



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union“

Dissertation vorgelegt von Timo Rademacher

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Eberhard Schmidt-Aßmann

Zweitgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Kahl

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

Das Gerichtsschutzsystem der Europäischen Union ist mit den Artt. 251 ff. AEUV ganz auf Rechtsakte zugeschnitten. Nur mit großer Mühe erfasst es das reale Verwaltungshandeln der EU: das Handeln mit und durch Information, polizeiliches Tätigwerden, „soft law“, reale/schlicht-hoheitliche Verrichtungen. Stellvertretend für die in der Rechtswissenschaft derzeit unbestrittene Auffassung schreibt *Friedrich Schoch* dazu:

„Keinen Rechtsschutz kennt das [EU]-System gegenüber Realakten. Eine solche Rechtsschutzlosigkeit ist im deutschen Rechtssystem undenkbar.“

Doch nicht nur das deutsche Rechts(staats)denken muss hier Problembewusstsein zeigen: Mit Art. 47 Grundrechtecharta (GrCh) kennt das Unionsrecht selbst eine universelle Rechtsschutzgarantie, die jedem Bürger effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verletzung seiner Rechte zusichert. Eine Beschränkung oder Beschränkbarkeit des Rechtsschutzanspruchs auf Rechtsverletzungen durch *Rechtsakte* lässt die Norm nicht erkennen. Der Anspruch der Rechtsschutzgarantie und die tatsächliche Ausgestaltung des Prozessrechts passen also nicht zusammen.

Dabei verwundert es, dass wissenschaftliche Ausarbeitungen zum realen Unionshandeln bislang fehlen. Weder gibt es eine systematisierende Erfassung realer Handlungen in Abgrenzung zu den klassischen rechtsverbindlichen Handlungsformen; noch wurde versucht, die zunehmend häufig auftretenden Schwierigkeiten des europäischen Prozessrechts im Umgang mit diesen Handlungsweisen zu identifizieren, die Friktionen herauszuarbeiten und eine systematisch stimmige Gesamtkonzeption zu entwickeln. Es bleibt bei einzelner allgemeiner, stark am nationalen Recht rückgebundener Zustands-Kritik wie der von *Friedrich Schoch*. Die zahlreichen Monographien der letzten Jahre, die sich mit gerichtlichem Rechtsschutz in der EU befassen, schweigen mit Blick auf Realhandeln.

Die vorliegende Arbeit will helfen, *beide* der beschriebenen Lücken zu schließen: das Defizit in der rechtswissenschaftlichen Erfassung, und die Rechtsschutzlücke selbst. Die Untersuchung ist dazu in drei Kapitel gegliedert. Das erste dient der genauen Erfassung der Rechtsschutzlücke: Welche prozessualen Regelungen fehlen, warum können die vorhandenen Regelungen den Rechtsschutzbedarf nicht decken? Das zweite Kapitel entfaltet den konstitutionellen Rahmen: Welche Ansprüche stellen die Rechtsschutzgarantien des Unionsrechts und der EMRK an das Prozessrecht der EU, spezifisch mit Blick auf Realakte? Das dritte Kapitel schließlich beschreibt, wie das unionale Eigenprozessrecht die Ansprüche *de lege lata* erfüllen kann: Es geht darum, die vorhandenen Auslegungsspielräume der existierenden Klagearten neu zu vermessen und auf der Basis rechtsvergleichender Wertung so zu nutzen, dass am Ende ein System steht, in dem Realakte und Rechtsakte der EU gleichermaßen effektivem Rechtsschutz zugeführt werden können.

Kapitel 1

Zunächst muss es also darum gehen, die Defizite des bestehenden Rechtsschutzsystems der EU herauszuarbeiten, d.h. zu untersuchen, welches Verwaltungshandeln aus welchen Gründen bislang gerichtlich nicht kontrollierbar ist. Das erste Kapitel ist damit ein *analytisches*, gerichtet auf eine systematische Erfassung einerseits des bestehenden Rechtsschutzsystems, und andererseits der Verwaltungsrealität, aus der heraus sich die patholo-

gischen, Rechtsschutzbedarf auslösenden Fälle realen Verwaltungshandelns ergeben. Letzteres erfolgt anhand von exemplarisch ausgewählten Referenzgebieten.

Startpunkt der Analyse ist die im Unionsrecht zentrale Nichtigkeitsklage in Art. 263 AEUV. Die Klage ist gerichtet auf die rechtsgestaltende Kassation eines *Rechtsaktes*, definiert als Handlung mit „verbindlichen Rechtswirkungen“. Realakte erfüllen diese Voraussetzung definitionsgemäß nicht. Allgemeine Leistungs- oder Feststellungsklagen, die in den mitgliedstaatlichen Prozessrechtsordnungen rechtlich unverbindliches Handeln justiziabilisiert haben, fehlen. Es bleiben als klagegegenständlich „neutrale“ Verfahrensarten allein die Amtshaftungsklage und das Vorabentscheidungsverfahren. Eine Lösung allein über die Amtshaftungsklage muss als Verweis auf das Konzept des „Dulde und liquidiere“ und damit als einer modernen rechtsstaatlichen Ordnung unwürdig erscheinen; das Vorabentscheidungsverfahren will im Eigenverwaltungsrecht der EU ohnehin nicht recht passen. Daraus folgt, dass die so begründete Rechtsschutzlücke eigentlich eine offensichtliche ist.

Trotzdem hat der Themenkomplex in Wissenschaft und Judikatur bislang keine rechte Aufmerksamkeit gefunden. Das erste Kapitel der Arbeit macht deutlich, warum dieses Aufmerksamkeitsdefizit besteht: In einem ersten Abschnitt wird detailliert die ausgebaute Rechtsprechung des Gerichtshofs zur klagegegenständlichen Begrenzung der Nichtigkeitsklage untersucht. Dabei kann gezeigt werden, dass in älteren Urteilen der für die Zulässigkeit der Klage so entscheidende Begriff der „Rechtsverbindlichkeit“ einer Handlung nicht strikt dogmatisch, sondern als normativer Zweckbegriff angewandt wurde. Dessen Voraussetzungen galten schon dann als erfüllt, wenn die angegriffene Handlung ein hinreichend greifbares Rechtsschutzbedürfnis ausgelöst. Die nach Wortlaut und Systematik auf die Kassation von Rechtsakten ausgelegte Nichtigkeitsklage hatte damit – freilich un- ausgesprochen – Züge einer allgemeinen Feststellungsklage angenommen. In den frühen Jahren des 21. Jahrhunderts änderte sich diese Rechtsprechung: In mehreren Urteilen obsiegte eine restriktive, dogmatisch und methodisch besser vertretbare Linie, die die Nichtigkeitsklage auf solche Handlungen begrenzte, die in Form eines verbindlichen Rechtsbefehls Gebote und Verbote auferlegten und damit terminologisch in der Tat weitaus mühe- loser als „Rechtsakte“ bezeichnet werden konnten. Die Rechtsverbindlichkeit folgte damit nicht mehr aus dem Rechtsschutzbedürfnis. Die Rechtsschutzlücke wurde offenbar und führte immerhin zu der rechtswissenschaftlich heute nicht mehr bestrittenen Erkenntnis der rechtsschutztechnischen Defizite.

Bemerkenswerter Weise – weil kontra-intuitiv – wurde die geschilderte Rechtspre- chungsänderung begleitet von einer *Zunahme* solchen Verwaltungshandelns der EU, das einerseits nicht rechtlich verbindlich im modernen restriktiven Sinn ist, andererseits aber – untechnisch gesprochen – eindeutig „gefährlich“ für die Interessen der rechtsunterworfe- nen Bürger ist. Denn die Rolle der Union wandelt sich, von einer bislang weitgehend auf abstrakt-generelle Regelsetzung beschränkten Gemeinschaft hin zu einer auch vollziehenden Organisation. Als repräsentatives Referenzfeld dieser neuen Verwaltungsrealität bietet sich das immer weiter anwachsende Geflecht der europäischen Regulierungsagenturen an (heute sog. dezentrale Agenturen). Am Beispiel dieser Einrichtungen können im zweiten Abschnitt des ersten Kapitels die neuen Erscheinungsformen unionalen Vollzugshandelns identifiziert und systematisiert werden. Insbesondere das Handeln durch und mit Informa-

tion (Aufklärung, Empfehlung, Warnung, *naming and shaming*) steht im Fokus. Aber auch jenseits rein informationellen Handelns finden sich Handlungsweisen wie Gutachten, Stellungnahmen und anderes soft law, deren Rechtsschutzdimensionen bislang noch nicht hinreichend erfasst wurden. Die neue restriktive Linie der Rechtsprechung zur Nichtigkeitsklage hat hier zwar schon zu Anpassungsbemühungen des Unionsgesetzgebers geführt (Stichwort „sekundärrechtliches Prozessrecht“). Doch diese Bemühungen sind vereinzelt und mit punktueller Wirkung geblieben.

Zwei Erkenntnisse stehen damit am Ende des ersten Kapitels. *Erstens*: Es ist erst der moderne Begriff der Rechtsverbindlichkeit, der die Nichtigkeitsklage gegen reales Verwaltungshandeln abschottet. Und *zweitens*: diese Abschottung ist zunehmend problematisch, da in der Verwaltungsrealität gefährliche Realakte zunehmen, der Rechtsschutzbedarf damit steigt.

Kapitel 2

Im zweiten Kapitel geht es darum festzustellen, ob die beschriebene Rechtsschutzlücke lediglich ein rechtspolitisches Problem ist, oder ob sie *von Rechts wegen* geschlossen werden muss. Die Frage führt zu den Rechtsschutzgarantien des Unionsrechts und der EMRK: Einschlägig sind Art. 47 GrCh, der ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV) und Artt. 6, 13 EMRK. Das Kapitel ist in seiner Grundanlage *dogmatisch-interpretativ*, indem die Anforderungen der Rechtsschutzgarantien unter Einsatz der „juristischen Methode“ ermittelt werden – verkoppelt allerdings mit der Analyse der Verwaltungsrealität im ersten Kapitel. Im Zentrum der Betrachtung steht Art. 47 GrCh als die zentrale geschriebene und universelle Rechtsschutzgarantie des Unionsrechts selbst.

Bevor sich die Untersuchung aber den „Ansprüchen“ zuwendet, die die unionale Rechtsschutzgarantie mit Blick auf reales Handeln an das Prozessrecht der EU stellt, ist eine wichtige Vorfrage zu beantworten: Wie wirksam kann Art. 47 GrCh im Rechtssystem der Verträge überhaupt sein? Mit dem Vorbild des Art. 19 Abs. 4 GG als einer funktionierenden Rechtsschutzgarantie im Kopf erscheint Art. 47 GrCh nämlich als eigentümlich „defekte“ Norm. Denn jedenfalls nach ganz herrschender Meinung bedeutet die rechtshierarchische Gleichrangigkeit der unionalen Rechtsschutzgarantie einerseits und des Eigenprozessrechts der Union im AEUV andererseits, dass „der geforderte Mindeststandard des Rechtsschutzes ... von den bereits bestehenden Verfahrensregeln in den Artt. 251 ff. des AEUV vorgegeben wird“ (*C. Last*). Argument: aufgrund der rechtshierarchischen Gleichrangigkeit könne die Rechtsschutzgarantie nicht Maßstab der Suffizienz und erst recht nicht der Gültigkeit des primären Prozessrechts sein. Etwas provokativ formuliert heißt das, dass die Garantie nur garantiert, was ohnehin schon gilt. Ihr käme damit im System des unionalen Rechtsschutzes eine ganz andere, weitaus schwächere Rolle zu als z.B. Art. 19 Abs. 4 im deutschen Grundgesetz oder auch den Artt. 6, 13 im System der EMRK.

Die Idee einer solchen „prozessrechtsabhängigen Auslegung“ der Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GrCh ist allerdings unzutreffend. Das zeigt sich anhand zahlreicher Beispiele aus der Rechtspraxis: Rechtsprechung und Unionsgesetzgeber haben seit jeher Wege gefunden, das existierende primärrechtliche Prozessrecht für neue Klagesituationen zu öff-

nen, etwa durch sekundärrechtliches Prozessrecht, durch Rechtsfortbildung oder auch durch einen Verweis auf eine Einstandsverantwortung der mitgliedsstaatlichen Rechtsschutzsysteme. Das Prozessrecht der EU als Gesamtsystem verstanden hat demnach Spielräume. Art. 47 GrCh zwingt dazu, sie zu nutzen. Es wäre daher unzureichend, sich bei der Analyse des gegenwärtigen oder potentiellen Rechtsschutzbedarfs auf das aus der Binnensicht der Artt. 251 ff. AEUV selbst Mögliche zurückzuziehen. Art. 47 GrCh ist daher als eigenständiger, d.h. prozessrechtsunabhängiger Anspruch des Einzelnen gegen die Union auszulegen.

Dann stehen die beiden wesentlichen Fragen zur Beantwortung an: Fordert die Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GrCh *überhaupt Gerichtsschutz* gegen reales Verwaltungshandeln ein? Und, wenn ja, welche *Art und Intensität* des Schutzes ist gefordert?

Zur ersten Frage gibt es zwei Zugänge; beide beginnen mit derselben Einsicht: Eine Rechtsschutzgarantie kann nie selbst die Frage beantworten, gegen welches Handeln sie welchen Schutz einfordert. Das kann nur das als verletzt gerügte materielle Recht leisten. Daher der *erste Zugang*: lässt sich belegen, dass das Unionsrecht dem Einzelnen Rechte gewährt, die *nur*, oder *vor allem*, oder wenigstens *auch* durch reales Verwaltungshandeln verletzt werden können, dann zwingt Art. 47 GrCh das Prozessrecht der EU dazu, darauf eine strukturelle Antwortmöglichkeit zu finden. Solche Rechtspositionen lassen sich finden: allen voran Datenschutzrechte, aber auch die Grundfreiheiten und viele andere Grundrechte. All diese Rechte/Rechtspositionen lassen es nicht zu, den Gerichtszugang davon abhängig zu machen, dass der Bürger sich gegen einen Rechtsakt im engen Sinn der neueren Rechtsprechung wendet.

Ein *zweiter Zugang* zur Frage nach dem Gebotensein des Rechtsschutzes gegen Realakte überhaupt setzt auf einer höheren Abstraktionsebene an: Warum gibt es staatliches Handeln und warum überhaupt gibt es dagegen Rechtsschutz? Fluchtpunkt der Überlegungen ist die These, dass alles staatliche Handeln auf Reaktionen in der realen sozialen Wirklichkeit gerichtet ist. Wenn das stimmt, muss dem denknotwendig ein Rechtsschutz korrespondieren, der in der Lage ist, solche Reaktionen bzw. die darauf gerichteten Handlungen abzuwehren. Aufbauend auf diese Überlegungen wird ein Analyseraster für staatliches Handeln insgesamt entwickelt, das *nicht* mehr auf der seit *W. Jellinek* überkommenen, aber jenseits der reinen Beschreibung wenig leistungsfähigen Dichotomie aus Rechtsakt/Realakt beruht. Anhand dessen kann gezeigt werden, dass ein Rechtsschutzsystem, das nicht in der Lage ist, Schutz gegen das Reale zu bieten, richtig besehen überhaupt kein funktionierendes Rechtsschutzsystem ist.

Steht danach fest, dass die unionale Rechtsschutzgarantie Rechtsschutz *vor allem* gegen die Realität veränderndes, in diesem Sinne reales Verwaltungshandeln fordert, folgt die Frage, wie dieser Schutz technisch-strukturell ausgestaltet zu sein hat. Gefragt ist konkret nach den potentiellen Urteilsfolgen – Feststellungs-, Verpflichtungs- oder Gestaltungswirkungen – und nach dem Zeitpunkt der Rechtsschutzgewähr – nur repressiv oder auch präventiv? Angesichts einer folgebreiten, rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten Unionsverwaltung sind Verpflichtungs- oder Gestaltungsurteile derzeit nicht als konstitutionelle Notwendigkeit zu betrachten – allerdings wird die Figur der „vollständigen Feststellungsurteile“ entwickelt, die aufzeigt, dass und wie die Unionsgerichte berechtigt sind, der Verwaltung neben der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Tuns oder Un-

terlassens auch konkrete Hinweise auf das rechtmäßige Alternativ- oder Folgeverhalten zu geben. Hinsichtlich des Zeitpunktes des Rechtsschutzes gilt dann: Wie das deutsche Recht wird sich auch das Unionsrecht der Einsicht nicht verschließen können, dass der aus Gründen der Gewaltenteilung bisher als „Standardrechtsschutz“ (D. Lorenz) konzipierte repressive Schutz in vielen Fällen nicht ausreicht. Eine Veröffentlichung von personenbezogenen Daten im Internet etwa ist realistisch betrachtet irreversibel, und kompensatorischer Rechtsschutz versagt, wenn der Schaden diffus, aus praktischen Gründen nicht quantifizierbar ist, oder wenn das Recht Persönlichkeitswerte schützen will, die sich aus normativen Gesichtspunkten nicht in Geld aufwiegen lassen. Die strukturelle Möglichkeit vorbeugenden Individualrechtsschutzes gerade im Bereich realen Verwaltungshandelns zu schaffen ist daher eine der – nach tradierter Auffassung *de lege lata* nicht erfüllbaren – Anforderungen des Art. 47 GrCh.

Kapitel 3

Das dritte Kapitel befasst sich nun mit der Erfüllung bzw. Erfüllbarkeit der im zweiten Kapitel herausgearbeiteten Ansprüche an das Gerichtsschutzsystem der EU. Es ist *rechtsdogmatisch-konstruktiv*, indem es aus einer detaillierten Vermessung der bestehenden Auslegungsspielräume der *vorhandenen* Klagearten heraus ein System (re)konstruiert, das effektiven Rechtsschutz gegen Real- wie auch Rechtsakte gleichermaßen ermöglicht.

Verworfen wird dabei die in der Literatur mancherorts vertretene Auffassung, die die Nichtigkeitsklage unter Überschreitung ihrer grammatischen und systematischen Grenzen zu einer allgemeinen Feststellungsklage entwickeln möchte. Der Vorschlag kann zwar an die frühere Rechtsprechung anknüpfen, wo der Begriff der Rechtsverbindlichkeit tatsächlich ein rein normativer Zweckbegriff war; doch ändert das nichts daran, dass dieser Weg methodisch nicht vertretbar ist.

Stattdessen wird ein alternativer, bislang nicht diskutierter Weg aufgezeigt: Die Amtshaftungsklage des Art. 340 Abs. 2 AEUV bietet enormes Potential, kann nämlich ohne auf die rechtsfortbildende Methode rekurren zu müssen hin zur allgemeinen Rechtsverletzungsklage entwickelt werden. In deutschen Ohren klingt dieser Vorschlag nach Ketzerei: Es ist üblich geworden, die strenge deutsche Unterscheidung von primärem und sekundärem Rechtsschutz auf das Unionsrecht zu übertragen, und die jeweiligen Funktionen klar dichotomisch auf die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV einerseits und die Amtshaftungsklage nach Art. 340 Abs. 2 AEUV andererseits zu „verteilen“. Doch wie immer in multinationalen Mehrebenen-Systemen ist der Schluss „was hier gilt muss auch dort gelten“ – vorsichtig formuliert – problematisch. Die vorgelegte Arbeit versucht sich den haftungsrechtlichen Vorschriften des AEUV zunächst unbefangen zu nähern; das dogmatisch-interpretative Potential der Normen soll so zunächst voll ausgelotet werden. Gleichzeitig will die Untersuchung auch hier den Kontakt zur Rechtsprechung wahren und zugleich rechtsvergleichend informiert sein. Der Befund ist positiv: In der Rechtsprechung besonders des Gerichts erster Instanz mehren sich die Anzeichen einer rechtsschutzfreundlichen Öffnung des Amtshaftungsrechts. Dadurch werden ihm Stück für Stück Funktionen vorbeugenden und primären Rechtsschutzes zugewiesen. Ein ausführlicher funktionaler Rechtsvergleich – wie von Art. 340 Abs. 2 AEUV ausdrücklich verlangt – bestätigt schließlich die vorgeschlagene Linie: Löst man sich von nationalen terminologischen Ka-

tegorien von primärem und sekundärem Rechtsschutz und nimmt stattdessen holistisch die Haftungssysteme der nationalen Rechtsordnungen in einem modernen *weiten* Sinn in den Blick (vgl. etwa *B. Grzeszick: Haftung als Fehlerfolgen-Reaktionsregime*), zeigt sich gemeineuropäisch eine konsequente Vorverlagerung der Rechtsschutzmöglichkeiten in den präventiven Bereich genauso wie eine weitgehende Abkehr vom Konzept der auf Rechtsakte zugeschnittenen Prozessordnungen.

Die nationalen Rechtsordnungen haben damit die Herausforderungen exemplarisch schon bewältigt, vor denen das Unionsrecht im Umgang mit realem Verwaltungshandeln heute steht. Mit Art. 340 Abs. 2 AEUV verfügt das Rechtsschutzsystem über eine offen formulierte Haftungs-Generalklausel, die durch den ausdrücklich angeordneten Rechtsvergleich das Unionsrecht in die Lage versetzt, die im nationalen Recht vorgemachte Modernisierung, d.h. Öffnung für reales Verwaltungshandeln, bruchlos nachzuvollziehen.