

§ 10 Rechtsschutz gegen Soft Law der EU

Fiona Karl

I. Einführung

In der Europäischen Union ist eine Zunahme von Soft Law¹ in allen Bereichen zu verzeichnen.² Der EuGH hat sich in der Vergangenheit mehrfach mit der Frage nach dem Rechtsschutz gegen nicht rechtsverbindliche Handlungen auseinandergesetzt. Im vergangenen Jahr bestätigte er in zwei Entscheidungen, dass er einen direkten Rechtsschutz im Wege der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV gegen nicht verbindliche Akte ablehnt.³ Indes überprüft der Luxemburger Gerichtshof nicht verbindliche Akte im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens sowohl in Form der Auslegungs- als auch der Gültigkeitsvorlage.⁴ Dies verdeutlicht, dass er an einer Unterscheidung zwischen nicht verbindlichen und rechtsverbindlichen Akten festhält – etwaige Zwischenformen erkennt er nicht an.

Dem steht die Entwicklung im französischen Verwaltungsprozessrecht gegenüber. Der Conseil d'Etat erkennt Soft Law seit einer Rechtsprechungsänderung im Jahr 2016 als tauglichen Klagegegenstand des *recours pour excès de pouvoir* an. Entscheidendes Kriterium für die Zulässigkeit der Klage ist nicht die Rechtsverbindlichkeit des Aktes, sondern die erheblichen Wirkungen auf die Adressatinnen und Adressaten der Maßnahme.⁵

¹ Zur Verwendung des Begriffs des Soft Law kritisch: P.-C. Müller-Graff, in: Iliopoulos-Strangas/Flauss (Hrsg.), Das soft law der europäischen Organisationen, 139 (139 f.).

² M. Rossi, ZG 2020, 1 (1); J. Klabbers, Common Market Law Review 31 (1994), 997 (997 f.); vgl. für eine empirische Analyse der nicht verbindlichen Handlungsformen im Unionsrecht, A. v. Bogdandy/J. Bast/F. Arndt, ZAöRV 2002, 77 (114 f.); Generalanwalt M. Bobek, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, Rn. 81, 82 – Belgien/Kommission.

³ EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599 – FBF; EuGH, Urteil v. 25.3.2021, C-501/18, EU:C:2021:249 – BNB.

⁴ EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 54 – FBF.

⁵ Conseil d'Etat, Urt. v. 21.3.2016, n° 368082, Rn. 5 – Fairvesta; Conseil d'Etat, Urt. v. 21.3.2016, n° 390013, Rn. 5 – Société NC Numericable; Conseil d'Etat, Urt. v. 12.6.2020, n° 418142, Rn. 1 – Gisti.

Im Folgenden sollen Soft Law zunächst definiert und die unterschiedlichen Erscheinungsformen dargestellt werden (dazu II.). Sodann wird die Rechtsprechungslinie des EuGH in Bezug auf nicht verbindliche Akte nachgezeichnet (dazu III.). Dem werden die aktuellen Entwicklungen im französischen Prozessrecht gegenübergestellt (dazu IV.) und es wird untersucht, ob der EuGH den „französischen“ Weg einschlagen könnte (dazu V.).

II. Was ist Soft Law?

Soft Law entstammt ursprünglich dem Völkerrecht.⁶ Obwohl der Begriff „Law“ anderes vermuten lässt, handelt es sich nicht um verbindliche Rechtsnormen. Soft Law beansprucht keine Rechtsverbindlichkeit; vielmehr bewegt es sich zwischen Recht und Politik.⁷

1. Merkmale von Soft Law

Im unionsrechtlichen Kontext liegt Soft Law jedenfalls dann vor, wenn eine Handlung eines Organs der EU keine unmittelbaren Rechtsfolgen nach sich zieht, aber gleichwohl nicht rechtlich bedeutungslos ist. Die rechtliche Relevanz kann ihren Niederschlag in „Verhaltensregeln, gegebenenfalls Verhaltenspflichten oder aber – jedenfalls - Verhaltenserwartungen“ finden.⁸

Soft Law wird – nicht nur in Bezug auf Unionsrecht - von *M. Knauff* definiert als

„verhaltensbezogene Regelungen, die von Hoheitsträgern bzw. mit der Ausübung von Hoheitsgewalt befassten Stellen geschaffen werden, die über keine oder nur eine auf die Innensphäre des Regelungsgebers bezogene Rechtsverbindlichkeit verfügen und die ihre Steuerungswirkungen auf außerrechtlichem Wege erzielen.“⁹

F. Snyder bestimmt Soft Law generell als

⁶ *W. Heusel*, Weiches Völkerrecht, S. 42 ff.; *D. Arndt*, Sinn und Unsinn von Soft Law, S. 36 ff.

⁷ *M. Rossi* (Fn. 2), 1 (1 f.); *G. Gentile*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2021, 981 (984).

⁸ *J. Schwarze*, *EuR* 2011, 3 (5).

⁹ *M. Knauff*, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, S. 228.

„Verhaltensregeln, die grundsätzlich nicht rechtsverbindlich sind, die aber dennoch praktische Auswirkungen haben können.“¹⁰

Diese Begriffsbestimmungen korrespondieren mit Definitionen von Soft Law im unionsrechtlichen Kontext. *L. Senden* entwickelte hierfür folgende Definition:

„Verhaltensregeln, die in Rechtsakten niedergelegt sind, die als solche nicht rechtsverbindlich sind, aber dennoch bestimmte (indirekte) Rechtswirkungen haben können, und die auf praktische Wirkungen abzielen und diese hervorrufen können.“¹¹

Diese Begriffsbestimmung wurde auch von Berichterstatter *M. Ortega* in einem Bericht im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments über Soft Law zugrunde gelegt.¹² *G. Borchard* und *K. Wellens* beschreiben unionsrechtliches Soft Law als

„Verhaltensregeln, die sich auf der rechtlich unverbindlichen Ebene (im Sinne von einklagbar und sanktionierbar) befinden, denen aber nach den Vorstellungen ihrer Verfasser ein rechtlicher Geltungsbereich zuzuerkennen ist, der im konkreten Fall jeweils zu spezifizieren ist und die daher hinsichtlich ihres rechtlichen Geltungsbereichs keine einheitliche Intensität aufweisen, denen aber gemeinsam ist, dass sie (Absicht der Verfasser) darauf gerichtet sind und (über das Medium der Gemeinschaftsrechtsordnung) bewirken, dass sie das Verhalten von Mitgliedstaaten, Institutionen, Unternehmen und Einzelpersonen beeinflussen, ohne jedoch gemeinschaftliche Rechte und Pflichten zu enthalten.“¹³

2. Erscheinungsarten und Funktionen von Soft Law

Im Recht der Europäischen Union findet sich eine Vielzahl an Erscheinungsformen von Soft Law.¹⁴ Eine durch das Primärrecht vorgezeichnete

¹⁰ *F. Snyder*, *Modern Law Review* 1993, 19 (32) – Übersetzung der Verfasserin.

¹¹ *L. Senden*, *Soft Law in European Community Law*, S. 112 – Übersetzung der Verfasserin.

¹² *M. Ortega*, Bericht über rechtliche und institutionelle Auswirkungen der Verwendung von nicht zwingenden Rechtsinstrumenten („soft law“) vom 28.6.2007, 2007/2028 (INI).

¹³ *G. Borchardt/K. Wellens*, *European Law Review* 1989, 267 (285) – Übersetzung der Verfasserin.

¹⁴ *G. Gentile* (Fn. 7), 981 (985); *M. Rossi* (Fn. 2), 1 (2); *A. Hofmann*, in: *M. Eliantonio/E. Korkea-aho/O. Ştefan* (Hrsg.), *EU Soft Law in the Member States – Theoretical Findings and Empirical Evidence*, S. 42.

Systematisierung ist die von *M. Knauff* gewählte Unterscheidung zwischen primärrechtsabgeleitetem und gewachsenem Soft Law¹⁵.

Primärrechtsabgeleitetes Soft Law sind Empfehlung und Stellungnahmen gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV.¹⁶

Als gewachsene Erscheinungsform ist jegliches Soft Law zu qualifizieren, das weder eine Empfehlung noch eine Stellungnahme i.S.d. Art. 288 Abs. 5 AEUV ist. Beispielhaft lassen sich hier Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission aufzählen. Berichterstatter *M. Ortega* nennt in einem Bericht für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments zudem „Grün- und Weißbücher, Schlussfolgerungen des Rates, Gemeinsame Erklärungen, Entschlüsse des Rates, Verhaltenskodices, Leitlinien, Mitteilungen und Empfehlungen bis zu dem als ‚Ko-Regulierung‘ bekannten Phänomen“.¹⁷

So wie die Erscheinungsformen sind auch die Funktionen von Soft Law facettenreich. *M. Knauff* differenziert zwischen rechtsvorbereitendem, rechtsbegleitendem und rechtsetzendem Soft Law.¹⁸ Letztgenanntes hat einen eigenständigen Regelungsgehalt, der sich nicht auf einen vorhandenen Rechtsakt bezieht. Rechtsvorbereitende Akte münden in verbindlichen Akten und werden oftmals als Handlungsinstrument gewählt, wenn keine hinreichenden Kompetenzen bestehen, um verbindliche Rechtsakte zu erlassen. Rechtsbegleitendes Soft Law ist vergleichbar mit Verwaltungsvorschriften und hat eine erläuternde bzw. konkretisierende Funktion in Bezug auf Sekundärrecht.¹⁹

III. Rechtsprechung des EuGH

Wie zu Beginn dargestellt, erachtet der EuGH Nichtigkeitsklagen gemäß Art. 263 AEUV gegen nicht verbindliche Akte als unzulässig.²⁰ Dies wird

¹⁵ Generalanwalt *M. Bobek* unterscheidet dementsprechend zwischen typischen (Art. 288 Abs. 5 AEUV) und atypischem Soft Law, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, EU:C:2017:959, Rn. 55 – Belgien/Kommission.

¹⁶ *M. Knauff* (Fn. 9), S. 300 ff.

¹⁷ *M. Ortega* (Fn. 12), Rn. 12; vgl. Verweis bei *M. Rossi* (Fn. 2), 1 (6).

¹⁸ *M. Knauff* (Fn. 9), S. 378 ff.

¹⁹ Vgl. *M. Rossi* (Fn. 2), 1 (10 ff.).

²⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.1989, C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 8 – Grimaldi; EuGH, Urt. v. 20.2.2018, C-16/16P, EU:C:2018:79, Rn. 27 – Belgien/Kommission; EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 54 – FBF.

begründet durch den Wortlaut des Art. 263 Abs. 1 AEUV, wonach nur Handlungen mit Rechtswirkung tauglicher Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage sein können. Den Begriff der Rechtswirkung setzt der EuGH mit dem der Rechtsverbindlichkeit gleich.²¹ Dies resultiert daraus, dass Art. 263 Abs. 1 AEUV explizit Empfehlungen und Stellungnahmen als tauglichen Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage ausschließt. Art. 288 Abs. 5 AEUV definiert Empfehlungen und Stellungnahmen als nicht verbindliche Akte. Der EuGH schlussfolgert, dass alle Handlungen, die nicht rechtsverbindlich sind, als tauglicher Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage ausscheiden.²² Allerdings sind die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet, Soft Law zu berücksichtigen, wenn es von Relevanz für die Entscheidung des anhängigen Rechtsstreits ist.²³ Diese Berücksichtigungspflicht löst als solche keine Rechtswirkung i.S.d. Art. 263 Abs. 1 AEUV aus.²⁴

Um zu bestimmen, ob eine Handlung verbindliche Rechtswirkungen erzeugt, sind ihr Wesen und ihre Wirkung anhand objektiver Kriterien wie des Inhalts, des Zusammenhangs des Erlasses und der Befugnisse des tätig gewordenen Organs zu bestimmen.²⁵ Die Form der Handlung bedingt hingegen nicht die Zulässigkeit der Klage. Dies verdeutlicht sich in der Entscheidung *Belgien gegen die Kommission*, in der der EuGH die Kategorie der „unechten“ Empfehlung aufstellt. Eine Handlung sei eine „unechte“ Empfehlung, wenn sie zwar als Empfehlung bezeichnet würde, aber ihrem Wesen nach rechtsverbindliche Wirkung entfalte. Die „unechte“ Empfehlung könne aufgrund ihrer Rechtsverbindlichkeit tauglicher Klagegegenstand einer Nichtigkeitsklage i.S.d. Art. 263 AEUV sein.²⁶

²¹ EuGH, Urt. v. 20.2.2018, C-16/16P, EU:C:2018:79, Rn. 44 –Belgien/Kommission; EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 36 – FBF. Kritisch zur Verschiebung der Terminologie des EuGH von Rechtswirkungen zu verbindlichen Rechtswirkungen, vgl. Generalanwalt *M. Bobek*, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, EU:C:2017:959, Rn. 70 ff. – Belgien/Kommission.

²² EuGH, Urt. v. 31.3.1971, Rs. 22-70, EU:C:1971:32, Rn. 42 – AETR.

²³ EuGH, Urt. v. 13.12.1989, C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 19 – Grimaldi.

²⁴ *S. Scholz*, EuZW 2022, 453 (453); *T. Rademacher*, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, S. 40.

²⁵ EuGH, Urt. v. 31.3.1971, Rs. 22-70, EU:C:1971:32, Rn. 42 – AETR; EuGH, Urt. v. 20.2.2018, C-16/16P, EU:C:2018:79, Rn. 32 –Belgien/Kommission.

²⁶ EuGH, Urt. v. 20.2.2018, C-16/16P, EU:C:2018:79, Rn. 29 –Belgien/Kommission. Eine implizite Ausnahme von der Unanfechtbarkeit von Empfehlungen hat der EuGH in Bezug auf Empfehlungen i.S.d. Art. 126 Abs. 7 AEUV aufgrund ihrer Rechtsverbindlichkeit angenommen, EuGH, Urt. v. 13.7.2004, C-27/04, EU:C:2004:436, Rn. 50 f. – Kommission/Rat.

Der EuGH bestätigte im vergangenen Jahr diese Rechtsprechungslinie in den Entscheidungen FBF²⁷ und BNB.²⁸ In der Rechtssache FBF verneinte der EuGH die Möglichkeit, sekundärrechtlich verstärktes Soft Law²⁹ im Wege der Nichtigkeitsklage anzugreifen. Im konkreten Fall stand infrage, ob eine Leitlinie der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA), deren Erlass im Sekundärrecht vorgesehen ist, ungültig sei. Eine Pflicht zur Umsetzung der Leitlinie durch die nationalen Behörden besteht nicht, allerdings muss die Nichtbefolgung begründet werden („*comply or explain*“). Die EBA veröffentlicht die Nichtbefolgung („*naming and shaming*“). Mangels Rechtsverbindlichkeit der infrage stehenden Leitlinie der EBA, die der EuGH nach o.g. Kriterien bewertete, scheidet sie als Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage aus.³⁰

Dem Rechtsschutzbedürfnis wird indes durch die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens Rechnung getragen.³¹ Der Gerichtshof nahm erstmals an, dass nicht verbindliche Akte Gegenstand eines Gültigkeitsverfahrens gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV sein können.³² Hierbei betont der EuGH die Rolle der Mitgliedstaaten bei Schaffung eines Systems von Rechtsbehelfen, das auf die Einhaltung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 47 GRCh abzielt.³³ Er etabliert ein „Ungültigkeitsrüge-recht“: Wenn in einem Rechtsstreit vor nationalen Gerichten inzident die Rechtswidrigkeit von nicht verbindlichen Akten der Union in Frage steht, soll der Einzelne den Einwand der Rechtswidrigkeit geltend machen können, auch wenn er nicht unmittelbarer Adressat der Maßnahme ist.³⁴

Die Rechtsprechung des EuGH verdeutlicht, dass er eine binäre Logik zugrundlegt: Er unterscheidet zwischen rechtsverbindlichen und nicht rechtsverbindlichen Akten, um die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage i.S.d.

²⁷ EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599 – FBF.

²⁸ EuGH, Urteil vom 25.3.2021, C-501/18, EU:C:2021:249 – BNB.

²⁹ Vgl. zum Begriff des sekundärrechtlich verstärkten Soft Law, J. Gundel, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Aufl. 2017, Art. 288 AEUV Rn. 105, 127; *ders.*, EWS 2021, 317 (318).

³⁰ EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 45 – FBF.

³¹ EuGH, Urt. v. 13.12.1989, C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 8 – Grimaldi; EuGH, Urt. v. 20.2.2018, C-16/16P, EU:C:2018:79, Rn. 44 –Belgien/Kommission; EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 53 – FBF.

³² EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 53 – FBF; EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-501/18, EU:C:2021:249, Rn. 82. – BNB.

³³ EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 61 – FBF.

³⁴ EuGH, Urt. v. 15.7.2021, C-911/19, EU:C:2021:599, Rn. 63 – FBF; zum Begriff des Ungültigkeitsrüge-rechts, vgl. S. Geiger, EuR 2022, 407 (413).

Art. 263 AEUV zu bestimmen. Hieran übt Generalanwalt *M. Bobek* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache FBF deutlich Kritik. Er wirft die Frage auf, ob es überzeugen kann, wenn nicht rechtsverbindliche Handlungen zwar nicht unmittelbar im Wege der Nichtigkeitsklage angegriffen werden können, eine inzidente Überprüfung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens aber möglich sei und schlussfolgert,

„dass das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen nur als ein sehr nützliches Beispiel [verdeutlicht], was bevorsteht, wenn der Gerichtshof in jahrzehntelangen Dichotomien gefangen bleibt, dass Recht entweder zu 100% verbindlich ist oder nicht existiert.“³⁵

IV. Entwicklungen im französischen Verwaltungsprozessrecht

Die Entwicklung im französischen Verwaltungsprozessrecht zeigt, dass der Conseil d'Etat nicht in eben jenen „Dichotomien gefangen“ ist. Der Conseil d'Etat veröffentlichte im Jahr 2013 eine Studie zum *Droit souple* (Soft Law).³⁶ Soft Law wird darin als Instrument definiert, das das Verhalten ihrer Adressaten ändern oder lenken soll, ohne von sich aus Rechte oder Pflichten für ihre Adressaten zu begründen und aufgrund des Inhalts sowie der Art und Weise ihrer Ausarbeitung einen gewissen Grad an Formalisierung aufweist.³⁷ Als Handlungsform des Staates sei es zu befürworten, weil es die Handlungsmöglichkeiten des Staates erweitere und so zu seiner Reform beitragen könne.³⁸ In Bezug auf die gerichtliche Kontrolle wird betont, dass das Handeln staatlicher Behörden der gerichtlichen Kontrolle zugänglich sein müsse - auch wenn es rechtlich nicht verpflichtend sei.³⁹

Dementsprechend änderte der Conseil d'Etat im Jahr 2016 in den Rechts-sachen *Fairvesta*⁴⁰ und *Société NC Numericable* seine Rechtsprechung.⁴¹ Er nahm an, dass eine Stellungnahme der französischen Wettbewerbsbehörde sowie eine Pressemitteilung der Finanzaufsichtsbehörde im Wege des

³⁵ Generalanwalt *M. Bobek*, Schlussantr. v. 15.4.2021, C-911/19, EU:C:2021:294, Rn. 150 – FBF.

³⁶ Les rapports du Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, Le droit souple.

³⁷ Ebd., S. 9.

³⁸ Ebd., S. 16.

³⁹ Ebd., S. 14.

⁴⁰ Conseil d'Etat, Urt. v. 21.3.2016, n° 368082 - *Fairvesta*.

⁴¹ Conseil d'Etat, Urt. v. 21.3.2016, n° 390023 - *Société NC Numéricable*.

recours pour excès de pouvoir angegriffen werden können, weil sie geeignet seien, erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen zu entfalten sowie das Verhalten der Adressaten erheblich zu beeinflussen.⁴² Umstritten war in der französischen Rechtswissenschaft zunächst, ob sich die Rechtsprechungsänderung des Staatsrats lediglich auf Maßnahmen der Regulierungsbehörden bezieht, oder, ob sie auf jegliches Soft Law übertragbar ist.⁴³ In der Entscheidung *Gisti* weitete der Conseil d'Etat seine Rechtsprechung auf alle öffentlichen Behörden aus. Dokumente von öffentlichen Behörden, ungeachtet ihrer Form, sind im Wege des *recours pour excès de pouvoir* anfechtbar, wenn sie erhebliche Auswirkungen auf die Rechte oder die Situation der Adressaten haben können.⁴⁴

Dies verdeutlicht einen Paradigmenwechsel im französischen Verwaltungsprozessrecht. Bisher bestand eine Parallele zwischen dem Europäischen Eigenprozessrecht und dem französischen Verwaltungsprozessrecht. Es galt: Hoheitliches Handeln ist direkt anfechtbar, wenn es verbindliche Rechtswirkungen entfaltet.⁴⁵ Der Conseil d'Etat wich hiervon ab und erachtet nunmehr die erheblichen Auswirkungen auf die Adressaten als entscheidendes Kriterium. Soft Law kann damit tauglicher Klagegegenstand sein.

Zur Bewertung der Entwicklung im Unionsrecht drängt sich der Blick nach Frankreich auf, weil die französische Klageart des *recours pour excès de pouvoir* Vorbild für die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV war.⁴⁶ Zwar hat sich das Europäische Eigenprozessrecht selbstständig weiterentwickelt und von seinem französischen Vorläufer emanzipiert.⁴⁷ Nichtsdes-

⁴² Conseil d'Etat, Urt. v. 21.3.2016, n° 368082, Rn. 5 – Fairvesta; Conseil d'Etat, Urt. vom 21.3.2016, n° 390023, Rn. 5 – Société NC Numéricable.

⁴³ Vgl. M. Eliantonio, in: Eliantonio/Korkea-aho/Ştefan (Hrsg.), EU Soft Law in the Member States – Theoretical Findings and Empirical Evidence, S. 295 f.

⁴⁴ Conseil d'Etat, Urt. v. 12.6.2020, n° 418142, Rn. 1 – Gisti.

⁴⁵ T. Rademacher (Fn. 24), S. 234.

⁴⁶ A. Gaillet, in: v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), Hdb. IPE Bd. IX, 1. Aufl. 2021, § 142 Rn. 10, 86.

⁴⁷ C.-D. Classen, in: Schenke/Suerbaum (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, S. 11 f.

totrotz zeigt die Rechtsprechung des Conseil d'Etat, dass die Anforderungen an den Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage auch anders ausgelegt werden könnten, als es der EuGH zuletzt tat.⁴⁸

V. Unionsrechtliche Beschränkung des Rechtsschutzes gegen Soft Law?

Insofern stellt sich die Frage, ob der vom EuGH gewählte Weg unter Zugrundelegung des Kriteriums der Rechtsverbindlichkeit überzeugend ist. Sollte man nicht vielmehr nach französischem Vorbild die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage davon abhängig machen, ob eine Handlung geeignet ist, tatsächlich erhebliche Wirkungen zu entfalten?⁴⁹ Ist es mit Blick auf das Rechtsschutzsystem des EuGH kohärent, das Vorabentscheidungsverfahren bei nicht rechtsverbindlichen Handlungen als zulässig zu erachten, während die Nichtigkeitsklage unzulässig ist?⁵⁰

Für eine Ausdehnung des Rechtsschutzes der Nichtigkeitsklage spricht insbesondere die Zunahme von Soft Law als Handlungsinstrument. Aus diesem Grund fordert der Generalanwalt *M. Bobek*, dass der Gerichtshof seine Unterscheidung zwischen verbindlichen und nicht verbindlichen Akten aufgibt und darauf reagiert, dass es Handlungen gibt, die ohne rechtsverbindlich zu sein, erhebliche tatsächliche Wirkungen entfalten.⁵¹ Auch der Wortlaut des Art. 263 Abs. 1 AEUV ließe sich mit einer Ausweitung des Klagegegenstandes auf Soft Law vereinbaren. Zwar setze Art. 263 Abs. 1 AEUV eine Handlung mit Rechtswirkung gegenüber Dritten voraus. Aber es sei auf eine saubere terminologische Trennung zwischen den Begriffen der Rechtswirkung und der verbindlichen Rechtswirkung zu achten.⁵² In

⁴⁸ Auf die Grenze des Wortlauts von Art. 263 Abs. 1 AEUV hinweisend, der Empfehlungen und Stellungnahmen als tauglichen Klagegegenstand explizit ausschließt. Im französischen Verwaltungsprozessrecht ist der Klagegegenstand hingegen „Produkt der Rechtsprechung“, *J. Gundel*, EuR 2018, 593 (602).

⁴⁹ Ablehnend, weil keine signifikante Verbesserung des Rechtsschutzes durch Erweiterung des Klagegegenstands der Nichtigkeitsklage eintritt, ebd., 593 (606).

⁵⁰ Der EuGH bejaht dies und lehnt insbesondere einen Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 47 GRCh ab. Das Vorabentscheidungsverfahren ermöglichte, wie die Nichtigkeitsklage, eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Unionshandlung. UrT. v. 25.2.2021, C-689/19 P, EU:C:2021:142, Rn. 143 - VodafoneZiggo Group.

⁵¹ Generalanwalt *M. Bobek*, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, Rn. 5 – Belgien/Kommission

⁵² Ebd., Rn. 70.

der grundlegenden AETR-Entscheidung habe der EuGH eine Handlung mit Rechtswirkung gefordert,⁵³ der Begriff der verbindlichen Rechtswirkung wurde erst in späteren Entscheidungen etabliert.⁵⁴ Insofern könne man den Klagegegenstand in Einklang mit Art. 263 Abs. 1 AEUV erweitern, wenn man Rechtswirkung anders auslegt. Hierfür könnte – entsprechend der Rechtsprechung des Conseil d’Etat – die Adressatenperspektive entscheidend sein. Maßgeblich wäre dann die Frage, ob ein vernünftiger Adressat aus dem nicht verbindlichen Akt ableitet, dass ein spezifisches Handeln erwartet wird.⁵⁵

Ungelklärt bleibt jedoch, wie sich diese Auslegung der Rechtswirkung i.S.d. Art. 263 Abs. 1 AEUV mit dem Ausschluss von Empfehlungen und Stellungnahmen vereinbaren lässt, die nach Art. 288 Abs. 5 AEUV nicht verbindlich sind.⁵⁶ Insofern müsste man unter Zugrundlegung der Adressatenperspektive differenzieren, ob ein gewachsener, nicht verbindlicher Akt oder ein primärrechtsabgeleiteter Akt vorliegt. Lediglich gewachsenes Soft Law könnte aus der Adressatenperspektive beurteilt werden, primärrechtsabgeleitetes Soft Law (Empfehlungen und Stellungnahmen) wird vom Anwendungsbereich des Art. 263 Abs. 1 AEUV explizit ausgenommen. Aus Gründen der Rechtssicherheit überzeugt dies nicht.

Allerdings spricht insbesondere die mitgliedstaatliche Perspektive für eine Ausdehnung der Nichtigkeitsklage auf Soft Law. Oftmals ist unionales Soft Law an die Mitgliedstaaten adressiert. Wie soll aber ein Mitgliedstaat praktisch gegen Soft Law vorgehen, wenn die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV nicht besteht? Soll er die nicht verbindliche Maßnahme ausführen, um sodann vor nationalen Gerichten einen Rechtsstreit herbeizuführen?⁵⁷

⁵³ EuGH, Urt. v. 31.3.1971, Rs. 22-70, EU:C:1971:32, Rn. 42 – AETR.

⁵⁴ Vgl. *M. Bobek*, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, EU:C:2017:959, Rn. 70 – Belgien/Kommission.

⁵⁵ Verweis nach oben Generalanwalt *M. Bobek*, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, EU:C:2017:959, Rn. 113 – Belgien/Kommission

⁵⁶ Siehe oben III.

⁵⁷ Generalanwalt *M. Bobek*, Schlussantr. v. 12.12.2017, C-16/16 P, EU:C:2017:959, Rn. 104 ff. – Belgien/Kommission

Mit Blick auf den Individualrechtsschutz ist eine Ausweitung auf die Nichtigkeitsklage nach französischem Vorbild nicht angezeigt. Eine Individualnichtigkeitsklage scheidet meist ohnehin an den hohen Hürden des Art. 263 Abs. 4 AEUV.⁵⁸

Das Problem des Rechtsschutzes besteht darin, dass sich Soft Law nicht in die binäre Logik (verbindlich/nicht verbindlich) des EuGH einfügen lässt. Zwar bricht der Conseil d'Etat die Dichotomie auf, indem er auf die erheblichen Auswirkungen der Maßnahme abstellt. Gleichwohl ist hier unklar, wie sich bestimmen lässt, ob Maßnahmen geeignet sind, das Verhalten ihrer Adressatinnen erheblich zu beeinflussen. Insofern wäre eine dementsprechende Rechtsprechungsänderung des EuGH nicht zielführend. Dem vom EuGH eingeschlagene Weg ist – trotz aller Unabwägbarkeiten aus mitgliedstaatlicher Perspektive – zugute zu halten, dass er Rechtssicherheit schafft, indem er auf das formale Abgrenzungskriterium der Rechtsverbindlichkeit abstellt.

⁵⁸ J. Gundel, EWS 2021, 317 (320); S. Scholz (Fn. 24), 453 (458); S. Geiger (Fn. 34), 407 (416).