

Gewährung von Übergangsfristen à la Bundesverfassungsgericht durch den Europäischen Gerichtshof?

Von Universitätsprofessor Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Kristina Schreiber, Wiss. Mitarbeiterin, Bonn*

Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung der Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz, räumt es dem Gesetzgeber bisweilen eine Übergangsfrist ein, innerhalb derer ein verfassungsgemäßer Zustand herzustellen ist. Dieser Rechtstradition verhaftet fordert Deutschland in zunehmendem Maße auch den Europäischen Gerichtshof zur Gewährung einer solchen Übergangsfrist auf, innerhalb derer der deutsche Gesetzgeber einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herstellen will. Das gemeinschaftsrechtswidrige nationale Recht soll innerhalb dieser Zeit anwendbar bleiben. Bislang hat der Europäische Gerichtshof einen solchen Antrag weder diskutiert, noch gewährt. Aus seiner Rechtsprechung können jedoch Anhaltspunkte gewonnen werden, ob er die Gewährung einer solchen Übergangsfrist generell ablehnt oder an welchen Maßstäben sich die Gewährung orientieren könnte.

I. Die Gewährung einer Frist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands

Die Forderung nach einer „Übergangsfrist“ zielt auf die Erlaubnis, den gemeinschaftsrechtswidrigen Zustand über einen bestimmten Zeitraum aufrechtzuerhalten. Diese Zeitspanne soll es dem nationalen Gesetzgeber ermöglichen, einen gemeinschaftsrechtmäßigen Zustand herzustellen. Das gemeinschaftsrechtswidrige nationale Recht soll innerhalb dieses Zeitraumes weiter anwendbar sein, um beispielsweise einen unreglementierten Zugang zu einem Markt zu verhindern. Im Folgenden wird anhand einer Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs überprüft, ob die Gewährung einer solchen Übergangsfrist im Fall der Unvereinbarkeit nationalen Rechts mit Gemeinschaftsprimärrecht in Betracht kommen kann.

1. Die Gewährung einer Übergangsfrist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Gewährung einer solchen Übergangsfrist ist aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bekannt.

Grundsätzlich muss das Bundesverfassungsgericht – beispielsweise in Verfahren der abstrakten Normenkontrolle – ein Gesetz für nichtig erklären, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass dieses Gesetz mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar ist (§ 78 Satz 1 BVerfGG). Bisweilen sieht das Bundesverfassungsgericht in seinen Urteilen jedoch von einer solchen Nichtigerklärung

ab und verpflichtet den Gesetzgeber stattdessen zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung innerhalb einer bestimmten Frist. Eine solche Übergangsfrist zugunsten einer Neuregelung durch den Gesetzgeber kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum einen in Betracht, „wenn der verfassungswidrige Teil der Norm nicht klar abgrenzbar ist oder wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen“¹. Zum anderen sieht das Bundesverfassungsgericht von einer Nichtigerklärung ab, wenn dadurch ein Zustand herbeigeführt würde, „der mit der Verfassung noch weniger vereinbar wäre als der gegenwärtige“². Der Gesetzgeber ist verpflichtet, innerhalb einer bestimmten Frist einen verfassungsmäßigen Zustand herzustellen.³ Die verfassungswidrige Rechtslage wird vom Bundesverfassungsgericht teilweise ausdrücklich für befristet weiter anwendbar erklärt.⁴

Das Bundesverfassungsgericht sieht damit von der Nichtigerklärung eines Gesetzes ab, wenn dies aufgrund der dem Gesetzgeber zukommenden Gestaltungsfreiheit erforderlich ist oder die Nichtigerklärung den verfassungswidrigen Zustand vertiefen würde.

2. Die Forderung der Gewährung einer Übergangsfrist durch den Europäischen Gerichtshof am Beispiel der Rechtssache „Apothekerkammer Saarland“

Die Bundesrepublik Deutschland hat beispielsweise in dem Vorlageverfahren des Verwaltungsgerichts Saarland an den Europäischen Gerichtshof in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 die Einräumung einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands gefordert.⁵

In den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 soll insbesondere die Vereinbarkeit des sog. „Fremdbesitzverbots“ an Apotheken gem. §§ 1, 2, 7 ApoG mit der Niederlassungsfreiheit nach den Art. 43, 48 EG geklärt werden. Es sprechen gewichtige Gründe für eine unge-rechtfertigte Beeinträchtigung der Niederlassungsfrei-

1 BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90 – NJW 1994, 2475 (2476f.); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 30.5.1990 – 1 BvL 2/83 – NJW 1990, 2246 (2248f.); Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01 – NJW 2006, 1261 (1267).

2 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – NJW 1991, 1471 (1475); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 13.7.2004 – 1 BvR 1298/94 – NJW 2005, 45 (49); Urt. v. 31.5.2006 – 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04 – NJW 2006, 2093 (2097).

3 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – NJW 1991, 1471 (1475); Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90 – NJW 1994, 2475 (2476f.).

4 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.7.2004 – 1 BvR 1298/94 – NJW 2005, 45 (49); Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01 – NJW 2006, 1261 (1267).

5 Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 v. 19.7.2007.

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Autor Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; die Autorin Kristina Schreiber ist ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterin.

heit durch das deutsche Fremdbesitzverbot.⁶ Dieses Verbot erlaubt den Apothekenbetrieb nur approbierten Einzelapothekern, die Inhaber einer Apothekenbetriebs-erlaubnis sind. Gemeinschaftlich darf eine Apotheke nach § 8 ApoG nur durch approbierte Apotheker betrieben werden, die sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft zusammengeschlossen haben und jeweils Inhaber einer Apothekenbetriebs-erlaubnis sind. Der Apothekenbetrieb ist damit insbesondere Kapitalgesellschaften verboten.

Zwar geht die Bundesrepublik Deutschland von einer Vereinbarkeit des Fremdbesitzverbots mit der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG aus. Sollte der Europäische Gerichtshof dennoch zu einem anderen Ergebnis kommen, fordert sie hilfsweise die Einräumung einer Übergangsfrist, innerhalb derer der deutsche Gesetzgeber die Zulassung zum Apothekenbetrieb gemeinschaftsrechtskonform ausgestalten kann.

Die Einräumung einer solchen Übergangsfrist sei aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung der Prerogative des deutschen Gesetzgebers geboten. Die Nichtanwendbarkeit des Fremdbesitzverbots würde zu einer unkontrollierten Liberalisierung des Apothekenmarkts führen. Durch eine unterschiedliche Zulassungshandhabung durch die nationalen Behörden würde ein Zustand vollständiger Rechtsunsicherheit geschaffen. Es würde zudem ein Zustand hergestellt, der durch spätere Neuregelungen durch den deutschen Gesetzgeber nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, da erhaltene Zulassungen wegen des grundrechtlichen Schutzes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Bestand hätten.

Zur Begründung zieht die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Stellungnahme die Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofs zu gemeinschaftsrechtswidrigen Sekundärrechtsakten heran. Teilweise hat der Gerichtshof auf Grundlage des Art. 231 Abs. 2 EG Sekundärrechtsakte trotz Verstoßes gegen Gemeinschaftsprimärrecht befristet für weiter anwendbar erklärt, wenn dies die Rechtssicherheit forderte⁷ oder der Gestaltungsspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers⁸ nicht eingeschränkt werden sollte.⁹

3. Gewährung einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs?

Eine Übergangsfrist zugunsten eines nationalen Gesetzgebers, innerhalb derer der gemeinschaftsrechtswidrige

Zustand fortbestünde, hat der Europäische Gerichtshof ausdrücklich bislang nicht erwähnt.

Teilweise wird jedoch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abgeleitet, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts befristet zurücktrete, wenn durch diesen Anwendungsvorrang eine „inakzeptable Gesetzeslücke“ entstehe. Diese Ansicht stützt sich auf verschiedene Urteile des Europäischen Gerichtshofs¹⁰, in denen dieser sich argumentativ um die Vermeidung einer solchen inakzeptablen Gesetzeslücke bemühe bzw. diese selbst durch positive Anordnungen schließe.¹¹

Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bezieht sich zum einen auf die nationale Umsetzung von Kommissionsentscheidungen im Beihilfenrecht. Aus der nationalen Umsetzung dieser Entscheidungen resultierende Schwierigkeiten (insbesondere die „Undurchführbarkeit“) sind unter „vollständiger Beachtung der Bestimmungen des [EG-]Vertrages“ zu beseitigen.¹² Keinesfalls ermöglicht diese Rechtsprechung die befristete Aufrechterhaltung eines gemeinschaftsprimärrechtswidrigen Zustands; sie bezieht sich ausschließlich auf die Änderung von Kommissionsentscheidungen und verpflichtet hierbei ohne Ausnahme zur Beachtung des Gemeinschaftsprimärrechts. Aus dieser Rechtsprechung kann nicht der Schluss gezogen werden, dass eine „inakzeptable Gesetzeslücke“ durch einen (befristeten) Verstoß gegen Gemeinschaftsprimärrecht geschlossen werden könnte.

Zum anderen bezieht sich diese Rechtsprechung auf die Grundfreiheiten und diese konkretisierende Sekundärrechtsakte. Der Gerichtshof setzte sich mit dem Vortrag auseinander, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts zu einer Regelungslücke in der nationalen Rechtsordnung und dadurch zu schwerwiegenden Nachteilen im Bereich der Sicherheit führe. Eine solche Lücke ist nach dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs unmittelbar durch alle nationalen Organe gemeinschaftsrechtskonform zu schließen.¹³ Auch diese Rechtsprechung ermöglicht nicht die befristete Aufrechterhaltung des gemeinschaftsrechtswidrigen Zustands, bis der nationale Gesetzgeber eine gemeinschaftsrechtskonforme Rechtslage herstellt. Der Europäische Gerichtshof hat keine Prerogative des nationalen Gesetzgebers anerkannt, sondern alle staatlichen Organe gleichermaßen zur gemein-

⁶ Dazu ausführlich Christian Koenig/Kristina Schreiber, Keine Diskriminierung von Kapitalgesellschaften – auch nicht auf Gesundheitsmärkten!, EWS 2007, 385 ff.

⁷ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 5.6.1973, Kommission/Rat, Rs. 81/72, Slg. 1973, 575, Rn. 15; Urt. v. 27.2.1985, Société des Produits de Mais, Rs. 112/83, Slg. 1985, 719, Rn. 17 ff.; Urt. v. 7.7.1992, Parlament/Rat, Rs. C-295/90, Slg. 1992, I-4193, Rn. 22 ff.; Urt. v. 1.6.1994, Parlament/Rat, Rs. C-388/92, Slg. 1994, I-2067, Rn. 20 ff.

⁸ EuGH, Urt. v. 19.10.1977, S. A. Moulins, verb. Rs. 124/76 und 20/77, Slg. 1977, 1795, Rn. 27/29.

⁹ Dazu ausführlich unter II.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 15.1.1986, Kommission/Belgien, Rs. 52/84, Slg. 1986, 89, Rn. 16; Urt. v. 4.4.1995, Kommission/Italien, Rs. C-348/93, Slg. 1995, I-673, Rn. 17; Urt. v. 30.4.1996, CIA Security International SA, Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201, Rn. 53; Urt. v. 26.1.1999, Terhoeve, Rs. C-18/95, Slg. 1999, I-345, Rn. 57.

¹¹ So insbes. OVG NRW, Beschl. v. 28.6.2006 – 4 B 961/06 – EuZW 2006, 603 (605); Hans D. Jarass/Sasa Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1 (5).

¹² EuGH, Urt. v. 15.1.1986, Kommission/Belgien, Rs. 52/84, Slg. 1986, 89, Rn. 16; Urt. v. 4.4.1995, Kommission/Italien, Rs. C-348/93, Slg. 1995, I-673, Rn. 16 f.

¹³ Der EuGH sah diese Lücke im Urt. v. 30.4.1996, CIA Security International SA, Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201, Rn. 53, bereits durch das konkretisierende Sekundärrecht als geschlossen an; in seinem Urt. v. 26.1.1999, Terhoeve, Rs. C-18/95, Slg. 1999, I-345, Rn. 57, war diese Lücke durch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zu schließen.

schaftsrechtskonformen Anwendung des nationalen Rechts bzw. zu dessen gemeinschaftsrechtskonformer Ausgestaltung verpflichtet.

Der Auffassung eines „befristeten Zurücktretens des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts“ ist auch unter Beachtung dieser Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entgegenzutreten. Der Gerichtshof spricht sich vielmehr für eine unmittelbare gemeinschaftsrechtskonforme Schließung etwaiger Lücken durch alle Organe der Mitgliedstaaten aus, die durch die Unanwendbarkeit nationaler Normen entstehen. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der alle staatlichen Organe zur Beachtung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts verpflichtet sind und diesem zu praktischer Wirksamkeit verhelfen müssen.¹⁴ Einen Vorbehalt zugunsten des nationalen Gesetzgebers durch befristete Aufrechterhaltung eines gemeinschaftsrechtswidrigen Zustands erkennt der Europäische Gerichtshof – anders als das Bundesverfassungsgericht im Falle eines verfassungswidrigen Zustands – (bislang) nicht an.

II. Befristete Fortgeltung eines gemeinschaftsrechtswidrigen Zustands in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Wie von der Bundesrepublik Deutschland in ihrer Stellungnahme in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 zutreffend angeführt, gewährt der Europäische Gerichtshof bisweilen Übergangsfristen zur Herstellung eines primärrechtskonformen Zustands. Innerhalb dieses Zeitraumes bleibt das primärrechtswidrige Recht anwendbar. Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bezieht sich jedoch ausschließlich auf Gemeinschaftssekundärrecht und nicht auf nationales Recht.

1. Die Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofs zur befristeten Aufrechterhaltung primärrechtswidrigen Sekundärrechts

Auf der Grundlage des Art. 231 Abs. 2 EG beschränkt der Europäische Gerichtshof die Wirkungen einer Nichtigkeitsklärung von Sekundärrechtsakten, wenn Gründe der Rechtssicherheit¹⁵ oder die Aufrechterhaltung des Ge-

staltungsspielraumes des Gemeinschaftsgesetzgebers¹⁶ dies erfordern. Die vom Gerichtshof zu bezeichnenden Wirkungen des gemeinschaftsrechtswidrigen Sekundärrechtsakts werden (befristet) aufrechterhalten. Art. 231 Abs. 2 EG gilt seinem Wortlaut nach unmittelbar nur für Verordnungen nach Art. 249 Abs. 2 EG. Der Europäische Gerichtshof hat Art. 231 Abs. 2 EG jedoch insbesondere auch auf Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG ausgedehnt, wenn die Gründe der Rechtssicherheit, die gegen eine umfangreiche Nichtigkeitsklärung der Richtlinie sprechen, mit denen vergleichbar sind, die bei der Nichtigkeitsklärung von Verordnungen zum Tragen kommen.¹⁷ Die Begrenzung der Nichtigkeitswirkungen führt zu einer Aufrechterhaltung der vom Gerichtshof in seiner Entscheidung bezeichneten Wirkungen der primärrechtswidrigen Sekundärrechtsakte und damit zur befristeten Aufrechterhaltung eines gemeinschaftsrechtswidrigen Zustands.

Eine Begrenzung der Wirkung der Nichtigkeitsklärung kommt zunächst aus gewichtigen Gründen der Rechtssicherheit in Betracht. Der Europäische Gerichtshof sah solche gewichtigen Gründe der Rechtssicherheit beispielsweise als gegeben an, wenn die Nichtigkeitsklärung die Ausübung der Grundfreiheiten erschweren würde und der wesentliche Inhalt des Sekundärrechtsakts weder von Organen der Europäischen Gemeinschaft, noch von den Mitgliedstaaten in Frage gestellt wurde.¹⁸ In anderen Rechtssachen sah der Gerichtshof die befristete Fortgeltung eines primärrechtswidrigen Sekundärrechtsakts aus Gründen der Rechtssicherheit für geboten an, wenn eine Nichtigkeitsklärung zu einer uneinheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten führen würde.¹⁹

Die Wirkung der Nichtigkeitsklärung wurde vom Europäischen Gerichtshof immer dann eingeschränkt, wenn eine umfassende Nichtigkeit des Sekundärrechtsakts die Vorgaben des Gemeinschaftsprimärrechts weitergehend beeinträchtigte, als die befristete Aufrechterhaltung der Wirkungen des gemeinschaftsrechtswidrigen Sekundärrechts. Eine solche weitergehende Beeinträchtigung wurde angenommen, wenn die Ausübung der Grundfreiheiten oder die Herstellung eines gemeinsamen Binnenmarkts durch eine unbeschränkte Nichtigkeitsklärung weitergehend erschwert worden wären. Im Vordergrund stand damit stets die Herstellung der bestmöglichen praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsprimärrechts.

Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof in den verbundenen Rechtssachen 124/76 und 20/77 eine Beschränkung der Nichtigkeitswirkungen vorgenommen,

¹⁴ Vgl. aus st. Rspr. des EuGH Urt. v. 13.7.1972, Kommission/Italienische Republik, Rs. 48/71, Slg. 1972, 529, Rn. 5/10; Urt. v. 4.4.1974, Kommission/Französische Republik, Rs. 167/73, Slg. 1974, 359, Rn. 35; Urt. v. 22.6.1989, Fratelli Constanzo SPA, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1838, Rn. 30 f.; Urt. v. 12.6.1990, Deutschland/Kommission, Rs. 8/88, Slg. 1990, I-2321, Rn. 13; Urt. v. 29.4.1999, Ciola, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517, Rn. 26; Urt. v. 26.9.2000, Engelbrecht, Rs. C-262/97, Slg. 2000, I-7321, Rn. 38; Urt. v. 22.5.2003, Connect Austria, Rs. C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Rn. 38, 40; Urt. v. 9.9.2003, Fiammiferi, Rs. C-198/01, Slg. 2003, I-8055, Rn. 49.

¹⁵ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 5.6.1973, Kommission/Rat, Rs. 81/72, Slg. 1973, 575, Rn. 15; Urt. v. 27.2.1985, Société des Produits de Mais, Rs. 112/83, Slg. 1985, 719, Rn. 17 ff.; Urt. v. 7.7.1992, Parlament/Rat, Rs. C-295/90, Slg. 1992, I-4193, Rn. 22 ff.; Urt. v. 1.6.1994, Parlament/Rat, Rs. C-388/92, Slg. 1994, I-2067, Rn. 20 ff.; Urt. v. 12.5.1998, Großbritannien/Kommission, Rs. C-106/96, Slg. 1998, I-2729, Rn. 39 ff.; Urt. v. 28.11.2006, Parlament/Rat, Rs. C-414/04, Slg. 2006, I-11279, Rn. 59.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 19.10.1977, S. A. Moulins, verb. Rs. 124/76 und 20/77, Slg. 1977, 1795, Rn. 27/29.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 7.7.1992, Parlament/Rat, Rs. C-295/95, Slg. 1992, I-4193, Rn. 26. Vgl. grundlegend *Ulrich Ehrlicke*, in: *Rudolf Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV, Kommentar*, 2003, Art. 231 EGV, Rn. 8.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 7.7.1992, Parlament/Rat, Rs. C-295/95, Slg. 1992, I-4193, Rn. 23 ff.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 27.2.1985, Société des Produits de Mais, Rs. 112/83, Slg. 1985, 719, Rn. 17 mit Verweis auf sein Urt. v. 15.10.1980, SA Roquette Frères, Rs. 145/79, Slg. 1980, 2917, Rn. 52; Urt. v. 1.6.1994, Parlament/Rat, Rs. C-388/92, Slg. 1994, I-2067, Rn. 21. Ähnlich auch EuGH, Urt. v. 28.11.2006, Parlament/Rat, Rs. C-414/04, Slg. 2006, I-11279, Rn. 58 f.

um den erforderlichen Gestaltungsspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers zu wahren. Die Beschränkung begründete sich jedoch im Wesentlichen darin, dass eine Nichtigerklärung der streitigen Verordnungsvorschrift deren Rechtswidrigkeit nicht beseitigen würde. Ein gemeinschaftsprimärrechtmäßiger Zustand konnte vielmehr nur durch eine positive Regelung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber erreicht werden.²⁰

2. Schlussfolgerungen für die Gewährung einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands

Eine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf die Problematik der Gewährung einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands zugunsten des nationalen Gesetzgebers kommt nicht in Betracht. Die Gewährung einer solchen Übergangsfrist führte zu einer befristeten Fortgeltung der Wirkungen des *nationalen* gemeinschaftsrechtswidrigen Rechts. Der Europäische Gerichtshof hält jedoch ausschließlich die Wirkungen von gemeinschaftsrechtswidrigem *EG-Sekundärrecht* befristet aufrecht.

Das Gemeinschaftsprimärrecht beansprucht Geltungsvorrang vor dem Gemeinschaftssekundärrecht. Bezeichnet der Europäische Gerichtshof bestimmte Wirkungen eines gemeinschaftsprimärrechtswidrigen Sekundärrechtsakts auf der Grundlage des Art. 231 Abs. 2 EG für fortgeltend, suspendiert er (befristet) den Geltungsvorrang des Gemeinschaftsprimärrechts. Das gemeinschaftsprimärrechtswidrige Sekundärrecht gilt innerhalb dieses Zeitraumes in der gesamten Europäischen Gemeinschaft gleichmäßig fort.

Die Forderung nach einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands zugunsten des nationalen Gesetzgebers erfordert die befristete (diskongruente) Suspendierung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht. Widerspricht mitgliedstaatliches Recht dem Gemeinschaftsrecht, so ist es unanwendbar.²¹ Soll während einer Übergangsfrist das gemeinschaftsrechtswidrige mitgliedstaatliche Recht hingegen weiter herangezogen werden, muss dieses befristet anwendbar bleiben. In dem einzelnen betroffenen Mitgliedstaat bleibt somit ein gemeinschaftsrechtswidriger Zustand für einen bestimmten Zeitraum bestehen.

Im Falle einer Suspendierung des Anwendungsvorrangs besteht ein gemeinschaftsprimärrechtswidriger Zustand nur in einem einzelnen Mitgliedstaat. Dies führt zu Binnenmarkthindernissen durch einzelmitgliedstaatliche neue Zugangshürden. Am Beispiel der durch die Bundesrepublik Deutschland in der Rechtssache „*Apothekerkammer Saarland*“²² geforderten Übergangsfrist wäre der Marktzugang beispielsweise für Kapitalgesellschaften

zum deutschen Apothekenmarkt für die Dauer der Übergangsfrist verwehrt.

Im Gegensatz hierzu führt eine Suspendierung des Geltungsvorrangs zu einer in der gesamten Europäischen Gemeinschaft gleichmäßigen Fortgeltung des gemeinschaftsprimärrechtswidrigen Sekundärrechts. Eine solche gleichmäßige Fortgeltung steht dem Binnenmarktziel nicht entgegen, da keine einzelmitgliedstaatlichen Zugangshürden geschaffen werden. Vielmehr schränkt der Europäische Gerichtshof die Nichtigkeit eines gemeinschaftsprimärrechtswidrigen Sekundärrechtsakts zu meist gerade ein, um Hindernisse für den gemeinsamen Binnenmarkt zu verhindern bzw. zu minimieren.²³

Eine Suspendierung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht kommt daher nicht in Betracht. Dem entsprechend sieht der EG-Vertrag in Art. 231 Abs. 2 EG nur eine Ermächtigung zur Suspendierung des Geltungsvorrangs des Gemeinschaftsprimärrechts vor Gemeinschaftssekundärrecht vor.

Eine befristete Suspendierung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts zugunsten des gegen dieses verstoßenden nationalen Rechts kann mit dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs damit nicht begründet werden. Sie widerspräche vielmehr grundlegend dem Ziel des EG-Vertrags, einen gemeinsamen Binnenmarkt herzustellen.

III. Die Begrenzung der Rückwirkung von Urteilen durch den Europäischen Gerichtshof im nationalen Recht

Bisweilen hat der Europäische Gerichtshof die Rückwirkung seiner Urteile begrenzt, so dass die vom Gerichtshof festgestellte Auslegung des Gemeinschaftsrechts keine Auswirkungen auf früher begründete Rechtsverhältnisse entfaltet.

1. Die Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofs zur Begrenzung der Rückwirkung von Urteilen

Die vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Auslegung von Gemeinschaftsrecht muss grundsätzlich von allen nationalen Organen auch auf Rechtsverhältnisse angewandt werden, die vor Erlass des entsprechenden Urteils des Gerichtshofs entstanden sind.²⁴ Die vom Gerichtshof festgestellte Auslegung einer Gemeinschaftsrechtsnorm wirkt auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Norm zurück. Nur ausnahmsweise schränkt der Europäische Gerichtshof aus Gründen der Rechtssicherheit für alle Betroffenen die Möglichkeit ein, sich auf diese Auslegung des Gemeinschaftsrechts mit dem Ziel zu berufen, vor Erlass dieses Urteils in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen.²⁵

²³ Dazu unter II. 1.

²⁴ EuGH, Urt. v. 2.2.1988, Blaizot, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379, Rn. 27; Urt. v. 20.9.2001, Grzelczyk, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 50; Urt. v. 6.3.2007, Meilicke, Rs. C-292/04, Slg. 2007, I-1835, Rn. 34.

²⁵ Siehe statt vieler EuGH, Urt. v. 2.2.1988, Blaizot, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379, Rn. 28; Urt. v. 23.5.2000, Buchner u. a., Rs. C-104/98, Slg. 2000, I-3625, Rn. 39; Urt. v. 20.9.2001, Grzelczyk,

²⁰ EuGH, Urt. v. 19.10.1977, S. A. Moulins, verb. Rs. 124/76 und 20/77, Slg. 1977, 1795, Rn. 27/29.

²¹ St. Rspr. des EuGH, s. nur Urt. v. 15.7.1964, Costa/ENEL, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269).

²² EuGH, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07.

Die Voraussetzungen für eine solche Einschränkung der *Rückwirkung* der vom Gerichtshof festgestellten Auslegung sind zunächst, dass diese Einschränkung bereits im Urteil selbst enthalten ist.²⁶ Des Weiteren setzt der Gerichtshof voraus, dass eine „Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen bestand, die insbesondere mit der großen Zahl von Rechtsverhältnissen zusammenhängen, die gutgläubig auf der Grundlage der als gültig betrachteten Regelung eingegangen worden waren, und wenn sich herausstellte, dass die Einzelnen und die nationalen Behörden zu einem mit der Gemeinschaftsrechtsregelung unvereinbaren Verhalten veranlasst worden waren, weil eine objektive und bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Tragweite der Gemeinschaftsbestimmungen bestand, gegebenenfalls auch das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte“²⁷. Die praktischen Auswirkungen müssen sorgfältig abgewogen werden. Ein Ausschluss der Rückwirkung darf nicht so weit gehen, dass die „Objektivität des Rechts gebeugt und seine zukünftige Anwendung unterbunden wird, nur weil eine Gerichtsentscheidung für die Vergangenheit gewisse Auswirkungen haben kann“²⁸.

Eine Einschränkung der zeitlichen Wirkung der Urteile kommt demnach in Betracht, wenn ohne eine solche Einschränkung schwerwiegende (wirtschaftliche) Nachteile drohen, berechtigte Unsicherheiten hinsichtlich der Auslegung des Gemeinschaftsrechts bestanden und eine Einschränkung dem Gemeinschaftsrecht nicht jede praktische Wirksamkeit nimmt.

2. Schlussfolgerungen für die Gewährung einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemeinschaftsrechtmäßigen Zustands

Die Gewährung einer Übergangsfrist zugunsten des nationalen Gesetzgebers erfordert, dass die vom Europäischen Gerichtshof festgestellte Auslegung des Gemeinschaftsrechts – vorübergehend – durch die nationalen Organe nicht herangezogen wird. Auch die Forderung nach einer Übergangsfrist führt damit im Ergebnis zu der Forderung einer zeitlichen Einschränkung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts. Der Europäische Gerichtshof hält eine solche Einschränkung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts jedoch nur dann für möglich, wenn Auswirkungen auf bereits begründete Rechtsverhältnisse und damit eine *Rückwirkung* der von ihm festgestellten Auslegung in Frage steht. Die Gewährung einer Übergangsfrist zur Herstellung eines gemein-

schaftsrechtmäßigen Zustands zugunsten des nationalen Gesetzgebers erforderte hingegen ein Zurückstellen der festgestellten Auslegung des Gemeinschaftsrechts *für die Zukunft*. Eine solche schließt der Europäische Gerichtshof gerade aus. Denn es ist Voraussetzung für die Einschränkung der Rückwirkung, dass die *zukünftige Anwendung*²⁹ nicht unterbunden wird.

IV. Fazit

Die Gewährung einer Übergangsfrist zugunsten des Gesetzgebers, innerhalb derer ein rechtmäßiger Zustand hergestellt wird, ist eine aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bekannte Handlungsoption.

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs finden sich hingegen keine Anhaltspunkte für eine solche Möglichkeit zugunsten des nationalen Gesetzgebers. Sie widerspräche auch der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, nach der die Mitgliedstaaten den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vollumfänglich gewährleisten müssen.³⁰

Der Rechtsgedanke des Art. 231 Abs. 2 EG kann nicht auf das Verhältnis nationalen Rechts zu Gemeinschaftsrecht übertragen werden. Art. 231 Abs. 2 EG ermächtigt den Europäischen Gerichtshof ausschließlich zu der befristeten Suspendierung des Geltungsvorrangs des Gemeinschaftsprimärrechts vor dem Gemeinschaftssekundärrecht. Eine diskongruente Suspendierung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht kommt dagegen nicht in Betracht, da eine solche Suspendierung Binnenmarkthindernisse durch einzelmitgliedstaatliche neue Zugangsführen *schaffen* würde, während die Suspendierung des Geltungsvorrangs Binnenmarkthindernisse durch eine gleichmäßige Fortgeltung des gemeinschaftsprimärrechtswidrigen Sekundärrechts gerade *verhindert*.

Darüber hinaus kann die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur für die Vergangenheit eingeschränkt werden, wenn zu dieser Zeit auf die Rechtmäßigkeit vertraut wurde und gewichtige Gründe der Rechtssicherheit eine solche Einschränkung erfordern. Die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts darf für die Zukunft nicht beeinträchtigt werden.

Die Gewährung einer Übergangsfrist zugunsten des nationalen Gesetzgebers ist der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs fremd. Mit einer solchen ist daher auch in Zukunft nicht zu rechnen.

Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 51; Urt. v. 10.1.2006, Skov, Rs. C-402/03, Slg. 2006, I-199, Rn. 51; Urt. v. 6.3.2007, Meilicke, Rs. C-292/04, Slg. 2007, I-1835, Rn. 35.

²⁶ Siehe statt vieler EuGH, Urt. v. 2.2.1988, Blaizot, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379, Rn. 28; Urt. v. 6.3.2007, Meilicke, Rs. C-292/04, Slg. 2007, I-1835, Rn. 36 ff.

²⁷ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Grzelczyk, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 53.

²⁸ EuGH, Urt. v. 2.2.1988, Blaizot, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379, Rn. 30; Urt. v. 16.7.1992, Legros, Rs. C-163/90, Slg. 1992, I-4625, Rn. 30.

²⁹ EuGH, Urt. v. 2.2.1988, Blaizot, Rs. 24/86, Slg. 1988, 379, Rn. 30; Urt. v. 16.7.1992, Legros, Rs. C-163/90, Slg. 1992, I-4625, Rn. 30.

³⁰ Vgl. zu der damit einhergehenden Pflicht aller staatlichen Organe, gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht nicht anzuwenden *Christian Koenig/Kristina Schreiber*, Keine Diskriminierung von Kapitalgesellschaften – auch nicht auf Gesundheitsmärkten!, EWS 2007, 385 (391 f.).