

TIMO RADEMACHER

Realakte im  
Rechtssystem der  
Europäischen Union

*Jus Internationale et Europaeum*

85

---

Mohr Siebeck

# Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von  
Thilo Marauhn und Christian Walter

85





Timo Rademacher

# Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union

Mohr Siebeck

*Timo Rademacher*, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Ferrara; wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand in Heidelberg; Magister Juris-Studium in Oxford; 2013 Promotion; seit 2013 Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin.

Gedruckt mit Unterstützung der Graduiertenakademie der Universität Heidelberg und mit Mitteln der Exzellenzinitiative.

e-ISBN PDF 978-3-16-153103-3

ISBN 978-3-16-153087-6

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 2013 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von September 2013.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Eberhard Schmidt-Aßmann, gilt mein aufrichtiger Dank. Während der drei Jahre, die ich als sein wissenschaftlicher Mitarbeiter in Heidelberg verbringen durfte, war er mir ein hervorragender akademischer Lehrer. Er wird mir in vielem Vorbild bleiben. Zu großem Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Professor Dr. Wolfgang Kahl, M.A.: für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, und für die Assoziierung an seinen Lehrstuhl, die ich als große fachliche Bereicherung empfunden habe. Den Herren Professoren Thilo Marauhn und Christian Walter gebührt Dank für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe *Jus Internationale et Europaeum*.

Frau Professorin Dr. Bettina Schöndorf-Haubold danke ich für ihre stete Diskussionsbereitschaft, ohne die die Arbeit in dieser Form nicht gelungen wäre. Gleichfalls unverzichtbar war mir Herr Sebastian Heinrichs, mit dem ich drei Jahre lang Tür an Tür die Höhen und Tiefen des Promovierens durchlebt habe. Er und Herr Till Böttcher haben mir durch die gründliche Durchsicht der Arbeit in sehr kurzer Zeit einen großen Freundschaftsdienst erwiesen.

Dankend erwähnen möchte ich ferner Herrn Professor Paul Craig (University of Oxford, St John's College). Er hat mir durch seine kritischen Nachfragen geholfen, das Potential und die Notwendigkeit des Rechtsvergleichs für mein Thema zu entdecken. Der Forschungsaufenthalt in Oxford wurde mir durch ein Stipendium der Heidelberger Graduiertenakademie ermöglicht. Die Entstehung der Arbeit insgesamt wurde durch ein Stipendium der Fritz-Thyssen-Stiftung großzügig finanziell gefördert.

Schließlich gebührt der größte Dank meinen Eltern Hedwig und Hans Rademacher und meiner Großmutter Elisabeth Rademacher, geb. Welter – ihnen verdanke ich alles. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Berlin, im Dezember 2013



## Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Einführung .....	1

### *1. Kapitel: Rechtswirkungen, Rechtsverbindlichkeit und Rechtsschutz*

A. Die primärrechtliche Ausgangslage: „Rechtswirkungen“ als Voraussetzung der Anfechtbarkeit einer Handlung .....	7
B. „Rechtswirkungen“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs: „Rechtsverbindlichkeit“ .....	8
C. Beobachtungen zu einer Zunahme unverbindlichen Handelns der Unionsverwaltung .....	76
D. Ein differenziert(er)es Bild der Wirkungen unionalen Handelns – zugleich das „Analyseraster“ der folgenden Kapitel .....	134

### *2. Kapitel: Die konstitutionellen Anforderungen an das Gerichtssystem: Rechtsschutzgarantien und Rechtskontroll-Auftrag („Anspruch“)*

A. Artikel 47 Grundrechtecharta .....	152
B. „Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz“ als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts .....	208
C. Die Anforderungen der EMRK.....	212

### *3. Kapitel: Die Möglichkeiten zur Erfassung realen Verwaltungshandelns („Erfüllung“)*

A. Vorab: Modelle des Rechtsschutzes gegen Realakte in Europa .....	220
B. Die Einschätzung des Gerichtshofs: Ein „vollständiges System des Rechtsschutzes“ existiert!.....	243
C. Die Rechtsschutzreserven des Vertrages: Vorschlag eines vollständigen Systems gerichtlichen Rechtsschutzes .....	342

Rechtsprechungsverzeichnis.....	389
Literaturverzeichnis .....	397
Register .....	415

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI

Einführung .....	1
I. Untersuchungsgegenstand: der Realakt im Recht der EU .....	1
II. Eine „undenkbare Rechtsschutzlosigkeit“? .....	2
III. Forschungsprogramm .....	5

## *1. Kapitel*

### Rechtswirkungen, Rechtsverbindlichkeit und Rechtsschutz

A. Die primärrechtliche Ausgangslage: „Rechtswirkungen“ als Voraussetzung der Anfechtbarkeit einer Handlung .....	7
B. „Rechtswirkungen“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs: „Rechtsverbindlichkeit“ .....	8
I. Die beiden Grundentscheidungen zur Anfechtbarkeit einer Handlung .....	10
1. AETR: „Abgestimmtes Verhalten“ der Mitgliedstaaten im Rat als verbindliche Handlung.....	10
2. IBM: Die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens als unverbindliche Handlung .....	12
3. AETR und IBM als im Kern rechtsschutzfreundliche Urteile .....	15
II. Folgeentwicklungen I: Übermittlung von personen- und geschäftszugehörigen Informationen .....	17
1. AKZO: Die Gewährung von Akteneinsicht – Rechtsverbindlichkeit alias Rechtsverweigerung .....	17
a. Die Abgrenzung von Realakt und verbindlicher Handlung durch den Gerichtshof .....	17
b. Effektivitätsgeleitete Zusatzargumente .....	19

2. BEUC und Cimenteries: Die Verweigerung der Akteneinsicht – Rechtsverbindlichkeit alias irreversible Rechtsverweigerung .....	20
3. Die Linie AKZO – Zwischenbemerkung .....	23
4. Tillack: Ermittlungsberichte des OLAF – Rechtsverbindlichkeit alias Pflicht zur Beachtung .....	23
a. Die Abgrenzung von Realakt und anfechtbarer Handlung .....	24
b. Perspektivwechsel von AKZO zu Tillack: Abstellen auf rechtlich-mechanische Wirkungen statt auf Rechtsschutzeffektivität .....	26
5. Violetti: Ermittlungsberichte des OLAF – Rechtsverbindlichkeit alias Interessengefährdung .....	27
a. Versuch einer rechtsschutzfreundlichen Neubestimmung durch das EuGöD .....	27
b. Angleichung der Standards durch die Revisionsentscheidung .....	29
6. Olivieri: Wissenschaftliche Gutachten – Rechtsverbindlichkeit alias Pflicht zur Beachtung .....	30
a. „Lediglich vorbereitende Maßnahmen“ .....	31
b. Unbeachtlichkeit von eigenständigen Wirkungen des Gutachtens .....	33
7. F./Kommission: disziplinarische Gutachten – Rechtsverbindlichkeit alias Rechtsverweigerung .....	35
III. Folgeentwicklungen II: Auslegungsmitteilungen .....	36
1. Frankreich/Kommission: abstrakt-generelle Auslegungsmitteilungen der Kommission – Rechtsverbindlichkeit alias „über den Einzelfall hinausgreifende Gefahr für die richtige Anwendung des Rechts“ .....	36
a. Wirkung (nur) durch die „normative Kraft des Faktischen“? .....	37
b. Unbeachtlichkeit bestimmter rechtlicher Wirkungen .....	40
2. Sucrimex: Auslegungsmitteilungen der Kommission im Einzelfall – Rechtsverbindlichkeit alias Pflicht zur Beachtung .....	41
3. Zwischenfrage: Liegt der maßgebliche Unterschied (doch) in der Form der Verbreitung? .....	41
4. Spanien/Kommission: selbst-gerichtete Auslegungsmitteilungen der Kommission – Rechtsverbindlichkeit alias Pflicht zur Beachtung .....	42
a. Zentrale Wirkung: Selbstbindung mit Abweichungsmöglichkeit .....	44
b. Anfechtbarkeit? .....	46
IV. Synthese und Kritik .....	48

1. Die drei Elemente der IBM-Formel .....	48
a. Die Interessenbeeinträchtigung .....	49
b. Der Eingriff in die Rechtsstellung des Klägers .....	50
aa. Das Element als „besonders manifester Nachweis der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit“?.....	51
bb. Teilweiser Verzicht der Rechtsprechung auf das Element .....	52
cc. Zwischenbemerkung zum zweiten Element.....	55
c. Fazit zu den ersten beiden Elementen .....	56
d. Die Rechtsverbindlichkeit als solche: drei divergierende Rechtsprechungs-Linien .....	56
aa. Rechtsverbindlichkeit alias Pflicht zur Beachtung.....	58
bb. Rechtsverbindlichkeit alias Rechtsverweigerung.....	59
cc. Rechtsverbindlichkeit alias „über den Einzelfall hinausgehende Gefahr für die richtige Anwendung des Rechts“ .....	61
2. Ergänzende Elemente.....	63
a. Der nur vorbereitende Charakter einer Handlung .....	63
aa. Grundgedanke der Unanfechtbarkeit nur vorbereitender Maßnahmen .....	63
bb. ... in Verfahren vor einem einzelnen Verwaltungsträger .....	65
cc. ... in mehrpoligen Entscheidungszusammenhängen und Verbundkonstellationen .....	66
dd. Zusammenführung .....	69
b. Außenwirkung .....	70
c. Beschwerende Wirkung .....	73
d. Duldungspflicht als Rechtswirkung? .....	74
3. Fazit.....	75
C. Beobachtungen zu einer Zunahme unverbindlichen Handelns der Unionsverwaltung .....	76
I. Informationsverwaltung .....	77
1. Publikumsinformation.....	78
a. Warnungen .....	78
aa. Allgemeine Risikokommunikation .....	79
bb. Wissenschaftliche Gutachten innerhalb und außerhalb konkreter Entscheidungszusammenhänge .....	81
cc. Rechtsschutzmöglichkeiten .....	87
b. Anprangerung (naming and shaming).....	87
aa. Anprangerung von „Unternehmen mit niedriger oder sehr niedriger Leistung“ .....	89

bb.	Anprangerung von Rating-Agenturen für Rechtsverstöße .....	90
c.	Öffentlicher Zugang zu Informationen der EU .....	92
aa.	Öffentliche Internet-Datenbank.....	93
bb.	Das allgemeine Dokumentenzugangsrecht nach der Transparenz-Verordnung .....	95
cc.	Zwischenbemerkung: Die Konstellation AKZO in modernem Gewand .....	96
dd.	Das eigentliche Problem: die Notwendigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes – Lösungsansätze .....	97
ee.	Fazit.....	99
2.	Behördenkommunikation: Datenaustausch im Verwaltungsverbund und mit Drittstaaten .....	100
a.	Das Europäische Schnellwarnsystem für Lebensmittel .....	100
aa.	Vorab: Rechtsschutz vor deutschen Gerichten gegen die Einspeisung einer Warnung in das System .....	102
bb.	Rechtsschutz vor den Unionsgerichten .....	103
cc.	Fazit: Informationssysteme als rechtsschutz- technische „Blackbox“ .....	105
b.	Drittstaaten-Kommunikation.....	105
c.	Das Europol-Informationssystem.....	107
aa.	Umfangreiche Regelungen zum Datenschutz .....	108
bb.	Rechtsschutz gegen die Vorgänge innerhalb des Systems (nur) durch die „Gemeinsame Kontrollinstanz“ .....	109
cc.	Haftungsrechtlicher Rechtsschutz durch die nationalen Gerichte .....	110
d.	Das Zollinformationssystem ZIS .....	111
3.	Zwischenbemerkung .....	113
II.	Einbindung der EU in operative Verwaltungsvorgänge .....	113
1.	Inspektionen der Kommission im Wettbewerbsrecht .....	114
a.	Zwangmaßnahmen zur Durchsetzung einer Nachprüfungsentscheidung .....	115
b.	Tatsächliches Handeln während der Nachprüfung.....	117
c.	Zwischenbemerkung .....	118
2.	Das Einsatzhandeln von Frontex.....	119
a.	Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke .....	119
b.	Grenzschutzteams.....	122
c.	Abschiebung .....	123
d.	Zwischenbemerkung .....	124
3.	Europol – nur wenige operative Befugnisse .....	125
III.	Mitteilungen und Leitlinien, soft law .....	126

1. Leitlinien im Regulierungsrecht: „zur weitestgehenden Berücksichtigung“ .....	127
a. Telekommunikations-Regulierung .....	127
b. Bankenaufsicht .....	128
c. Dogmatische Einordnung .....	130
2. Zwischenbemerkung .....	131
IV. Reale Verrichtungen, am Beispiel der Bautätigkeit der Union .....	132
D. Ein differenziert(er)es Bild der Wirkungen unionalen Handelns – zugleich das „Analyseraster“ der folgenden Kapitel .....	134
I. Wirkungen .....	136
1. Reaktion eines Handlungsempfängers: gegen sich selbst oder gegen die Interessen Dritter .....	137
2. Veränderung des Zustands einer Sache oder Person .....	138
II. Bewirkungsweisen und Zurechnung .....	139
1. ... durch rechtliche Mechanismen: Bewirkung durch Recht .....	139
a. Pflicht nur zur Kenntnisnahme .....	140
b. Pflicht zur Beachtung, oder zur Begründung der Nicht-Beachtung – comply or explain! .....	141
c. Pflicht zur Beachtung .....	144
d. Fazit zur Bewirkung durch Recht .....	146
2. ... durch gesellschaftliche Mechanismen .....	147
3. ... durch physische Mechanismen .....	148
4. Gegenseitige Bedingtheit und Verknüpfung der Bewirkungsweisen .....	149
III. Abgleich mit dem Begriff der Rechtswirkung .....	150

## *2. Kapitel*

### Die konstitutionellen Anforderungen an das Gerichtssystem: Rechtsschutzgarantien und Rechtskontroll-Auftrag („Anspruch“)

A. Artikel 47 Grundrechtecharta .....	152
I. Die Auslegung der Rechtsschutzgarantie und ihr Verhältnis zum primären Prozessrecht .....	154
1. Eine „prozessrechtsabhängige Auslegung“ der unionalen Rechtsschutzgarantie? .....	154
2. Realbefund zu den Möglichkeiten der Lückenfüllung .....	156
a. ... durch ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten .....	157
b. ... durch sekundärrechtliches Prozessrecht .....	158

c. ... durch die Errichtung neuer Fachgerichte .....	162
d. ... durch richterliche Rechtsfortbildung .....	163
e. Zwischenergebnis .....	168
3. Konvergenz mit den formalen Anforderungen von Artt. 6 und 13 EMRK .....	170
a. Positive Pflicht zur Schaffung effektiver Rechtsbehelfe .....	170
b. ... wenngleich keine Pflicht zur Schaffung unbedingt gerichtlichen Rechtsschutzes .....	171
4. Fazit: vom Prozessrecht unabhängige Auslegung der Rechtsschutzgarantie .....	173
II. Das subjektive Recht .....	173
III. Die Rechtsverletzung .....	174
1. Die Erfassung einer unionalen Handlung als solcher .....	175
2. Die Erfassung von menschlichem Verhalten und von Gütern – Schutz vor der Bewirkung gegenläufiger Reaktionen und von Zustandsveränderungen .....	178
a. Beispiel Grundfreiheiten .....	179
b. Beispiel Unions-Grundrechte .....	180
3. Fazit .....	183
IV. Der „wirksame Rechtsbehelf“ .....	184
1. Der Zeitpunkt des Rechtsbehelfs: repressiv oder präventiv? .....	185
a. No double standard! – Die Anforderungen des Gerichts- hofs an den Rechtsschutz in den Mitgliedstaaten .....	187
b. Präventiver oder repressiver Rechtsschutz im Eigen- prozessrecht – die Rechtsprechung des Gerichtshofs .....	191
c. Stellungnahme .....	194
d. Fazit: präventiver Rechtsschutz als Forderung der Rechtsschutzgarantie .....	197
2. Die Wirkungen des Rechtsbehelfs .....	198
a. Minimum Feststellungsklage .....	198
b. Feststellung allein der Rechtsverletzung oder auch des rechtlich gebotenen Folgeverhaltens? .....	199
c. Bedarf an Leistungsurteilen? .....	201
d. Fazit: „vollständige“ Feststellungsurteile .....	203
3. Kein absoluter Schutz: Abwägung mit anderen Rechtsgütern .....	204
4. Fehlende Klarheit als konstitutionelles Problem .....	205
V. Fazit .....	207

B. „Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz“ als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts .....	208
I. Reservefunktion, aber keine über Art. 47 GrCh hinausgehenden Gewährleistungen .....	208
II. Der konstitutionelle Vorrang von Art. 47 GrCh und die Unterschiede zwischen Rechtsschutz und „judicial protection“ .....	209
III. Fazit .....	211
C. Die Anforderungen der EMRK .....	212
I. Die Rechtsverletzung .....	213
II. Die „wirksame Beschwerde“ .....	215
III. Fazit .....	218

### 3. Kapitel

## Die Möglichkeiten zur Erfassung realen Verwaltungshandelns („Erfüllung“)

A. Vorab: Modelle des Rechtsschutzes gegen Realakte in Europa .....	220
I. Deutschland: direkte Öffnung des Prozessrechts .....	220
II. England: direkte Öffnung des Prozessrechts .....	222
III. Schweiz: Rechtsakt-zentriertes Prozessrecht mit universeller Umwandlungsklausel .....	228
IV. Österreich: Rechtsakt-zentriertes Prozessrecht mit speziellen Umwandlungsklauseln .....	231
V. Frankreich: Rechtsakt-zentriertes Prozessrecht mit gemischten Umwandlungs- und Öffnungsklauseln .....	232
1. Die rechtsaktsgebundenen Rechtsbehelfe: der recours pour excès de pouvoir und der recours de pleine juridiction .....	233
2. Öffnungsklausel: der référé-liberté .....	236
VI. Auswertung des Rechtsvergleichs .....	237
1. Ein gemeineuropäischer Trend: vom Rechtsakt-zentrierten Prozessrecht zur Justiziabilität allen Hoheitshandelns .....	237
2. Die nationalen Erfahrungen als „Modellbaukasten“ der Justizialisierung realen Verwaltungshandelns .....	238
a. Modell I: Die Ausdehnung des Rechtsakt-Begriffs im Rechtsakt-zentrierten Prozessrecht – kennt Grenzen .....	238
b. Modell II: Umwandlungsmodell .....	239
c. Modell III: direkte Öffnung des Prozessrechts .....	241
3. Zusammenfassung .....	242

B. Die Einschätzung des Gerichtshofs: Ein „vollständiges System des Rechtsschutzes“ existiert! .....	243
I. Die Erfassung durch das primärrechtliche Prozessrecht.....	244
1. Vorab ein gelöstes Problem: die grundsätzliche Justiziabilität des Handelns der dezentralen Agenturen .....	244
2. Die Ausdehnung des Rechtsakt-Begriffs: der Rechteorientierte Ansatz des Gerichtshofs aus AKZO/Kommission .....	246
3. Inkurs: Inzidentrügen .....	247
4. Ein unionales Umwandlungsmodell de lege lata: Anspruch auf einen Beschluss über Realakte aus dem Primärrecht? .....	250
a. Die Rechtssache 44/81: Der letzte offene Versuch, eine allgemeine Leistungsklage durchzusetzen, scheitert.....	250
b. Die Lösung mittels eines Umwandlungsmodells – der Anspruch auf einen anfechtbaren Beschluss über einen Realakt .....	252
c. Aber: Die Abkehr von der Linie AKZO bedingt die Abkehr vom Umwandlungsmodell.....	254
d. Direkte Justiziabilität des Unterlassens von realem Handeln wenigstens seitens der privilegierten Kläger? .....	257
e. Bewertung .....	260
5. Die direkte Öffnung für Realakte: die Amtshaftungsklage .....	260
a. Aktivlegitimation .....	262
b. Indifferenz gegenüber der Wirkungsweise der Schädigung .....	264
c. ... aber Erfordernis eines unmittelbar verursachten Schadens.....	264
aa. Die Verantwortlichkeit der EU für Reaktionen der Mitgliedstaaten zum Schaden Dritter (Verbundkonstellationen).....	264
(1) Die problematische Konstellation: rechtlich unverbindliche Wirkung mitgliedstaatlicher Reaktionen wider die Interessen Dritter.....	265
i. Erste Generation: Sucrimex.....	266
ii. Zweite Generation: KYDEP u.a.....	267
iii. Dritte Generation: Tillack und Arizmendi .....	271
iv. Strukturierung nach dem Inhalt der Wirkung: sachbezogene Information oder Auslegung des Rechts? .....	274
v. Zwischenbemerkung zur Anwendbarkeit der unionalen Amtshaftungsklage in Verbundkonstellationen.....	277

(2) Alternative: Dezentrale Schadensliquidation durch die Mitgliedstaaten mit der Möglichkeit des Innenregresses? .....	277
i. Gesamtschuldnerische Haftung .....	278
ii. Haftungsfreistellung aus Loyalitätsgründen .....	279
iii. Stellvertreterhaftung de lege lata .....	280
(3) Zwischenergebnis für die Haftung der EU in Verbundkonstellationen .....	281
bb. Die Verantwortlichkeit der EU für Reaktionen Privater oder fremder Staaten wider die Interessen Dritter .....	282
cc. Die Verantwortlichkeit der EU für Reaktionen wider die eigenen Interessen (Selbstschädigungen) .....	284
dd. Sonderfall: Die Verantwortlichkeit der EU für Schäden wegen der Befolgung von comply or explain-Regeln .....	286
ee. Zusammenfassung: Realakte und Unmittelbarkeit des Schadens .....	288
d. Schaden und Schadensbegriff .....	288
aa. Weiter Schadensbegriff, bis hin zur Gleichsetzung von Schaden und Rechtsverletzung .....	288
bb. Konsequenz aus der Gleichsetzung von Schaden und Rechtsverletzung für die Behandlung der Verbundkonstellationen .....	290
e. Qualifizierter Verstoß gegen eine individualschützende Norm .....	291
aa. Individualschutzcharakter der verletzten Norm .....	291
bb. Hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß .....	292
cc. Zwischenbemerkung .....	294
f. Rechtsfolgenregime der Amtshaftungsklage .....	294
aa. Entwicklung zur Leistungsklage auf Naturalrestitution? .....	295
(1) Die „Reformansätze“ des EuG seit 2006 .....	295
(2) Weiterentwicklung zum vorbeugenden Rechtsschutz .....	299
bb. Entwicklung zur Rechtsverletzungs-Feststellungsklage? .....	300
cc. Konsequenz: mögliche Modifikationen am Erfordernis des qualifizierten Rechtsverstoßes .....	302
dd. Zwischenbemerkung .....	303
g. Bewertung der Amtshaftungsklage als Rechtsschutzinstrument .....	303

6. Das „Spiel über die Bande“: Rechtsschutz über das Vorlageverfahren .....	305
a. Das Vorlageverfahren als Rechtsschutzinstrument gegen Realakte .....	306
aa. Realakte als tauglicher Vorlagegegenstand.....	306
bb. Die Notwendigkeit (auch) mitgliedstaatlichen Handelns.....	309
cc. Das Problem der Entscheidungserheblichkeit.....	310
b. Umfassende Einstandsverantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichte? – Art. 47 GrCh i.V.m. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV .....	311
aa. Widerstand der Unionsrechtsordnung: Sperrzuständigkeit des Gerichtshofs e contrario Art. 274 AEUV .....	312
bb. Widerstand der nationalen Rechtsordnungen: die fehlende internationale Zuständigkeit der nationalen Gerichte .....	313
c. Grundsätzliche Bedenken gegen eine Lösung über den mitgliedstaatlichen Rechtsschutz.....	315
II. Zusammenschau zur strukturellen Leistungsfähigkeit des primärrechtlichen Prozessrechts .....	316
1. ... aus der Perspektive der Rechtsverletzung.....	317
2. ... aus der Perspektive von Wirkungen und Bewirkungsweisen .....	319
a. Reaktionen des Handlungsempfängers wider die eigenen Interessen .....	319
b. Reaktionen des Handlungsempfängers wider die Interessen Dritter .....	321
c. Zustandsveränderungen.....	323
3. Fazit.....	324
III. Die Erfassung durch sekundärrechtliches Prozessrecht.....	325
1. Das Modell direkter Öffnung des primären Prozessrechts .....	326
2. Die Ausdehnung des Rechtsakt-Begriffs: in der Variante des (nur) formalen Rechtsakts.....	329
3. Das Umwandlungsmodell im Sekundärrecht.....	332
a. Argumentation mit der Feststellungswirkung eines ablehnenden Bescheids .....	336
b. Argumentation mit der begehrten Selbstbindung zugunsten des Antragsstellers .....	337
c. Argumentation mit dem Erlöschen des Anspruchs auf Überprüfung .....	338

4. Die Zulässigkeit sekundären Prozessrechts als notwendige Konsequenz eines offenen Handlungsformensystems? .....	339
5. Perspektive: neue Fachgerichte.....	340
6. Fazit.....	341
 C. Die Rechtsschutzreserven des Vertrages: Vorschlag eines vollständigen Systems gerichtlichen Rechtsschutzes .....	 342
I. Vorbemerkungen .....	342
II. Systemvorschlag .....	344
1. Die Nichtigkeitsklage.....	344
2. Die Untätigkeitsklagen.....	345
3. Die Amtshaftungsklage.....	346
III. Einzel-Erläuterungen .....	348
1. ... zur Nichtigkeitsklage .....	348
a. „Handlung“ .....	350
b. „Rechtswirkung“ .....	351
aa. Rechtswirkung alias Verstoß gegen eine Rechtsbindung .....	352
bb. Rechtswirkung alias Verletzung eines subjektiven (Grund-)Rechts.....	353
cc. Rechtswirkung alias rechtlicher Mechanismus/ alias Recht .....	356
c. „Verbindliche“ Rechtswirkung .....	359
d. „gegenüber Dritten“ .....	361
2. ... zu den beiden Untätigkeitsklagen .....	362
a. Die Untätigkeitsklage der privilegierten Kläger: Realakte umfasst.....	362
b. Die Untätigkeitsklage der nicht-privilegierten Kläger: Realakte nicht umfasst.....	366
c. ... aber immerhin: umfassende Justiziabilität unterlassener Anspruchserfüllung .....	366
d. Die Versagungsgegenklage-Situation (gültig für beide Untätigkeitsklagen) .....	368
3. ... zur Amtshaftungsklage .....	373
a. Vorbemerkungen .....	373
b. Der „Schaden“ und dessen „Ersatz“ .....	377
c. Qualifizierte Rechtsverletzung: Skalierung nach dem Begehrt des Klägers.....	382
d. Vorbeugender Rechtsschutz .....	384
4. ... zur Notwendigkeit sekundärrechtlicher Rechtsschutzregelungen.....	386
IV. Fazit .....	387

Rechtsprechungsverzeichnis.....	389
Literaturverzeichnis .....	397
Register .....	415

## Einführung

Verwaltungsrealakte haben ihren Platz im Rechtsschutzsystem der EU noch nicht gefunden. Nach einer weit verbreiteten Auffassung haben sie keinen. *Friedrich Schoch* etwa beschreibt ihre prozessuale Erfassung mit den Worten „Keinen Rechtsschutz kennt das EG-System gegenüber Realakten“ und schiebt sogleich vorwurfsvoll nach: „Eine derartige Rechtsschutzlosigkeit ist im deutschen Rechtsschutzsystem undenkbar“.<sup>1</sup> Als nüchterne Antwort darauf lässt sich eine Aussage des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache *Tillack* lesen: „Schließlich ist das Argument des Fehlens eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nicht stichhaltig. Dieses Argument kann nämlich für sich [allein] nicht die Zulässigkeit einer Klage begründen“.<sup>2</sup>

### *I. Untersuchungsgegenstand: der Realakt im Recht der EU*

Der konturenarme Begriff des „Realakts“ steht dabei als Arbeitsbegriff für das Handeln der EU, das *nicht rechtlich verbindlich* ist.<sup>3</sup> Denn der Gerichtshof hat das Merkmal „rechtsverbindlich“ zum maßgeblichen gemacht bei der Bestimmung der tauglichen Klagegegenstände der Nichtigkeitsklage. Es ist damit zur ersten und grundlegenden Zugangshürde für den Rechtsbehelf geworden, der nach tradierter Auffassung die Hauptlast im System der unionalen Direktklagen zu tragen hat: sei es im Rahmen der objektiven Legalitätskontrolle, sei es im Rahmen des Individualrechtsschutzes. Allgemeine Feststellungs- oder Leistungsklagen, die im deutschen Recht alles typische oder

---

<sup>1</sup> *F. Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR Bd. III, 2009, § 50 Rn. 24. Das Problem wird selten thematisiert. Kritisch zu Rechtsschutzlücken im Bereich realen Verwaltungshandelns immerhin *E. Schmidt-Aßmann*, Perspektiven der Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, 2010, S. 263 (277). *Ders.* greift das Thema jetzt nochmals ausführlicher auf in: *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 103 f. *H. Hofmann/G. C. Rowe/A. Türk*, EU Administrative Law, 2010, S. 672 f., sprechen ausdr. von einer „seriously deficient judicial protection.“ Zur offenbar doch noch nicht abschließend geklärten dt. Rechtslage s. BVerwGE 100, 262 (264 ff.), wonach Rechtsschutz gegen einen kommunalen Mietspiegel mangels tauglicher Klageart nicht gewährt werden könne. Dazu *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 13 Rn. 3: ein „bedenklicher Rückfall in die Zeiten des Enumerationsprinzips“.

<sup>2</sup> EuG Rs. T-193/04 (*Tillack/Kommission*), Rn. 80.

<sup>3</sup> Der EuGH selbst verwendet das Begriffspaar Rechtsakt/Realakt nicht.

atypische Verwaltungshandeln ohne (rechtsverbindlichen) Regelungsanspruch prozessual handhabbar machen, fehlen nämlich im Eigenprozessrecht der EU – zumindest nach bisheriger Auffassung.<sup>4</sup> Es bleiben die Amtshaftungsklage und das Vorlageverfahren. Allein auf die Amtshaftungsklage zu setzen, wirft sogleich die Frage auf, ob der unionale Rechtsschutz noch bei einem wenig zeitgemäßen „dulde und liquidiere“ stehen geblieben ist. Das Vorlageverfahren will im Bereich der unmittelbaren Unionsverwaltung, um die es hier gehen soll, auf den ersten Blick überhaupt nicht passen.

## II. Eine „undenkbare Rechtsschutzlosigkeit“?

Also tatsächlich eine undenkbbare Rechtsschutzlosigkeit? Es sei erinnert an die Diskussionen in Deutschland, die spätestens<sup>5</sup> seit der *Glykol*<sup>6</sup>- und der *Osho*<sup>7</sup>-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts um die Behandlung realen Verwaltungshandelns geführt wurden und in der Erkenntnis der grundrechtlichen Gefährlichkeit solchen Handelns endeten.<sup>8</sup> Im deutschen Prozessrecht erscheint es danach heute tatsächlich „undenkbar“, hier keinen Rechtsschutz zu gewähren.<sup>9</sup> Das wirft die Frage auf, warum keine Diskussion auf europäischer Ebene geführt, die festgestellte Rechtsschutzlosigkeit gegenüber Realakten offenbar hingenommen oder zumindest nicht mit ähnlicher Härte bekämpft wird wie die so häufig gerügten Rechtsschutzdefizite beim normativen Han-

---

<sup>4</sup> B. W. Wegener, EuGRZ 2008, S. 354 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> S. schon für die Weimarer Zeit W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 24, der z.B. einer Warnung oder der „Veröffentlichung der amtlichen Milchuntersuchungsergebnisse mit Nennung der Namen der Milchhändler“ wegen der darin liegenden möglichen Rechtsverletzung einen Befehl zur Duldung implizieren und sie damit – gegen die damalige Rspr. – auch der Anfechtungsklage unterwerfen wollte.

<sup>6</sup> BVerfGE 105, 252 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 105, 279 ff.

<sup>8</sup> Wobei die dogmatisch zweifelhafte Linie des BVerfG erhebliche Kritik provoziert hat. S. dafür statt vieler F. Schoch, NVwZ 2011, S. 193 ff.

<sup>9</sup> Geklärt sind allerdings nur die Rechtsschutzfragen. Für die auf das deutsche Verwaltungsrecht blickende Rechtswissenschaft ist der Begriff des Realakts heute zu einer Art von „Suchbegriff“ geworden, um solches Handeln zu identifizieren, das bislang noch nicht im Sinne der Handlungsformen-Lehre strukturiert ist (*G. Hermes*, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 39 Rn. 20). Diesem Ansatz geht es darum, die in einem System der Handlungsformen verfügbaren Ordnungs- und vor allem Speicherfunktionen (*E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 4) auch für solches Handeln zu erschließen, das bislang „rechtlich weniger strukturiert“ ist (*E. Schmidt-Aßmann*, aaO, S. 348), und daher in diese Auffangkategorie fällt. Materielle Fragen wie die nach dem Gesetzesvorbehalt treten in den Vordergrund (z.B. F. Schoch, NVwZ 2011, S. 193 ff.). Der Anspruch der deutschen Rechtswissenschaft im Umgang mit Realakten ist damit größer geworden und über die Frage des Rechtsschutzes hinausgewachsen. Das war letztlich deshalb möglich, weil die Einführung der allg. Leistungs- und Feststellungsklagen und des umfassenden Systems einstweiligen Rechtsschutzes durch die VwGO zumindest das „Ob“ des Rechtsschutzes gegen Realakte nun beantwortet hat.

deln der Union.<sup>10</sup> Eine befriedigende Antwort wäre es, wenn der europäische Begriff der „Rechtsverbindlichkeit“ als Schlüssel zum Gerichtszugang so ausgestaltet wäre, dass er alle potentiell rechtsbeeinträchtigenden Handlungsweisen aufnehmen könnte. Hier ist aber vom reinen Wortsinn-Verständnis her Skepsis angezeigt: Den Begriffen *rechtsverbindlich* und *rechtsbeeinträchtigend* oder *rechtsverletzend* lassen sich unschwer unterschiedliche Bedeutungen beimessen.<sup>11</sup> Wenn das so sein sollte, gibt es also potentiell Handlungsweisen der EU, die nicht rechtsverbindlich und damit offenbar nicht (primär-) rechtsschutzbewehrt sind, die aber gleichwohl Rechte Einzelner beeinträchtigen und verletzen können – ein Ergebnis, das dem deutschen, von Art. 19 Abs. 4 GG geprägten Juristen Unbehagen bereiten muss.

Zwei Entwicklungen – eine reale und eine normative – verstärken das Unbehagen und legen gleichzeitig nahe, jetzt verstärkt nach Möglichkeiten zu suchen, um das Gerichtsschutzsystem gegenüber Realakten zu öffnen:

*Erstens* wandelt sich – rein tatsächlich – die Rolle der EU von einer hauptsächlich Recht setzenden Gemeinschaft hin zu einer auch vollziehenden, mehr und mehr exekutiv tätigen Organisation. Anschaulich illustriert wird der Wandel durch die stetig wachsende Zahl der (neuerdings) sogenannten „dezentralen Agenturen“;<sup>12</sup> sie sind immer stärker und zentraler in die tägliche

---

<sup>10</sup> Dafür steht vor allem EuGH Rs. 25/62 (*Plaumann/Kommission*), in dem der EuGH den Grundstein seiner restriktiven Rspr. zur individuellen Klagebefugnis gegen abstrakt-generelle Rechtsakte legte. Davon glaubt er auch aus Gründen effektiven Rechtsschutzes nicht mehr abweichen zu können, s. EuGH Rs. C-50/00 P (*UPA/Rat*). Das Problem hat zu einem nicht mehr überschaubaren Literaturbestand geführt, s. allein monographisch C. Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes, 2008, insb. S. 147 ff.; N. Böcker, Rechtsbehelfe zum Schutz der Grundrechte, 2005; M.-C. Abetz, Justizgrundrechte in der EU, 2005; C.-D. Munding, Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, 2010; E. Schulte, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005. Zu Art. 263 Abs. 4 AEUV jetzt EuG Rs. T-18/10 (*Inuit Tapiriit Kanatami/Parlament und Rat*), Rn. 56: „[T]he meaning of ‚regulatory act‘ for the purposes of the fourth paragraph of Article 263 TFEU must be understood as covering all acts of general application *apart from legislative acts*. Consequently, a legislative act may form the subject-matter of an action for annulment brought by a natural or legal person *only* if it is of direct and individual concern to them.“ Hervorhebung vom Verfasser. Die Diskussion um die (fehlende) prinzipiale Anfechtbarkeit zumindest bestimmter abstrakt-genereller Rechtssätze (solcher mit Gesetzescharakter) wird also weitergehen, jüngst z.B. J. Gundel, EWS 2012, S. 65 ff. und U. Everling, EuZW 2012, S. 376 ff.

<sup>11</sup> Vgl. aber M. Vogt, Die Entscheidung als Handlungsform, 2005, S. 39 und 226 f., der die Frage als einer von wenigen thematisiert: Aus seiner Sicht bedeutet Rechtsverbindlichkeit im Sprachgebrauch des Gerichtshofs „Rechtsbeeinträchtigung“. Das ist so aber nicht zutreffend, wie anschaulich diese Passage aus dem Urteil EuG Rs. T-377/00 (*Philipp Morris International/Kommission*), Rn. 89, belegt: „Insoweit ergibt sich aus der Rechtsprechung ..., dass ... die Erheblichkeit der Beeinträchtigung, die sich [aus der angegriffenen Handlung] für die Wahrung der Grundrechte ergeben würde, es [per se] nicht erlaubt,“ auf die Anfechtbarkeit zu schließen.

<sup>12</sup> S. die Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates der EU und der Europäischen Kommission vom 12. 6. 2012. Zuvor sprach die Kommission noch von „Regulierungsagenturen“ (vgl. die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und

Verwaltung des Unionsraums eingebunden.<sup>13</sup> Dabei verwehrt ihnen der europäische Gesetzgeber regelmäßig die Befugnis zur rechtsverbindlichen Entscheidung.<sup>14</sup> Stattdessen stattet er sie mit Kompetenzen aus, die ihre Wirkungen *unterhalb* der Schwelle zur klassisch verstandenen Rechtsverbindlichkeit suchen, deshalb aber nicht minder effektiv sein müssen: In einigen Politikbereichen sind die Agenturen zu den de facto bestimmenden Akteuren aufgestiegen.<sup>15</sup> Je breiter und wirkmächtiger diese Entwicklung ausfällt, umso weniger wird man sich mit dem Ausschluss der richterlichen Kontrolle ihrer rechtlich unverbindlichen Tätigkeit abfinden dürfen.

*Zweitens* könnten sich als entscheidend erweisen die Auswirkungen der neuen, geschriebenen Rechtsschutzgarantien der EU. Gemeint sind Art. 47 der Grundrechtecharta (im Folgenden: GrCh) und – nach dem Beitritt der EU zur EMRK – Artt. 6 und 13 der Konvention.<sup>16</sup> Alle drei Normen legen textlich eine Differenzierung des von ihnen geforderten Rechtsschutzes nach der Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit einer Maßnahme *nicht* nahe: Er muss in jedem Fall *wirksam* sein, in dem die *Verletzung eines Rechts* in Rede steht. Wenn auch keine der genannten Normen das in den Verträgen verfasste Eigenprozessrecht der EU derogieren kann, so können diese Normen doch immerhin dazu zwingen, alte Auslegungsergebnisse neu zu hinterfragen und im vorhandenen Prozessrecht nach Möglichkeiten einer besseren Erfassung von Realakten zu suchen.

---

den Rat – Europäische Agenturen: Mögliche Perspektiven, KOM/2008/0135 endg. vom 11. 3. 2008). Das mag tatsächlich eine missverständliche Bezeichnung gewesen sein, angesichts der weitgehend „weichen“ Handlungsformen, die den meisten Agenturen zustehen.

<sup>13</sup> Ein plakatives Beispiel ist die Gründung gleich drei neuer Agenturen als Reaktion auf die Finanzkrise, dazu *M. Lehmann/C. Manger-Nestler*, EuZW 2010, S. 87 ff. und *M. Lehmann/C. Manger-Nestler*, ZZB 2011, S. 2 ff. Bereits zuvor sprach *M. Ruffert* mit Blick auf das Agenturwesen der EU von einem „Megatrend“, *M. Ruffert*, *Verselbstständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend*, in: Groß/Trute/Röhl/Möllers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, S. 431 ff. Eine ausf., statistisch belegte Beschreibung des Agenturwesens liefert *D. Curtin*, *Executive Power of the EU*, 2009, S. 146 ff. Ausf. auch *E. Chiti*, *CMLRev.* 2009, S. 1395 ff., der den Rechtsschutz angesichts der meist unverbindlichen Handlungsweisen der Agenturen als eines der zentralen Defizite identifiziert, aaO, S. 1406 f.

<sup>14</sup> Grund dafür ist die sog. *Meroni*-Doktrin, abgeleitet aus EuGH Rs. 9/56 (*Meroni/Hohe Behörde*), wonach durch Sekundärrecht geschaffenen Verwaltungseinheiten nur bestimmte, eng begrenzte Befugnisse übertragen werden dürfen. Dazu ausf. *D. Fischer-Appelt*, *Agenturen*, 1999, S. 78 ff. Die heutige Relevanz dieser Doktrin relativierend *J. D. de la Rochère*, *EU Regulatory Agencies*, in: Bulterman/Hancher/McDonnell/Sevenster (Hrsg.), *FS Slot*, 2009, S. 356 (362 ff.), und jüngst *M. Chamon*, *CMLRev.* 2011, S. 1055 ff. Für eine grundlegende, historisch und rechtsvergleichend informierte Studie über die Rolle von Agenturen im modernen Staatswesen *G. Majone*, *ELJ* 2002, S. 319 ff.

<sup>15</sup> Ausf. *P. Craig*, *EU Administrative Law*, 2006, S. 143 ff.

<sup>16</sup> Artt. 6 und 13 werden freilich schon bisher vom Gerichtshof angeführt, wenn es ihm um die Begründung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz ging, vgl. etwa EuGH Rs. C-229/05 P (*PKK und KNK/Rat*), Rn. 109; EuGH Rs. C-50/00 P (*UPA/Rat*), Rn. 38 f.

### III. Forschungsprogramm

Daraus ergibt sich das folgende Forschungsprogramm:

Das 1. Kapitel widmet sich zunächst, in Form einer Bestandsaufnahme, der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu tauglichen Klagegegenständen der im Rechtsschutzsystem so zentralen Nichtigkeitsklage. Der Gerichtshof hat sich bereits früh mit der Abgrenzung anfechtbarer und nicht anfechtbarer Handlungen der Gemeinschaftsorgane befasst und diese frühen Urteile zum stehenden Bezugspunkt einer ausgebauten Rechtsprechung gemacht. Sie hat Wissenschaft und Praxis zu dem allgemein anerkannten Urteil der Rechtsschutzlosigkeit gegenüber realem Verwaltungshandeln veranlasst. Diese Aussage soll anhand der *leading cases* auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden. Zugleich soll dadurch Klarheit hinsichtlich des so entscheidenden Begriffs der Rechtsverbindlichkeit geschaffen werden: Erst dadurch wird das, was „übrig bleibt“, in seinen Strukturen, Wirkungsmustern und vor allem in seiner rechtlichen Gefährlichkeit greifbar.

Im 2. Kapitel wird der Ist-Zustand mit dem europarechtlich geforderten Soll-Zustand konfrontiert: Welche Vorgaben enthalten die Rechtsschutzgarantien der Grundrechtecharta und der EMRK, welche Bedeutung hat der überkommene allgemeine Rechtsgrundsatz effektiven Rechtsschutzes noch?

Das 3. Kapitel führt die beiden ersten zusammen: Vorab werden einige ausgewählte europäische Rechtsschutzsysteme daraufhin untersucht, wie sie mit dem „Phänomen“ unverbindlichen Verwaltungshandelns umgehen. Dieser Rechtsvergleich dient als Analyseraster und auch als „Modellbaukasten“ für die folgende Frage, welche Möglichkeiten das Unionsrecht schon heute nutzt bzw. nutzen kann, um den grundsätzlichen Ausschluss unverbindlicher, aber gleichwohl rechtlich relevanter Handlungen von gerichtlicher Kontrolle und gerichtlichem Schutz zu überwinden. Eine wesentliche Rolle wird hier das unionale Amtshaftungsrecht spielen, dem der Gerichtshof mittlerweile erhebliche, mehr als nur ergänzende Funktionen zuspricht. Es geht dabei aber auch um sekundärrechtliche Mechanismen der Justiziabilisierung. Abschließend soll die bislang hingenommene Prämisse des fehlenden Primärrechtsschutzes gegenüber realem Verwaltungshandeln *de lege lata* kritisch hinterfragt werden: Welche Auslegungsspielräume bietet das Primärrecht selbst, um tatsächlich ein vollständiges System des europäischen Rechtsschutzes zu etablieren?



## 1. Kapitel

# Rechtswirkungen, Rechtsverbindlichkeit und Rechtsschutz

Dieses 1. Kapitel befasst sich zunächst mit der (fehlenden) Eignung der Nichtigkeitsklage, den Rechtsschutzbedarf gegen reales Verwaltungshandeln zu decken. Deshalb muss es zunächst darum gehen, den gegenständlichen Erfassungsbereich der Nichtigkeitsklage möglichst genau herauszuarbeiten (dazu A und insbesondere B). Danach soll ein „Bedrohungsszenario“ skizziert werden. Dazu wird die Zunahme solchen rechtlich durchaus „gefährlichen“ Verwaltungshandelns, das nicht oder nicht ohne weiteres zum Gegenstand einer Nichtigkeitsklage gemacht werden kann, anhand von Referenzgebieten illustriert: Informationsverwaltung, operatives Handeln, *soft law* und sonstige reale Verrichtungen (dazu C). Beschlossen wird das Kapitel mit einigen allgemeineren Überlegungen zu den Wirkungen, die unionales Handeln haben soll, und den Bewirkungsweisen, derer es sich dazu bedient (D). Dadurch soll belegt werden, dass sich ein Rechtsschutzsystem schon aus denklogischen Gründen nicht auf den Schutz gegen eng verstandene Rechtsakte beschränken darf, sondern sogar *vor allem* reales Verwaltungshandeln erfassen können muss. Damit werden die Überlegungen zur Reichweite der individuellen Rechtsschutzgarantien, besonders von Art. 47 GrCh, im 2. Kapitel vorbereitet.

### A. Die primärrechtliche Ausgangslage: „Rechtswirkungen“ als Voraussetzung der Anfechtbarkeit einer Handlung

Art. 263 Abs. 1, Sätze 1 und 2 AEUV regeln, welche Handlungen der EU *grundsätzlich* mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar sind. *Grammatisch* unterscheidet die Norm danach, *von wem* eine unionale Handlung stammt: Demnach können alle Handlungen von Rat, Kommission und EZB angefochten werden, „soweit es sich nicht um Stellungnahmen und Empfehlungen handelt“<sup>1</sup> (Gruppe 1). Stammt eine Handlung vom Europäischen Rat, vom Parlament oder von einer Einrichtung oder sonstigen Stelle der Union, dann ist sie anfechtbar, wenn sie „Rechtswirkungen gegenüber Dritten“ hat (Gruppe 2).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 263 Abs. 1 S. 1 Varianten 1 bis 3 AEUV.

<sup>2</sup> Art. 263 Abs. 1 S. 1 Varianten 4 und 5 sowie S. 2 AEUV.