



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MICHAL BOBEK
vom 12. Dezember 2017¹

Rechtssache C-16/16 P

**Königreich Belgien
gegen**

Europäische Kommission

„Rechtsmittel – Schutz von Verbrauchern – Online-Glücksspieldienstleistungen – Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspieldienstleistungen sowie Ausschluss Minderjähriger von Online-Glücksspielen – Empfehlung der Kommission – Art. 263 AEUV – Anfechtbare Handlung – Gerichtliche Überprüfung nicht zwingender Rechtsinstrumente („soft law“) – Nicht verbindliche Handlungen, die Rechtswirkungen erzeugen – Handlungen, von denen vernünftigerweise angenommen werden kann, dass sie zu ihrer Einhaltung anhalten“

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	2
II. Rechtlicher Rahmen	3
A. Primärrecht	3
B. Empfehlung der Kommission	4
III. Sachverhalt und Verfahren	6
IV. Angefochtener Beschluss	7
V. Verfahren vor dem Gerichtshof	8
VI. Würdigung	10
A. Vorrang des Inhalts gegenüber der Form	11
1. AETR	11
2. Anwendung der AETR-Kriterien durch das Gericht in der vorliegenden Rechtssache	12

¹ Originalsprache: Englisch.

3. Problematische Aspekte der AETR-Kriterien	13
a) Interne Gesichtspunkte	13
1) Rechtswirkungen, Verbindlichkeit oder verbindliche Rechtswirkung?	13
2) Welche Rolle kommt der Absicht des Urhebers zu?	14
b) Externe Probleme	15
1) Zunahme des „soft law“	15
2) Empfehlungen: Keine Verbindlichkeit, aber Erzeugung von Rechtswirkungen	17
i) Unionsebene	17
ii) Ebene der Mitgliedstaaten	18
4. Zurück zu den Wurzeln: AETR und Rechtswirkungen	21
5. Anwendung der Kriterien auf die vorliegende Rechtssache	23
B. Die Form bestimmt den Inhalt	27
1. Vollständiger Ausschluss: Eine Empfehlung ist eine Empfehlung	27
2. Inhalt oder Form?	28
3. Die (möglicherweise) notwendigen Klarstellungen	31
VII. Ergebnis	32

I. Einleitung

1. Eine der großen Debatten, die die (anglo-amerikanische) Rechtsphilosophie über die letzten Jahrzehnte geprägt haben, ist der Austausch zwischen Hart und Dworkin über das Wesen des Rechts und die Struktur einer Rechtsordnung. In den späten 1960er und den 1970er Jahren konzentrierte sich die Kritik Dworkins an Harts *Concept of Law*² auf mehrere Themen. Eine der Kernannahmen Dworkins war, dass Harts Verständnis einer Rechtsordnung zu eng sei, sich zu sehr auf rechtliche *Regelungen* konzentriere und einen anderen wesentlichen Bestandteil einer jeden Rechtsordnung übergehe: *Grundsätze*³.

2. Es darf sicherlich angenommen werden, dass es der Kommission ungeachtet ihres Titels fernlag, mit der Abgabe der „Empfehlungen mit *Grundsätzen* für den Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspieldienstleistungen und für den Ausschluss Minderjähriger von Online-Glücksspielen“ (im Folgenden: Empfehlung)⁴ in dieser akademischen Debatte Stellung zu beziehen. In der Folge einer Nichtigkeitsklage des Königreichs Belgien gegen diese Empfehlung vor dem Gericht ist jedoch eine

2 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. Aufl. (mit einem Nachtrag), Clarendon Press, Oxford, 1997 (1. Aufl. von 1961).

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (New Impression with a Reply to Critics), London, Duckworth, 1987 (1. Aufl. von 1977), S. 22 ff.

4 Empfehlung 2014/478/EU der Kommission vom 14. Juli 2014 (ABl. 2014, L 214, S. 38); Hervorhebung nur hier.

vordergründig ähnliche, inhaltlich hiervon jedoch durchaus zu unterscheidende Art von Debatte angestoßen worden: Wie unterscheiden sich hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle im Unionsrecht solche *Grundsätze* von (verbindlichen rechtlichen) *Regelungen*? Kann ferner gegen eine Empfehlung der Kommission als unionsrechtliches Instrument, das von einer gerichtlichen Überprüfung nach Art. 263 Abs. 1 AEUV ausdrücklich ausgenommen ist, nach dieser Bestimmung gleichwohl eine Nichtigkeitsklage erhoben werden?

3. Das Gericht hat die Klage Belgiens mit der Begründung für unzulässig erklärt⁵, dass die Empfehlung nicht dazu bestimmt sei, verbindliche rechtliche Wirkungen zu erzeugen. Das Königreich Belgien hat gegen diese Entscheidung Rechtsmittel beim Gerichtshof eingelegt.

4. Mein Vorschlag an den Gerichtshof in den vorliegenden Schlussanträgen ist im Wesentlichen ein zweifacher: Erstens sollte auf der *allgemeinen* Ebene angesichts des sich verändernden gesetzlichen Umfelds (nicht nur) des Unionsrechts, das durch eine Verbreitung verschiedener nicht zwingender Rechtsinstrumente („soft law“) gekennzeichnet ist, der Zugang zu den Unionsgerichten angepasst werden, um auf diese Entwicklungen zu reagieren. In diesem Sinne und soweit die terminologische Anlehnung gestattet ist, sollte in der Tat einem gewissermaßen eher dworkinianisch geprägten Ansatz gefolgt und dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es Normen gibt, die erhebliche Rechtswirkungen erzeugen und die außerhalb der binären Logik der verbindlichen/nicht verbindlichen rechtlichen Regelungen stehen. Zweitens sollte auf der *konkreten* Ebene der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Empfehlung ein normatives Instrument, von dem in Anbetracht seiner Grundgedanken, seines Kontexts, Zwecks und teilweise auch seines Wortlauts bei vernünftiger Betrachtung angenommen werden kann, dass es *Verhaltensregeln* festlegt, einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein, auch wenn es sich in Form mehrerer bloßer „*Grundsätze*“ gewissermaßen als Empfehlung tarnt.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Primärrecht

5. Nach Art. 4 Abs. 3 EUV „[ergreifen] [d]ie Mitgliedstaaten ... alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten“.

6. Art. 263 Abs. 1 AEUV bestimmt: „Der Gerichtshof der Europäischen Union überwacht die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der Europäischen Zentralbank, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, und der Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Er überwacht ebenfalls die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten.“

7. Art. 288 AEUV sieht vor:

„Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union nehmen die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an.

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

⁵ Beschluss vom 27. Oktober 2015, Belgien/Kommission (T-721/14, EU:T:2015:829).

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.

Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich.“

8. Art. 292 AEUV lautet: „Der Rat gibt Empfehlungen ab. Er beschließt auf Vorschlag der Kommission in allen Fällen, in denen er nach Maßgabe der Verträge Rechtsakte auf Vorschlag der Kommission erlässt. In den Bereichen, in denen für den Erlass eines Rechtsakts der Union Einstimmigkeit vorgesehen ist, beschließt er einstimmig. Die Kommission und, in bestimmten in den Verträgen vorgesehenen Fällen, die Europäische Zentralbank geben Empfehlungen ab.“

9. Art. 296 AEUV bestimmt:

„Wird die Art des zu erlassenden Rechtsakts von den Verträgen nicht vorgegeben, so entscheiden die Organe darüber von Fall zu Fall unter Einhaltung der geltenden Verfahren und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.“

Die Rechtsakte sind mit einer Begründung zu versehen und nehmen auf die in den Verträgen vorgesehenen Vorschläge, Initiativen, Empfehlungen, Anträge oder Stellungnahmen Bezug.

Werden das Europäische Parlament und der Rat mit dem Entwurf eines Gesetzgebungsakts befasst, so nehmen sie keine Rechtsakte an, die gemäß dem für den betreffenden Bereich geltenden Gesetzgebungsverfahren nicht vorgesehen sind.“

B. Empfehlung der Kommission

10. Nach dem fünften Erwägungsgrund der Empfehlung der Kommission „[steht es] [i]n Ermangelung einer Harmonisierung auf Unionsebene ... den Mitgliedstaaten prinzipiell frei, die Ziele ihrer Politik zum Glücksspielwesen festzulegen und das im Hinblick auf die Gesundheit der Verbraucher angestrebte Schutzniveau zu bestimmen. ...“

11. Nach dem achten Erwägungsgrund „[haben die Mitgliedstaaten] [z]ur Verfolgung von Zielen des öffentlichen Interesses ... sehr unterschiedliche Vorschriften und politische Maßnahmen eingeführt. Maßnahmen auf Unionsebene regen die Mitgliedstaaten dazu an, ein hohes Schutzniveau in der gesamten Union zu schaffen ...“.

12. Das Ziel der Empfehlung der Kommission besteht nach dem neunten Erwägungsgrund darin, „die Gesundheit von Verbrauchern und Spielern zu schützen und somit auch mögliche wirtschaftliche Schäden, die durch zwanghaftes oder übermäßiges Spielen entstehen können, zu minimieren. Sie enthält daher Grundsätze, die in Bezug auf Online-Glücksspieldienstleistungen ein hohes Maß an Schutz für Verbraucher, Spieler und Minderjährige gewährleisten sollen. Bei der Ausarbeitung dieser Empfehlung hat sich die Kommission an vorbildlichen Praktiken der Mitgliedstaaten orientiert.“

13. Nach dem 15. Erwägungsgrund „ist [es] sinnvoll, die Mitgliedstaaten zur Einführung von Vorschriften aufzufordern, damit die Verbraucher über Online-Glücksspiele informiert werden. ...“

14. Nach dem 16. Erwägungsgrund „[sollten sich,] soweit sinnvoll, ... die Grundsätze dieser Empfehlung nicht nur an die Betreiber, sondern auch an Dritte richten, wozu auch die sogenannten ‚verbundenen Unternehmen‘, die im Namen des Betreibers Online-Glücksspieldienstleistungen bewerben dürfen, zählen“.

15. Nach dem 27. Erwägungsgrund ist, „[u]m die Ziele des öffentlichen Interesses angemessen schützen zu können, ... eine wirksame Aufsicht erforderlich. Die Mitgliedstaaten sollten die hierfür zuständigen Behörden benennen, klare Richtlinien für Betreiber festlegen und Verbrauchern, Spielern und gefährdeten Gruppen, einschließlich Minderjähriger, ... leicht zugängliche Informationen zur Verfügung stellen“.

16. Der 29. Erwägungsgrund ergänzt, dass „[d]ie Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und die Richtlinie 93/13/EWG des Rates ... von dieser Empfehlung unberührt [bleiben]“.

17. Abschnitt I der Empfehlung benennt ihren Zweck. Nach Punkt 1 „[wird] [d]en Mitgliedstaaten ... empfohlen, durch die Übernahme von Grundsätzen für Online-Glücksspieldienstleistungen und eine verantwortungsvolle kommerzielle Kommunikation für diese Dienstleistungen ein hohes Maß an Schutz für Verbraucher, Spieler und Minderjährige zu erzielen, um so ihre Gesundheit zu schützen und gleichzeitig mögliche wirtschaftliche Schäden, die durch zwanghaftes oder übermäßiges Spielen entstehen können, zu minimieren“. Nach Punkt 2 „[bleibt] [d]as Recht der Mitgliedstaaten auf Regulierung von Glücksspieldienstleistungen ... von dieser Empfehlung unberührt“.

18. Abschnitt III der Empfehlung stellt recht konkrete und detaillierte Informationsanforderungen für Glücksspiel-Websites der Betreiber auf, insbesondere im Hinblick darauf, welche Art von Informationen auf ihrer Startseite anzuzeigen und wie viele Mausklicks für den Zugang zu jeder Information notwendig sein sollen. Abschnitt IV enthält weitere Anforderungen in Bezug auf Minderjährige.

19. Abschnitt V betrifft Spielerregistrierung und -konten. Punkt 15 bestimmt insbesondere, dass „[d]ie Mitgliedstaaten ... sicherstellen [sollten], dass einer Person nur dann die Teilnahme an einer Online-Glücksspieldienstleistung gestattet ist, wenn sie als Spieler registriert ist und ein Spielerkonto bei dem Betreiber besitzt“.

20. Abschnitt VI regelt die Spieleraktivität und Unterstützung. Abschnitt VIII umfasst die kommerzielle Kommunikation und Abschnitt IX das Sponsoring.

21. Abschnitt XI behandelt die Aufsicht. Punkt 51 fordert die Mitgliedstaaten auf, „bei der Anwendung der in dieser Empfehlung festgelegten Grundsätze die zuständigen Glücksspiel-Regulierungsbehörden zu benennen, die die effektive Einhaltung der zur Unterstützung der Grundsätze dieser Empfehlung ergriffenen nationalen Maßnahmen in unabhängiger Weise gewährleisten und verfolgen“.

22. Abschnitt XII, der letzte Abschnitt der Empfehlung, betrifft die Berichterstattung. Nach seinem Punkt 52 „[werden] [d]ie Mitgliedstaaten ... aufgefordert, der Kommission bis 19. Januar 2016 alle Maßnahmen, die auf der Grundlage dieser Empfehlung ergriffen worden sind, mitzuteilen, damit die Kommission die Umsetzung dieser Empfehlung bewerten kann“.

23. Nach Punkt 53 „[werden] [d]ie Mitgliedstaaten ... aufgefordert, zu statistischen Zwecken zuverlässige Jahresdaten zu sammeln über

- a) die anwendbaren Schutzmaßnahmen, insbesondere über die Zahl der (eröffneten und geschlossenen) Spielerkonten, der Selbstausschlüsse, der Fälle einer Glücksspielstörung und der Beschwerden von Spielern;
- b) die kommerzielle Kommunikation, aufgelistet nach Kategorie und Art der Verstöße gegen die Grundsätze.

Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, der Kommission diese Informationen erstmals bis zum 19. Juli 2016 zu übermitteln.“

24. Schließlich sollte nach Punkt 54 „[d]ie Kommission ... die Umsetzung der Empfehlung bis zum 19. Januar 2017 bewerten“.

III. Sachverhalt und Verfahren

25. Die Kommission benannte 2011 in einem Grünbuch „Online-Gewinnspiele im Binnenmarkt“⁶ gemeinsame Ziele der Mitgliedstaaten bei der Regulierung von Online-Glücksspieldiensten. Sie benannte ferner die Schwerpunktbereiche, in denen Maßnahmen der EU erforderlich seien.

26. In ihrer Mitteilung „Ein umfassender europäischer Rahmen für das Online-Glücksspiel“ vom 23. Oktober 2012⁷ schlug die Kommission dann eine Reihe von Maßnahmen zur Bewältigung der rechtlichen, gesellschaftlichen und technischen Herausforderungen des Online-Glücksspiels vor. Die Kommission gab insbesondere an, dass sie es in der Gesamtbetrachtung zum gegebenen Zeitpunkt nicht für angebracht halte, sektorspezifische Unionsvorschriften für das Online-Glücksspiel vorzuschlagen. Die Kommission kündigte in dieser Mitteilung Empfehlungen zum Schutz der Verbraucher, einschließlich Minderjähriger, im Bereich Online-Glücksspieldienstleistungen sowie zur verantwortungsvollen kommerziellen Kommunikation für Online-Glücksspieldienstleistungen an.

27. Das Europäische Parlament forderte die Kommission in seiner Entschließung vom 10. September 2013 zu Online-Glücksspielen im Binnenmarkt⁸ auf, die Möglichkeit einer Interoperabilität zwischen den nationalen Selbstausschlussregistern zu prüfen. Hiermit solle auf die Gefahren der Spielsucht aufmerksam gemacht werden; ferner solle eine verbindliche Identifizierungskontrolle durch Dritte in Betracht gezogen werden. Das Parlament forderte zudem, Online-Glücksspielbetreiber dazu zu verpflichten, auf den Glücksspielseiten Informationen über die Regulierungsbehörden und Warnungen für Minderjährige zu platzieren und Selbstbeschränkungen einzusetzen. Darüber hinaus sprach sich das Parlament für gemeinsame Grundsätze für eine verantwortungsvolle kommerzielle Kommunikation aus. Es empfahl, dass die kommerzielle Kommunikation klar vor den Folgen zwanghaften Spielverhaltens und den Gefahren der Spielsucht warnen solle. Kommerzielle Kommunikation solle weder exzessiv noch in Inhalte eingebettet sein, die sich speziell an Minderjährige richteten oder bei denen eine erhöhte Gefahr bestehe, dass sie sich an Minderjährige richteten.

28. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss forderte die Kommission ebenfalls zum Handeln auf, damit der Verbraucherschutz im Bereich der Online-Glücksspiele verbessert und Minderjährige geschützt würden⁹.

29. Vor diesem Hintergrund gab die Europäische Kommission am 14. Juli 2014 unter Bezugnahme auf Art. 292 AEUV die beanstandete Empfehlung ab. Sie wurde in Reihe L des *Amtsblatts der Europäischen Union* vom 19. Juli 2014 vollständig veröffentlicht.

30. Parallel zur Abgabe der Empfehlung wurden eine Presseerklärung¹⁰ und ein Memorandum¹¹ herausgegeben. In diesem Memorandum wurde eine Empfehlung der Kommission wie folgt charakterisiert: „Eine Empfehlung ist ein nicht verbindliches Instrument, das die Europäische Kommission einsetzt, um den Mitgliedstaaten klar zu vermitteln, welche Maßnahmen erwartet werden, um einem Missstand abzuhelpfen, wobei hinreichend Spielraum auf der nationalen Ebene in Bezug darauf gelassen wird, wie dies erreicht werden soll. Durch die Festlegung der zu erreichenden Ziele soll sie als Katalysator für die Entwicklung einheitlicher, überall in der Europäischen Union

6 KOM(2011) 128 endgültig.

7 KOM(2012) 596 endgültig.

8 P7_TA(2013)0348.

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828 vom 14. Juli 2014, online abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm.

11 MEMO/14/484 vom 14. Juli 2014, online unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

anzuwendender Grundsätze wirken.“ Im Hinblick auf die Wahl der Art des Instruments heißt es in dem Memorandum weiter, dass „es ... keine sektorspezifischen Unionsvorschriften für den Sektor der Online-Glücksspieldienstleistungen [gebe] und es ... nicht für angebracht gehalten [wurde], solche spezifischen Vorschriften vorzuschlagen. Außerdem kann eine Empfehlung der Kommission sofort abgegeben werden, während Vorschläge für Rechtsvorschriften vom Ministerrat der Union und vom Europäischen Parlament abgegeben werden müssten, was zeitaufwendig sein kann“.

IV. Angefochtener Beschluss

31. Das Königreich Belgien erhob am 13. Oktober 2014 Klage vor dem Gericht auf Nichtigerklärung der in Rede stehenden Empfehlung.

32. Mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 hat das Gericht die Klage als unzulässig abgewiesen¹². Es kam zu dem Schluss, dass die Empfehlung in Anbetracht ihres Wortlauts, Inhalts und Kontexts weder verbindliche Rechtswirkungen erzeuge noch dazu bestimmt sei, dies zu tun. Sie könne folglich nicht als eine nach Art. 263 AEUV auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfbare Handlung eingestuft werden¹³.

33. In seiner Begründung stellte das Gericht zunächst fest, dass die Empfehlung im Wesentlichen nicht verbindlich formuliert sei, auch wenn zwischen den Sprachfassungen geringfügige Unterschiede bestünden¹⁴.

34. Das Gericht kam ferner zu dem Schluss, dass aus dem Inhalt der Empfehlung folge, dass die Kommission nicht die Absicht gehabt habe, ihr verbindliche Rechtswirkungen zu verleihen¹⁵. Insbesondere würden in den Punkten 51 bis 53 die Mitgliedstaaten *aufgefordert*, Glücksspiel-Regulierungsbehörden zu benennen und der Kommission alle aufgrund der Empfehlung ergriffenen Maßnahmen mitzuteilen. Hiermit werde keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorgesehen, die in diesem Rechtsakt aufgestellten Grundsätze anzuwenden. Ferner habe die Kommission ausdrücklich angegeben, dass die Empfehlung das Recht der Mitgliedstaaten auf Regulierung dieses Bereichs unberührt lasse; sie fordere die Mitgliedstaaten lediglich dazu auf, den dort aufgestellten Grundsätzen zu folgen¹⁶.

35. Das Gericht war der Ansicht, dass die Analyse von Wortlaut und Inhalt der Empfehlung durch eine Würdigung des Kontexts bestätigt werde. Diskussionen im Rat, im Europäischen Parlament und in der Kommission zeigten, dass nicht beabsichtigt gewesen sei, zu jenem Zeitpunkt Rechtsvorschriften der Union in diesem Bereich vorzuschlagen¹⁷.

36. Das Gericht fügte hinzu, dass die Veröffentlichung in der Reihe L und nicht in der Reihe C des Amtsblatts für sich allein nicht das Ergebnis widerlegen könne, wonach diese Empfehlung nicht dazu bestimmt sei, verbindliche Rechtswirkungen zu erzeugen¹⁸. Allein daraus, dass Empfehlungen, auch wenn sie nicht verbindlich seien, Rechtswirkungen erzeugen könnten, könne auch nicht geschlossen werden, dass sie gerichtlich anfechtbar seien. Eine andere Ansicht zu vertreten, stehe in Widerspruch zu Art. 263 AEUV, wonach eine Nichtigkeitsklage nicht gegen Empfehlungen erhoben werden könne, die keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugten¹⁹.

12 Beschluss vom 27. Oktober 2015, Belgien/Kommission (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Rn. 37 des angefochtenen Beschlusses.

14 Rn. 21 ff. des angefochtenen Beschlusses.

15 Rn. 29 des angefochtenen Beschlusses.

16 Rn. 32 bis 35 des angefochtenen Beschlusses.

17 Rn. 36 des angefochtenen Beschlusses.

18 Rn. 38 bis 40 des angefochtenen Beschlusses.

19 Rn. 42 bis 48 des angefochtenen Beschlusses.

37. Eine behauptete Verletzung der Grundsätze des institutionellen Gleichgewichts, der begrenzten Einzelermächtigung oder der loyalen Zusammenarbeit durch ein Unionsorgan könne nicht dazu führen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vertrags für Nichtigkeitsklagen entfielen²⁰. Auch wenn im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens eine Handlung oder eine Maßnahme ohne Rechtswirkung vom Gerichtshof am Maßstab der Pflicht der Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit geprüft werden könne, folge hieraus insbesondere nicht, dass dies auch im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gelten müsse²¹.

38. Die Empfehlung sehe entgegen dem Vorbringen des Rechtsmittelführers keinerlei Regelung oder Grundsatz zur Harmonisierung des Dienstleistungsmarkts im Online-Glücksspielsektor vor. Dies folge eindeutig aus Punkt 2, der die Regulierungsbefugnisse der Mitgliedstaaten in diesem Bereich ausdrücklich bestätige²². Die Empfehlung sei nicht dazu bestimmt, die jedem Mitgliedstaat offenstehende Möglichkeit zu begrenzen, nach seinen eigenen Prioritäten zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz moralischer, religiöser und kultureller Aspekte ergäben²³.

V. Verfahren vor dem Gerichtshof

39. Das Königreich Belgien (der Rechtsmittelführer) beantragt mit seinem Rechtsmittel, den Beschluss des Gerichts aufzuheben, die Nichtigkeitsklage für zulässig zu erklären, über den vorliegenden Rechtsstreit in der Sache zu entscheiden, die Streithilfeanträge der Hellenischen Republik und der Portugiesischen Republik²⁴ für zulässig zu erklären und der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

40. Die Kommission beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und dem Rechtsmittelführer die Kosten aufzuerlegen.

41. Der Rechtsmittelführer macht mit seinem Rechtsmittel drei Rechtsmittelgründe geltend: i) Verstoß gegen die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Loyalität und des institutionellen Gleichgewichts, ii) Verstoß gegen den Grundsatz der Loyalität und Missachtung der Stellung der Mitgliedstaaten als privilegierte Kläger sowie iii) fehlerhafte Auslegung der Rechtswirkungen der Empfehlung in Bezug auf Belgien.

42. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund macht der Rechtsmittelführer geltend, die Klage hätte für zulässig erklärt werden müssen, weil das Gericht hätte prüfen müssen, ob der Urheber der Empfehlung zuständig war, anstatt nur zu prüfen, ob sie verbindliche Rechtswirkungen erzeuge. Insbesondere habe das Gericht die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Loyalität und des institutionellen Gleichgewichts missachtet, da es nicht geprüft habe, ob es eine materielle Rechtsgrundlage für die Abgabe der Empfehlung gegeben habe. Art. 292 AEUV könne nicht als eigenständige Rechtsgrundlage dienen; er ermächtige sowohl den Rat als auch die Kommission zur Abgabe von Empfehlungen; um jedoch zu ermitteln, bei welchem der beiden Organe die Zuständigkeit liege, müssten die ihnen jeweils durch die Verträge übertragenen materiellen Zuständigkeiten geprüft werden.

20 Rn. 51 bis 52 des angefochtenen Beschlusses.

21 Rn. 54 bis 55 des angefochtenen Beschlusses.

22 Rn. 64 des angefochtenen Beschlusses.

23 Rn. 68 des angefochtenen Beschlusses.

24 Die Portugiesische Republik und die Hellenische Republik haben im Verfahren vor dem Gericht ihre Zulassung als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge des Rechtsmittelführers beantragt. Da das Gericht die Klage indes als unzulässig abgewiesen hat, hat es entschieden, dass diese Anträge auf Zulassung als Streithelferinnen keiner Entscheidung bedürften (Rn. 86 des angefochtenen Beschlusses).

43. Ferner macht der Rechtsmittelführer geltend, dass auch eine nicht verbindliche Empfehlung einer gerichtlichen Überprüfung im Hinblick darauf zugänglich sein müsse, ob sie mit den vorgenannten Grundsätzen im Einklang stehe. Indem es eine gerichtliche Überprüfung nicht zugelassen habe, habe das Gericht den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung missachtet. Es habe zudem Art. 263 AEUV in einer Weise angewendet, die mit der ständigen Rechtsprechung nicht im Einklang stehe: Jede von den Organen erlassene Maßnahme müsse ihre Rechtsgrundlage eindeutig benennen²⁵.

44. Dem Rechtsmittelführer zufolge erzeuge allein der Erlass eines der in Art. 288 AEUV aufgeführten Rechtsinstrumente ohne entsprechende Zuständigkeit an sich schon eine Rechtswirkung, weil er das Gleichgewicht der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Organen der Union störe. Demzufolge müsse er vom Gerichtshof überprüfbar sein. Die Einhaltung dieser Grundsätze zu gewährleisten, habe Vorrang vor der Prüfung, ob es sich um eine „echte“ Empfehlung handele. Der eigentliche Rechtsakt der Union müsse im Einklang mit dem Unionsrecht erlassen werden und die Prärogativen der anderen Unionsorgane und der Mitgliedstaaten beachten.

45. Mit seinem zweiten Rechtsmittelgrund beanstandet der Rechtsmittelführer unter Verweis auf den Unterschied zwischen Nichtigkeitsklagen und Vertragsverletzungsverfahren, dass das Gericht die Rechtsprechung für unerheblich gehalten habe, wonach Handlungen mit nicht verbindlichen Rechtswirkungen, die unter Verletzung der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit ergingen, in Vertragsverletzungsverfahren einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich seien²⁶. Dies widerspreche in fundamentaler Weise der Gegenseitigkeit des Grundsatzes der Loyalität²⁷. Im Ergebnis hindere das Gericht einen Mitgliedstaat daran, mit Nichtigkeitsklagen Zugang zum Gerichtshof zu erhalten, obgleich die Mitgliedstaaten privilegierte Kläger seien.

46. Mit seinem dritten Rechtsmittelgrund bringt der Rechtsmittelführer vor, dass das Gericht das Urteil AETR²⁸ und die spätere Rechtsprechung bei seiner Prüfung der Empfehlung nicht richtig angewendet habe. Die Rechtmäßigkeit der Empfehlung könne nach Art. 263 AEUV überprüft werden, weil sie, zumindest gegenüber Belgien und Portugal, Rechtswirkungen erzeuge.

47. Das Gericht hätte nach Ansicht des Rechtsmittelführers berücksichtigen müssen, dass die Empfehlung in mehreren Sprachfassungen, etwa im Portugiesischen, aber auch in zwei der drei Amtssprachen Belgiens, nämlich im Niederländischen und im Deutschen, in zwingendem Wortlaut formuliert sei, insbesondere da Empfehlungen von den nationalen Gerichten berücksichtigt werden müssten. Das Gericht habe die Empfehlung nicht generell, sondern konkret zu betrachten, indem es ermittle, ob sie Rechtswirkungen in Bezug auf Belgien erzeuge. Aufgrund des zwingenden Wortlauts im Niederländischen und im Deutschen könne darauf geschlossen werden, dass es, im Vergleich zu anderen Sprachfassungen, in Bezug auf Belgien „stärkere“ Rechtswirkungen gebe.

48. Die Kommission weist das Vorbringen des Rechtsmittelführers in Bezug auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Nichtigkeitsklagen gegen Empfehlungen in ihrer Beantwortung zurück. Das Vorbringen des Rechtsmittelführers betreffe die Begründetheit der Rechtssache (da es auf die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der loyalen Zusammenarbeit, des institutionellen Gleichgewichts und die Rechtsgrundlage gerichtet sei), während das vorliegende Verfahren sich auf die Zulässigkeit beschränke.

25 Der Rechtsmittelführer betont unter Verweis auf das Gutachten 2/00 die verfassungsrechtliche Bedeutung der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage (Gutachten 2/00, Protokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit, vom 6. Dezember 2001, EU:C:2001:664, Rn. 5). Vgl. auch Urteil vom 1. Oktober 2009, Kommission/Rat (C-370/07, EU:C:2009:590, Rn. 47).

26 Urteile vom 12. Februar 2009, Kommission/Griechenland (C-45/07, EU:C:2009:81), und vom 20. April 2010, Kommission/Schweden (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Urteil vom 16. Oktober 2003, Irland/Kommission (C-339/00, EU:C:2003:545, Rn. 71).

28 Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat (22/70, EU:C:1971:32).

49. Was die Gegenseitigkeit des Grundsatzes der Loyalität angehe (zweiter Grund), habe das Königreich Belgien zu Unrecht geltend gemacht, dass das Gericht zugunsten der Kommission in Vertragsverletzungsverfahren und zum Nachteil der Mitgliedstaaten in Verfahren auf Nichtigerklärung eine prozessuale Ungleichheit geschaffen habe. Diese Schlussfolgerung des Gerichts impliziere lediglich, dass die Rechtmäßigkeit von Empfehlungen aufgrund von Art. 263 AEUV nicht überprüft werden könne. Es gebe somit im Rahmen der Anwendung von Art. 263 AEUV keine Ungleichheit.

50. Geringfügige Unterschiede im Wortlaut einer der Amtssprachen des Mitgliedstaats seien unerheblich. Denn die gegebenenfalls durch eine Empfehlung erzeugten Rechtswirkungen müssten auch auf Grundlage des Ziels und Kontexts des Instruments geprüft werden. Maßnahmen der Union seien autonom, unabhängig vom innerstaatlichen Recht, auszulegen.

51. Der Rechtsmittelführer hat sich in seiner Erwiderung auf die Rechtsgrundlage der Empfehlung konzentriert, an der es seiner Ansicht nach fehle. Er hat darauf beharrt, dass eine Empfehlung der Kommission kraft ihres Bestehens (wenn auch begrenzte) Rechtswirkungen erzeuge, weshalb sie auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfbar sein müsse. Ein Mitgliedstaat müsse eine Überprüfung der Gültigkeit einer Handlung der Union beantragen können, wenn unklar sei, ob sie innerhalb der Grenzen des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung zustande gekommen sei, insbesondere wenn es keine materielle Rechtsgrundlage gebe. Ein bloßer Verweis auf Art. 292 AEUV reiche nicht aus. Er erfülle das Erfordernis einer materiellen Rechtsgrundlage nicht.

52. Die Kommission hat in ihrer Gegenerwiderung vorgebracht, dass in den nach den Verträgen vorgesehenen Verfahren keine Lücke bestehe. Empfehlungen seien vom Geltungsbereich des Art. 263 AEUV ausgenommen. Fraglich sei allein, ob es sich bei der vorliegenden Empfehlung um eine „echte“ Empfehlung handle. Die Frage der Rechtsgrundlage gehöre zur Prüfung der Begründetheit und sei daher nur zu prüfen, wenn die Klage zulässig sei. Jedenfalls habe der Rechtsmittelführer nicht dargetan, warum eine andere Rechtsgrundlage als Art. 292 AEUV erforderlich sei.

53. Zusätzlich zu ihren schriftlichen Stellungnahmen haben das Königreich Belgien und die Kommission in der Sitzung vom 26. Juni 2017 mündliche Ausführungen gemacht.

VI. Würdigung

54. Mit seinem Rechtsmittel hat der Rechtsmittelführer drei Gründe geltend gemacht. Meines Erachtens sollte sinnvollerweise zunächst der dritte Rechtsmittelgrund behandelt werden (mit dem der Rechtsmittelführer geltend macht, das Gericht habe zu Unrecht angenommen, dass die angefochtene Empfehlung keine Rechtswirkungen erzeuge), und zwar im Wesentlichen aus zwei Gründen. Erstens ist dies der Kern des Rechtsmittelverfahrens vor dem Gerichtshof. Der dritte Grund berührt auf die eine oder andere Weise auch Aspekte des ersten und des zweiten Grundes. In gewissem Maße sind Aspekte der materiellen Prüfung in einem Fall wie dem vorliegenden bereits mit der Stufe der Zulässigkeit verknüpft und wirken in diese hinein. Zweitens ist der dritte Rechtsmittelgrund des Rechtsmittelführers meines Erachtens begründet. Das Gericht hat insoweit rechtsfehlerhaft entschieden, als es die Wirkungen der in Rede stehenden Empfehlung unzutreffend ausgelegt und somit die Zulässigkeit der Klage unzutreffend beurteilt hat²⁹.

55. Eine Empfehlung ist eine in Art. 288 AEUV aufgeführte „typische“ Handlung des Unionsrechts. Anders als für ein potenziell weites Feld „atypischer“ Handlungen von Unionsorganen und -einrichtungen, die nämlich nicht aufgeführt sind, benennt Art. 288 AEUV die Merkmale einer Empfehlung – sie ist nicht verbindlich. Zudem sind nach Art. 263 Abs. 1 AEUV Empfehlungen eindeutig von Nichtigkeitsklagen ausgenommen.

²⁹ Meines Erachtens ist die Auslegung der Rechtswirkungen (bzw. der mangelnden Rechtswirkungen) einer (möglichen) Quelle des Unionsrechts, wie einer Empfehlung, eine reine Rechtsfrage und somit in der Rechtsmittelinstanz voll überprüfbar. *Iura (item „ius mollis“) novit Curia.*

56. Angesichts dieses gesetzlichen Umfelds im Primärrecht lässt sich die für „atypische“ Handlungen entwickelte AETR-Rechtsprechung³⁰ vielleicht nicht ohne Weiteres ausdehnen. Es kommen daher zwei Ansätze dafür in Betracht, wie möglichen Nichtigkeitsklagen gegen Empfehlungen zu begegnen ist. Erstens der Ansatz des „*Vorrangs des Inhalts gegenüber der Form*“, d. h., es käme selbst bei typischen Handlungen für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage auf den Inhalt der angefochtenen Handlung an. Wenn die Handlung abweichend von ihrem Titel tatsächlich etwas anderes ist, als dieser besagt (z. B. wenn es sich nicht um eine „echte“ Empfehlung handelt), muss sie unabhängig von ihrer Bezeichnung überprüfbar sein. Zweitens gibt es den Ansatz „*die Form bestimmt den Inhalt*“, d. h., die Dinge sind das, was ihre Bezeichnung besagt, selbst wenn sie in eher ungewöhnlicher Form in Erscheinung treten. Sofern und solange sie als etwas bezeichnet sind, ist diese Bezeichnung für ihr Verständnis und ihre Auslegung maßgebend.

57. Die vorliegenden Schlussanträge folgen folgendem Aufbau: Abschnitt A stellt den ersten Ansatz dar: Zunächst kehre ich zu den Wurzeln der Kriterien des Urteils AETR zurück (A.1) und gehe dann auf die spätere Rechtsprechung und das Verständnis der Kriterien ein, dem das Gericht in der vorliegenden Rechtssache folgt (A.2). Anschließend werde ich erläutern, warum diese Kriterien bei Empfehlungen in verschiedener Hinsicht problematisch sind (A.3), und schlage dann eine mögliche Anpassung dieser Kriterien vor (A.4). Anschließend lege ich dar, wie diese differenzierter abgestimmten Kriterien auf die in Rede stehende Empfehlung Anwendung finden würden (A.5).

58. Abschnitt B stellt zunächst den zweiten Ansatz dar (B.1) und legt dann weitere Argumente dafür dar, warum der Gerichtshof diesem Ansatz meines Erachtens nicht folgen sollte (B.2). Sollte der Gerichtshof indes diesen Weg gleichwohl weiter verfolgen wollen, würde ich ihm empfehlen, zumindest einige wichtige Klarstellungen zur Rechtsnatur und zu den Wirkungen von Empfehlungen vorzunehmen (B.3).

A. Vorrang des Inhalts gegenüber der Form

1. AETR

59. In seiner ersten Fassung von 1957 regelte Art. 173 EWG-Vertrag (später Art. 230 EG, heute Art. 263 AEUV), dass die Rechtmäßigkeit der „Rechtsakte der Kommission und des Rates, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt“, vom Gerichtshof überwacht werden konnte. Eine positive Definition der Rechtsakte, die überprüft werden konnten, enthielt er nicht. Es war daher Sache des Gerichtshofs, darüber zu entscheiden, welche Handlungen einer Überprüfung zugänglich waren: ob dies nur für solche Handlungen der Kommission oder des Rates galt, die im damaligen Art. 189 EWG (jetzt Art. 288 AEUV) ausdrücklich als verbindliche Handlungen genannt waren, nämlich Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, oder ob hierzu auch „atypische Handlungen“ dieser Organe gehörten, die in den Verträgen indes nicht ausdrücklich erwähnt sind.

60. In seinem Urteil AETR³¹, das ein Protokoll des Rates über die Aushandlung und den Abschluss eines internationalen Abkommens betraf, stellte der Gerichtshof Kriterien für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage gegen ein Handeln der Organe (im Folgenden: AETR-Kriterien) auf. Der Gerichtshof entschied, dass nach Art. 173 EWG „die Klage gegen alle Handlungen der Organe gegeben ist, die dazu bestimmt sind, eine Rechtswirkung zu erzeugen ... Die Anfechtungsklage muss daher gegen *alle Handlungen der Organe, die dazu bestimmt sind, Rechtswirkungen zu erzeugen, ohne Unterschied ihrer Rechtsnatur oder Form* zulässig sein.“³²

30 Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat (22/70, EU:C:1971:32).

31 Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat (22/70, EU:C:1971:32).

32 Rn. 39 und 42 dieses Urteils (Hervorhebung nur hier). Diese Formulierung der „Handlungen mit Rechtswirkung“ wurde dann durch den Vertrag von Maastricht in Art. 173 EWG aufgenommen.

61. Die ursprünglichen AETR-Kriterien betrafen somit zwei Aspekte: Gab es eine Handlung der Union, die *dazu bestimmt ist*, Rechtswirkungen zu erzeugen?

62. In der späteren Rechtsprechung hat der Gerichtshof diese Kriterien auf eine Reihe atypischer Handlungen angewendet, wie etwa auf eine interne Dienstanweisung oder interne Leitlinien der Kommission³³, einen Verhaltenskodex zur Anwendung einer Verordnung des Rates³⁴, Mitteilungen³⁵, Informationsvermerke³⁶ oder Schreiben³⁷.

63. Bei näherer Betrachtung dieser Entscheidungen war die Formulierung der Kriterien nicht immer genau identisch. Sie weisen jedoch eine klare thematische Gemeinsamkeit auf: Für alle diese atypischen Handlungen hat der Gerichtshof klar festgestellt, dass für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage dem Inhalt einer Handlung der Union Vorrang gegenüber ihrer Form zukommt³⁸. Die tatsächliche Bezeichnung und die Form der Handlung sind für die Frage der Überprüfbarkeit ihrer Rechtmäßigkeit nicht abschließend maßgebend.

2. Anwendung der AETR-Kriterien durch das Gericht in der vorliegenden Rechtssache

64. Das Gericht hat im angefochtenen Beschluss ausgeführt: „Nach ständiger Rechtsprechung sind alle von den Organen erlassenen Bestimmungen, die dazu bestimmt sind, verbindliche Rechtswirkungen zu erzeugen, ungeachtet ihrer Form als anfechtbare Handlungen im Sinne von Art. 263 AEUV anzusehen ... [A]lle Handlungen, die keine *verbindlichen* Rechtswirkungen erzeugen, wie vorbereitende Maßnahmen, Bestätigungs- und reine Durchführungshandlungen, *bloÙe Empfehlungen* und Stellungnahmen sowie grundsätzlich auch Dienstanweisungen [sind] von der in Art. 263 AEUV vorgesehenen gerichtlichen Kontrolle ausgenommen ... Nach dieser Rechtsprechung ist in die Prüfung, ob eine Handlung geeignet ist, Rechtswirkungen zu erzeugen, und folglich Gegenstand einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV sein kann, Folgendes einzubeziehen: ihr Wortlaut und der Kontext, in dem sie steht ..., ihr Wesen ... sowie die Absicht ihres Urhebers ...“³⁹

65. Das Gericht wendete dann im Anschluss die AETR-Kriterien, zumindest nach meiner Kenntnis, erstmals auf eine Empfehlung an. Das Gericht untersuchte den Wortlaut, den Kontext, das Wesen und die Absicht des Urhebers. Es kam zu dem Schluss, dass die Empfehlung keine verbindliche Rechtswirkung für ihre Adressaten erzeuge. Das Gericht erkannte an, dass die Grundsätze in der Empfehlung sehr detailliert abgefasst seien. Sie hätten gleichwohl keinen „verbindlichen“ Charakter, was insbesondere in der „auffordernden“ Formulierung der meisten Sprachfassungen der Empfehlung zum Ausdruck komme. Indem es den Wortlaut stärker gewichtete als die sonstigen Faktoren, kam das Gericht somit zu dem Schluss, dass die Klage unzulässig sei.

66. Im Ergebnis sind die entscheidenden Aspekte der Würdigung der angefochtenen Empfehlung durch das Gericht offenbar das Fehlen *verbindlicher* Rechtswirkungen der Empfehlung, was aus der *Absicht* der Kommission geschlossen wurde, die in erster Linie aus der Form der Handlung und ihrem Wortlaut abgeleitet wurde.

33 Vgl. Urteile vom 9. Oktober 1990, Frankreich/Kommission (C-366/88, EU:C:1990:348), und vom 6. April 2000, Spanien/Kommission (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Vgl. Urteil vom 13. November 1991, Frankreich/Kommission (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Vgl. Urteile vom 16. Juni 1993, Frankreich/Kommission (C-325/91, EU:C:1993:245), und vom 20. März 1997, Frankreich/Kommission (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Vgl. Urteil vom 1. Dezember 2005, Italien/Kommission (C-301/03, EU:C:2005:727), sowie die aufschlussreichen Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs (C-301/03, EU:C:2005:550, Nrn. 70 ff.).

37 Vgl. Urteil vom 5. Oktober 1999, Niederlande/Kommission (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Vgl. bereits zu Handlungen der Hohen Behörde Urteil vom 10. Dezember 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Hohe Behörde (1/57 und 14/57, EU:C:1957:13).

39 Rn. 16 bis 18 des angefochtenen Beschlusses (Hervorhebung nur hier).

3. Problematische Aspekte der AETR-Kriterien

67. Die AETR-Kriterien werfen in diesem Verständnis und dieser Anwendung einige Probleme auf. Diese lassen sich in zwei Kategorien unterteilen: Erstens gibt es *interne* Gesichtspunkte der Kriterien, ihrer Grundgedanken, Voraussetzungen und ihrer Formulierung, die vielleicht noch deutlicher an die Oberfläche treten, wenn sie auf eine Empfehlung angewendet werden. Zweitens gibt es Gesichtspunkte, die als *extern* bezeichnet werden könnten. Sie stehen im Zusammenhang damit, dass die AETR-Kriterien, die im Laufe der Zeit tatsächlich immer enger geworden sind, mit der Entwicklung des normativen Umfelds der Union nicht mehr im Einklang stehen. In einer Welt, in der verschiedene nicht zwingende Rechtsinstrumente („soft law“) tatsächlich viel zahlreicher und bedeutsamer werden, als dies 1971 der Fall war, sollten die Voraussetzungen für die Klagebefugnis und die gerichtliche Überprüfung auf diese Entwicklungen reagieren.

a) Interne Gesichtspunkte

68. Hier treten zwei Aspekte hervor: die *Verbindlichkeit* einer Handlung der Union als Voraussetzung für die Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit (1) und die *Absicht* des Urhebers in Bezug auf ihre Rechtswirkungen (2).

1) Rechtswirkungen, Verbindlichkeit oder verbindliche Rechtswirkung?

69. In Rn. 42 des Urteils AETR⁴⁰ war nicht von Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, *verbindliche* Rechtswirkungen zu erzeugen, die Rede, sondern nur von *Rechtswirkungen*. Dies gilt ebenso für die Formulierung in den anderen, damals bestehenden Sprachfassungen⁴¹.

70. Die terminologische Verlagerung von bloßen Rechtswirkungen hin zu „*verbindlichen* Rechtswirkungen“ tauchte in der späteren Rechtsprechung auf⁴². Diese Entwicklung setzt sich offenbar in jüngerer Zeit fort, da der Gerichtshof die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Union jetzt davon abhängig macht, ob sie *verbindliche* Rechtswirkungen erzeugen⁴³.

71. Es könnte zugestandenermaßen die Ansicht vertreten werden, dass der Gerichtshof im Urteil AETR trotz der Verwendung des Begriffs „Rechtswirkungen“ tatsächlich „Verbindlichkeit“ meinte; dies kann allerdings angesichts der in jener Rechtssache überprüften Art von Dokument (Protokoll des Rates) nicht vollständig überzeugen. Eine solche Annahme könnte insbesondere auf den Wortlaut von Art. 189 EWG gestützt werden, der zum damaligen Zeitpunkt bereits zwischen verbindlichen Handlungen (Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen) und nicht verbindlichen Handlungen (Empfehlungen und Stellungnahmen) unterschied⁴⁴. Auch wenn der Gerichtshof seine Auslegung von Art. 173 EWG nicht eindeutig auf die Nomenklatur des Art. 189 EWG bezog, ist somit doch wahrscheinlich, dass die letztere Bestimmung Einfluss auf die Kriterien hatte.

40 Siehe oben, Fn. 31.

41 Im Französischen: „qui visent à produire des effets de droit“, im Deutschen: „Rechtswirkungen zu erzeugen“, im Italienischen: „che miri a produrre effetti giuridici“, im Niederländischen: „die beogen rechtsgevolgen teweege te brengen“.

42 Vgl. z. B. Beschluss vom 17. Mai 1989, Italien/Kommission (151/88, EU:C:1989:201, Rn. 21). Vgl. auch Urteil vom 5. Oktober 1999, Niederlande/Kommission (C-308/95, EU:C:1999:477, Rn. 30). Dagegen lediglich von „Rechtswirkungen“ sprechend z. B. Urteil vom 1. Dezember 2005, Italien/Kommission (C-301/03, EU:C:2005:727, Rn. 22 bis 24).

43 Vgl. Urteile vom 13. Oktober 2011, Deutsche Post und Deutschland/Kommission (C-463/10 P und C-475/10 P, EU:C:2011:656, Rn. 36), und Urteil vom 13. Februar 2014, Ungarn/Kommission (C-31/13 P, EU:C:2014:70, Rn. 54).

44 Vgl. Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat (22/70, EU:C:1971:32, Rn. 39), im Licht der Schlussanträge des Generalanwalts Dutheillet de Lamothe in der Rechtssache Kommission/Rat (22/70, EU:C:1971:23, S. 287), wonach „die Artikel 173 und 189 ... ein zusammenhängendes Ganzes [bilden]“. Vgl. auch Urteil vom 23. April 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, Rn. 24).

72. Ungeachtet dessen steht ebenso fest, dass es noch ein eher neueres Phänomen ist, dass der Gerichtshof sich offenbar generell strenger zeigt und den Geltungsbereich von Art. 263 AEUV auf Handlungen begrenzt, die *verbindliche* Rechtswirkungen erzeugen, und somit über den Wortlaut dieser Bestimmung hinausgeht, die sich selbst auf *Rechtswirkungen* (gegenüber Dritten) beschränkt. Da diese Unterscheidung in der Rechtsprechung indes keine klare Erörterung gefunden hat, und über alle Hinweise auf eine bewusste Entscheidung für die eine oder andere Richtung hinweg, darf die Frage gestellt werden, ob der Gerichtshof tatsächlich einen strengeren und engeren Ansatz verfolgen wollte. Klar ist gleichwohl, dass weder der Wortlaut noch die Grundgedanken des Urteils AETR zwangsläufig dafür sprachen, aus bloßen *Rechtswirkungen* *verbindliche* Rechtswirkungen zu machen.

73. Dies ist nicht nur ein Wortspiel. Es gibt erhebliche praktische Auswirkungen, wie sich in der vorliegenden Rechtssache zeigt. Was genau unter *Rechtswirkungen* zu verstehen ist, mag unterschiedlich betrachtet werden. Der Begriff ist jedoch eindeutig recht weit und beinhaltet alle Arten von Auswirkungen auf das Recht bzw. innerhalb des Rechts sowie seiner Auslegung und Anwendung. Dagegen stellt die Verbindlichkeit, und erst recht die verbindliche *Rechtswirkung*, eine sehr viel engere Kategorie dar.

74. Herkömmlicherweise ist die *Verbindlichkeit* des Rechts mit Zwang verknüpft. Bei Verstößen können eine Durchsetzung und Sanktionen folgen. In einer solchen (rein positivistischen⁴⁵) Sicht stellt das Bestehen einer Sanktion das maßgebende Element der Verbindlichkeit dar.

75. Abseits der akademischen Debatte dürfte feststehen, dass, wenn dem Maßstab der *verbindlichen* *Rechtswirkung* gefolgt würde, eine Reihe von Handlungen, die wahrscheinlich erhebliche Rechtswirkungen für das Verhalten der Adressaten erzeugen, aber nicht im herkömmlichen Sinne verbindlich sind, weil sie keinen unmittelbaren oder unabhängigen Zwangsmechanismus beinhalten, einer Überprüfung nach den AETR-Kriterien und somit nach Art. 263 Abs. 1 AEUV entzogen wären. Wie sich noch zeigen wird, ist dies insbesondere bei der vorliegenden Empfehlung der Fall.

2) Welche Rolle kommt der Absicht des Urhebers zu?

76. Es besteht zweitens ein Mangel an interner Klarheit innerhalb der AETR-Kriterien in ihrer Anwendung durch das Gericht: Welche Rolle genau kommt der Absicht des Urhebers bei der Prüfung zu, ob von einer Handlung anzunehmen ist, dass sie (verbindliche) Rechtswirkungen erzeugt?

77. Das Urteil AETR sowie der aktuelle Wortlaut von Art. 263 AEUV stützen sich auf die Absicht des Urhebers. Die Verwendung der Vergangenheitsform in der englischen Sprachfassung („was intended to“) würde ferner darauf hindeuten, dass es auf die Ermittlung der *vergangenen* (*historischen*) *subjektiven* Absicht des Urhebers zum Zeitpunkt des Erlasses der fraglichen Handlung ankommt. Ein solches Verständnis dürfte auch mit den allgemeinen Regeln für Nichtigkeitsklagen übereinstimmen. Im Rahmen dieser Klagen sind die angefochtenen Handlungen der Union anhand der zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme gegebenen tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu beurteilen⁴⁶.

78. Wenn indes die Absicht des Urhebers der Handlung stets eine subjektiv-historische sein soll, dann ist in der Praxis eine Empfehlung niemals überprüfbar. Die Prüfung der Rechtsnatur und Wirkungen einer Empfehlung fällt schnell in eine Lücke. Weil die Kommission nicht die Absicht hatte, verbindliche Rechtsvorschriften zu erlassen, wurde eine Empfehlung gewählt. Weil die Kommission

45 Und somit deutlich stärker kelsenianisch geprägten Sicht als nach der bereits angeführten hartianischen Tradition, die deutlich stärker „soziologisch“ geprägt ist. Hart erkannte an, dass eine rechtliche Regelung nicht nur deshalb verbindlich sein könne, weil sie in Übereinstimmung mit einer bestimmten zweiten Regelung erlassen worden sei, die die Verbindlichkeit der Regelung vorsehe, sondern auch weil eine Personengruppe diese Norm als Maßstab für ihr Verhalten akzeptiere, so dass interner sozialer Druck innerhalb der Gruppe zu ihrer Einhaltung entstehe – vgl. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. Aufl. (mit einem Nachtrag), Clarendon Press, Oxford, 1997, Kapitel V und VI.

46 Vgl. z. B. Urteile vom 7. Februar 1979, Frankreich/Kommission (15/76 und 16/76, EU:C:1979:29, Rn. 7), und vom 29. April 2004, Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 39).

eine Empfehlung gewählt hat, war ihre subjektive Absicht eindeutig, dass dieses Instrument nicht verbindlich sein sollte. Wegen dieser Absicht, die tatsächlich durch die Wahl des Instruments bescheinigt wird, kann es niemals verbindlich sein, ohne dass es auf seinen Inhalt und Wortlaut ankäme, weil die Kommission nicht die Absicht hatte, verbindliche Rechtsvorschriften zu erlassen.

79. So wird die Wahl des Instruments den Kontext und Zweck der Maßnahme stets vorherbestimmen, was dann wahrscheinlich von größerer Bedeutung sein wird als ihr Inhalt und Wortlaut.

b) Externe Probleme

80. Abgesehen von diesen logischen Problemen, die mit der Formulierung der AETR-Kriterien verbunden sind, der das Gericht bei ihrer Anwendung auf Empfehlungen folgt, dürften diese Kriterien auch auf allgemeinere externe Herausforderungen stoßen. Zwei dieser Herausforderungen werden im vorliegenden Abschnitt dargestellt: Erstens gibt es die Zunahme verschiedener Formen nicht zwingenden Rechts („soft law“), die streng betrachtet keine Verbindlichkeit haben, gleichzeitig aber Rechtswirkungen erzeugen (1). Zweitens werden Empfehlungen in der Praxis sowohl auf Unionsebene als auch auf nationaler Ebene wahrscheinlich eine Reihe von, häufig durchaus erheblichen, rechtlichen Wirkungen erzeugen (2).

1) Zunahme des „soft law“

81. Es gibt ein weites Feld (nicht nur) unionsrechtlicher Instrumente verschiedener Bezeichnungen und Formen (Leitlinien, Mitteilungen, Verhaltenskodizes, Bekanntmachungen, Empfehlungen, Stellungnahmen, interinstitutionelle Vereinbarungen, Schlussfolgerungen, Erklärungen, Entschlüsse usw.), die mit dem Oberbegriff „soft law“ bezeichnet werden. Sie können in jedem Bereich auf allen möglichen Stufen des Entscheidungsverfahrens ergehen, sei es zur frühzeitigen vorgelagerten Konsultation der Beteiligten oder zur nachgelagerten Durchführung von Gesetzgebungsakten. Diese Instrumente können somit sowohl prä- als auch postlegislativer Art sein.

82. Es gibt vielleicht zwei Aspekte, über die allgemeine Einigkeit unter den ansonsten sehr unterschiedlichen Ansätzen herrscht, die zu solchen Instrumenten des „soft law“ vertreten werden: Erstens fügt sich das „soft law“ nicht ohne Weiteres in die binäre, schwarz-weiße Unterscheidung zwischen verbindlichen und nicht verbindlichen Rechtswirkungen ein. Zweitens verzeichnet es in den letzten ein oder zwei Jahrzehnten eine Zunahme und wird immer häufiger⁴⁷.

83. Demzufolge wird die Frage der Verbreitung des „soft law“ und seiner (mangelnden) gerichtlichen Kontrolle nicht nur in der wissenschaftlichen Literatur⁴⁸, sondern auch von den Organen der Union diskutiert⁴⁹.

⁴⁷ Wenn man den Umfang der dem Thema gewidmeten wissenschaftlichen Literatur und Aufmerksamkeit betrachtet.

⁴⁸ Allgemein zum „soft law“ im Unionskontext z. B. Wellens, K. C., und Borchardt, G. M., „Soft Law in European Community law“, *European Law Review* 14, 1989, S. 267; Klabbers, J., „Informal Instruments before the European Court of Justice“, *Common Market Law Review* 31, 1994, S. 997; Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford und Portland/Oregon, 2004; Schwarze, J., „Soft Law im Recht der Europäischen Union“, *Europarecht*, 2011, S. 3; Scott, J., „In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law“, *Common Market Law Review* 48, 2011, S. 329; Knauff, M., „Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens“, *Europarecht*, 2011, S. 735; Stefan, O., *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013; Bertrand, B., „Les enjeux de la soft law dans l’Union européenne“, *Revue de l’Union européenne*, 2014, S. 73.

⁴⁹ Vgl. insbesondere Studie des Europäischen Parlaments, „Checks and Balances of soft EU rule-making“, Generaldirektion Interne Politikbereiche der Union, Direktion C: Direktion Bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheiten, 2012 (PE 462.433), insbesondere S. 54 bis 58.

84. Außerdem hat eine Reihe hoher Gerichte der Mitgliedstaaten in den vergangenen Jahren versucht, diesem Phänomen auf der nationalen Ebene zu begegnen. Sie haben die gerichtliche Kontrolle dahin geöffnet, dass sie sich auch auf Handlungen erstreckt, die streng genommen nicht verbindlich sind, und so die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Nichtigkeitsklagen wirksam gelockert, um das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz zu sichern⁵⁰. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die angefochtene Handlung aufgrund einer Reihe von Gesichtspunkten von den Adressaten für verbindlich gehalten werden kann, u. a. etwa dann, wenn sie Anreize enthält⁵¹, ihr Urheber zum Erlass von Sanktionen befugt ist⁵² oder wenn sie erhebliche Auswirkungen auf den Adressaten haben kann⁵³. Dies gilt auch, oder tatsächlich erst recht, für die Gerichte des Common Law, die traditionell bei der Zulassung der gerichtlichen Kontrolle nicht verbindlicher Handlungen sehr viel großzügiger sind als ihre Kollegen in Kontinentaleuropa. Beispielsweise gewährleisten die Gerichte in Irland den Schutz der Grundrechte selbst dann, wenn die angefochtene Maßnahme nicht verbindlich ist und sich auf Rechte und Pflichten der Adressaten nicht konkret auswirkt⁵⁴.

85. Schließlich hervorhebenswert sind der Ansatz und die Praxis des französischen Conseil d'État in dieser Hinsicht. Erstens hat der Conseil d'État in einer umfassenden Darstellung, die u. a. eine Definition des „soft law“ beinhaltet, gewissermaßen das Gelände kartiert⁵⁵. Zweitens hat er im letzten Jahr auch auf diese Untersuchung aufbauend neue Kriterien für die Rechtsprechung entwickelt, die sich auf die wirtschaftlichen Wirkungen und das Bestehen eines erheblichen Einflusses auf das Verhalten der Adressaten des Instruments konzentrieren⁵⁶.

86. Trotz ihrer Vielfältigkeit sowohl auf der nationalen als auch auf der Unionsebene dürfte den verschiedenen Instrumente des „soft law“ ein wesentliches Merkmal gemeinsam sein: Sie sind nicht im herkömmlichen Sinne *verbindlich*. Sie sind eine Art *unvollkommene* Norm: Einerseits haben sie eindeutig die normative Zielsetzung, zu einer Einhaltung durch ihre Adressaten anzuhalten. Andererseits sind mit ihnen keine Instrumente eines unmittelbaren Zwangs verbunden. Da sie regelmäßig im Anschluss an ein Verfahren der Konsultation verschiedener Beteiligter (Bottom-up-Ansatz) ergehen, können sie „sanfte Verpflichtungen“ oder „robuste Willensbekundungen“ beinhalten, die in Form einer „Aufforderung“ gefasst sind.

50 Vgl. z. B. Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 2010 – 19 BV 10.871 (zu behördlichen Rundschreiben, in denen Emissionswerte in Umweltangelegenheiten festgesetzt wurden).

51 Vgl. Urteil des schwedischen Obersten Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Mai 1996, Rechtssache 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Vgl. z. B. zu behördlichen Rundschreiben Urteil des belgischen Conseil d'État vom 16. März 2017 (237/674); vgl. auch zu Stellungnahmen („prises de position“) oder Berichten unabhängiger Verwaltungsbehörden mit der Befugnis zum Erlass von Sanktionen Urteile des französischen Conseil d'État vom 17. November 2010, Syndicat français des ostéopathes (n° 332771), und vom 11. Oktober 2012, Société Casino Guichard-Perrachon (n° 357193).

53 Beispielsweise können in Schweden öffentliche und private Stellen die Rechtmäßigkeit eines behördlichen Handelns anfechten, wenn sie es für verbindlich gehalten und sich danach gerichtet haben (Urteil des Obersten Verwaltungsgerichtshofs vom 10. Februar 2004, Rechtssache 2696-03, RA 2004 ref 8, zu einer „Angabe“, die mit Wahrscheinlichkeit tatsächliche Auswirkungen auf die persönliche und wirtschaftliche Lage des Adressaten hatte).

54 Vgl. z. B. zu einer Klage gegen einen behördlichen Bericht im Zusammenhang mit Planungsverfahren Urteil des High Court, De Burca/Wicklow County Manager (2009) IEHE 54; vgl. auch zu Leitlinien der irischen Wettbewerbsbehörde Urteil des High Court, Law Society of Ireland/Competition Authority (2006) 2 IR 262.

55 In seinem Jahresbericht von 2013 hat er „soft law“ als Kategorie von Instrumenten definiert, die die folgenden drei Kriterien erfüllen: 1. Sie müssen eine Änderung oder Lenkung des Verhaltens ihrer Adressaten dadurch zum Gegenstand haben, dass sie zu ihrer Einhaltung führen; 2. sie begründen für sich genommen keine Rechte oder Verpflichtungen ihrer Adressaten; 3. sie stellen durch ihren Inhalt und die Art ihres Aufbaus ein Maß an Formalisierung und Aufbau dar, das sie rechtlichen Regelungen ähnlicher erscheinen lässt (Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013, S. 61 bis 63).

56 Urteile des Conseil d'État vom 21. März 2016, Numericable (n° 390023), und vom 21. März 2016, Société Fairvesta International GmbH (n° 368082), zu einer Stellungnahme der französischen Wettbewerbsbehörde bzw. Pressemitteilungen der französischen Finanzmarktaufsichtsbehörde.

2) Empfehlungen: keine Verbindlichkeit, aber Erzeugung von Rechtswirkungen

87. Auf Empfehlungen treffen diese Merkmale im Allgemeinen zu. In den Verträgen sind Empfehlungen lediglich negativ definiert: Sie sind nicht verbindlich (Art. 288 AEUV). Außerdem gestaltet sich die Verwendung und Praxis von Empfehlungen vielfältig⁵⁷. Sie stellen regelmäßige Aufforderungen dar, ein bestimmtes Verhalten, eine Politik oder Regeln zu befolgen, die ihr/ihre Urheber mit Blick auf das angestrebte Ziel für angebracht halten.

88. Auch wenn sie eindeutig als nicht verbindlich definiert sind, können Empfehlungen indes erhebliche Rechtswirkungen in dem Sinne erzeugen, dass sie zu einem bestimmten Verhalten anhalten und die normative Wirklichkeit verändern. Sie werden sich wahrscheinlich auf die Rechte und Pflichten ihrer Adressaten und Dritter auswirken. Zur Veranschaulichung sollen einige dieser Wirkungen im vorliegenden Abschnitt auf zwei getrennten, aber miteinander verbundenen Ebenen dargestellt werden: i) der Unionsebene und ii) der Ebene der Mitgliedstaaten.

i) Unionsebene

89. Auf der Unionsebene sind drei Arten von Rechtswirkungen von Empfehlungen hervorhebenswert: i) Vertrauen und Vertrauensschutz, ii) ihre Rolle für die Auslegung und iii) das Potenzial von Empfehlungen im Hinblick auf die Entstehung paralleler Normgruppen, die dem Rechtssetzungsverfahren vorgehen und sich somit auf das institutionelle Gleichgewicht auswirken.

90. Erstens darf vielleicht berechtigterweise angenommen werden, dass dann, wenn ein Unionsorgan Empfehlungen im Hinblick darauf abgibt, wie andere sich verhalten sollen, dieses Organ dieser Empfehlung gegebenenfalls im Hinblick auf seine eigene Praxis und sein eigenes Verhalten folgt. Unter diesem Blickwinkel entspricht das so geschaffene berechnete Vertrauen in der Tat anderen Arten von „soft law“, die von Unionsorganen oder -einrichtungen geschaffen und die als (Selbst-)Beschränkung der künftigen Ausübung ihres eigenen Ermessens betrachtet werden⁵⁸.

91. Zweitens werden Empfehlungen wahrscheinlich für die rechtliche Auslegung herangezogen werden, insbesondere um in verbindlichen Rechtsvorschriften enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffen Kontur zu geben. Dies ist insbesondere (aber sicherlich nicht ausschließlich) bei postlegislativen Empfehlungen der Fall, die nicht allein auf der Grundlage von Art. 292 AEUV, sondern auf der Grundlage einer sekundären Rechtsvorschrift ergehen, gerade um darin enthaltene Rechtsbegriffe näher auszufüllen. Dieselbe Funktion können jedoch auch prälegislative Empfehlungen haben, entweder für unbestimmte Rechtsbegriffe der Verträge oder bei der Auslegung eines anderen Rechtsinstruments, das sich in seinem sachlichen Anwendungsbereich mit dieser Empfehlung überschneidet. Auf diese Weise können beide Arten von Empfehlungen verbindliche Rechtsvorschriften ergänzen.

92. Drittens hat der Gerichtshof im Urteil Grimaldi bereits erläutert, wann Empfehlungen ergehen können: Sie können „im Allgemeinen dann von den Organen der Gemeinschaft ausgesprochen werden, wenn diese nach dem EWG-Vertrag nicht ermächtigt sind, rechtsverbindliche Maßnahmen zu erlassen, oder wenn nach ihrer Ansicht kein Anlass zu einer zwingenderen Regelung besteht“⁵⁹.

57 Vgl. die frühen, mittlerweile klassischen Darstellungen z. B. von Morand, C., „Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire“, *Cahiers de droit européen*, 1970, S. 523; Soldatos, P., Vandersanden, G., „La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne“, in De Ripaincel-Landy, D., u. a., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brüssel, 1976, S. 94.

58 Vgl. Urteile vom 29. September 2011, *Arkema/Kommission* (C-520/09 P, EU:C:2011:619, Rn. 88), und vom 28. Juni 2005, *Dansk Rørindustri u. a./Kommission* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, EU:C:2005:408, Rn. 209 bis 211). Vgl. jedoch differenzierter im Bereich von Bekanntmachungen im Wettbewerbsrecht Urteil vom 13. Dezember 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 29).

59 Urteil vom 13. Dezember 1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 13).

93. In der vielleicht größten Stärke von Empfehlungen mag denn auch die größte Gefahr liegen. Sie könnten zu mehr als nur als Werkzeuge zur Förderung politischer Maßnahmen eingesetzt werden, die politisch (mangels eines Konsenses) oder rechtlich (mangels insoweit bestehender konkreter Befugnisse) blockiert sind. Sie könnten potenziell auch als Werkzeug zur Umgehung dieses Rechtsetzungsverfahrens eingesetzt werden.

94. Hieraus ergeben sich zwei Arten einer Vorgreiflichkeit: eine kurz- und eine langfristige. Das unmittelbare Problem einer Umgehung der anderen Organe, die normalerweise am Rechtsetzungsverfahren beteiligt sind, ist bereits erkannt und erörtert worden⁶⁰. Eine Empfehlung kann sich also eindeutig auf das institutionelle Gleichgewicht⁶¹ und somit auch auf die Gewaltenteilung innerhalb der Union auswirken. Wenn indes Empfehlungen von einer Rechtmäßigkeitskontrolle allein deshalb ausgeschlossen wären, weil sie nicht verbindlich sind, könnte der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts niemals gewahrt werden⁶².

95. Es gibt jedoch eine weitere Art der Vorgreiflichkeit, die wahrscheinlich insbesondere bei prälegislativen Empfehlungen gegeben sein wird: die Möglichkeit einer Formulierung von Normen, bevor das eigentliche Rechtsetzungsverfahren stattfindet; dies kann sogar zu einer einseitigen Vorwegnahme des Rechtsetzungsverfahrens führen. Es ist unstrittig, dass eine Empfehlung die Zielsetzung hat, zur Einhaltung durch ihre Adressaten anzuhalten. Wenn sie also auch nur teilweise erfolgreich ist, wird sie die Bandbreite in Betracht zu ziehender (annehmbarer) normativer Lösungen für die Zukunft prägen. Wenn eine Empfehlung bereits dazu geführt hat, dass ihr mehrere Unionsorgane oder Mitgliedstaaten folgen, werden diese Akteure in einem potenziell folgenden Rechtsetzungsverfahren natürlich die gesetzgeberische Lösung fördern, der sie bereits gefolgt waren. Auf diese Weise wird das „soft law“ von heute zum „hard law“ von morgen.

ii) Ebene der Mitgliedstaaten

96. Es gibt mindestens drei Arten von Rechtswirkungen, die Empfehlungen auf der Ebene der Mitgliedstaaten erzeugen. Ihr genauer Umfang hängt davon ab, wie weit der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Bezug auf Empfehlungen ausgedehnt wird.

97. Die erste und hauptsächliche Art von Verpflichtungen in Bezug auf Empfehlungen, die der Gerichtshof bislang festgestellt hat, ist die Pflicht der nationalen Gerichte, sie bei der Auslegung des diese Bestimmungen umsetzenden nationalen Rechts zu berücksichtigen. Empfehlungen können eindeutig selbst keine vor den innerstaatlichen Gerichten durchsetzbaren Rechte Einzelner begründen⁶³. Im Urteil Grimaldi hat der Gerichtshof indes auch hinzugefügt, dass Empfehlungen „nicht als rechtlich völlig wirkungslos angesehen werden können. Die innerstaatlichen Gerichte sind

60 Die Initiative zur besseren Rechtsetzung hat diese problematische Dimension des „soft law“ bekräftigt. Vgl. insbesondere Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission (ABl. 2010, L 304, S. 47). In Nr. 43 heißt es insbesondere: „In Bereichen, in denen das Parlament normalerweise in den Gesetzgebungsprozess eingebunden ist, verwendet die Kommission, sofern angezeigt und auf ausreichend begründeter Grundlage, nicht zwingendes Recht, nachdem sie dem Parlament Gelegenheit gegeben hat, seine Ansichten darzulegen. Die Kommission erläutert dem Parlament im Einzelnen, wie dessen Ansichten bei der Annahme ihres Vorschlags berücksichtigt wurden.“

61 Hingewiesen sei darauf, dass die begrenzte Einzelermächtigung und das institutionelle Gleichgewicht auch Beweggründe des Gerichtshofs für sein Urteil vom 23. April 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, Rn. 25), waren.

62 Dies ist inzident das Vorbringen des Rechtmittelführers im Rahmen seines zweiten Rechtsmittelgrundes. Aus einer bestimmten Perspektive betrachtet, könnte die Bindung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage an das Bestehen verbindlicher Rechtswirkungen (im Gegensatz zu bloßen Rechtswirkungen) in der Tat dazu führen, dass nicht gewährleistet werden könnte, dass der Urheber der angefochtenen Handlung innerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt hat. Es stellt sich dann die Frage, ob Instrumente des „soft law“, einschließlich einer Empfehlung, nur innerhalb des der Union und dem betreffenden Organ zugewiesenen Zuständigkeitsbereichs ergehen dürfen. Weil jedoch, nicht ohne einen gewissen paradoxen Anklang, solche verbindlichen Rechtswirkungen nicht bestehen, ist ihre Überprüfung im Wege einer Nichtigkeitsklage nicht zulässig.

63 Vgl. Urteil vom 13. Dezember 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 16). Vgl. auch Urteile vom 21. Januar 1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, Rn. 18), vom 11. September 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, Rn. 41), und vom 18. März 2010, Alassini u. a. (C-317/08 bis C-320/08, EU:C:2010:146, Rn. 40).

nämlich verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über ... zu ihrer Durchführung [erlassene innerstaatliche] Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften [durchführen] sollen.“⁶⁴

98. Hinzuweisen ist darauf, dass solche *auf die Auslegung bezogenen Rechtswirkungen* vom Gerichtshof bisher nur für Empfehlungen anerkannt worden sind, wodurch sie gegenüber sonstigen Handlungen der Union mit nicht verbindlichem Charakter eine Sonderstellung einnehmen⁶⁵.

99. Was aber bedeutet die *Berücksichtigungspflicht* genau? Es ist eine große Bandbreite dessen vorstellbar, was darunter zu verstehen sein könnte. An einem möglichen Extrempunkt des Spektrums könnte darunter eine Art Pflicht zur konformen Auslegung im Sinne des Urteils Von Colson⁶⁶ zu verstehen sein. Ausgehend von der im Urteil gewählten Formulierung wollte der Gerichtshof vielleicht nicht so weit gehen, die innerstaatlichen Gerichte zu einer Auslegung des nationalen Rechts im Einklang mit Empfehlungen zu verpflichten⁶⁷. An einem anderen vorstellbaren Extrempunkt könnte „berücksichtigen“ auch „ansehen“ und anschließend vollständig ignorieren bedeuten.

100. Theoretisch könnte es einen Mittelweg geben: Eine nationale Behörde *muss* zumindest *eine Begründung abgeben*, wenn sie von einer Empfehlung abweicht, unterliegt jedoch keiner verbindlichen Pflicht zur konformen Auslegung des nationalen Rechts. Diese Annahme ist in der Vergangenheit für eine andere Art von „soft law“ vertreten worden⁶⁸. Es ist nachvollziehbar, warum eine solche anscheinend vermittelnde Lösung Zugkraft haben könnte: Auch wenn der Gerichtshof eine solche Pflicht bisher nur dem Urheber selbst auferlegt, der in internen Maßnahmen oder Leitlinien mit Außenwirkung Verhaltensnormen aufstellt⁶⁹, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Rechtsprechung auch für Empfehlungen gelten könnte, die zugeständenermaßen eine fortgeschrittenere und verfeinerte Form von „soft law“ darstellen, da sie eine der „typischen“ in Art. 288 AEUV genannten Handlungen darstellen und da sie von den nationalen Gerichten berücksichtigt werden müssen⁷⁰.

101. Warum ist diese Ansicht als anscheinend vermittelnd zu bezeichnen? Aus dem einfachen Grund, dass sich aus der Pflicht zur Begründung dafür, warum ein Richter von einer bestimmten Quelle abweicht, zwangsläufig ergibt, dass diese Quelle *verbindlichen* Charakter hat. Begründen muss ein Richter nur die Abweichung von *zwingenden* Quellen⁷¹. Wenn somit die „Berücksichtigungspflicht“ dahin auszulegen wäre, dass sie den nationalen Richtern eine Pflicht zur Begründung und Erläuterung dafür auferlegt, warum sie einer Empfehlung nicht gefolgt sind, würde dies *eo ipso* bedeuten, dass diese Empfehlungen nicht nur „gewisse Rechtswirkungen“ haben, sondern dass sie in der Tat verbindlich sind.

64 Urteil vom 13. Dezember 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 18).

65 Der Gerichtshof hat insbesondere eine Anerkennung einer solchen Rechtswirkung für Bekanntmachungen der Kommission abgelehnt (Urteil vom 13. Dezember 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 31).

66 Urteil vom 10. April 1984, von Colson und Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Was sich später entwickelt und gefestigt hat, vgl. z. B. Urteile vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, Rn. 114 bis 115), vom 4. Juli 2006, Adeneler u. a. (C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 108 bis 109), und vom 15. April 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, Rn. 99 bis 101).

68 Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, Nrn. 38 bis 39), wonach die nationalen Behörden und Gerichte wettbewerbspolitische Bekanntmachungen der Kommission gebührend berücksichtigen müssen. Hieraus ergab sich in jener konkreten Rechtssache insbesondere, dass diese Behörden und Gerichte sich mit der in jenen Bekanntmachungen zum Ausdruck kommenden Einschätzung der Kommission zur Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen auseinandersetzen und *gerichtlich überprüfbare Gründe für etwaige Abweichungen davon angeben mussten*.

69 Vgl. Urteile vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, EU:C:2005:408, Rn. 209 bis 211), und vom 29. September 2011, Arkem/Kommission (C-520/09 P, EU:C:2011:619, Rn. 88).

70 Vgl. Urteil vom 13. Dezember 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 26).

71 Im Gegensatz zu Quellen mit Erlaubnis- oder Hinweiskarakter – vgl. z. B. Peczenik, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, S. 319 ff.

102. Zweitens, welche Pflichten haben die nationalen Behörden in Bezug auf eine Empfehlung genau? Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 EUV ist in seiner Formulierung der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit in der Union zweifelsohne sehr umfassend und potenziell weitreichend. Da diese Bestimmung sich nur auf „Verpflichtungen“ bezieht und Empfehlungen gemäß Art. 288 AEUV „nicht verbindlich“ sind, könnte die Ansicht vertreten werden, dass sie von vornherein keine Verpflichtung begründen können und somit überhaupt nicht unter Art. 4 Abs. 3 EUV fallen.

103. Ein solches Verständnis von Art. 4 Abs. 3 EUV würde meines Erachtens dem Auslegungsansatz nicht gerecht, den der Gerichtshof seit einiger Zeit in Bezug auf diese Bestimmung verfolgt. Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit findet eher auf der Ebene von Grundsätzen und nicht notwendigerweise stets mit besonderem Bezug zu einer konkreten und spezifischen Bestimmung oder einer eigenständigen rechtlichen Verpflichtung Anwendung⁷².

104. Selbst wenn angenommen würde, dass es keine *positive* Verpflichtung zur Umsetzung einer Empfehlung gibt, lässt sich dies auch für potenziell „mildere“ Verpflichtungen der Mitgliedstaaten sagen, wie etwa eine Empfehlung beim Erlass von Rechtsvorschriften auf einem bestimmten Gebiet zu berücksichtigen? Diese Wirkung könnte möglicherweise bei postlegislativen Empfehlungen, mit denen Rechtsbegriffe verbindlicher Rechtsvorschriften näher ausgefüllt werden sollen, stärker zutage treten. Könnte nicht von einem Mitgliedstaat bei der Umsetzung des ursprünglichen Unionsrechtsakts, dem die postlegislative Empfehlung gewissermaßen „als Anlage beigelegt“ wird, erwartet werden, ihn so umzusetzen, wie dies in dieser Empfehlung näher geklärt wird? Wenn nicht, wozu dient dann die Empfehlung? Wenn ja, dann sind die erheblichen und realen Rechtswirkungen einer Empfehlung kaum bestreitbar.

105. Es ließe sich indes sicherlich sagen, dass es keine Verpflichtung zur Umsetzung gibt, weil es keine gesonderte und eigenständige Sanktion für die Nichtumsetzung gibt. Selbst wenn man das eher formalistische Verständnis einer „*unmittelbaren*“ Sanktion als wesentliches und maßgebendes Element der *Verbindlichkeit* außer Acht lässt⁷³, was wäre mit etwaigen *negativen* Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf Empfehlungen? Auf dieser Stufe spielt sich dies sicherlich im Bereich der Vermutung ab und ist nicht Bestandteil des geltenden Rechts, aber wenn die Ausschlusswirkung von Richtlinien für den Zeitraum vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist gilt und die Mitgliedstaaten in diesem Zeitraum keine Vorschriften erlassen dürfen, die geeignet sind, die Erreichung des in dieser Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen⁷⁴, könnten dieselben Grunderwägungen nicht auch für eine Empfehlung gelten?

72 Vgl. entsprechend, wie gestützt auf die loyale Zusammenarbeit Verpflichtungen im Zusammenhang mit der unmittelbaren Wirkung, der Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Unionsrecht oder die Verhängung von Sanktionen begründet worden sind (veranschaulichend jeweils Urteile vom 16. Dezember 1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, Rn. 12, vom 2. Februar 1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, Rn. 32, bzw. vom 19. November 1991, Francovich u. a., C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 36).

73 Wie oben bereits ausgeführt (Fn. 45), herrscht eine derart enge Ansicht selbst in verschiedenen Strömungen der positivistischen Rechtstheorie nicht vor. Zudem ist dieses Verständnis recht weit von der Realität dessen entfernt, wie „nicht verbindliche Wünsche“, die *ein und derselbe* Regulierer zum Ausdruck bringt, der kurz darauf für den gleichen oder einen hiermit im Zusammenhang stehenden Bereich auch verbindliche Rechtsvorschriften und Sanktionen erlassen kann, von ihren Adressaten verstanden und wahrgenommen werden. Neben unmittelbaren Sanktionen kann es somit auch *mittelbare* Sanktionen geben, jedenfalls in Fällen, in denen auf beiden Seiten immer die gleichen Akteure beteiligt sind (ein und derselbe Regulierer und die gleiche Gruppe von Adressaten). Erinnert sei daran, dass ähnliche Erwägungen einige höhere nationale Gerichte dazu bewogen haben, die „nicht verbindlichen“ Handlungen solcher Regulierer einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen (oben, Fn. 52).

74 Beginnend mit dem Urteil vom 18. Dezember 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

106. Drittens und abschließend, welche Arten von Rechtswirkungen könnten Empfehlungen im Kontext nationaler Regelungen und Verfahren erzeugen? Im Urteil Grimaldi hat der Gerichtshof klargestellt, dass ein Vorabentscheidungsersuchen um Auslegung einer Empfehlung gestellt werden konnte⁷⁵. Fraglich bleibt, ob ein nationales Gericht den Gerichtshof um eine Prüfung der Gültigkeit einer Empfehlung ersuchen könnte. Meines Wissens ist ein solcher Fall bisher noch nicht vorgekommen, der Gerichtshof dürfte jedoch im Urteil Grimaldi bestätigt haben, dass ein solches Vorabentscheidungsersuchen möglich wäre⁷⁶.

107. Der Gerichtshof geht somit offenbar eindeutig davon aus, dass eine Empfehlung Rechtswirkungen auf der nationalen Ebene erzeugt. Schließlich ist sie in den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, unabhängig davon, was sich hieraus genau ergibt. Ergänzt sei, dass in der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Vergangenheit mehrere nicht verbindliche Unionshandlungen anerkannt und in der Tat im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens überprüft worden sind, die tatsächlich Auswirkungen auf der nationalen Ebene hatten, u. a. kürzlich eine Pressemitteilung der Europäischen Zentralbank⁷⁷.

108. Eine Empfehlung kann somit, ebenso wie andere Handlungen des Unionsrechts mit anscheinend nicht verbindlichem Charakter, sowohl in Bezug auf ihre Auslegung als auch ihre Gültigkeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens sein. Meines Erachtens kann dies in einem vollständigen System von Rechtsbehelfen auch kaum anders sein⁷⁸. Empfehlungen sollen zur Einhaltung anhalten. Stellen wir uns einen Mitgliedstaat vor, der in gutem Glauben und im Geist loyaler Zusammenarbeit eine Empfehlung in das nationale Recht umgesetzt hat. Dieser Mitgliedstaat hat mit einem nationalen Rechtsakt Verpflichtungen Einzelner auf der nationalen Ebene begründet. Wenn diese nationalen Rechtsvorschriften jetzt vor den nationalen Gerichten angefochten werden, wäre es eher seltsam, eine Überprüfung dessen, was die materielle Grundlage dieser nationalen Rechtsvorschriften darstellt, nämlich der Empfehlung der Union⁷⁹, mit der eher formalistischen Begründung zu verwehren, dass diese Verpflichtungen durch nationale Rechtsvorschriften und nicht durch ein Instrument des Unionsrechts begründet worden seien und der Mitgliedstaat insoweit ganz allein aus eigenem Entschluss gehandelt habe.

4. Zurück zu den Wurzeln: AETR und Rechtswirkungen

109. Die eingehende Erörterung im vorstehenden Abschnitt hatte einen zweifachen Zweck: erstens, die Probleme darzustellen, die die AETR-Kriterien (in ihrer später schrittweise modifizierten Fassung) bei ihrer Anwendung auf Empfehlungen (meines Erachtens jedoch allgemeiner auch bei ihrer Anwendung auf andere Instrumente des „soft law“) aufwerfen, und zweitens darzustellen, dass trotz der ihnen möglicherweise fehlenden Verbindlichkeit im herkömmlichen und eher engen Sinne des Wortes, Empfehlungen sowohl auf der Unions- als auch auf der nationalen Ebene erhebliche Rechtswirkungen erzeugen können.

75 „Nach ständiger Rechtsprechung steht der nicht bindende Charakter einer gemeinschaftsrechtlichen Handlung einer Entscheidung des Gerichtshofes über die Auslegung dieser Handlung im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 177 nicht entgegen“ (Urteile vom 13. Dezember 1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 9, und vom 21. Januar 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, Rn. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).

76 „... – anders als Artikel 173 EWG-Vertrag, der die Überprüfung von Handlungen mit Empfehlungscharakter durch den Gerichtshof ausschließt – [verleiht Art. 177] dem Gerichtshof die Befugnis ..., im Wege der Vorabentscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft ohne jede Ausnahme zu entscheiden“ – Urteil vom 13. Dezember 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 8) – Hervorhebung nur hier.

77 Urteil vom 16. Juni 2015, Gauweiler u. a. (C-62/14, EU:C:2015:400). Die Zulässigkeit der Klage gegen eine Pressemitteilung wurde vom Gerichtshof als solche nicht geprüft. Vgl. aber Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Gauweiler u. a. (C-62/14, EU:C:2015:7, Nrn. 70 ff.).

78 Vgl. z. B. Urteile vom 23. April 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, Rn. 23), und vom 28. März 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, Rn. 66).

79 Insbesondere in Fällen, in denen die auf der nationalen Ebene erfolgende Anfechtung der nationalen Umsetzung Fragen betrifft, die potenziell genauso für die Empfehlung selbst gelten – vgl. hierzu entsprechend Urteil vom 22. Juni 2010, Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 54 bis 55).

110. Die AETR-Kriterien in ihrer Anwendung durch das Gericht müssen daher meines Erachtens in gewissem Maße angepasst werden. Mein Vorschlag hierzu ist recht einfach: Die Kriterien sollten auf ihre Ursprünge, das Urteil AETR und auch den Wortlaut von Art. 263 Abs. 1 AEUV, zurückgeführt werden. In beiden ist von „Rechtswirkungen“ und nicht von „verbindlichen Rechtswirkungen“ die Rede. Ebenso wie ein Flussbett muss auch die Rechtsprechung gelegentlich in ihrem Fluss bereinigt werden, indem (verbale) Sedimente beseitigt werden, die sich über die Jahre angesammelt haben und durch die das Recht nicht mehr passieren kann.

111. Diese Anpassung ist nicht die Revolution, die sie auf den ersten Blick zu sein scheint. Die Grundlage der Kriterien für die Prüfung, ob eine unionsrechtliche Handlung Rechtswirkungen gegenüber ihren Adressaten und/oder Dritten erzeugt, bliebe unverändert: Zu prüfen ist der Wortlaut, Kontext und Zweck der angefochtenen Handlung. Zur Art und Weise, wie diese Kriterien anzuwenden sind, sind jedoch zwei Dinge klarzustellen: Erstens ist nur zu prüfen, ob Rechtswirkungen gegeben sind und nicht, ob verbindliche Rechtswirkungen gegeben sind. Zweitens läge innerhalb der Kriterien der Schwerpunkt auf dem Inhalt und Kontext der Maßnahme und nicht lediglich auf dem Wortlaut.

112. Wie im vorstehenden Abschnitt bereits erläutert, ist die Zweiteilung zwischen verbindlichen und nicht verbindlichen Rechtswirkungen für die Prüfung im Fall des „soft law“ von geringem Nutzen. Wenn die Voraussetzung für das Vorliegen verbindlicher Wirkungen ein unmittelbarer Durchsetzungsmechanismus und Zwang sind, kann das „soft law“ von vornherein niemals verbindlich sein, unabhängig davon, welche Bestimmungen es enthält.

113. Stattdessen muss sich die Prüfung der Fähigkeit zur Erzeugung von Rechtswirkungen, d. h. von Auswirkungen auf die bzw. in der Rechtslage ihrer Adressaten, auf eine andere Frage konzentrieren: Könnte ich, als vernünftiger Adressat, aus dem Inhalt, dem Ziel, der allgemeinen Systematik und dem Gesamtkontext einer Empfehlung oder allgemeiner eines Instruments des „soft law“ ableiten, dass von mir ein bestimmtes Handeln erwartet wird? Würde ich wahrscheinlich mein Verhalten entsprechend ändern, oder wirkt sich diese Handlung wahrscheinlich auf meine Rechtslage aus?

114. Sodann darf innerhalb der drei klassischen Lehrsätze jeder Gesetzesauslegung, des Wortlauts, des Kontexts und des Zwecks, in Fällen der Prüfung einer Empfehlung oder anderer Instrumente des „soft law“ dem Wortlaut einer Handlung (insbesondere ihrer Bezeichnung und sprachlichen Form) im Rahmen ihrer Prüfung kein stärkeres Gewicht zukommen als ihrem Inhalt, Kontext und Zweck. Der Wortlaut sollte gegenüber materiellen Gesichtspunkten im Rahmen der Zulässigkeit im Wesentlichen vielmehr eher zweitrangig sein. Andernfalls würde die „auffordernde“ Formulierung zwangsläufig dazu führen, dass eine gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen wäre. Dies hätte in der Tat zur Folge, dass die Form Vorrang gegenüber dem Inhalt hätte, und daher Empfehlungen, die in Form von „Anregungen“ formuliert sind, niemals überprüft werden könnten. Somit sollte vielleicht deutlicheres Gewicht auf die Grundgedanken, den Inhalt, den Kontext und den Zweck gelegt werden.

115. Innerhalb einer solchen Prüfung des Kontexts und Zwecks erscheinen drei Faktoren für die Prüfung relevant, ob eine Handlung der Union wahrscheinlich Rechtswirkungen erzeugt und vernünftigerweise angenommen werden darf, dass sie eingehalten wird.

116. Der erste zu berücksichtigende Faktor ist das Maß der *Formalisierung* (Hat die Unionsmaßnahme die Form eines Rechtsakts?) und der *Bestimmtheit* der Maßnahme (Ist sie am Ende, zum Abschluss einer Konsultation, oder allgemeiner in einem Verfahren der „soft law-Rechtsetzung“ ergangen?). Mit anderen Worten und unter gleichzeitiger Berücksichtigung beider Punkte: Erscheint die betreffende Handlung der Union eher als abgeschlossene Rechtsvorschrift?

117. Was die Form einer potenziell anfechtbaren Handlung angeht, muss sie wie ein Gesetzestext erscheinen, so dass vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass sie Rechtswirkungen erzeugt. Insoweit dürfte eine Handlung als Rechtsakt erscheinen, wenn sie beispielsweise in Artikel oder zumindest in Abschnitte gegliedert ist oder im Amtsblatt veröffentlicht wird (jedenfalls wenn dies in der Reihe L geschieht, in der Rechtsvorschriften veröffentlicht werden sollen).

118. Was den Gesichtspunkt der Bestimmtheit angeht, werden vorbereitende Handlungen hieran wahrscheinlich scheitern. Dies gilt bereits für vorbereitende Handlungen im Kontext des Entscheidungsverfahrens der Union⁸⁰. Es muss erst recht auch für „Soft-law“-Rechtsetzungsverfahren gelten. Dass vorbereitende Handlungen von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen sind, erscheint im Kontext des „soft law“ umso wichtiger, wo im Laufe des Konsultationsverfahrens mehrere Handlungen ergehen können.

119. Der zweite Faktor bezieht sich auf den Inhalt und den Gesamtzweck der angefochtenen Handlung: Wie präzise sind die darin enthaltenen „Verpflichtungen“? Was ist das verfolgte allgemeine Ziel? Je allgemeiner und abstrakter Handlungen der Union sind, umso weniger wahrscheinlich ist es, dass sie ihre Adressaten zu einer konkreten, spezifischen Einhaltung anhalten. Wenn die Handlung der Union dagegen mehrere spezifische und präzise Verpflichtungen enthält, ist dieser Gesichtspunkt sicherlich relevant. Außerdem wird von einem Text, der einen eindeutigen harmonisierenden Zweck hat, mit noch größerer Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass er wahrscheinlich Rechtswirkungen herbeiführt.

120. Der dritte Faktor bezieht sich auf die Durchsetzung. Enthält die Maßnahme klare und spezifische Einhaltung-, Durchsetzungs- oder Sanktionsmechanismen? Dies zielt natürlich nicht nur auf eine *unmittelbare* Durchsetzung ab, deren Vorliegen sehr unwahrscheinlich sein wird, sondern auch auf *mittelbare* Mechanismen oder eine *mittelbare* Durchsetzung, sowohl systematisch als auch institutionell.

121. Zu den *systematischen* Einhaltungsmechanismen könnten eine Reihe mittelbarer Mechanismen gehören, wie etwa eine Berichterstattung, Mitteilungen, eine Kontrolle und eine Aufsicht. Elemente eines Gruppendrucks könnten auch von Bedeutung sein, etwa die Veröffentlichung von Leistungstabellen, Berichte mit namentlicher Erwähnung und Bloßstellung in der Öffentlichkeit usw.

122. Das *institutionelle* Element ist ebenso von Bedeutung: Von welchem Organ ist das betreffende Instrument ergangen? Ist es dasselbe Organ, das auf hiermit verbundenen oder sogar denselben Regelungsgebieten Sanktionen gegen dieselben Adressaten erlassen kann?⁸¹ Ist dies tatsächlich der Fall, ist es wahrscheinlich, dass die angefochtene Handlung in der Tat zur Einhaltung anhält.

5. Anwendung der Kriterien auf die vorliegende Rechtssache

123. Wird die angefochtene Empfehlung durch dieses Objektiv betrachtet, muss ich zu dem Schluss kommen, dass diese Empfehlung in der Gesamtbetrachtung erheblich über das hinausgeht, was von einem Dokument erwartet werden könnte, das lediglich bestimmte *Grundsätze* empfiehlt. In diesem konkreten Fall lässt sich in der Tat die Ansicht vertreten, dass diese Empfehlung Rechtswirkungen erzeugen muss und vernünftige Adressaten ihr Verhalten wahrscheinlich ändern werden, um die Empfehlung, zumindest teilweise, einzuhalten.

80 Urteil vom 12. September 2006, Reynolds Tobacco u. a./Kommission (C-131/03 P, EU:C:2006:541, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).

81 Siehe auch oben, Fn. 73.

124. Wenn bei der Prüfung seiner wahren Rechtsnatur dem Inhalt Vorrang vor der förmlichen Bezeichnung einer Handlung zukommt, ist somit, nach Entfernen des förmlichen Titels des Dokuments, zu prüfen, als was das Dokument nach seinem Wortlaut, Inhalt, Kontext und Zweck anzusehen ist.

125. Um mit dem Gesamtzweck der Empfehlung zu beginnen, geht aus ihren Erwägungsgründen⁸² und Begleitdokumenten⁸³ recht ausdrücklich hervor, dass die Empfehlung insoweit eine Mindestharmonisierung anstrebt, als sie Grundsätze enthält, die in Bezug auf Online-Glücksspieldienstleistungen ein hohes Maß an Schutz für Verbraucher, Spieler und Minderjährige gewährleisten sollen. Gleichzeitig steht ebenso fest, dass dies, jedenfalls aus Sicht einer Reihe von Mitgliedstaaten, auf einem recht sensiblen Gebiet erfolgt⁸⁴.

126. Weiterhin sind mehrere Gesichtspunkte des Inhalts und Kontexts hervorhebenswert. Erstens ist die angefochtene Handlung ein hochgradig gegliederter Text und seinem Erscheinungsbild nach ein Rechtstext. Er hat nicht weniger als 30 Erwägungsgründe. Die Empfehlung selbst gliedert sich in zwölf nummerierte Abschnitte. Sie wurde in der Reihe L des *Amtsblatts der Europäischen Union* veröffentlicht.

127. Die tatsächliche Form der Empfehlung vermittelt demnach den Eindruck, dass sie Rechtswirkungen erzeugen muss. Hierfür spricht auch, dass die Empfehlung keine vorbereitende Handlung darstellt. Sie markiert bereits den Abschluss eines Konsultationsverfahrens, da sie ein früheres Grünbuch und eine Mitteilung der Kommission näher ausgestaltet. Sie konkretisiert daher eindeutig die Ansicht der Letzteren zum Thema Verbraucherschutz bei Online-Glücksspieldienstleistungen, indem sie einige sehr konkrete Empfehlungen an die Mitgliedstaaten ausspricht.

128. Zweitens fällt die Detailliertheit und Genauigkeit konkreter Bestimmungen der Empfehlung auf. Die Empfehlung ist weit davon entfernt, lediglich „Grundsätze“ festzulegen, sondern trifft recht eindeutige und genaue Regelungen.

129. Um einige wenige Beispiele zu geben: In Abschnitt III legt die Empfehlung den detaillierten Inhalt der Informationen fest, die auf der Startseite der Glücksspiel-Website des Betreibers angezeigt werden und von jeder Seite der Website aus zugänglich sein sollten. In Abschnitt V fordert die Empfehlung die Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass eine Person nur dann an einer Online-Glücksspieldienstleistung teilnehmen kann, wenn sie als Spieler registriert ist und ein Spielerkonto bei dem Betreiber besitzt. Die Angaben zur Person des Spielers sollten von Letzterem überprüft werden. Ferner strebt Abschnitt VIII eine Regulierung der kommerziellen Kommunikation an. Er schließt insbesondere aus, dass Mitgliedstaaten bestimmte Aussagen etwa dahin machen, dass Glücksspiele als sozial attraktiv dargestellt werden oder suggeriert wird, dass Glücksspiele persönliche Probleme lösen können.

130. Drittens enthält die Empfehlung sehr detaillierte und umfassende Aufsichts- und Berichterstattungs-„Aufforderungen“. Nach Abschnitt XI werden die Mitgliedstaaten „aufgefordert, bei der Anwendung der in dieser Empfehlung festgelegten Grundsätze die zuständigen Glücksspiel-Regulierungsbehörden zu benennen, die die effektive Einhaltung der zur Unterstützung der Grundsätze dieser Empfehlung ergriffenen nationalen Maßnahmen in unabhängiger Weise gewährleisten und verfolgen“. Abschnitt XII betrifft die Berichterstattung. Nach seinen Bestimmungen sind die Mitgliedstaaten nicht nur aufgefordert, der Kommission alle zur Umsetzung ergriffenen Maßnahmen *mitzuteilen*, sondern auch vor Ablauf bestimmter Fristen zu statistischen Zwecken Jahresdaten zu sammeln.

82 Erwägungsgründe 8 und 9, angeführt oben in den Nrn. 11 und 12 der vorliegenden Schlussanträge.

83 Siehe oben, Nr. 30 der vorliegenden Schlussanträge.

84 Vgl. z. B. Urteil vom 22. Januar 2015, Stanley International Betting und Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, Rn. 51).

131. Zu diesen „Aufforderungen“ zu Berichterstattung und Aufsicht sind zwei Anmerkungen zu machen. Erstens dürfte der Gerichtshof in der Vergangenheit und im Allgemeinen besondere Sensibilität bei der Aufnahme von Einhaltung- oder Kontrollmechanismen in verschiedene atypische Instrumente gezeigt haben. In mindestens zwei Fällen hat er atypische Handlungen der Kommission für nichtig erklärt, weil sie detaillierte Regelungen über Mitteilungspflichten trafen und wohl über das hinausgingen, was für diese Art von Handlung angemessen war⁸⁵. Zweitens ist im Kontext der konkret vorliegenden Empfehlung darauf hinzuweisen, dass eine nicht verbindliche Empfehlung, zu deren Umsetzung die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, dessen ungeachtet von diesen Mitgliedstaaten (bzw. sogar nur von denjenigen, die der „Aufforderung“ nachkommen möchten) erwartet, zu all diesen (völlig freiwilligen) Tätigkeiten Daten zu benennen, zu kontrollieren, mitzuteilen, auszuwerten, zu sammeln und innerhalb bestimmter Zeiträume an die Kommission zu übermitteln.

132. Nach Punkt 54 der Empfehlung sollte dann die Kommission die *Umsetzung* (sic!) der Empfehlung bis zum 19. Januar 2017 bewerten. In der mündlichen Verhandlung wurde jedoch festgestellt, dass die Kommission dies bislang noch nicht getan hat, *weil* sie noch die Berichte der Mitgliedstaaten erwartet, bevor sie ihren eigenen Bericht erstellt. An dieser Stelle scheint mir das Maß an kognitiver Dissonanz, das aus diesen Stellungnahmen spricht, an die Qualität eines fortgeschrittenen Jedi-Gedankentricks heranzureichen.

133. Viertens soll die Empfehlung die Mitgliedstaaten dazu anhalten, bestimmte Rechtsvorschriften zu erlassen und durch diese Rechtsvorschriften auf Glücksspielunternehmen und Spieler, die ihre mittelbaren Adressaten sind, einzuwirken. Natürlich lässt sich somit die Ansicht vertreten, dass formal und für sich genommen nicht die Empfehlung, sondern die potenziellen nationalen Rechtsvorschriften Auswirkungen auf Rechte Dritter haben werden, es ist jedoch kaum zu bestreiten, dass diese Empfehlung die eigentliche Quelle der nationalen Rechtsvorschriften ist⁸⁶.

134. Fünftens ist als für sich genommen vielleicht marginaler Punkt, der jedoch auch die Dissonanz zwischen Inhalt und Titel hervorhebt, auf den 29. Erwägungsgrund und Punkt 2 der Empfehlung hinzuweisen. Danach bleiben von dieser Empfehlung die (verbindlichen und gültigen) Richtlinien der Union bzw. das Recht der Mitgliedstaaten auf die Regulierung von Glücksspieldienstleistungen unberührt. Diese Aussagen werfen zwangsläufig die Frage auf, warum dann, wenn die Empfehlung tatsächlich eine völlig unverbindliche Empfehlung wäre, die nicht dazu bestimmt ist, irgendwelche Rechtswirkungen zu erzeugen, dies in irgendeiner Weise einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfen sollte. Ein echtes nicht verbindliches Instrument des „soft law“ könnte von vornherein niemals in verbindliche und gültige Unionsvorschriften oder die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten eingreifen.

135. Im Ergebnis darf sicherlich angenommen werden, dass ein Leser bereits aufgrund dieser Gesichtspunkte des Zwecks, des Inhalts und des Kontexts, dann, wenn ihm dieses Dokument mit entferntem Titel und mit der Aufforderung überlassen würde, den Text ohne Kenntnis seines Titels zu lesen, denken könnte, dass er eine Richtlinie oder, an bestimmten Punkten, sogar eine Verordnung liest, jedenfalls aber einen Gesetzestext, der eindeutige und präzise Verpflichtungen festlegen und zur Einhaltung anhalten soll.

85 Urteil vom 13. November 1991, Frankreich/Kommission (C-303/90, EU:C:1991:424, Rn. 20 bis 25), zu einem Verhaltenskodex zur Anwendung einer Verordnung des Rates, nach dem die Mitgliedstaaten in einer bestimmten Häufigkeit und nach bestimmten Modalitäten zur Mitteilung von Informationen aufgefordert wurden, und Urteil vom 16. Juni 1993, Frankreich/Kommission (C-325/91, EU:C:1993:245, Rn. 22 bis 23), zu einer der näheren Ausgestaltung einer Richtlinie dienenden Mitteilung der Kommission, die zusätzliche Verpflichtungen vorsah, wie etwa eine zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgende jährliche Berichterstattung an die Kommission über finanzielle Daten.

86 Siehe auch oben, Nrn. 102 bis 105. Siehe ferner Nrn. 97 bis 98 und das Potenzial der Empfehlung, die Auslegung bestehender nationaler Regelungen auf demselben Gebiet und mit demselben Gegenstand zu beeinflussen.

136. Ich komme erst jetzt auf den Wortlaut der Empfehlung zu sprechen, genauer gesagt auf den spezifischen Text der einzelnen Bestimmungen (nachdem ich in den vorstehenden Absätzen des vorliegenden Abschnitts bereits die Detailliertheit und Konkretetheit dieser Bestimmungen erörtert habe). In der Begründung des Gerichts spielt der Wortlaut offenbar eine entscheidende Rolle. Aus den Gründen, die ich im vorstehenden Abschnitt allgemein zu erläutern versucht habe⁸⁷, ist der Wortlaut meines Erachtens bedeutsam, aber nicht entscheidend. Außerdem sollte er sicherlich nicht entscheidend sein, wenn er an und in sich tatsächlich nicht schlüssig ist.

137. Der Rechtsmittelführer ist in seinem schriftlichen und mündlichen Vortrag der vom Gericht in seinem Beschluss vorgenommenen sprachlichen Beurteilung entgegengetreten. Er hat insbesondere die Ansicht vertreten, dass der Wortlaut der Bestimmungen in zwei der drei Amtssprachen des Königreichs Belgien, nämlich im Niederländischen und im Deutschen, offenbar „stärker“ sei als in anderen Sprachfassungen. Demzufolge erzeuge die Empfehlung als logische Folge hieraus in Belgien „stärkere“ Rechtswirkungen.

138. Dieses konkrete Argument des Rechtsmittelführers ist nicht überzeugend. Zwar könnten einige Sprachfassungen als „verbindlicher“ aufgefasst werden als andere. Dies ist insbesondere bei der deutschen, der spanischen, der niederländischen und der portugiesischen Fassung der Fall. Entgegen den Feststellungen des Gerichts könnten vielleicht auch die polnische oder die tschechische Fassung Anlass zu Diskussionen geben.

139. Dass die niederländische und die deutsche Fassung offenbar einen verbindlicheren Wortlaut verwenden als andere, ist jedoch kaum von Bedeutung. Dass sie in Belgien Amtssprachen sind, gibt ihnen nicht mehr Gewicht als anderen Sprachfassungen. Es gibt den bekannten Grundsatz der gleichen Verbindlichkeit aller Sprachfassungen unionsrechtlicher Quellen, der meines Erachtens für Empfehlungen genauso gelten sollte wie für alle anderen Maßnahmen im Sinne von Art. 288 AEUV. Nach ständiger Rechtsprechung muss bei Abweichungen zwischen Sprachfassungen die fragliche Vorschrift nach dem Zusammenhang und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört⁸⁸.

140. Gerade diese umstrittenen sprachlichen Vergleiche zeigen und verdeutlichen, warum die Zahl der Wiederholungen der Formulierung „werden aufgefordert“ statt „müssen“ für die Beurteilung einer solchen Maßnahme nur von begrenzter Bedeutung ist. Im Allgemeinen gehen alle Sprachfassungen in die gleiche Richtung und lassen einen klaren Schluss auf die Rechtsnatur eines Textes zu, ohne den Kontext und Zweck einer Maßnahme eingehend ergründen zu müssen. Oder sie widersprechen einander, wobei jedoch dem Text einer Empfehlung nicht mehr Gewicht zukommen darf als ihrem Kontext und Zweck. Unzutreffend ist jedoch, Abweichungen zwischen den verschiedenen Sprachfassungen festzustellen und sich dann weiter auf den Standpunkt zu stellen, dass, weil die Mehrheit von ihnen X besagt, dies die richtige Auslegung sein solle. In einem System der gleichen Verbindlichkeit aller Sprachen können Sprachen bei der Auslegung nicht „überstimmt“ werden⁸⁹.

141. Letztendlich wird die detaillierte Prüfung einer (nicht) verbindlichen Formulierung in einigen Sprachen der Union jedoch niemals abschließend maßgeblich sein, insbesondere nicht für die Prüfung der Rechtswirkungen von Instrumenten des „soft law“. Für diese konkrete Art der Prüfung sind Kontext, Systematik und Grundgedanken viel wichtiger. Es macht unweigerlich einen enormen Unterschied für die Auslegung der Aussage „Ich fordere Sie auf, mir bis kommenden Freitag, 12 Uhr mittags, schriftlich Ihre Stellungnahme zu dieser Angelegenheit zu übermitteln“, ob diese Aussage von

⁸⁷ Siehe oben, Nr. 114.

⁸⁸ Vgl. z. B. Urteil vom 26. April 2012, DR und TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁸⁹ Dies gilt insoweit auch für die extremen Fälle, in denen es recht eindeutig erscheint, dass ein Übersetzungsfehler in lediglich einer Sprachfassung der Unionsmaßnahme vorliegt – vgl. z. B. Urteil vom 19. April 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

einem Vorgesetzten, einem Wissenschaftskollegen oder einem Partner getätigt wird. Natürlich hängt sie von dem betreffenden tatsächlichen Verhältnis ab, doch dürfte die „Aufforderung“ mit einiger Wahrscheinlichkeit im ersteren Fall tatsächlich eine Anweisung, im zweiten lediglich ein Vorschlag und im dritten ein Witz sein.

142. Im Ergebnis könnte vielleicht jedes einzelne der Elemente des Inhalts und Kontexts für sich allein noch zu der Erkenntnis führen, dass eine Empfehlung vorliegt, die nicht dazu bestimmt ist, Rechtswirkungen zu erzeugen. In ihrer Gesamtheit betrachtet, führt mich jedoch die *gemeinsame* Wirkung dieser verschiedenen Elemente im Kontext der *vorliegenden* konkreten Empfehlung neben der Einbeziehung des Umstands, dass sie von dem Organ abgegeben wurde, dem die Überwachung der Vorschriften auf demselben Gebiet (nämlich der Regulierung des Binnenmarkts) übertragen ist, zu dem Schluss, dass sie eindeutig Rechtswirkungen erzeugen und in einer über bloße politische Vorschläge hinausgehenden Weise zur Einhaltung anhalten soll.

143. Nach alledem ist der dritte Rechtsmittelgrund des Rechtsmittelführers meines Erachtens begründet. Das Gericht hat rechtsfehlerhaft entschieden, indem es die Rechtswirkungen der in Rede stehenden Empfehlung unzutreffend beurteilt und demzufolge die Nichtigkeitsklage unzutreffend für unzulässig erklärt hat.

B. Die Form bestimmt den Inhalt

144. Im Gegensatz zu „atypischen“ Handlungen der Unionsorgane oder -einrichtungen, für die die AETR-Kriterien ursprünglich entwickelt wurden, sind Empfehlungen „typische“ Handlungen, die in Art. 288 AEUV aufgeführt sind und deren gerichtliche Überprüfung nach Art. 263 Abs. 1 AEUV ausdrücklich ausgeschlossen ist. Sollte dieser Umstand bei der Überprüfung von Empfehlungen und für ihre Zulässigkeit eine Rolle spielen?

145. Die Argumentation in Teil A der vorliegenden Schlussanträge beruhte auf der Annahme, dass die AETR-Kriterien, wenn auch vielleicht mit gewissen Anpassungen, auf Empfehlungen ebenso anwendbar sind wie auf jede andere Form von „soft law“. Im ersten Teil des vorliegenden Abschnitts wird ein alternativer Ansatz dargestellt, der größeres Gewicht darauf legen würde, dass Empfehlungen „typische“ Handlungen sind, bei denen die Form für die Auslegung des Inhalts maßgeblich sein sollte (1). Aus einer Reihe von Gründen würde ich dem Gerichtshof jedoch empfehlen, bei dem (modifizierten) in Teil A der vorliegenden Schlussanträge dargestellten Ansatz des Vorrangs des Inhalts gegenüber der Form zu bleiben (2). Sollte der Gerichtshof dennoch der Ansicht sein, dass im konkreten Fall von Empfehlungen die Form tatsächlich für die Auslegung des Inhalts maßgeblich sein sollte, werde ich kurz einige wichtige Klarstellungen darstellen, die dann angezeigt wären (3).

1. Vollständiger Ausschluss: Eine Empfehlung ist eine Empfehlung

146. Die Begründung des Gerichts ging von der Annahme aus, dass die Kriterien, die der Gerichtshof im Urteil AETR für „atypische“ Handlungen der Unionsorgane und -einrichtungen geprägt hat, auch auf eine „typische“ Handlung, wie etwa eine Empfehlung, anwendbar sind. Dieser Ausgangspunkt mag auf zwei Ebenen diskussionswürdig sein: auf einer normativen und einer praktischen. *Normativ* besagt Art. 288 AEUV eindeutig, dass eine Empfehlung nicht verbindlich ist. Sodann nimmt Art. 263 Abs. 1 Satz 1 AEUV Empfehlungen der Kommission vom Geltungsbereich dieser Bestimmung und somit von Nichtigkeitsklagen ausdrücklich aus. Diese beiden Bestimmungen in Verbindung miteinander besagen eindeutig, dass eine Empfehlung nicht verbindlich sein und nicht überprüft werden kann.

147. Dem ist jedoch die Aussage des Gerichtshofs im Urteil Grimaldi hinzuzufügen, die die materielle Prüfung (wieder) ins Spiel brachte: Eine Empfehlung ist von der Überprüfung ausgenommen, solange es sich um eine „echte Empfehlung“ handelt⁹⁰. Dem ist implizit zu entnehmen, dass es eine „unechte Empfehlung“ geben könnte, die erfasst sein und überprüft werden könnte. Trotz des recht eindeutigen Wortlauts der Verträge findet sich somit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs in gewissem Maße eine Stütze dafür, Empfehlungen den AETR-Kriterien zu unterstellen, obwohl sie „typische“ Handlungen sind (deren mangelnde Verbindlichkeit im Vertrag eindeutig geregelt ist)⁹¹.

148. Was dann gleichwohl auf der *praktischen* Ebene passiert, ist, dass bei der Prüfung, ob ein Dokument eine „echte“ oder eine „unechte“ Empfehlung ist, der Umstand, dass das Dokument als Empfehlung bezeichnet wird, unvermeidlich die Prüfung seines Kontexts und Zwecks „einfärbt“. Dagegen müssen Kriterien, die für „atypische“ Handlungen entwickelt wurden, jedoch in einer Weise Anwendung finden, die weitgehend „formblind“ ist und den Titel/das Deckblatt des Dokuments außer Acht lässt. Andernfalls gerät man schließlich unvermeidlich in eine gewisse Art von Zirkelschluss, in dem die Form schließlich für die Auslegung des Inhalts maßgeblich ist⁹².

149. Dies führt mich zu dem möglichen alternativen Ansatz. Anstatt zuzulassen, dass die Form einer „typischen“ Handlung die Auslegung der Rechtsnatur einer „atypischen“ Handlung stillschweigend einfärbt, würde dieser Ansatz diese Unterscheidung zu ihrem vollständigen logischen Abschluss bringen: Eine „typische“ Form impliziert, *unabhängig* vom Inhalt, „typische“ Konsequenzen. Eine Empfehlung wird niemals Verbindlichkeit haben und darf keine Rechtswirkungen erzeugen. Punkt. Es würde keiner weiteren Prüfung bedürfen, ob es sich um eine „echte“ oder „unechte“ Empfehlung handelt. Eine Empfehlung ist eine Empfehlung.

150. Insoweit mag eine Parallele zu Stellungnahmen nach dem EGKS-Vertrag gezogen werden können, zu Handlungen, die ebenfalls ausdrücklich nicht verbindlich und nicht überprüfbar waren. Der Gerichtshof bestätigte bereits 1957, dass diese Handlungen nicht überprüft werden konnten. Er stellte insbesondere klar, dass Stellungnahmen nur Hinweise geben. Sie wurden als „bloße Ratschläge an die Unternehmen“ betrachtet. „Es steht den Unternehmen mithin frei, sie zu beachten oder nicht zu beachten; sie müssen sich jedoch darüber im Klaren sein, dass sie bei Nichtbeachtung einer ungünstigen Stellungnahme die Risiken auf sich nehmen, die sich für sie mittelbar aus einer Lage ergeben könnten, zu deren Zustandekommen sie selbst beigetragen haben würden. Mit anderen Worten, die Entscheidungsfreiheit und die Verantwortung der Unternehmen wie auch die Freiheit und Verantwortung der Hohen Behörde bleiben unberührt.“⁹³ Dies ließe sich auf Empfehlungen tatsächlich vollumfänglich übertragen.

2. Inhalt oder Form?

151. Zwei Argumente sprechen für den *formalen* Ansatz in Bezug auf „typische“ Rechtsakte: i) das Argument der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit und ii) das Argument der Notwendigkeit einer gewissen gesetzgeberischen Flexibilität.

152. Erstens bleibt der formale Ansatz dem Wortlaut von Art. 263 AEUV treu, der Empfehlungen und Stellungnahmen seit 1957 stets durchgängig und ausdrücklich vom Geltungsbereich von Nichtigkeitsklagen ausnimmt.

90 Urteil vom 13. Dezember 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, Rn. 16).

91 Deshalb gelangte das Gericht dann zu der Feststellung, dass „der Umstand allein, dass die streitige Empfehlung formell als Empfehlung bezeichnet und unter Bezugnahme auf Art. 292 AEUV erlassen worden ist, ihre Einstufung als anfechtbare Handlung nicht ohne Weiteres ausschließen kann“ (Rn. 20 des angefochtenen Beschlusses).

92 Oben näher dargestellt, Nrn. 77 bis 79.

93 Urteil vom 10. Dezember 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Hohe Behörde (1/57 und 14/57, EU:C:1957:13, S. 115).

153. Hiermit verbinden sich Vertrauen und Erwartungen. Obwohl er fast immer als Übel dargestellt wird, hat der Formalismus auch positive Seiten. Er fördert Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Die Dinge müssen wirklich das sein, was ihre Bezeichnung besagt, ohne dass die Notwendigkeit besteht, sie ständig inhaltlich und kontextbezogen neu zu prüfen.

154. Dies gilt umso mehr für „typische“ formalisierte Quellen. Wie weit könnte der Weg des „Vorrangs des Inhalts gegenüber der Form“ gehen? Müssten dann andere typische Quellen des Unionsrechts, wie etwa eine Verordnung und eine Richtlinie, auch auf ihren echten, tatsächlichen Inhalt geprüft werden? Könnten sie dann möglicherweise auch „neu eingestuft“ werden, weil ihr Titel mit ihrem Inhalt nicht mehr im Einklang steht? Könnte in Extremfällen eine solche Neueinstufung sogar zum Ausschluss einer gerichtlichen Kontrolle führen? Könnte der Gerichtshof eine Nichtigkeitsklage beispielsweise gegen eine Verordnung für unzulässig erklären, weil diese Verordnung so schlecht formuliert ist, dass sie tatsächlich keine (verbindlichen) Rechtswirkungen erzeugen kann?

155. Zweitens können Empfehlungen zulässige Referenzpunkte, Anregung und bewährte Praxis sein. Sie können verschiedene Lösungen und die Erprobung von Gedanken ermöglichen, um darüber zu entscheiden, welche von ihnen weiterverfolgt und welcher verworfen werden sollte. Auf diese Weise könnten sie als eine Art gesetzgeberisches Labor betrachtet werden. Es ist vielleicht zuzugestehen, dass dann, wenn jede Empfehlung angegriffen und in Frage gestellt werden könnte, diese Flexibilität eines gesetzgeberischen Labors verloren ginge. Insbesondere die Kommission könnte praktisch gehindert werden, informellere Formen des Handelns zu ergreifen, um ihre Vorhaben im Interesse der Union voranzubringen.

156. Die Antwort auf diese beiden Argumente vom Standpunkt des Ansatzes des „Vorrangs des Inhalts gegenüber der Form“ ist nicht kompliziert: Erstens ist dieser Ansatz gerade dann angezeigt, wenn die förmlichen Grenzen einer „typischen“ Handlung nicht gewahrt werden. Dieser Ansatz ist also weit davon entfernt, alle typischen Handlungen in Frage zu stellen, und ist seinem Wesen nach Extremfällen vorbehalten. Zweitens muss die Attraktivität eines flexiblen gesetzgeberischen Labors klare Grenzen im Grundsatz der Rechtmäßigkeit der öffentlichen Gewalt und im Grundsatz der Einzelermächtigung finden. Selbst gut gemeinte gesetzgeberische Labore können schnell zu einer „getarnten Gesetzgebung“ werden.

157. Dagegen gibt es mindestens drei Argumente, die für den inhaltlichen Ansatz sprechen, der in Teil A dargestellt ist: i) die Allgegenwärtigkeit des Vorrangs des Inhalts gegenüber der Form, ii) die Notwendigkeit der Gewährleistung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und iii) die Gesamtkohärenz der Rechtsbehelfe im Unionsrecht.

158. Erstens ist ungeachtet einiger in der Tat bedeutsamer Ausnahmen der Gesamtansatz und Geist im Unionsrecht einfach ein materieller: In zahllosen Bereichen des Unionsrechts ist Gegenstand der Prüfung der Inhalt, der Wesensgehalt eines Phänomens, einer Kategorie oder einer Einrichtung – und nicht wirklich deren förmliche Bezeichnung oder Aufschrift. Sicherlich kommt der Form eine Bedeutung zu. Im Unionsrecht ist die Form jedoch eine erste Annäherung an die wahre Rechtsnatur einer Handlung. Sie ist nicht entscheidend.

159. Zweitens ist, wie oben bereits eingehend erläutert⁹⁴, eine kaum zu bestreitende Tatsache, dass Empfehlungen durchaus eine Reihe erheblicher Rechtswirkungen erzeugen, auch wenn sie streng betrachtet im Einzelfall nicht verbindlich sein mögen. Wenn dies tatsächlich der Fall ist, muss damit ein wirksamer Rechtsschutz einhergehen. Erinnerung sei daran, dass der Gerichtshof in der Vergangenheit, sowohl ursprünglich im Urteil AETR als dann aber auch in späteren Rechtssachen

94 Siehe oben, Nrn. 87 bis 108.

nicht gezögert hat, die soziale und rechtliche Entwicklung anzuerkennen und hierdurch im Rechtsschutz entstandene Lücken zu schließen⁹⁵. Es ist auch die Ansicht vertreten worden, dass das Aufkommen neuer und „weicherer“ Formen der Verwaltung zu dieser Art von Entwicklung gehöre⁹⁶.

160. Drittens ist das Argument der Kohärenz der Rechtsbehelfe im Unionsrecht auf zwei Ebenen relevant: einerseits für die Kohärenz zwischen Art. 263 AEUV (Nichtigkeitsklage) und Art. 267 AEUV (dem Vorabentscheidungsverfahren) und andererseits für die Stellung (nicht) privilegierter Kläger in diesen Verfahren.

161. Nach ständiger Rechtsprechung „[beruht] [d]ie Überwachung der Rechtmäßigkeit von Rechtsakten der Union, die der Gerichtshof nach den Verträgen gewährleistet, ... auf zwei komplementären Gerichtsverfahren: Mit seinen Art. 263 und 277 einerseits und mit Art. 267 andererseits hat der AEU-Vertrag ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren geschaffen, das die Rechtmäßigkeitskontrolle der Unionshandlungen gewährleisten soll, mit der der Unionsrichter betraut wird. ... Es ist diesem vollständigen System von Rechtsbehelfen und Verfahren inhärent, dass die Bürger im Rahmen eines Verfahrens vor einem nationalen Gericht berechtigt sind, die Rechtmäßigkeit von Bestimmungen in Rechtsakten der Union, die als Grundlage für eine ihnen gegenüber ergangene Entscheidung oder nationale Maßnahme dienen, in Zweifel zu ziehen ...“⁹⁷

162. Zwei in diesem Zitat enthaltene Adjektive möchte ich hervorheben: „komplementär“ und „vollständig“. In vielleicht eher paradoxer Weise könnte dieses zweite Adjektiv für einen privilegierten Kläger problematisch sein, d. h. für einen Mitgliedstaat, der durch eine Empfehlung zu einem bestimmten Handeln „aufgefordert“ wird und mit dieser „Aufforderung“ nicht einverstanden ist, ohne dass diese Empfehlung jedoch (bereits) Gegenstand eines Verfahrens auf der nationalen Ebene wäre.

163. Einerseits dürfte, wie bereits dargestellt⁹⁸, ein Vorabentscheidungsersuchen über die Gültigkeit einer Empfehlung möglich sein. Ist dies der Fall, ist schwer nachvollziehbar, warum es für einen privilegierten Kläger schwieriger sein sollte, eine Handlung unmittelbar vor dem Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 263 AEUV anzufechten als für einen nicht privilegierten Kläger mittelbar auf der Grundlage von Art. 267 AEUV.

164. Andererseits wird, selbst wenn dem Gesamtgedanken der Komplementarität insgesamt Vorrang zukäme und dieser unmittelbaren Klagen gegen die Gültigkeit sowie dem Versuch entgegenstände, sie durch das Vorabentscheidungsverfahren zu leiten, die Rechtslage eines Mitgliedstaats nicht viel einfacher. Wie sollte ein Mitgliedstaat praktisch vorgehen? Sollte er die Empfehlung zunächst durchführen (was er von vornherein nicht wollte) und sie dann vor seinen eigenen nationalen Gerichten anfechten? Sollte er einen Rechtsstreit herbeiführen?

165. Ohne irgendeine dieser Fragen⁹⁹ erneut aufwerfen zu wollen, genügt es, hervorzuheben, dass die Mitgliedstaaten schlicht keine Einzelpersonen sind, die vielleicht zu einem späteren Zeitpunkt verpflichtet sein könnten, einer Unionsmaßnahme nachzukommen, nachdem diese aufgrund einer Einzelentscheidung, sei es auf nationaler oder unionsrechtlicher Ebene, auf sie angewendet wurde. Es sind die Mitgliedstaaten, die von vornherein zur Durchführung dieser Regelungen aufgefordert sind. Es wäre daher schlicht unlogisch, die Mitgliedstaaten zu einem Handeln anzuhalten und ihnen gleichzeitig die Möglichkeit zu nehmen, eine Klage vor dem Gerichtshof zu erheben. Dies stünde nicht nur den Interessen der geordneten Rechtspflege entgegen, da es eine etwaige Klage gegen eine Empfehlung verzögern würde, sondern auch den Interessen des Urhebers der Empfehlung selbst.

95 Zu einem beachtenswerten Beispiel vgl. z. B. Urteil vom 23. April 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, Rn. 24).

96 Siehe oben, Nrn. 81 bis 86.

97 Urteil vom 28. März 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, Rn. 66 bis 67 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch Gutachten 1/09 (Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8. März 2011 (EU:C:2011:123, Rn. 70).

98 Siehe oben, Nrn. 106 bis 108.

99 Die durch Urteil vom 1. April 2004, Kommission/Jégo-Quérel (C-263/02 P, EU:C:2004:210), entschieden worden sind.

Anstatt den potenziellen Streit kanalisieren, lösen und dann fortfahren zu können, wäre der Mitgliedstaat schlicht gezwungen, die Zusammenarbeit zu verweigern und zu warten, bis eines seiner eigenen Gerichte oder möglicherweise ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV zur Gültigkeit der angefochtenen Handlung einreicht. Dies erscheint mir praktisch sicherlich wenig sinnvoll.

3. Die (möglicherweise) notwendigen Klarstellungen

166. Im Ergebnis sehe ich viele weitere überzeugende Gründe dafür, dem Gerichtshof eine Ausdehnung der modifizierten AETR-Kriterien dahin nahezulegen, dass sie auch für eine mögliche gerichtliche Überprüfung von Empfehlungen gelten.

167. Sollte der Gerichtshof jedoch dem Weg folgen wollen, dass die Form einer „typischen“ Handlung dafür maßgeblich ist, wie ihr Inhalt aufgefasst und ausgelegt wird, ohne dass es einer gesonderten Prüfung desselben bedürfte, wäre es von wesentlicher Bedeutung, verschiedene Punkte klarzustellen. Diese notwendigen Klarstellungen beziehen sich in der Tat auf die oben bereits im Rahmen der tatsächlichen Rechtswirkungen von Empfehlungen benannten Punkte¹⁰⁰. Unterstreichen würde ich insbesondere drei wesentliche Punkte: i) den Umfang der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Bezug auf Empfehlungen, ii) das Nichtbestehen einer vorgreiflichen Wirkung von Empfehlungen auf das potenzielle künftige Rechtsetzungsverfahren auf der Unionsebene und iii) eine Klarstellung der Tragweite der sich aus dem Urteil Grimaldi ergebenden Pflicht der nationalen Gerichte.

168. Erstens sind Empfehlungen weder verbindlich, noch dürfen sie Rechtswirkungen erzeugen. Sie können dementsprechend keine Rechte oder Verpflichtungen der Mitgliedstaaten oder Einzelner begründen. Was die Mitgliedstaaten angeht, kann der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nicht herangezogen werden, um dazu anzusetzen, diesen Ausgangspunkt in irgendeiner Weise zu erschüttern. Die Mitgliedstaaten haben das volle Recht, den Inhalt einer Empfehlung vollständig außer Acht zu lassen, ohne dass eine Möglichkeit unmittelbarer oder mittelbarer Sanktionen bestünde. Dies gilt nicht nur für die konkreten „Verpflichtungen“, zu deren Durchsetzung die Mitgliedstaaten aufgefordert werden, sondern auch für alle Berichterstattungs-„Aufforderungen“. Es kann weder positive noch negative Verpflichtungen geben, die sich aus einer Empfehlung ergeben. Eine Empfehlung kann auch nicht zur Festlegung eines Maßstabs oder unbestimmten Rechtsbegriffs herangezogen werden, der dann nach seiner inhaltlichen Ausgestaltung durch diese Empfehlung gegen einen Mitgliedstaat oder eine Einzelperson durchgesetzt wird.

169. Zweitens ist eine Empfehlung, zumal eine prälegislative, schlicht eine einseitige, nicht verbindliche Stellungnahme eines Organs. Wenn ihr jemals verbindliche Rechtsvorschriften folgen sollten, muss das Rechtsetzungsverfahren ganz neu aufgenommen werden. Insbesondere kann eine Empfehlung keine die Rechtsetzung „abkürzende“ oder ihr „vorgreifliche“ Wirkung haben, indem sie bestimmte Akteure von einem späteren Rechtsetzungsverfahren ausschließt oder einige Akteure im nachfolgenden Verfahren praktisch bestraft, weil sie ihre Stellungnahmen, Anmerkungen, Daten oder Berichte zu der Empfehlung nicht bereits vorgetragen und/oder diese im Verfahren ihrer „Durchführung“ nicht bereits vorgetragen haben.

170. Abschließend ist das Urteil Grimaldi zu nennen¹⁰¹. Wenn Empfehlungen nicht verbindlich sind, können sie von vornherein keine *Pflicht* der nationalen Gerichte begründen, solche nicht verbindlichen Hinweise zu berücksichtigen, und erst recht kann von einer Pflicht zur konformen Auslegung nicht die Rede sein. Sollte der Gerichtshof dieser Linie eines formaleren Ansatzes in Bezug

100 Siehe oben, Nrn. 87 bis 108.

101 Siehe oben, Nrn. 97 bis 101.

auf eine „typische“ unionsrechtliche Handlung folgen, müsste das Urteil Grimaldi insoweit überprüft und klar festgestellt werden, dass es keine Pflicht gibt, eine Empfehlung zu berücksichtigen. Die nationalen Gerichte *können* dies tun, wenn sie es für sinnvoll halten, sie sind dazu aber sicherlich *nicht verpflichtet*.

171. Dies würde dann bedeuten, dass die nationalen Gerichte Empfehlungen wie jede andere *zulässige* Erkenntnisquelle im Rahmen der rechtlichen Auslegung zu behandeln hätten, etwa wie wissenschaftliche Kommentare oder ein rechtsvergleichendes Argument. Sie können sie in ihre Begründung einbeziehen, wenn sie möchten, sie jedoch auch vollständig außer Acht lassen, ohne dass sie zu einer Begründung hierfür verpflichtet wären.

VII. Ergebnis

172. Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, dass das Gericht die Rechtswirkungen der angefochtenen Empfehlung fehlerhaft beurteilt hat. Der dritte Rechtsmittelgrund des Rechtsmittelführers ist daher begründet, ohne dass es einer weiteren Prüfung des ersten und des zweiten Rechtsmittelgrundes bedarf. Demzufolge ist der Beschluss des Gerichts aufzuheben, soweit die Klage mit ihm für unzulässig erklärt wurde.

173. Nach Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann der Gerichtshof im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Gerichts den Rechtsstreit auch selbst entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist.

174. In der vorliegenden Rechtssache ist der Gerichtshof im gegenwärtigen Verfahrensstadium nicht imstande, über die Begründetheit der beim Gericht erhobenen Klage zu entscheiden. Da das Gericht die Klage als unzulässig abgewiesen hat, ist die Begründetheit der Rechtssache im Verfahren vor dem Gericht nur sehr begrenzt und eher mittelbar zur Erörterung gelangt. Außerdem wurde aus denselben Gründen keinem der beteiligten Streithelfer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben¹⁰². Wenn der Gerichtshof die Klage auf Nichtigerklärung für zulässig erklären sollte, ist anzunehmen, dass diese Streithelfer, und möglicherweise auch weitere Beteiligte, an einer Stellungnahme interessiert wären.

175. Meines Erachtens liegen dem Gerichtshof jedoch alle notwendigen Informationen vor, um über die Zurückweisung der von der Kommission im ersten Rechtszug erhobenen prozessualen Einrede der Unzulässigkeit entscheiden zu können. Aus Gründen der Verfahrenseffizienz und -ökonomie schlage ich dem Gerichtshof genau dies vor, die Klage für zulässig zu erklären und die Rechtssache zur Entscheidung in der Sache an das Gericht zurückzuverweisen.

176. Demnach schlage ich dem Gerichtshof vor,

- den Beschluss des Gerichts der Europäischen Union in der Rechtssache T-721/14 aufzuheben und die vom Rechtsmittelführer in jener Rechtssache erhobene Nichtigkeitsklage für zulässig zu erklären;
- die Rechtssache zur Entscheidung in der Sache an das Gericht zurückzuverweisen;
- die Entscheidung über die Kosten vorzubehalten.

¹⁰² Siehe oben, Fn. 24.