

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
FRANCIS G. JACOBS

vom 15. Juni 1995 *

1. In diesen Rechtssachen bittet der Hoge Raad der Niederlanden um eine Entscheidung über zwei Reihen von Fragen. In der ersten Reihe von Fragen geht es darum, ob der Hoge Raad verpflichtet ist, im Kassationsverfahren bestimmte gemeinschaftsrechtliche Fragen, die in den Vorinstanzen nicht aufgeworfen wurden, zu prüfen, auch wenn er dadurch gegen nationales Verfahrensrecht verstoßen würde. Obgleich sich die Fragen im besonderen Kontext der Wettbewerbsregeln des Vertrages stellen, schneiden sie Probleme von allgemeiner Bedeutung in bezug auf die Wechselwirkung zwischen dem Gemeinschaftsrecht und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten an. In der zweiten Reihe von Fragen geht es darum, ob ein mit Zwangsmitgliedschaft verbundenes Berufsrentensystem mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages vereinbar ist.

2. Der nationalrechtliche Hintergrund ist in beiden Rechtssachen derselbe. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 des niederländischen Gesetzes vom 29. Juni 1972 über die Zwangsmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem (im folgenden: WVD) ist der zuständige Minister befugt, auf Antrag eines oder mehrerer

repräsentativer berufsständischer Verbände und nach einem Anhörungsverfahren die Mitgliedschaft in einem von den Angehörigen des Berufsstands festgelegten Berufsrentensystem für eine oder mehrere bestimmte Gruppen von Angehörigen des Berufsstands vorzuschreiben. Nach Artikel 2 Absatz 2 bringt ein solches System mit sich a) die Errichtung eines Berufsrentenfonds oder b) eine Verpflichtung für die Angehörigen des Berufsstands, nach ihrer Wahl mit dem Berufsrentenfonds oder mit einem anerkannten Versicherer einen Versicherungsvertrag abzuschließen, oder c) eine Kombination beider Alternativen für verschiedene Teile des Systems. Artikel 2 Absatz 3 bestimmt, daß die Verbände, die einen Antrag auf Einführung eines Pflichtsystems stellen, eine juristische Person gründen, die für die Durchführung des Systems als Berufsrentenfonds oder dafür verantwortlich ist, daß die Mitglieder ihrer Versicherungspflicht nachkommen. Ist ein System für verbindlich erklärt worden, so hat sich nach Artikel 2 Absatz 4 jeder, der den betreffenden Beruf als Selbständiger oder als Angestellter ausübt, an die Bestimmungen des Systems zu halten. Das Zuwiderhandeln stellt ein Vergehen dar, das nach Artikel 27 mit Geldbuße geahndet wird. Artikel 31 ermächtigt den Rentenfonds oder die verantwortliche Stelle außerdem, einen Leistungsbescheid zur Einforderung rückständiger Prämien zu erlassen.

3. Nach den Erklärungen, die in der in den Vorlagebeschlüssen wiedergegebenen

* Originalsprache: Englisch.

Begründung des Entwurfes der WVD enthalten sind, sollen es die kollektiven Systeme ermöglichen, „das Ruhestandseinkommen dem steigenden allgemeinen Einkommensniveau anzupassen“, „jüngere Berufsangehörige durch ein System versicherungstechnischer Durchschnittsprämien oder Varianten davon zu den höheren Lasten der Versorgung älterer Berufsangehöriger heranzuziehen“ und „für die Jahre vor dem Inkrafttreten des Systems Rentenansprüche vorzusehen“. Dieses Ziel könne durch ein auf Gegenseitigkeit beruhendes System nur dann verwirklicht werden, „wenn grundsätzlich alle Angehörigen des betreffenden Berufszweigs davon betroffen werden“.

4. 1978 errichteten die Physiotherapeuten ein Berufsrentensystem mit einem besonderen Fonds, der Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (im folgenden: Fonds). Artikel 4 Absatz 1 der Satzung des Fonds bestimmt, daß jeder Physiotherapeut oder Heilgymnast, der die Voraussetzungen, wie sie in der Rentenregelung näher umschrieben sind, erfüllt, diesem Fonds angeschlossen ist. Nach Artikel 4 Absatz 2 ist jeder Angelossene den Bestimmungen der Satzung, der Rentenregelung und anderen gemäß der Satzung aufgestellten Regelungen unterworfen.

5. Nach Artikel 2 Absatz 1 der Rentenregelung ist angeschlossen „jeder Physiotherapeut, der in den Niederlanden als solcher tätig ist und das Rentenalter noch nicht erreicht hat“. Sodann werden bestimmte

Gruppen von Physiotherapeuten ausgeschlossen, darunter in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a diejenigen, die „ausschließlich in einem Arbeitsverhältnis tätig sind, aufgrund dessen die in der Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Gesetz über die allgemeinen bürgerlichen Renten) enthaltene Regelung oder eine andere Altersversorgungsregelung, die dieser Rentenregelung zumindest gleichwertig ist, anzuwenden ist, sofern die Betroffenen dies — unter Beachtung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften des Artikels 25 Absatz 3 — beim Fonds schriftlich beantragen“.

6. Mit Erlaß vom 31. März 1978 schrieb der Staatssekretär für soziale Fragen gemäß Artikel 2 Absatz 1 WVD die Mitgliedschaft in dem System vor. Der Erlaß enthielt eine Ausnahme, die der des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe a der Rentenregelung entsprach.

7. Der Fonds legte folgende Kriterien für die Anwendung von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Rentenregelung fest:

„1. Es muß sich um eine Tätigkeit ausschließlich in einem Arbeitsverhältnis handeln, aufgrund deren eine andere, zumindest gleichwertige Altersversorgungsregelung gilt.

2. Die getroffene Altersversorgungsregelung muß gelten für

a) ...

b) ... alle im Dienst der Gesellschaft mit beschränkter Haftung tätigen Angehörigen des Berufsstands.“

9. Vor den Instanzgerichten beehrten die Kläger Befreiung von der Zwangsmitgliedschaft und begründeten dies damit, daß es im niederländischen Recht keine Rechtsgrundlage für das Kollektivitätserfordernis gebe. Der Hoge Raad als Kassationsgericht bestätigte die Ansicht der Rechtbank, daß das Kollektivitätserfordernis mit den niederländischen Rechtsvorschriften vereinbar sei. Die Kläger stützten sich vor dem Hoge Raad jedoch auf neues Vorbringen, das sie vor dem Kantongerecht und der Rechtbank noch nicht geltend gemacht hatten, daß nämlich die WVD oder zumindest ihre Anwendung auf das von den Physiotherapeuten aufgestellte Rentensystem mit den Artikeln 3 Buchstabe f, 5, 85, 86 und 90 EG-Vertrag unvereinbar sei. Die Kläger berufen sich darauf, daß die Rechtbank aufgrund der Natur dieser Vertragsbestimmungen zu ihren Gunsten habe entscheiden müssen, obwohl sie in der ersten Instanz insoweit nichts vorgetragen hätten.

8. Mit Wirkung vom 1. Januar 1988 bzw. 1. April 1989 schlossen Herr van Veen und Herr van Schijndel (im folgenden: Kläger) selbst Versicherungen mit Delta Lloyd ab. Der Fonds lehnte die Befreiung von der Zwangsmitgliedschaft mit der Begründung ab, die Versicherungen entsprächen nicht dem Erfordernis, daß sie für alle vom Arbeitgeber beschäftigten Physiotherapeuten gälten (Kollektivitätserfordernis). Die Kläger erhoben gegen die Entscheidungen des Fonds in erster Instanz beim Kantongerecht Klage (das gegen Herr van Veen und zugunsten von Herrn van Schijndel entschied) und riefen in der Berufungsinstanz die Rechtbank Breda an, die gegen beide Kläger entschied. Diese legten darauf Rechtsmittel zum Hoge Raad ein, der nur aufgrund rechtlicher Gesichtspunkte zur Aufhebung befugt ist („Kassation“).

10. Dieses neue Vorbringen wirft für den Hoge Raad eine wichtige prozessuale Frage auf. Nach niederländischem Recht ist neues Vorbringen im Kassationsverfahren nur zulässig, wenn es reine Rechtsfragen betrifft, d. h. keine Tatsachenprüfung erfordert. Der Hoge Raad ist der Ansicht, daß das neue Vorbringen der Kläger diese Voraussetzung nicht erfüllt, da es auf Tatsachen und Umstände gestützt sei, die von der Rechtbank nicht beurteilt worden seien. Es sei auch nicht so, daß dieses Vorbringen dem Begehren der Kläger zugrunde gelegen hätte, von der Rechtbank aber nicht berücksichtigt worden wäre.

11. Die Kläger können sich nach Ansicht des Hoge Raad auch nicht auf Artikel 48 der niederländischen Zivilprozeßordnung berufen, wonach das Gericht die von den Parteien nicht angeführten rechtlichen Begründungen von Amts wegen zu ergänzen hat. Der Hoge Raad führt aus, daß der Grundsatz der Passivität der Zivilgerichte in Rechtsstreitigkeiten über der freien Verfügung der Parteien unterliegende Ansprüche und Verpflichtungen bedeute, daß das Gericht beim Ergänzen der rechtlichen Gesichtspunkte weder die Grenzen des Rechtsstreits überschreiten noch sich auf andere Tatsachen und Umstände als diejenigen stützen dürfe, auf die sich die Partei, deren Vorbringen ergänzt werden müsse, berufen habe. In dieser Rechtssache hätte die Rechtbank die Grenzen des Rechtsstreits überschritten, wenn sie die gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkte von Amts wegen berücksichtigt hätte. Vor dem Kantongerecht hätten die Kläger nicht ihre Zwangsmitgliedschaft in dem System, sondern die Weigerung beanstandet, sie nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Rentenregelung von der Mitgliedschaft zu befreien. Der Hoge Raad folgert, daß die Kläger damit von der Verbindlichkeit der WVD vom 29. Juni 1972 und des Systems ausgegangen seien.

12. Unter diesen Umständen ersucht der Hoge Raad um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

A)

1) Hat ein nationales Zivilgericht in einem Rechtsstreit, der der freien Verfügung der

Parteien unterliegende zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen betrifft, die Artikel 3 Buchstabe f, 5, 85, 86 und/oder 90 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auch dann anzuwenden, wenn sich die Prozeßpartei, die ein Interesse an der Anwendung hat, nicht auf sie beruft?

2) Falls die Frage 1 grundsätzlich zu bejahen ist, gilt diese Antwort auch dann, wenn das Gericht dadurch die ihm grundsätzlich gebotene Passivität aufgeben müßte, indem es a) die Grenzen des Rechtsstreits zwischen den Parteien überschreiten und/oder b) sich auf andere Tatsachen und Umstände stützen müßte, als sie die Prozeßpartei, die ein Interesse an der Anwendung hat, ihrem Begehren zugrunde gelegt hat?

3) Falls auch die Frage 2 zu bejahen ist, können dann die in Frage 1 genannten Vertragsbestimmungen erstmals vor einem nationalen Kassationsgericht geltend gemacht werden, wenn a) nach dem für dieses geltenden Verfahrensrecht neues Vorbringen im Kassationsverfahren nur zulässig ist, falls es rein rechtlicher Art — d. h. keine Prüfung tatsächlicher Art erfordert und unter allen Umständen gilt —, und wenn b) diese Geltendmachung auch eine Prüfung tatsächlicher Art erfordert?

- B)
- 4) Ist vor dem Hintergrund des vorstehend unter 3.1 A v skizzierten Zweckes der WVD ein Berufsrentenfonds, dem aufgrund und gemäß der WVD alle oder eine oder mehrere bestimmte Gruppen von Angehörigen des Berufsstands mit den nach diesem Gesetz daran geknüpften, oben unter 3.1 A kurz dargestellten Rechtsfolgen angehören müssen, als Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 oder 90 des Vertrages anzusehen?
- 5) Falls ja, ist dann die Anordnung der Mitgliedschaft in dem in 3.1 B genannten Berufsrentensystem für Physiotherapeuten eine von einem Mitgliedstaat getroffene Maßnahme, die die praktische Wirksamkeit der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln beseitigt, oder ist dies nur unter bestimmten Umständen der Fall, und wenn ja, unter welchen?
- 6) Falls die letzte Frage zu bejahen ist, können dann sonstige Umstände dazu führen, daß die Anordnung mit Artikel 90 des Vertrages unvereinbar ist, und wenn ja, welche?
13. Der Hoge Raad weist darauf hin, daß sich die Fragen unter B nur stellen, wenn er nach der Antwort des Gerichtshofes auf die Fragen unter A verpflichtet ist, das auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Vorbringen der Kläger zu berücksichtigen.
- Die prozessualen Fragen**
14. Die Fragen der ersten Reihe (unter A) können als „prozessuale“ Fragen bezeichnet werden, wobei der Begriff „prozessual“ in einem sehr weiten Sinne verwendet wird, so daß er alle Vorschriften in bezug auf die Ausgestaltung gerichtlicher Rechtsbehelfe und die Zuständigkeit der Gerichte erfaßt. Im Kern geht es in diesen Rechtssachen um Fragen nach dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf prozessuale Angelegenheiten in diesem weiten Sinne, wie sie in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ausgestaltet sind.
15. Der Aufbau der drei prozessualen Fragen geht davon aus, daß mit einer Kassationsbeschwerde grundsätzlich nur ein Rechtsirrtum des Gerichts, dessen Entscheidung angefochten wird, geltend gemacht werden kann. Da der rechtliche Gesichtspunkt von den Parteien in den vorliegenden Rechtssachen nicht vor den Instanzgerichten geltend gemacht wurde, stellt sich die Frage, ob diese Gerichte den Gesichtspunkt selbst hätten aufwerfen können oder müssen, da sie andernfalls keinen Rechtsirrtum begangen

haben können. Demgemäß geht die erste Frage des Hoge Raad dahin, ob ein nationales Zivilgericht von Amts wegen bestimmte Vorschriften des Vertrages, insbesondere die über den Wettbewerb, anwenden muß, wenn sich die Parteien nicht auf sie berufen haben. Seine zweite Frage stellt sich nur, wenn die erste Frage grundsätzlich zu bejahen ist. Sie geht dahin, ob dies selbst dann gilt, wenn das nationale Gericht in diesem Fall die ihm durch die nationalen Verfahrensvorschriften auferlegte Passivität aufgeben müßte, indem es Gründe berücksichtigt, die über die Begehren der Parteien hinausgehen und zur Stützung einen weiteren tatsächlichen Nachweis erfordern. Falls ja, geht die dritte Frage dahin, ob die betreffenden Vertragsbestimmungen von den Parteien selbst dann erstmals vor einem Kassationsgericht geltend gemacht werden können, wenn das Gericht verpflichtet wäre, Verfahrensvorschriften unangewendet zu lassen, nach denen neue Gründe, die eine Prüfung von Tatsachen erfordern, nicht mehr vorgebracht werden können. Meiner Ansicht nach sind die erste und die zweite Frage gemeinsam zu verneinen. Die dritte Frage braucht daher nicht beantwortet zu werden.

16. Die Rechtssachen werfen ähnliche Fragen wie die Rechtssache Peterbroeck¹ auf, in der die Cour d'appel Brüssel dem Gerichtshof die Frage vorlegte, ob ein nationales Gericht eine nationale Verfahrensvorschrift nicht anwenden darf, die es daran hindert, einen gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen, der von den Parteien nach Ablauf der betreffenden Frist aufgeworfen worden ist. Ich habe meine Schlußanträge in dieser Rechtssache am 4. Mai 1994 gehalten. Die mündliche Verhandlung in der Rechtssache wurde danach wiedereröffnet, und am 4. April 1995 wurde zusammen mit der Sitzung

in den vorliegenden Rechtssachen eine weitere Sitzung abgehalten.

17. In meinen Schlußanträgen vom 4. Mai 1994 in der Rechtssache Peterbroeck vertrat ich die Ansicht, daß das Gemeinschaftsrecht der fraglichen nationalen Vorschrift nicht entgegenstehe. Ich stützte diese Ansicht auf die Tatsache, daß es „nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ... mangels einer Gemeinschaftsregelung Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten [ist], die Zuständigkeit der Gerichte und die Verfahren für Klagen zu regeln, mit denen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsende Rechte geltend gemacht werden sollen, sofern diese Verfahren zwei Bedingungen erfüllen: sie sind nicht ungünstiger als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen, und sie machen die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einräumt, weder praktisch unmöglich² noch erschweren sie sie übermäßig^{3 4}. Da keines der Begehren, für die nach den belgischen Vorschriften bestimmte Ausnahmen bestehen, dem Begehren Peterbroecks vergleichbar war und die nach den Vorschriften geltende Frist nicht als unvernünftig angesehen werden konnte, kam ich zu dem Schluß, daß die belgischen Vorschriften den vom Gerichtshof aufgestellten Anforderungen genügen.

2 — Vgl. z. B. Urteile in der Rechtssache 33/76 (Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5), in der Rechtssache 199/82 (San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 12) und in der Rechtssache 208/90 (Emmott, Slg. 1991, I-4269, Randnr. 16). Vgl. auch Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-31/91 bis C-44/91 (Lageder u. a., Slg. 1993, I-1761, Randnrn. 27 bis 29).

3 — Vgl. Urteile San Giorgio (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 14) und in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 43).

4 — Nr. 17.

1 — Rechtssache C-312/93, Schlußanträge vom 4. Mai 1994.

18. Diese Anforderungen sollen ein Gleichgewicht herstellen zwischen dem Erfordernis, die verfahrensrechtliche Autonomie der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu wahren, und dem Erfordernis, den wirksamen Schutz von Gemeinschaftsrechten vor den nationalen Gerichten zu gewährleisten. Sie stehen im Einklang mit Entscheidungen in anderen Rechtssachen, in denen der Gerichtshof dem Erfordernis, die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und den angemessenen gerichtlichen Schutz der einzelnen zu gewährleisten, größere Bedeutung beigegeben hat, insbesondere in den Rechtssachen *Simmenthal* und *Factortame*.

und den Schutz gemeinschaftlicher Rechte durch die italienischen Gerichte bedeutet. Das Erfordernis, jede Rechtssache, in der sich die Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht stellt, dem Verfassungsgerichtshof vorzulegen, was mit langen, komplizierten und teuren Verfahren verbunden ist, hätte die einzelnen davon abgehalten, die Durchsetzung ihrer sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte zu verfolgen⁶; außerdem wäre das Gemeinschaftsrecht selbst dann, wenn sich einzelne nicht hätten abhalten lassen, unangewendet geblieben, solange die Verfahren anhängig gewesen wären⁷.

19. Im Urteil *Simmenthal*⁵ hat der Gerichtshof entschieden, daß ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden habe, gehalten sei, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, ohne daß es die Beseitigung einer entgegengesetzten nationalen Maßnahme durch Gesetzgebung oder den italienischen Verfassungsgerichtshof abwarten müßte. Die entscheidende Bedeutung des Urteils für die Unverletzlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung ist klar. Nach dem durch den Vertrag geschaffenen System vertraut das Gemeinschaftsrecht für seine Durchsetzung auf die nationalen Gerichte. Jedes nationale Gericht muß in der Lage sein, jeder Gemeinschaftsbestimmung, die für das Rechtsgebiet, das in seine Zuständigkeit fällt, Bedeutung hat, Wirkung zu verleihen. Wäre nur der Verfassungsgerichtshof dafür zuständig, die Anwendung von gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendem nationalem Recht abzulehnen, hätte dies zweifellos ein größeres Hindernis für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts

20. In der Rechtssache *Factortame* u. a.⁸ bestand für den Gerichtshof ebenfalls eine zwingende Notwendigkeit, die Unzulänglichkeit des nach dem nationalen Recht bestehenden gerichtlichen Schutzes von Gemeinschaftsrechten zu beseitigen. Die Antragsteller hatten im Wege eines Antrags auf gerichtliche Überprüfung die Vereinbarkeit bestimmter Vorschriften eines Gesetzes des Vereinigten Königreichs mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt. Der Divisional Court der Queen's Bench Division legte die Frage dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor. Gleichzeitig beantragten die Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz in Form der Aussetzung der Anwendung der streitigen Vorschriften. Der

6 — Siehe die Schlußanträge des Generalanwalts Reischl (S. 653).

7 — A. a. O., S. 656.

8 — Rechtssache C-213/89 (Slg. 1990, I-2433).

5 — Rechtssache 106/77 (Slg. 1978, 629).

diesem Antrag stattgebende Beschluß des Divisional Court wurde vom Court of Appeal mit der Begründung aufgehoben, daß die Gerichte des Vereinigten Königreichs nicht befugt seien, die Anwendung von Gesetzen durch einstweilige Anordnung auszusetzen und in Verfahren der gerichtlichen Überprüfung einstweilige Anordnungen gegen die Krone zu erlassen. Auf die Vorlage dieser Frage durch das House of Lords entschied der Gerichtshof, daß ein nationales Gericht, das in einem bei ihm anhängigen, das Gemeinschaftsrecht betreffenden Rechtsstreit zu der Auffassung gelange, dem Erlaß einstweiliger Anordnungen stehe nur eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegen, diese Vorschrift nicht anwenden dürfe.

21. Obwohl die Entscheidung unvermeidbar zu einer politischen Debatte führte, war sie in rechtlicher Hinsicht nicht revolutionär oder wirklich überraschend, was sich an der Reaktion der englischen Richter selbst zeigte⁹. Der gerichtliche Schutz von Gemeinschaftsrechten wäre eindeutig unzulänglich, ja illusorisch gewesen, wenn der Divisional Court bis zum Erlaß seines auf eine Entscheidung des Gerichtshofes folgenden Endurteils nicht in der Lage gewesen wäre, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, um die Partei, die diese beantragt hatte, vor nicht wiedergutzumachendem Schaden zu bewahren. Bemerkenswert ist auch, daß sich die englischen Gerichte im folgenden für befugt hielten, einstweilige Anordnungen gegen die Krone in gleichartigen Verfahren auch dann zu erlassen, wenn es nicht um Gemeinschaftsrechte ging¹⁰.

9 — Siehe die Ausführungen von Lord Bridge of Harwich in *Regina v Secretary of State for Transport ex parte Factorame Limited and Others* [1991] AC 603, insbesondere S. 658; [1990] CMLR 375.

10 — Siehe die Entscheidung des House of Lords in *M v Home Office* [1994] 1 AC 377.

22. Es sollte also beachtet werden, daß das Eingreifen des Gerichtshofes in der Rechtssache *Simmenthal* wie in der Rechtssache *Factortame* erforderlich war, um nationale Gerichte, bei denen auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Klagen ordnungsgemäß anhängig gemacht worden waren, in die Lage zu versetzen, die Aufgabe, die ihnen nach dem durch den Vertrag geschaffenen System übertragen ist, wirksam zu erfüllen.

23. Die vorliegende Rechtssache ist klar unterscheidbar von den Rechtssachen *Simmenthal* und *Factortame*, und es gibt meiner Meinung nach keinen Grund, die in diesen Rechtssachen aufgestellten Grundsätze auszudehnen, um diejenigen zu schützen, die Klagen nicht in der geeigneten Weise in Rechtsordnungen erhoben haben, die ihnen dafür zweckmäßige Möglichkeiten bieten. Ich stimme daher der Auffassung zu, die von allen Mitgliedstaaten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, vertreten wird, namentlich von Frankreich, Deutschland, den Niederlande und dem Vereinigten Königreich (die alle auch in der mündlichen Verhandlung vertreten waren), sowie der in der mündlichen Verhandlung von Irland und (in der Rechtssache *Peterbroeck*) von Belgien vertretenen Auffassung. Spanien und Griechenland haben in der mündlichen Verhandlung jedoch eine andere Auffassung vertreten. Die spanische Regierung hat vorgeschlagen, daß ein nationales Gericht erforderlichenfalls von Amts wegen gemeinschaftsrechtliche Gesichtspunkte prüfen müsse, ungeachtet entgegenstehender nationaler Verfahrensvorschriften. Sie hat diese Schlußfolgerung auf a) den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, b) den Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und c) das Erfordernis gestützt, dessen einheitliche Anwendung sicherzustellen. Ähnliche Argumente sind von der griechischen Regierung vorgebracht worden. Ich werde jedes Argument der Reihe nach prüfen.

Vorrang des Gemeinschaftsrechts

24. Meiner Ansicht nach folgt aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrecht nicht, daß ein nationales Gericht unter allen Umständen Verfahrensvorschriften unangewendet lassen muß, die verhindern, daß eine gemeinschaftsrechtliche Frage in einem bestimmten Verfahrensstadium aufgeworfen wird. Der Vorrang des Gemeinschaftsrecht verlangt in erster Linie die allgemeine Regel, daß, wenn ein nationales Gericht mit einem Konflikt zwischen einer materiellen Vorschrift des nationalen Rechts und einer materiellen Vorschrift des Gemeinschaftsrechts konfrontiert ist, das Gemeinschaftsrecht vorgeht. Es ist leicht zu verstehen, daß das Gemeinschaftsrecht ohne eine solche allgemeine Regel ein toter Buchstabe wäre.

25. Hinsichtlich der Verfahrensvorschriften aber verlangt der Vorrang des Gemeinschaftsrecht nicht, daß sie unter allen Umständen außer Kraft zu setzen sind, damit gemeinschaftsrechtliche Fragen in jedem Verfahrensstadium geprüft werden können. Wie die Rechtsprechung des Gerichtshofes gezeigt hat, reicht es aus, daß für die einzelnen nach den nationalen Verfahrensvorschriften eine wirksame Gelegenheit zur Durchsetzung ihrer Rechte besteht.

26. Es trifft zu, daß sowohl das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Anwendung des Gemeinschaftsrecht als auch die Interessen der Parteien berücksichtigt wer-

den müssen. Doch legt die Sehweise, die der Gerichtshof über die Jahre beständig eingenommen hat, es nahe, daß das, was ausreichend ist, um dem öffentliche Interesse in dieser Hinsicht zu genügen, genau den feststehenden Grundsätzen entspricht, auf die bereits hingewiesen wurde, nämlich den Grundsätzen, daß nationale Gerichte die Durchsetzung von Gemeinschaftsrechten sicherstellen müssen, wenn sie in nationalen Verfahren gemäß den nationalen Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden, und daß die nationalen Vorschriften nur dann unangewendet zu bleiben haben, wenn sie die Durchsetzung dieser Rechte unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Ergänzend könnte bemerkt werden, daß das Gemeinschaftsinteresse auch durch die Kommission geschützt werden kann, sei es indem sie die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sicherstellt, die in den vorliegenden Rechtsachen geltend gemacht werden, oder indem sie allgemein sicherstellt, daß die Mitgliedstaaten ihren Gemeinschaftsverpflichtungen nachkommen, gegebenenfalls unter Anwendung von Artikel 169 des Vertrages.

27. Stellte man sich auf den Standpunkt, daß nationale Verfahrensvorschriften stets gegenüber dem Gemeinschaftsrecht zurücktreten müßten, so würde dies außerdem in ungerechtfertigter Weise feststehende Grundsätze untergraben, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zugrunde liegen. Es würde weiter gegangen, als dies für einen effektiven gerichtlichen Schutz erforderlich ist. Darin könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und, im weiteren Sinne, gegen das Subsidiaritätsprinzip gesehen werden, das genau das Gleich-

wicht widerspiegelt, das der Gerichtshof auf diesem Gebiet viele Jahre lang angestrebt hat. Auch würde es zu einer Vielzahl von Anomalien kommen, da im Ergebnis Rechten größerer Schutz gewährt würde, denen nicht schon deshalb, weil sie Gemeinschaftsrechte sind, von Natur größere Bedeutung zukommt als den Rechten, die das nationale Recht anerkennt. Es läßt sich z. B. schwerlich argumentieren, daß das vermeintliche, aus dem Gemeinschaftsrecht folgende Recht von Herrn van Schijndel und Herrn van Veen, ihre Versicherung selbst zu wählen, wichtiger ist und größeren Schutz verdient als z. B. das Recht eines Klägers auf Ersatz von Personenschäden.

28. Damit soll die Bedeutung der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte oder ihre Verpflichtung aus Artikel 5 des Vertrages, den Gemeinschaftsbestimmungen volle Wirksamkeit zu verleihen und Rechte durchzusetzen, die dem einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht eingeräumt werden, nicht unterbewertet werden. Die nationalen Gerichte sollten in der Tat, wie ich dies in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache BP Supergas¹¹ vorgeschlagen habe, das Erfordernis, daß Klagen, die das Gemeinschaftsrecht betreffen, genauso behandelt werden wie Klagen, die nur nationales Recht betreffen, weit auslegen. Überdies wird der Gerichtshof einschreiten, um sicherzustellen, daß dem Gemeinschaftsrecht Wirkung verliehen wird, wenn spezielle nationale Vorschriften Gemeinschaftsrechte

vereiteln (siehe außer den Urteilen Simmenthal und Factortame die Urteile Johnston¹², Emmott¹³ und Marshall II¹⁴).

29. Die Annahme, die dem durch die Verträge geschaffenen System zugrunde liegt, geht jedoch dahin, daß dem Erfordernis der Wirksamkeit und des angemessenen gerichtlichen Schutzes normalerweise durch nationale Rechtsbehelfe genügt werden kann, die durch die nationalen Gerichte gemäß dem nationalen Verfahrensrecht durchgesetzt werden. So hat der Gerichtshof z. B. im Urteil Rewe¹⁵ ausgeführt,

„daß der Vertrag zwar für Privatpersonen mehrere Möglichkeiten der direkten Klage zum Gerichtshof eröffnet hat, daß er aber nicht zusätzlich zu den nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Gerichten schaffen wollte. Das durch den Vertrag geschaffene Rechtsschutzsystem, wie es insbesondere in Artikel 177 ausgeprägt ist, setzt vielmehr voraus, daß es möglich sein muß, zur Gewährleistung der Beachtung unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrechts von jeder im nationalen Recht vorgesehenen Klagemöglichkeit unter denselben Zulässigkeits- und sonstigen Verfahrensvoraussetzungen Gebrauch zu machen, wie wenn es sich um die Gewährleistung der Beachtung des nationalen Rechts handelte.“

30. Dem liegt die Prämisse zugrunde, daß Rechtsstaaten ihre nationale Rechtsordnung in der Weise organisieren, daß die ordnungsgemäße Anwendung des Rechts und ein angemessener Rechtsschutz für ihre Bürger gewährleistet werden. Aus diesem Grund wird der Gerichtshof nur ausnahmsweise

12 — Rechtssache 222/84 (Slg. 1986, 1651).

13 — Rechtssache C-208/90 (Slg. 1991, I-4269).

14 — Rechtssache C-271/91 (Slg. 1993, I-4367).

15 — Rechtssache 158/80 (Slg. 1981, 1805).

11 — Rechtssache C-62/93, Schlußanträge vom 9. März 1995, Slg. 1995, I-1883, I-1888.

einzugreifen haben, um sicherzustellen, daß dem Gemeinschaftsrecht Wirkung verliehen wird.

Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts

31. Damit komme ich zum zweiten Argument der spanischen Regierung, das auf das Erfordernis gestützt ist, die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die ordnungsgemäße Anwendung des Rechts nicht zwangsläufig bedeutet, daß es für seine Anwendung keine Grenzen geben kann. Das Interesse an der vollen Anwendung kann gegenüber anderen Belangen wie der Rechtssicherheit, der ordnungsgemäßen Verwaltung und der ordentlichen und zweckmäßigen Führung der Verfahren durch die Gerichte abzuwägen sein. In Rechtsordnungen bestehen für gewöhnlich verschiedene Beschränkungen, die, wenn der Kläger nicht ein zumutbares Maß an Sorgfalt an den Tag legt, zur vollständigen oder teilweisen Abweisung seiner Klage führen. Zu diesen Beschränkungen gehören Fristen für die Einleitung von Verwaltungs- und gerichtlichen Verfahren und die Vornahme weiterer Handlungen in diesen Verfahren, Grenzen für rückwirkende Klagen, Vorschriften, die die Erhebung neuer Ansprüche beschränken, und Beschränkungen für Rechtsmittelgründe und Fragen, die die Gerichte von Amts wegen aufwerfen dürfen.

32. In Verfahren vor dem Gerichtshof kann eine unbedachte Partei die Erfahrung machen, daß ihre Klage oder ihr Rechtsmittel wegen Fristablaufs unzulässig ist oder daß sie bestimmte Ansprüche oder Einwendungen, die für ihren Fall hätten von Bedeutung sein können, nicht mehr erheben kann. Ganz abgesehen von den in den Verträgen und den Satzungen festgelegten Fristen für die Einleitung der verschiedenen Verfahrensarten bestehen bedeutsame Beschränkungen für die Klageerweiterung und das Vorbringen neuer Gründe in späteren Verfahrensabschnitten. Der Gegenstand direkter Klagen bestimmt sich grundsätzlich nach der Klageschrift oder, bei den Klagen der Kommission nach Artikel 169, nach der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission. Hinzu kommt, daß die Kläger in der Klageschrift kurz die Klagegründe darstellen müssen, siehe Artikel 38 § 1 der Verfahrensordnung, Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung bestimmt: „Im übrigen können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des Verfahrens zutage getreten sind.“ Nur unter eng begrenzten Umständen wirft der Gerichtshof eine Frage von Amts wegen auf.

33. Inwieweit ein nationales Gericht eine von den Parteien nicht vorgebrachte Rechtsfrage prüfen kann, kann von der Natur des Verfahrens abhängen, dem die Rechtssache unterliegt. Tatsächlich könnte es verlockend sein, vorzuschlagen, daß es in den Mitgliedstaaten eine grundlegende Unterscheidung

zwischen zwei fundamental verschiedenen Arten von Verfahren gibt, und zwar, grob gesprochen, eine Unterscheidung zwischen den kontinentalen Systemen auf der einen und dem englischen, irischen und schottischen System auf der anderen Seite. Unter diesem Blickwinkel wird davon ausgegangen, daß das Gericht in den kontinentalen Systemen das Recht kennt („iura novit curia“ oder „curia novit legem“); es muß die geeigneten Rechtsvorschriften auf den Sachverhalt anwenden, wie er ihm von den Parteien dargeboten wird („da mihi factum, dabo tibi ius“), und wenn nötig stellt es zu diesem Zweck eigene rechtliche Nachforschungen an. Im englischen, irischen und schottischen System spielt das Gericht dagegen eine weniger aktive oder sogar eine passive Rolle. Dem Verfahren liegt im allgemeinen die Annahme zugrunde, daß das Gericht keine eigene Rechtskenntnis besitzt, daß es von dem, was der Anwalt für die Parteien vorbringt, abhängig ist und daß seine Funktion im wesentlichen darin besteht, ausschließlich auf der Grundlage ihres Vorbringens zu entscheiden. Nach Ansicht eines Kommentators besteht „das vielleicht aufsehenerregendste Merkmal des englischen Verfahrens darin, daß die Regel ‚curia novit legem‘ bis heute noch nie Teil des englischen Rechts gewesen ist“¹⁶.

34. Solche Unterschiede zwischen verschiedenen Gruppen von Rechtsordnungen erweisen sich bei näherer Betrachtung oft als übertrieben, und die vorliegende Frage macht da keine Ausnahme. Selbst bei den Zivilverfahren, auf die der Gegensatz noch am ehesten zutrifft — er gilt nur sehr beschränkt für Strafverfahren oder für Verwaltungsgerichte, für die andere Grundsätze

gelten —, läßt sich die Unterscheidung zwischen den beiden Ansätzen kaum halten. Nach dem Gegensatz, wie er vorstehend formuliert wurde, können die Gerichte in den kontinentalen Systemen von Amts wegen eine von den Parteien nicht aufgeworfene Rechtsfrage prüfen oder müssen dies sogar, während die Gerichte in den Systemen des Common law dies nicht tun. Die Wirklichkeit sieht anders aus. In den erstgenannten Systemen kann das Gericht zwar einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt prüfen, doch darf es nicht die Grenzen des Rechtsstreits überschreiten, wie er durch die Anträge der Parteien festgelegt wird, die die „Herren des Rechtsstreits“ (dominus litis) bleiben. Es kann im allgemeinen auch keinen neuen Gesichtspunkt prüfen, der mit neuen Tatsachenfragen verbunden ist. Genau dies gilt im niederländischen Zivilverfahren, wie der Hoge Raad in den Vorlagebeschlüssen dargelegt hat¹⁷, und die Lage ist offenbar in vielen anderen Systemen die gleiche. Außerdem wird — oder muß — das Gericht, wenn es einen neuen Gesichtspunkt aufwirft, in vielen Systemen die Parteien zur Stellungnahme auffordern, wie dies ein englisches Gericht tun würde. Für ein englisches Gericht wiederum ist es keineswegs ausgeschlossen, einen rechtlichen Gesichtspunkt aufzuwerfen, den die Parteien nicht vorgebracht haben. In der Tat wird eine vergleichende detaillierte Untersuchung der Einstellung eines englischen und, sagen wir, eines französischen Gerichts zu diesen Fragen erweisen, daß die Unterschiede nicht groß sind¹⁸.

35. Außerdem wird ein englisches Gericht, wie jedes andere Gericht, selbstverständlich einen Gesichtspunkt, der eine Frage der

17 — Siehe oben, Nr. 11.

18 — Siehe Jolowicz, „Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law“, in *Multum non multa: Festschrift für Kurt Lipstein* (1980), S. 79.

16 — Mann, „Fusion of the Legal Professions?“, *Law Quarterly Review* 1977, S. 367, 369.

öffentlichen Ordnung darstellt, von Amts wegen aufgreifen. Seit Jahrhunderten lehnt das englische Recht es aus diesem Grund ab, rechtswidrige Verträge durchzusetzen; dies wurde in einem neuzeitlichen Fall wie folgt begründet:

„Ist ein Geschäft allem Anschein nach offensichtlich rechtswidrig, so lehnt das Gericht dessen Durchsetzung unabhängig davon ab, ob dieser Gesichtspunkt vorgebracht wird oder nicht und ob ihn beide Parteien aufwerfen oder nicht, und selbst dann, wenn der Gesichtspunkt erstmals in der Rechtsmittelinstanz zutage tritt. Der Grund für diese Regel liegt darin, daß die Gerichte der Königin nicht dazu benutzt werden dürfen, rechtswidrige Verträge durchzusetzen, und zwar unabhängig davon, was die Parteien wollen ...“¹⁹

36. Selbst innerhalb des englischen Systems schwankt der Grad, bis zu dem ein Gericht einschreitet und von Amts wegen Fragen aufwirft, jedoch je nach dem Kontext: Er kann z. B. von der Art des Verfahrens (Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren), von der Stufe des Verfahrens (erste Instanz, Rechtsmittel bezüglich rechtlicher und tatsächlicher Fragen oder auf rechtliche Fragen beschränktes Rechtsmittel) und von der Art des Rechtsprechungsorgans abhängen (Gericht oder Sondergericht, das auf bestimmten Sachgebieten gerichtliche oder quasigerichtliche Funktionen ausübt [tribunal]).

37. Eine vergleichende Untersuchung der Lage bei den Gerichten der Mitgliedstaaten zeigt, daß unter den Rechtsordnungen weitere Abweichungen bestehen können. So

besteht z. B. mit Sicherheit keine Einigkeit darüber, was einen Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung (*moyen d'ordre public*) darstellt. Alle nationalen Gerichte dazu zu verpflichten, das Gemeinschaftsrecht von Amts wegen anzuwenden, würde, obwohl es nicht unmöglich wäre, dies in jedem System in die Praxis umzusetzen, zu einem Bruch führen, dessen Ausmaß in den verschiedenen Systemen unterschiedlich groß, aber in allen Systemen wahrscheinlich erheblich wäre. Es wäre auch schwierig, zu entscheiden, ob eine derartige Behandlung für das Gemeinschaftsrecht insgesamt oder nur für bestimmte Teile erforderlich wäre, und gegebenenfalls für welche Teile.

38. Sowohl aus grundsätzlichen als auch aus praktischen Gründen sollte das Ergebnis daher lauten, daß ein nationales Gericht eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts nur dann von Amts wegen anwenden muß, wenn es verpflichtet wäre, eine entsprechende Vorschrift des nationalen Rechts von Amts wegen anzuwenden. Dies könnte zwar zu einer unterschiedlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts führen, aber eine solche unterschiedliche Anwendung ist, wie wir gesehen haben, eine Folge der Verschiedenartigkeit der nationalen Rechtsordnungen selbst.

39. Das Ergebnis wird bekräftigt, wenn man Rechtsmittelverfahren, insbesondere Kassationsverfahren, betrachtet. In Rechtsmittelverfahren unterliegt das Recht eines Rechtsmittelführers oder-gegners, neue Gesichtspunkte aufzuwerfen, die den Umfang des Verfahrens erweitern, im allgemeinen Beschränkungen. Ohne solche Beschränkungen würde das

19 — *Bank of India v Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J. N. Patel* [1982] 1 *Lloyd's Reports* 427, Richter Bingham, S. 429.

Wesen des Rechtsmittelverfahrens tiefgreifend verändert und das Verfahren in eine erneute Verhandlung umgewandelt.

40. Solche Erwägungen gelten insbesondere für Kassationsverfahren in den Mitgliedstaaten, da die Zuständigkeit in diesen Verfahren generell auf die Prüfung der Frage beschränkt ist, ob das Urteil der Vorinstanz einen Rechtsfehler enthält, so daß weder für die Parteien noch für das Gericht Raum für die Einführung neuer rechtlicher Gesichtspunkte bleibt.

41. Die Einführung neuer, vor den Untergerichten nicht vorgebrachter Gründe ist oft stark beschränkt. Während z. B. der deutsche Bundesgerichtshof und die französische Cour de cassation vergleichsweise frei darin sind, von Amts wegen Gründe zu prüfen, müssen sich der belgische, spanische, italienische und niederländische Kassationsgerichtshof grundsätzlich auf die von den Parteien geltend gemachten Gründe beschränken. Abgesehen von engen Ausnahmen ist der belgische Kassationsgerichtshof nicht einmal befugt, Gründe der öffentlichen Ordnung zu prüfen.

42. Beschränkungen bestehen im übrigen auch nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofes. Bei Rechtsmitteln gegen Entscheidungen des Gerichts erster Instanz kann keine Partei „den vor dem Gericht verhan-

delten Streitgegenstand“ ändern²⁰. Zugegeben, es kann insofern eine Ausnahme bestehen, als der Gerichtshof, ich wiederhole mich, eine Frage der „öffentlichen Ordnung“ auch dann aufwerfen kann, wenn das Gericht erster Instanz dies nicht getan hat²¹. Es scheint aber klar, daß diese Ausnahme eng begrenzt werden muß, wenn das Rechtsmittelssystem ordnungsgemäß funktionieren soll.

43. Was nunmehr die in den vorliegenden Rechtssachen in Rede stehenden niederländischen Bestimmungen betrifft, glaube ich nicht, daß sie es einem Kläger ungebührlich erschweren, seine Gemeinschaftsrechte durchzusetzen. Die Bestimmungen sollen lediglich die ordentliche und effiziente Führung von Verfahren sicherstellen, indem sie den Kläger daran hindern, den Streitgegenstand, wie er in seiner ursprünglichen Klageschrift festgelegt wurde, nachträglich zu erweitern und im Kassationsverfahren neue Fragen aufzuwerfen, die über den Streitgegenstand hinausgehen und weitere Sachverhaltsfeststellungen erfordern würden. Zu bemerken ist, daß die niederländischen Bestimmungen vorbehaltlich dieser Beschränkungen von den Parteien nicht besonders viel verlangen. Nach Artikel 48 der niederländischen Verfahrensordnung hat nämlich die Tatsacheninstanz deren rechtliches Vorbringen, falls erforderlich, von Amts wegen zu ergänzen.

44. Da die niederländischen Bestimmungen den Gemeinschaftsrechten somit offenbar

20 — Artikel 113 § 2 und Artikel 116 § 2.

21 — Lenaerts, „The Development of the Judicial Process in the European Community after the Establishment of the Court of First Instance“, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Bd. 1, Heft 1 (1990), S. 53 bis 113, 109.

einen angemessenen Schutz bieten, reicht es aus, daß die nationalen Gerichte bei der Anwendung dieser Bestimmungen Gründe, die auf das Gemeinschaftsrecht gestützt sind, in gleicher Weise behandeln wie ähnliche Gründe, die auf nationales Recht gestützt sind.

nale Rechtsbehelfe und Verfahrensvorschriften einen angemessenen Rechtsschutz bieten²².

Einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts

45. Der dritte Einwand der spanischen Regierung zielt darauf hin, daß eine solche Auffassung zu einer mangelnden Einheitlichkeit bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts führen würde; in Mitgliedstaaten, deren Verfahrensvorschriften weniger streng seien, könne dem Gemeinschaftsrecht trotz mangelnder Sorgfalt der Parteien Wirkung verliehen werden. Ein gewisser Unterschied in der Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist jedoch bei Fehlen harmonisierter Vorschriften für Rechtsbehelfe, Verfahren und Fristen unvermeidlich. Beachtet z. B. ein unachtsamer Kläger nicht die Frist für die Einlegung einer verwaltungsrechtlichen Beschwerde oder einer Klage, kann sein Begehren wegen Fristablaufs unzulässig sein; derartige Fristen sind von Staat zu Staat unterschiedlich und können auch von der jeweiligen Form des Rechtsbehelfs abhängen. Es kann nicht ernsthaft vorgeschlagen werden, daß das Gemeinschaftsrecht es im Interesse der Einheitlichkeit verlangt, daß alle Fristen für Begehren, die sich aus ihm ergeben, unangewendet bleiben müssen. Bei Fehlen harmonisierter Bestimmungen kann das einzige Erfordernis darin bestehen, daß natio-

Weitere Argumente

46. Abschließend nehme ich zu einigen weiteren Argumenten Stellung, die während des Verfahrens vorgebracht worden sind. Erstens ist es, wie ich in Nummer 44 meiner Schlußanträge vom 4. Mai 1994 in der Rechtssache Peterbroeck ausgeführt habe, nicht möglich, die Auffassung, daß ein nationales Gericht stets in der Lage sein muß, von Amts wegen eine von den Parteien nicht vorgebrachte gemeinschaftsrechtliche Frage aufzuwerfen, auf Artikel 177 des Vertrages zu stützen. Artikel 177 legt nur den Mechanismus fest, aufgrund dessen ein nationales Gericht, das ordnungsgemäß mit einer gemeinschaftsrechtlichen Frage befaßt ist, diese vom Gerichtshof entscheiden lassen kann. Artikel 177 schließt zwar die Anwendung von Verfahrensvorschriften aus, die ein nationales Gericht daran hindern, unter solchen Umständen den Gerichtshof anzurufen, er sagt jedoch nichts über die Vorfrage aus, unter welchen Voraussetzungen eine solche Frage vor dem nationalen Gericht aufzuwerfen ist.

47. Zweitens ist zu bemerken, daß der ersten Frage des Hoge Raad die Annahme

22 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 130/79 (Express Dairy Foods, Slg. 1980, 1887, Randnr. 12).

zugrunde liegt, daß die bei ihm anhängigen Verfahren „der freien Verfügung der Parteien unterliegende zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ betreffen. Die Kläger vertreten die Ansicht, daß diese Wendung mittelbar auf die niederländische Definition von Vorschriften der öffentlichen Ordnung Bezug nehme, nämlich der Vorschriften, deren Anwendung nicht zur Disposition der Parteien stehe. Sie wenden sich gegen die Annahme des Hoge Raad mit der Begründung, daß Gemeinschaftsvorschriften, da sie gegenüber dem nationalen Recht höherrangig seien, als Vorschriften der öffentlichen Ordnung anzusehen seien, die von einem Gericht von Amts wegen geprüft werden müßten. Ihre Anwendung könne nicht im Ermessen der Parteien stehen.

48. Aus den bereits angegebenen Gründen glaube ich nicht, daß aus dem Grundsatz des Vorrangs folgt, daß sämtlichen Gemeinschaftsvorschriften, soweit nationale Verfahrensvorschriften betroffen sind, eine Sonderstellung eingeräumt werden muß. Das öffentliche Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung der Unversehrtheit der Gemeinschaftsrechtsordnung und des angemessenen Schutzes der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte des einzelnen kann durch die vom Gerichtshof bereits entwickelten Grundsätze angemessen befriedigt werden.

49. Ich schließe jedoch nicht die Möglichkeit aus, daß es Umstände gibt, unter denen ein nationales Gericht verpflichtet wäre, eine von den Parteien nicht geltend gemachte Gemeinschaftsvorschrift selbst dann zu prüfen, wenn dies dazu führte, daß es die Grenzen des Rechtsstreits, wie er durch die

Anträge der Parteien festgelegt wurde, überschreiten müßte. Ein nationales Gericht könnte verpflichtet sein, eine Vereinbarung nicht durchzusetzen, die nach Artikel 85 des Vertrages offenkundig rechtswidrig ist. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn eine Partei einer Vereinbarung über die Festsetzung von Preisen, die offenkundig gegen Artikel 85 des Vertrages verstieße, Schadensersatz für die Nichterfüllung der Vereinbarung durch eine andere Vertragspartei verlangen und sich der Beklagte nicht auf Artikel 85 berufen würde. In diesem Fall könnte und müßte das nationale Gericht zweifellos so verfahren. Da aber sicher angenommen werden kann, daß kein Gericht ein Geschäft durchsetzen würde, das nach nationalem Recht offenkundig rechtswidrig wäre, auch wenn sich die Parteien nicht auf die Rechtswidrigkeit berufen würden, ist für dieses Ergebnis nicht mehr als eine Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung erforderlich. Außerdem besteht für das Gemeinschaftsinteresse im Fall der Rechtswidrigkeit nach den Artikeln 85 und 86 des Vertrages insofern eine zusätzliche Sicherung, als die Kommission stets eingreifen kann.

50. In den vorliegenden Rechtssachen stellt sich keine solche Frage. Hätte sich keine Partei auf das Gemeinschaftsrecht berufen, hätte es kein vorrangiges öffentliches Gemeinschaftsinteresse daran gegeben, von dem nationalen Gericht zu verlangen, unabhängig vom Willen der Parteien komplizierte Fragen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts aufzuwerfen. Das einzige Gemeinschaftsinteresse in den vorliegenden Rechtssachen ist das des angemessenen gerichtlichen Schutzes, ein Interesse, das meiner Ansicht nach befriedigt wurde.

51. Die vorliegenden Rechtssachen sind schließlich klar unterscheidbar von der

Rechtssache Duijnste²³. Dort hat der Gerichtshof in Beantwortung einer Frage des Hoge Raad für Recht erkannt, daß Artikel 19 des Brüsseler Übereinkommens²⁴ ein nationales Kassationsgericht verpflichte, sich immer dann von Amts wegen für unzuständig zu erklären, wenn es feststelle, daß ein Gericht eines anderen Vertragsstaats im Sinne von Artikel 16 des Übereinkommens ausschließlich zuständig sei, ungeachtet nationalen Verfahrensrechts, nach dem das Gericht seine Prüfung auf die von den Parteien vorgebrachten Rügen zu beschränken habe. Wie der Gerichtshof jedoch ausgeführt hat²⁵, geht das Übereinkommen, das die Zuständigkeit der Gerichte der Vertragsstaaten in Zivilsachen festlege, den mit ihm unvereinbaren innerstaatlichen Bestimmungen vor. Artikel 19 des Übereinkommens erlege den nationalen Gerichten eine spezifische Verpflichtung auf, die Frage ihrer Zuständigkeit unter bestimmten Umständen von Amts wegen aufzuwerfen. Eine nationale Vorschrift, die ein Gericht daran hindere, verstoße daher gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Übereinkommens.

52. Folglich ist meiner Meinung nach auf die erste und die zweite Frage des vorliegenden Gerichts zu antworten, daß in Verfahren, wie sie in den vorliegenden Rechtssachen bei den nationalen Gerichten anhängig gemacht wurden, ein nationales Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht weder verpflichtet noch ermächtigt ist, nationale Verfahrensvorschriften, die unterschiedslos für auf das nationale

Recht und auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Begehren gelten, unangewendet zu lassen, die es daran hindern, von den Parteien nicht geltend gemachte Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wenn das nationale Gericht dabei die Grenzen des Rechtsstreits überschreiten oder von den Parteien nicht vorgebrachte tatsächliche Fragen aufwerfen müßte. Da die dritte Frage nur für den Fall der Bejahung der zweiten Frage gestellt ist, braucht sie nicht beantwortet zu werden.

Die materiellen Fragen

53. Die vierte, die fünfte und die sechste Frage des Hoge Raad sollen klären, ob das System der Physiotherapeuten und insbesondere die Zwangsmitgliedschaft mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages vereinbar sind. Da diese Fragen vor dem Kantongerecht nicht aufgeworfen wurden, traf dieses Gericht insoweit keine Tatsachenfeststellungen. Im Vorlagebeschluß weist der Hoge Raad nur auf die Ziele der WVD und die Folgen eines vorgeschriebenen Systems hin (siehe oben, Nrn. 2 und 3).

54. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung wie folgt entschieden²⁶:

„Schließlich gebietet die Notwendigkeit, zu einer dem nationalen Gericht sachdienlichen

23 — Rechtssache 288/82 (Slg. 1983, 3663).

24 — „Das Gericht eines Vertragsstaats hat sich von Amts wegen für unzuständig zu erklären, wenn es wegen einer Streitigkeit angerufen wird, für die das Gericht eines anderen Vertragsstaats aufgrund des Artikels 16 ausschließlich zuständig ist.“

25 — Vgl. insbesondere Randnr. 14 des Urteils.

26 — Vgl. Beschluß in der Rechtssache C-378/93 (La Pyramide, Slg. 1994, I-3999, Randnr. 14). Siehe auch Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-320/90 bis C-322/90 (Telemarscabruzzo u. a., Slg. 1993, I-393).

Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, daß dieses Gericht den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen umreißt, in den sich die gestellten Fragen einfügen, oder daß es zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutert, auf denen diese Fragen beruhen ...“

Dies gilt insbesondere auf einem Gebiet wie dem Wettbewerbsrecht, das durch komplexe rechtliche und tatsächliche Verhältnisse gekennzeichnet ist²⁷. Natürlich konnte der Hoge Raad in seinem Vorlagebeschuß den tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund dieses Aspektes der Rechtssache gerade deshalb nicht ausführlich beschreiben, weil die Wettbewerbsfragen vor den nationalen Gerichten nicht erörtert worden sind.

55. Sollte der Hoge Raad entgegen der von mir geäußerten Ansicht verpflichtet sein, die Wettbewerbsfragen zu prüfen, sollte der Gerichtshof meiner Ansicht nach über diese Fragen erst entscheiden, nachdem der tatsächliche und rechtliche Hintergrund des Rechtsstreits weiter geklärt worden ist. In den vorliegenden Schlußanträgen werde ich mich darauf beschränken, unter Berücksichtigung der in den schriftlichen Erklärungen enthaltenen Informationen über den Fonds vorläufig zur vierten Frage des vorliegenden Gerichts Stellung zu nehmen. Mit dieser

Frage möchte der Hoge Raad wissen, ob ein gemäß der WVD aufgestelltes Berufrentensystem, dem alle oder eine oder mehrere bestimmte Gruppen von Angehörigen des Berufsstands angehören, ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85, 86 oder 90 des EG-Vertrags darstellt. Ich meine, daß diese Frage verneint werden sollte.

56. Die Kläger verweisen für eine weite, den Fonds umfassende Auslegung des Unternehmensbegriffs auf das Urteil Höfner²⁸. Dort hat der Gerichtshof für Recht erkannt, daß eine öffentliche Stelle, die Arbeitsvermittlung betreibt, als ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 des Vertrages anzusehen sei. Der Gerichtshof hat dabei ausgeführt²⁹:

„Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfaßt der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Die Arbeitsvermittlung stellt eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.

Daß die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlich-rechtlichen Anstalten übertragen ist, spricht nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit. Die Arbeitsvermittlung ist nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden und muß nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden. Diese Feststellung gilt ins-

27 — Vgl. Urteil Telemarsicabruzzo (Randnr. 7).

28 — Rechtssache C-41/90 (Slg. 1991, I-1979).

29 — Randnrn. 21 und 22.

besondere für die Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft.“

57. Die Lage ist in bezug auf Systeme der sozialen Sicherheit jedoch komplizierter. Für Rentenregelungen besteht eine Vielfalt von Formen, die von staatlichen Systemen der sozialen Sicherheit bis zu privaten Einzelsystemen reichen, die von gewerblichen Versicherern angeboten werden. Obgleich sogar zwischen diesen Systemen ein Wettbewerb bestehen kann (was durch die Tatsache belegt wird, daß im Vereinigten Königreich private Altersvorsorgeregelungen das staatliche System der sozialen Sicherheit teilweise ersetzen können), scheint klar zu sein, daß die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft nicht auf staatliche Systeme der sozialen Sicherheit anwendbar sein sollten. Die Schwierigkeit liegt in der Einordnung von Systemen, die wie die Systeme, um die es in den vorliegenden Verfahren geht, Mischformen darstellen. Im Rahmen ihrer Initiativen auf dem Gebiet der Renten hat die Kommission die große Vielfalt der Systeme und auch die Notwendigkeit anerkannt, die Entscheidungen der Mitgliedstaaten in bezug auf Altersvorsorgeregelungen bei der Verfolgung ihrer drei Ziele — Verwaltung grenzüberschreitender Rentenfonds, Beseitigung von Beschränkungen für die Anlage von Vermögenswerten der Rentenfonds und grenzüberschreitende Mitgliedschaft in den Systemen — zu respektieren³⁰. Insbesondere sei bemerkt, daß im geänderten Vorschlag der

Kommission vom 26. Mai 1993³¹, der eine Reihe von Vorschlägen zur grenzüberschreitenden Verwaltung und zur Beseitigung von Anlagebeschränkungen enthält, in der Präambel anerkannt wird, daß in der Frage der grenzüberschreitenden Mitgliedschaft in Rentenfonds weitere Arbeit erforderlich ist, um die verschiedenen Arten von Einrichtungen zu berücksichtigen, damit das Funktionieren der Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft nicht in Frage gestellt wird³².

58. Der Gerichtshof hatte im Urteil Poucet und Pistre³³ bereits Gelegenheit, die Tragweite der Wettbewerbsregeln des Vertrages in bezug auf bestimmte Systeme zu prüfen, die in die Gruppe der Mischformen fallen. In diesem Urteil hat der Gerichtshof für Recht erkannt, daß der Begriff des Unternehmens in den Artikeln 85 und 86 des Vertrages nicht Stellen erfasse, die mit der Verwaltung des Versicherungssystems für Krankheit und Mutterschaft der Selbständigen nichtlandwirtschaftlicher Berufe und des Altersversicherungssystem für die handwerklichen Berufe betraut waren. Diese Systeme dienten einem rein sozialen Zweck, erzielten keinen Gewinn und beruhten auf dem Grundsatz der Solidarität. Sie sollten allen Personen, die ihnen angehörten, unabhängig von ihrer Vermögenslage und ihrem Gesundheitszustand zum Zeitpunkt des Beitritts Versicherungsschutz gewähren.

59. Der Solidaritätsgrundsatz kam im Versicherungssystem für Krankheit und Mutter-

30 — Siehe das Arbeitsdokument der Kommission vom 23. Oktober 1990 zur Vollendung des Binnenmarktes für private Altersversorgung auf dem Gebiet der privaten Renten, das den Erklärungen der Kommission in der Rechtssache C-244/94 beigelegt ist. Siehe auch den Vorschlag vom 21. Oktober 1991 für eine Richtlinie des Rates über die Freiheit der Vermögensverwaltung und Vermögensanlage für Einrichtungen zur Altersversorgung (91/C 312/04, ABl. 1991, C 312, S. 3) in der geänderten Fassung vom 26. Mai 1993 (93/C 171/11, ABl. C 171, S. 13).

31 — Zitiert in Fußnote 30.

32 — Vgl. die letzte Begründungserwägung.

33 — Verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Slg. 1993, I-637).

schaft in einer Einkommensumverteilung zum Ausdruck, da die Mitglieder nach Maßgabe ihrer beruflichen Einkünfte Beiträge leisteten (wobei Bezieher einer Invaliditätsrente und versicherte Altersrentner von der Beitragspflicht befreit waren), während die Leistungen für alle Empfänger gleich waren. Im Fall des Systems der Altersversicherung kam der Solidaritätsgrundsatz dadurch zum Ausdruck, daß die Renten der im Ruhestand befindlichen Mitglieder durch die von den erwerbstätigen Mitgliedern geleisteten Beiträge finanziert wurden, und dadurch, daß die Höhe der Renten nicht von den geleisteten Beiträgen abhing. Auch bestand zwischen den einzelnen Systemen eine gewisse Solidarität. Die Systeme beruhten auf einer Versicherungspflicht, die für ihr finanzielles Gleichgewicht unerlässlich war.

60. Die Verwaltung der Systeme unterlag der staatlichen Kontrolle. Die Fonds hatten keinen Einfluß auf die Höhe der Beiträge und der Leistungen.

61. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, daß die Verwaltung der Systeme eine rein soziale Funktion erfülle und keine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle. Demzufolge fielen die Fonds nicht unter die Definition des „Unternehmens“ im Urteil Höfner³⁴.

34 — Zitiert oben, Fußnote 28.

62. Mir scheint, daß der vorliegend in Rede stehende Rentenfonds, obgleich er sich in mancher Hinsicht von den Fonds, um die es im Urteil Poucet und Pistre ging, unterscheidet, die wesentlichen Merkmale aufweist, aufgrund deren der Gerichtshof in diesen Rechtssachen zu seinem Ergebnis gekommen ist. Der Fonds übt unbestreitbar eine rein soziale Funktion aus. Er wurde vom Berufsstand der Physiotherapeuten geschaffen, und die Mitgliedschaft in ihm wurde auf Antrag des Berufsstands durch ministeriellen Erlaß gemäß der WVD vorgeschrieben. Wie bereits bemerkt, bezweckt die WVD, das Ruhestandseinkommen dem steigenden allgemeinen Einkommensniveau anzupassen, jüngere Berufsangehörige zu den höheren Lasten der Versorgung älterer Berufsangehöriger heranzuziehen und für die Jahre vor dem Inkrafttreten der Systeme Rentenansprüche vorzusehen. Der Fonds macht keinen Gewinn. Sein Vorstand, der kein Entgelt, sondern nur eine Unkostenvergütung erhält (Artikel 7 der Satzung des Fonds), besteht ausschließlich aus Mitgliedern des Fonds (Artikel 5 der Satzung).

63. Außerdem ergibt sich aus den schriftlichen Erklärungen des Fonds, daß das von ihm geführte System ein erhebliches Maß an Solidarität zwischen den Mitgliedern mit sich bringt, das über das hinausgeht, was bei gewerblichen Regelungen normalerweise zu erwarten wäre. Grundsätzlich wird ein Standardbeitrag erhoben und eine Standardrente gezahlt. Dies gilt ohne Rücksicht auf das Alter, in dem das einzelne Mitglied in den

Berufsstand eingetreten ist und ohne Rücksicht auf seinen damaligen Gesundheitszustand; außerdem werden Rentenansprüche rückwirkend für die Mitglieder gewährt, die dem Berufsstand zu dem Zeitpunkt, als die Regelung in Kraft trat, bereits angehörten. Hinzu kommt noch, daß der Versicherungsschutz im Fall der Arbeitsunfähigkeit beitragsfrei weiterbesteht.

64. Im Licht des Vorstehenden scheint mir, daß der Fonds mehr einer Einrichtung der sozialen Sicherheit ähnelt als einem gewerblichen Versicherer, und das System selbst entspricht mehr einem System der sozialen Sicherheit als gewerblichen Altersvorsorgeeinrichtungen, selbst wenn diese auf kollektiver Basis organisiert sind. Die Mitglieder des Systems leisten eher Beiträge zu einem gemeinsamen Fonds, als daß sie einen gewerblichen Dienst erhalten. Folglich wird der Fonds im Verhältnis zu seinen Mitgliedern meiner Meinung nach nicht als ein

Unternehmen, sondern als eine soziale Einrichtung tätig, der die Angehörigen des Berufsstands die Verantwortung übertragen haben, ihre Altersvorsorge zu treffen.

65. Dies gilt unbeschadet der Tatsache, daß dem System ein Fonds zugrunde liegt, so daß die Renten eher aus den Reserven als aus den laufenden Beiträgen finanziert werden. Der Fonds hat überzeugend vorgebracht, daß der Aufbau erheblicher Reserven erforderlich ist, wenn ein nicht aus dem Staatshaushalt finanziertes System den realen Wert der Renten in Zeiten hoher Inflation aufrechterhalten soll. Der Umstand, daß Rentenfonds Großanleger auf den Kapitalmärkten sind, erklärt sicher die Initiativen der Kommission in bezug auf grenzüberschreitende Vermögensverwaltung und-anlage, er ist aber nicht entscheidend für die Bestimmung, ob ein Fonds im Verhältnis zu seinen Mitgliedern als ein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts tätig wird.

Ergebnis

66. Ich bin daher der Meinung, daß der Gerichtshof auf die erste und die zweite Frage des Hoge Raad wie folgt antworten sollte, wobei die übrigen Fragen nicht beantwortet zu werden brauchen.

In Verfahren, wie sie in den vorliegenden Rechtssachen bei den nationalen Gerichten anhängig gemacht wurden, ist ein nationales Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht weder verpflichtet noch ermächtigt, nationale Verfahrensvorschriften, die unterschiedslos für auf das nationale Recht und auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Begehren gelten, unangewendet zu lassen, die es daran hindern, von den Parteien nicht geltend gemachte Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wenn das nationale Gericht dabei die Grenzen des Rechtsstreits überschreiten oder von den Parteien nicht vorgebrachte tatsächliche Fragen aufwerfen müßte.