

Plaumanns Ende: Ein Vorschlag zu Art. 263 Abs. 4 AEUV

Matthias Kottmann*

Einleitung	547
I. Leitprinzipien des bisherigen Regimes der Nichtigkeitsklage	548
1. Der Aufstieg der <i>Plaumann</i> -Formel als teilweise Verwirklichung der Handlungsformenneutralität	549
2. Die Nichtigkeitsklage und das Prinzip effektiven Rechtsschutzes	551
3. Das Arbeitsteilungsprinzip im umfassenden Rechtsschutzsystem	553
II. Art. 263 Abs. 4 AEUV im Lichte der Leitprinzipien	556
1. "Handlung" i.S.v. Art. 263 Abs. 4 Alt. 2 AEUV: Befreiung der individuellen Betroffenheit von der Bürde der "Entscheidung"	557
2. Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV, oder: haben Verordnungen "Verordnungscharakter"?	559
3. Fehlende Durchführungsmaßnahmen und die neue Bedeutung der unmittelbaren Betroffenheit	562
III. Schluss	565

Einleitung

"Who would want to work another 40 years with the *Plaumann* criterion?" So fragte, leicht resigniert, ein Mitglied des Gerichts (EuG) im Jahr 2005.¹ Auslöser des Unwillens war Art. III-365 Abs. 4 Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE), der nach Ansicht des Autors keine umfassende Reform der als unbefriedigend empfundenen Nichtigkeitsklage Einzelner erwarten ließ. Die Vorschrift findet sich jetzt wortlautgleich in Art. 263 Abs. 4 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) wieder. Dass ihr quasi vorab schon weitgehende Kontinuität bescheinigt wurde, lässt sie erst recht als lohnendes Objekt eines Beitrages erscheinen, der im Vertrag von Lissabon schlummerndes innovatives Potenzial beleuchten möchte.² Der zum Schlagwort für das restriktive Zulässigkeitsregime

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

¹ A. Meij, in: D. Curtin/A. Kellermann/S. Blockmans, *The EU Constitution: The Best Way Forward?*, 2005, 409 (412).

² Der vorliegende Beitrag entspringt dem Mitarbeiterprojekt "Innovative Potenziale des Lissabon-Vertrages: Eine Untersuchung der Änderungen in der zweiten Reihe" am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, unter der Leitung von Prof. Dr. Armin von Bogdandy.

gewordene Name eines deutschen Clementinenimporteurs, so die These, könnte in Folge der jüngsten Reform seine operative Funktion verlieren und einen Platz in der Rechtsgeschichte einnehmen. Um dies zu erläutern, wird im Folgenden die bisherige Entwicklung der Nichtigkeitsklage Einzelner anhand dreier, der Rechtsprechung zu entnehmender Leitprinzipien dargestellt (I). Vor diesem Hintergrund werden anschließend die Neuerungen des Vertrags von Lissabon erörtert, die eine veränderte Logik des Rechtsschutzes nahelegen (II).

I. Leitprinzipien des bisherigen Regimes der Nichtigkeitsklage

Art. 173 Abs. 2 Europäische Wirtschaftsgemeinschaft-Vertrag (EWG-Vertrag) eröffnete dem Einzelnen zwar die Nichtigkeitsklage vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH), beschränkte sie aber auf "Entscheidungen".³ Mit Blick auf die Nomenklatur der Handlungsformen war es für den EuGH "undenkbar, dass der Ausdruck 'Entscheidung' in Artikel 173 in einem andern als dem sich aus Art. 189 [EWG-Vertrag] ergebenden technischen Sinne gebraucht sei".⁴ Die Ratio der Regelung schien klar: Gegen Entscheidungen als Einzelmaßnahmen sollte Rechtsschutz gewährt werden, Verordnungen als "Quasi-Gesetzgebung" und Ergebnis mühsamer Kompromisse im Rat waren gegen den Zugriff des Einzelnen immun.⁵ Diese gleichermaßen klar wie aus heutiger Sicht bedenklich erscheinende Situation galt schon für den wortlautgleichen Art. 230 Abs. 4 EG-Vertrag (EG) vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nicht mehr. Aus den nachfolgend dargestellten richterrechtlichen Weiterentwicklungen der Nichtigkeitsklage lassen sich insofern dabei drei in wechselseitiger Beziehung stehende Leitprinzipien kondensieren, die den Individualrechtsschutz geprägt haben, aber jeweils nicht vollständig verwirklicht worden sind: Die Entwicklung in Richtung Handlungsformenneutralität des Rechtsschutzes bewirkte einen Aufstieg der *Plaumann*-Formel als zentrales Zulässigkeitskriterium (1). Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes setzte

³ Art. 173 Abs. 2 EWG: "Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen."

⁴ EuGH Rs. 16 und 17/62, Slg. 1962, 963 (978) – *Confédération nationale des producteurs des fruits et légumes*.

⁵ GA Lagrange, Schlussanträge zu EuGH Rs. 16 und 17/62 (Anm. 4), 995; K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl. 2006, 246 und 250.

das Regime der Nichtigkeitsklage unter Druck (2), den der EuGH mithilfe des Konzepts eines “umfassenden Rechtsschutzsystems” in das Vorabentscheidungsverfahren umleitete (3).

1. Der Aufstieg der *Plaumann*-Formel als teilweise Verwirklichung der Handlungsformenneutralität

Einerseits ließ der Vertrag seinem Wortlaut nach nur Individualklagen gegen Entscheidungen zu, andererseits verbot es Art. 173 Abs. 2 Alt. 2 EWG-Vertrag mit dem Phänomen einer “als Verordnung ergangenen Entscheidungen”, die Zulässigkeit von der äußeren Form einer Maßnahme abhängig zu machen.⁶ Zu ermitteln war vielmehr ihre “Rechtsnatur”, wobei der EuGH die allgemeine Geltung als entscheidendes Kriterium identifizierte: Generelle Handlungen waren (unanfechtbare) Verordnungen, Handlungen ohne allgemeine Geltung (anfechtbare) Entscheidungen.⁷ Mit dem Aufstieg anderer Formen allgemeiner Rechtssetzung ließ sich diese Dichotomie jedoch nicht lange durchhalten. So konnte sich auch eine (staatengerichtete) Entscheidung für den Kläger als Maßnahme allgemeiner Geltung und damit als unanfechtbar herausstellen.⁸ Weiterhin wurden, obwohl vom Wortlaut nicht umfasst, auch Richtlinien einer Prüfung unterzogen, ob sie ihrer Rechtsnatur nach Einzelfallakte und deshalb anfechtbare Entscheidungen seien.⁹ Dazu wurde der vormals automatische Schluss von der allgemeinen Geltung eines Rechtsaktes auf dessen Unanfechtbarkeit zunehmend zweifelhaft.¹⁰ Mit der *Codorniu*-Entscheidung ging die europäische Gerichtsbarkeit schließlich dazu über, auch bei generellen Rechtsakten die unmittelbare und individuelle Betroffenheit des Klägers zu prüfen und beziehendenfalls auf die Zulässigkeit der Klage zu entscheiden.¹¹ Die dogmati-

⁶ EuGH Rs. 101/76, Slg. 1977, 797, Rn. 7 – *Koninklijke Scholten Honig*: “Mit dieser Bestimmung soll insbesondere verhindert werden, dass die Gemeinschaftsorgane allein durch die Wahl der Verordnungsform die Klage eines Einzelnen gegen eine Entscheidung ausschließen können.”

⁷ J. Bast, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006, 86 f.; D. Boof, in: E. Grabitz/M. Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EL 15, 2000, Art. 230 EGV, Rn. 56.

⁸ EuGH Rs. 231/82, Slg. 1983, 2559, Rn. 9 – *Spijker*.

⁹ EuGH Rs. C-298/89, Slg. 1993, I-3605, Rn. 14 ff. – *Gibraltar*.

¹⁰ Beginnend bei in Verordnungsform erlassenen Antidumpingzöllen: EuGH Rs. 239 und 275/82, Slg. 1984, 1005, Rn. 11 – *Allied Corporation I*; Rs. C-358/89 P, Slg. 1991, I-2501, Ls. 1 – *Extramet*.

¹¹ EuGH Rs. C-309/89, Slg. 1994, I-1853, Rn. 19 – *Codorniu*; Rs. C-487/06 P, Slg. 2008, I-10505, Rn. 32 – *British Aggregates*. Jüngst wurden auf dieser Grundlage auch Klagen gegen Richtlinien für zulässig erklärt: EuG Rs. T-273/06, Slg. 2009, II-2185, Rn. 67 – *ISD Polska*.

sche Einordnung dieses Schritts ist bis heute nicht völlig geklärt.¹² Richtigerweise wird man darin einen entscheidenden Schritt in Richtung Formenneutralität des Rechtsschutzes, d.h. die Abkopplung des Zulässigkeits- vom Handlungsformenregime erkennen.¹³ Diese erfolgte aber nicht vollständig, verschob sich doch in der Folge das Schwergewicht der Zulässigkeitsprüfung auf die individuelle Betroffenheit des Klägers. Nach der in ständiger Rechtsprechung gebrauchten *Plaumann*-Formel ist sie dann zu bejahen, wenn der angefochtene Akt den Kläger "wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten".¹⁴ Hieraus haben sich zahlreiche, mittlerweile relativ stabile Fallgruppen entwickelt.¹⁵ Der Vielzahl der verwandten Kriterien liegt eine gemeinsame dogmatische Funktion zu Grunde: Sie dienen sämtlich dem Nachweis, dass die EU-Organe mit der angefochtenen Maßnahme gleichsam über die persönliche Situation des Klägers entschieden haben.¹⁶ Individuell betroffen bedeutet in der Logik der *Plaumann*-Formel also, wie der Adressat einer Entscheidung betroffen zu sein. Besonders deutlich wird dies in Urteilen, die aus der individuellen Betroffenheit des Klägers folgern, dass die beanstandete Maßnahme "ihm gegenüber Entscheidungscharakter" habe.¹⁷ Gegenstück dazu ist das Betroffensein aufgrund einer objektiven Eigenschaft, z.B. als Stahlhersteller, d.h. wie jedermann, der sich tatsächlich oder potenziell in der gleichen Lage befindet.¹⁸ In solch einer "Jedermannsituation" ändert es dann auch nichts, wenn der Klä-

¹² W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV – EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 230 EGV Rn. 33 ff. Ein zentraler Streitpunkt ist z.B. die sog. Hybridtheorie, wonach ein Rechtsakt für jedermann eine allgemein gültige Verordnung, für bestimmte unmittelbar und individuell betroffene Personen hingegen eine Entscheidung sein kann: GA Warner, Schlussanträge zu EuGH Rs. 113/77, Slg. 1979, 1185 (1246) – *Toyo Bearing*; in dieselbe Richtung EuGH Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Rn. 36 – *Unión de Pequeños Agricultores*; dagegen EuGH Rs. 45/81, Slg. 1982, 1129, Rn. 18 – *Alexander Moxsel*.

¹³ Begriffe von J. Bast, in: A. von Bogdandy/J. Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 489 (518); Bast, (Anm. 7), 95 ff.; H. Röhl, ZaöRV 60 (2000), 331 (348 ff.); eine Bestätigung dieser These findet sich jetzt in EuGH Rs. C-402/05 P, Slg. 2008, I-6351, Rn. 241 – *Kadi*.

¹⁴ EuGH Rs. 25/62, Slg. 1963, 213, Ls. 4 – *Plaumann*.

¹⁵ Vgl. dazu z.B. K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis (Anm. 5), 264 ff.; C. Gaitanides in: H. von der Groeben/J. Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl. 2003, Art. 230 Rn. 66 ff.; A. Arnulf, CML Rev. 38 (2001), 7 (30 ff.).

¹⁶ Vgl. EuG Rs. T-16/04, Slg. 2010, II-0000, Rn. 99 ff. – *Arcelor*; EuGH Rs. 106 und 107/63, Slg. 1965, 548, 556 – *Toepfer*.

¹⁷ EuGH Rs. C-50/00 P (Anm. 12), Rn. 36; EuG Rs. T-420/05, Slg. 2009, II-0000, Rn. 72 – *Vischim*.

¹⁸ EuG Rs. T-16/04 (Anm.16), Rn. 104.

ger *de facto* der einzige Betroffene ist.¹⁹ Auch lösen grundsätzlich weder die Verletzung subjektiver Rechte, noch tatsächliche Belastungen des Klägers seine Klagebefugnis aus.²⁰ Die Nichtigkeitsklage dient, so gehandhabt, weniger subjektivem Rechtsschutz, als vielmehr der objektiven Rechtskontrolle des Organhandelns,²¹ die wiederum nur dann aktiviert wird, wenn die handelnde Stelle individuelle Situationen berücksichtigt hat oder hätte berücksichtigen müssen. Individualklagen gegen Rechtsakte allgemeiner Geltung waren so bisher in der Praxis regelmäßig aussichtslos.

2. Die Nichtigkeitsklage und das Prinzip effektiven Rechtsschutzes

In der europäisch-rechtsstaatlichen Tradition besteht ein unauflösbares Band zwischen Recht und Richter, zwischen hoheitlicher Herrschaftsausübung und deren Kontrolle durch einen unparteiisch entscheidenden Dritten.²² Die Möglichkeit des direkten Zugriffs auf den "Marktbürger" durch Handlungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) bzw. der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) machte es daher notwendig, dass den politischen Organen ein Gerichtshof an die Seite gestellt wurde, der auch Klagen Einzelner zugänglich war und sich damit vom vorherrschenden Bild einer internationalen Gerichtsbarkeit unterschied.²³ In einer "Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind",²⁴ erschien die konkrete Ausgestaltung des Individualrechtsschutzes jedoch bald unzureichend.²⁵ Der weitgehende Rechtsschutzausschluss gegen Normativakte geriet dabei von mehreren Seiten unter Druck: Ein Vergleich von Verordnungen mit nationalen Gesetzen war aus legitimatorischer und normenhierarchischer Sicht wenig überzeugend und angesichts des sich abzeichnenden Trends zum Rechts-

¹⁹ EuGH Rs. 231/82 (Anm. 8), Rn. 10.

²⁰ EuGH Beschl. Rs. C-258/02 P, Slg. 2003, I-15105, Rn. 53 – *Bactria*; EuGH Rs. C-409/96 P, Slg. 1997, I-7531, Rn. 37 – *Henrikson*.

²¹ *Cremer* (Anm. 12), Rn. 1; *M. Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333 (351 ff.).

²² Mit ausführlichen historischen und rechtsvergleichenden Nachweisen: *L. Henschling*, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 2002, passim und 662.

²³ *H. P. Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 754 ff.; *T. Tohidipur*, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU*, 2008, 28 ff.

²⁴ EuGH Rs. 26/62, Slg. 1962, 3, 25 – *Van Gend en Loos*.

²⁵ *R. Kovar*, *Journal du droit international* 1966, 707 (710): "déli de justice".

schutz gegen nationales legislatives Handeln auch kein starkes Argument.²⁶ Die funktionale, auf den fragilen politischen Prozess abstellende Rechtfertigung verlor schon mit der rapide zunehmenden Sekundärrechtsetzung an Plausibilität. Besondere Brisanz erhielt die Situation schließlich dadurch, dass nationale Verfassungsgerichte die Leistungsfähigkeit beim Individualrechtsschutz und damit die Legitimität der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit in Frage stellten.²⁷ Solchermaßen herausgefordert reagierte der EuGH, neben der Entwicklung einer eigenen Grundrechtsjudikatur,²⁸ mit dem Postulat einer europäischen "Rechtsgemeinschaft", in der keine Organhandlung richterlicher Kontrolle entzogen sein sollte.²⁹ Damit griff er eine von *Walter Hallstein* geprägte Bezeichnung auf und entwickelte sie zu einem Grundprinzip der europäischen Einigung weiter, das bis heute als identitätsstiftendes Credo in der Rechtsprechung auftaucht.³⁰ Als individualschützendes Korrelat dazu fand das Gebot effektiven Rechtsschutzes, abgeleitet aus Art. 6 und 13 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, Eingang in die Judikatur zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.³¹ Ursprünglich auf den Schutz Einzelner gegen gemeinschaftsrechtswidrige nationale Maßnahmen gemünzt, kam es zunächst selten gegenüber Gemeinschaftsorganen zur Anwendung.³² Durch massive klägerseitige Berufung auf diesen Grundsatz geriet er aber schließlich zum Dreh- und Angelpunkt der Diskussion um die Nichtigkeitsklage. Konsequenterweise anerkannte der EuGH, dass das europäische Prozessrecht im Lichte des Rechtsschutzgebots auszulegen sei, und erklärte damit sozusagen *ex post* seine bisherigen Weiterentwicklungen.³³ Die geltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen der

²⁶ GA *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-50/00 P (Anm. 12), Rn. 87 ff.; zum beschriebenen Trend *A. Seibert-Fohr*, *Der Staat* 49 (2010), 130 (132 ff.).

²⁷ Z.B. BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

²⁸ EuGH Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161, Ls. 4 – *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide*; Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Ls. 3 – *Hauer*.

²⁹ EuGH Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339, Rn. 23 – *Les Verts*.

³⁰ EuGH Rs. C-402/05 P (Anm. 13), Rn. 281; grundlegend: *W. Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, 33 ff.; bisweilen gebraucht die Rechtsprechung auch den seit 1997 primärrechtlich verankerten Begriff der "Rechtsstaatlichkeit", EuGH Rs. C-303/05, Slg. 2007, I-3633, Rn. 45 – *Advocaten voor de Wereld*; dazu *A. von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 13), 36 ff.

³¹ EuGH Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rn. 18 f – *Johnston*.

³² Etwa in EuGH Rs. 257/85, Slg. 1987, 1561, Rn. 10 – *Dufay*; Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417, Ls. 1 – *Baustahlgewebe*.

³³ EuGH Rs. C-50/00 P (Anm. 12), Rn. 44; Rs. C-521/06 P, Slg. 2008, I-5829, Rn. 45 – *Athinaiiki Techniki*.

Individualnichtigkeitsklage, so die unmittelbar folgende Einschränkung, könnten damit aber nicht überspielt werden.³⁴

3. Das Arbeitsteilungsprinzip im umfassenden Rechtsschutzsystem

Zwischen Rechtsschutzgebot einerseits und durch Vertragstext und eigene Rechtsprechung auferlegtem restriktivem Zulässigkeitskonzept andererseits galt es für den EuGH damit, einen Weg zu suchen, der beidem gerecht wurde. Er fand ihn im Konzept des umfassenden Rechtsschutzsystems: Wenn ihnen die Direktklage verwehrt ist, "können die Betroffenen die Ungültigkeit von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung vor den nationalen Gerichten geltend machen und diese veranlassen, sich mit Vorabentscheidungsfragen an den Gerichtshof zu wenden".³⁵ Das Instrument der Gültigkeitsvorlage, das vormalig rechtspraktisch wie dogmatisch wenig Beachtung gefunden hatte,³⁶ sollte also maßgeblich für den Individualrechtsschutz sorgen. Konsequenterweise gestaltete der EuGH das Vorabentscheidungsverfahren in verschiedenen Rechtsprechungslinien "rechtsschutzfreundlicher" aus.³⁷ In der Literatur wurde dieses Phänomen mit den Begriffen des "arbeitsteiligen", "komplementären", oder "dualen" Rechtsschutzes umschrieben.³⁸ Dies darf freilich nicht im Sinne einer kategorischen Rechtswegtrennung verstanden werden: Zwar war für Adressaten einer Entscheidung oder Personen in einer vergleichbaren Situation, die eine Nichtigkeitsklage versäumt haben, der Weg über die Gültigkeitsvorlage präkludiert,³⁹ grundsätz-

³⁴ EuGH Rs. C-50/00 P (Anm. 12), Rn. 44; Rs. C-445/07 P, Slg. 2009, I-0000, Rn. 65 – *Ente per le Ville Vesuviane*.

³⁵ EuGH Rs. 294/83 (Anm. 29), Rn. 23; eine eigenständige Ungültigerklärung durch nationale Gerichte ist ausgeschlossen: EuGH Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199, Ls. 1 – *Foto-Frost*.

³⁶ 1962 und 1963, also den Jahren von *Confédération nationale* und *Plumann*, ergingen insgesamt 11 Vorabentscheidungen, davon keine zu einer Gültigkeitsvorlage. Dem entspricht, dass *E. Wohlfarth* in: *E. Wohlfarth/U. Everling/H. Glaesner/R. Sprung*, EWG-Kommentar, 1960, Art. 177, das Vorlageverfahren unter dem Gesichtspunkt der "Rechtseinheit" behandelt und die Möglichkeit einer Gültigkeitsvorlage gar nur am Rande erwähnt.

³⁷ Zum einstweiligen Rechtsschutz: EuGH Rs. C-143/88 und 92/89, Slg. 1991, I-415, Rn. 16 und 20 – *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*; zu den der Nichtigkeitsklage weitgehend angenäherten Rechtsfolgen EuGH Rs. 66/80, Slg. 1981, 1191, Ls. 1 – *International Chemical Corporation*.

³⁸ *M. Nettesheim*, JZ 2002, 928; *J. Kokott/I. Dervisopoulos/T. Henze*, EuGRZ 2008, 10; *A. Haratsch*, EuR Beiheft 3/2008, 81 (82).

³⁹ EuGH Rs. C-188/92, Slg. 1994, I-833, Rn. 13 – *Textilwerke Deggendorf*; EuGH Rs. C-239/99, Slg. 2001, I-1197, Rn. 29 ff. – *Nachi Europe*.

lich jedoch schlossen sich zentraler und dezentraler Rechtsschutz nicht gegenseitig aus.⁴⁰ Die restriktiv gehandhabte individuelle Betroffenheit übernahm freilich eine gewisse Kanalisierungsfunktion, indem sie potenzielle Kläger vom zentralen zum dezentralen Rechtsweg umleitete.

Kern der Diskussion war und ist damit die Frage, ob ein solches System dem Gebot effektiven Rechtsschutzes gerecht wird. Ein Teil der Literatur hält das Vorabentscheidungsverfahren nicht für adäquat, unter anderem mit Verweis auf seinen mangelnden Rechtsbehelfscharakter und die Problematik der nationalen Rechtswegeröffnung.⁴¹ Die Gegenmeinung betont die Priorität dezentralen Rechtsschutzes und konzentriert ihre Vorschläge auf den weiteren Ausbau desselben.⁴² In jedem Fall aber, so man sich grundsätzlich auf die Koexistenz von zentralem und dezentralem Rechtsschutz einlässt, verlangen nicht nur prozessökonomische Gesichtspunkte, sondern vor allem auch das Gebot der Rechtswegklarheit als Ausfluss des Prinzips effektiven Rechtsschutzes, dass die Arbeitsteilung zwischen mitgliedstaatlichen und europäischen Gerichten von rationalen und transparenten Kriterien geleitet wird.⁴³ Dies sei hier als Arbeitsteilungsprinzip bezeichnet. Gerade unter diesem Aspekt lässt jedoch das bisherige, durch die *Plaumann*-Formel geprägte Regime, zu wünschen übrig.⁴⁴

Im Jahre 2002 unternahm das EuG, bestärkt durch kurz zuvor ergangene Schlussanträge des Generalanwalt *Jacobs*, einen Vorstoß zur stärkeren Zentralisierung des Rechtsschutzes. Angesichts einer im Hinblick auf nationale Rechtswegeröffnung problematischen selbstvollziehenden Verordnung hielt das Gericht eine weitere Auslegung der individuellen Betroffenheit für angebracht.⁴⁵ Am Ende dieser vielbeschriebenen Saga verweigerte sich der EuGH jedoch einer richterrechtlichen Aufweichung der Zulässigkeit und verwies für derartige Reformen auf den Vertragsgeber.⁴⁶ *De lege lata* hätten zur Schließung von Rechtsschutzlücken vielmehr die nationalen Gerichte

⁴⁰ EuGH Rs. 133 bis 136/85, Slg. 1987, 2289, Rn. 12 – *Rau*; EuG Rs. T-3/93, Slg. 1994, II-121, Rn. 69 – *Air France*.

⁴¹ *Arnulf* (Anm. 15), 7; *P. Craig*, EU Administrative Law, 2006, 342 ff.; *H. Schermers/D. Waelbroeck*, Judicial Protection in the European Union, 6. Aufl. 2001, 449 ff.

⁴² *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, 109; *C. Nowak*, in: *W. Hallstein/W. Cremer*, Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, 2002, 47 (60 ff.); *E. Schmidt-Aßmann*, VBlBW 2006, 128; insgesamt zum Argumentationsstand: *P. Thomy*, Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren, 2009, 138 ff.

⁴³ *Nettesheim* (Anm. 38), 932.

⁴⁴ *C. Nowak*, in: *S. Heselhaus/C. Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, 1378.

⁴⁵ EuG Rs. T-177/01, Slg. 2002, II-2365; Rn. 51- *Jégo-Quéré*; GA *Jacobs* (Anm. 26), Rn. 102.

⁴⁶ EuGH Rs. C-50/00 P (Anm. 12), Rn. 45.

entsprechend dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit ihr Prozessrecht klägerfreundlich auszulegen.⁴⁷

Mit der Ratio dieser "Umleitung" beschäftigt sich eine Reihe von Beiträgen aus den verschiedensten dogmatischen und theoretischen Perspektiven. Erklärungsansätze, die allein auf richterliche Zurückhaltung gegenüber dem EU-Gesetzgeber oder die Vermeidung von prozessualer Überlastung abstellen,⁴⁸ berücksichtigen dabei nicht ausreichend, dass mit der Zurückhaltung bei Direktklagen eine Förderung des dezentralen Rechtswegs einhergeht.⁴⁹ Die Präferenz für das Vorabentscheidungsverfahren mit Luxemburger Aspirationen auf eine Rolle als nur abstrakte verfassungsrechtliche Fragen beantwortendes EU-Verfassungsgericht zu erklären scheint reizvoll,⁵⁰ überschätzt aber vermutlich das strategische Moment gerichtlichen Handelns.⁵¹ Die kulturtheoretische Überlegung, die europäische Gerichtsbarkeit lehne gerade eine Rolle als direkt durch den Bürger zu aktivierende Verfassungsgerichtsbarkeit ab,⁵² ist insofern zweifelhaft, als gerade in den hoch symbolischen Fällen der sog. *smart sanctions* wie selbstverständlich zentraler Rechtsschutz gewährt wird. Überzeugender scheint es, den EuGH insoweit weniger als langfristig denkenden, strategischen Akteur zu begreifen denn als teilweise auch von äußeren Entwicklungen Getriebenen. Schien das restriktive Konzept aus *Confédération nationale* und *Plaumann* im ursprünglichen Kontext vielleicht gerechtfertigt, so mag im Laufe der Zeit wohl die steigende Arbeitsbelastung des EuGH ihn von einer umfassenden Revision dieser Präzedenzfälle abgehalten haben. Als nach Einrichtung des EuG der Druck schließlich in dessen *Jégo-Quérelé*-Entscheidung kulminierte, tagte der Verfassungskonvent. Diesem mit der Revision einer seit 40 Jahren etablierten Rechtsprechung vorzugreifen und die Lorbeeren dafür letztlich dem

⁴⁷ EuGH Rs. C-50/00 P (Anm. 12), Rn. 40 ff.

⁴⁸ Z.B. T. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 5. Aufl. 2003, 355 ff.

⁴⁹ A. Türk, *Judicial Review in EU Law*, 2009, 100.

⁵⁰ H. Rasmussen, *E.L.Rev.* 1980, 112 (122 ff.); vgl. auch M. Shapiro/A. Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, 2002, 343 ff., mit der Unterscheidung zwischen "abstract review" und "concrete review".

⁵¹ Vgl., freilich als Extrem in die andere Richtung, A. Donner, *CML Rev.* 8 (1971), 127 (139 f.): "You know very well, that no Court of Justice, certainly not the Court of Justice in Luxemburg, has the information, the means or even the time to sit down and put such policies on paper." Auch die nach wie vor relativ geringe Zahl von Gültigkeitsvorlagen (im Jahr 2009 ergingen, soweit ersichtlich, 9 Urteile) spricht eher dagegen, genauso wie das Phänomen, dass manche Verfassungsgerichte tendenziell direkte Klagen bevorzugen, so BVerfG, NJW 2010, 833, Rn. 182 – *Vorratsdatenspeicherung*.

⁵² U. Haltern, *Europarecht*, 2. Aufl. 2007, 286. Sie kann sich immerhin darauf stützen, dass Inzidentverfahren herkömmlich als "weniger politisch" gelten, vgl. H. Triepel, *VVDStRL* 5 (1929), 2 (18).

EuG bzw. Generalanwalt *Jacobs* zu überlassen, musste den entscheidenden Richtern als wenig attraktive Option erscheinen.⁵³

II. Art. 263 Abs. 4 AEUV im Lichte der Leitprinzipien

In Folge der bekannten politischen Schwierigkeiten sollte es bis zum 1.12.2009 dauern, ehe die vom Verfassungskonvent unter dem Eindruck der *UPA*-Rechtsprechung formulierte Antwort mit dem Vertrag von Lissabon die Weihen des positiven Rechts erhielt. Aber wie fällt diese aus? Die wohl überwiegende Zahl der bisherigen Kommentatoren erkennt eine punktuelle Erweiterung zentralen Rechtsschutzes für selbstvollziehende "untergesetzliche" Rechtsnormen, aber keine tiefgreifenden Veränderungen.⁵⁴ Hier sollen hingegen Ansatzpunkte für einen konzeptionellen Wandel aufgezeigt werden. Dazu werden die zentralen Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon im Lichte der soeben herausgearbeiteten Prinzipien, Handlungsformenneutralität, effektiver Rechtsschutz und Arbeitsteilung, unter die Lupe genommen. Hierbei wird sich erweisen, dass die Neuformulierung des Klagegegenstands in Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV Rückwirkungen auf die Auslegung der individuellen Betroffenheit zeitigt und einen Abschied von der *Plaumann*-Formel nahelegt (1). Daneben rechtfertigt Art. 263 Abs. 4 Alt. 3 AEUV eine weite Auslegung und umgeht damit die individuelle Betroffenheit im bisher kritischen Bereich selbstvollziehender Normen (2). Als Ansatzpunkt zur Berücksichtigung einer durch Art. 47 Abs. 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) gebotenen subjektivrechtlichen Logik innerhalb der Nichtigkeitsklage wird schließlich die unmittelbare Betroffenheit vorgeschlagen (3).

⁵³ C. Kombos, ELJ 15 (2009), 506 (520 f.).

⁵⁴ Z.B. W. Cremer, DÖV 2010, 58 (60); A. Thiele, EuR 2010, 30 (39 f.); B. Wegener, EuR Beiheft 3/2008, 45 (51 f.).

1. “Handlung” i.S.v. Art. 263 Abs. 4 Alt. 2 AEUV: Befreiung der individuellen Betroffenheit von der Bürde der “Entscheidung”

Art. 263 Abs. 4 AEUV ersetzt das Tatbestandsmerkmal “Entscheidung” des alten Art. 230 Abs. 4 EG durch den neutralen Begriff der “Handlung”.⁵⁵ Das Prinzip der Handlungsformenneutralität des Rechtsschutzes wird damit primärrechtlich aufgegriffen. Da jedoch Art. 263 Abs. 4 Alt. 2 AEUV weiterhin die individuelle Betroffenheit des Klägers verlangt, scheint es auf den ersten Blick nahe liegend, von einer bloßen Anpassung des Vertragstextes an die *Codorniu*-Rechtsprechung auszugehen.⁵⁶ Die Erläuterungen des Verfassungskonvents sind insoweit wenig eindeutig: Sie sprechen zwar von einer “rein redaktionellen Änderung”, die der Rechtsprechung des Gerichtshofs folge, beziehen sich allerdings auf das *IBM*-Urteil des EuGH, das einem anderen Kontext entstammt.⁵⁷ Selbst wenn man der These einer Wortlautanpassung folgt, eröffnet sie aber neue Auslegungsspielräume und ist schon daher mehr als eine bloße Festschreibung der Rechtsprechung. Wie gezeigt, drehte sich die individuelle Betroffenheit bisher um den Nachweis einer entscheidungsähnlichen Situation, in der der Kläger “Auslöser oder Ziel der Maßnahme” war.⁵⁸ Unter dem EG-Vertrag mochte das insoweit folgerichtig erscheinen, als er seinem Wortlaut nach nur Klagen gegen “Entscheidungen” zuließ. Der EuGH operierte also vor einem primärrechtlichen Hintergrund, der strukturell auf zentralen Rechtsschutz gegenüber Einzelakten und dezentralen gegenüber Normativakten angelegt war.⁵⁹ Mit dem Wegfall der “Entscheidung” als Tatbestandsmerkmal hat sich diese Ausgangslage jetzt verändert; die *Plaumann*-Formel verliert ihren zentralen Anknüpfungspunkt.⁶⁰ Der EuGH, der in *UPA* den Ball an den Vertragsgeber weitergespielt hatte, kann die Reform folglich als Aufforde-

⁵⁵ Die Entscheidung als Handlungsform verschwindet gänzlich aus dem AEUV und wird in Art. 288 AEUV durch den “Beschluss” ersetzt. Damit wird die deutsche Sprachfassung an die englische und französische angepasst, die schon im EG-Vertrag nur decisions bzw. décisions kannten. Dass Art. 263 Abs. 4 AEUV im Gegensatz zu Abs. 1 nur den Oberbegriff “Handlungen” und nicht auch “Gesetzgebungsakte” nennt, bedeutet im Übrigen nicht, dass letztere generell nicht von Einzelnen anfechtbar sind: C. Last, Die Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, 174 f.

⁵⁶ So z.B. Cremer (Anm. 54), 60; Thiele (Anm. 54), 41 f.

⁵⁷ Schlussbericht des Arbeitskreises über die Funktionsweise des Gerichtshofs, CONV 636/03, Rn. 23. Zur *IBM*-Rechtsprechung Bast, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 13), 519 ff.

⁵⁸ D. Waelbroeck, in: Curtin/Kellermann/Blockmans (Anm. 1), 357 (359).

⁵⁹ Vgl. nur C. Nowak, EuR 2000, 724 (727).

⁶⁰ Vgl. F. Mayer, DVBl 2004, 606 (609) zum Verfassungsvertrag.

rung verstehen, “individuell betreffen” losgelöst von der Analogie zu Entscheidungsadressatensituationen auszulegen.

An Vorschlägen hierzu mangelt es nicht: So wollte das EuG beispielsweise auf die unzweifelhafte und gegenwärtige Beeinträchtigung von Rechtspositionen abstellen.⁶¹ Andere Stimmen schlagen dagegen vor, an “erhebliche nachteilige Auswirkungen” auf Interessen des Klägers anzuknüpfen.⁶² Ohne im Einzelnen auf die Vor- und Nachteile der verschiedenen Modelle eingehen zu können, sei hier eine Orientierung an den dargestellten Leitprinzipien empfohlen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst der Wortlaut des Vertrages, der eine besondere Individualisierung des Klägers fordert, eine Beziehung zwischen ihm und dem Klagegegenstand, die ihn gegenüber anderen Personen auszeichnet und seine Klagebefugnis begründet. Das in der jüngeren Rechtsprechung dominierende Kriterium hierfür war die Beteiligung im Rechtsetzungsverfahren.⁶³ Die der *Plaumann*-Formel inhärente Logik der Entscheidungsähnlichkeit führte aber dazu, dass Interventionen der von europäischen Regulierungsmaßnahmen betroffenen “Marktbürger” aufgrund vielfältiger, primär- und sekundärrechtlich geregelter Beteiligungsrechte häufig eine Individualisierung begründeten. Der beteiligten “Öffentlichkeit” dagegen, d.h. Privatpersonen oder *public interest groups*, stand dieser Weg in aller Regel nicht offen.⁶⁴ Im Lichte des Prinzips der Handlungsformenneutralität lässt sich diese Differenzierung künftig nicht mehr aufrechterhalten. Abzustellen ist vielmehr beispielsweise auf eine besonders qualifizierte Beteiligung am Rechtsetzungsverfahren, ohne zwischen “entscheidungs-” bzw. “rechtsnormähnlichen” Situationen zu differenzieren. Genauso könnte sich eine Individualisierung z.B. aus der besonderen geographischen “Betroffenheit” ergeben.⁶⁵ Auch aus arbeitsteiliger Perspektive spricht vieles für diese Lösung: Ein Kritikpunkt der *Plaumann*-Formel war es, dass sie *de facto* zentralen Rechtsschutz desto unwahrscheinlicher machte, je mehr potenziell Betroffene es gab.⁶⁶ Dies hatte die missliche Konsequenz, dass zahlreiche Gerichte aus verschiedenen Mitgliedstaaten mit gleichgerichteten Klagen beschäftigt wurden,⁶⁷ für die aus

⁶¹ EuG Rs. T-177/01 (Anm. 45), Rn. 51.

⁶² GA Jacobs (Anm. 26), Rn. 102.

⁶³ Cremer (Anm. 12), Rn. 52.

⁶⁴ Vgl. EuG Rs. T-585/93, Slg. 1995, II-2205, Rn. 62 ff. – *Greenpeace*; P. Craig/G. de Burca, EU Law, 3. Aufl. 2006, 517; kritisch zu dieser Privilegierung von “Marktbürgern” auch N. Reich, ZRP 2000, 375 (376); Wegener (Anm. 54), 52.

⁶⁵ Vgl. dazu GA Cosmas, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-321/95 P, Slg. 1998, I-1651, Rn. 95 und 104 f. – *Greenpeace*.

⁶⁶ GA Jacobs (Anm. 26), Rn. 59.

⁶⁷ Vgl. das Beispiel von J. Gundel, EWS 2006, 65, der die große Zahl paralleler Verfahren allerdings für einen positiven Beleg der Funktionsfähigkeit dezentralen Rechtsschutzes hält.

funktionaler Sicht die zentrale Rechtsschutzebene mit der Möglichkeit der Verfahrensverbundung die richtige gewesen wäre.

2. Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV, oder: haben Verordnungen “Verordnungscharakter”?

Ein anderer Ansatzpunkt ist Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV. Dieser verzichtet für “Rechtsakte mit Verordnungscharakter” auf das Erfordernis individueller Betroffenheit. Überwiegend sieht die bisherige Literatur darin eine punktuelle, auf den Bereich “untergesetzlicher” Rechtsakte beschränkte Korrektur der *Plaumann*-Rechtsprechung.⁶⁸ Überzeugender scheint es allerdings, sämtliche abstrakt-generellen Handlungen als Rechtsakte mit Verordnungscharakter aufzufassen.⁶⁹

Bekanntlich strebte der Verfassungsvertrag eine Neustrukturierung der Handlungsformen an, die sich mit der Bezeichnung als Europäische Gesetze und Rahmengesetze bewusst an nationale Terminologien anlehnte. Parallel dazu beschäftigte sich der Arbeitskreis über den Gerichtshof mit einer möglichen Reform der Individualklage. Ein Teil seiner Mitglieder sprach sich dabei gegen Änderungen am alten Art. 230 Abs. 4 EG aus. Andere wiederum hielten diesen für zu restriktiv und plädierten für eine Abschaffung der individuellen Betroffenheit bei Akten allgemeiner Anwendung. Wieder andere setzten sich ebenfalls für eine Erleichterung ein, jedoch in Anknüpfung an die neue Terminologie der Handlungsformen nur für Akte ohne Gesetzescharakter.⁷⁰ Mangels Einigung empfahl der Arbeitskreis in seinem Abschlussbericht alternativ, auf die individuelle Betroffenheit für “Akte allgemeiner Geltung” oder für “Akte ohne Gesetzgebungscharakter” zu verzichten.⁷¹ Der anschließende Gesamt-Textentwurf des Präsidiums wählte hingegen die Formulierung “Rechtsakte mit Verordnungscharakter”.⁷² Im weite-

⁶⁸ *Cremer* (Anm. 54), 61; *M. Schröder*, DÖV 2009, 61 (63); *Wegener* (Anm. 54), 52; *R. Barents*, CML Rev. 47 (2010), 709 (725). Zum Verfassungsvertrag: *W. Cremer*, EuGRZ 2004, 577 (583); *E. Pache* in: C. Vedder/W. Heintschel von Heinegg, Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. III-365 Rn. 40; *J. Lüsberg*, Jean Monnet Working Paper 1/2006, 39.

⁶⁹ *U. Everling*, EuR Beiheft 1/2009, 71 (74 f.); *Bast*, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 13), 556 ff.; *A. von Bogdandy/J. Bast*, in: Curtin/Kellermann/Blockmans (Anm. 1), 171 (176).

⁷⁰ CONV 636/03 vom 25.3.2003, Rn. 18 f. In Anbetracht der erschwerten Anfechtbarkeit von Gesetzen in den meisten Mitgliedstaaten schlossen sich in der Anhörung vor dem Arbeitskreis die Präsidenten des EuGH und des EuG letzterer Position an: CONV 572/03 vom 10.3.2003, 4; CONV 575/03 vom 10.3.2003, 5.

⁷¹ CONV 636/03 vom 25.3.2003, Rn. 20.

⁷² CONV 725/03 vom 27.5.2003, Bd. II, 148. Der vorherige Erstentwurf des Präsidiums gebrauchte noch den Begriff “Durchführungsrechtsakte”, vgl. CONV 734/03 vom 12.5.2003,

ren Verlauf brachten sowohl das deutsche Konventsmitglied *Fischer* als auch das französische Mitglied *de Villepin* jeweils Änderungsanträge ein, um die Formulierung in ihrem Sinne “klarzustellen”. *Fischer* schlug “Rechtsakte mit allgemeiner Wirkung”, *de Villepin* “Verordnungen” vor.⁷³ Schließlich bemerkte während der Regierungskonferenz der juristische Dienst des Rates, dass “Rechtsakte mit Verordnungscharakter” nicht mit der Klassifikation der Handlungsformen übereinstimmte. In der Annahme, damit seien Akte allgemeiner Geltung ohne Gesetzescharakter gemeint, schlug der Dienst ersatzweise “Verordnungen oder adressatenlose Beschlüsse” vor.⁷⁴ Keiner der Vorschläge konnte sich jedoch durchsetzen. In Anbetracht dieses Verlaufs erscheint die Deutung plausibel, dass letztlich alle Seiten mangels Einigung an der relativ offenen Formulierung “Rechtsakt mit Verordnungscharakter/regulatory act/acte réglementaire” festhielten, in der Hoffnung, die Gerichtsbarkeit werde die Sache schon im jeweils erwünschten Sinne klären.⁷⁵ Der Vertrag von Lissabon kehrte dann wieder zur hergebrachten Terminologie der Handlungsformen zurück, behielt jedoch die Unterscheidung zwischen Akten mit und solchen ohne Gesetzgebungscharakter bei.⁷⁶ Gesetzgebungsakte sind demnach diejenigen Verordnungen, Richtlinien oder Beschlüsse, die gemäß einem Gesetzgebungsverfahren angenommen wurden.⁷⁷

Ein eindeutiger Schluss ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte damit kaum. Wortlaut und systematisch-teleologische Erwägungen streiten hingegen für eine weite Auslegung. Das durch die neue alte Begrifflichkeit eröffnete Argument, Verordnungen könne nicht teilweise der “Verordnungscharakter” abgesprochen werden,⁷⁸ überzeugt zwar angesichts anderer Sprachfassungen nur wenig.⁷⁹ Im Gegenteil scheint der entsprechende Sprachgebrauch in vielen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen *prima facie* auf

18. Da jedoch die englische und französische Version in beiden Entwürfen jeweils “regulatory acts” bzw. “actes réglementaires” verwenden, scheint dies wenig aussagekräftig.

⁷³ CONV 796/03 vom 6.6.2003, 13.

⁷⁴ CIG 4/1/03 REV 1 vom 6.10.2003, 428 f.

⁷⁵ Ähnlich auch *Lüsberg* (Anm. 68), 39; *Bast*, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 13), 556.

⁷⁶ Das Mandat für die Regierungskonferenz zum Lissabon-Vertrag enthielt den Auftrag, die Unterscheidung “und die Folgen daraus” beizubehalten: Europäischer Rat (Brüssel) vom 21. und 22.6.2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 11177/1/07 REV 1, Anlage I, 16.

⁷⁷ Art. 289 Abs. 3 AEUV.

⁷⁸ In diese Richtung *Everling* (Anm. 69), 74.

⁷⁹ Zwar weisen z.B. auch die englische, französische und spanische Fassung mit “regulatory acts”/“actes réglementaires”/“actos reglamentarios” Anklänge an die Handlungsform “regulation”/“règlement”/“reglamento” auf. Der niederländische, dänische und schwedische Wortlaut zeigt diese dagegen mit “regelgewingshandelingen”/“regelfastsættende retsakter”/“regleringsakt” gegenüber “verordeningen”/“forordninger”/“förordningar” nicht.

“untergesetzliche” Rechtsakte hinzudeuten. Da jedoch die Terminologie der europäischen Handlungsformen bewusst von den mitgliedstaatlichen losgelöst ist, hat ein Verweis auf letztere beschränktes argumentatives Gewicht. Vielmehr ist Orientierung an Begriffszusammenhängen auf Unionsebene zu suchen. Dabei fällt auf, dass die Rechtsprechung “Gesetzgebungsakt” und “Verordnungscharakter” bisher keineswegs als Gegenbegriffe gebraucht hat, sondern vielmehr synonym, um gegenüber dem “Entscheidungscharakter” die allgemeine Geltung eines Rechtsaktes herauszustellen.⁸⁰ Weiterhin spricht, wenn man sich noch einmal die Ratio der von der Handlungsform abstrahierenden Rechtsprechung vergegenwärtigt, auch das Prinzip der Formenneutralität gegen die Anknüpfung an den “Gesetzgebungscharakter”⁸¹

Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten erschiene die verstärkte Abschirmung von Gesetzgebungsakten, zwar reizvoll. Hier mag insbesondere die Hoffnung mitschwingen, mit der Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsakten und Nichtgesetzgebungsakten den Keim für eine Hierarchisierung der Handlungsformen in Anlehnung an nationale Rechtsordnungen gelegt zu haben.⁸² Verschärfte Zulässigkeitskriterien entsprächen in dieser Sichtweise der angestrebten “höheren Dignität” von “Gesetzgebungsakten”. Das EuG würde zum zentralen EU-Verwaltungsgericht, das vergleichbar dem französischen *Conseil d'État* die Rechtmäßigkeit untergesetzlicher Normen kontrolliert, der EuGH zum Verfassungsgericht italienischer Prägung, das die Gültigkeit von Gesetzen auf eine Richtervorlage hin überprüft. Die primärrechtlichen Rahmenbedingungen geben bisher jedoch wenig Raum für solche nationalstaatsorientierten Aspirationen, ist doch die Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsakten und Nichtgesetzgebungsakten in ihrer konkreten Umsetzung nicht von logisch konsequenten Prinzipien bestimmt, die im Lichte des Prinzips effektiven Rechtsschutzes eine Differenzierung rechtfertigen könnten.⁸³ Gesetzgebungsakte zeichnen sich beispielsweise nicht kategorisch durch stärkere Parlamentsbeteiligung oder

⁸⁰ Besonders deutlich ist die Entscheidung EuGH Rs. 206/87, Slg. 1989, 275, Rn. 18 – *Lefebvre*, die hinsichtlich einer (allgemeingültigen) formellen Entscheidung von deren “Verordnungscharakter” spricht; zudem EuG Rs. T-273/06, Slg. 2009, II-2185, Rn. 67 – *ISD Polska*; EuGH Rs. C-41/99 P, Slg. 2001, I-4239, Rn. 22 – *Sadam Zucherifici*.

⁸¹ Zumindest Art. 203, 349 Abs. 1 und 352 Abs. 1 AEUV ermöglichen alternativ den Erlass von Gesetzgebungsakten oder Nichtgesetzgebungsakten. Erinnerung an die Beteuerung des EuGH, die Wahl der Form dürfe nicht den Rechtsschutz beeinflussen (siehe oben Anm. 6), so spricht dies gegen ein Anknüpfen der Zulässigkeit an den fehlenden Gesetzgebungscharakter.

⁸² Vgl. R. Schütze, EIPA Working Paper 1/2005, 9 ff.; A. Ward, in: C. Barnard/O. Odudu, *The Outer Limits of European Law*, 2009, 329 (358).

⁸³ Vgl. M. Dougan, CML Rev. 45 (2008), 617 (647); Lüsberg (Anm. 68), 26 ff.

größere inhaltliche Tragweite aus; die Frage einer Normenhierarchie ist nach wie vor offen.⁸⁴ Letztlich sind auch unter dem Aspekt der Arbeitsteilung nur schwer einleuchtende Gründe zu finden, warum gegen Nichtgesetzgebungsakte zentraler, gegen Gesetzgebungsakte hingegen dezentraler Rechtsschutz gewährt werden sollte. Längerfristiges Entwicklungspotenzial verspricht dagegen eher die Entwicklung unterschiedlicher Kontrolldichten, die in Nichtigkeits- wie in Vorabentscheidungsverfahren gleichermaßen Anwendung finden könnten.⁸⁵

3. Fehlende Durchführungsmaßnahmen und die neue Bedeutung der unmittelbaren Betroffenheit

Die bisherigen Ausführungen haben die beiden Ansatzpunkte aufgezeigt, um die Individualnichtigkeitsklage von der bisher dominierenden Logik der *Plaumann*-Formel zu befreien. Nachfolgend sei nun erläutert, dass in Folge der Lissabonner Reform die unmittelbare Betroffenheit zum zentralen Tatbestandsmerkmal aufsteigen und der Nichtigkeitsklage damit ihr entscheidendes Gepräge verleihen könnte. Sie bietet sich auch deshalb als Vehikel einer neuen Logik an, weil sie als das verbliebene übergreifende Tatbestandsmerkmal Art. 263 Abs. 4 Var. 2 und Var. 3 AEUV erfasst.

Art. 263 Abs. 4 AEUV verlangt die unmittelbare Betroffenheit in sämtlichen Varianten, in denen die fragliche Maßnahme nicht an den Kläger "gerichtet" ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist sie dann zu bejahen, "wenn die beanstandete Maßnahme der Gemeinschaft sich auf die Rechtsstellung dieser Person unmittelbar auswirkt und ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lässt, ihr Erlass vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Gemeinschaftsregelung ergibt, ohne dass weitere Durchführungsvorschriften angewandt werden".⁸⁶ Gegenüber dem Entscheidungscharakter und der individuellen Betroffenheit fristete das Merkmal der unmittelbaren Betroffenheit lange Zeit eher ein prozessuales Schattendasein.⁸⁷ Im Laufe der Zeit erlangte sie jedoch, wo europäische und mitgliedstaatliche Stellen gemeinsam tätig

⁸⁴ Bast, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 13), 546 ff.: Ein kategorischer Unterschied ist die Anwendbarkeit verschiedener Transparenz- und Subsidiaritätsregimes. Insbesondere ersteres scheint im Gegenzug wieder zum Ausschluss von Gesetzgebungsakten in manchen Bereichen geführt zu haben.

⁸⁵ Bast, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 13), 553.

⁸⁶ EuGH Rs. C-404/96 P, Slg. 1998, I-2435, Rn. 41 – *Glencore*.

⁸⁷ GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-417/04 P, Slg. 2006, I-3881, Rn. 73 – *Regione Siciliana*.

werden, Bedeutung als Kriterium der Verantwortungszurechnung.⁸⁸ Die Gemeinschaftsgerichte verfolgten dabei einen materiellen Ansatz und bejahten Unmittelbarkeit nicht nur beim Fehlen von Durchführungsmaßnahmen, sondern auch dann, wenn der mit der Umsetzung betrauten Stelle kein Ermessensspielraum verblieb,⁸⁹ oder wenn eine Ermessensausübung “rein theoretisch” war, weil etwa die Handlungsabsicht des Durchführungsorgans vorher feststand.⁹⁰ Obwohl *per definitionem* umsetzungsbedürftig, konnten demnach auch Richtlinien Einzelne unmittelbar betreffen.⁹¹

Innerhalb des Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV setzt hier ein neu eingefügtes Tatbestandsmerkmal an: Verlangt wird nicht nur die unmittelbare Betroffenheit, sondern auch, dass angefochtene Rechtsakte “keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen”. Ausweislich der Erläuterungen des Verfassungskonvents soll damit zentraler Rechtsschutz über Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV lediglich für die Fälle selbstvollziehender Normen eröffnet werden, in denen dezentraler Rechtsschutz mit besonderen Schwierigkeiten behaftet ist.⁹² So gesehen ist dieses Tatbestandsmerkmal gerade nicht gegenüber der unmittelbaren Betroffenheit überflüssig.⁹³ Vielmehr erscheint es als Korrektur der bisherigen, auf materielle Kriterien abhebenden Rechtsprechung. Damit bedingt es aber, dass die unmittelbare Betroffenheit, soll ihr eigenständiges Gewicht innerhalb des Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV zukommen, nicht auf die Funktion der Verantwortungszurechnung beschränkt werden kann. Verstärkt wird diese Notwendigkeit noch durch den Umstand, dass aufgrund des Verzichts auf die individuelle Betroffenheit Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV eines Korrektivs bedarf, das Popularklagen ausschließt, indem es eine bestimmte materielle Beziehung zwischen Kläger und Klagegegenstand verlangt.⁹⁴

⁸⁸ Vgl. dazu Röhl (Anm. 13), 356 f.; Lenaerts/Arts/Maselis (Anm. 5), 254 f.; kritisch J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2004, 225.

⁸⁹ EuGH Rs. C-386/96 P, Slg. 1998, I-2309, Rn. 43 – Dreyfus; Rs. C-486/01 P, Slg. 2004, I-6289, Rn. 34 – Front National; EuG Rs. T-136/04, Slg. 2006, II-1805, Rn. 45 – Cramer-Klett.

⁹⁰ Wenn sie z.B. die Kommission um Erlaubnis für bestimmte Maßnahmen ersucht hat: EuGH Rs. 62/70, Slg. 1971, 897, Rn. 6 ff. – Bock; EuGH, Rs. 11/82, Slg. 1985, 207, Rn. 8 ff. – Piraiki-Patraiki.

⁹¹ Nachdem die Rechtsprechung dies lange kategorisch verneint hatte (EuG Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rn. 65 – Salamander), erkannte sie später die Möglichkeit unmittelbarer Betroffenheit durch eine Richtlinie grundsätzlich an (EuG, Beschl. Rs. T-223/01, Slg. 2002, II-3259, Rn. 47 ff. – Japan Tobacco). Zuletzt wurde die unmittelbare Betroffenheit dann auch im konkreten Fall bejaht: EuG Rs. T-420/05 (Anm. 17), Rn. 58.

⁹² CONV 636/03 vom 25.3.2003, Rn. 21.

⁹³ So aber anscheinend Schröder (Anm. 68), 64; wie hier: Cremer (Anm. 54), 65; Everling (Anm. 69), 74; M. Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, 217.

⁹⁴ Vgl. Kokott/Dervisopoulos/Henze (Anm. 38), 14.

Die Literatur verortet die Frage, ob schutzwürdige Interessen oder Rechte des Klägers berührt sind, teilweise in einem eigenen Prüfungspunkt, der "Betroffenheit".⁹⁵ In der gerichtlichen Praxis spielt diese von Unmittelbarkeit und Individualisierung getrennte Prüfung keine Rolle.⁹⁶ Schon bisher hatte allerdings die unmittelbare Betroffenheit bisweilen eine Bedeutung, die man als "Betroffenheit in eigenen Rechten" beschreiben kann.⁹⁷ Diese Rechtsprechungslinie aufzugreifen und weiterzuentwickeln sei hier nun vorgeschlagen, um dem Prinzip effektiven Rechtsschutzes innerhalb der Nichtigkeitsklage verstärkt Rechnung zu tragen. Bei allen bisherigen Unsicherheiten über den materiellen Gehalt dieses Prinzips deutet seine positivrechtliche Formulierung in Art. 47 Abs. 1 GRC auf ein subjektivrechtliches Konzept hin, indem sie an verletzte "Rechte und Freiheiten" anknüpft.⁹⁸ Bedenkt man, dass das EU-Prozessrecht im Lichte des Rechtsschutzgebots auszulegen ist,⁹⁹ dann muss dieses Konzept auch in der Ausrichtung der Nichtigkeitsklage Spuren hinterlassen. Durch eine Unionsmaßnahme unmittelbar betroffen wäre damit, wer allein schon durch sie in seinen unionsrechtlich geschützten Rechten und Freiheiten berührt wird. Gewiss wird dem bisherigen Regime der Nichtigkeitsklage "französischer" Charakter bescheinigt, als sie im Sinne des Art. 220 EG (jetzt Art. 19 Abs. 1 S. 2 Vertrag über die Europäische Union [EUV]) der objektiven Rechtswahrung verpflichtet und in der konkreten Handhabung am Modell einer "Interessenklage" ausgerichtet war.¹⁰⁰ Vor diesem Hintergrund liegen Einwände gegen vermeintlich "deutsche" und daher systemfremde Ansätze nahe. Erstens befindet sich aber auch das häufig angeführte französische Referenzgebiet in einem Prozess der "Subjektivierung".¹⁰¹ Zweitens geht es hier um die adäquate Umsetzung des Art. 47 Abs. 1 GRC in unionsrechtliche Logik und damit gerade nicht um die Übertragung deutscher Vorstellungen von

⁹⁵ So z.B. *Pechstein* (Anm. 93), 200 ff.

⁹⁶ *Last* (Anm. 55), 182.

⁹⁷ Vgl. EuGH Rs. C-486/01 P (Anm. 89), Rn. 34 ff.; EuG Beschl. Rs. T-40/04, Slg. 2005, II-2685, Rn. 67 ff, 73 ff. – *Bonino*.

⁹⁸ *Last* (Anm. 55), 140 ff.; *Nowak* (Anm. 44), 1373.

⁹⁹ Siehe oben Anm. 33.

¹⁰⁰ *Pechstein* (Anm. 93), 200 ff.

¹⁰¹ *J. Auby*, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. III, § 56 Rn. 80, im Erscheinen; *M. Fromont*, L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne, in: *Mouvement du droit public, du droit administrative au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits; mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, 1117 (1129).

subjektivem Rechtsschutz auf die EU-Ebene.¹⁰² Drittens scheint eine Subjektivierung des Rechtsschutzes folgerichtig für den Vertrag von Lissabon, der “die Bürger in den Mittelpunkt des europäischen Projekts” rückt.¹⁰³ Schließlich kann mit der subjektivrechtlichen Aufladung der Klagebefugnis den Bedenken begegnet werden, dass ein Verzicht auf die *Plaumann*-Formel letztlich vor allem europaweit tätigen Konzernen erleichtere, ihren Interessen zuwiderlaufende Regulierungsmaßnahmen zu torpedieren.¹⁰⁴

III. Schluss

Dieser Beitrag zeigte Ansatzpunkte auf, um die Individualnichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV von der bisher dominierenden *Plaumann*-Formel zu lösen. Nach dieser Konzeption stellt Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV die Spezialvorschrift für Klagen gegen selbstvollziehende Normen dar. Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV wird zur handlungsformunabhängigen Generalklausel zentralen Individualrechtsschutzes gegen nicht an den Kläger gerichtete Handlungen. Als zentrales Tatbestandsmerkmal wurde die im Lichte des Art. 47 Abs. 1 GRC subjektiv-rechtlich auszulegende unmittelbare Betroffenheit vorgeschlagen. Nach der hier vertretenen These entspricht diese Sicht den drei Leitprinzipien, die sich schon der bisherigen Rechtsprechung zur Individualklage entnehmen lassen. Insoweit bedeutet sie gleichermaßen Kontinuität wie eine Zäsur im Rechtsschutzsystem der EU. Aus dieser Perspektive liegt dem Vertrag von Lissabon gerade nicht die Vorstellung einer Subsidiarität zentralen Rechtsschutzes zu Grunde.¹⁰⁵ Die jetzt in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV geregelte Pflicht der Mitgliedstaaten, die erforderlichen nationalen Rechtswege zu schaffen, stellt diesen Befund nicht in Frage.¹⁰⁶ Als “erforderlich” galt bisher insbesondere eine nationale Feststellungsklage gegen selbstvollziehende EU-Verordnungen.¹⁰⁷ Unter

¹⁰² Zur Dogmatik subjektiver Rechte auf EU-Ebene: *Nettesheim* (Anm. 21); *W. van Gerwen*, CML Rev. 37 (2000), 501; *T. von Danwitz*, DÖV 1996, 481; *GA Cosmas* (Anm. 65), Rn. 51 ff.

¹⁰³ Zitat aus der Pressemitteilung der Kommission vom 1.12.2009, IP/09/1855; mit einer solchen Forderung schon *E. Schmidt-Aßmann*, JZ 1994, 832 (834).

¹⁰⁴ Mit solchen Bedenken *T. Tridimas*, in: *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honor of Sir Francis Jacobs*, 2008, 70 (83). Wie hier *Nettesheim* (Anm. 38), 934.

¹⁰⁵ So zum EG-Vertrag *Nowak* (Anm. 42), 53 ff.

¹⁰⁶ *Last* (Anm. 55), 220, sieht darin gar lediglich eine Zusammenfassung schon bisher in Art. 10 EG und der Rechtsprechung fundierter Pflichten.

¹⁰⁷ *Gundel* (Anm. 67), 67; *K. Lenaerts*, CDE 2005, 16 (50); *J. Temple-Lang*, E.L.Rev. 28 (2003), 102 (111). Die Möglichkeit eines Rechtsverstoßes, um anschließende Sanktionen ge-

dem Arbeitsteilungsprinzip wird diese vielbeschworene Rechtsschutzlücke überzeugender durch Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV geschlossen: Es entfällt gegenüber der dezentralen Lösung die Notwendigkeit, einen Bezug zu nationalen Stellen zu konstruieren, nur um zur Zulässigkeit von Klagen zu gelangen, in denen nationale Gerichte häufig als reine Durchgangsstation fungieren, ohne zur Klärung der Sach- und Rechtslage beitragen zu können.¹⁰⁸ Bedenken hinsichtlich der Kapazität der Unionsgerichte sind zwar ernst zu nehmen,¹⁰⁹ ob das bisherige, durch die *Plaumann*-Formel geprägte Zulässigkeitsregime einen wesentlichen Beitrag zur Arbeitsentlastung leistete, mag man aber getrost bezweifeln.¹¹⁰ Gewiss kann sich die eingangs erwähnte "Minimalperspektive" ihrerseits auf beachtliche Argumente stützen und hat das Beharrungsvermögen des bisherigen Systems auf ihrer Seite. Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, dass der Vertrag von Lissabon *Plaumanns* Ende eingeläutet hat.

richtlich angreifen zu können, wird dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht gerecht: EuGH Rs. 432/05, Slg. 2007, I-2271, Rn. 64 – *Unibet*.

¹⁰⁸ R. Mehdi, RTD Eur. 2003, 23 (34); C. Schönberger, EuR 2003, 600 (606).

¹⁰⁹ A. Geelhoed, in: Curtin/Kellermann/Blockmans (Anm. 1), 397; Tridimas (Anm. 105), 83.

¹¹⁰ Vgl. EuG Rs. T-309/02, Slg. 2009, II-1809 – *Acegas*: Das Gericht benötigte fast sieben Jahre um schließlich mit einer sehr komplexen Begründung die fehlende individuelle Betroffenheit festzustellen.