SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 27. Juni 1991 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. In der Rechtssache, zu der ich Stellung nehme, geht es um eines von vier gleichgelagerten Vorabentscheidungsersuchen [1]. Gegenstand ist ein in der italienischen Gesetzgebung verankerter Vorbehalt von mindestens 30 % aller öffentlichen Lieferaufträge zugunsten von im Mezzogiorno angesiedelten Unternehmen.

2. In der Rechtssache C-21/88 ging es um die Beurteilung einer identischen Rechtslage wie in der jetzigen Rechtssache C-351/88. Der innergemeinschaftliche Handel ist insbesondere in der vorliegenden Sache in vergleichbarer Weise betroffen wie in der Rechtssache C-21/88. Die Klägerin hatte in der Rechtssache C-21/88 geltend gemacht, sie beziehe 80 % ihres röntgentechnischen Materials aus Deutschland. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der heute zu beurteilenden Rechtssache bezieht einen wesentlichen Teil des von ihr vertriebenen Materials aus Frankreich.

3. In der Rechtssache C-21/88 habe ich am 28. November 1989 Schlußanträge vorgetragen, denen der Gerichtshof mit Urteil vom 20. März 1990 in den großen Linien auch gefolgt ist.

4. Das vorlegende Gericht ist auf die Identität des noch anhängigen Vorabentscheidungsersuchens mit der Rechtssache C-21/88 hingewiesen worden. Dennoch wurde das Vorabentscheidungsersuchen — vermutlich aus verfahrensrechtlichen Gründen der innerstaatlichen Prozeßordnung — bis zum heutigen Tage nicht zurückgenommen. Deshalb ist das Verfahren förmlich zu beenden.

5. Zur Beantwortung der vorgelegten Fragen verweise ich inhaltlich auf meine Schlußanträge vom 28. November 1989 und das Urteil vom 20. März 1990 in der Rechtssache C-21/88.

6. Wenngleich die rechtliche Problematik auch nach übereinstimmender Ansicht der Verfahrensbeteiligten der der Rechtssache C-21/88 entspricht und die Vorabentscheidungsfrage deshalb durch das Urteil als beantwortet betrachtet werden muß, sind nach den Ausführungen des Vertreters der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 5. Juni 1991 noch einige Bemerkungen zu den Pflichten, die aus einem Urteil des Gerichtshofes folgen, angezeigt.

7. Der Vertreter der Klägerin hat eindringlich dargestellt, daß nach über einem Jahr nach Erlaß des Urteils C-21/88 keinerlei Maßnahmen ergriffen worden seien, um die italienische Rechtslage den gemeinschaftsrechtlichen Forderungen anzupassen. Weder durch gesetzgeberische Maßnahmen noch durch Verwaltungsanweisungen, noch durch das letzte jährliche Gemeinschaftsgesetz sei

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Vergleiche Urteil vom 20. März 1990 in der Rechtssache C-21/88 (Du Pont de Nemours/Unità Sanitaria Locale Nr. 2 von Carrara, Slg. 1990, I-889) Rechtssache C-310/88, Istituto Behring/USSLN und Rechtssache C-311/88, Hoechst Italia/USSL, noch anhängig.

ein Vorstoß unternommen worden, die Konsequenzen aus dem Urteil zu ziehen. Versuche, die Kommission zum Einschreiten im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens zu bewegen, seien erfolglos gewesen.

8. Zunächst ist festzuhalten, daß ein Urteil in einer Vorabentscheidungssache ein Auslegungsurteil ist und nur die am Verfahren Beteiligten sowie die mit der Entscheidung der Rechtssache betrauten Gerichte bindet. Dennoch sind die Mitgliedstaaten gehalten, einen gemeinschaftsrechtswidrigen Zustand in der nationalen Rechtsordnung, der sich aus dem Vorabentscheidungsurteil ableiten läßt, abzustellen. Unterläßt es ein Mitgliedstaat, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, und erhält dadurch die vertragswidrige Gesetzeslage aufrecht, begeht er eine Vertragsverletzung, die zu verfolgen in erster Linie die Kommission berufen ist.

9. Die Kommission hat deshalb in der Praxis als Reaktion auf Vorabentscheidungsurteile des Gerichtshofes Vertragsverletzungsverfahren gegen den jeweils betroffenen Mitgliedstaat eingeleitet. Beispiele für ein solches Vorgehen sind ein Vertragsverletzungsverfahren[2] gegen die Bundesrepublik Deutschland in bezug auf die „Butterfahrten"[3] oder ein Vertragsverletzungsverfahren[4] gegen das Königreich Belgien wegen der Erhebung von als „minerval" bezeichneten Studiengebühren[5].

2 — Urteil vom 14. Februar 1984 in der Rechtssache 325/82 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1984, 777).

3 — Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80 (Rewe/Hauptzollamt Kiel, Slg. 1981, 1805) und Urteil vom 14. Februar 1982 in der Rechtssache 278/82 (Rewe/Hauptzollämter Flensburg, Itzehoe und Lübeck-West, Slg. 1984, 721).

4 — Urteil vom 2. Februar 1988 in der Rechtssache 293/85 (Kommission/Belgien, Slg. 1988, 305).

5 — Urteil vom 13. Februar 1985 in der Rechtssache 293/83 (Gravier/Stadt Lüttich, Slg. 1985, 593) und Urteil vom 13. Juli 1983 in der Rechtssache 152/82 (Forcheri/Belgien, Slg. 1983, 2323).

10. Für den Rechtsschutz des einzelnen ist es zwar nicht unerläßlich, daß die nationale Rechtslage angepaßt wird, da er sich auch ohne solche gesetzgeberischen Akte vor den Gerichten auf das Gemeinschaftsrecht berufen kann. Auf diese Weise kann der einzelne, wie im Ausgangsverfahren, vor dem zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts bereiten Gericht — was im übrigen die Pflicht eines jeden mitgliedstaatlichen Gerichts ist — die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts bewirken.

11. Besonders brisant wird die Situation jedoch dann, wenn — wie laut Vortrag des Vertreters der Klägerin in der mündlichen Verhandlung in der Zeit nach Erlaß des Urteils C-21/88 — mitgliedstaatliche Gerichte die gemeinschaftsrechtswidrige Rechtslage trotz eines anders lautenden Urteils des Gerichtshofes für rechtmäßig halten und das Gemeinschaftsrecht außer Anwendung lassen. Diese Verweigerung des Rechtsschutzes ist eine neue eigenständige Vertragsverletzung.

12. Sowohl zur Klarstellung der Rechtslage als auch zur Verhinderung weiterer Vertragsverstöße bedarf es des Handelns des betroffenen Mitgliedstaates. Bei Untätigkeit kann und soll der Mitgliedstaat durch die Kommission, deren Aufgabe es ist, für die Anwendung des Vertrages Sorge zu tragen (Artikel 155 EWG-Vertrag) im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens an seine gemeinschaftsrechtlichen Pflichten erinnert und zur Anpassung der innerstaatlichen Rechtsordnung angehalten werden.

13. Dabei muß die Kommission aus eigenem Antrieb handeln, da sie von einzelnen

nicht zum Einschreiten gezwungen werden kann. Natürliche oder juristische Personen können mit der Untätigkeitsklage im Sinne des Artikels 175 EWG-Vertrag nur vorgehen, wenn ein Gemeinschaftsorgan es unterlassen hat, einen verbindlichen Rechtsakt *an sie* zu richten (Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag). Einzelne sind in bezug auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens auf formlose Beschwerden und Hinweise beschränkt.

14. Schließlich sei noch einmal zur Verdeutlichung der Rechtslage nachdrücklich darauf hingewiesen, daß Artikel 30 EWG-Vertrag der streitigen Vorbehaltsregelung entgegensteht und diese auch nicht durch Vorschriften der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [6] gerechtfertigt werden kann. Diesen Punkt habe ich schon in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache C-21/88 unter den Randnummern 49 ff. ausgeführt. Im Urteil in der Rechtssache C-21/88 wird ausdrücklich in der Randnummer 17 entschieden, daß Artikel 26 der Richtlinie die Anwendbarkeit des Artikels 30 des EWG-Vertrages nicht aussetzen kann.

15. Artikel 26 der Richtlinie lautet in seiner ursprünglichen Fassung:

„Diese Richtlinie steht der Anwendung der Bestimmungen nicht entgegen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie in Kraft und in dem italienischen Gesetz Nr. 835 vom 6. Oktober 1950 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana Nr. 245 vom 24. 10. 1950) sowie in dessen späteren Fassungen enthalten sind, *unbeschadet der Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem Vertrag.*" [7]

16. Die Vorschrift ist vergleichbar mit einer Richtlinienbestimmung, die in den beiden Rechtssachen zu den Milchersatzstoffen [8] ins Feld geführt wurde, um mit Artikel 30 EWG-Vertrag unvereinbare Rechtsvorschriften zu rechtfertigen. Auch in diesen beiden Urteilen hat der Gerichtshof ausgeführt:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob die fragliche Bestimmung überhaupt Rückwirkung entfaltet, denn sie rechtfertigt die Aufrechterhaltung innerstaatlicher Regelungen jedenfalls nur unter der Voraussetzung, daß die allgemeinen Bestimmungen des EWG-Vertrages eingehalten werden. Wie der Gerichtshof oben ausgeführt hat, verstößt die fragliche Regelung jedoch gegen Artikel 30 EWG-Vertrag und erfüllt deshalb nicht die Voraussetzungen des Artikels 5 der Verordnung Nr. 1898/87." [9]

17. Die später erfolgte Änderung des Artikels 26 der Richtlinie 77/62 [10] ist gleichermaßen ungeeignet, eine Vorbehaltsregelung der bezeichneten Art zu rechtfertigen. Er lautet:

„1) Diese Richtlinie steht bis 31. Dezember 1992 der Anwendung bestehender nationaler Bestimmungen zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge nicht entgegen, die darauf abzielen, den Abstand zwischen den verschiedenen Regionen

6 — Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 (ABl. L 13, S. 1), zuletzt geändert durch Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 (ABl. L 297, S. 1).

7 — Hervorhebung durch den Verfasser.

8 — Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtssache 216/84 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 793) und Urteil vom 11. Mai 1989 in der Rechtssache 76/86 (Kommission/Deutschland, Slg. 1989, 1021).

9 — Vergleiche Rechtssache 216/84, a. a O., Randnr. 22; vergleiche auch Rechtssache 76/86, a. a. O., Randnr. 23.

10 — Durch die Richtlinie des Rates 88/295/EWG vom 22. März 1988 (ABl. L 127, S. 1).

zu verringern und die Schaffung von Arbeitsplätzen in Regionen, die in ihrer Entwicklung zurückgeblieben sind sowie in im Rückgang befindlichen Industriegebieten zu fördern, *sofern die betreffenden Bestimmungen mit dem Vertrag* und den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft *vereinbar sind.*" [11]

18. Insbesondere vermag die modifizierte Fassung nicht — wie in der mündlichen Verhandlung angeklungen —, das Untätigbleiben der Kommission in bezug auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens zu entschuldigen. Die Befristung der Ausnahmen nach Artikel 26 bis zum 31. Dezember 1992 kann die Unvereinbarkeit des Präferenzsystems mit dem Vertrag nicht ausräumen.

Kosten

19. Das Vorabentscheidungsverfahren hat den Charakter eines Zwischenstreits. Es ist deshalb Sache des vorlegenden Gerichts, über die Kosten der Parteien des Ausgangsverfahrens zu entscheiden. Die Auslagen der italienischen Regierung und der Kommission sind nicht erstattungsfähig.

20. Zur Beantwortung der Fragen nach der Qualifizierung der Vorbehaltsregelung nach Gemeinschaftsrecht schlage ich, unter Hinweis darauf, daß die Prüfung der Vereinbarkeit einer nationalen Gesetzesvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht nicht Sache des Gerichtshofes im Vorabentscheidungsverfahren ist, folgende Entscheidung vor, deren Formulierung ich dem Urteil in der Rechtssache C-21/88 entnehme:

1) Artikel 30 EWG-Vertrag steht einer nationalen Regelung entgegen, die den in bestimmten Teilen des Staatsgebiets ansässigen Betrieben einen prozentualen Anteil an öffentlichen Lieferaufträgen vorbehält.

2) Die Qualifikation einer nationalen Regelung als Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EWG-Vertrag würde nicht bewirken, daß diese Regelung vom Verbot des Artikels 30 EWG-Vertrag ausgenommen wäre.

11 — Hervorhebungen durch den Verfasser.