

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
GIUSEPPE TESAURO
vom 17. Mai 1990*

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

1. Die Antwort, die der Gerichtshof in der Rechtssache Factortame auf zwei vom House of Lords zur Vorabentscheidung vorgelegte Fragen zu geben hat, wird gewiß zu denjenigen gerechnet werden, die zur Abgrenzung des Rahmens der Beziehungen zwischen nationalem Gericht und Gemeinschaftsrecht beitragen, und zwar — so möchte ich hinzufügen — in einem nicht unwichtigen Punkt.

Die Fragen sind klar. In dem Zeitraum bis zur Vorabentscheidung des Gerichtshofes über die Auslegung einer unmittelbar geltenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung gestattet es die englische Rechtsordnung dem Richter nicht, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Anwendung der angeblich unzulässigen innerstaatlichen Vorschrift auszusetzen und damit das aus der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung hergeleitete, durch die innerstaatliche Vorschrift jedoch negierte angebliche Recht des einzelnen vorläufig anzuerkennen: 1) Muß (oder darf) der nationale Richter in diesem Sinne aufgrund des Gemeinschaftsrechts entscheiden? 2) Wenn ja, anhand welcher Kriterien?

2. In dem der Vorabentscheidungsvorlage zugrundeliegenden Rechtsstreit machen zahlreiche in der Fischerei tätige Gesellschaften englischen Rechts, die sich aber im Besitz spanischer Interessengruppen befinden, geltend, ein englisches Gesetz — das 1988 die Voraussetzungen für die Eintragung in das Register der Fischereifahrzeuge, insbesondere hinsichtlich der Staatsangehörigkeit und der Lokalisierung des tatsächlichen Eigentums, geändert und für ausländi-

sche Interessen (auch solche innerhalb der Gemeinschaft) bewußt erschwert hat — verstoße gegen das Gemeinschaftsrecht. Unter Berufung auf eine Reihe von unmittelbar geltenden Bestimmungen des Vertrages haben die Firma Factortame und einige andere Firmen ein Verfahren der „gerichtlichen Überprüfung“ des fraglichen Gesetzes eingeleitet. Sie beantragen festzustellen, daß dieses Gesetz wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht auf sie nicht anwendbar ist, der Verwaltung zu untersagen, die Eintragung der Schiffe aufgrund des alten Gesetzes als hinfällig zu betrachten und im Falle eines Aufschubs der endgültigen Entscheidung einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren.

3. Das erstinstanzliche Gericht, der Divisional Court der Queen's Bench Division, hat die Sache dem Gerichtshof zur Auslegung der angezogenen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen vorgelegt und der Verwaltung im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, bis zum Erlaß der Endentscheidung oder einer weiteren einstweiligen Anordnung das neue Gesetz nicht auf die Klägerinnen anzuwenden.

4. Auf Beschwerde der Verwaltung wurde die einstweilige Anordnung vom Court of Appeal mit der Begründung aufgehoben, die englischen Gerichte dürften weder die Anwendung der Gesetze einstweilen aussetzen noch eine einstweilige Anordnung gegen die Krone erlassen.

5. Das House of Lords, vor das die Sache gebracht wurde, bestätigte, daß die Gerichte nach englischem Recht die Anwendung eines vom Parlament erlassenen Gesetzes

* Originalsprache: Italienisch.

nicht wegen dessen — angeblicher, aber nicht festgestellter — Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht aussetzen dürften, und legte dem Gerichtshof die genannten Fragen zur Vorabentscheidung vor, um im wesentlichen Aufschluß darüber zu erhalten, ob das, was das englische Recht verbietet, durch das Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben oder gestattet wird.

6. Vorab sei klargestellt: Das vorlegende Gericht erkennt an, daß es berechtigt und verpflichtet ist, einer innerhalb der englischen Rechtsordnung unmittelbar geltenden Bestimmung des Vertrages oder des Sekundärrechts Vorrang vor dem damit unvereinbaren innerstaatlichen Gesetz einzuräumen, wenn der Widerspruch entweder aufgrund einer bereits bestehenden Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung durch den Gerichtshof oder deshalb, weil die Bestimmung selbst inhaltlich hinreichend „klar“ ist, sofort und leicht feststellbar ist. Das Problem war aber, daß die Auslegung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ungewiß war und daß „gute Gründe sowohl für als auch gegen das Bestehen der geltend gemachten Rechte sprachen“, so daß das erstinstanzliche Gericht den Gerichtshof um Vorabentscheidung über deren Auslegung ersuchte. Diese Frage ist Gegenstand eines anderen, von der vorliegenden Rechtssache unabhängigen Verfahrens (Rechtssache 221/89). Im übrigen möchte ich, um das Bild abzurunden, daran erinnern, daß die Kommission wegen der behaupteten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit desselben englischen Gesetzes — allerdings nur unter dem Gesichtspunkt der Staatsangehörigkeit — gemäß Artikel 169 Klage gegen das Vereinigte Königreich erhoben und zugleich die Aussetzung der Anwendung des Gesetzes im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt hat. Der Gerichtshof hat antragsgemäß bereits einen entsprechenden Beschluß erlassen, und das Gesetz ist in diesem Punkt auch geändert worden.¹

7. Eine weitere Vorbemerkung, die ich für sachdienlich halte: Das Problem ist im Rahmen des im englischen Recht vorgesehenen besonderen Verfahrens der „gerichtlichen Überprüfung“ aufgeworfen worden, das von den Parteien noch vor Inkrafttreten des neuen Registrierungs-gesetzes eingeleitet wurde. In diesem Zusammenhang haben sowohl das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß als auch das Vereinigte Königreich in seinen schriftlichen Erklärungen ausgeführt, wenn die Frage der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht in einem Straf- oder Verwaltungsverfahren gegen dieselben Betroffenen wegen Verstoßes gegen das Schiffsregistergesetz aufgeworfen worden wäre, hätte das Gericht bis zum Abschluß des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof über die Auslegung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen durchaus *das Verfahren* (und sogar die etwaige Einziehung der Schiffe) *aussetzen* können. Die für die Parteien günstigen oder ungünstigen Konsequenzen der Entscheidung des Gerichtshofes wären dann rückwirkend zum Tragen gekommen. Das vorlegende Gericht schließt daraus, daß in diesem Fall „das Straf- bzw. das Einziehungsverfahren nicht vereitelt, sondern nur aufgeschoben würde“ (S. 13 des Vorlagebeschlusses).

Es ist nicht völlig klar, unter welchem Aspekt der Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall (Verfahren der gerichtlichen Überprüfung) und demjenigen eines möglichen normalen Verfahrens strafrechtlicher oder anderer Art wegen Verstoßes gegen das Gesetz aufgezeigt wurde. Jedenfalls erscheint mir, soweit hier von Belang, der Unterschied nicht sehr bedeutsam. Die bloße *Aussetzung eines Verfahrens* wegen einer Vorlage an den Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages *ist keine einstweilige Anordnung* und erfüllt keine der Voraussetzungen für den einstweiligen Schutz der geltend

¹ — Beschluß vom 10. Oktober 1989 in der Rechtssache 246/89 R, Slg. 1989, 3125.

gemachten Rechte. Sie wirft im Gegenteil zweifellos in schärferer Form dasselbe Problem auf, das einstweiligen Rechtsschutz erforderlich macht: die Frage, ob das Verfahren im Falle einer Aussetzung gerade durch die Verzögerung der Endentscheidung „vereitelt“ wird.

Die Fragen des House of Lords sind daher für die eine wie auch die andere vor dem Gerichtshof beschriebene Verfahrenssituation in gleicher Weise von Bedeutung. Anders verhielte es sich nur, wenn das Gericht in jedem Verfahren bei einer Aussetzung mit Vorlage zum Gerichtshof gemäß Artikel 177 auch eine einstweilige Anordnung wie die von den Klägerinnen im vorliegenden Fall beantragte erlassen und somit bis zur Endentscheidung einstweilen die Registrierung der Schiffe aufgrund des alten Gesetzes gestatten könnte, was offensichtlich, wie sich ausdrücklich auch in der mündlichen Verhandlung ergeben hat, sowohl im Verfahren der gerichtlichen Überprüfung als auch in jedem anderen Verfahren ausgeschlossen ist.

8. Hingegen halte ich den vom vorlegenden Gericht hervorgehobenen Umstand für wichtig, daß in einem Fall wie dem vorliegenden, d. h. bei Nichtgewährung einstweiligen Rechtsschutzes, der den Klägerinnen im Laufe des Verfahrens entstandene wirtschaftliche Schaden nie mehr wiedergutmacht werden könnte, da dem eine gefestigte nationale Rechtsprechung entgegensteht (Vorlagebeschluß, S. 10). Daraus folgt: Selbst wenn der Gerichtshof ein Auslegungsurteil im Sinne der Klägerinnen erlassen sollte, könnte die anschließende Entscheidung des nationalen Gericht keinen Ersatz des entstandenen Schadens zusprechen, so daß das Verfahren in jedem Fall als „vereitelt“ erscheinen könnte.

Das bedeutet nicht, daß es entscheidend auf den Ersatz des Vermögensschadens ankäme und daß dieser eine echte Alternative für

den einstweiligen Rechtsschutz darstellte, denn auch wenn eine Entschädigung vorgesehen wäre, würde sie für sich allein nicht stets und in jedem Fall ausreichen, um dem Erfordernis einstweiligen Rechtsschutzes zu genügen, das gerade deshalb besteht, weil eine Entschädigung in Geld im Hinblick auf den „Nutzen“ des künftigen Urteils unzureichend ist². Vielmehr macht der Ausschluß der Entschädigung gegebenenfalls den während des Verfahrens erlittenen Vermögensschaden irreparabel.

9. Das englische Gericht hat die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts konkret aufgeführt, deren Auslegung durch eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes es in die Lage versetzen würde, in der einen oder anderen Weise das Problem zu lösen: die unmittelbare Wirkung der angezogenen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, die Verpflichtung zur Gewährung unmittelbaren und sofortigen Schutzes für die Rechte der einzelnen, die praktische Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes, die Verpflichtung, nationale Normen und/oder Praktiken unbeachtet zu lassen, die die Wahrnehmung der Rechte und den ihnen gewährten Schutz unmöglich machen.

Ebenso ist deutlich gemacht worden, auf welche formellen Hindernisse die englischen Gerichte bei der Ausübung ihrer Befugnis zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Verfahren wie dem vorliegenden stoßen: die Vermutung der Rechtmäßigkeit eines nationalen Gesetzes bis zur endgültigen Feststellung, einschließlich der Auslegung im Wege der Vorabentscheidung durch den Gerichtshof, sowie die Unmöglichkeit, der Krone die Vornahme von Handlungen aufzubeugen, die sich im übrigen nicht nur auf den einstweiligen Rechts-

2 — Vgl. z. B. den Beschluß des Gerichtshofes vom 21. August 1981 in der Rechtssache 232/81 R, Slg. 1981, 2193, Randnr. 9.

schutz, sondern auch auf Endentscheidungen beziehe (Erklärungen des Vereinigten Königreichs, S. 13 und 20).

10. Die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze, die das House of Lords für relevant erklärt hat und von deren Auslegung seine Entscheidung abhängt, sind fundamentale Grundsätze, die in zahlreichen Urteilen des Gerichtshofes bekräftigt wurden. Diese Grundsätze werden jedenfalls von den englischen Gerichten anerkanntermaßen beachtet — mit der einzigen Ausnahme, die diesem Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liegt und zugleich Gegenstand dieses Verfahrens ist. Sind diese Grundsätze auch dahin auszulegen, daß das nationale Gericht eine einstweilige Anordnung erlassen muß (oder kann), die darin besteht, daß der Krone aufgegeben wird, für die Dauer des Hauptverfahrens eine „Maßnahme“ (im vorliegenden Fall ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz) nicht anzuwenden, hinsichtlich dessen nicht die Gewißheit, sondern nur die — wenn auch naheliegende — Vermutung besteht, daß es mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist? Mit anderen Worten: Gehört zu den Verpflichtungen, die das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Gericht in bezug auf den Schutz der den einzelnen unmittelbar verliehenen Rechte auferlegt, auch die einstweilige Aussetzung der Anwendung eines angeblich gemeinschaftsrechtswidrigen innerstaatlichen Gesetzes?

11. Zur Beantwortung dieser Frage muß über eine rasche Prüfung der einschlägigen — dem vorlegenden Gericht wohlbekannten — gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze hinaus das Erfordernis definiert werden, das dem einstweiligen Rechtsschutz, einem in der allgemeinen Rechtslehre und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten seit langem verwurzelten Instrument, zugrunde liegt und die Existenzberechtigung gibt.

12. Der im vorliegenden Fall unbestrittene Ausgangspunkt für die Beurteilung des Pro-

blems ist folgender: Es geht um *unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen* in dem nunmehr allgemein anerkannten Sinne von Bestimmungen, die den einzelnen unmittelbar Rechtspositionen verschaffen, die sich als (subjektive) Rechte qualifizieren lassen, und die als solche vor dem nationalen Gericht geltend gemacht werden können. Es bedarf kaum des Hinweises, daß dies der Fall in dem vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren ist, wobei es überhaupt nicht darauf ankommt, um welche gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen es sich handelt und wie diese richtig auszulegen sind. In der Tat wird im vorliegenden Verfahren nicht um Auslegung der einzelnen Vertragsbestimmungen ersucht, auf die sich die Klägerinnen im Verfahren vor dem nationalen Gericht berufen haben (nur zur Klarstellung möchte ich daran erinnern, daß es sich um die Artikel 7, 52, 58 und 221 des Vertrages handelt), sondern um die Auslegung der zuvor erwähnten Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Der Gerichtshof hat mit anderen Worten die geltend gemachten Bestimmungen nicht materiell-rechtlich zu prüfen — dies ist wie erinnerlich Gegenstand eines anderen, gesonderten Vorabentscheidungsverfahrens, das ebenfalls beim Gerichtshof anhängig ist (Rechtssache 221/89) —, sondern eine Antwort im Hinblick auf den einstweiligen Schutz von Rechten zu geben, die von einzelnen aus unmittelbar geltenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hergeleitet werden.

13. Dies vorausgeschickt, möchte ich in Erinnerung rufen, daß die mit allgemeiner Geltung ausgestatteten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts „ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen“³ und daß „diese Wirkung... sich auch auf jedes Gericht [erstreckt], das, angerufen im Rahmen sei-

3 — Vgl. unter anderem das Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnrn. 14 bis 16, und das Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 811/79, Ariete, Slg. 1980, 2545, Randnr. 5.

ner Zuständigkeit, als Organ eines Mitgliedstaats die Aufgabe hat, die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht den einzelnen verleiht“ (Simmenthal, a. a. O.). In dem letztgenannten Urteil hat der Gerichtshof weiter ausgeführt, daß nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die entsprechenden unmittelbar geltenden Bestimmungen nicht nur zur Folge haben, „daß allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts *ohne weiteres* unanwendbar wird, sondern auch ..., daß ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären“ (Simmenthal, Randnrn. 17 und 18).

Es ist somit völlig klar, daß eine in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung von ihrem Inkrafttreten an und während ihrer gesamten Gültigkeitsdauer dem einzelnen ein subjektives Recht verleiht, unabhängig von und selbst entgegen früheren oder späteren innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die dieses Recht möglicherweise verneinen. Ich halte es, insbesondere im vorliegenden Zusammenhang, nicht für sachdienlich, mich einer sterilen dialektischen Übung zur theoretischen Verankerung dieses gesicherten Standes der Dinge zu widmen. Worauf es, soweit vorliegend relevant, ankommt, ist folgendes: Das nationale Gericht hat den durch die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung verliehenen Rechten vom Inkrafttreten der Bestimmung an und für die gesamte Dauer ihrer Gültigkeit gerichtlichen Schutz zu gewähren.

14. Ebenfalls unbestritten und in Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrages niedergelegten Grundsatz der Mitwirkungspflicht — dem wahren Schlüssel zur Auslegung des gesamten Systems — ist die Tatsache, daß die Verfahrensregeln und die nähere Ausgestaltung des Schutzes der den einzelnen durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen verliehenen Rechte mangels eines harmonisierten Verfahrensrechts Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten sind. Dieser in der Rechtsprechung

des Gerichtshofes wiederholt formulierte Grundsatz beruht jedoch auf einer fundamentalen Voraussetzung, die sich auch aus Artikel 5 Absatz 2 ergibt: Die innerstaatlichen Regeln und Verfahren dürfen nicht ungünstiger gestaltet sein, als dies bei entsprechendem auf innerstaatliche Vorschriften gestützten Rechtsschutzbegehren der Fall ist, und auch nicht „die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, praktisch unmöglich“ machen⁴.

Im übrigen hatte der Gerichtshof bereits in dem Urteil Simmenthal (Randnrn. 21 bis 23) entschieden: „Jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis [wäre] mit den in der Natur des Gemeinschaftsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts führen würde, daß dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bilden.“⁵ Das nationale Gericht hat mit anderen Worten das Gemeinschaftsrecht entweder nach den Modalitäten der nationalen Rechtsordnung oder in Ermangelung derartiger Modalitäten „aus eigener Entscheidungsbefugnis“ anzuwenden (Simmenthal, Randnr. 24).

4 — Urteil vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76, Rewe-Zentralfinanz/Landwirtschaftskammer, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5, Urteil vom 16. Dezember 1975 in der Rechtssache 45/76, Comet, Slg. 1975, 2043, Randnrn. 15 und 16, Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 811/79, Ariete, Slg. 1980, 2545, Randnr. 12, Urteil vom 12. Juni 1980 in der Rechtssache 130/79, Express Dairy Foods, Slg. 1980, 1887, Randnr. 12, Urteil vom 27. März 1980 in der Rechtssache 61/79, Denavit Italiana, Slg. 1980, 1205, Randnr. 25, Urteil vom 27. Februar 1980 in der Rechtssache 68/79, Hans Just, Slg. 1980, 501, Randnr. 25, und Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82, San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnrn. 12 ff.

5 — Ich verweise auch auf das unlängst ergangene Urteil vom 21. September 1989 in der Rechtssache 68/88, Kommission/Griechenland, Slg. 1989, 2965, in dem der Gerichtshof bekräftigt hat, daß „die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 EWG-Vertrag verpflichtet [sind], alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten“ (Randnr. 23).

15. Im Lichte einer gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofes, die das vorliegende Gericht im übrigen genau zitiert hat, steht es somit fest, daß die nationalen Gerichte den einzelnen, denen aufgrund unmittelbar geltender gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen subjektive Rechte zustehen, *einen vollständigen und effektiven gerichtlichen Schutz* zu gewähren, unter der Voraussetzung, daß die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung von ihrem Inkrafttreten an den fraglichen Bereich regelt. Daraus ergibt sich, daß alle nationalen Vorschriften oder Praktiken, die das Gericht daran hindern, den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen „voll Wirksamkeit“ zu geben, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind.

Diese Überlegung dürfte nicht allein deshalb, weil sie sich ständig in der Rechtsprechung des Gerichtshofes findet, überflüssig sein, ergibt sich doch aus ihr die Antwort, die ich dem Gerichtshof im vorliegenden Fall vorschlagen möchte.

16. Das vom vorlegenden Gericht aufgeworfene Problem ist von allgemeiner Art und nicht neu, wengleich es — von anderen Gerichten stillschweigend gelöst⁶ — dem Gerichtshof erstmals zur Entscheidung vorgelegt worden ist, vielleicht nicht zufällig im Zusammenhang mit einer ziemlich außergewöhnlichen verfahrensrechtlichen Situation wie der im Vereinigten Königreich vorgesehenen „gerichtlichen Überprüfung“ des Gesetzes. Die Frage betrifft also weder

allein die englische Rechtsordnung⁷, noch bezieht sie sich nur auf das Verhältnis zwischen einem nationalen Gesetz und einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung; sie betrifft vielmehr das Erfordernis und sogar die Existenz des einstweiligen Schutzes eines Rechts, das nicht sicher ist, dessen Bestand jedoch gerade geprüft wird, *im Falle eines Konfliktes zwischen Rechtsnormen unterschiedlichen Ranges*. Dieser Konflikt findet für das Verhältnis zwischen innerstaatlicher Norm und gemeinschaftsrechtlicher Norm — über die theoretischen oder terminologischen Alternativen und Techniken, für die sich die einzelnen Mitgliedstaaten entschieden haben, hinaus — seinen anschaulichen Ausdruck in dem Begriff der *primauté*, d. h. des „Vorrangs“ der gemeinschaftsrechtlichen vor der innerstaatlichen Norm. Das Problem ergibt sich daraus, daß in einem vielschichtigen und komplexen Zusammenhang, wie ihn ein modernes Rechtsschutzsystem erfordert, die beiden Zeitpunkte, die physiologisch das rechtliche Er-

6 — Bei mehr als einer Vorabentscheidungsfrage an den Gerichtshof wegen angeblicher Unvereinbarkeit der nationalen Maßnahme (Gesetz oder Verwaltungsakt) mit dem Gemeinschaftsrecht hat das vorliegende Gericht ohne Zögern auch einstweilige Anordnungen erlassen, die im wesentlichen auf eine vorübergehende Aussetzung der Anwendung dieser Maßnahme hinauslaufen, z. B. durch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Ausweisung aus den Niederlanden (Urteil vom 17. April 1986 in der Rechtssache 59/85, Reed, Slg. 1986, 1283) oder die vorübergehende Aufrechterhaltung eines Arbeitsvertrags mit der Universität Venedig (Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 33/88, Allué, Slg. 1989, 1591) oder durch die Anordnung, in Belgien eine vorübergehende Aufenthaltserlaubnis zu erteilen (Rechtssache 363/89, zur Zeit anhängig).

7 — Zahlreiche französische Gerichte hatten es in der Tat mit einem ähnlichen Problem zu tun, wie es uns beschäftigt, als ein neues Gesetz über die Mindestpreise für Treibstoff (sowie für Bücher) eingeführt wurde, das einige Händler unter Berufung auf seine Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nicht befolgten. Dem traten andere Unternehmen entgegen, die einstweilige Verbotsmaßnahmen aufgrund des neuen Gesetzes beantragten. Nicht wenige Gerichte gaben dem Antrag unter Berufung auf die Vermutung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes gegenüber dem bloßen Verdacht der Unvereinbarkeit mit dem Vertrag statt (z. B. Tribunal de grande instance Le Mans, 11. Juli 1983, *Gazette du Palais*, 1984, 1, somm. S. 121); andere Gerichte lehnten die einstweilige Anordnung gerade mit der Begründung ab, die Verletzung eines vermutlich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Gesetzes sei kein „trouble manifestement illicite“ (Cour d'appel Paris, 4. Juli 1984, *Gazette du Palais*, 1984, 2, 658, mit Anmerkung Fourgoix; Tribunal de grande instance Poitiers, 22. Februar 1984, *ibidem*, 296; vgl. hierzu Bertin: „Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère“, *Gazette du Palais*, 1983, doct. 419, sowie „Le juge des référés et le droit communautaire“, *ibidem*, 1984, doct. 48). Die französische Cour de cassation hat formell die zweite Auffassung gebilligt (Ch. comm., 15. Mai 1985, *Gazette du Palais*, 1985, 2, panor. S. 346 und 347), jedoch unter Berufung auf das inzwischen im Sinne der Unvereinbarkeit des streitigen Gesetzes ergangene Urteil des Gerichtshofes (Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc und andere, Slg. 1985, 1, sowie Urteil vom 29. Januar 1985 in der Rechtssache 231/83, Henri Cullet und Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers, Slg. 1985, 305). Später hat die Cour de cassation ebenfalls im Anschluß an ein Urteil des Gerichtshofes (Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, Bodson, Slg. 1988, 2479), jedoch in allgemeineren Worten bestätigt, daß das Gericht im Verfahren wegen einstweiliger Anordnung zu prüfen habe, „si le trouble invoqué était manifestement illicite au regard du traité de Rome“ (Ch. comm., 10. Juli 1989, Rec. Dalloz, 1989, inf. rap., S. 243). Vgl. auch Cour de cassation, 22. April 1986, Rec. Dalloz, 1986, inf. rap. S. 242).

einigkeit der *Entstehung* des Rechts und dessen (endgültige) *Feststellung* darstellen, *nicht zusammenfallen*.

17. Zum Ausgleich dieses Zeitunterschieds gibt es ein erstes allgemeines Mittel. Zwar erhält ein Recht tatsächlich erst durch seine endgültige Feststellung seine inhaltliche Vollständigkeit und Gewißheit in dem Sinne, daß das Recht selbst und/oder seine Ausübungsmodalitäten endgültig unanfechtbar werden (*res iudicata* im materiellen Sinne); dieser Effekt wirkt jedoch bis zu dem Zeitpunkt zurück, zu dem das Recht durch die Einleitung des Verfahrens wegen gerichtlicher Überprüfung geltend gemacht wurde. Der — ungenau aber bezeichnenderweise als rückwirkend qualifizierte — Effekt der Feststellung des Rechts ist nur die Folge der Funktion der Bestimmung sowie von deren Natur und Wirkungsweise, die in der Tat von ihrem Inkrafttreten an für die gesamte Dauer ihrer Gültigkeit ein subjektives Recht begründet, es sei denn, daß eine Verzögerung hinsichtlich der vollen und effektiven Anwendbarkeit der Bestimmung eintritt, weil eine vorherige gerichtliche Feststellung, insbesondere eine vorherige Überprüfung der Rechtmäßigkeit der möglicherweise anwendbaren Bestimmung, erforderlich ist. Es bedarf wohl kaum des Hinweises, daß die Lage nicht anders wäre, wenn wir von dem entgegengesetzten Standpunkt ausgingen und uns mit der Nichtexistenz des Rechts und der entsprechenden Feststellung befaßten.

Worauf es ankommt, ist, daß zum Zeitpunkt der Antragstellung das Recht bereits besteht (oder nicht besteht) und die Rechtsnorm, die es den einzelnen verleiht (oder abspricht), rechtmäßig oder rechtswidrig ist; das Verfahren der gerichtlichen Überprüfung schiebt lediglich die Feststellung und somit die volle und effektive Anwendbarkeit bis zu einem späteren Zeitpunkt und unter dem Vorbehalt der „Rückwirkung“ dieser Feststellung auf. Dies gilt natürlich sowohl für den Fall, daß die Feststellung des Rechts

eine Beurteilung des Zusammenhangs zwischen dem Sachverhalt und der geltend gemachten Rechtsnorm voraussetzt, als auch für denjenigen, daß das Gericht die anwendbare Rechtsnorm unter zwei oder mehr Normen ermitteln muß, die einander möglicherweise sogar widersprechen. Selbst im letzteren Fall, in dem die Feststellung auch im Wege einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit erfolgen kann, war jedoch die Bestimmung, die (anstelle der anderen für rechtswidrig oder unvereinbar erklärten) für anwendbar erklärt werden wird, in Wirklichkeit bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung anwendbar, sofern es zu diesem Zeitpunkt nur an der Feststellung des Rechts und nicht auch an seiner Existenz fehlte. Gerade dies hat auch der Gerichtshof mit folgender Formulierung hervorgehoben: „Durch die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Artikel 177 EWG-Vertrag vornimmt, wird ... erläutert und erforderlichenfalls verdeutlicht, in welchem Sinn und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre.“⁸

18. Das genannte allgemeine Mittel gegen den Zeitunterschied zwischen Feststellung und Entstehung des Rechts kann nicht immer das Hauptziel des gerichtlichen Schutzes erreichen. Bisweilen erfolgt die Feststellung zu spät für eine volle und erfolgreiche Ausübung des geltend gemachten Rechts: Dies ist um so wahrscheinlicher, je vielschichtiger und komplexer das zu der endgültigen Feststellung führende Verfahren ist. Die Folge ist, daß in einem solchen Fall mit der Zweckdienlichkeit auch die Effektivität des gerichtlichen Schutzes verloren gehen könnte; dies könnte dem in der allgemeinen Rechtslehre seit langem anerkannten Grundsatz zuwiderlaufen, daß *das Erfordernis, ein Recht im Prozeßwege geltend zu machen, sich nicht zum Nachteil der obsiegenden Partei auswirken darf*.

⁸ — Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 826/79, Mireco, Slg. 1980, 2559, Randnr. 7.

Nun, der einstweilige Rechtsschutz hat genau dieses objektive Ziel: Er soll sicherstellen, daß in der für die Feststellung des Rechts notwendigen Zeit das Recht nicht letztlich irreversibel dadurch seines Inhalts entleert wird, daß die Möglichkeiten für seine Ausübung beseitigt werden. Mit ihm wird kurz gesagt das grundlegende Ziel jeder Rechtsordnung verfolgt, nämlich die *Effektivität des gerichtlichen Schutzes*. Durch den einstweiligen Rechtsschutz soll soweit wie möglich verhindert werden, daß der durch den zeitlichen Abstand zwischen Feststellung und Entstehung des Rechts verursachte Schaden die Effektivität und die wirkliche Funktion der Feststellung beeinträchtigt, was auch der Gerichtshof ausdrücklich bekräftigt hat, als er den einstweiligen Rechtsschutz mit der *vollen Wirksamkeit des künftigen zu fallenden Urteils*⁹ in

Verbindung brachte oder mit dem Erfordernis der „Wahrung des bestehenden Zustands bis zur Entscheidung in der Hauptsache“¹⁰.

19. Nachdem die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes klarer geworden ist, erweist sie sich als grundlegendes und unverzichtbares Instrument eines Rechtsschutzsystems: Dieses Instrument soll im Einzelfall effektiv die Feststellung des Rechts und ganz allgemein die Anwendung der Rechtsnorm in all den Fällen gewährleisten, in denen die Verfahrensdauer dazu angetan ist, die Erreichung dieses Ziels zu gefährden und somit das Urteil praktisch wirkungslos zu machen.

9 — Vgl. z. B. die Verfügung vom 12. Dezember 1968 in der Rechtssache 27/68 R, Renckens, Slg. 1969, 274. Vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwalt Capotorti in den verbundenen Rechtssachen 24/80 und 97/80 R, Slg. 1980, 1334, 1337. Mit im wesentlichen gleicher Formulierung der Beschlüsse vom 8. April 1965 in der Rechtssache 18/65 R, Slg. 1966, 203, sowie die Beschlüsse vom 14. Dezember 1982 in der Rechtssache 260/82 R, Slg. 1982, 4371, vom 13. Dezember 1984 in der Rechtssache 269/84 R, Slg. 1984, 4333, und vom 16. März 1988 in der Rechtssache 44/88 R, Slg. 1988, 1670.

Der notwendige Zusammenhang zwischen Wirksamkeit des gerichtlichen Schutzes und einstweiligem Rechtsschutz wurde bekanntlich vor allem in der italienischen Lehre (Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Neapel, 1933, Nr. 12, sowie bereits *Principi di diritto processuale civile*, Neapel, 1906, S. 137 ff.; Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua 1936) sowie in der deutschen Lehre ins rechte Licht gerückt (Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1913, II, S. 22 ff.). Der Grundsatz, daß sich die Dauer des Prozesses nicht zum Nachteil der obsiegenden Partei auswirken darf, findet sich mit abweichender Formulierung auch in einer Entscheidung des gemischten deutsch-polnischen Schiedsgerichts vom 29. Juli 1924: „Par les mesures conservatoires, les tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice, de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en un jour“, Rec. déc. TAM, V, 455. Vgl. auch Bundesverfassungsgericht vom 19. Juni 1973, NJW 1973, 34, 1491 ff. („Der Sinn dieses besonderen Verfahrens besteht darin, einen effektiven Gerichtsschutz gegenüber Maßnahmen der Exekutive zu sichern und durchzusetzen. ... Das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes; der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle.“) Vgl. schließlich Corte Costituzionale Nr. 190 vom 28. Juni 1985 in dem Sinne, daß „der Grundsatz berücksichtigt werden muß, nach dem die Dauer des Verfahrens dem obsiegenden Kläger nicht zum Nachteil gerichten darf, dessen Gültigkeit die nicht nur italienische Lehre vom Beginn dieses Jahrhunderts an nachgewiesen hat“ (*Foro italiano*, 1985, I, 1881). Zu den Ursprüngen und zur Begründung des einstweiligen Rechtsschutzes in Frankreich vgl. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris 1962, S. 300 ff.

Das Erfordernis einstweiligen Rechtsschutzes besteht im übrigen, wie bereits ausgeführt, in gleicher Weise dann, wenn die Feststellung den Sachverhalt und infolgedessen die Bestimmung der einschlägigen Rechtsnorm betrifft, wenn sich also die Ungewißheit hinsichtlich der Erfolgsaussicht des Antrags „auf den Sachverhalt“ — dieser Ausdruck ist freilich nicht sehr glücklich gewählt — bezieht, wie auch dann, wenn zwischen zwei oder mehr in Betracht kommenden Rechtsnormen zu wählen ist (hier ist z. B. an ein Tarifierungsproblem zu denken), wobei es nicht darauf ankommt, ob alle beide als rechtmäßig angesehen werden oder ob die eine als mit der anderen höherrangigen oder jedenfalls vorrangigen Rechtsnorm unvereinbar angesehen wird.

Vor allem wenn wie im vorliegenden Fall die Feststellung des Rechts nicht nur mit der Wahl zwischen zwei oder mehr in Betracht kommenden Rechtsnormen, sondern mit einer vorherigen Überprüfung der Rechtmäßigkeit oder Vereinbarkeit der einen im Hinblick auf die andere höherrangige oder

10 — Beschluß vom 5. August 1983 in der Rechtssache 118/83 R, Slg. 1983, 2583, Randnr. 37.

jedenfalls vorrangige Rechtsnorm verbunden ist, besteht nur ein scheinbarer Unterschied, insbesondere dann, wenn diese Überprüfung einem speziell hierfür zuständigen Rechtsprechungsorgan übertragen ist. Auch dieser Fall entspricht nämlich in vollem Umfang der typischen Funktion des Prozesses, der auf die Feststellung und somit die Durchsetzung des Rechts gerichtet ist, so daß das Erfordernis eines einstweiligen Schutzes der Stellung des einzelnen unverändert bestehen bleibt, da es ja auch in diesem Fall darum geht, die richtige (und gültige) Rechtsnorm zu ermitteln, auszulegen und auf den Einzelfall anzuwenden.

20. Die sogenannte Vermutung der Rechtmäßigkeit, die für das Gesetz und den Verwaltungsakt, und zwar auch für gemeinschaftsrechtliche Akte, bis zu dem Zeitpunkt besteht, in dem gerichtlich deren Unvereinbarkeit mit einer höherrangigen oder jedenfalls vorrangigen Rechtsnorm festgestellt worden ist, *soweit eine solche Feststellung vorgesehen ist*, stellt somit kein förmliches Hindernis für den einstweiligen Schutz eines subjektiven Rechts dar. Vielmehr besteht gerade deshalb, weil es sich um eine Vermutung handelt, die als solche durch die endgültige Feststellung widerlegt werden kann, das Erfordernis, einen Ausgleich dafür zu schaffen, daß diese Feststellung zu spät und/oder vergebens erfolgt.

Es steht in der Tat unbestreitbar fest, daß für eine Bestimmung, sei sie in einem vom Parlament verabschiedeten Gesetz oder in einem Gemeinschaftsrechtsakt, in einem Verwaltungsakt oder jedenfalls in einem nachrangigen Akt enthalten, die Vermutung der Rechtmäßigkeit spricht. Dies kann und darf jedoch nicht bedeuten, daß das Gericht daran gehindert wäre, deren Wirkungen in bezug auf den ihm vorliegenden Fall einstweilen auszusetzen, wenn bis zur endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Vereinbarkeit im Hinblick auf eine höherrangige oder vorrangige Norm die eine oder andere der betroffenen Rechtspositionen der Gefahr ausgesetzt ist, einen nicht wiedergutzumachenden Schaden zu erleiden,

und wenn die Vermutung (deren Maß festzustellen ist) besteht, daß die endgültige Feststellung zum Ausspruch der Rechtswidrigkeit des in Rede stehenden Gesetzes oder Verwaltungsakts führen kann.

21. Kurzum, die Vermutung der Rechtmäßigkeit eines Gesetzes oder eines Verwaltungsakts kann und darf nicht die Bedeutung haben, daß bereits die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes ausgeschlossen wäre, *sofern für die betreffende Maßnahme ein System der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit vorgesehen ist*.

Weit davon entfernt, den Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Gesetzes oder des Verwaltungsakts, der seinen Ausdruck in einer durch die endgültige Feststellung widerleglichen Vermutung findet, in Frage zu stellen, räumt der einstweilige Rechtsschutz tatsächlich die Gefahr aus, daß eine solche Vermutung das widersinnige — gewiß in keiner Rechtsordnung gewollte — Ergebnis haben könnte, die Funktion der gerichtlichen Überprüfung, insbesondere der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, zu nichte zu machen. Eine andere Auffassung würde darauf hinauslaufen, die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes im Grundsatz zu verneinen, und zwar nicht nur in bezug auf das Gesetz, sondern absolut, da jede hoheitliche Maßnahme, sei sie normativer Art im eigentlichen Sinne oder ein Einzelakt, bis zum Abschluß der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit als rechtmäßig gilt.

22. In einer prozessualen Situation wie der hier vorliegenden, in der es um die mögliche Unvereinbarkeit einer Norm mit einer höherrangigen oder vorrangigen Norm geht, ist es, wie ich bereits hervorgehoben habe, *von grundlegender Bedeutung, zu berücksichtigen, daß beide Normen vom Zeitpunkt der Antragstellung an auf den konkreten Fall hypothetisch Anwendung finden*. Aus diesem Grund wird die endgültige Feststellung, die bis zum Zeitpunkt der Antragstellung zurückwirkt, keine Neuerungen hinsichtlich

des Bestehens (oder Nichtbestehens) des geltend gemachten Rechts bewirken, da die in Rede stehenden Normen hypothetisch alternativ gültig und anwendbar (oder ungültig und nicht anwendbar) sind und da für beide die sogenannte Vermutung der Rechtmäßigkeit besteht; allein der Zeitpunkt der Feststellung ist wegen der Prozeßdauer hinausgeschoben. In der Zwischenzeit ist eine Situation, die sich exakt als eine solche des „Rechtsscheins“ definieren läßt, gegeben, die der eigentliche Grund für den einstweiligen Rechtsschutz ist *und den gesamten normativen Rahmen betrifft, dessen Anwendung in Betracht kommt*. Es gibt somit keine Gewißheit (mit entsprechender Vermutung der Rechtmäßigkeit) hinsichtlich der einen Norm und Ungewißheit hinsichtlich der anderen, sondern den *Anschein der Gültigkeit der Gesamtregelung, der einen wie auch der anderen in Rede stehenden Norm*. Es ist Sache des Gerichts, zu beurteilen, ob dieser Anschein dergestalt ist, daß das geltend gemachte Recht einstweilen geschützt werden muß, oder dergestalt, daß ein solcher Schutz zu versagen ist, und zwar auf der Grundlage materieller Kriterien, die an den mehr oder weniger großen Anschein der Rechtmäßigkeit der streitigen Bestimmung (*fumus boni juris*, unter welcher Bezeichnung auch immer) sowie an die mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit anknüpfen, daß die einen oder anderen der in Rede stehenden Interessen bis zum endgültigen Abschluß des Verfahrens beeinträchtigt werden (*periculum in mora*).

23. Die vorstehenden Überlegungen finden ihre weitgehende Bestätigung darin, daß ein einstweiliger Schutz der durch eine nachrangige Bestimmung verneinten, aber unter Berufung auf eine vorrangige Norm geltend gemachten Rechte in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (das dänische System bildet eine teilweise Ausnahme), wenn auch in unterschiedlicher Form und im Rahmen unterschiedlicher Anforderungen an die Verfahrensdauer, vorgesehen ist.

Zunächst steht es außer Frage, daß die Vollziehung eines Verwaltungsakts, obwohl

für diesen ebenso wie für das Gesetz die Vermutung der Rechtmäßigkeit spricht, so daß durch seine Anfechtung seine Geltung (abgesehen von wenigen Ausnahmen) nicht ausgesetzt wird, durchaus bis zur endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einstweilen ausgesetzt werden kann.

Seltener ist gewiß der Fall einer einstweiligen Aussetzung der Anwendung des Gesetzes in den Rechtsordnungen, in denen die gerichtliche Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit vorgesehen ist.

Oft stellt sich das Problem der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes im Zusammenhang mit einer Anfechtung des auf dieses Gesetz gestützten Verwaltungsakts, so daß das Erfordernis einer Aussetzung der Anwendung des Gesetzes als solchem nicht besteht: dies ist in einigen Rechtsordnungen die einzige Möglichkeit.

In anderen Ländern hingegen, insbesondere in denjenigen, in denen die Überprüfung der Rechtmäßigkeit (Verfassungsmäßigkeit) des Gesetzes nicht dezentral geregelt, sondern zentralisiert ist, ist die einstweilige Aussetzung der Anwendung des Gesetzes im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorgesehen oder jedenfalls in der Praxis anerkannt. Zum Beispiel kann in Deutschland das Bundesverfassungsgericht in einem Zusammenhang (Verfassungsbeschwerden), der demjenigen der „gerichtlichen Überprüfung“ des englischen Systems nicht unähnlich ist, die Anwendung des Gesetzes einstweilen aussetzen¹¹; dies kann auch das ordentliche Gericht, das die Sache jedoch dann dem Bundesverfassungsgericht vorlegen muß¹².

Von besonderer Bedeutung ist sodann die Situation in Italien, wo nicht nur das ordentliche Gericht keine Befugnis hat, die

11 — Bundesverfassungsgericht vom 16. Oktober 1977, Schleyer, in *Foro Italiano*, 1978, IV, 222; Bundesverfassungsgericht vom 19. Juni 1962 in BVerfGE, Band 14, S. 153.

12 — Bundesverfassungsgericht vom 5. Oktober 1977 in BVerfGE, Band 46, S. 43.

Verfassungswidrigkeit von Gesetzen festzustellen, und die Sache daher der Corte costituzionale vorlegen muß, sondern auch weder dem Verfassungsgericht noch dem ordentlichen (oder Verwaltungs-) Gericht ausdrücklich die Befugnis zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (im Wege einer Aussetzung der Anwendung des Gesetzes) bis zum Abschluß der Rechtmäßigkeitsprüfung zuerkannt ist. Gleichwohl haben zahlreiche ordentliche Gerichte¹³, unterstützt von der herrschenden Lehre¹⁴, den Erlaß einstweiliger Anordnungen im Sinne einer Aussetzung der Anwendung des Gesetzes — selbstverständlich beschränkt auf die Verfahrensbeteiligten — bis zur Entscheidung der Corte costituzionale für möglich erachtet. Die Corte costituzionale hat sich zwar nie zu dem uns interessierenden spezifischen Punkt geäußert¹⁵, jedoch zum einen die immanente Notwendigkeit einstweiligen Rechtsschutzes für die Wirksamkeit des gerichtlichen Schutzes¹⁶ und zum anderen die Existenz eines allgemeinen Grundsatzes und einer „Vernunftregel“ in der Rechtsordnung bekräftigt, wonach das Gericht bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen (*fumus* und *periculum in mora*) befugt ist, geeignete Dringlichkeitsmaßnahmen zu erlassen, um die Wirkungen der Entscheidung in der Hauptsache einstweilen zu sichern¹⁷.

13 — Pretore Bari, Beschluß vom 4. Februar 1978, *Foro Italiano*, 1978, I, 1807; Pretore La Spezia, Beschluß vom 29. März 1978, *Foro Italiano*, 1979, I, 285; Pretore Pisa, Beschluß vom 30. Juli 1977, *Foro Italiano*, 1977, I, 2354; Pretore Pavia, Beschluß vom 14. März 1977, *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 640; Pretore Voltri, Beschluß vom 1. September 1977, *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 639; Pretore La Spezia, Beschluß vom 23. November 1978, *Foro Italiano*, 1979, I, 1921 ff.

14 — Verde, „Considerazioni su procedimento d'urgenza“, in *Studi Andrioli*, Neapel, 1979, S. 446 ff.; Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1976, II, S. 1391; Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, *Riv. dir. proc.*, 1985, S. 124 ff.; Zagrebelsky, „La tutela d'urgenza“, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua, 1988, S. 27 ff.; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Neapel, 1984, II, S. 1408.

15 — Vgl. jedoch hinsichtlich der Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes bis zur Bestimmung des zuständigen Gerichts, Corte costituzionale Nr. 73 vom 6. Juni 1973, *Foro Italiano*, 1973, I, 1657; ebenfalls Cass. Sezioni Unite, 1. Dezember 1978, Nr. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, 2704.

16 — Corte cost., 27. Dezember 1974, Nr. 284, *Foro Italiano*, 1975, I, 263.

17 — Corte cost., 28. Juni 1985, Nr. 190, *Foro Italiano*, 1985, I, 1881. Vgl. auch wegen einiger interessanter Punkte Corte cassazione, Sez. Unite Civili, 1. Dezember 1978, Nr. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, 2704; Consiglio di Stato, Ad. plen., 14. April 1972, Nr. 5, *Foro Italiano*, 1972, III, 105; derselbe, 8. Oktober 1982, Nr. 17, *Foro Italiano*, 1983, II, 41.

Bezeichnend ist auch, daß der französische Conseil constitutionnel, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt hat, das den Gerichten nicht die Möglichkeit einräumte, die Vollziehung eines Verwaltungsakts einstweilen auszusetzen, wobei diese Aussetzung im übrigen als „garantie essentielle des droits de la défense“ bezeichnet wurde¹⁸.

24. Wenn wir uns nunmehr dem Verhältnis zwischen nationaler Rechtsvorschrift und gemeinschaftsrechtlicher Bestimmung zuwenden, so steht außer Zweifel, daß mit der Auslegung durch Vorabentscheidungen des Gerichtshofes und mit der „unmittelbaren“ Zuständigkeit des nationalen Gerichts ein Mechanismus eingeführt wurde, der im wesentlichen in einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit (oder der Vereinbarkeit, wenn dies vorgezogen wird) der nationalen Rechtsvorschrift im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung besteht, hat doch das nationale Gericht die Befugnis, die nationale mit der gemeinschaftsrechtlichen Norm endgültig für unvereinbar zu erklären. Wenn das nationale Gericht also das der unmittelbar geltenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung entgegenstehende nationale Gesetz bei Abschluß der endgültigen Feststellung für unanwendbar erklären kann, ja sogar muß (oder jedenfalls dieses wesentliche Ergebnis erreichen muß), muß es dieses Gesetz auch — falls die Voraussetzungen hierfür vorliegen — im Wege der einstweiligen Anordnung für unanwendbar erklären können, wenn die Unvereinbarkeit zwar weder völlig sicher noch „festgestellt“ ist, jedoch gegebenenfalls eine Auslegung durch den Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung geboten ist. Anderenfalls könnte der gerichtliche Schutz der den einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte vereitelt werden, zu dem die nationalen Gerichte, wie der Gerichtshof mehrfach ausgeführt und auch das vorliegende Gericht hervorgehoben hat, verpflichtet sind.

18 — Entscheidung 86-224 DC vom 23. Januar 1987, JORF vom 25.1.1987, S. 925.

25. Damit kommen wir zu dem konkreten Fall, den das House of Lords mit seinen Vorabentscheidungsfragen dem Gerichtshof zur Beurteilung vorgelegt hat. Das durch das nationale Gesetz verneinte Recht der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens wird auf unmittelbar geltende Bestimmungen des Vertrages, also auf Bestimmungen gestützt, die Vorrang vor dem innerstaatlichen Gesetz haben, deren Auslegung in dem geltend gemachten Sinn jedoch nicht sicher ist, so daß es einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes bedarf. Für die Zwischenzeit sieht das vorlegende Gericht in der bis zur endgültigen Feststellung bestehenden Vermutung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes ein Hindernis für den einstweiligen Schutz der geltend gemachten Rechte.

Da jedoch das englische Gericht — dies ist unstrittig und wird von ihm selbst hervorgehoben — bei der endgültigen Feststellung aufgrund der möglichen Prüfung der Vereinbarkeit des englischen Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht der unmittelbar geltenden „sicheren“ gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung Vorrang einräumen kann und muß, muß es auch *bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen* einstweiligen Rechtsschutz für die auf „unsichere“ gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen gestützten und von der nationalen Rechtsvorschrift verneinten Rechte gewähren können.

Das Problem ist nicht formeller, sondern materieller Natur. Die Vermutung der Rechtmäßigkeit hat keine Ausschlußwirkung, da sie durch die endgültige Feststellung widerlegt werden kann, wie dies auch in der englischen Rechtsordnung gemäß dem *European Communities Act* vom 1972 der Fall ist, ebenso wie auch die Vermutung der Rechtmäßigkeit irgendeiner nachrangigen Norm im Verhältnis zu der vorrangigen Norm den einstweiligen Rechtsschutz nicht ausschließt. Darauf verweist auch das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß im Zusammenhang mit der Möglichkeit, die

Anwendung einer vermutlich gesetzwidrigen nachrangigen Maßnahme auszusetzen.

26. Diese Beurteilung muß daher auf der Grundlage materieller Kriterien und nicht, wie die englische Regierung meint, aufgrund eines formellen Kriteriums wie der Vermutung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes vorgenommen werden.

Eine Privilegierung des nationalen Gesetzes allein deshalb, weil noch nicht die endgültige Feststellung der Unvereinbarkeit mit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung erfolgt ist — *und somit aufgrund einer nur dem Anschein nach bestehenden Vereinbarkeit* —, kann darauf hinauslaufen, daß dieser Bestimmung der effektive gerichtliche Schutz entzogen wird, der ihr „vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit“ zuteil werden muß. Paradoxerweise erhalte das (anscheinend) durch eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung verliehene Recht grundsätzlich einen geringeren oder weniger wirksamen Schutz als das (ebenfalls anscheinend) durch die nationale Rechtsvorschrift verliehene Recht. Es wäre so, als wollte man sagen, daß das durch einfaches Gesetz verliehene Recht aufgrund der Vermutung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes einstweiligen Schutz erhalten kann, während dieser dem durch die gemeinschaftsrechtliche oder jedenfalls vorrangige Norm verliehenen Recht versagt wird, als ob dieselbe Vermutung — die letztlich nichts anderes als ein „Anschein“ ist — nicht auch der vorrangigen Norm zugute käme.

Damit dies ganz klar ist: Ich will damit nicht sagen, daß das nationale Gericht immer und in jedem Fall das dem Anschein nach bestehende Gemeinschaftsrecht gegenüber dem ebenfalls dem Anschein nach bestehenden nationalen Recht vorziehen müßte, sondern lediglich, daß das nationale Gericht die Möglichkeit hierzu immer dann

haben muß, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Umstände dies erfordern: Mit anderen Worten, es kann und darf bei einem etwaigen Antrag auf einstweilige Anordnungen, der auf unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen gestützt ist, auf keine formalen Hindernisse stoßen.

27. Dem kann auch nicht die vom Gerichtshof wiederholt bekräftigte Vermutung der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsrechtsakte entgegeng gehalten werden, ein Argument, das letztlich das Gegenteil beweist. Es braucht wohl kaum an Artikel 185 des Vertrages erinnert zu werden, der dem Gerichtshof ausdrücklich die Befugnis gibt, „die Durchführung der angefochtenen Handlung“ auszusetzen, „wenn er dies den Umständen nach für nötig hält“.

Hinzu kommt jedoch noch ein weiteres. Selbst im Rahmen eines Systems der strikt auf den Gerichtshof konzentrierten Überprüfung der Gültigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten (auch in bezug auf die Vorabentscheidungsverfahren gemäß Artikel 177) hat der Gerichtshof ausgeführt, daß „Abweichungen von der Regel, nach der die nationalen Gerichte nicht befugt sind, selbst die Ungültigkeit von Gemeinschaftshandlungen festzustellen, unter bestimmten Umständen im Falle eines Verfahrens der einstweiligen Anordnung geboten sein können“¹⁹.

28. Ebenso ist nicht auf formaler, sondern auf materieller Ebene zu prüfen, ob einstweiliger Rechtsschutz (auch) durch eine Anordnung gegenüber der Krone gewährt werden kann. Ich würde es z. B. für unsinnig halten, an eine Anordnung zu denken, die in den Bereich der Ermessensbefugnisse der Krone oder sogar des Parlaments (eine Maßnahme zu ergreifen, ein Gesetz zu verabschieden) eingriffe, während es mir völlig vernünftig und „orthodox“ erscheint, ein konkretes, nicht ermessensmäßiges Verhal-

ten anzuordnen oder wie im vorliegenden Fall die Anwendung eines Gesetzes oder Verwaltungsakts nur mit Wirkung für die Verfahrensbeteiligten einstweilen auszusetzen, bis das Gericht in der Lage ist, das Gesetz oder den Verwaltungsakt endgültig anzuwenden oder nicht anzuwenden.

29. Zusammenfassend schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Frage des House of Lords in dem Sinne zu bejahen, daß *es dem nationalen Gericht aufgrund des Gemeinschaftsrechts möglich sein muß, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen für die von einzelnen aus unmittelbar geltenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hergeleiteten Rechte bis zum Abschluß des Verfahrens einschließlich des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren*. Und ich schlage dem Gerichtshof weiter vor, diese Befugnis und Verpflichtung des nationalen Gerichts ausdrücklich auf das *Erfordernis wirksamen gerichtlichen Schutzes* zu stützen, das für gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen nicht weniger als für nationale Rechtsvorschriften gilt.

30. Diese Antwort — es bedarf kaum des ergänzenden Hinweises — bedeutet nicht, daß andere Rechtsschutzmöglichkeiten oder Gerichtsverfahren als die im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten bereits vorgesehenen geschaffen werden müßten, sondern besagt lediglich, daß von diesen Rechtsschutzmöglichkeiten und Verfahren „zur Gewährleistung der Beachtung unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrechts ... unter denselben Zulässigkeits- und sonstigen Verfahrensvoraussetzungen Gebrauch [gemacht werden muß], wie wenn es sich um die Gewährleistung der Beachtung des nationalen Rechts handelte“²⁰. Erinnern wir uns sodann noch einmal daran, daß der in Rede stehende Grundsatz, wonach die Ausgestaltung des gerichtlichen Schutzes der durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen verliehenen Rechte ausschließlich Sache des innerstaatli-

¹⁹ — Urteil vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85, Foto-Frost, Slg. 1987, 4199, Randnr. 19.

²⁰ — Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80, „Butterfahrten“, Slg. 1981, 1805.

chen Rechts ist, keine Anwendung findet, wenn die betreffenden „Verfahrensregeln und Fristen die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, praktisch unmöglich machen“²¹.

31. Wie auch aus dem Vorlagebeschluß und den Erklärungen der englischen Regierung hervorgeht, kennt das englische Prozeßrecht tatsächlich das Institut des einstweiligen Rechtsschutzes bis zur endgültigen Feststellung des betreffenden Rechts, wenn *periculum in mora* besteht und der Antrag *prima facie* begründet ist (der Divisional Court hat in der Tat die beantragte einstweilige Anordnung erlassen). Es handelt sich vorliegend also nicht um ein in der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht vorgesehenes Verfahren, sondern darum, das bereits bestehende Verfahren zum Schutz eines auf eine unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung gestützten Rechts zu gebrauchen. Gleiches gilt für die angeführte Unmöglichkeit, eine Anordnung gegen die Krone zu erlassen, da es in Wirklichkeit nur darum geht, ein Gesetz einstweilen für gegenüber den Verfahrensbeteiligten unanwendbar zu erklären, wobei letztere möglicherweise das Risiko einer für sie ungünstigen endgültigen Feststellung tragen.

Wäre dies nicht der Fall, so würde andererseits jedenfalls eine spezifische Pflicht bestehen, bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, da wir genau mit dem Fall eines prozessualen Systems konfrontiert wären (ich erinnere noch einmal an die Rechtssache Simmenthal), das „die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind“, unmöglich machte. Dies wäre um so schwerwiegender,

wenn man an die ebenfalls im Vorlagebeschluß erwähnte Tatsache denkt, daß nach englischem Recht die endgültige Feststellung des geltend gemachten Rechts nicht einmal einen Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens begründet, der den Inhabern des streitigen Rechts während des Verfahrens entstanden ist; dies gewinnt, um es klar zu sagen, eine eigenständige negative Bedeutung im Hinblick auf die Pflicht der nationalen Gerichte, den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen volle Wirksamkeit zu verleihen.

32. Ich halte auch das (in den Erklärungen der englischen und der irischen Regierung vorgebrachte) Gegenargument für unbegründet, den einzelnen werde bereits durch die Möglichkeit der Kommission hinreichender Schutz zuteil, im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Artikel 169 beim Gerichtshof eine einstweilige Anordnung zu beantragen, was im vorliegenden Fall wie bereits erwähnt hinsichtlich der Staatsangehörigkeitserfordernisse des uns beschäftigenden englischen Gesetzes auch tatsächlich geschehen ist. In diesem Zusammenhang genügt ein Hinweis auf das Urteil Van Gend & Loos, in dem der Gerichtshof entschieden hat, wenn die Garantien gegen die Verletzung einer unmittelbar geltenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung durch die Mitgliedstaaten „auf die in den Artikeln 169 und 170 vorgesehenen Verfahren allein beschränkt [würden], so wäre jeder unmittelbare gerichtliche Schutz der individuellen Rechte der einzelnen ausgeschlossen“²².

33. Die erste Frage des House of Lords kann also nur in dem Sinne bejaht werden, daß die Pflicht des nationalen Gerichts, für die den einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte einen wirksamen gerichtlichen Schutz zu gewähren, auch einen einstweiligen Schutz der geltend ge-

21 — Urteil in der Rechtssache 45/76, Comet, a. a. O., Randnrn. 11 bis 18; Urteil in der Rechtssache 33/76, Rewe, a. a. O., Randnr. 5; Urteil in der Rechtssache 130/79, Express Dairy Food, a. a. O., Randnr. 12; Urteil in der Rechtssache 61/79, Denkavit, a. a. O., Randnr. 25; Urteil in der Rechtssache 826/79, Mireco, a. a. O., Randnr. 13.

22 — Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62, Slg. 1963, I, 26.

machten Rechte bis zur endgültigen Feststellung umfaßt, sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

Im übrigen geht die erste Frage dahin, ob das Gemeinschaftsrecht das nationale Gericht zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes *verpflichtet* oder ihm die *Möglichkeit* hierzu gibt, so daß die zweite Frage, die die vom nationalen Gericht zu berücksichtigenden Kriterien betrifft, davon abhängt, daß die Pflicht verneint und die Möglichkeit bejaht wird.

Nun, ich meine, die Sache muß über den Wortlaut der Fragen und der entsprechenden Antworten des Gerichtshofes hinaus in ihrem Kern klargestellt werden. Zunächst haben wir es meines Erachtens nicht mit einer echten Alternative zwischen „Pflicht“ und „Möglichkeit“ zu tun, da das nationale Gericht eine richterliche Tätigkeit auszuüben hat, die als solche eine Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Elemente des jeweiligen konkreten Falles erfordert. Der Begriff „Pflicht“ kann daher im Einklang mit den vorerwähnten Urteilen des Gerichtshofes in dem Sinne verwendet werden, daß das Gericht dieser Pflicht durch eine Einzelfallbeurteilung der Voraussetzungen nachkommt, von denen im allgemeinen eine einstweilige Anordnung abhängt.

In diesem Zusammenhang bin ich nicht nur der Ansicht, daß das Gericht offensichtlich die Voraussetzungen für einen einstweiligen Rechtsschutz zu prüfen hat, sondern auch, daß es sich bei diesen Voraussetzungen in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung nach wie vor um diejenigen handeln muß, die in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehen sind. Andererseits scheint mir in diesem Bereich nicht viel Raum für Phantasie oder revolutionäre Entdeckungen zu sein, haben doch die Rechtslehre und das positive Recht einschließlich des englischen schon seit langem den *fumus boni juris* (unter welcher Bezeichnung auch

immer) und das *periculum in mora* als die beiden grundlegenden Voraussetzungen für den einstweiligen Rechtsschutz identifiziert. Ob der Akzent je nach Rechtsordnung mehr auf die eine oder die andere Voraussetzung gelegt wird, ob der *fumus* mehr oder weniger genau mit der nicht offensichtlichen Unbegründetheit oder mit der *Prima-facie*-Begründetheit des Rechts übereinstimmt oder ob die Beurteilung des *periculum* über die traditionelle und notwendige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen (um zu verhindern, daß die einstweilige Anordnung ihrerseits dem Antragsgegner einen nicht wiedergutzumachenden Schaden verursacht) hinaus auch eine ausdrückliche Berücksichtigung des Gemeinwohls umfaßt — dies alles gehört zu einer umsichtigen Würdigung seitens des nationalen Gerichts, das im Einzelfall angemessen beurteilen wird, ob es zweckmäßig oder geboten ist, eine einstweilige Anordnung zum vorläufigen Schutz der geltend gemachten Rechte zu erlassen oder zu versagen. Es bedarf kaum des Hinweises, daß das Gericht bei der Beurteilung des *fumus boni juris* die Möglichkeit berücksichtigen wird, daß die nationale Rechtsvorschrift für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt wird.

Alles in allem schlage ich dem Gerichtshof vor, die zweite Frage im Einklang mit dem Urteil Comet dahin zu beantworten, daß die „Verfahrensregeln und Fristen“ für den einstweiligen Rechtsschutz mangels einer Harmonisierung nach wie vor in den nationalen Rechtsordnungen geregelt sind, vorausgesetzt, daß sie nicht „die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, praktisch unmöglich machen“.

Es wird also Sache des nationalen Gerichts sein, daraus auf der Grundlage der in der Einleitung zu den Fragen dargelegten Elemente, deren Bedeutung der Gerichtshof selbstverständlich nicht beurteilen kann, die gebotenen Schlüsse für die Entscheidung im Ausgangsrechtsstreit zu ziehen.

34. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des House of Lords wie folgt zu beantworten:

- „1) Die den nationalen Gerichten nach dem Gemeinschaftsrecht obliegende Pflicht, für die den einzelnen durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen unmittelbar verliehenen Rechte einen wirksamen gerichtlichen Schutz zu gewähren, umfaßt auch die Pflicht, die aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hergeleiteten Rechte bis zu ihrer endgültigen Feststellung und zu der vom Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung gegebenenfalls vorzunehmenden Auslegung erforderlichenfalls einstweilen und unverzüglich zu schützen, sofern die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.
- 2) Mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung sind die Verfahrensregeln und Voraussetzungen für den einstweiligen Schutz der den einzelnen aufgrund unmittelbar geltender gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften zustehenden Rechte in der Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats geregelt, sofern diese Verfahrensregeln und Voraussetzungen die einstweilige Verfolgung der geltend gemachten Rechte nicht unmöglich machen und nicht ungünstiger sind als diejenigen, die zum Schutz der aus nationalen Vorschriften hergeleiteten Rechte vorgesehen sind, wohingegen jede nationale Vorschrift oder Praxis, die eine derartige Wirkung hätte, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar wäre.“