Die temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs im Gemeinschaftsrecht Dürfen wir Europa für eine Übergangszeit suspendieren?

Hanna Neuschl und Martin Schumm*

Inhalt

I. Einleitung 528
II. Hintergrund 529
1. Der Auslöser der Diskussion in Deutschland: Das Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts 529
2. Die Möglichkeit einer Übergangsfrist im deutschen Verfassungsrecht 530
3. Die Auswirkungen des Bundesverfassungsgerichtsurteils und der Weg zum Europäischen Gerichtshof 532
III. Vorrang des Gemeinschaftsrechts 533
1. Die dogmatische Begründung des Anwendungsvorrangs 533
2. Die Wirkungsweise des Anwendungsvorrangs im nationalen Recht 535

* Die Verfasser sind Rechtsreferendare am Landgericht Zweibrücken und Absolventen des Aufbaustudiengangs „Europäische Integration" des Jahrgangs 2006/2007 des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes.

Anlass zu diesem Aufsatz bot der EuGH Moot Court 2007 unter der Leitung von Frau Prof. Dr. Hakenberg, Kanzlerin des Gerichts für den öffentlichen Dienst und Herrn Prof. Alber, Generalanwalt am EuGH (a.D.), denen wir auf diesem Wege nochmals für ihre Anleitung und Betreuung danken möchten. Der Moot Court wird im Rahmen des Aufbaustudiengangs „Europäische Integration" des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes alljährlich angeboten. Hierbei wird ein aktueller Originalfall von den Studenten bearbeitet, so wie er in der Realität vor dem Europäischen Gerichtshof ablaufen könnte. Für die Teilnehmer stand ein breit gefächertes Spektrum an Rollen zur Verfügung, welche das Originalverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof widerspiegeln. Neben der Arbeit der Anwälte der Parteien, der Vertreter der Europäischen Kommission, der Vertreter der Mitgliedstaaten sowie der Generalanwälte und Richter konnten die Teilnehmer auch die verfahrensleitende Aufgabe der Kanzlei sowie die Arbeit der „embedded journalists" kennenlernen. Höhepunkt des Moot Courts bildet die mündliche Verhandlung in einem Sitzungssaal des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg. Hierbei werden alle Teilnehmer mit Original-Roben ausgestattet, wodurch die mündliche Verhandlung in erheblichem Maße an Authentizität gewinnt. Einen besonderen Reiz in der mündlichen Verhandlung macht zudem die Internationalität der Teilnehmer aus, die im Jahr 2007 aus zwölf verschiedenen Nationen kamen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die möglichen Probleme bei strikter Anwendung des Anwendungsvorrangs 535
IV. Begründungsansätze für eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs 536
1. Der Europäische Gerichtshof als „Motor der Integration" 536
2. Die Durchbrechung des Anwendungsvorrangs im Kontext der Sportwetten 537
3. Die zeitliche Wirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs 538
4. Die entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des Art. 231 Abs. 2 EGV 539
5. Der Ausnahmecharakter einer temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs 542
V. Voraussetzungen für eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs 543
1. Das Vorliegen einer inakzeptablen Gesetzeslücke 543
2. Die Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen 544
3. Die Abwägung der geschützten Rechtsgüter – „praktische Konkordanz" 545
4. Die Verhältnismäßigkeit einer Übergangszeit 545
VI. Möglichkeiten der Bestimmung einer Übergangszeit durch den Europäischen Gerichtshof 546
VII. Ausblick 548

I. Einleitung

Der nachfolgende Aufsatz beleuchtet die kontrovers diskutierte Frage, inwieweit eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts möglich erscheint. Im Kern geht es dabei um die Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts während einer Übergangszeit. Am 9. Oktober 2006 hat das Verwaltungsgericht Köln ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EGV beim Europäischen Gerichtshof eingereicht.[1] Das Verfahren ist beim EuGH als Rechtssache C-409/06 – *Winner Wetten GmbH gegen Bürgermeisterin*

[1] Siehe ABl. Nr. C 326 v. 30.12.2006, S. 25.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Stadt Bergheim anhängig. Das Verwaltungsgericht Köln hat dem Gerichtshof die folgenden Fragen vorgelegt:

1. Sind Art. 43 und 49 EGV dahingehend auszulegen, dass nationale Regelungen für ein staatliches Sportwettenmonopol, die unzulässige Beschränkungen der in Art. 43 und 49 EGV garantierten Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit enthalten, weil sie nicht entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Entscheidung vom 6. November 2003 – Rs. C-243/01) in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wetttätigkeit beitragen, trotz des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts ausnahmsweise für eine Übergangszeit weiterhin angewandt werden dürfen?
2. Bei Bejahung der Frage 1: Welche Voraussetzungen gelten für die Annahme einer Ausnahme vom Anwendungsvorrang und wie ist die Übergangszeit zu bemessen?

Der Europäische Gerichtshof hat sich nun – die Zulässigkeit der Vorlagefragen einmal vorausgesetzt – der Beantwortung dieser umstrittenen Fragen zu stellen. Der Beitrag untersucht deshalb mögliche Begründungsansätze für eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs und geht in diesem Zusammenhang auf die notwendigen Voraussetzungen für die Gewährung einer Übergangsfrist für den nationalen Gesetzgeber durch den Europäischen Gerichtshof ein. Zum Schluss beschäftigt sich der Beitrag mit der möglichen zeitlichen Ausgestaltung einer solchen Übergangsfrist.

II. Hintergrund

1. Der Auslöser der Diskussion in Deutschland: Das Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts

Hintergrund der Diskussion bildet das Sportwettenurteil[2] des Bundesverfassungsgerichts. In diesem hat es sich zwar bezüglich der Beurteilung von Verstößen gegen das EG-Recht für unzuständig erklärt,[3] im Anschluss daran allerdings festgestellt, dass die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel zu den vom EuGH formulierten Vorgaben[4] bezüglich der Rechtmäßigkeit[5] von staatlichen

2 BVerfG, Urt. v. 28.3.2006, Staatliches Monopol für Sportwetten-Oddset, NJW 2006, S. 1261 ff.; GRUR 2006, S. 688.

3 Ibid., Rdnr. 77.

4 Vgl. EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13076, Rdnr. 62.

5 Für eine Übersicht dazu ergangener Rechtsprechung des EuGH vgl. EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica/Palazzese/Sorricchio*, Slg. 2007, I-1891, Rdnr. 46; EuGH, Rs. C-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sportwettenmonopolen laufen.[6] Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bliebe aber das bisherige Recht anwendbar. Daraus wurde teilweise der Schluss gezogen, dass die dem Gesetzgeber – seitens des Bundesverfassungsgerichts zugestandene Übergangsfrist – auch auf die Grundfreiheiten zu erstrecken sei.[7] Dies hätte zur Folge, dass gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht in dieser Übergangszeit Anwendung fände.

2. Die Möglichkeit einer Übergangsfrist im deutschen Verfassungsrecht

Bei Annahme der Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in geeigneten Fällen eine Übergangszeit ein, innerhalb derer ein verfassungskonformes Gesetz erlassen werden muss. Vor dem Hintergrund dieser Rechtstradition ist es denkbar, dass auch der Europäische Gerichtshof den nationalen Gesetzgebern der Mitgliedstaaten eine Übergangsfrist einräumt, um einen gemeinschaftsrechtwidrigen Zustand zu beheben. Zwar hat der EuGH sich zu dieser Frage bislang nicht geäußert. Allerdings können aus seiner Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür gewonnen werden, ob eine solche Übergangsfrist sich als weitere Handlungsoption des Gerichtshofs eignen würde und unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise die Gewährung einer solchen Übergangsfrist denkbar erscheint.

Mit seinem Urteil zum Sportwettenmonopol hat das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgeber der Länder verpflichtet, bis Ende 2007 eine neue Regelung über das Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten zu schaffen.[8] Entscheidend war hierbei, dass das landesrechtliche Verbot privater Wettanbieter übergangsweise durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts weiter Anwendung fand.[9] Die Unvereinbarkeit einer Regelung mit der Verfassung führt nicht notwendigerweise nach § 95

243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rdnr. 67; ebenso EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä and others*, Slg. 1999, I-6067, Rdnr. 32 f.; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rdnr. 30 f.; EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rdnrn. 57-60.

6 BVerfG, Urt. v. 28.3.2006, Staatliches Monopol für Sportwetten-Oddset, (Fn. 4), Rdnr. 144.

7 Dies bejahend *Mertens*, Bet and lose oder doch betandwin?, DVBl. 2006, S. 1568; verneinend *Beljin*, Wann muss ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten beseitigt sein?, NVwZ 2008, S. 156.

8 Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des neuen Glücksspielstaatsvertrags zum 1.1.2008 nachgekommen. Zur Vereinbarkeit des neuen Glücksspielstaatsvertrags mit europäischem und nationalem Recht siehe Bay. VGH, Beschluss v. 16.6.2008 - 10 CS 08.1100; zur Notifizierungspflicht desselben siehe *Stein*, Die Notifizierung des Glücksspielstaatsvertrages – Notwendig? Nicht erforderlich? Missbraucht?, ZfWG 2007, S. 397; zum Regelungsumfang des Glücksspielstaatsvertrag siehe statt vieler *Engels*, Der neue Glückspielstaatsvertrag 2008, WPR 2008, S. 470.

9 BVerfG, Urt. v. 28.3.2006, Staatliches Monopol für Sportwetten-Oddset, (Fn. 4), Rdnr. 146 ff.; NVwZ 2006, S. 679, Leitsätze 1-3.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 3 Satz 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der angegriffenen Rechtslage, wenn hierfür die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen vorliegen.[10] Nach dieser Rechtsprechung kommt eine Übergangsfrist zugunsten einer Neuregelung durch den Gesetzgeber immer dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen.[11] Diese Vorgehensweise gestattet es dem nationalen Gesetzgeber, die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Regelung durch eine Neuregelung seiner Wahl herzustellen. Dadurch wird insbesondere dem Grundsatz der Gewaltenteilung Rechnung getragen, da die Judikative so nicht in den Kernbereich der Legislative eingreift und somit die Kompetenzverteilung innerhalb der Verfassung gewahrt bleibt. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Möglichkeit der Gewährung von Übergangsfristen auch in Fällen, in denen durch die Nichtigerklärung der Regelung ein Zustand herbeigeführt wird, der mit der Verfassung noch weniger vereinbar wäre als der gegenwärtige Zustand.[12]

Durch die unklare Formulierung im Sportwettenurteil ist umstritten, ob das Bundesverfassungsgericht grenzüberschreitende Fälle im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten von der Übergangsfrist ausnehmen wollte.[13] Unabhängig von der rechtlichen Beurteilung dieser Problematik ist die Frage relevant, inwiefern Mitgliedstaaten Übergangsfristen einräumen dürfen, wenn neben dem Verstoß gegen nationales Recht zugleich auch ein solcher gegen die Grundfreiheiten vorliegt. Dieser Fragestellung ist nachzugehen, da diese Problematik der Vereinbarkeit nationaler Entscheidungen mit europarechtlichen Grundsätzen nicht nur Deutschland, sondern auch andere Mitgliedstaaten, in denen die Gewährung von Übergangsfristen möglich ist, betrifft.[14]

Nachfolgend soll der Versuch unternommen werden, diese in der Bundesrepublik Deutschland gegebene Möglichkeit einer zeitlich beschränkten Weitergeltung verfassungsrechtswidriger Regelungen bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber dogmatisch in das Gefüge des Europarechts einzuordnen.

---

10 Vgl. BVerfGE 99, 280 (298); 104, 74 (91); 105, 73 (133).

11 BVerfGE 87, 153 (177 f. m.w.N.).

12 Vgl. BVerfGE 61, 319 (356); 83, 130 (154); 111, 191 (224 f.); 116, 69 (93); 105, 73 (134 m.w.N.).

13 Dies bejahend *Mertens*, (Fn. 7), S. 1568; verneinend *Beljin*, (Fn. 7), S. 156.

14 Hinsichtlich anderer europäischer Staaten, die Übergangsfristen in ihrer nationalen Rechtsordnung kennen vgl. die Nachweise in Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca Populare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 144, Fn. 90.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Auswirkungen des Bundesverfassungsgerichtsurteils und der Weg zum Europäischen Gerichtshof

Auslöser für die Diskussion um eine mögliche Durchbrechung des Anwendungsvorrangs war ein Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster.[15] Der Anwendungsvorrang im Gemeinschaftsrecht ist eine der grundlegenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Aus ihm resultiert unter anderem die Supranationalität der Europäischen Gemeinschaften und des aus ihr entspringenden Rechts gegenüber den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft.[16] Dieses „Heiligtum" der europäischen Rechtsentwicklung ist seitens des OVG Münster nun in Frage gestellt worden, als dieses die Übergangsfrist auch bezüglich der Grundfreiheiten für anwendbar erklärte.[17] Für diesen Ansatz wurde es nach Erlass des Beschlusses in Rechtsprechung und Literatur[18] teilweise heftig kritisiert. Mehrere Verwaltungsgerichte meldeten europarechtliche Bedenken gegen die Anwendung einer Übergangsfrist auch in Bezug auf die Grundfreiheiten an.[19] Jedoch erfuhr das OVG Münster auch Zuspruch für seine Vorgehensweise.[20]

Durch das Einreichen des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 234 EGV durch das Verwaltungsgericht Köln[21] hat der Gerichtshof nunmehr die Möglichkeit, sich bezüglich einer temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs zu äußern.[22]

---

15 OVG Münster, Beschluss v. 28.6.2006, Untersagung der Vermittlung von Sportwetten, NVwZ 2006, S. 1078; EuZW 2006, S. 603; KommJur 2006, S. 393.

16 Vgl. dazu grds. *Grabenwarter*, Staatliches Unionsrecht, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 283 ff.; *Nicolaysen*, Europarecht I, Die europäische Integrationsverfassung, 2. Aufl. 2002, S. 89 ff.

17 OVG Münster, (Fn. 15).

18 Siehe nur *Karpenstein/Kuhnert*, Anmerkung zu OVG NRW, Beschluss v. 28.6.2006, DVBl. 2006, S. 1466; *Dübbers/Kartal*, Zur Verfassungskonformität eines staatlichen Sportwettenmonopols, ZfWG 2006, S. 34; *Kim/Dübbers*, Behördliche Unterbindung privaten Wettangebots in Deutschland als Auslöser europarechtlich fundierter Staatshaftungsansprüche, ZfWG 2006, S. 107; *Mertens*, Bet and lose oder doch betandwin?, DVBl. 2006, S. 1567; *Terhechte*, Temporäre Durchbrechung des Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen „inakzeptabler Regelungslücken"?, EuR 2006, S. 828.

19 VG Minden, Beschluss v. 26. 5. 2006 – 3 L 249/06, BeckRS 2006, 23430; VG Köln, Urt. v. 6.7.2006 – 1 K 3679/05, BeckRS 2006, 24956; VG Köln, Beschluss v. 11.8.2006 – 6 L 736/06, BeckRS 2006, 25157; VG Arnsberg, Beschluss v. 21.8.2006 – 1 L 725/06, BeckRS 2006, 25052.

20 Im Ergebnis ebenso VGH Kassel, Beschluss v. 25.7.2006, NVwZ 2006, S. 1439, Rdnr. 49; *Dietlein*, Rechtsfragen der übergangsweisen Fortgeltung des Sportwettenrechts der Länder, K&R 2006, S. 309; *Bethge*, Die rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 (ODDSET) zur Zulässigkeit gewerblicher Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten in den Ländern, ZfWG 2007, S. 249; Vereinbarkeit mit dem EG-Recht unterstellt auch *Schmid*, Das Vorgehen gegen illegale Sportwetten in Bayern, GewArch 52 (2006), S. 179.

21 Siehe ABl. Nr. C 326 v. 30.12.2006, S. 25.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Köln zielen in eine Richtung, die in der Literatur bereits angedacht wurde, nämlich der Gewährung einer Übergangsfrist zugunsten des nationalen Gesetzgebers auch auf europäischer Ebene.[23] Dies gibt Anlass, diese Frage vor dem Hintergrund der Sportwettenproblematik und der aktuellen Diskussion in der Literatur zu beleuchten.

III. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

1. Die dogmatische Begründung des Anwendungsvorrangs

In der Grundsatzentscheidung *Costa/ENEL*[24] wurde der Gemeinschaftsrechtsordnung durch den Gerichtshof der Status einer eigenständigen Rechtsordnung *sui generis* gegenüber der Völkerrechtsordnung und den nationalen Rechtsordnungen verliehen. Einer Qualifizierung der Gemeinschaftsrechtsordnung als Teil der Völkerrechtsordnung hatte der EuGH schon früh eine Absage erteilt. Dadurch, dass neben die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine weitere europäische Rechtsordnung trat, stellte sich die Frage nach dem Anwendungsvorrang.

Der EG-Vertrag kennt jedoch im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz eine Kollisionsnorm wie die des Art. 31 GG, welche einen Vorrang des Bundesrechts gegenüber dem Landesrecht normiert, nicht. Der EuGH entnimmt dessen ungeachtet den Vorrang zum einen dem eigenständigen und autonomen Charakter des EG-Rechts und beruft sich zum anderen auf dessen Notwendigkeit. Somit haben mitgliedstaatliche Gerichte die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts durch Nichtanwendung der entgegenstehenden nationalen Rechtsnormen zu gewährleisten.[25] Einzig Art. 249 Abs. 2 und Abs. 3 EGV deuten den Vorrang des Europarechts vor dem nationalen Recht an.

Die geplante europäische Verfassung sollte den Vorrang des Gemeinschaftsrechts in Art. I-6 als Rechtsnorm mit dem folgenden Wortlaut kodifizieren: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mit-

---

22 Siehe den beim EuGH anhängigen Fall, Rs. C-409/06, Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Köln, *Winner Wetten GmbH gegen Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, eingereicht am 9.10.2006, (Fn. 1).

23 Vgl. *Beljin*, (Fn. 7), S. 156; *Koenig/Schreiber*, Gewährung von Übergangsfristen a la Bundesverfassungsgericht durch den Europäischen Gerichtshof?, DÖV 2008, S. 450; *Ehlers/Eggert*, Zur Zulässigkeit einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts, JZ 2008, S. 585; *Terhechte*, (Fn. 18), S. 828.

24 Vgl. EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251.

25 Vgl. ibid.; sowie auch EuGH, Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gliedstaaten".[26] Der Reformvertrag von Lissabon enthält zwar keine ausdrückliche Normierung des Anwendungsvorrangs, allerdings ist ihm als Erklärung zu den Bestimmungen der Verträge die Erklärung Nr. 17 beigefügt, wonach „die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben".[27] In der Erklärung wird ebenfalls aufgeführt, dass die Konferenz beschlossen hat, „dass das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zum Vorrang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) dieser Schlussakte beigefügt wird".[28]

Aus diesem Grunde beruht der Anwendungsvorrang im Gemeinschaftsrecht auch heute noch auf dem Grundsatzurteil in der Rechtssache *Costa/ENEL.*

Dieses Grundsatzurteil mit seiner weitreichenden Bedeutung basiert auf den besonderen Interpretationsmethoden des EuGH. Gemäß Art. 220 EGV obliegt dem Gerichtshof und dem Gericht erster Instanz die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EG-Vertrags. Diese weitreichende Kompetenz des Gerichtshofs und dessen besondere Interpretationsmethoden sind deshalb erforderlich, weil der EG-Vertrag einen ausfüllungsbedürftigen Vertrag darstellt. Die darin enthaltenen Begriffe sind ihrer Natur nach zumeist unbestimmte Rechtsbegriffe, wobei dem Gerichtshof deren inhaltliche Ausfüllung obliegt. Ausgehend von der Prämisse des *effet utile* kommt der systematisch-teleologischen Auslegung hierbei eine überragende Bedeutung zu, um den Regelungen des EG-Vertrages praktische Wirksamkeit zu verschaffen.[29]

---

26 Ausführlich dazu *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen, 2006, Art. I-6, Rdnr. 18 ff. m.w.N.

27 Vgl. ABl. Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 344.

28 Ibid. Kurios mutet dabei an, dass in dem Text der Erklärung Nr. 17 zum Reformvertrag von Lissabon ein Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates aufgenommen wurde. Denn zu diesem Zeitpunkt (13.12.2007) vertrat der Rat die Auffassung, dass „die Verbreitung von Stellungnahmen des Juristischen Dienstes des Rates, die im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren erstellt wurden, geeignet ist, den Schutz der Rechtsberatung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1049/2001 zu beeinträchtigen" (vgl EuGH, Rs. C-39/05 und C-52/05, *Schweden und Turco/Rat*, Rdnr. 66). Grundsätzlich wurden diese Gutachten deshalb früher nicht veröffentlicht. Der EuGH hat nunmehr in seinem Urt. v. 1.8.2008 in der Rs. C-39/05 und C-52/05 P, *Schweden und Turco/Rat* entschieden, dass die VO Nr. 1049/2001 grundsätzlich eine Verpflichtung zur Verbreitung der Stellungnahmen des Juristischen Dienstes des Rates zu Gesetzgebungsverfahren aufstellt.

29 Vgl. in diesem Zusammenhang *Schroeder*, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, S. 181, der feststellt: Der EuGH stelle die traditionelle Hierarchie der Auslegungsmethoden auf den Kopf, also die teleologische Auslegungsmethode an den Anfang und die grammatikalische an den Schluss. Vgl. auch EuGH, Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur SA und Factortame*, Slg. 1996, I-1029.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die Wirkungsweise des Anwendungsvorrangs im nationalen Recht

Der Anwendungsvorrang gilt im Hinblick auf nationales Recht jeden Rangs; es kann sich somit bei diesen sowohl um mitgliedstaatliches Verfassungsrecht als auch um sonstiges mitgliedstaatliches Recht handeln.[30] Darüber hinaus hat der EuGH klargestellt, dass der Vorrang sogar gegenüber staatlichen Einzelakten gilt, selbst wenn diese schon in Bestandskraft erwachsen sind.[31] Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts entfaltet seine Wirkung grundsätzlich als Anwendungsvorrang und nicht als Geltungsvorrang.[32] Der Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht führt also nicht zur Nichtigkeit entgegenstehender nationaler Bestimmungen, sondern resultiert lediglich in der Nichtanwendung derselben auf Sachverhalte mit europäischem Bezug.[33] Die nationale Regelung gilt somit weiterhin für alle Fälle ohne Gemeinschaftsbezug.[34] Dabei haben nicht nur nationale Gerichte den Anwendungsvorrang zu beachten, sondern dieser gilt auch für Verwaltungsbehörden.[35] Der Vorrang ist dabei stets von Amts wegen zu beachten und nicht erst in dem Fall, dass sich ein Einzelner auf diesen beruft. Der Anwendungsvorrang beeinflusst somit das nationale Recht auf vielfältige Weise.

3. Die möglichen Probleme bei strikter Anwendung des Anwendungsvorrangs

Doch was passiert, wenn nationale Regelungen beispielsweise in Bezug auf Sportwetten aufgrund des Anwendungsvorrangs unangewendet bleiben müssen, der betroffene Mitgliedsstaat aber ohne die vorübergehende Anwendung seiner nationalen Vorschriften öffentliche Interessen in besonders hohem Maße gefährdet sieht?

Um eine Übergangssituation zu vermeiden, in der eine Rechtslage geschaffen wird, die im Hinblick auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses nicht haltbar ist, könnte ausnahmsweise eine zeitlich begrenzte Durchbrechung des Anwendungs-

---

30 Vgl. EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125. Gleichfalls finden die allgemein üblichen Regeln des *lex posterior* sowie *lex specialis* keine Anwendung hinsichtlich des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts.

31 Vgl. EuGH, Rs. C-224/97, *Ciola*, Slg. 1999, I-2517, Rdnrn. 21-34.

32 Vgl. EuGH, Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629; EuGH, Rs. C-184/91, *Oorburg and van Messem*, Slg. 1991, I-297, Rdnr. 19; *Jarass/Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 4; *Hatje* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 10 EGV, Rdnr. 21.

33 Vgl. *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rdnr. 193.

34 Siehe *Niedobitek*, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 92 (2001), S. 63-66; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 10 EGV, Rdnr. 27; *Hatje*, in: Schwarze (Fn. 32), Art. 10 EGV, Rdnr. 20.

35 Vgl. EuGH, Rs. C-224/97, *Ciola*, Slg. 1999, I-2517, Rdnr. 30; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 102 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorrangs gerechtfertigt sein. Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Hinblick auf Sportwetten kämen der Verbraucherschutz, die Betrugsvorbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen in Betracht. Zudem könnte ohne die Einräumung einer Übergangsfrist durch die unkontrollierte Zulassungspraxis von privaten Wettanbietern ein Zustand geschaffen werden, der in der Zukunft nicht mehr zu beseitigen wäre.[36]

IV. Begründungsansätze für eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs

1. Der Europäische Gerichtshof als „Motor der Integration"

Anhand der Rechtssprechungsgeschichte des Europäischen Gerichtshofs ist ersichtlich, dass dieser den Zeitgeist bei seinen Entscheidungen nicht verkennt und sich von diesem auch teilweise leiten lässt. Aufgrund seiner Rolle im Gefüge der Europäischen Institutionen und der widerstreitenden Interessen der Mitgliedstaaten kommt dem EuGH bei der Gestaltung des Europäischen Integrationsprozesses eine herausragende Stellung zu.

Beispielhaft kann hierfür die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit angeführt werden. Der in Art. 28 EGV verwendete Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung" erfuhr in der Grundsatzentscheidung *Dassonville*[37] einen sehr weiten Anwendungsbereich. Diese Entscheidung steht somit im Zeichen einer progressiven Auslegung des Art. 28 EGV zur Erreichung eines voll ausgestalteten Binnenmarkts. Dass der Gerichtshof jedoch gleichfalls den wirtschaftlichen Belangen der damaligen Wirtschaftsgemeinschaft Beachtung schenkte, geht aus der diesem Urteil folgenden Rechtsprechung hervor. In seiner Entscheidung *Cassis de Dijon*[38] erkannte er das Bedürfnis ungeschriebener Rechtfertigungsgründe neben den in Art. 30 EGV

---

36 Vergleiche hierzu auch die Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland v. 19.7.2007 zu EuGH, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, *Apothekenkammer Saarland*. Auch in dieser Fallkonstellation geht es um einen Verstoß der nationalen Regelung der §§ 1, 2, 7 ApoG gegen die in den Art. 43, 48 EGV festgeschriebene Niederlassungsfreiheit. Die BRD geht in ihrer Stellungnahme zwar von einer Vereinbarkeit des Fremdbesitzverbots mit den Grundfreiheiten aus, argumentiert gleichzeitig aber, dass die Einräumung einer Übergangsfrist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Wahrung der Prärogative des deutschen Gesetzgebers geboten sei. Es sei eine unkontrollierte Liberalisierung des Apothekenmarktes zu befürchten und eine unterschiedliche Zulassungspraxis der nationalen Behörden würde zu einem Zustand vollständiger Rechtsunsicherheit führen. Zudem würde ein Zustand geschaffen, der später nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, da erhaltene Zulassungen aufgrund des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß Art. 12 GG Bestandsschutz genießen.

37 Vgl. EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

38 Vgl. EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verankerten an. Schließlich waren aufgrund der (Fort)Entwicklung des Art. 28 EGV von einem Diskriminierungsverbot (hin) zu einem Beschränkungsverbot die Schwelle, ab derer ein Eingriff (in Art. 28 EGV) angenommen werden kann, erheblich herabgesetzt worden. Ferner waren den Römischen Verträgen Belange wie Verbraucher- oder Umweltschutz fremd. Eine weitere Einschränkung wurde daraufhin mit der sogenannten „Keck"-Formel vorgenommen.[39] Der Gerichtshof hat anhand der dargestellten Rechtsprechung bewiesen, dass er den politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung tragen kann und somit seiner Rolle im Integrationsprozess gerecht wird.

Im Hinblick auf seine Interpretationsmethodik hat er jedoch seitens der Literatur Kritik erfahren.[40] Diese Kritik verkennt allerdings, dass sich der Gerichtshof bei seiner Rechtsprechung durchaus von der allgemeinen Stimmungslage in Politik und Öffentlichkeit beeinflussen lässt.[41] In den Jahren politischer Stagnation auf europäischer Ebene und vor allem bei politischen Pattsituationen hat der EuGH eine Vorreiterrolle eingenommen und durch seine Gerichtsentscheidungen den Integrationsprozess maßgeblich vorangetrieben. Deshalb ist er in Bezug auf eine temporäre Aussetzung des Anwendungsvorrangs das Organ, welches am Besten in der Lage wäre, eine solche Neuerung in das Gemeinschaftsrecht einzuführen. Im Gegensatz zu den Mitgliedstaaten ist der Gerichtshof allein der Gemeinschaft als solcher verpflichtet und vertritt dabei deren Interessen, ohne sich hierbei von nationalstaatlichen Präferenzen leiten zu lassen.

2. Die Durchbrechung des Anwendungsvorrangs im Kontext der Sportwetten

Im Bereich der Sportwetten treffen hinsichtlich der temporären Aussetzung des Anwendungsvorrangs widerstreitende Interessen aufeinander. Der vollen Geltung der Grundfreiheiten stehen die auch vom Gerichtshof anerkannten legitimen Interessen der Mitgliedstaaten gegenüber. Der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass dieser Politikbereich eine Angelegenheit der einzelnen Mitgliedstaaten sei und unterschiedliche Standards hinzunehmen sind.[42]

Da die Ausgestaltung der Sportwettenmonopole letztendlich Sache der einzelnen Mitgliedstaaten ist und der EuGH nur die Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit mit dem Europarecht vorgibt, sollte dieser Situation dadurch Rechnung getragen

---

39 Vgl. EuGH, Rs. C-268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097.

40 Vgl. im Kontext der Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2187.

41 Vgl. *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 224.

42 Siehe EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica/Palazzese/Sorricchio*, Slg. 2007, I-1891.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden, dass die einzelnen Mitgliedstaaten eine Frist für die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben erhalten. Ähnlich der Übergangsfrist, welche das Bundesverfassungsgericht auf nationaler Ebene in Ausnahmesituationen einräumen kann,[43] könnte die Einführung einer europarechtlichen Übergangsfrist sowohl den Interessen des Gemeinschaftsrechts als auch denen der Mitgliedstaaten gerecht werden. Hierfür spräche zunächst, dass dem nationalen Gesetzgeber genügend Zeit eingeräumt wird, um den vorgegebenen Rahmen unter Beachtung der nationalen Besonderheiten auszufüllen, ohne dass dabei ein Zustand der Rechtsunsicherheit oder das Vorliegen einer nicht hinnehmbaren Gesetzeslücke zu befürchten ist.

3. Die zeitliche Wirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

Grundsätzlich haben Urteile des Gerichtshofs im Hinblick auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts entweder *ex tunc* oder *ex nunc*[44] Wirkung, das heißt sie gelten entweder bereits für die Vergangenheit oder sie gelten ab dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung. Wenn ein Mitgliedstaat gute Gründe für die Annahme hatte, dass sein Verhalten mit Gemeinschaftsrecht vereinbar war und wenn die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen bestand, so hat der Gerichtshof ausnahmsweise die Wirkung seines Urteils ab dessen Verkündung angeordnet.[45]

Im Jahr 1976 war es eine Neuerung, als der Gerichtshof im Urteil *Defrenne*[46] die Rückwirkung seiner Auslegung eines Artikels des EWG-Vertrags begrenzte. Darüber hinaus existieren weitere Durchbrechungen im Rahmen der Rechtsprechungsentwicklung, z.B. als der Gerichtshof im Jahr 1980 in der Rechtssache *Providence Agricole de la Champagne*[47] Abs. 2 des heutigen Art. 231 EGV in einer Vorabentscheidung entsprechend anwandte und die Rückwirkung der Entscheidung, dass bestimmte Verordnungen der Kommission ungültig seien, begrenzte. Im Urteil *Van Landschoot*[48] ging der Gerichtshof 1988 einen Schritt weiter und erhielt die Wirkung einer ungültigen Gemeinschaftsbestimmung bis zu ihrer Ersetzung durch eine gültige Bestimmung aufrecht. Grundsätzlich beschränkt sich der Gerichtshof bei der Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts darauf, zu erläutern

43 Vgl. BVerfGE 61, 319 (356); 83, 130 (154); 87, 153 (177 f.); 99, 280 (298); 104, 74 (91); 105, 73 (133); 111, 191 (224 f.); 116, 69 (93).

44 So zum ersten Mal in EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne*, Slg. 1976, 455, Rdnrn. 69-75.

45 Für Nachweise in der Rechtsprechung des EuGH siehe Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca Popolare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 138.

46 Vgl. EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne*, Slg. 1976, 455, Rdnrn. 69-75.

47 Vgl. EuGH, Rs. 4/79, *Providence Agricole de la Champagne*, Slg. 1980, 2823, Rdnrn. 42-46 und zwei weitere am selben Tag ergangene verwandte Urteile: EuGH, Rs. 109/79, *Maïseries de Beauce*, Slg. 1980, 2883, Rdnrn. 42-46 und EuGH, Rs. 145/79, *Roquette Frères*, Slg. 1980, 2917, Rdnrn. 50-52.

48 Vgl. EuGH, Rs. 300/86, *Van Landschoot*, Slg. 1988, 3443, Rdnrn. 22-24.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und zu verdeutlichen, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite eine Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre.[49]

Eine Wirkung seiner Urteile ab einem bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft jedoch hat der Gerichtshof noch nie festgelegt. Allerdings hat dies die Generalanwältin *Stix-Hackl* in einem ihrer Schlussanträge sehr wohl für möglich erachtet und mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Gültigkeit von Gemeinschaftsmaßnahmen unterstützt.[50] Auch Generalanwalt *Jacobs* hat gefordert, die Nichtigkeitswirkung von Vorabentscheidungsurteilen in Ausnahmefällen auf die Zukunft zu beschränken, um dem nationalen Gesetzgeber die notwendige Zeit für den Erlass neuer Rechtsvorschriften einzuräumen.[51] Es ist somit grundsätzlich denkbar, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung dahingehend weiter entwickelt, dass die Wirkung eines Urteils erst in der Zukunft eintritt.

4. Die entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des Art. 231 Abs. 2 EGV

Artikel 231 Abs. 2 EGV [52] ermöglicht es dem Gerichtshof im Fall der Nichtigkeitserklärung einer Verordnung die Weitergeltung bestimmter Wirkungen dieser Verordnung festzulegen.[53] Entgegen der grundsätzlichen *ex tunc* Wirkung von Urteilen[54] räumt Art. 231 Abs. 2 EGV dem Gerichtshof im Falle der Nichtigerklärung einer Verordnung einen weiten Entscheidungsspielraum ein. Dieser bezieht sich darauf, dass der Gerichtshof die Wirkung einer Nichtigerklärung in zeitlicher Hinsicht beschränken kann.[55] Das EG-Recht sieht somit grundsätzlich die Möglichkeit vor, die Wirkung eines europarechtswidrigen Rechtsakts aufrechtzuerhal-

---

49 Siehe statt vieler EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 66; EuGH, Rs. 61/79, *Denkavit italiana*, Slg. 1980, 1205, Rdnr. 16; EuGH, Rs. 24/86, *Blaizot*, Slg. 1988, 379, Rdnr. 27.

50 Vgl. Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca Popolare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 144 ff., v.a. Nrn. 161, 162 mit Verweis auf die genannten Urteile zur Gültigkeit von Gemeinschaftsmaßnahmen in den Fn. 77, 80.

51 Vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca Popolare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 86.

52 Zu Art. 231 EGV siehe exemplarisch *Everling*, Der Ausschluß der Rückwirkung bei der Feststellung der Ungültigkeit von Verordnungen durch den Gerichtshof der EG, Fs. für Börner, 1992, S. 57; *Forsthoff*, Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH, DStR 2005, S. 1840; *Röttinger*, Bedeutung der Rechtsgrundlage einer EG-Richtlinie und Folgen einer Nichtigkeit, EuZW 1993, S. 117; *Weiß*, Die Einschränkung der zeitlichen Wirkung nach Art. 177 EGV, EuR 1995, S. 377; *Waldhoff*, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, EuR 2006, S. 615.

53 Vgl. dazu *Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, S. 748.

54 Siehe statt vieler: EuGH, Rs. 61/79, *Denkavit italiana*, Slg. 1980, 1205, Rdnr. 16.

55 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 231 EGV, Rdnrn. 3-6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten. Obwohl Art. 231 Abs. 2 EGV seinem Wortlaut nach lediglich für ungültig erklärte Verordnungen gilt, hat der Gerichtshof den Rechtsgedanken des Art. 231 Abs. 2 EGV bereits mehrfach außerhalb einer Nichtigkeitsklage angewendet,[56] so beispielsweise bei Richtlinien,[57] Entscheidungen und Beschlüssen.[58] Diese Auslegung hat der EuGH auch auf das in Art. 234 EGV normierte Vorabentscheidungsverfahren übertragen.[59] In Anbetracht dieser Entwicklung erscheint es denkbar, dass eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs unter anderem auf den Rechtsgedanken des Art. 231 Abs. 2 EGV gestützt wird.[60]

Zur Begründung einer Weitergeltung rechtswidriger EG-Verordnungen stützt sich der Gerichtshof primär auf den der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnenden allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit.[61] Dabei hat er ausgeführt, dass ein Zustand der Unsicherheit und Rechtlosigkeit vermieden werden müsse.[62] Dass sich bei einer Kollision von Normen oder sonstigen Rechtsakten nicht stets das höherrangige Recht unmittelbar durchsetzt, ist in der Bundesrepublik Deutschland z.B. im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle hinsichtlich der bei einem Verfassungsverstoß regelmäßig eintretenden Nichtigkeitsfolge anerkannt.[63] Aufgrund des in Art. 20 GG verankerten Vorbehalts des Gesetzes muss

---

56 Vgl. EuGH, Rs. 92/78, *Simmenthal III*, Slg. 1979, 777, Rdnrn. 106 ff; EuGH, Rs. C-295/90, *Parliament/Council,* Slg. 1992, I-4193, Rdnr. 26; EuGH, Rs. C-21/94, *Parliament/Council*, Slg. 1995, I-1827, Rdnr. 31; EuGH, Rs. C-106/96, *United Kingdom/Commission*, Slg. 1998, I-2729, Rdnr. 41; EuGH, Rs. C-22/96, *Parliament/Council*, Slg. 1998, I-3231, Rdnr. 42.

57 EuGH, Rs. C-295/90, *Parliament/Council*, Slg. 1992, I-4193, Rdnrn. 26 f.; dazu ausführlich *Röttinger*, Bedeutung der Rechtsgrundlage einer EG-Richtlinie und Folgen einer Nichtigkeit, EuZW 1993, S. 120.

58 EuGH, Rs. C-93/00, *Parliament/Council*, Slg. 2001, I-10119, Rdnr. 48; EuGH, Rs. C-106/96, *United Kingdom/Commission*, Slg. 1998, I-2729, Rdnr. 41; EuGH, Rs. C-22/96, *Parliament/Council,* Slg. 1998, I-3231, Rdnr. 42.

59 Vgl. EuGH, Rs. 112/83, *Produits de Maïs*, Slg. 1985, 719, Rdnr. 17; EuGH, Rs. 4/79, *Providence Agricole de la Champagne*, Slg. 1980, 2823, Rdnrn. 42-46; EuGH, Rs. 109/79, *Maiseries de Beauce*, Slg. 1980, 2883, Rdnrn. 42-46; EuGH, Rs. 145/79, *Roquette Frères*, Slg. 1980, 2917, Rdnrn. 50-52.

60 Vgl. Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland v. 19.7.2007 zu EuGH, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, *Apothekenkammer Saarland*; *Beljin*, (Fn. 7), S. 156; *Ehlers/Eggert*, (Fn. 23), S. 585; a.M. *Koenig/Schreiber*, Gewährung von Übergangsfristen a la Bundesverfassungsgericht durch den Europäischen Gerichtshof?, DÖV 2008, S. 450; *Terhechte*, (Fn. 18), S. 828.

61 Vgl. EuGH, Rs. 59/81, *Commission/Council*, Slg. 1982, 3329, Rdnr. 39; EuGH, Rs. 45/86, *Commission/Council*, Slg. 1987, 1493, Rdnr. 23; EuGH, Rs. C-65/90, *Parliament/Council*, Slg. 1992, I-4593, Rdnr. 23.

62 So EuGH, Rs. C-160/90, *Legros*, Slg. 1992, I-4625, Rdnr. 31; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 55), Art. 231 EGV, Rdnrn. 3-6.

63 In deutscher Hinsicht siehe *Schulze-Fielitz*, Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Fs. 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 389; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 405 ff.; in europarechtlicher Hinsicht siehe *Ehricke*, in: Streinz, EU/EGV, 2003, Art. 231 EGV, Rdnr. 6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im deutschen Verfassungsrecht eine verfassungswidrige Regelung für eine Übergangszeit hingenommen werden, soweit sie für die Funktionsfähigkeit des betroffenen Bereichs unerlässlich ist.

Der Gerichtshof könnte sich bei der zeitlichen Beschränkung für die Zukunft an das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts anlehnen. Dieses behält in geeigneten Fällen die Unvereinbarkeitserklärung, insbesondere unter Hinweis auf die Gewaltenteilung, einem späteren Zeitpunkt vor, um dem Gesetzgeber genügend Zeit zu lassen, selbst eine angemessene gesetzliche Neuregelung zu finden.[64] Auch andere Mitgliedstaaten kennen solche Beschränkungen hinsichtlich der zeitlichen Wirkung von Urteilen,[65] was ebenfalls für die Möglichkeit einer zeitlich beschränkten Durchbrechung des Anwendungsvorrangs spricht.

Der Gerichtshof könnte somit auf einen Vergleich prägender Verfassungsprinzipien der Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 a.E. EUV zurückgreifen.

Zudem hat der Gerichtshof selbst eine zeitliche Beschränkung seiner Entscheidung in der Rechtssache *Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union* angeordnet, als er die Wirkungen der Angemessenheitsentscheidung bis zum 30. September 2006 aufrechterhielt, jedoch nicht über den Zeitpunkt des Außerkrafttretens des in Frage stehenden Abkommens hinaus.[66] Dabei hat der EuGH ausgeführt, dass „angesichts der Tatsache, dass sich die Gemeinschaft zur Rechtfertigung der Nichtdurchführung des Abkommens, das während eines Zeitraums von 90 Tagen nach seiner Kündigung wirksam bleibt, nicht auf ihr eigenes Recht berufen kann, und des engen Zusammenhangs zwischen dem Abkommen und der Angemessenheitsentscheidung erscheint es aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz der betroffenen Personen gerechtfertigt, die Wirkungen der Angemessenheitsentscheidung während dieses Zeitraums aufrechtzuerhalten. Außerdem ist die Frist zu berücksichtigen, die für den Erlass der sich aus dem vorliegenden Urteil ergebenden Maßnahmen benötigt wird."[67]

Damit hat der EuGH in diesem Einzelfall die Wirkung seiner Entscheidung für die Zukunft beschränkt. Zwar sind Einzelfallentscheidungen nicht auf die grundsätzliche Möglichkeit der temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs übertragbar. Dennoch verdeutlicht diese Entscheidung, dass der Gerichtshof in Notfällen bereit ist, eine Wirkung seiner Urteile nur für die Zukunft anzuordnen.

---

64 Vgl. statt vieler BVerfGE 87, 153 (177).

65 Dazu gehören u.a. Belgien, Deutschland, Österreich, Polen, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik, Ungarn und Italien; vgl. die Nachweise in Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca Populare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 144, Fn. 90.

66 Vgl. EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, *Parliament/Council*, Slg. 2006, I-4721, Rdnrn. 71-74.

67 Ibid., Rdnr. 73.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Der Ausnahmecharakter einer temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs

Eine Aussetzung der Wirkung des Urteils wäre stets territorial zu beschränken,[68] um dem Ausnahmecharakter einer solchen Regelung ausreichend Rechnung zu tragen. Eine temporäre Nichtanwendung der Grundfreiheiten soll gerade nicht zu einer dauerhaften Aussetzung von deren Anwendbarkeit führen, sondern vielmehr dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Möglichkeit einräumen, zeitnah eine gesetzlich tragfähige Lösung zu implementieren. Dies dient vor allem dazu, negative Auswirkungen für die Allgemeinheit während einer Übergangszeit zu verhindern.[69]

Gerade im Bereich der Sportwetten, die in besonders hohem Maße einer ausgewogenen nationalen Regelung bedürfen,[70] erscheint es geboten, die Art. 43 und 49 EGV dahingehend auszulegen, dass eine Übergangszeit für die nationalen Regelungen möglich sein muss. Diese Interpretation führt auch nicht zu einer Aushöhlung des Anwendungsvorrangs, da nur beschränkte Ausnahmen von diesem Grundsatz zulässig wären und die Entscheidung als Einzelfallentscheidung zu kennzeichnen wäre. Daneben gilt es zu bedenken, dass die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge" sind und ansonsten die Gefahr der Einfügung einer Bereichsausnahme nach Art. 55 in Verbindung mit Art. 45 EGV besteht.[71] An eine solche wären dann sowohl der Gerichtshof als auch die Kommission gebunden, was einer weiteren Harmonisierung in diesem Bereich im Wege stünde.

---

68 Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca popolare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 178 ff.; ebenfalls in diesem Sinne Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-475/03, *Banca popolare di Cremona*, Slg. 2006, I-9373, Nr. 86.

69 Bei Vorliegen einer inakzeptablen Gesetzeslücke so auch *Ehlers/Eggert*, (Fn. 23), S. 585.

70 Vgl. Bulletin Quotidien Europe Nr. 9170 v. 8.4.2006, S. 11 und Nr. 9271 v. 23.9.2006, S. 16, wonach die Kommission im April 2006 gegen 7 Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren wegen des Verbots gewerblicher Sportwetten eingeleitet hat. Dabei wurde jedoch zugleich erklärt, dass die Eröffnung der Verfahren nicht die Existenz staatlicher Monopole und nationaler Lotterien in Frage stellen will und keinen Einfluss auf die Liberalisierung der nationalen Glücksspiele haben soll.

71 Siehe hierzu nur *Stein/von Buttlar*, Europarechtliche Konsequenzen eines begrenzten Lizenzierungsmodelles für die (private) Veranstaltung von Sportwetten, ZfWG 2006, S. 273. Die Verfasser erörtern u.a. die Möglichkeit, für das Glücksspiel eine Bereichsausnahme in den EG-Vertrag aufzunehmen, welche auch den EuGH binden dürfte. Hierbei seien Bereichsausnahmen dem Primärrecht nicht unbekannt; vielmehr zeigen die Autoren verschiedene Alternativen auf, eine entsprechende Bereichsausnahme in das Gemeinschaftsrecht einzuführen. Im Sekundärrecht existiert eine solche Bereichsausnahme hinsichtlich des Glücksspiels bereits gemäß der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) und in der Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG). Im Erwägungsgrund Nr. 25 der RL 2000/31/EG heißt es dazu, dass Glücksspiele einschließlich Lotterien und Wetten aufgrund der spezifischen Natur dieser Tätigkeiten, die von Seiten der Mitgliedstaaten Politikansätze zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher bedingen, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sein sollten.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Voraussetzungen für eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs

Voraussetzung für eine Ausnahme vom Anwendungsvorrang muss immer sein, dass diese inhaltlich beschränkt ist und den Grundsatz des Anwendungsvorrangs und der Effektivität des Gemeinschaftsrechts nicht konterkariert. Es kann sich somit immer nur um eine zeitliche Beschränkung des Anwendungsvorrangs handeln, der nach einer angemessenen Frist Geltung erlangen muss. Eine temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs bzw. eine zeitlich begrenzte Nichtanwendung der Grundfreiheiten ist somit an enge Voraussetzungen zu knüpfen. Denn sowohl die Aussetzung des Anwendungsvorrangs als auch die Beschränkung der zeitlichen Wirkung des Urteils für die Zukunft führen im Ergebnis dazu, dass der Träger der Grundfreiheiten von diesen keinen Gebrauch machen kann.

1. Das Vorliegen einer inakzeptablen Gesetzeslücke

Eine erste Voraussetzung für die Nichtanwendung des Anwendungsvorrangs ist das Vorliegen einer inakzeptablen Gesetzeslücke.[72] Die Nichtanwendung der nationalen Gesetze muss zu Rechtsunsicherheit und ungeordneten Verhältnissen in einem wichtigen Bereich führen. Hierbei kann an die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen hinsichtlich der Gewährung einer Übergangsfrist für den nationalen Gesetzgeber angeknüpft werden. Bei Übertragung dieser Voraussetzungen auf die europäische Ebene müsste durch eine sofortige Unanwendbarkeit gemeinschaftsrechtwidriger nationaler Regelungen ein Zustand herbeigeführt werden, der mit dem Gemeinschaftsrecht noch weniger vereinbar wäre als der gegenwärtige Zustand.

Im Bereich der Sportwetten begründete sich eine inakzeptable Gesetzeslücke aus dem Umstand, dass während einer Übergangszeit effektive staatliche Kontrollen für private Wettanbieter nicht durchführbar gewesen wären. Private Wettanbieter hätten in der Folge im Wettbereich Fuß fassen können, ohne dafür bestimmte Zulassungsvoraussetzungen erfüllen zu müssen. Eine strikte Anwendung des Anwendungsvorrangs hätte damit zur Folge gehabt, dass – ohne Übergangsfrist – das staatliche Wettmonopol „über Nacht" abgeschafft worden und eine völlige Liberalisierung des Wettmarkts eingetreten wäre; und dies, obwohl ein staatliches Wettmonopol nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich zulässig ist, solange es den von ihm vorgegebenen Kriterien entspricht.[73]

---

72 So auch *Ehlers/Eggert*, (Fn. 23), S. 585.

73 Für eine Übersicht über die Kriterien vgl. EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica/Palazzese/Sorricchio*, Slg. 2007, I-1891, Rdnr. 46; EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rdnr. 67; ebenso EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä and others*, Slg. 1999, I-6067, Rdnr.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Anwendungsvorrang kann somit dann nicht greifen, wenn die Anwendung der Grundfreiheiten zu einer inakzeptablen Gesetzeslücke auf nationaler Ebene führt, die für den Mitgliedsstaat schlechterdings nicht hinnehmbar ist.[74] Auf eine solche Gesetzeslücke wies auch das OVG Münster in seinem Beschluss hin. Es stellte fest, dass die Nichtanwendung der nationalen Regelungen zum Sportwettenmonopol zur Folge hätte, dass der strittige Sachverhalt dann allein den Schranken des allgemeinen Gewerberechts unterläge.[75] Diese seien zur Abwehr der spezifischen Gefahren, die vom Glücksspielmarkt ausgehen, in keinster Weise geeignet.

Zudem kann von einem Mitgliedstaat nicht erwartet werden, dass er seine Gesetzgebung ohne Überlegungs- und Umsetzungsspielraum ändert, noch dass er diese in Vorwegnahme des Urteils bereits geändert hat.

2. Die Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen

Des Weiteren müssen zwingende Gründe des Allgemeinwohls für eine solche Ausnahme sprechen. Voraussetzung für die Nichtanwendung des nationalen Rechts muss eine Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen sein. Der Begriff der Gefährdung kann sich an die polizeirechtlichen Begriffe der Gefahr und der Unmittelbarkeit anlehnen. Die Tatsache, dass Glücksspiel eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen kann, hat nicht nur der Gerichtshof in einer Vielzahl von Urteilen[76] aufgezeigt, sondern auf bundesdeutscher Ebene auch das Bundesverfassungsgericht.[77] So hat der Gerichtshof im „Placanica"-Urteil in Bezug auf Glücks-

32 f.; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rdnr. 30 f.; EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rdnrn. 57-60.

74 Vgl. *Jarass/Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsdurchsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 5; ähnlich *Preschal*, Does Direct Effect Still Matter?, CMLRev 37 (2000), S. 1060; *ders.*, in: Prinssen/Schrauwen (Hrsg.), Direct Effect – Rethinking a Classical of EC Legal Doctrine, 2002, S. 38.

75 OVG Münster, (Fn. 15).

76 Vgl. EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica/Palazzese/Sorricchio*, Slg. 2007, I-1891, Rdnr. 46; ebenso EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rdnrn. 57-60; EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä and others*, Slg. 1999, I-6067, Rdnr. 32 f.; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rdnr. 30 f.; EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rdnr. 67.

77 Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 , *Sportwetten*, (Fn. 4), Rdnrn. 98-105, insb. Rdnr. 98: „Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols und die dadurch beabsichtigte Begrenzung und Ordnung des Wettwesens ist die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht. Dabei handelt es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel."; Rdnr. 103: „Weitere legitime Ziele sind der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung."; Rdnr. 105: „Legitimes Ziel eines staatlichen Wettmonopols ist außerdem die Abwehr von Gefahren aus mit dem Wetten verbundener Folge- und Begleitkriminalität. Soweit insbesondere Sportwetten Suchtpotenzial haben, geht von ihnen auch die typische Gefahr aus, dass Süchtige ihre Sucht durch kriminelle Handlungen finanzieren (vgl. Meyer/

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spiele folgende Allgemeininteressen benannt: den Verbraucherschutz, die Betrugsvorbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung.

Zwischen der Nichtanwendung nationaler Rechtsregeln und dem temporär ausgesetzten Gemeinschaftsrecht muss also eine kausale Beziehung bestehen. Ohne die nationalen Normen, die den im Streit stehenden Sachverhalt bis zum Erlass des Urteils normierten, müsste eine schwerwiegende Gefahr für wichtige Allgemeininteressen existieren.

3. Die Abwägung der geschützten Rechtsgüter – „praktische Konkordanz"[78]

Als eine weitere Voraussetzung bietet sich eine Abwägung der geschützten Rechtsgüter an. So müsste die Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen im Ergebnis schwerer wiegen als die Beeinträchtigung der jeweils durch das Gemeinschaftsrecht geschützten Rechtsgüter. Diese im deutschen Verfassungsrecht „praktische Konkordanz" genannte Abwägungsmethode zielt darauf ab, die widerstreitenden Rechte und Interessen in einen optimalen Ausgleich zu bringen und dabei jeder der tangierten Rechtspositionen einen möglichst weiten Anwendungsbereich einzuräumen. Dieses Prinzip gründet auf der freiheitlichen Grundordnung, wonach die Freiheit des einen dort endet, wo die Unfreiheit des anderen beginnt. Dieser Grundsatz lässt sich auch auf das Verhältnis von Mitgliedstaaten und Europäischen Union übertragen, weil dieses Rechtsverhältnis noch nicht in allen Einzelheiten geklärt ist und der Gerichtshof als Motor der Integration lenkend in dieses Verhältnis der Mitgliedstaaten eingreifen kann. Bei Zugrundelegung der Abwägung der widerstreitenden Interessen kann für alle Beteiligten ein Ergebnis erzielt werden, welches in geringst möglichem Maße in die Rechte der Beteiligten eingreift.

4. Die Verhältnismäßigkeit einer Übergangszeit

Schließlich darf die Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen auf nationaler Ebene nicht anders abwendbar sein als durch die temporäre Aussetzung des Anwendungsvorrangs. Um hinsichtlich des Fürs und Widers eine ausgewogene Prüfung zu erreichen, wird eine Anlehnung an die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach deutschem Recht empfohlen. Die temporäre Nichtanwendung müsste dann insgesamt verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Althoff/Stadler, Glücksspiel und Delinquenz, 1998, S. 124 ff.). Wegen der mit Sportwetten erzielbaren hohen Gewinne ist auch der Einstieg des organisierten Verbrechens nahe liegend."

78 Vgl. bereits BVerfGE 28, 243 (260 f.); 41, 29 (50); 52, 223 (247, 251).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hinsichtlich des Sportwettenmonopols hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung im März 2006 eine konkrete Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen angenommen.[79] Diese wiegen auch schwerer als die Beeinträchtigung der durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben geschützten Rechtsgüter.[80] Im Ergebnis werden dem Interesse der Liberalisierung eines bestimmten Marktbereichs (hier des Wettbereichs) wichtige nationale Allgemeininteressen, wie z.B. die Bekämpfung und Eindämmung drohender Begleit- und Folgekriminalität, gegenübergestellt. Für eine Übergangszeit können die vom Mitgliedstaat vorgebrachten wichtigen Allgemeininteressen der Öffnung des Markts vorgehen.

Um die Verhältnismäßigkeit einer Übergangsregelung insgesamt zu wahren, darf diese vorübergehende Anwendung der gemeinschaftsrechtswidrigen Vorschriften nicht zu einem Strafanspruch des Staats gegen den Einzelnen führen (vgl. § 284 StGB). In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht bis zur Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustands durch den Gesetzgeber bestimmt, dass sich die Befugnisse der Behörden und Gerichte zu Eingriffen in verfassungsrechtlich geschützte Positionen auf das reduzieren, was zur Aufrechterhaltung eines ansonsten verfassungsgemäß geordneten Vollzugs unerlässlich ist.[81] Dieser Grundsatz muss gerade auch dann gelten, wenn ein Eingriff in die europarechtlich garantierten Grundfreiheiten vorliegt. Dies verpflichtet im Bereich der Sportwetten die nationalen Behörden und Gerichte, diejenigen Normen, die auf Grund der Übergangsfrist noch Anwendung finden und in die Rechte der Betroffenen eingreifen, europarechtskonform auszulegen. Auf diese Weise könnte die Verhältnismäßigkeit einer temporären Aussetzung der Grundfreiheiten gewährleistet werden.

VI. Möglichkeiten der Bestimmung einer Übergangszeit durch den Europäischen Gerichtshof

Um die Konsequenzen für die Betroffenen, deren Grundfreiheiten eingeschränkt werden, möglichst gering zu halten, muss der Gerichtshof den Mitgliedstaaten eine Frist zum Erlass neuer europarechtskonformer nationaler Regelungen setzen. Diese Frist muss hierbei für die Mitgliedstaaten eine konkrete zeitliche Vorgabe bestimmen, nach deren Ablauf die Grundfreiheiten uneingeschränkt Geltung erlangen, wenn keine europarechtskonforme Regelung bis zu diesem Zeitpunkt vor-

79 Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.3.2006, *Sportwetten*, (Fn. 4), Rdnrn. 98-105.

80 Vgl. etwa das u.a. an die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Auskunftsersuchen der Kommission über nationale Sportwettbestimmungen, EuZW 2006, S. 290, darin hat sich der zuständige EU-Kommissar zur Notwendigkeit glücksspielspezifischer Beschränkungen geäußert und diese hervorgehoben.

81 Vgl. BVerfGE 40, 276 (283); 41, 251 (266); 58, 257 (280 f.); 76, 171 (189); 77, 125 (129).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liegt. Damit würde den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, die neue Rechtslage beim Erlass nationaler Vorschriften zu berücksichtigen, ohne deren Handlungsspielraum zu stark zu begrenzen. Denn dadurch erhielten die Mitgliedstaaten eine Handhabe, die im EG-Vertrag vorgesehenen Ausnahmetatbestände zu prüfen und somit eine europarechtskonforme Lösung zum Wohle aller Beteiligten zu finden.

Bei der Bemessung der Übergangsfrist für die Mitgliedstaaten ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgebungsprozess zur Beseitigung eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten eine gewisse Zeitspanne benötigt. Als Orientierung könnte hierbei die Umsetzungsfrist für Richtlinien dienen, welche sich in der Regel zwischen zwei und drei Jahren bewegt.[82] Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV stellen ein Instrument indirekter[83] bzw. kooperativ-zweistufiger Rechtssetzung dar.[84] In dieser Hinsicht sind Richtlinien zwar nicht mit der vorliegenden Fallkonstellation vergleichbar; allerdings stellt die Zweijahresfrist einen Erfahrungswert dar, in welcher Zeit Mitgliedstaaten in der Lage sind, ein Gesetzgebungsverfahren nach rechtstaatlichen Grundsätzen ordnungsgemäß durchzuführen. Eine kürzere Frist könnte zu einer übereilten Umsetzung der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs führen. Hierbei bestünde die Gefahr, dass die Umsetzungsspielräume, die dem Gesetzgeber durch die temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs eingeräumt werden sollen, ungenutzt bleiben.

Die Gewährung einer Frist zur Beseitigung eines europarechtswidrigen Zustands kann immer nur ein Kompromiss der widerstreitenden Interessen darstellen. Zwar erscheint eine Frist von zwei Jahren aus Sicht der in ihren Grundfreiheiten Betroffenen als sehr lang, allerdings werden durch eine europarechtskonforme Auslegung schlimmere Folgen wie die einer Strafbarkeit des Betroffenen vermieden.[85] Darüber hinaus wäre diese Frist als Ausschlussfrist zu handhaben, so dass nach deren Ablauf die temporär ausgesetzten Grundfreiheiten uneingeschränkt Geltung erlangen müssten.

---

82 Vgl. statt vieler für eine Umsetzungsfrist von zwei Jahren Art. 9 Abs. 1 RL 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. Nr. L 372 v. 20.12.1985, S. 31; für eine Umsetzungsfrist von drei Jahren siehe die DienstleistungsRL 2006/123/EG, ABl. Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36, welche am 28.12.2006 in Kraft trat und deren Umsetzungsfrist in nationales Recht für die EU-Mitgliedstaaten am 28.12.2009 endet.

83 So für die Richtlinie EuGH, Rs. C-298/89, *Gibraltar/Council*, Slg. 1993, I-3605, Rdnr. 16.

84 Vgl. statt vieler *Hilf*, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, S. 4 f.; *Pernice*, Kriterien der normativen Umsetzung von Umweltrichtlinien der EG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1994, S. 325.

85 Siehe unter V.4.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VII. Ausblick

Aufgrund der Vorlage des Verwaltungsgerichts Köln erhält der EuGH die Möglichkeit, sich zur temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs zu äußern. Nach der hier vertretenen Auffassung wird eine temporäre Aussetzung des Anwendungsvorrangs den widerstreitenden Interessen des Gemeinschaftsrechts einerseits und denen der Mitgliedstaaten andererseits gerecht. Durch das Aufstellen enger Voraussetzungen für die temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs und die Bestimmung einer angemessenen Übergangsfrist wird der überragenden Bedeutung des Anwendungsvorrangs Rechnung getragen. Eine Ausnahme käme nur als *ultima ratio* in Betracht, wenn dies aufgrund der nationalen Interessen „unerlässlich" wäre.

Mit der Möglichkeit der zeitlich befristeten Durchbrechung des Anwendungsvorrangs würde dem Europäischen Gerichtshof ein effizientes Instrument an die Hand gegeben, welches es ihm erlaubt, auf die komplexer werdenden Fragestellungen eines Europas der 27 Mitgliedstaaten mit ihren unterschiedlichen Rechtsordnungen zu reagieren. Dies gilt insbesondere für Bereiche, in denen bislang keine europaweite Harmonisierung stattgefunden hat.

Darüber hinaus würde dieses Instrument eine zeitnahe Implementierung gemeinschaftskonformer Regelungen auf nationaler Ebene fördern, ohne die Gefahr einer inakzeptablen Gesetzeslücke hervorzurufen. Vieles spricht folglich für die Möglichkeit einer temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs. Wie und ob der Gerichtshof über diese umstrittene Frage entscheidet, bleibt jedoch abzuwarten.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-527 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -