernde Rückschlüsse auf andere Bereiche zu ziehen. Dies belegt auch die Vorgehensweise des EuGH selbst, der die harmonisierten Normen – anders als der Generalanwalt – wie dargestellt gerade nicht als Handlungen eines Organs, einer Einrichtung oder einer sonstigen Stelle der EU einordnet. Dies hat er in einer späteren Entscheidung im Zusammenhang mit einer Norm betreffend Prüfverfahren für Dieselkraftstoffe auf Grundlage der Richtlinie 98/70/EG⁵⁷ auch nochmals ausdrücklich bestätigt:

„Die Norm EN 590:2013 wurde nämlich nicht von einer Einrichtung der Union, sondern vom CEN, einer privatrechtlichen Einrichtung, erlassen.“⁵⁸

Dementsprechend hat auch das EuG entschieden, dass zwar die Veröffentlichung einer Fundstelle im Amtsblatt durch die Kommission, aber gerade nicht die betreffende Norm selbst eine Handlung eines EU-Organs darstellt.⁵⁹

Hiervon scheint im Übrigen auch das Europäische Parlament auszugehen, das in einer Entschließung vom 04.07.2017 zum Thema „Europäische Normen für das 21. Jahrhundert“ explizit hervorgehoben hat, dass

„Normen nicht als Teil des Unionsrechts aufgefasst werden können, da die Rechtsvorschriften und Maßnahmen, die sich auf das Niveau des Verbraucher-, Gesundheits-, Sicherheits-, Umwelt- und Datenschutzes sowie den Grad der sozialen Inklusion beziehen, vom Gesetzgeber festgelegt werden.“⁶⁰

2. Keine Gleichsetzung harmonisierter Normen mit sonstigem Unionsrecht

Dass der EuGH harmonisierte Normen zurecht nur im spezifischen Kontext des Art. 267 AEUV als Teil des Unionsrechts ansieht, wird dadurch unterstrichen, dass eine darüber hinausgehende Einordnung harmonisierter Normen als „echtes“ Unions-

⁵⁷ Richtlinie 98/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 über die Qualität von Otto- und Dieselkraftstoffen und zur Änderung der Richtlinie 93/12/EWG des Rates (ABl. 1998, L 350, S. 58).

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 22.02.2018, SAKSA, C-185/17, EU:C:2018:108, Rn. 38.

⁵⁹ EuG, Urteil vom 26.02.2017, GGP Italy / Kommission, T-474/15, EU:T:2017:36, Rn. 60.

⁶⁰ Europäisches Parlament, Entschließung vom 04.07.2017 zu dem Thema „Europäische Normen für das 21. Jahrhundert“ (2016/2274(INI)), A8-0213/2017.

recht mit allen damit verbundenen Charakteristika nicht nur im Widerspruch zum Wesen des New Approach stünde (dazu a)), sondern auch erhebliche rechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen würde (dazu b)).

a) Widerspruch zum Wesen des New Approach

Dass harmonisierte Normen außerhalb des Kontexts des Art. 267 AEUV nicht als vollwertiger „Teil des Unionsrechts“ zu qualifizieren sind, folgt bereits aus dem Wesen des New Approach.

Wie dargestellt (s. oben unter B.I.1.) ist die Harmonisierung nach dem New Approach dadurch gekennzeichnet, dass der Unionsgesetzgeber sich auf die Festlegung der wesentlichen Sicherungsanforderungen beschränkt, deren weitere Ausformung (nicht bindenden) technischen Spezifikationen der europäischen Normungsorganisationen überlassen bleibt.⁶¹ Die Inhalte harmonisierter Normen sollen mithin dezidiert nicht in EU-Rechtsakte aufgenommen, sondern von privatrechtlichen Organisationen außerhalb des institutionellen Rahmens der Union erarbeitet werden. Dieses Konzept liegt seit dem Übergang zum New Approach zahlreichen Harmonisierungsrechtsakten der EU zugrunde.

Diese politische Grundentscheidung wurde bei Erlass der Normungsverordnung im Jahr 2012 auch nochmals ausdrücklich bestätigt. In der von der Kommission im Vorfeld durchgeführten Folgenabschätzung wurde als Alternativmodell erwogen, eine europäische Agentur für Normung – also eine spezialisierte Einrichtung der EU – zu schaffen, die Durchführungsrechtsakte mit technischen Spezifikationen erlassen sollte. Im Ergebnis wurde dieser Weg jedoch zugunsten des jetzigen Modells verworfen. Die genannten Gründe lagen namentlich in der Schwierigkeit, eine hinreichende technische Expertise zu gewährleisten, und in den zu erwartenden erheblichen Kosten.⁶²

Demnach widerspräche eine Einstufung harmonisierter Normen als Unionsrechtsakte der politischen Grundentscheidung für den New Approach. Harmonisierte Normen würden im Wege der Auslegung *contra legem* zu etwas gemacht, was sie nach dem Willen des Unionsgesetzgebers gerade nicht sein sollen. Der New Approach würde

⁶¹ Vgl. etwa auch *Anselmann*, Die Bezugnahme auf harmonisierte technische Regeln im Rahmen der Rechtsangleichung, in: Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991, S. 101 (105), der von einer „Dereglementierung“ und „Verlagerung der Regelsetzung in den freiwilligen Bereich“ spricht.

⁶² Commission Staff Working Paper, Impact assessment accompanying document to the Proposal for a Regulation on European Standardisation, SEC(2011) 671 final vom 01.06.2011, S. 24 (“Policy Option 1.B: create a European Agency for Standards that would manage the standard-setting process. The agency would merge and replace the existing ESOs.”), S. 30 ff.

faktisch aufgegeben und das überwunden geglaubte „alte Konzept“ detaillierter Rechtsakte durch die Hintertür wieder eingeführt.

b) Rechtsprobleme bei Einordnung als „echtes“ Unionsrecht

Die Einstufung harmonisierter Normen als EU-Rechtsakte zöge darüber hinaus erhebliche rechtliche Widersprüche und Schwierigkeiten nach sich. Auch um diese zu vermeiden, ist es daher geboten, die Aussage des *James-Elliott*-Urteils entsprechend dem Ansatz des EuGH auf den spezifischen Kontext des Art. 267 AEUV zu beschränken.

Zum einen müssten harmonisierte Normen, wollte man sie als EU-Rechtsakte ansehen, sämtliche Voraussetzungen erfüllen, die eine solche Einstufung zur Folge hätte. Dies würde etwa bedeuten, dass harmonisierte Normen in alle Amtssprachen der EU zu übersetzen wären (Art. 342 AEUV i. V. m. Art. 4 der Verordnung Nr. 1 des Rates vom 15.04.1958 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft). Zudem sind nach Art. 296 Abs. 2 AEUV sämtliche Rechtsakte der EU mit einer Begründung zu versehen. Die Begründung muss die Überlegungen des handelnden Organs so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann.⁶³ Dass harmonisierte Normen derart zu begründen seien, ist weder in der Normungsverordnung noch in den betreffenden Harmonisierungsrechtsakten vorgesehen. Dementsprechend enthalten Normen in der Praxis auch keine solche Begründung.

Zum zweiten hätte die Qualifizierung harmonisierter Normen als „echte“ Unionsrechtsakte wohl auch zur Folge, dass diesen sämtliche Charakteristika des Unionsrechts zukämen, also insbesondere Vorrang vor sämtlichen entgegenstehenden nationalen Bestimmungen. Auch dies hat der Unionsgesetzgeber ersichtlich nicht beabsichtigt. Es stünde auch im Widerspruch zum Urteil in der Rechtssache *James Elliott* selbst. Darin geht der EuGH gerade nicht von einem allgemeinen Vorrang harmonisierter Normen gegenüber mitgliedstaatlichem Recht aus, da Vorschriften des nationalen Kaufvertragsrechts von diesen Normen abweichende Anforderungen an die Brauchbarkeit von Produkten statuieren können.⁶⁴

Auch das Bundesverwaltungsgericht ist dementsprechend in einem Urteil aus September 2018 zum Ergebnis gekommen, dass der EuGH in seiner *James-Elliott*-Entscheidung

⁶³ Siehe etwa EuGH, Urteil vom 16.06.2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, Rn. 70.

⁶⁴ Vgl. Rn. 54 ff. des *James Elliott*-Urteils (vgl. Fn. 24).

„einer harmonisierten Norm eines europäischen privaten Normierungsgremiums, die in einen sekundär-unionsrechtlichen Mechanismus der Vermutung der Brauchbarkeit eines Produkts einbezogen wurde, keine unmittelbare Außenwirkung oder gar den Rang einer Außenrechtsvorschrift zu[misst]. Verbindlichkeit hat er der Norm nur insoweit zugesprochen, als ihre Erfüllung die Vermutung der – auch auf andere Weise zu belegenden – Erfüllung der einschlägigen technischen Anforderungen begründet und die Mitgliedstaaten den Marktzugang deshalb nicht mit der Begründung verweigern dürfen, die Anforderungen seien nicht erfüllt. Dagegen hat er eine Bindung der (im betreffenden Fall zivil-)richterlichen Beurteilung der Brauchbarkeit des Produkts an die harmonisierte Norm ausdrücklich verneint (vgl. Rn. 3, 52 ff., 73).“⁶⁵

Da der EuGH die harmonisierten Normen – wie vorstehend dargestellt – gerade nicht der Kommission als Organ der EU zugerechnet hat, würde eine Einstufung als EU-Rechtsakte ferner voraussetzen, dass den europäischen Normungsorganisationen Rechtssetzungsbefugnisse übertragen worden sind. Eine solche Delegation ist indes – wovon wohl auch der EuGH ausgeht – gerade nicht erfolgt. Dies wird schon darin deutlich, dass die Beziehungen zwischen der Kommission und den europäischen Normungsorganisationen auf vertraglicher Grundlage und durch gemeinsam erarbeitete „Allgemeine Leitlinien für die Zusammenarbeit“⁶⁶ geregelt sind. Die Gleichwertigkeit der Akteure kommt auch darin zum Ausdruck, dass es den europäischen Normungsorganisationen überlassen ist, Normungsaufträge der Europäischen Kommission abzulehnen, was in der Praxis auch tatsächlich geschieht.⁶⁷ Selbst wenn eine Delegation erfolgen sollte, wäre ferner zweifelhaft, inwieweit die Grenzen gewahrt werden könnten, die der EuGH für die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf private Einrichtungen gezogen hat.⁶⁸

Hinzu kämen zahlreiche weitere Probleme, etwa die Frage der Veröffentlichung der Normen selbst – nicht lediglich ihrer Fundstellen – im Amtsblatt (vgl. Art. 297 Abs. 2

⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 19.09.2018 – 8 C 6/17, BVerwGE 163, 93, juris Rn. 27.

⁶⁶ Allgemeine Leitlinien für die Zusammenarbeit zwischen CEN, CENELEC und ETSI sowie der Europäischen Kommission und der Europäischen Freihandelsgemeinschaft vom 28.03.2003, ABl. 2003, Nr. C 91, S. 7.

⁶⁷ So zuletzt am 16.06.2020 bei der Ablehnung eines Normungsauftrags in Bezug auf Medizinprodukte (zur Unterstützung der Verordnung (EU) 2017/745) und auf In-vitro-Diagnostika (zur Unterstützung der Verordnung (EU) 2017/746).

⁶⁸ Siehe dazu EuGH, Urteil vom 22.01.2014, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:418, Rn. 41-43; Urteil vom 13.06.1958, Meroni / Hohe Behörde, C-9/56, EU:C:1958:7.

UAbs. 2 AEUV) sowie die potentielle unmittelbare Grundrechtsbindung der europäischen und nationalen Normungsorganisationen (vgl. Art. 51 GRCh). Zu alledem hat sich der Unionsgesetzgeber erkennbar keine Gedanken gemacht. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass er nicht davon ausging, den europäischen Normungsorganisationen die Befugnis zum Erlass von EU-Rechtsakten zu übertragen.

Hinzu kämen schließlich verfassungsrechtliche Probleme. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur EU-Bankenunion begegnet die Verlagerung von Rechtssetzungs- und Vollzugskompetenzen auf in den EU-Verträgen nicht vorgesehene Einrichtungen „nicht unerheblichen Bedenken“.⁶⁹ Im Rahmen von Art. 114 Abs. 1 AEUV – der Rechtsgrundlage für die Normungsverordnung und zahlreiche Harmonisierungsakte – müsse eine solche auf „eng begrenzte Ausnahmen beschränkt“ bleiben. Zudem bedürfe es spezifischer Vorkehrungen, um eine demokratische Legitimation des Handelns der betreffenden Einrichtung sicherzustellen. Sollten Basisrechtsakte der EU diesen Anforderungen nicht genügen, würden sie vom Bundesverfassungsgericht als *ultra vires* und Verletzung der deutschen Verfassungsidentität angesehen und für in Deutschland unanwendbar erklärt. Auch um derartige Probleme zu vermeiden, sollten harmonisierte Normen daher nicht als EU-Rechtsakte eingestuft werden.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sprechen damit sowohl der Kontext innerhalb des Urteils als auch rechtssystematische Erwägungen dafür, dass der EuGH mit seiner Formulierung, harmonisierte Normen seien Teil des Unionsrechts, lediglich seine Zuständigkeit zur Vorabentscheidung im Rahmen des Art. 267 AEUV begründen wollte. Evident ist es dem Gerichtshof nicht darum, harmonisierte Normen denselben Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen wie sonstiges EU-Recht zu unterwerfen und damit letztlich den New Approach in Frage zu stellen.

II. Prüfungsbefugnisse und -pflichten der Kommission

Nach Art. 10 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 der Normungsverordnung prüft die Kommission vor Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt der EU, ob die Norm den Anforderungen aus dem Normungsauftrag genügt. Obwohl der Verordnung hierzu keine ausdrücklichen Vorgaben zu entnehmen sind, sprechen die

⁶⁹ Siehe BVerfG, Urt. v. 30.07.2019 – 2 BvR 1685/14 u.a., BVerfGE 151, 202, insb. Rn. 240, 246 und 267 f.

besseren Gründe dafür, dass sich die Prüfungskompetenz der Kommission im Wesentlichen auf formale Übereinstimmungsaspekte der harmonisierten Norm, des Normungsauftrags sowie des Harmonisierungsrechtsakts beschränkt. Die Kommission darf mithin insbesondere nicht strukturell den Meinungsbildungsprozess bei den europäischen Normungsorganisationen unterlaufen, indem sie ihre Einschätzung an die Stelle der Einschätzung der Normungsgremien setzt (dazu 1.). Die von der Kommission in ihrer neueren Praxis für sich in Anspruch genommene umfassende Prüfungskompetenz dürfte vor diesem Hintergrund mit den Vorgaben der Normungsverordnung in Teilen nicht vereinbar sein (dazu 2.).

1. Prüfungsumfang und -tiefe der Kommission nach Art. 10 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 der Normungsverordnung

Der Veröffentlichung von Fundstellen harmonisierter Normen im Amtsblatt ging lange Zeit keine systematische und rechtlich verankerte *ex ante*-Prüfung der Norm durch die Kommission voraus.⁷⁰ So heißt es etwa in einem Anwendungsdokument der Europäischen Kommission zur Methode des Verweises auf Normen in der europäischen Gesetzgebung aus dem Jahr 2002:

“[T]he New Approach leaves the technical work complementing and specifying legislation to bodies without legislative authority. [...] [A]n ex-ante control of the technical work by the legislator does not take place. The European legislator has faith in the accountability of the European Standards system. [...]”⁷¹

Dieser Ansatz einer Beschränkung auf eine bloße *ex-post*-Kontrolle im Wege formeller Einwände änderte sich spätestens mit Inkrafttreten der Normungsverordnung, die zu einer Verrechtlichung des Verfahrens sowie einer Stärkung der Rolle der Kommission im Normungsprozess geführt hat. Art. 10 Abs. 5 und 6 der Normungsverordnung

⁷⁰ Vgl. etwa Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Effizienz und Verantwortlichkeit in der europäischen Normung im Rahmen des neuen Konzepts, KOM(1998) 291 endg., Ziffer 6: „Das neue Konzept hat auch strukturelle Änderungen mit sich gebracht. So wurde die Verantwortung für die Aufstellung Europäischer Normen als „harmonisierte“ Normen im Rahmen des neuen Konzepts den europäischen Normenorganisationen übertragen. Gleichzeitig haben sich die Behörden verpflichtet, nicht auf einer Genehmigung des technischen Inhalts solcher Normen zu bestehen. Die Behörden brauchen selbst dann die Normen nicht zu genehmigen, wenn die technischen Aspekte zuvor gesetzlich geregelt waren.“ Vgl. ferner *Schepel*, *The Constitution of Private Governance – Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, 2005, S. 235: “The Commission does not engage in any technical verification of the standards and publishes their references ‘blindly’”.

⁷¹ Europäische Kommission, *Methods of referencing standards in legislation with an emphasis on European legislation*, 2002, S. 9.

sehen vor, dass die Kommission eine Prüfung vornimmt, bevor sie die Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Die Vorschriften lauten:

„(5) Die europäischen Normungsorganisationen unterrichten die Kommission über die Tätigkeiten für die Erarbeitung der in Absatz 1 genannten Schriftstücke. Die Kommission prüft gemeinsam mit den europäischen Normungsorganisationen die Übereinstimmung der von den europäischen Normungsorganisationen erarbeiteten Schriftstücke mit ihrem ursprünglichen Auftrag.

(6) Wenn eine harmonisierte Norm den Anforderungen genügt, die sie abdecken soll und die in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind, veröffentlicht die Kommission unverzüglich eine Fundstelle einer solchen harmonisierten Norm im Amtsblatt der Europäischen Union oder durch andere Mittel nach Maßgabe der Bedingungen in dem entsprechenden Harmonisierungsrechtsakt der Union.“

Die Kommission hat sich demnach vor Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt gemeinsam mit den europäischen Normungsorganisationen erstens zu vergewissern, ob die von den Normungsorganisationen erarbeitete Norm mit ihrem zugrunde liegenden Normungsauftrag übereinstimmt (Art. 10 Abs. 5 Satz 2 der Normungsverordnung). Da Abs. 6 eine Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt nur dann vorsieht, wenn die Norm „den Anforderungen genügt, die sie abdecken soll und die in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind“, scheint zweitens auch der sechste Absatz implizit eine Prüfpflicht – diesmal allein der Kommission ohne Beteiligung der Normungsorganisationen – festzuschreiben.⁷²

Das Verhältnis der beiden Absätze und der darin vorgesehenen Prüfungen zueinander ist nicht ganz klar. Auf den ersten Blick bleibt die nach Abs. 5 Satz 2 vorzunehmende Prüfung hinter der von Abs. 6 implizit vorausgesetzten zurück: Während nach Abs. 5 Satz 2 allein die Übereinstimmung der Norm mit dem Normungsauftrag zu überprüfen ist, muss nach Abs. 6 die Übereinstimmung nicht nur mit dem Mandat, sondern auch mit den Anforderungen des jeweiligen Harmonisierungsrechtsakts gewährleistet sein.

⁷² Englische Sprachfassung: “Where a harmonised standard satisfies the requirements which it aims to cover and which are set out in the corresponding Union harmonisation legislation [...]”. Französische Sprachfassung: « Lorsqu'une norme harmonisée répond aux exigences qu'elle vise à couvrir et qui sont définies dans la législation correspondante d'harmonisation de l'Union [...] ».

Eine genauere Betrachtung zeigt indes, dass sich der Prüfgegenstand beider Absätze regelmäßig inhaltlich decken wird. Harmonisierte Normen dienen bereits definitionsgemäß der Durchführung von Harmonisierungsrechtsakten der EU auf der Grundlage eines Auftrags der Kommission (vgl. Art. 2 Nr. 1 Buchst. c) der Normungsverordnung). Ein auf die Erarbeitung solcher Normen gerichteter Auftrag muss eindeutig auf die rechtlichen Anforderungen verweisen, die er erfassen soll. Das in Teil II des Vademecums entwickelte Muster für Normungsaufträge sieht dementsprechend vor, dass in einem Anhang „Anforderungen festzulegen [sind], die die in Auftrag gegebenen europäischen Normen [...] inhaltlich erfüllen müssen“.⁷³ Dabei muss „ein klarer Verweis auf die wesentlichen oder sonstigen rechtlichen Anforderungen gegeben werden, die den Ausgangspunkt für den Auftrag bildeten“. Der Normungsauftrag bildet die wesentlichen Anforderungen des Harmonisierungsrechtsakts damit notwendigerweise inhaltlich ab. Hieraus folgt, dass die nach Abs. 5 Satz 2 zu prüfende Übereinstimmung mit dem Normungsauftrag grundsätzlich auch die Übereinstimmung mit den zugrundeliegenden Anforderungen des Harmonisierungsrechtsakts indiziert.

Unterschiede zwischen Art. 10 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 der Normungsverordnung bestehen ausweislich des Vademecums aber hinsichtlich des Zeitpunkts der Prüfung: Die Übereinstimmungsprüfung nach Abs. 5, die in Zusammenarbeit mit den europäischen Normungsorganisationen zu erfolgen hat, soll nach dem Vademecum vorzugsweise bereits durchgeführt werden, bevor ein Dokument formal durch eine Normungsorganisation angenommen wird.⁷⁴ Die Prüfung nach Abs. 6 erfolgt dagegen, wie aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, unmittelbar im Vorfeld der Entscheidung über die Veröffentlichung der Fundstelle der Norm im Amtsblatt, mithin nach Ratifikation der harmonisierten Norm.

Es ist somit davon auszugehen, dass die in Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 vorgesehenen Prüfungen ihrem Prüfungsumfang nach grundsätzlich übereinstimmen. Damit bleibt indes die Frage nach der *Tiefe* der von der Kommission vorzunehmenden Prüfung. Da sich diese aus der Normungsverordnung selbst nicht unmittelbar ergibt, ist sie im Wege der Auslegung unter Einbeziehung der Arbeitsdokumente der Kommission sowie der jüngeren Rechtsprechung des EuGH seit dem *James-Elliott*-Urteil zu ermitteln:

⁷³ Europäische Kommission, Vademecum – Teil II (s. Fn. 12), S. 25.

⁷⁴ Europäische Kommission, Vademecum – Teil I (s. Fn. 12), S. 30.

a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut des Art. 10 der Normungsverordnung ist mit Blick auf die Prüftiefe der Kommission zunächst offen und lässt zwei fundamental unterschiedliche Deutungen zu: Einerseits ist denkbar, dass die Prüfung der Kommission sich in einem rein formalen Abgleich der Regelungen der harmonisierten Norm mit den Anforderungen des Normungsauftrags im Sinne eines „Abhakens“ erschöpft. Die Kommission wäre dann auf die Frage beschränkt, ob bzw. inwieweit die betreffende Norm die Anforderungen aus dem Normungsauftrag und dem Harmonisierungsrechtsakt abdeckt. Die inhaltliche Richtigkeit der Norm, insbesondere deren technische Angemessenheit, wäre dagegen ebenso wenig zu prüfen wie die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Transparenz und Beteiligung im Normungsprozess.

Andererseits ist auch eine Deutung mit dem Wortlaut vereinbar, wonach die Kommission im Rahmen von Art. 10 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 der Normungsverordnung umfassend zu prüfen hat, ob eine Norm materiell den Anforderungen des Normungsauftrags und des Harmonisierungsrechtsakts und in formeller Hinsicht den Vorgaben der Normungsverordnung „genügt“. Danach könnte insbesondere auch zu verifizieren sein, ob die darin enthaltenen Regelungen dem Stand der Technik entsprechen.

b) Systematische Auslegung

Auch eine systematische Auslegung unter Berücksichtigung der Parallelvorschrift des Art. 11 der Normungsverordnung führt zu keinem gänzlich eindeutigen Ergebnis, legt aber eine gewisse Begrenzung der Prüfungstiefe nahe.

Diese Vorschrift sieht die Möglichkeit vor, gegen harmonisierte Normen, die den jeweiligen Anforderungen der Harmonisierungsrechtsvorschriften nicht voll entsprechen, formelle Einwände zu erheben. Sie lautet wie folgt:

„Artikel 11 – Formelle Einwände gegen harmonisierte Normen

(1) Ist ein Mitgliedstaat oder das Europäische Parlament der Auffassung, dass eine harmonisierte Norm den Anforderungen nicht voll entspricht, die sie abdecken soll und die in den einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind, hat dieser Mitgliedstaat oder das Europäische Parlament die Kommission hiervon unter Beifügung einer ausführlichen Erläuterung in Kenntnis zu setzen, und die Kommission entscheidet nach Konsultation des durch die entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union eingesetzten Ausschusses, soweit ein solcher Ausschuss besteht, oder

nach einer sonstigen Konsultation von Experten des jeweiligen Sektors,

a) die Fundstellen der betreffenden harmonisierten Norm im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen oder nicht oder nur mit Einschränkungen zu veröffentlichen;

b) die Fundstellen der betreffenden harmonisierten Norm im Amtsblatt der Europäischen Union zu belassen, mit Einschränkung zu belassen oder zu streichen.“

Formale Einwände nach Art. 11 Abs. 1 der Normungsverordnung können sich dabei nicht nur auf die Unvollständigkeit einer Norm beziehen. Ein Mitgliedstaat oder das Europäische Parlament können vielmehr umfassend geltend machen, dass eine harmonisierte Norm „den Anforderungen nicht voll entspricht“, was die Rüge einer inhaltlichen Unrichtigkeit der Norm einschließt.

Dieses Verständnis des Verfahrens des formellen Einwands könnte zunächst dafür sprechen, auch die Prüfpflicht der Kommission vor der Fundstellenveröffentlichung gemäß Art. 10 Abs. 6 der Normungsverordnung in einem vergleichbar umfassenden Sinne zu verstehen. Denn der Wortlaut von Art. 10 Abs. 6 und Art. 11 Abs. 1 der Normungsverordnung ist sehr ähnlich: In beiden Fällen geht es um die Frage, ob eine harmonisierte Norm den Anforderungen des betreffenden Harmonisierungsrechtsakts „genügt“ bzw. „entspricht“.⁷⁵ Zudem verfolgt die *ex-ante*-Prüfung durch die Kommission den Zweck, etwaige Mängel von Normen in einem frühen Stadium zu beheben, um die nachträgliche Erhebung formeller Einwände entbehrlich zu machen. Dies ergibt sich aus dem 25. Erwägungsgrund der Normungsverordnung:

„Es ist wichtig, dass Behörden in allen Phasen der Entwicklung dieser Standards, in denen sie befasst werden können, an der Normung mitwirken, besonders in den von den Harmonisierungsvorschriften der Union für Produkte erfassten Bereichen, weil die Normung als Instrument zur Durchsetzung der Rechtsvorschriften und der Politik der Union von großer Bedeutung ist und es zu vermeiden gilt, dass im Nachhinein Einsprüche gegen harmonisierte Normen erhoben und Änderungen daran vorgenommen werden.“

⁷⁵ In der englischen Sprachfassung ist der Wortlaut beider Vorschriften insoweit sogar identisch (“*satisfy the requirements*”).

Einer solchen gleichlaufenden Auslegung beider Vorschriften als komplementäre umfassende Prüfungsbefugnisse stehen jedoch die Verfahrensvorschriften der Normungsverordnung entgegen: Gemäß Art. 10 Abs. 1 und 2 der Normungsverordnung ergeht ein Normungsauftrag der Kommission als Durchführungsbeschluss im Prüfverfahren gemäß Art. 22 Abs. 3 der Normungsverordnung und Art. 5 der Komitologie-Verordnung. In diesem Verfahren wird die Kommission durch einen Ausschuss von Vertretern der Mitgliedstaaten unterstützt, an dessen Stellungnahme sie grundsätzlich gebunden ist (s. im Einzelnen unten unter C.IV.1.b)). Ähnlich stellt sich das Verfahren über einen formellen Einwand gemäß Art. 11 Abs. 1 der Normungsverordnung dar. An dessen Ende steht ebenfalls ein Durchführungsbeschluss der Kommission, der nach Art. 11 Abs. 5 und Art. 22 Abs. 2 oder 3 der Normungsverordnung unter Beteiligung des Ausschusses der Vertreter der Mitgliedstaaten ergeht.

Im Unterschied hierzu sieht Art. 10 Abs. 6 der Normungsverordnung gerade *nicht* vor, dass die Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Wege eines förmlichen Beschlusses erfolgt. Ebenso wenig sieht er vor, dass die Kommission bei der Prüfung einer Norm und der anschließenden Fundstellenveröffentlichung durch einen Ausschuss von Vertretern der Mitgliedstaaten unterstützt wird. Vielmehr wird dort lapidar ausgeführt, dass die Kommission die Fundstelle einer Norm, die den Anforderungen entspricht, „unverzüglich“ im Amtsblatt veröffentlicht.

Dieser bemerkenswerte Umstand spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber die Kommission in diesem Stadium auf eine weitgehend formale Rolle beschränken wollte. Die entscheidenden Weichen für die Konformität der harmonisierten Norm mit den Anforderungen des Harmonisierungsrechtsakts sollen bereits bei Erlass des Normungsauftrags gestellt werden – aus diesem Grund ist dort auch die Beteiligung von Vertretern der Mitgliedstaaten im Prüfverfahren vorgesehen.⁷⁶ Die inhaltliche Ausarbeitung der maßgeblichen Normen soll demgegenüber im Sinne eines gestuften Verfahrens grundsätzlich den europäischen Normungsorganisationen obliegen. Dies steht der Annahme entgegen, die Kommission dürfe die Prüfung der harmonisierten Norm vor Veröffentlichung ihrer Referenz im Amtsblatt zum Anlass dafür nehmen, die Normungsarbeit des technischen Ausschusses praktisch zu duplizieren oder gar eigene technische Regeln an die Stelle der von den Normungsorganisationen konsentierten Inhalte zu setzen.

⁷⁶ Zur Bedeutung des Normungsauftrags vgl. auch EuGH, Urteil vom 14.12.2017, Anstar, C-630/16, EU:C:2017:971, Rn. 35 f.

Die Kommission muss bei ihrer Prüfung im Vorfeld der Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt dementsprechend einen Abgleich zwischen Norm und Normungsauftrag (Mandat) vornehmen, der zwar durchaus detailliert sein kann, sich aber primär auf formale Aspekte, Vollständigkeit und Folgerichtigkeit der Norm zu beziehen hat. Eine grundlegende inhaltliche Vollüberprüfung der Norm findet nicht statt. (Nur) deshalb überlässt die Normungsverordnung diesen Verfahrensschritt auch allein der Kommission ohne Beteiligung des Ausschusses der Vertreter der Mitgliedstaaten.

Bestehen demgegenüber – insbesondere nach einem formalen Einwand – konkrete Anhaltspunkte für eine etwaige Mangelhaftigkeit der harmonisierten Norm, rechtfertigt dies eine vertiefte inhaltliche Prüfung der Norm. Diese kann und soll dann aber eben nur unter Beteiligung des Ausschusses mit Vertretern der Mitgliedstaaten vorgenommen werden.

Wollte man der Kommission auch außerhalb des Verfahrens formaler Einwände stets eine umfassende inhaltliche Prüfkompetenz im Vorfeld der Fundstellenveröffentlichung zusprechen, wäre nicht zu erklären, weshalb ausgerechnet diese Prüfung vom Unionsgesetzgeber keinem Ausschussverfahren nach der Komitologie-Verordnung unterworfen wurde.

c) **Teleologische Auslegung**

Entscheidend gegen eine umfassende inhaltliche Prüfungspflicht der Kommission sprechen zudem die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Normungsverordnung. Die Normungsverordnung ist – wie dargestellt (s. oben B.I.2.) – ein Instrument zur näheren Ausgestaltung der Verfahren und Zuständigkeiten im Rahmen des New Approach. Im 5. Erwägungsgrund der Normungsverordnung heißt es vor diesem Hintergrund etwa:

„Europäische Normen haben für den Binnenmarkt eine ganz wesentliche Bedeutung, beispielsweise aufgrund der Verwendung harmonisierter Normen, verbunden mit der Vermutung der Konformität von Produkten, die auf dem Markt angeboten werden sollen, mit den wesentlichen Anforderungen hinsichtlich jener Produkte, die in den einschlägigen Rechtsvorschriften der Union zur Harmonisierung festgelegt sind.“

Ebenso erläuterte bereits die Begründung zum Verordnungsvorschlag der Kommission:

„Die europäische Normung ist das Ergebnis der freiwilligen Zusammenarbeit von Industrie, Behörden und anderen Interessengruppen, und sie erfolgt innerhalb eines auf Offenheit, Transparenz und Konsens gegründeten

Systems. Für die europäische Industrie stellen Normen die Zusammenfassung vorbildlicher Verfahren in einem spezifischen Bereich dar, da sie das kollektive Fachwissen der beteiligten Akteure enthalten.⁷⁷

Eine umfassende inhaltliche Prüfung harmonisierter Normen einschließlich ihrer technischen Aspekte durch die Kommission würde dem Wesen und dem Zweck des New Approach diametral entgegenstehen. Verantwortlich für den Inhalt der Normen wären nicht mehr die europäischen Normungsorganisationen, denen diese Aufgabe im Sinne eines *legislative self-restraint* gerade zukommen sollte, sondern letztlich die Kommission. Normen wären damit keine von den Normungsorganisationen erarbeiteten privaten Regelwerke mehr, sondern quasi atypische Durchführungsrechtsakte der Kommission. Das Grundprinzip des New Approach, der auf eine Konkretisierung gesetzgeberischer Vorgaben durch freiwillig anzuwendende, nicht bindende technische Spezifikationen ausgerichtet ist, würde damit konterkariert.⁷⁸ Zudem dürfte ein solcher Ansatz einer umfassenden inhaltlichen Prüfung und Verantwortlichkeit der Kommission für harmonisierte Normen sowohl in technisch-fachlicher als auch in personeller Hinsicht absehbar zu einer Überforderung der Kommission führen.⁷⁹

Dem ließe sich auch nicht durch die Heranziehung externer Dienstleister (sog. *HAS Consultants*) begegnen. Zwar ist die Kommission grundsätzlich berechtigt, sich von Dienstleistern *unterstützen* zu lassen. Die Verantwortung für die Erfüllung ihrer Aufgaben liegt jedoch bei ihr selbst und kann nicht auf Private übertragen werden.⁸⁰ Sofern man also (entgegen dem Grundansatz des New Approach) eine umfassende Prüfung harmonisierter Normen für geboten hielte, wäre diese grundsätzlich von der Kommission selbst vorzunehmen. Externe Dienstleister könnten sie unterstützen, nicht aber ersetzen. Dies gilt umso mehr, als der Unionsgesetzgeber mit der Normungsverordnung ein ausgeklügeltes System geschaffen hat, in dem der private Sachverstand der Normungsorganisationen und ihrer Experten herangezogen wird, um die Produktregulierung im öffentlichen Interesse zu unterstützen. In diesem Zusammenhang sieht Art. 10 Abs. 5 Satz 2 der Normungsverordnung explizit vor, dass die Kommission „gemeinsam mit den europäischen Normungsorganisationen“ prüft, ob eine Norm mit dem Normungsauftrag übereinstimmt. Vor diesem Hintergrund widerspräche es der

⁷⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur europäischen Normung, KOM(2011) 315 endg, S. 2.

⁷⁸ I.d.S. auch *Karpenstein*, Gefährdet der EuGH den New Approach?, *EuZW* 2017, 321 f.

⁷⁹ So bereits *Schepel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 20 (2013), 521, 533; ebenso CEN/CENELEC, Position on the consequences of the judgment of the European Court of Justice on *James Elliott Construction Limited v Irish Asphalt Limited*, 17.05.2017, S. 6.

⁸⁰ Vgl. zu den Grenzen der Befugnisübertragung auf Private EuGH, Urteil vom 22.01.2014, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:418, Rn. 41-43.

Normungsverordnung, die fachliche Einschätzung der vom Unionsgesetzgeber hierzu berufenen Normungsorganisationen durch das Urteil privater Dienstleister zu ersetzen, deren Rolle weder in der Normungsverordnung noch in Harmonisierungsrechtsakten niedergelegt ist. Auch der zunehmende Rückgriff auf *HAS Consultants* durch die Kommission spricht also dafür, deren Prüfung auf einen überwiegend formalen Abgleich der harmonisierten Norm mit dem ihr zugrundeliegenden Mandat zu beschränken.

d) Arbeitsdokumente der Kommission

Auch die Kommission selbst scheint jedenfalls bis vor kurzem die Auffassung vertreten zu haben, dass die von ihr vorzunehmende Prüfung harmonisierter Normen nicht die Kontrolle deren inhaltlicher Richtigkeit umfasst. Dass sie eine solche Prüfung vor Inkrafttreten der Normungsverordnung lange Zeit sogar für weitgehend bis vollständig verzichtbar erachtet hatte, wurde bereits dargestellt (s. oben unter C.II.1.). In einem Leitfaden für die Veröffentlichung der Fundstellen harmonisierter Normen im Amtsblatt aus dem Jahr 2005 war zwar eine Prüfung vorgesehen, ob die Norm, deren Referenz veröffentlicht werden sollte, von der einschlägigen Richtlinie gedeckt ist und dem Mandat unterliegt. Auch diese war aber auf einen rein formalen Abgleich beschränkt, wie bereits daraus folgt, dass es dort weiter hieß:

„As a general rule, the Commission should not review the technical adequacy of the content of a standard. The ESO are responsible for the content and are expected to deliver correct data. Their procedures should ensure that the translated titles, as presented, refer to the correct identification number of the standard.”⁸¹

An dieser Linie hat die Kommission im Grundsatz – unter stärkerer Betonung des eigenen Prüfprogramms – auch nach Inkrafttreten der Normungsverordnung festgehalten. So betont sie im Blue Guide von 2016, der im Nachgang zur Normungsverordnung entwickelt wurde und auf dieser aufsetzt,⁸² dass die technischen Inhalte harmonisierter Normen in die alleinige Verantwortung der Normungsorganisationen fielen und nicht durch öffentliche Stellen überprüft würden:

„Die technischen Inhalte dieser harmonisierten Normen liegen in der *alleinigen Verantwortung der europäischen Normungsorganisationen*. Nachdem sich die Behörden

⁸¹ Europäische Kommission, Guidelines for the publication of references of standards in the Official Journal of the European Union, 06.04.2005, D(2005) C2/MJE/IG – D (2005) 7049, S. 3.

⁸² Vgl. Europäische Kommission, Blue Guide (Fn. 13), S. 1, 8.

auf einen Auftrag verständigt haben, wird die Suche nach technischen Lösungen im Prinzip den interessierten Parteien überlassen. In bestimmten Bereichen, wie z. B. der Umwelt sowie Gesundheit und Sicherheit, ist es wichtig, die Behörden am Normungsprozess auf technischer Ebene zu beteiligen. *Allerdings sehen die EU-Harmonisierungsrechtsvorschriften für Produkte kein Verfahren vor, nach dem die Behörden auf EU- oder nationaler Ebene den Inhalt der von den europäischen Normungsorganisationen ausgearbeiteten harmonisierten Normen systematisch überprüfen oder genehmigen würden.*⁸³

Ferner hebt die Kommission hervor, dass sich ihre Prüfung harmonisierter Normen vor der Fundstellenveröffentlichung nicht auf deren technische Inhalte bezieht:

*„Während dieser Prüfung bedarf es keiner Bewertung der technischen Inhalte, da die Kommission allgemein keine Anerkennung der technischen Inhalte durchführt und dafür auch nicht die Verantwortung übernimmt.“*⁸⁴

Ähnliches ist auch im Vademecum der Kommission zur europäischen Normung festgehalten. Danach umfasst die Prüfung durch die Kommission zwei Aspekte: Zum einen soll zu prüfen sein, „in welchem Umfang“ eine Norm die rechtlichen Anforderungen abdeckt. Zum anderen soll die Prüfung ergeben, ob die Norm die von ihr abgedeckten Anforderungen „hinreichend berücksichtigt“. Demgegenüber könne die Kommission den Normungsorganisationen nicht vorgeben, wie diese „Spezifikationen in den angeforderten Dokumenten auswählen sollten, da dies allein in deren Zuständigkeit liegt“.⁸⁵ Auch danach umfasst die Prüfung durch die Kommission also jedenfalls nicht die technischen Inhalte einer Norm.

Anknüpfend an diese Arbeitsdokumente hat die Kommission im November 2016 – und damit kurz nach dem *James-Elliott*-Urteil des EuGH – eine Art Checkliste für ein internes Prüfungsverfahren entwickelt, das vor Veröffentlichung der Referenz einer harmonisierten Norm im Amtsblatt der EU durchzuführen ist.⁸⁶ Das Programm umfasst danach insgesamt drei Prüfungsschritte, auf die sich wiederum neun Prüfungs-

⁸³ Europäische Kommission, Blue Guide (Fn. 13), S. 1, 41; eigene Hervorhebung.

⁸⁴ Europäische Kommission, Blue Guide (Fn. 13), S. 1, 45; eigene Hervorhebung.

⁸⁵ Europäische Kommission, Vademecum – Teil I (Fn. 12), S. 30 f.

⁸⁶ Europäische Kommission, Verification of conditions for the publication of references of harmonised standards in the Official Journal, 16.11.2016, Ares(2016)6548298.

fragen verteilen: Eine erster Prüfschritt betrifft die Überprüfung der Verfahrensmodalitäten der Normungsverordnung, namentlich also der Art. 3, 5 und 6. Der zweite Schritt ist eine (rein) quantitative Überprüfung hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen, die auf der Grundlage des Standardisierungsersuchens abgedeckt werden, in der Regel also ein bloßer Abgleich anhand des von den Normungsorganisationen beizufügenden Anhangs Z (bei CEN) bzw. ZZ (bei CENELEC), der in Tabellenform die Informationen über die von einer harmonisierten Norm abzudeckenden rechtlichen Anforderungen zusammenstellt.⁸⁷

Unklarer in seiner Reichweite ist der – hier besonders relevante – dritte Prüfungsschritt, der eine qualitative Analyse der „hinreichenden Berücksichtigung der rechtlichen Anforderungen“ umfasst. Die dabei vorgesehenen Prüfungen sind durchaus detailliert und in ihren Anforderungen teilweise schwer greifbar. Einige Prüfungspunkte sind offenbar eher rechtlich-methodologischer Natur. So soll beispielsweise geprüft werden, ob eine Norm in sich widersprüchlich ist, eine bestimmte Anforderung in Wahrheit nicht (vollständig) abdeckt oder dem Verwender eine Wahlmöglichkeit eröffnet, die in dem betreffenden Harmonisierungsakt nicht vorgesehen ist. Andere Fragen könnten dagegen darauf hindeuten, dass die Kommission für sich bzw. die sie unterstützenden *Consultants* bereits seit Ende 2016 auch eine (punktuelle) inhaltlich-technische Prüfbefugnis in Anspruch nehmen wollte: Eine der Bewertungsfragen verlangt jedenfalls für den Fall einer Überarbeitung einer bereits im Amtsblatt veröffentlichten Norm eine Bewertung, ob sich das Niveau der Sicherheit, Interoperabilität, Wiederholbarkeit, die Reproduzierbarkeit usw. verschlechtert hat und die Entwicklungen des Standes der Technik oder der tatsächlichen Rechtslage außer Acht lässt. Auch hier soll eine solche Prüfung aber nur relativ, d. h. im Vergleich zum zuvor veröffentlichten Standard vorgenommen werden; eine originäre technische Überprüfung ist mithin auch hier nicht vorgesehen.

Endgültig abgerückt zu sein scheint die Kommission von ihrem Ansatz, die inhaltlich-technische Bewertung den Normungsorganisationen bzw. den jeweils zuständigen technischen Ausschüssen zu überlassen, daher erst in ihrer Mitteilung des Jahres 2018. Darin führt sie wie dargelegt (s. bereits oben unter B.I.3.) aus, infolge des *Elliott*-Urteils des EuGH müsse sie „dem Inhalt der harmonisierten Normen besondere Aufmerksamkeit widmen“. Dies umfasse „nicht nur die technischen Aspekte von Normen,

⁸⁷ Vgl. Vademecum – Teil III (Fn. 12), S. 9.

sondern auch andere Elemente der europäischen Normungsverordnung, wie etwa die Frage, ob ihr Entwicklungsprozess inklusiv war“.⁸⁸

e) **Rechtsprechung des EuGH: Irrelevanz des *James-Elliott*-Urteils für die Frage der Prüfungsdichte**

Für ihre geänderte Auffassung beruft sich die Kommission wie dargestellt auf das *James-Elliott*-Urteil des EuGH. Eine nähere Betrachtung ergibt indes, dass aus diesem Urteil keine Vorgaben im Hinblick auf die Prüfungsbefugnis und -pflicht der Kommission folgen.

So führt der Gerichtshof in seinen Urteilsgründen zwar aus, dass eine harmonisierte Norm eine durch die wesentlichen Anforderungen des Harmonisierungsrechtsakts „streng geregelte Durchführungsmaßnahme darstellt, die auf Initiative und unter der Leitung und Aufsicht der Kommission erstellt wird“.⁸⁹ Worin konkret die „Leitung und Aufsicht“ der Kommission besteht und wie weit diese reichen muss, besagt das Urteil aber gerade nicht. Zu der hier relevanten Frage nach Umfang und Tiefe der von der Kommission anzustellenden Prüfung finden sich in den Urteilsgründen vielmehr keinerlei Aussagen. Gleiches gilt im Übrigen für die Schlussanträge des Generalanwalts.⁹⁰

Im Übrigen formuliert die soeben zitierte Urteils Passage erkennbar keine normative Aussage zur Rolle der Kommission. Aus ihr geht nicht hervor, dass die Kommission „ihre Leitung und Aufsicht“ betreffend die europäische Normung in einer bestimmten Weise ausüben dürfe oder müsse. Insbesondere scheint der EuGH seine Zuständigkeit für die Auslegung harmonisierter Normen im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nicht von einer bestimmten Einflusschwelle der Kommission abhängig machen zu wollen. Vielmehr ergibt sich aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe, dass die betreffende Passage deskriptiv die Rolle beschreibt, die der Kommission bei der Erstellung harmonisierter Normen im Rahmen der damaligen Bauproduktenrichtlinie zukam. Dass die Kommission insoweit eine gewisse Rolle spielt, dient in den Urteilsgründen als eines von mehreren Argumenten, um die Auslegungsbefugnis des Ge-

⁸⁸ Europäische Kommission, Harmonisierte Normen: Verbesserte Transparenz und Rechtssicherheit für einen uneingeschränkt funktionierenden Binnenmarkt, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, 22.11.2018, COM(2018) 764 final, S. 3.

⁸⁹ Siehe EuGH, Urteil vom 27.10.2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:821, Rn. 43.

⁹⁰ Vgl. Generalanwalt Campos Sanchez-Bordona, Schlussanträge vom 28.01.2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:63.

richtshofs über harmonisierte Normen zu begründen. Eine Aufforderung an die Kommission, ihre Prüfung harmonisierter Normen auszudehnen, ist damit ersichtlich nicht verbunden.

Auch aus der (Kern-)Aussage des Gerichtshofs, harmonisierte Normen seien „Teil des Unionsrechts“, lässt sich nicht ableiten, dass solche Normen einer umfassenden Prüfung durch die Kommission zu unterziehen wären. Wie bereits dargelegt (s. oben unter C.I.1.c)), ist die Feststellung des EuGH im spezifischen Kontext des Art. 267 AEUV zu sehen. Weitergehende Rechtsfolgen außerhalb dieses spezifischen Kontextes, etwa mit Blick auf die notwendige Prüfdichte der Kommission, sind aus dem Urteil gerade nicht abzuleiten. Bestätigt wird dies anschaulich etwa dadurch, dass „Teil des Unionsrechts“ in diesem Sinne etwa auch Beschlüsse völkerrechtlicher Gremien sind, an denen die EU beteiligt ist.⁹¹ Hierauf bezieht sich das *James-Elliott*-Urteil explizit.⁹² Unzweifelhaft sind solche Beschlüsse aber nicht von der Kommission zu überprüfen.

Auch spätere Urteile der europäischen Gerichte zu Normungsfragen verhalten sich zur Frage der Prüfungstiefe nicht.⁹³ Inwieweit die Kommission zur Prüfung harmonisierter Normen befugt und verpflichtet ist, war und ist daher (allein) durch Auslegung der Normungsverordnung zu ermitteln. Das *James-Elliott*-Urteil und die nachfolgende Judikatur haben hieran nichts geändert.

Eine Auslegung der Normungsverordnung, die die von der Kommission für sich (offenbar) in Anspruch genommene Prüfungstiefe erlauben könnte, könnte sich allenfalls auf der Grundlage einer jüngeren Rechtsprechungslinie aus einem gänzlich anderen sachlichen Zusammenhang ergeben. Der Vertrag über den europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), ein völkerrechtliches Instrument außerhalb der Unionsrechtsordnung, weist der Kommission im Wege einer Organleihe bestimmte Aufgaben bei der Gewährung finanzieller Unterstützung für Mitgliedstaaten zu. In diesem Zusammenhang hat der EuGH darauf hingewiesen, dass der Kommission gemäß Art. 17 Abs. 1 EUV die Aufgabe zukommt, die allgemeinen Interessen der Union zu fördern und die Anwendung des Unionsrechts zu überwachen. Hieraus hat er gefolgert, dass die Kommission, auch wenn sie außerhalb der Unionsrechtsordnung handelt, ihre Rolle als

⁹¹ Siehe EuGH, Urteil vom 20.09.1990, *Sevince*, C-192/89, EU:C:1990:322, Rn. 10; Urteil vom 21.01.1993, *Deutsche Shell*, C-188/91, EU:C:1993:24, Rn. 17.

⁹² Siehe EuGH, Urteil vom 27.10.2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:821, Rn. 34.

⁹³ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 22.02.2018, *SAKSA*, C-185/17, EU:C:2018:108, Rn. 39; EuG, Urteil vom 26.02.2017, *GGP Italy / Kommission*, T-474/15, EU:T:2017:36, Rn. 60 ff.

„Hüterin der Verträge“ behält und nicht an Maßnahmen mitwirken darf, deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht sie bezweifelt.⁹⁴

Wie dargestellt stammt diese Rechtsprechungslinie aus einem gänzlich anderen Kontext; ein unmittelbarer Zusammenhang mit der europäischen Normung besteht nicht und wird, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung auch nicht hergestellt. Angesichts der jüngeren Tendenz der Unionsgerichte, die Normung insgesamt zu verrechtlichen,⁹⁵ kann indes zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass der Gerichtshof den Topos „Hüterin der Verträge“ auch auf die Normungsverordnung übertragen könnte. Es ist vor diesem Hintergrund denkbar, der Kommission mit einer entsprechenden Argumentation eine umfassendere Prüfungsbefugnis und -pflicht im Hinblick auf die Frage zuzusprechen, ob eine harmonisierte Norm den zugrundeliegenden Anforderungen des Harmonisierungsrechtsakts entspricht. Auch eine solche Prüfungsbefugnis würde sich aber allein auf die Vereinbarkeit der harmonisierten Norm mit dem Unionsrecht – hier also namentlich dem jeweils zugrundeliegenden Harmonisierungsrechtsakt sowie der Normungsverordnung – beziehen und könnte keine umfassende technische Überprüfung der Norm rechtfertigen. Zudem würde selbst bei einer Übertragung der Rechtsprechung auf die Normungsverordnung weiter gelten, dass die Kommission nicht strukturell den Meinungsbildungsprozess bei den europäischen Normungsorganisationen – und damit letztlich den New Approach – unterlaufen darf, indem sie die Prüfung der harmonisierten Norm vor ihrer Entscheidung über die Veröffentlichung der Fundstelle zum Anlass nimmt, die Entscheidungen der europäischen Normungsorganisationen im Rahmen der harmonisierten Norm durch eigene Entscheidungen zu ersetzen.

f) Zwischenergebnis

Nach Systematik und Telos von Art. 10 Abs. 5, 6 der Normungsverordnung kommt der Kommission keine Kompetenz zu einer umfassenden, auch intensiven technischen Überprüfung der von den Normungsorganisationen erarbeiteten harmonisierten Normen zu. Insbesondere liefe es dem Wesen und Zweck des New Approach zuwider, wenn die Kommission mithilfe von *HAS Consultants* letztlich den Normungsprozess duplizieren und ihre Einschätzung an die Stelle der Einschätzung der Normungsgremien setzen könnte. Dies hat die Kommission ausweislich ihrer Arbeitsdokumente bis

⁹⁴ Siehe EuGH, Urteil vom 20.09.2016, *Ledra Advertising* / Kommission und EZB, C-8/15 P, EU:C:2016:701, Rn. 59; Urteil vom 27.11.2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, Rn. 163 f.

⁹⁵ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 12.07.2012, *Fra.bo*, C-171/11, EU:C:2012:453, Rn. 32; Urteil vom 27.10.2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, EU:C:2016:821, Rn. 40; zur Verrechtlichungstendenz auch *Schepel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 20 (2013), 521; *Volpato*, *Common Market Law Review* 54 (2017), 591, 597.

vor kurzem auch selbst noch so gesehen. Das *James-Elliott*-Urteil des EuGH sowie die nachfolgende Rechtsprechung, auf die sie sich nunmehr zur Ausweitung ihrer Prüfungskompetenzen beruft, enthalten keine Vorgaben zur notwendigen Prüfungstiefe und sind vor diesem Hintergrund nicht geeignet, eine Änderung ihrer Prüfpraxis zu rechtfertigen.

2. Vereinbarkeit der von der Kommission reklamierten Prüfungsbefugnisse mit der Normungsverordnung

Sollten die vorstehend (s. oben unter C.II.1.d)) wiedergegebenen Ausführungen der Kommission aus ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2018 tatsächlich in dem Sinne zu verstehen sein, dass die Kommission nunmehr ein unbegrenztes Vollüberprüfungsrecht für sich in Anspruch nimmt, dürfte dies mit den vorstehend dargestellten Vorgaben der Normungsverordnung nicht vereinbar sein. Dies gilt insbesondere mit Blick auf eine auch inhaltlich-technische Überprüfung der Norminhalte, konkret also die Prüfung des Umstands, ob die von der europäischen Normungsorganisation festgeschriebenen Inhalte den Stand der Technik widerspiegeln (dazu a)). Rechtliche Bedenken bestehen aber auch gegenüber der Zulässigkeit einer Prüfung der Anforderungen der Normungsverordnung an die Transparenz und Inklusion des Normungsverfahrens (dazu b)).

a) Unzulässigkeit einer Duplizierung bzw. Ersetzung der Normungstätigkeit durch die Kommission

Auf der Grundlage der vorstehenden Auslegung der Anforderungen des Art. 10 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 der Normungsverordnung an die Übereinstimmungsprüfung der Kommission spricht viel dafür, dass der Anspruch der Kommission, (u.a.) „die technischen Aspekte von Normen“ gründlich zu verfolgen und zu bewerten, mit den Vorgaben der Normungsverordnung jedenfalls in dieser unbegrenzten Form nicht in Einklang stünde. Eine so weitgehende Prüfungstiefe könnte daher auch im Zuge einer Neufassung des *Vademecums* bzw. des *Blue Guide* oder des Erlasses eines neuen Arbeitsdokuments nicht rechtswirksam festgeschrieben werden (s. näher zum Rechtsschutz unten unter C.IV.2.). Eine intensive inhaltlich-technische Prüfung der Kommission würde – wie dargelegt – dem Wesen des *New Approach* zuwiderlaufen und faktisch eine Rückkehr zur Detailharmonisierung bedeuten, weil die Kommission die in den Technischen Ausschüssen geleistete Arbeit im Ergebnis noch einmal vollständig nachvollziehen und unter Umständen sogar durch eigene Wertungen ersetzen würde. Sie könnte den Prozess harmonisierter Normung hiermit zudem schon kurzfristig lahmlegen, weil es der Kommission für eine solche Prüfung voraussichtlich sowohl an der

Fachkompetenz als auch an den personellen Ressourcen fehlt. Die dadurch entstehenden Verzögerungen bei der Veröffentlichung selbst positiv bewerteter Normen haben sich, wie Daten von CEN/CENELEC belegen, bereits aktuell realisiert. So wurden etwa die Fundstellen harmonisierter Normen zur Funkanlagenrichtlinie 2014/53/EU⁹⁶ nicht rechtzeitig vor dem Ablaufdatum der früheren Normen im Amtsblatt veröffentlicht.

Eine abweichende Einschätzung zur Zulässigkeit solcher grundlegender inhaltlich-technischer Prüfungen der Kommission könnte wohl auch nicht auf der Grundlage der vorzitierten Rechtsprechung zur Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“ hergeleitet werden (s. oben unter C.II.1.e)). Abgesehen davon, dass diese Rechtsprechung aus einem gänzlich anderen Kontext stammt, würde – wie dargestellt – selbst im Falle ihrer Übertragung auf den Bereich der Normung gelten, dass die Kommission bei ihrer Prüfung auf Rechtsfragen der Vereinbarkeit der Norm mit dem Harmonisierungsrechtsakt sowie der Normungsverordnung beschränkt wäre und nicht strukturell den Meinungsbildungsprozess bei den europäischen Normungsorganisationen und damit letztlich den New Approach unterlaufen dürfte, indem sie ihre eigenen Entscheidungen an die Stelle derer der zuständigen Normenausschüsse setzt. Ein anderes Verständnis wäre mit der in der Normungsverordnung zum Ausdruck kommenden Grundentscheidung des europäischen Gesetzgebers nicht zu vereinbaren.

b) Unzulässigkeit einer Prüfung der Verfahrensvorgaben der Art. 3 ff. der Normungsverordnung

Ausweislich ihrer Mitteilung des Jahres 2018 hält sich die Kommission zudem (neuerdings) für verpflichtet, auch das Normungsverfahren zu überprüfen. Sie sei gehalten, „den Entwicklungsprozess harmonisierter Normen gründlich zu verfolgen“. Dabei gehe es unter anderem um „die Frage, ob ihr Entwicklungsprozess inklusiv war“.⁹⁷ Auch insoweit erscheint zweifelhaft, ob dies mit den Vorgaben der Normungsverordnung in Einklang zu bringen ist.

Der Wortlaut der Normungsverordnung bietet keine ausdrückliche Grundlage für eine solche Verfahrensprüfung. Zwar enthalten die Art. 4 bis 6 der Normungsverordnung

⁹⁶ Richtlinie 2014/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/5/EG, ABl. 2014, Nr. L 153, S. 63, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2018/1139 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2018, ABl. 2018, Nr. L 212, 1.

⁹⁷ Europäische Kommission, Harmonisierte Normen: Verbesserte Transparenz und Rechtssicherheit für einen uneingeschränkt funktionierenden Binnenmarkt, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, 22.11.2018, COM(2018) 764 final, S. 3.

Vorgaben im Hinblick auf die Transparenz von Normen, die Beteiligung von Interessenträgern und den Zugang von KMU. Adressaten dieser Verpflichtungen sind jedoch die nationalen und europäischen Normungsorganisationen, die zudem auch kartellrechtlich verpflichtet sind, diesen Anforderungen Rechnung zu tragen. So besteht nach den sog. Horizontalleitlinien der Kommission nur dann eine Vermutung dafür, dass Normen mangels Beschränkung des Wettbewerbs nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn eine uneingeschränkte Möglichkeit zur Mitwirkung am Normungsprozess gegeben ist, das Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm transparent ist, keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm besteht und Dritten der Zugang zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen gewährt wird.⁹⁸

Die europäischen Normungsorganisationen tragen den Anforderungen hinsichtlich der Beteiligungsmöglichkeit von Interessenträgern und hinsichtlich der Transparenz u. a. dadurch Rechnung, dass sie vor Verabschiedung einer Norm gemeinsam mit den nationalen Normungsorganisationen eine öffentliche Anhörung zum Entwurf der Norm organisieren.⁹⁹ Im Rahmen dieser Anhörung können alle Interessenträger über die nationalen Normungsorganisationen Stellungnahmen einreichen, die vom zuständigen technischen Ausschuss geprüft werden (s. auch Art. 4 Abs. 3 der Normungsverordnung). Die Normungsverordnung sieht – wohl auch deshalb – nicht vor, dass auch die Kommission vor der Veröffentlichung einer Fundstelle prüft, inwieweit das Verfahren zur Annahme der harmonisierten Norm transparent und inklusiv war. Eine prozedurale Entsprechung zu Art. 10 Abs. 5 Satz 2 und 6 der Normungsverordnung fehlt wohlweislich.

Die Verordnung folgt insoweit vielmehr einem anderen Ansatz: Die – generelle – Inklusion ist gemäß Art. 17 Abs. 4 Buchst. b) der Normungsverordnung grundsätzlich eine Voraussetzung für die Gewährung von Unionszuschüssen an die Normungsorganisationen. Nach dieser Vorschrift werden Zuschüsse – außer in hinreichend begründeten Fällen – nur gezahlt, wenn sich KMU, Verbraucherorganisationen sowie ökologische und soziale Interessenträger in angemessener Weise an den europäischen Normungstätigkeiten beteiligen können. Dies spricht dafür, dass nach dem Willen des Unionsgesetzgebers die Veröffentlichung der Fundstelle einer einzelnen Norm nicht davon abhängen soll, wie inklusiv das jeweilige Verfahren zu ihrer Annahme war. Die prozeduralen Vorgaben der Normungsverordnung sollen vielmehr über die Gewährung von Zuschüssen durchgesetzt werden.

⁹⁸ Ebd., Rn. 280.

⁹⁹ Blue Guide (vgl. Fn. 13), S. 44.

Die Kommission kann diese Grundentscheidung des Verordnungsgebers auch nicht dadurch umgehen, dass sie prozedurale Vorgaben in ihre Normungsaufträge selbst aufnimmt, um deren Einhaltung so über Art. 10 Abs. 5 Satz 2 der Normungsverordnung prüfen zu können. Eine solche Vorgehensweise dürfte nicht mit Art. 10 Abs. 1 Satz 3 der Normungsverordnung vereinbar sein. Danach legt die Kommission in ihrem Normungsauftrag die Anforderungen an den Inhalt des in Auftrag gegebenen Dokuments und einen Termin für dessen Annahme fest. Dies spricht im Umkehrschluss dafür, dass ein Normungsauftrag gerade keine Anforderungen an das Normungsverfahren enthalten darf.

Eine gegenteilige Auffassung erscheint in dieser Frage unter Berufung auf die vorzitierte Rechtsprechung zur Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“ zwar nicht völlig unvertretbar. Auch hier ist allerdings zum einen zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung aus einem gänzlich anderen Kontext stammt. Hinzu kommt, dass die Kommission ihrer vom EuGH geforderte Aufgabe als „Hüterin der Verträge“ mit Blick auf Verfahrensfragen des Normungsprozesses – wie vorstehend dargestellt – bereits auf anderen Wegen nachkommt, namentlich bei der Gewährung von Zuschüssen sowie ggf. im Rahmen des Kartellrechts. Selbst bei einer grundsätzlichen Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf den New Approach ergäbe sich mithin keine Befugnis der Kommission, das Normungsverfahren im Vorfeld ihrer Entscheidung über die Veröffentlichung einer Fundstelle im Amtsblatt im Einzelfall umfassend zu überprüfen.

3. Zwischenergebnis

Art. 10 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 der Normungsverordnung sind dahingehend auszulegen, dass die Kommission auf dieser Grundlage zwar die Übereinstimmung einer harmonisierten Norm mit dem zugrundeliegenden Mandat sowie dem Harmonisierungsrechtsakt überprüfen kann (und muss), bevor sie die Fundstelle der Norm im Amtsblatt veröffentlicht. Da es gerade dem Wesen des New Approach entspricht, dass die technische Konkretisierung der wesentlichen Anforderungen den europäischen Normungsorganisationen überlassen bleibt, ist diese Prüfung aber auf einen weitgehend formalen Abgleich der Inhalte der Norm mit den zugrundeliegenden Anforderungen des Mandats beschränkt. Insbesondere obliegt es der Kommission nicht, zu überprüfen, ob die Inhalte der Norm den Stand der Technik korrekt abbilden, da diese Bewertung in der Sphäre der Normungsorganisationen vorgenommen werden muss. Auch eine umfassende Prüfung des Normungsverfahrens sieht die Normungsverordnung im Vorfeld der Entscheidung über die Veröffentlichung einer Fundstelle im Amtsblatt nicht vor.

Sollte die Kommission eine entsprechende Prüfungstiefe in einer Neufassung ihrer Arbeitsdokumente festzuschreiben versuchen, stünde dies mit den Vorgaben der Normungsverordnung nicht in Einklang.

III. Haftung der Union im Zusammenhang mit harmonisierten Normen

Inwieweit die EU für etwaige Schäden im Zusammenhang mit harmonisierten europäischen Normen haftet, ist gerichtlich nicht geklärt. Im Grundsatz dürfte eine Haftung für die harmonisierte Norm selbst zwar nicht bestehen; denkbar ist indes eine Haftung für ihr eigenes Verhalten, mithin die von ihr getroffenen Entscheidungen über Normungsaufträge, Veröffentlichungen von Referenzen harmonisierter Normen oder formelle Einwände (dazu 1.). In der Praxis wird eine solche Haftung jedoch kaum Bedeutung erlangen, da es regelmäßig an den weiteren Voraussetzungen eines qualifizierten Verstoßes sowie der Kausalität fehlen dürfte (dazu 2. bis 4.).

1. Zurechnung

a) Maßstab

Gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV ersetzt die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Der Begriff „Organ“ im Sinne von Art. 340 Abs. 2 AEUV ist weit zu verstehen. Darunter fallen nicht nur die Organe im engeren Sinne, wie sie in Art. 13 EUV definiert sind. Vielmehr haftet die Union grundsätzlich für das Verhalten jeder Einrichtung, die durch oder unter den Verträgen geschaffen wurde und befugt ist, im Namen und auf Rechnung der EU zu handeln.¹⁰⁰ Danach wurde etwa eine Haftung der Union für die Europäische Investitionsbank¹⁰¹ und den Europäischen Bürgerbeauftragten bejaht.¹⁰² Abgelehnt wurde sie dagegen für Fraktionen im Europäischen Parlament.¹⁰³ Das Verhalten Dritter, also etwa von Mitgliedstaaten, Drittstaaten oder Privaten, führt grundsätzlich nicht zu einer Haftung der EU. Anders kann dies aber sein, wenn solche Stel-

¹⁰⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 01.12.1992, SGEEM / EIB, C-370/89, EU:C:1992:482, Rn. 15; näher *Jacob/Kottmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 69. EL 2020, Art. 340 AEUV Rn. 69 ff.

¹⁰¹ Siehe EuGH, Urteil vom 01.12.1992, SGEEM / EIB, C-370/89, EU:C:1992:482, Rn. 12 ff.

¹⁰² Siehe EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Europäischer Bürgerbeauftragter / Lamberts, C-234/02, EU:C:2004:174, Rn. 52.

¹⁰³ Siehe EuGH, Urteil vom 22.03.1990, Le Pen / Puhl, C-201/89, EU:C:1990:133, Rn. 8 ff.

len auf Weisung eines Unionsorgans oder infolge einer Beleihung durch die EU agieren.¹⁰⁴ Potentiell haftungsbegründend sind nicht nur verbindliche, rechtsförmige Maßnahmen, sondern auch Realakte und ggf. auch ein Unterlassen eines Organs.¹⁰⁵ Nach einer jüngeren Rechtsprechung können sogar Handlungen von Kommission und EZB im Rahmen des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), d. h. aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags außerhalb der Unionsrechtsordnung, eine Haftung der Union nach sich ziehen.¹⁰⁶

b) **Keine unmittelbare Haftung für harmonisierte Normen**

Nach diesem Maßstab haftet die EU nicht unmittelbar für harmonisierte Normen.

Die europäischen Normungsorganisationen sind keine Organe im Sinne von Art. 340 Abs. 2 AEUV. Sie sind privatrechtliche Einrichtungen, die zwar in Unionsrechtsakten in Bezug genommen werden, denen aber nicht die Befugnis zukommt, im Namen und auf Rechnung der EU zu handeln. Auch handeln diese Organisationen bei der Erstellung von Normen nicht auf Weisung der Kommission. Gemäß Art. 10 Abs. 3 der Verordnung sind sie vielmehr frei darin, Normungsaufträge nicht anzunehmen; dies kommt, wie dargestellt¹⁰⁷, in der Praxis auch durchaus vor.

Ferner sind harmonisierte Normen als solche keine Handlungen eines Organs im Sinne von Art. 340 Abs. 2 AEUV. Insbesondere können sie nicht der Kommission zugerechnet werden.¹⁰⁸ Der EuGH hat in seiner Entscheidung *James Elliott* ausgeführt, dass harmonisierte Normen zwar „unter der Leitung und Aufsicht der Kommission erstellt“ werden und hieraus seine Auslegungsbefugnis abgeleitet. Zugleich hat er jedoch betont, dass solche Normen keine Handlungen eines Unionsorgans sind:

„Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach der Rechtsprechung für die Auslegung von Handlungen zuständig ist, die, obwohl sie *nicht* von Einrichtungen vorgenommen wurden, die als ‚Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union‘ eingestuft werden können, den Charakter von Maßnahmen zur

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Krohn / Kommission, C-175/84, EU:C:1986:85, Rn. 23; Urteil vom 19.09.1985, Murri frères / Kommission, C-33/82, EU:C:1985:354, Rn. 34 f.; Urteil vom 12.06.1962, Worms / Hohe Behörde, C-18/60, EU:C:1962:26, S. 417; näher *Berg*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 340 AEUV Rn. 34.

¹⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 07.11.1985, Adams / Kommission, C-145/83, EU:C:1985:448, Rn. 44.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.2016, Ledra Advertising / Kommission und EZB, C-8/15 P, EU:C:2016:701, Rn. 55 ff.

¹⁰⁷ S. oben Fn. 67.

¹⁰⁸ Ebenso *Colombo/Eliantonio*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 24 (2017), 323, 328; *Volpato*, Common Market Law Review 54 (2017), 591, 601; a.A. *Tovo*, Common Market Law Review 55 (2018), 1187, 1195 ff.

Durchführung oder Anwendung eines Rechtsakts der Union hatten.¹⁰⁹

Dabei hat der Gerichtshof – im Unterschied zum Generalanwalt – insbesondere vermieden, die Normung als einen Fall delegierter Rechtsetzung einzustufen.¹¹⁰ Ebenso hat der EuGH in einem späteren Urteil betont, dass die dort streitgegenständliche Norm „nicht von einer Einrichtung der Union, sondern vom CEN, einer privatrechtlichen Einrichtung, erlassen“ worden sei.¹¹¹

c) Haftung für Verhalten der Kommission

Demgegenüber kann das Verhalten der Kommission im Zusammenhang mit harmonisierten Normen grundsätzlich eine Haftung der EU begründen.

aa) Normungsauftrag

Wie dargestellt, kann die Kommission nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der Normungsverordnung im Rahmen ihrer in den Verträgen festgelegten Befugnisse eine oder mehrere europäische Normungsorganisationen damit beauftragen, innerhalb einer vorgegebenen Frist eine europäische Norm oder ein Dokument der europäischen Normung zu erarbeiten. Gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 3 dieser Verordnung legt sie dabei die Anforderungen an den Inhalt des in Auftrag gegebenen Dokuments und einen Termin für dessen Annahme fest. Wie sich aus Art. 10 Abs. 2 der Normungsverordnung ergibt, ergehen solche Normungsaufträge in Form eines (Durchführungs-)Beschlusses im Komitologie-Verfahren gemäß Art. 22 Abs. 3 der Verordnung.

Ein solcher Beschluss stellt zweifelsohne eine Handlung eines Organs dar, die gemäß Art. 340 Abs. 3 AEUV grundsätzlich die Haftung der Union begründen kann. In der Praxis dürfte es insoweit allerdings regelmäßig an der Kausalität fehlen. Denn nach Art. 10 Abs. 3 der Normungsverordnung sind die europäischen Normungsorganisationen grundsätzlich frei darin, einen Normungsauftrag abzulehnen (s. bereits oben C.I.2.b)).

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, James Elliott Construction, C-613/14, EU:C:2016:821, Rn. 34; eigene Hervorhebung.

¹¹⁰ Vgl. GA Campos Sanchez-Bordona, Schlussantrag vom 28.01.2016, James Elliott Construction, C-613/14, EU:C:2016:63, Rn. 55.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 22.02.2018, SAKSA, C-185/17, EU:C:2018:108, Rn. 38.

bb) Prüfung und Fundstellenveröffentlichung

Gemäß Art. 10 Abs. 5 Satz 2 der Normungsverordnung prüft die Kommission gemeinsam mit den europäischen Normungsorganisationen die Übereinstimmung der jeweiligen Normen mit dem zugrunde liegenden Auftrag. Gemäß Art. 10 Abs. 6 der Verordnung veröffentlicht die Kommission die Fundstelle einer harmonisierten Norm „unverzüglich“ im Amtsblatt, wenn diese „den Anforderungen genügt, die sie abdecken soll und die in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind“.

Demnach kann auch das Verhalten der Kommission in diesem Zusammenhang grundsätzlich eine Haftung der EU gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV auslösen. In jüngerer Zeit geht die Kommission offenbar davon aus, sie sei gehalten, zur Veröffentlichung einer Fundstelle einen gesonderten Durchführungsbeschluss zu erlassen. Eine solche Lesart liegt nach der Systematik von Art. 10 der Normungsverordnung nicht nahe. Während der Unionsgesetzgeber dezidiert anordnet, dass Normungsaufträge im Sinne von Art. 10 Abs. 1 der Verordnung in Form eines Beschlusses ergehen, fehlt eine entsprechende Regelung für die Fundstellenveröffentlichung. Für die hier relevante Frage der Haftung kann diese Frage indes dahinstehen, da Art. 340 Abs. 2 AEUV nicht nur auf bindende Rechtsakte, sondern auch auf Mitteilungen, Realakte oder Unterlassen anwendbar ist.

Vor diesem Hintergrund wird aber auch deutlich, dass eine Ausdehnung der Aktivitäten der Kommission potenziell die Haftungsrisiken erhöht. Je stärker die Kommission über den Wortlaut der Normungsverordnung hinaus auf das Normungsverfahren oder den Inhalt einer Norm einwirkt, desto eher dürften ihr etwaige Schäden zuzurechnen sein.

cc) Entscheidung über formelle Einwände

Sind ein Mitgliedstaat oder das Europäische Parlament der Auffassung, dass eine harmonisierte Norm den jeweiligen Anforderungen nicht voll entspricht, so haben sie gemäß Art. 11 Abs. 1 der Normungsverordnung die Kommission hiervon in Kenntnis zu setzen. Diese entscheidet dann, die betreffenden Fundstellen zu veröffentlichen oder nicht oder nur mit Einschränkungen zu veröffentlichen bzw. die Fundstellen im Amtsblatt zu belassen, mit Einschränkungen zu belassen oder zu streichen.

Unterläuft der Kommission hierbei ein Fehler, so kann auch dies grundsätzlich eine Haftung der Union gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV begründen. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

2. Verletzung individualschützender Vorschriften

a) Maßstab

Nach ständiger Rechtsprechung setzt die Haftung gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV einen Verstoß gegen eine Rechtsnorm voraus, „die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen“.¹¹² Danach ist zu prüfen, ob (i) eine Vorschrift jedenfalls auch Individualinteressen schützen soll und (ii) der Anspruchsteller zum Kreis der geschützten Personen gehört. Individualschützend in diesem Sinne sind z. B. die EU-Grundrechte und Grundfreiheiten.¹¹³ Ebenso kommen sekundärrechtliche Vorschriften in Betracht. So sind etwa die Prüfungsbefugnisse der Kommission im Rahmen der Fusionskontrollverordnung gegenüber den betroffenen Unternehmen individualschützend.¹¹⁴ Demgegenüber haben z. B. die Grundsätze der Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten¹¹⁵ und die Befugnis der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens¹¹⁶ keinen Schutznormcharakter. Ebenso waren die Aufgaben der Aufsichtsbehörden über Einlagensicherungssysteme nach der Richtlinie 94/19 nicht individualschützend gegenüber Einlegern der jeweiligen Kreditinstitute.¹¹⁷ Dass eine Vorschrift allein das öffentliche Interesse schützen soll, schließt indes nicht aus, dass ihre Verletzung zugleich mit weiteren, ihrerseits individualschützenden Bestimmungen konfligieren kann.¹¹⁸

b) Prüfungspflichten der Kommission

Unabhängig von deren sachlicher Reichweite könnten die Prüfungspflichten der Kommission aus Art. 10 Abs. 5 und 6 der Normungsverordnung solche individualschützenden Rechtsvorschriften sein.

Zwar bestehen die Prüfpflichten in erster Linie im öffentlichen Interesse. Sie sollen sicherstellen, dass harmonisierten Normen dem jeweiligen Normungsauftrag entsprechen. Insoweit legt etwa Art. 10 Abs. 1 Satz 2 der Normungsverordnung fest, dass

¹¹² Siehe EuGH, Urteil vom 04.07.2000, Bergaderm / Kommission, C-352/98 P, EU:C:2000:361, Rn. 41 f.; Urteil vom 09.09.2008, FIAMM / Rat und Kommission, C-120/06 P, EU:C:2008:476, Rn. 172 f.

¹¹³ Ausführlich *Jacob/Kottmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 69. EL 2020, Art. 340 AEUV Rn. 78 ff.

¹¹⁴ Siehe EuG, Urteil vom 09.09.2008, MyTravel Group / Kommission, T-212/03, EU:T:2008:315, Rn. 44 ff.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 13.03.1992, Vreugdenhil / Kommission, C-282/90, EU:C:1992:124, Rn. 20.

¹¹⁶ EuGH, Beschluss vom 23.05.1990, Asia Motors France, C-72/90, EU:C:1990:230, Rn. 13.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, Paul, C-222/02, EU:C:2004:606, Rn. 30.

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Artegodan / Kommission, C-221/10 P, EU:C:2012:216, Rn. 81.

Normen dem öffentlichen Interesse Rechnung tragen müssen. Ferner betont der 5. Erwägungsgrund der Verordnung, dass Normen für den Binnenmarkt „eine ganz wesentliche Bedeutung“ haben.

Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Prüfungspflichten der Kommission zugleich auch die Individualinteressen der von Normen betroffenen Unternehmen und/oder Verbraucher schützen können. So führt der 11. Erwägungsgrund der Verordnung aus, dass für den Inhalt von Normen „die Bedürfnisse der unmittelbar oder mittelbar von der Norm betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und Interessenträger ausschlaggebend“ sind. In ähnlicher Weise anerkennt der 22. Erwägungsgrund, dass Normen „erhebliche Auswirkungen“ unter anderem auf die „Sicherheit und das Wohlergehen der Bürger“ haben können. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass die Prüfungspflichten der Kommission auch diesen Interessen dienen sollen.

Indes reicht die Haftungsverantwortung der EU nur so weit, wie die Prüfungspflicht der Kommission geht. Wie bereits ausgeführt, sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Kommission harmonisierte Normen nur auf eher formale Aspekte wie Vollständigkeit und Folgerichtigkeit, nicht aber umfassend auf ihre inhaltlich-technische Angemessenheit prüfen muss und darf (s. oben unter C.II.). Folgt man dem, so wäre nur die Veröffentlichung der Fundstelle einer unvollständigen oder mit logischen Brüchen behafteten Norm haftungsrelevant. Für die Veröffentlichung der Fundstelle einer Norm, die sich später als technisch mangelhaft erweist, müsste die EU demgegenüber nicht einstehen. Vor diesem Hintergrund erscheint die jüngere Tendenz der Kommission, ihre Prüfungspflichten weit auszulegen, als haftungsrechtlich riskant.

3. Hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß

Nach ständiger Rechtsprechung führt nicht jedes rechtswidrige Verhalten eines Organs zur Haftung gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV. Verlangt wird vielmehr ein „hinreichend qualifizierter“ Rechtsverstoß.¹¹⁹ Dabei ist – anders als im deutschen Amtshaftungsrecht – grundsätzlich kein Verschulden erforderlich. Die vom EuGH entwickelten Kriterien führen jedoch häufig zu ähnlichen Ergebnissen.¹²⁰ So ist ein Rechtsverstoß dann „hinreichend qualifiziert“, wenn ein Unionsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, „offenkundig und erheblich“ überschritten hat.¹²¹ Dafür kommt es unter

¹¹⁹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 02.12.1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt / Rat, C-5/71, EU:C:1971:116, Rn. 11.

¹²⁰ Näher *Jacob/Kottmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 69. EL 2020, Art. 340 AEUV Rn. 87 ff.; *Lenaerts/Maselis/Gutman*, EU Procedural Law, 2014, S. 522 ff.

¹²¹ EuGH, Urteil vom 04.07.2000, Bergaderm / Kommission, C-352/98, EU:C:2000:361, Rn. 43.

anderem auf die Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, den Umfang des Ermessensspielraums des handelnden Organs und die subjektive Vorwerfbarkeit an.¹²² Generell handhaben die Unionsgerichte die Haftung nach Art. 340 Abs. 2 AEUV eher restriktiv. Dies ähnelt der Herangehensweise deutscher Gerichte an die Amtshaftung gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG.

Danach dürften die Haftungsrisiken im Zusammenhang mit harmonisierten Normen im Ergebnis begrenzt sein. Nach ständiger Rechtsprechung genießt die Kommission bei der Beurteilung technisch und wissenschaftlich komplexer Fragen ein „weites Ermessen“. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich dort auf die Frage, ob ein „offenkundiger Beurteilungsfehler“ vorliegt.¹²³ Ein solches weites Ermessen hat das EuG namentlich der Kommission bei der Entscheidung über formale Einwände gegen harmonisierte Normen im Bereich der Bauprodukte zugesprochen.¹²⁴ Das Urteil des EuG überzeugt aus anderen Gründen nicht. Dass die Kommission bei der Prüfung harmonisierter Normen grundsätzlich ein weites Ermessen genießt, erscheint jedoch nachvollziehbar.¹²⁵

Vor diesem Hintergrund dürfte sich klägerseits der Nachweis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen die Prüfpflichten der Kommission häufig nicht führen lassen – unabhängig von der Frage, wie weit die Prüfpflichten reichen. Eine Haftung dürfte sich daher auf gravierende und seltene Fälle beschränken.

4. Kausalität

Nach ständiger Rechtsprechung setzt die Haftung nach Art. 340 Abs. 2 AEUV schließlich voraus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen dem inkriminierten Rechts-

¹²² Vgl. EuGH, Urteil vom 05.03.1996, Brasserie du pêcheur, C-46/93, EU:C:1996:79, Rn. 56.

¹²³ Siehe EuGH, Urteil vom 21.11.1991, TU München, C-269/90, EU:C:1991:438, Rn. 13; Urteil vom 08.07.2010, Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, Rn. 28; EuG, Urteil vom 11.09.2002, Pfizer Animal Health, T-13/99, EU:T:2002:209, Rn. 166 ff.

¹²⁴ Siehe EuG, Urteil vom 09.07.2019, Deutschland / Kommission, T-53/18, EU:T:2019:490, Rn. 57 f.

¹²⁵ Gegen das Urteil ist ein Rechtsmittel der Bundesrepublik Deutschland anhängig, mit dem u.a. gerügt wird, dass das EuG der Kommission *de facto* ein völlig unbeschränktes Ermessen eingeräumt und damit gegen die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 verstoßen habe. Gegen den Grundsatz selbst, dass den Unionsorganen bei der Beurteilung technisch komplexer Fragen ein Beurteilungsspielraum zukommt, wendet sich das Rechtsmittel jedoch nicht.

verstoß und dem behaupteten Schaden besteht. Hieran fehlt es, wenn der Schaden letztlich auf dem eigenen Verhalten des Geschädigten oder dem Dazwischentreten eines Dritten beruht.¹²⁶

Auch an diesem Erfordernis dürften Schadensersatzansprüche gegen die EU im Zusammenhang mit Normen regelmäßig scheitern. Nach den produktrechtlichen Harmonisierungsakten müssen die adressierten Wirtschaftsakteure, regelmäßig der Hersteller oder sein Bevollmächtigter, vor dem Inverkehrbringen des Produkts selbst sicherstellen, dass dieses den wesentlichen Anforderungen entspricht.¹²⁷ Dieser Verantwortung können sie sich nicht durch die Anwendung harmonisierter Normen entziehen. Vielmehr trägt ein Hersteller auch dann, wenn er harmonisierte Normen anwendet, die alleinige Verantwortung für die Beurteilung aller mit seinem Produkt verbundenen Risiken.¹²⁸ Harmonisierte europäische Normen und die damit verbundene Konformitätsvermutung sind Instrumente des Marktzugangs. Sie dienen allein dazu, den freien Verkehr der betreffenden Produkte zu gewährleisten, definieren aber nicht die haftungsrechtliche Verantwortung ihrer Verwender.¹²⁹

5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis wird eine Haftung der EU für Schäden im Zusammenhang mit fehlerhaften harmonisierten Normen schon deshalb regelmäßig nicht in Betracht kommen, weil es an der Haftungsvoraussetzungen der Kausalität oder einem hinreichend qualifizierten Verstoß fehlt. Grundsätzlich ist eine Haftung der EU für von der Kommission im Rahmen der Normungsverordnung getroffene Entscheidungen über Normungsaufträge, Veröffentlichungen von Referenzen harmonisierter Normen oder formelle Einwände – nicht allerdings für die harmonisierte Norm selbst – aber denkbar. Die Haftungsverantwortung der EU reicht also so weit wie die Prüfungspflicht der Kommission. Die Tendenz der Kommission, ihre Prüfungen deutlich auszuweiten, ist vor diesem Hintergrund haftungsrechtlich durchaus kontraproduktiv, da hiermit potenziell auch eine Erweiterung ihrer Haftungsrisiken einhergeht.

¹²⁶ Siehe dazu EuGH, Urteil vom 09.09.2008, FIAMM / Rat und Kommission, C-120/06 P, EU:C:2008:476, Rn. 106; Urteil vom 18.03.2010, Trubowest / Kommission, C-419/08, EU:C:2010:147, Rn. 61; Urteil vom 07.07.1987, Étoile commerciale / Kommission, C-89/86, EU:C:1987:337, Rn. 18 ff.

¹²⁷ Siehe etwa Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) der MaschinenRL.

¹²⁸ Blue Guide (Fn. 13), S. 42.

¹²⁹ Siehe EuGH, Urteil vom 27.10.2016, James Elliott Construction, C-613/14, EU:C:2016:821, Rn. 50 ff.

IV. Rolle der Mitgliedstaaten und des EU-Normungsausschusses im Normungsprozess und Rechtsschutzmöglichkeiten

Den Mitgliedstaaten kommt über ihre nationalen Vertreter im EU-Normungsausschuss nach Art. 22 der Normungsverordnung eine wichtige Rolle bei wesentlichen Verfahrensschritten innerhalb des Normungsprozesses zu (dazu 1.). Sie können zudem gegen einzelne Verfahrensschritte der Kommission, die sie als rechtswidrig erachten, sowohl im Wege der Nichtigkeitsklage als auch der Untätigkeitsklage vorgehen (dazu 2.).

1. Beteiligung des EU-Normungsausschusses im Normungsprozess

Nach Art. 22 Abs. 1 der Normungsverordnung wird die Kommission bei ihrer Tätigkeit unter der Verordnung von einem Ausschuss unterstützt. Dieser Ausschuss ist ein Ausschuss im Sinne der Komitologie-Verordnung,¹³⁰ der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt (s. Art. 3 Abs. 2 Komitologie-Verordnung). Den Vorsitz führt ein Vertreter der Kommission, der kein Stimmrecht hat (Art. 3 Abs. 2 Komitologie-Verordnung).

Die Normungsverordnung sieht an verschiedenen Stellen eine Einbindung des Ausschusses in von der Kommission zu treffende Entscheidungen vor, wobei der Einfluss des Ausschusses je nach angeordnetem Beteiligungsverfahren divergiert. Namentlich ist eine Beteiligung vorgesehen bei der Verabschiedung des jährlichen Arbeitsprogramms für die europäische Normung nach Art. 8 Abs. 4 der Normungsverordnung (dazu a)), beim Erlass von Normungsaufträgen gegenüber einer oder mehreren Normungsorganisationen nach Art. 10 Abs. 2 der Normungsverordnung (dazu b)) sowie bei der Entscheidung über die Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt nach formellen Einwänden gemäß Art. 11 Abs. 1 der Normungsverordnung (dazu c)).

a) Verabschiedung des Arbeitsprogramms für die europäische Normung

Nach Art. 8 der Normungsverordnung verabschiedet die Kommission ein jährliches Arbeitsprogramm für europäische Normung. In diesem Programm sind unter anderem die spezifischen Ziele und politischen Maßnahmen für die europäischen Normen festgelegt, mit denen sie die europäischen Normungsorganisationen gemäß Art. 10 der Verordnung zu beauftragen beabsichtigt. Das Arbeitsprogramm wird nach umfassender Konsultation der einschlägigen Interessenträger, der europäischen Normungsorga-

¹³⁰ S. oben Fn. 15.

nisationen und der Mitgliedstaaten im Rahmen des Normungsausschusses angenommen (Art. 8 Abs. 1 und 4 der Normungsverordnung). Die Einflussnahmemöglichkeiten des Ausschusses sind in diesem Verfahren mithin eher schwach ausgeprägt und erschöpfen sich in einem Recht auf Konsultation.

b) Verabschiedung von Normungsaufträgen

Über größere Einflussnahmemöglichkeiten verfügt der Ausschuss – und damit die in ihm zusammengeschlossenen Vertreter der Mitgliedstaaten – bei der Verabschiedung von Normungsaufträgen (sog. Mandaten).

Wie bereits verschiedentlich dargelegt, kann die Kommission eine oder mehrere europäische Normungsorganisationen damit beauftragen, innerhalb einer vorgegebenen Frist eine europäische Norm zu erarbeiten (Art. 10 Abs. 1 der Normungsverordnung; vgl. etwa auch Art. 17 Abs. 1 der Bauproduktenverordnung). Vorbehaltlich einer Änderung von Anhang I der Normungsverordnung, in dem die – aktuell drei – europäischen Normungsorganisationen abschließend aufgezählt sind, ergibt sich hieraus eindeutig, dass eine Beauftragung anderer Organisationen mit Aufgaben der technischen Standardsetzung unzulässig wäre. Die durch die Normungsverordnung geregelten Verfahren sind zwingend und stehen nicht im Belieben der Kommission. Der Unionsgesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die europäische Normung in die Hände der europäischen Normungsorganisationen zu legen, deren Tätigkeiten unter anderem durch die Normungsverordnung reguliert werden. Im Übrigen können nach den einschlägigen Harmonisierungsrechtsakten regelmäßig allein harmonisierte Normen, die von einer europäischen Normungsorganisation erarbeitet wurden, die für den freien Warenverkehr wichtige Konformitätsvermutung entfalten. Etwaigen von alternativen Gremien gesetzten Standards käme eine solche Wirkung nicht zu.¹³¹

Ein Normungsauftrag ergeht nach Art. 10 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 3 der Normungsverordnung i. V. m. Art. 5 der Komitologieverordnung als Durchführungsbeschluss der Kommission im sogenannten Prüfverfahren. Dieses Verfahren stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:

- Der Vorsitz – ein Vertreter der Kommission – unterbreitet dem Ausschuss den Entwurf des Normungsauftrags. Gibt der Ausschuss eine befürwortende Stellungnahme ab, erlässt die Kommission den Auftrag (Art. 3 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 2 der Komitologie-Verordnung). Die Stellungnahme wird nach Art. 5 Abs. 1 der Komitologie-Verordnung mit qualifizierter Mehrheit in Anlehnung

¹³¹ Siehe etwa Art. 2 Buchst. l) und Art. 7 Abs. 2 Maschinenrichtlinie 2006/42/EG.

an die Willensbildung im Rat abgegeben. Das bedeutet, dass es einer Mehrheit von mindestens 55 % der Mitglieder des Ausschusses bedarf, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern, sofern die von diesen vertretenen Mitgliedstaaten zusammen mindestens 65 % der Bevölkerung der Union ausmachen.¹³²

- Gibt der Ausschuss dagegen – ebenfalls mit der o. g. qualifizierten Mehrheit – eine ablehnende Stellungnahme ab, so erlässt die Kommission den Auftrag nicht.¹³³
- Gibt der Ausschuss keine förmliche Stellungnahme im Sinne der Komitologie-Verordnung ab, etwa weil weder eine qualifizierte Mehrheit für eine Annahme noch für eine Ablehnung des Entwurfs zustande kommt, gilt folgendes:
 - Grundsätzlich kann die Kommission gemäß Art. 5 Abs. 3 der Komitologie-Verordnung den Normungsauftrag in einem solchen Fall erlassen.
 - Sie kann den Normungsauftrag im Falle einer unterbliebenen Stellungnahme nach Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 Buchst. a) der Komitologie-Verordnung allerdings dann *nicht* erlassen, wenn dieser „den Schutz der Gesundheit oder der Sicherheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen“ betrifft. Dies dürfte bei Normungsaufträgen auf Grundlage von Produktsicherheitsrichtlinien regelmäßig der Fall sein. Gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 3 der Normungsverordnung legt ein Normungsauftrag die Anforderungen an den Inhalt der betreffenden Norm fest. Wie der 22. Erwägungsgrund der Normungsverordnung anerkennt, können solche Inhalte „erhebliche Auswirkungen“ unter anderem auf die „Sicherheit und das Wohlergehen der Bürger“ haben. Mithin kann die Kommission *keine* Aufträge für sicherheits- und gesundheitsrelevante Normen erteilen, wenn sich der Normungsausschuss enthält.
 - Darüber hinaus darf die Kommission nach Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 Buchst. c) der Komitologie-Verordnung auch dann *keinen* Normungsauftrag erlassen, wenn der Ausschuss den Vorschlag mit der einfachen Mehrheit seiner Mitglieder ablehnt.¹³⁴ Damit genügt im Ergebnis eine einfache Mehrheit im Normungsausschuss, um einen Normungsauftrag zu verhindern.

¹³² S. Art. 5 Abs. 1 der Komitologie-Verordnung i. V. m. Art. 16 Abs. 4 EUV.

¹³³ Die in Art. 7 der Komitologie-Verordnung geregelte Ausnahme, wenn eine erhebliche Störung der Agrarmärkte oder eine Gefährdung der finanziellen Interessen der Union droht, dürfte im Fall der Normung nicht einschlägig sein.

¹³⁴ Dass eine einfache Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses erforderlich ist, kommt in der deutschen Sprachfassung nicht klar zum Ausdruck, die lediglich von „einfacher Mehrheit“ spricht. Andere Sprachfassungen sind insoweit aber eindeutig (vgl. nur engl.: „a simple majority of the component members of

Dieses in der Normungs- und Komitologie-Verordnung geregelte Verfahren kann von der Kommission nicht einseitig verändert werden. Insbesondere kann sie den gesetzlich vorgesehenen Einfluss des Ausschusses nicht im Wege einer unverbindlichen Mitteilung beschneiden. Die Formulierung unter Ziffer 1. der Mitteilung vom 22.11.2018, die Kommission arbeite „gemeinsam mit den Mitgliedstaaten die Normungsaufträge im Rahmen eines inklusiven und transparenten Verfahrens aus“,¹³⁵ ist vor diesem Hintergrund als Verweis auf das Prüfverfahren nach Art. 10 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 3 der Normungsverordnung i. V. m. Art. 5 der Komitologie-Verordnung zu verstehen.

Da es im Rahmen des Prüfverfahrens (allein) der Kommission obliegt, einen Vorschlag für einen Normungsauftrag vorzulegen, steht es ihr demgegenüber grundsätzlich frei, von der in Teil II des Vademecums vorgesehenen Vorlage abzuweichen und z.B. Formulierung und Inhalt der Artikel gegenüber dem Template abzuändern. Denkbar ist dementsprechend auch eine generelle Anpassung des Templates im Rahmen einer Überarbeitung des Vademecums oder eine Neufassung in einem neuen *Guidance Document*, ohne dass die Mitgliedstaaten bzw. der Ausschuss dem zustimmen müssten. Selbstverständlich ist es den Vertretern der Mitgliedstaaten im Ausschuss aber möglich, im Einzelfall – auch in jedem Einzelfall – eine ablehnende Stellungnahme zu solchen Entwürfen für Normungsaufträge abzugeben, wenn sie etwa die Aufnahme einer Begrenzung der Geltungsdauer von Normungsaufträgen nicht mittragen wollen. Wie dargestellt genügt insoweit eine einfache Mehrheit, um zu verhindern, dass die Kommission den Auftrag erlassen kann. Aufgrund des alleinigen Initiativrechts der Kommission kann der Ausschuss den Normungsauftrag allerdings nicht selbst inhaltlich modifizieren oder nur bestimmte Artikel des Vorschlags annehmen. Indirekt kann durch die Ablehnung allerdings ohne Zweifel Druck auf die Kommission ausgeübt werden, von ihrem Vorschlag Abstand zu nehmen bzw. diesen in veränderter Form vorzulegen, wenn ihr nur dann die erforderliche qualifizierte Mehrheit im Ausschuss gewiss ist.

c) **Prüfung und Fundstellenveröffentlichung**

Im Rahmen der der Kommission obliegenden *ex-ante*-Prüfung einer harmonisierten Norm vor Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt ist eine verfahrensrechtlich abgesicherte Rolle der Mitgliedstaaten nach dem Wortlaut der Normungsverordnung – wie bereits dargestellt (s. oben C.II.1.b)) – nicht vorgesehen. Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden, wenn die Kommission in der Mitteilung formuliert, sie

the committee“; franz.: „une majorité simple des membres qui composent le comité“; span.: „una mayoría simple de los miembros que componen el comité“).

¹³⁵ Europäische Kommission, Mitteilung vom 28.11.2018, COM(2018) 764 final, S. 2.

werde die Fundstelle im Amtsblatt veröffentlichen, wenn die Norm mit dem Auftrag und den Rechtsvorschriften der Union in Einklang stehe.¹³⁶ Unklar und in der Normungsverordnung nicht geregelt ist, ob die Entscheidung über die Veröffentlichung in Form eines (Durchführungs-)Beschlusses der Kommission ergehen muss. Wie bereits ausgeführt liegt dies nicht nahe (s. oben unter C.III.1.c)bb)). Für die Mitgliedstaaten ist dies aber letztlich auch ohne Bedeutung, da ihnen bei der Entscheidung über die Veröffentlichung der Fundstelle unabhängig von der gewählten Rechtsform keine Beteiligungsrechte zustehen.

Ein Beteiligungsrecht des Ausschusses besteht demgegenüber bei der Entscheidung über die Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt, wenn formelle Einwände gemäß Art. 11 Abs. 1 der Normungsverordnung gegen die harmonisierte Norm erhoben wurden. Entscheidet die Kommission auf einen im Vorfeld der Veröffentlichung erhobenen Einwand, die Fundstelle der harmonisierten Norm entweder im Amtsblatt zu veröffentlichen oder sie nicht oder nur mit Einschränkungen zu veröffentlichen (Art. 11 Abs. 1 Buchst. a) der Normungsverordnung), findet das sog. Beratungsverfahren Anwendung.¹³⁷ Bei diesem gibt der Ausschuss – erforderlichenfalls auf der Grundlage einer Abstimmung – seine Stellungnahme ab. Im Falle einer Abstimmung wird die Stellungnahme mit der einfachen Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses abgegeben. Die Kommission beschließt sodann über die Veröffentlichung, wobei sie nach Art. 4 Abs. 2 der Komitologie-Verordnung „soweit wie möglich das Ergebnis der Beratungen im Ausschuss und die abgegebene Stellungnahme berücksichtigt“. Sie ist mithin formal nicht an die Stellungnahme des Ausschusses gebunden und kann sich notfalls auch hierüber hinwegsetzen.

Wird ein formeller Einwand gegen eine harmonisierte Norm erst nachträglich erhoben, hat die Kommission nach Art. 11 Abs. 1 Buchst. b) der Normungsverordnung darüber zu entscheiden, ob sie die Fundstelle der betreffenden harmonisierten Norm im Amtsblatt belässt, mit Einschränkung belässt oder streicht. Diese Entscheidung ergeht nach Artt. 11 Abs. 5, 22 Abs. 3 der Normungsverordnung i. V. m. Art. 5 der Komitologie-Verordnung – ebenso wie die Verabschiedung von Normungsaufträgen – im sog. Prüfverfahren. Zu den Verfahrensanforderungen wird insoweit auf die vorstehenden Ausführungen unter C.IV.1.b) verwiesen.

¹³⁶ Ebd., S. 3.

¹³⁷ Artt. 11 Abs. 4, 22 Abs. 2 der Normungsverordnung i. V. m. Art. 4 der Komitologie-Verordnung.

2. Rechtsschutz der Mitgliedstaaten gegen Verfahrenshandlungen der Kommission

Die Mitgliedstaaten können gegen einzelne Verfahrensschritte der Kommission sowohl im Wege der Nichtigkeitsklage als auch im Wege der Untätigkeitsklage (dazu a)) vorgehen. Ob daneben auch Normungsorganisationen zulässigerweise gegen Verfahrenshandlungen der Kommission vor den europäischen Gerichten klagen können, ist zweifelhaft (dazu b)).

a) Klagearten

Die Rechtsnatur der Fundstellenveröffentlichung nach Art. 10 Abs. 6 der Normungsverordnung ist – wie vorstehend dargelegt – unklar und umstritten. Die Kommission geht in jüngerer Zeit davon aus, dass sie die Fundstellen harmonisierter Normen durch einen förmlichen Beschluss veröffentlichen müsse, der in Teil L des Amtsblatts aufgeführt wird. Für den Rechtsschutz ist diese Einordnung indes nicht ausschlaggebend. Gemäß Art. 263 Abs. 1 AEUV kann unter anderem gegen alle „Handlungen“ der Kommission Nichtigkeitsklage erhoben werden, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt. Hieraus folgt nach ständiger Rechtsprechung, dass die Nichtigkeitsklage gegen alle Handlungen eröffnet ist, die – unabhängig von ihrer Form – dazu bestimmt sind, verbindliche Rechtswirkungen zu erzeugen.¹³⁸ Dementsprechend hat das EuG bereits entschieden, dass die Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm eine Handlung darstellt, die mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden kann.¹³⁹

Gleiches dürfte für den umgekehrten Fall gelten, in dem die Kommission die Veröffentlichung einer Fundstelle ablehnt. Auch eine solche Maßnahme erzeugt verbindliche Rechtswirkungen, indem sie einer harmonisierten Norm die Konformitätswirkung und den daran geknüpften (begrenzten) Status als „Teil des Unionsrechts“ versagt.¹⁴⁰ Auch gegen die (endgültige) Ablehnung einer Fundstellenveröffentlichung kann daher grundsätzlich Nichtigkeitsklage erhoben werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Kommission gemäß Art. 296 Abs. 2 AEUV ihre Handlungen mit einer Begründung versehen muss. Diese Pflicht beschränkt sich nicht auf förmliche Rechtsakte, sondern umfasst alle Maßnahmen, die Rechtswirkungen entfalten.¹⁴¹

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 31.03.1971, Kommission / Rat (AETR), C-22/70, EU:C:1971:32, Rn. 38; Urteil vom 20.09.2016, Mallis und Malli / Kommission und EZB, C-105/15 P, EU:C:2016:702, Rn. 51.

¹³⁹ EuG, Urteil vom 26.02.2017, GGP Italy / Kommission, T-474/15, EU:T:2017:36, Rn. 60

¹⁴⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.10.2016, James Elliott Construction, C-613/14, EU:C:2016:821, Rn. 38 ff.

¹⁴¹ Siehe EuGH, Urteil vom 01.10.2009, Kommission / Rat, C-370/07, EU:C:2009:590, Rn. 42.

Lehnt also die Kommission eine Fundstellenveröffentlichung ab, so muss sie dies hinreichend begründen. Kommt sie dem nicht nach, so ist die Ablehnung bereits wegen Verstoßes gegen wesentliche Formvorschriften rechtswidrig und von den Unionsgerichten aufzuheben.

Rechtsschutz besteht daneben auch gegen Verzögerungen bei der Fundstellenveröffentlichung. Nach Art. 265 Abs. 1 AEUV kann mit der Untätigkeitsklage gerügt werden, dass ein Unionsorgan es pflichtwidrig unterlassen hat, eine rechtserhebliche Handlung zu erlassen. Die Klage setzt nach Art. 264 Abs. 2 AEUV voraus, dass das betreffende Organ zuvor zum Tätigwerden aufgefordert worden und der Aufforderung nicht binnen zwei Monaten nachgekommen ist. Gemäß Art. 10 Abs. 6 der Normungsverordnung veröffentlicht die Kommission „unverzüglich“ die Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt, wenn diese den entsprechenden Anforderungen genügt. Bleibt die Kommission in diesem Zusammenhang untätig und kommt einer Aufforderung zum Tätigwerden nicht nach, steht dagegen also der Rechtsbehelf der Untätigkeitsklage zur Verfügung.

b) Klagebefugnis

Die Mitgliedstaaten sind im Hinblick auf beide Klagearten ohne weiteres klagebefugt. Als sogenannte privilegierte Kläger können sie gemäß Artt. 263 Abs. 2, 265 Abs. 1 AEUV Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen erheben, ohne eine eigene rechtliche Betroffenheit darlegen zu müssen.¹⁴²

Nicht klagebefugt sind demgegenüber einzelne Marktteilnehmer. Nach Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV kann jede natürliche oder juristische Person gegen eine Handlung Nichtigkeitsklage erheben, die sie unmittelbar und individuell betrifft. Dieses Erfordernis wendet die ständige Rechtsprechung auch auf die Untätigkeitsklage an. Danach können natürliche oder juristische Personen Untätigkeitsklage erheben, wenn ein Unionsorgan es unterlassen hat, eine sie unmittelbar und individuell betreffende Handlung vorzunehmen.¹⁴³ Eine unmittelbare Betroffenheit ist anzunehmen, wenn sich eine Handlung unmittelbar auf die Rechtsstellung des Klägers auswirkt, ohne dass es weiterer Vollzugsakte bedarf.¹⁴⁴ Individuell betroffen ist eine Person, wenn eine Maßnahme sie aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften oder anderer Umstände berührt, die sie aus dem Kreis der übrigen Personen herausheben. Dies bejaht die

¹⁴² Näher *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 69. EL 2020, Art. 263 AEUV Rn. 52.

¹⁴³ Siehe EuG, Beschluss vom 04.05.2012, UPS Europe / Kommission, T-344/10, EU:T:2012:216, Rn. 34 m.w.N.

¹⁴⁴ Siehe etwa EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Deutsche Post / Kommission, C-463/10 P, EU:C:2011:656, Rn. 44.

Rechtsprechung insbesondere, wenn EU-Sekundärrecht einer Person bestimmte Verfahrensrechte einräumt.¹⁴⁵ Für die einzelnen Marktteilnehmer, die von einer unterbliebenen Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt alle in gleicher Weise betroffen sind und denen in der Normungsverordnung keine eigenen Verfahrensrechte eingeräumt werden, fehlt es an einer solchen individuellen Betroffenheit.

Zweifelhaft ist die Klagebefugnis von Normungsorganisationen. Anders als die Marktteilnehmer dürften Normungsorganisationen von einer Fundstellenveröffentlichung bzw. deren Ablehnung zwar *individuell* betroffen sein, da ihnen die Normungsverordnung eine gewichtige verfahrensrechtliche Stellung einräumt.¹⁴⁶ Indes spricht viel dafür, dass die Organisationen nicht *unmittelbar* betroffen sind. Die Rechtswirkungen einer Fundstellenveröffentlichung in Gestalt der Konformitätsvermutung betreffen die Marktteilnehmer (wenn auch nicht individuell) und die Behörden der Mitgliedstaaten.¹⁴⁷ Für die Normungsorganisationen selbst erzeugt eine Fundstellenveröffentlichung dagegen unmittelbar weder Rechte noch Pflichten. Gleiches gilt für die Ablehnung einer Fundstellenveröffentlichung. Insbesondere ist etwa die Finanzierung der Normungsorganisationen nach der Normungsverordnung zwar an die Entwicklung und Überarbeitung von Normen, nicht aber formal an die Veröffentlichung ihrer Fundstellen gekoppelt. Auch Pflichten der nationalen Normungsorganisationen – etwa die Pflicht, entgegenstehende nationale Normen zurückzuziehen – knüpfen nicht spezifisch an die Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt an. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass Normungsorganisationen im Hinblick auf Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen wegen (unterlassener) Verfahrensschritte der Kommission nicht klagebefugt wären. Dies ist allerdings nicht vom EuGH geklärt, so dass auch eine andere Entscheidung möglich erscheint.

3. Zwischenergebnis

Der EU-Normungsausschuss, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt, unterstützt die Europäische Kommission bei ihrer Tätigkeit im Rahmen der Normungsverordnung. Er ist in verschiedene Entscheidungsprozesse der Kommission ein-

¹⁴⁵ Siehe etwa EuGH, Beschluss vom 16.09.2005, Schmoldt / Kommission, C-342/04 P, EU:C:2005:562, Rn. 40; näher *Kottmann*, Plaumanns Ende: Ein Vorschlag zu Art. 263 Abs. 4 AEUV, ZaöRV 2010, 547, 549 f.

¹⁴⁶ Vgl. EuG, Beschluss vom 25.05.2004, Schmoldt / Kommission, T-264/03, EU:T:2004:157, Rn. 100 f.

¹⁴⁷ Vgl. EuG, Beschluss vom 25.05.2004, Schmoldt / Kommission, T-264/03, EU:T:2004:157, Rn. 91 ff.

bezogen, insbesondere auch in den Erlass von Normungsaufträgen. Sofern der Ausschuss zu einem Normungsauftrag mit qualifizierter Mehrheit eine ablehnende Stellungnahme abgibt, kann die Kommission diesen nicht erlassen. Gibt der Ausschuss keine Stellungnahme ab, etwa weil keine qualifizierte Mehrheit für eine Annahme oder Ablehnung zustande kommt, ist die Kommission ebenfalls gehindert, den Normungsauftrag zu erlassen, sofern dieser – was regelmäßig der Fall sein wird – den Schutz der Gesundheit oder der Sicherheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen betrifft. Dasselbe gilt, wenn der Ausschuss den Vorschlag (nur) mit einfacher Mehrheit ablehnt.

Die Mitgliedstaaten können gegen einzelne Verfahrensschritte der Kommission unter der Normungsverordnung Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten suchen. Sowohl der Beschluss der Kommission zur Veröffentlichung der Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt als auch die endgültige Ablehnung einer solchen Veröffentlichung können mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden. Daneben können die Mitgliedstaaten sich auch mit einer Untätigkeitsklage dagegen zur Wehr setzen, dass die Kommission die Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt trotz einer Aufforderung zum Tätigwerden nicht veröffentlicht, obwohl die Norm den rechtlichen Anforderungen genügt.

V. Bedeutung von Leitfäden, *Guidance Notes* und ähnlichen Dokumenten

Im Bereich der europäischen Normung kommt von der Kommission veröffentlichten Leitfäden und ähnlichen Dokumenten, insbesondere dem sogenannten Blue Guide¹⁴⁸ und dem sogenannten Vademecum¹⁴⁹, eine erhebliche praktische Bedeutung zu. Es steht der Kommission grundsätzlich frei, solche Leitfäden oder Arbeitsdokumente zu erlassen (dazu 1.). Sie sind in der Regel rechtlich unverbindlich, können aber eine Selbstbindung der Kommission begründen (dazu 2.). Aufgrund ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit können sie grundsätzlich nicht gerichtlich angefochten werden (dazu 3.)

¹⁴⁸ S. Fn. 13.

¹⁴⁹ S. Fn. 12.

1. Zulässigkeit der Erarbeitung von Leitfäden

Der Erlass von Leitfäden, Mitteilungen, *Guidance Notes* oder ähnlicher Dokumente ist grundsätzlich zulässig, auch wenn die Verträge oder Sekundärrechtsakte keine spezifische Rechtsgrundlage dafür enthalten.¹⁵⁰ Allerdings müssen sie sich im Rahmen des geltenden Rechts halten. Daher dürfen sie zum einen nicht von den einschlägigen Bestimmungen der Verträge oder des Sekundärrechts abweichen.¹⁵¹ Zum anderen dürfen sie keine rechtlich verpflichtenden Anordnungen enthalten, zu deren Erlass die Kommission nicht befugt ist.¹⁵² Mit anderen Worten kann die Kommission durch Leitfäden erläutern, wie sie das geltende Recht interpretiert und in welcher Weise sie die ihr zustehenden Ermessensspielräume auszufüllen gedenkt. Weitergehende Inhalte sind unzulässig.

2. Unverbindlichkeit

Leitfäden und ähnliche Dokumente sind grundsätzlich unverbindlich. Das bedeutet insbesondere, dass sie weder für die Mitgliedstaaten noch für Private rechtliche Pflichten begründen können.¹⁵³ Im Blue Guide wird dies auch ausdrücklich betont.¹⁵⁴ Allerdings kann sich die Kommission, soweit ihr das geltende Recht Ermessensspielräume belässt, durch die Veröffentlichung von Leitfäden selbst binden. Von der selbst auferlegten Bindung kann sie dann nur in hinreichend begründeten Einzelfällen abweichen. Andernfalls verstößt sie gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes.¹⁵⁵

3. Anfechtbarkeit

Aus dem unverbindlichen Charakter von Leitfäden folgt, dass diese grundsätzlich nicht mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV angegriffen werden können.

¹⁵⁰ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 18.07.2013, Schindler Holding / Kommission, C-501/11 P, EU:C:2013:511, Rn. 68; näher *Gundel*, Der prozessuale Status der Beihilfenleitlinien der EU-Kommission, EuZW 2016, 606, 607.

¹⁵¹ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 11.07.2013, Ziegler / Kommission, C-439/11, EU:C:2013:513, Rn. 59.

¹⁵² Vgl. EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Frankreich / Kommission, C-57/95, EU:C:1997:164, Rn. 11 ff.

¹⁵³ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.12.2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 29; *von Graevenitz*, EuZW 2013, 169, 171 f..

¹⁵⁴ Blue Guide (Fn. 13), S. 1, 5: „Bei dem vorliegenden Dokument handelt es sich lediglich um Leitlinien – Rechtskraft kommt ausschließlich den jeweiligen Harmonisierungsrechtsakten der Union zu.“

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 13.12.2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 28.

Nach ständiger Rechtsprechung steht die Nichtigkeitsklage gegenüber allen Handlungen der EU-Organe offen, die dazu bestimmt sind, Rechtswirkungen zu entfalten. Auf die Form oder Bezeichnung kommt es nicht an.¹⁵⁶ Soweit sich ein Leitfaden darauf beschränkt, die geltenden Rechtsvorschriften und deren Auslegung durch die Kommission zu erläutern, entfaltet er keine eigenen Rechtswirkungen und ist folglich kein tauglicher Klagegegenstand. Anderes gilt jedoch, soweit ein Leitfaden – entgegen seiner Bezeichnung – darauf angelegt ist, Verpflichtungen zu begründen, die über die einschlägigen Vorschriften des Primär- und Sekundärrechts hinausgehen. Insoweit kann er mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV angegriffen werden. Zugleich sind in einem solchen Fall häufig die rechtlichen Grenzen für Leitfäden überschritten. Die Zulässigkeit und die Begründetheit einer Klage fallen also regelmäßig in eins.¹⁵⁷

Inwieweit ein Leitfaden darauf angelegt ist, eigenständige Verpflichtungen zu begründen, muss anhand einer Einzelbetrachtung seines Inhalts geprüft werden. Mit anderen Worten ist für jede Aussage gesondert zu prüfen, ob sie lediglich das geltende Recht und dessen Handhabung durch die Kommission wiedergibt oder aber darüber hinausgeht.¹⁵⁸ Dies kann mit schwierigen Abgrenzungsfragen verbunden sein. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht pauschal und abstrakt bewerten, inwieweit etwaige künftige Leitfäden zur europäischen Normung – oder Änderungen an den bestehenden – zum Gegenstand einer Nichtigkeitsklage gemacht werden könnten.

4. Zwischenergebnis

Leitfäden, *Guidance Notes* und andere Arbeitsdokumente der Kommission sind im Regelfall rechtlich unverbindlich und können dementsprechend auch nicht mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden.

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Frankreich / Kommission, C-57/95, EU:C:1997:164, Rn. 7 m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Frankreich / Kommission, C-57/95, EU:C:1997:164, Rn. 11 ff.; näher *Thomas*, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423, 425.

¹⁵⁸ Vgl. EuG, Urteil vom 20.05.2010, Deutschland / Kommission, T-257/06, EU:T:2010:214, Rn. 25 ff.