



HAL
open science

Der Schutz der Grundfreiheiten durch das Verfahren des référé-liberté

Olivier Le Bot

► **To cite this version:**

Olivier Le Bot. Der Schutz der Grundfreiheiten durch das Verfahren des référé-liberté. Law. Aix
Marseille Université, 2006. German. NNT : . tel-04270893

HAL Id: tel-04270893

<https://hal.science/tel-04270893>

Submitted on 5 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*Der Schutz der Grundfreiheiten durch das
Verfahren des référé-liberté*

Olivier LE BOT

PhD

Aix-Marseille university

**WARNING : Diese Version ist eine
automatische Übersetzung der 2006 an der
Universität Aix-Marseille vorgelegten
Dissertation ins Deutsche**

Abkürzungsverzeichnis

AEAP	Europäisches Jahrbuch für öffentliche Verwaltung
AJFP	Rechtsaktualität - öffentlicher Dienst
AIJC	Internationales Jahrbuch für Verfassungsgerichtsbarkeit
Ass.	Versammlung
AJDA	Rechtsaktualität - Verwaltungsrecht
APD	Archiv für Rechtsphilosophie
BJCL	Legal Bulletin of Local Government
BJDCP	Juristisches Bulletin zu öffentlichen Verträgen
BJDU	Juristisches Bulletin zum Städtebaurecht
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Bulletin der Urteile des Kassationsgerichts)
CAA	Verwaltungsberufungsgericht
Ccass	Kassationsgericht
CC	Verfassungsrat
EG	Staatsrat
Chron.	Chronik
Civ.	Zivilkammer des Kassationsgerichts
EUGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
Coll. ter	Gebietskörperschaft - Interkommunale Zusammenarbeit
Kom.	Handelskammer des Kassationsgerichts
Koncl.	Schlussfolgerungen
Kons.	Erwägungsgrund
Urb. Bauen	Bauwesen und Stadtplanung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (Juristische Schriften zur Strom- und Gaswirtschaft)
Com. electr.	com. Kommunikation und elektronischer Geschäftsverkehr
CRDF	Schriftenreihe zur Grundrechtsforschung
D.P.	Dalloz Recueil
Dr. adm.	Verwaltungsrecht
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz periodisch
Dr. Soc.	Sozialrecht
EDCE	Studien und Dokumente des Staatsrats
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13 ^{ème} éd., Dalloz, 2001 (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS)
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12 ^{ème} éd., Dalloz, 2003 (L. FAVOREU, L. PHILIP)

GP	Gazette du Palais
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), allgemeine Ausgabe
JCP A	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition Administrations et collectivités territoriales
Jcl.	Jurisclasseur
JO	Amtsblatt
Lebon T.	Jährliche Tabellen des Recueil <i>Lebon</i>
LPA	Die kleinen Plakate
Ord.	Verordnung
RA	Die Verwaltungszeitschrift
Rec.	Sammlung der Entscheidungen des Verfassungsrats
RDI	Zeitschrift für Immobilienrecht
RDSS	Zeitschrift für Gesundheits- und Sozialrecht
RDP	Zeitschrift für öffentliches Recht und Politikwissenschaft
REDP	Europäische Zeitschrift für öffentliches Recht
RFAP	Revue française d'administration publique (Französische Zeitschrift für öffentliche Verwaltung)
RFDA	Französische Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RFDC	Französische Zeitschrift für Verfassungsrecht
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales (Allgemeine Zeitschrift der Gebietskörperschaften)
RGDM	Allgemeine Zeitschrift für Medizinrecht
ICDR	Internationale Zeitschrift für Rechtsvergleichung
RJDA	Rechtsprechungsübersicht zum Wirtschaftsrecht
RJE	Zeitschrift für Umweltrecht
RRJ	Revue de la recherche juridique - Prospektives Recht
RTDCiv	Vierteljährliche Zeitschrift für Zivilrecht
RTDE	Vierteljährliche Zeitschrift für Europarecht
RTDH	Vierteljährliche Zeitschrift für Menschenrechte
RUDH	Universal Review of Human Rights
S.	Sirey
SC	Kommentierte Inhaltsverzeichnisse
Sect.	Abschnitt
Soc.	Sozialkammer des Kassationsgerichts
TA	Verwaltungsgericht
TC	Konfliktgericht
TGI	Landgericht

Einführung

"In den komplexen Beziehungen
zwischen der Verwaltung und den Bürgern gibt es Raum für Konfliktsituationen. Der Rechtsstaat ist in dieser Hinsicht derjenige,
der
ihre Lösung nicht den Interventionen des Stärkeren oder des Findigeren
überlässt.
Er ist derjenige, der Verfahren einführt, die darauf abzielen, diese Konflikte einer Lösung zuzuführen, die nicht nur den
Erfordernissen der Legalität entspricht, sondern darüber hinaus die Tugenden der Einfachheit, Schnelligkeit und Wirksamkeit
aufweist"¹.

1. "Im Bereich des Schutzes der Grundrechte durch den Verwaltungsrichter wird die Geschichte vielleicht zwei Epochen unterscheiden: die alte und die neue, d. h. vor und nach der Reform der verwaltungsrechtlichen einstweiligen Verfügung (...)"². Die Idee einer historischen Zäsur, die so von Präsident Vandermeeren angesprochen wurde, hat ihren Ursprung in Artikel 6 des Gesetzes vom 30. Juni 2000³, das in das Verwaltungsgerichtsgesetzbuch⁴ eine Bestimmung mit folgendem Wortlaut einführte:

" Artikel L 521-2. Der Richter für einstweilige Verfügungen kann auf einen durch Dringlichkeit gerechtfertigten Antrag hin alle Maßnahmen anordnen, die zum Schutz einer Grundfreiheit erforderlich sind, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine mit der Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung betraute privatrechtliche Einrichtung in Ausübung ihrer Befugnisse in schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Weise verletzt hat. Der Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet innerhalb von achtundvierzig Stunden".

Mit dieser Bestimmung führte der Gesetzgeber ein originelles und völlig neues Verfahren zum Schutz der Grundfreiheiten gegen Handlungen und Umtriebe der öffentlichen Gewalt ein. Dieser Rechtsweg, den wir als *référé-*

1 F. DELPEREE, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections", *AEAP* 1983/VI, S. 255.

2 R. VANDERMEEREN, "La réforme du référé administratif", in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (G. LEBRETON Hrsg.), L'Harmattan, 2002, S. 143.

3 Gesetz Nr. 2000-597 vom 30. Juni 2000 über einstweilige Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten, *JO* 1^{er} Juli 2000, S. 9948. Dieses Gesetz wurde durch das Durchführungsdekret Nr. 2000-1115 vom 22. November 2000, *ABl.* 23. November 2000, S. 18611, ergänzt. Die hohe Anzahl an Kommentaren, die dieser Reform gewidmet sind, zeugt von ihrer extremen Bedeutung. Zu dem Gesetzentwurf siehe M.-C. ROUAULT, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence", *LPA* 3. August 1999, Nr. 153, S. 9-18; O. DUGRIP, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: la réforme des procédures d'urgence", *JCP G* 1999, Act., pp. 2281-2283; S. DEYGAS, "La loi sur les référés administratifs. Une réforme attendue et redoutée", *Procédures* 1999, chron. Nr. 8; F. THIRIEZ, "Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés", *LPA* 21 avril 1999, n° 79, pp. 4-7; J.-M. FEVRIER, "Un projet de loi sur les procédures d'urgence", *Dr. adm.* 1999, comm. Nr. 203; S. DEYGAS, "De nouveaux pouvoirs pour le juge des référés administratifs", *Procédures* 2000, comm. n° 193. *ID.*, "Publication du décret d'application sur les référés administratifs", *Procédures* 2001, chron. Nr. 1. Zum Gesetz selbst siehe M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, S. 963-983; B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, S. 959-962; C. BOITEAU, "Le référé devant les juridictions administratives", *JCP G* 2001, Act. n° 2, pp. 53-55; M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, pp. 398-403; S. DEYGAS, "Publications du décret d'application sur les référés administratifs", *Procédures* 2001, chron. Nr. 1; J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence: le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé?", *Constr. urb.* 2001, chron. Nr. 1; I. MONTEILLET, "La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence", *GP* 2000, 1, S. 1517-1521; R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 706-721; C. MORLOT-DEHAN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *LPA* 4. September 2000, Nr. 176, S. 4-11; X. BRAUD, "Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RJE* 2000, S. 575-594; Y. MARCHAND "Le nouveau référé administratif: un danger pour l'intérêt général", *RGCT* 2000, S. 89-91; C. CLEMENT, "Le juge administratif des référés: un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000", *LPA* 10 août 2000, n° 159, pp. 6-11; P. BOULISSET, "Commentaire de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *Annales des loyers* 2000, pp. 12-27; J.-M. FAVRETT, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000", *Dr. adm.* 2000, chron. no. 11.

4 Das Verwaltungsgerichtsgesetz ersetzt die verstreuten Texte, die vor seiner Verabschiedung das streitige Verwaltungsverfahren regelten, und fasst die allgemeinen Verfahrensregeln, die für die ordentlichen Verwaltungsgerichte gelten, in einem klaren und geordneten Ganzen zusammen. Der Gesetzestext wurde durch die Verordnung Nr. 2000-387 vom 4. Mai 2000 erlassen, der Verordnungsteil durch die Verordnungen Nr. 2000-388 und 389 vom selben Tag. Diese Verordnung wurde durch Artikel 31 des Gesetzes Nr. 2003-591 vom 2. Juli 2003 zur Ermächtigung der Regierung, das Recht zu vereinfachen (*ABl.* 3. Juli 2003, S. 11192) ratifiziert. Für eine Darstellung des neuen Gesetzbuchs siehe R. CHAPUS, "Lecture du code de justice administrative", *RFDA* 2000, S. 929-939, und J. ARRIGHI DE CASANOVA, "Le code de justice administrative", *AJDA* 2000, S. 639-643.

liberté oder *référé-liberté fondamentale* bezeichnet werden⁵, ist seit dem 1^{er} Januar 2001 effektiv in Kraft, da zu diesem Zeitpunkt gleichzeitig die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes und die des Gesetzes vom 30. Juni 2000 in Kraft traten⁶. Nachdem die Gründe und die Etappen seiner Schaffung dargelegt wurden, sollten Überlegungen zum Beitrag, zur Rolle und zu den Merkmalen des Verfahrens nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angestellt werden.

I. Die Gründe für seine Annahme

2. Warum haben wir uns Ende des 20^e Jahrhunderts ein schnelles Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte gegeben? Warum wurde dieses Verfahren und gerade in dieser Zeit geschaffen?
3. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Einführung des *référé-liberté* für den Gesetzgeber keine *Verpflichtung darstellte*. In der Tat gibt es keine Norm mit übergesetzlichem Rang, die den französischen Behörden die Einführung eines Dringlichkeitsverfahrens vorschreibt, das speziell dem Schutz der Freiheitsrechte gewidmet ist. Wie Andriantsimbazovina feststellte, "verlangt kein Text und kein Grundsatz des nationalen Rechts die Einführung eines spezifischen Mittels zum Schutz der durch internationales und europäisches Recht garantierten Grundrechte. Ebenso formulieren im internationalen und europäischen Recht weder die Texte noch die Rechtsprechung der Schutzorgane eine solche Anforderung"⁷. Wenn der Verfassungsrat das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf zu einer Norm von Verfassungswert erhoben hat⁸, hat er keinesfalls die Einführung eines spezifischen Rechtsbehelfs im Falle eines Eingriffs in eine Freiheit vorgeschrieben. Außerdem ist die Möglichkeit, einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht einzulegen, so wie sie in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung konzipiert ist, nicht auf die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten beschränkt, sondern betrifft alle Rechtsnormen, ohne nach ihrer Natur oder ihrem rechtlichen Wert zu unterscheiden. Die Situation bei internationalen und europäischen Rechtsinstrumenten ist in diesem Punkt insofern anders, als das Recht auf einen Rechtsbehelf ausdrücklich für den Fall vorgesehen ist, dass die durch diese Texte geschützten Rechte und Freiheiten verletzt werden. In Anlehnung an Artikel 8 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁹ und Artikel 2.3.a des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte¹⁰ sieht Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention vor, dass "jede Person, deren in dieser Konvention anerkannte Rechte und Freiheiten verletzt worden sind, Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einer innerstaatlichen Instanz hat, selbst wenn die Verletzung durch Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben". Die Schutzorgane des Internationalen Pakts und der Europäischen Konvention erkennen an, dass die Vertragsstaaten einen gewissen Spielraum haben, wie sie ihren Verpflichtungen in dieser Hinsicht nachkommen¹¹. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat insbesondere darauf hingewiesen, dass Artikel 13 der Europäischen Konvention "nicht so weit geht, (...) eine besondere Form des Rechtsbehelfs zu verlangen"¹². Die Organe des Europarats haben in dieser Hinsicht nichts hinzugefügt oder befürwortet. Das Ministerkomitee des Europarats verabschiedete am 13. September

⁵ Siehe *infra*, § 34.

⁶ Zunächst war vorgesehen, dass das Gesetz über einstweilige Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten mit dem Durchführungsdekret "spätestens nach Ablauf einer Frist von sechs Monaten ab seiner Veröffentlichung" in Kraft treten sollte (Artikel 21 des Gesetzentwurfs Nr. 269). Die Verbindung mit dem in Vorbereitung befindlichen Gesetzbuch war nicht in Betracht gezogen worden. Nach der Veröffentlichung der Verordnung über die Verwaltungsgerichtsordnung am 4. Mai 2000 stellte sich die Frage nach der Koordinierung zwischen den beiden Texten. Der Gemischte Paritätische Ausschuss, der am 7. Juni 2000 zusammentrat, beschloss, die Bestimmungen des Gesetzentwurfs in das neue Gesetzbuch zu übernehmen. Dementsprechend kodifizierte sie die Bestimmungen über einstweilige Verfügungen und nahm eine Neummerierung des Verwaltungsgerichtsgesetzes vor. Diese Entscheidung führte logischerweise dazu, dass der Zeitpunkt des Inkrafttretens der beiden Texte, die untrennbar miteinander verbunden sind, zusammenfiel. Artikel 30 des Gesetzes vom 30. Juni 2000 sah daher vor, dass es "am selben Tag wie die Verordnung Nr. 2000-387 vom 4. Mai 2000 über den gesetzlichen Teil der Verwaltungsgerichtsordnung" in Kraft treten sollte, d. h. am 1^{er} Januar 2001.

⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, "L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité"", *RFDA* 2002, S. 133.

⁸ Siehe *infra*, §18.

⁹ "Jeder Mensch hat das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor den zuständigen nationalen Gerichten gegen Handlungen, die seine ihm durch die Verfassung oder das Gesetz zuerkannten Grundrechte verletzen."

¹⁰ "Die Vertragsstaaten dieses Paktes verpflichten sich ... zu gewährleisten, dass jeder Person, deren in diesem Pakt anerkannte Rechte und Freiheiten verletzt worden sind, ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung steht, selbst wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in Ausübung ihrer amtlichen Pflichten gehandelt haben".

¹¹ siehe P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Brüssel, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, 161 S.

¹² EGMR, 27. September 1999, *Smith und Grady gegen Vereinigtes Königreich*, *Slg.* 1999-6, §135. Siehe auch A. DRZEMCZEWSKI und C. GIAKOPOPOULOS, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (L. PETITTI Hrsg.), 2^{ème} ed., Economica, 1999, S. 467.

1989 eine EntschlieÙung über den vorläufigen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte. Dieser Text, der im Übrigen nicht bindend ist, formuliert nicht die Forderung, ein Verfahren einzuführen, das speziell dem Schutz der Freiheiten gewidmet ist¹³, wie es beispielsweise in Artikel 25 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention der Fall ist¹⁴. Was schließlich das Gemeinschaftsrecht betrifft, so haben weder die Verträge noch das abgeleitete Recht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, spezielle Dringlichkeitsverfahren zum Schutz der vom Gerichtshof als Grundrechte und -freiheiten eingestufteten Rechte und Freiheiten einzuführen.

Auch das Gemeinschafts- und Europarecht hat keinen *Druck* zur Schaffung eines solchen Verfahrens ausgeübt¹⁵. Da der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Vorhandensein eines Eilverfahrens bei der Analyse der Angemessenheit der Frist¹⁶ nicht berücksichtigt, waren die auf dieser Grundlage¹⁷ ausgesprochenen Verurteilungen keineswegs ein Grund für die Verbesserung dieser Verfahren. Da die klassischen Mechanismen der einstweiligen Verfügung und des Aufschubs der Europäischen Konvention als Mindeststandard entsprechen¹⁸, war in diesem Punkt auch keine Verbesserung durch den Europäischen Gerichtshof erforderlich. Denn, wie Professor Sermet bemerkte, "kann die Konvention keinerlei Auswirkungen haben (...), wenn das Verwaltungsstreitverfahren höhere Verfahrensgarantien bietet"¹⁹. Schließlich hat auch das Gemeinschaftsrecht weder durch seine Texte noch durch seine Rechtsprechung zur Schaffung von *référé-liberté* angeregt.

Der Gesetzgeber hat die Einführung dieses Verfahrens also ohne jegliche rein rechtliche Zwänge beschlossen. Der Bericht der Arbeitsgruppe, die die Reform der einstweiligen Verfügungen vorbereitete, enthält nicht den

13 Resolution Nr. R (89) 8 vom 13. September 1989. Der Text der Resolution kann auf der Website des Europarats (www.coe.int) eingesehen werden. Er ist auch im Volltext in dem Werk von M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^{ème} ed., Bruylant, 2000, S. 675-676, abgedruckt.

14 Artikel 25.1 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention besagt: "Jede Person hat das Recht auf *einen einfachen und schnellen Rechtsbehelf* oder einen anderen wirksamen Rechtsbehelf bei den zuständigen Richtern und Gerichten, der sie gegen alle Handlungen schützen soll, durch die ihre durch die Verfassung, das Gesetz oder diese Konvention anerkannten Grundrechte verletzt werden, selbst wenn diese Verletzungen von Personen begangen wurden, die in amtlicher Eigenschaft handeln".

15 Und das, obwohl sie die Entwicklung des streitigen Verwaltungsverfahrens in den 1990er Jahren maßgeblich beeinflusst haben. Was das europäische Recht betrifft, so sind die wichtigsten verfahrensrechtlichen Neuerungen mit der Anwendung von Artikel 6§1 der Konvention und, in geringerem Maße, von Artikel 13 verbunden (siehe insbesondere S. GUINCHARD, "Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire", in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, S. 1135-1211; L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Bruylant, 1996, 450 S.). Das Gemeinschaftsrecht hat auch die Modernisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gefördert, insbesondere im Bereich der Dringlichkeitsverfahren. Die Rechtsmittelrichtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten dazu, Bietern, die sich unrechtmäßig von einem öffentlichen Auftrag ausgeschlossen fühlen, "wirksame und schnelle" Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen (Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 *zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge*, 3^{ème} Erwägungsgrund, *Amtsblatt* L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 1). 33), sind der direkte Ursprung der Schaffung des Verfahrens des vorvertraglichen Referees im französischen Recht. Andererseits trug der Europäische Gerichtshof zur Entwicklung der Eilbefugnisse des Verwaltungsrichters bei, indem er feststellte, dass der innerstaatliche Richter nicht durch sein nationales Recht daran gehindert werden kann, den staatlichen Akt auszusetzen, von dem angenommen wird, dass er mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist (EuGH, 19. Juni 1990, *Factortame*, Rs. C-213/89, *Sfg.* I-1990, S. 2494) und indem er ihm erlaubt, die Aussetzung der Durchführung eines nationalen Rechtsakts zu gewähren, der auf der Grundlage eines Gemeinschaftsrechtsakts erlassen wurde, dessen Gültigkeit angefochten wird (EuGH, 21. Februar 1991, *Zuckerfabrik*, Rs. C 143/88 und C-92/89, *Sfg.* I-1991, S. 415). Vgl. J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruylant, 1995, 527 S.; J. SCHWARZE (Hrsg.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 1996, insbesondere der französische Bericht von J.-F. FLAUSS, S. 81-85; G. MARCOU, "Intégration juridique et logiques nationales", in *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU Hrsg.), L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, S. 11-62; C. DEBOUY, "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", *JCP G* 1992, I, 3616; J.-F. FLAUSS, "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français", *LPA* 9. Januar 1995, Nr. 4, S. 4-16 (1^{ère} Teil), und 16. Januar 1995, Nr. 7, S. 4-17 (2^{nde} Teil); B. LE BAUT-FERRARESE, "Le droit communautaire à la recherche d'un juge administratif français de l'urgence", in *Référé et droit communautaire*, Les cahiers du CRDE n° 1, April 1999, Université Jean Moulin Lyon III, S. 39-72.

16 Die Langsamkeit einer Instanz in der Hauptsache wird auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 bestraft, ungeachtet der Gewährung eines Vorschusses (EGMR, 19. März 2002, *Goubert und Labbe gegen Frankreich*, Nr. 49622/99) oder des Aufschubs der Vollstreckung (EGMR, 16. April 2002, *Onendeno gegen Frankreich*, Nr. 49622/99).

17 Die Langsamkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat Frankreich zahlreiche Verurteilungen durch den Europäischen Gerichtshof wegen Überschreitung der angemessenen Frist für die Urteilsfindung eingebracht. Die erste Verurteilung geht auf das Urteil vom 24. Oktober 1989, *H. gegen Frankreich*, Serie A, Nr. 162, zurück. Siehe J.-M. LEMOYNE DE FORGES, "La lenteur de la justice administrative et les droits de l'homme" (Die Langsamkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Menschenrechte), *Administration* 1990, Nr. 46, S. 120-122.

18 Diese Mechanismen gingen sogar über den Mindeststandard hinaus, der sich aus der Konvention ergibt. Vgl. S. PERDU, *Le déroulement du procès administratif à l'épreuve des droits européens, constitutionnel et judiciaire*, Thèse Pau, 2002, S. 57-72.

19 L. SERMET, L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, Thèse Aix-en-Provence 1994, S. 477.

geringsten Hinweis auf den Einfluss, den bestimmte übergesetzliche Quellen gehabt haben könnten. Diese spielten bei der Schaffung des *référé-liberté* keine direkte Rolle²⁰. Die Gründe für die Einführung dieses Verfahrens sind nicht strikt oder gar hauptsächlich juristischer Natur.

4. Der Staatsrat und der Gesetzgeber wollten diese Reform in erster Linie, um dem *Bedürfnis der Bürger* nach Rechtsschutz in Fällen, in denen die öffentliche Gewalt die Freiheitsrechte ernsthaft beeinträchtigt, Rechnung zu tragen. Dieser Bedarf bestand schon sehr lange, aber es gab keine Lösung dafür. Dass dieses Verfahren erst im Jahr 2000 und nicht schon früher eingeführt wurde, ist darauf zurückzuführen, dass die Voraussetzungen für seine Einführung bis dahin nicht gegeben waren. Die Entwicklungen in den 1980er und 1990er Jahren machten die Einführung eines Eilverfahrens zum Schutz der Freiheitsrechte sowohl *möglich* als auch *dringlicher*. Die Schaffung eines solchen Rechtswegs entsprach einem Bedürfnis. ^eAm Ende des 20. Jahrhunderts waren die Voraussetzungen für seine Entstehung gegeben.

A. Ein unbefriedigtes Bedürfnis nach Rechtsschutz

5. Es wird oft behauptet, dass der *référé-liberté* geschaffen wurde, um der Zweckentfremdung von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten über Freiheitsrechte durch die Gerichtsbarkeit ein Ende zu setzen. In Wirklichkeit war dies für die Verfasser der Reform vom 30. Juni 2000 nur ein zweitrangiges Ziel. Der Hauptzweck der Einführung dieses Verfahrens bestand nämlich darin, den von den Bürgern geäußerten Bedürfnissen nach einem dringenden Schutz der Freiheitsrechte gerecht zu werden. Die Erwartungen waren hoch und zeigten sich in der ungewöhnlich hohen Zahl der Fälle, in denen der Richter auf der Grundlage der Rechtsdurchsetzung angerufen wurde. Indem die einstweilige Verfügung in diesem Punkt die Unzulänglichkeiten des streitigen Verwaltungsverfahrens behebt, sollte sie sicherlich auf dieses Phänomen einwirken und dazu beitragen, es zu beenden. Dies war jedoch ein *Effekt*, der durch die Reform hervorgerufen werden sollte, und nicht ihr eigentlicher *Zweck*.

Die Unzulänglichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich des dringenden Schutzes der Freiheitsrechte führten seit über einem Jahrhundert dazu, dass sich die Bürger auf der Grundlage des verfälschten Tatbestands der Rechtsdurchsetzung an die Gerichte wandten. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit war nicht in der Lage, diese Probleme zu lösen, und es bestand ein erheblicher Mangel, der behoben werden musste.

1. Die Ohnmacht der Verwaltungsgerichtsbarkeit

6. Die Rechtsstreitigkeiten im Bereich der Freiheitsrechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie besonders empfindlich auf den Zeitablauf reagieren. Häufig ist die Wirkung einer Handlung oder eines Vorgehens der öffentlichen Hand innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums erschöpft oder die Situation des Klägers dauerhaft und irreversibel beeinträchtigt. Diese Streitigkeiten erfordern daher eine sofortige gerichtliche Reaktion, der der Richter in der Hauptsache offensichtlich nicht gerecht werden kann, so sehr er sich auch bemüht und so sehr er auch will. Nicht nur, dass die Klage vor dem Verwaltungsgericht keine aufschiebende Wirkung hat²¹, sondern auch die Verfahrensregeln für die Untersuchung und Entscheidung von Anträgen machen es

²⁰ Dennoch haben sie eine *indirekte* Rolle gespielt, indem sie die Verbreitung der Ideen vom Vorrang des Rechts, der Wirksamkeit gerichtlicher Sanktionen und der konkreten und effektiven Garantie der Freiheiten gefördert haben. Siehe *unten*, §18.

²¹ Wie Professor Rivero seinem berühmten Huron mitteilte, "wollte die Weisheit des Gesetzgebers dem Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung verleihen; es ist also nicht Sache des Richters, den Arm der Verwaltung im Moment der Ausführung zu stoppen; es ist nachträglich, dass seine gefürchtete Zensur eintritt" (J. RIVERO, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962, chron., S. 37). Um der Verwaltung die für ihr Handeln unerlässliche Rechtssicherheit zu geben, gesteht der Richter ihr ein grundlegendes Privileg zu: das Vorrechtsprivileg, das die Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidungen vermuten lässt. Abgesehen von einigen Sonderfällen führt die Anrufung des Richters nicht dazu, dass die Wirkung der angefochtenen Entscheidung ausgesetzt wird. Trotz der Einlegung eines Rechtsmittels hat diese weiterhin Auswirkungen auf die Situation des Bürgers. Diese Regel kann dann in bestimmten Fällen "redoutable pour les administrés" (R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969, S. 91) und "le priver de ses droits essentiels si la décision contestée produit tous ses effets avant d'être annulée" (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, S. 14) werden.

unmöglich, dass ein Gericht in der Hauptsache innerhalb von weniger als einem Jahr tätig wird²². Trotz des historischen Werks des Staatsrats, die Verwaltung zur Einhaltung des Rechts zu verpflichten²³ und trotz seiner Entschlossenheit, Entscheidungen zu zensieren, die die Freiheiten unrechtmäßig beeinträchtigen²⁴, erweist sich das Eingreifen des Richters in der Hauptsache in diesem Bereich fast immer als verspätet und damit als unwirksam²⁵. Die Langsamkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst, die vielfach analysiert und angeprangert wurde²⁶, ist in diesen Situationen nicht schuld. Denn selbst wenn die Entscheidungen schneller getroffen würden, wäre ein sofortiges gerichtliches Eingreifen in Fällen, in denen die Freiheitsrechte ernsthaft verletzt werden, weiterhin notwendig. Selbst wenn der Richter innerhalb einer angemessenen Frist entscheiden könnte, wäre diese in solchen Situationen immer noch zu lang. Die Notwendigkeit eines Eingreifens wird hier in Tagen und nicht in Jahren oder gar Monaten gemessen. Wenn eine Freiheit ernsthaft verletzt wird, "muss die Verwaltungsgerichtsbarkeit wie ein Rettungsdienst in der Lage sein, einzugreifen (...)"²⁷. In einem solchen Fall muss der Richter über Notfallverfahren verfügen, die es ihm ermöglichen, den Bürgern sehr schnell zu Hilfe zu eilen.

22 Es gibt jedoch Fälle, in denen der Verwaltungsrichter sehr schnell tätig wurde, wenn Freiheiten auf dem Spiel standen, die jedoch die Ausnahme blieben. So prüfte der Staatsrat während des Wahlkampfs für die Parlamentswahlen 1993 innerhalb von zwei Tagen die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung des Conseil supérieur de l'audiovisuel, die einer politischen Gruppierung die Ausstrahlung einer Fernsehbotschaft untersagte (CE, Sect., 26. März 1993, *Parti des travailleurs*, *Lebon* S. 87; siehe auch für eine Intervention innerhalb von 48 Stunden in Wahlrechtsstreitigkeiten: CE, 28. Mai 1979, *Ministre de l'Intérieur c/ R.U.C.*, *Lebon* S. 243). Im Urteil *Galdéano* entschied der Rat am 26. September 1984 nach kontradiktorischer Beweisaufnahme und Austausch von Schriftsätzen durch die Parteien über den Antrag eines spanischen Staatsbürgers gegen ein Dekret vom 23. August 1984, mit dem seine Auslieferung an die spanischen Behörden bewilligt wurde (CE, Ass., 26. September 1984, *Galdéano*, *Lebon* S. 308). Präsident Genevois erklärte in Bezug auf die *Galdéano-Entscheidung*, dass "On a ici un bon exemple de ce que pourrait être une procédure de "référé-liberté" en matière de libertés publiques" (B. GENEVOIS, Beitrag zur Debatte, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Kolloquium vom 21. und 22. Januar 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, S. 451).

23 Wie Prosper Weil betonte, "hat der Verwaltungsrichter seine Handlungsfreiheit gegenüber dem Zivilrecht genutzt, nicht um das Individuum zugunsten des Verwaltungshandelns zu zügeln, sondern um dieses letztere zu begrenzen und zu kontrollieren, um den Bürger vor der Macht zu schützen" (P. WEIL, "Les techniques de protection des libertés publiques en droit français", in *Mélanges Marcel Bridel*, Imprimeries réunies S.A., 1968, S. 622). Mit kalkulierten Kühnheiten und maßvollen Fortschritten gelang es dem Staatsrat, die Unterwerfung der Verwaltung unter das Recht zu gewährleisten und ihr die Achtung der Freiheiten entgegenzusetzen.

24 Ihre Geschichte ist geprägt von großen Urteilen, in denen der Verwaltungsrichter die Grundsätze zum Schutz der Freiheitsrechte aufstellte und Verwaltungsakte, die gegen diese Grundsätze verstoßen, für nichtig erklärte. Die berühmte *Benjamin-Entscheidung* ist zweifelsobne eines der emblematischsten Beispiele für diese Rechtsprechung. Darin stellt der Rat die Anforderung auf, dass der Eingriff in die Freiheiten im Hinblick auf das verfolgte Ziel der Wahrung der öffentlichen Ordnung so gering wie möglich sein muss. In dem Fall ging es um eine Entscheidung, mit der der Bürgermeister von Nevers René Benjamin untersagt hatte, einen Vortrag in seiner Gemeinde zu halten. Die kontroversen politischen Ansichten des Redners hatten die Gemeindeexekutive, die von den angekündigten Demonstrationen, die der Vortrag auslösen würde, erschreckt war, dazu veranlasst, die Abhaltung des Vortrags zu verbieten. Diese Entscheidung wurde aufgehoben, da sie einen übermäßigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit darstellte. Für den Rat stellte die vom Bürgermeister von Nevers behauptete Möglichkeit von Unruhen "keinen derartigen Schweregrad dar, dass er, ohne die Konferenz zu verbieten, die Ordnung nicht hätte aufrechterhalten können, indem er die polizeilichen Maßnahmen, die er zu ergreifen hatte, erlassen hätte" (CE, 19. Mai 1933, *Benjamin*, *Lebon* S. 541, *G.A.J.A.* Nr. 49).

25 In der oben genannten Rechtssache *Benjamin* erreichte der Beschwerdeführer zwar die Aufhebung der Entscheidung, mit der ihm der Bürgermeister von Nevers rechtswidrig untersagt hatte, in seiner Gemeinde einen Vortrag zu halten. Allerdings erhielt er diese positive Entscheidung erst am 19. Mai 1933, obwohl der geplante Vortrag bereits am 11. März 1930, also drei Jahre zuvor, hätte stattfinden sollen. Zu der moralischen und rein platonischen Genugtuung, die der verhinderte Redner empfinden musste, kam lediglich eine finanzielle Wiedergutmachung hinzu, die ihm durch ein Urteil des Staatsrats vom 3. April 1936 gewährt wurde (CE, Sect., 3. April 1936, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin*, *Lebon* S. 453). Die Verletzung der Versammlungsfreiheit wurde geahndet und der Schaden ersetzt, aber die Freiheit wurde nicht ausgeübt.

26 Das Phänomen ist so alt, dass es sich fast mit der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit vermischt. Anfang des letzten Jahrhunderts prangerte Gaston Jèze ihre unerträgliche "lokomotorische Ataxie" an (G. JEZE, note sous CE, 2 juin 1911, *De Pressensé*, RDP 1911, S. 695). Aufgrund dieser Langsamkeit des Verwaltungsprozesses "kommt die streitige Sanktionierung der Willkür zu spät, um wirksam zu sein" (C. GABOLDE, "Les nouveaux pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis à exécution", *D.* 1953, chron., S. 189). "Le recours devient une sorte de baroud d'honneur, l'annulation une sanction de principe et le métier de juge un aveu d'impuissance" (O. VALLET, "La fin du droit public?", *R.A.* 1992, Nr. 265, S. 6). Die Autoren haben diese Langsamkeit immer wieder angeprangert. Siehe insbesondere G. LIET-VEAUX, "La justice administrative au ralenti", *D.* 1948, chron., S. 133-136; J. RIVERO, "Sur la réforme du contentieux administratif", *D.* 1951, chron., S. 163-168, spé S. 163; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, Thèse Paris II, 1981, S. 135-155; M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, Thèse Paris II, 1975, S. 135-155; M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, Thèse Paris II, 1975, S. 135-155; G. BRAIBANT, "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir", *EDCE* 1961, S. 53-65; J. GEORGEL, "Le juge et la montre", *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, S. 115-124; D. LOCHAK, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs* n° 46, 1988, S. 53.

27 D. CHABANOL, *Le juge administratif*, LGDJ, Coll. Systèmes, 1993, S. 74-75.

7. In diesem Punkt war die Situation des streitigen Verwaltungsverfahrens jedoch besonders unbefriedigend, da der Verwaltungsrichter weder über das geeignete Verfahren für ein schnelles Eingreifen noch über die Befugnisse verfügte, um energisch auf eine Verletzung zu reagieren. Da es keinen spezifischen Mechanismus für den dringenden Schutz der Freiheiten durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gab, musste dieser mithilfe der klassischen Mechanismen der Aussetzung der Vollstreckung und der einstweiligen Verfügung erfolgen. Diese beiden Verfahren, die die "Achillesferse der Verwaltungsgerichtsbarkeit" darstellten²⁸, waren nicht geeignet, ein zufriedenstellendes Ergebnis für den Bürger zu erzielen, der Opfer eines Eingriffs in seine Freiheiten wurde.

Erstens gab die Aussetzung dem Richter die Befugnis, die Vollstreckung einer Entscheidung, gegen die ein Rechtsbehelf in der Hauptsache eingelegt worden war, auszusetzen, bis der Richter in der Hauptsache über diesen Rechtsbehelf entschieden hatte. So wie dieses Verfahren vom Gesetzgeber konzipiert und vom Richter angewandt wurde, war es mit einer dreifachen Einschränkung behaftet. Erstens konnte der Antrag auf Aussetzung nur gegen eine vollstreckbare Verwaltungsentscheidung gestellt werden, was Anträge gegen negative Entscheidungen²⁹ und materielle Handlungen der Verwaltung von seinem Anwendungsbereich ausschloss³⁰. Zweitens legte der Richter die beiden Bedingungen für die Gewährung eines Aufschubs restriktiv aus, wodurch die Möglichkeiten für die Anwendung dieses Verfahrens extrem eingeschränkt wurden. Nach der Formulierung von Präsident Gazier war der Aufschub nichts anderes als eine "Begnädigung"³¹. Der Begriff "ernsthafter Grund, der die Nichtigerklärung der angefochtenen Handlung rechtfertigen kann" wurde mit dem Begriff "begründeter Grund" gleichgesetzt, was dazu führte, dass der Aufschub nur dann ausgesprochen wurde, wenn die Nichtigerklärung sicher schien und nach einer eingehenden Prüfung des Antrags. Der Begriff des schwer wiedergutzumachenden Schadens wurde mit dem Begriff der Folgen gleichgesetzt, die faktisch schwer umkehrbar und nicht monetär ausgleichbar sind. Wie Frau Lochak feststellte, "sind weder die Entlassung eines öffentlichen Bediensteten, der ohne Existenzmittel dasteht, noch das Verbot einer Versammlung, deren Absage mehrere Jahre später kein Interesse mehr haben wird, in den Augen des Staatsrats geeignet, "schwer wiedergutzumachende Folgen" zu verursachen, die einen Aussetzungsbeschluss rechtfertigen"³². Drittens fehlte es den Verfahrensregeln im Vergleich zum Verfahren nach dem bürgerlichen Recht an Besonderheit. So konnte der Aufschub nur von einem Kollegialorgan nach einer schriftlichen Beweisaufnahme und einer Anhörung unter normalen Bedingungen gewährt werden, was die durchschnittliche Dauer der Instanzen auf sechs Monate verlängerte. "Wenn es wirklich dringend ist, ist der Schaden längst angerichtet. Und wenn die Entscheidung in der Zwischenzeit bereits ihre volle Wirkung entfaltet hat, gibt es keinen Grund mehr, den Aufschub auszusprechen, was natürlich einen starken Anreiz für die Verwaltung darstellt, eine Politik der vollendeten Tatsachen zu betreiben, indem sie die Vollstreckung ihrer Entscheidungen, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt wurde, schnell fortsetzt"³³. In Anbetracht dieser dreifachen Unzulänglichkeit war der Aufschub nicht in der Lage, einen wirksamen Schutz der Freiheiten gegenüber der Verwaltung zu ermöglichen. Wie Frau Joliot feststellte, "erweist sich der Aufschub, sei es durch die Seltenheit seiner Anwendung oder durch die Unwirksamkeit, die seine Umsetzung kennzeichnen kann, als vollkommen ungeeignet für einen wirklichen Schutz der Rechte und Freiheiten der Bürger"³⁴.

Die einstweilige Verfügung ermöglichte es einem Einzelrichter, in einem vereinfachten Verfahren Sicherungs-

28 P. DELVOLLE, *Le droit administratif*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002, S. 127.

29 CE, Ass., 23. Januar 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros, Lebon* S. 51, RDP 1970, S. 1036-1042, Anmerkung M. WALINE.

30 Siehe zum Beispiel, indem der Antrag auf Aussetzung der Ausführung von Bauarbeiten für unzulässig erklärt wurde: CE, 1^{er} März 1972, *Sieur Lorenzi c/ SCI Saint-François, Lebon* T. S. 1192.

31 Zitiert von O. DUGRIP, "Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme", *RFDA* 2002, S. 246.

32 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1998, S. 107.

33 D. LOCHAK, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs* Nr. 46, 1988, S. 53.

34 M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, These Paris II, 1975, S. 151.

Auf nicht anekdotische Weise hatte der Staatsrat es abgelehnt, in der Aussetzung der Vollstreckung eine "Garantie für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten" im Sinne von Artikel 34 der Verfassung zu sehen. Er urteilte, dass die Bestimmungen, die den Vollstreckungsaufschub regeln, "weder die Regeln über die grundlegenden Garantien, die den Bürgern für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten gewährt werden, noch irgendeine der Regeln und Grundprinzipien, die gemäß Artikel 34 der Verfassung in den Bereich des Gesetzes fallen, berühren" (CE, 8. Oktober 1971, *SA Librairie François Maspéro, Lebon* S. 589). In seinen - gegenteiligen - Schlussfolgerungen zu diesem Urteil erklärte Regierungskommissar Vught, dass "es wohl kein besseres Beispiel für diese Garantien gibt, die den Bürgern für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten gewährt werden, als die Befugnis des Richters für Machtüberschreitung, anzuordnen, dass die Ausführung der ihm vorgelegten Entscheidungen aufgeschoben wird. Unabhängig von den Auswirkungen einer Nichtigkeitsentscheidung, die auf eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse ergeht, und unabhängig davon, wie wichtig die präventive oder normative Wirkung Ihrer Rechtsprechung in der Praxis ist, kann in diesem Punkt und für die laufende Ausübung der öffentlichen Freiheiten nichts die Aussetzung der Vollstreckung ersetzen. (...). Damit diese Freiheiten in bestimmten Fällen einen tatsächlichen Inhalt haben, reicht es nicht aus, eine eventuelle Aufhebung erreichen zu können. Es ist auch erforderlich, dass der Richter, wenn die vom Gesetz aufgestellten Bedingungen erfüllt sind, das Verwaltungshandeln sofort lahmlegen kann" (unveröffentlichte Schlussanträge, zitiert in chron. D. LABETOUILLE und P. CABANES *AJDA* 1971, I, S. 647). Unbeeindruckt von dieser Argumentation weigerte sich der Staatsrat, den Aufschub als ein Instrument zum Schutz der Freiheitsrechte zu betrachten.

und einstweilige Maßnahmen zu erlassen³⁵. Artikel R. 130 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel ermächtigte den Vorsitzenden des Gerichts oder seinen Beauftragten, in dringenden Fällen "alle zweckdienlichen Maßnahmen" zu ergreifen; dies durfte jedoch weder "der Hauptsache schaden" und vor allem nicht "die Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung behindern". Diese beiden restriktiven Bedingungen begrenzten die Reichweite der Anordnungsbefugnis des Richters für einstweilige Verfügungen, die nur in Bezug auf die Bekanntgabe von Verwaltungsentscheidungen oder die Räumung von Personen, die ohne Titel öffentlichen Grund besetzt haben, nennenswerte Anwendungen fand. Seine dürftigen Befugnisse erlaubten es ihm weder, die Ausführung einer Entscheidung der Verwaltung auszusetzen, noch "ihr in Ausnahmesituationen, in denen ihr Handeln die Grundfreiheiten der Bürger ernsthaft beeinträchtigt, Anordnungen zu erteilen".³⁶

8. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit war somit nicht in der Lage, schnell auf ein Verhalten der öffentlichen Hand zu reagieren, das mit einer eklatanten Unregelmäßigkeit behaftet war und die Freiheitsrechte ernsthaft beeinträchtigte. Die Mängel bei der Aussetzung der Vollstreckung und der einstweiligen Verfügung beeinträchtigten die praktische Wirksamkeit dieser Verfahren unwiderruflich und verurteilten den Verwaltungsrichter zur Hilflosigkeit in Fällen, in denen die Freiheitsrechte ernsthaft verletzt wurden. Um die chronische Unzulänglichkeit des Verwaltungsrichters im Bereich der Dringlichkeitsverfahren zu beheben, führte der Gesetzgeber daher ab 1976 zahlreiche punktuelle und nebeneinander liegende Einzelrichterverfahren ein, die vom allgemeinen Recht des Aufschubs abwichen, um dessen Verhängung zu erleichtern und zu beschleunigen. Zwei dieser Verfahren hätten als Instrumente für einen schnellen und wirksamen Schutz der Freiheiten dienen können: zum einen das "Déféré-liberté", dessen eigentlicher Zweck dies war³⁷, zum anderen das Verfahren zur vorläufigen Aussetzung, das zwar nicht allein dieses Ziel verfolgte, aber dennoch dazu beitragen konnte³⁸. Diese Bestimmungen konnten als Grundlage für ein extrem schnelles Eingreifen des Verwaltungsrichters dienen³⁹. Dennoch wiesen sie Merkmale auf, die die Möglichkeit, mit

35 Siehe P.-L. FRIER, "Un inconnu: le vrai référé administratif", *AJDA* 1980, S. 67-76.

36 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3737.

37 Artikel 3 des Gesetzes vom 2. März 1982 ermöglichte es dem Präfekten, die Aussetzung der Ausführung von Handlungen der Gebietskörperschaften zu beantragen, "die die Ausübung einer öffentlichen oder individuellen Freiheit gefährden können", wobei der Präsident des Verwaltungsgerichts oder sein Beauftragter innerhalb von 48 Stunden entscheiden muss. Um dieses Verfahren zu bezeichnen, sprach die Lehre üblicherweise von "beschleunigtem Aufschub", "Hochgeschwindigkeitsaufschub" oder "Aufschub von achtundvierzig Stunden" und betonte damit die Natur dieses Verfahrens und die Schnelligkeit des Eingreifens des Richters (zu den verschiedenen Bezeichnungen siehe R. ETIEN, "Le sursis de quarante-huit heures", *RDP* 1988, S. 743-761, spé S. 747). Da das Gesetz vom 30. Juni 2000 das System des Vollstreckungsaufschubs abgeschafft hat, indem es die Trennwand, die es bis dahin von der einstweiligen Verfügung trennte, niedergerissen hat, können diese Ausdrücke nicht mehr verwendet werden, da sie sich auf eine Natur beziehen, die das Verfahren nicht mehr aufweist. Sie sollten daher durch den Ausdruck "deferred-liberty" ersetzt werden, der den Inhaber des Rechtsbehelfs und den Gegenstand des Verfahrens hervorhebt. Dieser Ausdruck wurde während der parlamentarischen Arbeiten und nach der Verabschiedung des Gesetzes vom 30. Juni 2000 verwendet. Siehe insbesondere S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, S. 865; D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque du 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, S. 24; J.-M. MAILLOT, note sous TA Montpellier, ord. 25 avril 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, *LPA* 5 avril 2004, n° 68, pp. 3-5.

38 Dieses Verfahren wurde durch das Gesetz vom 8. Februar 1995 eingeführt und sollte laut Gohin "die Bürger vor der Versuchung schützen, die die öffentliche Gewalt haben kann, ihre Vorrechte auszunutzen: die nicht aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs und damit die Vollstreckbarkeit der Verwaltungsentscheidung insbesondere gegen die Grundfreiheiten" (O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} ed., Litec, coll. Manuels, 2002, S. 311). Dieses in Artikel L. 10 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel kodifizierte Verfahren der "Vorauschiebung" ermöglichte es dem Präsidenten des Verwaltungsgerichts, wenn eine Verwaltungsentscheidung Gegenstand eines Antrags auf Aussetzung war, per Beschluss die vorläufige Aussetzung der Vollstreckung dieser Entscheidung zu verfügen. Das Gesetz verlangte, dass der Antrag einen ernsthaften Grund enthielt und dass die Vollstreckung der Entscheidung "irreversible Folgen" nach sich ziehen könnte. Die Aussetzungsanordnung war wirksam, bis das Gericht über die Aussetzung entschieden hatte oder spätestens bis zum Ablauf einer Frist von drei Monaten. Zu diesem Verfahren siehe N. NGUYEN, "L'article L. 10 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel: redondance ou nouveauté par rapport au sursis à exécution?", *Procédures* 1996, chron. Nr. 3; J.-P. MARTIN, "La suspension provisoire: premières réflexions sur un presque rien", *Dr. adm.* 1996, chron. Nr. 8; J. GOURDOU, "La nouvelle procédure de suspension provisoire des actes susceptibles de sursis à exécution. Premières applications de l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel" (Erste Anwendungen von Artikel L. 10 des Gesetzbuchs der Verwaltungsgerichte und der Berufungsgerichte), *RFDA* 1996, S. 991-1011.

39 Das Verfahren des Déféré-liberté, das eine sehr schnelle Entscheidung ermöglicht, hat sich in den seltenen Fällen, in denen Präfekten den Verwaltungsrichter mit solchen Anträgen befasst haben, als wirksam erwiesen (siehe unten, §§ 270 und 535). Das Verfahren der Aussetzung der Vollstreckung vor der Vollstreckung wurde in einigen Fällen aufgrund des schnellen Eingreifens des Richters angewandt. So hatte der Präsident des Verwaltungsgerichts Marseille in einem Fall, in dem es um die Umkehrung des Fußballspiels Olympique de Marseille - Lille Olympique Sporting Club ging, auf einen Antrag hin, der an einem Samstag um 11 Uhr gestellt wurde, ein Spiel ausgesetzt, das am selben Nachmittag stattfinden sollte (TA Marseille, ord. 18. Januar 1997, *RFDA* 1998, S. 759-766, Anmerkung J.-P. NEGRIN; *LPA* 13. August 1997, Nr. 97, Anmerkung J.-P. BARALLE: vorläufige Aussetzung der Entscheidung, mit der die zentrale Kommission für den französischen Pokal das Datum und den Ort der Sportbegegnung festgelegt hatte). Im Bereich der Freiheitsrechte hat sie hingegen keine

ihrer Hilfe einen zufriedenstellenden Schutz der Freiheitsrechte zu gewährleisten, erheblich einschränken. Nicht nur, dass zwei Mängel des Vollstreckungsaufschubs - das Verbot, Anordnungen zu erlassen, und die Unmöglichkeit, das bloße Verhalten der Verwaltung anzufechten - auf diese Verfahren übertragbar waren. Darüber hinaus stand die *Déféré-liberté* Privatpersonen nicht offen und konnte vom Präfekten nur gegen Handlungen der lokalen Gebietskörperschaften ausgeübt werden, mit Ausnahme von Entscheidungen, die von staatlichen Organen getroffen wurden.⁴⁰

9. Da der Verwaltungsrichter nur über ein begrenztes Instrumentarium verfügte, um sich gegen Akte und Handlungen der öffentlichen Gewalt zu wehren, die die Freiheitsrechte ernsthaft verletzen, war er nicht in der Lage, den Bürgern den schnellen und wirksamen Schutz zu bieten, den sie sich wünschten. Unter diesen Umständen, so Professor Mathiot, "ist man fast darauf reduziert, sich zu wünschen, dass man von Seiten der Verwaltungsbehörde eine dieser schweren Beeinträchtigungen des Eigentums oder der öffentlichen Freiheiten erleidet (...)", was die Zuständigkeit des Gerichts auf der Grundlage der Rechtsdurchsetzung begründete⁴¹. Der Grundsatz der Trennung von Verwaltung und Justiz, der es dem Richter untersagt, in einen Rechtsstreit einzugreifen, der die öffentliche Gewalt betrifft, wird durch den Tatbestand der Rechtsbeugung unterlaufen. In Ausnahmefällen können Zivilgerichte über Handlungen der Verwaltung entscheiden und ihr Anordnungen erteilen, um die Verletzung einer Grundfreiheit oder des Eigentumsrechts zu verhindern oder zu beenden⁴². Benoît stellte fest: "In diesem Fall ist es nicht zweifelhaft, dass die Inanspruchnahme des Gerichts für Privatpersonen größere Vorteile bietet als die Inanspruchnahme des Verwaltungsgerichts"⁴³. Daher warteten die Bürger nicht, bis sie tatsächlich von solchen Beeinträchtigungen betroffen waren, sondern wandten sich auf der Grundlage der Rechtsdurchsetzung an die Zivilgerichte. Da der Verwaltungsrichter nicht in der Lage war, einen schnellen und wirksamen Schutz ihrer Freiheiten zu gewährleisten, wandten sich immer mehr Opfer von Missbrauch der öffentlichen Gewalt an den Zivilrichter für einstweilige Verfügungen auf der fehlgeleiteten Grundlage der Rechtsdurchsetzung⁴⁴. Die Flucht von Verwaltungsstreitigkeiten vor den Gerichten erschien als Folge der Ohnmacht des Verwaltungsrichters und als Zeichen dafür, dass seine Verfahren in diesem Bereich mangelhaft waren.

2. Die Attraktivität der gerichtlichen einstweiligen Verfügung

10. Für Bürger, die auf der Suche nach einer schnellen und effizienten Justiz sind, war die zivilrechtliche einstweilige Verfügung zweifellos attraktiv. Seit langem ermöglichen weitreichende Vorrechte und ein auf Dringlichkeit ausgerichtetes Verfahren dem Richter, wirksam einzugreifen, um die Interessen des Klägers zu schützen. In den Worten von M. Lacabarats verkörpert die zivilrechtliche einstweilige Verfügung "für die Parteien wie für den Richter das Ideal einer schnellen, effizienten Justiz, die von ihrem Formalismus und der Komplexität ihrer Mechanismen befreit ist"⁴⁵. Vor allem im Falle von Zwangsvollstreckungen verfügt er über die weitreichendsten Befugnisse gegenüber der Verwaltung. Unter diesen Umständen stand die Wirksamkeit des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen im Gegensatz zur Ohnmacht des Verwaltungsrichters in diesem Bereich⁴⁶. Die Verzerrung, die zwischen dem streitigen Verwaltungsverfahren und dem Privatjustizrecht bestand, konnte nicht ohne Einfluss auf das Verhalten der Kläger bleiben. Im Falle eines administrativen Eingriffs in die Freiheitsrechte "führte die Schnelligkeit, mit der der Richter für

nennenswerte Anwendung gefunden.

40 Tatsächlich war die *Déféré-liberté* ein sehr selten genutztes Verfahren, da es im Durchschnitt etwa zehn Anträge pro Jahr für alle Verwaltungsgerichte gab (siehe R. ETIEN, a. a. O., S. 760).

41 A. MATHIOT, Note sous CE, 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, S. 1951, 3, S. 6.

42 Siehe *infra*, §§ 324-325.

43 F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, S. 432.

44 Der Konflikttrichter hat der Justizbehörde schon sehr früh das Recht zuerkannt, einen Rechtsbruch durch eine einstweilige Verfügung zu verhindern (TC, 28. Januar 1899, *Maire de Périgueux*, zitiert von M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} ed., Larose, 1901, S. 253).

45 A. LACABARATS, "Le référé", in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, S. 214. Absatz 1^{er} von Artikel 485 der neuen Zivilprozessordnung sieht vor, dass der Antragsteller seinen Gegner zum Erscheinen "bei einer zu diesem Zweck an den üblichen Tagen und zu den üblichen Uhrzeiten der einstweiligen Verfügungen abgehaltenen Verhandlung" auffordert. Wenn der Antrag so dringend ist, dass er nicht bis zur nächsten Sitzung der einstweiligen Verfügung warten kann, sieht Absatz 2 ein beschleunigtes Verfahren der einstweiligen Verfügung vor, das als "Stunde-zu-Stunde"-Verfahren bezeichnet wird.

46 Siehe F. HAMON und H. MAISL, "L'urgence et la protection des libertés contre l'administration", *D.* 1982, chron. Nr. VII, S. 49-54; J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFD* 1990, S. 734-738, spé S. 737.

zivilrechtliche einstweilige Verfügungen reagieren kann, dazu, dass der Einzelne manchmal eine Art Verfahrensumgehung versuchte (...)"⁴⁷. Verführt von den weitreichenden Befugnissen des zivilen Richters für einstweilige Verfügungen und der Schnelligkeit seines Eingreifens, bemühten sich die nach Effizienz strebenden Kläger, indem sie sich hinter der Theorie des Rechtswegs verschanzten, Verwaltungsstreitigkeiten vom Richter beurteilen zu lassen. Unter Missachtung der Regel der Trennung der Rechtsordnungen haben es sich die Bürger so zur Gewohnheit gemacht, "ihren Rechtsbehelf dort einzulegen, wo das Gesetz sie nicht hingestellt hat"⁴⁸. Mit dem alleinigen Ziel, dass ihre Forderungen schnell entschieden werden, verklagten die Kläger öffentliche Personen auf der Grundlage der Rechtsdurchsetzung, obwohl die Voraussetzungen dafür offensichtlich nicht gegeben waren⁴⁹. "Die Richter für einstweilige Verfügungen wurden dazu gedrängt, in den unterschiedlichsten Bereichen tätig zu werden".⁵⁰

11. Der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen zögerte nicht, auf diese Beschwerden zu hören und sich für zuständig zu erklären, um ihnen nachzukommen, selbst wenn er dabei den üblichen Rahmen der Tätlichkeit sprengte. Er behielt Fälle hinter sich, die eindeutig nicht in seine Zuständigkeit fielen, und taufte gelegentlich Verhaltensweisen als "Tätlichkeiten", die von der Definition des Konfliktgerichts und des Kassationsgerichts selbst relativ weit entfernt waren⁵¹. Auf dieser Grundlage wagten es die Richter, Maßnahmen zu zensieren, die von der Verwaltung in Ausübung ihrer Befugnisse erlassen wurden, wie die Entlassung eines Gemeindeattachés ohne Konsultation des Disziplinarausschusses⁵², eine Versetzung im Interesse des Dienstes, die gegen einen Polizeinspektor ausgesprochen wurde, der gegen seine Pflicht zur Zurückhaltung verstoßen hatte⁵³, die Entscheidung, Bäume zu fällen, die im gesetzlichen Rahmen zur Verhütung von Waldbränden erfolgte⁵⁴, die Maßnahme, mit der die Ausweisung eines ausländischen Staatsbürgers beschlossen wurde⁵⁵ oder die Aussetzung des Telefonabonnements eines Unternehmens, das seine Rechnungen nicht beglichen hatte⁵⁶. Der Richter hat sich auch für zuständig erklärt, wenn eine Grundfreiheit nicht beeinträchtigt wird, und hat beispielsweise akzeptiert, über die Fortsetzung der Arbeiten an der Brücke auf der Île de Ré⁵⁷, den Abstieg eines Fußballvereins in die unterste Liga⁵⁸ oder die Weigerung, einen Jagdschein an seinen Inhaber zurückzugeben, zu entscheiden⁵⁹. Diese missbräuchlich extensive Auffassung des Bereichs der Rechtsdurchsetzung führte dazu, dass der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen "nach und nach in alle dem Verwaltungsrichter vorbehaltenen Bereiche eindrang"⁶⁰. Um den Preis einer übermäßig flexiblen und dehnbaren Auslegung des Bereichs der Rechtsdurchsetzung akzeptierten die Zivilgerichte letztlich, dass sie über jede rechtswidrige Verletzung der Rechte und Freiheiten von Verwaltungsbeamten zu entscheiden hatten.
12. Dennoch erklärten sich die erstinstanzlichen Gerichte fälschlicherweise für zuständig, wie die große Anzahl von Fällen belegt, in denen der positive Zuweisungskonflikt erfolgreich ausgetragen wurde. In der Tat führte die Anrufung des Gerichts dazu, dass die Präfekturbehörde das Konfliktgericht um ein Schiedsverfahren ersuchte, und fast immer wurde der Konfliktbeschluss vom Verteilungsrichter bestätigt, was seitens des Zivilrichters eine verzerrte Auffassung der Rechtsdurchsetzung offenbarte. Seit seinen Ursprüngen wurde der Rechtsweg als Ausnahme betrachtet, die streng auszulegen ist. Das Konfliktgericht hat konsequent darauf

47 H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, S. 344.

48 J.-H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *AJDA* 1999, Sondernummer Puissance publique ou impuissance publique?, S. 58.

49 Wie M. Abraham betonte, ließ sich die missbräuchliche Berufung auf den Rechtsweg durch die Kläger aus einem einfachen Grund erklären: "Indem er sich vorzugsweise (und zu Unrecht) an den Richter für zivilrechtliche einstweilige Verfügungen wendet, bekundet der Kläger kein besonderes Misstrauen gegenüber dem Verwaltungsrichter: Er ist auf der Suche nach dem Richter für die Dringlichkeit und findet ihn nur in der Justiz" (R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, S. 12).

50 J. NORMAND, "Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers", *RTD civ* 1996, S. 238.

51 In diesem Zusammenhang prangerte Professor Chapus die "richterlichen Verirrungen", die "unkoordinierten Entgleisungen" und den "leicht missbräuchlichen Gebrauch, den manche Richter davon machen, die das allzu oft bemühte Konfliktgericht jedoch kaum auf den rechten Weg zurückführen kann" an (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 1087).

52 CA Aix-en-Provence, 1^{er} Dezember 1987, *Piselli*, *AJDA* 1988, S. 550.

53 TC, 4. Juli 1991, *Gaudino*, *Lebon* S. 468, *AJDA* 1991, S. 697, Chron. C. MAUGÛE UND R. SCHWARTZ.

54 TC, 25. Januar 1993, *SCI Oasis*, *Lebon*, S. 389; D. 1994, SC. S. 109, obs. D. MAILLARD DESGREES DU LOU.

55 TC, 20. Juni 1994, *Madaci und Youbi*, *Lebon* S. 603, D. 1995, S. 193, Anm. P. DIDIER; *LPA* 20. Mai 1996, Nr. 61, S. 7-11, Anm. L. GROS.

56 TC, 15. April 1991, Préfet de la région Lorraine, *Lebon*, S. 463.

57 TC, 25. Januar 1988, *Préfet de la Charente-Maritime*, *RFDA* 1990, S. 191, Anmerkung M. LAROQUE.

58 TC, 13. Januar 1992, Association nouvelle des Girondins de Bordeaux, *Lebon*, S. 473.

59 TC, 24. Februar 1992, *Préfet de la Gironde*, *Lebon*, S. 477.

60 J.-Y. PLOUVIN, "Au secours, le juge civil des référés arrive! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4. März 1989, 1, S. 105.

geachtet, dass sich die Richter nicht von den Grenzen befreien können, die ihnen in diesem Bereich auferlegt sind⁶¹. Trotz seiner entschlossenen Rechtsprechung (die sich streng an der klassischen Definition des Begriffs orientierte) gelang es dem Tribunal des conflits jedoch nie wirklich, die missbräuchliche Berufung der Kläger auf den Tatbestand der Rechtsbeugung oder das ungebührliche Eindringen der Justiz in die Verwaltungssphäre zu unterbinden. Das Bedürfnis nach Rechtsschutz war zu groß, als dass diese nachdrücklichen Ordnungsrufe ausreichen würden, um Verhaltensweisen zu ändern, ohne dass die Mängel des streitigen Verwaltungsverfahrens behoben werden. Das Phänomen war schon sehr alt und hatte nie wirklich aufgehört.

3. Ein altes Problem

13. Bereits zu Beginn des 20^e Jahrhunderts wandten sich Einzelpersonen in Verwaltungsstreitigkeiten an die Zivilgerichte, um den Missbrauch der Institutionen der III^e Republik bei ihrem Kampf gegen religiöse Kongregationen zu beenden. In der Entscheidung des Konfliktgerichts von 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, hatte die Verwaltungsbehörde ein privates Gebäude versiegelt, nachdem sie dessen Räumung angeordnet hatte. Die Gesellschaft, die Eigentümerin des Gebäudes war, beantragte beim zivilen Richter für einstweilige Verfügungen, die Aufhebung der Siegel auf der Grundlage von Rechtsbruch anzuordnen. Nach der Erhebung des Konflikts entließ der Verteilungsrichter das Gericht und übertrug die Zuständigkeit für den Streitfall der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da die Verwaltung "im Rahmen ihrer Befugnisse" gehandelt hatte, konnte das Gericht nicht rechtsgültig über diese Handlungen informiert werden⁶². Da die Klägerin dazu verurteilt wurde, sich an die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu wenden, um die Verletzung des Eigentumsrechts zu beenden, sah sie mit dieser Entscheidung jede Hoffnung auf eine schnelle Beendigung der strittigen Situation schwinden. In seinen Schlussanträgen beklagte Regierungskommissar Romieu selbst die unzureichenden Befugnisse des Verwaltungsrichters und die Unangemessenheit seiner Verfahren. Der berühmte Staatsrat erklärte, dass "die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht ausgerüstet ist, um private Rechte sinnvoll zu schützen, die in eklatanter Weise durch den Missbrauch von Vollstreckungshandlungen der öffentlichen Gewalt verletzt würden; sie verfügt in dieser Angelegenheit nicht über lokale Richter ersten Grades; sie verfügt nicht über das Verfahren der einstweiligen Verfügung, und die Langsamkeit ihres Eingreifens kann ihre Wirksamkeit oft illusorisch machen"⁶³. Der Verwaltungsrichter verfügte in der Tat nicht über die Befugnisse, die ihm ein schnelles und wirksames Eingreifen beim Schutz individueller Rechte ermöglichen würden⁶⁴. Hauriou kommentierte diese Entscheidung mit den Worten: "Das Unglück ist nicht, dass es eine Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt oder dass sie für diese Angelegenheiten zuständig ist; das Unglück ist, dass diese Gerichtsbarkeit (...) unzureichend ausgestattet ist und dass es vor allem vor ihr für solche Gelegenheiten kein Verfahren der einstweiligen Verfügung gibt"⁶⁵. Ausgehend von den Missbräuchen der Verwaltung im antiklerikalen Kampf, insbesondere bei der Ausweisung von Kongregationalisten, befürwortete der Lehrer von Toulouse bereits 1903 die "Einführung einer Art einstweiliger Verfügung"⁶⁶: "Es muss einen Richter für einstweilige Verfügungen geben, der innerhalb von 48 Stunden oder zumindest innerhalb von acht Tagen eine Verfügung erlassen kann"⁶⁷. Die Anwendung der einstweiligen Verfügung sollte auf "Fälle von vorübergehender Enteignung

61 Da es keine Rechtsnormen gibt, die sie stützen könnten, konnte die heterodoxe Praxis der Gerichte rechtlich gesehen nicht ernsthaft verteidigt werden, da sie den Trennungsgrundsatz, der eine gesetzliche Grundlage und verfassungsrechtliche Fundamente hat, missachtete (siehe unten, § 538). Die Haltung der Gerichte, die zu Störungen in der Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten führte, konnte insbesondere nicht durch die Bequemlichkeit gerechtfertigt werden, die das Eingreifen des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen den Klägern bot. Reine Zweckmäßigkeitserwägungen dürfen nicht über Rechtsnormen gestellt werden und allein aus diesem Grund dazu führen, dass diese nicht angewendet werden. Die Grundsätze der Zuständigkeitsverteilung zwischen den beiden Rechtsprechungsorganen rechtfertigten die Beharrlichkeit, mit der das Konfliktgericht die Kompetenzüberschreitungen des Gerichts bestrafte.

62 TC, 2. Dezember 1902, *Lebon* S. 713, Slg. ROMIEU; *GAJA* Nr. 11; *D.* 1903, 3, S. 41, Slg. ROMIEU; *S.* 1904, 3, S. 17, Slg. ROMIEU, Anm. M. HAURIOU, veröffentlicht in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits* vol. 1, éditions La Mémoire du Droit, 2000, S. 84-109.

63 ROMIEU Konkl. oben, *D.* 1903, S. 41.

64 Unter dem Ausdruck individuelle Rechte versteht Hauriou aus der Sicht der positiven Gesetzgebung "die wesentlichen Fähigkeiten, deren freie Ausübung dem Einzelnen sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber anderen Menschen garantiert wird" (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Larose, 1897, S. 163).

65 M. HAURIOU, oben genannte Fußnote, S. 108.

66 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., Larose, 1903, S. XIX. Jacquelin äußerte Vorbehalte gegenüber diesem Vorschlag und verwies auf die mangelnde Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit (R. JACQUELIN, "L'évolution de la procédure administrative" (2^{nde} Teil), *RDP* 1903, T. XX, S. 17).

67 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., Larose, 1903, S. XX.

von Eigentum und Hausfriedensbruch" beschränkt werden .68

14. "In der Mitte des 20. Jahrhunderts stellt sich die Frage unter denselben Bedingungen. In der unmittelbaren Nachkriegszeit ging es um Beschlagnahmungen, die von den Befreiungsbehörden unter grob unrechtmäßigen Bedingungen durchgeführt wurden. Da die Verwaltungsgerichte nicht in der Lage waren, den Opfern willkürlicher Enteignungen zu helfen, wandten sich die Bürger auch hier an die Gerichte. Wie M. Liet-Veaux feststellt, "haben sich die Bürger, nachdem ihnen das Verfahren der einstweiligen Verfügung auf Verwaltungsebene vorenthalten wurde, notgedrungen an die Gerichte gewandt, um den Rechtsweg zu beschreiten"⁶⁹. Die Anrufung des Gerichts auf dieser Grundlage "ermöglicht es dem Dienstleister, im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu handeln, das im Verwaltungsrecht leider so gut wie unbekannt ist und einen schnellen und praktischen Schutz der Grundrechte des Einzelnen bietet"⁷⁰. Mit anderen Worten: "Wenn sich Einzelpersonen bereitwillig an die Gerichtsbarkeit gewandt haben, dann deshalb, weil diese über ultra-schnelle Mittel verfügte, um ihnen Genugtuung zu verschaffen"⁷¹. Die gleichen Übel führen auch hier dazu, dass die gleichen Heilmittel empfohlen werden. Die Autoren schlagen vor, den Verwaltungsrichter mit Mitteln auszustatten, die in Bezug auf Schnelligkeit und Effizienz mit denen vergleichbar sind, die dem Richter im Falle von Rechtsverletzungen zur Verfügung stehen. Im Falle einer Verletzung der Freiheitsrechte muss der Verwaltungsrichter "beschleunigte Verfahren von der Art durchführen können, wie sie den Bürgern vor den Gerichtsgerichten offenstehen", erklärte beispielsweise Doyen Vedel.⁷²
15. Angesichts der anhaltenden Unzulänglichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Bereich wandten sich die Bürger ab Mitte der 1980er Jahre wieder an die Zivilgerichte. Die missbräuchliche Berufung auf den Rechtsweg, insbesondere im Ausländerrecht, verdeutlicht einmal mehr die Notwendigkeit eines schnellen und effizienten Verfahrens bei schwerwiegenden Eingriffen in die Freiheitsrechte. Die Einführung eines Mechanismus, der dem zivilrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren nachempfunden ist, bietet sich auch hier als ideale Lösung an. Herr Abraham erklärt: "C'est d'un référé entièrement réaménagé sur des nouvelles bases qu'a (...) le juge administratif aujourd'hui (parce qu'il est nécessaire à ses justiciables)"⁷³. "Sind die Verwaltungsgerichte mit einer angeborenen Unfähigkeit zur Bewältigung von Dringlichkeit geschlagen? Wir sind vom Gegenteil überzeugt. Sind sie weniger um den Schutz der Grundfreiheiten bemüht als ihre gerichtlichen Kollegen? Sie haben bewiesen, dass dies nicht der Fall ist. Wir müssen ihnen noch die Mittel an die Hand geben, um wirksam einzugreifen, wenn die Zeit drängt"⁷⁴. Diese Reform wurde seit Jahrzehnten gefordert. Ihre Umsetzung wird ab den 1980er Jahren möglich und noch dringender.

B. Voraussetzungen für seine Gründung

16. Das Problem, dass der Verwaltungsrichter nicht in der Lage ist, bei schwerwiegenden Eingriffen in die Freiheitsrechte durch die öffentliche Hand schnell und effektiv einzugreifen, ist alt. Die Mittel zur Behebung dieses Problems sind bekannt. Dennoch war nichts in die Wege geleitet worden. Wenn das Problem so alt ist und das Verfahren des *référé-liberté* erst im Jahr 2000 eingeführt wurde, dann haben zwangsläufig auch andere Faktoren eine Rolle bei der Einführung dieses Verfahrens gespielt. In den 1980er und 1990er Jahren wurde die Erwartung der Bürger, ein solches Verfahren zu haben, durch eine Reihe von Faktoren ergänzt, die in unterschiedlichem Maße die Einführung des Verfahrens rechtfertigten, förderten oder ermöglichten.

1. Ein günstiger Kontext

17. Auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde ein sehr starker Druck zur Veränderung ausgeübt. Da der Verwaltungsrichter immer mehr den gesellschaftlichen Erwartungen und der Rechtsentwicklung hinterherhinkte, war er zunehmend umstritten, was die Einführung eines schnellen Verfahrens zum Schutz

68 M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., 1903, Larose, S. XXI.

69 G. LIET-VEAUX, *RA* 1954, S. 613.

70 A. MESTRE, Anmerkung unter CE, 17. Februar 1947, *Cons. Perrin*, S. 1948, 3, S. 2.

71 C. GABOLDE, "Pour un véritable référé administratif", *D.* 1949, chron. Nr. XLI, S. 174.

72 G. VEDEL, "De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)", *JCP G* 1948, I, 682, §17. Siehe auch F. GAZIER, "L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisitions", *EDCE* 1948, S. 67-72; und A. MATHIOT, oben genannte Fußnote.

73 R. ABRAHAM, oben genannter Artikel, S. 12.

74 R. ABRAHAM, oben genannter Artikel, S. 13.

der Freiheitsrechte notwendig machte.

18. Wie Präsident Stirn feststellte, "verstärken sich die Anforderungen an die Garantien der Grundrechte unter der kombinierten Wirkung der Verfassungsrechtsprechung, des internationalen Rechts und im weiteren Sinne der Anliegen unserer Zeit, die sich auf die streitige Debatte und den Schutz des Einzelnen richten"⁷⁵. Diese gestiegene Anforderung an die Effektivität des Rechts und der Verfahren⁷⁶ ist in erster Linie das Ergebnis einer gestiegenen gesellschaftlichen Erwartung. In allen Bereichen, insbesondere im Bereich der Freiheitsrechte, "wächst die gesellschaftliche Nachfrage nach einer tatsächlichen und schnellen Effektivität der richterlichen Entscheidung"⁷⁷. Wie Professor Melleray feststellt: "Der Herr Benjamin des 21. Jahrhunderts^e gibt nicht mehr zu, dass er sechs Jahre später eine Entschädigung dafür erhält, dass er einen vom Bürgermeister von Nevers rechtswidrig verbotenen Vortrag nicht halten konnte. Er will, dass ein Richter, der im Eilverfahren entscheidet, ihm erlaubt, sich zu äußern (...)"⁷⁸. Zweitens führt der Individualismus - oder die "Verherrlichung des Individuums"⁷⁹ - zu einer Fokussierung des Rechts auf das Subjekt und prägt eine neue Dimension der Beziehung zwischen der öffentlichen Gewalt und den Privatpersonen⁸⁰. Alle großen Reformen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsstreitverfahrens am Ende des 20^e Jahrhunderts sind Teil dieser Bewegung zur Individualisierung des Rechts und zur Wiederherstellung des Gleichgewichts in der Beziehung zwischen Verwaltung und Bürgern⁸¹. Der Schwerpunkt liegt auf dem Schutz der legitimen Rechte und Interessen des Einzelnen. Drittens bringt die Anerkennung des Rechts auf einen Richter auf der höchsten Ebene der Normenhierarchie für die Bürger das Recht auf eine wirksame gerichtliche Entscheidung mit sich. Diese Anerkennung setzt voraus, dass der Richter rechtzeitig eingreifen kann und über die notwendigen Befugnisse verfügt, um die Rechtsstaatlichkeit und den Schutz der Einzelnen zu gewährleisten.⁸²

Diese Entwicklungen spiegeln eine Bereicherung des Konzepts der Rechtsstaatlichkeit wider⁸³. In seiner formalen Bedeutung bezog sich der Rechtsstaat auf eine bestimmte Strukturierung der Rechtsordnung, die die Einhaltung der Normenhierarchie durch die Organe der öffentlichen Gewalt implizierte⁸⁴. Im Gegensatz dazu

75 B. STIRN, "Le Conseil d'Etat et les libertés", in *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, Hrsg. Apogée, 1998, S. 222.

76 Die Effektivität dieses Verfahrens hängt von der Effektivität der anderen Verfahren ab. Vgl. *Procédure(s) et efficacité des droits* (D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER und C. GREWE Hrsg.), Bruylant Nemesis, Coll. Droit et justice, Nr. 49, 2003, insbesondere M.-A. FRISON-ROCHE, "La procédure et l'efficacité des droits substantiels" (Das Verfahren und die Effektivität der wesentlichen Rechte), S. 1-23. Siehe auch W. BARANES und M.-A. FRISON-ROCHE, "Le souci de l'efficacité du droit", *D.* 1996, chron. S. 301-303.

77 M.-A. LATOURNERIE, "Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française" (Überlegungen zur Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit), *RFDA* 2000, S. 926.

78 F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, S. 308-309.

79 M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Domat Montchrestien, 1945, S. 15.

80 Siehe Y. MADIOT, "De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain", in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, S. 353-365; C. RAUX, *La construction du sujet de droit: recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, thèse Université de Bourgogne, 2004, 447 S.

81 Siehe C. DEBOUY, "Le droit administratif: tendances récentes", *LPA* 5. Dezember 1997, Nr. 146, S. 4-12.

82 Siehe S. GUINCHARD u. a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, S. 391-482; *Le droit au juge dans l'Union européenne* (J. RIDEAU dir.), LGDJ, 1998, spé J. RIDEAU, "Le droit au juge: conquête et instrument de l'Etat de droit", S. 3-7, J.--- RUCCHENCIEN, "Le droit au juge: conquête et instrument de l'Etat de droit", S. 3-7, J.--- RUCCHENCIEN, "Le droit au juge: conquête et instrument de l'Etat de droit", S. 3-7.F. RENUCCI, "Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme", S. 131-140, T.-S. RENOUX, "La constitutionnalisation du droit au juge en France", S. 109-118 und F. CHEVALLIER, "Le droit au juge devant les juridictions administratives", S. 181-190; G. COHEN-JONATHAN, "Le droit au juge", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, S. 471-504; P. TERNEYRE, "Le droit constitutionnel au juge et ses limites", *LPA* 4. Dezember 1991, Nr. 145, S. 4-14; T.-S. RENOUX, "Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, S. 307-324; *ID.*, "Le droit au recours juridictionnel", *JCP G* 1993, I, 3675; M. BRANDAC, "L'action en justice, droit fondamental", *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, S. 1-17; R. VANDERMEEREN, "Permanence et actualité du droit au juge", *AJDA* 2005, S. 1102-1107.

83 Zur Thematik der Rechtsstaatlichkeit siehe aus der umfangreichen Literatur: E.-W. BOCKENFORDE, "Naissance et développement de la notion d'Etat de droit", in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, S. 127-147; L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, coll. NBT, 2002, 739 S.; A. VIALA, "La notion d'Etat de droit: l'histoire d'un défi à la science juridique", *REDP* Frühjahr 2000, vol. 13, Nr. 1, S. 673-693; J. CHEVALLIER, "L'Etat de droit", *RDP* 1988, S. 313-380; *ID.*, *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 1999, 160 S.; O. PFERSMANN, "Prolegomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit", in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN Hrsg.), PUS, 2001, S. 53-78; S. GOYARD-FABRE, "L'Etat de droit. Problématiques et problèmes", *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1993, Nr. 24, L'Etat de droit (M. TROPER Hrsg.), S. 9-21.

84 Die Verwaltung ist dem Recht unterworfen und muss sich bei ihren Handlungen an die vorgegebenen Regeln

legt die materielle Bedeutung des Rechtsstaats den Schwerpunkt auf den Inhalt des Rechtsstaats. Er "beschwört nicht mehr nur die Existenz einer hierarchischen Rechtsordnung herauf, sondern auch eine Reihe von Rechten und Freiheiten; da er einen bestimmten "Rechtszustand" voraussetzt, tendiert er dazu, einen "substantiellen" Charakter anzunehmen, der ihn dem britischen Schutz der *Rule of Law* näher bringt"⁸⁵. Daher findet in allen Rechtssystemen ein Wandel in der Funktion des Richters statt. Dieser Wandel äußert sich insbesondere in der "Einrichtung von Verfahren, die es ermöglichen, innerhalb der Gesellschaft einen Ort zu schaffen, der wirksam eine Kontrolle der Handlungen der öffentlichen oder privaten Machthaber im Hinblick auf die Werte gewährleistet, die die Gruppe als konstitutiv für ein demokratisches Leben empfindet"⁸⁶. Dies führt dazu, dass der Richter mit Befugnissen und Verfahren ausgestattet wird, die es ihm ermöglichen sollen, sich nicht nur gegen rechtswidrige Handlungen der Verwaltung zu wehren, sondern auch die Freiheiten gegenüber der Willkür der Macht wirksam zu verteidigen. In dieser Perspektive "erscheint der Richter als der Schlussstein und die Voraussetzung für die Verwirklichung des Rechtsstaats: Die Normenhierarchie wird nur dann wirksam, wenn sie gerichtlich sanktioniert wird; und die Grundrechte sind nur dann wirklich gesichert, wenn ein Richter da ist, um ihren Schutz zu gewährleisten"⁸⁷. Wie Frau Zoller ebenfalls feststellt, "erfordert ein Rechtsstaat (...) eine starke und unabhängige Justiz, die in der Lage ist, den anderen Gewalten gegenüberzutreten und ihrem Missbrauch die Achtung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten entgegenzusetzen"⁸⁸. Diese Entwicklung führt zu einer neu definierten Rolle für den Verwaltungsrichter. Er ist nicht mehr nur der Kontrolleur der Verwaltung und der Hüter des objektiven Rechts, sondern muss auch zum Beschützer des Individuums und zum Verteidiger subjektiver Rechtslagen werden. Dieses Phänomen ist in Europa weit verbreitet. Wie Fromont feststellte, "sind die wichtigsten Länder Europas zunehmend der Ansicht, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit in erster Linie ein Instrument zur Verteidigung der Bürger gegen die Handlungen der Verwaltungsbehörden sein sollte".⁸⁹

19. Die Position des Verwaltungsrichters schien immer mehr von diesen Anforderungen abzuweichen, so dass seine Legitimität stark in Frage gestellt wurde: "Das modellhafte Bild, das das französische Verwaltungsrecht aufgrund seiner einzigartigen Geschichte und der großen Rechtsprechung des Conseil d'Etat nach außen hin von sich gab, wurde durch die notorische Unzulänglichkeit seiner Eilverfahren, die die Bürger in ihrem ständigen Kampf gegen den Missbrauch der Macht wirksam unterstützen können, ziemlich getrübt"⁹⁰. Die

halten. Die Unterwerfung der Verwaltung unter das Recht beruhte nicht auf außerrechtlichen Erwägungen, die als solche für die öffentliche Gewalt nicht anwendbar sind, sondern auf dem positiven Recht selbst, und zwar durch die Theorie der Selbstbeschränkung. So wie sie von Carré de Malberg entwickelt wurde, erhob diese Theorie den Anspruch auf Effektivität, da sie mit der Rechtspersönlichkeit des Staates konsubstantiell verbunden war. In seinem *Beitrag zur allgemeinen Staatstheorie* behauptete der Autor, dass "die moderne Staatstheorie von der Idee durchdrungen ist, dass die staatliche Herrschaftsmacht, da sie eine Macht rechtlicher Natur ist, dadurch eine dem Recht unterworfenen Macht ist, also auch notwendigerweise eine begrenzte Macht" (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, t. 1, Bibliothèque Dalloz, Neuauflage 2003, S. 229). Gewiss, "Der wesentliche Gedanke, der dieser Doktrin zugrunde liegt, ist, dass der Staat nur kraft seines eigenen Willens verpflichtet, gebunden oder beschränkt sein kann" (a. a. O., S. 231). Sobald der Staat jedoch eine Verfassung und Rechtspersönlichkeit besitzt, wird sie institutionell, da alle seine Organe der verfassungsmäßigen Organisation des Staates unterworfen sind. Die Hierarchie der Organe und Normen vervollständigt diese Beschränkung und schließt die Exekutive in das Rechtssystem ein: Die Verwaltung verfügt über keine autonomen Befugnisse, die ihre Unterwerfung unter das positive Recht schwächen könnten (a. a. O., S. 232-233). Der souveräne Staat stellt sich somit als eine dem Recht unterworfenen und unterworfenen Macht dar, so dass man von einem "Wunder" des Verwaltungsrechts sprechen konnte. M. Weil behauptet in der Tat, dass "das Verwaltungsrecht, das aus einem Wunder entstanden ist, nur durch ein jeden Tag erneuertes Wunder fortbesteht. Nicht nur kann keine Kraft die Regierung materiell zwingen, sich der Rechtsregel und dem Urteil des Richters zu unterwerfen, sondern der Staat kann, zumindest theoretisch, die Selbstbeschränkung, der er zugestimmt hat, beenden, wenn er es wünscht" (P. WEIL und D. POUYAUD, *Le droit administratif*, 20^{ème} ed., PUF, QSJ, 2003, S. 5).

85 J. CHEVALLIER, oben genanntes Werk, S. 71. Diese Entwicklung ist besonders deutlich in Deutschland, wo die ausdrückliche Verankerung des Begriffs "Rechtsstaat" im Grundgesetz vom 23. Mai 1949 (Artikel 28) mit einer Erweiterung der Perspektiven einherging. "Von nun an ist der Begriff sowohl formal als auch materiell: formal insofern, als der Rechtsstaat ein Staat bleibt, dessen Organe klar abgegrenzte Kompetenzen haben, materiell insofern, als diese Kompetenzen unter Beachtung der höheren Normen ausgeübt werden müssen. Damit das Recht von den Regierenden nicht missachtet wird, reicht es nämlich nicht aus, dass sie die Regeln für die Organisation der Gewalten anwenden, sondern ihre Entscheidungen dürfen auch nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Regeln eines liberalen und demokratischen Staates stehen. Parmi ces règles, les plus importantes sont sans contestement les droits fondamentaux (Grundrechte)" (M. FROMONT, "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, S. 49; siehe auch, vom selben Autor, "République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit", RDP 1984, S. 1203-1226).

86 J. LENOBLE, "Crise du juge et transformation nécessaire du droit", in *La crise du juge* (J. LENOBLE Hrsg.), LGDJ, Coll. La pensée juridique moderne, 1990, S. 145.

87 J. CHEVALLIER, oben genanntes Werk, S. 134.

88 E. ZOLLER, "La justice comme contre-pouvoir: regards croisés sur les pratiques américaines et françaises", RIDC 2001/3, S. 560.

89 M. FROMONT, "La justice administrative en Europe: Convergences", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, S. 207.

90 F. MODERNE, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif?", D. 2001, S. 3283. Für eine

Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde auf dem Gebiet des Schutzes der Freiheiten an den Rand gedrängt; ihre Nützlichkeit selbst wurde durch die Lektionen über Effizienz, die ihr der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen auf seinem eigenen Gebiet erteilte, in Frage gestellt. Professor Gaudemet erklärte: "Diese Offensive des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen in einer Reihe von Fällen trägt dazu bei, das Gefühl der Künstlichkeit, ja sogar der Nutzlosigkeit des Verwaltungsprozesses zu bestätigen; der Verwaltungsrichter wird implizit verurteilt, weil ihm die Attribute eines Richters, wie sie der Richter ausübt, vorenthalten werden"⁹¹. Es wurde dringend notwendig, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein schnelles Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte einführte. Dies wurde umso mehr gefördert, als der Verfassungsrat anerkannt hatte, dass beide Gerichtsbarkeiten gleichermaßen geeignet sind, die Rechte der Bürger effektiv zu gewährleisten.⁹²

Um den Verwaltungsrichter in die Lage zu versetzen, wirksam auf Verletzungen der Freiheitsrechte zu reagieren, musste man ihm "noch die Mittel an die Hand geben, um effektiv Abhilfe zu schaffen, indem man ihn ermächtigt, in diesem Bereich das zu tun, was er sich in anderen Bereichen verbietet"⁹³. Ab der zweiten Hälfte der 1980er Jahre wurden immer mehr Vorschläge zur Einführung eines Dringlichkeitsverfahrens speziell zum Schutz der Freiheitsrechte gemacht. Dabei wurden zwei Wege in Betracht gezogen. Die erste Lösung bestand darin, auf dem Bestehenden - dem Verfahren des *Déféré-liberté* - aufzubauen und die notwendigen Verbesserungen vorzunehmen, indem der Kreis der Antragsteller und der Bereich der anfechtbaren Handlungen erweitert wurde. Sylvie Hubac und Yves Robineau stellten fest, dass "ein Richter, der die öffentlichen Freiheiten schützt, (...) in der Lage sein muss, durch eine vorläufige Maßnahme innerhalb einer Frist von höchstens einigen Tagen zu entscheiden"⁹⁴. Unter Hinweis darauf, dass das Gesetz vom 2. März 1982 "ein Verfahren zum Aufschub innerhalb von 48 Stunden eingeführt hat, das vollauf zufriedenstellend war", schlugen sie vor, "diesen Rechtsweg, sobald die öffentlichen Freiheiten auf dem Spiel stehen, auf andere Antragsteller als den Präfekten und auf andere Fälle als die dezentralisierten Körperschaften auszuweiten"⁹⁵. Der zweite Weg bestand darin, ein völlig neues Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte einzuführen. In diesem Sinne schlug Herr Lachaume vor, "ein Verfahren der einstweiligen Verfügung einzuführen, das es dem Verwaltungsrichter, der mit einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung konfrontiert ist, die die Umsetzung eines Grundrechts beeinträchtigt, ermöglicht, diese Entscheidung auszusetzen oder ihre Anwendung zu verhindern, und zwar in dringenden Fällen und wenn möglich "an einem festen Tag"⁹⁶. Herr Costa wies ohne weitere Erläuterungen darauf hin, dass "ein 'référé liberté' vor allen Gerichten, die zur Entscheidung berufen sind, eingeführt werden sollte (...)"⁹⁷.

2. Eine mögliche Erstellung

20. Zwei Reihen von Neuerungen haben das Aufkommen der *référé-liberté* vorbereitet und ermöglicht. Ohne die Einführung dieser sehr innovativen Verfahren in das Verwaltungsstreitrecht hätte das Verfahren nach Artikel

Darstellung der Ursachen und Erscheinungsformen der Erosion der Legitimität der Verwaltungsgerichtsbarkeit siehe D. LOCHAK, "Quelle légitimité pour le juge administratif?", in *Droit et politique* (CURAPP Hrsg.), PUF, 1993, S. 141-151, spéc. S. 142-146.

91 Y. GAUDEMET, "Crise du juge et contentieux administratif en droit français", in *La crise du juge* (J. LENOBLE Hrsg.), LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1990, S. 100. Siehe auch P.-L. FRIER, *L'urgence*, LGDJ, coll. BDP, t. 150, 1987, S. 324.

92 Siehe CC, Nr. 89-261 DC, 28. Juli 1989, *Sig.* S. 81. Um Ausländern ohne Aufenthaltsgenehmigung wirksame Rechtsschutzgarantien zu geben, wollte der Gesetzgeber ein spezielles Dringlichkeitsverfahren vor dem Richter einführen. Es war vorgesehen, dass die Person, gegen die eine Abschiebungsanordnung erlassen wurde, innerhalb von 24 Stunden beim Präsidenten des Landgerichts Klage erheben konnte, wobei dieser verpflichtet war, innerhalb von 48 Stunden eine Entscheidung in der für einstweilige Verfügungen geltenden Form zu treffen. Der Verfassungsrat erklärte die Übertragung eines Rechtsstreits über die Aufhebung von Entscheidungen, die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse getroffen wurden, auf das Gericht für verfassungswidrig. Um die Abweichung von dem durch die Gesetze der Republik anerkannten Grundprinzip zu rechtfertigen, machte die Regierung insbesondere die ordnungsgemäße Rechtspflege geltend, da diese gebietet, dass "die Ausübung eines geeigneten Rechtsbehelfs die effektive Gewährleistung der Rechte der Betroffenen sicherstellt". Der Verfassungsrat wies das Argument zurück, indem er feststellte, dass diese Anforderung "sowohl von der Gerichtsbarkeit als auch von der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfüllt werden kann" (Kons. Nr. 29).

93 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, S. 737.

94 S. HUBAC und Y. ROBINEAU, "Droit administratif: vues de l'intérieur", *Pouvoirs* Nr. 46, 1988, S. 124.

95 *Ibid.* Siehe in diesem Sinne auch J.-Y. PLOUVIN, "Au secours, le juge civil des référés arrive! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 mars 1989, 1, S. 106; B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, S. 804; M. CAZO, *Le juge des référés dans le contentieux administratif*, thèse Rennes I, 1998, S. 324.

96 J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 104.

97 J.-P. COSTA, "Le juge et les libertés", *Pouvoirs* Nr. 84, 1998, S. 86.

- L. 521-2 weder in dieser Form entstehen können, noch wäre es so konzipiert worden, wie es jetzt ist.
21. Die erste Reihe von Neuerungen betrifft die Einführung zweier völlig neuer Dringlichkeitsverfahren mit Einzelrichter Anfang der 1990er Jahre: zum einen das Verfahren zur Anfechtung von Erlassen zur Abschiebung an der Grenze durch das Gesetz vom 10. Januar 1990⁹⁸, zum anderen das Verfahren zur Anfechtung von *référé-précontractuel* durch das Gesetz vom 4. Januar 1992⁹⁹. Was die Abschiebung an der Grenze betrifft, muss der befassende Richter innerhalb von 48 Stunden nach Registrierung der Klage entscheiden. Bei diesem massiven Rechtsstreit, der alle Mitglieder der Verwaltungsgerichtsbarkeit betraf, "konnte man feststellen, dass ein Richter, der allein entscheidet, funktionieren kann; dass die Einführung der Mündlichkeit bei der Anhörung funktionieren kann; dass die Einführung des kontradiktorischen Verfahrens durch die Mündlichkeit bei der Anhörung funktionieren kann; und dass sehr kurze Fristen und heikle Themen vom Richter eingehalten werden können"¹⁰⁰. Auch das so genannte *référé-précontractuel* hat das streitige Verwaltungsverfahren aufgrund des schnellen Eingreifens des Richters und vor allem aufgrund der Reichweite seiner Befugnisse grundlegend verändert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der Richter "anordnen", "aussetzen", "annullieren" und "aufheben"¹⁰¹. Diese Vorrechte sind beträchtlich und manchmal sogar größer als die, die unser Recht dem Richter in der Hauptsache zuerkennt. Roland Drago erklärte: "Nie hätte man sich vorstellen können, dass solche Befugnisse eines Tages dem Verwaltungsrichter übertragen würden"¹⁰². Der Autor führte weiter aus: "In den anderen Staaten der Union fallen die fraglichen Verträge in den Zuständigkeitsbereich des Richteramts, und für dieses Gericht sind die Befugnisse, die ihm in Anwendung der Richtlinien übertragen werden, nichts Ungewöhnliches. In Frankreich fallen diese Verträge in die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters, und deshalb ist die theoretische Tragweite der Reform von so großer Bedeutung mit ungeahnten Folgewirkungen"¹⁰³. Jedes dieser beiden Verfahren hat auf seine Weise zur Entstehung einer Kultur der Dringlichkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit beigetragen und ihre Fähigkeit unter Beweis gestellt, innerhalb extrem kurzer Fristen manchmal sehr wichtige Befugnisse zu übernehmen. Dadurch haben diese Verfahren zwei Hindernisse für die Einführung eines eigenständigen Verfahrens für extreme Dringlichkeit, das einem Einzelrichter weitreichende Befugnisse einräumt, beseitigt.
22. Die zweite große Neuerung, die die Schaffung von Artikel L. 521-2 ermöglichte, geht auf das Gesetz vom 8. Februar 1995 zurück, das dem Verwaltungsrichter eine Anordnungsbefugnis im Dienste der Durchsetzung seiner Entscheidungen zuweist. Mit dieser neuartigen Befehlsgewalt wurde dem Verwaltungsrichter die Möglichkeit eingeräumt, den Kläger, der Opfer einer Rechtswidrigkeit geworden war, wieder in seine Rechte einzusetzen. Zum ersten Mal in seiner Geschichte konnte der Richter direkt Befehle an die Verwaltungsbehörde richten, indem er ihr vorschrieb, welche Konsequenzen sie aus einer streitigen Aufhebung ziehen sollte. Für Präsident Labetoulle ist es diese "grundlegende Neuerung", in der das *référé-liberté* "seine direkte Inspiration findet"¹⁰⁴. Ohne diesen Text, so führte er aus, "wäre die *référé-injonction* wahrscheinlich nicht möglich gewesen"¹⁰⁵. Mit dieser wichtigen Neuerung brach das letzte Hindernis für die Schaffung eines *référé-liberté* zusammen.
23. Doch weder die Alarmmeldungen über die Abwanderung von Verwaltungsstreitigkeiten an die Gerichte noch das für die Einführung dieses Verfahrens günstige Umfeld hatten die Behörden dazu veranlasst, das

98 Verfahren, das heute in Artikel L. 776-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kodifiziert ist und Artikel 22 bis der Verordnung vom 2. November 1945 über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in Frankreich aufgreift.

99 Verfahren kodifiziert in Artikel L. 551-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes.

100 D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", a.a.O., S. 16. M. Denizet zufolge "haben die Grenzabschiebungen die traditionelle Kultur des Verwaltungsrichters erschüttert und gleichzeitig gezeigt, dass dieser, sofern er mit ausreichenden Mitteln ausgestattet ist, sich an Veränderungen anpassen kann" (J.-P. Denizet, "Les reconduites à la frontière ont bouleversé la culture traditionnelle du juge administratif tout en démontrant que celui-ci, pourvu qu'on le doté de les moyens suffisants, savait s'adapter au changement"). P. DENIZET, "Les reconduites à la frontière", *LPA* Nr. 52, Sonderausgabe L'urgence, mode d'emploi, colloque de la Conférence nationale des présidents de juridictions administratives, Poitiers, 15. September 2000, S. 14).

101 Der Richter kann denjenigen, der die Vertragsverletzung begangen hat, anweisen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Er kann die Vergabe des Vertrags oder die Ausführung von Entscheidungen, die sich auf den Vertrag beziehen, aussetzen. Er kann diese Entscheidungen auch für nichtig erklären. Schließlich erlaubt ihm das Gesetz, den Vertrag direkt zu ändern, indem er "Klauseln oder Vorschriften, die in den Vertrag aufgenommen werden sollen, streicht". Für Illustrationen siehe C. BERGEAL, "Référé en matière de passation des contrats et marchés", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), Nr. 66-74; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1664.

102 R. DRAGO, "Un nouveau juge administratif", in Jean Foyer, *auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, S. 460.

103 Ibid.

104 D. LABETOUILLE, "Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique?, S. 80.

105 Ibid.

Bestehende zu überdenken. Um einen echten Willen zur Einführung eines schnellen Verfahrens zum Schutz der Freiheitsrechte zu bekräftigen, fehlte es an einem Elektroschock. Ein Fall von blinden Passagieren war der Auslöser, der die Spannungen um die Anwendung der Zwangsmaßnahmen kristallisierte.

II. Die Schritte zu seiner Verabschiedung

A. Das auslösende Ereignis: Das Urteil vom 12. Mai 1997

24. In der Nacht vom 8. auf den 9. August 1996 legte der *Frachter Félix* im Hafen von Honfleur in der Normandie an. Der Kapitän des Schiffes meldet den Polizeibehörden, dass sich an Bord zwei blinde Passagiere marokkanischer Staatsangehörigkeit, Herr Ben Salem und Herr Taznaret, befinden, die nicht über die für die Einreise in das französische Hoheitsgebiet erforderlichen Dokumente verfügen. Am Morgen des 9. August erließen die Einwanderungskontrollbehörden gemäß den Bestimmungen der Verordnung vom 2. November 1945 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in Frankreich Einreiseverweigerungsbeschlüsse gegen diese beiden Personen. Anschließend wichen sie jedoch von den Vorschriften dieses Textes ab, dessen Artikel 35c vorsieht, dass ein Ausländer, der auf dem Schienen-, See- oder Luftweg nach Frankreich kommt und nicht in das französische Hoheitsgebiet einreisen darf, während der für seine Ausreise unbedingt erforderlichen Zeit in einem vom Präfekten abgegrenzten Wartebereich auf dem Gelände des Bahnhofs, des Hafens oder des Flughafens festgehalten wird. Offenbar aus praktischen Gründen entschied sich die Verwaltung - offensichtlich auf irreguläre Weise - dafür, die beiden blinden Passagiere an Bord der *Félix*106 festzuhalten. Bis zur Abfahrt des Schiffes, die für den Abend des 10. August geplant war, wurde auf dem Kai eine Überwachung eingerichtet, um jeden Versuch der Ausschiffung zu vereiteln. Der Reeder, dem sich die Herren Ben Salem und Taznaret anschlossen, wandte sich daraufhin mit einer stündlichen Vorladung an den Richter für einstweilige Verfügungen des Landgerichts Paris und forderte ihn auf, die Verwaltung anzuweisen, den Aufenthalt an Bord zu beenden und die Betroffenen in eine Wartezone zu verlegen. Der Polizeipräfekt reicht ein "déclinatoire de compétence" (Ablehnung der Zuständigkeit) ein. Der Richter für einstweilige Verfügungen entschied noch am selben Tag und erkannte das Vorliegen eines Rechtsstreits an. Er stützt sich dabei auf Artikel 136 der Strafprozessordnung, der den Gerichten eine ausschließliche Zuständigkeit "in allen Fällen der Verletzung der persönlichen Freiheit" zuweist¹⁰⁷. Der Richter wies daher das vom Präfekten übermittelte Kompetenzdeklinatorium zurück und setzte das Verfahren bis zum Erlass der Entscheidung des Konfliktgerichts aus. Neun Monate später wird der Konflikttrichter die Frage der Zuständigkeit zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit klären¹⁰⁸.

Um zu bestätigen, dass nur die Verwaltungsgerichte über den Rechtsstreit zu entscheiden hatten, schloss der

106 Eine solche Maßnahme ist rechtswidrig, da sie dem Ausländer die Garantien vorenthält, die ihm gewährt werden, wenn er in der Wartezone untergebracht wird. Bei der Zwangsvollstreckung einer Einreiseverweigerung gegen einen Ausländer, der auf dem Luft-, Schienen- oder Seeweg einreist, ist die Verwaltung verpflichtet, die Einweisung in die Wartezone unter Ausschluss aller anderen Modalitäten vorzunehmen.

107 TGI Paris, Ord. 9. August 1996, *GP* 1997, 2, S. 395-396. Der Richter stellte fest, dass die Verwaltungsbehörde (...) durch die Weigerung, die Anforderungen von Artikel 35c zu erfüllen, der ein besonderes Verfahren zur Kontrolle von Ausländern einführt, die auf dem Seeweg ankommen, "eine Handlung begangen hat, die nicht mit der Ausübung einer ihr zustehenden Befugnis in Verbindung gebracht werden kann". Vor und nach dem Gesetz vom 6. Juli 1992, das die Einrichtung von Wartezonen vorschrieb, hatten die Richter für einstweilige Verfügungen im Großraum Paris wiederholt in diesem Sinne geurteilt. Siehe TGI Paris, 25. März 1992, *Level* (D. 1993, S. 47, Anm. M. DESGREES DU LOU; *GP* 1992, 1, S. 438, Anm. P. BERTIN), TGI Créteil, Ord. 31. März 1992 (*GP* 1992, 1, S. 441) und, diese Lösung unter der neuen Rechtslage beibehaltend, TGI Paris, ord. 29. Juni 1994, *Mwinyi* (*GP* 1994, 2, S. 587, Anm. S. PETIT), TGI Paris, ord. 15. Februar 1995, *Osas und Ojo* (*GP* 1995, 2, S. 489).

108 TC, 12. Mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris*, Fall Ben Salem und Taznaret, genannt "des Marocains d'Honfleur", *Lebon*, S. 528. Diese Entscheidung führte zu einer großen Anzahl von Kommentaren. Siehe *AJDA* 1997, S. 575-584, chron. D. CHAUVAUX und T. GIRARDOT; *RFDA* 1997, S. 512-524, Schlusswort von J. ARRIGHI DE CASANOVA; *GP* 1997, 2, S. 737-745, Bericht von P. SARGOS, Obs. S. PETIT; *JCP G* 1997, II, 22861, Bericht P. SARGOS; *D.* 1997, S. 567-571, Anm. A. LEGRAND; *JCP G* 1997, I, 4066, spec. 499-500, chron. B. M. MATHIEU und M. VERPEAUX; *JCP G* 1997, I, 4072, chron. J. PETIT; *LPA* 24. Dezember 1997, Nr. 154, S. 19-25, Anm. C. MAMONTOFF; *LPA* 19. Januar 1998, Nr. 8, S. 15-19, Anm. J.-P. MARKUS; *GP* 1997, 1, S. 386-396, Schlussfolgerung von J. ARRIGHI DE CASANOVA, Anm. S. PETIT. Siehe auch J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait?", *RRJ* 1998/1, S. 9-11; J. NORMAND, "Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle", *RTD Civ* 1998, S. 181-191; S. GUERARD, "L'article 136 du code de procédure pénale: réflexions à partir de deux décisions récentes du Tribunal des conflits", *RRJ* 1999/1, S. 219-235.

Verteilungsrichter nacheinander zwei Bereiche der gerichtlichen Zuständigkeit aus. Das Konfliktgericht stellt erstens fest, dass die Bestimmungen von Artikel 136 der Strafprozessordnung "nicht so ausgelegt werden können, dass die Gerichte befugt sind, die Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung außerhalb von Fällen der Tätlichkeit zu behindern"¹⁰⁹. Nun, so stellt er zweitens fest, weisen die hier angefochtenen Maßnahmen nicht diesen Charakter auf; sie "sind nicht unvereinbar mit der Befugnis zur Zwangsvollstreckung von Entscheidungen über die Verweigerung der Einreise in das französische Hoheitsgebiet, die der Gesetzgeber der Verwaltung übertragen hat". Denn, so der Verteilungsrichter, "aus den Bestimmungen von Artikel 5 der Verordnung (...) vom 2. November 1945 geht hervor, dass der Gesetzgeber der Verwaltung grundsätzlich die Befugnis zur Zwangsvollstreckung von Entscheidungen über die Entfernung und von Entscheidungen, die eine Einreiseverweigerung aussprechen, die sie im Rahmen der Ausländerpolizei zu treffen hat, zugewiesen hat". Unter diesen Umständen und "selbst unter der Annahme, dass sie rechtswidrig sind, waren die Maßnahmen, die im vorliegenden Fall gegen die Herren Ben Salem und Taznaret ergriffen wurden, nicht offensichtlich unvereinbar mit einer Befugnis, die der Verwaltung zusteht". Die vom Konfliktgericht gewählte Lösung war an sich nicht innovativ: Sie reihte sich in eine Rechtsprechung des Gerichts ein, die seit 1994¹¹⁰, die Charakterisierung einer Tätlichkeit von der Bedingung abhängig machte, dass die Verwaltung offensichtlich außerhalb jeder gesetzlichen Ermächtigung gehandelt hatte.¹¹¹

25. Die Entscheidung blieb jedoch nicht unbemerkt. Die Entscheidung, die unter dem Vorsitz des Siegelbewahrs getroffen wurde, führte zum Rücktritt eines Mitglieds des Konfliktgerichts und löste eine Legitimitätskrise der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus.

Der erste Grund für das ungewöhnliche Echo auf diesen Fall, auch in der großen Presse¹¹², ist, dass es der Intervention des Justizministers selbst bedurfte, um die Mitglieder des Gerichts zu entscheiden. Die Frage der Zuständigkeit wurde dem Konfliktgericht zunächst in seiner Sitzung vom 13. Januar 1997 vorgelegt, "die zu einer Stimmgleichheit und der Notwendigkeit führen sollte, auf den Vorsitz des Siegelbewahrs, Justizministers, zurückzugreifen"¹¹³. Obwohl ein solches Eingreifen bei Stimmgleichheit gesetzlich vorgesehen ist, hat es dennoch Ausnahmecharakter.¹¹⁴

Zweitens, und das war beispiellos, folgte auf die Entscheidung der Rücktritt eines Mitglieds des Gerichts, des Berichtstatters Sargos, Richter am Kassationsgericht. Dieser war in seinem Bericht zu dem Schluss gekommen, dass die Zuständigkeit der Gerichte gegeben sei, und beabsichtigte, sein Amt aufgrund einer Verteilungsregel zu beenden, die als übermäßig günstig für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte oder sogar für die Wahrung der Interessen der Verwaltung angesehen wurde.

Schließlich und vor allem hat das Urteil "die juristischen Kreise bewegt, indem es auffällig Zweifel an der Fähigkeit des Verwaltungsrichters aufkommen ließ, Streitigkeiten in dringenden Fällen, in denen es um die Grundrechte des Einzelnen ging, angemessen zu behandeln"¹¹⁵. Grundsätzlich sollte die Klärung einer

109 Das Gericht stellte fest, dass "die Befugnis, Anordnungen an die Verwaltung zu richten, die es ermöglicht, deren Entscheidungen die Vollstreckbarkeit zu entziehen, (...) von derselben Art ist wie die Befugnis, die von der Verwaltung in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse getroffenen Entscheidungen aufzuheben oder zu ändern". Gemäß einem Verfassungsgrundsatz fällt diese Befugnis jedoch "in die alleinige Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, mit Ausnahme der Angelegenheiten, die ihrem Wesen nach der Justizbehörde vorbehalten sind". So fällt eine Entscheidung, die unter Artikel 136 der Strafprozessordnung fällt - d. h. die die persönliche Freiheit beeinträchtigt - dennoch in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, wenn sie von einer Verwaltungsbehörde getroffen wurde, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehandelt hat. Diese Bestimmung erlaubt es den Gerichten nicht, Anordnungen an die Verwaltung zu richten und somit die Vollstreckung ihrer Entscheidungen zu behindern, es sei denn, es handelt sich um einen Fall von Rechtsbeugung.

110 TC, 20. Juni 1994, *Madaci und Youbi*, oben.

111 Diese Anforderung betraf traditionell nur die Rechtsbeugung durch Rechtsmangel, nicht aber die Rechtsbeugung durch Verfahrensmangel. Dennoch kehrte das Konfliktgericht bald zu seiner früheren Rechtsprechung zurück, indem es das Erfordernis einer von der Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse begangenen Beeinträchtigung nur auf Tätlichkeiten durch Verfahrensmängel beschränkte (siehe *infra*, § 325).

112 Siehe die Ausgaben der Zeitung *Le Monde* vom 14., 16. und 24. Mai 1997.

113 P. SARGOS, oben genannter Bericht, *GP* 1997, S. 737.

114 Nur etwa zehn Fälle führten dazu, dass er seine Funktion als Verteilungsrichter ausübte. Die Entscheidung vom 12. Mai 1997 wirft nicht weniger beiläufig die Frage nach dem Vorsitz des Konfliktgerichts durch eine politische Behörde auf. Das Konfliktgericht ist eine echte Institution mit Rechtsprechungscharakter und muss daher alle mit dieser Eigenschaft verbundenen Garantien beinhalten. Wie M. Braconnier feststellte, "kann man sich kaum vorstellen, dass Entscheidungen, die direkte Auswirkungen auf die Rechte von Einzelpersonen haben, immer noch durch den überragenden Weg des Siegelbewahrs, eines Regierungsmitglieds, zustande kommen können" (S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, S. 192). In der Entscheidung *Bulut gegen Österreich* entwickelt der Europäische Gerichtshof das Konzept des "objektiven Verbündeten", das den Grundsatz der Waffengleichheit verletzen kann und den Justizminister kennzeichnet, wenn er den Vorsitz im Konfliktgericht führt (EGMR, 22. Februar 1996, *Bulut gegen Österreich*, RTDH 1996, S. 627, Anmerkung MARTENS, zitiert von S. BRACONNIER, a. a. O., S. 192).

115 F. MODERNE, "Le référé-liberté devant le juge administratif", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, oben genanntes Kolloquium, S. 133.

Zuständigkeitsfrage keine Auswirkungen auf die Gewährleistung der Rechte des Klägers haben. In diesem Fall bedeutete die Anerkennung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit jedoch gleichzeitig, die völlige Ineffizienz der den Klägern zur Verfügung stehenden Verfahrenswege und den fehlenden gerichtlichen Schutz ihrer Rechte und Freiheiten zuzugeben. Ohne vorherige Entscheidung waren die Kläger nämlich nicht berechtigt, direkt vor dem Verwaltungsgericht zu klagen. Um eine streitige Klage einreichen zu können, mussten sie zunächst eine Stellungnahme der Verwaltung erwirken und gegebenenfalls das Eintreten einer stillschweigenden Ablehnungsentscheidung nach Ablauf einer Frist von vier Monaten abwarten¹¹⁶. Darüber hinaus konnte gegen die Ablehnungsentscheidung nur eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse rechtsgültig eingereicht werden. Ein Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung oder auf vorläufige Aussetzung wäre gemäß der *Amoros-Rechtsprechung* als unzulässig erklärt worden. Was die einstweilige Verfügung betrifft, so wies sie dem Verwaltungsrichter zwar eine Anordnungsbefugnis zu, diese konnte jedoch nicht eingesetzt werden, um die Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung zu verhindern. Der einzige Weg, der gegen diese Entscheidung offen stand, war daher die Klage wegen Überschreitung der Befugnisse. Aufgrund der Fristen, die die Einhaltung des kontradiktorischen Verfahrens mit sich bringt, und der Verpflichtung, als Kollegium zu entscheiden, war es jedoch ausgeschlossen, dass das Gericht die Maßnahme kurzfristig aufheben würde. In Ermangelung eines angemessenen Verfahrens "konnte die Verwaltung also ungestraft das Gesetz umgehen, das die Inhaftierung von Ausländern, denen die Einreise in das französische Hoheitsgebiet untersagt ist, in einer Wartezone vorschreibt. Das bestehende Rechtsvakuum in Bezug auf Notverfahren wurde somit offensichtlich und bedrohte die Glaubwürdigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit in dem so sensiblen Bereich der Freiheiten." ¹¹⁷

26. Die Entscheidung löste eine Legitimitätskrise der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus, da sie nicht in der Lage war, eine effektive Verteidigung der Freiheitsrechte zu gewährleisten. Durch die Kritik an ihrer Wirksamkeit und damit an ihrem Nutzen für die Bürger wurde die Existenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst ins Visier genommen. Am Tag nach der Entscheidung des Konfliktgerichts forderten Richter und Staatsanwälte schlicht und einfach ihre Abschaffung¹¹⁸. Im Palais-Royal war man sich der "Gefahr der Destabilisierung"¹¹⁹ bewusst, die die durch die Entscheidung vom 12. Mai 1997 eingeleitete Krise für die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit sich brachte¹²⁰. Da die Krise nicht eskalieren und die Existenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit bedrohen sollte, wurde es dringend notwendig, das Problem der Unfähigkeit des Verwaltungsrichters zu beheben, Verwaltungshandeln, das die Freiheitsrechte ernsthaft beeinträchtigt, schnell zu beenden. Die Krise konnte nur durch einen gesetzgeberischen Eingriff eingedämmt werden, der dem Verwaltungsrichter Vorrechte zuweist, die es ihm ermöglichen, die von der öffentlichen Gewalt bedrohten Freiheiten von Einzelpersonen energisch zu sichern.

In den Tagen nach der Entscheidung des Konfliktgerichts wurden entsprechende Vorschläge unterbreitet. Solon - ein Pseudonym, hinter dem sich die Identität eines Staatsrats verbirgt - reagierte auf die Angriffe der Richter und wollte die Begriffe der Debatte neu definieren. Während es für die Staatsanwälte um die Existenz einer Verwaltungsgerichtsbarkeit geht, behauptet Solon: "Die eigentliche Frage ist, ob der Verwaltungsrichter über ebenso starke Instrumente wie der Justizrichter verfügt, um im Notfall einer Freiheit zu Hilfe zu eilen, die von der Verwaltung unrechtmäßig bedroht wird. Er sagt, dass "in den letzten Jahren viel in dieser Richtung getan wurde", aber dass "man noch weiter gehen muss"¹²¹. Herr Arrighi de Casanova hatte in seinen Schlussfolgerungen zum Urteil vom 12. Mai 1997 einen Appell an den Gesetzgeber gerichtet und erklärt: "Wenn die Verfahren, die von dem nach den Grundprinzipien, die die doppelte Gerichtsbarkeit regeln, zuständigen Richter angewandt werden, nicht ausreichend bequem sind, ist es Aufgabe der öffentlichen Hand, über ihre Anpassung nachzudenken"¹²². Einige Richter schlossen sich der Analyse der Mitglieder des Staatsrats hinsichtlich der Notwendigkeit an, ein

116 Zum Zeitpunkt des Sachverhalts legte das Gesetz die Frist für das Eingreifen einer stillschweigenden Ablehnungsentscheidung auf vier Monate fest (Regel aus Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Juli 1900, die durch das Gesetz vom 7. Juni 1956 und das Dekret vom 11. Januar 1965 bekräftigt und verallgemeinert wurde). Diese Frist wurde durch das Gesetz vom 12. April 2000 auf zwei Monate gesenkt (siehe Artikel R. 421-2 des Verwaltungsjustizgesetzes).

117 P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, oben genanntes Kolloquium, S. 97.

118 Der Berufsverband der Magistrate forderte, man solle "über das Verschwinden der beiden Gerichtsordnungen, eine Kuriosität in der europäischen Gerichtslandschaft" nachdenken (*Le Monde* 16. Mai 1997).

119 P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", a. a. O., S. 106.

120 Zu der Zeit, als die Polemik aufkam, war dem Ethnologen Bruno Latour gestattet worden, eine Ethnografie des Staatsrats zu erstellen. In einer ganz außergewöhnlichen Weise und über mehrere Monate hinweg erhielt er einen Passierschein, der es ihm ermöglichte, sich innerhalb der Institution frei zu bewegen. Aus dieser Beobachtungs- und Analysearbeit entstand ein Buch: *La fabrique du droit*, das im Verlag La Découverte erschienen ist. Bruno Latour berichtet darin insbesondere von den Ereignissen im Mai 1997 und beschreibt mit großer Detailfülle, wie die durch die Entscheidung des Konfliktgerichts ausgelöste Krise von innen heraus erlebt wird und welche Strategie der Staatsrat zu ihrer Eindämmung entwickelt hat (siehe B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002, S. 44-55).

121 SOLON, "Un émoi à côté de la plaque" (Eine Aufregung neben der Platte), *Le Monde*, 24. Mai 1997, S. 19.

122 J. ARRIGHI DE CASANOVA, oben genannter Schlussantrag, *RFDA* 1997, S. 523.

schnelles und effizientes Verfahren in diesem Bereich einzuführen .123

Da die Regierung nicht reagierte, ergriff der Staatsrat die Initiative zu einer Reform, deren Verlauf er bis zum Ende überwachen wird. Eine Arbeitsgruppe, die auf Initiative seines Vizepräsidenten aus seinen Reihen gebildet wurde, wurde beauftragt, über mögliche Verbesserungen nachzudenken .124

B. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe: Die Alternative zwischen zwei Varianten der einstweiligen Verfügung

27. Die einstweilige Verfügung und ganz allgemein die Reform vom 30. Juni 2000 sind in erster Linie das Werk des Staatsrats und seiner Arbeitsgruppe. Zwar fällt die *référé-liberté* in den Bereich des Gesetzes¹²⁵ und wurde nach Diskussionen, parlamentarischen Änderungen und der Verabschiedung durch beide Versammlungen durch einen formell gesetzgebenden Text im positiven Recht eingeführt. Das Gesetz über einstweilige Verfügungen stellt jedoch, wie frühere Reformen im Bereich des streitigen Verwaltungsverfahrens, eine Rückkehr zum Gesetz in Form eines *Trompe l'oeil* dar¹²⁶. Wie Pacteau sagt: "Das Gesetz vom 30. Juni 2000 ist der Prototyp der großen Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren Idee ebenso wie die Initiative vom Staatsrat ausgegangen ist, die er vorbereitet und bis zu ihrer erfolgreichen parlamentarischen Verabschiedung geleitet hat (...)"¹²⁷. Obwohl der Staatsrat es ablehnt, das Gesetz zu initiieren¹²⁸, besteht

123 Siehe in diesem Sinne S. PETIT, obs. précitée *GP* 1997, 1, S. 745: "Souhaitons que le vœu souvent formé par les magistrats de l'Ordre administratif de se attacher à attribuer la défense des libertés individuelles dans leur champ de compétence, s'accompagne des moyens juridiques, techniques et procédurales à la hauteur de la revendication exprimée. Es geht um die verfassungsmäßige Garantie der Grundrechte des Bürgers".

124 Während die Krise vom 12. Mai hauptsächlich das Versagen des Verwaltungsrichters beim dringenden Schutz der Freiheitsrechte betraf, beschloss der Staatsrat, eine umfassendere Reform durchzuführen, um alle Unzulänglichkeiten seiner Dringlichkeitsverfahren zu beheben. In einem Schreiben vom 31. Oktober 1997 (siehe *RFDA* 2000, S. 954) forderte der Vizepräsident des Staatsrats eine Arbeitsgruppe auf, "die Hypothesen zu identifizieren, in denen der Verwaltungsrichter nach dem Stand der Texte und der Rechtsprechung nicht in der Lage ist, den Bedürfnissen der Rechtsuchenden auf zufriedenstellende Weise gerecht zu werden". Anschließend sollte sie Reformmaßnahmen vorschlagen, um das Recht einfacher und wirksamer zu gestalten. Die Arbeitsgruppe wurde per Erlass vom 7. November 1997 (siehe *RFDA* 2000, S. 954-955) eingesetzt und setzte sich aus acht Mitgliedern des Staatsrats, vier Richtern der Grundgerichte und zwei Universitätsprofessoren (René Chapus und Bernard Pacteau) zusammen. Im Anschluss an ihre Arbeit erstellte die Arbeitsgruppe einen Bericht und bereitete Vorentwürfe für Texte vor, in denen ihre Vorschläge sowie die untersuchten Varianten umgesetzt wurden (siehe *RFDA* 2000, S. 941-958).

125 Zwei Grundlagen wurden von den Kommentatoren hervorgehoben, um die Zuständigkeit des Parlaments zu rechtfertigen. Die erste beruht auf Artikel 34 der Verfassung, der die Festlegung der grundlegenden Garantien für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten unter den Schutz des Gesetzgebers stellt. Zwar stimmt der Begriff der Grundfreiheit nicht genau mit dem der öffentlichen Freiheit überein, doch gibt es dennoch zahlreiche Bereiche, in denen die beiden Begriffe übereinstimmen. Folglich ist der *référé-liberté* zumindest teilweise für die Gewährleistung der öffentlichen Freiheiten relevant. Professor Chapus hat eine zweite Grundlage für die Gesetzgebungskompetenz hinzugefügt: die Achtung der Verteidigungsrechte, wie sie sich aus den von den Gesetzen der Republik anerkannten Grundprinzipien ergeben (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, Nr. 1536).

126 Wie M. Gaudemet feststellte, "findet man am Ursprung der meisten großen Texte, die in den letzten Jahren das Verwaltungsstreitverfahren verändert haben, in der Tat den Willen und die Initiative des Staatsrats" (Y. GAUDEMET, "Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif", in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, S. 338). Bemerkenswerterweise "ist es eigentlich immer der Staatsrat, der ausgehend von seiner Praxis und seiner Kenntnis des Rechtsstreits und weil er das Recht des Rechtsstreits aufgebaut hat, neue Lösungen hervorbringt und zumindest für einen großen Teil davon der Verfasser ist" (*op. cit.*, S. 339). Seine Stellung innerhalb der staatlichen Behörden, seine Erfahrung mit Rechtsstreitigkeiten und auch die Autorität, die ihm heute zukommt, verleihen ihm eine breite formale Kontrolle über jegliche Normativität in diesem Bereich. Wie M. Melleray zusammenfasst, "c'est toujours le Conseil d'Etat qui décide et derrière des textes formellement législatifs, il faut généralement voir la main du Palais-Royal" (F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, Kolloquium vom 11. und 12. Dezember 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, S. 294). Siehe auch B. PACTEAU, "Procédure administrative contentieuse, retour à la loi, et après?", *RFDA* 1996, S. 5-9.

127 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, Nr. 262.

128 Präsident Labetoulle erinnerte an die institutionelle Trennung zwischen dem Staatsrat und der Arbeitsgruppe, die innerhalb des Staatsrats tätig war: "Im Gegensatz zu dem, was manchmal gesagt oder geschrieben wurde, gab es keine organische Intervention des Staatsrats als solchem. Die Arbeitsgruppe funktionierte innerhalb des Staatsrats mit externen Persönlichkeiten. Die Arbeit der Arbeitsgruppe wurde direkt von der Arbeitsgruppe auf den Schreibtisch von Frau Guigou weitergeleitet. Es gab keine Beratungen des Staatsrats; es gab keine Stellungnahme des Staatsrats. Le Conseil d'Etat, en tant que tel, n'a connu du texte que lorsque le gouvernement a lui soumis, dans sa fonction consultative, un projet de loi" (D.

kein Zweifel daran, dass er "sowohl der Inspirator als auch der Handwerker" ist¹²⁹. Unter Nutzung seiner Vorschlagsfunktion gemäß Artikel L. 112-3 der Verwaltungsgerichtsordnung¹³⁰ hat der Staatsrat im Rahmen seiner Arbeitsgruppe einen "Gesetzesvorentwurf"¹³¹ verfasst, dessen Verabschiedung er dem Gesetzgeber vorschlagen wird.

28. In der Arbeitsgruppe wurde die einstweilige Verfügung unter dem Aspekt der Anordnungsbefugnis diskutiert. Das Fehlen einer solchen Befugnis wurde als Lücke dargestellt, ihre Anerkennung zugunsten des Richters für Notfälle als Lösung. So entstand die *référé-liberté* aus der Idee der *référé-injonction*.

Die Arbeitsgruppe geht von einer Feststellung aus: Die Beschränkung der Anordnungsbefugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen stellt eine schwerwiegende Lücke im Schutz dar, den die Verwaltungsgerichtsbarkeit den Bürgern bietet. "In den Fällen von materiellen Handlungen, unregelmäßigem Verwaltungsverhalten, Untätigkeit oder sogar rein negativen Entscheidungen - allesamt Fälle, in denen sich der Mechanismus der Aussetzung der Vollstreckung als ungeeignet erweist - beraubt das Fehlen angemessener Anordnungsbefugnisse die Rechtsuchenden einer nützlichen und wirksamen Dringlichkeitsintervention des Verwaltungsrichters"¹³². Um diese Unzulänglichkeiten zu beheben, erschien es wesentlich, "die Erneuerung des Vollstreckungsaufschubs durch eine Ausweitung der dem Verwaltungsrichter für Dringlichkeitsverfahren übertragenen Anordnungsbefugnisse zu begleiten"¹³³. Es geht darum, dem Verwaltungsrichter zu ermöglichen, "wirksam in Situationen einzugreifen, in denen es nicht um leicht identifizierbare Verwaltungsentscheidungen geht, d. h. in Situationen, in denen die einfache Aussetzung der Ausführung einer Verwaltungsentscheidung nicht ausreicht, um die Rechte der Einzelpersonen zu gewährleisten. Diese "*référé-injonction*" würde es dem Verwaltungsrichter ermöglichen, alle beteiligten Parteien, einschließlich der Verwaltungsbehörden, anzuweisen, alle zweckdienlichen Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen"¹³⁴. Aufgrund des Umfangs dieser Befugnisse "erschien es notwendig, diese Anordnungsbefugnis einzugrenzen und auf Fälle von schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungshandlungen zu beschränken: Damit der Richter, der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren entscheidet, d. h. allein und in Eile, eingreifen und dabei von Befugnissen Gebrauch machen kann, die über das normale Recht hinausgehen, muss die begangene Rechtswidrigkeit durch ihre Schwere und ihre Offensichtlichkeit gekennzeichnet sein"¹³⁵.

29. Die Frage des Anwendungsbereichs dieses Verfahrens war Gegenstand wichtiger Debatten in der Arbeitsgruppe. Gemäß der von der Arbeitsgruppe bei ihrer Einsetzung festgelegten Methode, die nicht darin besteht, zu entscheiden, sondern Entscheidungen zu beleuchten und Optionen aufzuzeigen, wurden zwei Varianten der einstweiligen Verfügung in Betracht gezogen: zum einen der Schutz der Grundfreiheiten, zum anderen die "sehr große Dringlichkeit". Der auf einem extensiven Verständnis des Bereichs des Gesetzes beruhende Gesetzesentwurf zieht somit in seinem Artikel 3 zwei alternative Systeme in Betracht :¹³⁶

LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, oben genanntes Kolloquium, S. 17). Diese Trennung ist sicherlich nicht unecht. Sie muss jedoch relativiert werden, da die Arbeitsgruppe hauptsächlich aus Mitgliedern des Staatsrats bestand.

129 I. LEGRAND und L. JANICOT, Note sous CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, AJDA* 2001, S. 973. Wie Präsident Vandermeeren feststellt: "Gemäß einer Praxis, die in den letzten Jahren alle Texte, ob Verordnung oder Gesetz, zur Änderung des Verwaltungstreitrechts betraf, hatte die Reform der Dringlichkeitsverfahren den Staatsrat als Initiator, der sie vorschlug und vorbereitete, bevor sie von der Regierung beschlossen und vom Parlament verabschiedet wurde" (R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 708).

130 "Der Staatsrat kann von sich aus die Aufmerksamkeit der staatlichen Behörden auf Reformen der Rechts-, Verordnungs- oder Verwaltungsordnung lenken, die ihm im Einklang mit dem allgemeinen Interesse zu stehen scheinen" (ehemaliger Artikel 24 der Verordnung Nr. 45-1708 vom 31. Juli 1945).

131 Der Ausdruck wurde von der Arbeitsgruppe selbst verwendet (siehe insbesondere Anhang Nr. 8 des Berichts, *RFDA* 2000, S. 958). Er wurde später übernommen (siehe z. B. L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, S. 383). Dieser Gesetzesvorentwurf entspricht dem, was M. Henry als "'Vorverfassungen' in Rechtsform" bezeichnet (O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'Etat*, thèse Montpellier I, 2000, S. 249). Wie der Autor feststellt, "hütet sich der Staatsrat grundsätzlich davor, selbst einen Gesetzestext Artikel für Artikel zu verfassen, um nicht in einer Weise auf die dem Parlament übertragene Aufgabe einzuwirken, die als übertrieben angesehen würde. Aber der Eingriff in die gesetzgeberische Funktion kann manchmal so aussehen, wenn die mit der Durchführung einer Studie beauftragte Arbeitsgruppe es für angebracht hält, einen Quellentext vorzuschlagen (der alle Vorschläge in einem Gesetzesvorentwurf zusammenfasst, der unverändert übernommen werden kann und soll)" (*ibid.*; siehe die Beispiele auf S. 249-251).

132 Oben genannter Bericht, S. 944.

133 Oben genannter Bericht, S. 947.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

136 Anhang Nr. 4 zum Bericht der Arbeitsgruppe, *RFDA* 2000, S. 955.

Variante 1: "Wird eine Grundfreiheit durch die Verwaltung schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig beeinträchtigt, kann der Richter für einstweilige Verfügungen auf einen durch die Dringlichkeit gerechtfertigten Antrag hin alle notwendigen Schutzmaßnahmen anordnen".

Variante 2: "Vorbehaltlich der Bestimmungen des vorherigen Artikels [über das Verfahren der einstweiligen Verfügung und Aussetzung] kann der Richter für einstweilige Verfügungen in dringenden Fällen auf einfachen Antrag, der auch ohne vorherige Verwaltungsentscheidung zulässig ist, jede Maßnahme anordnen, die nicht auf eine ernsthafte Anfechtung stößt und die durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, die Ausübung eines Rechts oder einer Freiheit zu schützen, die durch eine Handlung oder ein Verhalten der Verwaltungsbehörde in Frage gestellt wird. Auf Antrag eines Betroffenen kann sie jederzeit beendet werden".

Laut Präsident Labetoulle bestand die Alternative darin, "entweder einen sehr weiten Anwendungsbereich zu haben, in dem aber natürlich die Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen vielleicht weniger ausgeprägt gewesen wären, oder, im Gegenteil, einen engeren Anwendungsbereich und stärkere Befugnisse"¹³⁷. Die erste Formel, die sich ausschließlich auf den Schutz der Grundfreiheiten beschränkt, würde es dem Richter ermöglichen, alle Schutzmaßnahmen zu verhängen. Die zweite Variante, die alle Rechte und Freiheiten betrifft, würde dem Richter nur dann erlauben, eine Maßnahme zu verhängen, wenn es keine ernsthaften Anfechtungen gibt. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe gab der ersten Lösung eindeutig den Vorzug. Vier Überlegungen waren für diese Entscheidung ausschlaggebend¹³⁸. Erstens schien die Hypothese der Verletzung einer Grundfreiheit den Situationen zu entsprechen, in denen das dringende Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen mit sehr weitreichenden Befugnissen am meisten gerechtfertigt war. Zweitens wird das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen in den meisten Fällen Situationen entsprechen, die durch Verwaltungsentscheidungen entstanden sind, bei denen eine einstweilige Verfügung mit Aussetzung, eventuell in Verbindung mit der Anwendung der Anordnungsbefugnis, die sich aus dem Gesetz vom 8. Februar 1995 ergibt, ausreicht, um die Rechtsuchenden wieder in ihre Rechte einzusetzen. Darüber hinaus bestand die Gefahr, dass eine Ausweitung des Anwendungsbereichs dieses Verfahrens den größten Teil der Verwaltungsstreitigkeiten in den Orbit der einstweiligen Verfügung ziehen würde, zum Nachteil der Qualitätsgarantien, die die Urteile in der Sache bieten, die von einem Kollegium nach einer schriftlichen Beweisaufnahme gefällt werden. Schließlich befürchtete die Arbeitsgruppe, dass eine zu weitgehende Ausweitung der Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen zu einer übermäßigen Anzahl von Eingaben führen könnte, die die Kapazitäten der Verwaltungsgerichtsbarkeit überfordern würde.

Der Bericht der Arbeitsgruppe wurde dem Justizminister im Mai 1998 vorgelegt. In dem Bericht wurden die beiden Formen des *référé-injonction* vorgestellt.

C. Die Entscheidung der Regierung: die Wahl des référé-liberté

30. Die Regierung führte zunächst eine Abstimmung mit den Berufsverbänden der Richter und Anwälte durch. Anschließend leitete sie Sitzungen mit interministeriellem Charakter, um die Standpunkte aller Zentralverwaltungen zu harmonisieren. Von den beiden von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Varianten einer einstweiligen Verfügung entschied sich die Regierung für die strenge Formel: die einer einstweiligen Verfügung, die "in ihren Möglichkeiten erweitert, aber in ihrem Bereich begrenzt" ist¹³⁹. In Artikel 4 des Gesetzentwurfs wird die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagene Formel mit einer redaktionellen Änderung übernommen. Darüber hinaus fügt die Regierung einen zweiten Absatz hinzu, in dem das Handlungsinteresse des Präfekten im Rahmen dieses Verfahrens anerkannt wird:

"Wird eine Grundfreiheit durch die Verwaltung schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig beeinträchtigt, kann der Richter für einstweilige Verfügungen auf einen durch Dringlichkeit gerechtfertigten Antrag hin alle Maßnahmen anordnen, die zur Wahrung dieser Freiheit erforderlich sind.

Dieser Antrag kann vom Vertreter des Staates gestellt werden, wenn die im vorherigen Absatz erwähnte

¹³⁷ D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000" (Die Entstehung des Gesetzes vom 30. Juni 2000), a. a. O., S. 20.

¹³⁸ Vgl. den Bericht der oben genannten Arbeitsgruppe, *RFDA* 2000, S. 948.

¹³⁹ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, Nr. 278. Siehe V. TARDY, "Le projet de réforme de la procédure de référé", *LPA* 11. Dezember 1998, Nr. 148, S. 7-13.

Beeinträchtigung von einer Gebietskörperschaft oder einer lokalen öffentlichen Einrichtung verursacht wurde."

Der Gesetzentwurf Nr. 269 *über einstweilige Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten* wurde am 17. März 1999 vom Ministerrat verabschiedet und am selben Tag auf dem Schreibtisch des Senats hinterlegt.

D. Parlamentarische Verbesserungen

31. Im Allgemeinen zeichnete sich die Gesetzgebungsphase durch einen breiten parlamentarischen Konsens aus, der über die politischen Trennlinien hinausging. Obwohl der Text nach der Sitzung des Gemischten Paritätischen Ausschusses angenommen wurde, kam es im Allgemeinen nur zu relativ geringen Meinungsverschiedenheiten zwischen Senat und Nationalversammlung, die den Aufbau des Regierungspakets intakt ließen. Im Hinblick auf den gesamten Entwurf "warf nur das System des neuen *référé-liberté* echte Schwierigkeiten auf"¹⁴⁰. Diese betrafen die Frage der Rechtsbehelfe, die Klagebefugnis des Präfekten und die Zuständigkeit des Gerichts in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung.

Schließlich wurde der Text innerhalb von fünfzehn Monaten vom Parlament verabschiedet. "Diese Verzögerung des Ausarbeitungsprozesses erscheint endlos für einen Text, über dessen Prinzip sich ein Konsens abzeichnete und dessen Inhalt auf den ersten Blick vor allem technisch zu sein schien"¹⁴¹. Dennoch handelt es sich um "eine *angemessene* Frist, vor allem wenn man sich (neben der Überlastung der Versammlungen) an die Schwierigkeiten bei der Verabschiedung mehrerer anderer großer verwaltungsrechtlicher und vor allem streitiger Rechtsreformen der letzten zwanzig Jahre erinnert (...)"¹⁴².

Der endgültige Text wurde von beiden Versammlungen mit großer Mehrheit angenommen, vom Senat am 21. Juni 2000¹⁴³, von der Nationalversammlung am 22. Juni 2000¹⁴⁴. Das Gesetz wurde am 30. Juni 2000 vom Präsidenten der Republik verkündet, ohne dass der Verfassungsrat angerufen wurde: "on d'ailleurs imagine mal par qui, sur quels moyens ni avec quelle chance de succès elle hätte intentée sein können"¹⁴⁵. Nur wenige Autoren haben sich mit dieser Frage auseinandergesetzt. Vorbehalte wurden jedoch von Frau Rouault geäußert. Die Autorin bezweifelte die Verfassungsmäßigkeit des *référé-liberté* mit der Begründung, dass "die Verfassung den Richter zum Hüter der persönlichen Freiheit und des Eigentumsrechts macht, was seine Zuständigkeit im Falle einer Verletzung dieser Freiheiten rechtfertigt. Wenn der Verfassungsrat dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt hat, Kompetenzblöcke zu schaffen, kann man sich fragen, ob es mit den Verfassungsgrundsätzen vereinbar ist, dem Verwaltungsrichter diese präzise Zuständigkeit zu übertragen"¹⁴⁶. In Wirklichkeit war der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit jedoch unbegründet. Einerseits genießt der Verwaltungsrichter einen verfassungsrechtlichen Vorbehalt der Zuständigkeit für Handlungen, die von Verwaltungsbehörden in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse vorgenommen werden. Dieser Grundsatz muss zwar mit dem gleichwertigen Grundsatz in Einklang gebracht werden, der die persönliche Freiheit und das Privateigentum unter den Schutz der Justizbehörde stellt, doch ist der Verfassungsrat der Ansicht, dass es sich für den Richter um eine *privilegierte* Zuständigkeit und keinesfalls um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt¹⁴⁷. Andererseits bewirkt das Gesetz keineswegs eine "Verlagerung" der Streitigkeiten von der Gerichts- auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sein Zweck besteht lediglich darin, die Eilbefugnisse des Verwaltungsrichters zu stärken, ohne die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten zu ändern. In jedem Fall hatten sich die Verfasser des Gesetzesentwurfs vor jeglichem Risiko geschützt, indem sie in dem den Versammlungen vorgelegten Text jeden ausdrücklichen Verweis auf die persönliche Freiheit und das Recht auf Eigentum vermieden.

140 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 708 (Hervorhebung hinzugefügt). In der zweiten Lesung betraf die Hälfte der vom Rechtsausschuss des Senats vorgeschlagenen Änderungen, d. h. fünf von zehn Änderungen, allein den *référé-liberté* (R. GARREC, Rapport Sénat Nr. 210, S. 12-13). In der gemischten paritätischen Kommission betrafen zwei der noch zur Diskussion stehenden Punkte speziell dieses Verfahren (Rapport AN Nr. 2460, und Sénat Nr. 396).

141 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives" (Das Gesetz vom 30. Juni 2000 über einstweilige Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten), *RFDA* 2000, S. 964.

142 B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, S. 959 (Hervorhebung hinzugefügt).

143 *JO déb. Sénat*, CR séance 21. Juni 2000, S. 4226.

144 *JO déb. AN*, CR Sitzung 22. Juni 2000, S. 5808.

145 B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, S. 959.

146 M.-C. ROUAULT, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence", *LPA* 3. August 1999, Nr. 153, S. 15.

147 Siehe *infra*, § 119.

III. Die Schwerpunkte der Forschung

32. Dieses Verfahren, dessen allgemeine Merkmale zunächst anhand der Frage nach seiner Bezeichnung skizziert werden sollen, wurde sowohl von der Lehre als auch von den Bürgern befürwortet. Es sollte über den Beitrag, den Stellenwert und die Merkmale dieses Rechtswegs nachgedacht werden.

A. Die gewählte Formel und die Bezeichnung des Verfahrens

33. Wie Professor Pacteau feststellt, wurde die *référé-liberté* in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes "in zugleich starken und kanalisiert Worten" verankert: "Jedes Wort wiegt schwer und wurde gewollt, um die Zuständigkeit des Richters für *référé* präzise zu kanalisieren und zu finalisieren"¹⁴⁸. Formal vereint Artikel L. 521-2 die Befugnisse des Richters und die Bedingungen für die Gewährung in einer einzigen Formel. Die gewählten Begriffe sind bewusst weit gefasst und in mancher Hinsicht unbestimmt, um diesem Rechtsweg ein hohes Maß an Flexibilität zu verleihen. Die Formel ist eine Synthese aus mehreren Verfahren, die es vor ihr im Verwaltungsstreitrecht und im Privatjustizrecht gab¹⁴⁹.
34. Wie üblich hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, diesem Verfahren eine Bezeichnung zu geben. Da es keine offizielle Bezeichnung gibt, wurden von der Lehre mehrere Formulierungen vorgeschlagen. Es gibt nicht weniger als fünf Ausdrücke: *référé-liberté*, *référé-liberté fondamentale*, *référé-injonction*, *référé-sauvegarde* und schließlich *référé-sauvegarde d'une liberté fondamentale*. Zwar haben alle diese Bezeichnungen gemeinsam, dass sie die Natur des Verfahrens - nämlich eine einstweilige Verfügung - in den Vordergrund stellen, doch hebt jede anschließend einen anderen Aspekt des Verfahrens hervor. Die ersten beiden Bezeichnungen betonen *den Gegenstand* des Verfahrens: die (Grund-)Freiheiten. Der dritte Begriff betont *die Befugnis* des Richters, eine Freiheit zu verletzen, oder vielmehr eine seiner Befugnisse - die symbolträchtigste: die Befugnis, Anordnungen zu erlassen. Die letzten beiden Bezeichnungen heben *den Zweck* dieses Verfahrens hervor: den Schutz, die Wahrung der Freiheiten. Während der erste Begriff nicht zur Diskussion steht, wie seine Verwendung in allen vorgeschlagenen Formulierungen zeigt, muss der zweite Begriff diskutiert werden.

Im Hinblick auf seine Natur stellt das Verfahren nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eine einstweilige *Verfügung* dar. "Im Allgemeinen ist die einstweilige Verfügung die Anrufung des Richters, um eine sofortige und vorläufige Entscheidung herbeizuführen"¹⁵⁰. Sowohl im Privat- als auch im Verwaltungsrecht entsprechen diese Verfahren dem Bedürfnis, eine Frage schnell zu behandeln, deren Berücksichtigung im normalen Gerichtsverfahren zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde. Ganz konkret für den Bürger bietet die einstweilige

148 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, Nr. 278.

149 Artikel L. 521-2 leiht sich von diesen Verfahren einige ihrer Ausdrücke. Seine ersten Worte ("Saisi d'une demande en ce sens") sind eine wörtliche Übernahme von Artikel L. 10 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (Gesetz über Verwaltungsgerichte und Berufungsgerichte). Das Erfordernis eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit erinnert an die Formulierung der Rechtsprechung zum Tatbestand der Rechtsbeugung. Der Verweis auf "eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine privatrechtliche Einrichtung, die mit der Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betraut ist" ist unmittelbar dem Gesetz vom 8. Februar 1995 entlehnt. Was die Befugnisse des Richters - "alle notwendigen Maßnahmen anordnen" - betrifft, so kann man nur die Nähe dieser Formulierung zu der in Artikel 484 der neuen Zivilprozessordnung hervorheben, die dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen "die Befugnis, sofort die notwendigen Maßnahmen anzuordnen" überträgt.

150 R. JACQUELIN, "L'évolution de la procédure administrative", *RDJ* 1903, 2^{nde} Teil S. 14. In Frankreich wurde die erste Institution, die man mit einem echten *référé* vergleichen kann, durch ein königliches Edikt vom 22. Januar 1865 zur Organisation des Verfahrens vor dem Châtelet eingeführt. Dieses Verfahren, das sich an der Praxis des Zivilleutnants des Pariser Châtelet orientierte, vereinte zwei der wesentlichen Merkmale, die das Wesen des *référé* ausmachen: ein vereinfachtes Verfahren, das in dringenden Fällen angewandt wird. Es wurde später in den Artikeln 806 bis 811 der Zivilprozessordnung von 1806 kodifiziert. Das *référé* wurde dank einer Praxis des Conseil de préfecture de la Seine auf Verwaltungsstreitigkeiten übertragen. Das Verfahren wurde dann durch das Gesetz vom 22. Juli 1889 verankert, allerdings nur zugunsten der Präfekturräte. Erst der damals unbemerkt gebliebene Artikel 34 der Verordnung vom 31. Juli 1945 stattete den Staatsrat mit demselben Vorrecht aus; bis dahin hatte er nach Artikel 3 des Dekrets vom 22. Juli 1806 lediglich die Möglichkeit, die Vollstreckung auszusetzen. Zu den historischen Ursprüngen der einstweiligen Verfügung vor der Gerichts- und Verwaltungsgerichtsbarkeit siehe Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. XIII-XXV; C. GABOLDE, "Pour un véritable référé administratif", *D.* 1949, chron., S. 172, und J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation (Organisation). Dispositions générales", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), S. 2. Siehe auch O. GERARD, *Des origines des référés et des principes de compétence en cas d'urgence en droit français*, thèse Paris, 1886, 232 S.

Verfügung "den Vorteil der Zeitersparnis"¹⁵¹; sie "liefert eine sofortige Antwort auf eine Krisensituation"¹⁵². Schnelligkeit ist also das Wesen der einstweiligen Verfügung¹⁵³. In Anbetracht der Bedingungen, unter denen der Verwaltungsrichter auf der Grundlage dieser Bestimmung tätig wird, fällt das durch Artikel L. 521-2 eingeführte Verfahren zweifellos in die Kategorie der einstweiligen Verfügungen. Genauer gesagt handelt es sich um einen *Dringlichkeitsreferenten*¹⁵⁴ und, um den Titel des Gesetzes vom 30. Juni 2000 aufzugreifen, um einen Referenten "vor den Verwaltungsgerichten"¹⁵⁵.

Welches Element, abgesehen von seiner Natur, charakterisiert das Verfahren nach Artikel L. 521-2 am deutlichsten? Ist es sein Gegenstand oder sein Ziel? Ist es die dem Verwaltungsrichter übertragene Anordnungsbefugnis?

Formulierungen, die sich auf den Zweck des Verfahrens beziehen, florierten nicht. Der Ausdruck "référé-sauvegarde", der zunächst von Professor Chapus vorgeschlagen wurde¹⁵⁶, wurde nur wenig aufgegriffen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Formulierung nicht einprägsam ist. Diese gibt nicht an, was geschützt wird. Wie Professor Gohin bemerkte, "scheint es besser zu sein, zu präzisieren, was geschützt wird, vor allem, wenn es sich um das Wesentliche handelt"¹⁵⁷. Darüber hinaus kommt es vor, dass dieser Ausdruck von Spezialisten des Privatjustizrechts verwendet wird, um das Verfahren der einstweiligen Verfügung nach Art. 809 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung zu bezeichnen, auf dessen Grundlage die Opfer einer Rechtsverletzung die Verwaltung vor dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen verklagen¹⁵⁸. Ebenfalls auf den Zweck des Verfahrens gestützt, schlug Professor Pacteau die umfassendere Formel "référé-sauvegarde d'une liberté fondamentale" vor¹⁵⁹. Diese Formel hat den Vorteil, dass sie sowohl den Gegenstand als auch das Ziel des Verfahrens angibt. Ihre mangelnde Prägnanz hat jedoch verhindert, dass sie sich als gängiger Ausdruck durchsetzt.

Die Formulierung "référé-injonction" betont eine der Befugnisse, die dem Richter im Rahmen dieses Verfahrens zuerkannt werden. Dieser Ausdruck war während der Vorbereitungsarbeiten vorherrschend und wird in der Praxis der Verwaltungsgerichte nach wie vor recht häufig verwendet. Die Wahl dieses Ausdrucks war in der Vorbereitungsphase der Reform durchaus denkbar. Als die Arbeitsgruppe zwei Varianten für den Anwendungsbereich dieses Verfahrens in Betracht zog, bestand das Hauptmerkmal des Verfahrens in der dem Richter zuerkannten Anordnungsbefugnis. Da sich die Regierung und ihr folgend das Parlament für die Formel

151 F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, S. 11.

152 A. LACABARATS, "Le référé", in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, Kolloquium vom 11. und 12. Dezember 1997, La documentation française, 1998, S. 213.

153 Premier Président Estoup weist darauf hin, dass die klassische Lehre "mit gutem Grund in der Schnelligkeit des Verfahrens ein Unterscheidungsmerkmal der einstweiligen Verfügung gesehen hat" (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed., Litec, 1998, S. 28). Auch wenn dieses Kriterium aufgrund der Existenz zahlreicher Verfahren im modernen Prozessrecht, die sich ebenfalls durch Schnelligkeit auszeichnen, verblasst ist, "bleibt es dennoch Teil des Wesens der einstweiligen Verfügung, nachdem es ihre Schaffung gerechtfertigt und ihre Organisation befohlen hat" (*ibd.*).

154 Die Anwendung von Artikel L. 521-2 ist von der Dringlichkeit abhängig. Nach dem Vorbild der référé-suspension nach Artikel L. 521-1, die das Verfahren der Aussetzung der Vollstreckung ersetzt, und der référé-conservatoire nach Artikel L. 521-3, die an die frühere référé nach Artikel 130 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel anschließt, ist die Verhängung einer Maßnahme von der Dringlichkeit des gerichtlichen Eingreifens abhängig.

155 Auf den ersten Blick mag dieser Ausdruck dem allgemein anerkannten Begriff "verwaltungsrechtliche einstweilige Verfügung" vorzuziehen sein. Tatsächlich gibt es, wie Professor Drago 1953 feststellte, rein verwaltungsrechtliche Verfahren für einstweilige Verfügungen, die darauf abzielen, dass die Verwaltungsbehörde bei Dringlichkeit vorläufige Maßnahmen ergreift (R. DRAGO, "La procédure de référé devant le Conseil d'Etat", *RDP* 1953, S. 297-316, spé S. 304-305). Solche Verfahren gibt es auch heute noch im französischen Recht, insbesondere in Artikel 79 des Bergbaugesetzes, der durch das Gesetz vom 15. Juli 1994 neu gefasst wurde und der der Verwaltungsbehörde die Befugnis verleiht, auch während der Dauer der Arbeiten alle notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Umwelt vorzuschreiben. Diese Verfahren unterscheiden sich eindeutig von den einstweiligen Verfügungen, die "vor den Verwaltungsgerichten" anwendbar sind, da letztere vor und nach der Reform vom 30. Juni 2000 echte Gerichtsverfahren darstellen. Aus diesem Grund hielt es Professor Drago für "sehr fragwürdig", den Ausdruck "administrative" einstweilige Verfügung zu verwenden, um die Verfahren vor dem Staatsrat und den Präfekturräten zu bezeichnen (*a. a. O.*, S. 305). Heute besteht jedoch keine Gefahr mehr, dass die vor der Verwaltungsbehörde organisierten einstweiligen Verfügungsverfahren mit den vor den Verwaltungsgerichten existierenden Verfahren verwechselt werden. Niemand denkt heute an ein rein administratives Verfahren, das vor einer öffentlichen Person durchgeführt wird, wenn man von einer verwaltungsrechtlichen einstweiligen Verfügung spricht. Da der Ausdruck in der Rechtswissenschaft häufig verwendet wird, ohne dass auch nur die geringste Zweideutigkeit entsteht, muss seine Verwendung im Zusammenhang mit vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit organisierten einstweiligen Verfügungen als gültig anerkannt werden.

156 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, Nr. 1534-1535; *ID.*, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 1087.

157 O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, 2002, S. 311, Fußnote Nr. 145.

158 Vgl. z. B. A. CROZIO, "Décisions récentes en matière de mesures conservatoires et voies d'exécution", *LPA* 13. April 1988, Nr. 40, S. 5.

159 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, Nr. 278.

mit dem engen Anwendungsbereich entschieden haben, ist die Verwendung dieser Formel nicht mehr gerechtfertigt und muss aufgegeben werden. Denn der Richter nach Artikel L. 521-2 ist nicht nur der einzige Richter für einstweilige Verfügungen mit Anordnungsbefugnis¹⁶⁰, sondern kann darüber hinaus auch andere Maßnahmen als Anordnungen verhängen¹⁶¹. Der Richter nach Artikel L. 521-2 ist nicht nur ein Richter für Anordnungen und er ist auch nicht der einzige Richter für Anordnungen. Da es keine strikte und ausschließliche Entsprechungsbeziehung zwischen der dem Richter zuerkannten Anordnungsbefugnis und dem Verfahren nach Artikel L. 521-2 gibt, muss die Bezeichnung *référé-injonction* ausgeschlossen werden.¹⁶²

Zweifellos sind die befriedigendsten Ausdrücke zur Beschreibung dieses Verfahrens diejenigen, die *den Gegenstand des Verfahrens*, nämlich die Grundfreiheiten, in den Vordergrund stellen. Daher ist es besser, das Verfahren nach Artikel L. 521-2 als *référé-liberté(s) fondamentale(s)* oder als die prägnantere Formulierung *référé-liberté(s)* zu bezeichnen, die in der Begründung des Gesetzentwurfs verwendet wurde¹⁶³. Beide Ausdrücke haben sich innerhalb des Staatsrats¹⁶⁴ und innerhalb der akademischen Lehre sehr weitgehend durchgesetzt¹⁶⁵. Die Formulierung "référé liberté" wurde in den Texten über die Organisation der Rechtshilfe¹⁶⁶ und in der Verwaltungsrechtsprechung selbst festgeschrieben¹⁶⁷.

160 Auf der Grundlage von Artikel L. 521-3 kann der Richter des *référé-conservatoire* beispielsweise die Behörde anweisen, Verwaltungsdokumente freizugeben. Der Richter des *référé-suspension* nach Artikel L. 521-1 kann die Aussetzungsmaßnahme mit einer Vollstreckungsanordnung verbinden (siehe *infra*, § 480). Nach Artikel L. 551-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kann der Richter des *référé-précontractuel* eine öffentliche Person anweisen, ihren Verpflichtungen nachzukommen (siehe *infra*, § 487). Ebenso kann der Vorsitzende der Abteilung für Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der audiovisuellen einstweiligen Verfügungen Anordnungen erteilen (siehe *infra*, § 529).

161 Statt einer Anordnung kann er in bestimmten Fällen eine Aussetzungsmaßnahme vorziehen (siehe *unten*, §§ 479-480).

162 Es ist außerdem anzumerken, dass diese in der Sprache des Palastes bereits allgemein verwendet wird, um das Verfahren nach Art. 809 Abs. 2 der neuen Zivilprozessordnung zu bezeichnen.

163 Man könnte mit René Chapus (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, Nr. 1534) einwenden, dass die Bezeichnung "référé-liberté" von der strafrechtlichen Doktrin bereits dem Verfahren zur Aussetzung der Untersuchungshaft (Artikel 187-1 der Strafprozessordnung) zugeordnet wird. Während es jedoch vorkommen kann, dass ein verwaltungsgerichtliches Verfahren mit einem Zivilverfahren verwechselt wird, ist ein solches Risiko bei einem Verfahren zur Aussetzung der Untersuchungshaft, das per se keine juristischen Personen und folglich auch keine öffentlichen Personen betrifft, ausgeschlossen.

164 Siehe B. STIRN, "Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat: concurrence ou complémentarité?", in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, S. 377; G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 261-268; M. GUYOMAR und P. COLLIN, *AJDA* 2001, chron. S. 153, S. 1054-1059; R. DENOIX DE SAINT MARC, "allocation d'ouverture" du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, *RFDA* 2003, S. 1048; D. CHAUUVAUX, concl. sur CE, Sect. 28. Februar 2001, *Philippart et Lesage*, *RFDA* 2001, S. 390-398; F. LAMY, concl. sur CE, Sect., 25. April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *RFDA* 2001, S. 849-854; I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, S. 324-335; P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, S. 399-406; L. TOUVEÏT, concl. sur CE, Sect., 19. Januar 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, S. 378-388.

165 Siehe zum Beispiel L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1739-1744; B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jel. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002); J. TREMEAU, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, S. 653-658; N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, S. 658-666; A. BOURREL und J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, 112 S.; M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, S. 398-403; F. MODERNE, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif?", *D.* 2001, Point de vue, S. 3283-3285; P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. systèmes Droit, 2003, 198 S.; O. DUGRIP, "Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme", *RFDA* 2002, S. 245-249; C. DEBOUY, "La suspension des décisions en matière d'urbanisme par la procédure du référé administratif", *CJEG* Nr. 584, 2002, S. 65-83; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, coll. Manuels, 2002, 479 S.; H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés: la "folle du logis" enfin domestiquée?", *D.* 1999, dernière act, pp. 1-2; L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, 347 S.; G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, pp. 7-11; B. MATHIEU und M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, S. 121; L. GAY, "Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté", *RFDC* 2003, S. 309-333 (1^{ère} Teil) und 527-546 (2^{nde} Teil). Nachdem er diese Formel zunächst abgelehnt hatte (siehe *oben*), behauptete Chapus später, dass Artikel L. 521-2 "seine übliche Bezeichnung 'référé-liberté' (...) verdiene (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1534).

166 Siehe Artikel 1^{er}, IV, 2^o des Dekrets Nr. 2004-1025 vom 29. September 2004 zur Änderung des Dekrets Nr. 91-1266 vom 19. Dezember 1991 zur Durchführung des Gesetzes Nr. 91-647 vom 10. Juli 1991 über die Prozesskostenhilfe (*Abt.* 30. September 2004, S. 16809).

167 Siehe CE, ord. 18. Oktober 2006, *Djabrailova*, *Lebon* S. 431, *AJDA* 2006, S. 2352-2356, Anmerkung M. GAUTIER. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entscheidet, bezeichnet sich selbst als "Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit".

B. Ein beliebtes Verfahren

35. Viele, ob Parlamentarier, Verwaltungsrichter oder Wissenschaftler, haben den innovativen, ja sogar revolutionären Charakter des *référé-liberté*¹⁶⁸ hervorgehoben. Auch die Rechtswissenschaft hob die Originalität des Verfahrens hervor¹⁶⁹ und sah darin gleichzeitig "den wichtigsten Beitrag (gleichzeitig den innovativsten und vielversprechendsten) des Gesetzes vom 30. Juni 2000"¹⁷⁰, "eines der Hauptelemente der Reform der verwaltungsrechtlichen einstweiligen Verfügung"¹⁷¹, "die wichtigste und bereits berühmteste Neuerung, die durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 eingeführt wurde"¹⁷². Sie wurde von einem Siegelbewahrer als "die emblematischste"¹⁷³ der durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 eingeführten Verfahren bezeichnet. So wird die *référé-liberté* als "der wahre 'Star' dieser Reform" gefeiert¹⁷⁴. Sie stellt "ein Superverfahren dar, das den betroffenen Grundfreiheiten einen Superschutz gewährt"¹⁷⁵. Zur Beschreibung wurden alle möglichen Superlative verwendet. "Wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber eine Abstufung der gerichtlichen Befugnisse nach dem Ausmaß der Dringlichkeit und der Qualität der zu schützenden Rechte vorsieht, verkörpert die einstweilige Verfügung den ultimativen Punkt des Schutzes der Rechte der Antragsteller"¹⁷⁶. Ihm wurden die höchsten Ehren zuteil, bis hin zu seiner Krönung durch Professor Chapus zum "König der einstweiligen Verfügungen"¹⁷⁷.

Die größte Anerkennung für dieses Verfahren kam jedoch von den Klägern selbst. Wie von Präsident Vandermeeren angekündigt, haben die Kläger den *référé-liberté* "zu einem streitigen 'Star' befördert, der einen privilegierten Platz einnehmen wird"¹⁷⁸. Es stimmt, dass der *référé-liberté* ein besonders attraktives Verfahren ist. Seine Stärken liegen zunächst einmal in der Flexibilität seiner Auslösung, da es weder vom Vorliegen einer Verwaltungsentscheidung noch von der Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache abhängig ist. Weitere Gründe sind die kurze Frist von 48 Stunden für die Entscheidung des Richters und seine weitreichenden Befugnisse, da er "alle" notwendigen Maßnahmen anordnen kann. Seine Attraktivität ergibt sich schließlich aus dem betroffenen Bereich, dem der "Grundfreiheiten", ein Ausdruck, dessen Berufung allein schon ausreicht, um der Klage einen Umfang zu verleihen. Der Beschwerdeführer, der für den moralischen Charakter einer auf dieser Grundlage ausgesprochenen Verurteilung empfänglich ist und "möglicherweise von der Magie der Worte verführt

168 "Die Innovation ist der 'référé-liberté', sagte Jean-Jacques Hyest im Senat (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, S. 3742), während der Berichterstatter des Gesetzentwurfs dieses Verfahren als "eine große Innovation" der Reform darstellte (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, S. 22, 29 und 49). Bei seiner Anhörung durch den Gesetzesausschuss des Senats bezeichnete Labetoulle das Verfahren als "die innovativste Bestimmung" des Entwurfs ("Audition de M. Daniel Labetoulle par la Commission des Lois du Sénat", 26. Mai 1999, S. 2, www.senat.fr). Auch Mitglieder der akademischen Lehre sahen im *référé-liberté* eine "absolute Neuerung" (J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation. Dispositions générales", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), S. 3), "eine spektakuläre Innovation" (G. COHEN-JONATHAN, "Le droit au juge", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, S. 490) oder "eine absolute Innovation" (R. CHAPUS, *op. cit.*, Nr. 1534). Dieses Verfahren wurde als die "große Innovation" des Gesetzes vom 30. Juni 2000 dargestellt (J. VUITTON und X. VUITTON, *Les référés*, Litec, Pratique professionnelle, 2003, S. 312), "seine bemerkenswerteste Neuerung" (B. FAURE, *a.a.O.*, Nr. 2), das "innovativste Verfahren der Reform" (A. BOURREL und J. GOURDOU, *a.a.O.*, Nr. 2), das "innovativste Verfahren der Reform" (A. BOURREL und J. GOURDOU, *a.a.O.*, S. 55), "l'innovation majeure" en matière de référés d'urgence (J.-L. PISSALOUX, "Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif", *Dr. adm.* 2001, chron. Nr. 18, 1^{ère} Teil, S. 7). Man ging sogar so weit, von "La révolution du référé liberté" zu sprechen (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, S. 971).

169 "C'est sans doute ici que la loi du 30 juin 2000 (...) réalise l'œuvre la plus originale", erklärte der Vorsitzende Vandermeeren (R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 712). Die Herren Debbasch und Ricci bestätigten, dass von allen einstweiligen Verfügungen diejenige aus Artikel L. 521-2 unbestreitbar "die originellste" ist (C. DEBBASCH und J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} ed., Dalloz, coll. Précis, 2001, Nr. 556).

170 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, Nr. 278.

171 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, *SC contentieux administratif*, S. 2227.

172 J.-C. RICCI, "Chronique du contentieux administratif", *RGCT* 2001, S. 965.

173 D. PERBEN, Clôture du colloque Le juge administratif et les libertés publiques, *RFDA* 2003, S. 1123.

174 J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence: le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé?", *Contr.-urb* 2001, chron. Nr. 1, S. 6.

175 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, S. 30.

176 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives" (Das Gesetz vom 30. Juni 2000 über einstweilige Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten), *RFDA* 2000, S. 971.

177 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, Nr. 1514.

178 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 712.

wird¹⁷⁹, kann auf diesem Weg nach etwas suchen, das ihm als eine etwas feierliche oder beispielhafte Sanktion für ein Verwaltungsverhalten erscheint. Aus diesen Gründen ist die Attraktivität des *référé-liberté* durchaus gegeben. Die Kläger sind ihrerseits den Reizen dieses Verfahrens erlegen und haben den Richter unter den verschiedensten Umständen zum Eingreifen gedrängt. Sie haben sich häufig und bei vielen Gelegenheiten an den Richter für einstweilige Verfügungen gewandt.¹⁸⁰

C. Die Philosophie des grundlegenden *référé-liberté*

36. Ist die Begeisterung, sowohl in der Lehre als auch in den Rechtsstreitigkeiten, für die einstweilige Verfügung vollkommen gerechtfertigt? Erstens enden Anträge, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt werden, fast immer mit einer Ablehnung. Von zehn Anträgen auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit wird im Durchschnitt nur einer erfolgreich eingereicht. In neun von zehn Fällen werden die Bedingungen, die das Eingreifen des Richters rechtfertigen, nicht erfüllt, was darauf hindeutet, dass dieses Verfahren häufig außerhalb der Hypothesen, für die es konzipiert wurde, angewandt wird. Zweitens erinnern die Ehren, die der einstweiligen Verfügung heute zuteil werden, an die Ehren, die der Klage wegen Überschreitung der Befugnisse zu einem anderen Zeitpunkt zuteil wurden und die sich aus der Sicht des praktischen Schutzes, den der Bürger daraus zog, als keineswegs gerechtfertigt erwiesen. Wir sollten uns daran erinnern, dass Gaston Jèze 1929 nicht zögerte, die Exzessklage als "die wunderbarste Schöpfung der Juristen, die wirksamste, praktischste und wirtschaftlichste Waffe, die es auf der Welt gibt, um die Freiheiten zu verteidigen" zu bezeichnen¹⁸¹. Ähnlich betonte Pierre-Henri Teitgen 1958: "Nach einhelliger Meinung von Juristen und Politikern in der ganzen Welt gibt es kein besseres System zur Gewährleistung der individuellen Freiheiten als die Klage wegen Überschreitung der Befugnisse vor dem französischen Staatsrat"¹⁸². Dennoch ist bekannt, mit welchen gravierenden Mängeln und Unzulänglichkeiten die Exzessklage zu dieser Zeit behaftet war, was vor allem auf die Langsamkeit des Richters und seine fehlende Anordnungsbefugnis zurückzuführen war. Im Bereich der Freiheitsrechte war das Eingreifen des Exzessrichters sehr oft verspätet und aus *praktischer* Sicht für den Kläger völlig nutzlos.¹⁸³

Wie kann man im Lichte dieser Elemente den tatsächlichen Beitrag der einstweiligen Verfügung verstehen? Abgesehen von dem Symbol, das seine Einführung darstellt¹⁸⁴, was bringt dieses Verfahren wirklich für den Schutz der Rechtsuchenden?

37. Mit durchschnittlich 150 Entscheidungen pro Jahr, die der Conseil d'Etat gemäß Artikel L. 521-2 fällt, ist die Masse der Rechtsprechung zum *référé-liberté* beachtlich und bietet eine wertvolle Arbeitsgrundlage für eine Untersuchung dieses Verfahrens. Die Analyse der Rechtsprechung stützt sich auf alle Entscheidungen der obersten Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen dem 1.^{er} Januar 2001 und dem 31. Juli 2007: als Kollegial- oder Einzelrichter, als erst- und letztinstanzlicher Richter, als Berufungs- oder Kassationsrichter. Entscheidungen auf Ebene der Verwaltungsgerichte werden grundsätzlich von der Untersuchung ausgeschlossen, da sie nicht den Stand der Rechtsprechung widerspiegeln und immer der Gefahr einer möglichen Ablehnung durch den

179 G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 268.

180 Im Allgemeinen ist die Attraktivität das Los aller Verfahren, die den Schutz der Freiheitsrechte zum Gegenstand haben. Zum Beispiel in Deutschland: "Die ursprüngliche Idee, dass die Verfassungsbeschwerde ein außergewöhnlicher Rechtsweg sein sollte, den man nur als allerletzten Schritt zum Schutz der Grundrechte beschreiten würde, wurde von den Ereignissen sofort überholt. (...) Von 1951 bis 1999: 127.171 eingetragene Beschwerden (...)" (A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", *CCC* n° 10, 2001, S. 77). Wie Dittmann feststellt, "wird dieses Instrument nicht nur bei schweren Grundrechtsverletzungen eingesetzt, die als letztes Mittel eine Abhilfe durch das Verfassungsgericht erfordern (...)" (a. a. O., S. 77-78). In Kolumbien werden jedes Jahr mehrere tausend *accion de tutela* ausgeübt, fast 4000 allein im Jahr 1998 (A.-C. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", V^e Congrès de l'AFDC, Toulouse, 6., 7. und 8. Juni 2002, Atelier n° 6, S. 4).

181 G. JEZE, "Rapport à l'Institut international de droit public" (Bericht an das Internationale Institut für öffentliches Recht), *Jahrbuch des Instituts*, 1929, S. 162.

182 P.-H. TEITGEN, "Intervention au débat", in *Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, La documentation française, 1960, S. 77.

183 Siehe insbesondere J. RIVERO, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962, chron., S. 37-40, spez. S. 38-39; *ID.*, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, T. II, S. 813-836.

184 Wie Frau Fombeur feststellte, wollte der Staatsrat dieses Verfahren, um "zu zeigen, dass der Justizrichter nicht das Monopol auf die schnelle und wirksame Verteidigung der Freiheiten hat" (P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, S. 403).

Staatsrat ausgesetzt sind.

Um die Ergebnisse in einen Zusammenhang zu stellen, wird der Blick auch auf ausländische Rechtssysteme gerichtet. Als Antwort auf die Einladung des Präsidenten René Cassin¹⁸⁵ wird die Studie mit Vergleichselementen aus dem Ausland angereichert¹⁸⁶. Mit Jürgen Schwarze lässt sich "Rechtsvergleichung als Abgleich verschiedener Rechtsordnungen beschreiben, wobei sich dieser Prozess sowohl auf komplette Rechtssysteme in Geist und Stil ("Makrovergleich") als auch auf einzelne Lösungen in den betrachteten Rechtssystemen ("Mikrovergleich") beziehen kann"¹⁸⁷. Bei der Untersuchung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wird sich das Unternehmen auf einen Mikrovergleich beschränken, der sich im Wesentlichen auf den Begriff der Grundfreiheit und auf Eilverfahren, die ausschließlich den Schutz dieser Freiheiten zum Gegenstand haben, bezieht.

Aus einer streng positivistischen Perspektive wird in dieser Forschungsarbeit das positive Recht zum ersten und letzten Gegenstand der unternommenen Untersuchung gemacht. Lehrmeinungen werden systematisch einer kritischen Analyse unterzogen und vor allem mit der Realität des positiven Rechts verglichen. Diese Vorsichtsmaßnahme erscheint umso notwendiger, als es in diesem Bereich recht häufig vorkommt - und anscheinend mehr als in anderen Rechtsdisziplinen -, dass Autoren eine verzerrte Sicht der geltenden Regeln und eine veränderte Beleuchtung der Rechtswirklichkeit vermitteln, indem sie das Recht nicht so beschreiben, wie es ist, sondern so, wie sie es gerne hätten.¹⁸⁸

38. Der Staatsrat ist der Ansicht, dass die Stellung des Verfahrens nach Artikel L. 521-2 in der Architektur der Klagen, die Einzelpersonen gegen Akte und Handlungen der öffentlichen Gewalt zur Verfügung stehen, nicht isoliert definiert werden darf, sondern im Zusammenhang mit dem Verfahren nach Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu sehen ist. Der Staatsrat wollte mit Nachdruck die Besonderheit des Verfahrens der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit im Vergleich zu dem der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung hervorheben. Er verankert die Idee, dass die beiden einstweiligen Verfügungsverfahren dazu dienen, auf unterschiedliche Situationen und nach unterschiedlichen Modalitäten zu reagieren¹⁸⁹. Das Verfahren nach Artikel L. 521-2 verleiht dem Richter weitreichende Befugnisse, die darauf abzielen, sehr schnell Abhilfe in unannehmbaren Situationen zu schaffen; das Verfahren nach Artikel L. 521-1 erkennt ihm eine Aussetzungsbefugnis zu, wenn die Vollstreckung einer Entscheidung, deren Rechtmäßigkeit zweifelhaft

¹⁸⁵ "Que tous ceux qui le peuvent font bénéficier les droits de l'homme des avantages d'émulation que recèle la comparaison des institutions" (R. CASSIN, "Droits de l'homme et méthode comparative", *RIDC* 1968/3, S. 492).

¹⁸⁶ Die Vorteile des komparatistischen Ansatzes sind im Bereich der Rechtsforschung nicht mehr zu übersehen. R. von Iehring bezeichnete sie als "die Methode der Rechtswissenschaft der Zukunft" (zitiert in P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, coll. BDP, t. 205, 1999, S. 1), ist der Vergleich laut M. Muir Watt "eine Quelle der Befragung, der Reflexion und der Öffnung" (H. MUIR-WATT, "La fonction subversive du droit comparé", *RIDC* 2000/3, S. 503). Sie bietet "den Vorteil einer besseren Kenntnis des nationalen Rechts dank der Überlegungen, die die in den ausländischen Rechten geltenden Regeln hervorrufen: Das Spiel der Spiegel ermöglicht es, bestimmte besondere Aspekte eines Gegenstands zu erblicken, die ein direkter Blick nicht zu entdecken erlaubt hat" (R. CASSIN, a. a. O., S. 543). Wie durch eine Art Reflexeffekt, der mit der vergleichenden Rückbesinnung auf sich selbst verbunden ist, fördert die Kenntnis des ausländischen Rechts ein besseres Verständnis der Lösungen des nationalen Rechts. In diesem Sinne ist "das verglichene Recht (...) das mächtigste Instrument, um das nationale Recht zu beschreiben" (O. PFERSMANN, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", in *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, S. 133). Zu den Vorteilen und Techniken des Rechtsvergleichs siehe auch A.-J. VAN DER HELM und V.-M. MEYER, *Comparer en droit*, CERDIC, 1991, 213 S.; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, 175 S.; P. HASSENTEUFEL, "Deux ou trois choses que je sais d'elle. Remarque à propos d'expériences de comparaisons européennes, in *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique* (CURAPP Hrsg.), PUF, 2000, S. 105-124; K. ZWEIGERT, "Méthodologie du droit comparé", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Librairie Dalloz & Sirey, 1960, S. 579-596; J. BELL, "La comparaison en droit public", *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, S. 33-44; I. SZABO, "Le droit comparé et les droits de l'homme", in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, t. 2, LGDJ, 1972, S. 925-941; G. MARTY, "Droits de l'homme et droit comparé", in *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, S. 259-270.

¹⁸⁷ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bd. 1, Bruylant, 1994, S. 90.

¹⁸⁸ Siehe F. SUDRE, "Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme?", in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, LGDJ Bruylant, 1995, S. 381-398, spé S. 381-382.

¹⁸⁹ Sehr explizit stellt er fest, "dass der Gesetzgeber mit der Unterscheidung der beiden in den Artikeln L. 521-1 und L. 521-2 so vorgesehenen Verfahren auf unterschiedliche Situationen reagieren wollte; dass die Bedingungen, denen die Anwendung dieser Bestimmungen unterliegt, nicht dieselben sind, ebenso wenig wie die Befugnisse, über die der Richter der einstweiligen Verfügungen verfügt" (CE, ord. 28. Februar 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* S. 68; CE, 16. Juni 2003, *Hug-Kalinkova und andere*, *Lebon* T. S. 931; CE, Ord. 29. Oktober 2003, *Société EURL*. "Il était une fouace", Nr. 261304; CE, Ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon* T. S. 828; CE, ord. 6. Februar 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, Nr. 264169; CE, ord. 9. August 2004, *Yılmaz*, *Lebon* T. S. 816; CE, 23. Januar 2004, *Koffi*, *Lebon* T. S. 827; CE, ord. 9. März 2007, *Guiot und Section française de l'observatoire international des prisons*, Nr. 302182, erwähnt in der Sammlung *Lebon*; CE, ord. 6. April 2007, *Commune de Saint Gaudens*, Nr. 304361, erwähnt in der Sammlung *Lebon*).

ist, einen Schaden verursachen kann. Innerhalb der Dringlichkeitsreferenden wird somit eine klare Unterscheidung zwischen dem "gewöhnlichen" Verfahren¹⁹⁰ des Artikels L. 521-1 und dem "außergewöhnlichen" Verfahren¹⁹¹ oder "besonderen" Verfahren¹⁹² des Artikels L. 521-2 getroffen.

Die Einstufung als außergewöhnlicher oder besonderer Rechtsbehelf verdankt die einstweilige Verfügung der Schwere der Situationen, von denen ihre Auslösung abhängt, und der Originalität ihres Verfahrensmechanismus. Einerseits ist die einstweilige Verfügung für Situationen konzipiert, die man als schwerwiegend bezeichnen kann. Es muss nicht nur eine Grundfreiheit in Frage gestellt werden - was den Rückgriff auf dieses Verfahren zur Sanktionierung einfacher Rechtswidrigkeiten ausschließt. Aber darüber hinaus verlangt das Gesetz, dass der Eingriff in diese Grundfreiheit schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig ist und dass der Antragsteller die Dringlichkeit begründet, innerhalb einer sehr kurzen Frist die Anordnung einer Schutzmaßnahme zu erwirken. Zum anderen ist der Ausnahmecharakter der einstweiligen Verfügung auf die Einzigartigkeit des Verfahrensmechanismus zurückzuführen. Um den Nutzern dieses Verfahrens einen schnellen und wirksamen Rechtsschutz zu bieten, hat der Gesetzgeber weitestgehend von den üblichen Regeln des streitigen Verwaltungsverfahrens abgewichen. Diese beiden Dimensionen des Ausnahmecharakters der einstweiligen Verfügung sind eng miteinander verbunden: Die Schwere der Situation rechtfertigt den Umfang des Schutzes, der dem Einzelnen geboten wird, und damit die Abweichung von den traditionellen Regeln; umgekehrt rechtfertigt der Ausnahmecharakter dieses Verfahrens, seine Anwendung strikt auf besondere Situationen zu beschränken, die es offensichtlich erfordern¹⁹³.

Diese beiden Aspekte sind im Zweck dieses Rechtsmittels vereint, das darauf abzielt, *die schlimmsten Situationen sehr schnell zu beenden*. Das Bestreben, nur die außergewöhnlichsten Situationen zu berücksichtigen, erklärt und rechtfertigt die drakonischen Bedingungen, an die ihr Einsatz geknüpft ist. Der Wille, solche Verstöße sehr schnell zu ahnden, begründet den abweichenden Charakter der Verfahrensregeln. Diese zeichnen sich durch große Flexibilität aus, während die materiellen Regeln sehr streng sind. In diesem feinen Gleichgewicht zwischen den strengen Voraussetzungen für die Einleitung und der Liberalität des Verfahrens lässt sich die Philosophie des *référé-liberté* zusammenfassen. Der durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingeführte Rechtsbehelf ist so konzipiert, dass er auf außergewöhnliche Situationen angewendet werden kann. Durch einen abweichenden Verfahrensmechanismus garantiert er dem Opfer einer Rechtsverletzung einen schnellen und wirksamen gerichtlichen Schutz seiner Grundfreiheiten.

Erster Teil: Ein für Ausnahmesituationen konzipiertes Verfahren

Zweiter Teil: Schneller und effektiver Rechtsschutz

¹⁹⁰ R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 22. Der Ausdruck wird auch von Isabelle de Silva verwendet (I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, S. 325).

¹⁹¹ CE, ord. 15. März 2002, *Delaplace*, *Lebon*, S. 105; CE, ord. 29. März 2002, *Bonny*, *Lebon*, S. 119.

¹⁹² Der Richter für einstweilige Verfügungen spricht von "dem besonderen Rechtsschutz, der in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehen ist" (CE, ord. 23. März 2001, *Société Lidl*, *Lebon* S. 154; CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* S. 158; CE, ord. 23. Juli 2003, *Ducastel et autres*, Nr. 258678; CE, ord. 29. April 2004, *Département du Var*, Nr. 266902); "la procédure particulière de l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* S. 523; CE, ord. 5. März 2002, *Fikry*, *Lebon* T. S. 872; CE, ord. 10. Februar 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, Nr. 254029; CE, ord. 21. März 2003, *Société le grand café Thomas*, Nr. 255248); "la procédure particulière de protection instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 9. August 2001, *Medrinal*, *Lebon* T. S. 1127; CE, ord. 27. Januar 2003, *Amraoui*, Nr. 253601; CE, ord. 13. Juli 2005, *Société Combé Chavat 2*, Nr. 282220); "la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2" (CE, 21. November 2001, *Zbary*, *Lebon* T. S. 1125); "la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 20. Januar 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon* T. S. 1022; CE, ord. 1^{er} März 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, erwähnt in der Sammlung *Lebon*); "la procédure particulière de l'article L. 521-2" (CE, ord. 19. November 2001, *Commune de Escueillens et Saint-Just de Bellengard*, Nr. 240174); "la procédure particulière organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 10. Januar 2002, *Massal*, Nr. 241746); "la procédure particulière de référé organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 25. April 2002, *Société Saria Industries*, *Lebon* p. 155); "la procédure particulière prévue par l. 521-2 précité" (CE, ord. 4. Dezember 2002, *Lagbouri*, Nr. 252164); "cette procédure particulière de référé" (CE, ord. 13. Mai 2002, *Centre hospitalier de Valence c/ Nouri*, Nr. 246551); "la protection particulière instituée par l. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 9. August 2001, *Aït-Taleb*, *Lebon* T. S. 1128; CE, ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* S. 551); "das Verfahren zum besonderen Schutz der Grundfreiheiten" (CE, Ord. 29. Oktober 2004, *Ben Habbab*, Nr. 273612); "das besondere Verfahren der einstweiligen Verfügung, das durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehen ist" (CE, Ord. 21. Februar 2003, *Maillot*, *Lebon* T. S. 914).

¹⁹³ Für Guyomar und Collin liegt "das Gegenstück zum Umfang des Schutzes, der durch dieses Verfahren gewährt wird, in der Strenge der Bedingungen, denen sein Zugang untergeordnet ist" (M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, AJDA 2001, S. 1056).

Teil I

Ein für Ausnahmesituationen konzipiertes Verfahren

39. Wie Präsident Vandermeeren es ausdrückte, "kennzeichnen die Bedingungen für die Anwendung des *référé-liberty* eine besondere Situation"¹⁹⁴. Gemäß den Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes soll dieses Verfahren in Notsituationen angewendet werden, in denen die Verwaltung in Ausübung ihrer Befugnisse einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit vornimmt. Der Wortlaut des Gesetzes macht aus dem *référé-liberté* ein anspruchsvolles Verfahren, das für "Extremsituationen" konzipiert ist¹⁹⁵. Die Fälle, in denen der Richter des *référé-liberté* eingreifen kann, sind durch diese Bestimmung strikt begrenzt. Unter restriktiven Bedingungen ist die einstweilige Verfügung nach Artikel L. 521-2 "für die glücklicherweise ungewöhnlichen Fälle gedacht, in denen die Ausübung einer Grundfreiheit durch eine Verwaltungsmaßnahme oder eine Handlung der Verwaltung auf schwerwiegende und zugleich offensichtlich rechtswidrige Weise in Frage gestellt wird"¹⁹⁶.

Bei der Vorstellung des Systems vor den Abgeordneten wies der Siegelbewahrer auf den traditionellen Mangel an Dringlichkeitsverfahren hin, da der Richter für einstweilige Verfügungen der Verwaltung nur "in *Ausnahmesituationen*, in denen ihre Handlungen die Grundfreiheiten der Bürger ernsthaft beeinträchtigen, Anordnungen erteilen kann"¹⁹⁷. Nach den Worten von Herrn Colcombet kann dieses Verfahren nur bei "schwerwiegenden Handlungen, die eine besonders schnelle Reaktion erfordern" angewendet werden¹⁹⁸. Wie die Herren Guyomar und Collin im Bereich des Ausländerrechts feststellten - die Bemerkung ist jedoch allgemeiner gehalten -, muss die Verwendung von *référé-liberté* den "unannehmbarsten Situationen" vorbehalten bleiben.¹⁹⁹

40. Die Beschränkung dieses Verfahrens auf Ausnahmesituationen spiegelt sich in den strengen Voraussetzungen für seinen Einsatz wider. Tatsächlich stellt der *référé-liberté* hohe Anforderungen, die für manche Antragsteller schwer zu verstehen sind, die sich aber aus dem Wortlaut von Artikel L. 521-2 selbst ergeben. Die Bedingungen, die sich auf das Vorhandensein einer Grundfreiheit, eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer solchen Freiheit und die Dringlichkeit beziehen, sind anspruchsvoll und dürfen nicht banalisiert werden. Der Ausnahmecharakter ergibt sich somit aus dem Text selbst; er ist nicht auf irgendeine Strenge zurückzuführen, die der Staatsrat bei seiner Anwendung an den Tag gelegt hätte.

Die Anwendung von Artikel L. 521-2 ist an kumulative Bedingungen geknüpft, "von denen jede einzelne wie auch das Zusammentreffen derselben dazu bestimmt ist, aus der einstweiligen Verfügung ein subsidiäres Verfahren zu machen (...), weil es schwieriger zu implementieren ist als die einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung"²⁰⁰. Die grundlegende einstweilige Verfügung gegen die Freiheit stellt in der Tat ein subsidiäres Verfahren dar, nicht in dem Sinne, dass zuvor alle anderen dem Antragsteller zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erfolglos ausgeschöpft werden müssen, sondern weil dieses Verfahren nur unter seltenen und außergewöhnlichen Umständen rechtsgültig eingeleitet werden kann. Der Richter für einstweilige Verfügungen betont in seiner Freizeit den anspruchsvolleren Charakter der einstweiligen Verfügung gegen Freiheit im Vergleich zur einstweiligen Verfügung gegen Aussetzung, indem er die Bedingungen für die Durchführung der einzelnen Verfahren in einen Zusammenhang stellt. Im Urteil *Tliba* vom 30. Oktober 2001 bekräftigte der Staatsrat feierlich, nachdem er die Bestimmungen von Artikel L. 521-1 und Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zitiert hatte, dass "im Unterschied zu einem Antrag auf Aussetzung, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 dieses Gesetzbuchs, dem entsprochen werden kann, wenn eine Dringlichkeit und das Bestehen eines ernsthaften Zweifels an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nachgewiesen werden, bedeutet ein Antrag nach dem besonderen Verfahren gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, dass nicht nur eine Dringlichkeit, sondern auch ein schwerwiegender Eingriff in die geltend gemachte Grundfreiheit sowie die offensichtliche Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs nachgewiesen werden muss, damit ihm stattgegeben werden kann".²⁰¹ In den Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen wurde in der Folge regelmäßig die größere Strenge der einstweiligen Verfügung im Vergleich zur einstweiligen Verfügung betont, indem nacheinander der Text jedes der beiden Artikel zitiert wurde²⁰², oder indem die vom Staatsrat im *Tliba-Urteil* vom 30. Oktober 2001 verwendete

194 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 712.

195 F. THIRIEZ, "Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés", *LPA* 21. April 1999, Nr. 79, S. 4.

196 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 28. Februar 2001, *Philippart et Lesage*, S. 391.

197 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3737. Nicht unterstrichen.

198 F. COLCOMBET, AN-Bericht Nr. 2002, S. 42.

199 M. GUYOMAR und P. COLLIN, Chron. o. J., S. 1058.

200 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes droit, 2003, S. 110.

201 CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* S. 523.

202 CE, Ord. 15. März 2002, *Delaplace*, *Lebon* S. 105; CE, 16. Juni 2003, *Hug-Kalinkova und andere*, *Lebon* T. S. 931; CE, ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon* T. S. 828; CE, Ord. 6. Februar 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, Nr. 264169; CE, Ord. 9. August 2004, *Yilmaz*, Nr. 270860; CE, 23. Januar 2004, *Koffi*, *Lebon* T. S. 827.

Formel aufgegriffen wurde²⁰³. Die Gegenüberstellung der beiden Verfahren dient einem bestimmten Zweck: Es soll gezeigt werden, dass nur für den *référé-liberté* eine schwerwiegende Beeinträchtigung einer Grundfreiheit erforderlich ist²⁰⁴, und dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit²⁰⁵ und der Dringlichkeit²⁰⁶ dort strenger ist. Nicht nur sind die Bedingungen in Artikel L. 521-2, die in Artikel L. 521-1 ihre Entsprechung haben, restriktiv ausgelegt, sondern dieses Verfahren unterliegt auch Anforderungen - Vorhandensein einer Grundfreiheit, schwere Beeinträchtigung dieser Freiheit -, von denen die einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung befreit ist. Daher wird der Antragsteller ausdrücklich aufgefordert, auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes Rechtsmittel einzulegen, wenn er die in Artikel L. 521-2 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, weil er keine schwerwiegende Beeinträchtigung einer Grundfreiheit²⁰⁷, eine extreme Dringlichkeit²⁰⁸ oder eine offensichtliche Rechtswidrigkeit²⁰⁹ nachweisen kann.

41. Damit wird ganz klar bekräftigt, dass Einzelpersonen nur in Ausnahmesituationen auf dieses Verfahren zurückgreifen können. Zum einen kann Artikel L. 521-2 nur dann sinnvoll eingesetzt werden, wenn in dem Rechtsstreit zwischen dem Kläger und der öffentlichen Gewalt eine Grundfreiheit auf dem Spiel steht. Zum anderen verlangt das Gesetz neben der Dringlichkeit, dass ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit von der Verwaltung in Ausübung ihrer Befugnisse vorgenommen wird. Diese letzten Bedingungen sind streng und werden vom Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen mit aller Strenge angewandt.

²⁰³ Siehe CE, Ord. 5. März 2002, *Fikry, Lebon T.*, S. 872; CE, Ord. 27. Januar 2003, *Kartboub*, Nr. 253603; CE, Ord. 25. April 2002, *Labhini*, Nr. 245547; CE, Ord. 6. Juni 2003, *Benmessaoud*, Nr. 257429. In dem oben genannten Beschluss *Labhini* bekräftigt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, nachdem er die Formel aus dem *Tliba-Urteil* bekräftigt hat, "dass die von Herrn Labhini eingelegte Berufung, der im Übrigen vor dem Verwaltungsgericht eine separate, auf Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gestützte Instanz angestrengt hat, im Hinblick auf diese Grundsätze zu bewerten ist".

²⁰⁴ CE, Ord. 5. März 2002, *Fikry, Lebon T.*, S. 872; CE, Ord. 15. März 2002, *Delaplace, Lebon S.* 105; CE, ord. 27. Januar 2003, *Kartboub*, Nr. 253603; CE, ord. 6. Juni 2003, *Benmessaoud*, Nr. 257429; CE, ord. 28. Juni 2004, *Bernat*, Nr. 269141. Der Wortlaut der Entscheidungen *Kartboub* und *Bernat* ist in diesem Punkt besonders explizit. In der ersten Entscheidung bekräftigt der Richter für einstweilige Verfügungen, dass "wenn eine Entscheidung zur Ablehnung eines Antrags auf Familienzusammenführung, die die Fortsetzung des Zusammenlebens der Mitglieder einer Familie nicht direkt behindert, Gegenstand eines Antrags auf Aussetzung durch den Richter für einstweilige Verfügungen unter den Bedingungen, die insbesondere die Dringlichkeit betreffen, gemäß Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, stellt sie keinen schwerwiegenden Eingriff der Verwaltungsbehörde in die Freiheit, mit seiner Familie zusammenzuleben, im Sinne und für die Anwendung von Artikel L. 521-2 desselben Gesetzbuches dar". In der Entscheidung *Bernat* führt der Richter aus, "dass die Möglichkeit des Richters für einstweilige Verfügungen, die in dem außergewöhnlichen - von Artikel L. 521-1 verschiedenen - Verfahren nach Artikel L. 521-2 vorgesehenen Befugnisse einzusetzen, insbesondere der Bedingung unterliegt, dass ein offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt".

²⁰⁵ CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon S.* 523; CE, Ord. 25. April 2002, *Labhini*, Nr. 245547.

²⁰⁶ CE, ord. 28. Februar 2003, *Commune de Pertuis, Lebon S.* 68.

²⁰⁷ In dem oben genannten Beschluss *Fikry* fordert der Richter für einstweilige Verfügungen den Antragsteller, nachdem er zu dem Schluss gekommen ist, dass der Eingriff in eine Grundfreiheit nicht schwerwiegend ist, auf, einen Antrag auf der Grundlage von Artikel L. 521-1, der keiner solchen Anforderung unterliegt: Der Antragsteller "kann, wenn er sich für berechtigt hält, beim Richter für Überschreitung der Befugnisse die Aufhebung einer Weigerung, ihm die Empfangsbestätigung für seinen Antrag auszustellen, oder einer stillschweigenden Weigerung, ihm diesen Aufenthaltstitel zu erteilen, beantragen; (...) ihm steht auch das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes offen, das durch Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehene Verfahren, mit dem, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, die Vollstreckung dieser Entscheidungen ausgesetzt und die Verwaltungsbehörde angewiesen werden kann, geeignete einstweilige Maßnahmen zu ergreifen". Siehe auch, mit der Aufforderung an den Antragsteller, eine einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung zu erwirken, da er keine Verletzung einer Grundfreiheit nachweisen kann: CE, Sect., 18. Januar 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon S.* 18; CE, Ord. 15. März 2002, *Delaplace, Lebon S.* 105; CE, ord. 27. Juni 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon S.* 228; CE, ord. 6. Juni 2003, *Benmessaoud*, Nr. 257429; CE, ord. 28. Juni 2004, *Bernat*, Nr. 269141. In der letztgenannten Entscheidung stellt der Richter klar, dass die Zurückweisung der Anträge, die "auf der im vorliegenden Fall unangemessenen Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" gestellt wurden, weil keine Grundfreiheit in Frage gestellt wurde, "nicht ausschließt, dass der Antragsteller, wenn er sich für berechtigt hält, vor dem Verwaltungsgericht einen neuen Antrag auf einstweilige Anordnung stellt, der sich diesmal auf die Bestimmungen von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stützt".

²⁰⁸ Siehe *infra*, § 294, und die zitierten Entscheidungen.

²⁰⁹ CE, ord. 29. Oktober 2004, *Ben Habbab*, Nr. 273612. In dieser Entscheidung stellt der Richter die Erledigung des Verfahrens fest, da die Verwaltung dem Antragsteller im Laufe des Verfahrens das beantragte Visum ausgestellt hat. Dennoch möchte er den Antragsteller darauf hinweisen, dass seine Klage nicht auf einer für seine Situation geeigneten Grundlage eingereicht wurde. Da keine offensichtliche Rechtswidrigkeit vorlag, hätte er die Ablehnung des Visums mit einer einstweiligen Verfügung anfechten müssen. Hätte die Verwaltung ihn nicht vor der Entscheidung des Richters zufrieden gestellt, wäre sein Antrag nach Artikel L. 521-2 abgelehnt worden.

Titel |

Die Infragestellung einer "Grundfreiheit"

42. Das Verfahren nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes dient ausschließlich dem Schutz der "Grundfreiheiten". Folglich stellt das Vorhandensein einer solchen Freiheit eine unabdingbare Voraussetzung für das Eingreifen des Richters dar. Die Ablehnung ist erforderlich, wenn die auf diesem Weg angefochtene Entscheidung "keine Grundfreiheit in Frage stellt und somit nicht in den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes fällt"²¹⁰. Wie im Laufe der Vorarbeiten betont wurde, befindet sich der Begriff der Grundfreiheit "im Herzen"²¹¹ des *référé-liberté*. Als zentraler Begriff in Artikel L. 521-2 grenzt er dessen Anwendungsbereich ein und stellt insofern ein Mittel der öffentlichen Ordnung dar.²¹²
43. Die Wahl dieses Begriffs der Grundfreiheit war bei der Verabschiedung des Gesetzes vom 30. Juni 2000 und noch mehr nach dessen Inkrafttreten ein viel diskutiertes Thema. Die Begeisterung für diesen Begriff mag überraschen, wenn man ihn mit der relativen Gleichgültigkeit vergleicht, die die Begriffe umgibt, die in anderen Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte in Frankreich verwendet werden.²¹³

²¹⁰ CE, ord. 9. Februar 2001, *Philippart et Lesage*, Nr. 230112. Die gleiche Anforderung findet sich natürlich auch im Verfahren der Rechtsdurchsetzung: Das Eingreifen des gerichtlichen Richters hängt vom Vorhandensein einer Grundfreiheit ab, die in der Entscheidung ausdrücklich erwähnt werden muss (TC, 25. Januar 1988, *Fondation Cousteau, Lebon* S. 484; TC, 15. April 1991, *Préfet de la région Moselle, AJDA* 1991, S. 463; Civ 1^{ère}, 5. Februar 1991, *Bull. civ. I*, Nr. 56; Civ 1^{ère}, 22. Oktober 1991, *Bull. civ. I*, Nr. 281).

²¹¹ S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, S. 865.

²¹² Daraus folgt zum einen, dass die Frage, ob es sich um eine Grundfreiheit handelt, zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens erörtert werden kann, auch erstmals vor dem Berufungsgericht. So hatte die dezentrierte Verwaltung im *Tliba-Urteil* die Eigenschaft des Rechts auf Achtung des Familienlebens als Grundfreiheit in der erstinstanzlichen Instanz offenbar nicht bestritten. Vor dem Berufungsgericht konnte der Minister sinnvollerweise Vorbehalte gegen die Eignung dieses Rechts für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 äußern (siehe I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, S. 326). Soweit dieser Klagegrund mit dem Anwendungsbereich des Gesetzes zusammenhängt, ergibt sich daraus andererseits, dass der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen gegebenenfalls verpflichtet ist, von Amts wegen die Frage nach dem Vorliegen einer Grundfreiheit zu stellen. So berief sich der Kläger im *Bunel-Beschluss* vom 8. September 2005 darauf, dass allein das Recht auf Gesundheit verletzt worden sei. Der Richter für einstweilige Verfügungen lehnte es ab, darin eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 zu sehen, sondern bekräftigte, "dass jedoch insbesondere die freie und informierte Zustimmung des Patienten zur medizinischen Versorgung, die ihm gewährt wird, sowie das Recht eines jeden auf Achtung seiner persönlichen Freiheit (...) in den Anwendungsbereich dieses Artikels fallen" (CE, Ord. 8. September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* S. 388). Da diese Freiheiten vom Kläger zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens geltend gemacht wurden, stellte der Richter von Amts wegen deren Existenz fest.

²¹³ Es wurden keine umfangreichen Untersuchungen zum Begriff der Grundfreiheit im Zusammenhang mit der Tätlichkeit oder zum Begriff der öffentlichen oder individuellen Freiheit im Zusammenhang mit der *Déféré-liberté* durchgeführt. Die Autoren beschränken sich im besten Fall auf eine indikative Liste der betroffenen Freiheiten. Dies ist bei der *deféré-liberté* leicht verständlich, da es sich um ein relativ vertrauliches Verfahren handelt, das nur in wenigen Fällen pro Jahr angewandt wird. Der Fall der Tätlichkeit ist jedoch insofern verwirrender, als ihr Anwendungsbereich mit einem Begriff definiert wird, der mit dem für Artikel L. 521-2 gewählten Begriff völlig identisch ist. Warum weckt ein Begriff im einen Fall Neugier, Nachdenken und Begeisterung und im anderen Fall völlige Gleichgültigkeit? Wie lässt sich die unterschiedliche Behandlung des Begriffs der Grundfreiheit im Sinne der *référé-liberté* und des Begriffs der Grundfreiheit im Sinne der *voie de fait* erklären? Es ist schwierig, eine kategorische oder auch nur einigermaßen gesicherte Antwort auf diese Frage zu geben. Dennoch scheint es, dass es zwei Elemente gibt, die diese Diskrepanz erklären können.

Der erste Grund scheint darin zu liegen, dass der Begriff der Grundfreiheit bei seinem Auftauchen in den beiden Verfahren ein hohes Ansehen genoss. Als der Begriff der Grundfreiheit im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung eingeführt wurde, wurde er noch kaum verwendet. Seine Bedeutung konnte daher nicht wirklich definiert oder im Hinblick auf andere Referenzen diskutiert werden. Als der Gesetzgeber den Begriff im Jahr 2000 einführte, war er jedoch im Rechtsbereich - und sogar außerhalb davon - so weit verbreitet, dass eine Reform des Unterrichts über Freiheitsrechte an der Universität gerechtfertigt war. Ab dem Studienjahr 1999-2000 wurde der Kurs Öffentliche Freiheiten, der seit 1962 im dritten Studienjahr der Rechtswissenschaften obligatorisch gelehrt wurde, durch ministeriellen Willen offiziell zu einem Kurs "Recht der Grundfreiheiten" (Erlass vom 13. Februar 1993, dessen Inkrafttreten aufgeschoben wurde, der aber durch den Erlass vom 30. April 1997, veröffentlicht im *JO vom* 4. Mai 1997, S. 6766, bestätigt wurde). Die Verwendung dieser Bezeichnung wurde auch für die Prüfung "exposé-discussion" der Zugangsprüfung zu den regionalen Zentren für die Berufsausbildung

44. Im Ausland haben Verfahren, die dem Schutz der Freiheitsrechte gewidmet sind, in der Regel einen Anwendungsbereich, der durch die Bestimmungen, die sie regeln, klar abgegrenzt ist. In der Praxis sind drei Situationen zu beobachten. In einem ersten Fall ist der Schutz ausdrücklich auf bestimmte verfassungsmäßige Rechte und Freiheiten beschränkt²¹⁴. In einigen Rechtssystemen betrifft das Verfahren alle von der Verfassung anerkannten Rechte und Freiheiten²¹⁵. Nach der dritten Hypothese schließlich erstreckt sich der Schutzbereich über die verfassungsmäßig garantierten Rechte und Freiheiten hinaus²¹⁶.
45. Das französische Recht hingegen enthält keinen geordneten "Katalog" von Rechten und Freiheiten²¹⁷ auf irgendeiner Ebene der Normenhierarchie. "Die Versuche, die Freiheiten "in Form einer Kodifizierung oder eines Verfassungsgesetzes zu definieren", wurden unter der Fünften Republik mehrfach unternommen, sind

von Rechtsanwälten gewählt, deren Programm durch Erlass des Justizministers vom 29. Januar 1998 (*ABl.* 21. Januar 1998, S. 1553) festgelegt wurde.

Die zweite Erklärung ist spezifisch für den *référé-liberté*. Sie liegt in den sehr hohen Erwartungen, die durch die Einführung dieses Verfahrens im französischen Recht geweckt wurden: Erwartungen von Bürgern, die einen wirklich effektiven Verwaltungsrichter für Dringlichkeitsverfahren bei Verletzungen der Freiheitsrechte suchen; Erwartungen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, die nach Legitimität in diesem so sensiblen Bereich sucht; und schließlich Erwartungen einer begeisterten Lehre, die in *référé-liberté* die Möglichkeit einer verfeinerten Kenntnis ihres Studienobjekts sieht. All diese Erwartungen haben dazu beigetragen, dass die Aufmerksamkeit der Beobachter auf das Verfahren nach Artikel L. 521-2 gelenkt wurde. Da dieses Verfahren alle Blicke auf sich zieht, war es nur natürlich, dass es Fragen zu seinen Anwendungsbedingungen und insbesondere zu dem Begriff der Grundfreiheit, der seinen Anwendungsbereich bestimmt, aufwirft.

214 In Spanien sieht Art. 53-2 der Verfassung vor, dass die *Amparo-Beschwerde* (Schutzbeschwerde) nur den Schutz der Rechte und Freiheiten gewährleistet, die in den Artikeln 14 bis 30 des Verfassungstextes aufgeführt sind. In Deutschland legt Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a des Grundgesetzes fest, dass die *Verfassungsbeschwerde* zum Schutz der in Titel 1 des Grundgesetzes genannten *Grundrechte*^{er} und zum Schutz der in sechs weiteren Bestimmungen des *Grundgesetzes* genannten *Rechte eingesetzt werden* kann. In Chile sieht Artikel 20 der Verfassung vor, dass die Schutzklage nur eine begrenzte Anzahl von verfassungsmäßigen Rechten und Freiheiten betrifft, die in der Verfassung abschließend aufgelistet sind. In Kolumbien zielt die *Accion de tutela* (Schutzklage) gemäß Artikel 86 der Verfassung auf den Schutz der in Kapitel I (Artikel 11 bis 41) aufgeführten "verfassungsmäßigen Grundrechte" ab.

215 In Venezuela stellt sich der durch Artikel 49 der Verfassung eingeführte *Amparo* als ein Instrument zum Schutz absolut aller Rechte und Garantien dar, die in der Verfassung verankert sind. Diese Bestimmung findet sich in Kapitel I, das die "Allgemeinen Bestimmungen" des Titels III enthält, der sich auf die "Pflichten, Rechte und institutionellen Garantien" bezieht. Darüber hinaus eröffnet Art. 1^{er} des Organgesetzes über den *Amparo* ausdrücklich diesen Rechtsweg für den Schutz der verfassungsmäßigen Rechte und "Garantien" (siehe R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, S. 1074-1075). In anderen Ländern kann der Schutz aller verfassungsmäßigen Rechte und Garantien durch mehrere Verfahren gewährleistet werden. So gewährleistet in Costa Rica, Argentinien, Uruguay, Peru und Guatemala der *Amparo* den Schutz aller verfassungsmäßigen Rechte und Garantien mit Ausnahme der persönlichen Freiheit, die durch ein spezielles *Habeas-Corpus-Verfahren* geschützt wird (siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1075-1079). In Brasilien ist der Schutz aller verfassungsmäßigen Rechte und Garantien besonders segmentiert, da er durch vier spezifische Verfahren erreicht wird (siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1079).

216 In Venezuela gilt das *Amparo-Recht* auch für Grundrechte, die nicht im Verfassungstext erwähnt werden, denn Artikel 50 der Verfassung besagt: "Die Nennung der in der Verfassung enthaltenen Rechte und Garantien darf nicht als Verneinung anderer Rechte angesehen werden, die, obwohl sie der menschlichen Person innewohnen, nicht ausdrücklich in der Verfassung genannt werden". Artikel 1^{er} des Organgesetzes von 1988 besagt, dass sich das *Amparo-Recht auf* "den Genuss und die Ausübung der verfassungsmäßigen Rechte und Garantien und sogar der Grundrechte der menschlichen Person, die nicht in der Verfassung enthalten sind" bezieht. In anderen lateinamerikanischen Ländern umfasst das *Amparo* neben den verfassungsmäßigen Rechten auch die in internationalen Verträgen enthaltenen Rechte (Argentinien, Costa Rica, Ecuador) und die vom Gesetz anerkannten Rechte, wie in Argentinien oder Ecuador (siehe A. C. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", *V^e Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, S. 5). In der Schweiz umfasst die staatsrechtliche Beschwerde eine breite Palette von Rechten, Grundsätzen und Freiheiten: die von der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen garantierten Rechte; vier ungeschriebene Verfassungsrechte (persönliche Freiheit, Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und Sprachenfreiheit); die in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerten Rechte und Freiheiten; eine Reihe von Garantien, die vom Bundesgericht aus der Gleichheitsgarantie abgeleitet wurden (Recht auf rechtliches Gehör, Recht auf Rechtsbeistand, Recht, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben behandelt zu werden, etc.) sowie bestimmte Verfassungsgrundsätze, die auf die Organisation des Staates abzielen, aber als solche mit einem Aspekt des individuellen Schutzes anerkannt werden, wie der Grundsatz der Gewaltenteilung und der Grundsatz der Gemeindeautonomie (siehe P. SALADIN, "Rapport suisse", *AJJC* 1991/VII, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 12-13 juillet 1991, S. 150).

217 Der Ausdruck "Katalog" von Grundrechten oder -freiheiten stammt vom deutschen Bundesverfassungsgericht. Der Ausdruck wird in seiner ursprünglichen Bedeutung verstanden, d. h. als Bezeichnung für eine enumerative und methodische Liste von Gegenständen, die gemeinsame Merkmale aufweisen. Der Begriff hat sich in der französischen Rechtswissenschaft verbreitet und wurde insbesondere im Zusammenhang mit dem *référé-liberté* aufgegriffen. So stellte Professor Chapus in Bezug auf die Grundfreiheiten fest, dass "es wohl nie einen Katalog geben wird, der als verbindlich gilt" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{eme} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1596). Ebenso wies Frau de Silva in ihren Schlussfolgerungen zum *Tliba-Urteil* darauf hin, dass die ersten Monate der Anwendung der Reform es ermöglichten, "einen ersten Katalog der Freiheiten zu erstellen, die mit dem *référé-liberté* (...) justiziabel sind" (I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, S. 325).

aber gescheitert²¹⁸. Auch das französische positive Recht definiert den Begriff der Grundfreiheit, auf den sich Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes bezieht, nicht. Da der Anwendungsbereich dieses Verfahrens nicht *von vornherein* festgelegt ist, ist es Aufgabe des Richters, die Konturen festzulegen. Der Richter für einstweilige Verfügungen entschied sich für einen erweiterten Schutzbereich, legte den Begriff der Grundfreiheit weit aus und entwickelte einen bereichernden Ansatz bei der Bestimmung des Inhalts jeder der anerkannten Freiheiten.

218 A. HEYMANN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^{ème} éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2002, S. 102. Eine durch ein Dekret Nr. 74-937 vom 8. November 1974 eingesetzte Kommission wurde damit beauftragt, einen Kodex der Grundfreiheiten des Einzelnen vorzuschlagen (*JO* 13. November 1974, S. 11404); ein Entwurf wurde jedoch nicht erstellt. In den folgenden Jahren wurden von der parlamentarischen Mehrheit und der Opposition mehrere Vorschläge für Verfassungsgesetze zur Kodifizierung und Ergänzung der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten eingereicht (siehe insbesondere den Vorschlag für ein Verfassungsgesetz Nr. 2128 vom 20. Dezember 1975 "portant déclaration des libertés" und den am selben Tag eingetragenen Vorschlag Nr. 2131 "visant à compléter le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 par une "Charte des libertés et des droits fondamentaux"). Mangels eines echten politischen Willens wurde keine dieser Initiativen angenommen. Siehe J. MORANGE, "Vers une codification des libertés en France?", *RDJ* 1977, S. 259-281.

Kapitel 1
Ein
nicht von vornherein
festgelegter
Anwendungsbereich:
Der offene und formbare Charakter
des Begriffs der Grundfreiheit

46. Der Anwendungsbereich des *référé-liberté* wurde nicht von *vornherein* durch eine erschöpfende Liste der geschützten Rechte und Freiheiten oder durch eine begriffliche Definition seines Inhalts begrenzt. Vielmehr definiert der Text des Artikels L. 521-2 seinen Anwendungsbereich durch den Verweis auf den allgemeinen Begriff der "Grundfreiheit". Damit hat der Gesetzgeber einen Begriff mit relativ unbestimmtem Inhalt gewählt, ohne ihn zu definieren. Wie Professor Chapus betonte, "ist es weder einfach, den Begriff der Grundfreiheit allgemein zu definieren, noch die Anzahl der Grundfreiheiten zu ermitteln, für die es wahrscheinlich nie einen verbindlichen Katalog geben wird. Jenseits eines "harten Kerns" (der Erklärung von 89) ist die Frucht weich und jeder kann sie nach Belieben gestalten, je nach seinen Überzeugungen und unter dem Einfluss seiner Subjektivität"²¹⁹. Da der Begriff der Grundfreiheit einen offenen und formbaren Charakter hat, ist es Aufgabe des Richters, seine Konturen zu definieren.

Abschnitt 1 Ein unbestimmter Rechtsbegriff

47. Die Arbeitsgruppe des Staatsrats hat den Begriff der Grundfreiheit einzig und allein mit dem Ziel gewählt, das Eingreifen des Richters auf Situationen zu beschränken, in denen besonders wesentliche Rechte und Freiheiten in Frage gestellt werden. Ohne begriffliche Vorbehalte oder vorgefasste Meinungen über die Bedeutung dieses Begriffs traf die Arbeitsgruppe diese Wahl allein mit dem Ziel, den Ausnahmecharakter des Verfahrens zu verdeutlichen, seine Bestimmung, nur zum Schutz einer begrenzten Anzahl von Rechten und Freiheiten - die zu den wichtigsten unserer Rechtsordnung gehören - zu dienen und eingesetzt zu werden²²⁰. Nach dem Willen der Verfasser des Gesetzentwurfs sollte das Eingreifen des Richters auf Freiheiten beschränkt werden, deren Bedeutung eine besondere Aufmerksamkeit rechtfertigt. Zu diesem Zweck hätte die Arbeitsgruppe auch die Begriffe "wesentliche Freiheit", "wichtige Freiheit" oder "öffentliche Freiheit" verwenden können - die Ausdrücke wurden im Laufe der Diskussionen in Betracht gezogen.
48. Offensichtlich war sich die Arbeitsgruppe der Tatsache bewusst, dass dieser Begriff mit einem hohen Unbestimmtheitskoeffizienten behaftet ist. Wenn im Grunde jeder im Recht verwendete Begriff "einen Grad der Nicht-Definition beinhaltet"²²¹, so ist dieser Charakter bei einigen von ihnen und insbesondere beim Begriff der Grundfreiheit stärker ausgeprägt. Sein relativ unbestimmter Charakter wurde jedoch in den Augen der Verfasser des Gesetzentwurfs nicht als Hindernis angesehen. Im Gegenteil, dieser unbestimmte Charakter erschien als ein Vorteil für das Verfahren der einstweiligen Verfügung, da er eine gewisse Flexibilität bei der Bestimmung seines Anwendungsbereichs einführt. Durch die Wahl eines unbestimmten Rechtsbegriffs konnte sich der Staatsrat somit, ohne vom Parlament verärgert zu werden, einen erheblichen Freiraum bei der Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieses Verfahrens einräumen.
49. Wie Kelsen betont hatte, kann die Unbestimmtheit eines Rechtsbegriffs - und damit verbunden die Wahl einer juristischen Definition seines Inhalts - das Ergebnis eines bewussten Willens des Autors eines normativen Textes sein. Der Wiener Meister nennt diese Hypothese die der absichtlichen Unbestimmtheit: "Es kann sein, dass die Unbestimmtheit vollkommen gewollt war, das heißt, dass sie in den Absichten des Organs lag, das

²¹⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1597.

²²⁰ Aus demselben Grund wurde bei der Einführung des *Déféré-liberté* der Begriff der öffentlichen oder persönlichen Freiheit gewählt. Wie der Berichterstatter des Gesetzentwurfs in der Nationalversammlung betonte: "Wenn man ein außergewöhnliches Verfahren zur Aussetzung der Vollstreckung einführen muss, dann nur in diesen besonders schweren Fällen, die man nach der alten Rechtsprechung mit einer Tötlichkeit gleichsetzen könnte, d. h. in denen eine öffentliche Freiheit beeinträchtigt wird" (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, S. 396).

²²¹ T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 152, 1987, S. 314.

die anzuwendende Norm gesetzt hat"²²². Andererseits "wälzt es manchmal aus reiner Bequemlichkeit die Aufgabe, die betreffende Vokabel oder den betreffenden Ausdruck zu definieren, gerne auf eine andere Behörde ab"²²³. In Bezug auf den Begriff der Grundfreiheit weist das Gesetz vom 30. Juni 2000 die Besonderheit auf, dass es beide Ansätze miteinander verbindet: Die Arbeitsgruppe des Staatsrats wählte absichtlich einen unklaren Begriff; das Parlament behielt ihn aus Bequemlichkeit bei, ohne ihn zu definieren.

I. Ein hoher Unbestimmtheitskoeffizient

50. Der Begriff der Grundfreiheit weist einen relativ unbestimmten Inhalt auf. Wenn man vom positiven Recht ausgeht - wie man es tun muss²²⁴ - und sich auf die Normen konzentriert, die das Recht als

²²² H. KELSEN, *Reine Theorie des Rechts* (1960), 2^{nde} ed., trad. C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, Coll. La pensée juridique, 1999, S. 336. Siehe auch M. DELMAS-MARTY und J.-F. COSTE, "L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit", in *L'ère le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER und E. MACKAAY Hrsg.), LGDJ, Coll. Droit et société, 1992, S. 117: Die Autoren weisen darauf hin, dass die Ungenauigkeit "als solche gewollt sein kann, wie es (...) immer dann erscheint, wenn ein Begriff oder eine rechtliche Kategorie von Natur aus unpräzise ist". Diese Formulierungsmethode wird vom Staatsrat häufig angewandt, wenn er Texte vorbereiten soll, die das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit regeln. Präsident Chabanol berichtete beispielsweise, dass "er als Teilnehmer an dieser oder jener Arbeitsgruppe, die mit der Vorbereitung eines Textes beauftragt war, gelegentlich hörte, wie Mitglieder des Staatsrats ihre Feindseligkeit gegenüber zu präzisen Formulierungen zum Ausdruck brachten, mit dem Argument, dass man nicht alles voraussehen könne und dass der Richter die Ungenauigkeiten des Textes beheben werde" (D. CHABANOL, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, S. 106). Diese Flexibilität der Terminologie wird wegen des beachtlichen Freiheitsgrads, den sie dem Richter verleiht, angestrebt. Zu diesem Punkt siehe D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, S. 138-150; ID., "L'agencement des catégories juridiques: la structure du droit administratif", in *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1985, S. 89-106.

²²³ A. BALDOUS und J.-P. NEGRIN, "L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif", *RRJ* 1987/4, S. 1049.

²²⁴ Die Rechtsforschung zielt nicht auf Veränderung, sondern auf Erkenntnis. Das Ziel der Rechtswissenschaft ist es, zu beschreiben, festzustellen, nicht zu handeln oder zu schaffen. Das Amt des Rechtswissenschaftlers besteht darin, "eine gegebene Realität zu beschreiben und zu analysieren, die außerhalb von ihm existiert, die sich ihm aufdrängt und über die er ebenso wenig verfügt wie der Physiker über die Natur". Diese Realität, Gegenstand der Rechtswissenschaft, ist das positive Recht" (C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, Neuauflage Economica PUAM, coll. DPP, 1986, S. 86). Der Positivismus stellt "als oberste Regel der Rechtswissenschaft die strikte Unterwerfung unter die Rechtswirklichkeit auf" (*op. cit.*, S. 90). "Er bekräftigt insbesondere die grundlegende Unterscheidung zwischen Werturteilen und Realitätsurteilen, Bewertungen und Feststellungen und folglich, dass die Kritik des Juristen niemals eine Realität betrifft, die er nicht geschaffen hat und daher auch nicht rückgängig machen kann. Der Rechtspositivismus ist keine Haltung des engen und beschränkten Exklusivismus, sondern der Logik und der intellektuellen Klarheit; er verurteilt keineswegs diese oder jene Form des Denkens - er versteht und akzeptiert sie alle -, sondern nur ihre Verwirrung oder Vermischung, die die Verneinung jeder Methode wäre" (*op. cit.*, S. 91). Da er kein Gesetzgeber ist, ist es ausschließlich seine Aufgabe, die Realität des positiven Rechts so wahrheitsgetreu wie möglich wiederzugeben.

"Grundfreiheit"²²⁵ durch einen lexikografischen Ansatz²²⁶ bezeichnet, kann man nicht umhin, über den

225 Diese Methode erfordert insbesondere, dass man sich bei der Untersuchung des Begriffs der Grundfreiheit von vorgefassten oder vorgefertigten Ideen verabschiedet, die in keiner Weise auf der Untersuchung des positiven Rechts beruhen. Insbesondere sollten doktrinaire Behauptungen, die den Begriff nur verdunkeln, aus dem Weg geräumt werden, und man sollte sich in diesem Stadium ausschließlich auf die Untersuchung des Rechts konzentrieren. In diesem Zusammenhang warnte Eisenmann vor der "methodischen Todsünde", der viele Autoren erliegen, nämlich die Antwort, die das positive Recht gibt, "durch die Antwort zu ersetzen, die ihnen logisch und pragmatisch am besten erscheint, oder durch eine von beiden. Oder zumindest einen Cocktail aus Elementen beider Antworten herzustellen". Ein solcher Ansatz führt zu "einer Art Entstellung des positiven Rechts, seiner unmittelbaren Daten, die dazu führt, die Forschung zu verdunkeln und die piepsenden Kontroversen zu verewigen" (C. EISENMANN, Vorwort zur These von M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, S. II.). Diese Anforderung wird in Bezug auf den Begriff der Grundfreiheit nicht immer erfüllt. Viele Autoren entwickeln ein vom positiven Recht losgelöstes Konzept der Grundfreiheiten; ein Konzept, das nicht aus der Beobachtung der textuellen und juristischen Normen hervorgeht, sondern aus einem persönlichen Gefühl darüber, was ihrer Meinung nach diese Bezeichnung verdient. Weit davon entfernt, ein Rechtsobjekt zu beschreiben, platzieren sie ihren Diskurs von Anfang an - und übrigens ohne sich dessen immer bewusst zu sein - auf einer außer- oder metajuristischen Ebene und geben der Ästhetik und der Kohärenz ihrer Konstruktion den Vorzug vor der Beschreibung der Rechtswirklichkeit. Dieser Ansatz ist weit verbreitet, und dies erklärt, warum die Bedeutung ein und desselben *Rechtsbegriffs* von einem Autor zum anderen manchmal erheblich abweicht. Diese stellen den Begriff nicht so dar, wie er ist, sondern so, wie sie ihn verstehen. Nun muss "eine rechtlich nützliche Definition nicht den persönlichen Bestrebungen desjenigen entsprechen, der sie schmiedet, sondern in erster Linie dem Stand des positiven Rechts" (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, S. 15). Es steht dem Juristen nicht frei, diesem Begriff die Bedeutung zu geben, die er beabsichtigt, oder autoritativ zu verkünden, dass seine Bedeutung klar und eindeutig ist. Ein solches Vorgehen ist zwar bei der Definition von Begriffen denkbar, die keine eigentliche juristische Existenz haben, d. h. bei *doktrinären Begriffen*, die sich Autoren zulegen, um das Recht zu erfassen oder zu beschreiben, wie z. B. der Begriff des subjektiven Rechts. Dies ist nicht mehr der Fall, wenn der Begriff einen rechtlichen Charakter hat oder erlangt. Sobald er Gegenstand einer rechtlichen Verankerung ist, muss der Jurist, um eine nützliche Arbeit zu leisten, vor allem den Begriff so beschreiben, wie er im positiven Recht existiert, und darf keine *eigene* Definition vorschlagen.

Die Haltung, die in Bezug auf den Begriff der Grundfreiheit zu beobachten ist, wäre durchaus gerechtfertigt, wenn der Begriff nur doktrinären Charakter hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie bereits während der Vorbereitungsarbeiten betont wurde, ist der Begriff der Grundfreiheit "ein Rechtsbegriff" (J.-J. HYEST, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, S. 3743). Man kann nicht behaupten, wie es einige Autoren tun, dass er "nur ein doktrinäer Begriff" sei (C. DEBBASCH und J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, Nr. 556). Um den Begriff der Delegation einer öffentlichen Dienstleistung, der Verpachtung oder des Verwaltungsvertrags zu definieren, wendet sich der Jurist an das positive Recht. Es gibt keinen Grund, warum er bei der Untersuchung des Begriffs der Grundfreiheit anders verfahren sollte. Es muss die gleiche Methode der Beobachtung, Analyse und Beschreibung des Rechts gewählt werden. So wird übrigens auch in Deutschland bei der Definition der *Grundrechte* verfahren, wobei die Autoren den Begriff des *Grundrechts* so darstellen, wie er im positiven Recht existiert, und nicht so, wie sie ihn persönlich verstehen. Es gibt keinen Grund, warum dies in Frankreich anders sein sollte, wo der Begriff einen rein rechtlichen Charakter hat. Die methodische Strenge schließt es aus, von einer vorgegebenen oder vorausgesetzten Definition des Begriffs der Grundfreiheit auszugehen, Grundrecht und Grundfreiheit *a priori* gleichzusetzen, sich auf eine bestimmte Ebene der Normenhierarchie zu beschränken oder von Amts wegen Normen als Grundfreiheit zu bezeichnen, die nicht von einem Rechtsprechungsorgan oder durch einen Rechtstext als solche bezeichnet werden. Im Gegenteil: Um den Gegenstand "Grundfreiheit", wie er im Recht existiert, möglichst genau zu beschreiben, muss man sich auf die Elemente stützen, die das französische und das ausländische System von diesem Rechtsgegenstand bieten. Es gilt, das positive Recht in Text und Rechtsprechung wiederzugeben, ohne dabei ein Werturteil oder eine persönliche Meinung einzubringen. Es geht nicht darum, den Rückgriff auf theoretische Definitionen grundsätzlich zu verurteilen, sondern lediglich darum, dass der Jurist, um einen Rechtsbegriff zu definieren, sich zunächst dem Gegenstand seiner Analyse zuwenden und die Bedeutung, die ihm das positive Recht verleiht, erfassen muss.

226 Die gewählte Analyseperspektive impliziert logischerweise einen lexikografischen Ansatz für den Begriff der Grundfreiheit. Dieser besteht darin, die Bedeutung oder die zahlreichen Bedeutungen des Ausdrucks "Grundfreiheit" zu ermitteln, um nicht von Amts wegen auf eine angeblich einzig gültige Bedeutung des Begriffs zu schließen, sondern die verschiedenen Bedeutungen, die ihm im positiven Recht gegeben werden, zu prüfen. Es geht darum, sich auf die Vorkommen zu stützen, in denen der Begriff angeführt wird, um jedes Mal die genaue Bedeutung zu prüfen, die ihm zugeschrieben wird. Professor Scarpelli hat drei Definitionsmodi für Rechtsbegriffe herausgearbeitet (U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, aus dem Italienischen übersetzt von C. CLAVREUL, Bruylant LGDJ, 1996, S. 5-11). Die *lexikalische* Definition ist "die einfache Übernahme von Bedeutungen der Art, wie sie im tatsächlichen Sprachgebrauch von Personen oder Gruppen vorkommen"; sie ist diejenige, die dem Sprachgebrauch entspricht (a. a. O., S. 5). Die *stipulative* Definition hat "den Charakter einer Vereinbarung zwischen zukünftigen Sprachbenutzern: Es wird zugegeben, dass von nun an (...) ein bestimmter Ausdruck (...) in einer bestimmten Bedeutung verwendet wird" (a. a. O., S. 5). Stipulative Definitionen beruhen auf einem System von Konventionen; "ihre Beziehung zu bereits bestehenden Gepflogenheiten ist von geringer Bedeutung" (a. a. O., S. 6). Die *erläuternde* Definition liegt auf halbem Wege zwischen der lexikalischen und der stipulativen Definition. "Wie die lexikalische Definition versucht die erläuternde Definition, dem Gebrauch zu entsprechen, aber im Unterschied zur lexikalischen Definition bemüht sie sich nicht darum, alle Varianten und Veränderungen des Gebrauchs zu erfassen. Stattdessen nimmt sie nur das, was sie festhalten will, um eventuell den wichtigsten Knotenpunkt, der den größten operativen Wert hat, anzupassen und neu zu erarbeiten, um zu einem präzisen und effizienten semantischen Instrument zu gelangen, das in der Lage ist, die Disziplin, in der es verwendet werden soll, zu beleuchten und zu orientieren" (*ebd.*). Keiner dieser Ansätze kann per se verurteilt werden. Keine dieser Definitionsweisen kann prinzipiell einer anderen vorgezogen werden. Es ist lediglich die beabsichtigte Verwendung eines Begriffs, die je nach Fall die Annahme einer lexikalischen, stipulativen oder erläuternden Definition bietet. Insbesondere bei der Entwicklung einer *Theorie* der Grundfreiheiten scheint eine stipulative

weitgehend unbestimmten Charakter dieses Begriffs erstaunt zu sein. Entgegen einer recht weit verbreiteten Meinung hat der Begriff der Grundfreiheit im Recht keine klare, einheitliche und präzise Bedeutung, die sich aus ausländischen Systemen, der Rechtstradition oder dem positiven Recht selbst ableitet.²²⁷

Der Begriff der Grundfreiheit ist zwar nicht unklar, "aber dennoch mit einer gewissen Unschärfe behaftet"²²⁸. Er ist eine rechtliche Kategorie, die "mit gewissen Unklarheiten behaftet ist"²²⁹. Einige Autoren haben in diesem Sinne die "Ungenauigkeit dieses Begriffs"²³⁰ oder die Tatsache, dass "er einen sehr großen Teil an Unbestimmtheit enthält"²³¹ hervorgehoben. Es handelt sich in der Tat um einen "von Natur aus undefinierbaren und schwankenden Begriff"²³², der "schwer zu fassen" ist²³³. Theodore Fortsakis hatte bereits auf die Unbestimmtheit, Unschärfe und Elastizität des Begriffs der Grundfreiheit im Rahmen der juristischen Theorie der Rechtsdurchsetzung hingewiesen²³⁴. Eine identische Feststellung lässt sich auch zu dem *auf den ersten Blick* verwandten Begriff des Grundrechts treffen. Bei der Abschlussveranstaltung des Kolloquiums *Cours constitutionnelles et droit fondamentaux*, das am 19., 20. und 21. Februar 1981 stattfand, zählte Jean Rivero das Problem des Begriffs des Grundrechts selbst zu den Problemen, die durch die Arbeiten des Kolloquiums nicht gelöst wurden. Er fügte hinzu, dass "die Formel in den meisten unserer Länder und im gesamten Rechtsdenken keine absolut präzise Kontur hat. Der Begriff bleibt vage"²³⁵. Letztendlich, so behauptete er, "umhüllt eine Art von Unschärfe den Begriff selbst, den Schlüsselbegriff, der Grundrechte".²³⁶

51. Diese Zweideutigkeit oder Unklarheit des Begriffs wurde natürlich nicht angestrebt. Sie ist lediglich das Ergebnis einer nicht geordneten Verwendung des Begriffs im positiven Recht. Seit seiner Entstehung wurde der Begriff der Grundfreiheit von verschiedenen Rechtsakteuren in den unterschiedlichsten Zusammenhängen und zur Bezeichnung verschiedener Rechtsobjekte verwendet²³⁷. Dieser alles in allem natürliche Mangel an Koordination hat zwangsläufig zu einer uneinheitlichen Entwicklung des Begriffs geführt. Aus dem französischen und ausländischen Recht ergibt sich keine präzise Definition der Grundfreiheiten. Die Normen, Grundsätze oder Anforderungen, die vom Gesetzgeber oder vom Gericht als

Definition notwendig zu sein. Vgl. in diesem Sinne die von Professor Pfersmann vertretene Position, der für den Aufbau einer Theorie der "Grundrechte" (als "GR" bezeichnet) eine stipulative Definition des Begriffs verwendet und folglich einen lexikografischen Ansatz ablehnt: "Die Erfassung der Verwendung von "fundamental" und "Grundrecht" ermöglicht es nicht, eine Theorie der GR zu erstellen, sondern nur eine Theorie der vielfältigen Bedeutungen/Verwendungen dieser Ausdrücke in vielfältigen Kontexten. In der Tat muss zwischen der *Konstruktion eines bestimmten Objekts* <DF> und der *Analyse des Objekts* <Bedeutungen/Verwendungen des Ausdrucks "Grundrechte" in vielfältigen Kontexten> unterschieden werden. Dans le premier cas, un usage unique est fixé par convention, dans le deuxième cas, l'on dégage les régularités multiples d'usages multiples" (L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 81. Nicht unterstrichen). Eine theoretische Definition des Begriffs "Grundrecht" ist für bestimmte rechtsvergleichende Untersuchungen unerlässlich, da die Bedeutung dieses Begriffs von einer Rechtsordnung zur anderen variiert. Ein Vergleich dessen, was in einem Rechtssystem als Grundrecht und in einem anderen als Grundrecht bezeichnet wird, würde dazu führen, zwei unterschiedliche Rechtsobjekte zu untersuchen. Um die Vielfalt der Bedeutungen eines Begriffs in den verschiedenen Rechtsordnungen oder sogar innerhalb einer Rechtsordnung zu überwinden, kann es notwendig erscheinen, eine stipulative Definition des Begriffs zu geben. Siehe in diesem Sinne D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-en-Provence, 2005, spé S. 37 und S. 47 ff.

227 Auch in der Rechtswissenschaft gibt es keinen Maßstab. Die Rechtswissenschaft ist in mehrere sehr heterogene Strömungen unterteilt, wobei sich die Autoren weder auf eine einzige Definition der Grundfreiheiten noch auf eine einzige Position gegenüber dem Begriff einigen können. Israel stellt fest: "Die Begriffe der öffentlichen Freiheiten und der Grundfreiheiten haben keine präzise textliche Definition. Les auteurs eux-mêmes ne s'accordent pas sur un titre ou une définition unique" (J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, S. 5). Siehe *infra*, §§ 91-97.

228 R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, S. 1113.

229 J.-M. FEVRIER, "Un projet de loi sur les procédures d'urgence", *Dr. adm.* 1999, comm. n° 203, S. 25.

230 N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, S. 665.

231 P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, Nr. 7.

232 P. CASSIA und A. BEAL, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} Januar 2001-28 Februar 2001)", *JCP G* 2001, I, 319, S. 985.

233 I. LEGRAND und L. JANICOT, Note sous CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *AJDA* 2001, S. 977.

234 T. FORTSAKIS, *a. a. O.*, S. 318-319. M. Sandevor hatte ebenfalls auf den "vagen und ungenauen" Charakter dieser Qualifikation hingewiesen (P. SANDEVOIR, note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} Februar 1965, *Echternier c/ Ville de Thonon-les-Bains*, *JCP G* 1965, II, 14252).

235 J. RIVERO, "Rapport de synthèse", in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1982, Neuaufgabe 1987, S. 521.

236 J. RIVERO, *op. cit.*, S. 522. Vgl. zu einer ähnlichen Feststellung und seiner Besorgnis über die Verbreitung von Texten, die diesen Begriff verwenden: J. FAVARD, "Le labyrinthe des droits fondamentaux", *Dr. soc.* 1999, S. 215-219.

237 Siehe D. DREYER, "La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique", *D.* 2006, S. 748-753, spé S. 749: "L'adjectif fondamental était, le plus souvent, tenu pour synonyme d'essentiel. Es führte ein Maß an Subjektivität in die Rechtssprache ein, um die Bedeutung bestimmter Rechte zu unterstreichen. Die Vervielfachung der Quellen ist zweifellos für dieses Phänomen verantwortlich: Die konkurrierenden Quellen haben die Bedeutung ihrer jeweiligen Rechte bekräftigt, um ihre Existenz zu rechtfertigen".

solche bezeichnet werden, stammen aus verschiedenen normativen Quellen. Es gibt und gab nie eine Einheitlichkeit des normativen Ranges, den die Grundfreiheiten einnehmen. Nach reinem Recht kann man die Grundfreiheiten nicht anhand eines einzigen Kriteriums charakterisieren, das auf dem rechtlichen Wert der Texte beruht, die sie tragen. Der einzige gemeinsame Nenner aller Verwendungen des Begriffs besteht darin, dass die so bezeichneten Normen als besonders wichtig angesehen werden und häufig in der Verfassung verankert sind.

A. In der französischen Rechtsordnung

52. Es gibt keine offizielle Definition oder einen Katalog der Grundfreiheiten im positiven französischen Recht²³⁸. Der Begriff der Grundfreiheit hat dort keine klar und abstrakt festgelegte Bedeutung; er weist auch keine formale Einheit auf. Der Begriff wird manchmal von den Gerichten verwendet, wenn mit dieser Einstufung rechtliche Konsequenzen verbunden sind. Es kommt auch vor, dass der Begriff nur verwendet wird, um die Bedeutung der Freiheit hervorzuheben und so die Wahl eines Richters oder einer normativen Behörde zu rechtfertigen.

1. Die streitige Verwendung des Begriffs

53. In einigen Rechtsstreitigkeiten ergeben sich aus der Verwendung des Begriffs der Grundfreiheit ganz bestimmte rechtliche Konsequenzen.
54. Zunächst einmal ist sie eine Voraussetzung für das Eingreifen des Richters in Streitigkeiten über administrative Zwangsmaßnahmen. Es war das Urteil *Dame Klein aus dem Jahr 1961*, das als erstes den Ausdruck "Grundfreiheit" verwendete²³⁹. Um das Vorhandensein einer solchen Freiheit zu qualifizieren, achtet der Richter nicht auf den rechtlichen Wert der betreffenden Norm - der höchst unterschiedlich sein kann -, sondern auf den Umfang der Garantien, mit denen ihre Ausübung verbunden ist. "Unter einer grundlegenden oder wesentlichen Freiheit ist entweder die körperliche Freiheit und die damit verbundene Unverletzlichkeit der Wohnung (...) oder eine Freiheit zu verstehen, die durch eine speziell organisierte Garantie geschützt ist"²⁴⁰. Der Richter der Tätigkeit spricht somit den Freiheiten, die der Gesetzgeber besonders schützen wollte, den Status einer Grundfreiheit zu. M. Goyard behauptete, dass "unter Grundrechten die Rechte zu verstehen sind, denen die Rechtsprechung zugesteht, dass der Gesetzgeber ausdrücklich den Charakter eines besonders geschützten Rechts anerkannt hat"²⁴¹. Auch wenn der Richter den vom Gesetzgeber gewährten Schutzgrad berücksichtigt, bleibt die Methode zur Ermittlung dennoch von großer Flexibilität geprägt²⁴². Es gibt keine genauen Kriterien für die Definition der Grundfreiheiten im Sinne des Rechtswegs.
55. In Auslieferungsstreitigkeiten wird der Begriff der Grundfreiheit verwendet, um die vom Justizsystem des ersuchenden Staates gebotenen Garantien zu beurteilen. In drei Urteilen vom 26. September 1984 verankerte der Staatsrat den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass das Justizsystem des ersuchenden Staates "die Grundrechte und Grundfreiheiten der menschlichen Person" respektieren muss²⁴³. In den Urteilen des

238 Daher können gewisse Vorbehalte gegenüber der Behauptung von Professor Moderne geäußert werden, dass es einen "offiziellen Katalog der Grundfreiheiten (weil sie durch das Verfassungsrecht oder durch das internationale Vertragsrecht anerkannt und geschützt werden)" gäbe (F. MODERNE, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif", *D.* 2001, S. 3285). Der vom Autor erwähnte "Katalog" wird vom Recht nicht anerkannt. Da es sich um eine rein doktrinaire Konstruktion handelt, kann er nicht den geringsten offiziellen Charakter beanspruchen.

239 CE, 8. April 1961, *Dame Klein*, *Lebon* S. 216; *D.* 1961, S. 587, Schlusswort HENRY; *S.* 1961, Fußnote LASSALE. Bereits vor diesem Urteil beschränkte der Richter die Verwendung des Begriffs "voie de fait" auf eine begrenzte Anzahl von Rechten und Freiheiten, hatte sich aber nicht für einen generischen Ausdruck entschieden. Das Konfliktgericht hatte sich zwar eine Zeit lang für den Begriff "wesentliche Freiheit" entschieden (TC, 10. Dezember 1956, *Randon c/ Brunel, Préfet de l'Yonne*, *Lebon* S. 592, Schlusswort GUIONIN; *AJDA* 1957, S. 94, Chron. J. FOURNIER und G. BRAIBANT; *RD* 1957, Anm. M. WALINE; *Rev. Adm.* 1958, S. 29, Anm. LIET-VEAUX), ist es dennoch das Qualifikat der Grundfreiheit, das sich nach dem Urteil *Dame Klein* durchsetzen wird. Siehe insbesondere für eine Wiederaufnahme des Begriffs im folgenden Jahr: TA Lille, 3. November 1961, *Consorts Vassal*, *AJDA* 1962, II, S. 298-301, Schlussbemerkung QUANDALLE.

240 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, fasc. I, 1981, S. 543.

241 C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Montchrestien, 1962, S. 444.

242 Siehe S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, These Paris II, 2002, S. 102 ff.

243 CE, Ass., 26. September 1984, *Lajambio Galdeano, Garcia Ramirez, Martinez Beiztegui* (3 Arten), *Lebon* S. 308; *JCP G* 1985, II, 20346, concl. B. GENEVOIS; *AJDA* 1984, S. 669-675, chron. J.-E. SCHOETTL und S. HUBAC; *AJDA* 1985, S. 158-163, Anm. R. ERRERA. Siehe auch, diese Formulierung aufgreifend: CE, 14. Dezember 1987, *M. Urizar Murgoitio*,

Staatsrats wird jedoch keine Definition dieser "Grundrechte und -freiheiten der menschlichen Person" gegeben. Angesichts der Hinweise in den Schlussanträgen der Regierungskommissare in den oben genannten Entscheidungen beschränkt sich dieser Begriff im Wesentlichen auf die Garantien, die das Strafrechtssystem des ersuchenden Staates bietet, insbesondere in Bezug auf das Recht auf einen Richter, die Unschuldsvermutung und die Achtung der Verteidigungsrechte.

56. Es sei darauf hingewiesen, dass der Begriff der Grund- oder wesentlichen Freiheit manchmal von den Regierungskommissaren im Rahmen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Verwaltungspolizei verwendet wird. Wenn die Polizeibehörde eine solche Freiheit in Frage stellt, ist die Macht der Verwaltung eingeschränkter und die Kontrolle des Richters strenger. Die Regierungskommissare bezeichnen Freiheiten, die einen hohen Grad an Rechtsschutz genießen, als Grundfreiheiten. In seinen Schlussfolgerungen zum Urteil in der Rechtssache *Société Nouvelle Imprimerie* erklärte M. Letourneur: "Da es um eine wesentliche und gesetzlich streng geregelte Freiheit geht, sind die Befugnisse der Polizeibehörden besonders eingeschränkt, d. h. nicht nur, dass sie gemäß der allgemeinen Regel nur ausgeübt werden können, wenn die öffentliche Ordnung bedroht ist, was eine absolute Regelung ohne zeitliche Begrenzung ausschließt, sondern auch, dass Sie bei der Definition der öffentlichen Ordnung im vorliegenden Fall streng sein müssen; und bei der Beurteilung der Fälle, in denen die öffentliche Ordnung bedroht ist (...)"²⁴⁴. Ähnlich argumentierte Regierungskommissar Galmot: "Bei einer grundlegenden oder besonders geschützten Freiheit wie der Versammlungsfreiheit oder der Religionsfreiheit sind Sie besonders streng"²⁴⁵.
57. In den oben genannten Rechtsstreitigkeiten sind an die Einstufung als Grundfreiheit rechtliche Konsequenzen geknüpft. Es kommt auch vor, dass dieser Begriff von den normativen und gerichtlichen Instanzen symbolisch verwendet wird, d. h. ohne dass sich aus dieser Verwendung rechtliche Konsequenzen ergeben.

2. Die symbolische Verwendung des Begriffs

58. Häufig wird der Begriff der Freiheit aus rein argumentativen Gründen verwendet. Die Verwendung des Begriffs wird für die Behörde, die ihn verwendet, zu einem rhetorischen Mittel, um die gewählte Lösung zu rechtfertigen.
59. Dieser Ansatz erklärt zunächst einmal, warum in manchen Gesetzestexten auf den Begriff der Grundfreiheit oder des Grundrechts Bezug genommen wird. Der Rückgriff auf diesen Begriff ermöglicht es nämlich, das mit dem Gesetz verfolgte Ziel aufzuwerten und so seine Verabschiedung zu rechtfertigen. Eine Reihe von Rechten, Grundsätzen oder Freiheiten wurden im Gesetz als solche bezeichnet, meist in ihrem Artikel 1^{er}, insbesondere der Gesundheitsschutz²⁴⁶, die Sicherheit²⁴⁷, das Recht auf Wohnraum²⁴⁸ und das Recht auf Wohnung²⁴⁹. Mit dieser Einstufung sind keine rechtlichen Konsequenzen für den Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens oder im Stadium der Anwendung des Gesetzes verbunden. Mit der Verwendung dieses Begriffs will der Gesetzgeber lediglich die Bedeutung oder sogar den zwingenden Charakter eines Rechts oder einer Freiheit hervorheben, deren Förderung er sicherstellen will.
60. Es kommt auch vor, dass ordentliche Gerichte den Begriff der Grundfreiheit oder des Grundrechts zu diesem Zweck verwenden.

Was die Gerichtsbarkeit betrifft, so haben Berufungsgerichte den Begriff des "Grundrechts der Miteigentümer"²⁵⁰ verankert oder das Recht auf Eheschließung als "Grundrecht der Persönlichkeit"

RFDA 1989, S. 54-56, Schlusswort O. SCHRAMECK; CE, 27. Oktober 1989, *Picabea-Burunza, Lebon* S. 218.

²⁴⁴ Konkl. LETOURNEUR zu CE, 23. November 1951, *Société Nouvelle Imprimerie*, RDP 1951, S. 1098.

²⁴⁵ Konkl. GALMOT zu CE, 21. Januar 1966, *Legastelois*, JCP G 1966, II, 15303, S. 435. Vgl. P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 42, 1962, S. 112-115. Siehe auch die Anmerkungen der Autoren der Grands arrêts unter dem Urteil *Benjamin* vom 19. Mai 1933 (*GAJA* Nr. 49).

²⁴⁶ Artikel 3 des Gesetzes Nr. 2002-303 vom 4. März 2002, *ABl.* 5. März 2002, kodifiziert in Artikel L. 1110-1 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit.

²⁴⁷ Artikel 1^{er} des Gesetzes Nr. 95-73 vom 21. Januar 1995, *JO* 24. Januar 1995.

²⁴⁸ Artikel 1^{er} des Gesetzes Nr. 88-156 vom 22. Juni 1982, *ABl.* 23. Juni 1982.

²⁴⁹ Artikel 1^{er} des Gesetzes Nr. 89-462 vom 6. Juli 1989, *ABl.* 8. Juli 1989.

²⁵⁰ CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 15. Februar 1996, *Fagnet, Coppolani, Tertian c/ Syndicat des copropriétaires du 33 rue de l'Épée*. Zu diesem Urteil siehe C. ATIAS, "L'autorisation d'installer un ascenseur aux frais des copropriétaires demandeur", *RRJ* 1996, S. 1027.

bezeichnet²⁵¹. Das Kassationsgericht hat die Verteidigung als "Grundrecht mit Verfassungscharakter"²⁵² und das Eigentumsrecht als "Grundrecht mit Verfassungsrang"²⁵³ bezeichnet. Die so von den Gerichten der Rechtsordnung bezeichneten Normen sind von unterschiedlicher Natur und unterschiedlichem Wert. Darüber hinaus sind diese Qualifikationen vollkommen überflüssig. Da sie keinerlei rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, folgt ihre Verwendung keiner anderen Logik als der, die Bedeutung des so bezeichneten Rechts oder der so bezeichneten Freiheit zu betonen.

In einigen seiner Entscheidungen wird der Verwaltungsrichter auch den Ausdruck Grundfreiheit verwenden, ohne dass dies rechtlich notwendig oder auch nur nützlich wäre. Beispielsweise stellte der Richter für Überschreitung der Befugnisse fest, dass der Erlass, der die Erwähnung der Beobachtungen des medizinischen und pädagogischen Personals in den Schulakten der Schüler zulässt, "in keiner Weise die Grundfreiheit berührt, die gemäß den Vorschriften von Artikel 9 des Zivilgesetzbuches in der Fassung, die ihm das Gesetz vom 17. Juli 1970 gegeben hat, die Achtung des Privatlebens und seiner Intimität darstellt"²⁵⁴. Der Ausdruck wurde ebenso überreichlich in einem Urteil zu einem Beschluss verwendet, mit dem die Gebietsversammlung von Französisch-Polynesien "eine Ausreisesteuer für Reisende mit Wohnsitz in Französisch-Polynesien" eingeführt hatte, eine Steuer, die von jedem Einwohner des Gebiets, der eine Reise außerhalb des Gebiets unternahm, zu entrichten war. Der Staatsrat stellt fest, "dass diese Bestimmungen durch die Einführung einer Abgabe bei der Ausreise aus dem Gebiet von Französisch-Polynesien dazu führen, dass die Freiheit, zu kommen und zu gehen, die eine Grundfreiheit darstellt, beeinträchtigt wird; sie sind daher mit einem Befugnisüberschuss behaftet"²⁵⁵. In diesen beiden Entscheidungen hat die Bezeichnung "Grundfreiheit" keine rechtliche Bedeutung. Der Ausdruck wird vom Verwaltungsrichter überflüssigerweise verwendet²⁵⁶. Darüber hinaus stammen die beiden Freiheiten aus Rechtsquellen mit unterschiedlichen Werten. Die Achtung des Privatlebens, die in Artikel 9 des Zivilgesetzbuches verankert ist, hat einen legislativen oder eher infralegislativen Wert, da sie hier als allgemeiner Rechtsgrundsatz angewandt wird. Die Freiheit, sich frei zu bewegen und zu kommen, ist in der Verfassung verankert. Folglich gibt es keine formale Einheit zwischen diesen beiden Normen, die vom Richter für Überschreitung der Befugnisse als Grundfreiheiten bezeichnet werden.

61. Der Begriff der Grundfreiheit wird vom Verfassungsrat ebenfalls aus dieser Perspektive betrachtet. Im Gegensatz zu dem, was manchmal behauptet wird, hat der Verfassungsrat keine "Auffassung" von den Grundfreiheiten in dem Sinne, dass dieser Begriff in seiner Rechtsprechung eine bestimmte Bedeutung hätte. Für den Rat ist dieser Begriff lediglich ein Wort, auf das er zurückgreift, um Entscheidungen zu rechtfertigen und Abwägungen zu legitimieren.

In der Verfassungsrechtsprechung²⁵⁷ bezeichnen die Begriffe Grundfreiheit oder Grundrecht²⁵⁸ weder die Gesamtheit der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten²⁵⁹ noch auch nur einen Teil von ihnen, die sich von

251 CA Paris, 30. April 1963, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, S. 428-430, Anm. A. ROUAST.

252 Cass., Ass. plén., 30. Juni 1995, *X c/ Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, Bull. civ. A.P., n° 4, JCP G 1995, II, 22478, concl. M. JEOL, note A. PERDRIAU.

253 Civ. 1^{ère}, 4. Januar 1995, *Frau X c/ Herr Y und andere*, Bull. civ. I, Nr. 4.

254 CE, 6. Februar 1980, Confédération syndicale des familles und Fédération nationale Ecole et familles, *Lebon T.*, S. 727.

255 CE, 9. November 1992, Président du Gouvernement du territoire de la Polynésie française, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, concl. S. LASVIGNES, RFDA 1993, S. 570-572.

256 Dies erklärt, warum er in späteren Fällen im Allgemeinen nicht zur Bezeichnung der Freiheit, zu gehen und zu kommen (siehe z. B. CE, Ass., 17. Februar 1995, *Hardouin*, *Lebon* S. 82, Schlusswort von P. FRYDMAN, *GAJA* Nr. 107) oder der Achtung des Privatlebens aus Artikel 9 des Zivilgesetzbuchs (siehe z. B. CE, Ass., 10. Juli 1981, *Conseil national du patronat français*, *Lebon* S. 305) herangezogen wurde.

257 Im Verfassungstext wird der Begriff Grundfreiheit nur einmal und im Zusammenhang mit dem Asylrecht erwähnt. Artikel 53-1 besagt: "Die Republik kann mit den europäischen Staaten, die durch gleiche Verpflichtungen wie sie selbst im Bereich des Asyls und des Schutzes der Menschenrechte und Grundfreiheiten gebunden sind, Abkommen zur Festlegung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten für die Prüfung der bei ihnen gestellten Asylanträge schließen".

258 Es wurden mehrere Ausdrücke verwendet, die als Synonyme betrachtet wurden: "Grundrechte und Grundfreiheiten", "Grundrechte und Grundfreiheiten mit Verfassungscharakter", "Grundrechte mit Verfassungscharakter", Recht mit "grundlegendem Charakter", "Grundfreiheit". Nur dreizehn verfassungsmäßige Rechte, Freiheiten und Grundsätze wurden vom Verfassungsrat als Grundrechte bezeichnet: der Gleichheitsgrundsatz, die persönliche Freiheit und die Sicherheit, das Recht auf ein normales Familienleben, das Asylrecht, das Recht auf Beschäftigung, die Gewerkschaftsfreiheit, das Recht auf Beteiligung, die Freizügigkeit, die Ehefreiheit, die Verteidigungsrechte, die unternehmerische Freiheit, die freie Gedanken- und Meinungskommunikation. "Force est donc de qualifier l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la notion de droits fondamentaux comme marginale" (T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGD], coll. BSCP, t. 112, 2003, S. 13). Für eine umfassende Darstellung der Entscheidungen, die diese Ausdrücke für die dreizehn oben genannten Rechte, Freiheiten und Grundsätze verwendet haben, siehe T. MEINDL, *op. cit.*, S. 13-62.

259 Aus den Entscheidungen des Rates kann keinesfalls abgeleitet werden, dass der Rat die beiden Begriffe als

den anderen durch bestimmte gemeinsame Merkmale unterscheiden würden²⁶⁰. Grundlegend ist nicht eine Qualität oder Eigenschaft, die bestimmten Normen anhaftet und die Normen, die nicht als grundlegend bezeichnet werden, nicht haben. Das Wort stellt ein Argument in den Händen des Richters dar. Es wird vom Verfassungsrat in einigen Entscheidungen verwendet, um die Bedeutung der betreffenden Freiheit gegenüber einer ihr entgegenstehenden Norm oder Anforderung hervorzuheben und so ihren Vorrang zu rechtfertigen.

Der Rat verwendet diesen Ausdruck symbolisch, um die Art und Weise zu rechtfertigen, wie er einen Normenkonflikt in einem bestimmten Fall löst. Die Verwendung dieses Begriffs hat weitgehend rhetorischen Charakter. Er ermöglicht es, die Berücksichtigung eines bestimmten Rechts in einer bestimmten Entscheidung zu unterstreichen. Wie Frau Champeil-Desplats feststellte, dient der Ausdruck dazu, die Entscheidungen, in denen sie verwendet werden, zu rechtfertigen²⁶¹. Die Einstufung hängt von den Begriffen und vor allem von den Ergebnissen des durchgeführten Schiedsverfahrens ab. Nur wenn der Rat die Notwendigkeit sieht, seine Entscheidung mit einem Meta-Argument zu begründen, wird er die fragliche Norm als grundlegend bezeichnen. Andernfalls stuft er sie nicht als grundlegend ein, auch wenn er sie in einer früheren Entscheidung als grundlegend eingestuft hat²⁶². Es gibt also keine eigentliche Liste der Grundrechte und -freiheiten im Sinne der

gleichbedeutend ansieht. Der Rat hat nicht nur nie behauptet oder angedeutet, dass die Ausdrücke Grundrecht oder Grundfreiheit alle verfassungsmäßigen Freiheiten und Rechte umfassen, sondern die These der Übereinstimmung würde auch nicht erklären, warum eine bestimmte verfassungsmäßige Freiheit oder ein bestimmtes verfassungsmäßiges Recht nur in bestimmten Fällen als Grundrecht bezeichnet wird, oder warum die Zahl der verfassungsmäßigen Freiheiten und Rechte, die als Grundrechte bezeichnet werden, besonders niedrig bleibt und nicht auf alle diese Rechte und Freiheiten ausgedehnt wurde.

²⁶⁰ Die als Grundfreiheiten oder Grundrechte bezeichneten Verfassungsnormen bilden keine Unterkategorie oder Teilmenge der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten. Einige Autoren haben die Idee entwickelt, dass die Grundfreiheiten und Grundrechte in der Verfassungsrechtsprechung diejenigen verfassungsmäßigen Freiheiten und Rechte sind, die ein rechtliches Schutzsystem genießen. So haben die Professoren Louis Favoreu und Loïc Philip behauptet, dass in der Rechtsprechung des Verfassungsrats die Grundfreiheiten und -rechte durch drei kumulative Kriterien gekennzeichnet sind, die zusammen die "ersten Elemente einer allgemeinen Theorie" der Grundrechte und -freiheiten darstellen: Erstens das Verbot der vorherigen Genehmigung, zweitens die sogenannte "Ratchet"-Rechtsprechung (Verbot, die für die Ausübung dieser Rechte und Freiheiten geschaffenen Garantien in Frage zu stellen), drittens das Erfordernis einer einheitlichen Anwendung im gesamten Staatsgebiet (siehe *GDCC* Nr. 36, § 9-12). Diese Darstellung entspricht nicht der Verfassungsrechtsprechung (wie ihre Widerlegung durch einen autorisierten Kommentator belegt: siehe G. VEDEL, "Propos d'ouverture", in *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 Juni 1996, *Economica* PUAM, coll. DPP, 1998, S. 13-18, spép. S. 17-18). Einerseits wurde eines der drei Kriterien, auf denen diese Theorie aufbaute, vom Verfassungsrichter aufgegeben. Die Formel, die im Zusammenhang mit der Pressefreiheit, aber auch mit dem Asylrecht verwendet wurde, wonach das Gesetz nur eingreifen darf, um die Ausübung des Rechts effektiver zu gestalten, taucht in den jüngsten Entscheidungen nicht wieder auf. Der Rat verlangt lediglich, dass das Gesetz keine Anforderungen oder Grundsätze von Verfassungswert ihrer gesetzlichen Garantie beraubt, d. h. dass es nicht die Garantien aufhebt, die für eine effektive Ausübung des Rechts unerlässlich sind (siehe J.-E. SCHOETTL, Anmerkung unter CC, Nr. 2003-485 DC, 4. Dezember 2003, *LPA* 4-5 Februar 2004, S. 12). Andererseits gibt es keine Übereinstimmung zwischen der Kategorie der verfassungsmäßigen Rechte, die in den Genuss dieser Schutzregelung kommen, und den vom Rat als Grundrechte bezeichneten Rechten. Die Grundrechte und -freiheiten zeichnen sich also keineswegs dadurch aus, dass sie einem gemeinsamen Rechtssystem unterworfen sind.

²⁶¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, "La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français", *D.* 1995, S. 323-329. "Wenn zwei Normen denselben rechtlichen Wert haben, ist die Behörde, die sie miteinander in Einklang bringen oder der Anwendung einer von ihnen den Vorrang geben muss, gezwungen, ihre Wahl zu begründen. Wenn es keine formale oder materielle Hierarchie zwischen den Normen gibt, die zu den verschiedenen Kategorien von Rechten und Verfassungsgrundsätzen gehören, wie es in Frankreich der Fall ist, muss auf Argumente zurückgegriffen werden, die es ermöglichen, *im vorliegenden Fall* eine Priorität festzulegen" (a. a. O., S. 327. Hervorhebung hinzugefügt). Der Autor führt aus: "In Konfliktsituationen sind die Akteure gezwungen, auf immer allgemeinere Formulierungen zurückzugreifen oder, genauer gesagt, auf Formeln oder Labels, die sich auf höhere Größenordnungen beziehen. Die Herausforderung besteht nun darin, immer überzeugendere logische Meta-Argumente zu finden, ohne den Bereich der Argumentation zu verlassen, der für die anderen Akteure des Rechtssystems akzeptabel ist" (*ibid.*). Die beste Art und Weise für den Rat, die Bedeutung eines Rechts zu beweisen, besteht darin, einen symbolisch starken Ausdruck zu finden, wie er es 1982 getan hatte, als er den Verstaatlichungen den grundlegenden Charakter des Eigentumsrechts entgegenstellte (siehe CC, Nr. 81-132 DC, 16. Januar 1982, *Slg.* S. 18, *GDCC* Nr. 31). Ähnlich argumentierte der Rat in der Entscheidung zur Steuerung der *Einwanderung*, um das Recht von Ausländern, bis zur Entscheidung über ihren Antrag auf Flüchtlingsstatus im französischen Hoheitsgebiet zu bleiben, vor den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung zu schützen, dass die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte ein Grundrecht mit Verfassungsrang für alle ist, sowohl für Bürger als auch für Ausländer. Diese Rechte müssen daher mit der öffentlichen Ordnung in Einklang gebracht werden und dürfen sich nicht einfach vor ihr verneigen (siehe CC, Nr. 93-325 DC, 12-13. August 1993, *Slg.* S. 224, *GDCC* Nr. 46). Siehe in diesem Sinne auch: J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, S. 151; J. FAVRE und B. TARDIVEL, "Recherches sur la catégorie jurisprudentielle des "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle"", *RDP* 2000, S. 1412-1440.

²⁶² Ein besonders wichtiges Beispiel ist die persönliche Freiheit und die Freiheit, sich frei zu bewegen und zu kommen, die in der Entscheidung 325 DC als "Grundrechte und -freiheiten" bezeichnet wurden. Um 1995 die Verfassungsmäßigkeit des Orientierungs- und Programmgesetzes zur Sicherheit anzufechten, beriefen sich die Kläger auf die Verletzung der persönlichen Freiheit und der Freiheit, sich frei zu bewegen und zu kommen, die sie gemäß der Entscheidung

Rechtsprechung des Verfassungsrats. Die Einstufung ist fließend und hängt von den besonderen Gegebenheiten jedes einzelnen Falles ab. Wie M. Wachsmann feststellt, "haben wir es hier mit einer rhetorischen Emphase zu tun, deren Zweck lediglich darin besteht, die Bedeutung der betreffenden Freiheit zu unterstreichen, ohne dass damit eine klar definierte Konsequenz verbunden wäre" .263

62. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Begriff der Grundfreiheit im französischen Recht keine präzise Bedeutung hat. Außerhalb unserer Rechtsordnung erscheint die Situation kontrastreich und weist keine wirkliche Homogenität auf.

B. Außerhalb der französischen Rechtsordnung

63. Wie M. Gautron betonte, ist "die Bezeichnung der Grundrechte als die Gesamtheit der verfassungsmäßig geschützten Rechte und Freiheiten im Rechtsvergleich zweifellos nicht völlig zufriedenstellend"²⁶⁴. Denn während es in einigen Rechtssystemen ein striktes Entsprechungsverhältnis zwischen Verfassungsmäßigkeit und Grundrechtscharakter gibt, gilt dieses Ausschließlichkeitsverhältnis nicht für alle nationalen Ordnungen.

1. Übereinstimmung von Verfassungsmäßigkeit und Fundamentalität

64. In einigen Rechtssystemen bezieht sich der Begriff des Grundrechts oder der Grundfreiheit auf die Rechte und Freiheiten, die an der Spitze der Rechtsordnung stehen. Die Fundamentalität beschränkt sich dann auf die Rechtmäßigkeit der Verfassung.
65. In Deutschland ist der Begriff des Grundrechts auf die Rechte mit Verfassungsrang beschränkt²⁶⁵. Diese Rechte sind im ersten Kapitel des Grundgesetzes von 1949 mit dem Titel "Die Grundrechte" zusammengefasst, das 19 Artikel umfasst. Hinzu kommen die "*grundrechtsgleichen Rechte*" oder "*grundrechtsverwandten Rechte*". Dies sind Rechte, die zwar außerhalb von Kapitel 1^{er} des Grundgesetzes angesiedelt sind, aber dennoch zur Unterstützung einer individuellen Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden können²⁶⁶. Der Verfassungsgeber hat die Liste der

325 DC als "Grundrechte und -freiheiten" bezeichneten. Der Rat lehnte diese Einstufung im vorliegenden Fall jedoch ab und stufte diese Freiheiten als "verfassungsmäßig garantierte öffentliche Freiheiten" neu ein (CC, 94-352 DC, 18. Januar 1995, Kons. 2, *Sfg.* S. 140). In der Entscheidung 97-389 DC (CC, 22. April 1997, *Sfg.* S. 45) wird der Rat erneut darauf hinweisen, dass die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, zu den "Grundrechten" gehört (Kons. 10). Diese intermittierende Qualifizierung erklärt sich dadurch, dass der Rat den Ausdruck je nach den besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Falles verwendet. In den Entscheidungen von 1993 und 1997 rechtfertigten die Art und Weise, wie der Normenkonflikt entstand und wie der Rat ihn löste, die Verwendung eines Meta-Arguments. Da sich dies in der Entscheidung vom 18. Januar 1995 nicht als notwendig erwies, wies der Verfassungsrichter die Qualifikation zurück.

263 P. WACHSMANN, "L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux"", *RUDH* 2004, S. 46.

264 J.-C. GAUTRON, "Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", in *Le patrimoine constitutionnel européen*, colloque Montpellier, 22-23 novembre 1996, éditions du Conseil de l'Europe, 1997, S. 148.

265 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, spé S. 57. Siehe auch H. GOERLICH, "Les droits constitutionnels fondamentaux: essence, signification et doctrines générales", in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, S. 49-69.

266 Art. 93 Abs. 1^{er} (4a^o) des Grundgesetzes sieht vor, dass das Verfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden entscheidet, die von jedem erhoben werden können, der glaubt, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner Rechte verletzt worden zu sein, die durch Art. 20 Abs. 4 (Recht auf Widerstand gegen Unterdrückung), 33 (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern und Schutz des traditionellen Status und des öffentlichen Dienstes), 38 (allgemeine unmittelbare Wahlen zum Bundestag und Wahlrecht), 101 (Verbot von Sondergerichten), 103 (Rechte der Verfolgten) und 104 (Garantien bei Freiheitsentzug) verletzt worden sind. Die in Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG verankerten Rechte sind mit der Grundrechtsgarantie ausgestattet und daher mit den Grundrechten "verwandt". Zu dieser

Grundrechte genau festgelegt, was erklärt, warum die Frage der Definition des Grundrechts "in der deutschen Rechtswissenschaft kaum direkt behandelt wird"²⁶⁷. In Spanien haben die Verfasser der Verfassung vom 27. Dezember 1978 ebenfalls eine genaue Liste der geschützten Rechte und Freiheiten erstellt²⁶⁸. Der Abschnitt über diese Rechte bezieht sich nicht nur auf die Grundrechte, sondern verwendet auch den Ausdruck "öffentliche Freiheit", ohne innerhalb dieses Abschnitts zwischen den Grundrechten einerseits und den öffentlichen Freiheiten andererseits zu unterscheiden. Diese Rechte sind im ersten Abschnitt ("Grundrechte und öffentliche Freiheiten") von Kapitel 1^{er} ("Rechte und Freiheiten") des ersten Titels^{er} ("Grundrechte und Grundpflichten") der Verfassung zusammengefasst. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass in der Rechtsordnung der Gemeinschaft die als "Grundfreiheiten"²⁶⁹ oder "Grundrechte"²⁷⁰ bezeichneten Normen mit dem Wert des primären Gemeinschaftsrechts durchgesetzt werden und somit an der Spitze der Normenhierarchie stehen²⁷¹.

66. In den Vereinigten Staaten sind Grundrechte und Grundfreiheiten geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrechte und -freiheiten, die ein höheres Maß an Kontrolle genießen²⁷². Der Begriff entspricht zum einen den geschriebenen Verfassungsrechten der ersten acht Verfassungszusätze und zum anderen den ungeschriebenen Verfassungsrechten, die der Oberste Gerichtshof im Rahmen der *Due-Process-Klausel* herausarbeitet. Diese geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrechte genießen eine vorteilhaftere gerichtliche Kontrolle als die anderen verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten.

Indem das IX^e Amendment vorsieht, dass die Liste der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten, die die Verfassung aufzählt, nicht erschöpfend ist, ermächtigt es implizit den Richter, neue Garantien zugunsten der Bürger zu entdecken²⁷³. Diese Entdeckung neuer Rechte, aufgrund ihrer Bedeutung, erfolgt durch die Klausel des *due process of law* in den V^e und XIV^e Amendments zur Bundesverfassung der Vereinigten Staaten²⁷⁴. Diese

Kategorie von Verfassungsrechten siehe D. CAPITANT, oben genannte Dissertation, S. 2-3 und S. 102; T. MEINDL, oben genannte Dissertation, S. 125-146.

267 D. CAPITANT, oben genannte Dissertation, S. 2.

268 Siehe P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, S. 35-69; P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica PUAM, coll. DPP, 1984, 284 S.

269 "Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten" (Artikel 6.1 des Vertrags über die Europäische Union).

270 "Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben" (Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union). Eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union wurde am 7. Dezember 2001 auf dem Europäischen Rat von Nizza von den Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Europäischen Kommission feierlich proklamiert. Die Charta wurde später in den Vertrag über eine Verfassung für Europa aufgenommen, dessen Teil II sie bildet.

271 Siehe aus der umfangreichen Literatur: L. MARCOUX, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC* 1983, S. 691-733; *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres* (J. BOULOUIS Hrsg.), Economica, 1995, 187 S.; *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux* (F. SUDRE und H. LABAYLE Hrsg.), journée d'étude des 4 et 5 novembre 1999, Bruylant, Coll. Droit et justice n° 27, 2000, 534 S.

272 Vgl. R.-M. KONVITZ, *Fundamental rights. History of a constitutional doctrine*, Transaction publishers/Rutgers University, 2001, 182 S.; H.J. ABRAHAM und B.A. PERRY, *Freedom and the Court. Civil rights and Liberties in the United States*, 7^{ème} ed., Oxford University Press, 1998, S. 28 ff. und S. 92 ff.; G. MARTIN, *Le due process of law aux Etats-Unis*, thèse Paris II, 1997, 565 S.; P. JUILLARD, "Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême: établissement du marché unique et renforcement des libertés publiques", *Pouvoirs* Nr. 59, 1991, S. 59-75.

273 Der IX. Zusatzartikel^e besagt: "Die Aufzählung bestimmter Rechte in der Verfassung darf nicht so ausgelegt werden, dass andere vom Volk gewählte Rechte verneint oder geschmälert werden". Wie Richter Goldberg in seiner Einzelmeinung zum Fall *Grissold gegen Connecticut* vom 7. Juni 1965 (381 US 479 (1965)), abgedruckt in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, S. 684-689), "Der Text selbst und die Geschichte des IX^e Amendments offenbaren, dass die Gründerväter der Verfassung an die Existenz weiterer Grundrechte glaubten, die vor staatlicher Einmischung geschützt waren und mit den in den ersten acht Verfassungszusätzen ausdrücklich verankerten Grundfreiheiten in Verbindung standen" (*a.a.O.*, S. 16), p. 686). Laut Richter Goldberg "wollten die Gründerväter nicht, dass die ersten acht Zusatzartikel als eine abschließende Liste der wesentlichen und grundlegenden Rechte ausgelegt werden, die die Verfassung dem Volk garantierte" (*a. a. O.*, S. 687).

274 Siehe die oben zitierte Meinung von Richter Goldberg, S. 689: "Wie jeder, der sich mit den Urteilen des Gerichtshofs befasst hat, weiß, hat der Gerichtshof oft einstimmig entschieden, dass die V^e und XIV^e Amendments bestimmte persönliche Grundfreiheiten vor Einschränkungen durch die Bundesregierung oder die Bundesstaaten schützen. Siehe zum Beispiel *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497; *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500; *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296; *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335; *New-York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254. Der XIV^e Amendment zeigt ganz einfach, dass es den Verfassern der Verfassung darum ging, zu verhindern, dass anderen persönlichen Grundfreiheiten der gleiche Schutz verweigert oder sie in irgendeiner Weise

beiden Bestimmungen verbieten es dem Kongress bzw. den Bundesstaaten, jemandem das Leben, die Freiheit oder das Eigentum zu entziehen, ohne "*due process of law*", d. h., wenn man sich mehr auf die allgemeine Idee als auf eine wörtliche Übersetzung konzentriert, "ohne die Vorteile der Garantien oder des Schutzes, die das Recht schuldet". Ursprünglich so konzipiert, dass sie nur formale Garantien (*procedural due process*) mit sich bringt²⁷⁵, beinhaltet die *Due-Process-Klausel* schließlich auch inhaltliche oder materielle Rechtsgarantien (*substantive due process*)²⁷⁶. Auf der Grundlage dieser Bestimmungen erkennt der Oberste Gerichtshof die Existenz ungeschriebener Rechte und Freiheiten an²⁷⁷, wobei er einen Ansatz verfolgt, der an die Technik der Entdeckung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch den französischen Verwaltungsrichter erinnert²⁷⁸. Eine Reihe ungeschriebener Rechte und Freiheiten wurden auf der Grundlage der "*due process of law*"-Klausel anerkannt und als grundlegend eingestuft, darunter das Recht zu heiraten²⁷⁹, das Recht, Kinder zu haben²⁸⁰, das Recht auf ein privates Eheleben²⁸¹, das Recht, Verhütungsmittel zu verwenden²⁸², das Recht, seine körperliche Unversehrtheit zu erhalten²⁸³, das Recht auf Abtreibung²⁸⁴ oder das Recht, eine unerwünschte lebenserhaltende medizinische Behandlung abzulehnen²⁸⁵. Die Kriterien für die Grundsätzlichkeit eines Rechts oder einer Freiheit liegen vor allem in seiner historischen Beständigkeit und der Bindung, die die Bürgerinnen und Bürger ihm entgegenbringen.²⁸⁶

eingeschränkt werden, nur weil sie nicht ausdrücklich in den ersten acht Verfassungszusätzen enthalten sind". Der V^e Amendment war seit seiner Verabschiedung im Jahr 1787 im Verfassungstext enthalten. Der XIV^e Amendment wurde 1868 hinzugefügt. Die *Due-Process-Klausel* geht eigentlich auf das englische Recht zurück. Im Jahr 1354 bestätigte ein Gesetz des englischen Parlaments Artikel 29 der *Magna Carta* von 1215 wie folgt: "Kein Mensch wird von seinem Land oder seinem Besitz enteignet, verhaftet, eingesperrt, enterbt oder getötet, ohne dass er in die Lage versetzt wird, nach dem vom Recht verlangten Verfahren (*due process of law*) darauf zu antworten" (siehe E. ZOLLER, "*Due process of law* and general principles of law", in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, S. 235-247, spé S. 235).

²⁷⁵ In seinem formalen und prozeduralen Verständnis postuliert der *Due Process* ein Ideal in der Ausübung der Regierungsbefugnisse. Wie Frau Zoller erklärt, "impliziert er Entscheidungen, die 1/ nicht willkürlich sind, sondern mit den von der Gesellschaft anerkannten Werten übereinstimmen, 2/ nicht autoritär sind, sondern im Einvernehmen mit denjenigen getroffen werden, auf die sie abzielen, 3/ nicht unterdrückerisch sind, sondern die Interessen und Werte derjenigen respektieren, die sie erreichen" (E. ZOLLER, "*Due process of law*", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND und S. RIALS, Hrsg.), PUF, Quadriga, Lamy, 2003, S. 556-557).

²⁷⁶ Siehe Urteil und Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zu *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania v/ Casey*, 505 US 833 (1992), abgedruckt in E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, S. 1123: "Obwohl eine erste Lesart der Klausel nahelegen könnte, dass sie nur die Verfahren betrifft, mit denen ein Staat Personen die Freiheit entziehen kann, wird seit mindestens 115 Jahren, beginnend mit dem Fall *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 660-661 (1887), dass sie auch eine materielle rechtliche Bedeutung hat, indem sie "bestimmte Regierungsmaßnahmen unabhängig von der Legitimität der zu ihrer Durchführung verwendeten Verfahren verbietet" (*Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327, 331 (1986)). Siehe auch die oben zitierte Meinung von Richter Goldberg, S. 685: "Vor vielen Jahren hat das Gericht festgestellt, dass die *Due-Process-Klausel* jene Freiheiten schützt, die "so tief in den Traditionen und dem Bewusstsein unseres Volkes verwurzelt sind, dass sie als grundlegend angesehen werden", *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105".

²⁷⁷ Der XIV^e Zusatzartikel ermöglicht es darüber hinaus, den Bundesstaaten die in den ersten acht Zusatzartikeln zur Bundesverfassung enthaltenen - geschriebenen - Rechte entgegenzuhalten, die ursprünglich nur den Bundesbehörden entgegengehalten werden konnten. Der Oberste Gerichtshof stellte beispielsweise fest, dass "die Meinungsfreiheit und die Pressefreiheit, die durch den I^{er} Amendment gegen jede vom Kongress auferlegte Einschränkung geschützt werden, zu den grundlegenden persönlichen Rechten und Freiheiten gehören, die durch die *Due-Process-Klausel* des XIV^e Amendment gegen jede Beeinträchtigung durch die Staaten geschützt werden" (*Gilow v. New York*, 268 US 652 (1925)).

²⁷⁸ Siehe in diesem Sinne E. ZOLLER, "*Due process of law* and general principles of law", oben genannter Artikel, S. 243: "Ohne identisch zu sein, ähneln sich die verfassungsrechtliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur *Due-Process-of-Law-Klausel* und die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Staatsrats zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sehr. In beiden Fällen bringen sie Richter zusammen, die in ihren jeweiligen Rechtssystemen grundlegende Garantien für die Bürger "feststellen" oder "entdecken" (manche würden sagen "schaffen"), sagen wir, Schutz, der ihnen in Form von Grundsätzen zusteht, die in ihren Augen wichtig genug sind, um dem Gesetzgeber ihre Einhaltung vorzuschreiben".

²⁷⁹ *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

²⁸⁰ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 US 535 (1942).

²⁸¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

²⁸² *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

²⁸³ *Rochin v. California*, 342 US 165 (1952).

²⁸⁴ *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania c/ Casey*, 505 US 833 (1992).

²⁸⁵ *Cruzan*, 497 US 278-279 (1990).

²⁸⁶ Siehe Stellungnahme des Gerichtshofs zum Fall *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997), abgedruckt in E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, S. 1262: "Unsere übliche Methode der Grundrechtsanalyse weist zwei wesentliche Merkmale auf: Erstens haben wir wiederholt klargestellt, dass die *Due-Process-Klausel* einen besonderen Schutz für jene Grundrechte und -freiheiten bietet, die objektiv "tief in der Tradition und Geschichte unserer Nation verwurzelt" sind (*Stellungnahme des Gerichtshofs in der Rechtssache Moore*, 431 US 503; *Snyder v. Massachusetts*, 291 US 97 (1934) ("so tief in den Traditionen und dem Geist unseres Volkes verwurzelt, dass sie als grundlegend bezeichnet werden"), und "implizit im Konzept der durch Gesetze organisierten Freiheit", so dass "weder Freiheit noch Gerechtigkeit existieren würden, wenn sie geopfert würden" (*Palko v. Connecticut*, 302 US 319, 325, 326 (1937))). Zweitens haben wir in den uns vorgelegten Fällen zu den Grundrechten und -freiheiten eine "sorgfältige Erklärung" des grundlegenden Charakters der behaupteten Freiheit verlangt (...). Die Geschichte,

Wie Mark Janis feststellt, erhalten Grundrechte und -freiheiten "einen größeren gerichtlichen Schutz gegen Verletzungen durch die Gesetzgebung oder die Exekutive"²⁸⁷. Rechte, die nicht als grundlegend angesehen werden, können eingeschränkt werden, wenn die Regierung eine legitime und rationale Grundlage für die Einschränkung hat. Der Oberste Gerichtshof übt in diesen Fällen eine "gewöhnliche Überprüfung" (*ordinary scrutiny*) aus²⁸⁸. Bei einem Grundrecht oder einer Grundfreiheit übt der Oberste Gerichtshof jedoch eine "strenge Kontrolle" (*strict scrutiny*) aus²⁸⁹. Anstatt von der Regierung lediglich zu verlangen, dass sie eine legitime Grundlage für den Eingriff in ein Recht hat, verlangt der Richter von ihr den Nachweis, dass der Zweck, auf den sie abzielt, sie zu einer solchen Einschränkung zwingt. Außerdem muss die Regierung, anstatt nur nachzuweisen, dass dieser Eingriff ein rationales oder vernünftiges Mittel zur Erreichung ihres Ziels darstellt, den Beweis erbringen, dass dieser Eingriff der notwendige Weg zur Erreichung des Ziels ist. So und in Bezug auf die Gesetzgebung der Staaten verbietet der XIV. Verfassungszusatz^e "der Regierung absolut, (...) die 'grundlegenden' Freiheiten zu beeinträchtigen, unabhängig von der gewählten Vorgehensweise, es sei denn, der Eingriff ist eng mit einem zwingenden staatlichen Bedürfnis verbunden".²⁹⁰

67. Das in diesen Ländern bestehende Verhältnis der strikten Übereinstimmung zwischen Verfassungsmäßigkeit und Fundamentalität findet sich nicht in allen Rechtsordnungen.

2. Keine Übereinstimmung zwischen Verfassungsmäßigkeit und Fundamentalität

68. Zunächst einmal bezeichnen einige Rechtssysteme ihre verfassungsmäßigen Rechte nicht als Grundrechte. Während in vielen Ländern die verfassungsgebende Gewalt eine Reihe von Rechten nach dem Zweiten Weltkrieg für die verfasste Gewalt unzugänglich machen wollte²⁹¹, werden bei weitem nicht alle Rechte als Grundrechte oder Grundfreiheiten bezeichnet²⁹². Einige Verfassungen ignorieren den Ausdruck und ziehen es vor, die verfassungsrechtlich verankerten Rechte und Freiheiten als "Rechte"²⁹³, "Öffentliche Freiheiten und soziale Rechte"²⁹⁴ oder "Rechte und Pflichten der Bürger"²⁹⁵ zu bezeichnen.

die Rechtstraditionen und die Bräuche unserer Nation liefern daher die "Anhaltspunkte, die wohlüberlegte Entscheidungen ermöglichen", *Colins v. Harker Heights*, 503 US 125, und die unseren Ansatz in Bezug auf die *Due-Process-Klausel* lenken und begrenzen". Die vom Obersten Gerichtshof gewählte Technik zur Identifizierung von Grundrechten und -freiheiten hat dazu geführt, dass diese Einstufung für die Praxis der Sodomie zwischen einwilligenden erwachsenen Männern (*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)) oder das Recht auf ärztlich assistierten Suizid (*Fall Washington v. Glucksberg*, oben zitiert) ausgeschlossen wurde. Nach einem Überblick über die einschlägigen Vorschriften stellt das Gericht fest: "Die Geschichte der gesetzlichen Bestimmungen zum assistierten Suizid in diesem Land war und ist eine Geschichte der ständigen und konstanten Ablehnung aller Bemühungen, diesen zuzulassen. Ausgehend davon zwingen uns unsere Entscheidungen zu dem Schluss, dass die Behauptung eines "Rechts" auf assistierten Suizid durch einen Dritten keine durch die *Due-Process-Klausel* geschützte Grundfreiheit darstellt" (Stellungnahme des Gerichtshofs, *a. a. O.*, S. 1267).

287 M. JANIS, "La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 54.

288 Beispielsweise hat der Oberste Gerichtshof seit 1937 den Bundes- und Landesbehörden erlaubt, die Arbeitszeiten und -bedingungen zu regeln, auch wenn solche Regelungen die Freiheit der Arbeitnehmer und die Freiheit der Arbeitgeber, die Beschäftigungsbedingungen selbst vertraglich festzulegen, beeinträchtigen (*West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937)).

289 Die verstärkte Kontrolle hielt mit der berühmten *Footnote* 4 des Urteils *United-States v. Carolene Products Company*, 304 US 144 (1938) Einzug in die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Wie Zoller betont, leitete die *Carolene Products-Rechtsprechung* "die sogenannte 'preferred-freedoms doctrine' ein, wonach der Richter eine wachsamere Kontrolle ausüben muss, wenn der Gesetzgeber in Rechte eingreift, die als moralisch höherwertig gelten als andere" (E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, S. 500).

290 *Reno v. Flores*, 507 US 302 (1993). Andernfalls ist das Gesetz verfassungswidrig. Für eine berühmte Anwendung siehe *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973): Das Gericht urteilte, dass Strafgesetze, die Abtreibungen kriminalisierten, das Recht auf Privatsphäre in unangemessener Weise beeinträchtigen.

291 Siehe L. FAVOREU, "La protection constitutionnelle des droits fondamentaux", in *Vers une nouvelle Europe?*, Editions de l'Université de Bruxelles Etudes européennes, 1992, S. 365-378, spé S. 365.

292 Siehe F. MODERNE, "La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne", in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.* S. 35-84, spé S. 58.

293 Die Verfassung des Königreichs Belgien enthält einen Titel 2 mit dem Titel "Des belges et leurs droits" (Belgien und ihre Rechte) (Artikel 8 bis 32).

294 2^{ème} Teil der griechischen Verfassung vom 9. Juni 1975 (Artikel 4 bis 25).

295 1^{ère} Teil der italienischen Verfassung vom 27. Dezember 1947 (Artikel 13 bis 54). Der Ausdruck "Grundrecht" wird nur einmal verwendet, in Artikel 32 heißt es: "Die Republik gewährleistet den Schutz der Gesundheit als Grundrecht des

69. Zweitens sehen verfassungsrechtliche und internationale normative Texte ausdrücklich die Existenz von verfassungswidrigen Grundrechten und -freiheiten vor.

In vielen internationalen und regionalen Rechtsinstrumenten wird der Begriff Grundfreiheit oder Grundrecht verwendet²⁹⁶. Einige Texte geben inzident die normative Quelle an, wenn sie sich mit der Frage des Rechts auf einen Rechtsbehelf befassen. So heißt es in Artikel 25 Absatz 1 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, dass jeder Mensch das Recht auf einen einfachen und schnellen Rechtsbehelf hat, der ihn "gegen alle Handlungen, die seine *durch die Verfassung, das Gesetz oder diese Konvention* anerkannten Grundrechte verletzen", schützen soll. Ebenso sieht Artikel 8 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vor, dass jede Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei den zuständigen nationalen Gerichten "gegen Handlungen, die ihre *durch die Verfassung oder das Gesetz* anerkannten Grundrechte verletzen" hat. In beiden Texten wird also die Existenz von Grundrechten anerkannt, die nicht nur in der Verfassung, sondern auch in Abkommen und Gesetzen verankert sind.²⁹⁷

Ebenso ist die Existenz von unterhalb der Verfassung liegenden Grundrechten in Verfassungen, die den Grundsatz der "offenen Liste" für Grundrechte festschreiben, ausdrücklich gesetzlich vorgesehen²⁹⁸. Hypothetisch bedeutet die Annahme des Prinzips der offenen Liste für den Verfassungsgeber, dass er die Existenz von Grundrechten und -freiheiten außerhalb des Verfassungstextes zulässt. In Portugal beispielsweise enthält die Verfassung vom 2. April 1976 einen ersten Teil mit der Überschrift "Grundrechte und -pflichten" (Artikel 12-79) und sieht in Artikel 16 Absatz 1 vor, dass "die in der Verfassung festgelegten Grundrechte keine anderen Rechte ausschließen, die sich aus den Gesetzen und den geltenden Regeln des Völkerrechts ergeben". Somit erhebt die vom Verfassungsgeber festgelegte Aufzählung keineswegs den Anspruch auf Vollständigkeit. Im Gegenteil, wie M. Costa Costa betonte. Cardoso da Costa, der damalige Präsident des Verfassungsgerichts, erklärte, dass das Prinzip der offenen Liste "nicht nur auf eine Auffassung der Kategorie "Grundrechte" als etwas hindeutet, das umfassender ist als die Kategorie der verfassungsmäßigen Rechte (d. h. der Rechte, die formell im Verfassungstext verankert sind), sondern auch eine "materielle" Charakterisierung dieser ersten Kategorie impliziert - die offenbar allein in dem "wesentlichen" Charakter liegen kann, den das kollektive Rechtsbewusstsein bestimmten Rechten als Erfordernis der Würde der Person selbst zuschreibt"²⁹⁹. Ein identisches Verständnis des Begriffs herrscht in einigen lateinamerikanischen Ländern vor.³⁰⁰

70. Weder in Frankreich noch im vergleichenden Recht setzt sich eine klare, einheitliche und unmissverständliche Definition der Grundfreiheiten durch. Um den Anwendungsbereich des *référé-liberté* abzugrenzen, hat die Arbeitsgruppe des Staatsrats einen Begriff mit relativ unbestimmtem Inhalt gewählt, ohne ihn zu definieren. Dieser wird von der Regierung unverändert in den Text übernommen, der zur parlamentarischen Diskussion gestellt wird. Während der Prüfung des Gesetzentwurfs werden die Abgeordneten angesichts dieses Begriffs eine gewisse Verwirrung empfinden. Da sie den Begriff nicht wirklich in den Griff bekommen können oder wollen, entscheiden sie sich dafür, die Definition dem Richter zu überlassen.

II. Ein vom Gesetzgeber nicht definierter Begriff

Einzelnen und als Interesse der Allgemeinheit".

²⁹⁶ Die Charta der Vereinten Nationen erwähnt in Artikel 1^{er} die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Die gleiche Formulierung findet sich in der Präambel, dann in Artikel 13 über die Zuständigkeiten der Generalversammlung, wie auch in Artikel 55 über die internationale wirtschaftliche und soziale Zusammenarbeit, in Artikel 62 über den Wirtschafts- und Sozialrat oder in Artikel 76 über die Vormundschaft. Das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 erwähnt in seiner Präambel die in die Charta aufgenommenen Grundsätze des Völkerrechts, insbesondere "die allgemeine und tatsächliche Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle". Der Begriff der Grundfreiheit findet sich auch im Titel des Abkommens von Rom vom 4. November 1950: Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ("*fundamental freedoms*", in der offiziellen englischsprachigen Fassung).

²⁹⁷ In Bezug auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde der Verweis auf Freiheiten aus Gesetzesquellen damit begründet, dass einige Staaten - allen voran Großbritannien - nicht über eine starre Verfassung verfügten. Zum Ursprung dieser Bestimmung und zur Darstellung der Vorarbeiten siehe D. WEISSBRODT, *The right to a fair trial under the Universal declaration of human rights and the international covenant on civil and political rights*, Martinus Nijhoff publishers, 2001, S. 30-31; P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, S. 18-25. Die amerikanischen Staaten hingegen verfügen alle über eine starre Verfassung und haben trotzdem, ohne dass dies wie im Fall der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte mit dem Partikularismus einer der Hohen Vertragsparteien zusammenhängt, die Existenz von rein gesetzgeberischen Grundrechten zugelassen.

²⁹⁸ H. MOTA, "Le principe de la "liste ouverte" en matière de droits fondamentaux", in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica PUAM, 1989, S. 177-210.

²⁹⁹ J.-M. CARDOSO DA COSTA, "Portugiesischer Bericht", *AJJC* 1990/VI, VIII^e Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte, Ankara 7.-10. Mai 1990, S. 180.

³⁰⁰ Siehe *oben*, § 44.

71. Der Gesetzgeber hat den Begriff der Grundfreiheit nicht definiert und auch keine wirklichen Hinweise auf seinen Inhalt gegeben. Einige Autoren haben das Fehlen einer gesetzlichen Definition des Begriffs bedauert und waren der Ansicht, dass dies eine Lücke oder einen "Mangel"³⁰¹ von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstelle. Dennoch muss man davon ausgehen, dass das Fehlen einer gesetzlichen Definition keineswegs eine Schwäche für das Verfahren des *référé-liberté* darstellt. Indem es verhindert, dass sein Anwendungsbereich *von vornherein festgelegt wird*, trägt es zu der Flexibilität bei, mit der die Verfasser des Textes dieses Verfahren ausstatten wollten. Andererseits ist das völlig fehlende Engagement der Parlamentarier für diesen Begriff fragwürdig. Wenn die Nationalvertretung davon abgesehen hat, die Grundfreiheiten zu definieren oder Hinweise zu diesem Begriff zu geben, dann nicht aus einer strategischen Entscheidung heraus, sondern aus Bequemlichkeit. Ganz einfach, weil der Begriff die Parlamentarier in Verlegenheit brachte, ja sogar überforderte und ihnen nur Zweifel und Umsicht einflößte, beschlossen sie, ihn dem Richter zu überlassen. Paradoxiere Weise wurden die Überlegungen zur Bedeutung des Begriffs Grundfreiheit eher nach der Verabschiedung des Gesetzes als während seiner Erörterung angestellt.³⁰²

A. Ein abwesender Gesetzgeber

72. Die Haltung der Parlamentarier gegenüber dem Begriff der Grundfreiheit ist in zweifacher Hinsicht zu kritisieren.
73. Zunächst einmal haben die Parlamentarier kein echtes Interesse an diesem Begriff gezeigt. Obwohl der Begriff der Grundfreiheit den Anwendungsbereich des neuen Verfahrens bestimmt, hat er seltsamerweise keine Debatte im Parlament ausgelöst³⁰³. Die Parlamentarier begnügten sich mit der *Feststellung*, dass der Begriff im Zusammenhang mit tätlichen Angriffen existiert³⁰⁴ und dass das Adjektiv "grundlegend" in der Verfassung vorkommt³⁰⁵. Sie erklären auch, dass sie den Begriff³⁰⁶ *in Frage stellen*. Dennoch sucht der Gesetzgeber nicht nach Informationen, die Antworten auf diese Fragen geben könnten. Bei der Vorbereitung des Gesetzes "wurde nicht nur ignoriert, was zu diesem Thema veröffentlicht worden war, sondern auch die Debatte, die 1990 im Parlament stattfand, als versucht wurde, eine Verweisung von Vorabentscheidungsfragen zur Verfassungsmäßigkeit durch die ordentlichen Gerichte an den Verfassungsrat im Falle einer Verletzung der 'Grundrechte' einzuführen".³⁰⁷

301 Siehe unter Verwendung dieses Ausdrucks: M. CLEMENT, Anmerkung unter CE, ord. 8. September 2005, *Ministre de la justice c/ Bunel*, LPA 16. November 2005, Nr. 228, S. 8. Marjolaine Fouletier erklärte, dass man "in Anbetracht der Befugnisse des Richters, die mit ihm verbunden sind, den Mangel an Präzision in Bezug auf den Begriff der Grundfreiheiten" bedauern könne (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", RFD-A 2000, S. 971).

302 Das Fehlen einer parlamentarischen Debatte erklärt zum Teil die Bedeutung der doktrinären Kontroversen, die sich um diesen Begriff entzündet haben. Da das Feld der Reflexion nicht vom Gesetzgeber besetzt wurde, musste die Debatte außerhalb der parlamentarischen Gremien stattfinden. Indem die Parlamentarier sich nicht an den Überlegungen beteiligten und nicht den geringsten Hinweis auf den Begriff gaben, eröffneten sie in der Tat einen Raum für Kontroversen, in den sich die Autoren unweigerlich stürzten. Dieses Phänomen ist relativ häufig anzutreffen. Wie Chaïm Perelman beobachtet hatte, "sind die Fragen, die Gegenstand einer juristischen Kontroverse sind, meistens nicht Gegenstand einer Debatte im Parlament gewesen oder haben zu einem Kompromiss geführt, der die heikelsten Probleme ungelöst lässt" (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1979), Neuauflage, Bibliothèque Dalloz, 1999, S. 54).

303 Die anderen Bestimmungen des Gesetzentwurfs wurden in den Versammlungen ausführlich diskutiert.

304 Sutour stellte fest: "Dieses Konzept ist in unserem Recht sicherlich nicht neu, da die Verletzung einer Grundfreiheit eines der Elemente ist, die eine Tötlichkeit kennzeichnen" (*JO déb. Sénat*, CR séance 22. Februar 2000, S. 865). Der Berichtersteller des Gesetzentwurfs in der Nationalversammlung formulierte eine ähnliche Bemerkung: "On relèvera que la notion de liberté fondamentale apparaît à plusieurs reprises dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits à propos d'actes constitutifs de voie de fait" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, S. 41).

305 Herr Garrec "stellte fest, dass der Begriff "fundamental" im französischen öffentlichen Recht selten verwendet wird, obwohl er in der Verfassung vorkommt" (Commission des Lois du Sénat, "Examen du rapport de M. René Garrec sur le projet de loi n° 269 relatif au référé devant les juridictions administratives", 12. Mai 1999, www.senat.fr, S. 2).

306 "Dieser Ausdruck wirft bei mir eine echte Frage auf", sagte Jean-Jacques Hyst in der Sitzung (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, S. 3742). Auch Simon Sutour war der Ansicht, dass "man sich über den Begriff der Grundfreiheiten Gedanken machen kann" (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, S. 3749). François Colcombet sagt seinerseits: "Le recours à la notion de "liberté fondamentale" n'est pas sans susciter d'interrogations" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, S. 41).

307 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1739. Zu diesem Reformprojekt siehe J. ROBERT, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes", *RDJ* 1989, S. 1255-1285; Dossier der *Revue française de droit constitutionnel* Nr. 4, 1990, "L'exception d'inconstitutionnalité", S. 579-671.

74. Verwirrend war auch die Art und Weise, wie das Parlament die Ausübung seiner gesetzgebenden Funktion in Bezug auf diesen Begriff gestaltete. Obwohl die Parlamentarier alle Möglichkeiten hatten, den von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Begriff zu ändern, zu präzisieren oder zu ersetzen, schienen sie von Anfang an der Ansicht zu sein, dass sie dazu nicht befugt seien. Im Laufe der Arbeit stellen sie fest, dass der Begriff unpräzise ist und nicht im Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses definiert wurde. So führt Garrec aus: "Der Begriff der "Grundfreiheit" bedingt den Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung. Weder im verfügbaren Teil des Gesetzentwurfs noch in der Begründung oder in der Folgenabschätzung findet sich jedoch eine Definition der Grundfreiheiten, auf die sich der Richter berufen könnte, um eine an die Verwaltung gerichtete Anordnung zu rechtfertigen"³⁰⁸. Der Berichterstatter weist darauf hin, dass die Arbeitsgruppe des Staatsrats zwischen zwei Formeln für eine einstweilige Verfügung schwankte: dem Schutz der Grundfreiheiten oder dem Schutz aller Rechte und Freiheiten. Er stellt fest: "Die erste Lösung wurde gewählt, ohne dass die Arbeitsgruppe erläutert hätte, was sie unter "Grundfreiheit" versteht"³⁰⁹. Einige Parlamentarier bedauern dies und geben an, dass sie diesen Begriff gerade wegen seiner Ungenauigkeit nicht schätzen³¹⁰. Dennoch gehen sie nicht weiter. In einer Rolle, die mit der einer Registrierungskammer vergleichbar ist, beschränkt sich das Parlament darauf, zu beobachten und zu kritisieren, weigert sich aber, zu handeln und zu entscheiden. Während der Gesetzesvorentwurf und der Gesetzentwurf lediglich einen Ausgangsrahmen darstellen, von dem aus die Debatten beginnen sollten, scheinen die Parlamentarier den Bericht der Arbeitsgruppe und die Regierungsvorlage als endgültige und unantastbare Texte zu betrachten, die - zumindest in diesem Punkt - weder präzisiert noch geändert werden können. Sie fühlen sich mit dem Begriff unzufrieden, aber niemand denkt auch nur einen Augenblick daran, den Text zu präzisieren, den Begriff der Grundfreiheit durch einen Begriff zu ersetzen, der ihnen besser gefällt³¹¹ oder dem Richter Hinweise zu geben, die ihn bei der Umsetzung leiten würden.

B. Bruchstückhafte Angaben

75. Während der Vorbereitungsarbeiten wurde nie die Frage gestellt, ob eine Definition der Grundfreiheiten in das Gesetz aufgenommen werden sollte³¹². Es stimmt, dass dieses Verfahren nicht den Gepflogenheiten des französischen Gesetzgebers entspricht³¹³. Eine Legaldefinition hat zwar unbestreitbare Vorteile in Bezug auf die Klarheit und Vorhersehbarkeit des Rechts³¹⁴, tendiert jedoch dazu, die Bedeutung eines Begriffs festzulegen, und kann, wenn sie falsch verwendet wird, zu einem echten Korsett werden, das jede Möglichkeit der Rechtsentwicklung behindert. Im Hinblick auf den Begriff der Grundfreiheit wäre eine begriffliche Definition oder der Versuch, eine umfassende Nomenklatur zu erstellen, ein schwieriges Unterfangen gewesen, bei dem die Gefahr bestanden hätte, dass der Begriff seine Flexibilität und Formbarkeit verliert, die

³⁰⁸ R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 54.

³⁰⁹ R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 53. Unterstrichen.

³¹⁰ Herr Hyest erklärte somit: "Ich persönlich mag diesen neuen Rechtsbegriff der "Grundfreiheiten" nicht sehr, da er ungenau ist" (*JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3743).

³¹¹ Der Berichterstatter des Gesetzentwurfs in der Nationalversammlung erwähnte die Frage in der ersten Lesung: "Warum haben wir nicht die gleichen Begriffe verwendet wie für den Aufschub in extremen Notfällen, der es dem Vertreter des Staates ermöglicht, den Aufschub der Ausführung einer Handlung einer Gebietskörperschaft zu beantragen, die "die Ausübung einer individuellen oder öffentlichen Freiheit gefährden könnte" (F. COLCOMBET, Bericht AN Nr. 2002, S. 41). Auf diese Fragestellung folgt jedoch keine Antwort. Sie wird auch nicht von einem alternativen Vorschlag begleitet, der darauf abzielt, den Begriff der Grundfreiheit durch den Begriff der "öffentlichen oder individuellen Freiheit" zu ersetzen.

³¹² Es wird höchstens darauf hingewiesen, dass Herr Hyest "fast einen Änderungsantrag" zu diesem Begriff eingereicht hat (*JO déb. Sénat*, CR séance du 8 juin 1999, S. 3742). Da der Betroffene keine Angaben gemacht hat, kann nicht festgestellt werden, ob er den Begriff präzisieren oder ersetzen wollte.

³¹³ Allgemein lässt sich feststellen, dass "im Vergleich zur Vielzahl der Konzepte und Vokabeln, die sie verwenden, die französischen Texte wenig Definitionen enthalten" (J.-L. BERGEL, "Importance, opportunité et rôle des définitions législatives dans les textes législatifs et réglementaires", *RRJ* 1987/4, S. 1134). Außerhalb des strafrechtlichen Bereichs gibt es keine Verfassungsbestimmung, die dem Gesetzgeber vorschreibt, die von ihm verwendeten Begriffe zu definieren. Grundsätzlich wird "die Zweckmäßigkeit und das Ausmaß der Definition dem Gesetzgeber überlassen, der über eine völlige Freiheit verfügt" (S. BALIAN, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse Paris II, 1986, S. 14). Während das Parlament nicht abgeneigt ist, diese Möglichkeit im Privatrecht zu nutzen (siehe G. CORNU, "Les définitions dans la loi", *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, S. 77-92), tut es dies im öffentlichen Recht nur selten und meist nur für sekundäre Begriffe (siehe A. BALDOUS und J.-P. NEGRIN, "L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif", *RRJ* 1987/4, S. 1045-1050, spép pp. 1047-1048).

³¹⁴ "De la part du législateur, souverain, elle est un choix de clarification" (G. CORNU, a. a. O., S. 78). Sie ermöglicht es, "die gesetzlichen Begriffe mit einfachen und sicheren Anwendungskriterien zu versehen; nur unter dieser Bedingung ist die Anwendung des Gesetzes gewährleistet: Die gesetzliche Definition bekämpft die Mehrdeutigkeit" (S. BALIAN, a. a. O., S. 201).

ihn auszeichnen³¹⁵.

76. Da der Gesetzgeber es unterließ, den Begriff zu definieren, weigerte er sich auch, den Richter bei seiner Umsetzung anzuleiten³¹⁶. Von den Parlamentariern wurden diesbezüglich keine genauen Angaben gemacht³¹⁷. Aus den vorbereitenden Arbeiten ergeben sich unbeantwortete Fragen, sehr allgemeine Bemerkungen und manchmal sogar widersprüchliche Aussagen. Insbesondere wurden diametral entgegengesetzte Behauptungen über die Existenz eines Unterschieds zwischen den öffentlichen Freiheiten im Sinne von Artikel 34 der Verfassung und den öffentlichen und individuellen Freiheiten im Sinne des *Déféré-liberté* einerseits und den Grundfreiheiten im Sinne des *référé-liberté* andererseits vertreten. Während der Siegelbewahrer die Identität oder Gleichsetzung der Begriffe verteidigte³¹⁸, wollten mehrere Parlamentarier im Gegenteil eine klare Unterscheidung zwischen ihnen vornehmen.³¹⁹

In der Sitzung gab es keine wirkliche Klärung des Begriffs der Grundfreiheit. Von den wenigen Erklärungen, die diesem Begriff gewidmet waren, müssen zwei erwähnt werden. Zum einen scheint sich Herr Sutour auf die Verfassung zu beziehen, indem er optimistisch feststellt, dass "unser öffentliches Recht alle Elemente der Antwort enthält, um sie gemäß den Grundlagen unserer Republik zu definieren"³²⁰. Andererseits fordert Robert Bret eine breite Definition des Anwendungsbereichs von *référé-liberté*, indem er erklärt, dass dieses Verfahren "umso wirksamer sein wird, je extensiver die Magistrate den Begriff der Grundfreiheit auslegen"³²¹.

77. Die wenigen Hinweise, die im Laufe der parlamentarischen Arbeit gegeben wurden, müssen jedoch größtenteils in den oftmals zögerlichen Schriften der Berichterstatter des Gesetzentwurfs gesucht werden.

Im Bericht des Senats beginnt Herr Garrec mit einer negativen Definition der Grundfreiheiten oder, genauer gesagt, er nennt zwei Beispiele für Rechte und Freiheiten, die nicht in diese Kategorie fallen. Er sagt nämlich: "Die einstweilige Verfügung wird auf Situationen beschränkt, in denen eine Grundfreiheit verletzt wird, was Streitigkeiten über verschiedene Bürgerrechte ausschließt (z. B. das Recht, eine Schanklizenz zu erhalten, oder das Recht, an einer Prüfung teilzunehmen, wenn man die Voraussetzungen erfüllt)"³²². Somit fallen Rechte von untergeordneter Bedeutung nicht in den Anwendungsbereich dieses Verfahrens. Herr Garrec erinnert dann an die Etappen der Bildung des Verfassungsblocks und den Inhalt desselben. Er spricht von der "Bewegung der Konstitutionalisierung der Grundrechte und -freiheiten" - ein Ausdruck, der darauf schließen lässt, dass die Grundrechte und -freiheiten bereits vor Beginn dieser Bewegung existierten und sich zwangsläufig auf einer unterhalb der Verfassungsebene befindlichen Ebene befanden. Im Anschluss an diese Bewegung gibt es "eine nicht

³¹⁵ Wie Bergel betonte, ist "ein gesetzlich definierter Begriff weniger formbar als ein nicht definierter Begriff" (J.-L. BERGEL, a. a. O., S. 1125).

³¹⁶ Dies steht im Gegensatz zu dem Bemühen der Parlamentarier um äußerste Präzision, die sie bei anderen Bestimmungen des Entwurfs an den Tag legten und sich sogar direkt an die Organe der Rechtsdurchsetzung wandten. So erklärte beispielsweise Herr Montebourg, dass das Verfahren des *référé-liberté* "nicht - ich sage das für die Leser unserer Arbeiten und die Benutzer dieses Textes - den Begriff des tätlichen Angriffs beeinträchtigen darf" (*JO déb. AN, CR séance 14 décembre 1999*, S. 10941).

³¹⁷ Dennoch hatte der Verfassungsgesetzgeber 1990 genau angegeben, was der Begriff "Grundrecht, das jeder Person von der Verfassung zuerkannt wird" umfasst, und eine indikative Liste der unter diese Kategorie fallenden Rechte erstellt (siehe M. SAPIN, Rapport n° 1288 sur le projet de loi constitutionnel instituant un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, S. 61-63; siehe auch den Beitrag des Siegelbewahrers Pierre Arpaillange: *JO déb. AN, CR séance 24. April 1990*, S. 595).

³¹⁸ Die Justizministerin wird den Senatoren bei der Vorstellung des Gesetzentwurfs mitteilen, dass "der Begriff der Grundfreiheit (...) auf Artikel 34 der Verfassung verweist, der dem Gesetzgeber die Aufgabe überträgt, die Regeln über "die den Bürgern für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten gewährten grundlegenden Garantien" festzulegen" (E. GUIGOU, *JO déb. Sénat, CR séance 8. Juni 1999*, S. 3738). Darüber hinaus und diesmal in Bezug auf den Ausdruck öffentliche oder individuelle Freiheit bestätigte Frau Guigou, dass die *référé-liberté* "dieselben Freiheiten" wie die *déféré-liberté* schützt (*op. cit.*, S. 3739). Eine identische Darstellung wurde in der Nationalversammlung gegeben (*JO déb. AN, CR séance 14 décembre 1999*, S. 10931).

³¹⁹ Herr Hiest wollte so den Unterschied zwischen dem Begriff der Grundfreiheit und dem Begriff der öffentlichen Freiheit markieren: "Sie haben, Frau Ministerin, an Artikel 34 der Verfassung erinnert: Es geht um die Grundgarantien im Bereich der öffentlichen Freiheiten. Garanties fondamentales et libertés fondamentales, ce n'est pas la même chose!" (*JO déb. Sénat, CR séance 8 juin 1999*, S. 3742). Ebenso legte Herr Sutour Wert darauf, zwischen Grundfreiheiten und öffentlichen oder individuellen Freiheiten zu unterscheiden, und behauptete, dass der Begriff der Grundfreiheit "scheinbar anders ist als der Begriff der öffentlichen Freiheit oder der individuellen Freiheit" (*JO déb. Sénat, CR séance 22 février 2000, JO déb. Sénat, CR, S. 865*). Ähnlich äußerte sich Herr Colcombet: "Es handelt sich um zwei sehr benachbarte, aber nicht genau deckungsgleiche Bereiche, den der öffentlichen Freiheiten und den der Grundfreiheiten" (*JO déb. AN, CR séance 6 avril 2000*, S. 3161).

³²⁰ S. SUTOUR, *JO déb. Sénat, CR séance 8. Juni 1999*, S. 3749.

³²¹ R. BRET, *JO déb. Sénat, CR séance 8. Juni 1999*, S. 3751.

³²² R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 53.

erschöpfende Aufzählung der Freiheiten, denen der Rat Verfassungsrang verliehen hat"³²³. Diese Aufzählung, so führte er aus, "zeigt, dass der Begriff der Freiheit untrennbar mit dem Begriff des Rechts verbunden ist. Der feststehende Ausdruck "*Grundfreiheiten und Grundrechte*" scheint nicht in Grundfreiheiten auf der einen und Grundrechte auf der anderen Seite aufgespalten werden zu können. Welche Position wird der Richter also angesichts einer Verletzung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte einnehmen? Rechtfertigt die Tatsache, dass der Verfassungsrat ihnen Verfassungsrang zuerkannt hat, *a priori*, sie als Grundfreiheiten zu betrachten, die mittels Anordnungen an die Verwaltung durch den Richter des vorläufigen Rechtsschutzes geschützt werden können"³²⁴. Der Berichterstatter wird diese Frage nicht beantworten, sondern sich lediglich fragen, welche Haltung der Richter in einem solchen Fall einnehmen wird. In diesem Zusammenhang kann man sich fragen, ob die Rolle des Gesetzgebers wirklich darin besteht, Problematiken zu skizzieren, ohne eine Antwort darauf zu geben, sich zu fragen, welche Lösungen die Organe, die das Gesetz anwenden, annehmen werden, ohne sie bei der Umsetzung anzuleiten. Das Parlament ist ein Organ der Beratung, aber auch ein Organ der Entscheidung.

Eine ähnliche Feststellung drängt sich bei der Lektüre des Berichts von François Colcombet auf. Auf die Frage, was der Begriff der Grundfreiheit "genau" umfasst, beginnt der Berichterstatter mit einer Liste verfassungsmäßiger Freiheiten: "Es scheint, dass der Begriff der Grundfreiheit die individuelle Freiheit, aber auch die öffentlichen Freiheiten umfasst, von denen viele gemäß der Rechtsprechung des Verfassungsrats seit seiner Grundsatzentscheidung vom 16. Juli 1971 über die Vereinigungsfreiheit Verfassungswert haben". Er erinnert daran, dass "die persönliche Freiheit, die Achtung der menschlichen Person, die Freiheit zu kommen und zu gehen, die Gewissens- und Meinungsfreiheit, die Freiheit des Unterrichts, die Freiheit der audiovisuellen Kommunikation, die Pressefreiheit, die Vereinigungsfreiheit, die Freiheit der politischen Parteien und Gruppierungen, die Gewerkschaftsfreiheit und die unternehmerische Freiheit verfassungsrechtlich anerkannt sind"³²⁵. Er schließt seine Analyse mit Fragen zur Haltung, die der Staatsrat einnehmen wird: "Man kann sich leicht vorstellen, dass der Verwaltungsrichter alle diese verfassungsmäßigen Freiheiten als "grundlegend" betrachten wird. Ebenso wird er wahrscheinlich die Auffassung von Freiheiten berücksichtigen, die er im Laufe seiner Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen herausgearbeitet hat"³²⁶. In einem rein prospektiven Ansatz versucht Colcombet, die Züge der künftigen Rechtsprechung zu durchschauen. Weit davon entfernt, den Richter bei der Umsetzung des Gesetzes anzuleiten, fragt er sich lediglich, was dieser aus dem Begriff der Grundfreiheit machen wird.

Es ist durchaus fragwürdig, dass der Gesetzgeber von vornherein davon ausgegangen ist, dass der Begriff der Grundfreiheit nicht ihm gehört. Das Parlament hat den Begriff nicht dem Richter anvertraut; es hat ihn ihm sofort *überlassen*. Auch hier ist zu sagen, dass das Ergebnis - d. h. die Übertragung des Begriffs an den Richter und die Definition seines Inhalts durch die Rechtsprechung - nicht anfechtbar ist. Es ist nur die Art und Weise, wie der Gesetzgeber dies erreicht hat. Die Parlamentarier waren seltsamerweise der Ansicht, dass sich der Begriff bereits in den Händen des Staatsrats befand und dass sie sich höchstens mit Fragen über sein Schicksal in der Verwaltungsrechtsprechung befassen konnten. Diese Lösung, die eher aus Verdruss als aus einer strategischen Entscheidung heraus getroffen wurde, spiegelt ein mangelndes Interesse an dem Begriff wider.

78. Letztendlich hat das Parlament nicht den geringsten Hinweis auf die Bedeutung dieses Ausdrucks gegeben. Wie Eric Sales feststellt, "hat sich der Gesetzgeber nicht die Mühe gemacht, irgendeine Klarstellung in diesem Bereich vorzunehmen"³²⁷. Da die Nationalvertretung einem Begriff hilflos gegenüberstand, der sich ihr entzog und den sie sich nicht aneignen wollte, überließ sie es dem Richter, die Umrisse des Begriffs zu bestimmen. Auf diese Weise an der Ausarbeitung des Gesetzes beteiligt, ist es Aufgabe des Richters, den Inhalt des Begriffs der Grundfreiheit zu bestimmen.

323 René Garrec meint: "Die klassischen verfassungsmäßig verankerten Freiheiten sind : Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Leben und die Freiheit, über seinen Körper zu verfügen, die persönliche Freiheit, der Schutz des Privatlebens, die Unterrichtsfreiheit, die Gewissensfreiheit, die Freizügigkeit als Korrelat der persönlichen Freiheit, das Asylrecht, die Verteidigungsrechte in nichtstrafrechtlichen Angelegenheiten, das Recht, vor Gericht zu klagen, die Meinungsfreiheit, das Eigentumsrecht, die Kommunikationsfreiheit, die Pressefreiheit, das aktive und passive Wahlrecht, der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen, die Sanktionen auch nicht strafrechtlicher Art vorsehen" (Senatsbericht Nr. 380, S. 54).

324 R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 54.

325 F. COLCOMBET, AN-Bericht Nr. 2002, S. 41.

326 F. COLCOMBET, AN-Bericht Nr. 2002, S. 41.

327 E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", RDP 2004, S. 220. Die am wenigsten unsicheren Elemente sind die folgenden. Erstens ist die Grundfreiheit nicht irgendeine Norm - sie umfasst keine *a priori* unwesentlichen Rechte wie das Recht, eine Schanklizenz zu erhalten, oder das Recht, an einer Prüfung teilzunehmen - und muss im Einklang mit den Grundlagen unserer Republik definiert werden. Zweitens besteht eine sehr starke Verbindung zwischen den Grundfreiheiten und der Verfassung, ohne dass die Verfassung jedoch als ausschließliche Quelle der Freiheiten erscheint. Darüber hinaus können "Rechte" mit "Freiheiten" gleichgesetzt werden. Schließlich ist der Richter aufgefordert, diesen Begriff weit auszulegen.

C. Ein dem Richter anvertrauter Begriff

79. Da die Parlamentarier den Begriff der Grundfreiheiten nicht näher erläuterten, stellte der Vorsitzende des Gesetzesausschusses des Senats "fest, dass die Rechtsprechung diese zu definieren hätte, so wie sie die öffentliche Ordnung, den guten Familienvater oder den urteilsfähigen Minderjährigen zu definieren hatte"³²⁸. In den meisten Fällen war der Verweis auf den Richter jedoch implizit: Das Fehlen von Hinweisen zum Begriff gebietet implizit, aber notwendigerweise eine Definition seines Inhalts durch die Rechtsprechung³²⁹. Es sei darauf hingewiesen, dass der Verweis auf den Richter bei einem unangenehmen Begriff nichts Ungewöhnliches ist. Es kommt sogar häufig vor, dass das Parlament einen einzigartig unklaren und unbestimmten Begriff verwendet, der in einem von einer Regierungsverwaltung oder einer Expertengruppe vorbereiteten Text enthalten ist, und sich ausdrücklich auf den Richter beruft, um dessen Bedeutung zu klären³³⁰. Als der Gesetzgeber 1982 das Verfahren der *Déféré-liberté* einführte, überließ er es dem Richter, den Begriff der "öffentlichen oder individuellen Freiheit" zu definieren. Da es keine Definition des Begriffs gibt, "wird die Rolle des Richters somit vorherrschend"³³¹.
80. Mit dieser Wahl im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes hat der Gesetzgeber den Begriff der Grundfreiheit dem Richter überlassen, und zwar endgültig. Seit dem Gesetz vom 1.^{er} April 1837, mit dem das legislative Schnellverfahren abgeschafft wurde, "ist der Urheber eines Gesetzes wie der Erblasser: Sobald es in Kraft gesetzt ist, kann er nichts mehr sagen: Er ist wie tot"³³². Da der Gesetzgeber den Begriff nicht durch eine Definition eingeschränkt hat - was zu begrüßen ist -, sind die Gerichte dafür zuständig, dem Text seinen Sinn und dem Begriff der Grundfreiheit seine Konsistenz zu verleihen. Generell gilt nämlich: "Es ist Sache des Richters, die Begriffe des Gesetzes zu definieren, insbesondere die Begriffe, die in der gesetzlichen Hypothese enthalten sind, wenn der Gesetzgeber dies nicht selbst getan hat"³³³. In Bezug auf *référé-liberté* gilt: "Da der Gesetzgeber Vorsicht walten ließ, indem er den Begriff nicht definierte, fällt die ganze Aufgabe dem Verwaltungsrichter zu, der im Laufe der einzelnen Arten das Netz der "Grundfreiheiten" spinnen muss".³³⁴

Abschnitt 2. Ein Rechtsbegriff in den Händen des Richters

81. Da der Begriff der Grundfreiheit nicht vom Gesetzgeber definiert wurde, musste er zwangsläufig vom Richter definiert werden. Dies stellt für die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes einen Schritt dar, auf den er nicht verzichten kann. Um das Verfahren des *référé-liberté* anwenden zu können, war

³²⁸ J. LARCHE, "Compte-rendu de l'examen du rapport", 26. Mai 1999, www.senat.fr, S. 7.

³²⁹ Die Frage wurde auch beiläufig im Zusammenhang mit der Bestimmung des Gerichts behandelt, das für Berufungen gegen einstweilige Verfügungen zuständig ist. Die Abgeordneten traten für eine Berufung vor den Berufungsverwaltungsgerichten ein, die Senatoren wollten, dass dieser Rechtsbehelf dem Staatsrat obliegt. Diese letzte Position wurde insbesondere von Herrn Sutour vertreten, der die Vorteile einer solchen Lösung im Hinblick auf die sofortige Vereinheitlichung der Rechtsprechung hervorhob: "Ich halte es tatsächlich für besser, dass die Berufung im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit, deren Grundsatz nunmehr feststeht, vor dem Vorsitzenden der Abteilung für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats eingelegt wird, da dies zumindest in einer ersten Phase eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung in diesem Bereich ermöglichen sollte. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass man sich Gedanken über den Begriff der Grundfreiheit gemacht hatte, der sich scheinbar von dem der öffentlichen Freiheit oder der individuellen Freiheit unterscheidet. Dieser Begriff ist sicherlich nicht neu in unserem Recht, da die Verletzung einer Grundfreiheit eines der Elemente ist, die eine Tötlichkeit kennzeichnen. Es mag jedoch besser erscheinen, sich auf den Staatsrat zu verlassen, um diesen Begriff, der nunmehr im Mittelpunkt des neuen Verfahrens steht, harmonisch zu umreißen" (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, S. 865).

³³⁰ Siehe D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, S. 139.

³³¹ P.-J. BARALLE, *Les sursis à exécution devant les juridictions administratives*, These Lille 2, 1993, S. 70.

³³² P. MALAURIE, "L'effet pervers des lois", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, S. 310.

³³³ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob 1997, S. 52. Siehe auch J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Coll. *Thémis droit privé*, 2001, S. 109: "Quand les textes ne comportent pas de définitions ou ne donnent que des définitions insuffisantes, c'est au juge qu'il appartient, au nom de son pouvoir d'interprétation des lois et règlements, de fixer le sens des mots et de donner aux concepts leur définition" (Wenn die Texte keine Definitionen enthalten oder nur unzureichende Definitionen geben, ist es Sache des Richters, im Namen seiner Befugnis zur Auslegung der Gesetze und Verordnungen die Bedeutung der Wörter festzulegen und den Begriffen ihre Definition zu geben).

³³⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, S. 19.

es zunächst unerlässlich, den Begriff der Grundfreiheit auszulegen, d. h. den Sinn oder die Bedeutung dieses Ausdrucks zu bestimmen. Wie Kelsen feststellte, ist die Auslegung "ein intellektueller Prozess, der den Prozess der Rechtsanwendung notwendigerweise begleitet"³³⁵. Sie ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung jedes Rechtsbegriffs, unabhängig davon, ob seine Bedeutung unklar oder vermeintlich "klar" ist³³⁶. Die Auslegung "ist in der juristischen Erfahrung die notwendige Voraussetzung für das innere Erfassen - das Verstehen - der vom Gesetzgeber ausgedrückten Rechtsnormen und für deren Praxis, für deren Gebrauch"³³⁷. Mit anderen Worten: "Der vom Gesetzgeber bereitgestellte Text befindet sich in einem latenten Zustand, er muss interpretiert werden, um angewendet werden zu können. Das Gesetz kann sich daher nicht selbst genügen, sondern bedarf immer der Intervention eines Magistrats"³³⁸.

82. Damit Artikel L. 521-2 angewendet werden konnte, musste der Begriff der Grundfreiheit zunächst ausgelegt werden. Welchen Spielraum hat der Staatsrat in dieser Hinsicht bei der Bestimmung der Bedeutung dieses Begriffs? Gibt es eine Auffassung, die sich aus dem positiven Recht oder der Rechtswissenschaft ableiten lässt und für ihn - rechtlich oder logisch - verbindlich ist? Ist er im Gegenteil völlig frei in der Bestimmung der Bedeutung dieses Begriffs?
83. Die Frage verweist auf eine umfassendere Debatte über die Natur und die Beschränkungen des Dolmetschens³³⁹. Über die Natur des Interpretationsaktes stehen sich zwei große Schulen gegenüber. Für

335 H. KELSEN, *Reine Theorie des Rechts* (1960), 2^{nde} ed., trad. C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, Coll. La pensée juridique, 1999, S. 335. An sich ist die legislative Äußerung nur eine "teilweise leere verbale Hülle" (C. EISENMANN, "Jurisdiction et logique (selon les données du droit français)", in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, S. 501). Er erfordert, um sich zu entfalten und Gestalt anzunehmen, das Eingreifen eines Richters. Es ist notwendig, dass auf die Texte "eine rechtswissenschaftliche Auslegung gestickt wird" (A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 1^{ère} ed., LGDJ, 1953, S. 29).

336 Nach einer weit verbreiteten Ansicht ist eine Auslegung nur dann erforderlich, wenn ein Text unklar oder zweideutig ist. Mit anderen Worten: Der Richter müsse zwischen sofort verständlichen Aussagen und solchen, deren Bedeutung nicht sofort erkennbar ist, unterscheiden. Nur die letzteren würden eine Auslegung verdienen, während die ersteren schlicht und einfach angewendet werden müssten. *Interpretatio cessat in claris*, wird behauptet, wie um der Behauptung mehr Nachdruck zu verleihen, mit einer Formel, die nur die Formulierung, aber keineswegs den Ursprung lateinisch hat (siehe Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse Paris, 1988, S. 373). Die Lehre hat diese Position unter dem Namen der Theorie des klaren Aktes verankert. Der Kassationsgerichtshof selbst hat bekräftigt, dass ein klarer und präziser Text nicht interpretiert, sondern rein und einfach angewandt werden muss (Civ. 22. November 1932, *D.H.* 1933, 2, zitiert von D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 236, 1994, S. 29).

Die Falschheit der Theorie des klaren Aktes wurde angeprangert. Wie Michel Troper feststellt, "muss der Text immer Gegenstand einer Auslegung sein und nicht nur, wenn er unklar ist" (M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Coll. Léviathan, 2001, S. 75). Denn "man kann nicht behaupten, dass ein Text klar ist, ohne anzuerkennen, dass man seine Bedeutung kennt, ihn also bereits interpretiert hat. Folglich sind auch Texte, die als klar gelten, bereits interpretiert worden" (*ibid.*). Ähnlich argumentiert Michel van de Kerchove: "Es gibt keine klaren Texte, deren Bedeutung "an sich" manifest oder offensichtlich wäre", denn diese These "legt nahe, dass es Texte geben würde, die "an sich" oder aufgrund ihres Wortlauts selbst klar wären. Au regard des théories contemporaines du langage et de l'interprétation, une telle prétention peut paraître naïve et illusoire" (M. VAN DE KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE Hrsg.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, S. 19). Diese Theorie, die auf der Dichotomie zwischen hellem und dunklem Akt beruht, "übersieht die Tatsache, dass Klarheit und Dunkelheit nicht "an sich" existieren, sondern relative Begriffe sind, die in Abhängigkeit von einem bestimmten Kontext beurteilt werden" (Y. PACLOT, a. a. O., S. 373). Auf diese Weise wird jeder Versuch disqualifiziert, den Begriff der Grundfreiheit als einen "klaren" Begriff darzustellen, der folglich keiner Interpretation bedarf. Selbst wenn man den Begriff der Grundfreiheit als einen klaren Begriff betrachtet, kann er nicht einfach angewandt werden, sondern muss notwendigerweise zunächst interpretiert werden. Wie Professor Pacteau feststellte, "gibt es keinen Text, sei es scheinbar der einfachste und präziseste, der nicht eine Auslegung durch die mit seiner Anwendung betrauten Richter erfordert und zu dem sich daher keine Rechtsprechung herausbildet, die den Sinn festlegt" (B. PACTEAU, "La jurisprudence, une chance du droit administratif?", *RA* 1999, Sondernummer 6, S. 71-72).

337 P. AMSELEK, "L'interprétation à tort et à travers", *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, S. 12.

338 D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle...*, a. a. O., S. 33.

339 Fragen der Auslegung stehen im Mittelpunkt der Überlegungen zeitgenössischer Autoren der Rechtstheorie. Wie M. Amselek feststellte, hat sich "in den letzten Jahrzehnten das ereignet, was man die "interpretative Wende" (*interpretive turn*) genannt hat", ab der die Auslegung im Recht "in das eigentliche Zentrum der Forschungen und Reflexionen der Rechtstheorie (...) gerückt ist" (P. AMSELEK, "La teneur indéfinie du droit", *RDP* 1991, S. 1201). Die Zahl, die Bedeutung und der Reichtum der Arbeiten, die sich mit diesem Thema befassen, zeugen von der Tragweite des Phänomens. Vgl. unter einer der umfangreichsten Literaturen: P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, S. 29-45; *Interprétation et droit* (P. AMSELEK, Hrsg.), Bruylant, 1995, 245 S.; *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE Hrsg.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 558 S.; *APD* t. 17, *L'interprétation dans le droit*; L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, 380 S.; Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, *Economica*, 1980; *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER und E. MACKAAY Hrsg.), LGDJ, Coll. Droit et société, 1992, 486 S.; *L'interprétation constitutionnelle* (F. MELIN-SOUCRAMANIEN Hrsg.), Table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15-16 Oktober 2004, *Dalloz*, 2005, 248 S.

die einen ist die Interpretation ein Akt der Erkenntnis; für die anderen ist sie ein Akt des Willens. Michel Troper fasst die Debatte wie folgt zusammen: "Interpretieren bedeutet, die Bedeutung einer Sache *anzugeben* oder die Bedeutung dieser Sache zu *bestimmen*"³⁴⁰. Im ersten Fall geht es darum, die Bedeutung, die ein Satz inhärent besitzt, zu enthüllen oder zu erhellen³⁴¹, und im zweiten Fall darum, einem Satz, der keine Bedeutung hat, eine Bedeutung zu verleihen oder zuzuschreiben³⁴². "Die erste Definition beruht auf der Annahme, dass es möglich ist, die Bedeutung zu erkennen, dass die Interpretation eine Funktion des Wissens ist, die zweite, dass sie eine Funktion des Willens ist" ³⁴³.

Lange Zeit glaubte man, insbesondere unter dem Einfluss der Schule der Exegese³⁴⁴, dass die Interpretation ein reiner Akt der Erkenntnis sei, eine Tätigkeit der Beschreibung von Normen. Nach dieser Auffassung ist jedes Wort mit einer objektiven oder intrinsischen Bedeutung versehen. Es ist Aufgabe der Gerichte, diese zu entdecken und sich dabei vor einer kreativen Rolle zu hüten³⁴⁵. Dieser Ansatz ist aufgrund seiner scheinbaren objektiven Strenge verlockend; er ist jedoch ungenau. Es gibt nämlich weder einen wahren Sinn (in der Logik)³⁴⁶ noch Auslegungsregeln (im Recht)³⁴⁷. Die Auslegung kann daher nicht mit einem Akt der strikten Erkenntnis gleichgesetzt werden. Dennoch ist die Interpretation kein willkürlicher Akt. In Wirklichkeit "gibt es immer Schöpfung und Zwänge; man versteht nichts von der Auslegung, wenn man sie als reine Schöpfung denkt (Phantasie der "Regierung der Richter") oder wenn man sie auf ein Netz von Zwängen reduziert (entgegengesetzte,

340 M. TROPER, "Eine realistische Theorie der Interpretation", a. a. O., S. 69. Unterstrichen.

341 M. de Béchillon weist darauf hin, dass "in seinem klassischsten, aber auch am wenigsten diskutablen Verständnis die Handlung des Interpretierens sich auf die Tatsache bezieht, einen Sinn in einem Vorschlag zu *entdecken*" (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, S. 122. Unterstrichen).

342 Für M. Guastini ist "interpréter n'est pas décrire, mais décider la signification des textes normatifs" (R. GUASTINI, "Interprétation et description de normes", in *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, S. 101).

343 M. TROPER, "Eine realistische Theorie der Interpretation", a. a. O., S. 69.

344 Siehe H. RABAULT, *L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, 371 S.

345 Montesquieu formulierte es so: "Die Richter der Nation sind nur der Mund, der die Worte des Gesetzes spricht" (*De l'esprit des lois*, 1748, Buch XI, Kapitel 6). Die Tätigkeit des Dolmetschers ist rein deskriptiv. Sie besteht darin, die Bedeutung einer Aussage durch die Anwendung von Interpretationsmethoden zu ermitteln. Die Bedeutung eines Satzes existiert bereits vor der Interpretation; sie ist objektiv, textimmanent und außerhalb des Lesers, der sie lediglich feststellt. Daher ist es möglich, ein rechtliches Urteil über den Wert einer Interpretation zu fällen. Wenn die Auslegungsregeln für den Richter verbindlich sind, kann man seine Entscheidungen an objektiven Kriterien messen. Eine Auslegung wird dann auf der Grundlage ihrer Gültigkeit beurteilt: Sie ist "wahr" oder "falsch".

346 Es gibt keinen objektiven Sinn; "interpretative Aussagen sind keine Aussagen der beschreibenden Sprache: Sie können weder wahr noch falsch sein" (R. GUASTINI, a. a. O., S. 98). Die Behauptung, es gebe nur eine einzige Bedeutung, die im Text selbst enthalten sei, ist "ein falscher Glaube, der bei Linguisten, Sprachphilosophen, Wissenschaftstheoretikern usw. völlig in Verruf geraten ist". - und, um ehrlich zu sein, auch bei Juristen. Der Sinn (die Bedeutung) ist nicht etwas, das in die Wörter eingebaut ist. Die Bedeutung jedes sprachlichen Ausdrucks ist eine Variable, die eben vom Gebrauch und von der Interpretation abhängt. Anders kann man entweder die Veränderungen in der Bedeutung eines Wortes oder die Kontroversen zwischen den Interpreten nicht erklären. Das bedeutet, dass es nicht eine und nur eine einzige Bedeutung gibt, die einer einfachen empirischen Überprüfung zugänglich ist" (R. GUASTINI, a. a. O., S. 97). Gesetzliche Begriffe haben keinen vorbestimmten Inhalt oder eine vorbestimmte Bedeutung, die nur gefunden werden muss. Wie Michel Troper argumentiert, ist es unsinnig, eine authentische Auslegung als "falsch" oder ungenau zu bezeichnen, denn "es gibt keine "wahre" Auslegung, mit der man sie vergleichen könnte. Une telle affirmation exprime seulement la prétention de son auteur à ériger sa propre interprétation en standard de référence, et se rache eindeutig à une idéologie de Droit naturel dans la mesure où elle vise à créer des normes extra-juridiques pour fonder ou nier la validité des normes juridiques" (M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, S. 135). Es ist nicht ungewöhnlich, eine solche Klippe in Bezug auf den Begriff der Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 zu erleben, wobei die Autoren die Position des Verwaltungsrichters disqualifizieren oder kritisieren, nur weil sie nicht mit ihrer eigenen - doktrinären - Definition der Grundfreiheiten übereinstimmt.

347 Es gibt keine eigentlichen "Regeln" für die Auslegung. Auf die Frage, ob Auslegungsmethoden für den Richter "bloße Ratschläge, die auf Vernunft beruhen", oder im Gegenteil "rechtlich sanktionierte Vorschriften" darstellen, gibt Paclot eine Antwort, die die Debatte endgültig beendet. Nach einer umfassenden Analyse aller Rechtsquellen stellt er fest, dass außerhalb des Strafrechts "die Auslegungstätigkeit des Richters keiner verbindlichen Regel unterliegt" (Y. PACLOT, oben genannte Dissertation, S. 170). Im strengen Recht gibt es keine Kriterien, die dazu zwingen, eine einzige oder bevorzugte Auslegung eines bestimmten Textes zu wählen. Es gibt höchstens Auslegungsrichtlinien, eine Reihe von Vorschriften, Ratschlägen und Empfehlungen, die lediglich den Anspruch erheben, die Auslegungstätigkeit zu beeinflussen. Diese Richtlinien haben eine überzeugende und nicht bindende Wirkung (siehe F. OST und M. VAN DE KERCHOVE, "Les colonnes d'Hermès: à propos des directives d'interprétation en droit", in *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, S. 135-153). Diese Richtlinien spielen "gegenüber dem Recht die Rolle des Kompasses gegenüber dem Pol" (P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, LGDJ, 1926, zitiert von C. CHARLES, *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse Toulouse I, 2003, S. 163), indem sie dem Richter die zu befolgende Richtung anzeigen, ihn aber nicht dazu zwingen.

aber letztlich mit der ersten solidarische Phantasie des "Richters-im-Mund-des-Gesetzes")³⁴⁸.

Wie Kelsen feststellte, "verbindet sich bei der Rechtsanwendung durch ein Rechtsorgan die Auslegung des anzuwendenden Rechts durch einen Erkenntnisvorgang mit einem Willensakt, durch den das rechtsanwendende Organ eine Wahl zwischen den durch die wissensbasierte Auslegung aufgezeigten Möglichkeiten trifft"³⁴⁹. Der Akt der Auslegung hat sowohl mit Wissen (das den Rahmen absteckt, innerhalb dessen sich die Entscheidungen des Auslegers bewegen müssen) als auch mit Willen zu tun (der die Wahl zwischen den verschiedenen Parteien ermöglicht, die die auszulegende Aussage bietet). Die *Wahl* des Richters erfolgt innerhalb des Rahmens, der durch die wissensbasierte Auslegung vorgegeben ist. Der Willensakt erfolgt im Anschluss an einen wissensbasierten Akt, der die verschiedenen Bedeutungen, die für einen bestimmten Text im Hinblick auf die geltenden rechtlichen und logischen Beschränkungen denkbar sind, gesammelt und hervorgehoben hat³⁵⁰. Die erste Einschränkung liegt in den vom Gesetzgeber verwendeten Begriffen selbst: "Der interpretierte Text erlegt seinen Interpreten Beschränkungen auf"³⁵¹. Gesetzliche Begriffe beinhalten eine Anzahl von Bedeutungen, die hoch sein kann, aber nicht unendlich ist. Der Richter darf einem Begriff keine Bedeutung geben, die nicht im Zusammenhang mit den gewählten Begriffen steht. Aus einer systemischen Perspektive wird der Richter auch auf die Kohärenz des Rechtssystems achten, in das er eingreift³⁵². So sammelt und aktualisiert der Richter die verschiedenen denkbaren Bedeutungen. Die Handlung des Interpretierens hat insofern etwas mit Wissen zu tun. Sie "ist auch ein Akt des Willens. Die Vielzahl der vom Interpretierten berücksichtigten Elemente veranlasst ihn, Entscheidungen zu treffen oder zu dosieren. In dieser Hinsicht verfügt er über einen mehr oder weniger großen Ermessensspielraum"³⁵³. Die Wahl zwischen den verschiedenen Möglichkeiten, die sich aus der wissensbasierten Auslegung ergeben, ist dann eine Frage der Rechtspolitik. Kelsen: "Die Frage, welche der im Rahmen des anzuwendenden Rechts gegebenen Möglichkeiten 'richtig' ist, ist, hypothetisch, überhaupt keine Frage der Kenntnis des positiven Rechts; sie ist kein Problem der Rechtstheorie, sondern ein Problem der Rechtspolitik"³⁵⁴. Sobald der Rahmen abgesteckt ist, erhält der Richter seinen irreduziblen Teil der Freiheit zurück. Er wählt, im Sinne der Opportunität, zwischen den verschiedenen rechtlich denkbaren Bedeutungen. In diesem Sinne ist die Auslegung "das Ergebnis einer Wahl

348 F. OST und M. VAN DE KERCHOVE, a. a. O., S. 136.

349 H. KELSEN, a. a. O., S. 340: "Wenn man unter "Auslegung" die Bestimmung der Bedeutung des auszulegenden Gegenstands durch Erkenntnis versteht, kann das Ergebnis einer Rechtsauslegung nur die Bestimmung des Rahmens sein, den das auszulegende Recht darstellt, und damit die Anerkennung mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens bestehen. Dann muss die Auslegung eines Gesetzes nicht notwendigerweise zu einer einzigen Entscheidung führen, die für die einzig richtige gehalten wird; es ist möglich, dass sie zu mehreren Entscheidungen führt, die alle gleichwertig sind - insofern man als Wertmaßstab nur das anzuwendende Gesetz nimmt -, obwohl nur eine von ihnen durch den Akt des rechtsanwendenden Organs, insbesondere des Gerichts, positives Recht wird" (H. KELSEN, a. a. O., S. 338).

350 P.-A. COTE, "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes", in *Lire le droit. Langue, texte cognition* (D. BOURCIER und E. MACKAAY Hrsg.), LGDJ, Coll. Droit et société, 1992, S. 133 f.; G. KALINOWSKI, "L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques", *APD* t. 30 La jurisprudence, 1985, S. 171-180. Logische Regeln sind "die Regeln zur Erfüllung der diskursiven intellektuellen Aufgaben, insbesondere die Aufgaben zu teilen, zu definieren und zu folgern, die durch die dem Rechtsausleger obliegende Arbeit erforderlich sind" (G. KALINOWSKI, a. a. O., S. 171).

351 U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Le livre de poche, Coll. Biblio/Essais, 1992, S. 17, zitiert von P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, S. 45.

352 Wie Michel van de Kerchove feststellt, "wird die Auslegung noch durch den Sinn oder die Richtung des "Werkes" begrenzt, zu dem die Äußerung gehört, d. h. den Aufbau eines kohärenten Rechtssystems" (M. VAN DE KERCHOVE, "La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique", in *Théorie des actes de langage, éthique et droit* (P. AMSELEK Hrsg.), PUF, 1986, S. 246). Insofern "berücksichtigt eine Behörde bei der Wahl einer Entscheidung, insbesondere einer Auslegungsentscheidung, die Entscheidungen, die andere Organe des Systems treffen könnten, wenn sich ihre Argumentation in eine Reihe von Konzepten einfügt, die sie selbst bereits verwendet hat oder die von anderen verwendet werden" (M. TROPER, a. a. O., S. 84). Präsident Latournerie stellte mit denselben Worten, aber ohne den Umfang seiner Überlegungen auf die Auslegungsproblematik zu beschränken, "die goldene Regel der juristischen Argumentation" vor. Der berühmte Autor erklärte: "Im letzten Moment, in dem im Inneren noch die Geißel der symbolischen Waage schwingt, wird in den meisten Fällen eine goldene Regel in die Waagschale geworfen, die den entscheidenden Beitrag leistet. Diese Regel besagt, dass eine der in Betracht gezogenen Lösungen, egal welchen inneren Wert oder welche innere Anziehungskraft sie unter allen anderen haben mag, grundsätzlich nur dann die Wahl bestimmen darf, wenn sie eine bestimmte Bedingung erfüllt. Zunächst einmal muss sie sich logisch in die Gesamtheit der allgemeinen Grundsätze und Theorien einfügen, die das öffentliche Recht ausmachen. Elle doit d'autre part s'adapter aussi étroitement et aussi large que possible à l'ensemble des autres données" (R. LATOURNERIE, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, S. 239).

353 B. GENEVOIS, "Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi", *RFDA* 2002, S. 885.

354 H. KELSEN, a. a. O., S. 339-340. Die Auslegung ist somit ein selektiver Vorgang und drängt sich ihrem Urheber nie auf; sie ist das Ergebnis einer Wahl zwischen mehreren möglichen Bedeutungen des betreffenden Begriffs. Wie Kelsen feststellte: "Von einem Standpunkt aus, der nur das positive Recht betrachtet, gibt es kein Kriterium, auf dessen Grundlage eine der im Rahmen des anzuwendenden Rechts gegebenen Möglichkeiten den anderen vorgezogen werden könnte. Es gibt schlicht und einfach keine Methode, die man als positives Recht bezeichnen könnte, die es erlauben würde, zwischen mehreren sprachlichen Bedeutungen einer Norm eine einzige zu unterscheiden, die die wahre Bedeutung wäre (...)" (a. a. O., S. 338). Die verschiedenen Auslegungsmethoden "führen immer nur zu einem möglichen Ergebnis, nie zu einem Ergebnis, das allein richtig wäre" (a. a. O., S. 339).

zwischen mehreren möglichen Bedeutungen" .355

84. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, und das muss betont werden, dass es keine "wahre Bedeutung" des Begriffs der Grundfreiheit gibt, die der Wortlaut von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes an sich tragen würde. Die Bedeutung des Begriffs der Grundfreiheit wurde vom Gesetzgeber nicht erläutert. Da der Begriff nicht im Voraus festgelegt ist, besteht die Aufgabe der juristischen Forschung darin, die verschiedenen rechtlich zulässigen Bedeutungen des Begriffs im Hinblick auf die rechtlichen und logischen Zwänge vorzuschlagen, die den Rahmen abstecken, innerhalb dessen der Richter eine Wahl treffen wird. Es ist nicht Aufgabe des Juristen, autoritativ zu einer einzigen und vermeintlich einzig gültigen Auslegung der Grundfreiheiten zu gelangen³⁵⁶. Dies scheint umso mehr gerechtfertigt, als die verschiedenen rechtlichen und logischen Zwänge dem Verwaltungsrichter einen beträchtlichen Spielraum bei der Auslegung dieses Begriffs lassen.

I. Der Wortlaut des Gesetzes

85. Vom *Geist des Textes* her wurde Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes als außergewöhnliches Verfahren konzipiert. Er soll dem Verwaltungsrichter die Möglichkeit geben, schnell und effizient auf besondere Situationen zu reagieren und so der missbräuchlichen Berufung auf Rechtsbeugung ein Ende zu setzen.

Aus dem Ausnahmecharakter dieses Verfahrens ergeben sich zwei Konsequenzen. Erstens soll die einstweilige Verfügung nur die Verletzung bestimmter Freiheiten und nicht aller in unserem Rechtssystem geltenden Normen sanktionieren. Von den beiden ursprünglich von der Arbeitsgruppe in Betracht gezogenen Varianten der einstweiligen Verfügung wurde nur das Verfahren mit dem engen Anwendungsbereich gewählt. Artikel L. 521-2 soll also nicht alle Normen unserer Rechtsordnung schützen, sondern nur diejenigen, die einen grundlegenden Charakter aufweisen und Freiheiten darstellen - zwei spezifische Merkmale, die vom Gesetzgeber gewollt waren, um sie von der Masse der anderen Normen zu unterscheiden. Zweitens sollte das Verfahren des *référé-liberté* nur sparsam und in Ausnahmefällen angewendet werden. Eine zu weit gefasste Definition des Begriffs der Grundfreiheit würde dazu führen, dass der Geist des Verfahrens verkannt wird und dass in diesem Rechtsstreit Anträge gestellt werden, die er nicht behandeln soll. Wie die Autoren der *Großen Urteile feststellen*: "Eine zu breite Auslegung würde das Risiko bergen, das neue Verfahren zu verfälschen oder gar zu verstopfen" .357

Darüber hinaus setzt der Wille, der missbräuchlichen Verwendung von Rechtsmitteln ein Ende zu setzen und die verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten über Freiheitsrechte wieder in den Schoß des Verwaltungsrichters zurückzuholen, voraus, dass dieser ein Konzept der Grundfreiheiten annimmt, das mindestens so weit gefasst ist wie das der Gerichte der Gerichtsbarkeit. Dies ist im Hinblick auf die Lehren der Rechtslinguistik möglich³⁵⁸. Es ist darüber hinaus wünschenswert, damit der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen das Ziel erreicht, das der Gesetzgeber diesem Verfahren zugewiesen hat. Angesichts der Bestimmung des *référé-liberté* ist es schwer vorstellbar, dass der Verwaltungsrichter seine Zuständigkeit mit der Begründung ablehnt, dass es sich um eine

355 R. GUASTINI, *a. a. O.*, S. 98.

356 Vergessen wir in der Tat nicht die Lehren von Kelsen. Der Wiener Meister behauptete, dass die wissenschaftliche Auslegung "darin besteht, durch eine rein intellektuelle Operation die Bedeutung von Rechtsnormen zu ermitteln. Im Unterschied zur Auslegung durch die Rechtsorgane ist sie keine Rechtsschöpfung" (H. KELSEN, *a. a. O.*, S. 341). Sie "kann nichts anderes und nicht mehr tun, als die möglichen Bedeutungen von Rechtsnormen herauszuarbeiten. Als Wissen über ihren Gegenstand kann sie nicht zwischen den von ihr aufgezeigten Möglichkeiten wählen und entscheiden; sie muss die Wahl und die Entscheidung dem Rechtsorgan überlassen, das nach der Rechtsordnung zur Anwendung des Rechts befugt ist" (*a. a. O.*, S. 342). Vor allem aber: "Die Rechtsauslegung muss mit größter Sorgfalt die Fiktion vermeiden, dass eine Rechtsnorm immer nur eine einzige Auslegung zulässt, die "genaue" oder "wahre" Auslegung" (*ibid.*).

357 *GAJA* Nr. 118, § 10. Die Gefahr der Denaturierung ergibt sich aus einer zu weiten Öffnung des Begriffs. Wenn alles als Grundrecht betrachtet wird, hat nichts mehr diese Eigenschaft. Wie Frau Ponthoreau betont hatte, "accorder la qualité de droit fondamental à tous les droits, c'est prendre le risque de dévaluer l'ensemble des droits fondamentaux" (M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1994, S. 217). Ebenso wies M. Picard darauf hin, dass "nicht alles grundlegend sein kann, sonst wäre nichts mehr grundlegend; das Grundlegende ist nur im Verhältnis zu anderen Bezügen, die nicht oder weniger grundlegend sind" (E. PICARD, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 32).

358 Die Rechtssprache basiert auf dem Prinzip der Wortökonomie. Da die Anzahl der Signifikanten begrenzt ist, ist die Rechtssprache gezwungen, denselben Begriff mehrmals zu verwenden, um unterschiedliche Dinge, Ideen und Konzepte zu benennen und zu bezeichnen. Juristische Monosemie, d. h. die Tatsache, dass ein Begriff in einem Rechtssystem nur eine einzige Bedeutung hat, ist im Recht ein relativ seltenes Phänomen, da zwei Drittel aller juristischen Begriffe polysem sind (siehe *unten*, § 105). Daher ist es durchaus denkbar und sogar logisch, dass der Begriff der Grundfreiheit im Rahmen des *référé-liberté* und im Rahmen des *voie de fait* unterschiedlich verstanden wird. Der gemeinsame Verweis auf die Grundfreiheiten in diesen beiden Verfahren "verbietet nicht eine eigene Interpretation dieser Freiheiten in jedem Fall" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), Nr. 11).

Grundfreiheit im Sinne des *voie de fait* und nicht im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes handelt. Daher ist es für den Verwaltungsrichter von Vorteil, den Begriff weit zu definieren. Eine enge Auslegung "würde dadurch den Zugang der Bürger zu diesem Verfahren einschränken, die sich dann natürlich, wie sie es schon immer getan haben, unter Berufung auf den Rechtsweg an den Richter wenden würden"³⁵⁹.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine zu extensive Auslegung des Begriffs das Verfahren des *référé-liberté* verfälschen und zu einer Verwässerung des Begriffs der Grundfreiheit führen könnte; eine zu enge Auslegung würde das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel nicht erreichen. Der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen muss somit ein angemessenes Gleichgewicht zwischen diesen beiden Anforderungen anstreben. Er muss auch den vom Gesetzgeber gewählten Begriffen ihre volle Bedeutung verleihen.

86. Im Wortlaut von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes steht vor dem Ausdruck "Grundfreiheit" der unbestimmte Artikel "eine". Als Ausdruck der Allgemeinheit entspricht dieser Artikel dem Wort "alle" und bedeutet, dass die Grundfreiheiten als eine allgemeine Kategorie betrachtet werden. Der Ausdruck fasst nicht einen einzigen und ausschließlichen Gegenstand zusammen, sondern eine Vielzahl von Gegenständen, die durch gemeinsame Merkmale vereint sind, die sich aus den Begriffen ergeben, die das Gesetz zu ihrer Identifizierung verwendet, nämlich ihre Freiheitsnatur und ihren Grundcharakter.

A. Das Prädikat "Freiheit"

87. Jeder Versuch, den Begriff "Freiheit" zu definieren, stößt *von vornherein auf* ein doppeltes Hindernis. Die erste Schwierigkeit besteht darin, dass es keine rechtliche Definition des Begriffs gibt. Wie Professor Verpeaux betonte, gibt es im französischen öffentlichen Recht "keine juristische Definition der Freiheit"³⁶⁰. Wenn man insbesondere die Artikel 4 und 5 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte liest, "ist die Freiheit nicht Gegenstand einer präzisen Definition ihres Inhalts. Höchstens sehen die Texte eine - im Übrigen sehr summarische - rechtliche Regelung vor, die darin besteht, dass die Freiheit als Regel und die Einschränkungen als Ausnahmen zu betrachten sind"³⁶¹. Die zweite Schwierigkeit ergibt sich aus der Vielzahl der Bedeutungen, die diesem Ausdruck zugeschrieben werden. Laut Montesquieu "gibt es kein Wort, das mehr verschiedene Bedeutungen erhalten hat als das Wort Freiheit"³⁶². In *Le Littré* sind ihm nicht weniger als 24 Einträge gewidmet. Die große Polysemie des Ausdrucks erklärt sich aus der quantitativen und qualitativen Fülle der Debatten, Überlegungen und Arbeiten, die ihm gewidmet wurden. Wie M. Morange feststellt, "haben nur wenige Begriffe zu so vielen Überlegungen Anlass gegeben wie der Begriff der Freiheit. Theologen, Philosophen und Wissenschaftler haben versucht, sie zu definieren und ihre Konturen zu zeichnen"³⁶³. Die Fülle an Arbeiten, die den Begriff der Freiheit zum Gegenstand hatten, hat paradoxerweise dazu beigetragen, seine Konturen zu verdunkeln. Wie Robert Alexy betonte: "Der Begriff der Freiheit ist gleichzeitig einer der grundlegendsten praktischen Begriffe und einer der unklarsten"³⁶⁴. Es scheint möglich zu sein, die Schwierigkeiten in diesem Punkt *zu* überwinden, indem man eine strikte Unterscheidung zwischen Freiheit und Freiheiten vornimmt. Der Begriff hat nämlich zwei sehr unterschiedliche Bedeutungen, je nachdem, ob er im Singular oder im Plural verwendet wird³⁶⁵. Es besteht jedoch eine enge Beziehung zwischen diesen beiden Dimensionen, da die philosophische Freiheit in den rechtlichen Freiheiten ihren Ausdruck findet.

88. Etymologisch gesehen stammt das Wort Freiheit vom lateinischen Wort *libertas*, von *liber*, frei. Die Freiheit hat

359 S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, These Paris II, 2002, S. 130.

360 M. VERPEAUX, "La liberté", *AJDA* 1998 Sondernummer, S. 145.

361 M. VERPEAUX, a. a. O., S. 146. Der Autor stellt auch fest: "Das Wort wird oft in einem wenig präzisen Sinn verwendet und es wird oft als Synonym für das Wort Recht verwendet" (a. a. O., S. 144).

362 MONTESQUIEU, *L'esprit des lois (Der Geist der Gesetze)*, 1748, Buch XI, Kapitel II.

363 J. MORANGE, "Liberté", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND und S. RIALS, Hrsg.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, S. 945.

364 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (Übersetzung aus dem Deutschen von J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, S. 138. Schon Hegel stellte fest: "Es gibt keine Idee, von der man allgemeiner annimmt, dass sie unbestimmt, zweideutig, geeignet ist, Anlass zu geben - und dadurch tatsächlich Anlass zu geben - zu den schlimmsten Missverständnissen als die Idee der *Freiheit* (...)" (HEGEL, *Enzyklopädie*, abgedruckt in *Écrits sur la liberté*, Seghers, Coll. "écrits", Paris, 1963, S. 96-97. Unterstrichen).

365 Siehe in diesem Sinne das *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant (G. CORNU Hrsg., 7^{ème} ed, PUF, 2005, "Liberté", S. 513), wobei *zwischen* Freiheit, "durch das Recht garantierte Situation, in der jeder Herr seiner selbst ist und alle seine Fähigkeiten nach seinem Willen ausübt" (z. B. Präambel und Artikel 2 der Verfassung von 1958) und *einer* Freiheit, "durch das Recht garantierte ungehinderte Ausübung einer bestimmten Fähigkeit oder Aktivität" (z. B. Pressefreiheit, Vereinigungsfreiheit oder Freiheit von Konventionen) unterschieden wird.

zwei Dimensionen, bzw. "die Freiheit *zu tun* und die Freiheit *zu wollen*" .366

Aus der Sicht des Subjekts ist Freiheit (*des Willens* oder freier Wille) die Fähigkeit, auf eine bestimmte Situation nicht auf eine einzige, wissenschaftlich vorhersehbare Weise zu reagieren, sondern durch die Wahl zwischen zwei oder mehreren Reaktionsweisen, die der Initiative des Einzelnen überlassen bleibt. In diesem Sinne ist Freiheit die Fähigkeit, sein persönliches Verhalten allein durch seinen Willen selbst zu wählen.

Zweitens, aus der Perspektive der intersubjektiven oder sozialen Beziehung entspricht die Freiheit (*zu tun*) dem Fehlen äußerer Zwänge, d. h. der Macht, zu tun, was man will, ohne daran gehindert zu werden. Nach diesem Verständnis wird Freiheit negativ definiert; sie ist die Eigenschaft dessen, der keinem Zwang unterworfen ist. In der Beziehung zwischen dem Individuum und der Macht wird das Verhalten als frei bezeichnet, das "außerhalb des staatlichen Willens entschieden wird"³⁶⁷. Die Freiheit, etwas zu tun, ist jedoch nur dann wirksam, wenn sie eine rechtliche Grundlage hat. Wie M. Verpeaux feststellte, "muss die Freiheit, damit sie etwas anderes als eine bloße Idee ist, konkretisiert werden und mit einer menschlichen oder sozialen Aktivität verbunden sein"³⁶⁸. Dies ist der Übergang vom Singular zum Plural: Die Freiheit verkörpert sich und nimmt Gestalt an in *den* Freiheiten .369

89. Der Übergang von der philosophischen Freiheit zu den rechtlichen Freiheiten bezieht sich auf einen relativ genauen Zeitraum in unserer rechtlichen und politischen Geschichte, der dem Eintritt in die Moderne entspricht. Das Wort "Freiheiten", das bereits im Plural, aber mit einer besonderen Bedeutung existierte, wird durch diesen Wandel eine neue Bedeutung erlangen. Zuvor war es gleichbedeutend mit "Privilegien" und bezeichnete die korporativen Rechte, die Handwerkskörperschaften, Gesellschaftsordnungen und Stadtbewohnern von der Macht zuerkannt wurden³⁷⁰. Die Anerkennung dieser Privilegien für Zünfte, soziale Klassen und das Bürgertum der Städte brachte das entscheidende Element der Einschränkung der politischen Macht mit sich. Dennoch wurde erst später, mit dem Übergang zur Neuzeit, "die Verwendung von 'Freiheiten' auf die Bezugnahme auf individuelle Rechte ausgeweitet"³⁷¹. Freiheiten werden nicht mehr als Privilegien verstanden, die einer begrenzten Anzahl von Menschen gewährt werden; sie werden zu individuellen Rechten, die allen Menschen zugute kommen.

Diese Entwicklung erfolgte als Folge und unter dem Einfluss der großen Veränderungen, die der Eintritt in die Moderne mit sich brachte³⁷². Die Veränderungen in der Gesellschaft führten zu einem neuen politischen Konsens, der die Quellen der Macht, ihre Rechtfertigung, ihre Ausübung und ihre Ziele neu definierte. Der Kontraktualismus, der die Idee der Verfassung und der Menschenrechte als Gegenstand des Gesellschaftsvertrags

366 R.-M. MOSSE-BASTIDE, *La liberté*, 4^{ème} ed., PUF, coll. Le philosophe, 1983, S. 133 (unterstrichen). Diese beiden Dimensionen der Freiheit sind untrennbar miteinander verbunden und finden sich in den gängigsten Definitionen gemeinsam ausgedrückt. So bezeichnet Freiheit laut Lalandes *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* in einem allgemeinen Sinn den "Zustand des Wesens, das keinem Zwang unterliegt, das gemäß seinem Willen, seiner Natur handelt" (5^{ème} ed., 1947, Bd. 1, Quadrige/PUF, 1999, v° "Liberté"). Aus ihrer Zusammenführung bildet sich die Liberté. Vgl. R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public, DES de droit public 1956-1957, Les cours de droit*, S. 32: "Was ist ein freies Wesen? Es ist ein Wesen, dessen Handeln, dessen Verhalten nicht von außen bestimmt oder erzwungen wird, sondern das die Elemente seiner Bestimmung aus sich selbst schöpft. Die Freiheit eines Wesens ist die Selbstbestimmung dieses Wesens".

367 P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, S. 166.

368 M. VERPEAUX, "La liberté", a. a. O., S. 146.

369 Dies entspricht dem Ansatz der Männer von 1789. Sie erwähnen die Freiheit als eines der natürlichen und unverjähren Rechte des Menschen in der Einzahl. Ausgehend von diesem umfassenden Freiheitsbegriff gehen die Verfasser der Erklärung auf einige Bereiche der menschlichen Tätigkeit ein, die als besonders wichtig oder besonders bedroht angesehen werden, um die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Freiheit auf diese Bereiche zu erläutern. De la sorte, "la liberté se concrétise dans la liste des libertés" (J. RIVERO, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, S. 76. Unterstrichen).

370 So findet sich der Begriff "Freiheiten" in der *Magna Carta* von Johann ohne Land aus dem Jahr 1212 für alle freien Menschen, für die Menschen in London und allen anderen Städten, Marktflecken und Häfen; in der *Petition of rights* aus dem Jahr 1628 und sogar in einigen Texten aus dem 17.^e Jahrhundert mit dem Titel *Corps de Libertés*, wie dem der Massachusetts Bay aus dem Jahr 1641 (siehe G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux* (aus dem Spanischen übersetzt von I.A. PELE), LGDJ, série Droit, 2004, S. 28-29, und S. 105-106).

371 G. PECES-BARBA MARTINEZ, a. a. O., S. 28. Man geht also "vom Privileg" (...), das einem bestimmten Ort oder einer bestimmten Person gewährt wurde, um Gutes und Gnade zu tun" (Alfons X. der Weise) zum Grundrecht mit einem generischen Adressaten, dem "homo iuridicus", und mit einem abstrakten Inhalt, der für jeden Menschen gilt" (a. a. O., S. 106).

372 Zunächst der wirtschaftliche und soziale Wandel, mit der Entstehung eines neuen Wirtschaftssystems und dem allmählichen Aufstieg einer immer einflussreicheren Gesellschaftsschicht - der Bourgeoisie. Zweitens der intellektuelle und wissenschaftliche Wandel mit dem Prozess der Säkularisierung und den Fortschritten des Individualismus, Rationalismus und Humanismus. Und schließlich der politische Wandel mit der Entstehung des modernen Staates als souveräne Macht, die nichts Überlegenes anerkennt und das Monopol auf die Anwendung legitimer Gewalt beansprucht. Siehe G. PECES-BARBA MARTINEZ, a. a. O., S. 106 ff.

und als Grenzen der Macht vertritt, wird das Produkt dieses Konsenses sein³⁷³. Diese Bewegung ermöglichte die Ausarbeitung der ersten Erklärungen von Rechten, Texte, die stark von der anti-etatistischen Ideologie des klassischen Liberalismus geprägt waren³⁷⁴. Diese Freiheiten werden je nach Epoche und Rechtssystem unterschiedliche und wechselnde Bezeichnungen erhalten. Doch unabhängig davon, ob sie als individuelle Rechte, persönliche Freiheiten, öffentliche Freiheiten, Menschenrechte, Grundrechte, Grundfreiheiten, Menschenrechte, moralische Rechte oder andere bezeichnet werden, und ungeachtet der Unterschiede, die zwischen ihnen bestehen können, haben diese Begriffe alle das gleiche Ziel, nämlich den Einzelnen Rechte zuzuerkennen, die die Macht des Staates einschränken, und ihnen so die Möglichkeit einer "rechtsbasierten Opposition gegen die Macht" zu geben.³⁷⁵

Diese Begriffe wurden im 20. Jahrhundert unter dem Einfluss vor allem sozialistischer Denker bereichert^e. Es wurde immer deutlicher, dass staatliches Handeln nicht immer ein Hindernis für die Ausübung der Freiheit ist, sondern auch die Ausübung der Freiheit fördern kann, insbesondere durch die Organisation der Freiheit. "Während die liberale Doktrin des 19. Jahrhunderts als einziges Ziel der Freiheiten nur den Schutz einer Sphäre der Autonomie gegen die Einmischung der öffentlichen Gewalt sah, wird man allmählich davon ausgehen, dass der Staat in den Mechanismen zur Verwirklichung der Freiheiten nicht abwesend bleiben kann. Die öffentliche Gewalt wird nicht mehr nur als Bedrohung für den Einzelnen verstanden, sondern vielmehr dazu aufgefordert, sich an der Verwirklichung der Freiheiten zu beteiligen und die Bedingungen für ihre Ausübung zu schaffen. Dieser Ansatz macht Platz für eine voluntaristischere Auffassung der Aufgaben der öffentlichen Gewalt und bringt einen bereicherten Ansatz des Begriffs der Freiheiten zum Ausdruck.

Davon abgesehen zielt das Verfahren in Artikel L. 521-2 nicht auf den Schutz aller Freiheiten, sondern nur auf den Schutz der "Grundfreiheiten" ab.

B. Das Adjektiv "grundlegend"

90. Etymologisch stammt das Wort "fundamental" vom lateinischen *fundamentalis*, von *fundamentum*, Grundlage. In seiner ursprünglichen Bedeutung ist das Fundament laut *Litttré* "das, was als Grundlage, als Fundament dient". In dieser Bedeutung ist es gleichbedeutend mit "basal" oder "konstitutiv". Neben der ersten Bedeutung hat sich eine zweite entwickelt, die als fundamental bezeichnet, was "einen wesentlichen und bestimmenden Charakter" hat³⁷⁶. Somit entspricht das Grundlegende dem, was sich im Fundament befindet und/oder einen wesentlichen Charakter aufweist. Die Bestimmung dessen, was sich in der Grundlage befindet, bereitet im Recht keine Schwierigkeiten. Die Grundlage einer Rechtsordnung liegt in ihrer Verfassung, ihrem Grundgesetz. Wie Professor Drago feststellt, "verweist der Begriff des Grundrechts auf die Grundlagen der Rechtsordnung. Der Jurist wendet sich dann natürlich an die Verfassung, um dort zu suchen, was die

³⁷³ Nach den Theorien des Gesellschaftsvertrags genießt das Individuum im Naturzustand, d. h. vor jeder Zivilgesellschaft, absolute Unabhängigkeit. Indem sie sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen, geben die Menschen diese absolute Freiheit auf, um durch einen einstimmigen Vertrag den Staat und die öffentliche Souveränität zu schaffen. Die Menschen sollten so betrachtet werden, als hätten sie nur den Teil ihrer nativen Unabhängigkeit aufgegeben, der mit dem Begriff des Staates absolut unvereinbar ist; sie hatten nur die strikt notwendigen Opfer gebracht. Was sie hingegen behalten hatten, dieser Rest ihrer angeborenen Freiheit, stellte individuelle Rechte dar, die denen des Staates überlegen waren, da sie ihm vorausgingen und von ihm geachtet werden mussten. Rousseau schränkte die These allerdings in einer Weise ein, die sie radikal gefährden konnte. Nachdem er erklärt hatte: "Alles, was jeder durch den *Gesellschaftsvertrag* von seiner Macht, seinen Gütern und seiner Freiheit entfremdet, ist nur der Teil von all dem, dessen Gebrauch für die Gemeinschaft wichtig ist", fügte er hinzu: "Aber man muss sich darauf einigen, dass der Souverän allein über diese Wichtigkeit urteilt" (J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, 1762, Buch II, Kapitel IV). Die anderen Theorien des Gesellschaftsvertrags enthielten diesen Vorbehalt nicht, und ihre Bedeutung war entscheidend. Wie Adhémar Esmein festgestellt hatte, war die Theorie des Gesellschaftsvertrags "fruchtbar, da sie das Prinzip der individuellen Rechte eingeführt hat" (A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} ed., 1914, Neuauflage Editions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2001, S. 542).

³⁷⁴ Der Staat erscheint als eine von der Gesellschaft getrennte Einheit und die Gesellschaft als eine Gruppe von Individuen, die normalerweise außerhalb des Einflusses des Staates leben. Freiheiten definieren sich durch die Abstinenz des Staates, durch die Beschränkung der Macht. In diesem Sinne unterscheidet sich die Freiheit der Moderne von der Freiheit der Antike. Benjamin Constant wird dieser Gegensatz zwischen den beiden Formen der Freiheit zugeschrieben. Bei den Antikern äußert sich die Freiheit in der Teilhabe an der Macht. Bei den Modernen hingegen bedeutet Freiheit die Einschränkung der Macht, das Verbot für den Staat, in die Vorrechte des Einzelnen einzugreifen. "Il faut donc définir une sphère qui soit interdite au pouvoir politique, en quelque main qu'il se trouve: celle des libertés individuelles" (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, S. 22). Benjamin Constant zufolge "ist das Ziel der Modernen die Sicherheit in den privaten Genüssen; und sie nennen die Garantien, die von den Institutionen für diese Genüsse gewährt werden, Freiheit" (B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparé à celle des Modernes*, 1819, in *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Garnier-Flamarion, 1986, S. 276).

³⁷⁵ C. LEFORT, "Droits de l'homme et politique", *Libre*, Nr. 7, 1980, S. 25.

³⁷⁶ Le grand Robert de la langue française (Der große Robert der französischen Sprache).

Grundrechte sind"³⁷⁷. Dennoch wollte der Gesetzgeber die Grundsätzlichkeit nicht auf einen bestimmten normativen Rang beschränken. Hätte das Parlament den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes nur auf die verfassungsmäßigen Freiheiten beschränken wollen, hätte es den Begriff der Grundfreiheit durch den Begriff der verfassungsmäßig garantierten Rechte und Freiheiten ersetzt³⁷⁸. Die zweite Bedeutung des Adjektivs "grundlegend" ist komplexer zu verstehen. In Ermangelung präziser Kriterien bleibt es nämlich relativ heikel, zu bestimmen, was einen wesentlichen Charakter aufweist, da dies eine Beurteilung der "Qualität" einer bestimmten Freiheit erfordert.

91. Die Bedeutung des Adjektivs "grundlegend" kann anhand einer Analyse der Kontroversen in der Lehre präzisiert und verfeinert werden. Die Begriffe Grundfreiheit und Grundrecht sind als *theoretisches* Konzept Gegenstand zweier völlig unterschiedlicher Bedeutungen. Die Kluft zwischen den beiden Bedeutungen hängt ganz von der Bedeutung des Adjektivs "grundlegend" und von der Frage ab, worin die "Grundsätzlichkeit" besteht. Es gibt, wie immer³⁷⁹, zwei Methoden, um den Begriff zu identifizieren: eine formale und eine materielle. Der formale Ansatz bezeichnet jede Freiheit als grundlegend, die durch eine Norm geschützt wird, die auf einer übergesetzlichen Ebene angesiedelt ist. Der materielle Ansatz misst die Fundamentalität einer Freiheit am Grad der Bedeutung, die ihr zukommt.

1. Unverfügbare Freiheiten

92. Der formale oder strenge Ansatz besteht darin, die Grundsätzlichkeit durch Bezugnahme auf den rechtlichen - übergesetzlichen - Wert der betreffenden Norm zu definieren. Nach dieser Auffassung "bezeichnen Grundrechte und Grundfreiheiten einfach die Rechte und Freiheiten, die durch verfassungsrechtliche oder (und) europäische und internationale Normen geschützt werden. Nicht mehr und nicht weniger. Also sind alle Rechte und Freiheiten, die verfassungsrechtlichen oder (und) internationalen (oder europäischen) Schutz genießen, Grundrechte, unabhängig von ihrem "Fundamentalitätsgrad". Und alle Rechte und Freiheiten, die nicht verfassungsrechtlich oder international (oder europäisch) anerkannt werden, sind keine Grundrechte"³⁸⁰. In diesem Sinne zeichnen sich die Grundrechte und -freiheiten durch ihre *Unverfügbarkeit aus*. "Das Adjektiv "grundlegend" bedeutet (...), dass die verfassungsgebende Gewalt in jedem Land oder die internationale Gemeinschaft auf europäischer Ebene beschlossen haben, eine bestimmte Anzahl von Werten und Garantien außerhalb der Reichweite der Mehrheiten und der von ihnen unterstützten Exekutiven zu stellen"³⁸¹. Es handelt sich um Freiheiten, die außerhalb der Reichweite der verfassungsmäßigen Gewalten gestellt werden. Dieses Verständnis des Begriffs der Grundrechte und Grundfreiheiten wurde ausdrücklich auf dem deutschen Konzept des *Grundrechts* aufgebaut³⁸². Die formale Definition wird als Import oder Übertragung des Konzepts, wie es im deutschen Recht existiert, dargestellt. Diese Auffassung wird als die einzig mögliche dargestellt, denn, so die Befürworter, "So wird der Ausdruck im vergleichenden Recht und insbesondere im deutschen Recht, aus dem er stammt, verstanden".³⁸³

Dieser Ansatz hat sich in der Rechtswissenschaft weitgehend durchgesetzt. Viele Autoren schließen sich dieser Definition der Grundrechte und -freiheiten vorbehaltlos an³⁸⁴. Andere Autoren lehnen sich zwar an diese

³⁷⁷ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européen", *Dr. adm.* 2004, *Etudes* n° 11, S. 7.

³⁷⁸ Der Ausdruck wird in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung verwendet (CC, Nr. 85-198 DC, 13. Dezember 1985, Kons. 11, *Slg.* S. 78; Nr. 88-248 DC, 17. Januar 1988, Kons. 28, *Slg.* S. 18; Nr. 89-260 DC, 28. Juli 1989, Kons. 6, *Slg.* 71; Nr. 93-333 DC, 21. Januar 1994, Kons. 19, *Slg.* S. 32; Nr. 96-378, 20. März 1997, Kons. 15, *Slg.* S. 99; Nr. 97-388 DC, 20. März 1997, Kons. 48, *Slg.* S. 31; Nr. 97-389 DC, 22. April 1997, Kons. 30, *Slg.* S. 45; Nr. 2000-430 DC, 27. Juli 2000, Kons. 50, *Slg.* S. 95). Der Rat verwendet auch die Formulierung "verfassungsmäßig garantierte Freiheiten" (CC, Nr. 2000-441 DC, 28. Dezember 2000, Kons. 42, *Slg.* S. 201)". Darüber hinaus wurde der Ausdruck "verfassungsmäßig garantiertes Recht" nach der Verfassungsänderung vom 28. März 2003 in Art. 72 Abs. 4 der Verfassung vom 4. Oktober 1958 eingeführt.

³⁷⁹ Dekan Vedel zeigte auf, dass "jede Definition eines Rechtsbegriffs entweder aus *materieller* Sicht oder aus *formaler* Sicht erfolgen kann" (G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* 1954, S. 27. Unterstrichen).

³⁸⁰ L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2006, Nr. 1218.

³⁸¹ L. FAVOREU u. a., *Droit constitutionnel*, op. cit., Nr. 1224.

³⁸² Konzept, das Michel Fromont mit seinem Artikel "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne", veröffentlicht in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, S. 49-64, als einer der ersten in Frankreich bekannt gemacht hat.

³⁸³ L. FAVOREU u. a., *Droit constitutionnel*, op. cit., Nr. 1218.

³⁸⁴ Siehe insbesondere: N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 287, 1997, S. 8; P. AUVRET und J. AUVRET-FINCK, "La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, S. 403; V. TCHEN, "Protection des droits fondamentaux", *Jcl. administratif*, fasc. 1440 (11, 2002), Nr. 1; O. DORD, "La notion de libertés publiques. Libertés publiques

Definition an, nehmen aber einige als notwendig erachtete Korrekturen vor, um die Grundrechtsfähigkeit entweder nur auf Normen mit Verfassungswert³⁸⁵ oder auf übergesetzliche Normen, die zusätzliche Kriterien erfüllen, zu beschränken.³⁸⁶

93. Diese Auffassung von Fundamentalität hat drei Hauptvorteile. Erstens steht sie in einer bestimmten Tradition des öffentlichen Rechts, das meist formalen Definitionen den Vorzug vor materiellen Definitionen gegeben hat³⁸⁷. Zweitens bietet diese Auffassung den Vorteil der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit. Das formale Kriterium ist ein einfaches, klares und leicht anzuwendendes Kriterium. Drittens garantiert es die Rechtsgültigkeit der anerkannten Grundfreiheiten. Wenn die Grundfreiheiten auf übergesetzliche Normen beschränkt sind, kann der Text, der als Grundlage für ihre Anerkennung dient, in der Praxis nicht angefochten werden und ist daher vor einer Ungültigkeit geschützt. Während eine Entwicklung auf der Ebene der verfassungsrechtlichen, internationalen, europäischen oder gemeinschaftlichen Normen eine Gesetzesnorm ungültig machen kann, ist dieses Risiko bei supralegislativen Normen ausgeschlossen.

Der streng formale Ansatz hat jedoch zwei Einschränkungen. Erstens ist er - anders als manchmal dargestellt - nicht zwingend *notwendig*. Die Behauptung, dass der Begriff des Grundrechts im Rechtsvergleich durch seinen Platz in der Normenhierarchie definiert wird und dass dies in allen Ländern so ist, scheint nicht richtig zu sein³⁸⁸. Darüber hinaus wird bei der Suche nach der Grundsätzlichkeit der Freiheiten auf der Grundlage eines ausschließlich formalen Kriteriums "ihre 'Essentialität' übersehen"³⁸⁹. In der Tat wird bei dieser Methode die Bedeutung der Rechte und Freiheiten nicht berücksichtigt. Wie wesentlich sie in den Augen der Bürger auch sein mögen, einer Freiheit, die in keinem Verfassungs- oder internationalen Text vorkommt, wird der Status einer grundlegenden Norm verweigert. Im Gegensatz zum zweiten Ansatz, bei dem jede Freiheit, die einen wesentlichen Charakter aufweist, als grundlegend betrachtet wird, ist dieses Kriterium daher etwas starr.

ou droits fondamentaux?", *Cahiers français* n° 296 *Les libertés publiques*, 2000, S. 12; M. BRANDAC, "L'action en justice, droit fondamental", in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, S. 3; J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 3^{ème} ed., Montchrestien, coll. Clefs, 1999, S. 105-111.

385 Vgl. X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, S. 14; A. AUER, "Les droits fondamentaux et leur protection", *Pouvoirs* Nr. 43, 1987, S. 87. Diese Definition wurde im Übrigen zunächst von Doyen Favoreu entwickelt (L. FAVOREU, "Rapport général introductif" du colloque *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, Economica PUAM, coll. DPP, 1982, Neuauflage 1987, S. 41).

386 Für Professor Lachaume ist das Kriterium des Wertes zwar notwendig, aber nicht ausreichend; es müssen weitere Kriterien berücksichtigt werden, um die Grundsätzlichkeit zu erfassen. Verfassungsmäßige und internationale Rechte und Freiheiten können nur dann als Grundrechte gelten, wenn sie zusätzliche Bedingungen erfüllen. So identifiziert M. Lachaume die Grundrechte "anhand der Kumulierung von drei Elementen: dem Rechtsträger, dem Adressaten und dem Rechtssystem" (J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 93). Es handelt sich um verfassungsmäßige oder internationale Rechte, die als Adressaten eine natürliche oder juristische Person haben und "von einem besonderen Rechtssystem profitieren: Verbot, diese Rechte einem System vorheriger Genehmigungen zu unterwerfen; ausschließliche Zuständigkeit des Gesetzgebers, sie zu regeln, entweder um ihre Ausübung effektiver zu gestalten oder um einen Ausgleich zwischen diesen Rechten und anderen Regeln oder Grundsätzen oder Zielen von Verfassungswert herzustellen (...); einheitliche Anwendung dieser Rechte auf dem gesamten Hoheitsgebiet der Republik" (*op. cit.*, S. 94).

387 Wie Doyen Vedel feststellte, sind "die Definitionen unseres öffentlichen Rechts organisch und formal und nicht materiell" (G. VEDEL, note sous TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane et CE, Ass. 17 avril 1953, Falco et Vidailiac, *JCP G* 1953, II, 7598). Ebenso betonte M. Dupeyrou, dass der formale und organische Gesichtspunkt anscheinend "der wesentliche Gesichtspunkt unseres öffentlichen Rechts bleiben muss" (O. DUPEYROUX, "La jurisprudence, source abusive de droit", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, S. 365, Fn. 55). Siehe in diesem Sinne die von den Großmeistern des öffentlichen Rechts entwickelten Analysen zum Begriff des Gesetzes, die den Vorrang formaler Kriterien aufzeigen (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, Bibliothèque Dalloz, Neuauflage 2003, T. 1, S. 326-327; G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", a.a.O., S. 280-327; G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", a.a.O., S. 280, S. 28, mit der Feststellung: "Les notions et les critères de notre droit public sont principalement formels; les notions et les critères matériels sont subsidiaires" (Die Begriffe und Kriterien unseres öffentlichen Rechts sind hauptsächlich formal; die materiellen Begriffe und Kriterien sind subsidiär)). Es ist auch zu beachten, dass Maurice Hauriou, der sich für eine Definition des *Vernaltungsrechtsstreits* "durch das Verfahren" und nicht "durch die Natur der Handlung" aussprach, hinzufügte, dass "im Allgemeinen übrigens die *formalen* Theorien sicherer sind als die *materiellen* Theorien" (M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} ed., Larose, 1901, S. 253). Unterstrichen).

388 Im Wesentlichen wird der Begriff nur in Deutschland so definiert. Dekan Favoreu räumte 1981 selbst ein, dass der Ausdruck Grundrechte "als solcher nur in der Bundesrepublik Deutschland wirklich verwendet wird, wo er eine von der Verfassung vorgesehene präzise Bedeutung hat" (L. FAVOREU, oben genannter Artikel, S. 41). Im Rechtsvergleich gibt es kein einheitliches Verständnis des Begriffs (siehe *oben*, §§ 68-70). Darüber hinaus ist nicht erwiesen, dass der Begriff nach Frankreich "importiert" worden wäre. "Jahrhunderts von französischen Autoren verwendet (siehe insbesondere M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} ed., Sirey, 1923, S. 93), und deutsche Autoren behaupten, dass der französische Einfluss bei der Entstehung des deutschen Begriffs des *Grundrechts nicht zu übersehen sei* (siehe T. MEINDL, oben genannte Dissertation, S. 97-101).

389 F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, S. 1541.

2. Wesentliche Freiheiten

94. Die Vertreter des materiellen Ansatzes definieren die Grundfreiheiten als herausragende, wesentliche oder primäre Freiheiten, d. h. als Freiheiten, die sich vor allem durch ihre Bedeutung auszeichnen. Im Gegensatz zu den Vertretern des formalen Ansatzes, deren Positionen sich zu einem relativ homogenen Ganzen zusammenfügen, gehören die Anhänger des materiellen Konzepts radikal unterschiedlichen und sogar gegensätzlichen Denkschulen an. So lassen sich zwei Formen des Essentialismus unterscheiden: der jusnaturalistische Essentialismus und der juspositivistische Essentialismus.
95. Etienne Picard ist der wichtigste Autor, der eine Gesamtkonzeption der Grundfreiheiten und -rechte aus einer jusnaturalistischen Perspektive vorgelegt hat³⁹⁰. Sein Ansatz lässt sich in zwei Aussagen zusammenfassen: Einerseits ist die Fundamentalität eine Eigenschaft, die dem Kriterium des rechtlichen Wertes gleichgültig ist; andererseits fordert und rechtfertigt diese Eigenschaft den Vorrang der so qualifizierten Norm. Um diese Auffassung zu beschreiben, wird manchmal behauptet, dass Professor Picard die Gesamtheit der Rechte und Freiheiten, die einen wesentlichen Charakter aufweisen, als Grundrechte bezeichnet. Diese Darstellung ist zwar nicht völlig falsch, aber sie ist dennoch stark verkürzt und wird dem Wesen seiner Theorie und damit auch den umstrittensten Aspekten nicht gerecht.

Erstens: Für Professor Picard liegt die Fundamentalität eines Rechts nicht in der Rechtsnorm, die es trägt, sondern in seinem eigentlichen Inhalt, genauer gesagt, in seiner Übereinstimmung mit dem Wertesystem, das die Rechtsordnung begründet. Laut Etienne Picard drücken die Regeln des positiven Rechts nicht die gesamte Realität des Rechts aus. Sie allein können die Bedeutung und die Dynamik des rechtlichen Phänomens nicht erklären³⁹¹. Um es in seiner Gesamtheit zu erfassen, ist es notwendig, die Werte in die rechtliche Analyse einzubeziehen: "Man kann die Werte nicht aus dem Recht herauswerfen, denn sie geben ihm seinen allgemeinen Sinn"³⁹². Für den Autor ist das Fundamentale das, was den höheren Werten entspricht, deren Träger die Rechtsordnung ist. Die Fundamentalität stellt in diesem Sinne eine Eigenschaft außerhalb der Norm dar. Die Fundamentalität eines Rechts oder einer Freiheit muss unter Heranziehung extranormativer Erwägungen, d. h. durch die Konfrontation mit den Werten, bestimmt werden³⁹³. Zweitens zeichnet sich die Fundamentalität durch ihre Wirkung aus, die darin

³⁹⁰ Seine Position wurde in zwei schriftlichen Beiträgen dargelegt: "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 6-42; "Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RA* 1999, Sondernummer *Evolutions et révolutions du contentieux administratif*, S. 15-46. Für einen jusnaturalistischen Ansatz zum Konzept des Grundrechts siehe auch W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, thèse Bordeaux I, 1994, 537 S. Ausgehend von der Idee, dass der verfassungsgebende Prozess nicht frei ist, behauptet der Autor, dass es eine Verpflichtung rechtlicher Natur gibt, die dem ursprünglichen verfassungsgebenden Organ die Aufnahme bestimmter Rechte und Freiheiten bei der Ausarbeitung einer neuen Verfassung auferlegt. Dieser Gedanke ist eindeutig zu kritisieren, da er auf keiner rechtlichen Grundlage beruht. Auch wenn es zweifellos einen starken politischen Druck gibt, bestimmte Rechte und Freiheiten bei der Ausarbeitung eines Verfassungstextes zu verankern, ist es logischerweise unmöglich, daraus eine rechtliche Verpflichtung abzuleiten. Die beiden Quellen der Verpflichtung (politisch und rechtlich) sind nicht auf derselben Ebene angesiedelt. Die Feststellung, dass es einen Anreiz politischer Natur gibt, ist eine Sache, die Ableitung seiner Rechtsgültigkeit eine andere.

³⁹¹ Seiner Ansicht nach lässt sich das Recht nicht auf das Normative reduzieren. Daher sollte man "die formale Rechtswirklichkeit nicht für den letzten Ausdruck der Rechtswirklichkeit halten" (E. PICARD, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 8). Aus dieser Perspektive scheint es, dass "es nicht so sehr das formale Recht ist, das die Grundrechte hervorbringt; es sind vielmehr die Grundrechte, die das Recht erfassen und es in seiner allgemeinen Struktur zimmern: Seine verschiedenen technischen und formalen Kategorien tendieren dazu, diese Vorrangstellung zu sichern, aber ohne dass es einer von ihnen gelingt, den allgemeinen und gemeinsamen Hintergrund dieser Grundrechte zu erschöpfen" (*op. cit.*, S. 8).

³⁹² E. PICARD, *a. a. O.*, S. 37. Der Autor lehnt es ab, das Rechtliche und das Axiologische als zwei getrennte und antinomische Welten zu betrachten. Er entwickelt ein Konzept der Rechtsordnung, das gegenüber den Werten offen ist und sogar den Werten unterworfen ist. Diese Position stellt einen - angenommenen und behaupteten - Bruch mit der Keltenschen Darstellung der Rechtsordnung dar.

³⁹³ So "liegt die Fundamentalität nicht wirklich in der formalen Norm, die das betreffende Recht trägt. Wenn sie also nicht in der Norm liegt, dann liegt sie sicherlich im Eigenwert des Rechts selbst, bezogen auf die Bedingungen des konkreten Konflikts, in dem es zur Debatte steht (...)" (E. PICARD, *a. a. O.*, S. 15). Der Autor unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen intranormativer (in der Norm enthaltener) und extranormativer (außerhalb der Norm liegender) Fundamentalität. "Die Fundamentalität wirkt intranormativ, wenn die einzige anwendbare Norm, die formal nur einen einzigen Rang enthält, keine Hierarchie zwischen den kollidierenden Rechten oder Ansprüchen aufstellt, und wenn der Richter dennoch eine solche herausarbeitet, indem er ein bestimmtes Recht als fundamental bezeichnet. Sie ist extranormativ, wenn der Richter ein Recht außerhalb der formalen Norm findet und es dennoch gegen einen anderen Anspruch anwendet, der auf der Grundlage derselben Norm gerechtfertigt werden kann, wobei er die Vorrangigkeit der letzteren Norm zuschreibt. Der Rückgriff auf das Extranormative impliziert also, dass dieses das Normative übertreffen wird - sonst wäre es für den Richter sinnlos, nach einem Recht zu suchen, das sich formal nicht im Text findet" (*a. a. O.*, S. 15).

besteht, dass sie Vorrang vor allen anderen Erwägungen oder Ansprüchen hat, die ihr entgegenstehen könnten. In dieser Hinsicht ist die Fundamentalität keine konstante Eigenschaft, sondern variiert je nach den Umständen der einzelnen Arten. Laut Etienne Picard "zeigen die zahlreichen Vorkommen ihrer Berufung durch die Texte oder vor allem durch den Richter, dass diese verschiedenen Rechte eine Gemeinsamkeit aufweisen: Sie zeichnen sich alle durch die Vorrangwirkung aus, die mit dieser Qualifikation verbunden ist. Dieser Effekt erweist sich als praktisch konstant; und er kann unabhängig von der formalen normativen Quelle sein, auf die sich das Recht stützt"³⁹⁴. Eine inhaltliche Logik, die sich auf den Inhalt und die Bedeutung der Rechte konzentriert, hätte somit Vorrang vor einer formalistischen Logik, die sich mit der formalen Strukturierung der Rechtsordnung befasst. Freiheiten wären als solche grundlegend; das positive Recht würde sich darauf beschränken, ihnen den wichtigsten Platz zuzuweisen, zumindest den Platz, der ausreicht, um ihre Vorherrschaft zu gewährleisten.³⁹⁵

Dieser Ansatz der Fundamentalität erscheint in mancher Hinsicht fragwürdig. Zunächst einmal beruht er auf der - fragwürdigen - Annahme, dass das Recht nicht strikt und ausschließlich mit dem positiven Recht identifiziert werden kann³⁹⁶. Damit bricht sie mit den Grundsätzen unseres Rechtssystems, die von der Existenz eines positiven Rechts ausgehen, das aus der Gesamtheit der zu einem bestimmten Zeitpunkt in einer Rechtsordnung geltenden Rechtsregeln besteht. Das gesamte Recht wird mit diesen vom menschlichen Willen gesetzten Normen identifiziert; man muss nicht darüber hinausgehen, um das rechtliche Phänomen zu durchdringen. Andererseits lässt diese Auffassung Raum für völlige Willkür bei der Bestimmung der Fundamentalität. Die Beurteilung der Fundamentalität ist vollständig dem von den Gerichten vorgenommenen Werturteil untergeordnet. Da die Fundamentalität eine Eigenschaft ist, die von den Umständen des jeweiligen Falles abhängt, wird sie zu einer schwankenden Eigenschaft, da ein Recht in einer bestimmten Situation als fundamental eingestuft werden kann und diese Eigenschaft in einer anderen Sachlage verliert.

96. Andere Autoren entwickeln ebenfalls ein materielles Konzept der Grundrechte und -freiheiten, diesmal jedoch aus einer juspositivistischen Perspektive. Diese Position umfasst die Vertreter der positivistischen Lehre, die das Übergesetzliche oder das Verfassungsrecht als primäre, aber nicht ausschließliche Quelle der Grundfreiheiten betrachten. Für diese Autoren ist die Fundamentalität hauptsächlich - aber nicht ausschließlich (dies unterscheidet sie von den Anhängern des formalen Ansatzes) - mit dem rechtlichen Wert der Norm verbunden, in der die Grundfreiheiten verankert sind. Da sie sich weigern, das Grundlegende auf das Verfassungsrecht (oder das übergesetzliche Recht) zu beschränken, fügen diese Autoren den verfassungsmäßigen Rechten (oder den verfassungsmäßigen und internationalen Rechten) die Rechte und Freiheiten hinzu, die zwar auf einer niedrigeren normativen Ebene angesiedelt sind, aber dennoch einen wesentlichen Charakter aufweisen. Norbert Foulquier beispielsweise behauptet, dass das Verfassungsrecht und das Völkerrecht "die *Hauptquellen* der Grundrechte" darstellen³⁹⁷, und räumt damit die Existenz von Sekundärquellen auf niedrigerer Ebene ein. Ähnlich argumentiert Dominique Turpin: "Zwar können sie durch einfache Gesetze (...) und durch "gewöhnliche" Richter (...) festgelegt werden, doch sind die Grundrechte *vor allem* diejenigen, die auf der Grundlage eines Verfassungstextes (und durch einen Verfassungs- oder internationalen Richter) gegen die gesetzgebende Gewalt selbst geschützt werden"³⁹⁸. Für M. Morange betont der Ausdruck Grundfreiheiten "ihre Verbindung zu einer Vielzahl von grundlegenden Texten, verfassungsrechtlichen, internationalen und europäischen Texten, ohne die anderen Quellen der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu vernachlässigen, wobei letztere selbst sehr vielfältig sind"³⁹⁹. In diesem Sinne argumentiert auch Marcou, dass die Grundfreiheiten "von der Verfassung, internationalen

394 E. PICARD, a. a. O., S. 9.

395 In diesem Sinne "zeichnen sich die Grundrechte durch ihre Rolle aus, die ihrerseits auf der Bedeutung beruht, die diesen Rechten zuerkannt wird: Grundrechte sind all jene Rechte, die dem Gesetzgeber als hinreichend wesentlich erscheinen und die sich als geeignet erweisen, gegen einen anderen Anspruch, der ihnen entgegenstehen könnte, Vorrang zu haben. Bei diesen Ansprüchen kann es sich um Befugnisse, Zuständigkeiten oder sogar andere Rechte, Rechtsgrundsätze oder verschiedene Forderungen handeln, wie z. B. solche, die aus dem allgemeinen Interesse oder der öffentlichen Ordnung abgeleitet werden können (die in diesem Fall jedoch nicht als solche bezeichnet werden). In jedem Fall müssen diese Erwägungen dem Grundrecht weichen, auch wenn sie sich zu ihrer Verteidigung darauf berufen könnten, dass sie ebenfalls auf derselben formalen normativen Grundlage beruhen, auf der das Grundrecht zum Ausdruck kommt. Dasselbe gilt *erst recht*, wenn die Norm, auf die sie sich stützen können, nur auf einer niedrigeren Ebene angesiedelt ist. Bemerkenswerterweise kann es aber auch umgekehrt sein: Die Grundsätzlichkeit eines Rechts kann geltend gemacht werden, um sich erfolgreich gegen einen Anspruch zu wehren, der höhere formale Titel aufweisen könnte" (E. PICARD, a. a. O., S. 9).

396 Für eine Kritik der Naturrechtsdoktrin siehe H. KELSEN, "Rechtspositivismus und Naturrechtsdoktrin", *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bd. I, Bruylant Sirey, 1963, S. 141-148.

397 N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, S. 7. Nicht unterstrichen.

398 D. TURPIN, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, S. 8. Nicht unterstrichen.

399 J. MORANGE, "Liberté", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND und S. RIALS, Hrsg.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, S. 950.

Übereinkommen und dem Gesetz anerkannt werden" .400

Der Vorteil dieses Ansatzes besteht darin, dass er eine große Flexibilität bei der Bestimmung der Grundrechte und -freiheiten bietet. Darüber hinaus ermöglicht er es, Rechte und Freiheiten als solche zu betrachten, die im Verfassungstext oder in internationalen Instrumenten nicht enthalten sind, aber dennoch einen wesentlichen Charakter aufweisen⁴⁰¹. Allerdings wird bei diesem Konzept ein materielles Kriterium - wenn auch nur subsidiär - herangezogen, um die Wesentlichkeit einer untergeordneten Norm zu bewerten. Die Anwendung dieses Kriteriums ist jedoch nicht frei von Subjektivität.

97. Somit stehen dem Verwaltungsrichter zwei Ansätze für die Fundamentalität zur Verfügung. Der Richter hat die Freiheit, zwischen dem formalen und dem materiellen Verständnis des Adjektivs "grundlegend" zu wählen, und es sind Erwägungen der Rechtsprechungspolitik, die ihn dazu bringen müssen, sich für die eine oder die andere Position zu entscheiden. Dies wurde auch von den Anhängern des formalen Ansatzes durch ihren prominentesten Vertreter eingeräumt .402

II. Die Gleichgültigkeit der rechtlichen und doktrinären Qualifikationen

98. Neben den vom Gesetz gewählten Begriffen muss eine zweite Reihe von Einschränkungen berücksichtigt werden, um den Freiraum des Interpreten zu bestimmen: die Einschränkungen durch normative Texte und Entscheidungen von Rechtsprechungsorganen, die ein bestimmtes Recht oder eine bestimmte Freiheit als "grundlegend" bezeichnen. Sind die so vorgenommenen Bezeichnungen geeignet, den Verwaltungsrichter im Prozess der Identifizierung der Grundfreiheiten zu binden? Ist der Staatsrat verpflichtet, die rechtlichen oder sogar doktrinären Qualifikationen des Begriffs der Grundfreiheit zu übernehmen? Muss er Normen, die diese Qualifikation erhalten haben, als Grundfreiheiten betrachten?

99. Welche Bedeutung haben zunächst die textlichen Qualifikationen, die sich aus dem innerstaatlichen Recht oder aus internationalen Übereinkommen ergeben? Gesetzliche Aussagen, die eine Freiheit als "grundlegend" bezeichnen, haben keine normative Bedeutung und sind daher für den Verwaltungsrichter nicht einklagbar. Diese Bestimmungen fallen unter das, was man als "Plakattexte, ein weiches Recht, ein unklares Recht, ein Recht "im gasförmigen Zustand"" bezeichnet hat⁴⁰³. Aus einer Perspektive, die nur das Recht betrachtet, ist der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen nicht verpflichtet, die Rechte und Freiheiten, die im Gesetz als solche bezeichnet werden, als für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 in Frage kommend zu betrachten⁴⁰⁴. Was internationale Übereinkommen betrifft, deren Titel den Ausdruck "Grundfreiheit"

400 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14. Mai 2001, Nr. 95, S. 46-47.

401 Es konnte behauptet werden, dass "der 'grundlegende' Charakter einer Freiheit weder im deutschen Recht noch in anderen Rechten jemals ein Kriterium für die Anerkennung der Existenz einer 'Grundfreiheit' war" (L. FAVOREU *et alii.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, Nr. 1219). Diese Aussage erscheint jedoch im Hinblick auf ausländische Beispiele, insbesondere aus den USA und Portugal, fragwürdig, wo sich die Grundsätzlichkeit aus der Bedeutung eines Rechts ergeben kann (siehe *oben*, § 44 und § 69).

402 Obwohl Doyen Favoreu diese Hypothese aus praktischer Sicht für unwahrscheinlich hielt, ließ er dennoch *grundsätzlich* die Möglichkeit zu, Grundfreiheiten legislativen Ursprungs im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anzuerkennen. Siehe L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1741: "On pourrait envisager que soit invoquée l'atteinte à une liberté fondamentale ne figurant pas sur la liste des libertés protégées au niveau constitutionnel et au niveau européen; compte tenu du nombre de celles-ci, il semble peu vraisemblable que cela se produise. Aber es ist vernünftig, sich vorzustellen, dass der Staatsrat, der durch die Liste der verfassungs- und europarechtlich geschützten Freiheiten bereits weitgehend ausgelastet ist, den Zustrom von einstweiligen Verfügungen gegen Freiheitsrechte begrenzt, indem er sich an die genannte Liste hält; dies wird für ihn ein bequemes Mittel sein, um eine bestimmte Anzahl von einstweiligen Verfügungen abzulehnen". Doyen Favoreu akzeptierte zwar die Möglichkeit, dass Grundfreiheiten mit gesetzlichem Rang im Rahmen von référé-liberté behandelt werden können, war jedoch der Ansicht, dass der Verwaltungsrichter dies aus praktischen Erwägungen ablehnen würde.

403 "De la sécurité juridique", *EDCE* 1991, Nr. 43, S. 32. Der Bericht stellte fest, dass "der Staatsrat 1991 wie jedes Jahr eine nicht unerhebliche Anzahl von Gesetzen verabschiedet hat, deren Artikel 1^{er} ohne jeden normativen Inhalt ist" (a. a. O., S. 33). Formulierungen, die darauf hinweisen, dass ein Recht oder eine Freiheit einen grundlegenden Charakter hat, gehören zweifelsohne dazu. Diese Formulierungen gehören in die Begründung eines Gesetzentwurfs oder einer Gesetzesvorlage. In dem vom Parlament endgültig verabschiedeten Text haben sie dagegen nichts zu suchen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Verfassungsrat die Bestimmungen dieser Kategorie nicht als Rechtsnormen ansieht. Daraus folgt, dass einleitende Bestimmungen (CC, Nr. 2000-435 DC, 7. Dezember 2000, Kons. 11, *Sfg.* S. 164) oder Ankündigungstexte (CC, Nr. 2001-455 DC, 12. Januar 2002, Kons. 55, *Sfg.* S. 49) nicht als verfassungswidrig angesehen werden können, da sie keine rechtliche Bedeutung haben.

404 Dies könnte nur in einem einzigen Fall anders sein: wenn das Gesetz eine Norm als "Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" bezeichnet. Nur in diesem Fall wäre die so bezeichnete Freiheit von Rechts

enthält, so gibt es auch hier keine Verpflichtung für den Richter, diese Qualifikationen zu übernehmen. Da die Überschriften von Texten und Unterabteilungen normativer Texte keinen rechtlichen Wert haben, sind die in einem Text mit dieser Überschrift genannten Rechte und Freiheiten nicht allein aus diesem Grund Freiheiten, die nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes justiziabel sind. Sie können für den Richter einen Indikator oder einen Anhaltspunkt bei der Identifizierung der Grundfreiheiten darstellen, sind für ihn aber keineswegs verbindlich. Zu den internationalen Instrumenten, die auf die normative Quelle dieser Rechte und Freiheiten verweisen, ist anzumerken, dass sie nur den Ausdruck "Grundrecht" verwenden und keinen rechtlichen Wert oder direkte Wirkung im französischen Recht haben.⁴⁰⁵

100. Welche Bedeutung hat die Verwendung des Begriffs der Grundfreiheit durch die ordentlichen Gerichte in verschiedenen Rechtsstreitigkeiten, u. a. in der Verwaltungspraxis, für den Richter im Verfahren der einstweiligen Verfügung? Auch hier ist zu beachten, dass es aus rechtlicher Sicht keinen Grundsatz gibt, der den Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes dazu verpflichtet, die von den ordentlichen Gerichten verwendeten Qualifikationen zu übernehmen. Einerseits befinden sich die betreffenden Rechtsstreitigkeiten und Verfahren in einer Situation der gegenseitigen Autonomie. Andererseits kann die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte dem Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, der selbst ein ordentlicher Richter ist, rechtlich nicht auferlegt werden. Muss man ein anderes Schicksal für die Verfassungs-, Gemeinschafts- und europäische Gerichtsbarkeit in Betracht ziehen, deren Entscheidungen insbesondere gegenüber dem ordentlichen Richter mit der Autorität der entschiedenen Sache oder sogar mit der Autorität der interpretierten Sache ausgestattet sind?⁴⁰⁶ Die Antwort muss negativ ausfallen, da sich keine dieser beiden Autoritäten auf die Gründe erstreckt, die in einer Entscheidung einer bestimmten Freiheit das Prädikat "grundlegend" verleihen. Unter diesen Umständen verpflichtet die Tatsache, dass eine Norm von einem dieser Gerichte als Grundfreiheit eingestuft wird, den Verwaltungsrichter nicht dazu, sich diese Einstufung bei der Anwendung des *référé-liberté* zu eigen zu machen.⁴⁰⁷ Die Verwendung des Begriffs durch den Verfassungsrat, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hat keine bindende Wirkung auf den Richter des *référé-liberté*.⁴⁰⁸

101. Zuletzt gilt es, die Tragweite der doktrinären und ausländischen Qualifikationen zu bewerten. Zweifellos bieten die Lehre und das vergleichende Recht eine besonders interessante Perspektive, um den Begriff der Grundfreiheit zu beleuchten und zu verstehen.⁴⁰⁹ Allerdings, und so bereichernd sie auch sein mögen, sind diese doktrinären Analysen und ausländischen Erfahrungen für den Richter der einstweiligen Verfügung keineswegs verbindlich, um eine bestimmte Auffassung der Grundfreiheiten festzuhalten. Auch wenn dem Staatsrat die doktrinären Konstrukte nicht gleichgültig sind⁴¹⁰, ist er keinesfalls an die von ihm entwickelten Analysen gebunden. Im Übrigen ist die Tatsache, dass ein Begriff in einem anderen Rechtssystem mit einer bestimmten Bedeutung verwendet wird, für den französischen Richter keineswegs bindend, insbesondere wenn dieser Begriff in der jeweiligen Rechtsordnung unterschiedlich bewertet wird.

So und streng genommen sind die verschiedenen Verwendungen, die die Rechtsakteure im französischen und ausländischen Recht vom Begriff der Grundfreiheit machen, für den Richter für einstweilige Verfügungen keineswegs verbindlich. Eine dritte Anforderung muss hervorgehoben werden, um den Freiheitsspielraum des Interpreten zu bestimmen. Sie besteht in der Verpflichtung des Richters, den Begriff der Grundfreiheit begrifflich zu erfassen.

wegen mit der *référé-liberté* justiziabel.

⁴⁰⁵ Die Amerikanische Menschenrechtskonvention ist für die französischen Behörden hypothetisch nicht relevant. Was die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte betrifft, so stellt sie lediglich eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen dar, die keine Wirkung im innerstaatlichen Recht hat (siehe insbesondere CE, 23. November 1984, *Roujansky, Lebon* S. 383).

⁴⁰⁶ Siehe *infra*, § 190.

⁴⁰⁷ Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Gerichte in Straßburg und Luxemburg nicht befugt sind, die Bestimmungen des nationalen Rechts auszulegen. Daher und unabhängig davon, welchen Ansatz jeder der beiden Gerichtshöfe zum Begriff der Grundfreiheit entwickelt hat, ist keiner von ihnen befugt, dem französischen Richter vorzuschreiben, wie er diesen Ausdruck im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu verstehen hat.

⁴⁰⁸ Daher kann man diese Qualifikationen nicht, wie es einige Autoren tun, auch nicht über Gebühr hervorheben, um die vom Richter des *référé-liberté* gewählten Lösungen zu erklären.

⁴⁰⁹ Rechtswissenschaftliche Analysen bieten ein begriffliches und theoretisches Instrumentarium; Rechtsvergleiche erweisen sich als äußerst nützlich, um die Bedeutung eines in mehreren Rechtssystemen verwendeten Begriffs besser zu verstehen. Wie Jürgen Schwarze feststellt: "Auch in der Praxis der Rechtsentwicklung und der Auslegung von Gesetzen durch den Richter, sowohl im nationalen Recht als auch im internationalen und supranationalen Recht, ist es angebracht, auf rechtsvergleichende Studien zurückzugreifen, wenn es darum geht, terminologische oder begriffliche Unklarheiten zu beseitigen (...)" (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, S. 93).

⁴¹⁰ Siehe "Le Conseil d'Etat et la doctrine. Célébration du 2^{ème} centenaire du Conseil d'Etat", *Journée d'étude du 25 novembre 1996*, RA n° 300, pp. 6-69; G. JEZE, "Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, pp. 347-349.

III. Die Forderung nach konzeptioneller Kohärenz

102. Die Grundfreiheiten wurden vom Gesetzgeber so konzipiert, dass sie eine begriffliche Rechtskategorie bilden. Dies bedeutet, dass bei der Bestimmung der Normen, die für eine Verankerung im Rahmen von Artikel L. 521-2 in Frage kommen, bestimmte Anforderungen, insbesondere in Bezug auf Kohärenz und Konstanz, zu beachten sind.

103. Es ist vorgekommen, dass Autoren die Begriffe Grundrechte oder Grundfreiheiten als *Standards* dargestellt haben. So behauptete Frau Champeil-Desplats, dass in der Verfassungsrechtsprechung "der Begriff des Grundrechts, weil er keine rechtliche Definition hat und sich auf das doppelte Register der Moral und der Rechtsgrundlage bezieht, (...) die Rolle eines rechtlichen "Standards" spielt, d. h. eines flexiblen Begriffs mit unbestimmtem Inhalt, der als Rechtfertigung einer Entscheidung fungiert"⁴¹¹. Weder in der Verfassungsrechtsprechung noch sonst irgendwo kann der Begriff der Grundfreiheit oder des Grundrechts jedoch als Standard angesehen werden.

In der Tat sind Standards - die mit gewissen Nuancen je nach Autor auch als Rahmenbegriffe, unklare Begriffe, flexible Begriffe oder Begriffe mit variablem Inhalt bezeichnet werden - rechtliche Konzepte, deren Anwendung "eine Beurteilung, nicht eine Auslegung" erfordert⁴¹². Diese absichtlich im Vagen belassenen Begriffe "haben die natürliche Bestimmung, unbestimmt und daher immer bestimmbar und neu bestimmbar zu sein", je nach Umständen und Epochen⁴¹³. Der Richter prüft von Fall zu Fall, ob die Gegebenheiten des Einzelfalls in die Rahmenprognose des direktiven Kriteriums passen. Bei ihrer Anwendung ist "die Einschätzung des Richters notwendigerweise schwankend, da ihre Anwendungskriterien nicht vom sozialen Kontext und einer subjektiven Wahrnehmung der Tatsachen getrennt werden können"⁴¹⁴. Daher gilt: "Wenn der Richter aufgefordert wird, diese vagen Begriffe zu präzisieren, lässt er sich von *außerrechtlichen* Erwägungen leiten: Er berücksichtigt die Gebräuche, die Sitten, die sozialen oder wirtschaftlichen Daten, die Umstände..."⁴¹⁵. Die Bedeutung dieser Begriffe "ist beweglich und entwickelt sich insbesondere in Abhängigkeit von räumlichen und zeitlichen Faktoren"⁴¹⁶.

Der Begriff der Grundfreiheit entspricht dieser Definition keineswegs⁴¹⁷. Die intellektuelle Operation, die darin besteht, die Grundfreiheiten zu bestimmen, ist weder eine Frage der Einzelfallbeurteilung noch der rechtlichen Einordnung⁴¹⁸, sondern streng genommen eine Frage der Auslegung. Auch wenn die Bedeutung des Begriffs der Grundfreiheit nicht vorherbestimmt ist und einen relativ offenen Charakter hat, bedeutet dies nicht, dass sie sich in den einzelnen Fällen, die dem Richter vorgelegt werden, ändern kann. Die Bedeutung des Begriffs hängt nicht von den besonderen Umständen des jeweiligen Falles ab. Der Sachverhalt spielt keine Rolle bei der Entscheidung, ob eine Grundfreiheit in einem Rechtsstreit vorliegt oder nicht. Dieser Begriff ist nicht geeignet, in jedem einzelnen Fall neu bewertet zu werden.

104. Der Ausdruck Grundfreiheit entspricht einem abstrakten Rechtsbegriff und, genauer gesagt, einem

411 V. CHAMPEIL-DESPLATS, "La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français", *D.* 1995, S. 328.

412 G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, S. 91.

413 G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1999, Nr. 188. Als Standards gelten zum Beispiel: die öffentliche Ordnung, die guten Sitten, das Interesse des Kindes, das allgemeine Interesse, der gute Vater der Familie, der Fehler, die Nachlässigkeit, der normale, außergewöhnliche, besondere Charakter einer Situation. Par sa structure, "le standard juridique est un pur instrument de mesure des comportements et des situations en terme de normalité" (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, S. 61).

414 J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, S. 118.

415 V. FORTIER, "La fonction normative des notions floues", *RRJ* 1991/3, S. 759. Nicht unterstrichen.

416 V. FORTIER, a. o., S. 756.

417 Wenn es in der Formulierung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes Standards gibt, dann nicht im Begriff der Grundfreiheit, sondern in den Ausdrücken "dringend", "schwerwiegend" und "offenkundig".

418 Die Qualifikation setzt notwendigerweise eine zu qualifizierende Sachlage voraus. Siehe D. LABETOULLE, "La qualification et le juge administratif: quelques remarques", *Droits* 1993/18, S. 31: "Pour le juge administratif, la qualification juridique peut être définie (...) comme la démarche consistant à rapprocher une donnée *factuelle* (simple ou complexe) d'une notion juridique préexistante, à rechercher dans quelle mesure cette donnée entre dans le champ d'application de cette notion et à tirer les premières conséquences de cette identification" (ohne Unterstreichung).

begrifflichen Begriff⁴¹⁹. Er stellt eine rechtliche Kategorie dar, die nur begrifflich ist und sein kann⁴²⁰. Nach der Definition von Doyen Vedel können begriffliche Begriffe "nach den üblichen logischen Kriterien eine vollständige Definition erhalten, und ihr Inhalt ist ein für alle Mal abstrakt festgelegt. Zweifellos sind sie nicht unveränderlich, aber die Bereicherungen oder Streichungen, die sie erfahren können, sind auf die Entwicklung der Daten zurückzuführen, auf die man sie anwendet, und nicht auf ihre Natur selbst"⁴²¹. Im Gegensatz zu funktionalen Begriffen⁴²², "Die Verwendung dieser Begriffe hängt von ihrem Inhalt ab; der Inhalt hängt nicht von der Verwendung ab"⁴²³. Daher sind begriffliche Begriffe "geeignet, eine abstrakte Definition *a priori* zu erhalten, die von den konkreten Situationen, die sie abdecken, unabhängig ist".⁴²⁴

Diese Natur bedeutet für den Verwaltungsrichter eine Reihe von Einschränkungen bei der Bestimmung der Grundfreiheiten. Die als solche bezeichneten Normen müssen alle die gleichen Attribute aufweisen und eine echte begriffliche Kohärenz aufweisen. Der Richter kann nämlich nicht unähnliche Dinge in einer begrifflichen Kategorie zusammenfassen. Ihre Merkmale müssen konstant sein; sie dürfen nicht von einer Grundfreiheit zur anderen variieren und somit von einer Rechtsprechungspolitik abhängen, die einen Teil Willkür und Subjektivität beinhaltet. Wenn man bestimmte Dinge fühlen kann, muss das Recht verstanden werden. Laut Jean Dabin sind "Regeln, die aufgrund der Unsicherheit der Definition - insbesondere im Bereich der qualitativen Werte - zu stark an die Ermessensbefugnis der rechtsanwendenden Organe appellieren würden, nicht ohne Gefahr: Die Intelligenz, die von den Kategorien geleitet und sogar, wenn man will, gezügelt wird, läuft weniger Gefahr, sich zu verirren, als das Urteil, das immer mehr oder weniger subjektiv ist (...)"⁴²⁵. Es geht um die Kohärenz und Berechenbarkeit des Rechts. Die Grundfreiheiten müssen daher besondere Merkmale aufweisen, die sie von der Masse der anderen Normen abheben⁴²⁶. Diese Merkmale müssen konstant sein, sich in allen Normen wiederfinden, die in die Kategorie der Grundfreiheiten fallen, und in den Normen, die von dieser Kategorie ausgeschlossen sind, ganz oder teilweise fehlen.

IV. Eine unterschiedliche Bedeutung von verwandten Begriffen

105. Eine vierte und letzte Gruppe von Einschränkungen muss hervorgehoben werden. Sie betrifft die Art und Weise, wie sich der Begriff der Grundfreiheit in die Nachbarschaftsgemeinschaft einfügen muss, zu der er gehört.

Wie Professor Cornu gezeigt hat, funktioniert die Sprache des Rechts nach dem Prinzip der Wortökonomie. Während die Anzahl der sprachlichen Zeichen begrenzt ist, sind die zu benennenden Phänomene, Dinge oder Ideen unendlich und entwickeln sich ständig weiter⁴²⁷. Daher verwendet die Rechtssprache niemals zwei Ausdrücke, um ein und dasselbe Objekt zu bezeichnen⁴²⁸. Der Rechtswortschatz verschwendet keine

419 Einige sogenannte "primäre" oder "vulgäre" Begriffe wie Tier, Geburt oder Tod sind die Darstellung einer außerrechtlichen Realität. Andere, sogenannte "reflexive" oder konstruierte Begriffe wie der Staat, die Haftung oder der Vertrag sind spezifisch juristisch und werden oft besonders als "Begriffe" bezeichnet (siehe C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale du droit et à la philosophie du droit*, 6^{ème} éd., Delachaux & Niestlé, 1979, Nr. 183). Der Begriff der Grundfreiheit fällt in die zweite Kategorie, die der begrifflichen Begriffe.

420 Wie Marcel Waline feststellte, "können die rechtlichen Kategorien selbst nur Konzepte sein. Eine rein funktionale Rechtskategorie kann nicht gerechtfertigt werden. Elle n'est plus qu'un mot (...) si elle est sans définition aucune" (M. WALINE, "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. 1, Bruylant Sirey, 1963, S. 367).

421 G. VEDEL, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *JCP G* 1950, I, 851, §4.

422 Funktionale Begriffe zeichnen sich durch die Funktion aus, die sie erfüllen, und die allein ihnen eine echte Einheit verleiht (vgl. G. VEDEL, *a.a.O.*, §4).

423 G. VEDEL, *a.a.O.*, §4.

424 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs politique, 1998, S. 132. Siehe auch M.-T. CALAIS-AULOY, "Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles)", *LPA* 9. August 1999, Nr. 157, S. 4-6.

425 J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, S. 280.

426 Wenn es nichts gibt, was die Grundfreiheiten von anderen Normen unterscheidet, würden sie keine Rechtskategorie bilden. Vgl. J. RIVERO, "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, S. 23-40. Der Autor lehnte es ab, in den Menschenrechten eine rechtliche Kategorie zu sehen, mit der Begründung, dass nichts die so bezeichneten Rechte von der "Herde aller Rechte, die das Gesetz anerkennt und organisiert" unterscheidet (*a. a. O.*, S. 27).

427 Wie M. Cornu bemerkt: "In der Sprache des Rechts wie in der Alltagssprache, aber zweifellos noch mehr, ist die Zahl der Bezeichneten unermesslich höher als die der Bedeutenden. Die juristischen Begriffe sind viel zahlreicher als die Wörter, mit denen sie benannt werden. Die Summe der sprachlichen Träger ist sehr viel geringer als die der juristischen Kategorien" (G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, S. 103).

428 "Es ist außergewöhnlich, dass (...) zwei Homonyme zum Rechtswortschatz gehören" (*a. a. O.*, S. 137). Im

verfügbaren Wörter; er hält nie zwei Bedeutungen fest, um ein und dieselbe Sache zu bezeichnen. Daraus lässt sich für den Begriff der Grundfreiheit ableiten, dass er eine andere Bedeutung hat als die verwandten Begriffe⁴²⁹. Die Parlamentarier haben dies im Laufe der Debatten auch betont und damit gezeigt, dass es Nuancen und Unterschiede zwischen den verschiedenen Ausdrücken gibt.⁴³⁰

106. Wenn Begriffe nicht absolut identisch sein können, können sie eine ähnliche Bedeutung haben. Es ist dann möglich, diese verwandten Begriffe in einer Nachbarschaftsgemeinschaft zusammenzufassen, um ihre Unterschiede herauszustellen und die besondere Realität zu betonen, der jeder von ihnen entspricht. Die Nachbarschaftsgemeinschaft, um die es hier geht, entspricht der Idee der *Freiheiten*, wie sie uns unsere rechtliche und politische Geschichte hinterlassen hat, der Idee, dass Einzelpersonen durch das positive Recht wesentliche Vorrechte zuerkannt werden, die der öffentlichen Gewalt entgegengehalten werden können und vor Eingriffen der Macht bewahrt werden müssen. Innerhalb dieser Nachbarschaftsgemeinschaft existieren mehrere Begriffe nebeneinander, ohne dass die jeweilige Bedeutung der einzelnen Begriffe immer klar unterschieden wird⁴³¹. Die verschiedenen Begriffe bezeichnen meist dieselben Normen, betrachten diese aber nicht aus demselben Blickwinkel. Sie decken oft dieselben Rechte und Freiheiten ab, betrachten sie aber aus unterschiedlichen Perspektiven. In Frankreich gibt es vier Begriffe, die dem Begriff der Grundfreiheit nahe kommen⁴³². Die beiden klassischerweise am häufigsten verwendeten Begriffe sind die öffentlichen Freiheiten und die Menschenrechte. Zwei Begriffe aus dieser Nachbarschaftsgemeinschaft - Grundfreiheiten und individuelle Rechte und Freiheiten - werden weniger häufig verwendet. Die Begriffe Menschenrechte und individuelle Rechte und Freiheiten betonen den Nutznießer der Norm; der Begriff der öffentlichen Freiheit hebt die vertikale Dimension der Norm hervor; der Begriff der wesentlichen Freiheit konzentriert sich auf die Bedeutung der Norm.

A. Menschenrechte und individuelle Rechte und Freiheiten

107. Eine erste Kategorie von Ausdrücken, die die Begriffe Menschenrechte, individuelle Freiheit und individuelles Recht zusammenfasst, legt den Schwerpunkt auf den Nutznießer des jeweiligen Rechts oder der jeweiligen Freiheit.

108. Viele Autoren charakterisieren die Menschenrechte durch den - außerrechtlichen - Ursprung, den sie angeblich haben. Für jusnaturalistische Autoren ist der extra-positive Charakter der Menschenrechte ein Vektor der Verrechtlichung. Nach diesen Autoren geht die Existenz dieser Rechte über ihre Anerkennung durch die Texte hinaus; durch das Naturrecht und dank des Naturrechts erlangen die Menschenrechte Zugang zum positiven Recht⁴³³. Juspositivistische Autoren sind ebenfalls der Ansicht, dass die Menschenrechte außerhalb des

Gegenteil: "Die Bedeutung der Polysemie innerhalb des juristischen Wortschatzes ist von entscheidender Bedeutung" (a. a. O., S. 93). Nach Schätzungen des Autors macht sie mehr als zwei Drittel aller juristischen Begriffe aus. Die Rechtssprache verwendet mehrmals dasselbe Wort, um unterschiedliche Dinge zu bezeichnen. Siehe in diesem Sinne: J.-L. SOURIOUX und P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975, Spez. S. 96.

⁴²⁹ Diese werden im Hinblick auf das zuvor Gesagte als Normen verstanden, die Personen wesentliche Rechte verleihen, die der öffentlichen Gewalt als Konkretisierung der Freiheit entgegengehalten werden können.

⁴³⁰ Siehe *oben*, §76.

⁴³¹ Wie M. Martin feststellte, leidet der Begriff der Grundfreiheit "unter seiner Nähe zu den Grundrechten, den Grundprinzipien und den verfassungsrechtlich geschützten Rechten. Ces notions voisines se juxtaposent en partie et la science juridique n'a pas encore opéré entre elles un tri rigoureux" (R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, S. 1113).

⁴³² Und von Grundrecht, das aufgrund des gemeinsamen Adjektivs "fundamental" meist als Synonym für Grundfreiheit verstanden wird.

⁴³³ So stammen die Menschenrechte laut Blandine Barret-Kriegel "keineswegs aus dem subjektiven Idealismus und dem juristischen Voluntarismus (...), sondern aus den Werken des modernen Rechts, die den Bezug auf das Naturrecht aufrechterhalten (...)" (B. BARRET-KRIEGEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, S. 98). Auch für Yves Madiot sind die Menschenrechte "subjektive Rechte, die in der Rechtsordnung die natürlichen Gerechtigkeitsprinzipien umsetzen, die die Würde der menschlichen Person begründen" (Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Masson, 1991, S. 26; die Definition wurde vom Autor in *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, S. 10 übernommen). Unter den jusnaturalistischen Autoren ist die besondere Position von Michel Villey zu erwähnen, der die Existenz von Menschenrechten mit der Begründung ablehnt, dass die als solche bezeichneten Rechte keine rechtliche Konsistenz haben und daher nicht der Bedeutung des Wortes "Recht" entsprechen, wie es uns von den Römern überliefert wurde. Der Ausdruck Menschenrechte wäre in diesem Sinne schlecht begründet (M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Coll. Questions, 1990, 169 S.).

positiven Rechts liegen⁴³⁴. Im Gegensatz zur vorherigen Strömung sind sie der Ansicht, dass dieser Umstand ein Hindernis dafür ist, dass diese Ansprüche rechtliche Wirksamkeit erlangen. Auf rein moralische Prinzipien reduziert, sind die Menschenrechte für diese Autoren ohne jede rechtliche Bedeutung.⁴³⁵

Dennoch ist nicht nachvollziehbar, aus welchen tieferen Gründen den als "Menschenrechte" bezeichneten Normen die Eigenschaft einer Rechtsregel abgesprochen werden sollte. Die beiden Argumente, die von juspositivistischen Autoren vorgebracht werden, um diesen Rechten den Rechtscharakter abzuspochen, halten einer Analyse nicht stand. Zunächst wird behauptet, dass der Ausdruck im politischen und philosophischen Diskurs verwendet wird, um einen moralischen Anspruch zu bezeichnen oder die Zuerkennung eines Rechts zu beanspruchen. Diese Behauptung entspricht zweifellos einer Realität. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern die Verwendung eines Rechtsbegriffs außerhalb des streng juristischen Bereichs dazu führen sollte, dass dieser seine Rechtsfähigkeit verliert. Ein Begriff verliert seinen rechtlichen Charakter nicht allein aus dem Grund, dass er von nicht-juristischen Akteuren verwendet wird. Die Ausdrücke Grundfreiheiten oder öffentliche Freiheiten werden häufig auf diese Weise verwendet, ohne dass jemand allein aus diesem Grund daran denkt, ihre Positivität in Frage zu stellen. Zweitens verweist der Begriff auf das Naturrecht unter Ausschluss jeglicher positiver Normen. Es stimmt, dass der Begriff ursprünglich aus einer transzendentalen Perspektive verwendet wurde. Durch die Berufung auf höhere Prinzipien sollte der Absolutismus der Macht eingeschränkt werden, indem ein immanentes Recht, das sich aus moralischen Prinzipien ableitet, über den Staat gestellt wurde. Es ist möglich, dass eine solche Darstellung in der Vergangenheit rechtsphilosophisch interessant war, da sie es ermöglichte, den politischen Absolutismus aus der Perspektive der Moral und später der universellen Vernunft zu kritisieren. Heute jedoch sind die Menschenrechte in Texten niedergelegt, deren Rechtsgültigkeit nicht in Frage gestellt werden kann, und stellen daher eigenständige Rechtsnormen dar. Dies gilt zunächst einmal für Texte, die nicht den geringsten Hinweis auf das Naturrecht enthalten, wie die Europäische *Menschenrechtskonvention*. Dies gilt ebenso für die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, trotz der sehr expliziten Verweise auf die Naturrechtslehre⁴³⁶. Wie Yann Aguila feststellte, hat dieser Text "den Charakter einer echten *Entscheidung* und gehört daher zum positiven Recht und nicht zum Naturrecht"⁴³⁷. Die Rechte und Freiheiten, die von den Menschen von 1789 als "natürliche" Rechte bezeichnet wurden, stellen heute Normen des positiven Rechts dar. Wie Professor Wachsmann feststellte: "Das sogenannte Naturrecht geht im positiven Recht auf, in einer konstituierenden Äußerung, die ihm seine einzige rechtliche Realität verleiht"⁴³⁸. Dass ein Recht oder eine Freiheit in einem normativen Text als "natürlich" bezeichnet wird, hat keinen Einfluss auf seinen rechtlichen Wert. Der eminent rechtliche Charakter der

434 Für Pierre Bon sind "die Menschenrechte die Rechte des Individuums, das in seinem abstrakten universellen Wesen erfasst wird, sie werden als vor und über dem positiven Recht stehend konzipiert, um der Maßstab für dessen Gültigkeit und die Grenze zu sein, die der legitimen Macht des Staates gesetzt wird" (P. BON, "Droits de l'homme", in *Dictionnaire constitutionnel* (Y. MENY und O. DUHAMEL Hrsg.), PUF, 1992). Für Rivero und Moutouh gehört "der Begriff "Menschenrechte" (...) zur Konzeption des Naturrechts. Nach dieser Auffassung besitzt der Mensch, weil er Mensch ist, eine Reihe von Rechten, die seiner Natur innewohnen und die man nicht missachten kann, ohne diese Natur zu verletzen" (J. RIVERO und H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, Nr. 10). Die Menschenrechte werden als "politische und moralische Forderungen dargestellt, die mehr oder weniger vom politischen Liberalismus und seinen Erweiterungen inspiriert sind und außerhalb eines rein rechtlichen Kontexts betrachtet werden" (L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 87). Ces droits "relèvent en vérité davantage de l'ordre de l'idéologie ou du discours que du droit (...)" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, S. 1564).

435 Wie M. Ollero-Tassara betonte, "leugnet man häufig den rechtlichen Charakter der *Menschenrechte*, um ihnen nur eine "moralische" Tragweite zuzugestehen" (A. OLLERO-TASSARA, *Droit "positif" et droits de l'homme*, Editions Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 1997, S. 75. Unterstrichen).

436 Die Erklärung bezieht sich bereits in der Präambel ausdrücklich auf das Naturrecht: "Die Vertreter des französischen Volkes (...) haben beschlossen, in einer feierlichen Erklärung die natürlichen, unveräußerlichen und heiligen Rechte des Menschen (...) darzulegen". Auch in einigen Artikeln der Erklärung wird auf das Naturrecht Bezug genommen: Artikel 2 erwähnt die "natürlichen und unverjährbaren Rechte des Menschen", Artikel 4 "die Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen".

437 Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, S. 39. Unterstrichen.

438 P. WACHSMANN, "Déclaration ou constitution des droits?", in *1789 et l'invention de la Constitution* (M. TROPER und L. JAUME Hrsg.), Kolloquium vom 2., 3. und 4. März 1989, LGDJ Bruylant, 1994, S. 50. Es ist wohl Artikel 2 der Erklärung, der am deutlichsten den eminent rechtlichen - und gleichzeitig begrenzenden - Charakter der als natürlich dargestellten Rechte markiert. Der Tribut, der dem Naturrecht durch diese Bestimmung gezollt wird, "verbirgt seine vollständige Einbettung in das positive Recht. Der Bruch, der die beiden Sätze des Artikels trennt, ist irreparabel und besiegelt das Ende des Naturrechts: "Das Ziel jeder politischen Vereinigung ist die Erhaltung der natürlichen und unverjährbaren Rechte des Menschen. Diese Rechte sind: Freiheit, Eigentum, Sicherheit und Widerstand gegen Unterdrückung". "*Diese Rechte sind*": Die Aufzählung ist abgeschlossen, die Dynamik des Naturrechts ist gebrochen, die es jedem, oder vielmehr jedem aufgeklärten Geist, ermöglichte, zu seinem eigenen Vorteil wie auch im Interesse der Allgemeinheit die aus der menschlichen Natur hervorgehenden Grundsätze und Rechte zu entdecken. Die Brutalität eines Textes, der an die Spitze der positiven Rechtsordnung gestellt wurde, weist auf die Zwänge dieser neuen Ordnung hin: Die sogenannten natürlichen Rechte sind die - und nur die -, die in der Erklärung aufgeführt werden. Die Rechtsordnung ist allein Herr darüber, welche Rechte sie festschreibt" (a. a. O., S. 48. Hervorhebung hinzugefügt).

Menschenrechte wurde 1958 bestätigt, als der Verfassungsgeber in der Präambel der Verfassung feierlich seine Verbundenheit mit den Menschenrechten bekräftigte. Der Verfassungsrat zog 1971 die Konsequenzen daraus, indem er der Erklärung von 1789 vollen Rechtswert zusprach⁴³⁹. Um die Positivität von Menschenrechten zu bestimmen, zählt nur die Tatsache, dass sie von einer normativen Autorität ausgesprochen und in einem Text mit authentischem Rechtscharakter verankert sind. Somit sind die Menschenrechte, die insbesondere in der Erklärung von 1789 und in der Europäischen Konvention niedergelegt sind, Regeln des positiven Rechts. Das Kriterium, das vorgibt, die Menschenrechte durch ihre fehlende Rechtsgültigkeit oder ein angeblich jusnaturalistisches Wesen zu charakterisieren, muss daher verworfen werden.

In Wirklichkeit liegt das wichtigste und vorherrschende Merkmal der Menschenrechte in dem Rechtssubjekt, dem sie zuerkannt werden, nämlich dem Menschen⁴⁴⁰. Das Hauptmerkmal der Menschenrechte besteht darin, dass sie allen Menschen zugesprochen werden, aber nur den Menschen. Einerseits werden diese Rechte jedem Menschen, der sich auf dem Staatsgebiet aufhält, verliehen, d. h. dem Menschen in seinem universellen Wesen, ohne Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern oder zwischen legalen und illegalen Ausländern. Andererseits sind diese Rechte an die menschliche Person gebunden; sie werden nur natürlichen Personen zuerkannt und können per se nicht von juristischen Personen geltend gemacht werden. Ein Recht, das einer juristischen Person zugute kommt, ist kein Menschenrecht. Wenn bestimmte Rechte, wie das Eigentumsrecht, später auf juristische Personen ausgedehnt wurden, dann nicht in ihrer Eigenschaft als Menschenrechte.

109. Dasselbe Kriterium kennzeichnet die Begriffe individuelle Freiheiten und individuelle Rechte, die manchmal vom Gesetzgeber und von den Gerichten verwendet werden.

Im Streitfall der nicht freiwilligen Einweisung bestimmt Artikel L. 3211-3 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit: "Wenn eine Person mit psychischen Störungen ohne ihre Zustimmung in ein Krankenhaus eingewiesen wird, müssen die Einschränkungen der Ausübung ihrer persönlichen Freiheiten auf diejenigen beschränkt werden, die aufgrund ihres Gesundheitszustands und der Durchführung ihrer Behandlung erforderlich sind". Der Begriff der persönlichen Freiheit wird auch im Gesetz vom 2. März 1982 neben dem Begriff der öffentlichen Freiheit verwendet, um den Anwendungsbereich des *Déféré-liberté* zu bestimmen.⁴⁴¹

In der Praxis werden diese Begriffe am häufigsten von den Gerichten verwendet, in der Regel in Fällen, in denen ein Konflikt zwischen den Rechten und Freiheiten einer Person einerseits und einem Grund des allgemeinen Interesses, des kollektiven Interesses oder eines anderen Interesses, das zur Rechtfertigung einer Einschränkung dieser Rechte und Freiheiten vorgebracht wird, andererseits besteht. Der Gerichtshof von Straßburg hat beispielsweise festgestellt, dass "dem System der Konvention eine gewisse Form des Ausgleichs zwischen den Erfordernissen der Verteidigung der demokratischen Gesellschaft und denen des Schutzes der individuellen Rechte innewohnt"⁴⁴². Ebenso bestätigte der Verfassungsrat, dass der Verfassungsgesetzgeber durch den Ausschluss von Einzelakten aus dem Bereich des lokalen Referendums "sowohl aufgrund der besonderen Regelung solcher Akte als auch aufgrund des Risikos von Beeinträchtigungen der individuellen Rechte, die ihre Annahme durch ein Referendum mit sich bringen könnte, die Grenzen der durch die Verfassung verliehenen Ermächtigung nicht verkannt hat"⁴⁴³. In einem Urteil aus dem Jahr 1950 erklärte der Staatsrat bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses des *Ordre des experts-comptables*, der seinen Mitgliedern untersagte, bei Beschwerden oder Schritten in Bezug auf berufliche Sachverhalte über die Presse zu intervenieren, dass die Befugnisse der Berufsverbände "eine Grenze in den individuellen Freiheiten finden, die den Mitgliedern des Verbands wie der Allgemeinheit der Bürger zustehen". Er erklärt die strittigen Maßnahmen mit der Begründung für nichtig, dass sie die Grenzen der Erschwernisse überschritten haben, die der Oberste Rat des Ordens rechtmäßig auferlegen kann⁴⁴⁴. In der Entscheidung *Sieur Verlbac* aus dem Jahr 1948 hatte der Staatsrat über einen Stadterlass zu entscheiden, der durch verschiedene ordnungspolitische Maßnahmen die Unterbringung von Obdachlosen fördern sollte. Der Verwaltungsrichter stellt fest, "dass es den mit dieser Polizei beauftragten Behörden oblag, in dieser Angelegenheit gemäß den allgemeinen Grundsätzen das Interesse an der guten Ordnung

⁴³⁹ CC, Nr. 71-44 DC, 16. Juli 1971, *Sfg.* S. 29, *GDCC* Nr. 19.

⁴⁴⁰ Laut M. Peces-Barba Martínez "sind das Subjekt und sein Schutz sowohl der zentrale Kern, der für das Verständnis des Problems unerlässlich ist, als auch das letzte einigende Element, das mit allen Begriffen, die als Synonyme für Menschenrechte verwendet werden, in Verbindung steht" (G. PECES-BARBA MARTINEZ, a. a. O., S. 22).

⁴⁴¹ Das Gesetz spricht von "Handlungen, die die Ausübung einer öffentlichen oder individuellen Freiheit gefährden können". Bei seiner Anwendung unterscheidet der Verwaltungsrichter nicht zwischen öffentlichen Freiheiten auf der einen und individuellen Freiheiten auf der anderen Seite.

⁴⁴² EGMR, 6. September 1976, *Klass gegen Bundesrepublik Deutschland*, § 59, A28.

⁴⁴³ CC, Nr. 2003-482 DC, 30. Juli 2003, *Kons. 7*, *Sfg.* S. 414. Siehe auch CC, Nr. 94-352 DC, 18. Januar 1995, *Kons. 3*, *Sfg.* 1995, 140, unter Bezugnahme auf den Begriff "individuelle Freiheiten", um die Freiheit, zu kommen und zu gehen, die persönliche Freiheit und die Unverletzlichkeit der Wohnung zu bezeichnen.

⁴⁴⁴ CE, Ass., 29. Juli 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat*, *Lebon* S. 492, *GAJA* Nr. 69.

mit der Achtung der individuellen Freiheiten zu vereinbaren"⁴⁴⁵. In ähnlicher Weise verwenden Richter diesen Ausdruck, wenn sie Entscheidungen von Arbeitgebern, die die persönlichen Rechte und Freiheiten ihrer Arbeitnehmer übermäßig einschränken, zensieren. So bezeichnete ein Berufungsgericht das Recht auf Heirat als "individuelles Recht" und zensierte eine Klausel in einem Arbeitsvertrag, die Flugbegleitern die Heirat untersagte⁴⁴⁶. Ebenfalls im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern sanktioniert der Verwaltungsrichter Maßnahmen, mit denen sich ein Unternehmen das Recht vorbehält, die Umkleieräume des Personals jederzeit zu öffnen⁴⁴⁷. Es zeigt sich also, dass der Rückgriff auf die Ausdrücke individuelle Rechte oder individuelle Freiheiten meist einen Konflikt und einen Ausgleich zwischen den Rechten und Freiheiten, die dem Einzelnen zuerkannt werden, und einem Grund, der darauf abzielt, ihre Ausübung zu beschränken, ausdrückt. Sie betreffen das Individuum und seine Intimsphäre und werden durch den Bezug auf den Begünstigten definiert. Der Begriff der öffentlichen Freiheit betont die vertikale Dimension der Freiheit.

B. Öffentliche Freiheiten

110. Der Begriff der öffentlichen Freiheit wird in einigen ausländischen Verfassungen verwendet, insbesondere in Spanien und Griechenland⁴⁴⁸. Jedoch "ist es zweifellos Frankreich, wo er begrifflich und rechtlich einen nicht nur herausragenden, sondern lange Zeit exklusiven Platz eingenommen hat"⁴⁴⁹. Der Ausdruck erschien zunächst im Singular in einigen Verfassungstexten aus der revolutionären und postrevolutionären Zeit⁴⁵⁰. In der Verfassung vom 14. Januar 1852 wurde er im Plural übernommen, da der Senat in Artikel 25 als "Hüter des Grundpakts und der öffentlichen Freiheiten" bezeichnet wird. In der Verfassung von 1946 heißt es in Artikel 72: "In den Überseegebieten liegt die gesetzgebende Gewalt in Bezug auf die Strafgesetzgebung, das System der öffentlichen Freiheiten und die politische und administrative Organisation beim Parlament". Die Regierung wird den Staatsrat bitten, bei der Anwendung dieser Bestimmung den Inhalt des Begriffs öffentliche Freiheiten zu präzisieren. In seiner Stellungnahme vom 13. August 1947 erklärte der Staatsrat: "Der Begriff der öffentlichen Freiheiten umfasst, unabhängig von der individuellen Freiheit, die großen Freiheiten, die nicht auf das Individuum allein beschränkt sind, sich nach außen manifestieren und das Handeln von Mitwirkenden oder den Appell an die Öffentlichkeit beinhalten: Folglich gehören zu dieser Kategorie der öffentlichen Freiheiten insbesondere die Versammlungsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit und mit ihr die Gewerkschaftsfreiheit, die Pressefreiheit und ganz allgemein die Freiheit der Gedankenverbreitung, die Gewissensfreiheit und die Religionsfreiheit sowie die Freiheit des Unterrichts"⁴⁵¹. Durch ihre Praxis wird die Vierte Republik den Bereich der öffentlichen Freiheiten "zu einer Art republikanischer Bastion machen, die der Herrschaft der Verordnungsgewalt entgeht und der alleinigen Zuständigkeit der souveränen Legislative vorbehalten ist"⁴⁵². Auch wenn die Stellungnahme des Staatsrats vom 6. Februar 1953 in dieser Hinsicht nicht explizit ist⁴⁵³, enthalten die verschiedenen Gesetze, die der Exekutive Befugnisse in verschiedenen

445 CE, 6. Februar 1948, *Sieur Verlbicac, Lebon*, S. 63.

446 CA Paris, 30. April 1963, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, S. 428-430, Anm. A. ROUAST.

447 CE, 12. Juni 1987, *Société Gantois, Lebon* S. 208. Die Betriebsordnung eines Unternehmens sah vor, dass sich die Geschäftsleitung das Recht vorbehielt, die jedem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellten individuellen Umkleieräume oder Schränke jederzeit öffnen zu lassen. Der Staatsrat stellt fest, dass diese Bestimmung "den Umfang der Einschränkungen überschreitet, die der Arbeitgeber rechtmäßig an den Rechten der Personen und den individuellen Freiheiten vornehmen kann, um die Hygiene und die Sicherheit im Unternehmen zu gewährleisten".

448 Siehe *oben*, § 65 und § 68.

449 L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 57.

450 In der Verfassung vom 24. Juni 1793 heißt es in Artikel 9: "Das Gesetz muss die öffentliche und individuelle Freiheit gegen die Unterdrückung durch die Regierenden schützen". Die Charta vom 4. Juni 1814 verkündet in ihrer Begründung: "Wenn die Gewalt der Schwäche der Regierung Zugeständnisse abringt, ist die öffentliche Freiheit nicht weniger in Gefahr als der Thron selbst". Der Begriff *liberté publique* wird auch in der Präambel der Zusatzakte zu den Reichsverfassungen vom 22. April 1815 im Singular verwendet.

451 EG, Stellungnahme, 13. August 1947, *EDCE* 1956, S. 64. Bei der Lektüre dieser Stellungnahme können zwei Bemerkungen gemacht werden. Zum einen bedeutet das Adjektiv "öffentlich" negativ, dass diese Freiheiten nicht auf das Individuum allein beschränkt sind, und positiv, dass sie sich nach außen manifestieren und das Handeln von Mitstreitern oder den Appell an die Öffentlichkeit beinhalten. Andererseits umfasst die vom Staatsrat erstellte indikative Liste Freiheiten, die aus der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (z. B. Gewissensfreiheit), der Präambel der Verfassung von 1946 (z. B. Vereinigungsfreiheit) und dem Gesetz (z. B. Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) abgeleitet sind.

452 C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 1989, S. 21.

453 Als der Staatsrat im Zusammenhang mit Gesetzesdekreten über den Umfang der Delegation von Gesetzen entscheiden musste, stellte er fest, "dass bestimmte Angelegenheiten dem Gesetz vorbehalten sind, entweder aufgrund der Bestimmungen der Verfassung oder aufgrund der republikanischen Verfassungstradition, die sich insbesondere aus der Präambel der Verfassung und der Erklärung der Menschenrechte von 1789 ergibt, deren Grundsätze in der Präambel erneut bekräftigt wurden; que le législateur ne peut, dès lors, ne étend à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire" (CE,

Bereichen zuweisen, häufig den Vorbehalt "ohne dass die dem Gesetz vorbehaltenen Angelegenheiten (...) oder der Schutz des Eigentums und der öffentlichen Freiheiten beeinträchtigt werden können"⁴⁵⁴. Die Lösung, die dem Parlament den Bereich der öffentlichen Freiheiten vorbehält, findet sich in der V^e Republik in Artikel 34 der Verfassung vom 4. Oktober 1958. Darüber hinaus wurden nach der Verfassungsänderung vom 28. März 2003 mehrere Verweise auf die öffentlichen Freiheiten hinzugefügt⁴⁵⁵. Der Begriff wird auch im Gesetz vom 11. Juli 1979 (und im Gesetz vom 12. April 2000, das darauf verweist) verwendet, das die Begründung von Einzelentscheidungen vorschreibt, die "die Ausübung der öffentlichen Freiheiten" einschränken. Die Umsetzung dieser Bestimmungen setzt voraus, dass der Richter die Normen identifiziert, die dem Begriff der öffentlichen Freiheiten entsprechen. Als solche wurden im Sinne des Gesetzes vom 11. Juli 1979 insbesondere angesehen: die Handels- und Gewerbefreiheit⁴⁵⁶, das Recht des Eigentümers, über sein Eigentum zu verfügen⁴⁵⁷ oder auch das Recht, während der Schulpflicht eine Schulausbildung zu erhalten⁴⁵⁸. Für die Anwendung von Artikel 34 der Verfassung wurden die Kommunikationsfreiheit⁴⁵⁹, das Recht, vor Gericht zu klagen⁴⁶⁰ oder in jüngerer Zeit das Recht auf Zugang zu Verwaltungsdokumenten⁴⁶¹ und der freie Zugang der Bürger zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit, die keiner gesetzlichen Beschränkung unterliegt, als öffentliche Freiheiten bezeichnet.⁴⁶²

Was ist das gemeinsame Merkmal all dieser Freiheiten? Zunächst müssen zwei Kriterien ausgeschlossen werden. Das erste Kriterium beruht auf den Nutznießern der öffentlichen Freiheiten. Es wurde manchmal behauptet, dass nur natürliche Personen unter Ausschluss von juristischen Personen Nutznießer der öffentlichen Freiheiten sein können. Dieses Kriterium ist im positiven Recht nicht relevant, da sowohl privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen juristischen Personen der Vorteil der öffentlichen Freiheiten zuerkannt wird⁴⁶³. Das zweite mögliche Kriterium ist der normative Rang, den diese Freiheiten einnehmen. In diesem Punkt herrscht in der Lehre die größte Verwirrung, da fast alle Hypothesen vertreten werden. Je nach Autor befinden sich die bürgerlichen Freiheiten auf einer verfassungsrechtlichen Ebene⁴⁶⁴, auf einer supralegislativen Ebene⁴⁶⁵, auf der

avis, 6 février 1953, *RD* 1953, S. 170-171. Siehe auch Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2002, avis n° 2, S. 75-80).

454 Siehe C.-A. COLLIARD, a. a. O., S. 21.

455 Nach Art. 72 Abs. 4 ist die Möglichkeit, dass eine Gebietskörperschaft ermächtigt wird, vorübergehend von den Gesetzen und Verordnungen abzuweichen, die die Ausübung ihrer Zuständigkeiten regeln, ausgeschlossen, "wenn die wesentlichen Bedingungen für die Ausübung einer öffentlichen Freiheit oder eines verfassungsmäßig garantierten Rechts in Frage stehen". Art. 73 Abs. 4 sieht vor, dass in den überseeischen Departements und Regionen die Möglichkeiten zur Anpassung des vom Parlament verabschiedeten Gesetzes insbesondere in Bezug auf "die Garantien der öffentlichen Freiheiten" ausgeschlossen sind. Sein sechster Absatz sieht vor, dass die in den Absätzen 2 und 3 vorgesehenen Ermächtigungen nicht greifen dürfen, "wenn die wesentlichen Bedingungen für die Ausübung einer öffentlichen Freiheit oder eines verfassungsmäßig garantierten Rechts in Frage gestellt werden". Schließlich bestimmt Artikel 74, dass die überseeische Gebietskörperschaft unter der Kontrolle des Staates an der Ausübung der Zuständigkeiten, die dieser behält, teilnehmen kann, "unter Wahrung der Garantien, die im gesamten Staatsgebiet für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten gewährt werden".

456 CE, 17. Juni 1985, *Dauberville*, *Lebon* S. 184.

457 CE, 23. Oktober 1996, *Le Pelletier de Rosambo*, *Lebon* T., S. 681.

458 CE, Sect., 25. März 1983, *Ministre de l'Education c/ Epoux Mousset*, *Lebon* S. 135, *AJDA* 1983, S. 296-297, chron. B. LASSERRE und J.-M. DELARUE. Die Chronisten betonen, "dass die Entscheidung, so wie sie verfasst ist, einräumt, dass das Recht auf Schulbildung (...) als eine öffentliche Freiheit betrachtet werden kann" (a. a. O., S. 297).

459 CC, Nr. 84-173 DC, 26. Juli 1984, *Slg.* S. 63.

460 CC, Nr. 80-119 L vom 2. Dezember 1980, *Slg.* 1980, S. 74.

461 CE, 29. April 2002, *Ulmann*, *Lebon* S. 157.

462 CE, Ass., 7. Juli 2004, *Ministre de l'Intérieur c/ M. X*, *Lebon* S. 297.

463 So können sich lokale Gebietskörperschaften vor dem Verwaltungsrichter auf das Recht auf Eigentum berufen (siehe P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, S. 205-206). Der Richter hebt Entscheidungen auf, die die Handels- und Gewerbefreiheit einer Privatperson beeinträchtigen (siehe P. BRAUD, a. a. O., S. 209-211). Der Autor weist außerdem darauf hin, dass das Gesetz vom 21. März 1884 und das Gesetz vom 1^{er} Juli 1901 ausdrücklich auf Gewerkschaften und Vereine als Nutznießer der Koalitions- und Vereinsfreiheit abzielen.

464 Philippe Braud spricht von der "ausschließlichen Rolle der Verfassungsnormen als Quellen der öffentlichen Freiheiten" (P. BRAUD, a. a. O., S. 332). M. Colliard behauptet, dass es sich um Freiheiten handelt, "die im Allgemeinen vom verfassungsgebenden Gesetzgeber proklamiert und eventuell vom ordentlichen Gesetzgeber organisiert werden" (C.-A. COLLIARD, a. a. O., S. 141).

465 Für Rivéro und Moutouh sind öffentliche Freiheiten Rechte, die "im innerstaatlichen Recht auf Verfassungsebene und im Europarecht auf übergesetzlicher Ebene" (J. RIVERO und H. MOUTOUH, a. a. O., Nr. 21) erhoben werden. Laut M. Leclercq "stellt sich eine öffentliche Freiheit als ein umschriebener Aspekt der Freiheit dar, der durch verfassungsrechtliche und/oder internationale Texte in das Recht übersetzt wird und einem durch diese Texte und andere nachfolgende Texte präzisierten Rechtsschutzsystem unterliegt, das darauf abzielt, die so definierte Freiheit durch geeignete Verfahren geltend zu machen" (C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, 5^{ème} éd., Litec, 2003, S. 5). In diesem Sinne behauptet auch M. Turpin, dass "On est passé, sous la V^e République, d'une protection des libertés publiques par la loi à une protection

maximalen legislativen Ebene⁴⁶⁶, auf der minimalen legislativen Ebene⁴⁶⁷ oder auf allen normativen Ebenen⁴⁶⁸. Wie sieht die Realität des positiven Rechts aus? Das erste sichere Element ist, dass es verfassungsmäßige öffentliche Freiheiten gibt⁴⁶⁹. Und wenn man die Analyse vertieft, stellt man fest, dass in der Praxis die überwiegende Mehrheit der Normen, die von den Gerichten als solche bezeichnet werden, Normen mit Verfassungswert sind⁴⁷⁰. Diese Situation entspricht im Übrigen dem Wortlaut von Artikel 34 der Verfassung. Diese Bestimmung sieht vor, dass das Gesetz die Regeln über "die grundlegenden Garantien, die den Bürgern für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten gewährt werden", festlegt. Daraus folgt, dass das Gesetz die *Garantien* der öffentlichen Freiheiten definiert; es definiert nicht die öffentlichen Freiheiten selbst. In Anwendung dieser Bestimmung "gewährt das Gesetz nicht die Freiheiten, sondern die für ihre Ausübung notwendigen Garantien"⁴⁷¹. In der Regel garantiert das Gesetz das, was über ihm steht, d. h. die Verfassung (in internationalen Übereinkommen wird der Begriff der öffentlichen Freiheit nicht verwendet). Die öffentlichen Freiheiten existieren ohne das Eingreifen des Gesetzgebers, einfach aufgrund ihrer Anerkennung durch die Verfassung.

Da diese beiden Kriterien ausgeschlossen wurden, muss die Definition der öffentlichen Freiheiten in Wirklichkeit präzisiert werden, indem die Bedeutung des Adjektivs "öffentlich" innerhalb dieses Ausdrucks bestimmt wird. In diesem Adjektiv liegt der Schlüssel zur Identifizierung der öffentlichen Freiheiten. Das Epitheton "öffentlich" könnte zunächst einmal bedeuten, dass die betreffenden Freiheiten von der öffentlichen Autorität erlassen werden⁴⁷². Diese Definition ist jedoch zu weit gefasst. Denn wenn man alle vom Staat erlassenen Regeln als öffentliche Freiheit bezeichnet, dann werden alle Rechtsregeln *ipso facto* zu öffentlichen Freiheiten, und nichts hebt diese mehr aus der Masse der anderen Normen hervor. In Wirklichkeit muss das Adjektiv "öffentlich" als das verstanden werden, was sich auf die Beziehungen zu den staatlichen Behörden bezieht. Es handelt sich um Freiheiten, die gegen öffentliche Personen anerkannt werden und nur der öffentlichen Gewalt entgegengehalten werden können. Das Epitheton "trägt vor allem der "vertikalen" Dimension der öffentlichen

contre la loi" (D. TURPIN, "Les libertés publiques sous la V^e République", *RDP* 1998, S. 1833).

⁴⁶⁶ Ihr Schutz stützt sich "auf das Gesetz und die allgemeinen Rechtsgrundsätze" (L. FAVOREU u. a., *Droit constitutionnel, op. cit.*, Nr. 1222).

⁴⁶⁷ Für Gilles Lebreton sind die öffentlichen Freiheiten Befugnisse, die "durch Normen mit zumindest gesetzgeberischem Wert anerkannt werden" (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, S. 15).

⁴⁶⁸ Vgl. P. AUVRET und J. AUVRET-FINCK, "La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, S. 404: "Les libertés publiques sont tout à la fois législatives, *infra législatives* et *supra législatives*" (Die öffentlichen Freiheiten sind gleichzeitig legislativ, *infralegislativ* und *supralegislativ*).

⁴⁶⁹ Normen, die vom Verfassungsrichter oder Verwaltungsrichter im Rahmen der oben genannten Bestimmungen als öffentliche Freiheiten bezeichnet werden, befinden sich auf Verfassungsebene. Darüber hinaus spricht der Verfassungsrat selbst von "*verfassungsmäßig* garantierten öffentlichen Freiheiten" (CC, Nr. 94-352 DC, 18. Januar 1995, *Kons.* 3, *Slg.* S. 140; Nr. 96-377 DC, 16. Juli 1996, *Slg.* S. 87; Nr. 97-389 DC, 22. April 1997, *Slg.* S. 45; Nr. 99-411 DC, 16. Juni 1999, *Slg.* S. 75).

⁴⁷⁰ Dies war bereits in der Vergangenheit der Fall, doch da die Erklärung der Menschenrechte und die Präambel der Verfassung von 1946 nicht direkt anwendbar waren, wurden die öffentlichen Freiheiten durch allgemeine Rechtsgrundsätze und gegebenenfalls durch das einfache Gesetz geschützt. Diese Freiheiten mussten auf die Intervention des Parlaments oder die Vermittlung des Richters warten, um geltend gemacht werden zu können. Die Verfassung stellte die materielle Quelle der öffentlichen Freiheiten dar, während ihre formelle Quelle in untergeordneten Normen lag, die ihre Konkretisierung sicherstellten. Sobald die Erklärung von 1789 und die Präambel von 1946 zu rechtsverbindlichen Texten werden, können die verfassungsmäßigen Freiheiten direkt vor dem ordentlichen Richter geltend gemacht werden.

⁴⁷¹ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, S. 109. Die Vorarbeiten zeigen im Übrigen, dass der Verfassungsgeber eindeutig zwischen der Definition der Freiheiten und der Definition ihrer Garantien unterscheiden wollte, um nur Letzteres dem Gesetzgeber vorzubehalten. Der Vorentwurf der Regierung für den heutigen Artikel 34, der damals Artikel 31 war, schlug die heute bekannte Formel vor. Vor dem Beratenden Verfassungsausschuss wollte Pierre-Henri Teitgen die Zuständigkeit des Gesetzgebers auf die Definition der öffentlichen Freiheiten selbst und nicht nur auf ihre Garantie ausdehnen, d. h. nach dem Wortlaut seines Änderungsantrags "auf die Definitionen der öffentlichen Freiheiten und die Garantien, die den Bürgern für ihre Ausübung gewährt werden" (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française, 1988, S. 266-267). Der Verfassungsberatungsausschuss war überzeugt und formulierte den Text unter Berücksichtigung des Änderungsantrags von Teitgen wie folgt: "Fragen, die sich auf Folgendes beziehen, werden durch das Gesetz geregelt: (...) die Definitionen der öffentlichen, bürgerlichen und gewerkschaftlichen Freiheiten, die Garantien, die den Bürgern für ihre Ausübung gewährt werden". In der von der Regierung verabschiedeten endgültigen Fassung wird diese Formulierung verworfen und auf die Formulierung des Vorentwurfs zurückgegriffen. Somit fallen nur die *Garantien für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten* in den Bereich des Gesetzes, nicht aber die Definition der öffentlichen Freiheiten selbst.

⁴⁷² In diesem Sinne würde das Adjektiv "eine Präzisierung hinsichtlich des Ursprungs des sozialen Zwangs" einführen und "auf einen bestimmten Rahmen verweisen: den des Staates als Urheber (oder, mehr oder weniger direkt, Miturheber im Fall der Regeln des internationalen Rechts) der wesentlichen rechtlichen Regeln" (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed., Dalloz, Coll. Cours, 2002, Nr. 1). Nach diesem Verständnis "ist das, was eine Freiheit, unabhängig von ihrem Gegenstand, "öffentlich" macht, das Eingreifen der Macht, um sie anzuerkennen und zu gestalten" (J. RIVERO und H. MOUTOUH, a.a.O., Nr. 8).

Freiheiten Rechnung⁴⁷³. Daraus ergibt sich als logische Konsequenz, dass der Begriff der öffentlichen Freiheit in der Rechtsprechung der Gerichte weitestgehend fehlt. Die Vereinigungsfreiheit, eine öffentliche Freiheit, da sie dem Staat entgegeng gehalten werden kann, wird vor Gericht nicht als solche bezeichnet.

C. Grundlegende Freiheiten

111. Schließlich muss der Begriff der wesentlichen Freiheit erwähnt werden, der die Bedeutung der so bezeichneten Freiheit hervorhebt. Dieser Ausdruck wird im französischen Recht selten verwendet. Auch im Ausland ist er nicht gebräuchlich. Die Präambel der portugiesischen Verfassung vom 2. April 1976 erinnert in ihrem dritten Absatz daran, dass die Revolution von 1974 "den Portugiesen die Grundrechte und die wesentlichen Freiheiten zurückgegeben hat".

In Frankreich enthielt das Verfassungsgesetz vom 3. Juni 1958 einen vierten Grundsatz mit folgendem Wortlaut: "Die Justizbehörde muss unabhängig bleiben, um die Wahrung der wesentlichen Freiheiten gewährleisten zu können, wie sie in der Präambel der Verfassung von 1946 und in der Erklärung der Menschenrechte, auf die sie sich bezieht, definiert sind". Die Präambel der Verfassung vom 4. Oktober 1958, in der das Bekenntnis zu den "Menschenrechten" bekräftigt wird, wurde als Übersetzung dieses Grundsatzes dargestellt⁴⁷⁴, was wiederum die Nähe belegt, die zwischen den verschiedenen Begriffen besteht, aus denen sich die Nachbarschaftsgemeinschaft zusammensetzt. Der Begriff konnte im Zusammenhang mit tätlichen Angriffen verwendet werden, bevor sich der Begriff der Grundfreiheit endgültig durchsetzte⁴⁷⁵. Es kommt auch vor, dass Gerichte den Begriff in Fällen verwenden, in denen sich keine rechtlichen Konsequenzen aus dieser Einstufung ergeben. In einem Fall im Zusammenhang mit der Therapiewahl eines Zeugen Jehovas wies der Kassationshof die Berufung gegen ein Berufungsgericht zurück, das festgestellt hatte, dass "das Opfer durch die Verweigerung der Transfusion aus religiösen Gründen eine Wahl getroffen hat, die sich aus einer wesentlichen Freiheit ableitet".⁴⁷⁶

Innerhalb der nachbarschaftlichen Gemeinschaft hebt dieser Ausdruck die Wesentlichkeit der Freiheit hervor. Die Freiheit ist nicht aufgrund ihres rechtlichen Wertes wesentlich - in den beiden genannten Beispielen stehen die betreffenden Freiheiten auf gesetzlicher Ebene. Sie ist vielmehr aufgrund ihrer Bedeutung wesentlich. Mit diesem Ausdruck wird die Eminenz der Freiheit hervorgehoben. In diesem Sinne entspricht er der materiellen Bedeutung des Begriffs "grundlegend", ohne jedoch im Gegensatz zu diesem eine wirklich grundlegende Rolle zu spielen.

Schlussfolgerung von Kapitel 1

112. Der Begriff der Grundfreiheit, der den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 bedingt, hat einen offenen und formbaren Charakter. Er ist eine rechtliche Kategorie, die "zunächst unbestimmt und daher nicht abschließend festgelegt" ist⁴⁷⁷. Der Gesetzgeber hat den Freiheitsspielraum des Richters in keiner Weise eingeschränkt. Er hat den Begriff nicht eingeschränkt und keine Kriterien festgelegt. Die parlamentarische Phase hat das Problem seiner Definition ungelöst gelassen. Daher obliegt es allein und in letzter Instanz dem Richter, den Umfang des Schutzbereichs von Artikel L. 521-2 zu definieren.

473 L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 59. Duguit behauptete, dass "On qualifie de lois sur les libertés publiques toutes celles qui ont le double but de déterminer les obligations de l'Etat et de fixer des garanties à leur accomplissement" (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome V Les libertés publiques, E. de Boccard, 1925, S. 2). Im gleichen Sinne erklärte Bonnard: "Wenn eine Freiheit des Einzelnen gegen den Staat durchsetzbar ist, wird sie gewöhnlich als "öffentliche Freiheit" bezeichnet" (R. BONNARD, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RDP* 1932, S. 710, Fußnote 1). Mit einigen Nuancen wird die gleiche Auffassung von Georges Morange (*Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, Thèse Nancy, 1940, S. 15) und Jacques Mourgeon (*Les libertés publiques*, Thémis, 1979, S. 21) vertreten.

474 Zur Präambel der Verfassung vom 4. Oktober 1958 siehe R. PELLOUX, "Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution française de 1958", in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, S. 389-401; J. GEORGEL, "Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958", *RDP* 1960, S. 85-101; B. GENEVOIS, "Le préambule et les droits fondamentaux", in *L'écriture de la Constitution de 1958*, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS und J.-L. PARODI Hrsg.), Economica, 1992, S. 483-499.

475 Siehe TC, 10. Dezember 1956, *Sieurs Randon et autres*, *Lebon* S. 592, Schlusswort GUIONIN. Das Tribunal des conflits bekräftigt, "dass die den Herren Brunel und Corneaux vorgeworfenen Handlungen einen Angriff auf die Sicherheit der Postkorrespondenz darstellen, eine wesentliche Freiheit, die durch Artikel 187 des Strafgesetzbuches garantiert wird, und dass sie folglich den Charakter einer Tätigkeit haben (...)". Der Begriff ist nach der Verankerung des Konzepts der Grundfreiheit nicht völlig verschwunden. Es kam vor, dass die Gerichte ihn weiterhin neben und als Synonym für den Begriff der Grundfreiheit verwendeten (siehe z. B. Civ. 1^{ère}, 27. Mai 1975, *Legros c/ Maire de Saint-Lunaire*, *Bull. civ.* I, Nr. 178).

476 Crim. 30. Juni 1987, *Tetiarahi*, Nr. 86-91.014.

477 N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, S. 658.

113. Die rechtlichen und logischen Zwänge, die sich ihm aufdrängen, zeichnen in dieser Hinsicht einen flexiblen und einladenden Rahmen. Bei der Bestimmung, was unter Grundfreiheiten zu verstehen ist, hat der Richter einen großen Spielraum, der ihm die absolute Kontrolle über den Begriff verleiht⁴⁷⁸. Der Text von Artikel L. 521-2 lässt dem Richter einen weiten Freiheitsspielraum, den er natürlich ausgenutzt hat. Da er sich weigert, sich zu binden, definiert er auf flexible und wenig formalistische Weise die Liste der Grundfreiheiten sowie den Inhalt und die Grenzen jeder dieser Freiheiten. Vor allem aber und mit dem Ziel, dem Verfahren nach Artikel L. 521-2 seine volle Wirkung zu verleihen, entschied sich der Staatsrat für eine breite Definition der Grundfreiheiten.

⁴⁷⁸ Viele Autoren haben die Freiheit hervorgehoben, die der Richter in diesem Punkt genießt. Für Eric Sales lässt Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes "dem Verwaltungsrichter einen großen Spielraum, nicht nur um die Referenztexte zu bestimmen, die in diesem Bereich verwendet werden können, sondern auch um unter den bestehenden Rechten und Freiheiten diejenigen zu identifizieren, die zur Kategorie der Grundfreiheiten gehören" (E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales", *RDP* 2004, S. 212). In ähnlicher Weise meint M. Glénard, dass "der Verwaltungsrichter über einen nahezu unbegrenzten Ermessensspielraum verfügt" (G. GLENARD, "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative", *AJDA* 2003, S. 2009). Catherine Botoko-Claysen behauptete, dass der Begriff "im Ermessen des Richters der einstweiligen Verfügung bleibt" (C. BOTOKO-CLAYSEN, "Le référé-liberté vu par les juges du fond", *AJDA* 2002, S. 1050). In diesem Sinne siehe auch G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, S. 7-11, Spez. S. 8. Allgemein hatte Eisenmann behauptet, dass "wenn ein Wort, das einen Begriff ausdrückt, nicht definiert wurde, d. h. wenn der Begriff nicht vom Gesetzgeber selbst bestimmt wurde, oder wenn die Bedeutung des Wortes nicht sicher ist (...), die mit Einzelentscheidungen betraute Behörde notwendigerweise dazu berufen ist, den Begriff selbst festzulegen, dies frei zu tun" (C. EISENMANN, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", *APD* 1966, t. XI, S. 25-43, abgedruckt in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, S. 291). Es sei darauf hingewiesen, dass die Lehre in den 1960er Jahren den weiten Spielraum hervorgehoben hatte, den der Richter nach der Verankerung des Begriffs der Grundfreiheit durch den Staatsrat im Urteil *Dame Klein* genoss. M. Auby erklärte, dass "die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes dem Begriff des faktischen Rechtsverstößes neue Horizonte eröffnet, deren Grenzen derzeit unmöglich zu bestimmen sind" (note sous TC, 25 novembre 1963, *Commune de Saint-Just Chaleys-sin, époux Pelé (deux espèces)*, *JCP G* 1964, II, 13492).

Kapitel 2

Eine breite Definition des Begriffs der Grundfreiheit

114. Der Ansatz zur Definition des Begriffs der Grundfreiheit ist sowohl weit gefasst als auch autonom und kasuistisch. Er führt zu der Frage, welche Kriterien der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen zur Identifizierung heranzieht.

Ein breiter, eigenständiger und kasuistischer Ansatz

115. Da es keine gesetzliche Vorgabe gab, war es Sache des Richters, über den Umfang des Anwendungsbereichs von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu entscheiden. Da er dabei über einen großen Spielraum verfügte, entschied sich der Staatsrat eindeutig für einen *breiten* Ansatz der Grundfreiheiten .479

Diese umfassende Auslegung wurde zunächst damit begründet, dass das Verfahren der einstweiligen Verfügung voll wirksam werden sollte, damit der Verwaltungsrichter auf diesem Weg tatsächlich den Schutz der Personen, zu deren Gunsten es eingeführt wurde, gewährleisten kann. Es ging um sein Image und seine Legitimität. Da der Verwaltungsrichter nun endlich über ein Instrument verfügte, das ihm ein schnelles und wirksames Eingreifen ermöglichte, wollte er beim Schutz der Freiheitsrechte nicht zurückstehen. Nachdem sie festgestellt hatte, dass "die Bürger eine starke Erwartung äußern, nämlich über einen Richter mit weitreichenden Befugnissen zu verfügen, wenn ein Recht oder eine Grundfreiheit auf dem Spiel steht", und an die unzeitgemäßen Übergriffe des gerichtlichen Dringlichkeitsrichters vor der Schaffung des *référé-liberté* erinnerte, erklärte die Regierungskommissarin Isabelle de Silva, dass "es vorzuziehen ist, bei der Verteidigung der Grundrechte *nicht in den Hintergrund zu treten* und dem Richter die Aufgabe zu überlassen, einzugreifen, wenn sein Amt dies erfordert"⁴⁸⁰. Die Entscheidung in der Sache *Commune de Venelles* ist ein Symbol für die weite Auslegung durch den Verwaltungsrichter. Wie Collin und Guyomar betonten, bewies der Staatsrat zwar Mut, als er den Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften zur Grundfreiheit erhob, "Aber es stand das Image der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Spiel, und es wäre sehr unglücklich gewesen, wenn die Abteilung Verwaltungsrechtsprechung von Anfang an den Eindruck erweckt hätte, die Verwendung der Instrumente einschränken zu wollen, die ihre Modernisierung zum Ausdruck bringen sollen"⁴⁸¹. Der Schatten des Urteils des Tribunal des conflits vom 12. Mai 1997 und die Erinnerung an die missbräuchliche Berufung auf den Rechtsweg waren noch sehr präsent. Der Verwaltungsrichter befürchtete, dass eine restriktive Auslegung des Begriffs der Grundfreiheit den Nutzen des *référé-liberté* und seine Fähigkeit, dem Bedürfnis des Einzelnen nach gerichtlichem Schutz zu entsprechen, den bis dahin nur der Justizrichter gewährleisten konnte, zunichte machen würde.

Diese weite Auslegung wurde dann damit begründet, dass es Schutzmechanismen gegen eine fehlgeleitete und banalisierte Nutzung dieses Verfahrens gibt. Selbst wenn der Antragsteller in den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes fällt - d. h. eine Grundfreiheit vorliegt -, muss er, um eine Schutzmaßnahme zu erwirken, nachweisen, dass die Freiheit, auf die er sich beruft, ernsthaft beeinträchtigt wird, dass diese Beeinträchtigung offensichtlich rechtswidrig ist und dass sie ein sofortiges Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen erforderlich macht. Diese Bedingungen sind so anspruchsvoll, dass der Richter für einstweilige Verfügungen sich in aller Ruhe eine breite Definition der Grundfreiheiten erlauben kann. Die Öffnung des Anwendungsbereichs bedeutet keine Überlastung seines Gerichts und setzt ihn nicht einer Flut von Beschwerden aus, die es ihm unmöglich machen würde, innerhalb der 48-Stunden-Frist, die ihm für seine Entscheidung zur Verfügung steht, einzugreifen. Im Übrigen ist der Begriff der Grundfreiheiten zwar weit gefasst, aber nicht übermäßig dehnbar. Sie lässt sich in jedem Fall auf eine begrenzte Anzahl von Rechten und Freiheiten reduzieren. Wie der Vizepräsident des Staatsrats betonte, steht fest, dass "nicht jedes Recht, das in einem Text oder

479 Dies war von Präsident Labetoulle bereits vor dem Inkrafttreten der Reform angekündigt worden. Anlässlich eines Kolloquiums am 6. Dezember 2000 erklärte der amtierende Vorsitzende der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung, dass für das Verfahren des *référé-liberté* "ein relativ begrenzter Anwendungsbereich (nur relativ, da der Begriff der Grundfreiheiten doch recht extensiv ist) gewählt wurde" (D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", a. a. O., S. 20).

480 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, S. 332. Nicht unterstrichen.

481 M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, AJDA 2001, S. 155.

einem allgemeinen Grundsatz verankert ist, eine Grundfreiheit ist⁴⁸². Der Unterschied zum Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung wird also gewahrt und die Besonderheit der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit respektiert. Die umfassende Auslegung des Begriffs der Grundfreiheit führt keineswegs dazu, dass Streitigkeiten, die unter das Verfahren nach Artikel L. 521-1 fallen, auf den Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit abgewälzt werden.

116. Bei der Ermittlung der Grundfreiheiten lehnt es der Verwaltungsrichter ab, sich auf eine vordefinierte Doktrin zu stützen oder den Begriff unter Bezugnahme auf die Bedeutung, die ihm in anderen Verfahren zugewiesen wird, abzugrenzen. Sein Ansatz ist unabhängig von jeder theoretischen Konstruktion und jeder textlichen und juristischen Qualifizierung. Insofern ist sein Vorgehen insofern *autonom*, als der Richter für einstweilige Verfügungen sich *seiner eigenen*⁴⁸³ Definition der Grundfreiheiten gibt. In seinen Entscheidungen stellt er klar, dass die Norm, deren Qualifizierung beantragt wird, eine Grundfreiheit "im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" ist oder nicht⁴⁸⁴. Mit dieser Formulierung will der Richter für einstweilige Verfügungen einerseits zeigen, dass er nicht "Gefangener der Kategorien oder Definitionen ist, die hier oder dort für dieses oder jenes Recht gegeben wurden"⁴⁸⁵, und andererseits, dass die Qualifikation nicht den Anspruch erhebt, eine allgemeine Tragweite zu haben⁴⁸⁶. Der Richter schmiedet und entwickelt nach und nach ein Konzept der Grundfreiheiten, das dem *référé-liberté* eigen ist. Angesichts eines Begriffs, der zu den "heikelsten der aus dem Gesetz vom 30. Juni 2000 hervorgegangenen Begriffe"⁴⁸⁷ gehört, weigerte sich der Staatsrat, sich in einem vordefinierten Analyseschema einzuschließen.

117. Im Gegenteil, er hat sich für einen flexiblen und undogmatischen Umgang mit dem Begriff entschieden. Eine andere Ausrichtung der Rechtsprechung wäre für den obersten Verwaltungsrichter auch sehr überraschend gewesen. Nachdem es dem Staatsrat gelungen war, einen formbaren Begriff in den Kern von Artikel L. 521-2 aufzunehmen, der ihm eine vollständige Kontrolle über seinen Anwendungsbereich ermöglichte, wollte er sich nicht die Hände binden, indem er eine präzise und starre Definition des Begriffs vorgab, die ihn seiner Flexibilität beraubt hätte, indem sie jede Möglichkeit der Weiterentwicklung für die Zukunft zunichte gemacht hätte⁴⁸⁸. Infolgedessen entschied sich der Richter der einstweiligen Verfügung für einen *kasuistischen* Ansatz

482 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence: premier bilan", *AJDA* 2002, S. 1.

483 Etymologisch kommt autonom vom griechischen Wort *auto*, das "selbst" bedeutet, und von *nomos*, dem "Gesetz". Der Begriff autonom bedeutet also: "der sich sein eigenes Gesetz gibt".

484 Der Richter für einstweilige Verfügungen erwähnt den Begriff der "Grundfreiheit im Sinne der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" (CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* S. 523; CE, Ord. 25. April 2002, *Société Saria Industries*, *Lebon* S. 155; CE, Ord. 1^{er} März 2002, *Bonfilis*, *Lebon* S. 69; CE, 29 März 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* S. 117) oder "im Sinne von Artikel L. 521-2" (CE, ord. 3. Mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon* T. S. 1034). Es gibt auch Verweise auf den "Begriff der 'Grundfreiheit' im Sinne des Gesetzgebers bei der Verabschiedung des Gesetzes Nr. 2000-597 vom 30. Juni 2000 über den vorläufigen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten" (CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* S. 12; CE, ord. 4. März 2002, *Timor*, Nr. 243653; für eine ähnliche Formulierung, die die "Grundfreiheiten in dem Sinne, wie sie der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Gesetzes verstanden hat..." erwähnt, siehe CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon* T. S. 1126; CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon* S. 45). Insofern sie sich auf den Willen des Gesetzgebers bezieht, kann diese letzte Formel überraschen und ist fragwürdig. Die Analyse der vorbereitenden Arbeiten hat nämlich gezeigt, dass der Gesetzgeber keine Vorstellung von den Grundfreiheiten hatte. Da er die Konturen dieses Begriffs nicht erfasst hatte, überließ er dessen Definition vollständig dem Richter. Auch wenn die Suche nach dem Willen des Gesetzgebers in bestimmten Fällen gerechtfertigt sein kann (siehe L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, spé S. 226-229, der Urteile des Staatsrats zitiert, in denen ausdrücklich auf den Willen des Gesetzgebers verwiesen wird, um die Bedeutung eines Textes zu bestimmen), erweist sie sich in diesem Fall als unangemessen.

485 G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 263. In diesem Sinne betont M. Chapus, dass diese Formel "für ein Anliegen bedeutsam ist, die Autonomie des Begriffs der "Grundfreiheit" im Bereich der einstweiligen Verfügung zu gewährleisten. Sie hat gleichzeitig den Vorteil, dass der Richter das Schutzverfahren nach Artikel L. 521-2 ausweiten (oder eventuell ablehnen) kann, ohne sich auf der Ebene der Grundsätze die Frage nach der (doktrinären, wenn man so will) Rechtfertigung seiner Wahl stellen zu müssen" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, Nr. 1597).

486 Wie M. Ricci feststellt, "müssen die Worte "Grundfreiheiten" im Sinne und für die alleinigen Zwecke des *référé-liberté* interpretiert werden" (J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, S. 3095). In der Verwaltungsrechtsprechung ist es üblich, dass die Formel oder Lösung *mit* der vorangestellten Formulierung "ne prétend pas à une portée générale" (Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, S. 105) verwendet wird. Zur Tragweite dieser Formulierung siehe auch R. LATOURNERIE, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, S. 199; C. VIGOUROUX, "L'expression "au sens de" ou le juge linguiste sans être encyclopédiste" (Der Ausdruck "im Sinne von" oder der Richter als Linguist, ohne Enzyklopädist zu sein), in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, S. 847-857.

487 L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, S. 386.

488 Der Wille, die ursprüngliche Flexibilität des Begriffs zu erhalten, wird von den Regierungskommissaren voll und

des Begriffs. Da er sich weigert, sich in einen starren und vordefinierten Rahmen zu begeben, bestimmt er im Laufe seiner Entscheidungen die Grundfreiheiten, die er im Rahmen von Artikel L. 521-2 schützen will. "Es ist, als hätte die Hohe Versammlung beschlossen, sich ohne vorgegebene Doktrin voranzutasten und durch die natürliche Bewegung der Dinge zuzulassen, dass die Abfolge der Entscheidungen nach und nach die Konturen des Begriffs verfeinert"⁴⁸⁹. Die Methode ist nicht neu; sie wird vom Staatsrat bevorzugt. So kann man unter der Feder des Präsidenten Latournerie lesen, dass "Eloignée par une méfiance invincible de toute imprudence de pensée ou d'action qui puisse, si peu que ce soit, sinon aliéner, pour l'avenir, sa liberté de mouvement, du moins lui apporter, Die Verwaltungsrechtsprechung hat sich in dieser Hinsicht nie festgelegt und könnte dies auch nicht tun, ohne von der Praxis abzuweichen, die ihr bisher einen beträchtlichen Teil ihrer Erfolge gesichert hat"⁴⁹⁰. Der Richter erkennt die Existenz einer Grundfreiheit im Laufe seiner Entscheidungen an oder verneint sie, je nachdem, ob die Kläger eine Qualifizierung beantragen. Die Liste der Normen, die nach Artikel L. 521-2 justiziabel sind, ist daher eng mit den Zufälligkeiten der Rechtsstreitigkeiten und dem Zufall der Anrufung verbunden. Nur wenn sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Norm stellt, wird der Richter sie entscheiden.

Dennoch ist die Vorgehensweise des Verwaltungsrichters nicht gleichbedeutend mit reinem Empirismus oder Improvisation. Der gewählte Ansatz ist kohärent und von einer echten konzeptionellen Strenge geprägt. Wie Hauriou in einem anderen Zusammenhang sagte: "Der Staatsrat hat nicht nur eine Rechtsprechungspolitik, er hat eine Rechtsprechung, d. h. eine rechtliche Konstruktion, die nur bestimmte Materialien verwendet und sie nur nach einem bestimmten Plan anpasst"⁴⁹¹. Dieser lässt sich zugegebenermaßen nicht sofort erfassen. Die Vorgehensweise des Richters für einstweilige Verfügungen erscheint vielen Beobachtern verwirrend⁴⁹². Der Richter legt weder die Kriterien noch die Methode fest, die ihn hier dazu veranlasst, die Einstufung als Grundfreiheit zu akzeptieren, und dort, sie abzulehnen. Er geht in Form von Behauptungen vor und gibt keine Hinweise auf die gewählte Vorgehensweise. "Es ist wahr, dass der Staatsrat im Gegensatz zum Kassationsgericht nicht die Gewohnheit hat, in seinen Urteilen alle rechtlichen Ableitungen, die seine Entscheidungen begründen, darzulegen"⁴⁹³. Wie Frau Ponthoreau bestätigte, "möchte er die Kontrolle über die Rechtsentwicklung behalten und legt daher nicht alle Begriffe der vorgenommenen Bewertungen und Entscheidungen offen"⁴⁹⁴. Der Staatsrat wurde von einigen Autoren aufgefordert, eine allgemeine Definition der Grundfreiheiten zu geben⁴⁹⁵, und hat es nicht gewagt, in einer Grundsatzprüfung eine Position festzulegen⁴⁹⁶. Diese Vorsicht kann im Übrigen nicht überraschen, denn "es ist selten, dass der Staatsrat eine Definition riskiert"⁴⁹⁷. Daher ist es nicht leicht, die

ganz akzeptiert. Wenn sie Kriterien zur Eingrenzung des Begriffs der Grundfreiheit vorschlagen, hüten sie sich davor, diese zu genau zu definieren. So behauptete Frau de Silva, dass die in ihren Schlussanträgen entwickelten Identifikationskriterien "ausreichend flexibel" seien, um dem Staatsrat "einen erheblichen Handlungsspielraum" zu lassen (I. DE SILVA, Schlussantrag, S. 331).

489 G. GLENARD, "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative", *AJDA* 2003, S. 2009.

490 R. LATOURNERIE, *a. a. O.*, S. 264.

491 M. HAURIOU, Anmerkung zu S. 1904, III, S. 4.

492 Siehe insbesondere den Kommentar der Redaktion der Zeitschrift *Droit administratif* unter dem Beschluss vom 8. September 2005, *Bunel (Dr. adm. 2005, comm. Nr. 159)*, der feststellt, "dass es nicht einfach ist, die Logik zu verstehen, die der Verankerung oder Nichtverankerung einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des CJA durch den Verwaltungsrichter zugrunde liegt".

493 E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, T. I, S. IX.

494 M.-C. PONTTHOREAU, "Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français", *RDJ* 1997, S. 752.

495 Vgl. Y. CLAISSÉ und J.-A. CANO, "Une loi peut faire le printemps! (premier bilan de l'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives)", *LPA* 9. April 2001, Nr. 70, S. 11: "Es ist zu hoffen, dass der Staatsrat in Zukunft seine Rolle als Regulierungsgericht voll ausfüllt und eine Definition dessen riskiert, was unter einer "Grundfreiheit" zu verstehen ist. Es sollte nämlich nicht so sein, dass für den Rechtsuchenden - und sei er noch so gut informiert oder beraten - alles einfach eine Frage des Präzedenzfalls, des Takts, der Intuition oder der Gewohnheit ist".

496 Er weigerte sich auch, anzugeben, ob, wie von einigen Klägern gefordert, der Begriff der Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 "auf die Gesamtheit der verfassungsmäßig garantierten Rechte und Freiheiten abzielt" (CE, ord. 10. April 2001, *Merzonk, Lebon* T. S. 1135; CE, ord. 9. Juli 2001, *Boc*, Nr. 235696).

497 R. LATOURNERIE, *a. a. O.*, S. 221. Präsident Latournerie erklärt, dass "er sich erst dann dazu entschließt - wenn auch nur mit äußerster Vorsicht und eher implizit -, wenn ausreichende Prüfungen das Risiko, das einer solchen Aussage immer innewohnt, so weit reduziert haben, dass es praktisch ausgeschlossen ist (...)" (*ebd.*). Die Zeit der Bewährungsproben ist für den Begriff der Grundfreiheit noch nicht vorbei und wird es wohl auch nie sein, da das Potenzial dieses Begriffs unbegrenzt zu sein scheint. Selbst mit einer beträchtlichen, stabilen und homogenen Masse an Rechtsprechung, die die Konturen des Begriffs klar und fest umrissen hat, bleibt die Definition ein riskantes Unterfangen, das die Bewegungsfreiheit des Richters zum Scheitern verurteilen kann. Daher kann man vernünftigerweise davon ausgehen, dass der Staatsrat diesen Weg niemals einschlagen wird. Im Übrigen ist zu beobachten, dass weder der Richter des Rechtswegs noch der Richter des *Déféré-liberté* jemals das Risiko eingegangen sind, die Begriffe Grundfreiheit und öffentliche oder individuelle Freiheit zu

Methode zu durchschauen, die der Richter für einstweilige Verfügungen zur Bestimmung der Grundfreiheiten anwendet. Die Behauptung, wie von einigen Autoren vorgeschlagen, dass die Grundfreiheit dem entspricht, "was der Richter für einstweilige Verfügungen als solches anerkannt hat"⁴⁹⁸ oder "als solches anerkennen will"⁴⁹⁹ lässt die Frage ungelöst, was diesem Begriff tatsächlich entspricht, wenn nicht eine Liste von Normen, die vom Richter im Laufe seiner Entscheidungen als solche bezeichnet werden. Stattdessen muss man im Lichte dieser Liste, ohne sich darauf zu beschränken - denn sie wird sich je nach Zufall der Befassungen weiterentwickeln - versuchen, das zu beleuchten, was diese Normen zusammenführt, um die gemeinsamen Merkmale herauszuarbeiten.⁵⁰⁰

Versuch einer Systematisierung

118. Was genau sind die gemeinsamen Merkmale aller Normen, die als justiziabel für den einstweiligen Rechtsschutz anerkannt werden? Inwiefern und anhand welcher Kriterien unterscheiden sich die Grundfreiheiten von anderen Normen, aus denen sich die Rechtsordnung zusammensetzt? Was sind letztlich die Merkmale der Norm, die für eine Verankerung im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes in Frage kommt?

Um die Kriterien und Elemente zu bestimmen, die den Begriff der Grundfreiheit ausmachen, besteht die Methode darin, von dem zu analysierenden Gegenstand auszugehen und die ihm eigenen Merkmale hervorzuheben. Um die Konsistenz dieser rechtlichen Kategorie zu messen, muss zunächst festgestellt werden, was sie umfasst und was sie ausschließt. Die Ermittlung der Normen, die keine Grundfreiheiten darstellen, ermöglicht es nämlich, die Kriterien zu präzisieren, die die betreffenden Normen erfüllen müssen, um in diese Kategorie aufgenommen werden zu können - und die gerade die ausgeschlossenen Normen nicht erfüllen. Anhand dieser doppelten Liste ist es dann möglich, die gemeinsamen Merkmale aller Grundfreiheiten zu analysieren, wobei der Vergleich zwischen den beiden Listen die Einzigartigkeiten des Begriffs und das, was sein Wesen ausmacht, deutlich macht. Die perspektivische Betrachtung ermöglicht es, die gemeinsamen Merkmale aller für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 in Frage kommenden Normen herauszuarbeiten, unabhängig von den Unterschieden, die sie möglicherweise aufweisen.

Um dieses Inventar mit Sicherheit und Vollständigkeit zu erstellen, müssen zunächst die Formulierungen identifiziert werden, mit denen der Richter ohne jeden möglichen Zweifel die Existenz einer Grundfreiheit anerkennt oder verneint, und die Formulierungen ignoriert werden, die mehrdeutig sind oder eine Weigerung des Verwaltungsrichters ausdrücken, Stellung zu beziehen.⁵⁰¹

definieren. Angesichts eines ungenauen Textes ist der Verwaltungsrichter "wenig geneigt, sich in einer einmal für alle gegebenen Definition einschließen zu lassen und seine Freiheit für die Zukunft zu entfremden" (D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, S. 139).

498 G. BACHELIER, a. a. O., S. 263.

499 E. SALES, a. a. O., S. 220. Diese Formulierung wurde von Marcel Waline verwendet, um die Rechtsprechung zum Begriff des öffentlichen Dienstes in den Nachkriegsjahren zu beschreiben. Da die Qualifikation des öffentlichen Dienstes in den Entscheidungen ohne erkennbare Kohärenz variierte und ohne dass es möglich war, diese Qualifikationen in einen Gesamtansatz einzuordnen, hatte Waline die Doktrin des Staatsrats auf eine berühmt gewordene Formel reduziert: Der öffentliche Dienst ist eine Tätigkeit, die die qualifizierten Gerichte "mit der Qualifizierung als öffentlicher Dienst vereinbaren" (M. WALINE, "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. 1, Bruylant Sirey, 1963, S. 368).

500 In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass Laferrière die Systematisierung des Rechts wünschte, "nicht nur, weil sie es ermöglicht, die Doktrinen zu popularisieren, sondern auch, weil sie dazu beiträgt, ihre Fixiertheit zu gewährleisten, die eine der Garantien ist, die dem Rechtsuchenden zustehen" (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, T. I, S. VIII).

501 Um diese beiden Listen mit absoluter Sicherheit zu erstellen, werden nur die Grundfreiheiten berücksichtigt, die ausdrücklich anerkannt oder aus der Kategorie ausgeschlossen wurden. Normen, zu denen sich der Richter für einstweilige Verfügungen nicht ausdrücklich geäußert hat, werden bei der Festlegung der Kriterien für die Identifizierung einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes nicht berücksichtigt. Diese Vorsicht könnte übertrieben erscheinen. Sie erscheint uns jedoch gerechtfertigt. Einerseits haben implizite Formulierungen nicht den Grad an Gewissheit, den eine präzise und rigorose Systematisierungsarbeit erfordert. Andererseits kann es vorkommen, dass diese Formulierungen von den kompetentesten Kommentatoren der Verwaltungsrechtsprechung unterschiedlich beurteilt werden. Um nur ein Beispiel zu nennen: Professor Cassia war der Ansicht, dass der Beschluss der Gemeinde Mandelieu-la-Napoule vom 20. Juli 2001 (*Lebon* S. 388) das Recht auf Sicherheit als Grundfreiheit verankert habe (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, S. 114), Präsident Chabanol sah in der gleichen Entscheidung einen Ausschluss dieses Rechts aus dem Bereich der Grundfreiheiten (D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} éd, Litec Jurisclasseur, 2002, Nr. 249). Dieses Beispiel zeigt die Vorsicht, die bei der Untersuchung dieses Begriffs herrschen muss, und die Notwendigkeit, die Untersuchung auf Normen zu beschränken, bei denen jeder Zweifel ausgeräumt ist. Darüber hinaus ist zu beobachten, dass der Richter für einstweilige Verfügungen, wenn er eine Grundfreiheit verankern oder im Gegenteil ihre Existenz verneinen will, dies ausdrücklich tut. In dem Beschluss *Commune de Montreuil-Bellay* vom 12. November 2001 (*Lebon* S. 551) schreibt der Richter für einstweilige Verfügungen beispielsweise ausdrücklich "die Grundfreiheit, unternehmerisch tätig zu sein" fest, gibt diese Bezeichnung aber nicht für die Vertragsfreiheit ab. Folglich ist nur erstere in

Um die Existenz einer Grundfreiheit anzuerkennen, greift der Richter auf verschiedene explizite Formulierungen zurück⁵⁰², die alle streng genommen die gleiche Bedeutung und Tragweite haben⁵⁰³. Die Existenz einer Grundfreiheit kann auch bei einer Zulassungsentscheidung mit Sicherheit festgestellt werden. Der Richter gibt dem Antrag des Klägers statt, benennt aber nicht ausdrücklich die Grundfreiheit, die von der Verwaltung missachtet wurde. Da der Richter dem Kläger nur dann stattgeben kann, wenn alle Voraussetzungen nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erfüllt sind⁵⁰⁴, kann aus einer solchen Entscheidung abgeleitet werden, dass eine Grundfreiheit vorlag. Schließlich kann das Vorhandensein einer Grundfreiheit aus der Anwendung der *Casanovas-Rechtsprechung* abgeleitet werden, wenn die betreffende Freiheit in der Entscheidung ausdrücklich erwähnt wird⁵⁰⁵. So bekräftigt der Staatsrat im Urteil *Casanovas* entsprechend den Schlussfolgerungen des Regierungskommissars, dass die angefochtene Entscheidung "nicht aufgrund der *Meinungen*, die der Betroffene außerhalb des Dienstes äußern konnte, sondern aufgrund seiner beruflichen Unzulänglichkeit getroffen wurde; dass sie unter diesen Umständen keine Grundfreiheit verletzt"⁵⁰⁶. Damit verankert er die Meinungsfreiheit als eine Grundfreiheit.

Es gibt keinen anderen Fall, in dem das Vorhandensein einer Grundfreiheit mit Sicherheit festgestellt werden kann. Insbesondere kann das Vorhandensein einer Grundfreiheit nicht aus der Tatsache abgeleitet werden, dass

dieser Entscheidung als anerkannt zu betrachten.

⁵⁰² In den Entscheidungen heißt es, dass die geltend gemachte Norm "den Charakter einer Grundfreiheit hat" (CE, ord. 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* S. 253; CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* S. 117; CE, 9. April 2004, *Vast*, *Lebon* S. 173; CE, ord. 3. April 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon* T. S. 871), "présente le caractère d'une liberté fondamentale" (CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* S. 497; CE, ord. 16. Februar 2004, *Benaissa*, *Lebon* T. S. 826), "hat den Charakter einer Grundfreiheit" (CE, ord. 16. Juli 2001, *Feuillatey*, *Lebon* S. 309); "stellt eine Grundfreiheit dar" (CE, ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. S. 874; CE, ord. 11. August 2005, *Maingueneau*, Nr. 283462); "ist eine Grundfreiheit" (CE, ord. 19. August 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311; CE, ord. 3. Mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon* T., S. 1034); "gehört" zu den Grundfreiheiten (CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon*, S. 45); "ist" zu den Grundfreiheiten (CE, ord. 15. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon*, S. 466). Er kann auch "die Grundfreiheit, ..." erwähnen. (siehe insbesondere den oben genannten Beschluss *Commune de Montreuil-Bellay* vom 12. November 2001) oder dass "der Begriff der Grundfreiheit (...) umfasst...". (CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* S. 12). Es gibt auch Formulierungen, mit denen die Existenz einer Grundfreiheit mit Sicherheit festgestellt werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Richter feststellt, dass die beanstandete Handlung "weder dem Grundsatz der freien Stimmabgabe noch einer anderen Grundfreiheit schadet" (CE, ord. 7. Februar 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, *Lebon* T. S. 1129). Dies bedeutet notwendigerweise, dass der Grundsatz der freien Stimmabgabe eine Grundfreiheit ist. Dasselbe gilt, wenn der Richter behauptet, dass die Verwaltung die Freiheiten, die Ausländern mit legalem Aufenthaltsstatus zuerkannt werden, verletzt, nachdem er die Unmöglichkeit, sich zu bewegen, und die Unmöglichkeit, eine berufliche Tätigkeit auszuüben, erwähnt hat (CE, ord. 11. Juni 2002, *Ait Oubba*, *Lebon* T. S. 869). Damit verankert er zwangsläufig die beiden genannten Freiheiten als Grundfreiheit.

⁵⁰³ Der Richter betrachtet alle diese Ausdrücke als Synonyme. Einige Autoren haben argumentiert, dass die Formulierungen "hat den Charakter" oder "hat den Charakter" einer Grundfreiheit eine andere Bedeutung haben als die anderen Formulierungen. Sie würden das Zögern des Richters widerspiegeln, wenn er eine Norm als Grundfreiheit einstuft, bei der sich diese Einstufung nicht ohne weiteres aufdrängt. In dem oben genannten Beschluss *Feuillatey* bestätigte der Richter für einstweilige Verfügungen, dass das Recht auf medizinische Einwilligung "den Charakter einer Grundfreiheit hat". Laut Clément "ist es zweifellos etwas anderes, eine Grundfreiheit zu sein. Wenn das Hohe Gericht das Recht auf medizinische Versorgung eindeutig als Grundfreiheit hätte bezeichnen wollen, hätte es das getan". Dass er es nicht getan hat, liegt seiner Meinung nach daran, dass dieses Recht nicht wie das Eigentumsrecht "in großen Texten enthalten" ist. Der Autor argumentiert, dass "Man könnte (...) die Wortwahl des Staatsrats als ein Zögern seinerseits interpretieren. D'autres, peut être, y voiraient une simple maladresse de plume" (C. CLEMENT, *LPA* 26. März 2003, Nr. 61, S. 6). Eine ähnliche Erklärung wurde von Thomas Pez vorgeschlagen. Er stellt fest, dass für den Verwaltungsrichter "das Eigentumsrecht den Charakter einer Grundfreiheit hat, nur den Charakter. Es ist nicht an sich eine Grundfreiheit, sonst hätte der Staatsrat dies gesagt. Mit anderen Worten: Der Ausdruck Grundfreiheit umfasst das Eigentumsrecht, aber das Eigentumsrecht ist nicht mit ihm identisch. Le droit de propriété est assimilé à une liberté fondamentale" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, S. 371-372. Unterstrichen). Die Formulierung würde auch hier eine gewisse Unentschlossenheit des Richters zum Ausdruck bringen. In Wirklichkeit entsprechen diese Erklärungen jedoch keineswegs der Realität in der Rechtsprechung. Man sollte in diesen Variationen weder Zögern noch einen Federfehler sehen, sondern lediglich syntaktische Unterschiede zwischen Formulierungen, deren Bedeutung und Tragweite strikt identisch sind. Der Richter misst diesen Unterschieden in den Formulierungen keine Bedeutung bei und verwendet sie unterschiedslos anstelle der anderen. So hat er beispielsweise festgestellt, dass das Eigentumsrecht "den Charakter einer Grundfreiheit hat" (oben genannte Entscheidungen *Commune d'Hyères-les-Palmiers* und *Stéphaur*) oder "eine Grundfreiheit darstellt" (oben genannter Beschluss *S.C.I. Résidence du théâtre*).

⁵⁰⁴ Siehe *infra*, § 221.

⁵⁰⁵ Vgl. CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *Lebon* S. 108. Siehe *infra*, §§ 240-241.

⁵⁰⁶ Wenn der Richter hingegen die fragliche Freiheit nicht erwähnt, kann keine Schlussfolgerung gezogen werden. Dies ist der Fall, wenn der Richter feststellt, dass die angefochtene Maßnahme "nicht selbst eine Beeinträchtigung einer Grundfreiheit darstellt" (CE, ord. 27. Juni 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, *Lebon* S. 228) oder dass die angefochtene Maßnahme "nicht selbst als Beeinträchtigung einer Grundfreiheit angesehen werden kann" (CE, ord. 16. September 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon* T. S. 314), ohne zuvor auf ein bestimmtes Recht oder eine bestimmte Freiheit hingewiesen zu haben.

der Richter prüft, ob die Bedingung der Verletzung oder der Schwere der Verletzung erfüllt ist⁵⁰⁷. Ebenso ist die Formulierung, die sich auf "die vom Kläger geltend gemachten Grundfreiheiten" bezieht⁵⁰⁸, nicht als Zustimmung des Richters zu der von ihm gewählten Einstufung zu lesen, sondern als einfache Übernahme der Worte seiner Klageschrift, die in keiner Weise die Eignung für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 vorwegnimmt.

Ausdrückliche Ausschlussformeln sind das Gegenteil von Formulierungen, mit denen der Staatsrat ausdrücklich die Existenz einer Grundfreiheit anerkennt⁵⁰⁹. Es sei darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer Grundfreiheit natürlich nicht allein aus der Ablehnung des Antrags auf einstweilige Verfügung⁵¹⁰ oder aus Formulierungen abgeleitet werden kann, in denen der Richter es ausdrücklich ablehnt, sich dazu zu äußern, ob die geltend gemachte Norm eine Grundfreiheit darstellt⁵¹¹. Andererseits kann sich die Ablehnung der Einstufung als Grundfreiheit aus der Zurückweisung eines Rechtsmittels ergeben, wenn der Verfasser einen einzigen Kassationsgrund vorbringt, der auf der Existenz einer Grundfreiheit beruht, die der erste Richter zu Unrecht nicht anerkannt hat. In diesem Fall bedeutet die Zurückweisung des Rechtsmittels in der Sache notwendigerweise, dass der Kassationsrichter die Einstufung als Grundfreiheit ausschließt⁵¹².

Aus diesen Formeln lässt sich eine Liste der eingeschlossenen Normen und eine Liste der von der Kategorie der Grundfreiheiten ausgeschlossenen Normen erstellen⁵¹³. Neben dieser doppelten Liste werden zwei zusätzliche Elemente berücksichtigt, um die Kriterien für die Identifizierung einer Grundfreiheit festzulegen: zum einen die Hinweise, die sich aus den Entscheidungen selbst in ihren Begründungen und Verweisen ergeben, zum anderen die Präzisierungen und Indizien, die von den Regierungskommissaren in den seltenen Fällen geliefert werden, in denen der Richter des *référé-liberté* in kollegialer Zusammensetzung entscheidet.

119. Welche Elemente unterscheiden die Grundfreiheiten in Anbetracht all dieser Daten von der Masse der anderen Normen, die die Rechtsordnung bilden? Welche Elemente, die der Kategorie der Grundfreiheiten ihre Besonderheit verleihen, werden diese von anderen Rechtsnormen unterscheiden? Damit die vorgeschlagenen Kriterien wirksam sind, müssen die beiden folgenden Anforderungen erfüllt sein: Erstens müssen alle als Grundfreiheiten eingestuft Normen ausnahmslos alle Kriterien erfüllen; zweitens müssen die aus der Kategorie der Grundfreiheiten ausgeschlossenen Normen mindestens eines der Kriterien nicht erfüllen. Die Kriterien müssen präzise genug sein, um das positive Recht in seiner heutigen Form wiederzugeben; sie müssen jedoch, um eine gewisse Dauerhaftigkeit zu beanspruchen, mit dem Vorgehen des Richters und der Flexibilität, die er seiner Rechtsprechung verleihen möchte, kompatibel sein. Die Rechtsprechung ist flexibel, also müssen auch die Kriterien flexibel sein.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Tatsache, dass ein Recht oder eine Freiheit unter dem besonderen Schutz der Justizbehörde steht, kein Hindernis für die Einstufung als Grundfreiheit darstellt. So konnten das Eigentumsrecht und die persönliche Freiheit als Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 anerkannt werden, obwohl die Justizbehörde traditionell als ihr natürlicher Hüter angesehen wird.⁵¹⁴

⁵⁰⁷ In diesem Fall prüft der Richter nämlich nur, ob die vom Kläger geltend gemachte Norm verletzt wurde, nimmt aber nicht dazu Stellung, ob diese Norm eine Grundfreiheit darstellt. Mit anderen Worten: Es ist nicht erforderlich, dass eine Norm als Grundfreiheit eingestuft wird, damit sich der Richter zur Voraussetzung der Verletzung äußert. So prüft der Richter in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 (CE, 27. Juli 2001, *Haddad*, Nr. 231889), ob der Gleichheitsgrundsatz missachtet wird, und schließt ihn 2003 ausdrücklich aus dem Bereich der Grundfreiheiten aus (CE, Ord. 26. Juni 2003, *Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle*, Nr. 257938). Umgekehrt prüft der Richter in einer Entscheidung aus dem Jahr 2002, ob die Unschuldsvermutung verletzt wird, und stellt fest, dass nicht untersucht werden muss, ob dieses Recht tatsächlich "in den Bereich der Vorhersagen des Artikels L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" fällt (CE, ord. 20. Februar 2002, *Ploquin*, Nr. 243234); dieses Recht wird 2003 verankert (CE, ord. 14. März 2005, *Gollnisch, Lebon* S. 103).

⁵⁰⁸ Siehe zum Beispiel CE, Ord. 4. Februar 2003, *Hilario*, Nr. 253742.

⁵⁰⁹ Der Richter bestätigt, dass die angeführte Norm: "keine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 darstellt" (CE, Ord. 24. Januar 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* S. 37), nicht "den Charakter einer Grundfreiheit" aufweist (CE, Ord. 3. Mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, Lebon* S. 168), dass der Grundsatz "distinct des libertés fondamentales" (ordonnance *Gollnisch précitée*) ist, etc.

⁵¹⁰ Da die Voraussetzungen für die Gewährung kumulativen Charakter haben, reicht es für die Ablehnung des Antrags aus, wenn eine der Voraussetzungen außer derjenigen, die sich auf das Vorliegen einer Grundfreiheit bezieht, nicht erfüllt ist. Wenn eine der Voraussetzungen nicht erfüllt ist, muss der Richter für einstweilige Verfügungen nicht darüber entscheiden, ob die anderen Voraussetzungen erfüllt sind (siehe *unten*, § 221).

⁵¹¹ Siehe zum Beispiel CE, 18. Oktober 2002, *Caunes-Rey*, Nr. 249678, in dem es heißt: "Selbst wenn man annimmt, dass die Möglichkeit jedes Abiturienten, gemäß den Bestimmungen der Artikel L. 612-2 und L. 612-3 des Bildungsgesetzes die Hochschuleinrichtung zu wählen, an der er ein Erststudium absolvieren möchte, eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellt, wird eine solche Freiheit nicht direkt von der Entscheidung eines Prüfungsausschusses, einen Abiturienten zurückzustellen, berührt".

⁵¹² Siehe CE, 28. Mai 2001, *Raut, Lebon T.*, S. 1126.

⁵¹³ Siehe Anhang Nr. 1.

⁵¹⁴ Für das Konfliktgericht gehören "der Schutz der persönlichen Freiheit und der Schutz des Privateigentums im

Positiv betrachtet müssen die Grundfreiheiten auf der Grundlage von zwei Hauptkriterien definiert werden, die jeweils einem der vom Gesetzgeber gewählten Begriffe entsprechen. Zunächst handelt es sich bei der betreffenden Norm um eine Freiheit. Diese Freiheit ist für den Verwaltungsrichter am weitesten gefasst, da sie über die Kategorie der Abwehrrechte hinausgeht. Sie muss als ein subjektives öffentliches Recht mit einer besonderen Ausgestaltung analysiert werden. Zweitens muss die fragliche Norm einen grundlegenden Charakter aufweisen. Der Richter versteht dieses Adjektiv in einem materiellen Sinne, als Synonym für eminent oder wesentlich. Die Fundamentalität kommt vor allem, aber nicht ausschließlich in der Verfassungsmäßigkeit zum Ausdruck. Es sei darauf hingewiesen, dass diese beiden Kriterien - subjektives öffentliches Recht und Fundamentalität - kumulativ sind. Insbesondere reicht es nicht aus, dass eine Norm *grundlegend ist*, um eine *Grundfreiheit* zu sein. Es ist daher falsch, ausschließlich auf die Essentialität der Norm abzustellen, wie es viele Autoren tun, ohne ihre Struktur und ihren Gegenstand zu berücksichtigen.

Abschnitt 1. Freiheit: ein subjektives öffentliches Recht

120. Auf den ersten Blick mag es fragwürdig erscheinen, einen unklaren Rechtsbegriff anhand eines ebenso unklaren, wenn nicht sogar noch unklaren Begriffs der Rechtswissenschaft definieren zu wollen⁵¹⁵. Denn obwohl die Frage der subjektiven Rechte Gegenstand zahlreicher Studien war⁵¹⁶, ist sie immer noch Anlass für ewige Kontroversen. Die Definition von subjektiven Rechten selbst ist aufgrund der enormen Anzahl von Bedeutungen, die dieser Begriff erfahren hat, unsicher⁵¹⁷. Dennoch kann sich der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, wenn er in einem technischen Sinne verstanden wird, als ein sehr nützliches Instrument erweisen, um den Gegenstand "Grundfreiheit", wie er vom Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen verstanden wird, zu erfassen. Wenn dieser Begriff dann verwendet werden kann, dann nur unter der Bedingung, dass genau angegeben wird, in welchem technischen Sinne er verstanden wird.⁵¹⁸

Wesentlichen zu den Aufgaben der Justizbehörde" (TC, 18. Dezember 1947, *Hilaire, Lebon*, S. 516). Diese privilegierte Rolle ist heute verfassungsrechtlich verankert, und zwar auf der Grundlage von Artikel 66 der Verfassung für die persönliche Freiheit und von den durch die Gesetze der Republik anerkannten Grundprinzipien für das Eigentumsrecht (CC, Nr. 89-256 DC, 25. Juli 1989, *Slg.* S. 53). In der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung verfügen die Gerichtsurteile über eine *privilegierte* Zuständigkeit, wenn diese Rechte in Frage stehen, und nicht über eine ausschließliche Zuständigkeit. In der Entscheidung 256 DC spricht der Rat von der "Bedeutung" der Befugnisse, die der Justizbehörde im Bereich des Schutzes des Immobilieneigentums übertragen werden, was bedeutet, dass es kein Monopol zu ihren Gunsten gibt, wie dies in späteren Entscheidungen bestätigt wurde (siehe J. TREMEAU, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, S. 653). In Bezug auf die persönliche Freiheit stellten die Autoren des Verfassungskodex fest, dass der Verfassungsrat zwischen der persönlichen Freiheit im Sinne von Artikel 66 der Verfassung und der persönlichen Freiheit im Sinne von Artikel 2 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte unterscheidet. Im ersten Fall ist der Richter ausschließlich zuständig, im zweiten Fall kann die Zuständigkeit zwischen den beiden Rechtsprechungsorganen aufgeteilt werden (siehe T. S. RENOUX und M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, Nr. 1245).

⁵¹⁵ Siehe R. MASTPETIOL, "Ambiguïté du droit subjectif métaphysique, technique juridique ou sociologie", *APD* 1964, t. IX, S. 71-81.

⁵¹⁶ Siehe insbesondere *APD* 1964, t. IX, *Le droit subjectif en question*; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 S. (und seine Kritik von C. EISENMANN, "Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin", *RDP* 1954, S. 753-774); P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* (1963), Neuauflage Bibliothèque Dalloz, 2005, 451 S.; J.-J. SUEUR, *Recherches sur le concept de droit subjectif. Essai de méthodologie juridique*, Thèse Nice 1980, 603 S. Siehe speziell zum Konzept des subjektiven öffentlichen Rechts: N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, 805 S.; I. CHOUMENKOVITCH, *Les droits subjectifs publics des particuliers*, thèse Paris, 1912, 206 S.; J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1899, 204 S.; R. BONNARD, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RDP* 1932, S. 695-728.

⁵¹⁷ Siehe in diesem Zusammenhang die anschauliche - wenn auch nicht vollständige - grafische Darstellung der "Theorien des subjektiven Rechts" von C. ATLAS, *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1987, S. 70.

⁵¹⁸ Charles Eisenmann hatte festgestellt, dass "das positive Recht ebenso wenig eine Aufzählung von Rechten oder subjektiven Rechten liefert wie eine Definition des subjektiven Rechts; es ist ein Begriff, den es nicht kennt; es kennt den Begriff nicht. Dieser Begriff stellt eine Schöpfung der Rechtswissenschaft oder 'Doktrin' dar (...)" (C. EISENMANN, *a. a. O.*, S. 773). Daher "muss die Lehre die Definition des Begriffs in Verbindung mit dem Inhalt, den sie ihm zuweisen will, festlegen" (*ebd.*). Diese methodologische Strenge wird von den Autoren nicht immer eingehalten. Es kommt häufig vor, dass sie den Begriff verwenden, ohne zu präzisieren, in welchem Sinne sie ihn benutzen. Wie Bonnard bereits 1935 feststellte, "betrachten die meisten [Autoren] das subjektive Recht als einen Begriff, der sich von selbst versteht; daher sind sie sehr erstaunt und sogar schockiert, wenn man sie drängt, ihm eine genaue Bedeutung zu geben" (R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1935, S. VI).

121. In Deutschland, wo man eher von subjektiv-öffentlichem Recht spricht, hat der Begriff einen juristischen Charakter⁵¹⁹ und wird daher von den Autoren genau definiert. Nach der Definition von Bühler aus dem Jahr 1914, auf die auch heute noch Bezug genommen wird⁵²⁰, "ist ein subjektives öffentliches Recht die Rechtsstellung des Rechtssubjekts gegenüber dem Staat, in der es aufgrund einer Vereinbarung oder einer zum Schutz seiner individuellen Interessen erlassenen zwingenden Rechtsvorschrift, die es gegenüber der Verwaltung geltend machen kann, etwas vom Staat verlangen oder gegen ihn tun kann"⁵²¹. Nach dieser "Schutznormlehre" gibt es zwei Elemente, die die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts begründen: zum einen eine objektive Norm, die der Verwaltung eine Verpflichtung auferlegt, und zum anderen die Tatsache, dass diese Norm dazu bestimmt ist, die individuellen Interessen bestimmter Verwaltungsbeamter zu schützen⁵²². Wie M. Autexier sagt, "setzt ein subjektives öffentliches Recht die Existenz einer zwingenden Regel voraus, die die notwendigen Bedingungen für die Anerkennung des Rechts festlegt, dessen Inhaber bestimmt und die öffentliche Behörde benennt, die Schuldner der Verpflichtung ist"⁵²³.
122. In Frankreich hat der Begriff einen rein doktrinären Charakter. Eine sehr umfassende Definition, die die wichtigsten Elemente der in Deutschland vorherrschenden Definition aufgreift, wurde von Professor Foulquier gegeben. Für diesen Autor ist "ein Verwaltungsangestellter Inhaber eines subjektiven Rechts, wenn er die Bedingungen erfüllt, die es ihm ermöglichen, als Begünstigter der Befugnis angesehen zu werden, von den öffentlichen Personen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen - das durch eine allgemeine oder individuelle Norm anerkannt wird, ohne dass er verpflichtet ist, diese Befugnis für ein sozial legitimes persönliches Ziel zu nutzen -, um sich einen bestimmten moralischen oder materiellen Vorteil zu verschaffen, den die Rechtsordnung ausdrücklich oder implizit als zulässig betrachtet hat"⁵²⁴.
123. Auf der Grundlage dieser Elemente ist es möglich, den theoretischen Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts im Rahmen der vorliegenden Studie als eine rechtliche Verpflichtung der Verwaltung zu definieren, die auf den Schutz eines bestimmten Interesses abzielt und einen abstrakt identifizierten Begünstigten hat.

I. Eine rechtliche Verpflichtung zu Lasten der Verwaltung

124. Zunächst einmal ist die Grundfreiheit eine Rechtsnorm, die die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Sie ist eine Norm mit direkter Wirkung, die der öffentlichen Gewalt entgegengehalten werden kann.

A. Eine Rechtsnorm

125. Die Grundfreiheit, die hier aus der Perspektive des subjektiven Rechts betrachtet wird, hat keine eigene oder autonome Existenz. Dieses Konzept existiert nur durch und dank des objektiven Rechts⁵²⁵. Jean Dabin stellte fest, dass "in der heute allgemein anerkannten Sprache, sowohl von Rechtstechnikern als auch von

⁵¹⁹ Im deutschen Rechtsstreit ist die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts Voraussetzung für die Möglichkeit, eine Klage vor dem Verwaltungsgericht zu erheben. Siehe D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, S. 41 ff.

⁵²⁰ Siehe die von D. CAPITANT zitierten Autoren, oben genannte Dissertation, S. 43, Fußnote 81.

⁵²¹ O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsprechung*, 1914, S. 224, zitiert von D. CAPITANT, *a. a. O.*, S. 43.

⁵²² Diese im deutschen Verwaltungsrecht entwickelte Theorie der Schutznorm wurde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rezipiert (BVerfGE 27, 297, 17. Dezember 1969, S. 307, zitiert von D. CAPITANT, *a. a. O.*, S. 53).

⁵²³ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, Nr. 209. Vgl. auch H. MAURER, *Droit administratif allemand*. Allgemeines Verwaltungsrecht (aus dem Deutschen übersetzt von M. FROMONT), LGDJ, Coll. Manuels, 1992, S. 156: "Darunter versteht man die einem Rechtssubjekt durch eine Rechtsnorm zuerkannte Rechtsmacht, zur Befriedigung seiner eigenen Interessen zu verlangen, dass ein Dritter eine bestimmte Handlung vornimmt, duldet oder unterlässt. Subjektive Rechte können sowohl auf dem Privatrecht als auch auf dem öffentlichen Recht beruhen. Im Folgenden geht es um letztere. *Das subjektive öffentliche Recht* ist daher - aus der Sicht des Bürgers - *die einem Individuum durch das öffentliche Recht verliebene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung der Befriedigung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen*" (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵²⁴ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, S. 405.

⁵²⁵ Wie M. Maurer schreibt: "*Objektives Recht* und *subjektives Recht* müssen strikt voneinander unterschieden werden. Das objektive Recht bildet die Summe der Rechtsregeln; es ist die Grundlage für rechtliche Verpflichtungen und gegebenenfalls für subjektive Rechte, die das Gegenstück dazu sind" (H. MAURER, *a. a. O.*, S. 157. Hervorhebung hinzugefügt).

Theoretikern der Rechtswissenschaft, der Ausdruck "subjektives Recht" (...) ein bestimmtes Vorrecht bedeutet, das durch das objektive Recht zugunsten eines Einzelnen (oder einer Gemeinschaft) begründet oder anerkannt wird⁵²⁶. Es stellt eine Spezies dar, die zur Gattung der durch das objektive Recht anerkannten Vorrechte gehört. Er ist lediglich ein Element des objektiven Rechts, das einer juristischen Person zugeschrieben wird⁵²⁷. Diese Bedeutung entspricht vollkommen dem Begriff der Grundfreiheit, die keine eigenständige Existenz im Verhältnis zum Begriff des Rechts hat.

126. Nur *Rechtsnormen* können den Charakter einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes haben. Der Grund dafür ist einfach. Die Bestimmung der Grundfreiheiten fällt unter die Rechtsgründe der gerichtlichen Entscheidung⁵²⁸. Diese können jedoch per Hypothese nur aus der Rechtsordnung selbst stammen: "Die Rechtsgründe der Urteile müssen immer und ausschließlich Regeln sein, die aus der Gesetzgebung stammen, die in Artikeln des Gesetzes, in Kodizes und anderen offiziell festgelegten Rechtsquellen niedergelegt sind"⁵²⁹. Die normative Grundlage von Gerichtsentscheidungen darf nur gesetzlichen oder besser "gesetzlich festgelegten, d. h. vorab festgelegten Regeln entsprechen, die vor jedem Eingreifen und Handeln der Gerichte bestehen"⁵³⁰. Die gerichtliche Lösung muss auf dem Gesetz - im weitesten Sinne - beruhen; sie "kann nur durch seine Regeln bestimmt werden, allein aus seinen Bestimmungen abgeleitet werden, unter Ausschluss aller anderen möglichen Kategorien und vor allem unter Ausschluss von Regeln, die der Richter selbst, selbst "inoffiziell", schaffen würde; es ist allein das "Gesetz", in dem er die normativen Grundlagen seiner Urteile suchen muss - und finden wird"⁵³¹. Der Richter für einstweilige Verfügungen kann daher keine Grundfreiheiten außerhalb der Rechtsquellen entdecken. Die Norm muss vor seinem Eingreifen bereits existieren. Grundfreiheiten können daher nicht außerhalb des positiven Rechts gesucht werden. Die Grundfreiheit ist und kann nur eine Norm rechtlicher Natur sein. "Es gibt *Rechte* im rechtlichen Sinne nur durch das *Recht*"⁵³². Gemäß den Grundsätzen, die die Art und Weise der Normerzeugung in unserem Rechtssystem bestimmen, wird die Rechtsgültigkeit einer Norm durch ihre

526 J. DABIN, *Le droit subjectif*, a. a. O., S. 2.

527 Nach Réglade ist "der Begriff des subjektiven Rechts kein autonomer, von dem der Rechtsnorm oder des objektiven Rechts unabhängiger Begriff"; er ist "ein Aspekt oder, in gewisser Weise, eine Emanation der Rechtsnorm, des sogenannten objektiven Rechts" (M. REGLADE, *Valeurs sociales et concepts juridiques (norme et technique)*, Sirey, 1950, S. 85). Ebenso ist für Kelsen das subjektive Recht nur der "Reflex" einer rechtlichen Verpflichtung, d. h. das Produkt der Reflexion, verstanden im Sinne der Physik. Das Reflexrecht reflektiert lediglich eine Verpflichtung und hat daher für sich genommen keine Existenz: "Diese Tatsache, die man mit dem Namen "Recht" oder "subjektives Recht" oder "Anspruch" eines Individuums bezeichnet, ist nichts anderes als die Verpflichtung des anderen oder der anderen" (H. KELSEN, *Reine Theorie*, a. a. O., S. 134). Daher "kann ein Reflexrecht nicht ohne die entsprechende rechtliche Verpflichtung existieren. Nur wenn ein Individuum gegenüber einem anderen Individuum rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, hat das zweite Individuum gegenüber dem ersten ein "Recht" auf dieses Verhalten. Man muss mehr sagen: "Das 'Reflex-Recht' des einen besteht allein und ausschließlich in der Verpflichtung des anderen" (a. a. O., S. 135-136).

528 Wie Charles Eisenmann in Erinnerung ruft, sind Rechtsgründe in Gerichtsentscheidungen diejenigen, die "sich auf die Rechtsordnung (in einer Weise oder in einer anderen) beziehen" (C. EISENMANN, "Jurisdiction et logique (selon les données du droit français)", in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, S. 480). Diese Rechtsgründe umfassen neben den Elementen des Einzelfalls auch allgemeine und abstrakte Elemente, d. h. "all diejenigen, die sich auf die Bedeutung der Rechtsregel beziehen, die dazu beitragen, ihre Substanz festzulegen" (*ibid.*).

529 C. EISENMANN, a. a. O., S. 484.

530 C. EISENMANN, a. a. O., S. 485.

531 C. EISENMANN, a. a. O., S. 485.

532 S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Coll. Thémis philosophie, 1992, S. 282. Hervorgehoben. Das Prinzip wird von allen Autoren für die naheliegenden Ausdrücke Grundrecht, öffentliche Freiheiten und Menschenrechte anerkannt. Für M. Braud "gibt es keine öffentlichen Freiheiten, die nicht durch das Recht "benannt" werden, d. h. die ausdrücklich durch eine Norm gesetzt werden" (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, S. 271). Ebenso, so M. Colliard, "Die öffentlichen Freiheiten existieren nur im positiven Recht und nur durch das positive Recht (...)" (C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^{ème} ed., Dalloz, coll. Précis, 1989, S. 16). Laut Frau Lochak "haben die Menschenrechte außerhalb ihrer Berücksichtigung durch das positive Recht keine reale Existenz" (D. LOCHAK, "L'étranger et les droits de l'homme", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, S. 615). Für M. Mourgeon ist "die Anerkennung der Rechte die Anfangsbedingung für ihre Wirksamkeit und Einklagbarkeit, da die Rechte ohne sie weder anrufbar noch nutzbar sind" (J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, Coll. QSJ, 2003, S. 67). Dasselbe gilt für das theoretische Konzept des "Grundrechts" (siehe insbesondere S. DEFIX, *Le concept de droits fondamentaux. Contribution à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux*, Thèse Clermont-Ferrand I, 1999, S. 72 f.; A. MOREL, "Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques", in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, éd. AUPELF-UREF, 1994, S. 318). Selbst jusnaturalistische Autoren räumen ein, dass "die Notwendigkeit der Achtung der Grundrechte eine Anerkennung dieser Rechte in einem Instrument rechtlicher Natur voraussetzt. Dies ist die einzige Bedingung, die es dem Einzelnen ermöglicht, seine Rechte vor dem Richter geltend zu machen" (W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, thèse Bordeaux I, 1994, S. 139). M. Picard räumt ein, dass es nicht darum geht, "zu behaupten, dass die ordentlichen Gerichte die Macht haben sollten, plötzlich neue Grundrechte zu erfinden, die nie irgendwo verankert worden wären (...)" (E. PICARD, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 41).

Einfügung in die staatliche Rechtsordnung, ihre Zugehörigkeit zum Rechtssystem des Staates definiert: "Nur die vom Staat zugelassene und erlassene Regel ist eine Rechtsregel im eigentlichen Sinne"⁵³³. Es ist der Staat, und nur der Staat, der entscheidet, ob Einzelpersonen Rechte und Freiheiten zuerkannt werden⁵³⁴. Da das positive Recht auf das staatliche Recht beschränkt ist, können die Grundfreiheiten keinen Ursprung außerhalb der Rechtsordnung haben. Daraus folgt, dass individuelle oder kollektive Bestrebungen, die nicht durch das Recht anerkannt werden, nicht als solche bezeichnet werden können. Wie Carré de Malberg feststellte, "bleibt eine Fähigkeit, selbst eine natürliche, des Individuums, solange sie nicht durch das Recht des Staates anerkannt, verkündet und sanktioniert wurde, wertlos"⁵³⁵. Es muss eine Norm des positiven Rechts existieren, sei es eine Textnorm wie beim Asylrecht oder der Versammlungsfreiheit oder eine Rechtsprechungsnorm wie bei der persönlichen Freiheit. Ohne eine solche rechtliche Verpflichtung kann keine Grundfreiheit charakterisiert werden. Wenn also der Zugang zu einer postgradualen Ausbildung nicht als Grundfreiheit betrachtet werden kann⁵³⁶, dann liegt dies, wie der Regierungskommissar erklärt, daran, dass dieser Zugang "durch keinen Text garantiert wird"⁵³⁷. Da keine Rechtsquelle die Existenz eines solchen Rechts verankert, konnte der Verwaltungsrichter darin keine Grundfreiheit sehen.

Da die Norm außerdem vor dem Eingreifen des Richters existieren muss, kann der Richter die Existenz einer Grundfreiheit nicht aus dem allgemeinen Begriff der Freiheit ableiten. Eine Grundfreiheit ist nämlich nicht gleichbedeutend mit der Freiheit im Allgemeinen. Wenn eine Tätigkeit nicht zu einer rechtlichen Freiheit erhoben wurde, ist diese Tätigkeit zwar zulässig und wird toleriert, genießt aber keine besondere Anerkennung. Sie entspricht, wie es so schön heißt, einer "unbenannten" Freiheit, die eines der unzähligen Gesichter der Freiheit darstellt. Die unbenannten Freiheiten "sind in keinem Text vorgesehen und (...) ergeben sich einfach aus dem allgemeinen Grundsatz der Freiheit, der in Artikel 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte verankert ist"⁵³⁸. Die "unbenannten" Freiheiten stehen den "benannten" Freiheiten gegenüber: denjenigen, deren Existenz durch eine Rechtsnorm ausdrücklich anerkannt wird. Wie Teitgen feststellte, "haben die im positiven Recht genannten Freiheiten (...) keine andere Garantie als die Grundsatzgarantie, die durch die *Erklärung der Menschenrechte* der persönlichen Freiheit im Allgemeinen beigefügt ist"⁵³⁹. Sie können gemäß dem liberalen Grundsatz ausgeübt werden, dass alles, was nicht durch das Gesetz verboten ist, nicht verhindert werden kann. Sie können jedoch nicht als Grundfreiheiten betrachtet werden. Die Lösung ist seit langem im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung verankert. Der Richter lehnt es ab, unbenannte Freiheiten als Grundfreiheiten anzuerkennen, wie z. B. das Recht jedes Bürgers, historische Denkmäler zu besichtigen⁵⁴⁰. Nur benannte Freiheiten haben eine rechtliche Konsistenz und stellen als solche echte Rechtsnormen dar. Die Existenz einer Grundfreiheit lässt sich nicht aus dem Fehlen von Geboten und Verboten ableiten; vielmehr wird ein direkter Schutz des Begünstigten gefordert. Folglich wäre es fragwürdig, die Existenz von Grundfreiheiten ausgehend von der allgemeinen Freiheit, die in den Artikeln 2 und 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte verkündet wird, verankern zu wollen. Wenn der Verfassungsrat durch eine konstruktive Auslegung aus diesen Bestimmungen Rechte und Freiheiten ableiten konnte, die im Verfassungstext nicht enthalten sind⁵⁴¹, kann der Richter für einstweilige Verfügungen in

533 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922), Bibliothèque Dalloz, Neuauflage 2003, T. 1, S. 240: "In unseren modernen Gesellschaften ist das "positive" Recht das, was von der öffentlichen Gewalt nach den Kriterien, die sie selbst zu diesem Zweck aufstellt, als solches anerkannt wird" (D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Odile Jacob, 1997, S. 163). Auf diese Weise "ist eine Norm nur deshalb Teil einer Rechtsordnung, weil sie in Übereinstimmung mit den Bestimmungen einer anderen Norm dieser Ordnung aufgestellt wurde" (H. KELSEN, *Théorie pure, op. cit.*, S. 235). Daraus folgt, dass "eine Norm, deren Schaffung absolut nicht durch eine höhere Norm geregelt ist, nicht als im Rahmen der Rechtsordnung gesetzt angesehen werden kann und folglich nicht Teil dieser Ordnung sein kann" (a. a. O., S. 236).

534 Der Staat "schreibt sich die Kontrolle über den Prozess der Anerkennung und Kodifizierung von Rechten zu: Er bleibt in letzter Instanz frei, Art und Umfang der Rechte, die er den auf seinem Territorium lebenden Personen zuerkennt, nach eigenem Ermessen zu bestimmen" (D. LOCHAK, "L'étranger et les droits de l'homme", a. a. O., S. 615-616).

535 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, a. a. O., S. 240. Solange Werte, Interessen oder Forderungen "nicht in das positive Recht aufgenommen werden, sind sie keine wirklichen Grundrechte; sie sind Ausdruck eines kraftlosen Geistes" (G. PECES-BARBA MARTINEZ, a. a. O., S. 40).

536 CE, 18. Oktober 2002, *Caunes-Rey*, Nr. 249678.

537 Unveröffentlichte Schlussanträge R. SCHWARTZ zu CE, 18. Oktober 2002, *Caunes-Rey*, Nr. 249678.

538 J.-M. AUBY und R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^{ème} éd., LGDJ, 1984, S. 687.

539 P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, S. 132. Unterstrichen.

540 Siehe Concl. GAZIER zu CE, 18. November 1949, *Carlter*, RDP 1950, S. 172.

541 Beispielsweise diente Artikel 4 der Erklärung von 1789 als Grundlage für die Anerkennung der unternehmerischen Freiheit (CC, Nr. 81-132 DC, Kons. 16, *Slg.* S. 18; CC, Nr. 98-401 DC, 10. Juni 1998, Kons. 3, *Slg.* S. 258). Es konnte argumentiert werden, dass diese Bestimmung in der Verfassungsrechtsprechung eine mit der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes vergleichbare Rolle spielen sollte, nämlich die eines *Auffanggrundrechts*, das den Schutz bestimmter Rechte und Freiheiten ermöglicht, die nicht im Verfassungstext enthalten sind, aber mit der allgemeinen Idee der Freiheit in Verbindung gebracht werden können (siehe in diesem Sinne T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, t. 112, 2003, S. 146 ff.).

Anbetracht seines Amtes nicht ebenso verfahren. Es spricht nichts dagegen, dass er ein Recht oder eine Freiheit, die vom Verfassungsrat aus diesen Bestimmungen extrahiert wurden und insofern eine bereits vor seinem Eingreifen bestehende Norm darstellen, als Grundfreiheit bezeichnet. Dagegen wäre es anfechtbar, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen, der innerhalb von 48 Stunden entscheidet, sich die Befugnis anmaßt, selbst Rechte und Freiheiten aus diesen Bestimmungen zu schaffen, wenn diese zuvor nie vom Verfassungsrat - oder vom Staatsrat, der in Streitfällen entscheidet - anerkannt wurden und folglich nicht bereits vor seinem Eingreifen bestanden haben.

127. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Richter für einstweilige Verfügungen nach dem Vorbild der Technik, die manchmal zur Entdeckung allgemeiner Rechtsgrundsätze eingesetzt wird, eine Grundfreiheit aus einer Reihe von konvergierenden Bestimmungen extrahieren kann⁵⁴². Während der Vorbereitungsarbeiten hatte der Berichtersteller des Gesetzentwurfs in der Nationalversammlung die Technik der allgemeinen Rechtsgrundsätze in Bezug auf die Grundfreiheiten nur sehr vage erwähnt⁵⁴³. Eine Annäherung an die Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze ist zwar denkbar, aber nur teilweise möglich, da sich die Entstehung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes und die Anerkennung einer Grundfreiheit erheblich unterscheiden.

Allgemeine Rechtsgrundsätze gehorchen einer relativ freien Entstehungsweise, und der Text, aus dem sie hervorgehen, muss nicht auf die Verwaltung anwendbar sein. Wie bereits festgestellt wurde, kann eine Grundfreiheit hingegen nur dann anerkannt werden, wenn eine Rechtsnorm existiert, die vor dem Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen gegenüber der Verwaltung durchsetzbar ist. Insofern wird die Festschreibung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes vom Verwaltungsrichter manchmal einen erheblichen Anteil an Schöpfung erfordern, da sie eine Verpflichtung gegenüber der Verwaltung durchsetzbar macht, die vor dem Eingreifen des Richters nicht durchsetzbar war⁵⁴⁴. Die Verankerung des Grundsatzes schafft eine neue rechtliche Verpflichtung für die Verwaltung. Nimmt man als Beispiel das Urteil *Ville de Toulouse* vom 23. April 1982⁵⁴⁵, so ist das Recht auf eine Behandlung, die mindestens dem interprofessionellen Mindestlohn für Wachstum entspricht, bevor es als allgemeiner Rechtsgrundsatz verankert wird, lediglich eine Bestimmung des Arbeitsgesetzbuches, die als solche der Verwaltung nicht entgegengehalten werden kann. Ab dieser Entscheidung wird der Verwaltung eine neue rechtliche Verpflichtung auferlegt, die vorher nicht bestand.

Wenn der Richter hingegen eine Grundfreiheit anerkennt, schafft er keine neue Norm oder rechtliche Verpflichtung; diese existiert bereits vor seinem Eingreifen und ist aufgrund eines Textes oder einer Rechtsprechung bereits gegenüber der Verwaltung durchsetzbar. Der Richter qualifiziert sie lediglich. Er orientiert sich nicht am Geist gesetzlicher Bestimmungen, sondern an diesen Bestimmungen selbst. Die Verpflichtung war ihm gegenüber einklagbar; sie ist es nur weiterhin durch die Kategorie der Grundfreiheiten. Zwar wird nicht mehr bestritten, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit Rechtsquelle ist⁵⁴⁶, doch kann sie diese Eigenschaft nicht

542 Dieses Verfahren der Anerkennung durch Synthetisierung ist eine der vier Arten der Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Zu den verschiedenen Arten der Schaffung allgemeiner Rechtsgrundsätze siehe J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, S. 383 ff.

543 Siehe oben, § 77.

544 Zwar wird behauptet, dass "die ungeschriebenen Grundsätze immer mehr oder weniger aus den geschriebenen Normen abgeleitet wurden" (J.-BELGEORGE, S. 13). M. BELORGEY, "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'Etat français", *RA* 1999, numéro spécial 4, S. 79), dass "der allgemeine Rechtsgrundsatz vom Richter aus dem bestehenden Recht abgeleitet wird" (B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, Nr. 36) oder dass die Entdeckung dieser Grundsätze "durch Kristallisation latenter Elemente im bestehenden Recht" erfolgt (S. HUBAC und J.-E. SCHOETTL, chron. sous CE, Ass., 11 juillet 1984, *Surbini*, *AJDA* 1984, S. 543). Dennoch steht fest, dass diese Grundsätze vor ihrer Verankerung durch den Richter als solche keine rechtliche Existenz haben. Die formale Quelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze kann nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst sein (R. CHAPUS, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", *D.* 1966, chron. Nr. XX, S. 99-106, spé S. 104). Wie Professor Moderne feststellt, "ist es keineswegs selbstverständlich, dass diese Grundsätze sich in einer Rechtsordnung gewissermaßen in einem latenten Zustand befinden würden, bevor sie von einer qualifizierten Behörde identifiziert und offiziell verkündet werden" (F. MODERNE, "Légitimité des principes généraux du droit", *RFDA* 1999, S. 728). Im Gegenteil, sie stellen seitens des Richters eine normative Schöpfung dar: "Bevor sie von ihm verkündet werden, haben die allgemeinen Rechtsgrundsätze keine rechtliche Existenz" (P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, S. 36). Wie M. Jeanneau feststellte, lässt der Richter "die verwendeten Rohdaten einer echten Transformation unterziehen und macht sie so zum juristischen Leben zugänglich" (B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, S. 123).

545 CE, Sect., 23. April 1982, *Ville de Toulouse c/ Aragnou, Lebon* S. 151, Concl. D. LABETOUILLE.

546 Die Rechtswissenschaft stand der Anerkennung einer normativen Macht für die Rechtsprechung lange Zeit ablehnend gegenüber (siehe M. WALINE, "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, S. 613 f.; O. DUPEYROUX, "La jurisprudence, source abusive de droit", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, 1960, S. 349-377; J. ROCHE, "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence", *AJDA* 1962, S. 532 ff.; *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri Capitant, Economica, 1980). Der Staatsrat relativierte seine rechtsschöpferische Rolle, indem er auf den altbewährten Trick, den traditionellen Sophismus zurückgriff, wonach die Rechtsprechung aus "Prinzipien, die der Richter formalisiert, die aber vor seiner Intervention bestehen" besteht (H. SAVOIE, concl. sur CE, Ass., 6. Februar 1998, *Tête et association de sauvegarde de*

"Rechten", "Freiheiten" oder "Garantien" zuerkennen, die nie für gegenüber der Verwaltungsbehörde einklagbar erklärt wurden, es sei denn, sie würde sich selbst als echte Quelle der Grundfreiheiten etablieren. Darüber hinaus ist es zwar denkbar, dass der Staatsrat im Rahmen einer Klage in der Hauptsache prätorisch tätig wird, aber eine so weit reichende schöpferische Kraft in den Händen eines Richters, der allein und innerhalb von 48 Stunden entscheidet, ist nicht vorstellbar. Der Richter kann der Verwaltung keine Norm entgegenhalten, die der Gesetzgeber nicht für sie anwendbar gemacht hat, z. B. eine Bestimmung des Arbeitsgesetzbuchs, deren Einhaltung der Verwaltungsrichter ihr zum ersten Mal auferlegen würde, d. h. ohne sie zuvor mithilfe der allgemeinen Rechtsgrundsätze auf sie angewandt zu haben. Seine schöpferische Kraft ist in diesem Bereich also begrenzt. Wenn der Richter eine Grundfreiheit durch Kristallisation konvergierender Bestimmungen herausarbeiten kann, kann dies nur auf der Grundlage von Bestimmungen geschehen, die vor seinem Eingreifen *ausdrücklich auf die Verwaltung anwendbar waren*.

In dieser Hinsicht sind in der Rechtsprechung zu Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zwei Anwendungen zu verzeichnen. Erstens verwendete der Richter diese Technik der Anerkennung und Synthetisierung, um ein Element zu definieren, das eine Grundfreiheit darstellt. Der Richter spricht von einem "Recht auf ein Verfahren zur Prüfung seines Asylantrags, das den Garantien entspricht, die damit verbunden sein müssen"⁵⁴⁷. Diese Komponente des Asylrechts wird nicht aus einer bestimmten Bestimmung abgeleitet, sondern aus der Gesamtheit der Garantien, die dem Betroffenen in diesem Bereich zuerkannt werden und die die Möglichkeit gebieten, bei der Prüfung seines Antrags anwesend zu sein, um die geforderten Begründungen vorbringen und die Fragen der mit dem Fall betrauten Behörden beantworten zu können. Zweitens scheint der Richter für einstweilige Verfügungen die Existenz einer Grundfreiheit auf der Grundlage konvergierender Bestimmungen, die ihren Schutz gewährleisten, anerkannt zu haben. Im Beschluss *Pegini* vom 29. Juli 2003 führt der Richter für einstweilige Verfügungen aus, "dass eine solche Missachtung der Regeln, die die Auslieferung regeln, einen schweren Eingriff in *eine* Grundfreiheit darstellt"⁵⁴⁸. Diese Formulierung lässt zwei Interpretationen zu. Entweder ist das Recht, unter Einhaltung der Regeln, die die Auslieferung regeln, ausgeliefert zu werden, eine Grundfreiheit. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer sich auf eine Verletzung seiner "Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, seiner Sicherheit sowie des *Rechts, nach ordnungsgemäßen Verfahren ausgeliefert zu werden*" berief. Entweder hat die Verwaltung eine Grundfreiheit verletzt, die der Richter für einstweilige Verfügungen nicht ausdrücklich benennt, und bei der es sich um die Freiheit, zu kommen und zu gehen, oder um die persönliche Freiheit handeln kann - letztere wird später in der Entscheidung erwähnt, aber nur, um die Dringlichkeit zu qualifizieren⁵⁴⁹. Sollte die erste Interpretation zutreffen, würde dies bedeuten, dass der Richter diese Freiheit aus einer Synthese der verschiedenen Texte und Rechtsprechungsgrundsätze herausgearbeitet hat, die auf die Materie anwendbar sind und die zusammen die vom Richter erwähnten "Regeln, die die Auslieferung regieren" bilden.

Es reicht jedoch nicht aus, dass eine Rechtsnorm existiert, um eine Freiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darzustellen. Da es sich um ein subjektives *öffentliches* Recht handelt, muss diese Norm auch noch die öffentliche Gewalt als Verpflichtete haben, d. h. die rechtliche Verpflichtung, die sie beinhaltet, muss der Verwaltungsbehörde direkt entgegengehalten werden können.

B. Eine Rechtsnorm, die der Verwaltung direkt entgegengehalten werden kann

128. Die Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 hat ihre Quelle in einer Norm, die der öffentlichen Gewalt

l'Onest lyonnais, RJDA 5/98, Nr. 669, S. 387). Der Staatsrat wehrt sich insbesondere dagegen, der Urheber der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu sein. Er stellt sich als Diener eines Körpers ungeschriebener Regeln dar, die sich ihm von außen aufdrängen und die er "lediglich feststellt" (M. LETOURNEUR, "Les principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", EDCE 1949, Fußnote S. 31). Heute hat diese Darstellung ausgedient. Wie M. Morvan feststellt: "Le mythe de la préexistence des principes (notamment des "principes généraux du droit" dégagés depuis 1945 par le Conseil d'Etat) n'abuse plus aucun observateur et a fait l'objet de critiques définitives" (P. MORVAN, "En droit, la jurisprudence est une source de droit", RRJ 2001/1, S. 83, Fn. 27). Die Gerichte selbst bestätigen, dass die Rechtsprechung ebenso eine Rechtsquelle ist wie das Gesetz. So lässt der Staatsrat im oben genannten Urteil *Tête* eine Einrede der Rechtswidrigkeit gegenüber dem Gemeinschaftsrecht zu, die nicht auf einem Gesetz, sondern auf seiner eigenen Rechtsprechung beruht, und stellt fest, dass "die zum Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses geltenden *nationalen Vorschriften* (...) nicht mit den Zielen der Richtlinie vom 18. Juli 1989 vereinbar waren; sie können daher dem angefochtenen Beschluss keine *Rechtsgrundlage* verleihen". Zu dieser Frage siehe allgemein die oben genannte Studie von Professor Morvan, S. 77-110.

⁵⁴⁷ CE, ord. 25. November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon* T. S. 927.

⁵⁴⁸ CE, Ord. 29. Juli 2003, *Pegini*, *Lebon* S. 345.

⁵⁴⁹ Der Richter stellt fest, dass "in Anbetracht der Bedeutung der Garantien, die das Auslieferungsverfahren umgeben, für die persönliche Freiheit die Bedingung der Dringlichkeit (...) erfüllt ist".

entgegengehalten werden kann. Das bedeutet, dass die Verwaltung Schuldner des beabsichtigten Rechts oder der beabsichtigten Freiheit sein muss, aber auch, dass Einzelpersonen die Möglichkeit haben müssen, sich vor den ordentlichen Gerichten darauf zu berufen.⁵⁵⁰

1. Das Erfordernis einer direkten Wirkung

129. Die Forderung nach einer direkten Wirkung wurde von den Regierungskommissaren und dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ausdrücklich formuliert.

Dies wurde zuerst von Pascale Fombeur in ihren Schlussfolgerungen zum Urteil in der Rechtssache *Casanovas* erwähnt. Frau Fombeur behauptet, dass "das Recht auf Beschäftigung offensichtlich kein Recht ist, dessen Vorteil man direkt vor einem ordentlichen Gericht einfordern könnte; *erst recht* werden Sie darin keine Grundfreiheit für die Anwendung von Artikel L. 521-2 sehen"⁵⁵¹. Somit wird ausdrücklich eine Korrelation zwischen der direkten Wirkung einer Norm und ihrer Eignung für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes hergestellt. Da es sich in diesem Fall um das in 5^{ème} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946 festgelegte Recht auf Beschäftigung handelt, stellt der Umstand, dass diese Bestimmung nicht vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann, ein Hindernis für die Anerkennung ihrer Eigenschaft als Grundfreiheit dar. Mit dieser Argumentation soll der Bereich der Grundfreiheiten auf die Rechte und Freiheiten beschränkt werden, die ein Kläger direkt vor einem ordentlichen Gericht einfordern kann. Ausgeschlossen sind folglich Verfassungsnormen, deren Einhaltung nur für den Gesetzgeber verbindlich ist. Dieses Erfordernis der Vollständigkeit der Norm wird auch von Isabelle de Silva in ihren Schlussfolgerungen zum Urteil in der Rechtssache *Tliba* bekräftigt. Für Frau de Silva muss die Einstufung als Grundfreiheit ausgeschlossen werden, wenn "das Recht sehr allgemein formuliert ist oder eine Verpflichtung des Staates beinhaltet, deren Umriss man nur schwer erkennen kann, oder wenn es einer Absichtserklärung gleicht - wir denken an das Recht auf Beschäftigung" oder an den "Grundsatz der Gleichheit vor den Lasten, die sich aus nationalen Katastrophen ergeben" (...) "⁵⁵². Diese Anforderung ist nicht auf Verfassungsnormen beschränkt. Auch im Bereich der Regeln des Völkerrechts muss sie dazu führen, dass die Anerkennung einer Grundfreiheit bei "Verpflichtungen, die den Staaten auferlegt werden oder zu allgemein formuliert sind", ausgeschlossen wird, damit der Staatsrat ihnen eine direkte Wirkung zugunsten von Privatpersonen zuerkennt⁵⁵³. "Umgekehrt könnte eine Bestimmung, die direkte Auswirkungen

550 Es sei erwähnt, dass dieses Erfordernis der Justiziabilität der Norm auch in ausländischen Rechtssystemen zu finden ist. So gilt in Deutschland: "Das Hauptmerkmal eines Grundrechts besteht darin, justiziabel zu sein" (C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, Nr. 109). "Eine Aussage, die von einem Richter nicht durchgesetzt werden kann, löst beim deutschen Juristen immer Verwirrung aus, da er darin kein Grundrecht, sondern bestenfalls einen dem staatlichen Handeln zugewiesenen Zweck sieht" (*ebd.*). In Spanien unterscheidet die Verfassung zwischen drei Gruppen von Bestimmungen. Die "Grundrechte und öffentlichen Freiheiten" (Titel 1, Kapitel 2, Abschnitt 1^{ère}) können vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden und werden durch die *Amparo-Klage* geschützt. Die "Rechte und Pflichten der Bürger" (zweiter Abschnitt des ersten Kapitels^{er} des ersten Titels^{er}) können ebenfalls vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden, sind aber nicht durch das *Amparoverfahren* geschützt. Schließlich erwähnt die Verfassung die "Leitprinzipien der Sozial- und Wirtschaftspolitik" (Kapitel 3 von Titel 1^{er}), die insbesondere der Verpflichtung der öffentlichen Hand entsprechen, den Schutz der Familie zu gewährleisten (Artikel 39), der Tätigkeit der öffentlichen Hand zur Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung (Artikel 40), dem "Recht auf Schutz der Gesundheit" (Artikel 43) oder dem "Recht" auf Zugang zur Kultur (Artikel 44). In Artikel 53-3 der Verfassung heißt es, dass die Leitprinzipien der Sozial- und Wirtschaftspolitik "vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit lediglich in der Form geltend gemacht werden können, wie sie in den Gesetzen, die sie entwickeln, festgelegt sind". Somit "handelt es sich nicht um echte subjektive Rechte im *engeren Sinne*, die die Bürger direkt vor den staatlichen Behörden geltend machen können", sondern "um Verfassungsmandate, deren direkter Adressat in erster Linie der Gesetzgeber ist" (M. RODRIGUEZ-PINERO Y. BRAVO FERRER und J. LEGUINA VILLA, "Spanischer Bericht", *AJJC* 1990/VI, S. 123). In Kolumbien ist die in Art. 86 der Verfassung vorgesehene Vormundschaftsaktion auf die "Grundrechte" beschränkt, die gemäß Art. 85 der Verfassung "sofort anwendbar" sind. Andere Verfassungsrechte genießen diesen besonderen Schutz nicht (siehe R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, S. 1082). In Portugal "sind nur die Verfassungsgebote zu den "Rechten, Freiheiten und Garantien" (und Grundrechte ähnlicher Art) *direkt anwendbar*. Dies bedeutet im Grunde genommen, (...), dass der Inhalt und die Reichweite dieser Rechte auf der Verfassungsebene selbst bestimmt werden, so dass es den Rechtsakteuren (entweder der Verwaltung oder den Gerichten) obliegt, sie anzuwenden, obwohl es kein Gesetz gibt, das sie konkretisiert; die "sozialen" Rechte hingegen hängen in ihrer genauen Ausgestaltung und Dimension weiterhin von einer späteren gesetzgeberischen Intervention ab, die sie konkretisiert und ihnen Form verleiht, und erst dann erlangen sie ihre volle Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit" (J.-M. CARDOSO DA COSTA, "Portugiesischer Bericht", *AJJC* 1990/VI, VIII^e Konferenz der Verfassungsgerichte, Ankara 7.-10. Mai 1990, S. 181. Unterstrichen). In Anlehnung an die Aufteilung zwischen diesen beiden Arten von Normen unterscheidet die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen "Rechten", die geachtet werden müssen, und "Grundsätzen", deren Anwendung gefördert werden muss.

551 P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, RFD 2001, S. 402.

552 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD 2002, S. 329.

553 I. DE SILVA, a. a. O., S. 330.

zugunsten von Privatpersonen hat, in bestimmten Fällen ein Grundrecht oder eine Grundfreiheit (...) enthalten" 554

Die Forderung nach einer direkten Wirkung der Grundfreiheitsnorm wurde dann vom Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in einem Beschluss vom 3. Mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin und andere*⁵⁵⁵, ausdrücklich bestätigt. Die antragstellenden Vereine forderten den Verwaltungsrichter auf, ein "Recht" auf Wohnraum, dessen Verankerung sie auf Verfassungs- und Konventionsebene gesehen hatten, als Grundfreiheit anzuerkennen. Die Klägerinnen stützten sich zum einen auf ein Ziel von Verfassungswert: die Möglichkeit für jede Person, über eine angemessene Wohnung zu verfügen⁵⁵⁶; zum anderen auf "die Bestimmungen über den Zugang von Einzelpersonen zu Wohnraum, die in bestimmten von Frankreich ratifizierten internationalen Übereinkommen enthalten sind"⁵⁵⁷. Der Richter für einstweilige Verfügungen weigert sich, in diesen Bestimmungen die Anerkennung eines Rechts auf Wohnraum zu sehen, das Einzelpersonen vor ordentlichen Gerichten einklagen könnten. Diese Bestimmungen schaffen keine rechtliche Verpflichtung, die der öffentlichen Gewalt direkt entgegengehalten werden kann, und verleihen dem Einzelnen folglich kein Recht darauf, von der Verwaltung eine Wohnung zu erhalten. Der Wortlaut der Verordnung ist in dieser Hinsicht besonders explizit. In Bezug auf die internationale Quelle stellt der Richter fest, dass die angeführten Bestimmungen "nur zwischen den Vertragsstaaten dieser Übereinkommen eine Verpflichtung begründen und keine direkte Wirkung gegenüber Privatpersonen entfalten". Was die Verfassungsquelle betrifft, so stellt die Möglichkeit für jede Person, über eine angemessene Wohnung zu verfügen, ein dem Gesetzgeber auferlegtes Ziel dar, aber keinesfalls ein subjektives Recht, das vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Durch die Verankerung eines Ziels, so der Richter für einstweilige Verfügungen, hat der Verfassungsrat "die Existenz eines Rechts auf Wohnraum im Rang eines Verfassungsprinzips nicht verankert"⁵⁵⁸. In beiden Fällen ist das Fehlen einer direkten Wirkung der Norm ein Hindernis für ihre Anerkennung als Grundfreiheit. Der Richter für einstweilige Verfügungen verleiht

554 Ibid.

555 CE, ord. 3. Mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin und andere*, *Lebon* S. 168, *AJDA* 2002, S. 818-821, Anmerkung E. DESCHAMPS.

556 Vom Verfassungsrat in der Entscheidung *Diversité de l'habitat* anerkannt (CC, Nr. 94-359 DC, 19. Januar 1995, *Sig.* S. 176) und später bestätigt (siehe CC, Nr. 98-403, 29. Juli 1998, *Sig.* S. 276).

557 Die Entscheidung enthält keine Hinweise darauf, um welche Konventionen es sich handelt. Dennoch behauptet Frau Deschamps (oben genannte Fußnote), dass Artikel 21 des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vor dem erstinstanzlichen Richter geltend gemacht worden war. Diese Bestimmung lautet wie folgt: "Hinsichtlich der Unterbringung gewähren die Vertragsstaaten, soweit diese Frage unter Gesetze und Verordnungen fällt oder der Kontrolle der staatlichen Behörden unterliegt, den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten, eine möglichst günstige Behandlung; diese Behandlung darf jedenfalls nicht ungünstiger sein als diejenige, die unter denselben Umständen Ausländern im Allgemeinen gewährt wird".

558 Wie M. Zitouni feststellte, "müssen die öffentlichen Behörden zwar die Verwirklichung dieses Ziels anstreben, ohne einer Ergebnisverpflichtung unterworfen zu sein", aber Privatpersonen können "nicht für sich selbst ein subjektives Recht geltend machen, eine Wohnung zu erhalten" (F. ZITOUNI, "L'enrichissement du droit au logement", in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat* (GRIDAUH Dir.) Dalloz, 2001, S. 173). Die Möglichkeit, Zugang zu einer angemessenen Wohnung zu erhalten, gilt für den Gesetzgeber und nicht für die Verwaltung. "Man hat es hier mit einem von der Verfassung dem Gesetzgeber zugewiesenen Ziel zu tun, das auf eine bessere Erfüllung des Grundrechts der Menschenwürde abzielt. Es gibt also kein Grundrecht auf eine angemessene Wohnung, da die Verfassung nirgends ein solches Recht festschreibt" (J. TREMEAU, Anmerkung unter CC, Nr. 98-403 DC, 29. Juli 1998, *RFDC* 1998, S. 767). Eine identische Auslegung hinsichtlich der Reichweite dieser Norm herrscht in ausländischen Verfassungsrechtsstreitigkeiten vor. In Artikel 47 der spanischen Verfassung heißt es: "Alle Spanier haben das Recht auf eine würdige und angemessene Wohnung. Die öffentliche Hand wird dazu beitragen, die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, und geeignete Normen aufstellen, um dieses Recht wirksam werden zu lassen, indem sie die Nutzung des Bodens im Einklang mit dem öffentlichen Interesse regelt, um Spekulationen zu verhindern". In diesem Sinne sieht auch Artikel 65 der portugiesischen Verfassung vor, dass "jeder für sich und seine Familie das Recht auf eine Wohnung von angemessener Größe hat, die den Normen der Hygiene und des Komforts entspricht und die persönliche und familiäre Intimsphäre wahrt". Wie Laurence Gay feststellt, "werden weder das Ziel in Frankreich noch die schriftlichen oder prätorischen Grundsätze zum "Recht auf Wohnen" im Ausland so interpretiert, dass sie direkt die Möglichkeit eröffnen, ein Dach über dem Kopf zu erhalten" (L. GAY, "Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté" (2^{de} Teil), *RFDC* 2003, S. 544). Das Berufungsgericht Paris war der Ansicht, dass die Möglichkeit für jede Person, über eine angemessene Wohnung zu verfügen, vom Gesetzgeber umgesetzt werden muss und nicht die Eingriffe in das Eigentumsrecht rechtfertigt, die sich aus der Besetzung eines privaten Gebäudes ergeben (CA Paris, 26. November 1997, *D.* 1998, IR. 6, zitiert von A. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable", in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, S. 699). Auch wenn der ordentliche Richter dieses Ziel nicht anwenden kann, steht es ihm dennoch frei, sich davon inspirieren zu lassen oder es als überragendes Argument zu berücksichtigen. Siehe in diesem Sinne CAA Nancy, 4. Dezember 2003, *Commune de Verdun*, *AJDA* 2004, S. 82-83: Das Gericht wendet die Bestimmungen des Gesetzes vom 31. Mai 1990, des sogenannten "Besson-Gesetzes", im Lichte dieses Ziels an, um zu dem Schluss zu kommen, dass die Forderung nach angemessenem Wohnraum verletzt wurde, und auf dieser Grundlage die Gemeinde Verdun haftbar zu machen. Das Gericht stellt fest, "dass die Fahrenden aufgrund des Fehlens einer angemessenen Ausstattung der fraglichen Grundstücke, die ein unverzichtbares Zubehör für ihre Wohnwagen darstellen, während ihrer Aufenthalte auf dem Gebiet der Gemeinde Verdun keine angemessene Unterkunft erhalten haben".

diese Eigenschaft nur denjenigen Normen, die ihren Nutznießern echte Rechte verleihen.

130. Mit anderen Worten: Die Grundfreiheit ist eine sich selbst vollstreckende Norm. Sie muss sich selbst genügen und über die erforderlichen Eigenschaften verfügen, um Einzelpersonen Rechte zu verleihen, die vor den Gerichten direkt geltend gemacht werden können. Dieses Kriterium führt dazu, dass Rechtsnormen⁵⁵⁹ aus der Kategorie der Grundfreiheiten ausgeschlossen werden, die, da sie nicht darauf abzielen, Rechte zugunsten von Einzelpersonen zu schaffen, nicht direkt vor dem ordentlichen Richter anwendbar sind⁵⁶⁰. Nach der Definition von Frau Tigroudja ist "die unvollständige oder nicht durchsetzbare Rechtsnorm (...) eine Norm, die aufgrund ihrer Natur (ungenau und allgemein) und/oder ihres Gegenstands (z. B. die Ausübung eines Rechts zu gestalten) das spätere Eingreifen der öffentlichen Hand und insbesondere meist des Gesetzgebers erfordert"⁵⁶¹. Dieses Kriterium führt jedoch nicht dazu, dass jede Verfassungs- oder Vertragsnorm, die keine direkte Wirkung hat, automatisch aus dem Bereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen wird. Diese Normen können immer noch Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen des Gesetzgebers sein, wodurch die Verfassungs- und internationalen Bestimmungen, die keine direkte Wirkung haben, in vollem Umfang wirksam werden. In diesem Fall können die Rechte und Freiheiten vor dem ordentlichen Gericht durchgesetzt werden, aber nur im Rahmen der Gesetze, die das Parlament zu ihrer Umsetzung verabschiedet hat. Nur durch ein Gesetz werden die Rechte und Freiheiten, die in Bestimmungen ohne direkte Wirkung verkündet werden, durch das Gesetz vor dem ordentlichen Richter geltend gemacht. Aus dem oben Gesagten folgt, dass eine Norm nur dann als Grundfreiheit angesehen werden kann, wenn sie selbst eine direkte Wirkung hat oder, falls dies nicht der Fall ist, Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen war, die sie direkt anwendbar machen. Es gibt daher drei Situationen.

2. Drei Situationen

131. Es ist zu unterscheiden, ob die strittige Norm eine direkte Wirkung hat, keine direkte Wirkung hat oder keine direkte Wirkung hat, aber Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen des Gesetzgebers war.

a. Direkte Wirkung

132. Die erste Situation besteht aus Rechtsnormen, die selbst eine direkte Wirkung haben. Diese Kategorie umfasst Normen, die einen umfassenden Charakter aufweisen und ihren Begünstigten Vorrechte verleihen, die vor

⁵⁵⁹ Es muss zwischen Normativität, der Fähigkeit, Rechtswirkungen zu erzeugen, und Anwendbarkeit unterschieden werden, die die direkte Wirkung oder Anfechtbarkeit der Norm bezeichnet. Eine Norm ohne direkte Wirkung ist nichtsdestotrotz eine Rechtsnorm. Wie Doyen Vedel betonte, "beseitigt die Ungenauigkeit der Vorschrift nicht ihren normativen Charakter" (G. VEDEL, "La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, S. 55). Normen, die einen unvollständigen Charakter aufweisen, stellen Rechtsregeln dar; nur verpflichten sie die Verwaltung nicht gegenüber Privatpersonen. Sie richten sich an den Staat (bei internationalen Verpflichtungen, die nur zwischen Staaten Verpflichtungen begründen) oder an den Gesetzgeber (bei Zielen mit Verfassungswert, Programmgesetzen und anderen mehrjährigen Verpflichtungen), stellen aber dennoch rechtliche Verpflichtungen dar, die gerichtlich sanktioniert werden können. Siehe für eine Erklärung der Verfassungswidrigkeit aufgrund der Verkenning eines Ziels von Verfassungswert: CC, Nr. 86-210 DC, 29. Juli 1986, Kons. 23, *Rec.* S. 110.

⁵⁶⁰ Die Rechte sind direkt anwendbar, wenn ihre Verankerung "ausreicht, um subjektive Rechte zu erzeugen, die Einzelne konkret gegen die öffentliche Hand geltend machen können" (E. WILLEMART, "La valorisation formelle des droits fondamentaux: une tradition européenne commune?", *Annales de droit de Louvain*, 1997, S. 394).

⁵⁶¹ H. TIGROUDJA, "Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux", *AJDA* 2003, S. 156. Im Allgemeinen ist dieses Kriterium, das den Internationalisten wohlbekannt ist, nicht auf internationale Verpflichtungen beschränkt. Es ist in der Tat eine Anforderung, die jede Norm erfüllen muss, auf die sich ein Einzelner vor einem ordentlichen Richter berufen will. Die Vollständigkeit der Norm ist ein Kriterium für die Anwendbarkeit jeder Rechtsnorm. "Es wäre falsch, aus dem Kriterium der Vollständigkeit der Norm eine Bedingung für die direkte Wirkung der Norm zu machen, die dem Recht der internationalen Verpflichtungen eigen ist. Denn wenn es stimmt, dass der Verwaltungsrichter es heranzieht, um die direkte Anwendbarkeit von internationalen Bestimmungen auszuschließen, die als zu vage oder allgemein angesehen werden, um verbindlich zu sein, so verfährt er auf die gleiche Weise, wenn er mit innerstaatlichen Normen dieser Qualität konfrontiert ist" (*ibid.*). Das Kriterium der Vollständigkeit der Norm findet seine theoretische Rechtfertigung im Grundsatz der Gewaltenteilung. Durch die Unterscheidung zwischen dem Urheber der Norm und dem Organ, das mit ihrer Anwendung beauftragt ist, überträgt dieser Grundsatz dem Richter die Aufgabe, das Recht anzuwenden und nicht, es zu schaffen. Der Richter - und insbesondere der Richter für einstweilige Verfügungen - kann, sofern er seine Zuständigkeit nicht überschreitet, keinen Anspruch auf der Grundlage einer Norm anerkennen, die der Gesetzgeber nicht gegenüber der Verwaltungsbehörde durchsetzbar machen wollte.

Gericht direkt geltend gemacht werden können.

- 133.** Die unterstützende Norm kann zunächst einmal eine gesetzliche Bestimmung sein. Dies ist zum Beispiel bei der Versammlungsfreiheit der Fall. Diese hat ihren Ursprung in Artikel 1^{er} des Gesetzes vom 30. Juni 1881, in dem in Artikel 1^{er} feierlich verkündet wird: "Die Versammlungen sind frei". Diese Bestimmung ist direkt anwendbar. Ebenso verleiht Artikel L. 3211-3 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit dem Patienten direkt das Recht, mit den Verwaltungs- und Justizbehörden zu kommunizieren, indem er festlegt, dass die nicht freiwillig eingewiesene Person "in jedem Fall" das Recht hat, "mit den in Artikel 3222-4 genannten Behörden zu kommunizieren". Eine Besonderheit ist in Bezug auf das Recht auf medizinische Einwilligung zu verzeichnen, dessen Verankerung auf der Grundlage zweier unterschiedlicher Rechtsquellen erfolgte, von denen nur eine formal auf die Verwaltung anwendbar ist: zum einen Artikel L. 1111-4 des Gesundheitsgesetzbuchs und zum anderen Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuchs⁵⁶². Man kann jedoch vernünftigerweise davon ausgehen, dass diese zweite Bestimmung hier nur eine konkonstitutive Rolle spielt und in erster Linie erwähnt wird, um die Grundsätzlichkeit dieses Rechts zu rechtfertigen. In späteren Entscheidungen wird sie übrigens nicht mehr erwähnt, da sich der Richter nur auf die Bestimmungen des Gesundheitsgesetzes stützt⁵⁶³.
- 134.** Die Grundfreiheitsnorm kann auch in einer schriftlichen Bestimmung des Verfassungsblocks begründet sein, wenn diese eine direkte Wirkung hat. So wurde beispielsweise der 7^e Absatz der Präambel der Verfassung von 1946, in dem das Streikrecht verankert ist, seit langem als Bestimmung mit direkter Wirkung anerkannt⁵⁶⁴. Ebenso findet der Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften seine Grundlage in Artikel 72 der Verfassung, dem der Verwaltungsrichter eine direkte Wirkung zuerkannt hat⁵⁶⁵.
- 135.** Freiheit kann ihre Quelle auch in einem ungeschriebenen Grundsatz haben. Dies ist beispielsweise bei der persönlichen Freiheit der Fall, die 1988 zu einem Grundsatz mit Verfassungsrang erhoben wurde⁵⁶⁶. Ebenso hat das Recht auf ein normales Familienleben als allgemeiner Rechtsgrundsatz⁵⁶⁷ und als Verfassungsgrundsatz direkte Wirkung⁵⁶⁸.

b. Keine direkten Auswirkungen

- 136.** Die Eigenschaft einer Grundfreiheit ist bei Gesetzes-, Verfassungs- oder internationalen Normen ausgeschlossen, die bloßen Zielen ähneln oder generell keinen umfassenden Charakter aufweisen.
- 137.** Einige Rechtsnormen schreiben nur einfache Ziele fest. Sie können daher nicht unter den Schutz von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes fallen. In einem Beschluss vom 19. Januar 2005 lehnte es der Richter für einstweilige Verfügungen ab, ein in der Strafprozessordnung festgelegtes Ziel als Grundfreiheit zu bezeichnen. Der Kläger hatte sich auf eine Beeinträchtigung des "Rechts auf Wiedereingliederung der inhaftierten Personen" berufen, dessen Anerkennung er in verschiedenen Texten, insbesondere in den Artikeln 727 und 728 der Strafprozessordnung, gesehen hatte. Der Richter ist der Ansicht, dass diese Bestimmungen "es nicht erlauben, das kriminalpolitische Ziel, dass die Vollstreckung von Freiheitsstrafen in Strafverfahren nicht nur die Bestrafung des Verurteilten, sondern auch die Förderung seiner Besserung und die Vorbereitung seiner möglichen Wiedereingliederung zum Ziel hat, als eine der Grundfreiheiten (...) einzustufen"⁵⁶⁹.

⁵⁶² CE, ord. 16. Juli 2001, *Feuillatey*, *Lebon*, S. 309.

⁵⁶³ Siehe CE, Ord. 8. September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel*, *Lebon* S. 388.

⁵⁶⁴ Auch wenn sich diese Lösung angesichts ihrer Aussage nicht von selbst aufdrängte. Siehe die Anmerkungen der Autoren der *Grands arrêts* unter CE, Ass., 7. Juli 1950, *Debaene*, *GAJA* Nr. 68. Siehe auch P. TERNEYRE, "Absatz 7", in *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse, commentaires* (G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL Hrsg.), Dalloz, 2001, S. 169-178.

⁵⁶⁵ Diese Bestimmung kann vor seinem Präsidium geltend gemacht werden, wenn kein Gesetz dazwischengeschaltet ist. Siehe CE, 28. Dezember 1992, *Ville de Romainville und andere*, *Lebon T.*, S. 1010; CE, 6. Mai 1996, *Commune de Villeurbanne und andere*, *Lebon T.*, S. 1119 (der ausdrücklich den "Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften, der in Artikel 72 der Verfassung verankert ist", erwähnt); CE, 14. Juni 1999, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *Lebon T.*, S. 936; CE, 23. Februar 2000, *Commune d'Heyrieux*, *Lebon T.*, S. 1190; CE, Ass. 12. Dezember 2003, *Département des Landes*, *Lebon* S. 502.

⁵⁶⁶ Siehe *infra*, § 203.

⁵⁶⁷ CE, Ass., 8. Dezember 1978, *GISTI*, *Lebon* S. 493, *GAJA* Nr. 96.

⁵⁶⁸ CC, Nr. 93-325 DC, 12-13. August 1993, *Slg.* S. 224, *GDCC* Nr. 46.

⁵⁶⁹ CE, ord. 19. Januar 2005, *M. Laurent X.*, *Lebon*, S. 23.

138. Ebenfalls nicht zu den Grundfreiheiten gehören internationale Normen, die keine direkte Wirkung haben. Der Verwaltungsrichter muss zwischen *selbstausfüllenden* und unvollständigen Normen unterscheiden. Die Schwierigkeit besteht darin, dass das Völkerrecht nicht klar zwischen Normen mit und ohne verbindliche Rechtswirkung unterschieden werden kann, sondern aus einer Vielzahl von Bestimmungen besteht, die teils als *Soft Law*, teils als zwingendes Recht und teils als klassisches Völkervertragsrecht gelten. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass ordnungsgemäß ratifizierte und veröffentlichte internationale Übereinkommen direkte Wirkung im innerstaatlichen Recht entfalten, so dass sie als Grundlage für eine Klage herangezogen werden können⁵⁷⁰. Diese Vermutung gilt jedoch nicht für "Bestimmungen, deren Zweck zweifellos darin besteht, Rechte zugunsten von Einzelpersonen zu gewährleisten, die aber zu allgemein formuliert sind, um für sich selbst zu stehen und um unmittelbar auf Einzelfälle angewendet werden zu können". In solchen Fällen ist es nicht der Zweck der Norm, der der unmittelbaren Wirkung entgegensteht, sondern ihre *Unbestimmtheit* oder ihr *bedingter* Charakter (...). Die internationale Norm zielt darauf ab, Einzelpersonen zu schützen, sie soll ihnen Rechte garantieren, aber sie setzt notwendigerweise das Eingreifen einer nationalen Umsetzungsgesetzgebung voraus, ohne die sie keine konkreten Wirkungen entfalten kann⁵⁷¹. Die Situation bei internationalen Instrumenten ist in diesem Punkt heterogen. Während der Self-Executing-Charakter der Europäischen Menschenrechtskonvention oder des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte unbestritten ist⁵⁷², fehlt er den ungenauen und zu allgemeinen Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta⁵⁷³, des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁵⁷⁴ oder des New Yorker Übereinkommens vom 26. Januar 1990 über die Rechte des Kindes⁵⁷⁵. In diesen Bestimmungen sind so viele Ziele verankert, dass es unmöglich ist, darin die Verankerung eines Rechts oder gegebenenfalls - wenn die anderen Kriterien erfüllt sind - einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu erkennen.
139. Solche Normen finden sich auch unter den geschriebenen und ungeschriebenen Bestimmungen des Verfassungsblocks. Einige haben einen textlichen Ursprung und sind hauptsächlich in der Präambel der Verfassung von 1946 und der Umweltcharta enthalten; andere haben einen juristischen Ursprung und wurden vom Verfassungsrat meist aus den geschriebenen Bestimmungen des Verfassungsblocks herausgearbeitet⁵⁷⁶. Diese Normen, die entweder aus dem Text oder aus der Rechtsprechung stammen, haben den Charakter eines "Ziels verfassungsrechtlicher Natur"⁵⁷⁷. Sie weisen dem Gesetzgeber ein Ziel zu, dessen Handeln sie

570 Seit dem Urteil *Dame Kirkwood* gehören die vertraglichen Normen "nicht nur zu den Rechtsnormen, die von allen staatlichen Behörden beachtet werden müssen (...), sondern auch zu denen, auf die sich jeder Bürger berufen und gegebenenfalls vor den Gerichten der innerstaatlichen Ordnung den Nutzen einfordern kann" (M. WALINE, Anmerkung unter CE, 30. Mai 1952, *Dame Kirkwood*, RDP 1952, S. 781). Seitdem unser Rechtssystem gemäß Artikel 26 der Verfassung von 1946, der durch Artikel 55 der Verfassung von 1958 bestätigt wurde, dem monistischen Prinzip folgt, werden internationale Verträge, die durch die Wirkung ihrer Ratifizierung und Veröffentlichung im Amtsblatt in die nationale Rechtsordnung eingegliedert werden, "allgemein als unmittelbare Wirkung im innerstaatlichen Recht vorausgesetzt, d. h. sie schaffen subjektive Rechte, auf die sich Einzelne vor dem nationalen Richter berufen können" (R. ABRAHAM, concl. sur CE, Sect. 23. April 1997, *GISTI*, RFDA 1997, S. 589).

571 R. ABRAHAM, oben genannte Erwägungen, S. 590. Unterstrichen.

572 Siehe E. DECAUX, "Les droits fondamentaux en droit international", *AJDA* 1998 Sondernummer, S. 71.

573 CE, 20. April 1984, *Ministre du budget c/ Valton und Crépeaux*, *Lebon* S. 148.

574 CE, Ass., 5. März 1999, *Rouquette*, *Lebon* S. 37, RFDA 1999, S. 357-371, Schl. C. MAUGÜE.

575 Der Staatsrat beurteilt die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Textes von Fall zu Fall. Er hat die direkte Wirkung von Artikel 3 Absatz 1 anerkannt, der dem "Wohl des Kindes" bei allen Entscheidungen, die es betreffen, eine "vorrangige Berücksichtigung" einräumt (CE, 22. September 1997, *Cinar*, *Lebon* S. 379; RFDA 1998, S. 562 ff, concl. R. ABRAHAM), nicht aber auf andere Artikel, mit denen die Staaten das Recht des Kindes auf Gesundheit, soziale Sicherheit oder einen angemessenen Lebensstandard anerkennen (CE, Sect., 23. April 1997, *GISTI*, *Lebon* S. 142; RFDA 1997, S. 585-596, concl. R. ABRAHAM).

576 Die Lehre behält die Bezeichnung "Ziel von Verfassungswert" meist nur für Ziele vor, die aus der Rechtsprechung stammen (siehe B. FAURE, "Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?", *RFDC* 1995, S. 47-77; A. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable", in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, S. 687-702; F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC* 2005, S. 675-684; T. S. RENOUX und M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, Nr. 419). Dieser Reduktionismus scheint jedoch insofern nicht gerechtfertigt, als einerseits nicht alle vom Verfassungsrat herausgearbeiteten Ziele in seinen Entscheidungen als solche bezeichnet werden und andererseits der Rat manchmal textliche Ziele als solche bezeichnet. Darüber hinaus sind alle Ziele gleichartig und unterliegen demselben Rechtssystem. Zu Recht fasst Pierre de Montalivet alle diese textuellen und juristischen Ziele unter dem Oberbegriff "objectif de valeur constitutionnelle" zusammen (P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse Paris II, 2004, 695 S.).

577 Vgl. unter Verwendung dieses Ausdrucks in Bezug auf die Absätze 10 und 11 der Präambel der Verfassung von 1946: CC, Nr. 97-393 DC, 18. Dezember 1997, Kons. 30, *Slg.* S. 320.

einschränken, sind aber nicht gegenüber der Verwaltung einklagbar⁵⁷⁸. Ihr Zielcharakter ergibt sich nicht aus den vom Verfassungsrat⁵⁷⁹ verwendeten Qualifikationen, sondern vor allem aus dem unklaren⁵⁸⁰ oder programmatischen⁵⁸¹ Charakter ihrer Formulierung, der die fehlende Absicht der normgebenden Behörde offenbart, direkt einklagbare Rechte zuzugestehen. Sie haben für sich genommen keine direkte Wirkung und können nicht zur Unterstützung einer vor dem Verwaltungsrichter erhobenen Klage geltend gemacht werden⁵⁸².

Den "Zielen" wird aus diesem Grund die Eigenschaft einer Grundfreiheit abgesprochen. So verleiht beispielsweise Absatz 11 der Präambel der Verfassung von 1946, der den Menschen den "Schutz der Gesundheit" garantiert, den Betroffenen keineswegs ein subjektives Recht, das der öffentlichen Gewalt entgegengehalten werden kann. Diese Norm, die keine direkte Wirkung hat, ähnelt einem einfachen Ziel⁵⁸³ und kann folglich nicht die Anerkennung einer Grundfreiheit begründen⁵⁸⁴. Die gleiche Analyse gilt für das "Recht, eine Beschäftigung zu erhalten", das im 5^{ème} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946 verkündet wird. Diese Bestimmung kann

578 Ihre Einhaltung ist allein für das Parlament verbindlich. Das Ziel ist ein Instrument zur Lenkung oder Ausrichtung des gesetzgeberischen Handelns in eine bestimmte Richtung. Als "Richtlinie" oder "Fahrplan" für den Gesetzgeber erlegt es diesem die Verpflichtung auf, bestimmte Ziele zu verfolgen, ohne dem Einzelnen direkt einklagbare subjektive Rechte zu verleihen. Das Wesen und die Funktion dieser Ziele ähnelt den deutschen *Staatszielen* oder *Staatszielbestimmungen* oder den in der spanischen Verfassung vorgesehenen "Leitprinzipien der Sozial- und Wirtschaftspolitik" (Kapitel 3 von Titel 1^{er}). Das Ziel erscheint in erster Linie als sozialer Zweck, der verschiedene Arten von staatlichen Eingriffen rechtfertigt und eine Rechtsgrundlage für die Einschränkung der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten (insbesondere des Eigentumsrechts oder der unternehmerischen Freiheit) durch die Gesetze, die für ihre Umsetzung sorgen, bietet. Die Verwaltungsbehörde hingegen ist nicht an diese Normen gebunden. Allenfalls ist die Regierung im Rahmen ihrer Kompetenzen und im Wettbewerb mit dem Parlament mit der Umsetzung dieser Ziele betraut (CC, Nr. 89-269 DC, 22. Januar 1990, Kons. 25-26, *Slg.* S. 33; Nr. 97-393 DC, 18. Dezember 1997, Kons. 29, *Slg.* S. 320; Nr. 94-359 DC, 19. Januar 1995, *Slg.* S. 176; Nr. 93-325 DC, Kons. 125, *Slg.* S. 224; Nr. 93-330 DC, 29. Dezember 1993, Kons. 13, *Slg.* S. 572).

579 Es kommt häufig vor, dass der Verfassungsrat Verfassungsziele als "Grundsätze" oder "Rechte" bezeichnet. So spricht der Rat vom Schutz der Gesundheit als einem "Prinzip" (CC, Nr. 74-54 DC, 15. Januar 1975, Kons. 10, *Slg.* S. 19; Nr. 80-117 DC, 22. Juli 1980, Kons. 4, *Slg.* S. 42). Er sprach auch vom "Recht auf Gesundheit" (CC, Nr. 77-92 DC, 18. Januar 1978, Kons. 2, *Slg.* S. 21) oder klassifizierte das "Recht" auf Beschäftigung als eines der "Grundrechte und Grundfreiheiten" (CC, 98-401 DC, Kons. 3, *Slg.* S. 258). Trotz dieser Qualifikationen steht fest, dass das "Recht" auf Beschäftigung und der Schutz der Gesundheit für den Rat einfache "Ziele" darstellen (siehe unter Verwendung des Ausdrucks für den Schutz der Gesundheit: CC, Nr. 89-269 DC, 22. Januar 1990, Kons. 26, *Slg.* 33). Daraus folgt, dass, wenn eine vom Rat als Ziel bezeichnete Norm notwendigerweise keine direkte Wirkung hat, eine vom Rat als Recht oder Grundsatz bezeichnete Norm hingegen nicht allein aus diesem Grund als direkt anwendbare Norm angesehen werden darf. Das zu berücksichtigende Element ist also nicht die Bezeichnung, die der Verfassungsrat der Norm gibt, sondern nur, ob sie vollstreckbar oder nicht vollstreckbar ist. Für die Beurteilung der Frage, ob die Norm von sich aus eine unmittelbare Wirkung entfalten kann, sind nur der Gegenstand und der Grad der Vollständigkeit der Norm von Bedeutung.

580 Wenn die in der Präambel der Verfassung von 1946 genannten Grundsätze nicht anwendbar sind, dann liegt das laut M. RIALS daran, dass sie "schwach bestimmt" sind (S. RIALS, "Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République", *RDP* 1984, S. 592). Um direkt anwendbar zu sein, fehlt ihnen ein ausreichender Grad an Präzision (siehe G. BRAIBANT und B. STIRN, *Le droit administratif français*, 6^{ème} ed., Presses de sciences po und Dalloz, 2002, S. 236). In Bezug auf die Präambel der Verfassung von 1946 siehe M. CLAPIE, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Etude de droit public*, Thèse Montpellier, 1992, S. 75 ff.

581 Um einen im italienischen Verfassungsrecht verwendeten Begriff zu verwenden, würde man sagen, dass es sich um "programmierende" Normen handelt, d. h. um Normen, die "die künftige Tätigkeit des Gesetzgebers steuern, indem sie ihm mehr oder weniger allgemein bestimmte Ziele vorschreiben" (V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 2^{ème} ed., CEDAM, Padone, 1974, t. II, S. 179, zitiert von M. CLAPIE, a. a. O., S. 158). Diese Normen verleihen den Rechtssubjekten keine Vorrechte: "Im Gegensatz zu einem klassischen Recht kann sich ein Verfassungsziel nicht durch ein subjektives Recht materialisieren, das sowohl gegenüber der öffentlichen Hand als auch im Rahmen von privatrechtlichen Beziehungen geltend gemacht werden kann" (B. MATHIEU, "La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998", *CCC* n° 6, 1999, S. 65).

582 Sie stellen keine verfassungsrechtlichen Regeln dar, auf die sich ein Bürger vor einem Gericht berufen könnte. Der Doyen Favoreu hatte betont, dass "es schwierig ist, darin echte Rechte zu sehen" (L. FAVOREU, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982", *RDP* 1983, S. 389). "Der Begriff des Verfassungsziels bezieht sich nicht direkt auf verfassungsmäßige Rechte oder Freiheiten, sondern im Wesentlichen auf Leitprinzipien, die den Gesetzgeber leiten sollen und vom Richter als Bezugsnorm zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der getroffenen Bestimmungen herangezogen werden" (B. MATHIEU und M. VERPEAUX, chron. *LP* 21. September 1999, Nr. 188, S. 13). Folglich kann der Klagegrund der Verletzung eines Verfassungsziels nicht zur Stützung einer vor den ordentlichen Gerichten erhobenen Klage geltend gemacht werden. "Im Gegensatz zu den Grundrechten sind die Ziele von Verfassungsrang nicht justiziabel (...). C'est dire qu'ils ne peuvent être invoqués devant le juge ordinaire à l'appui d'une recours contentieux" (J. TREMEAU, note sous CC, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RFDC* 1998, S. 767).

583 Vgl. S. JUAN, "L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif?", *RDP* 2006, S. 439-457. Es sei darauf hingewiesen, dass internationale Instrumente, die auf diesen Grundsatz verweisen, ebenfalls keine direkte Wirkung haben (siehe L. CASSAUX-LABRUNEE, "Le droit à la santé", in *Libertés et droits fondamentaux* (R. CABRILLAC, A.-M. FRISON-ROCHE, T. REVET, Hrsg.), 11^{ème} ed., Dalloz, 2005, S. 755).

584 CE, Ord. 8. September 2005, *Ministre de la Justice c/ Buel, Lebon* S. 388.

nicht als ein Recht auf Arbeit bei Nichterwerbstätigkeit angesehen werden; sie "legt keine Regel fest, auf die man sich direkt berufen kann, um eine Beschäftigung zu fordern"⁵⁸⁵. Es erkennt kein Vorrecht an, das eine Einzelperson direkt vor einem ordentlichen Gericht einfordern könnte⁵⁸⁶. Dasselbe Schicksal scheint für das "Recht" auf Umwelt zu gelten, das in Artikel 1^{er} der Umwelcharta wie folgt verankert ist: "Jeder hat das Recht, in einer ausgeglichenen und gesundheitsverträglichen Umwelt zu leben". Angesichts der sehr allgemeinen Formulierung ist es sehr unwahrscheinlich, dass diese Bestimmung die Anerkennung eines subjektiven Rechts⁵⁸⁷ und folglich die Anerkennung einer Grundfreiheit begründen kann.⁵⁸⁸

Im Allgemeinen bedeutet die Verkündung dieser Grundsätze "seitens des Verfassungsgebers, dem Handeln des Gesetzgebers ein Ziel zuzuweisen, nicht dem Menschen eine Macht zu verleihen, die tatsächlich umgesetzt werden kann"⁵⁸⁹. Diese Bestimmungen enthalten Grundsätze, "deren Umsetzung das Eingreifen eines konkretisierenden Gesetzes erfordert"⁵⁹⁰. Nach dem Eingreifen des Gesetzgebers werden diese Grundsätze mit voller Wirkung ausgestattet, sodass sie direkt vor den Gerichten geltend gemacht werden können.

c. Keine direkte Wirkung, legislative Umsetzung

140. Dank der Umsetzungsmaßnahmen des Gesetzgebers konnten mehrere Verfassungsnormen ohne direkte Wirkung als Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anerkannt werden. Die Vermittlung durch das Gesetz verleiht den betreffenden Verfassungsgrundsätzen innerhalb der Grenzen des Gesetzestextes, der diese Umsetzung gewährleistet, volle Wirkung.

141. So hat das Recht auf Asyl seine Quelle im 4^{ème} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946 (ergänzt durch Artikel 53-1 der Verfassung vom 4. Oktober 1958). Diese Bestimmung hat an sich keine direkte Wirkung und kann daher nicht direkt zur Unterstützung eines Rechtsstreits herangezogen werden⁵⁹¹. Dennoch ist dieses Recht Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen, hauptsächlich durch das Gesetz vom 25. Juli 1952 und die Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. Diese Texte verleihen dem verfassungsmäßigen

⁵⁸⁵ G. BRAIBANT und B. STIRN, *a. a. O.*, S. 236.

⁵⁸⁶ Das genannte Prinzip ähnelt lediglich einem Ziel, das dem Gesetzgeber auferlegt wird, dem es "obliegt, die Regeln aufzustellen, die geeignet sind, das Recht eines jeden, eine Beschäftigung zu erhalten, bestmöglich zu gewährleisten, um die Ausübung dieses Rechts für eine möglichst große Zahl von Betroffenen zu ermöglichen" (CC, Nr. 83-156 DC, 28. Mai 1983, Kons. 4, *Jlg.* 1983, S. 41).

⁵⁸⁷ Die Autoren analysieren diesen Grundsatz als ein Ziel, das keine direkte Wirkung entfalten kann. So stellt M. Mathieu fest, dass es in die Kategorie der Verfassungsziele fällt und nicht zu einem subjektiven Recht werden soll, dessen Einhaltung ein Individuum fordern könnte (B. MATHIEU, "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", *CCC* Nr. 15, S. 145). Siehe auch, im gleichen Sinne, N. CHAHID-NOURAÏ, "La portée de la Charte pour le juge ordinaire", *AJDA* 2005, S. 1175-1181, insbesondere S. 1178. Siehe *Contra*, in dem die Idee einer direkten Wirkung des Rechts auf Umwelt trotz des vom Verfassungsgeber gewählten Wortlauts verteidigt wird: A. PERI, "La Charte de l'environnement: reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental?", *LPA* 24. Februar 2005, Nr. 39, S. 8-18. In diesem Sinne argumentiert Doyen Prieur, dass "der *référé liberté* von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (...) in dem Maße anwendbar sein wird, in dem der Richter einräumt, dass das Recht auf Umwelt zu einer Grundfreiheit geworden ist, wobei die Verfassungsmäßigkeit die Grundsätzlichkeit nach sich zieht. Aucun droit constitutionnellement reconnu n'a, à ce jour, été écarté du *référé liberté*" (M. PRIEUR, "Du bon usage de la charte constitutionnelle de l'environnement", *Environnement* 2005, étude n° 5, S. 5). Es ist zwar richtig, dass die Verfassungsmäßigkeit von Rechts wegen die Grundsätzlichkeit nach sich zieht, doch reicht diese Anforderung allein nicht aus, um als Grundfreiheit eingestuft zu werden. Zum Kriterium der Grundsätzlichkeit kommt insbesondere das Erfordernis einer direkten Wirkung der betreffenden Norm hinzu, was für das "Recht" auf Umwelt zweifelhaft erscheint.

⁵⁸⁸ Für eine gegenteilige Entscheidung eines Richters der ersten Instanz, der dieses Recht als Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes einstuft, siehe TA Châlons-en-Champagne, Ord. 29. April 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres*: *AJDA* 2005, S. 1357-1360, Anmerkung H. GROUD und S. PUGEAULT; *JCP A* 2005, 1216, Anm. P. BILLET; *Environnement* 2005, comm. n° 61, Anm. C. NOUZHA.

⁵⁸⁹ J. RIVERO, "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, S. 32.

⁵⁹⁰ R. BADINTER und B. GENEVOIS, "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Ankara, 7-10 Mai 1990, *RFDA* 1990, S. 333.

⁵⁹¹ CE, 27. September 1985, *Association France Terre d'Asile und andere*, *Lebon* S. 263. Der Staatsrat ist der Ansicht, dass der in Artikel 4^{ème} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946 festgelegte Grundsatz "in Ermangelung einer ausreichenden Präzisierung nur unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen, die durch die in den Gesetzen oder in den in das französische Recht aufgenommenen internationalen Übereinkommen enthaltenen Bestimmungen festgelegt sind, für die Verordnungsgewalt verbindlich ist; folglich können sich die antragstellenden Vereinigungen nicht sinnvoll, um die Rechtmäßigkeit von Artikel 9 des angefochtenen Dekrets zu kritisieren, auf diesen Grundsatz unabhängig von den genannten Bestimmungen berufen".

Recht auf Asyl seine volle Wirkung im positiven Recht. Wenn die Voraussetzungen für die Gewährung von Asyl erfüllt sind, hat der Ausländer ein echtes Recht auf Asyl, das als solches gegenüber der öffentlichen Gewalt durchsetzbar ist. Das Recht auf Asyl, das vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann, kann als Grundfreiheit bezeichnet werden, wenn auch die anderen Kriterien erfüllt sind.

Es ist auch denkbar, dass der "Grundsatz des pluralistischen Charakters der Meinungsäußerung von Gedanken- und Meinungsströmungen", der in der *Tibéri-Verordnung* vom 24. Februar 2001 als Grundfreiheit anerkannt wurde, in diese Kategorie fällt⁵⁹². Nach einer ersten Auslegung war dieser Grundsatz zum Zeitpunkt seiner Verankerung durch den Richter für einstweilige Verfügungen an sich eine Verfassungsnorm mit direkter Wirkung. Denn während der Verfassungsrat die Bewahrung des pluralistischen Charakters der soziokulturellen Ausdrucksströmungen⁵⁹³, den Pluralismus der Tageszeitungen für politische und allgemeine Informationen⁵⁹⁴ und den Pluralismus der Kommunikationsmittel⁵⁹⁵ als "Ziele" festschrieb, bezeichnete er den Pluralismus der Ideen- und Meinungsströmungen hingegen als "Prinzip"⁵⁹⁶. Wie de Montalivet feststellte, "erwähnte der Rat nie die Eigenschaft des Pluralismus der Ideen- und Meinungsströmungen als "Ziel", im Gegensatz zu dem, was er für den Pluralismus der soziokulturellen Ausdrucksströmungen getan hat"⁵⁹⁷. Daher war es denkbar, dass der Pluralismus von Ideen- und Meinungsströmungen als Grundsatz eine Norm mit direkter Wirkung darstellt, auf die man sich vor den ordentlichen Gerichten berufen kann. In Wirklichkeit ist jedoch, wie oben gezeigt wurde, die vom Verfassungsrat vorgenommene Einstufung allein nicht geeignet, die so bezeichnete Norm vor den ordentlichen Gerichten einklagbar zu machen. Normen, die als "Grundsätze" bezeichnet werden, können nämlich aufgrund ihres Gegenstands bloßen Zielen ähneln. Da der Rat bei der Verwendung dieses Ausdrucks nicht konsequent ist, sollte den Änderungen der Bezeichnung, die seine Rechtsprechung durchziehen, keine übermäßige Bedeutung beigemessen werden⁵⁹⁸. Es scheint, dass der Pluralismus der Ideen- und Meinungsströme von seiner Struktur her und über seine wechselnden Qualifikationen hinaus immer als ein Ziel im juristischen Verfassungsrecht betrachtet wurde.

In Wirklichkeit scheint es so zu sein, dass dieser Grundsatz durch das Gesetz in den Genuss der Berufbarkeit vor den ordentlichen Gerichten kommt. Für eine solche Auslegung sprechen zwei Gründe. Erstens hat die vom Richter des *référé*s gewählte präzise Formulierung keine Entsprechung in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. Sie ist keine Übernahme einer Formulierung des Verfassungsrats, sondern eine direkte

592 CE, Ord. 24. Februar 2001, *Tibéri, Lebon* S. 85.

593 CC, Nr. 82-141 DC, 27. Juli 1982, Kons. 5, *Sfg.* S. 48; 86-217 DC, 18. September 1986, Kons. 8, *Sfg.* S. 141.

594 CC, Nr. 84-181 DC, 10-11. Oktober 1984, Kons. 38, *Sfg.* S. 78.

595 CC, Nr. 86-210 DC, 29. Juli 1986, Kons. 23, *Sfg.* S. 110; Nr. 86-217 DC, 18. September 1986, Kons. 35, *Sfg.* S. 141.

596 Der Verfassungsrat hat den Pluralismus der Ideen- und Meinungsströme als "Prinzip" bezeichnet, sowohl als Wahrrichter (CC, 23. August 2000, *Larrourou*, Kons. 6, *Sfg.* S. 137) als auch als Richter über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen (CC, Nr. 2003-468 DC, Kons. 11, *Sfg.* S. 325; Nr. 2004-490 DC, 12. Februar 2004, Kons. 84, *Sfg.* S. 41; Nr. 2004-507 DC, 9. Dezember 2004, Kons. 24, *Sfg.* S. 219).

597 P. DE MONTALIVET, oben genannte Dissertation, S. 245. Die Rechtslehre reduzierte diese Dimension des Pluralismus dennoch auf ein einfaches "Ziel", obwohl sie vom Verfassungsrichter nie so bezeichnet worden war, und sah in der *Tibéri-Verordnung* eine gewagte Entscheidung. Mitglieder des Staatsrats argumentierten, dass der Richter für einstweilige Verfügungen hier den Pluralismus als Ziel verankert habe (siehe I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, S. 329: l'ordonnance *Tibéri consacre le pluralisme*, "qui est un objectif de valeur constitutionnelle, et non une liberté"; siehe in diesem Sinne auch chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN unter CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, AJDA* 2001, S. 1055). Die akademische Lehre entwickelt die gleiche Analyse. Laut M. Sales "demonstriert der Staatsrat eine große Ermessensfreiheit, um in ein Prinzip umzuwandeln, was bis dahin von ihm nur als objektiv bezeichnet wurde" (E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", *RDJ* 2004, S. 224). M. Pez behauptet, dass "der Staatsrat es ablehnt, für das Recht auf eine angemessene Wohnung das zu tun, was er für den Pluralismus akzeptiert hat" (I. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, S. 382). Ebenso stellte Doyen Favoreu fest, dass die *Tibéri-Verordnung* "das, was vom Verfassungsrat als eines der 'Ziele von Verfassungswert' zur Stärkung der Freiheit der audiovisuellen Kommunikation neben dem Ziel der finanziellen Transparenz angesehen wird, als Grundfreiheit bezeichnet hat: Der Staatsrat erweitert also den Begriff der Grundfreiheit insofern, als das Ziel von Verfassungswert zur Stärkung der Grundfreiheit, die die Freiheit der audiovisuellen Kommunikation ist, seinerseits zu einer Grundfreiheit wird" (L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1741). Für Frau Deschamps war der Richter für einstweilige Verfügungen "in der *Verordnung Tibéri* innovativ, indem er es wagte, ein einfaches Ziel von Verfassungswert als Grundfreiheit zu bezeichnen" (E. DESCHAMPS, Anmerkung unter CE, Ord. 3. Mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, AJDA* 2002, S. 820).

598 In Verfassungsrechtsstreitigkeiten erwähnte der Verfassungsrat zunächst "das Erfordernis des Pluralismus der Ideen- und Meinungsströmungen" (CC, Nr. 89-271 DC, 11. Januar 1990, *Amnestie der Parlamentarier*, Kons. 12, *Sfg.* S. 21; Nr. 2000-428 DC, Kons. 21, *Sfg.* S. 70). Nachdem der Rat diese Norm in der oben genannten *Larrourou-Entscheidung* als "Prinzip" bezeichnet hatte, erwähnte er einige Monate später, ebenfalls in Wahlrechtsstreitigkeiten, "die verfassungsrechtliche Forderung nach Pluralismus der Ideen- und Meinungsströme" (CC, 6. September 2000, *Pasqua*, Kons. 6, *Sfg.* S. 144). Ebenso erklärt der Rat, während sich die Einstufung als Grundsatz im Verfassungsverstreit durchzusetzen schien, in einer Entscheidung vom 1.^{er} Juli 2004, "dass der Pluralismus der Denk- und Meinungsströmungen an sich ein Ziel von Verfassungswert ist" (CC, Nr. 2004-497 DC, 1.^{er} Juli 2004, Kons. 23, *Sfg.* S. 107).

Entlehnung aus dem Wortlaut des Gesetzes vom 30. September 1986. Der Richter für einstweilige Verfügungen behauptet nämlich, dass "Artikel 1^{er} des Gesetzes vom 30. September 1986 dem Conseil supérieur de l'audiovisuel die Aufgabe übertragen hat, die Einhaltung der in den Artikeln 1^{er} und 3 festgelegten Grundsätze zu überwachen, zu denen auch die Gleichbehandlung und der Ausdruck des Pluralismus der Denk- und Meinungsströmungen gehören". Während in der Verfassungsformel vom Pluralismus der *Ideen-* und Meinungsströmungen die Rede ist, beziehen sich das Gesetz - und der Richter für einstweilige Verfügungen - auf den Pluralismus der *Denk-* und Meinungsströmungen. In der Vorstellung des Richters genießt der Pluralismus als Gesetzes- und nicht als Verfassungsnorm eine direkte Wirkung⁵⁹⁹. Zweitens stimmt diese Position mit der des Verfassungsrats überein, für den der Pluralismus *dank des Eingreifens des Gesetzgebers* eine direkte Wirkung hat. In der Entscheidung Nr. 93-333 DC vom 21. Januar 1994 bekräftigte der Rat, dass "der Conseil supérieur de l'audiovisuel bei der Ausübung seiner Befugnisse wie jede Verwaltungsbehörde einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegt, die sowohl von der Regierung als auch von jeder Person, die ein Interesse daran hat, durchgeführt werden kann; es obliegt der Verwaltungsgerichtsbarkeit, besonders auf die Einhaltung des Pluralismusziels zu achten"⁶⁰⁰. Dieser Auslegungsvorbehalt verleiht dem Verwaltungsgericht eine wichtige Rolle bei der Kontrolle der Einhaltung des Pluralismusziels. Die Erwähnung von "jede Person" zeigt, dass das Ziel von jeder Privatperson vor dem ordentlichen Richter geltend gemacht werden kann. Laut M. Cassia verleiht dieser Vorbehalt "diesem Ziel vor dem ordentlichen Richter einen Charakter der Einklagbarkeit in dem Sinne, dass es sich an Privatpersonen und nicht nur an die öffentliche Hand richtet"⁶⁰¹. Durch das Gesetz und in dem Rahmen und unter den Bedingungen, die es festlegt, wird dem Grundsatz eine Anfechtbarkeit zuerkannt. "Der Rat scheint somit eine gewisse Anwendbarkeit des Pluralismusziels anzuerkennen, aber der Einzelne kann sich nur darauf berufen, weil es durch das Gesetz vom 30. September 1986 umgesetzt wurde und der CSA auf der Grundlage dieses Gesetzes tätig wird. In diesem Sinne kann das Ziel nicht direkt vor dem ordentlichen Richter geltend gemacht werden, ohne die Vermittlung durch ein Gesetz"⁶⁰². Es ist also das Gesetz, das diesem Grundsatz seine volle Wirkung verleiht.

142. Diese Rechtsprechung wirft die Frage auf, ob es möglich ist, verfassungsmäßigen Forderungsrechten volle Wirkung zuzuerkennen⁶⁰³, wenn sie Gegenstand gesetzlicher Umsetzungsmaßnahmen waren. Hier geht es zum einen um das Recht auf Bildung und zum anderen um das Recht auf Sozialhilfe. Die Situation dieser beiden Prinzipien unterscheidet sich insofern von den anderen bisher untersuchten Forderungsrechten, als sie vom Gesetzgeber umgesetzt wurden, *wodurch sie zu Vorrechten wurden, die der öffentlichen Hand entgegengehalten werden können und vor Gericht einklagbar sind*. Es wurde bereits festgestellt, dass ein verfassungs- oder vertragsrechtliches Forderungsrecht ohne eine gesetzgeberische Weiterführung dem Einzelnen keine Vorrechte verleihen kann. Damit ein solches Recht durchsetzbar ist, bedarf es eines gesetzlichen Rahmens, der seine Ausübung ermöglicht. Nur ein gesetzlich organisiertes und umgesetztes Forderungsrecht kann als subjektives Recht und gegebenenfalls als Grundfreiheit analysiert werden. Der Einzelne kann sich nur dann auf Forderungsrechte berufen, wenn diese Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen waren, die sie direkt anwendbar machen. Laut M. Sasso "bestehen subjektive Rechte nur insoweit, als der Gesetzgeber anlässlich der Umsetzung dieser Grundsätze den Willen bekundet hat, dem Einzelnen solche Rechte zu verleihen"⁶⁰⁴. Ab dieser Umsetzung steht der Berufbarkeit von

599 Die Verfassung wird im Übrigen nirgendwo in der Verfügung des Richters der einstweiligen Verfügung erwähnt. Weder in der Begründung noch in den Bezugsvermerken findet sich ein Verweis auf das Verfassungsprinzip. Es ist wahrscheinlich, dass die Verfassungsnorm nur im Rahmen des Kriteriums der Fundamentalität bei der Verankerung dieses Grundsatzes als Grundfreiheit eine Rolle gespielt hat. Der Richter für einstweilige Verfügungen nimmt somit eine Kombination von Normen vor, um diese Freiheit anzuerkennen: Die Verfassung verleiht ihr die Fundamentalität, das Gesetz die direkte Wirkung. Zu diesem Thema siehe H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, coll. BDP, t. 161, 1991, 377 pp.

600 CC, Nr. 93-333, 21. Januar 1994, Kons. 14.

601 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 111.

602 P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse Paris II, 2004, S. 523.

603 Forderungsrechte werden als Rechte verstanden, deren Hauptgegenstand die Gewährung einer Leistung zugunsten von Privatpersonen ist. Es sind Rechte, die überwiegend die Verpflichtung beinhalten, Güter zuzuteilen (siehe L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 129 ff.) Die Berücksichtigung der *vorherrschenden* deontischen Modalität ermöglicht es, aus dem Begriff des Forderungsrechts ("droits-à") Freiheitsrechte ("droits-de") auszuschließen, die als Nebenbedingung eine finanzielle Intervention der öffentlichen Hand beinhalten können, wie beispielsweise die Verpflichtung, Polizeikräfte einzusetzen, um die Effektivität der Versammlungsfreiheit zu gewährleisten. Zur Frage der Forderungsrechte siehe L. GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, thèse Aix-en-Provence 2001, 562 pp. Die Verkündung dieser Rechte durch die Präambel der Verfassung von 1946 wurde als Ziel dargestellt, den Einzelnen zum "Gläubiger der Nation" zu machen (siehe G. VEDEL und J. RIVERO, "Les principes économiques et sociaux de la Constitution: Le préambule", *Dr. soc.* 1947, S. 13-35). Ihre Anerkennung fügt sich in das Modell "eines Wohlfahrtsstaates, der in der Lage ist, durch positive Leistungen zur Entstehung dieser "materiellen Sicherheit" beizutragen, die jedem garantiert wird" (L. FERRY und A. RENAUT, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Philosophie politique, 1992, S. 31. Unterstrichen).

604 L. SASSO, "Les fonctions des droits fondamentaux en Europe", in *Questions sur le droit européen*, colloque Caen, 23

Forderungsrechten nichts mehr im Wege. Zwar bezweifeln viele Autoren, dass sie für das Verfahren des *référé-liberté* in Frage kommen⁶⁰⁵, doch ist festzuhalten, dass der Staatsrat bislang immer nur über Forderungsrechte entscheiden musste, die keine gesetzgeberischen Maßnahmen zur Umsetzung beinhalten. Da sie keine direkte Wirkung haben, war ihr Ausschluss aus dem Bereich der Grundfreiheiten also nicht sehr natürlich. Die Situation des Rechts auf Bildung und des Rechts auf Sozialhilfe unterscheidet sich jedoch insofern, als beide Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen sind, die ihnen den Rang eines Vorrechts verleihen, das der Verwaltungsbehörde direkt entgegengehalten werden kann.

Das Recht auf Bildung, das im 13^{ème} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946⁶⁰⁶ proklamiert wurde, war Gegenstand von Gesetzes- und Verordnungsmaßnahmen zu seiner Umsetzung. Die unterverfassungsrechtlichen Texte, die diese Bestimmung ergänzen und präzisieren, verleihen ihr den Status eines Vorrechts, das der öffentlichen Gewalt direkt entgegengehalten werden kann. Aus diesem Grund hat der Verwaltungsrichter entschieden, dass das Recht auf Bildung während der Schulpflicht eine öffentliche Freiheit darstellt⁶⁰⁷. Die Richter der ersten Instanz, die darüber zu entscheiden hatten, ob dieses Recht für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 in Frage kommt, zögerten nicht, es als Grundfreiheit zu bezeichnen⁶⁰⁸. Die Frage stellte sich dem Staatsrat nie direkt. Dennoch haben sich die Regierungskommissare, die sich zu dieser Frage geäußert haben, sehr deutlich für die Anerkennung dieses Rechts als Grundfreiheit während der Schulpflicht ausgesprochen. Für Rémy Schwartz "stellt das in Artikel 13 der Präambel von 1946 garantierte Recht auf den öffentlichen Bildungsdienst zweifellos (...) eine Grundfreiheit dar, zumindest sehr sicher bis zum Alter der Schulpflicht". Er argumentiert, dass "eine Verweigerung des Zugangs zum öffentlichen Bildungsdienst (...) unserer Meinung nach für ein Kind von höchstens 16 Jahren oder, und vielleicht weiter gefasst, für ein Kind, das in der Sekundarstufe eingeschult werden könnte, auf eine Verletzung einer Grundfreiheit hinauslaufen würde"⁶⁰⁹. M. Collin entwickelt eine vergleichbare Analyse. ^{ème}Nachdem er die Bestimmungen des 13. Absatzes der Präambel der Verfassung von 1946 in Erinnerung gerufen hat, stellt er fest: "Daraus lässt sich mühelos das Bestehen eines Rechts auf Zugang zur Bildung ableiten, das im Übrigen durch die Schulpflicht für Kinder zwischen 6 und 16 Jahren und die staatliche Organisation des Bildungswesens garantiert wird". Wie Rémy Schwartz beschränkt er den Umfang dieser Grundfreiheit auf die Zeit der Schulpflicht: "Das Recht einer Person, die das Alter der Schulpflicht überschritten hat, auf Zugang zum öffentlichen Dienst des Sekundarunterrichts stellt keine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des CJA dar"⁶¹⁰.

Die Frage des Rechts auf Sozialhilfe hat sich dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats nie gestellt und hat auch nicht zu nennenswerten Anwendungen auf der Ebene der erstinstanzlichen Gerichte geführt⁶¹¹. Es ist jedoch anzumerken, dass dieses Recht, das eine verfassungsrechtliche Grundlage hat⁶¹², unter den vom

février 1996 (C. GREWE Hrsg.), Presses universitaires de Caen, 1996, S. 177.

⁶⁰⁵ So hielt es Präsident Vandermeeren für unwahrscheinlich, dass der Staatsrat "Rechte, die "Forderungen" gegen den Staat begründen (Recht auf Beschäftigung, Gesundheitsschutz, Freizeit usw.)" als Grundfreiheiten ansehen würde (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, S. 2229). Laut MM. Bourrel und Gourdou sind die Rechte-Forderungen "häufig von recht unklarem Inhalt und manchmal eher eine *petitio principii*, wie das berühmte "Recht auf Arbeit". On voit d'emblée la difficulté d'intégrer de tels droits économiques et sociaux dans le contrôle du juge du *référé-liberté*, sauf à transformer celui-ci en véritable administrateur, oblat les pouvoirs publics à combler leurs éventuelles carences dans la mise en œuvre effective de leurs 'créances' constitutionnelles" (A. BOURREL und J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, S. 76-77). In diesem Sinne siehe auch M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *AJDA* 2001, S. 1056.

⁶⁰⁶ "Die Nation garantiert den gleichen Zugang des Kindes und des Erwachsenen zur Bildung, zur Berufsausbildung und zur Kultur. Die Organisation des öffentlichen und säkularen Unterrichts auf allen Stufen ist eine Pflicht des Staates".

⁶⁰⁷ Siehe *oben*, § 110.

⁶⁰⁸ TA Paris, Ord. 30. Januar 2001, *Ben Aayed*, *Dr. adm.* 2001, Nr. 102; TA Melun, Ord. 23. März 2006, *Pineda*, Nr. 06-1796/5, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER; TA Versailles, ord. 18. März 2006, *X*, *c/ Université Paris X*, Nr. 0602618.

⁶⁰⁹ Unveröffentlichte Schlussbemerkungen R. SCHWARTZ zu CE, 18. Oktober 2002, *Caunes-Rey*, Nr. 249678. In Übereinstimmung mit den für ihn geltenden Texten will der Regierungskommissar den Umfang dieser Grundfreiheit eindeutig auf die Zeit der Schulpflicht beschränken: "Si l'accès au service public de l'éducation constitue selon nous, conformément à la tradition républicaine, une liberté fondamentale tant que la scolarité est obligatoire, il n'en va plus de même après. Der Zugang zur Universität stellt somit ein Recht für Abiturienten dar, aber keine Grundfreiheit".

⁶¹⁰ Unveröffentlichte Schlussanträge P. COLLIN zu CE, 29. November 2002, *Arakino, Lebon*, S. 422.

⁶¹¹ Eine Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Marseille vom 4. Oktober 2002 (*Pshenychnyak*, Nr. 024716/0) ist jedoch erwähnenswert. Unter Berufung auf das Recht auf ein menschenwürdiges Leben wies der Richter für einstweilige Verfügungen ein Département an, die gestrichene Sozialhilfe, die aus der Unterbringung eines Flüchtlingsvaters und seines Kindes bestand, wieder einzuführen. In dem Beschluss heißt es, dass "das Recht auf ein menschenwürdiges Leben eine Grundfreiheit darstellt, deren Ausprägung die Kinderfürsorge und die häusliche Hilfe sind, die in den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 fallen".

⁶¹² Im 11^{ème} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946 heißt es, dass die Nation "allen, insbesondere dem Kind, der Mutter und den älteren Arbeitnehmern, Gesundheitsschutz, materielle Sicherheit, Ruhe und Freizeit garantiert. Jeder Mensch, der wegen seines Alters, seiner körperlichen oder geistigen Verfassung oder der wirtschaftlichen Lage arbeitsunfähig ist, hat das Recht, von der Allgemeinheit angemessene Mittel zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zu erhalten".

Gesetzgeber festgelegten Bedingungen seine volle Wirkung entfaltet. Derzeit ist die Frage jedoch noch offen.

II. Ein vororientiertes individuelles Interesse

143. Die Norm der Grundfreiheit zielt auf den Schutz eines abstrakt identifizierten Interesses ab. Ihr Gegenstand kann sich auf eine Tätigkeit, eine Eigenschaft oder eine Stellung des Subjekts beziehen; es wäre auch denkbar, dass sie sich auf die Gewährung einer Leistung zu seinem Vorteil bezieht. In Bezug auf die Art und Weise, wie die Grundfreiheit verwirklicht wird, kann sie von der öffentlichen Gewalt ein Handeln oder eine Unterlassung verlangen.

A. Ein abstrakt identifiziertes Interesse

144. Um als Grundfreiheit eingestuft zu werden, muss die strittige Norm auf den Schutz eines individuellen Interesses abzielen⁶¹³. Es muss möglich sein, das Interesse und den Bereich, der durch das Recht geschützt wird, zu bestimmen. Unter Abkehr von traditionellen Schemata und Klassifizierungen zeigt der Richter für einstweilige Verfügungen eine gewisse Flexibilität bei der Erfassung des durch die Grundfreiheitsnorm geschützten Interesses.

1. Das Vorhandensein eines individuellen Interesses

145. Die Grundfreiheitsnorm ist eine Norm, deren Zweck es ist, den Schutz eines bestimmten individuellen Interesses zu gewährleisten. Sie zielt darauf ab, die Fähigkeit des Subjekts zur freien Verfügung und Verwirklichung zu gewährleisten. Sie verpflichtet die öffentliche Gewalt zu einer Handlung mit einem bestimmten Inhalt. Es muss möglich sein, den durch die Norm geschützten Bereich abstrakt zu identifizieren. Das Interesse zielt auf eine Handlung, eine Situation oder eine Eigenschaft ab, deren Inhalt *in abstracto* ohne Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten jedes Einzelfalls bestimmt werden können muss. Dies ist z. B. bei einer Norm der Fall, die die Meinung, das Eigentum oder die freie Verwaltung der Gebietskörperschaften schützt. Die Nutznießer dieser Normen haben ein Interesse an der Erhaltung ihres Gegenstands. Sie haben das *Recht und das* Interesse an der Wahrung ihrer Meinung, der freien Verfügung über ihr Eigentum und der Möglichkeit der freien Selbstverwaltung.
146. Ohne die Möglichkeit, das durch die Norm geschützte Interesse abstrakt zu bestimmen, kann die Norm nicht als Grundfreiheit angesehen werden. Diese Anforderung erklärt somit den Ausschluss des Grundsatzes der Kontinuität der öffentlichen Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Auch wenn dieses Prinzip einen grundlegenden Charakter aufweist⁶¹⁴, ist es keine Grundfreiheit, da es nicht speziell auf den Schutz eines Interesses des Subjekts abzielt⁶¹⁵. Aus demselben Grund wurde die Gleichheit, ein objektiver Rechtsgrundsatz, nicht als Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angesehen. Mehrere Autoren haben die Weigerung, den Gleichheitsgrundsatz in die Kategorie der Grundfreiheiten aufzunehmen, mit dem Argument angefochten, dass dieser in unserem Rechtssystem einen grundlegenden Charakter hat⁶¹⁶. Die Gleichheit ist unbestreitbar

⁶¹³ Nach Jherings berühmter Formel werden subjektive Rechte als "rechtlich geschützte Interessen" definiert (siehe J. HUMMEL, "La volonté dans la pensée juridique de Jhering", *Droits* 1999, S. 71-81). Professor Foulquier definiert das subjektive Recht als "ein rechtlich *verankertes* Interesse", wobei er eine ähnliche Formulierung wählt, die jegliche Zweideutigkeit ausräumt. Er begründet diese Abwandlung von Jherings Formel damit, dass er die Vorstellung beseitigen möchte, dass das subjektive Recht nur dann existiert, wenn es gerichtlich geschützt ist, eine Auffassung, die insbesondere von Kelsen (*Théorie pure, op. cit.*, Sonderdruck S. 141) und Bonnard (oben genannter Artikel, Sonderdruck S. 707) vertreten wird. Wie der Autor betont: "Nach Ansicht des Palais-Royal und der Mehrheit der Lehre bedingt die Klage nicht die Existenz des subjektiven Rechts. Elle ne fait que participer à sa perfection" (N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, S. 281).

⁶¹⁴ Der Grundsatz der Kontinuität der öffentlichen Dienstleistungen hat aufgrund seines Verfassungswertes einen grundlegenden Charakter. Er wurde im Übrigen vom Staatsrat als "fundamentales Prinzip" bezeichnet (CE, 13. Juni 1980, *Bonjean, Lebon* S. 274).

⁶¹⁵ Für M. Lachaume "ist es nicht wirklich ein Grundrecht, das hier direkt in Frage gestellt wird" (J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 93).

⁶¹⁶ So behauptet M. Brenet, dass die Lösung des Staatsrats "von Natur aus nicht zu rechtfertigen ist" und fragt sich,

ein Grundprinzip⁶¹⁷. Allerdings reicht die Fundamentalität nicht aus, um eine Norm als Grundfreiheit zu qualifizieren. Wenn der Gleichheitsgrundsatz keine Grundfreiheit ist, dann ganz einfach deshalb, weil er kein subjektives Recht darstellt und, genauer gesagt (da es sich um eine Norm handelt, die gegenüber der Verwaltung durchsetzbar ist und eine direkte Wirkung hat und somit das erste Kriterium des subjektiven Rechts erfüllt), weil er kein individuelles Interesse schützt. Was diesem Grundsatz fehlt, um als Grundfreiheit analysiert werden zu können, ist, dass er den Subjekten kein subjektives *Recht* auf Gleichheit verleiht. Es ist schwierig, den Gleichheitsgrundsatz in Form eines echten individuellen Vorrechts zu begreifen. So hatte Isabelle de Silva erklärt, dass seine "Infragestellung nicht notwendigerweise ein 'Recht' verletzt (...)"⁶¹⁸. Im gleichen Sinne hatte Professor Fromont behauptet, dass "die Gleichsetzung des Gleichheitsgrundsatzes mit einer Freiheit sehr künstlich ist"⁶¹⁹. Es ist zu beachten, dass in der deutschen Rechtslehre die Gleichheit nicht als subjektives Recht betrachtet wird⁶²⁰. Wie M. Jouanjan gezeigt hat, weist der Gleichheitsgrundsatz, der sich als Grundsatz der Nichtdiskriminierung analysieren lässt, die Besonderheit auf, dass er ein "modales" Recht ist. Das bedeutet, dass er der öffentlichen Gewalt eine bestimmte Handlungsmodalität und nicht eine Handlung mit einem bestimmten Inhalt auferlegt. Dieser Grundsatz "verbietet nicht bestimmte Inhalte des staatlichen Handelns, sondern nur bestimmte Handlungsmodalitäten"⁶²¹. Die Gleichheit "schützt (...) weder eine menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft noch eine durch das Recht geschaffene Institution"⁶²². M. Jouanjan behauptet: "Im Hinblick auf die einzige Norm der Gleichheit vor dem Gesetz wird also weder das Individuum vor noch die öffentliche Gewalt vor einem Handeln mit besonderem Inhalt, sondern nur mit einer spezifischen Modalität geschützt"⁶²³. Darüber hinaus und im Gegensatz zu den Normen, die der Staatsrat in die Kategorie der Grundfreiheiten aufgenommen hat, hängt das, was die Gleichheit jeweils gebietet, von den tatsächlichen Umständen des jeweiligen Falles ab. Die Konkretisierung der Gleichheit beruht immer auf einem Realitätsurteil ("x ist ähnlich wie y" oder "x ist nicht ähnlich wie y"). Nur anhand dieses Realitätsurteils kann bestimmt werden, ob es möglich oder notwendig ist, zwei gegebene Situationen gleich oder unterschiedlich zu behandeln. Das Interesse, um das es bei der Gleichheit geht, ist somit nur abgeleitet. Worin es jeweils konkret besteht, ist nicht vorherbestimmt; es wird erst durch den Vergleich mit anderen Interessen, die auf dem Spiel stehen, entdeckt. Da es immer durch den Vergleich mit anderen subjektiven Situationen entdeckt wird, ist das auf dem Spiel stehende Interesse eher intersubjektiv als rein subjektiv; "man kann einen durch die Gleichheit geschützten Bereich nicht materiell *a priori* bestimmen"⁶²⁴. Sein konkreter Inhalt ist jedes Mal nur ausgehend vom konkreten Fall selbst erkennbar.

Der Richter verlangt also das Vorhandensein eines Interesses, um das Vorhandensein einer Grundfreiheit zu qualifizieren. Darüber hinaus wird eine breite Definition der geschützten Interessen verwendet.

"ob der Staatsrat die Grenzen des Vernünftigen nicht überschritten hat", da "niemand bestreitet, dass der Gleichheitsgrundsatz sowohl auf nationaler als auch auf supranationaler Ebene einen bemerkenswerten rechtlichen Schutz genießt und einen Wert vermittelt, dessen hoher Grad an "Wesentlichkeit" unbestreitbar ist" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, S. 1576). Ähnlich argumentiert Professor Cassia, dass der Ausschluss des Gleichheitsgrundsatzes "auf keiner rechtlichen Rechtfertigung beruhen kann, da alle Verfassungstexte und Texte zum internationalen Schutz der Menschenrechte ihn verankern" (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence, op. cit.*, S. 112). Die Frage seiner Eignung für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 war für M. Verpeaux nicht zweifelhaft, der feststellte, dass "der Gleichheitsgrundsatz, wenn man so will, eine der wesentlichsten Grundfreiheiten darstellt, die das Verfahren des *référé-liberté* eindeutig schützen soll" (M. VERPEAUX, note sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles, RFD* 2001, S. 685).

⁶¹⁷ Seine grundlegende Bedeutung steht nicht zur Diskussion. Angesichts der Definition des Adjektivs "grundlegend" durch den Rat (siehe unten, § 169 ff.) besteht kaum ein Zweifel daran, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz, der in sehr vielen Quellen, angefangen bei der Verfassungsquelle, verankert ist, eine grundlegende Norm darstellt. Siehe insbesondere G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, coll. Systèmes, 1996, 143 S.; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, 397 S.; N. BELLOUBET-FRIER, "Le principe d'égalité", *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 152-164; G. BRAIBANT, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, pp. 97-110.

⁶¹⁸ I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFD* 2002, S. 329. Zur Verbindung zwischen dem Gleichheitsgrundsatz und den "Grundrechten" siehe F. BENOIT-RHOMER, "L'égalité dans la typologie des droits", in *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA und L. HENNEBEL, Hrsg.), Bruylant, Coll. Penser le droit, 2004, S. 135-152.

⁶¹⁹ M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité", *AJDA* 1995 Sondernummer, S. 165.

⁶²⁰ So schloss Jellinek aus, dass der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz als subjektives Recht betrachtet werden kann (siehe O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica PUAM, coll. DPP, 1992, S. 176). Ähnlich argumentiert Professor Luhmann, dass die Idee der Gleichheit im objektiven Recht zu finden ist (siehe O. JOUANJAN, *op. cit.*, S. 177).

⁶²¹ O. JOUANJAN, a. a. O., S. 178.

⁶²² G. MÜLLER, zitiert von O. JOUANJAN, a. a. O., S. 178.

⁶²³ O. JOUANJAN, a. a. O., S. 178-179.

⁶²⁴ O. JOUANJAN, a. a. O., S. 179.

2. Die Überwindung klassischer Schemata

147. Das Interesse bezieht sich auf das geschützte Objekt und die Art und Weise, wie es verwirklicht wird. Das durch die Norm der Grundfreiheit geschützte Interesse wurde vom Richter für einstweilige Verfügungen so weit wie möglich gefasst. Da er sich weigerte, sich in irgendeinem Schema zu verfangen, wollte er die Grundfreiheiten nicht auf eine bestimmte Art von Interesse beschränken. Auch auf dieser Ebene zeigt sich der eigenständige Charakter des vom Verwaltungsrichter entwickelten Konzepts der Grundfreiheiten. Sie geht über die klassischen Kategorien und Darstellungen hinaus. Sie ist nicht auf defensive Rechte beschränkt, beinhaltet nicht ausschließlich eine Unterlassungspflicht für die öffentliche Gewalt und schützt nicht nur eine Handlungsmöglichkeit. Nach der Statustheorie von Jellinek⁶²⁵, die auf der Art der Rechtsbeziehung zwischen dem Rechtssubjekt und der öffentlichen Gewalt beruht, sind die Grundfreiheiten nicht nur auf den negativen Status beschränkt, sondern können auch unter den positiven Status⁶²⁶, wie das Recht auf Asyl, oder den aktiven Status⁶²⁷, wie die freie Wahl, fallen. Ebenso lässt sich die Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 nicht nur auf die Selbstbestimmungsbefugnisse reduzieren, die der Mensch über sich selbst ausübt⁶²⁸. Die Auffassung des Richters für einstweilige Verfügungen entzieht sich den klassischen Darstellungen. Folglich kann man seine Auffassung von Freiheiten nicht durch das Prisma der traditionellen Schemata lesen oder wiedergeben, da man sonst Gefahr läuft, ein unvollständiges und sogar verzerrtes Bild seiner Rechtsprechung zu erhalten.
148. Der Richter für einstweilige Verfügungen beschäftigt sich auch nicht mit den Qualifikationen, die von den Texten vorgegeben werden, oder mit den Kontroversen in der Lehre über die Existenz eines möglichen Unterschieds zwischen "Rechten" und "Freiheiten". In diesem Punkt wurden kluge Konstruktionen entwickelt, um einen Unterschied zwischen "Rechten" und "Freiheiten" zu begründen oder zu verneinen. Einige Autoren unterscheiden zwischen zwei Arten von Normen, wobei sie sich auf den Gegenstand der jeweiligen Norm stützen. Rechte" würden es ermöglichen, von der öffentlichen Gewalt ein Handeln in Form einer Forderung zu verlangen; "Freiheiten" würden es ermöglichen, von der öffentlichen Gewalt eine Unterlassung zu verlangen⁶²⁹. Andere Autoren, die feststellen, dass es im positiven Recht keine klare

625 Vgl. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2^{ème} Aufl., Mohr, 1905, S. 85 ff. Für eine Darstellung siehe insbesondere: W. PAULY, "Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Jellinek", in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN Hrsg.), PUS, 2001, S. 293-312; T. RAMBAUD, "Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek (1851-1911)", *RDP* 2005, S. 707-732, spé S. 723.

626 Der positive Status entspricht den Rechten, die im Allgemeinen ein positives Handeln des Staates erfordern.

627 Der aktive Status verleiht ein Recht auf Teilnahme an der normativen Produktion, speziell durch das aktive und passive Wahlrecht: Der *Status activus* sichert die Teilnahme am Staat, an der "staatlichen Willensbildung" (G. JELLINEK, *a. a. O.*, S. 136).

628 Für Lebreton sind Freiheiten "immer Selbstbestimmungsbefugnisse, d. h. Befugnisse, die der Mensch auf sich selbst ausübt. Beispielsweise lässt sich die Freiheit, zu kommen und zu gehen, als die auf sich selbst ausgeübte Macht analysieren, sich zu bewegen. Freiheiten werden also im Wesentlichen unabhängig ausgeübt, ohne dass ein Eingreifen anderer erforderlich ist. Theoretisch verlangen sie von anderen nur eine Haltung der Enthaltung, der Nichtbehinderung, um sich zu verwirklichen, und keineswegs ein positives Verhalten, eine Verpflichtung zum Handeln" (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, S. 11). Eine fast einhellige Lehrmeinung geht davon aus, dass die "Freiheiten" Selbstbestimmungsbefugnisse verleihen und nur eine abstinente Haltung der öffentlichen Gewalt erfordern. Siehe beispielsweise P. MBONGO, "Französische Verfassung und Freiheiten. Dits, non-dits, clairs-obscur et idées reçues", *RA* 2002, S. 602 ("la notion de "liberté" renvoie nécessairement (...) à une faculté de choix, à un pouvoir d'autodétermination de l'individu"); J. RIVERO und H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd, PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, S. 6 (die Autoren betrachten die Freiheit als eine "Selbstbestimmungsmacht", d. h. "eine Macht, die der Mensch über sich selbst ausübt"; die Folgen der Freiheiten "sind rein negativ: sie reduzieren sich auf die Verpflichtung, durch Unterlassung das Spiel der Freiheit der anderen zu respektieren"); F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, S. 77 ("la liberté reste toujours un droit à l'abstention d'autrui", nicht unterstrichen); J. MORANGE, "Liberté", in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ("il n'y a (...) liberté juridique que lorsque l'individu se voit reconnu par l'Etat, dans le contexte actuel, le droit d'exercer une activité déterminée à l'abri des pressions externes"). Ebenso sind für Philippe Braud die öffentlichen Freiheiten "Verpflichtungen, nichts zu tun" (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, S. 85), "negative Verpflichtungen" (*a. a. O.*, S. 85), Verpflichtungen zur Unterlassung (*a. a. O.*, S. 88).

629 Während Rechte "in eine Beziehung zwischen ihren Gläubigern und Schuldern" eingebettet sind, sind Freiheiten "Bereiche der Autonomie, quasi juristisches Niemandsland, die vom Fürsten oder Gesetzgeber anerkannt werden und innerhalb derer ihre Begünstigten beschließen können, so zu handeln, wie sie es für richtig halten" (A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, S. 10). Im gleichen Sinne erklären die Herren Mathieu und Verpeaux: "Der Unterschied zwischen Rechten und Freiheiten deckt im Wesentlichen den Unterschied zwischen der Bekräftigung der Grundsätze bezüglich der Autonomie der Individuen oder klassischen Freiheiten und den Forderungsrechten, d. h. den Verpflichtungen, die dem Staat im sozialen Bereich auferlegt werden" (B. MATHIEU und M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, S. 16). Im Einklang mit diesem strengen Verständnis betrachtet M. Verpeaux "Freiheiten" als "Rechte", die Einzelpersonen oder Gemeinschaften eine

Unterscheidung zwischen den beiden Ausdrücken gibt, sind nuancierter in Bezug auf die Bedeutung, die den lexikalischen Variationen um die Wörter "Recht" und "Freiheit" zuzuschreiben ist. Folglich relativieren oder lehnen sie eine so kategorische Unterscheidung zwischen Rechten und Freiheiten ab, die sich in Wirklichkeit "kaum unterscheiden lassen"⁶³⁰. Im Einklang mit diesen Autoren betrachtet der Verwaltungsrichter die theoretischen Kontroversen über einen möglichen Gegensatz zwischen "Rechten" und "Freiheiten" mit einer gewissen Vorsicht. Er hält sich nicht mit den verwendeten Titeln auf und interessiert sich nur für den Gegenstand der jeweiligen Norm. Unterschiedlos kommen für den Schutz durch Artikel L. 521-2 Normen in Betracht, die als "Freiheit" (Freizügigkeit, Versammlungsfreiheit, Unternehmertum), "Recht" (Eigentum, Asyl, normales Familienleben, Zustimmung zu medizinischer Behandlung), "Grundsatz" (pluralistische Meinungs- und Gedankenfreiheit, freie Verwaltung der Gebietskörperschaften, Unschuldsvermutung) oder "Möglichkeit" (Verteidigung vor einem Richter) bezeichnet werden. Der Richter für einstweilige Verfügungen hält sich nicht mit dem von den Texten verwendeten Vokabular auf, sondern konzentriert sich ausschließlich auf die Art des Vorrechts, das dem Begünstigten übertragen wird, oder, genauer gesagt, auf den Gegenstand der Norm.

B. Der geschützte Gegenstand

149. Das von der Grundfreiheitsnorm geschützte Objekt kann eine Tätigkeit, eine Eigenschaft oder eine Position des Subjekts sein. Es ist auch denkbar, dass der Richter Normen, die auf die Gewährung von Leistungen abzielen, in den Bereich der Freiheiten einbezieht.

1. Eine Aktivität (tun)

150. Die meisten der vom Richter für einstweilige Verfügungen anerkannten Grundfreiheiten haben den Schutz einer Möglichkeit, etwas zu tun (oder zu unterlassen), zum Gegenstand. Es handelt sich um Freiheiten im engeren Sinne. Sie schützen eine bestimmte Aktivität oder Handlung: unternehmen, sich bewegen, sich versammeln. In ihrer negativen Dimension können sie sich auch in Freiheiten verkörpern, etwas nicht zu tun, z. B. nicht zur Zwangsarbeit verpflichtet zu werden. Da diese Normen dem klassischen Verständnis des Begriffs "Freiheit" entsprechen, bereitet ihre Anerkennung in der Regel keine Schwierigkeiten. Innerhalb dieser ersten Kategorie haben nur die Verankerung des Eigentumsrechts und des Grundsatzes der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften Anlass zu Diskussionen gegeben.
151. Das durch das Eigentumsrecht geschützte Interesse besteht darin, dass der Begünstigte (ob Eigentümer oder Mieter) im weitesten Sinne über das Gut, an dem er (aufgrund des Gesetzes oder einer vertraglichen Verpflichtung) seine Rechte ausübt, ohne Einmischung oder Behinderung durch Dritte verfügen kann. In diesem Sinne handelt es sich um eine Freiheit im engeren Sinne, um eine authentische Möglichkeit, etwas zu tun. Die Rechtsordnung schließt die Nutzung der Sache durch jede andere Person als den Eigentümer oder

Wahlmöglichkeit oder eine Ablehnung von Zwang zuerkennen. Le droit à l'éducation, reconnu notamment dans le Préambule de la Constitution de 1946, n'est ainsi pas une liberté, à la différence de la liberté de l'enseignement, puisque elle reconnaissent le choix à la fois de l'école et du contenu de l'éducation" (M. VERPEAUX, "La liberté", *AJDA* 1998 numéro spécial, S. 144). Für M. Lebreton sind Freiheiten Selbstbestimmungsbefugnisse, Befugnisse, die der Mensch auf sich selbst ausübt (siehe vorherige Fußnote), Rechte im engeren Sinne sind "Befugnisse, die der Mensch nicht auf sich selbst, sondern auf andere ausübt"; sie unterscheiden sich dann von den Freiheiten dadurch, dass "sie sich auf Befugnisse beziehen, von anderen ein positives Verhalten zu verlangen, und nicht einfach eine Enthaltung" (G. LEBRETON, *a. a. O.*, S. 11-12). Ebenso identifizieren die Herren Rivero und Moutouh "einen Wesensunterschied zwischen den Freiheiten, Befugnissen zur Selbstbestimmung, die sich auf andere nur negativ auswirken, und den meisten anderen Rechten, Befugnissen, anderen oder der Gemeinschaft ein positives Verhalten aufzuzwingen" (J. RIVERO und H. MOUTOUH, *a. a. O.*, S. 6). Collin und Guyomar erklärten auch: "Um es in einfachen, ja sogar vereinfachenden Worten auszudrücken: Die Garantie einer Freiheit erfolgt durch das Verbot übermäßiger Einmischungen der öffentlichen Behörde, während die Ausübung eines Rechts ein Handeln derselben öffentlichen Behörde voraussetzt, um es wirksam zu machen" (M. GUYOMAR und P. COLLIN, *chron.* unter CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, S. 1055).

⁶³⁰ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd, Dalloz, 2000, Nr. 256. Wie Xavier Bioy zu Recht betonte, kann die Unterscheidung zwischen Rechten und Freiheiten zwar von theoretischem Interesse sein, doch "Le droit positif en la matière ne laisse pas apparaître de distinction" (X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public (Recherches sur le sujet des droits fondamentaux)*, Dalloz, NBT, 2003, S. 498-499). In diesem Sinne siehe : P. PACTET, "Quelques réflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droits sous la V^e République", in *Etudes offertes à C.-A. COLLARD. Droits et libertés à la fin du XX^e siècle: influence des données économiques et technologiques (Rechte und Freiheiten am Ende des 20. Jahrhunderts: Einfluss der wirtschaftlichen und technologischen Daten)*, Pedone, 1984, S. 575-588.

den Mieter aus. Der Richter für einstweilige Verfügungen hob den ausschließlichen Charakter des Eigentumsrechts hervor, indem er feststellte, dass dieses "im Allgemeinen impliziert, dass die Sache nicht von *Dritten* ohne Genehmigung des Eigentümers genutzt wird"⁶³¹. René Capitant erklärte: "Das Eigentum ist eine Freiheit, weil es das Recht seines Inhabers ist, Handlungen zur Nutzung, zum Genuss und zur Verfügung über die Sache vorzunehmen, bei denen es sich um freie Ermessenshandlungen handelt, die weder Gegenstand einer Verpflichtung noch eines Verbots sind". Und, so fuhr er fort, es ist eine Freiheit, die "durch das an Dritte gerichtete Verbot, ihre Ausübung zu behindern, geschützt wird"⁶³². Dieser Gedanke wurde von Robert und Duffar aufgegriffen. Für diese Autoren ist "das Eigentum unbestreitbar eine Freiheit", denn "es setzt eine allgemeine Verpflichtung voraus, die allen, die nicht Eigentümer der Sache sind, auferlegt wird, zu akzeptieren, dass der Eigentümer sein Recht auf die Sache ausübt, und alles zu unterlassen, was sich dem entgegenstellen könnte"⁶³³. So verstanden die Verfassungsgeber von 1789 das Eigentumsrecht, das als die Freiheit betrachtet wurde, sein Eigentum zu nutzen und darüber zu verfügen, ohne von jemandem behelligt oder daran gehindert zu werden.⁶³⁴

Mit dem Argument, dass das Eigentumsrecht ein dingliches Recht ist, entwickelte ein Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Paris die Idee, dass dieses Recht nicht als Freiheit analysiert werden kann⁶³⁵. Auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 legte dieser Richter eine strenge Auslegung des Begriffs Freiheit fest, die als das Recht verstanden wurde, "über eine Selbstbestimmungsmacht zu verfügen", und fügte hinzu, dass "nichts die Annahme zulässt, dass der Gesetzgeber wollte, dass das Wort Freiheit in den oben genannten Bestimmungen eine andere Bedeutung hat als die, die traditionell im französischen öffentlichen Recht üblich ist". Der Beschluss erwähnt, dass "das Eigentumsrecht zwar manchmal als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Freiheiten angesehen werden konnte, aber nie als selbst eine der öffentlichen Freiheiten darstellend betrachtet wurde". Schließlich heißt es in der Entscheidung: "Wenn die Attribute des Eigentumsrechts die Wirkung haben, seinem Inhaber die "freie" Nutzung, den Genuss und die Verfügung über die besessene Sache zu verleihen, können sie dennoch nicht für sich allein die Folge haben, aus diesem dinglichen Recht eine Freiheit im oben genannten Sinne zu machen"⁶³⁶. Die von diesem Richter vertretene Position wurde vom Kassationsrichter⁶³⁷ zensiert und vom Staatsrat sehr entschieden verurteilt⁶³⁸. Diese abweichende Rechtsprechung wurde jedoch unerwartet von einem Vertreter der Rechtswissenschaft unterstützt. Pez stimmte dem vom Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Paris entwickelten Ansatz voll und ganz zu und behauptete, dass die Freiheit "eher zur Kategorie der persönlichen Rechte als zu der der dinglichen Rechte gehört. Da das Eigentumsrecht das dingliche Recht par excellence ist, versteht man die Vorbehalte des Richters des Verwaltungsgerichts, es mit einer Freiheit zu verwechseln"⁶³⁹. Diese Argumentation, die sich auf die Natur des Eigentumsrechts als dingliches Recht stützt, überzeugt in keiner Weise. Denn wie bereits erwähnt, ist das Eigentumsrecht, bevor es ein Recht auf eine *Sache* ist, in erster Linie ein Recht gegenüber *Personen*. Daher kann, wie Kelsen feststellte, die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten als "eine trügerische Unterscheidung" betrachtet werden⁶⁴⁰. Unter diesen

631 CE, Ord. 20. Juli 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule, Lebon* S. 388.

632 R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public, DES de droit public 1956-1957, Les cours de droit*, S. 38.

633 J. ROBERT und J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Domat Montchrestien, 7^{ème} éd., 1999, S. 20. Siehe auch J. TREMEAU, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, S. 653-658.

634 Siehe J.-L. MESTRE, "La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789", *RFDA* 2004, S. 1-5.

635 Es sei darauf hingewiesen, dass diese abweichende Rechtsprechung nicht als eine Fronde des gesamten Gerichts gegen die vom Staatsrat vorgegebene Lösung zu betrachten ist, sondern als die Meinung eines Richters für einstweilige Verfügungen, dessen Position innerhalb seines Gerichts offenbar isoliert war. Für eine orthodoxe Anwendung der Rechtsprechung des Conseil d'Etat (Staatsrat) - in der das Eigentumsrecht als Grundfreiheit eingestuft wird - durch einen Richter für einstweilige Verfügungen, der demselben Gericht angehört, siehe z. B. TA Paris, Ord. 12. Dezember 2002, *Société Kerry*, Nr. 0216294/9-1, zitiert von T. PEZ, Anmerkung unter TA Paris, ord. 3. Februar 2003, *SCI OBK, RFDA* 2003, S. 577, Fußnote 7.

636 TA Paris, Ord. 9. November 2002, *Société Brink's France*, Nr. 0215084/9-1, *D.* 2002, S. 3151. Siehe, diese Formel aufgreifend und dem Eigentumsrecht den Charakter einer Grundfreiheit absprechend: TA Paris, ord. 3. Februar 2003, *SCI OBK, RFDA* 2003, S. 576-578, Anm. T. PEZ; ord. 20. Februar 2003, *Société Outremer Finance Limited*; ord. 30. Juli 2003, *Société Resimmo*.

637 Die dem Kassationsrichter vorgelegten Beschlüsse wurden alle wegen Rechtsfehlern aufgehoben. Siehe CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* S. 306, *AJDA* 2003, S. 1780-1785, Schlusswort G. BACHELIER; *JCP A* 2003, 1384, Fußnote J.M.; CE, 29. Oktober 2003, *Société Resimmo, Lebon* S. 911.

638 Siehe insbesondere die oben genannten Schlussfolgerungen des Regierungskommissars Gilles Bachelier.

639 T. PEZ, oben genannte Fußnote, S. 576. Vgl. vom selben Autor und im selben Sinne "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, S. 370-385.

640 H. KELSEN, *Reine Theorie des Rechts, a. a. O.*, S. 136. Wie Kelsen erklärt, wird zur Aufrechterhaltung dieser Unterscheidung zwischen dinglichem und persönlichem Recht ersteres als das Recht eines Individuums definiert, über eine Sache in einer bestimmten Weise zu verfügen: "Dabei wird übersehen, dass *dieses Recht nur darin besteht, dass die anderen Individuen rechtlich verpflichtet sind, diese Verfügung zu dulden, d.h. sie in keiner Weise zu verhindern oder zu beeinträchtigen*; und daher ist das *ius in rem* zumindest auch ein *ius in personam*. Auch beim dinglichen Recht ist die Beziehung zwischen menschlichen Personen von größter Bedeutung, und diese Beziehung besteht in der Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten gegenüber einer

Umständen bereitet die Gleichsetzung des Eigentumsrechts mit einer Grundfreiheit grundsätzlich keine Schwierigkeiten. Aufgrund seiner Struktur und seines Gegenstands weist dieses Recht alle Merkmale eines subjektiven Rechts auf und fällt unbestreitbar in die erste Kategorie der Grundfreiheiten, die Freiheit, etwas zu *tun*.

152. Auch der Grundsatz der freien Verwaltung der lokalen und regionalen Gebietskörperschaften fällt in diese Kategorie. Dieser Grundsatz, der seinen Ursprung in Artikel 72 der Verfassung hat, entspricht in der Tat einer Handlungsfreiheit. Dieser Charakter rechtfertigte seine Verankerung als Grundfreiheit, auch wenn diese auf den ersten Blick nicht als naheliegende Lösung erschien.

Die freie Verwaltung wird auf den ersten Blick als ein einfaches Organisationsprinzip des Staates analysiert. In Verteidigung dieser "institutionellen" Auffassung der freien Verwaltung argumentiert M. Verpeaux, dass diese ebenso wie die (horizontale) Gewaltenteilung ein Organisationsprinzip darstellt. Für den Autor stellen diese beiden Prinzipien lediglich Garantien für die Ausübung von Rechten oder Freiheiten dar, nicht aber selbst Freiheiten. "Beide stellen keine Rechte dar, können aber als Bedingungen verstanden werden, die verfassungsrechtlich als notwendig erachtet werden, im einen Fall durch Artikel 72 der Verfassung, im anderen durch Artikel 16 der Erklärung der Rechte, für die Bestätigung der Freiheiten, die in anderen Bestimmungen anerkannt werden, die dann nicht mehr organisch sind, sondern substantielle Rechte betreffen"⁶⁴¹. In Deutschland wird die freie Verwaltung nicht als Recht, sondern als institutionelle Garantie betrachtet⁶⁴². Laut Bundesverfassungsgericht "schützt Art. 28 Abs. 2 die Gemeinden nicht individuell, sondern als Institution"⁶⁴³. Wenn sich die Gemeinden zur Stützung einer Verfassungsbeschwerde auf diesen Grundsatz berufen können, dann nur insoweit, als er ihre Existenz schützt, und nicht insoweit, als er der Gemeinde Handlungsmöglichkeiten zugestehen würde. Die Betrachtung als institutioneller Grundsatz schließt die Einstufung als Grundrecht aus.

Es ist jedoch möglich, über diesen institutionellen Ansatz hinauszugehen und die freie Verwaltung als ein subjektives Recht zu betrachten, das den Gebietskörperschaften zuerkannt wird und ihnen eine echte Möglichkeit des "Tuns" verleiht. Der hier in Frage stehende Gegenstand wird als die Möglichkeit einer Gebietskörperschaft analysiert, sich selbst zu verwalten, d. h. sich selbst zu verwalten oder ihre Vorrechte frei auszuüben. Aus der Perspektive des betrachteten Gegenstands ist die Anerkennung dieses Prinzips als Grundfreiheit daher vollkommen kohärent mit den Lösungen, die für die anderen Freiheiten gewählt wurden. Darüber hinaus erfolgte diese Anerkennung nicht im Widerspruch zu den Leitlinien der Rechtsprechung und den Positionen der Lehre zu diesem Thema. Einerseits war der Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften von einem Berufungsgericht im Verfahren des "voie de fait" zur Grundfreiheit erhoben worden⁶⁴⁴. Andererseits hatten Autoren die Gleichsetzung dieses Prinzips mit dem theoretischen Konzept des "Grundrechts" zugelassen⁶⁴⁵. Schließlich hatte der Verfassungsgeber den Grundsatz der freien Verwaltung in den Jahren 1946 und 1958 als Freiheit konzipiert⁶⁴⁶. Da das betreffende Interesse also klar identifiziert war - das Recht auf freie Selbstverwaltung - stand seiner Anerkennung als Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes nichts im Wege. Im Gegensatz zur Dezentralisierung, einem einfachen Prinzip der Verwaltungsorganisation, ist die freie Verwaltung sehr wohl ein subjektives Recht, auf das sich eine

bestimmten Person. Die Beziehung zur Sache ist nur von sekundärer Bedeutung: Sie dient lediglich dazu, die primäre Beziehung weiter zu präzisieren; es handelt sich um das Verhalten eines Individuums in Bezug auf eine bestimmte Sache, das alle anderen Individuen dem ersten gegenüber zur Duldung verpflichtet sind" (a. a. O., S. 136-137). Nicht unterstrichen.

641 M. VERPEAUX, note sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, RFD A 2001, S. 684. Es sei darauf hingewiesen, dass die Annäherung zwischen diesen beiden Formen der Gewaltenteilung hier auf eine offensichtliche Grenze stößt. Denn während bei der horizontalen Teilung Körperschaften mit Rechtspersönlichkeit (juristische Person Staat, Gebietskörperschaften) im Spiel sind, betrifft die vertikale Teilung "Gewalten" (Exekutive, Legislative), die als solche keine organische Existenz haben.

642 Erstmals von Carl Schmitt formuliert (vgl. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), PUF, Coll. Léviathan, 1993, S. 308-309), beinhaltet die Idee der institutionellen Garantie die Verpflichtung des Staates, privatrechtliche Institutionen wie Ehe und Familie oder öffentlich-rechtliche wie die Autonomie der Universitäten zu schaffen oder zu erhalten.

643 BVerfG, 18. September 1995, NJW 1995, S. 3378, zitiert von L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, Thèse Caen, 1999, S. 118.

644 CA Papeete, ch. civ, 26. Februar 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, JCP G 1992, II, 21926, note A. MOYRAND.

645 Siehe insbesondere D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, S. 300; X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, S. 14; J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 94). Der Grundsatz der freien Verwaltung wird auch als "öffentliche Freiheit" bezeichnet (M. BOURJOL, "Constitution", *Jel. Collectivités locales*, fasc. 20 (2000), Nr. 24, Nr. 25, Nr. 28, Nr. 30).

646 Aus den Debatten des Verfassungsausschusses von 1946 ergibt sich der Wille des Verfassungsgebers, echte lokale Freiheiten und nicht nur ein einfaches Prinzip der Verwaltungsorganisation zu verankern (siehe C. BACOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica PUAM, coll. DPP, 1993, spép. S. 96-97). Bei den Vorarbeiten zur Verfassung von 1958 wurden die Ausdrücke "freie Verwaltung", "Freiheit der Gebietskörperschaften", "kommunale Freiheit" und "lokale Freiheiten" synonym verwendet (a. a. O., S. 98).

Gebietskörperschaft berufen kann⁶⁴⁷.

2. Eine Eigenschaft oder Position des Subjekts (sein)

153. Die Grundfreiheiten beschränken sich nicht auf Handlungsmöglichkeiten, d. h. auf Freiheiten im engeren Sinne. Nicht alle lassen sich auf die Erlaubnis reduzieren, etwas zu *tun* oder ein bestimmtes Verhalten an den Tag zu legen. So betonte Präsident Vandermeeren, dass bestimmte Rechte, wie das Recht auf Asyl, unter Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes fallen, obwohl sie "sich nicht im eigentlichen Sinne als 'Freiheiten' analysieren lassen".⁶⁴⁸
154. Es stimmt, dass der Richter mehrmals in einer engen Auslegung des Begriffs "Freiheit" zu verharren schien und Rechte, die auf den ersten Blick nicht so aussahen, künstlich als *Handlungsmöglichkeiten* darstellte. Der Richter versuchte dann, die als "Recht" bezeichneten Normen durch den Begriff "Freiheit" oder seine Ableitungen, das Adjektiv "frei" und das Adverb "frei", zu bezeichnen. In der *Hyacinthe-Verordnung* ist es - nach Meinung der Herren Collin und Collin - der Begriff "Freiheit". Collin und Guyomar⁶⁴⁹ - um die Aufnahme des "Rechts" auf Asyl in den Bereich der Grundfreiheiten zu rechtfertigen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen feststellte, dass dieses Recht "als Korrelat das Recht hat, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, dessen Erlangung entscheidend für die Ausübung der allgemein für ausländische Staatsangehörige anerkannten *Freiheiten* durch die betroffenen Personen ist"⁶⁵⁰. Ebenso wurde für den Staatsrat das Recht auf ein normales Familienleben als Grundfreiheit eingestuft, "da es darauf abzielt, *die Freiheit jeder Person, mit ihrer Familie zusammenzuleben*, vor übermäßigen Eingriffen der öffentlichen Autorität zu schützen"⁶⁵¹. Ähnlich wurde das Eigentumsrecht unter dem Gesichtspunkt der "freien" Verfügung über Güter oder des "freien" Zugangs zu öffentlichen Straßen betrachtet, was den Eindruck erweckt, dass dieses Recht selbst keine Grundfreiheit ist und dass diese Eigenschaft jedem seiner Bestandteile vorbehalten sein sollte. Wie Professor Cassia jedoch betonte, ist dieser Versuch, "Rechte" an "Freiheiten" anzuknüpfen, manchmal "künstlich"⁶⁵². Dies erklärt, warum dieses Anerkennungsverfahren nicht vervielfacht wurde. In der Praxis wurden nur wenige "Rechte" künstlich zu "Freiheiten" umqualifiziert. Beispielsweise wurden solche Formulierungen nicht für das Streikrecht oder das Recht auf Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung übernommen. Schließlich wurden die Formulierungen, die für die Rechte verwendet wurden, die Gegenstand des Verfahrens waren, später nicht systematisch übernommen. Insbesondere haben die Richter viele Male das "Recht" auf Eigentum ohne Umschweife verankert, ohne auf die freie Verfügung des Eigentümers über sein Eigentum zu verweisen⁶⁵³. Was das Asylrecht betrifft, so spielt der Verweis auf die "Freiheiten, die ausländischen Staatsangehörigen allgemein zuerkannt werden" nicht unbedingt eine Rolle bei der Identifizierung einer Freiheit. Sie ist die Übernahme einer Formulierung, die der Verfassungsrat in der Entscheidung *Steuerung der*

647 In Bezug auf die Begünstigten dieses Rechts ist festzuhalten, dass die freie Verwaltung traditionell an eine menschliche Gruppe gebunden war. Bacoyannis betont in diesem Sinne, dass das Recht auf Selbstverwaltung nicht der juristischen Person "Gebietskörperschaft" verliehen wird, sondern der natürlichen Gruppe, die durch ihre Verbindung zu einem Gebiet abgegrenzt wird und die vor ihrer Weiterführung durch den Staat bereits existierte. Der Begriff "Gebietskörperschaft" bezeichnete ursprünglich eine Gesamtheit, die aus allen menschlichen Gruppen gebildet wurde, die durch ihre Verbindung zu einem bestimmten Gebiet definiert wurden (C. BACOYANNIS, a. a. O., S. 100). Im gleichen Sinne weist M. Marcou darauf hin, dass die verwendete Terminologie "auf den ursprünglichen Charakter der lokalen Gemeinschaften verweist, die auf der Besiedlung, der menschlichen Gruppe beruhen" (G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14. Mai 2001, Nr. 95, S. 47). In Abkehr von diesem Ansatz erweiterte der Staatsrat die Perspektive, indem er feststellte, dass die freie Verwaltung nicht das Vorrecht einer Menschengruppe, sondern das einer Rechtsperson ist. Es zähle nur der Umstand, dass die betreffende Körperschaft Rechtspersönlichkeit besitze und zu den juristischen Personen gehöre, die durch die allgemeine Formel in Artikel 72 der Verfassung geschützt seien. Hätte sich der Verwaltungsrichter den klassischen Ansatz zu eigen gemacht, hätte dies dazu geführt, dass er den Vorteil dieser Freiheit der Gemeinde vorbehalten hätte - der einzigen Körperschaft, die die oben genannten Kriterien erfüllt - und ihn den anderen Gebietskörperschaften - Departement, Region, Zusammenschluss von Körperschaften - verweigert hätte, da diese künstliche Schöpfungen darstellen.

648 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, S. 2228.

649 M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, S. 1055-1056.

650 CE, Ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon*, S. 12.

651 CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* S. 523.

652 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 115.

653 Siehe zum Beispiel CE, Ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec et Brocas*, Nr. 239165; CE, Ord. 10. Januar 2005, *Société SIMBB und andere*, Nr. 276137.

*Einwanderung*⁶⁵⁴ verwendet hat. Letztendlich scheint es, dass diese Formulierungen keinen anderen Zweck hatten, als die Überschreitung der engen Auslegung des Begriffs "Freiheit" zu verschleiern. Angesichts der Rechtsprechung, die sich auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entwickelt hat, steht jedoch fest, dass sich die Grundfreiheiten nicht auf Handlungsmöglichkeiten beschränken, d. h. auf den Schutz bestimmter Handlungen oder Aktivitäten.

155. Für den Verwaltungsrichter können die Freiheiten auch den Schutz von Eigenschaften, Merkmalen oder Positionen des Subjekts zum Gegenstand haben. Dies ist zum Beispiel bei der persönlichen Freiheit, der Unschuldsvermutung oder dem Asylrecht der Fall. Diese Grundsätze schützen keineswegs eine Möglichkeit, etwas zu tun, sondern im Wesentlichen das Recht, keine unrechtmäßige Unterwerfung und insbesondere keine Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung zu erleiden, das Recht, vor dem Ergebnis eines Strafverfahrens nicht als Urheber eines Fehlers oder einer Straftat dargestellt zu werden, und das Recht auf Schutz durch die Behörden der Republik für Personen, die wegen ihres Einsatzes für die Freiheit verfolgt werden⁶⁵⁵. Es scheint auch möglich, die Meinungsfreiheit einzubeziehen, die nicht eine Handlung - eine Meinung zu äußern - schützt, sondern eine Position des Subjekts - wegen seiner Meinung nicht bestraft, bestraft oder diskriminiert zu werden. Die wahre Bedeutung dieser Freiheit besteht nämlich nicht darin, dass jeder die Meinung haben darf, die er möchte, sondern darin, dass man garantiert nicht in seinen Rechten verletzt wird, nicht diskriminiert wird, wenn man diese Freiheit nutzt⁶⁵⁶. Es kann auch das Recht auf ein normales Familienleben hinzugefügt werden, das in erster Linie eine Situation schützt: die Möglichkeit, eine Familie zu sein und zu leben.

3. Eine Leistung (haben)

156. Schließlich wäre es denkbar, dass sich der Gegenstand der Grundfreiheit auf eine Leistung bezieht, d. h. auf den Erhalt einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung. Der Staatsrat hat sich geweigert, Forderungsrechte grundsätzlich vom Anwendungsbereich des *référé-liberté* auszuschließen, und alles deutet darauf hin, dass er wie seine Regierungskommissare und die Richter des ersten Grades akzeptieren wird, Rechte, die Gegenstand gesetzlicher Umsetzungsmaßnahmen waren, als solche zu bezeichnen. Sehr ausdrücklich behielt sich Frau de Silva die Möglichkeit vor, dass Forderungsrechte mit Grundfreiheiten gleichgesetzt werden könnten: "Der Ansatz, den wir Ihnen vorschlagen, beruht also nicht auf einem Gegensatz zwischen "Rechten" und "Freiheiten", und auch nicht auf einem grundsätzlichen Ausschluss von Rechten, die als "Forderungsrechte" bezeichnet werden".⁶⁵⁷
157. Nach Ansicht der Herren. Collin und Guyomar jedoch scheint es "wenig diskutabel" zu sein, dass abgesehen von den "Ausnahmen", die ihrer Meinung nach das Asylrecht und das Recht, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, darstellen, "die in der Verfassung verankerten "Rechte" im allgemeinen Sinne des Wortes und insbesondere die Gesamtheit der nach der Befreiung entstandenen Forderungsrechte nicht den besonderen Schutz des *référé-liberté* genießen sollen". Die Autoren fahren fort: "Man denke insbesondere an das in der Präambel der Verfassung von 1946 proklamierte "Recht, einen Arbeitsplatz zu erhalten", das als solches nicht das Label "Grundfreiheit" erhalten kann. Nur um den Preis, dass der Staatsrat das Recht auf ein normales Familienleben in den Anwendungsbereich des *référé-liberté* einbezog, musste er sich bemühen, es mit einer verfassungsmäßig garantierten Freiheit in Verbindung zu bringen, die selbst eine individuelle Freiheit erster Ordnung darstellt. Es scheint uns sicherer, darin das Zeichen zu sehen, dass der Staatsrat damit eher die Grenze der Ausweitung des Anwendungsbereichs dieses Verfahrens markieren wollte als den ersten Schritt einer Öffnung dieses Verfahrens für alle wirtschaftlichen und sozialen Rechte"⁶⁵⁸. Diese Aussagen erscheinen fragwürdig und entsprechen nicht der Realität des positiven Rechts.

Erstens scheinen Collin und Guyomar wirtschaftliche und soziale Rechte und Forderungsrechte in einer einzigen Rechtskategorie zusammenzufassen, obwohl erstere einen breiteren Anwendungsbereich haben als

654 In dieser Entscheidung erwähnt der Rat das Asylrecht als "ein Grundrecht, dessen Anerkennung die Ausübung der Freiheiten und Rechte durch die betroffenen Personen bestimmt, die den auf dem Territorium ansässigen Ausländern von der Verfassung allgemein zuerkannt werden (...)" (CC, Nr. 93-325 DC, 13. August 1993, Kons. 81, *Slg.* S. 224).

655 Zum Inhalt dieser verschiedenen Rechte siehe *infra*, § 196 ff.

656 Die in den Texten, die die Meinungsfreiheit proklamieren, gewählte Formulierung bringt diesen Gedanken perfekt zum Ausdruck. In den strittigen Bestimmungen heißt es nicht nur, dass "jedermann das Recht auf Gedankenfreiheit hat", sondern auch, dass "niemand wegen seiner Ansichten, auch nicht religiöser Art, beunruhigt werden darf...". " (Artikel 10 der Erklärung von 1789), "Niemand darf wegen seiner Ansichten beunruhigt werden" (Artikel 19 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte) oder dass "Niemand darf in seiner Arbeit oder Beschäftigung aufgrund seiner Herkunft, seiner Ansichten oder seines Glaubens benachteiligt werden" (5^{te} Absatz der Präambel der Verfassung von 1946).

657 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD.A 2002, S. 330.

658 M. GUYOMAR und P. COLLIN, oben genannte Chronik, S. 1056.

letztere. Insbesondere ist die Kategorie der wirtschaftlichen und sozialen Rechte nicht auf Forderungsrechte beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf eine Reihe von Freiheitsrechten, zu denen insbesondere die Vereinigungsfreiheit und das Streikrecht gehören, die als Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anerkannt wurden. Ebenso stellt das Recht *auf* ein normales Familienleben kein Forderungsrecht, sondern ein Freiheitsrecht dar, da es in keinem Fall das Recht auf eine Leistung der öffentlichen Gewalt fordert. Zweitens: Wenn das Recht auf Beschäftigung - das einzige echte Forderungsrecht, das von den Autoren erwähnt wird - ausgeschlossen werden soll, dann nur, weil es keine direkte Wirkung hat, wie Frau Fombeur in ihren Schlussfolgerungen zum Urteil *Casanovas*⁶⁵⁹ sehr deutlich feststellte. Unter diesen Umständen kann man vernünftigerweise nicht argumentieren, dass der Staatsrat Forderungsrechte grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit ausschließen wollte. Wenn bestimmte Forderungsrechte ausdrücklich aus der Kategorie der Grundfreiheiten ausgeschlossen wurden, dann nur deshalb, weil sie keine direkte Wirkung entfalten⁶⁶⁰. Diese Rechte bedürfen nämlich einer gesetzlichen Umsetzung, um anwendbar zu sein. Wie Doyen Favoreu feststellte, "haben die oft als "Forderungsrechte" bezeichneten Rechte eine besondere Ausgestaltung, aber es handelt sich dabei um Grundfreiheiten. Sie sind lediglich nicht auf die gleiche Weise geschützt wie andere und es kann vorkommen, dass die einstweilige Verfügung nicht zu ihrem Vorteil eingesetzt werden kann, weil sie, wie der Regierungskommissar sagt, nur gegenüber den Regierenden Wirkung entfalten. Aber man kann die Hypothese einer direkten Wirkung des Forderungsrechts gegenüber Einzelpersonen nicht ausschließen".⁶⁶¹

158. Im Hinblick auf die Art und Weise der Verwirklichung kann das von der Freiheit geschützte Objekt eine passive oder aktive Haltung der öffentlichen Gewalt implizieren. Da die Freiheit ein subjektives Recht darstellt, konkretisiert sie sich in einer rechtlichen Befugnis, die es dem Begünstigten ermöglicht, die Einhaltung der Unterlassungs- oder Handlungspflichten zu verlangen, die die öffentliche Hand ihm gegenüber hat.

C. Die Art der Verwirklichung der Freiheiten

159. "Ein subjektives Recht gegenüber einem bestimmten Subjekt zu haben bedeutet, ein bestimmtes Verhalten dieses Subjekts beanspruchen zu können"⁶⁶². Im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes können "Freiheiten" nicht so definiert werden, dass sie nur ein Unterlassen der öffentlichen Gewalt erfordern. Sie lassen sich nicht auf strikt negative Verpflichtungen der Verwaltung reduzieren. Einige Grundfreiheiten wie das Eigentum oder der Pluralismus erfordern sowohl Maßnahmen als auch Unterlassungen; andere wie das Asylrecht erfordern nur Maßnahmen⁶⁶³. Viele Freiheiten beinhalten eine gewisse Verteilung beider Aspekte. Sie haben also eine doppelte Dimension in Form von Unterlassung von Handlungen oder Unterlassung von Handlungen.

160. In ihrer negativen Dimension betrachtet⁶⁶⁴, zielen die Freiheiten darauf ab, sich einer Handlung der öffentlichen Autorität zu widersetzen. Es wird der öffentlichen Hand untersagt, in den durch die Freiheit geschützten Bereich einzugreifen oder sich darin einzumischen. Die Umsetzung der Freiheit erfolgt durch die Verpflichtung, sich nicht einzumischen, und setzt die Enthaltung der öffentlichen Gewalt voraus. Sie ermöglicht es ihrem Nutznießer, staatliche Unruhen und Ansprüche abzuwehren. In dieser Dimension ist die Freiheit einfach zu schützen. Der Richter muss lediglich die Einhaltung von Bestimmungen durchsetzen, die eine Enthaltung der Verwaltung garantieren, indem er Handlungen oder Handlungen, die gegen diese Garantie verstoßen, für unwirksam erklärt.

161. In ihrer positiven Dimension setzen die Grundfreiheiten ein Handeln der öffentlichen Gewalt voraus. Der

⁶⁵⁹ Siehe *oben*, § 129.

⁶⁶⁰ Siehe *oben*, §§ 129-139.

⁶⁶¹ L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1742.

⁶⁶² R. GUASTINI, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *RDJ* 1991, S. 1080.

⁶⁶³ Wie Guyomar und Collin betonten, erfordert die Ausübung des Asylrechts "offensichtlich eher ein Handeln der öffentlichen Behörden als deren Unterlassung" (o. g. Chron., S. 1055).

⁶⁶⁴ In Deutschland wird die defensive Funktion als die wichtigste Funktion der Grundrechte dargestellt. In einer berühmten Passage der *Lüth-Entscheidung* stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass "die Grundrechte zweifellos in erster Linie dazu bestimmt sind, eine Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt zu schützen; sie sind *Abwehrrechte* des Bürgers gegen den Staat" (BVerfGE 7, 198, *Lüth*, 15. Januar 1958, S. 204, zitiert von D. CAPITANT, *Thèse préc.*, S. 105). Autoren, die den Begriff des Grundrechts theoretisch verstehen, behaupten auch, dass in den europäischen Verfassungsrechten die Funktion des Grundrechts darin besteht, "den Einzelnen in seiner Freiheitssphäre vor den Einmischungen der öffentlichen Gewalten zu schützen" (C. GREWE und H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, Nr. 131). Dem Individuum wird eine vom Staat befreite Sphäre zuerkannt (*Staatsfrei*, nach der Formel von Jellinek: siehe O. BEAUD, "La théorie allemande des droits fondamentaux", *op. cit.*, S. 45).

Staat darf den von der Freiheit geschützten Bereich nicht durch seine Weigerung, seine Untätigkeit oder seine Unterlassung beeinträchtigen. Der Staat ist verpflichtet, die Freiheit zu fördern oder zu gewährleisten und aktiv an ihrer Verwirklichung mitzuwirken. In dieser Dimension verpflichtet die Freiheit die öffentliche Gewalt zum Handeln oder zum Ergreifen von Maßnahmen, um ihre Gewährleistung zu gewährleisten. Beispielsweise kann Pluralismus bedeuten, dass der Oberste Rat für audiovisuelle Medien positiv tätig werden muss, um seine Einhaltung zu gewährleisten. In Fällen, in denen die Unterstützung durch die öffentliche Gewalt verweigert wird, um eine gerichtliche Entscheidung zu vollstrecken, die die Räumung von unberechtigten Besetzern vorschreibt, impliziert die Achtung des Eigentumsrechts ein Handeln der Verwaltungsbehörde. Diese positive Dimension ist keine Besonderheit des *référé-liberté*. Bereits zu Beginn des 20^e Jahrhunderts hatte der Richter für Überschreitung der Befugnisse anerkannt, dass die Achtung der Religionsfreiheit ein positives Eingreifen der Verwaltungsbehörde implizieren kann⁶⁶⁵. Der Grundsatz der positiven Verpflichtungen hat wichtige und beachtete Anwendungen im Verfassungsverstreit⁶⁶⁶ oder in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁶⁶⁷ erfahren. Das geschützte individuelle Interesse muss einem Rechtssubjekt oder einer identifizierten Kategorie von Rechtssubjekten zuerkannt werden.

III. Ein identifizierter Empfänger

162. Das dritte Kriterium zur Identifizierung eines subjektiven öffentlichen Rechts besteht darin, dass es einen identifizierten Begünstigten gibt. Da der Text von Artikel L. 521-2 keine besondere Eigenschaft vorschreibt, um in den Genuss einer Grundfreiheitsnorm zu kommen, hat der Richter für einstweilige Verfügungen den weitestmöglichen Ansatz gewählt. Er gesteht jeder Person unabhängig von ihrer Nationalität und Rechtsform die Möglichkeit zu, in den Genuss der Grundfreiheiten zu kommen⁶⁶⁸.

665 Siehe N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, S. 548.

666 Siehe L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, Thèse Caen, 1999, 384 S. Diese Theorie hat insbesondere zu Anwendungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs in Karlsruhe geführt. So wurde beispielsweise entschieden, dass der deutsche Staat nicht nur davon absehen darf, Einzelpersonen an der Gründung einer Schule oder einer Zeitung zu hindern, sondern auch die notwendigen Maßnahmen ergreifen muss, um einen gewissen Pluralismus im Bildungswesen oder in der Presse zu gewährleisten (siehe M. FROMONT und H. SIEDENTOPF, "Administration et Constitution en République fédérale d'Allemagne", *AEAP* 1993/XVI, S. 177-178). Auf gewagte Weise leitete das Bundesverwaltungsgericht aus der Verfassung das Recht eines Bedürftigen auf eine öffentliche Unterstützung ab, das in den Vorschriften, die diese Art von Unterstützung organisieren, nicht vorgesehen war (siehe D.-H. SCHEUING, "La protection des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne", in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, S. 327, Verweise Fußnote 55). Zu diesem Thema siehe allgemeiner D. CAPITANT, oben genannte Dissertation, S. 173 ff. In Frankreich macht es der präventive Charakter der Kontrolle schwierig, positive Verpflichtungen zu entdecken und durchzusetzen. Einige Entscheidungen des Verfassungsrats wurden jedoch so interpretiert, dass sie solche Verpflichtungen beinhalten. So wurde die Entscheidung Nr. 181 DC so gelesen, dass der Gesetzgeber die zur Wahrung der Meinungsfreiheit und des Pluralismus erforderlichen Institutionen vorsehen muss (CC, Nr. 84-181 DC, 10-11. Oktober 1984, *Slg.* S. 78).

667 Der Europäische Gerichtshof hatte wiederholt Gelegenheit, klarzustellen, dass die Verpflichtungen des Staates im Rahmen der Konvention nicht nur auf die Unterlassung von Verstößen gegen die Bestimmungen der Konvention beschränkt sind, sondern auch zu Handlungspflichten führen können. Im Urteil *X. und Y. gegen die Niederlande* vom 25. März 1985 (Serie A Nr. 91), in dem es um sexuellen Missbrauch einer geistig behinderten Minderjährigen über 16 Jahren ging, stellte der Gerichtshof fest, dass die niederländischen Gesetze nicht ausreichend waren, um die Anforderungen von Artikel 8 der Konvention zu erfüllen. Um einen "konkreten und wirksamen Schutz" der in diesem Artikel garantierten Rechte zu gewährleisten, hätte das niederländische Recht eine schützendere Strafgesetzgebung vorsehen müssen. Das Urteil *Plattform Ärzte für das Leben gegen Österreich* vom 21. Juni 1988 (Serie A, Nr. 139) ist ebenfalls bezeichnend für diese Rechtsprechung. In diesem Fall ging es um eine Demonstration, die aufgrund einer Gegendemonstration, die von den Polizeikräften schlecht eingedämmt wurde, unter schlechten Bedingungen stattfand. Der Gerichtshof stellte fest: "In einer Demokratie darf das Recht auf Gegendemonstrationen nicht so weit gehen, dass die Ausübung des Demonstrationsrechts gelähmt wird. Daher ist eine echte und wirksame Freiheit, sich friedlich zu versammeln, nicht mit einer einfachen Pflicht des Staates zur Nichteinmischung vereinbar; ein rein negatives Konzept würde nicht mit dem Ziel und dem Zweck von Artikel 11 übereinstimmen. Wie Artikel 8 verlangt auch dieser manchmal positive Maßnahmen, wenn nötig bis in die zwischenmenschlichen Beziehungen hinein" (§ 32).

668 Im Jahr 1990 war auch im Entwurf für eine Verfassungsänderung zur Einführung einer präjudiziellen Verfassungsfrage ein breiter Ansatz vorherrschend. Der Berichterstatter des Entwurfs in der Nationalversammlung hatte darauf hingewiesen, dass die Grundrechte "sowohl für Franzosen als auch für Ausländer und sowohl für natürliche als auch für juristische Personen gelten würden" (Bericht von Michel SAPIN über den Entwurf eines Verfassungsgesetzes, mit dem eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit auf dem Ausnahmeweg eingeführt wird, Bericht Nr. 1288, 19. April 1990, S. 33).

A. Natürliche Person

163. Grundsätzlich kann sich jede Person auf den Genuss der Grundfreiheiten berufen, die im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anerkannt werden. Die Rechtsprechung, die sich auf dieser Grundlage entwickelt hat, hat den Grundsatz der Universalität des Genusses der Grundfreiheiten verankert. Zunächst einmal gelten diese Freiheiten nicht nur für nationale Bürger, sondern auch für ausländische Staatsangehörige, die sich im französischen Hoheitsgebiet aufhalten oder nicht. Diese völlig klassische Lösung steht im Einklang mit der Rechtsprechung, die sich im Bereich der Rechtsdurchsetzung entwickelt hat⁶⁶⁹, und mit der allgemeinen Ausrichtung der europäischen Verfassungsrechte⁶⁷⁰. Die Grundfreiheiten werden auch natürlichen Personen zuerkannt, die sich in einer besonderen Situation befinden. So kommen sie öffentlichen Bediensteten in vollem Umfang zugute⁶⁷¹, trotz der ihnen durch ihr Statut auferlegten Einschränkungen, die sie nach der Formulierung von Maurice Hauriou zu "Sonderbürgern" machen⁶⁷². Die Grundfreiheiten werden auch inhaftierten Personen zuerkannt. Nach Ansicht des Richters für einstweilige Verfügungen "wird Personen, die in Strafvollzugsanstalten inhaftiert sind, nicht allein aufgrund dieser Tatsache das Recht vorenthalten, Grundfreiheiten auszuüben, die in den Genuss des durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingeführten besonderen Verfahrens kommen können"⁶⁷³. Es kommt gleichermaßen Personen zugute, die in einer psychiatrischen Einrichtung untergebracht sind⁶⁷⁴ oder nicht geschäftsfähig sind. So kann das Recht auf ein Familienleben einem minderjährigen Kind zugutekommen, das von seinen Eltern getrennt ist, und direkt von diesem Kind geltend gemacht werden⁶⁷⁵.

164. Der Grundsatz der Universalität der Grundfreiheiten ist jedoch nicht absolut. Es ist möglich, dass natürliche Personen in Bezug auf den Genuss bestimmter Freiheiten sekundär diskriminiert werden. Diese Unterschiede und Unterscheidungen sind nicht willkürlich, sondern lediglich durch die Natur oder die besonderen Merkmale der betreffenden Freiheiten gerechtfertigt. Darüber hinaus betreffen sie nur bestimmte Kategorien von Begünstigten. So ist der Nutzen bestimmter Grundfreiheiten nur für Staatsangehörige und Ausländer mit legalem Aufenthaltsstatus denkbar und kann folglich nicht von Ausländern mit illegalem Aufenthaltsstatus beansprucht werden⁶⁷⁶. Ebenso ist die freie Stimmabgabe als ein mit der Staatsbürgerschaft verbundenes Vorrecht auf Personen beschränkt, die wahlberechtigt sind, d. h. auf Personen mit französischer Staatsbürgerschaft oder EU-Staatsbürgerschaft - wobei klargestellt wird, dass dieses Recht für letztere logischerweise nur bei Kommunal- und Europawahlen besteht⁶⁷⁷. Was das Recht auf Asyl betrifft, so ist

669 Eine ständige Rechtsprechung erkennt Ausländern den Zugang zum Verwaltungsrechtsweg und damit den Vorteil der darin anerkannten Grundfreiheiten zu. Siehe insbesondere die von Jean-Yves Plouvin in seiner Studie "Au secours, le juge civil des référés arrive! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 mars 1989, 1, S. 102-106.

670 In Deutschland gelten die "Grundrechte mit menschenrechtlichem Inhalt" "sowohl für Deutsche als auch für Ausländer" (A. DITTMANN, "Deutscher Bericht", *AJJC* 1991/VII, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, Kolloquium Aix-en-Provence, 12. und 13. Juli 1991, S. 177 f.). In Portugal ist der Grundsatz der Universalität des Grundrechts Genusses ausdrücklich in der Verfassung von 1976 verankert, deren Artikel 15.1 besagt: "Ausländer und Staatenlose, die sich in Portugal aufhalten oder dort ihren Wohnsitz haben, genießen dieselben Rechte und haben dieselben Pflichten wie portugiesische Staatsbürger". In Spanien heißt es in Artikel 13.1: "Ausländer genießen in Spanien die öffentlichen Freiheiten, die dieser Titel garantiert, nach Maßgabe der Verträge und des Gesetzes". Artikel 128 der belgischen Verfassung besagt, dass "jeder Ausländer, der sich im Hoheitsgebiet Belgiens befindet, den Schutz genießt, der Personen und Gütern gewährt wird, mit Ausnahme der durch das Gesetz festgelegten Ausnahmen". In Frankreich erkennt der Verfassungsrat Ausländern grundsätzlich die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten unter bestimmten Einschränkungen im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung und der Legalität des Aufenthalts zu (siehe insbesondere CC, Nr. 93-325 DC, 13. August 1993, *Slg.* S. 224; Nr. 97-389 DC, 22. April 1997, *Slg.* S. 45). Es sei hinzugefügt, dass die Vertragsstaaten gemäß Artikel 1^{er} der Europäischen Menschenrechtskonvention die in der Konvention verankerten Rechte und Freiheiten "jeder Person, die ihrer Hoheitsgewalt unterliegt", zuerkennen müssen.

671 Siehe insbesondere CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas, Lebon* S. 108.

672 M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Sirey, 1933, S. 744.

673 CE, ord. 27. Mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* S. 232. Die Ausübung dieser Freiheiten muss jedoch mit den Einschränkungen, die mit ihrer Einschließung verbunden sind, in Einklang gebracht werden und ist daher "den mit ihrer Inhaftierung verbundenen Einschränkungen untergeordnet". Siehe in diesem Sinne CE, ord. 8. September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* S. 388: "s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des suénements inhérentes à leur détention" (Personen, die in Strafvollzugsanstalten inhaftiert sind, unterliegen notwendigerweise den ihrer Inhaftierung innewohnenden Einschränkungen).

674 Siehe zum Beispiel: CE, 15. Mai 2002, *Bandoïn*, Nr. 239487.

675 CE, ord. 29. September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, Nr. 272584.

676 Siehe CE, ord. 5. März 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon* T. S. 1130.

677 Zu diesem Punkt ist anzumerken, dass die portugiesische (Artikel 15.2) und die spanische (Artikel 13.2) Verfassung

seine Anerkennung notwendigerweise nur auf Ausländer beschränkt. Per Definition kann dieses Recht nur von Nichtstaatsbürgern geltend gemacht werden. Aufgrund der besonderen Ausgestaltung dieses Rechts können nur ausländische Staatsangehörige seinen Anspruch geltend machen. Somit enthält der Grundsatz der Universalität nur Ausnahmen, die durch die besondere Natur der betreffenden Rechte gerechtfertigt sind, deren Inanspruchnahme notwendigerweise eine besondere Eigenschaft der Personen, die sich darauf berufen, voraussetzt. Der Ansatz ist auch insofern weit gefasst, als der Richter auch juristischen Personen den Vorteil der Grundfreiheiten zuerkannt hat.

B. Juristische Person

165. Alle juristischen Personen, sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur, können in den Genuss der Grundfreiheiten kommen.
166. Ihre Anerkennung zugunsten von juristischen Personen des Privatrechts hat im Prinzip keine Schwierigkeiten aufgeworfen. Zwar sollen die Grundfreiheiten in erster Linie natürliche Personen schützen, doch spricht nichts dagegen, sie auch auf juristische Personen auszudehnen. Da juristische Personen wie körperliche Wesen über ihre Entscheidungs- und Vertretungsorgane einen Willen äußern können, sind sie rechtlich mit natürlichen Personen gleichgestellt⁶⁷⁸. Sie genießen einen sogenannten "aspektuellen" oder aspektbezogenen Schutz⁶⁷⁹. Das bedeutet, dass sie in den Genuss der Grundfreiheiten kommen können, aber nur, wenn die Ausübung dieser Freiheiten mit ihrer Art oder ihrem Wesen vereinbar ist. Einige Freiheiten, wie das Recht auf ein normales Familienleben oder das Recht auf Asyl, sind an die natürliche Person gebunden und können nur in Bezug auf Einzelpersonen verstanden werden. Ihr Ausschluss zugunsten juristischer Personen ergibt sich einfach aus der Natur der Dinge, aus dem irreduziblen Unterschied, der zwischen Wesen aus Fleisch und Blut und immateriellen Wesen besteht. Andererseits können juristische Personen in vollem Umfang von den Grundfreiheiten profitieren, die, da sie keineswegs inhärente oder natürliche Eigenschaften des Menschen voraussetzen, mit ihrer Natur vereinbar sind. Daher hat der Richter für einstweilige Verfügungen ohne Schwierigkeiten juristischen Personen des Privatrechts den Vorteil bestimmter Grundfreiheiten zuerkannt, insbesondere des Eigentumsrechts⁶⁸⁰ oder der Versammlungsfreiheit⁶⁸¹. Die Lösung ist auch hier vollkommen klassisch. Sie steht im Einklang mit der Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Zwangsmaßnahmen⁶⁸² und den europäischen Verfassungsrechten⁶⁸³.
167. Die Zuweisung von Grundfreiheiten an juristische Personen des öffentlichen Rechts warf im Grundsatz mehr Schwierigkeiten auf. Der Widerstand kam nicht vom Staatsrat selbst, sondern von der Lehre oder vielmehr von einem Teil von ihr. Die Debatte entstand, als der Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften im Urteil *Commune de Venelles*⁶⁸⁴ als Grundfreiheit verankert wurde. In seinen

ausdrücklich eine Ausnahme vom Grundsatz der Universalität für das Wahlrecht vorsehen. Dasselbe gilt für andere Länder (vgl. *AJJC* 1991/VII, a.a.O., S. 211 ff.).

678 Zur Gleichsetzung von juristischen Personen mit natürlichen Personen siehe Y. GUYON, "Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé", *AJDA* 1998, numéro spécial, S. 136-142.

679 L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 111.

680 CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154.

681 CE, ord. 19. August 2002, Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* S. 311.

682 Der Richter der Rechtsdurchsetzung hat seit langem die Möglichkeit anerkannt, dass juristische Personen in den Genuss von Grundfreiheiten kommen können. Siehe zum Beispiel: TC, 8. April 1935, *Action française, Lebon* S. 1226, Schlusswort JOSSE, *GAJA* Nr. 51; Civ. 1^{ère}, 3. Mai 1983, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France, Bull. civ. I*, Nr. 138.

683 In Bezug auf Frankreich hat der Verfassungsrat schon sehr früh festgestellt, dass die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten nicht nur natürlichen Personen zustehen (siehe insbesondere CC, Nr. 79-109 DC, 9. Januar 1980, *Slg. S.* 29; Nr. 81-132 DC, 16. Januar 1982, *Slg. S.* 18; Nr. 82-137 und 138 DC, 25. Februar 1982, *Slg. S.* 38; Nr. 86-207 DC, 25-26. Juni 1986, *Slg. S.* 61; 98-401 DC, 10. Juni 1998, *Slg. S.* 258). In Portugal heißt es in Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung: "Alle juristischen Personen genießen die Rechte und haben die Pflichten, die mit ihrer Natur vereinbar sind". In Deutschland enthält Art. 19 III GG eine gewisse Einschränkung, indem er die Anwendung der Grundrechte "auf inländische juristische Personen, soweit dies mit ihrem Wesen vereinbar ist", vorsieht. Wie Dittmann betont, "gilt die Einbeziehung juristischer Personen in den aus den Grundrechten resultierenden Schutz nur für inländische juristische Personen, d. h. juristische Personen, die ihren Sitz tatsächlich im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland haben. Anders als natürlichen Personen wird ausländischen juristischen Personen der Schutz aus den Grundrechten also grundsätzlich verweigert". Ihnen werden lediglich Rechte prozessualer Natur gewährt (A. DITTMANN, Bericht, S. 183-187). In Spanien: "Für juristische Personen des Privatrechts kann man sagen, dass die Situation der juristischen Personen mit der deutschen Situation identisch ist" (P. CRUZ VILLALON, "Spanischer Bericht", *AJJC* 1991/VII, S. 229).

684 Andere Freiheiten folgten, insbesondere das Recht auf Eigentum (CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France, Lebon* S. 408; CE, 19. November 2001, *Commune d'Escuillens et Saint Just de Belengard*).

Schlussanträgen vertrat Regierungskommissar Laurent Touvet einen breiten Ansatz für den Kreis der Begünstigten der Grundfreiheiten. Er stützte sich dabei auf den Wortlaut von Artikel L. 521-2, der den Kreis der Begünstigten in keiner Weise einschränkt. Touvet erklärte außerdem: "Auch wenn die Opfer der in diesem Artikel genannten Verletzungen meist Privatpersonen sein werden, kann man nicht ausschließen, dass öffentliche Personen eine Grundfreiheit einer anderen öffentlichen Person verletzen".⁶⁸⁵

Die Zuerkennung von Grundfreiheiten an juristische Personen des öffentlichen Rechts wurde von einigen Autoren kritisiert. M. Marcou beispielsweise argumentierte, dass Grundfreiheiten nur "Privatpersonen gewährt werden können, unabhängig davon, ob es sich um natürliche Personen handelt, was dem Ursprung des Begriffs entspricht, oder um juristische Personen"⁶⁸⁶. In Bezug auf das theoretische Konzept des "Grundrechts" schien die Lehre gespalten zu sein. Während Picard die Anerkennung solcher Rechte zugunsten öffentlicher Personen ablehnte⁶⁸⁷, sprach sich Drago dafür aus⁶⁸⁸. Im Allgemeinen beruhen die Einwände gegen die Zuerkennung von Grundfreiheiten an öffentliche Personen auf folgendem Gedanken: Da es das Wesen der Grundfreiheiten ist, Personen zu schützen, könnte der Staat nicht gleichzeitig Adressat und Begünstigter der Freiheiten sein. Wenn die Grundfreiheiten gegen den Staat gerichtet sind, kann man sie nicht Einrichtungen zugute kommen lassen, die selbst dem Staat zuzurechnen sind (d. h. der öffentlichen Person Staat, den Gebietskörperschaften und den öffentlichen Einrichtungen), da sich der Staat sonst gegen sich selbst richten würde. Wie Pfersmann betonte, beruht diese Argumentation auf einer Verwechslung zwischen dem *theoretischen* und dem *rechtlichen* Konzept des Staates. Als theoretisches Konzept betrachtet, bezeichnet der Staat eine Rechtsordnung. Als positiv-rechtliches Konzept entspricht der Staat einer bestimmten Gruppe von Organen, denen die Rechtsordnung diesen Namen verleiht, d. h. einer Gebietskörperschaft, die das gesamte Staatsgebiet umfasst. Die Grundfreiheiten sind jedoch Teilmengen des theoretisch verstandenen Staates, da es sich um Normen handelt, die subjektive Rechte an bestimmte Begünstigte verleihen. Es spricht nichts dagegen, dass in unserem Rechtssystem die so qualifizierten Normen für die öffentliche Gewalt - den Staat als Rechtsbegriff - verbindlich sind.⁶⁸⁹

Im Rahmen der Rechtsdurchsetzung hat sich die Frage, ob sich öffentliche Personen auf Grundfreiheiten berufen können, nur selten gestellt. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass das Konfliktgericht in mindestens zwei Fällen bereit war, das Vorliegen von Rechtsverletzungen aufgrund des Eingriffs einer Verwaltungsbehörde in die Befugnisse einer anderen Verwaltungsbehörde anzuerkennen⁶⁹⁰. Im Verfassungsrecht ist die Situation in Bezug auf die Zuerkennung von verfassungsmäßigen Rechten und Freiheiten zugunsten öffentlicher Personen uneinheitlich. Die Position der Verfassungsgerichte geht jedoch mehrheitlich in Richtung einer Anerkennung dieser Rechtsinhaberschaft⁶⁹¹. Indem auch der Richter für einstweilige Verfügungen die Grundfreiheiten für öffentliche Personen anerkennt, verankert er die weitestgehende Erfassung des Kreises der Begünstigten.

168. Eine Freiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wird als ein subjektives öffentliches Recht analysiert. Die Anerkennung einer Freiheit setzt voraus, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die folgenden drei Fragen positiv beantwortet. Erstens: Handelt es sich bei dem fraglichen Grundsatz um eine Rechtsnorm? Zweitens: Hat diese Norm eine direkte Wirkung, die sie gegenüber der Verwaltung durchsetzbar macht? Und schließlich: Bezweckt sie den Schutz eines individuellen Interesses ihres

685 L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, RFD 2001, S. 386.

686 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14. Mai 2001, Nr. 95, S. 47.

687 E. PICARD, "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?", *AJDA* 1998, S. 651-666, spé S. 661-662.

688 R. DRAGO, "Droits fondamentaux et personnes publiques", *AJDA* 1998, Sondernummer, S. 130-135.

689 Vgl. L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 112.

690 Siehe TC, 15. März 1951, *Comptoir limier*, *Lebon* S. 630; TC, 28. Februar 1952, *de Kernier*, *Lebon* S. 620, zitiert von M.-C. ROUAULT, *JCP G* 1992, II, 21804, S. 14. Für eine Anwendung der Tätlichkeit in einer Beziehung zwischen öffentlichen Personen und zugunsten einer Gebietskörperschaft siehe in jüngerer Zeit: Civ. 1, 28. November 2006, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, *Bull. civ. I*, Nr. 529, *JCP A* 2007, 2118, Fußnote O. RENARD-PAYEN.

691 Der Verfassungsrat hat die Möglichkeit verankert, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts Begünstigte oder Inhaber von verfassungsmäßigen Rechten und Freiheiten sein können. Insbesondere hat der Rat mehrfach bekräftigt, dass der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums "nicht nur das Privateigentum von Privatpersonen betrifft, sondern in gleichem Maße auch das Eigentum des Staates und anderer öffentlicher Personen" (CC, Nr. 86-207 DC, 25-26 Juni 1986, Kons. 58, *Sfg. S.* 61; Nr. 86-217 DC, 18. September 1986, Kons. 47, *Sfg. S.* 141; Nr. 94-346 DC, 21. Juli 1994, Kons. 3, *Sfg. S.* 96). In Spanien stand das Verfassungsgericht dem Gedanken, dass öffentliche Personen sich auf Grundrechte berufen können, zunächst ablehnend gegenüber. Im Zuge einer Rechtsprechungsentwicklung hat es entschieden, dass die öffentliche Hand Träger solcher Rechte sein kann (vgl. P. CRUZ VILLALON, "Spanischer Bericht", *AJJC* 1991/VII, S. 231-235). In Deutschland ist das Bundesverfassungsgericht der Ansicht, dass Art. 19 III normalerweise nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten kann, mit der Begründung, dass die öffentliche Gewalt nicht gleichzeitig Gläubiger und Schuldner des Grundrechts sein kann (BVerfGE 21, 362 [369], zitiert von C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, Nr. 113]). Etwas anderes gilt nur für Rechte mit prozeduralem Charakter (BVerfGE 13, 132 [140], zitiert von C. AUTEXIER, *op. cit.*, Nr. 113.).

Begünstigten, einer natürlichen oder juristischen Person, und insbesondere einer Tätigkeit, einer Eigenschaft oder einer Position des Subjekts oder sogar den Erhalt einer Leistung? Wenn jede dieser Fragen mit Ja beantwortet werden kann, hat der Richter es mit einem subjektiven öffentlichen Recht zu tun. Die Grundfreiheiten sind jedoch keine gewöhnliche Art von subjektivem Recht. Sie sind, wie die deutschen Grundrechte, "die wichtigsten subjektiven öffentlichen Rechte" .692

692 R. ARNOLD, "Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne", *AJDA* 1999, S. 659.

Abschnitt 2. Das Kriterium der Fundamentalität

169. Um für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 in Frage zu kommen, muss die Freiheit einen "grundlegenden" Charakter aufweisen. Für den Verwaltungsrichter ist die Fundamentalität eine Eigenschaft, die nicht auf eine bestimmte Quelle reduziert werden kann. Bei der Ermittlung der Fundamentalität stellt der Richter die Verfassungsnormen, die *alle fundamental* sind, und die unterhalb der Verfassung liegenden Normen, von denen nur einige diesen Charakter aufweisen können, einander gegenüber.

I. Fundamentalität ist nicht an eine Quelle gebunden

170. In Deutschland wird die Fundamentalität auf eine bestimmte normative Ebene reduziert: die Verfassungsebene. In dem Ausdruck "Grundrecht", so Capitant, "wird der Verfassungscharakter durch das Wort "fundamental" ausgedrückt, das nichts weiter bedeutet"⁶⁹³. In der französischen Rechtslehre verbinden die Anhänger des formalen Ansatzes die Fundamentalität ebenfalls mit einem bestimmten normativen Rang: der supralegislativen Ebene. Für den Richter des *référé* hingegen ist die Fundamentalität nicht an eine bestimmte Quelle gebunden. Das bedeutet zum einen, dass sie nicht an eine einzige Quelle gebunden ist, und zum anderen, dass die Entlehnungsquellen nur materielle Quellen darstellen.

A. Die Vielfalt der Quellen

171. Es gibt vier Kriterien, anhand derer die Quelle, aus der eine Grundfreiheit stammt, bestimmt werden kann. Abgesehen von diesen Fällen ist es logischerweise unmöglich, eine Grundfreiheit mit einer bestimmten Norm in Verbindung zu bringen. Die Quelle, auf die sich der Richter bei der Verankerung der Grundfreiheit gestützt hat, kann dann weder festgestellt noch bekannt gegeben werden.

Zunächst einmal kann die Quelle in der Begründung der Entscheidung ausdrücklich erwähnt werden. Bezogen auf die Gesamtheit der anerkannten Freiheiten sind die Fälle relativ selten. Zunächst ist der Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften zu nennen, der ausdrücklich an Artikel 72 der Verfassung angeknüpft wird⁶⁹⁴. Zweitens ist dies der Fall beim "verfassungsmäßigen" Recht auf Asyl⁶⁹⁵. Das Wort "verfassungsgemäß" wird zwar in erster Linie verwendet, um *den Bereich des* betreffenden Rechts zu präzisieren, d. h. um es vom konventionellen Asyl zu unterscheiden, das durch das Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge geschützt wird. Dennoch wird *in zident* auch *die Quelle angegeben*, da das verfassungsmäßige Recht auf Asyl per Definition seine Grundlage in der Verfassung findet (genauer gesagt in Absatz 4 der Präambel der Verfassung von 1946, ergänzt durch Artikel 53-1 der Verfassung von 1958). Außerdem müssen zwei gesetzlich verankerte Freiheiten erwähnt werden: erstens die Kommunikationsfreiheit des Krankenhauspatienten, eine Freiheit, "die ihm durch Artikel 3211-3 (...) des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit zuerkannt wird"⁶⁹⁶, zweitens die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung, eine Freiheit, "die durch die Bestimmungen von Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuchs und Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit geschützt wird"⁶⁹⁷.

Zweitens wird der Regierungskommissar in Fällen, in denen die Entscheidung von einem Kollegium getroffen wird, fast immer die Quelle angeben, die als Grundlage für die Verankerung der Freiheit dient. So weist Jacques-

693 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, S. 3, Fn. 4.

694 CE, Sect. 18. Januar 2001, Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles, *Lebon*, S. 18.

695 CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* S. 12; CE, ord. 2. Mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, *Lebon* S. 227; CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon* T., S. 1126; CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon*, S. 45; CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon*, S. 146.

696 CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487. Artikel L. 3211-3 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit sieht vor, dass eine Person, die nicht freiwillig hospitalisiert wird, "das Recht hat: (...) 1° mit den in Artikel L. 3222-4 genannten Behörden zu kommunizieren; (...) 4° Briefe zu versenden oder zu empfangen".

697 CE, ord. 16. Juli 2001, *Fenillatey*, *Lebon* S. 309. Die gewählte Formulierung ist jedoch zweideutig. Sie kann auf zwei Arten gelesen werden, da "Schutz" einer Freiheit sowohl bedeuten kann, diese zu *verankern*, als auch sie *umzusetzen*. Die Analyse der Sichtvermerke spricht jedoch für die erste Lösung: Die Verfassung wird nicht erwähnt und die Europäische Menschenrechtskonvention wird nur in Bezug auf die Bedingung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit erwähnt. Dies reicht jedoch nicht aus, um jegliche Unsicherheit zu beseitigen, da die Verfassung als Grundlage für die Verankerung einer Grundfreiheit dienen kann, ohne vom Richter erwähnt zu werden (siehe unten, die vierte Hypothese zur Identifizierung der Quelle der Grundfreiheiten, insbesondere die Entscheidungen *Marvel* und *Kurtaric*).

Henri Stahl in seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Aguillon* vom 9. Dezember 2003 darauf hin, dass der Staatsrat "ohne Schwierigkeiten" das Streikrecht als Grundfreiheit verankern kann, da dieses Recht "durch die Bestimmungen der Präambel der Verfassung vom 27. Oktober 1946 verfassungsrechtlich garantiert wird"⁶⁹⁸. Das Streikrecht wird somit ausdrücklich auf eine einzige Quelle zurückgeführt: die Präambel der Verfassung von 1946 und genauer gesagt deren 7^{ème} Absatz.

Drittens kann die Quelle einer Grundfreiheit anhand der Bezugsvermerke der Entscheidung identifiziert werden. Nach Artikel R. 741-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ist der Richter verpflichtet, in den Vermerken seiner Entscheidung die Texte zu erwähnen, die er anwendet. Der Begriff Anwendung wird im weiteren Sinne verstanden, als Synonym für die Verwendung⁶⁹⁹. Die Schwierigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass ein Text - wenn man von Verfahrenstexten absieht - entweder zur Begründung des Bestehens einer Grundfreiheit oder zur Beurteilung der Bedingung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit erwähnt werden kann; er kann sogar unter beiden Bedingungen zum Tragen kommen. Wenn mehrere der erwähnten Texte Träger der Freiheit sind, ist es schwierig zu bestimmen, welcher oder welche - eine kombinierte Grundlage ist nicht ausgeschlossen - tatsächlich zur Bestätigung dient⁷⁰⁰. Wie dem auch sei, wenn man sich nur auf bestimmte Fälle beschränkt, zeigt die Analyse der Vermerke den heterogenen Charakter der verwendeten Grundlagen. Der Richter für einstweilige Verfügungen beruft sich auf die Verfassung "insbesondere auf Artikel 4" in Verbindung mit dem Gesetz vom 30. Juni 1881 über öffentliche Versammlungen, um das Recht einer rechtmäßig gegründeten politischen Partei auf Abhaltung von Versammlungen zu verankern⁷⁰¹. Er zielt auf die Verfassung und "insbesondere" ihre Präambel ab, um die freie Verfügung des Eigentümers über sein Eigentum⁷⁰², die unternehmerische Freiheit, die Religionsfreiheit^{703/704} oder auch die persönliche Freiheit⁷⁰⁵ zu verankern.

Viertens und letztens kann die Bestimmung der Quelle aus der wörtlichen Übernahme einer bewährten Text- oder Rechtsprechungsformel abgeleitet werden. Das Urteil *Tliba* vom 30. Oktober 2001 ist ein Beispiel für diese Identifizierungsmethode⁷⁰⁶. In dieser Entscheidung standen dem Staatsrat zwei Formeln zur Verfügung, mit denen er den Schutz der Familie als Grundfreiheit anerkennen konnte: einerseits die Verfassungsformel, in der das "Recht auf ein normales Familienleben" erwähnt wird⁷⁰⁷, und andererseits der Ausdruck des Übereinkommens, in dem das "Recht auf Achtung des Familienlebens" (Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention) verankert ist. Während das erstinstanzliche Gericht eine Verletzung "des Rechts von Frau Tliba auf Achtung ihres Familienlebens" feststellte und damit eine Verbindung zur Quelle der Konvention herstellte, zog es der Staatsrat

698 J.-H. STAHL, concl. sur CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, Dr. soc. 2004, S. 173.

699 Es ist nicht erforderlich, dass der Text formal *angewendet* wird, um in der Begründung genannt zu werden. Ein Text wird vom Richter erwähnt, sobald er ihn bei seiner Entscheidung verwendet oder sich auf ihn stützt (siehe Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, S. 78-79).

700 In einigen Entscheidungen ist es relativ einfach, zwischen dem Text, der als Grundlage für die Verankerung einer Freiheit dient, und dem Text, der für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit herangezogen wird, zu unterscheiden. So wird im Beschluss *Kurtarici* die Europäische Konvention, die in den Erwägungsgründen erwähnt wird, anschließend in die Begründung aufgenommen, um die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Recht auf Achtung des Familienlebens des Antragstellers zu beurteilen. Es ist daher anzunehmen, dass der Text im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Maßnahme berücksichtigt wird (CE, ord. 3. April 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T. S.* 871). Manchmal ist die Aufteilung schwieriger, wie in der Ordonnanz vom 3. Mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T. S.* 1034. Der Beschluss, in dem die Freiheit des Arbeitnehmers, nicht zur Verrichtung von Zwangsarbeit verpflichtet zu werden, als Grundfreiheit verankert ist, enthält in seinen Anmerkungen vier "grundlegende" Texte: die Verfassung und insbesondere ihre Präambel, die Europäische Menschenrechtskonvention, das Arbeitsgesetzbuch und das Gesetz Nr. 2004-626 vom 30. Juni 2004 zur Änderung des Arbeitsgesetzbuches durch Einführung eines "Solidaritätstages" in Form eines zusätzlichen unbezahlten Arbeitstages für die Arbeitnehmer. Von diesen vier Texten werden drei in der Begründung der Entscheidung wiedergegeben. Das Arbeitsgesetzbuch und das Gesetz vom 30. Juni 2004 werden erwähnt, um die Regelung des sogenannten "Solidaritätstages" zu erläutern. Die Europäische Menschenrechtskonvention - genauer gesagt Artikel 4 - wird im Zusammenhang mit dem Erfordernis der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der beanstandeten Maßnahme erwähnt. Die Verfassung hingegen wird in der Begründung nicht erwähnt. Ihre Erwähnung in den Erwägungsgründen kann daher nur damit erklärt werden, dass sie die Grundlage für diese Grundfreiheit bildet. Andernfalls wäre ihre Erwähnung in den Erwägungsgründen nicht gerechtfertigt. Ein Element lässt jedoch Zweifel aufkommen: Das Verbot der Zwangsarbeit, das in der Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich verankert ist, wird hingegen weder im Verfassungstext noch in der Verfassungsrechtsprechung anerkannt. Die verfassungsrechtliche Anknüpfung wird jedoch vom Richter gerechtfertigt, der, indem er im selben Erwägungsgrund die Freiheit der Arbeit erwähnt, implizit, aber notwendigerweise das Verbot der Zwangsarbeit aus diesem Grundsatz ableitet. Wenn die Europäische Menschenrechtskonvention bei dieser Verankerung eine Rolle gespielt hat, lässt der Wortlaut des Urteils darauf schließen, dass sie streng subsidiär ist.

701 CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon S.* 311.

702 CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl*, *Lebon S.* 154.

703 CE, Ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon S.* 551.

704 CE, Ord. 16. Februar 2004, *Benaissa*, *Lebon T.*, S. 826.

705 CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon S.* 158.

706 CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon S.* 523.

707 Siehe *oben*, § 135.

vor, vom "Recht auf ein normales Familienleben" der Betroffenen zu sprechen. Autorisierte Beobachter haben darauf hingewiesen, dass die Wortwahl "kein Zufall" ist⁷⁰⁸. Durch die Verwendung dieser Formulierung verknüpft der Rat diese Grundfreiheit implizit, aber notwendigerweise mit der verfassungsmäßigen Quelle. Auch im oben genannten Beschluss *Kurtarici* stellt die gewählte Formulierung eine Anleihe nicht aus dem europäischen Recht, sondern aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung dar. Unter diesen Umständen und obwohl die Verfassung in der Entscheidung des Richters nicht erwähnt wird, besteht kein Zweifel daran, dass sie die materielle Quelle dieser Grundfreiheit darstellt. Die gleiche Argumentation kann auch auf die Verankerung der persönlichen Freiheit angewendet werden⁷⁰⁹, die einen Begriff verfassungsrechtlichen Ursprungs darstellt. Auch hier ist sein Ursprung sicher, obwohl der Richter das Grundgesetz weder in den Entscheidungsgründen noch in den Bezugsvermerken seiner Entscheidung erwähnt.

172. Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass die Grundfreiheiten vom Richter nicht aus einer bestimmten normativen Ebene extrahiert werden. Die Grundrechtscharakteristik lässt sich nicht auf eine bestimmte Ebene der Normenhierarchie reduzieren. Die anerkannten Grundfreiheiten haben ihren Ursprung entweder in der Verfassung oder in einem einfachen Gesetz⁷¹⁰. Rechtliche Verpflichtungen, die als Grundfreiheit bezeichnet werden, stammen aus Normen, die auf verschiedenen Ebenen der Grundfreiheit angesiedelt sind. Darüber hinaus stellen sie materielle Quellen dar.

B. Materielle Quellen

173. Die Norm, die als Grundlage oder Träger für die Verankerung einer Grundfreiheit dient, ist nur die materielle Quelle dieser Freiheit. Dies kann im Übrigen auch nicht anders sein, da der Richter für einstweilige Verfügungen den Text, der die Norm der Grundfreiheit trägt, nicht als solchen - d. h. formal - *anwendet*. Der Begriff der Grundfreiheit stellt, wie der Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, eine rechtliche Kategorie dar, die eine vermittelte Anwendung der zugrunde liegenden Text- oder Rechtsprechungsnormen ermöglicht. In beiden Fällen wird für die Anerkennung eine Norm verlangt (eine Textnorm für den allgemeinen Rechtsgrundsatz, eine Text- oder Rechtsprechungsnorm für die Grundfreiheit). Doch sobald die Grundfreiheit oder der Grundsatz anerkannt sind, existieren diese anschließend unabhängig von der Trägernorm und verselbstständigen sich gegenüber dieser. Nach der Rechtsprechungsformel gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze "auch ohne Text"⁷¹¹. Dies hat im Rahmen der Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze zwei Konsequenzen. Zum einen ermöglicht diese vermittelte Anwendung dem Richter, sich eine Freiheit gegenüber dem Text zu nehmen und sich aus dem engen Rahmen seiner Formulierung zu befreien. Andererseits genießt der Grundsatz eine größere Stabilität als der Ursprungstext, selbst wenn dieser Verfassungsrang hat. Wie der Präsident Genevois feststellte, "sichert das Fehlen einer Verbindung zu einem Verfassungstext den "allgemeinen Rechtsgrundsätzen" eine größere Beständigkeit"⁷¹². Dieser Ansatz "hat den Vorteil, dass der herausgearbeitete Grundsatz nicht an einen formalen Text gebunden ist und sein Überleben in der Verfassung, die zu seinem rechtlichen Schutz gedient hat, sichergestellt ist (...)"⁷¹³.

174. Mehrere Faktoren deuten darauf hin, dass sich der Richter im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes weitgehend an dieser Technik orientieren will. Erstens kommt es häufig vor, dass die Formulierung der Grundfreiheit gegenüber der Formulierung der Quellenorm, d. h. dem Text oder der Rechtsprechung, die zu ihrer Verankerung gedient hat, eine Veränderung erfährt. So wird das Recht auf Familienleben umformuliert in die "Freiheit, mit der Familie zu leben"⁷¹⁴, das "Recht jeder Person, mit ihrer

708 M. GUYOMAR und P. COLLIN, oben genannte Chronik, S. 1055.

709 CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167.

710 Im Gegensatz dazu scheint es möglich zu sein, angesichts der Gesamtheit der ergangenen Entscheidungen zu behaupten, dass internationale Instrumente und insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention bislang noch nie als Grundlage für die Anerkennung einer Grundfreiheit gedient haben. In der Praxis wird diese vom Richter für einstweilige Verfügungen nur erwähnt, um die Rechtmäßigkeit der ihm vorgelegten Situation zu beurteilen.

711 Siehe J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, spé S. 380.

712 B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, Nr. 57.

713 M. MIGNON, "La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence", *D.* 1951, S. 130, zitiert von F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, S. 587, Fn. 15. Siehe in diesem Sinne auch: K. BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, These Aix-en-Provence, 2000, S. 167-168.

714 CE, ord. 5. März 2002, *Fikry*, *Lebon T.*, S. 872.

Familie zu leben"⁷¹⁵, das "Recht auf ein normales Familienleben"⁷¹⁶, das "Recht auf ein Familienleben"⁷¹⁷ oder das "Recht auf Achtung des Familienlebens"⁷¹⁸. Auch wenn Artikel L. 1111-4 des französischen Gesundheitsgesetzes die "freie und informierte Zustimmung der Person" zu medizinischen Behandlungen erwähnt, wird der Richter auf der Grundlage dieser Bestimmung "das Recht des volljährigen Patienten, seine Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu geben, wenn er in der Lage ist, diese zu äußern" festzuschreiben⁷¹⁹. In einer späteren Entscheidung wurde dieses Recht in "die freie und informierte Zustimmung des Patienten zur medizinischen Versorgung" umgewandelt⁷²⁰. In ähnlicher Weise wird das "Recht auf Kommunikation" in Artikel L. 3211-3 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit in "Kommunikationsfreiheit" umbenannt⁷²¹. In allen Fällen wird also die Rohnorm auf der Ebene ihrer Formulierung umgewandelt. Zweitens wird die normative Quelle der Grundfreiheit nicht immer vom Richter genannt, was darauf hindeuten könnte, dass sie sich nicht unbedingt aus einem bestimmten Text ergeben muss. Drittens untermauern einige Aussagen von Mitgliedern der Verwaltungsgerichtsbarkeit diesen Eindruck. So ist laut Präsident Racine das "Konzept der Grundfreiheit (...) aus einem klugen Synkretismus von Verfassungsrecht, Konventionsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen entstanden"⁷²². Ebenso kann man in der Feder der Herren Collin und Guyomar lesen, dass "es der Rechtsprechung obliegen wird, die Grenze zwischen den Grundfreiheiten (...) und den *einfachen*, von der Verfassung anerkannten Rechten zu präzisieren, die sich naturgemäß im Zuge der Entwicklungen der Gesellschaft und der Hierarchie ihrer Werte verschieben soll"⁷²³. Man mag sich über diese Aussage wundern, die die Verfassung, den Gründungstext unserer Rechtsordnung, der an deren Spitze steht und nichts anerkennt, was über ihr steht, auf den Rang einer "einfachen", gewöhnlichen und banalisierten Norm herabsetzt. In Wirklichkeit drückt diese Formel jedoch den Willen aus, die Philosophie der allgemeinen Rechtsgrundsätze auf die Grundfreiheiten zu übertragen, um diesen insbesondere eine Widerstandsfähigkeit gegenüber Veränderungen zu verleihen, die größer ist als die der Texte, die zu ihrer Entstehung beitragen. Die verfassungsmäßigen Freiheiten sind von Natur aus an den Text gebunden, in dem sie verankert sind, und können im Falle einer Verfassungsänderung oder eines Verfassungswechsels verschwinden. Die Grundfreiheiten hingegen wären von jedem Text losgelöst und daher unempfindlich gegenüber normativen Änderungen, die das Grundgesetz selbst betreffen könnten. Sobald eine Grundfreiheit verankert ist, würde sie somit gegenüber den rechtlichen Gegebenheiten, die zu ihrer Verankerung geführt haben, autonom werden. Als Grundfreiheit anerkannt und in Artikel L. 521-2 aufgenommen, beginnt die Norm eine eigene Existenz, ein neues Leben, das unabhängig von der Norm ist, die sie hervorgebracht hat. Sie löst sich von ihrem ursprünglichen Träger und erfährt eine Novation. Im Rahmen von Artikel L. 521-2 ist sie nicht mehr eine verfassungsmäßige oder gesetzliche Freiheit, sondern eine Grundfreiheit. Sie wird von ihrer ursprünglichen Quelle unabhängig.

Es gibt also keine präzise und formale Quelle der Fundamentalität. Wenn diese nicht auf eine Quelle reduzierbar ist, ist sie notwendigerweise eine Eigenschaft oder Qualität der Norm.

II. Fundamentalität ist eine Eigenschaft

175. Das Wesen der Fundamentalität ist nicht an den rechtlichen Wert der Norm gebunden, die die Freiheit trägt. Diese ist zwar nicht gleichgültig (zumindest wenn sie verfassungsgemäß ist), aber sie stellt für den Richter nur ein Indiz dar. Sie wirkt wie ein Indikator für die Fundamentalität. Mehr ist es nicht. Die Normenhierarchie als solche spielt bei der Feststellung der Fundamentalität keine Rolle. Was diese Eigenschaft kennzeichnet, ist die Bedeutung oder Wesentlichkeit einer Norm. Wie Gilles Bachelier sagt: "Was zählt, ist der *herausragende Charakter der Freiheit oder des Rechts, um die es geht*"⁷²⁴. Was den grundlegenden Charakter einer Freiheit ausmacht, ist ihr wesentlicher Charakter. Der Richter für einstweilige Verfügungen hat sich sehr deutlich für

715 CE, Ord. 10. Juli 2002, *Boulembia*, Nr. 248422.

716 CE, ord. 29. September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, Nr. 272584.

717 CE, ord. 19. Januar 2005, *M. Laurent X., Lebon*, S. 23.

718 CE, ord. 25. November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T. S. 927*.

719 CE, ord. 16. Juli 2002, *Fenillatey, Lebon*, S. 309.

720 CE, Ord. 8. September 2005, *Ministre de la Justice c/ Buel, Lebon* S. 388.

721 CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487.

722 P.-F. RACINE, "Les grands principes spécifiques au procès administratif", *Droit des libertés fondamentales* (R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET Hrsg.), 9^{ème} Ed., Dalloz, 2003, S. 545.

723 M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles, AJDA* 2001, S. 156. Nicht unterstrichen.

724 G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 263. Unterstrichen.

einen materiellen Ansatz der Grundsätzlichkeit entschieden.

176. Um den fundamentalen Charakter einer Freiheit zu beurteilen, muss der Verwaltungsrichter die Verbundenheit der Bürger mit dieser Freiheit messen. Bei dieser Aufgabe wird er von mehreren Kriterien oder Indizes unterstützt, die es ihm ermöglichen, die einem solchen Vorgang innewohnende Subjektivität zu begrenzen. Das wichtigste und fast ausschließliche Kriterium ist das des höchsten rechtlichen Wertes. Es wird angenommen, dass alle Regeln mit Verfassungsrang - formell und materiell - grundlegend sind. Umgekehrt sind unterverfassungsrechtliche Normen nicht rechtsbegründend, d. h. formal grundlegend⁷²⁵. Wenn sich einige von ihnen gegebenenfalls als grundlegend erweisen können, dann nur aufgrund ihrer Bedeutung, also ausschließlich in materieller oder substantieller Hinsicht. So ergibt sich aus der Rechtsprechung ein Gegensatz nicht zwischen "verfügbaren" (legislativen oder untergesetzlichen) und "unverfügbaren" (übergesetzlichen) Normen, sondern zwischen den Verfassungsnormen (die alle und notwendigerweise grundlegend sind) und allen anderen Normen (von denen nur einige grundlegend sind)⁷²⁶. Die verfassungsrechtliche Quelle hat Vorrang vor allen anderen Quellen zur Entdeckung der Grundfreiheiten⁷²⁷. Die anderen Quellen spielen nur eine subsidiäre, ergänzende Rolle.

Die vorrangige Bedeutung der Verfassung bei der Bestimmung der Fundamentalität lässt sich durch eine einfache Überlegung erklären: Die Bindung der Bürger an ein Recht oder eine Freiheit wird direkt im Grundgesetz formalisiert. Allerdings können die Bürger ihre Verbundenheit mit einem Recht oder einer Freiheit auch zum Ausdruck bringen, ohne dass diese in der Verfassung verankert ist. Auch wenn sie lediglich in einer unterhalb der Verfassung angesiedelten Norm enthalten ist, kann sie dennoch wesentlich sein, d. h. einen materiell grundlegenden Charakter aufweisen. So ist die Verfassung zwar die Hauptquelle der Grundfreiheiten, aber nicht ihr ausschließliches Vorkommen. Die Verfassungsquelle birgt zwangsläufig die Grundsätzlichkeit in sich, während die unterhalb der Verfassung liegenden Quellen diese nur in Ausnahmefällen offenbaren können. Diese privilegierte Stellung der Verfassung erklärt, warum die Richter es manchmal vorziehen, konventionelle Normen zu "internalisieren" und sie an eine Verfassungsnorm anzuknüpfen, indem sie sie zu einem konstitutiven Element dieser Norm machen⁷²⁸.

A. Verfassungsnormen sind notwendigerweise fundamental (formale und materielle Fundamentalität)

177. Die Verfassungsmäßigkeit ist keine Voraussetzung für die Fundamentalität, aber sie ist mehr als ein Indiz. Sie ist nicht notwendig, da auch nichtverfassungsmäßigen Normen ein fundamentaler Charakter zuerkannt werden kann. Sie ist jedoch mehr als ein Indiz, da sie allein ausreicht, um eine Norm als grundlegend zu qualifizieren. Es ist ein Kriterium und sogar das bei weitem wichtigste Kriterium, da es allein ausreicht, um die Fundamentalität einer Norm zu charakterisieren. Es ist das Kriterium für Fundamentalität schlechthin. Für Verfassungsnormen gilt eine Fundamentalitätsvermutung⁷²⁹. Sie entsprechen beiden Bedeutungen des

⁷²⁵ Im Gegenteil, sie existieren und sind nur durch und aufgrund des Grundgesetzes selbst anrufbar.

⁷²⁶ Frau de Silva bringt diese Trennung zwischen Verfassungsnormen und allen anderen Normen perfekt zum Ausdruck, indem sie feststellt: "Als 'grundlegend' im Sinne von Artikel L. 521-2 kann ein Recht oder eine Freiheit bezeichnet werden, die in erster Linie in der Verfassung oder *sogar* in einem internationalen Übereinkommen, einem Gesetz oder einem allgemeinen Rechtsgrundsatz verankert ist" (I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD A 2002, S. 329. Nicht unterstrichen).

⁷²⁷ Wenn eine Freiheit *sowohl in* der Verfassung *als auch* in einem internationalen Übereinkommen mit ähnlichen Worten anerkannt wird, wird der Verwaltungsrichter systematisch die verfassungsmäßige Formulierung wählen. In Bezug auf das Recht auf ein normales Familienleben erklärten Collin und Guyomar: "Wenn die Berufung auf dieses Recht heute untrennbar mit dem Schutz verbunden zu sein scheint, den ihm die Bestimmungen von Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verleihen, sollte man sich vor Augen halten, dass dieses Recht vor allem einen verfassungsrechtlichen Status hat" (M. GUYOMAR und P. COLLIN, oben genannte Chronik, S. 1055).

⁷²⁸ So findet das Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung, das in Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention festgelegt ist, in der französischen Verfassung keine Entsprechung. Der Verfassungstext konnte daher nicht als Grundlage für die Anerkennung dieses Verbots als Grundfreiheit dienen. Wenn der Richter den Schutz des in dieser Bestimmung festgelegten Grundsatzes gewährleisten wollte, musste er sich zwangsläufig auf den Text der Europäischen Konvention stützen. Anstatt das Verbot als eigenständige Grundfreiheit zu verankern, entschied sich der Richter für einstweilige Verfügungen jedoch dafür, den in Artikel 3 der Konvention verankerten Grundsatz zu einem *Bestandteil* einer verfassungsrechtlich anerkannten Freiheit zu machen, bei der es sich sowohl um die individuelle als auch um die persönliche Freiheit handeln wird (siehe unten, § 203).

⁷²⁹ Die Frage ist nur, ob es sich um eine einfache oder eine unwiderlegbare Vermutung handelt. Beim derzeitigen

Begriffs "grundlegend". Einerseits weisen sie einen *wesentlichen* Charakter auf, was ihre Verankerung in einem Text rechtfertigt, der außerhalb der parlamentarischen Mehrheiten liegt. Andererseits bilden sie die *Grundlage* unserer rechtlichen und politischen Ordnung. Somit ist die Verfassungsmäßigkeit ihrem Wesen nach ein Indikator für Fundamentalität.

178. Verfassungsrechtliche Normen sind formal grundlegend; sie sind sogar die einzigen formal grundlegenden Normen. Wie Robert Alexy feststellte, "sind verfassungsrechtliche Rechtsnormen formal grundlegend als Ergebnis ihrer Stellung an der Spitze der Hierarchie des Rechtssystems (...)"⁷³⁰. Die Verfassung stellt in der Tat das "Fundament der Rechtsordnung"⁷³¹, "die unverzichtbare Grundlage der Rechtsnormen, die das Leben der Gemeinschaft regeln"⁷³² dar. Die Einheit und Kohärenz einer Rechtsordnung bildet sich um ihr Grundgesetz herum. Dieses stellt, nicht zuletzt aufgrund seiner besonderen Stabilität, die Grundlage und das Fundament einer Rechtsordnung dar⁷³³; es legt die Fundamente für diese. Es stellt die Geltungsgrundlage für alle anderen Normen dar⁷³⁴. Da die Rechtsordnung als eine Pyramide von hierarchisch gegliederten Normen⁷³⁵ konzipiert ist, müssen die unterhalb der Verfassung liegenden Normen die Vorgaben der Verfassung einhalten. Unter den von den Texten und der Rechtsprechung festgelegten Bedingungen kann die Gültigkeit einer vertraglichen, gesetzlichen oder administrativen Bestimmung vor dem Verfassungsrichter oder dem ordentlichen Richter angefochten werden⁷³⁶. Im Falle einer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz wird die unterhalb der Verfassung liegende Norm je nach Fall für nichtig erklärt oder ihrer Wirkung beraubt. Da die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten zu den Normen mit Verfassungsrang gehören, d. h. die Grundlage des Rechtssystems darstellen, sind sie *ipso facto* grundlegend. Dasselbe gilt in Deutschland, wo die im ersten Teil des Grundgesetzes festgelegten Freiheiten "tendenziell die Grundlage des gesamten deutschen Rechts bilden"⁷³⁷. M. Starck behauptet in diesem Sinne, dass "die Grundrechte Grundnormen jedes Rechtssystems sind"⁷³⁸.

179. Verfassungsnormen sind auch in materieller Hinsicht grundlegend. Als Norm des Konsenses⁷³⁹ stellt die

Stand der Rechtsprechung ist festzustellen, dass die Richter es nie abgelehnt haben, eine verfassungsmäßige Freiheit als Grundfreiheit einzustufen. Wenn bestimmten Verfassungsnormen die Eigenschaft einer Grundfreiheit abgesprochen wurde, dann nur, weil sie nicht den Charakter von Freiheiten hatten (d. h. nicht die Kriterien des subjektiven öffentlichen Rechts erfüllten), und nicht, weil sie keinen grundlegenden Charakter aufwiesen. Es erscheint sehr unwahrscheinlich, dass der Verwaltungsrichter sich weigern würde, eine Verfassungsnorm als grundlegende Norm zu bezeichnen.

730 R. ALEXU, *A theory of constitutional rights* (aus dem Deutschen übersetzt von J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, S. 349.

731 G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* 1954, S. 21.

732 B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, S. 189.

733 Je weiter man in der Normenhierarchie aufsteigt, desto schwerfälliger wird das Verfahren zur Verabschiedung und Änderung normativer Akte, d. h., es bedarf zwingender Formalitäten und schwieriger einzuholender Zustimmungen: Die Stabilität der Regeln ist daher proportional zum Rang, den sie einnehmen. Da sie an der Spitze der Normenhierarchie stehen, genießen die Verfassungsregeln und -grundsätze eine bemerkenswerte Stabilität. "Die im Verfassungsblock enthaltenen Rechtsregeln sind viel stärker von einer Dauerhaftigkeit oder einem Fortbestand gesichert als die in den einfachen Gesetzen enthaltenen. Le droit donc a un coefficient de sécurité beaucoup plus grand lorsqu'il est de rang législatif ordinaire (...)" (L. FAVOREU, "Droit et loi. Brèves réflexions d'un Constitutionnaliste" (Kurze Überlegungen eines Verfassungsrechtlers), in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique. Droit et loi*, colloque des 22 et 23 mai 1985, PUAM, 1987, S. 13).

734 H. KELSEN, *Théorie pure...*, a. a. O., S. 199: "Stellt man die Frage nach der Grundlage für die Gültigkeit einer Rechtsnorm, die zu einer bestimmten Rechtsordnung gehört, so kann die Antwort nur darin bestehen, sie auf die Grundnorm dieser Rechtsordnung zu beziehen, mit anderen Worten: Sie liegt in der Behauptung, dass diese Norm in Übereinstimmung mit der Grundnorm geschaffen worden ist".

735 Siehe H. KELSEN, a. a. O., S. 224 ff.

736 Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und der internationalen Verpflichtungen gewährleistet die tatsächliche Vorherrschaft der Verfassung über alle anderen Rechtsnormen (vgl. H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *RDP* 1928, S. 197-257; C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse Paris 1928, Neuaufgabe 1986, Economica PUAM, coll. DPP, 383 S.). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt die Einhaltung der Verfassungsnormen durch die Verwaltungsbehörde sicher.

737 M. FROMONT und A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, Band I Les fondements, Cujas, 1977, S. 153.

738 C. STARCK, *La Constitution cadre et mesure du droit*, Economica, 1994, S. 104.

739 Wie M. Zagrebelsky feststellte, ist der "konstitutionelle Moment" per Definition der Moment der allgemeinen Zusammenarbeit: "In den konstituierenden Momenten stimmen die politischen Willen der politischen Subjekte auf ein gemeinsames Ziel hin überein: die Grundsätze festzulegen, die die besonderen Interessen eines jeden dominieren, um das Zusammenleben aller zu ermöglichen" (G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur* (aus dem Italienischen übersetzt von M. LEROY), PUAM, 2000, S. 111). Insofern "ist die Verfassung der Grundkonsens eines Volkes über seine Art zu leben" (U. KARPEN, "Der Rechtsstaat", in *Die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. Essay über die Grundrechte und Prinzipien des Grundgesetzes mit einer Übersetzung des Grundgesetzes* (U. KARPEN Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, S. 174). Wie Yann Aguila bestätigt, "stellt die Verfassung, mehr als das Gesetz, diesen wahren Gründungssockel dar, in dem, jenseits der

Verfassung in der Tat den Sitz der wesentlichen Werte und Freiheiten dar⁷⁴⁰. Daher wird davon ausgegangen, dass die wichtigsten Freiheiten in der Verfassung zu finden sind. Die in der Verfassung verankerten Rechte werden als so vorrangig oder wesentlich erachtet, dass sie für parlamentarische Mehrheiten unerreichbar sein müssen⁷⁴¹. Sie entsprechen "Positionen, denen eine solche Bedeutung beigemessen wird, dass die Entscheidung über ihre Annahme oder Nichtannahme nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit anvertraut werden kann"⁷⁴². Und in der Tat besteht seit langem eine enge Verbindung zwischen Verfassungen und Freiheiten⁷⁴³. In Frankreich hat sich das Prinzip einer verfassungsmäßigen Definition der Rechte und Freiheiten seit der Revolution durchgesetzt⁷⁴⁴. Die seit 1791 aufeinander folgenden Verfassungen enthalten grundsätzlich eine Liste von Rechten und Freiheiten. Selbst die autoritärsten Verfassungen enthalten zumindest eine ausdrückliche Garantie der wichtigsten Freiheiten (Titel VII für die Verfassung des Jahres VIII; Artikel 1^{er} bis 26 für die Verfassung von 1852). Diese Tradition wurde jedoch mit den Verfassungsgesetzen von 1875 unterbrochen. Zwischen 1870 und 1946, also über 65 Jahre lang, wurde der Grundsatz, die Rechte und Freiheiten in der Verfassung zu definieren, nicht mehr angewandt. "Diese lange Unterbrechung erklärt, dass der Verfassungsgeber von 1946, als er an die Tradition einer verfassungsmäßigen Garantie der Freiheiten anknüpfen wollte, den ursprünglichen Mechanismus verloren hat (...)"⁷⁴⁵. Anstatt die Freiheiten im Verfassungstext selbst zu verankern, erinnerte er an seine Verbundenheit mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte und fügte der Präambel der Verfassung eine Reihe von wirtschaftlichen und sozialen Rechten hinzu. Ebenso, aber aus unterschiedlichen Gründen, erstellen die Verfasser der Verfassung vom 4. Oktober 1958 keinen geordneten Katalog von Rechten und Freiheiten, sondern begnügen sich damit, in der Präambel auf die Erklärung von 1789 und die Präambel der Verfassung von 1946 zu verweisen⁷⁴⁶.

kurzlebigen parlamentarischen Mehrheiten, die Kontinuität der Nation verwurzelt ist" (Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, S. 11).

⁷⁴⁰ Ihr eigentlicher Zweck besteht darin, "ein einer menschlichen Gruppe gemeinsames Wertesystem zu definieren" (B. MATHIEU und M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, S. 19). Wie M. de Béchillon feststellt: "L'expression constitutionnelle d'une règle, quelle qu'en soit la nature, exprime, par ceci même qu'elle se veut constitutionnelle, une valeur fondatrice pour la société toute entière" (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, S. 241. Nicht unterstrichen). In allen Ländern "hat die Grundnorm die vorrangige Rolle, einen allgemeinen politischen Konsens herzustellen und zu begründen, singular im Bereich der Grundrechte und der öffentlichen Freiheiten" (P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, S. 40). Sie ist die "Charta der Staatsorganisation und der Grundwerte" (U. KARPEN, *a. a. O.*, S. 175). Präsident Marceau Long stellte fest, dass "die Verfassung an der Spitze der Normenhierarchie steht und die Grundprinzipien unserer Gesellschaftsordnung festschreibt, deren Inhalt sich auf politische oder moralische Werte bezieht" (M. LONG, Vorwort zum oben genannten Werk von Y. AGUILA). Mit anderen Worten, sie "garantiert die Grundrechte und -prinzipien" (O. SCHRAMECK, "Droit administratif et droit constitutionnel", *AJDA* 1995, Sondernummer Le droit administratif, S. 34).

⁷⁴¹ "Ils sont des droits que le législateur ordinaire (en tant qu'opposé au législateur constituant) n'est pas autorisé à limiter, modifier ou supprimer" (R. GUASTINI, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *RDP* 1991, S. 1080).

⁷⁴² R. ALEXU, "Idée et structure d'un système de droit rationnel", *APD* t. 33 *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, S. 32.

⁷⁴³ Schon Hegel behauptete: "Unter Verfassung sind die Freiheiten überhaupt und die Organisation und Verwirklichung dieser Freiheiten zu verstehen" (G.W.F. HEGEL, *Encyclopédie des Sciences philosophiques*, § 540, zitiert von A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, S. 7). Wie M. Ardant feststellte, "befassen sich die ersten Texte mit Verfassungswert der Neuzeit, die englischen Texte des XIII^e bis XVIII^e Jahrhunderts: Magna Charta von 1215, Petition of Rights von 1628, Habeas Corpus von 1679, Bill of Rights von 1689, weniger mit Institutionen als mit der Freiheit in verschiedenen Formen und mit Verfahren, die sie schützen sollen. Als die Amerikaner und Franzosen am Ende des 18. Jahrhunderts beschlossen, eine Reihe von Regeln für die Organisation und das Funktionieren der Macht schriftlich festzuhalten^e, stellten sie diesen Verfassungen ganz selbstverständlich Erklärungen der Rechte voran und stellten damit gewissermaßen den gesamten Text unter das Zeichen der Freiheiten" (P. ARDANT, "Les Constitutions et les libertés", *Pouvoirs* n° 84, 1998, S. 61).

⁷⁴⁴ Siehe L. HAMON, "La définition constitutionnelle des droits et libertés en France", in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987, S. 41-62.

⁷⁴⁵ J. RIVERO und H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, S. 144.

⁷⁴⁶ Dies ist in erster Linie auf die unzureichende Legitimität der Verfasser der neuen Verfassung zurückzuführen. Die Ausarbeitung der Verfassung wurde der Regierung unter dem Vorsitz von General de Gaulle und nicht einer in allgemeiner Wahl gewählten Versammlung anvertraut. Im Protokoll der Sitzung der Arbeitsgruppe vom 12. Juni 1958 heißt es: "Es entspricht nicht der politischen und rechtlichen Tradition Frankreichs, eine Erklärung der Rechte von der Regierung verfassen zu lassen" (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française, 1988, S. 243). Die gleiche Erklärung wurde von Regierungskommissar Janot vor dem Beratenden Verfassungsausschuss wiederholt (*a. a. O.*, S. 95). Zweitens standen die Redakteure unter Zeitdruck: Sie mussten schnell handeln. Im Protokoll der Sitzung vom 12. Juni heißt es: "La solution la plus opportune semble être de rédiger un article maintenant en vigueur la Déclaration de 1789 et l'additif de 1946" (*a. a. O.*, S. 243). Die Wahl einer Referenzpräambel war zeitsparend und förderte die Entstehung eines Konsenses. Die Fortsetzung des Algerienkonflikts hatte ebenfalls einen Einfluss darauf, dass kein Katalog von Rechten und Freiheiten verfasst wurde, insbesondere aufgrund der Existenz bestimmter repressiver Gesetze, deren Verfassungsmäßigkeit ernsthaft in Frage gestellt werden konnte. Zu diesem Thema

Das Fehlen einer verfassungsmäßigen Erklärung der Rechte und Freiheiten führte zu Fragen über ihren rechtlichen Wert. Im Jahr 1971 verankerte der Verfassungsrat den vollen und uningeschränkten Rechtswert der Präambel der Verfassung und damit auch der Erklärung von 1789 und der Präambel von 1946, auf die sie verweist.⁷⁴⁷

180. Die Verfassungsmäßigkeit bringt von Rechts wegen die Fundamentalität mit sich. Alle Verfassungsnormen sind grundlegend, da sie beide Bedeutungen des Begriffs grundlegend in sich vereinen. Die Fundamentalität eines Rechts kann durch nichts beeinträchtigt werden. Insbesondere heben gesetzgeberische Einschränkungen der Ausübung eines verfassungsmäßigen Rechts dessen grundlegenden Charakter nicht auf⁷⁴⁸. Der Verwaltungsrichter ist jedoch der Ansicht, dass eine Norm auch aus rein substanzieller Sicht grundlegend sein kann. Wenn die Verfassung die formale Fundamentalität erschöpft, erschöpft sie keineswegs die materielle Fundamentalität. So sollen Rechte unter die einstweilige Verfügung fallen, "selbst wenn sie nur in ihrer Substanz 'grundlegend' sind"⁷⁴⁹. Die Fundamentalität im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ist nicht auf die Verfassungsmäßigkeit beschränkt.

B. Unterkonstitutionelle Freiheiten können grundlegend sein (ausschließlich materielle oder substanzielle Fundamentalität)

181. Der Richter will keine normative Ebene aus dem Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit ausschließen. Er akzeptiert daher, die Existenz von Grundfreiheiten ausgehend von unterverfassungsrechtlichen Normen anzuerkennen⁷⁵⁰. Dieser Wille zur Öffnung war bereits im ersten Jahr der Anwendung dieses Verfahrens klar zum Ausdruck gebracht worden. In ihren Schlussfolgerungen zum *Tliba-Urteil* teilte Frau de Silva der Sektion mit: "Wir glauben nicht, dass Sie strikt auf den verfassungsrechtlichen Bereich beschränkt sind: Bestimmte Grundsätze, die in internationalen Übereinkommen - zum Beispiel der Internationalen Konvention über die Rechte des Kindes - enthalten sind, können zu einem bestimmten Zeitpunkt einen "grundlegenden" Charakter annehmen. Es ist auch so, dass, egal wie weit man das Verfassungssubstrat ausdehnt, das Niveau des Rechtsschutzes sich mit dem Zustand der Gesellschaft entwickeln kann und angesichts neuer Eingriffe - z. B. solche, die das Recht auf Privatsphäre auf dem Spiel setzen oder den Bereich der Bioethik betreffen - bestimmte Regeln, die aus zusätzlichen Quellen stammen, als ein Grundrecht berührend anerkannt werden können"⁷⁵¹. Die Berücksichtigung ergänzender Quellen - internationale Übereinkommen, Gesetze und allgemeine Rechtsgrundsätze - soll der Rechtsprechung Flexibilität verleihen und so die Entdeckung der Grundfreiheiten entsprechend den Erwartungen und Entwicklungen der Gesellschaft fördern. Wie Glénard erklärt, will der Staatsrat "auf eine möglichst wenig formale Auffassung des Begriffs der Grundfreiheit zurückgreifen", indem er sich "die Möglichkeit offen lässt, aus einem Gesetz oder einem allgemeinen Rechtsgrundsatz eine Grundfreiheit

siehe V. TCHEN, "Questions sur un silence: les droits fondamentaux dans l'élaboration de la cinquième République", *Revue juridique d'Auvergne*, vol. 97-98/3, numéro spécial colloques, pp. 119-140; B. GENEVOIS, "Le préambule et les droits fondamentaux", in *L'écriture de la Constitution de 1958*, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS und J.-L. PARODI Hrsg.), Economica, 1992, S. 483-499.

⁷⁴⁷ Siehe CC, Nr. 71-44 DC, 16. Juli 1971, *Slg.* S. 29, *GDCC* Nr. 19.

⁷⁴⁸ In diesem Punkt bestritt Herr Pez den grundlegenden Charakter, der dem Eigentumsrecht zuerkannt wurde, indem er die Einschränkungen hervorhob, die ihm seit langem vom Gesetzgeber auferlegt wurden (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, S. 372). Es stimmt, dass die verfassungsrechtliche Rechtsprechung das *heutige* Eigentumsrecht fest schreibt, d. h. ein Recht, das vielfältige "Einschränkungen, die im Namen des Allgemeininteresses gefordert werden", erfahren hat (CC, Nr. 81-132 DC, Kons. 16, *Slg.* S. 18). Dieser Umstand ist jedoch nicht geeignet, die Verfassungsmäßigkeit dieses Rechts und folglich seine Grundsätzlichkeit zu schwächen.

⁷⁴⁹ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, Nr. 278.

⁷⁵⁰ Bisher sind alle Grundfreiheiten, die aus unterverfassungsrechtlichen Normen abgeleitet wurden, legislative Normen. Es scheint keine Grundfreiheit anerkannt worden zu sein, die auf einem internationalen Vertrag oder einem allgemeinen Rechtsgrundsatz beruht (wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Formulierung der Verordnungen es nicht immer erlaubt, die genaue Quelle, aus der die Freiheit stammt, genau zu bestimmen). Man kann vernünftigerweise davon ausgehen, dass diese Situation keineswegs eine Absicht des Richters widerspiegelt, diese Quellen aus dem Bereich der Fundamentalität auszuschließen.

⁷⁵¹ I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, S. 329.

abzuleiten, wenn ihr Gegenstand sich durch seine Bedeutung auszeichnet" .752

Der Verweis auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze⁷⁵³ mag überraschen, wenn man sich auf den Wert dieser Rechtskategorie konzentriert. Die Perspektive ändert sich jedoch grundlegend, wenn man die Bedeutung der so bezeichneten Normen⁷⁵⁴ und die bemerkenswerte Stabilität, die sie kennzeichnet, in Betracht zieht. Abgesehen davon sind natürlich nicht alle allgemeinen Rechtsgrundsätze dazu bestimmt, zu Grundfreiheiten zu werden. Um diese Einstufung zu rechtfertigen, müssen sie die Natur einer Freiheit haben und einen wahrhaft grundlegenden Charakter aufweisen. Diese Anforderungen dürfen nicht aus den Augen verloren werden. In dieser Hinsicht sagt Brenet, dass "man nicht sehen kann, was [den Verwaltungsrichter] daran hindern könnte, auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des CJA die Verletzung der Grundsätze, die es der Verwaltung verbieten, eine schwangere Arbeitnehmerin zu entlassen, oder die sie verpflichten, den Bediensteten im Falle einer körperlichen Untauglichkeit, die ihn an der Ausübung seiner Tätigkeit hindert, neu einzusetzen oder sogar zu entlassen, oder, in einem anderen Bereich, die Beeinträchtigung der Freiheit der Arztwahl durch den Patienten und der Verschreibungsfreiheit"⁷⁵⁵. Es kann ernsthaft bezweifelt werden, dass die Verpflichtung zur Entlassung eines öffentlichen Bediensteten als Freiheit betrachtet werden kann. Was die beiden letzten von der Autorin angeführten Beispiele betrifft, so kann ihre Wesentlichkeit diskutiert werden. Es ist anzunehmen, dass die Verletzung dieser Normen mit größerer Sicherheit in den Zuständigkeitsbereich des Richters für einstweilige Verfügungen gegen Aussetzungen fällt.

Was die Verankerung einer Grundfreiheit auf der Grundlage einer Gesetzesbestimmung betrifft, so ist diese angesichts des - prekären und untergeordneten - Charakters, den das Gesetz heute hat, nicht frei von Risiken. Nicht nur kann ein Gesetz immer noch wegen Verfassungs- oder Konventionswidrigkeit unwirksam werden, sondern es kann auch jederzeit vom Parlament aufgehoben werden. Dennoch muss die Bedeutung dieses Risikos relativiert werden. Denn auch wenn es stimmt, dass ein Gesetz im *Nachhinein* von einem der Richter des Gesetzes für ungültig erklärt oder seiner Wirkung beraubt werden kann⁷⁵⁶, ist diese Möglichkeit bei Gesetzesnormen, die der Richter für einstweilige Verfügungen als Grundfreiheit eingestuft hat, äußerst unwahrscheinlich. Zunächst einmal ist nicht ersichtlich, welche Verfassungs-, Vertrags- oder Gemeinschaftsregel beispielsweise der Versammlungsfreiheit oder der Zustimmung zu medizinischer Versorgung entgegenstehen könnte. Darüber hinaus sind Gesetzestexte heute zwar instabil⁷⁵⁷, doch dies gilt in der Praxis nicht für Normen, in denen Freiheiten verankert sind oder die zu ihrer Umsetzung beitragen. Diese werden zwar manchmal geändert, eingeschränkt oder ausgeweitet, aber nie abgeschafft. Darüber hinaus ist es angesichts der von den Verwaltungsrichtern entwickelten Auffassung von Grundfreiheiten nicht unmöglich, dass eine Grundfreiheit das Verschwinden des Textes, der sie hervorgebracht hat, überlebt.

752 G. GLENARD, a. a. O., S. 2016.

753 Expliziter Verweis, in den Schlussfolgerungen von Frau de Silva (siehe Concl. o. J., S. 329).

754 Laut Präsident Genevois "muss der Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes Normen vorbehalten bleiben, die mit einer gewissen Dauerhaftigkeit ausgestattet sind, sich auf einer hohen Ebene der Hierarchie der Rechtsakte befinden und Werten entsprechen, die in unserem Rechtssystem als wesentlich angesehen werden. Konkret bedeutet dies, dass das Kriterium der Allgemeinheit des Grundsatzes zwar keine absolute Tragweite hinsichtlich der Identifizierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes hat, das qualitative Kriterium jedoch unerlässlich bleibt" (B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, Nr. 103). Für M. Genevois ist es "die Bedeutung der Norm, die aufgrund ihrer Dauerhaftigkeit und ihrer Verbindung zu wesentlichen Werten auf einen bestimmten Bereich anwendbar ist, die es am besten ermöglicht, ein allgemeines Rechtsprinzip innerhalb der anderen Manifestationen der normativen Macht der Rechtsprechung zu identifizieren" (*op. cit.*, Nr. 105).

755 F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDJ* 2003, S. 1557.

756 Die Aufhebung kann vom Verfassungsrat in Anwendung der Rechtsprechung *Notstand in Neukaledonien* (siehe *GDCC* Nr. 37) ausgehen. Auch ein Urteil des Straßburger oder Luxemburger Gerichtshofs kann dazu führen, dass die Wirkung einer gesetzlichen Bestimmung neutralisiert wird. Die Erklärung der Nichtkonventionalität kann schließlich vom ordentlichen Richter selbst ausgehen, obwohl es schwer vorstellbar ist, dass der Staatsrat die Nichtkonventionalität einer Gesetzesbestimmung erklärt, die er selbst zu einer Grundfreiheit erhoben hat.

757 In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass "die Beständigkeit, Abstraktion und Allgemeinheit der Verbreitung und Kontingenz der Gesetze sowie dem detaillierten Charakter ihres Inhalts Platz gemacht haben" (N. POULET-GIBOT LECLERC, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, PUF, 1992, S. 129). Das Gesetz verliert seine traditionellen Eigenschaften, insbesondere seine Unwandelbarkeit (siehe F. TERRE, "La crise de la loi", *APD* t. 25, *La loi*, 1980, S. 17-28). In der Tat: "Dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle risque d'être frappée plus vite de *caducité*" (J. CHEVALLIER, "La dimension symbolique du principe de légalité", *RDJ* 1990, S. 1666. Unterstrichen). Auf der Suche nach einer Anpassung an wechselnde und sich entwickelnde Situationen erscheint das Recht immer mehr als "Übergangsrecht" und die Legalität wird "beweglich" (C. MORAND, "Le droit et l'Etat-providence", *Revue de droit suisse* 1988, S. 542). Diese Entwicklung wurde von den Mitgliedern des Staatsrats endgültig kritisiert. Für seinen Vizepräsidenten "sollte das Gesetz feierlich, kurz und dauerhaft sein"; stattdessen "ist es heute geschwätzig, prekär und banalisiert" (R. DENOIX DE SAINT MARC, "Trop de lois tue la loi!", *Journal du dimanche*, 21. Januar 2001, S. 7). Diese Angriffe des Staatsrats auf die gesetzgeberische Arbeit sind nicht neu und wurden im öffentlichen Bericht von 1991 systematisiert, in dem die "Häufigkeit der Änderungen" in der Gesetzgebung angeprangert wurde ("De la sécurité juridique", *EDCE* 1991, Nr. 43, S. 23-24).

182. Was ihre Identifizierung betrifft, so wird die Fundamentalität einer unterverfassungsrechtlichen Norm anhand eines rein materiellen Kriteriums beurteilt. In diesem Punkt zeigt sich der Hauptunterschied zwischen verfassungsrechtlichen und unterverfassungsrechtlichen Normen. Während das Kriterium des höchsten rechtlichen Wertes allein ausreicht, um die Fundamentalität einer bestimmten Norm anzuerkennen, ist eine Bestimmung unterhalb des Verfassungsrangs nur dann fundamental, wenn sie einen herausragenden oder wesentlichen Charakter aufweist. Per definitionem ist die rein materielle Fundamentalität nicht in einem Text formalisiert oder auf einer bestimmten normativen Ebene angesiedelt.

In dieser Phase werden keine rechtlichen Kriterien herangezogen, um zwischen grundlegenden und nicht grundlegenden Normen zu unterscheiden. Der Richter wendet sich nicht vorzugsweise der höchsten normativen Ebene zu. Er räumt bei der Suche nach der materiellen Fundamentalität den Verträgen keinen Vorrang vor dem Gesetz ein. In dieser Hinsicht stehen alle unterhalb der Verfassung liegenden Normen gleichberechtigt nebeneinander. Aus materieller Sicht ist die Vertragsquelle nicht fundamentaler als die Gesetzesquelle. Sie genießt keinen höheren Grad an Fundamentalität. Ein bedeutendes Beispiel ist der Beschluss vom 19. August 2002, *FN IFOREL*, in dem der Richter für einstweilige Verfügungen die Versammlungsfreiheit als Grundfreiheit festschreibt⁷⁵⁸. Diese Freiheit fehlt im Verfassungstext und wurde auch vom Verfassungsrat nicht anerkannt. Sie ist jedoch auf unterverfassungsrechtlicher Ebene in zwei Bestimmungen verankert: zum einen in Artikel 1^{er} des Gesetzes vom 30. Juni 1881 über öffentliche Versammlungen und zum anderen in Artikel 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Um die Versammlungsfreiheit im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu verankern, hatte der Richter für einstweilige Verfügungen also die Wahl zwischen diesen beiden Quellen; er konnte sich auch für eine kombinierte Grundlage entscheiden. Aus den Vermerken der Entscheidung geht hervor, dass der Richter diese Grundfreiheit ausschließlich an die legislative Quelle knüpfen wird, ohne die Europäische Konvention zu erwähnen. Diese Entscheidung zeigt, dass die Normenhierarchie in diesem Stadium nicht berücksichtigt wird. Die legislative Quelle, die von geringerem rechtlichen Wert ist⁷⁵⁹, wird der Quelle der Konvention vorgezogen.

Die Messung der materiellen Fundamentalität einer Norm ist eine relativ schwierige Aufgabe, die eine gewisse Beurteilungsleistung des Richters erfordert. Bei einer Verfassungsnorm ist die Sache einfach: Der Richter muss nur den höchsten rechtlichen Wert der Norm feststellen, aus dem sich ihre Fundamentalität von Rechts wegen ergibt. Sie ist für ihn verbindlich; er muss sie also nicht messen. Viel wichtiger ist seine Einschätzung, wenn es darum geht, die Fundamentalität einer nicht verfassungsmäßigen Norm zu bewerten und folglich aus einer riesigen Masse von Normen⁷⁶⁰ die Regeln auszuwählen, die sich durch ihre Eminenz oder Essentialität auszeichnen. Um dies zu tun, wagt sich der Richter nicht auf das Gebiet der Werte oder bewertet die Grundsätzlichkeit auf der Grundlage eines persönlichen Urteils⁷⁶¹. Er bemüht sich vielmehr, die Bedeutung der betreffenden Freiheiten zu messen. In einem Beschluss vom 22. Oktober 2001, *Caillat und andere*, stellt der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass "ungeachtet des Charakters von allgemeinem Interesse, der durch das Gesetz vom 16. Juli 1984 den körperlichen und sportlichen Aktivitäten und insbesondere der Entwicklung des Hochleistungssports zuerkannt wird, weder das Recht, Sport zu treiben, noch das Recht, an Sportwettkämpfen teilzunehmen, Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellen"⁷⁶². Mit dieser Formulierung deutet der Richter für einstweilige Verfügungen an, dass er die Bedeutung der betroffenen Rechte abgewogen hat. Indem er darauf hinweist, dass das Gesetz körperlichen und sportlichen Aktivitäten einen Charakter "von allgemeinem Interesse" zuerkennt, räumt er ein, dass der Gegenstand der fraglichen Rechte zwar nicht ohne Bedeutung ist, diese aber nicht so groß ist, dass man diese Rechte als grundlegend betrachten kann.

183. In der Praxis scheint es möglich zu sein, vier Kriterien für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer vertraglichen oder gesetzlichen Norm oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes hervorzuheben.

Das erste Kriterium ist das Ausmaß des Schutzes der Freiheit. Das Ausmaß des Schutzes zeigt sich in der Leichtigkeit, mit der eine Freiheit ausgeübt werden kann, in den Garantien, mit denen ihre Ausübung verbunden ist, und in der Tatsache, dass es keine Ausnahmen oder Abstriche vom Grundsatz gibt. So ist das Recht auf Zustimmung zu medizinischer Versorgung ohne Vorbehalte oder Einschränkungen im Gesetz vom 4. März 2002 verankert. Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit sieht zahlreiche präzise und detaillierte Garantien für die Ausübung der Einwilligung vor. Diese rechtfertigen in den Augen des Richters für

⁷⁵⁸ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

⁷⁵⁹ Siehe CE, Ass., 20. Oktober 1989, *Nicolo*, *Lebon* S. 190, Schlusswort von P. FRYDMAN, *GAJA* Nr. 102.

⁷⁶⁰ Siehe die von P. TRONQUOY (in *Le droit dans la société française*, La documentation française, 1998, 104 S.) zitierten Zahlen, insbesondere hinsichtlich der Anzahl der in Frankreich geltenden Gesetze und internationalen Verträge.

⁷⁶¹ Sein Ansatz mag in mancher Hinsicht an die Methode erinnern, die der Oberste Gerichtshof zur Identifizierung von Fundamentalität im Rahmen der *due process of law*-Klausel entwickelt hat (siehe *oben*, § 66).

⁷⁶² CE, Ord. 22. Oktober 2001, *Caillat und andere*, *Lebon* S. 479.

einstweilige Verfügungen die Einstufung als Grundfreiheit⁷⁶³.

Das zweite Kriterium entspricht der historischen Konstanz oder der Dauerhaftigkeit eines Rechts. Seine Verwurzelung in unserer Rechtsordnung erscheint als ein Indiz für seine Essentialität. Dies gilt insbesondere für die Versammlungsfreiheit, die seit mehr als einem Jahrhundert im innerstaatlichen Recht verankert ist. Ebenso führt Regierungskommissarin Sophie Boissard zur Begründung der grundlegenden Bedeutung des Briefgeheimnisses vor allem an, dass "die Missachtung dieses Geheimnisses, das durch einen Erlass vom 5. Dezember 1789 ausdrücklich festgeschrieben wurde, seit dem Strafgesetzbuch vom 25. September 1791 eine ständig geahndete Straftat darstellt"⁷⁶⁴. Die Erwähnung dieser Langlebigkeit ist kein Zufall. Für den Regierungskommissar offenbart sie die Bedeutung oder die Essentialität dieses Rechts. Frau Boissard hätte auch feststellen können, dass dieses Prinzip im aktuellen Strafgesetzbuch enthalten ist, d. h. sich nur auf das positive Recht beschränken können. Der Verweis auf die Fortdauer des Grundsatzes und seine ständige Bekräftigung durch den Gesetzgeber tendiert dazu, seine substantielle Grundsätzlichkeit aufzuzeigen.

Das dritte Kriterium besteht in der Verbindung zwischen der betreffenden Freiheit und den verfassungsmäßig geschützten Rechten und Freiheiten. Dieses Kriterium wird manchmal von den Regierungskommissaren erwähnt. So argumentierte die Regierungskommissarin Sophie Boissard in Bezug auf das Recht, territoriales Asyl zu beantragen, um die Einstufung als Grundfreiheit zu rechtfertigen, dass "das Recht auf territoriales Asyl zwar nicht per se von der Verfassung anerkannt wird, aber dennoch dazu bestimmt ist, Rechte und Freiheiten zu garantieren, die ihrerseits Verfassungswert haben, insbesondere das Recht auf Leben und den Schutz der Menschenwürde"⁷⁶⁵. In diesem Fall folgte der Staatsrat jedoch nicht der Argumentation des Regierungskommissars. Er zog eine Anknüpfung an das verfassungsmäßige Recht auf Asyl durch die Technik des Korrelats vor, indem er das territoriale Asyl zu einem konstitutiven Element des verfassungsmäßigen Rechts auf Asyl machte. Im Allgemeinen ist dieses Identifikationskriterium relativ ungenau, da jede unterhalb der Verfassung liegende Norm aufgrund der sehr weit gefassten Formulierung ihrer Bestimmungen als in irgendeiner Weise mit der Verfassung verbunden angesehen werden kann. Dennoch wird der Richter sensibel auf die direkte Verbindung reagieren, die zwischen einer Verfassungsnorm und einer Gesetzesnorm bestehen kann, die eine Weiterführung dieser Norm darstellt oder zu ihrer Umsetzung beiträgt. So kann die Kommunikationsfreiheit der hospitalisierten Person als Verlängerung der verfassungsrechtlich verankerten allgemeinen Kommunikationsfreiheit im medizinischen Bereich angesehen werden. Mit einem ähnlichen Ansatz hatte der Verfassungsrat in der Entscheidung Nr. 97-389 DC die "Schutzbestimmungen für die persönliche Freiheit, die in der Gesetzgebung über die Informatik, die Dateien und die Freiheiten vorgesehen sind", erwähnt⁷⁶⁶. Damit stellte er das Gesetz vom 6. Januar 1978 über Informatik, Dateien und Freiheiten als eine Erweiterung der in der Verfassung verankerten persönlichen Freiheit dar.

Schließlich könnte man meinen, dass die Verankerung durch konvergierende Normen ebenfalls ein Indiz für Fundamentalität darstellt. Bisher findet sich keine Anwendung dieses Kriteriums in den Entscheidungen des Staatsrats⁷⁶⁷. Es wird allenfalls dann zum Tragen kommen, wenn eine Norm durch mehrere konvergierende unterverfassungsrechtliche Quellen festgeschrieben wird.

Schlussfolgerung von Kapitel 2

184. Für den Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen wird eine Grundfreiheit als ein wesentliches subjektives öffentliches Recht analysiert, wobei die Wesentlichkeit hauptsächlich, aber nicht ausschließlich,

⁷⁶³ Siehe in diesem Sinne P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., 2002, Dalloz, Coll. Cours, 2002, Nr. 222: "Es sollte auch zugelassen werden, dass die Freiheiten angesichts der Bedeutung der gesetzlichen Garantien, deren Gegenstand sie sind, als grundlegend bezeichnet werden können: Man kann davon ausgehen, dass der Staatsrat mit der Verankerung des Rechts eines volljährigen Patienten, seine Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu geben, diesen Weg eingeschlagen hat". Es sei hinzugefügt, dass dieses Recht darüber hinaus in Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuches eine Fortsetzung findet. Auch wenn diese Bestimmung formal nicht auf die Verwaltung anwendbar ist, trägt sie dennoch dazu bei, deren Grundsätzlichkeit zu stärken.

⁷⁶⁴ S. BOISSARD, Schlussbemerkung zu CE, 9. April 2004, *Vast*, RFD A 2004, S. 779.

⁷⁶⁵ S. BOISSARD, unveröffentlichte Schlussbemerkungen zu CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon*, S. 45. Es sollte jedoch klargestellt werden, dass der Grundsatz des Schutzes der Würde der menschlichen Person zwar eine Norm mit Verfassungswert ist, dies jedoch keineswegs für das Recht auf Leben gilt.

⁷⁶⁶ CC, Nr. 97-389 DC, 22. April 1997, Kons. 5, *S/g*, S. 45.

⁷⁶⁷ Dieses Kriterium wurde nur von den Regierungskommissaren entwickelt, und zwar in überreichem Maße, da es sich jedes Mal auf Verfassungsnormen bezieht. So wies Frau de Silva darauf hin, dass die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, in Artikel 2-2 und 2-3 des 4^{ème} Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannt wird (Schlussanträge, S. 332). Frau Fombeur betonte, dass die Meinungsfreiheit von Staatsbediensteten ausdrücklich in Artikel 6 des Gesetzes vom 13. Juli 1983 über das allgemeine Beamtenstatut und ihre Vereinigungsfreiheit in Artikel 8 erwähnt wird (oben genannte Schlussbemerkungen, S. 403). Es sei jedoch daran erinnert, dass diese Verweise strikt überzählig sind, da die verfassungsrechtliche Verankerung einer Norm allein ausreicht, um ihre grundsätzliche Bedeutung zu übernehmen.

anhand der Verfassungsmäßigkeit gemessen wird⁷⁶⁸. Die als Grundfreiheiten eingestuftten Normen erfüllen alle und ausnahmslos alle Kriterien; die vom Schutz des L. 521-2 ausgeschlossenen Normen erfüllen zumindest eines der Kriterien nicht. Es ist unwahrscheinlich, dass diese Kombination von Kriterien in Zukunft eine Veränderung erfährt, zum einen aufgrund ihres breiten Charakters, zum anderen aufgrund der Stabilität, die die Verwaltungsrechtsprechung kennzeichnet⁷⁶⁹. Sobald der Richter für einstweilige Verfügungen die Existenz einer Grundfreiheit anerkannt hat, muss er ihre Bedeutung, ihren Inhalt und ihre Grenzen bestimmen. Hier findet sich derselbe Ansatz wie bei der Entdeckung der Grundfreiheiten, nämlich eine breite Auslegung des Anwendungsbereichs der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit.

768 Diese vorrangige Berufung verleiht dem Phänomen der Konstitutionalisierung des Rechts neue Kraft, das definiert wird als "die progressive Verbreitung der aus der Verfassung und der Rechtsprechung des Verfassungsrats hervorgegangenen Normen in allen Rechtsbereichen, die ein Verfassungsrecht offenbart, das nicht mehr nur eine Regel zur Organisation der öffentlichen Gewalt ist, sondern ein substantielles, effektives und sanktioniertes Recht" (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, S. 65). Zum Phänomen der Konstitutionalisierung siehe L. FAVOREU, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* Nr. 13, 1980, S. 17-26; *ID.*, "La constitutionnalisation du droit", in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, S. 25-42; *ID.*, "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, S. 235-244, spé S. 244; S. MOUTON, *La constitutionnalisation du droit en France*, thèse Toulouse I, 1998, 833 S.; B. MATHIEU und M. VERPEAUX (Hrsg.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 Juni 1996, Economica PUAM, coll. DPP, 1998, 204 S. Zur Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts siehe P. BON, "Constitution de 1958 et droit administratif", *LP4* 1^{er} Dezember 1993, Nr. 144, S. 4-8.

769 Siehe H. LE BERRE, Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998, LGDJ, coll. BDP, t. 207, 1999, spé. S. 626 ff.

Kapitel 3

Die Definition des Inhalts der verschiedenen Grundfreiheiten: ein bereichernder Ansatz

185. Bei der Umsetzung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes muss der Richter für einstweilige Verfügungen den Inhalt und die Grenzen jeder der anerkannten Grundfreiheiten festlegen. Die definitorische Operation, die bestimmten Zwängen unterliegt, ist notwendig, um zu bestimmen, was genau diese oder jene Freiheit erlaubt oder umfasst. Im Allgemeinen bevorzugt der Richter eine konkrete und extensive Definition des Inhalts jeder Freiheit. Eine Ausnahme bildet lediglich das Recht auf medizinische Einwilligung.

Abschnitt 1. Die definitorische Operation: Notwendigkeit und Zwänge

186. Die Rechte und Freiheiten, die für das Verfahren nach Artikel L. 521-2 in Frage kommen, weisen meist einen schwach bestimmten Inhalt auf. Dieser Mangel an Präzision ist eine Folge der generell vagen und allgemeinen Formulierung der Normen, denen der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen den Status einer Grundfreiheit zuerkennt⁷⁷⁰. Dies gilt zunächst für die Freiheiten, die ihre Quelle in der Verfassung haben⁷⁷¹. Sie findet sich auch, wenn auch weniger ausgeprägt und systematisch - aufgrund ihres leichter revidierbaren Charakters - bei den Grundfreiheiten, die ihren Ursprung in der Gesetzgebung haben. Dies ist zum Beispiel bei der Versammlungsfreiheit der Fall. Im Gegensatz dazu ist das Recht auf medizinische Einwilligung inhaltlich sehr genau definiert.

187. Aufgrund dieser Unbestimmtheit ist es oft schwierig, *a priori* den genauen Schutzbereich zu kennen, der von jeder Grundfreiheit abgedeckt wird. Insbesondere wenn es um die Freiheit, etwas zu tun, geht, scheint es schwer zu erkennen, wo genau die Grenzen der erlaubten Handlungen im Vergleich zu den nicht erlaubten liegen. Da der von den Grundfreiheiten geschützte Bereich nicht allein anhand der Formulierung ihrer Aussage identifiziert werden kann, ist es Aufgabe des Richters für einstweilige Verfügungen, im Laufe seiner Rechtsprechung die Konsistenz und die Grenzen dieses Bereichs zu bestimmen⁷⁷². Der Richter muss den

⁷⁷⁰ Eine identische Feststellung gilt für das theoretische Konzept des Grundrechts oder der Grundfreiheit. "Whatever the source considered", so Frau Delmas-Marty, "the fundamental freedoms and rights have the same characteristics of norms weakly determined by the text that ends them ("weak predetermination")" (M. DELMAS-MARTY, in *Libertés et droits fondamentaux* (M. DELMAS-MARTY und C. LUCAS DE LEYSSAC, Hrsg.), Seuil, 1996, S. 28).

⁷⁷¹ In diesem Sinne stellte Bockenforde fest: "Die Grundrechtsbestimmungen des deutschen Grundgesetzes sind, wie die anderer rechtsstaatlicher Verfassungen, ihrem Wortlaut und ihrer sprachlichen Form nach lapidare Formeln und Grundsatzbestimmungen, denen es an sich weitgehend an inhaltlicher Präzision mangelt" (E.-W. BOCKENFORDE, "Théorie et interprétation des droits fondamentaux", in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2000, S. 253). Diese von den Verfassern angestrebte Ungenauigkeit der Formulierung soll die Vorrangstellung der garantierten Grundsätze jenseits einer allzu strengen Definition des Inhalts der einzelnen Rechte und Freiheiten sicherstellen. Der offene Charakter fördert ihre Anpassung an soziale, technologische, kulturelle oder andere Veränderungen, die eintreten können. In Frankreich ist diese Unbestimmtheit auch auf historische Erwägungen zurückzuführen, insbesondere bei den Bestimmungen der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Die Frage nach dem Inhalt der Rechte und Freiheiten hatte die Verfasser dieser Bestimmungen nämlich nur wenig beschäftigt, da sie sie nicht als Rechtsregeln, sondern als Zusammenfassung ihrer politischen Philosophie, als Credo und nicht als Formulierung einer Rechtsnorm verstanden (siehe S. RIALS, *La Déclaration de 1789*, Hachette, 1988, 771 S.). Der schwach determinierte Charakter der Bestimmungen wurde auch für die in der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannten Rechte und Freiheiten hervorgehoben. Wie Melchior bemerkte, ist die Konvention "reich an vagen Begriffen, unbestimmten oder ungenauen Konzepten. Die garantierten Rechte werden meist nur zitiert oder aufgezählt; sie werden nicht in ihren konstitutiven Elementen definiert. Selbst dort, wo der Inhalt des Rechts eine gewisse Präzision, einen Ansatz oder den Versuch einer Definition aufweist - wie im Fall des in Artikel 6 der Konvention garantierten Rechts auf eine gute Rechtspflege -, bleibt es dabei, dass die dabei verwendeten Begriffe eine breite Palette von Interpretationen zulassen, die von minimalistischen bis hin zu maximalistischen Interpretationen reichen" (M. MELCHIOR, "Vage" oder "unbestimmte" Begriffe und "Lücken" in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2^{ème} ed., Carl Heymanns Verlag KG, 1990, S. 411).

⁷⁷² Im Allgemeinen ist es bei unbestimmten Rechten und Freiheiten Aufgabe der Rechtsprechungsorgane, deren Inhalt zu präzisieren. Wie Frau Delmas-Marty feststellt, führt der schwach determinierte Charakter dieser Rechte "dazu, dass der Richter, wer auch immer er ist, durch eine schöpferische Auslegung ('starke Mitbestimmung') an der Arbeit der

Inhalt der Grundfreiheiten ständig präzisieren und die praktischen Konsequenzen in den besonderen rechtlichen Situationen, die sich ihm bieten, festlegen. Für die Durchführung dieses Verfahrens ist die definitorische Operation somit von großer praktischer Bedeutung, da anhand des materiellen Inhalts einer Freiheit beurteilt wird, ob eine mögliche Verletzung vorliegt. Um festzustellen, ob eine Grundfreiheit verletzt oder missachtet wurde, muss man zunächst ihre Substanz und ihren Umfang kennen.

188. Auch hier handelt es sich für den Richter des *référé-liberté* um ein Auslegungsproblem. Wieder einmal entscheidet sich der Richter je nach Auslegung dafür, den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes mehr oder weniger weit zu definieren. Das Problem stellt sich jedoch in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der Grundfreiheit selbst unter anderen Bedingungen. Die Norm existiert nämlich bereits vor ihrem Eingreifen. Folglich ist sie bereits Gegenstand von Auslegungen, Anwendungen, Umsetzungen oder Präzisierungen gewesen. Für jede Grundfreiheit gibt es eine Referenzdefinition, die sich entweder aus einem Text oder aus der Auslegung durch die Rechtsprechung ergibt und anhand derer die Konsistenz und die Konturen jeder Freiheit bestimmt werden können. Chronologisch gesehen wird der Richter für einstweilige Verfügungen nach anderen Organen oder Institutionen tätig, die in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die fragliche Norm erlassen, ausgestaltet oder interpretiert haben. Er kennt die Angelegenheit als zweiter, und dies kann ihn bei der Bestimmung des Inhalts der Grundfreiheiten beeinflussen.
189. Der Spielraum des Richters in Bezug auf den Text, der eine Freiheit festlegt, hängt davon ab, wie präzise der Text ist. Wenn der Wortlaut ungenau ist, wie es meistens der Fall ist, hat der Richter einen großen Spielraum in Bezug auf die Textaussage. In den seltenen Fällen, in denen der Inhalt und die Grenzen des Rechts vom ordentlichen oder Verfassungsgesetzgeber klar und präzise festgelegt wurden, muss der Richter für einstweilige Verfügungen hingegen die Norm so anwenden, wie sie im Text genau definiert wurde. Er muss ihre Grenzen nicht festlegen oder verändern, da die normgebende Behörde, die die Norm geschaffen hat, selbst beabsichtigte, ihren Umfang zu bestimmen. In dem Fall, dass der Inhalt einer Grundfreiheit durch einen Text genau definiert wird, ist dieser für den Richter verbindlich: "Der Gesetzgeber oder der Verfassungsgeber, je nach Fall, ist in der Lage, die genaue Bedeutung eines Grundrechts vorzuschreiben, wenn er es in einem Gesetzes- oder Verfassungstext festlegt (...)"⁷⁷³. Es ist anzumerken, dass sich die Annahme einer detaillierten Definition des Inhalts der Freiheiten in der Praxis auf die gesetzlich verankerten Grundfreiheiten und sogar genauer gesagt auf einige von ihnen beschränkt. Was diese betrifft, so wird der Inhalt der verfassungsmäßigen Freiheiten nicht präzise durch den Verfassungstext definiert. Die Frage ist daher, inwieweit der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen an die Auslegung durch den Verfassungsrichter gebunden ist⁷⁷⁴.

Bestimmung der Bedeutung der Norm teilnimmt" (M. DELMAS-MARTY, *a. a. O.*, S. 28). Die betreffenden Gerichte gehen bei dieser Bestimmung auf unterschiedliche Weise vor, wobei sie sich teils von theoretischen Überlegungen leiten lassen, teils einen pragmatischen Ansatz verfolgen und teils eine Kombination aus beidem anwenden. Bei der Auslegung der Bestimmungen der Europäischen Konvention zeigt das Straßburger Gericht einen gewissen Pragmatismus, der darin besteht, den festgelegten Grundsätzen ihre volle Wirkung zu verleihen, ohne bestimmte "Grenzen" zu überschreiten. Melchior erklärt: "Es scheint unmöglich, diese Grenzen rational durch die Anwendung eines Rechtsprinzips zu bestimmen. Sie ergeben sich nur aus einer Beurteilung der Bedeutung der Maßnahme, aus der Anwendung einer Art Pragmatismus. Dieser Pragmatismus besteht (...) in der Einschätzung dessen, was von den Staaten akzeptiert werden kann, vielleicht nicht ohne Schwierigkeiten, aber auf jeden Fall mit Sicherheit ohne offensichtliche Unmöglichkeit. Umsicht und Progressivität sind die beiden Tugenden, die diesen Pragmatismus kennzeichnen. Mit anderen Worten, es ist wichtig, dass der Gerichtshof und die Kommission berechnen und abwägen, wie weit sie in ihren Stellungnahmen nicht gehen dürfen, damit die Grenze nicht überschritten wird, hinter der die Staaten aufhören würden, sich dem Mechanismus der Konvention, den Anforderungen, die aus der Konvention an sie abgeleitet werden, zu beugen" (M. MELCHIOR, *a. a. O.*, S. 412). Was die Auslegung von Verfassungsrechten betrifft, so gibt es in Deutschland nicht weniger als fünf Theorien zur Auslegung von Grundrechten: die liberale, institutionelle, axiologische, demokratisch-funktionale und soziale Theorie (siehe E.-W. BOCKENFORDE, *a. a. O.*, S. 256-273). Der substanziale Inhalt eines Rechts kann je nach der gewählten theoretischen Ausrichtung erheblich variieren.

⁷⁷³ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, S. 9.

⁷⁷⁴ Da die auf einer übergesetzlichen Ebene angesiedelten Freiheiten alle Verfassungsrang haben, betrifft die Frage nach der Autorität der Auslegung in der Praxis nur den Verfassungsrat. Im Falle der Anerkennung konventioneller Freiheiten könnte sie sich auch in Bezug auf die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs stellen. Das Problem stellt sich dann unter denselben Bedingungen, vorbehaltlich der Existenz eines Rechtsbehelfs, der zu einem Eingreifen des europäischen Richters nach dem des nationalen Richters führen kann. Die Frage der Autorität der Auslegung betrifft hingegen nicht den Richter. Als ordentlicher Richter steht er wie der Verwaltungsrichter in der Hierarchie der Staatsorgane auf derselben Stufe wie dieser. Rechtlich gesehen ist seine Auslegung für den Richter des *référé-liberté* keineswegs verbindlich. Nach den Worten von M. Drago besteht zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Gerichtsbarkeit eine "Autonomie bei der Definition von Grundrechten": "Der Verwaltungsrichter ist nicht an die vom Richter gegebene Definition eines Grundrechts gebunden und umgekehrt muss der Richter die vom Verwaltungsrichter gegebene Definition nicht berücksichtigen" (G. DRAGO, *a. a. O.*, S. 9). Bei den Grundfreiheiten, die möglicherweise aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden, stellt sich die Frage der Autorität ebenfalls nicht; es ist im Übrigen schwer vorstellbar, dass der Verwaltungsrichter im einstweiligen Rechtsschutz beschließt, sich gegen eine in der Hauptsache festgelegte Position zu stellen. Schließlich wird die

190. Ist der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen, wenn er den Inhalt, die Konturen und die Grenzen jeder Grundfreiheit verfassungsrechtlichen Ursprungs festlegt, an die Definition des Verfassungsrats gebunden? Vor mehreren Jahren behauptete M. Braconnier, dass die Ankunft des Rates auf der Bühne der Rechtsprechung "das bisher zwischen Verwaltungs- und Justizrichter geteilte Monopol der Bestimmung der großen Grundsätze zum Schutz der Grundrechte grundlegend in Frage stellen wird"⁷⁷⁵. Der Staatsrat und der Verfassungsrat waren gewissermaßen dazu berufen, "auf demselben Gebiet zu jagen"⁷⁷⁶. Es konnte dann argumentiert werden, dass der Verwaltungsrichter unter der doppelten Bewegung der Konstitutionalisierung und der Europäisierung des Rechts jede Initiative bei der Bestimmung des Inhalts der Freiheiten verlieren würde. "Da der französische Verfassungsrat und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fast den gesamten Prozess der Auslegung der Grundrechte des Menschen beherrschen, ist die Verwaltungsrechtsprechung letztendlich dazu verurteilt, nur noch Ausdruck von Grundsätzen zu sein, die außerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt wurden. Diese Idee mag in mancher Hinsicht übertrieben und sogar unrealistisch erscheinen. Sie erscheint uns jedoch als Teil der Logik einer parallelen und zunehmend koordinierten Entwicklung des Verfassungsrechts und des europäischen Rechts zum Schutz der Menschenrechte"⁷⁷⁷. Wie sieht es aus rein rechtlicher Sicht aus? Gibt es im strengen Recht eine Norm, die dem Richter für einstweilige Verfügungen vorschreibt, den Inhalt der Rechte und Freiheiten entsprechend der Auslegung des Verfassungsrichters zu definieren⁷⁷⁸?

Rechtlich gesehen hat die Autorität, die der Rechtsprechung des Verfassungsrats anhaftet, für den Verwaltungsrichter einen rein *überzeugenden* Charakter. Erstens genießt die vom Verfassungsrat in seinen Entscheidungen geschaffene Rechtsprechung keine Rechtskraft, die sich nur auf den Tenor der Entscheidung bezieht. Die Rechtskraft erstreckt sich nur dann auf die Entscheidungsgründe, wenn diese die notwendige Stütze des Tenors sind⁷⁷⁹. Wie M. Aguila betont: "Im reinen Recht verpflichtet nichts den Verwaltungsrichter oder den Richter, einer vom Verfassungsrat gewählten Auslegung zu folgen"⁷⁸⁰. Der ordentliche Richter ist an die Entscheidungen des Rates gebunden, nicht aber an seine Rechtsprechung. Zweitens weist das Konzept der Autorität der ausgelegten Sache keine Rechtsnatur auf und stößt zumindest auf ein Effizienzproblem. Dieses Konzept, das juristisch gemeint ist, wurde von den Autoren entwickelt, um die Verbindlichkeit der Rechtsprechung - und nicht nur der Entscheidungen - der Verfassung, der Gemeinschaft und der Europäischen Union zu begründen⁷⁸¹. Laut Professor Andriantsimbazovina ist es die Wächterfunktion der eine Rechtsordnung konstituierenden Norm, die die Grundlage für die Rechtsnatur der Autorität der ausgelegten Sache bildet. Jede

Rechtsprechung des Luxemburger Gerichtshofs nicht erwähnt, da sich derzeit keine Grundfreiheit aus einer Norm des primären oder sekundären Gemeinschaftsrechts ableitet.

⁷⁷⁵ S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français* (Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und französisches Verwaltungsrecht), Bruylant, 1997, S. 434.

⁷⁷⁶ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 1994, S. 169. Wie Doyen Favoreu feststellte, bestand das Problem darin, "zu wissen, wie die hohe Verwaltungsgerichtsbarkeit akzeptieren wird, ein Recht anzuwenden, das aus den vom Verfassungsrat herausgearbeiteten Verfassungsgrundsätzen hervorgeht und nicht mehr aus ihrer eigenen Rechtsprechung stammt" (L. FAVOREU, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* n° 13, 1980, S. 25).

⁷⁷⁷ S. BRACONNIER, *a. a. O.*, S. 440-441.

⁷⁷⁸ Die Frage ist die nach der *Autorität*, die mit der Rechtsprechung des Verfassungsrats verbunden ist. Zu diesem Thema siehe insbesondere J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, coll. BDP, t. 192, 1998, 663 S.; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, 799 S.; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude d'une norme dépourvue de sanction*, LGDJ, coll. BSCP, t. 220, 2005, 462 S.; J. RODEVILLE-HERMANN, "L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes", *RDP* 1989, S. 1735-1779; J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1994, spé pp. 319-351. A.-S. OULD-BOUBOUTI, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica PUAM, 1987, spé pp. 310-349.

⁷⁷⁹ Siehe die von Präsident Genevois zitierte Verfassungs-, Verwaltungs- und Gerichtsrechtsprechung in *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, S. 58 ff.

⁷⁸⁰ Y. AGUILA, "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *RFDC* 1995, S. 21.

⁷⁸¹ Initiated on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities (see particularly J. BOULOUIS, "A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes", in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. I, LGDJ, 1974, S. 149), wurde der Begriff auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausgeweitet (siehe insbesondere G. COHEN-JONATHAN, "La convention européenne des droits de l'homme", *Economica PUAM*, 1989, S. 255) und auf die Rechtsprechung des Verfassungsrats (siehe insbesondere L. FAVOREU, "Les effets des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français", *RIDC* 1987, S. 463). Sie war Gegenstand einer bemerkenswerten Theoretisierung von Professor Andriantsimbazovina (siehe oben genannte Dissertation, S. 365 ff.).

Rechtsordnung beruht auf einer konstituierenden Norm (die Verfassung vom 4. Oktober 1958 für die nationale Rechtsordnung); und jede Rechtsordnung verfügt über ein Gericht, das diese konstituierende Norm hütet (der Verfassungsrat für die interne Rechtsordnung). Der Hüter der konstituierenden Norm hat eine Funktion, die darin besteht, die innere Kohärenz der Rechtsordnung und die Einheitlichkeit der Auslegung der konstituierenden Norm dieser Rechtsordnung zu gewährleisten. Laut M. Andriantsimbazovina "hat jede konstituierende Norm einer Rechtsordnung einen authentischen Interpreten; um die Einheitlichkeit der Auslegung dieser konstituierenden Norm zu erreichen, ist es offensichtlich, dass die Auslegung der konstituierenden Norm durch das damit beauftragte Gericht für alle anderen Gerichte, die die betreffende Rechtsordnung bilden, bindend sein muss"⁷⁸². Diese Darstellung kann jedoch diskutiert werden. Zunächst einmal kann die Funktion des Verfassungsrichters als *ausschließlicher* Hüter der Verfassung in Frage gestellt werden, da er weder die Handlungen der Exekutive noch die der Verwaltungsbehörden im Allgemeinen kontrolliert. Zweitens, und selbst wenn man sie als begründet annimmt, stößt die Theorie der Autorität der ausgelegten Sache in jedem Fall auf ein *Effizienzproblem*. Da es keinen Verfahrensmechanismus gibt, mit dem der Verfassungsrichter seine Entscheidungen dem ordentlichen Richter aufzwingen kann, hängt die Einhaltung seiner Rechtsprechung letztlich vom guten Willen des letzteren ab. Professor Moderne erinnerte daran, dass "der Verfassungsrat als Richter nicht der Vorgesetzte des Staatsrats ist. Er hat kaum die Mittel, seine Lösungen den obersten Gerichten der beiden Ordnungen aufzuzwingen, die wie er souverän sind und sich seiner Kontrolle entziehen"⁷⁸³. Auch heute noch ist die Debatte über die Autorität der ausgelegten Sache "spannend, aber im Wesentlichen theoretisch"⁷⁸⁴.

Die Autorität, die mit der Rechtsprechung des Verfassungsrats verbunden ist, ist nicht rechtlich bindend, sondern rein überzeugender Natur⁷⁸⁵. Sie setzt sich nur dann durch, wenn der Verwaltungsrichter von der Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der gewählten Lösung überzeugt ist. Unter diesen Umständen wird der Verwaltungsrichter zwar stark dazu angehalten, die Rechtsprechung des Verfassungsrats zu berücksichtigen, wenn er den Inhalt der Grundfreiheiten bestimmt, er ist jedoch rechtlich nicht dazu verpflichtet, so vorzugehen. "Frei in der Entdeckung der durch Artikel L. 521-2 geschützten Grundfreiheiten, ist der Verwaltungsrichter auch frei in der Definition dieser Freiheiten. Er kann ihnen einen eigenen materiellen Inhalt geben, der mehr oder weniger genau mit der Rechtsprechung des Verfassungsrats zur Anwendung derselben Freiheit übereinstimmt"⁷⁸⁶.

191. Aus den hervorgehobenen Einschränkungen geht hervor, dass der Richter für einstweilige Verfügungen bei der Bestimmung des Inhalts der Grundfreiheiten über einen beträchtlichen Spielraum verfügt. Die Umriss und Bestandteile jeder dieser Freiheiten werden im Laufe der Entscheidungen enthüllt und präzisiert. Die Definition des Inhalts jeder Freiheit hängt natürlich vom Zufall der Anrufung ab. Da sich der Richter nur zu dem äußert, wozu er aufgefordert wird, kann sich der Inhalt einer Freiheit je nach den Zufälligkeiten der Rechtsstreitigkeiten entwickeln und bereichern. Daher geht es hier keineswegs darum, sich mit dem Inhalt aller Grundfreiheiten zu beschäftigen, sondern darum, sich auf einige wichtige Beispiele zu konzentrieren, zu denen der Richter ausdrücklich Stellung genommen hat. Anhand dieser Beispiele ist es möglich, die Hauptrichtungen der Rechtsprechung zu identifizieren und die Schlüsselemente hervorzuheben, die sie charakterisieren. In dieser Hinsicht besteht der allgemeine Grundsatz bei der Definition des Inhalts der Grundfreiheiten darin, diese unter Beachtung der geltenden Texte weit, konkret und extensiv zu fassen. In

782 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, a. a. O., S. 438.

783 F. MODERNE, "Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat", in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Kolloquium 21. und 22. Januar 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, S. 318. Wenn es hingegen einen Mechanismus für präjudizielle Fragen oder Direktklagen gibt, verfügt der Verfassungsrichter über die Mittel, seine Auslegungen dem ordentlichen Richter aufzuzwingen. In Frankreich "bleibt der Staatsrat bei Fehlen des einen oder anderen Mechanismus ein souveränes Gericht, das organisch unabhängig vom Verfassungsrat ist" (T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermère, 1994, S. 83). M. Drago fasst zusammen: "Der Verwaltungsrichter und der Richter, letzterer insbesondere in der Rechtsprechung zur Rechtsdurchsetzung, zeigen legitimerweise eine Autonomie bei der Definition der Grundrechte, die sie anwenden, weil sie durch keine verfahrensrechtliche Verpflichtung gebunden sind, die Entscheidungen des Verfassungsrats oder die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte umzusetzen. Zwar erkennen die beiden französischen Rechtsprechungsorgane sowohl die Bedeutung der verfassungsrechtlichen und europäischen Rechtsprechung als auch die zwingende Notwendigkeit an, nicht davon abzuweichen, aber kein Verfahren kann sie dazu zwingen, diese Rechtsprechung genau anzuwenden" (G. DRAGO, a. a. O., S. 9).

784 R. ABRAHAM, "Le juge administratif et la Cour de Strasbourg", in *Quelle Europe pour les droits de l'homme?* (P. TAVERNIER Hrsg.), Bruylant, 1996, S. 243.

785 Vgl. L. FAVOREU und T.-S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll. Droit public, 1992, Nr. 348: "A la différence de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil constitutionnel et qui s'impose relativement à l'application d'un texte, quant à la solution donnée à la question de sa constitutionnalité, quant à l'interprétation donnée au texte mais également, quant à l'interprétation des dispositions de la Constitution au regard des desquelles la validité de ce texte a été appréciée, ist die *Autorität, die der Rechtsprechung des Verfassungsrates beigemessen wird*, unabhängig von jeder Anwendung des geprüften Textes durch den Verfassungsrichter und korrelativ von jeder Bezugnahme auf die Verfassungsbestimmungen, anhand derer dieser Text geprüft wurde, höchstens die der *Überredung*" (Unterstreichung).

786 B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), Nr. 34.

einigen Fällen hat das Gericht jedoch den Inhalt einer Grundfreiheit im Vergleich zu der zugrunde liegenden Norm abgeschwächt.

Abschnitt 2. Eine breite Definition

192. Der Richter definiert den Inhalt der Grundfreiheiten in Übereinstimmung mit den Texten, die sie regeln. Das Gericht zieht alle Implikationen aus diesen Bestimmungen und definiert diese Freiheiten weit und extensiv.

I. Eine Definition im Einklang mit dem geltenden Recht

193. Um den Inhalt eines Rechts oder einer Freiheit zu bestimmen, geht der Richter zunächst von der Norm und der allgemeinen Ausrichtung aus, die ihr der Verfasser geben wollte. So vage die Norm auch formuliert sein mag, so hat sie doch eine Bedeutung, die ihrerseits sehr allgemein sein kann. Der Richter hält sich an diese Vorgabe, die als Ausgangspunkt für die Definition des Inhalts der betrachteten Freiheit dient. Der Richter wird ihr keine Bedeutung geben, die offensichtlich dem Wortlaut des Textes und dem Willen des Verfassers widerspricht. Die Definition des Inhalts eines Rechts hängt von den Rechtsvorschriften ab, die es regeln. Er wird nicht unter dem Deckmantel der Auslegung den Inhalt verfälschen oder in Frage stellen, was sein Wesen ausmacht. Ebenso wenig wie der Richter für einstweilige Verfügungen eigenmächtig eine Grundfreiheit "erschaffen" kann, kann er ein Element erfinden, das diese Freiheit ausmacht und das vom Recht nicht anerkannt wird. Mehrere Beispiele sind für diesen alles in allem logischen Ansatz bezeichnend.

194. Zunächst einmal der Grundsatz der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften. In der Rechtssache *Commune de Venelles* hatte der erste Richter die Bedeutung dieses Grundsatzes missverstanden, als er davon ausging, dass die freie Verwaltung auf die Beziehungen zwischen den Organen einer Gebietskörperschaft, in diesem Fall zwischen einem Bürgermeister und seinem Gemeinderat, angewendet werden könne⁷⁸⁷. Dies ist natürlich nicht die Bedeutung dieses Grundsatzes. Im französischen und ausländischen Verfassungsrecht ist die freie Verwaltung das Recht einer Körperschaft, die Angelegenheiten in ihrem Zuständigkeitsbereich frei zu regeln, d. h. ihre eigenen Zuständigkeiten ohne Einmischung einer anderen öffentlichen Person auszuüben⁷⁸⁸. Sie ist dagegen gerichtet, dass eine öffentliche Person, sei es der Staat, eine andere Gebietskörperschaft oder auch eine Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit, ihre freie Tätigkeit behindert. Sie kann nur in den Beziehungen zwischen einer Gebietskörperschaft und einer dritten öffentlichen Person zum Tragen kommen. Dies ist die Bedeutung des Grundsatzes der freien Verwaltung, wie der Staatsrat in Erinnerung rief, als er feststellte, dass die vom Bürgermeister von Venelles den Anträgen auf Einberufung des Gemeinderats entgegengehaltene Weigerung "nur die internen Beziehungen innerhalb der Gemeinde betrifft und daher nicht als Verkennung dieses Grundsatzes angesehen werden kann"⁷⁸⁹. Während es möglich ist, diesen Grundsatz zu bereichern, indem man im Rahmen und auf der Grundlage der Texte, die ihn organisieren, davon ausgeht, dass er beispielsweise das Vorhandensein ausreichender Ressourcen, die funktionale Autonomie oder die Freiheit der Personalverwaltung impliziert, ist es hingegen unnatürlich, diesen Grundsatz auf die internen Beziehungen einer Gebietskörperschaft anwenden zu wollen. Die freie Verwaltung findet nicht in den internen Beziehungen einer Gebietskörperschaft Anwendung, sondern in den Beziehungen zwischen einer Gebietskörperschaft und einer anderen öffentlichen Körperschaft. Indem der Staatsrat es ablehnte, die freie Verwaltung unter diesem Gesichtspunkt zu verankern, zeigte er keine Einschränkung oder einen Reduktionismus. Im Gegenteil, er "hat sehr wohl die freie Verwaltung der Gebietskörperschaften in ihrer Fülle verankert; lediglich da der Inhaber dieser Freiheit eine juristische Person ist, können sich nur deren Organe auf sie berufen"⁷⁹⁰. Der Grundsatz schützt die Gebietskörperschaft selbst vor anderen öffentlichen

⁷⁸⁷ Vgl. mit einer identischen Auslegung des Grundsatzes: CA Papeete, ch. civ, 26. Februar 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, JCP G 1992, II, 21926, und die kritische Anmerkung von A. MOYRAND. Das Berufungsgericht hatte festgestellt, dass "dieser Grundsatz gegen den Staat, aber auch gegen bestimmte Ausläufer dieser Gebietskörperschaften und gegen diese Gebietskörperschaften selbst geschützt werden muss", wobei der Präsident der Gebietsversammlung mit einem "Ausläufer" der Gebietskörperschaft gleichgesetzt wurde.

⁷⁸⁸ Aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung geht hervor, dass "die freie Verwaltung als die Freiheit der Gebietskörperschaften angesehen werden kann, ihre eigenen Angelegenheiten zu regeln" (L. FAVOREU und A. ROUX, "La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?", CCC n° 12, 2002, S. 92). Eine identische Lösung herrscht beispielsweise im österreichischen Recht vor: "Das Recht auf Selbstverwaltung wird nur dann verletzt, wenn eine öffentliche Behörde Entscheidungen trifft, durch die das Recht der Gemeinde, bestimmte Angelegenheiten in ihrem Bereich zu regeln, als solches verneint wird" (O. PFERSMANN, "Österreichischer Bericht", *AJJC* 1991/VII, S. 208).

⁷⁸⁹ CE, Sect., 18. Januar 2001, Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles, *Lebon*, S. 18.

⁷⁹⁰ L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1742.

Personen und nicht ein Organ vor dem Verhalten eines anderen Organs.

195. Ein weiteres Beispiel ist der Grundsatz der freien Wahl, zu dem nach Ansicht des Richters die Bestimmungen der Artikel L. 28 und R. 10 des Wahlgesetzes "beitragen sollen". Gemäß diesen Bestimmungen haben Wähler, Kandidaten und politische Parteien das Recht, das Wählerverzeichnis und die Berichtigungen, die jedes Jahr von der Verwaltungskommission vorgenommen werden, einzusehen. So wie es im Gesetz geregelt ist, gibt der Grundsatz der freien Wahlentscheidung den Betroffenen also das Recht auf eine *globale* Mitteilung des Wählerverzeichnisses und nicht auf eine Mitteilung pro Wahllokal. Folglich wird dieser Grundsatz nicht in Frage gestellt, wenn ein Bürgermeister sich weigert, einem Antrag auf Mitteilung dieser Liste in *getrennter Form für jedes Wahllokal stattzugeben*⁷⁹¹. Allgemein definiert der Richter also den Inhalt der Freiheit gemäß der Gesetzgebung, die sie organisiert und umsetzt. So hat die Vereinigungsfreiheit "die freie Gründung von Gewerkschaften gemäß dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren zur Folge"; in Ermangelung einer Rechtsnorm, in der sie verankert ist, "bedeutet sie hingegen nicht, dass eine Gewerkschaft ihren Sitz in Verwaltungsgebäuden ohne die Zustimmung der Behörden, von denen diese abhängen, festlegen kann"⁷⁹².
196. Die Rechtsprechung zum Asylrecht ist ebenfalls besonders interessant, da sie einerseits bezeugt, dass der Richter für einstweilige Verfügungen kein "Recht" in eine Grundfreiheit aufnehmen kann, das nicht vom Gesetz anerkannt wird, und andererseits, dass er ein Recht nicht aufrechterhalten kann, wenn es einmal aus der Gesetzgebung verschwunden ist.

Zunächst einmal darf der Verwaltungsrichter nicht gegen den Willen des Gesetzgebers verstoßen und dem Betroffenen ein Recht zusprechen, das ihm von keiner normativen Autorität zuerkannt worden wäre. So räumt Artikel 53-1 der Verfassung den französischen Behörden die Möglichkeit ein, einem Ausländer Asyl zu gewähren, wenn die Prüfung seines Antrags in die Zuständigkeit eines anderen Staates fällt⁷⁹³. Diese Bestimmung räumt jedoch kein *Recht* darauf ein, dass der Staat dieses Vorrecht umsetzt, sondern organisiert lediglich eine *Möglichkeit*. Daher kann der Richter, sofern er nicht den Grundsatz der Gewaltenteilung missachtet, kein "Recht" - das es nicht gibt - darauf, dass der Staat von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, als konstitutives Element des Asylrechts anerkennen. Die Nutzung dieser Möglichkeit stellt ein Vorrecht des Staates und kein Recht des Asylsuchenden dar⁷⁹⁴. Da es keine Verpflichtung für die Verwaltung gibt, kann sich daraus kein subjektives Recht für den Antragsteller ergeben. Im gleichen Sinne, die Konsequenzen aus dem Wortlaut des Gesetzes ziehend, bekräftigt der Richter, dass das verfassungsmäßige Recht auf Asyl nicht bedeutet, dass eine neue Aufenthaltsgenehmigung erteilt wird, nachdem ein erster Antrag wegen verspäteter Einreichung abgelehnt wurde. Ein solches Recht wird ihm in der Tat nicht gesetzlich zuerkannt⁷⁹⁵. In Ermangelung einer entsprechenden Bestimmung verlangt oder impliziert das Asylrecht auch nicht, dass ein Antragsteller, der den Status eines *Staatenlosen beantragt, für die Zeit*, die für die Prüfung eines Antrags auf Zuerkennung dieses Status erforderlich ist, vorläufig zum Aufenthalt in Frankreich zugelassen wird"⁷⁹⁶.

Umgekehrt kann ein Recht, das als Bestandteil einer Freiheit anerkannt wird, verschwinden, wenn sich die Gesetzgebung ändert. In der Tat kann der Richter ein Recht nicht als Bestandteil einer Freiheit aufrechterhalten, nachdem es vom Gesetzgeber abgeschafft wurde. So wurde das territoriale Asyl, das durch das Gesetz vom 11. Mai 1998 anerkannt wurde, als ein durch das verfassungsmäßige Recht auf Asyl geschütztes Element betrachtet⁷⁹⁷.

791 CE, ord. 7. Februar 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon T. S. 1129*. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats hebt den Beschluss auf, mit dem der erste Richter den Bürgermeister angewiesen hatte, eine Kopie der *für jedes Wahllokal* erstellten Wählerlisten und Berichtigungstabellen auszuhändigen.

792 CE, ord. 28. März 2006, *Commune de Saint-Chély d'Apcher*, n° 291399, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

793 In Fällen, in denen gemäß den Bestimmungen des Dubliner Übereinkommens vom 15. Juni 1990 (ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003) ein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist, erkennt Artikel 53-1 den Behörden der Republik ausdrücklich das Recht zu, "jedem Ausländer Asyl zu gewähren, der wegen seines Einsatzes für die Freiheit verfolgt wird oder der aus einem anderen Grund um den Schutz Frankreichs nachsucht".

794 Siehe CE, ord. 2. Mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon, S. 227*. Siehe auch CE, ord. 4. September 2003, *Thanattikul, Lebon T. S. 928*; CE, ord. 21. Februar 2005, *Sutaen*, Nr. 277757.

795 Siehe CE, ord. 16. Dezember 2005, *Kabengeru und Verein Forum réfugiés*, Nr. 287905; CE, ord. 5. Oktober 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Abalo, Lebon T. S. 1036, AJDA 2006, S. 204-206, Anm. D. RIBES*. Der Richter betonte, dass es dem interessierten Ausländer obliegt, seinen Antrag unter den in den geltenden Gesetzen und Vorschriften vorgesehenen Bedingungen zu stellen. Zu diesen Bedingungen gehört die Anforderung, dass innerhalb von 21 Tagen nach Erteilung der vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung eine vollständige Akte beim Office français de protection des réfugiés et apatrides eingereicht werden muss. In der Verordnung heißt es: "Diese Frist ist zwingend und wurde in dem Bestreben festgelegt, eine schnelle Prüfung der Asylanträge zu gewährleisten". Daraus folgt, dass nach der Ablehnung eines nach Ablauf dieser Frist gestellten Asylantrags "der Betroffene *keinen Anspruch* auf Erteilung einer vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung hat und dass ihm eine Ablehnung unabhängig von den in Artikel L. 741-4 des Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile aufgeführten Fällen erteilt werden kann".

796 CE, ord. 2. Mai 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, Nr. 292910, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

797 Siehe *infra*, § 201. Der Innenminister konnte nach Stellungnahme des Außenministers einem Ausländer, dessen Leben oder Freiheit in seinem Land bedroht war, territoriales Asyl gewähren. Der Anwendungsbereich des territorialen Asyls

. Ab seiner Abschaffung durch das Gesetz vom 10. Dezember 2003, das es durch einen Mechanismus ersetzt, der als "subsidiärer Schutz" bezeichnet wird⁷⁹⁸, kann der Richter für einstweilige Verfügungen nicht *contra legem* ein Recht aufrechterhalten, das nicht mehr existiert. Der Inhalt einer Grundfreiheit kann sich somit je nach Entwicklung der Gesetzgebung ändern. Er muss den Veränderungen folgen, sei es im Sinne einer Bereicherung oder einer Verarmung des Inhalts der Rechte.

197. Sobald der allgemeine Inhalt einer Freiheit respektiert wird, definiert der Richter für einstweilige Verfügungen diese hingegen weit und zieht alle Konsequenzen, die sich daraus ergeben können. So kann er die verschiedenen Verzweigungen erforschen und unter Einhaltung der geltenden Gesetze alle Implikationen ableiten.

II. Eine breite, konkrete und extensive Definition

198. Zunächst einmal verankert der Richter die von ihm anerkannten Grundfreiheiten in ihrer ganzen Fülle. Zwischen einer minimalistischen und einer maximalistischen Auslegung des Inhalts eines Rechts bevorzugt der Richter für einstweilige Verfügungen meist den weitesten Ansatz, der⁷⁹⁹ ist. So ist das Briefgeheimnis nicht auf den ausschließlich privaten Austausch beschränkt; es deckt vielmehr im weiteren Sinne alle persönlichen Briefe ab. Wie die Regierungskommissarin Sophie Boissard erklärt, "schützt es alle Briefe, die in einem verschlossenen Umschlag an eine bestimmte Person gerichtet sind, auch an eine Adresse, die nicht mit ihrem persönlichen Wohnsitz identisch ist, wie z. B. ihr Arbeitsplatz"⁸⁰⁰. Der Bereich der Versammlungsfreiheit wird ebenfalls weit verstanden. Der Begriff der Versammlung erstreckt sich insbesondere auf Sommeruniversitäten, die von politischen Parteien am Ende der Ferienzeiten in Städten oder Ferienorten mit touristischem Charakter organisiert werden⁸⁰¹. Die Freiheit, sich frei zu bewegen und zu kommen, ist ebenfalls in all ihren Dimensionen verankert. Sie umfasst die Freiheit, sich innerhalb des nationalen Hoheitsgebiets zu bewegen⁸⁰², die Freiheit, sich außerhalb des französischen Hoheitsgebiets zu bewegen⁸⁰³ und die Freiheit, dorthin zurückzukehren⁸⁰⁴.

Ebenso wird das Recht auf ein normales Familienleben, das traditionell auf Ausländerstreitigkeiten beschränkt ist, in einem weiteren Sinne als das Recht jeder Person verstanden, eine Familie zu sein und in einer Familie zu leben. Eine wichtige Folge dieses breiten Ansatzes ist, dass dieses Recht nicht mehr in den Bereich der Verwaltungspolizei fällt. In Ausländerrechtsstreitigkeiten umfasst dieses Recht klassischerweise das Recht auf Familienzusammenführung⁸⁰⁵ und ist auch betroffen, "wenn die Entscheidung der öffentlichen Behörde eine bereits gegründete und regelmäßig auf französischem Boden niedergelassene Familie trennt"⁸⁰⁶. Für den Richter für einstweilige Verfügungen ist dieses Recht jedoch weiter gefasst, da es beispielsweise bei einer von der Präfekturbehörde angeordneten Entscheidung zur nicht freiwilligen Einweisung in Frage gestellt werden kann, insbesondere wenn die psychiatrische Einrichtung geografisch zu weit vom Wohnort der Familienmitglieder entfernt ist.⁸⁰⁷

war weiter gefasst als der der Flüchtlingseigenschaft: Bedrohungen jeglicher Art, unabhängig davon, ob sie von den staatlichen Behörden des Herkunftslandes ausgingen oder nicht, ermöglichten es, den Schutz des Innenministers zu beantragen.

798 Dieser Schutz wird Personen für ein Jahr gewährt, das verlängert werden kann, wenn sie zwar nicht als Flüchtling anerkannt werden, aber einer ernsthaften Bedrohung durch staatliche Behörden, Organisationen, die einen Teil des Hoheitsgebiets eines Staates kontrollieren, oder nichtstaatliche Akteure, einschließlich Milizen oder bewaffneter Gruppen, ausgesetzt sind.

799 Eine ähnliche Absicht ist auch beim Straßburger Gerichtshof zu erkennen. Der Gerichtshof "nimmt eine breite und extensive Auslegung der garantierten Rechte sowohl hinsichtlich ihres Inhalts als auch ihres Anwendungsbereichs (...) vor" (M. MELCHIOR, *a. a. O.*, S. 411).

800 S. BOISSARD, concl. sur CE, 9 avril 2004, Vast, *RFDA* 2004, S. 779. Eine weite Auffassung wird auch vom Kassationsgericht vertreten. Die Sozialkammer urteilt, dass der Arbeitgeber nicht ohne die Zustimmung des Arbeitnehmers Einblick in die vom Arbeitnehmer empfangenen oder gesendeten persönlichen Nachrichten nehmen darf (Soc., 2. Oktober 2001, *Société Nikon France SA und M. Onof*, Bull. civ. V, Nr. 291; *Dr. soc.* 2001, S. 915, Anm. J.-E. RAY).

801 CE, ord. 19. August 2002, Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* S. 311.

802 CE, ord. 8. November 2001, *Kaigisiz*, *Lebon* S. 545.

803 CE, Ord. 9. Januar 2001, *Déperthes*, *Lebon* S. 1; CE, Ord. 11. Oktober 2001, *Tabibou*, *Lebon T.*, S. 1133.

804 CE, Ord. 11. Juni 2002, *Aïr Oubba*, *Lebon T.* S. 869

805 EK, Ord. 13. Januar 2006, *Rasamoelina*, Nr. 288434. Dieses Recht ermöglicht es einem ausländischen Staatsangehörigen, dessen Wohnsitz in Frankreich stabil und regelmäßig ist, seine minderjährigen Kinder und seinen Ehepartner nach Frankreich zu holen (CE, Ass., 8. Dezember 1978, *GISTI*, *Lebon* S. 793, *GAJA* Nr. 96; CC, Nr. 93-325 DC, 12-13. August 1993, Kons. 70, *Slg.* S. 224, *GDCC* Nr. 46).

806 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, S. 331.

807 EK, Beschl. 14. Oktober 2004, *Arre*, Nr. 273047.

199. Auch die Unschuldsvermutung wird weit verstanden. Der Richter für einstweilige Verfügungen vertrat im Beschluss *Gollnisch* vom 14. März 2005 die Ansicht, dass dieser Grundsatz über den Bereich des Strafprozesses hinausgeht⁸⁰⁸. Seine Einhaltung "bedeutet, dass in Strafverfahren die Schuld einer Person, die Gegenstand einer Strafverfolgung ist, nicht öffentlich als erwiesen dargestellt werden darf, bevor eine unwiderruflich gewordene Verurteilung erfolgt ist". Für den Richter der einstweiligen Verfügung "ist die Einhaltung dieses Erfordernisses nicht nur vor den mit der Untersuchung und der Entscheidung des Falles betrauten Instanzen, sondern auch gegenüber anderen öffentlichen Behörden erforderlich". Daraus ergeben sich für diese bestimmte Verpflichtungen, die vom Richter sehr genau dargelegt werden. Natürlich darf die Einhaltung dieses Grundsatzes "die mit der Strafverfolgung oder der Untersuchung beauftragte Behörde nicht daran hindern, alle Beweise zu sammeln, die in ihren Augen einen Schuldspruch stützen können". Außerdem "muss die Unschuldsvermutung mit der Information der Öffentlichkeit über den Verlauf laufender Strafverfolgungsmaßnahmen unter Einhaltung der durch Gesetze und Verordnungen festgelegten Regeln in Einklang gebracht werden". Wird ein Lehrer/Forscher jedoch beschuldigt, seine berufsethischen Pflichten ernsthaft verletzt zu haben, sind die Befugnisse des Rektors der Akademie durch die Verpflichtung zur Wahrung der Unschuldsvermutung eingeschränkt. In diesem Fall steht es ihm frei, im Falle des Versagens des Präsidenten der Einrichtung das Disziplinarverfahren einzuleiten, nachdem er gegebenenfalls alle erforderlichen Beweismittel gesammelt hat. Es ist ihm rechtlich möglich, die Öffentlichkeit über den Stand des Verfahrens zu informieren. Wenn er sich jedoch dazu entschließt, über die Angelegenheit zu berichten, "muss er, sofern er nicht die Unschuldsvermutung verletzt, davon absehen, den Ausgang der Strafverfolgung vorwegzunehmen".

Indem der Richter auf diese Weise sehr genaue Hinweise darauf gibt, wie die Information der Öffentlichkeit mit der Unschuldsvermutung in Einklang zu bringen ist, gibt er eine *konkrete* Definition dieses Grundsatzes für den Fall eines Disziplinarverfahrens. Er bestimmt auf praktische Weise, wo die Grenzen und die Konsistenz der Unschuldsvermutung in einem bestimmten Sachverhalt liegen. Diese Vorgehensweise ist eine Folge des konkreten Charakters der vom Richter für einstweilige Verfügungen ausgeübten Kontrolle. Die Frage nach dem Inhalt der Rechte stellt sich im Vergleich zum Verfassungskonflikt unter neuen Gesichtspunkten. Im Gegensatz zu einem Richter, der eine abstrakte Kontrolle ausübt, kann der Richter für einstweilige Verfügungen den Inhalt der Grundfreiheiten so realitätsnah wie möglich definieren. So muss er allgemein festlegen, wie weit eine bestimmte Freiheit in einer bestimmten Sachlage reichen soll.

200. Der Ansatz ist jedoch nicht nur weit gefasst und konkret, sondern auch extensiv. Die Elemente, die in einer Grundfreiheit enthalten sind, können vom Richter herausgearbeitet oder offengelegt werden, wenn sie die notwendige Erweiterung der Grundfreiheit darstellen. Der Richter für einstweilige Verfügungen extrahiert aus der Norm der Grundfreiheit alle Möglichkeiten, die sie in sich birgt. Er geht vom harten Kern aus, der die fragliche Freiheit ausmacht, d. h. von dem, was ihr Wesen ausmacht. Davon ausgehend und unter Wahrung ihrer Grundsubstanz ermächtigt er sich, aus dieser Stammnorm alle Elemente abzuleiten, die sie umfassen kann, und alle Verzweigungen zu erforschen, die sie aufweisen kann. Manchmal wird dieses konstitutive Element ausdrücklich an eine Norm geknüpft, in der es verankert ist. So geht die "freie Verfügung über die für die Ausübung eines Kultes erforderlichen Güter" auf das Gesetz vom 9. Dezember 1905 zurück, in dem mehrere Bestimmungen den Kultvereinigungen und den Gläubigen die freie Verfügung über die für den Kult verwendeten Güter einräumen⁸⁰⁹. In anderen Fällen wird dieses Tatbestandsmerkmal aus dem Text, in dem die Grundfreiheit verkündet wird, abgeleitet und mit den Texten kombiniert, die sie in einem bestimmten Bereich umsetzen. Beispielsweise stellt der Richter fest, dass die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, "zur Folge hat, dass jede Person, deren französische Staatsangehörigkeit und Identität feststeht, vorbehaltlich des Schutzes der öffentlichen Ordnung und der Einhaltung der von der Justizbehörde erlassenen Verbotsentscheidungen auf Antrag einen Pass erhalten kann"⁸¹⁰. In diesem Fall wird die Komponente der Bewegungsfreiheit aus den kombinierten Bestimmungen der Verfassung und den Texten über die Bedingungen für die Ausstellung und Verlängerung von Pässen abgeleitet. Diese "erzeugten" Freiheiten werden manchmal als "Begleiterscheinung" oder "Nebenaspekt" der Stammfreiheit bezeichnet. Wenn sie von

⁸⁰⁸ CE, ord. 14. März 2005, *Gollnisch*, *Lebon* S. 103. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bekräftigt auch, dass die Unschuldsvermutung von den staatlichen Behörden respektiert werden muss und nicht nur im Strafprozess (siehe EGMR, 10. Februar 1995, *Alenet de Ribemont vs. Frankreich*, Serie A, Nr. 308; *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE et al.), 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2005, Urteil Nr. 29).

⁸⁰⁹ CE, ord. 25. August 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* S. 386. Der Richter führt aus, dass die Religionsfreiheit, wie sie im Gesetz vom 9. Dezember 1905 über die Trennung von Kirche und Staat geregelt ist, "sich nicht auf das Recht jedes Einzelnen beschränkt, die religiösen Überzeugungen seiner Wahl unter Wahrung der öffentlichen Ordnung zum Ausdruck zu bringen". Im Rahmen dieses Gesetzes "hat es auch die Komponente der freien Verfügung über die für die Ausübung eines Kultes erforderlichen Güter".

⁸¹⁰ CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon* T. S. 1034; CE, ord. 10. August 2005, *Diabira*, Nr. 283444.

diesen abgeleitet werden, bilden sie dann eine Facette oder einen Bestandteil davon .811

Um eine Folgefreiheit zu verankern, berücksichtigt der Richter für einstweilige Verfügungen ähnlich wie beim Kriterium des Zubehörs im Bereich des öffentlichen Eigentums den Nutzen, den sie für die Stammfreiheit hat, oder die Verbindung, die sie mit dieser herstellt. Diese Technik der Anerkennung neuer Rechte und Freiheiten ist keine Besonderheit des Richters für einstweilige Verfügungen. Sie findet Anwendung in Verfassungsstreitigkeiten, insbesondere in Frankreich⁸¹² und Portugal⁸¹³, in der Rechtsprechung des spanischen Obersten Gerichtshofs⁸¹⁴ oder auch in den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁸¹⁵. Im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes hat diese Technik zu bemerkenswerten Anwendungen im Hinblick auf das Asylrecht und noch mehr im Hinblick auf das Eigentumsrecht geführt.

201. Für den Richter für einstweilige Verfügungen beinhaltet das Asylrecht zunächst einmal das Recht, den Flüchtlingsstatus zu beantragen⁸¹⁶. Zweitens beinhaltet es das Recht, sich während der Bearbeitung des Antrags durch das Französische Amt für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen und gegebenenfalls durch die Flüchtlingsberufungskommission auf französischem Boden aufzuhalten⁸¹⁷. Das Recht auf vorläufigen Aufenthalt wird unter den Bedingungen und in den Grenzen ausgeübt, die im Gesetz festgelegt sind⁸¹⁸. Da die oben genannten Garantien alle gesetzlich vorgesehen sind, war ihre Anerkennung durch den

811 Beispielsweise bezeichnet der Richter für einstweilige Verfügungen die Freiheit, über sein Eigentum im engeren Sinne zu verfügen - d. h. den *Missbrauch* - als "Begleiterscheinung" des Eigentumsrechts (CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France, Lebon* S. 408). Es ist jedoch unbestritten, dass der *abusus* ein Attribut und nicht ein Begleiter des Eigentumsrechts darstellt. Die freie Verfügung ist weder eine Folge noch ein Ergebnis des Eigentumsrechts; sie ist eines seiner konstituierenden Elemente. Sie ist Teil des "Inhalts des Eigentumsrechts" (P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, précis, 1998, Nr. 107). Sie ist das "Hauptattribut des Eigentums" (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 19^{ème} éd., PUF, 2000, Nr. 25); sie ist "ein wesentliches Attribut des Eigentumsrechts" (CC, Nr. 96-373 DC, 9. April 1996, Kons. 22, *Sfg. J.* 43; Nr. 98-403 DC, 29. Juli 1988, Kons. 40, *Sfg. J.* 276). Daher ist der Begriff "Begleiterscheinung", wie er vom Richter des *référé-liberté* verwendet wird, als Synonym für "Bestandteil" zu verstehen. So wurde beispielsweise das Recht, territoriales Asyl zu beantragen, als Begleiterscheinung des verfassungsmäßigen Rechts auf Asyl bezeichnet, obwohl es eines der konstituierenden Elemente dieses Rechts war.

812 Der Verfassungsrat bestätigte, dass der Grundsatz der Nichtrückwirkung repressiver Texte mit dem Verbot für den Gesetzgeber einhergeht, "in diesem Bereich eine rechtmäßig erworbene Verjährung wiederaufleben zu lassen" (CC, Nr. 88-250 DC, 29. Dezember 1988, Kons. 6, *Sfg. J.* 267). Ausdrücklich wurde der Grundsatz des kontradiktorischen Charakters des Verfahrens als Ausfluss des Grundsatzes der Verteidigungsrechte bezeichnet (CC, Nr. 89-268 DC, 29. Dezember 1989, Kons. 58, *Sfg. J.* 110). Siehe B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de droits fondamentaux", *D.* 1995, S. 211-212.

813 Für das portugiesische Verfassungsgericht ist das Recht auf eine zweistufige Gerichtsbarkeit im Strafverfahren eine Folge des Grundsatzes der Garantien für die Verteidigung des Angeklagten; das Recht auf Kenntnis und Anerkennung der Vaterschaft ist eine Folge des Rechts auf "persönliche Identität" und des Rechts auf "moralische Integrität" von Personen; das Recht einer Person, sich aus Gewissensgründen der Verwendung der eigenen Leiche zu widersetzen, ist eine Folge des Rechts auf moralische Integrität (vgl. J.-M.-KOSTAM. CARDOSO DA COSTA, "Portugiesischer Bericht", *AJJC* 1990/VI, *VIII^e Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte*, Ankara 7.-10. Mai 1990, S. 185-186).

814 Der Oberste Gerichtshof urteilte, dass das Recht der Eltern, die Bildungseinrichtung ihres Kindes zu wählen, eine Folge des Rechts auf freie Bildung ist (Urteil des Obersten Gerichtshofs Spaniens vom 21. Juli 2000, abgedruckt in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives* 2003, Nr. 3, La documentation française, 2004, S. 200-208).

815 Wie Frau Potvin-Solis feststellt, "ermöglichte die evolutionäre Auslegung des Gerichtshofs den Schutz bestimmter Rechte, die ursprünglich nicht darin verankert waren, durch die Theorie des so genannten 'Rochet-Schutzes'" (L. POTVIN-SOLIS, *a. a. O.*, S. 245; siehe insbesondere die Beispiele auf S. 662 ff.).

816 CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon*, S. 12; CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon*, S. 146. Der Antragsteller hatte vor seiner Abschaffung durch das Gesetz vom 10. Dezember 2003 ebenfalls das Recht, beim Innenminister um territoriales Asyl zu ersuchen (CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T. S.* 1126; CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon* S. 45).

817 Das verfassungsmäßige Recht auf Asyl, das mit dem Recht auf Flüchtlingsstatus einhergeht, "impliziert, dass ein Ausländer, der die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft beantragt, grundsätzlich berechtigt ist, im Hoheitsgebiet zu bleiben, bis über seinen Antrag entschieden worden ist" (CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* S. 146; CE, ord. 4. September 2003, *Thanattikul, Lebon T. S.* 928). Das Recht auf vorläufigen Aufenthalt war auch im Rahmen des territorialen Asyls während der Prüfung des Antrags durch die Dienststellen des Innenministeriums gültig (CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T. S.* 1126). Dieses Recht war vom Verfassungsrat in der oben genannten Entscheidung 93-325 DC verankert worden. Der Rat stellte fest, dass "die Achtung des Rechts auf Asyl, ein Grundsatz von Verfassungsrang, generell voraussetzt, dass einem Ausländer, der sich auf dieses Recht beruft, gestattet wird, vorläufig im Hoheitsgebiet zu verbleiben, bis über seinen Antrag entschieden worden ist" (Kons. 84).

818 Folglich kann sich der Ausländer nicht auf dieses Recht berufen, wenn Anträge nicht rechtzeitig eingereicht werden (siehe *oben*, § 196). Dieses Recht kann ihm auch von der Verwaltungsbehörde verweigert werden, wenn sein Antrag offensichtlich unbegründet ist. Siehe CE, Ord. 24. Oktober 2005, *MBIZI MPASSI*, Nr. 286247; CE, Ord. 17. März 2006, *Saidov*, Nr. 291214: Das Recht, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, "impliziert, dass der Ausländer, der die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft beantragt, grundsätzlich berechtigt ist, im Hoheitsgebiet zu bleiben, bis über seinen Antrag entschieden wurde; (...) nur wenn dieser "offensichtlich unbegründet" ist, kann der Innenminister ihm nach Stellungnahme des

Richter für einstweilige Verfügungen völlig natürlich. Andererseits hat der Referee eine wesentlich größere Initiative ergriffen, indem er anerkannt hat, dass die Grundfreiheit, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, das Recht auf ein Verfahren zur Prüfung des Asylantrags einschließt, das den Garantien entspricht, die damit verbunden sein müssen⁸¹⁹. Die Anerkennung dieses Rechts ist das Ergebnis einer Synthese mehrerer Bestimmungen, die in diesem Bereich gelten.⁸²⁰

202. Im Bereich des Eigentumsrechts hat die Technik der Folgerung jedoch zu den bemerkenswertesten Anwendungen geführt. Auf relativ klassische Weise hat der Richter für einstweilige Verfügungen zunächst festgestellt, dass dieses Recht den *abusus*, d. h. das Recht, über sein Eigentum im engeren Sinne zu verfügen⁸²¹, sowie den *usus* und den *fructus*, d. h. das Recht des Eigentümers, sein Eigentum zu nutzen und die Früchte zu ernten, umfasst⁸²². Der Richter erkannte auch an, dass das Recht auf Eigentum mit dem Recht der Anwohner auf freien Zugang zu öffentlichen Straßen einhergeht⁸²³. Es schließt auch das Recht auf Zahlungsaufschub ein, das sich aus Artikel L. 277 des Steuerverfahrensbuchs ergibt⁸²⁴. Kühner formulierte der Richter für einstweilige Verfügungen, dass das Eigentumsrecht auch das Recht des Mieters umfasst, über die gepachteten Güter zu "verfügen"⁸²⁵. Somit ist die freie Nutzung eines Gutes geschützt, egal in welchen Händen es sich befindet, sowohl in denen des Eigentümers als auch in denen des Mieters (wenn der Eigentümer die Nutzung vertraglich und für eine begrenzte Zeit einem Dritten überlässt). Der Mieter genießt dann den *Usus* und kann sich vor dem Richter des *référé-liberté* darauf berufen⁸²⁶. Der Begriff "verfügen" ist auch hier als Synonym für "nutzen" zu verstehen, da der Mieter in jedem Fall nur den *Usus* und *Fructus*, nicht aber den *Misbrauchus* genießt. In seinen Entscheidungen stellt der Richter für einstweilige Verfügungen das Recht des Mieters auf die Immobilie als eine "Begleiterscheinung" des Eigentumsrechts dar. Einige Autoren haben diese Korrelation kritisiert, weil sie der Meinung sind, dass das Recht des Mieters nicht aus dem Eigentumsrecht abgeleitet werden kann⁸²⁷. Ihre Kritik beruht auf der Annahme, dass das Recht des Eigentümers, ein dingliches Recht, nicht das Recht des Mieters, ein persönliches Recht, begründen kann⁸²⁸. Dieser Ansatz ist jedoch zu kurz

französischen Amtes für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen (OFPRA) den Zugang zum Hoheitsgebiet verweigern".

⁸¹⁹ CE, ord. 25. November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon* T. S. 927.

⁸²⁰ Siehe *oben*, §127. In der Entscheidung *Nikoghosyan* erklärte der Richter für einstweilige Verfügungen, dass die Grundfreiheit, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, gefährdet wäre, wenn die Prüfung des von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags ohne die Anwesenheit des Antragstellers erfolgen würde, da nur dieser in der Lage ist, die geforderten Nachweise zu erbringen und die Fragen der für die Untersuchung des Falles zuständigen Behörden zu beantworten.

⁸²¹ Siehe zum Beispiel: CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408 (Durchführung eines Verkaufsprojekts); CE, Ord. 1^{er} Juni 2001, *Ploquin*, *Lebon* T. S. 1126 (Möglichkeit der Veräußerung eines Rinderbestands).

⁸²² Siehe z. B. den oben genannten Beschluss von *Gaz de France*, in dem im Zusammenhang mit der "Freiheit, über ein Gut zu verfügen" die Möglichkeit des Eigentümers erwähnt wird, aus dem Gebäude die Einkünfte zu ziehen, die er davon erwarten konnte. Bei den betreffenden Gütern kann es sich sowohl um bewegliche als auch um unbewegliche Güter handeln (CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* S. 491). Es ist anzumerken, dass der Richter der einstweiligen Verfügung hier die "freie Verfügung" über Güter erwähnt, aber diesmal in ihrem allgemeinen Sinn, als Synonym für freie Nutzung und nicht in ihrer strengen oder zivilistischen Bedeutung. Sie bezeichnet die Möglichkeit, ein Gut im weiteren Sinne zu nutzen und ist nicht auf die bloße Möglichkeit der Veräußerung reduziert.

⁸²³ CE, ord. 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon*, S. 253.

⁸²⁴ CE, Ord. 13. Juni 2007, *Soppelsa*, Nr. 306252, veröffentlicht in der Sammlung *Lebon*.

⁸²⁵ CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und andere*, *Lebon*, S. 117: "Das Eigentumsrecht hat wie sein Korrelat, das Recht des Mieters, frei über die verpachteten Güter zu verfügen, den Charakter einer Grundfreiheit im Sinne des oben genannten Artikels L. 521-2 des Verwaltungsgesetzes".

⁸²⁶ Umgekehrt hat sich der Richter bei Rechtsverletzungen immer geweigert, die Vorteile des Eigentumsrechts auf den Mieter auszudehnen. Die Beeinträchtigung der Nutzung des Eigentums muss den Eigentümer betreffen und kann nur von diesem geltend gemacht werden. Folglich kann sich der Mieter eines Gebäudes nicht darauf berufen, dass ihm gegenüber ein tätlicher Angriff stattgefunden hat (Civ. 1^{ère}, 18. Juni 1974, *Bull. civ.* I, Nr. 197).

⁸²⁷ Manche behaupteten, dass die Argumentation des Richters für einstweilige Verfügungen "einem Taschenspielertrick" ähnelt (Y. LEQUETTE, Anmerkung zu CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und CE*, Ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *RFDA* 2003, S. 386) oder dass die Herleitung "auf einer etwas künstlichen Verbindung" beruht (E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", *RDP* 2004, S. 239).

⁸²⁸ So behauptet Herr Pez: "Der Gegenstand des Eigentumsrechts ist eine Sache, ein Gut (die Immobilie), der Gegenstand des Mietrechts eine Verpflichtung, eine Leistung (die freie Nutzung der Immobilie). Das Eigentumsrecht ist ein Verhältnis zwischen einer Person und einer Sache (*jus in re*: Recht auf eine Sache), das Mietrecht ein Verhältnis zwischen zwei Personen (*jus ad personam*: Recht gegen eine Person)" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du *référé-liberté*", *RFDA* 2003, S. 376). Daraus folgt seiner Meinung nach: "Das Korrelat eines dinglichen Rechts kann ein anderes dingliches Recht sein, nicht ein persönliches Recht. (...). Das Recht des Mieters gegenüber dem Eigentümer ergibt sich nicht aus dem Recht des Eigentümers, sondern aus dem Mietvertrag, nicht aus der Sache, sondern aus der Verpflichtung" (*a. a. O.*, S. 377). "Der Mieter hat zwar Rechte, aber nicht direkt an dem von ihm genutzten Gut: Seine Rechte richten sich gegen den vermietenden Eigentümer, von dem er das Recht hat, die Nutzung seines Gutes zu erlangen" (*ebd.*).

gegriffen. Es ist wichtig, in Bezug auf Rechtsnormen und rechtliche Verpflichtungen zu argumentieren und nicht auf der Grundlage einer "trügerischen Unterscheidung"⁸²⁹ zwischen dinglichem und persönlichem Recht. Durch diese Ableitungsverbindung leitet der Verwaltungsrichter einfach eine Norm von einer anderen Norm ab, insofern als sich beide auf einen identischen Gegenstand beziehen: das gepachtete Gut. Die Verwaltung ist rechtlich verpflichtet, die dem Mieter vertraglich übertragenen Rechte zu respektieren. Das Recht des Mieters besteht zwar in erster Linie darin, vom Vermieter die Nutzung der Mietsache zu erhalten, doch dieses Recht kann allen Personen entgegengehalten werden, auch Dritten, zu denen insbesondere juristische Personen des öffentlichen Rechts gehören.⁸³⁰

203. Schließlich ist noch der Fall bestimmter Grundfreiheiten zu erwähnen, deren Inhalt so unbestimmt ist, dass der Richter für einstweilige Verfügungen über einen fast unbegrenzten Spielraum verfügt, um zu entscheiden, was darunter fällt. Der Begriff der "persönlichen Freiheit", der in der Verfassungsrechtsprechung in der Entscheidung 244 DC831 auftauchte, ist zweifellos ein Musterbeispiel dieser Art. Dieser Begriff ist in der Tat mit einer großen Unsicherheit hinsichtlich seines Inhalts behaftet. In Anbetracht der wenigen Rechtsprechungselemente, auf die man sich in der Verfassungsrechtsprechung stützen kann, hat M. Renoux, dass "die Achtung der persönlichen Freiheit es verbietet, dass jede natürliche Person, aber sicherlich auch jede juristische Person, Gegenstand von Zwangs-, Schikanen- oder schikanösen Maßnahmen ist, die, ohne ihre persönliche Freiheit und insbesondere ihre Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, zu beeinträchtigen, dennoch ohne Notwendigkeit eine Technik zur schrittweisen Einschränkung ihrer Handlungsfreiheit, insbesondere der Autonomie ihres Willens, definieren"⁸³². Wie Lichère betonte, erweist sich die Verankerung der persönlichen Freiheit im Rahmen von Artikel L. 521-2 "trotz der Unschärfe, die sie umgibt, und vielleicht gerade wegen dieser Unschärfe als interessant im Hinblick auf das Potenzial der fraglichen Freiheit". Er behauptet, dass der prätorische Begriff der persönlichen Freiheit "für den Verwaltungsrichter zu (...) einem funktionalen Begriff werden könnte, der es ihm ermöglicht, Freiheiten einzubeziehen, die nicht ausdrücklich in einem Text verankert sind".⁸³³

Der Schleier, der diesen Begriff umgibt, wurde durch eine Reihe von Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen (*référé-liberté*) teilweise gelüftet. Zunächst wurde diese Freiheit in einem Fall als verletzt angesehen, in dem Mitgliedern einer Familie mit französischer Staatsangehörigkeit Identitätsdokumente entzogen wurden⁸³⁴ und den Kindern des Klägers ungerechtfertigterweise die Ausstellung eines Reisepasses verweigert wurde⁸³⁵. Ebenso wurde entschieden, dass die persönliche Freiheit "in Bezug auf Personen mit französischer Staatsangehörigkeit impliziert, dass sie, nachdem sich die Verwaltung davon überzeugen konnte, dass die vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen geeignet sind, seine Identität und Staatsangehörigkeit festzustellen, die nationale Identitätskarte ausgestellt bekommen können"⁸³⁶. Der Richter konnte auch klarstellen, "dass diese Freiheit insbesondere bedeutet, dass ein ausländischer Staatsangehöriger, der Gegenstand einer Abschiebungsmaßnahme ist, nicht in einen Staat zurückgeschickt werden kann, für den es ernsthafte und nachweisbare Gründe für die Annahme gibt, dass er dort aufgrund der Behörden dieses Staates einer realen Gefahr für seine Person ausgesetzt wäre, oder sogar durch Personen oder Personengruppen, die nicht den staatlichen Behörden unterstehen, wenn im letzteren Fall die Behörden des Zielstaats nicht in der Lage sind, einer solchen Gefahr durch einen angemessenen Schutz zu begegnen"⁸³⁷. Dennoch lieferte die *Bunel-Verordnung* die wertvollsten Hinweise auf diese Freiheit, indem sie "das Recht eines jeden auf Achtung seiner persönlichen Freiheit, das

829 H. KELSEN, *Reine Theorie des Rechts*, a. a. O., S. 136. Siehe oben, § 151.

830 Es ist anzumerken, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 26. Mai 1993 zu einem identischen Ergebnis gelangt ist, indem es eine objektive Dimension des Eigentumsrechts einbezogen hat. Professor Fromont weist darauf hin, dass das Verfassungsgericht in dieser Entscheidung die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie auf das Recht des Mieters auf seine Wohnung und "genauer gesagt auf sein Recht auf Besitz ausdehnt, da im deutschen Zivilrecht der objektive Schutz des Besitzes dazu führt, dass der Mieter als Besitzer angesehen wird" (M. Fromont, "République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993", *RDP* 1995, S. 340). Zu dieser Entscheidung siehe auch T. MEINDL, a. a. O., S. 145.

831 CC, Nr. 88-244 DC, 20. Juli 1988, *Sfg.* S. 119.

832 T. S. RENOUX und M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, Nr. 1245.

833 F. LICHERE, Note sous CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *JCP G* 2002, II, 10003, S. 40. Zu diesem Begriff siehe A. PARIENTE, "La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, S. 267-282; P. PEREON, *La protection constitutionnelle de la liberté personnelle*, thèse Toulon, 2001, 529 S.; *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté?* (H. ROUSSILON und X. BIOY Hrsg.), Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006, 156 S.

834 CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167.

835 CE, Ord. 4. Dezember 2002, *Du Conédic de Kéranant*, *Lebon T.*, S. 875.

836 CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T. S.* 1034.

837 CE, Ord. 14. Januar 2005, *Bondo*, *Lebon T.*, S. 915.

insbesondere beinhaltet, dass er keinen Einschränkungen unterworfen werden darf, die über diejenigen hinausgehen, die zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder zur Wahrung der Rechte anderer erforderlich sind" erwähnt⁸³⁸. Die persönliche Freiheit zielt also darauf ab, das Ausmaß der Einschränkungen für den Einzelnen zu begrenzen. Sie zielt darauf ab, die Person von Einschränkungen, Erschwernissen und Opfern zu verschonen, die über das hinausgehen, was normalerweise in der Situation, in der sie sich befindet, erforderlich ist.

Schließlich ist anzumerken, dass sich der Inhalt der persönlichen Freiheit in einigen Punkten mit dem Inhalt der persönlichen Freiheit überschneiden könnte. In Fällen, in denen es um die Abschiebung von Ausländern ging, die zu einem Einreiseverbot verurteilt worden waren, wurde nämlich die Auffassung vertreten, dass das Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung ein konstitutives Element der persönlichen Freiheit *und* der persönlichen Freiheit ist⁸³⁹. Indem er das Recht, nicht gefoltert oder unmenschlich oder erniedrigend behandelt zu werden, mit der persönlichen Freiheit und der persönlichen Freiheit verknüpft, will der Richter für einstweilige Verfügungen das Recht auf körperliche Unversehrtheit in diese Freiheiten einbeziehen.

204. Da der Richter für einstweilige Verfügungen den Inhalt der Freiheiten bestimmt, muss er auch ihre Grenzen festlegen. So erklärt er beispielsweise, dass die unternehmerische Freiheit für ihren Begünstigten "die Freiheit bedeutet, eine wirtschaftliche Tätigkeit unter Beachtung der geltenden Gesetze und Vorschriften und gemäß den ihm gesetzlich auferlegten Vorschriften auszuüben"⁸⁴⁰. Diese Einschränkung scheint in Wirklichkeit allen Handlungsfreiheiten gemein zu sein, deren Ausübung streng geregelt ist. So übertrug der Richter für einstweilige Verfügungen die Anwendung auf das Eigentumsrecht, eine Grundfreiheit, die "mit der Freiheit des Eigentümers einhergeht, unter Einhaltung der Gesetze und Vorschriften über sein Eigentum zu verfügen"⁸⁴¹. Ebenso ist die freie Ausübung ihrer Mandate durch Kommunalpolitiker nicht absolut; sie kann eingeschränkt werden, aber sie "darf nur aus Gründen eingeschränkt oder begrenzt werden, die ihre Grundlage in Bestimmungen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen finden, die das ordnungsgemäße Funktionieren der beschließenden Organe der Gebietskörperschaften der Republik oder ihrer Exekutivorgane gewährleisten sollen"⁸⁴². Der Richter befand auch, dass das Recht, einer medizinischen Behandlung zuzustimmen, eingeschränkt werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass der Patient stirbt. Da diese Einschränkung in keiner Bestimmung enthalten war, wurde die Freiheit, einer Behandlung zuzustimmen, im Vergleich zur Quellnorm inhaltlich schwächer definiert. Es handelt sich um die einzige Grundfreiheit, die im Vergleich zum Text, in dem sie im positiven Recht verankert ist, eine inhaltlich abschwächende Auslegung erfahren hat.

Abschnitt 3. Das Gegenbeispiel der Zustimmung zu medizinischer Versorgung

205. Der Grundsatz der ärztlichen Zustimmung beinhaltet die Freiheit des Patienten, über die ihm zuteil werdende Pflege zu entscheiden⁸⁴³. Es ermöglicht insbesondere, sich einer unerwünschten Behandlung zu widersetzen.

838 CE, Ord. 8. September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* S. 388.

839 Der Wortlaut des *Hamani-Erlasses* ist in dieser Hinsicht besonders aussagekräftig, da er beide Ausdrücke verwendet. Um den Präfekturerlass anzufechten, der Algerien als Zielland für die Abschiebung festlegte, berief sich der Beschwerdeführer auf Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Richter für einstweilige Verfügungen erklärte, "dass er sich damit auf die *persönliche Freiheit* bezieht, die zu den Grundfreiheiten gehört, auf die Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgesetzes Anwendung findet". Nachdem der Richter die Argumente des Antragstellers, die darauf abzielen, die Realität der von ihm behaupteten Bedrohungen nachzuweisen, geprüft hatte, stellte er fest, dass die Entscheidung, Algerien als Zielland festzulegen, nicht als "eine offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung der *persönlichen Freiheit*" angesehen werden kann (CE, ord. 15. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon*, S. 466). Zuvor und ohne die persönliche Freiheit ausdrücklich als Grundfreiheit anzuerkennen, hatte der Richter für einstweilige Verfügungen im Beschluss *Djalout* erklärt, dass "die Festlegung des Rückführungslandes die *persönliche Freiheit* eines ausländischen Staatsangehörigen ernsthaft beeinträchtigen kann, wenn er dadurch Risiken der Art ausgesetzt wird, die in Artikel 3 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten genannt werden" (CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* S. 158). In einer *Chikh-Entscheidung*, die nach dem *Hamani-Erlass* erging, erwähnte er nur noch die persönliche Freiheit. Die Gegebenheiten in diesem Fall sind mit denen des Falls *Hamani* strikt identisch. Der Beschwerdeführer, der nach Algerien zurückgeführt wurde, berief sich auf Artikel 3 der Europäischen Konvention, um die Anordnung, Algerien als Zielland festzulegen, anzufechten. Der Richter stellt fest, "dass er sich damit auf seine *persönliche Freiheit* bezieht, die zu den Grundfreiheiten gehört, auf die Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgesetzes Anwendung findet" (CE, Ord. 20. Dezember 2001, *Chikh*, Nr. 241154).

840 CE, Ord. 25. April 2002, *Société Saria Industries, Lebon* S. 155.

841 EK, Beschl. 13. Juli 2005, *Société Combé Chavat 2*, Nr. 282220.

842 CE, ord. 11. April 2006, *Tefaarev, Lebon* S. 197. Aus derselben Entscheidung geht hervor, dass die freie Ausübung des Mandats durch Kommunalpolitiker das Recht eines gewählten Vertreters auf Rücktritt einschließt.

843 Für einen Überblick über die Verwaltungs-, Gerichts- und europäische Rechtsprechung siehe *GP* 5. Januar 1999,

Die Frage ist, inwieweit sich die Ärzteschaft dem Willen des Patienten beugen muss, insbesondere wenn dieser eine lebensrettende medizinische Behandlung ablehnt. "Die Kernproblematik besteht darin, ob eine höchst persönliche Entscheidung des Patienten, an der er so sehr hängt, dass er sie unter Einsatz seines Lebens aufrechterhält, respektiert werden muss"⁸⁴⁴. Darf die Ärzteschaft den Willen des Patienten mit dem Ziel, ihn zu retten, verletzen? Wenn der Patient zwar nicht nach dem Tod strebt, diesen aber dennoch als mögliche Folge seiner Entscheidung in Betracht zieht, wenn ihm das Unterziehen einer Behandlung so unerträglich erscheint, dass er lieber sein Leben lässt, darf man ihm dann mit Gewalt und gegen seinen Willen eine Behandlung aufzwingen, die er kategorisch ablehnt? Der Gesetzgeber hat die Frage, ob man sich systematisch dem Willen des Patienten beugen muss, positiv beantwortet und die Achtung des Patientenwillens zum absoluten Prinzip erhoben. *Contra legem* hat der Verwaltungsrichter eine negative Antwort gegeben, da er der Ansicht ist, dass der Wille des Patienten nicht mehr berücksichtigt wird, wenn sein Leben bedroht ist. Der Richter für einstweilige Verfügungen schwächte den vom Gesetz verkündeten Grundsatz ab, indem er ihn lediglich zu einem relativen Grundsatz machte.

I. Ein absolutes Prinzip für den Gesetzgeber

206. Die traditionelle Regelung stellte keine Hierarchie zwischen der Behandlungspflicht des Arztes und der Beachtung der Einwilligung des Patienten auf. Als Antwort auf eine Bitte um Klärung, die der Staatsrat implizit an ihn gerichtet hatte, legte der Gesetzgeber das Recht auf ärztliche Zustimmung als absolutes Prinzip fest.

A. Die Unsicherheiten der klassischen Regulierung

207. Die traditionellen Vorschriften legten die Grenzen des Rechts auf Einwilligung nicht eindeutig fest. Artikel 36 der ärztlichen Berufsordnung, der aus dem Dekret vom 6. September 1995 hervorging, behielt den besonderen Fall eines lebensbedrohlichen Notfalls nicht vor, bezog sich aber auch nicht auf diesen. Die gesetzlichen Bestimmungen legten auch keine Hierarchie zwischen der Behandlungspflicht des Arztes und der Einwilligung des Patienten fest. Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuches, der aus dem Gesetz vom 29. April 1994, dem sogenannten *Bioethikgesetz*, hervorgegangen ist, stellt das Erfordernis der vorherigen Zustimmung zu jeder medizinischen Handlung auf und sieht Folgendes vor: "Die Integrität des menschlichen Körpers darf nur dann verletzt werden, wenn dies für die Person therapeutisch notwendig ist. Die Einwilligung des Betroffenen muss vorher eingeholt werden, es sei denn, sein Zustand macht einen therapeutischen Eingriff erforderlich, dem er nicht zustimmen kann". Diese Bestimmung, die den Notfallfall ausnimmt, hat jedoch einen begrenzten Anwendungsbereich: Sie entspricht der Situation eines Patienten, der nicht in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, und nicht der eines volljährigen Patienten, der sich selbst äußern kann. Darüber hinaus erlaubte Artikel L. 1111-2 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit "der kranken Person (...), sich jeder Untersuchung oder Therapie zu widersetzen", aber es herrschte große Unsicherheit über die Tragweite dieses Artikels. Tatsächlich stammte dieser Text ursprünglich aus dem Gesetz vom 9. Juni 1999, dessen Titel 1^{er} den "Rechten der kranken Person" gewidmet war, doch schon in seinem Titel zielte dieses Gesetz darauf ab, "das Recht auf Zugang zu palliativer Versorgung zu gewährleisten". Folglich ließ dieser Text "vermuten, dass das Recht, sich der Behandlung zu widersetzen, als ein Recht anzusehen ist, sich der therapeutischen Härtungsmittel zu widersetzen und sich für einen palliativen Ansatz zu entscheiden".⁸⁴⁵

208. In diesem unsicheren rechtlichen Kontext spielt der Fall *Senanayake eine Rolle*. Da ein Krankenhaus trotz des Widerspruchs des Patienten eine Bluttransfusion durchgeführt hatte, musste der Richter entscheiden, ob die Durchführung einer medizinischen Handlung gegen den Willen der Person einen Fehler darstellt, der die Haftung der Verwaltung auslöst.⁸⁴⁶

Sondernummer *Le consentement aux actes médicaux*, S. 1-50; J.-P. GRIDEL, "Le refus de soins au risque de la mort", *GP* 19-20 Juni 2002 Sondernummer *Droit de la santé*, S. 997-1003; A. GARAY, "Le consentement à l'acte médical au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", *LPA* 18. Juni 1997, Nr. 73, S. 9-12.

⁸⁴⁴ A. DORSNER-DOLIVET, "Le consentement au traitement médical: une liberté fondamentale en demi-teinte", *RFD* 2003, S. 529.

⁸⁴⁵ A. DORSNER-DOLIVET, *a. a. O.*, S. 532.

⁸⁴⁶ Der Patient hatte eine Bluttransfusion aufgrund seiner Zugehörigkeit zu den Zeugen Jehovas abgelehnt. Zur Frage der Verweigerung von Bluttransfusionen siehe *Consentement éclairé et transfusion sanguine. Aspects juridiques et éthiques* (A. GARAY

Das Verwaltungsberufungsgericht Paris ist der Ansicht, dass die Behandlungspflicht des Arztes absoluten Vorrang vor der Zustimmung des Patienten haben muss, wenn das Überleben des Patienten auf dem Spiel steht. In der Entscheidung wird eine allgemeine Regel aufgestellt: "Die Verpflichtung des Arztes, stets den Willen des Patienten zu respektieren, der in der Lage ist, diesen zu äußern (...), findet (...) ihre Grenze in der Verpflichtung, die der Arzt gemäß dem eigentlichen Zweck seiner Tätigkeit ebenfalls hat, die Gesundheit, d. h. in letzter Instanz das Leben selbst des Individuums, zu schützen". Unter diesen Umständen kann das Verhalten des Arztes, der die für das Überleben des Patienten unerlässlichen Handlungen vornimmt, "nicht" als fehlerhaft bezeichnet werden, auch wenn es gegen die Pflicht verstößt, den Willen des Patienten zu respektieren⁸⁴⁷. Implizit führt diese Argumentation dazu, dass die Pflicht, das Leben zu retten, in allen Fällen Vorrang vor der Pflicht hat, den individuellen Willen zu respektieren, aber auch dazu, dass ein Fehlverhalten systematisch ausgeschlossen wird. Beim Staatsrat wurde eine Kassationsbeschwerde eingelegt. Der Regierungskommissar Didier Chauvaux schlägt eine Lösung vor, die der vom Berufungsgericht gewählten diametral entgegengesetzt ist. Er empfiehlt, sich vorbehaltlos dem Willen des Patienten zu beugen, auch wenn dessen Leben durch seinen Widerstand gegen eine medizinische Handlung unmittelbar bedroht ist: "Wir glauben (...), dass in der Hypothese, in der der Patient bei Bewusstsein ist und alle seine geistigen Fähigkeiten zu dem Zeitpunkt besitzt, zu dem sein Leben bedroht ist, und in der er seine Weigerung, eine bestimmte Handlung zu erdulden, klar und fest aufrechterhält, die Pflicht der Ärzte darin besteht, sich zu enthalten".⁸⁴⁸

Die Diskrepanz zwischen der vom Berufungsgericht gewählten und der vom Regierungskommissar vorgeschlagenen Lösung erklärt sich durch die Ungewissheit der geltenden Rechtsvorschriften. Diese Unklarheit über die Rechtslage wird für den Staatsrat gerade die Ablehnung jeglicher Hierarchisierung zwischen der Behandlungspflicht des Arztes und der Beachtung der Einwilligung des Patienten begründen⁸⁴⁹. Der Staatsrat schließt aus, dass die Behandlungspflicht, wie es das Berufungsgericht tat, oder der Grundsatz der Einwilligung, wie es der Regierungskommissar vorschlug, generell Vorrang haben. Er schließt sich keiner dieser beiden Lösungen an. Der Kassationsrichter wirft dem Gericht vor, dass es "die Verpflichtung des Arztes, das Leben zu retten, generell über die Verpflichtung, den Willen des Patienten zu respektieren, stellen wollte". Unter Bezugnahme auf den Fall räumt er jedoch ein, dass die Entscheidung des Arztes, eine Handlung vorzunehmen, die für das Überleben des Patienten unerlässlich und seinem Zustand angesichts der extremen Situation, in der er sich befand, angemessen war, trotz der Verpflichtung, den Willen des Patienten zu respektieren, keinen Fehler darstellt⁸⁵⁰. Die Entscheidung über die Durchführung einer für die Fortsetzung des Lebensprozesses unerlässlichen Behandlung liegt letztendlich beim Ärzteteam, selbst wenn der Patient eine solche Behandlung ablehnt. Obwohl der Patient in diesem Fall seine Ablehnung der Behandlung deutlich zum Ausdruck gebracht hatte, haftet der Arzt nicht für das Krankenhaus, obwohl er sich über diese Ablehnung hinwegsetzt.

209. Damit gelangt der Staatsrat zur gleichen Lösung wie das Berufungsgericht, indem er rechtliche Mittel anwendet, die sich nicht grundlegend unterscheiden, aber durch eine Vorgehensweise, die es ihm sorgfältig erspart, sich zu der Frage einer Hierarchie zwischen der Pflicht des Arztes und der Zustimmung des Patienten zu äußern. "Ganz offensichtlich", so de Béchillon, "bestand das Ziel dieses Urteils darin, dem Gesetzgeber einen Ball zuzuspielen, mit dem der Staatsrat überhaupt nicht spielen wollte"⁸⁵¹. Denn, so der Autor, "wenn der Staatsrat das Urteil des Berufsverwaltungsgerichts aufgehoben hat, dann keineswegs, weil er mit dem Ergebnis oder gar der Begründung des Urteils nicht einverstanden war, sondern weil er ein anderes Ziel verfolgen wollte, das man als politisch bezeichnen kann: den Gesetzgeber aufzufordern, seiner Verantwortung

und S. GROMB Hrsg.), éditions ENSP, 1996, 254 S.

⁸⁴⁷ CAA Paris, 9. Juni 1998, *Donyob und Senanayake* (2 Arten), *RFDA* 1998, S. 1231-1242, Schlussfolgerung von Frau HEERS. Diese Lösung war das Ergebnis einer Überlegung, die von der Regierungskommissarin Frau Heers dargelegt wurde und mit den Unsicherheiten in der Gesetzgebung zusammenhing.

⁸⁴⁸ Schlusswort von D. CHAUVAUX zu CE, Ass., 26. Oktober 2001, *Senanayake*, *RFDA* 2002, S. 151. Der Regierungskommissar stellte fest: "Es scheint uns radikal unmöglich, davon auszugehen, dass das Recht einer Person, Pflege zu erhalten, in eine Verpflichtung umgewandelt werden kann, sie zu erdulden" (a. a. O., S. 150). "Der Patient, der eine medizinische Handlung ablehnt, wählt einfach, wie es ihm frei steht, sein Recht auf Pflege nicht zu nutzen, und sein Wille muss respektiert werden" (a. a. O., S. 151).

⁸⁴⁹ CE, Ass., 26. Oktober 2001, *Senanayake*, *Lebon* S. 514; *RFDA* 2002, S. 156-162, Anm. D. DE BECHILLON; *Dr. adm.*, comm. n° 40, note E. AUBIN; *D.* 2001, IR, S. 3253, Obs. X.; *AJDA* 2002, S. 259-263, Anm. M. DEGUERGUE; *LPA* 15. Januar 2002, Nr. 11, S. 18-21, Anm. C. CLEMENT; *RDJS* 2002, Nr. 38(1), S. 41-51, Anm. L. DUBOUIS; C. GUETIER, chron. *LPA* 19. August 2002, Nr. 165, S. 8-13; *GP* 16-17. Oktober 2002, S. 27 f., Anm. J.-J. FRION. Siehe auch die Studie von A. MEERSCH, "Le refus de soins devant le Conseil d'Etat", *Dr. adm.* 2002, chron. Nr. 13; J. MOREAU, *JCP G* 2002, II, 10025.

⁸⁵⁰ Die Begründung wird in einem sehr präzisen Erwägungsgrund ausgedrückt: "In Anbetracht der extremen Situation, in der sich Herr Senanayake befand, entschieden sich die Ärzte, die ihn behandelten, einzig und allein mit dem Ziel, ihn zu retten, eine Handlung vorzunehmen, die für sein Überleben unerlässlich und seinem Zustand angemessen war, unter diesen Bedingungen und ungeachtet ihrer Verpflichtung, seinen auf seinen religiösen Überzeugungen beruhenden Willen zu respektieren, begingen sie keinen Fehler, der die Haftung der Assistance publique-Hôpitaux de Paris auslösen könnte".

⁸⁵¹ D. DE BECHILLON, a. a. O., S. 161.

gerecht zu werden, indem er die Initiative ergreift und *generell* sagt, ob man in Frankreich beschließt, einem Patienten zu erlauben, zu verlangen, dass man ihn sterben lässt oder nicht"⁸⁵². Im Klartext: "Der Richter stellt den Gesetzgeber vor seine Verantwortung, indem er ihn dazu auffordert, eine neue Norm zu verankern, die eine einfache Alternative bietet: den Patienten über sein Schicksal oder sogar seinen Tod entscheiden zu lassen oder den Arzt zu verpflichten, ihn gegen seinen Willen zu retten".⁸⁵³

B. Die Verankerung eines absoluten Prinzips im Jahr 2002

210. Der Gesetzgeber wurde aufgefordert, seine Verantwortung zu übernehmen, und hat die Rechtslage durch das Gesetz vom 4. März 2002 präzisiert. In diesem Gesetz wird das Recht auf Einwilligung ausdrücklich als absolutes Prinzip verankert. In Anlehnung an die im europäischen Recht und in vielen anderen Ländern geltenden Lösungen bekräftigt es den Vorrang der Zustimmung vor der Verpflichtung zur Behandlung.
211. Auf europäischer Ebene dienen zwei Texte als Referenz. Die *Erklärung über die Förderung der Patientenrechte in Europa*, die am 28. und 30. März 1994 in Amsterdam unterzeichnet wurde, enthält einen §3, der der Einwilligung gewidmet ist. Nach dem Hinweis darauf, dass keine medizinische Handlung ohne die vorherige informierte Zustimmung des Patienten vorgenommen werden darf, räumt dieser Paragraph dem Patienten das Recht ein, eine medizinische Handlung abzulehnen oder abzubrechen, wobei der Arzt verpflichtet ist, ihm die Tragweite einer solchen Ablehnung oder Interpretation klar darzulegen. Diese Erklärung erlaubt es dem Arzt jedoch in keinem Fall, die Weigerung des Patienten aus Gründen der Lebensnotwendigkeit zu übergehen. Ebenso wurde unter der Schirmherrschaft des Europarats am 4. April 1997 ein *Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin* unterzeichnet⁸⁵⁴. Dieser Text ist ein Rahmenübereinkommen: Er stellt ein Minimum dar und behält den einzelnen Unterzeichnerstaaten die spätere Möglichkeit vor, einzelne Fragen ausführlicher zu behandeln (Artikel 27). Sein Artikel 5 besagt, dass eine Intervention im Gesundheitsbereich nur nach freier und aufgeklärter Einwilligung der Person erfolgen darf; er räumt der Person das Recht ein, diese Einwilligung jederzeit frei zu widerrufen. Dieses Minimum behält die Hypothese der Lebensnotwendigkeit nicht vor. Da die Ergänzungen, die möglicherweise im innerstaatlichen Recht vorgenommen werden, nur in Richtung eines größeren Schutzes gehen können, werden sie nicht die Möglichkeit haben, eine solche Einschränkung einzuführen. In beiden Rechtsinstrumenten wird das Recht auf Einwilligung als absolutes Prinzip dargestellt. Wenn man diese Texte liest, "wird deutlich, dass es nicht vorgesehen ist, dass die Lebensnotwendigkeit dem Arzt erlaubt, sich über den Widerstand des Patienten gegen die Behandlung hinwegzusetzen".⁸⁵⁵

Was den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte betrifft, so hat dieser entschieden, dass "die Auferlegung einer medizinischen Behandlung ohne die Zustimmung des Patienten, wenn er erwachsen und geistig gesund ist, als eine Verletzung der körperlichen Integrität des Betroffenen analysiert werden würde, die die durch Artikel 8§1 der Konvention (Privatleben) geschützten Rechte in Frage stellen kann"⁸⁵⁶. In einer früheren Entscheidung hatte der Straßburger Gerichtshof bereits festgestellt, dass ein "medizinischer Eingriff unter Zwang, selbst wenn er von geringer Bedeutung ist, als Eingriff in dieses Recht anzusehen ist".⁸⁵⁷

Eine ähnliche Richtung lässt sich im Rechtsvergleich erkennen. In den Vereinigten Staaten stellen die Gerichte den Willen des Patienten bedingungslos in den Vordergrund. So urteilte das Superior Court of New Jersey: "Ein Zeuge Jehovas, der im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte ist, oder eine Person mit ähnlichen Ansichten hat jedes

852 D. DE BECHILLON, *a. a. O.*, S. 162.

853 A. PARIENTE, "Le refus de soins: réflexions sur un droit en construction", *RDP* 2003, S. 1432.

854 Europarat, ETS Nr. 164.

855 A. DORSNER-DOLIVET, *a. a. O.*, S. 531. Zu diesen Texten siehe die Ausführungen von A. Dorsner-Dolivet, S. 530-531.

856 EGMR, 29. April 2002, *Pretty vs. Vereinigtes Königreich*, § 63, *AJDA* 2003, S. 1383-1338, Anmerkung B. LE BAUT-FERRARESE, "La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade: la consécration par l'arrêt Pretty du droit du refus de soins" (Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Rechte des Kranken: die Festschreibung des Rechts auf Verweigerung der Behandlung durch das Urteil Pretty). Das Problem der Zustimmung zur Behandlung wird vom Straßburger Gerichtshof in diesem Urteil nur beiläufig angesprochen. Die zentrale Frage betraf nicht die Verweigerung der Behandlung, sondern die Frage, ob es ein mögliches "Recht" auf den Tod gibt. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Konvention dem Einzelnen kein Recht auf assistierten Suizid einräumt. Das von der Konvention proklamierte Recht auf Leben könne kein symmetrisches Recht auf Sterben begründen.

857 Rechtssachen *X. gegen die Niederlande* vom 4. Dezember 1978 und *X. gegen Österreich* vom 13. Dezember 1979, zitiert von B. LE BAUT-FERRARESE, *a. a. O.*, S. 1385.

Recht, eine medizinische Behandlung ganz oder teilweise abzulehnen, selbst wenn seine Entscheidung dazu führt, dass sein Leben geopfert wird"⁸⁵⁸. Das englische Berufungsgericht hat den Grundsatz aufgestellt, dass jeder Erwachsene normalerweise das Recht hat, zu entscheiden, ob er eine medizinische Behandlung akzeptiert oder nicht, selbst wenn eine Ablehnung zu einem dauerhaften Gesundheitsschaden oder zum Tod führen könnte und selbst wenn die Gründe für die Ablehnung irrational sind⁸⁵⁹. In ähnlicher Weise verurteilte das Berufungsgericht von Ontario in Kanada 1990 einen Arzt, der einer bewusstlosen Person mit einer Karte, auf der stand, dass sie Transfusionen ablehnt, eine Bluttransfusion verabreicht hatte, zu einer Schadensersatzzahlung in Höhe von 20.000 Dollar⁸⁶⁰. In Japan sprach der Oberste Gerichtshof den Erben eines Zeugen Jehovas, der gegen seinen Willen eine Bluttransfusion erhalten hatte, eine Summe von 5.000 US-Dollar zu.⁸⁶¹

212. Das Gesetz vom 4. März 2002⁸⁶² ist Teil dieses Ansatzes, die Autonomie und den Willen des Patienten zu fördern. Es "gibt dem Patienten das Recht, jede medizinische Handlung im Sinne der nordamerikanischen Logik abzulehnen"⁸⁶³. Der Wortlaut dieses Textes ist innovativ: Er erkennt ein Recht auf Widerspruch gegen die Behandlung an, indem er Artikel L. 1111-4 in den Code de la santé publique einführt, der sich mit der Frage der Einwilligung befasst. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Zustimmung zu einem absoluten Recht zu machen, dessen Anerkennung und Ausübung keinen Vorbehalten oder Einschränkungen unterliegt.

In Absatz 1 wird der Grundsatz der Einwilligung bekräftigt. Im Gegensatz zu früheren Texten, in denen der Patient die ihm vom Arzt vorgeschlagene Behandlung akzeptierte, sieht diese Bestimmung eine echte Abstimmung zwischen den beiden Protagonisten vor, indem der Patient wirklich in die medizinische Entscheidung einbezogen wird. "Es handelt sich hierbei nicht um eine Einwilligung, sondern um die Anerkennung der Entscheidungsgewalt des Patienten über seine Gesundheit".⁸⁶⁴

Die Absätze 2 und 3 befassen sich mit der Verweigerung von medizinischer Versorgung. ^{ème} Absatz 2 erinnert daran, dass der "Arzt den Willen der Person respektieren muss, nachdem er sie über die Folgen ihrer Entscheidungen aufgeklärt hat". Anschließend wird der Fall betrachtet, dass "der Wille der Person, eine Behandlung abzulehnen oder zu unterbrechen, lebensbedrohlich ist", so dass der "Arzt alles tun muss, um die Person davon zu überzeugen, die notwendige Behandlung zu akzeptieren". Diese Bestimmung "verleiht also dem Patienten, der in der Lage ist, sich zu äußern und ordnungsgemäß aufgeklärt wurde, das Recht, sich einer lebensbedrohlichen Behandlung zu widersetzen"⁸⁶⁵. Die "Achtung der Autonomie des Willens des Patienten ist derart, dass der Arzt, wenn der Patient eine medizinische Behandlung ablehnt, verpflichtet ist, diese Entscheidung zu respektieren".⁸⁶⁶ Absatz 3 bekräftigt die Vorrangigkeit der Zustimmung des volljährigen Patienten, der in der Lage ist, einen freien und informierten Willen zu äußern, selbst in lebensbedrohlichen Notfällen: "Keine medizinische Handlung oder Behandlung darf ohne die freie und informierte Zustimmung der Person durchgeführt werden, und diese Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden". Wie Mathieu feststellt, "verfügt der Arzt nicht mehr über die Macht, sich über den Willen des Patienten hinwegzusetzen, selbst im Falle eines lebensbedrohlichen Notfalls"⁸⁶⁷. Das Gesetz vom 4. März 2002 "erkennt dem Patienten ausdrücklich das Recht zu, sich selbst bei Lebensgefahr einem Eingriff zu widersetzen"⁸⁶⁸. Das Gesetz beschränkt den Vorrang der Einwilligung nicht auf Fälle, in denen das Leben des Patienten nicht gefährdet ist. Er sieht keine Umstände vor, die es erlauben würden, die Einwilligung des Patienten zu übergehen. Wie Pariente betont, ist "die Möglichkeit, dass ein Patient bei Bewusstsein die Behandlung bis zum Tod verweigert, theoretisch möglich und rechtlich vorgesehen und gesetzlich zulässig"⁸⁶⁹. Das Gesetz beendet die in der *Senanayake-Rechtsprechung* enthaltene Begrenzung auf lebensbedrohliche Situationen. Die Entscheidung des Patienten ist souverän und muss respektiert

⁸⁵⁸ Entscheidung der Berufsabteilung des Obersten Gerichtshofs von New Jersey, Fall *In re Hughes*, 611 A.2d, 1148 (N.J. 1992), zitiert nach A. PARIENTE, *a.a.O.*, S. 1425.

⁸⁵⁹ English Court of Appeal, Re T [1992] 4 All ER 649, zitiert von D. CHAUVAUX, *a. a. O.*, S. 154-155.

⁸⁶⁰ Ontario Court of Appeal, 3. März 1990, *Malette v. Shulman*, 72 O.R. (2d) 417, zitiert von D. CHAUVAUX, *a. a. O.*, S. 154.

⁸⁶¹ Oberster Gerichtshof von Japan, 29. Februar 2000, *Takeda vs. Staat*, zitiert von D. CHAUVAUX, *a. a. O.*, S. 154.

⁸⁶² Gesetz vom 4. März 2002 über das Recht der Kranken und die Qualität des Gesundheitssystems, ABl. 5. März 2002, S. 4118.

⁸⁶³ A. PARIENTE, *a. a. O.*, S. 1423.

⁸⁶⁴ B. MATHIEU, "Les droits des personnes malades", *LPA* 19. Juni 2002, Nr. 122, Sondernummer La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système français" (A. LAUDE Hrsg.), S. 16.

⁸⁶⁵ A. DORSNER-DOLIVET, *a. a. O.*, S. 531.

⁸⁶⁶ P. MISTRETTA, "La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation", *JCP G* 2002, I, 141, S. 1079.

⁸⁶⁷ B. MATHIEU, *a. a. O.*, S. 16.

⁸⁶⁸ A. DORSNER-DOLIVET, *a. a. O.*, S. 532.

⁸⁶⁹ A. PARIENTE, *a. a. O.*, S. 1433.

werden.

Die letzten beiden Absätze von Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit behandeln die Besonderheiten der Zustimmung von Personen, die nicht in der Lage sind, ihren Willen zu äußern (4^{ème} Absatz) oder nicht in der Lage sind (5^{ème} Absatz).⁸⁷⁰

213. In seinem Kommentar zum *Senanayake-Urteil* hatte M. de Béchillon erklärt, dass, wenn eine gesetzliche Bestimmung die Verpflichtung des Arztes zur Enthaltung angesichts der vom Patienten klar zum Ausdruck gebrachten Ablehnung der Behandlung vorsieht, der Arzt "nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hätte, seinen Patienten nicht zu transfundieren"⁸⁷¹. Da der vom Staatsrat formulierte Vorbehalt vom Gesetzgeber verworfen wurde, kam die Lehre insgesamt zu dem Schluss, dass die Rechtsprechung *Senanayake nach der Verabschiedung* des Gesetzes vom 4. März 2002 hinfällig wurde⁸⁷². Diese Auslegung wird zudem durch die vorbereitenden Arbeiten bestätigt. Der Berichterstatter des Gesetzentwurfs in der Nationalversammlung stellte klar, dass "der Grundsatz der Zustimmung des Patienten ihm das Recht gibt, die vorgeschlagene Pflege abzulehnen" und dass es folglich "keine aufgezwungene Behandlung oder diagnostische Untersuchung geben kann"⁸⁷³. Auf die Frage eines Abgeordneten, ob Ärzte einen Zeugen Jehovas, der eine Bluttransfusion ablehnt, "sterben lassen" sollten, erklärte der Gesundheitsminister, dass "es nicht in Frage kommt, jemandem eine Bluttransfusion zu geben, der sie aus irgendeinem Grund ablehnt". Nur eine Person, die sich nicht gegen den Eingriff ausgesprochen hat, kann eine Transfusion erhalten. Die Transfusion ist "nur möglich, wenn das Leben in Gefahr ist und er weder ablehnen noch einwilligen kann, wie es im Koma der Fall ist"⁸⁷⁴. Wenn die Person hingegen vor der Bewusstlosigkeit die Transfusion ausdrücklich abgelehnt hat, muss ihr Wille respektiert werden.

Der Text war präzise, der Wille des Gesetzgebers unmissverständlich. Dennoch wurde die gesetzliche Anforderung des absoluten Vorrangs der Zustimmung "von der Rechtsprechung abgelehnt"⁸⁷⁵.

II. Ein relativer Grundsatz für den Richter

214. Für den Richter für einstweilige Verfügungen ist das Recht, eine medizinische Behandlung zu wählen und insbesondere das Recht, sich einer unerwünschten Behandlung zu widersetzen, ein relatives Recht. Der Umfang dieser Grundfreiheit erstreckt sich nicht auf medizinische Handlungen, die für das Überleben des Patienten notwendig sind. Der Wille des Patienten wird nur bis zu einem gewissen Grad respektiert. Wenn die Entscheidung des Patienten zu seinem Tod führen könnte, kann die Ärzteschaft die Einwilligung des Patienten wieder aufheben.

⁸⁷⁰ Der 4^{ème} Absatz sieht vor, dass außer in Notfällen oder bei Unmöglichkeit kein Eingriff oder keine Untersuchung durchgeführt werden darf, ohne dass die Vertrauensperson oder die Familie oder, wenn es keine Familie gibt, ein Angehöriger konsultiert wurde. Da dieser Text ausdrücklich den Notfall vorbehält, kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber diesen Umstand auch bei einem Volljährigen, der in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, ausgeschlossen hätte, wenn er dies wirklich gewollt hätte. Dies hat er jedoch nicht getan. Dieselbe Beobachtung lässt sich auch auf einen Minderjährigen oder Volljährigen übertragen, der unter Vormundschaft steht.

⁸⁷¹ D. DE BECHILLON, *a. a. O.*, S. 159.

⁸⁷² M. Mathieu argumentiert, dass man "davon ausgehen kann, dass das Gesetz dem Arzt die Wahl genommen hat, die ihm der Staatsrat implizit gelassen hat, und ihn anweist, seine Pflicht, den Willen des Patienten zu respektieren, über seine Pflicht, sein Leben zu retten, zu stellen" (B. MATHIEU, *a. a. O.*, S. 16). Nach der Verabschiedung dieses Textes "sollte die Rechtsprechung, die eine Bluttransfusion legitimiert, die gegen den ausgedrückten Willen eines Zeugen Jehovas durchgeführt wurde (C.E., 26. Oktober 2001), nicht mehr gelten" (Y. LAMBERT-FAIVRE, "Les droits des malades, usagers du système de santé", *D.* 2002, S. 1296). Siehe in diesem Sinne auch: P. MISTRETTA, *op. cit.*; F. BELLIVER und J. ROCHFELD, *RTD civ* 2002, S. 574; J.-P. GRIDEL, *op. cit.* Die Autoren bekräftigten diese Position, als einige Monate später Fälle auftauchten, in denen die Grenzen dieser Grundfreiheit auf die Probe gestellt wurden. Für Frau Mersch "verhindert die Prävalenz der Einwilligung die Möglichkeit des Arztes, sich über die Zustimmung des Patienten zu einer medizinischen Handlung hinwegzusetzen, selbst wenn diese Entscheidung für sein Überleben schädlich wäre" (A. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence Senanayake", *JCP A* 2002, 1022, S. 27). Ebenso ist M. Garay der Ansicht, dass das Gesetz vom 4. März 2002 der *Senanayake-Rechtsprechung* ein Ende gesetzt hat (A. GARAY, "Volontés et libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique", *RGDM* 2003/10, S. 161). Der Patient "kann sich jeder Handlung widersetzen. Il semble alors impossible au praticien d'outrepasser le dissentiment aux transfusions sanguines des témoins de Jehovah si ces derniers disposent des facultés intellectuelles nécessaires à la compréhension des suites de leur refus" (A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA, "Droits des patients et refus de soins", *JCP G* 2003, II, 10098, S. 1112).

⁸⁷³ AN-Bericht Nr. 3263, 26. September 2001, S. 60.

⁸⁷⁴ B. KOUCHNER, *JO déb. AN* 2001, CR Sitzung 3. Oktober 2001, S. 5448.

⁸⁷⁵ A. PARIENTE, *a. a. O.*, S. 1433. Für den Autor hat sich der Richter "geweigert, das Gesetz anzuwenden" (*ebd.*).

215. Bereits im Sommer 2002 musste sich der Richter für einstweilige Verfügungen zu einer lebensbedrohlichen Verweigerung einer medizinischen Behandlung äußern. In diesem Fall ging es um den Widerstand gegen eine Bluttransfusion, den eine Person, die den Zeugen Jehovas angehörte, geäußert hatte⁸⁷⁶. Der Fall begann am 5. August 2002. Valerie Feuillatey wurde in das Krankenhaus von Saint-Etienne eingeliefert und erhielt dort trotz ihrer mündlichen und schriftlichen Ablehnung eine Bluttransfusion, die von den Ärzten als überlebenswichtig angesehen wurde. Die Patientin hatte mitgeteilt, dass sie unter allen Umständen die Verabreichung jeglicher Blutprodukte ablehnen würde. Sie und ihre Schwester, eine "Vertrauensperson" im Sinne von Artikel L. 1111-6 des französischen Gesundheitsgesetzes⁸⁷⁷, wandten sich am 7. August 2002 an den Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Lyon. Mit Beschluss vom 9. August 2002 wies dieser die Ärzte an, der Patientin keine weiteren Transfusionen zu geben, und erklärte, dass diese Anordnung nicht mehr gelte, wenn sich die Patientin "in einer extremen Situation befindet, in der eine lebensbedrohliche Prognose auf dem Spiel steht". Die Klägerinnen legten gegen diese Anordnung Berufung ein und beantragten beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, den Vorbehalt bezüglich der Lebensgefahr aufzuheben. Der Berufungsrichter genehmigte jedoch den vom ersten Richter erwähnten Vorbehalt. Er reformierte den Beschluss lediglich, um klarzustellen, dass einerseits die Behandlung für das Überleben des Patienten unerlässlich und seinem Zustand angemessen sein muss und andererseits die Ärzte alles in ihrer Macht Stehende tun müssen, um den Patienten davon zu überzeugen, der Behandlung zuzustimmen.

Die Forderung, dass alles getan werden muss, um den Patienten zur Einwilligung in die Behandlung zu bewegen, zeigt, dass die neue Rechtslage berücksichtigt wurde, da Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit dies vor jeder medizinischen Handlung vorschreibt. Dennoch scheint die Berücksichtigung der durch das Gesetz vom 4. März 2002 eingeführten Neuerungen nicht vollständig zu sein, da der Richter den aus dem *Senanayake-Urteil* hervorgegangenen Vorbehalt bezüglich der für das Überleben des Patienten unerlässlichen Pflege beibehält⁸⁷⁸. Obwohl der Gesetzgeber wollte, dass dieser Vorbehalt verschwindet, ist der Richter für einstweilige Verfügungen der Ansicht, dass das Gesetz nicht die Möglichkeit ausschließen wollte, den Willen des Patienten im Falle eines lebensbedrohlichen Zustands zu übergehen. Durch eine "contra legem"-Auslegung⁸⁷⁹ des Gesetzes vom 4. März 2002 kommt der Verwaltungsrichter "somit zu der Auffassung, dass das Recht, sich der Behandlung zu widersetzen, keineswegs absolut ist, sondern unter dem Einfluss besonderer Umstände nachgeben kann"⁸⁸⁰.

216. Wie Frau Porchy-Simon bemerkte, "kann die Relevanz einer solchen Argumentation nur unter der Bedingung anerkannt werden, dass im positiven Recht eine Regel identifiziert wird, die es dem Arzt erlaubt, seine Behandlungspflicht über den Willen des Betroffenen zu stellen, wobei diese Regel darüber hinaus durch einen Text legislativer oder übergesetzlicher Natur anerkannt werden muss"⁸⁸¹. Es ist jedoch festzustellen, dass

⁸⁷⁶ CE, ord. 16. Juli 2002, *Feuillatey*, *Lebon* S. 309, *Droit, déontologie et soin* September 2002, vol. 2, Nr. 3, S. 416-425, Anm. L. OUATAH; *LPA* 26. März 2003, Nr. 61, S. 4-10, Anm. C. CLEMENT; *JCP G* 2002, II, 10184, Anm. P. MISTRETTA; *GP* 2002, 2, S. 1345, Anm. F.-J. PANSIER. Ein ähnlicher Fall wurde in der folgenden Woche vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Lille verhandelt: TA Lille, Ord. 25. August 2002, *M. et Mme G. c/ CHR de Valenciennes*, *JCP G* 2003, II, 10098, Anm. A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA; *GP* 2003, 2, S. 486-489, Anm. A. GARAY. Diese beiden Entscheidungen waren auch Gegenstand gemeinsamer Studien und Kommentare: Y. LACHAUD, "Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002: premières décisions de la juridiction administrative", *GP* 2002, 1, S. 1729-1731; A. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence Sénanayaké" (Wenn die Richter das Gesetz Kouchner ignorieren und die Rechtsprechung Sénanayaké bestätigen), *JCP A* 2002, 1022; S. PORCHY-SIMON, "Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 (à propos de deux ordonnances des juridictions administratives des 16-25 août 2002)", *Resp. civ. et ass.* 2002, chron. n° 21; E. AUBIN, "Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002", *Dr. adm.* 2002, comm. n° 188; B. MATHIEU, "De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion sanguine des témoins de Jehovah", *RGDM* 2003/9, S. 97-104; A. GARAY, "Volontés et libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique", *RGDM* 2003/10, S. 143-155; O. YACOUB, "L'article L. 1111-4 du code de la santé publique à l'épreuve du référé-liberté (ou le refus de soins, liberté fondamentale)", *GP* 23 mars 2003, pp. 2-5; *Droit de la famille* 2003, comm. n° 11, note S. MOUTON.

⁸⁷⁷ D. h. die Person, die vom Patienten dazu bestimmt wurde, für ihn Entscheidungen zu treffen, falls er dazu nicht mehr in der Lage sein sollte.

⁸⁷⁸ Wie M. Pariente feststellt, "zeigt auch die korrelative Verwendung des im Fall *Senanayake* herausgearbeiteten Rechtsprechungskriteriums der Relevanz der überlebenswichtigen und dem Zustand des Patienten angemessenen Behandlung deutlich, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die den Vorrang der Einwilligung festlegen, außer Kraft gesetzt wurden" (A. PARIENTE, a. a. O., S. 1434).

⁸⁷⁹ A. PARIENTE, a. a. O., S. 1434.

⁸⁸⁰ A. DORSNER-DOLIVET, a. a. O., S. 529.

⁸⁸¹ S. PORCHY-SIMON, a. a. O., S. 5. Da die Einhaltung der Ablehnung durch einen Text mit Gesetzeswert - Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit - vorgeschrieben ist, kann sich eine Abweichung nur aus einem Text mit mindestens gleichem Wert ergeben.

"keiner dieser beiden Vorschläge (...) beim derzeitigen Stand des positiven Rechts überprüft werden zu können scheint. Die Suche nach einer Regel, die es dem Arzt ausdrücklich erlaubt, den Patienten gegen seinen Willen zu behandeln, selbst unter den vom Staatsrat genannten sehr speziellen Bedingungen, scheint in der Tat zum Scheitern verurteilt zu sein".⁸⁸²

Es ist offensichtlich, dass diese Lösung zunächst nicht auf das Gesetz vom 4. März 2002 gestützt werden kann, das das Recht des Patienten anerkennt, eine medizinische Handlung abzulehnen, ohne *irgendwelche Einschränkungen* in Bezug auf die Folgen der Ablehnung für die Gesundheit des Betroffenen einzuführen. Da die Einwilligung, wie vom Gesetz gefordert, "frei und aufgeklärt" ist⁸⁸³, muss sie unbedingt respektiert werden. Das Gesetz enthält keine Abstriche in Bezug auf die Achtung der Einwilligung des Patienten. Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit beschränkt sich darauf, den Arzt zu verpflichten, in Fällen, in denen die Entscheidung des Patienten, eine Behandlung abzubrechen, lebensbedrohlich sein könnte, zu versuchen, die Person davon zu überzeugen, die unerlässliche Pflege zu akzeptieren, ohne dem Arzt in irgendeiner Weise die Möglichkeit einzuräumen, diese auf autoritäre Weise durchzusetzen. "Das Recht auf Verweigerung der Behandlung bringt für den Arzt nur eine einzige Verpflichtung mit sich, nämlich den Patienten davon zu überzeugen, die für seinen Zustand objektiv am besten geeignete Therapie zu akzeptieren. Wenn es nicht gelingt, den Patienten zu überzeugen, muss seine Ablehnung auf jeden Fall respektiert werden"⁸⁸⁴. Über den Wortlaut der Texte hinaus scheint die allgemeine Philosophie des Gesetzes vom 4. März 2002 einer autoritären Umsetzung der Behandlung entgegenzustehen, denn das Gesetz über die *Rechte von Patienten* "scheint einen autonomen Schutz der ärztlichen Beziehung zu bieten, der in völligem Gegensatz zu den von den Verwaltungsgerichten gewählten Lösungen steht".⁸⁸⁵

Auch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches stellen keine Einschränkung der Zustimmung des Patienten dar. Die Strafbarkeit der unterlassenen Hilfeleistung für eine Person in Gefahr durch Artikel 233-6 Absatz 2 des Strafgesetzbuches wurde manchmal als Rechtfertigung für Zwangsbehandlungen angeführt. Dieser Argumentation zufolge würde die Möglichkeit, dass der Arzt wegen unterlassener Hilfeleistung für eine Person in Gefahr strafrechtlich verfolgt wird, insbesondere wenn die Verweigerung der Behandlung zu einem lebensbedrohlichen Risiko für den Patienten führt, im *Umkehrschluss* seine Intervention trotz des Widerstands des Patienten rechtfertigen. Die Frage ist also, ob ein Arzt, der, um der Weigerung seines Patienten nachzukommen, diesem nicht die Pflege zukommen lässt, die seinen Tod verhindert hätte, als unterlassene Hilfeleistung für eine Person in Gefahr betrachtet werden muss. Der Kassationshof hat eine solche Lösung nie anerkannt. Im Gegenteil, die Rechtsprechung verankert die Unmöglichkeit, den Arzt auf dieser Grundlage zu belangen, wenn die gefährdete Person die ihr geleistete Hilfe verweigert⁸⁸⁶.

Einige Autoren sahen in Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuches eine Einschränkung des in Artikel L. 1111-4 des Gesetzes über die öffentliche Gesundheit festgelegten Grundsatzes. Diese Hypothese entwickelnd, argumentiert Frau Ouatah, dass "A l'évidence, le Conseil d'Etat refuse de donner à cet article L. 1111-4 toute sa portée car, autant ambitieuse que peut être la loi du 4 mars 2002, elle doit être appréciée dans un cadre plus large, celui de l'article 16-3 du Code civil (...)"⁸⁸⁷. Es sollte jedoch klargestellt werden, dass die beiden Texte sehr unterschiedliche Anwendungsbereiche haben. Artikel 16-3 des Code civil entspricht der Situation des Patienten, der nicht in der *Lage ist, seinen Willen zu äußern*, und nicht der des volljährigen Patienten, der sich äußern kann, eine Hypothese, die Artikel L. 1111-4 zugrunde liegt. Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuches war daher in dem dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegten Fall nicht relevant, da die Patientin ihren Willen schriftlich und mündlich geäußert hatte, als sie in der Lage war, dies zu tun.

Könnte diese Grenze dann aus der Behandlungspflicht des Arztes abgeleitet werden? Auch hier scheint die Antwort negativ zu sein. Wie Pariente bemerkte, "wird die Bedeutung der Pflichten des Arztes von den Kommentatoren oft übertrieben, obwohl diese Pflichten einen genauen rechtlichen Rahmen haben, der keinesfalls

⁸⁸² Ibid.

⁸⁸³ Die Gründe für die Verweigerung der Behandlung dürfen nicht herangezogen werden, um dem Willen die Freiheit abzusprechen. Eine gegenteilige Lösung würde den Arzt zu einem echten Schiedsrichter über die Absichten des Patienten machen. Ein solcher Ansatz stünde im Widerspruch zu Artikel L. 1111-4, in dem es heißt: "Jede Person trifft in Absprache mit dem Angehörigen eines Gesundheitsberufs und unter Berücksichtigung der von diesem bereitgestellten Informationen und Empfehlungen die Entscheidungen, die ihre Gesundheit betreffen", ohne dass dem Arzt ein Kontrollrecht über die Beweggründe des Betroffenen eingeräumt würde." Selbst wenn die Gründe, aus denen Zeugen Jehovas Bluttransfusionen ablehnen, für einen rationalen Geist unvernünftig erscheinen mögen, steht es dem Arzt nicht zu, sich auf einen solchen Glauben zu berufen, um an sich die Missachtung des Willens des Patienten zu rechtfertigen" (S. PORCHY-SIMON, a. a. O., S. 7).

⁸⁸⁴ A. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner...", a. a. O., S. 27.

⁸⁸⁵ S. PORCHY-SIMON, a. a. O., S. 5.

⁸⁸⁶ Siehe Crim., 3. Januar 1973, Nr. Juris-Data 1973-095002, D. 1973, Jur, S. 220.

⁸⁸⁷ L. OUATAH, a. a. O., S. 417. Vgl. auch C. CLEMENT, a. a. O., S. 8: "Ohne Zweifel führt eine wörtliche Anwendung dieses Artikels dazu, dass der Arzt den Willen des Patienten absolut respektieren muss, selbst wenn dessen Leben auf dem Spiel steht. Der Verwaltungsrichter hat dies nicht so verstanden und es vorgezogen, gemäß Artikel 16-3 des Zivilgesetzbuches anzuerkennen, dass das Recht auf Einwilligung nur relativ ist".

Grenzen ausschließt⁸⁸⁸. Die Behauptung, dass die Behandlungspflicht Vorrang vor dem Grundsatz der Zustimmung hat, ist laut Penneau ein echter "Argumentationsfehler". Der Autor erklärt, dass "die Verpflichtung des Arztes, die Gesundheit und das Leben des Individuums zu schützen, in der Tat nur durch den Willen des Betroffenen besteht, mit anderen Worten, der Verweis auf die Verpflichtung des Arztes, das Leben und die Gesundheit des Individuums zu schützen, verliert im Falle einer Behandlungsverweigerung jegliche Bedeutung, da das Individuum diesen Schutz eben ablehnt"⁸⁸⁹. Der Arzt ist zwar durch verschiedene Textquellen zur Behandlung verpflichtet, doch diese Verpflichtung besteht nur unter der Bedingung, dass der Patient der Behandlung zustimmt. Der Patient kann zwar in die therapeutische Beziehung einwilligen, sich aber gegen bestimmte Arten von Handlungen an ihm wehren. Der Arzt ist zwar verpflichtet, einen Patienten zu behandeln, der dies wünscht, doch darf er ihm keine Handlungen aufzwingen, die der Patient ablehnt.

Kann die Zustimmung des Patienten schließlich eine Grenze in einer impliziten öffentlichen Ordnung finden, die das Handeln des Arztes bestimmt oder den Status des menschlichen Körpers regelt und sich als "objektives Recht auf Leben" darstellt⁸⁹⁰? Einige Autoren argumentieren, dass allgemeine Rechtsgrundsätze, die auf eine virtuelle öffentliche Ordnung hindeuten, den Arzt dazu veranlassen könnten, seiner Behandlungspflicht Vorrang vor der Achtung des Willens des Patienten einzuräumen⁸⁹¹. Zur Unterstützung dieser These werden der Grundsatz der Würde der menschlichen Person oder der Grundsatz der Unverfügbarkeit des menschlichen Körpers angeführt. In Wirklichkeit ist die Berufung auf diese Grundsätze im Falle eines Patienten, der lebensrettende Maßnahmen ablehnt, jedoch äußerst fragwürdig. Man kann sich nicht auf den Grundsatz der Unverfügbarkeit des menschlichen Körpers berufen, um einen Patienten zu zwingen, sich gegen seinen Willen behandeln zu lassen, wenn diese Weigerung weder die Rechte Dritter noch das öffentliche Interesse beeinträchtigt. Zwar verbietet dieser Grundsatz dem Patienten, den Arzt zu einer Handlung zu zwingen, die gegen die öffentliche Ordnung verstößt, doch erlaubt er dem Patienten andererseits, sich der Durchführung einer ungewollten Handlung an seinem Körper zu widersetzen. Was den Grundsatz der Menschenwürde betrifft, so hat der sogenannte "Zwergenwurf"-Fall⁸⁹² gezeigt, dass dieser Begriff nicht rein subjektiv gefasst werden kann, sondern im Gegenteil dazu führen kann, dass ein objektiver Schutz des Einzelnen gegenüber der Vorstellung, die der Einzelne von seiner eigenen Würde haben mag, Vorrang hat⁸⁹³. Davon abgesehen erlaubt dieser Grundsatz keinesfalls, die Ausübung der subjektiven Rechte der kranken Person zu behindern. Die Rechte Dritter sind nicht betroffen, wenn ein Patient die Behandlung einfach nur ablehnt, da es bei dieser Entscheidung nur um seine eigenen Interessen geht. Noch grundsätzlicher ist, dass diese Art von Argument "ein gewisses Unbehagen sowohl in Bezug auf das Prinzip selbst als auch auf die Gefahr von Fehlentwicklungen, die es mit sich bringen könnte, hervorruft"⁸⁹⁴. Es bezieht sich "auf eine tierische Auffassung vom Leben, das mit allen Mitteln erhalten werden soll, selbst wenn diese Mittel für den Betroffenen unerträglich sind, und zwar aus Gründen, die zu beurteilen weder der Arzt noch sonst jemand befugt ist, unabhängig von der Art dieser Gründe".⁸⁹⁵

217. So gibt es beim derzeitigen Stand des Rechts weder einen Text noch einen Grundsatz, der dem Arzt das Recht einräumt, einem Patienten gegen seinen Willen eine medizinische Handlung aufzuzwingen. Keine Regel des positiven Rechts kann die vom Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen gewählte Lösung begründen. Dieser "behält sich den Fall vor, dass das Leben des Patienten in Gefahr ist, und fügt dem Gesetz etwas hinzu; er stellt eine Bedingung, die das Gesetz nicht erwähnt hat"⁸⁹⁶. Der Richter befreite sich vom Wortlaut des Textes, indem er eine Bedingung hinzufügte, die dort nicht erwähnt wurde; er setzte eine Grenze, die der Gesetzgeber ausdrücklich ausschließen wollte. Porchy-Simon fasst die fast einhellige Meinung der Lehre zusammen und stellt fest, dass die vom Richter gewählten Lösungen "daher beim gegenwärtigen Stand des positiven Rechts nicht gerechtfertigt erscheinen".⁸⁹⁷

Die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entwickelte Rechtsprechung ist Teil einer klassischen Auffassung der Medizin, in der das Individuum nicht Herr über seinen eigenen Körper ist⁸⁹⁸

888 A. PARIENTE, *a. a. O.*, S. 1423.

889 J. PENNEAU, *Urgence, information et consentement*, éditions ENSP, 2001, S. 29.

890 Siehe Schlussanträge von Frau HEERS, *a. a. O.*, S. 1236, die auch auf die "öffentliche Schutzordnung" verweist (*a. O.*, S. 1238).

891 Siehe J.-P. GRIDEL, "Le refus de soins au risque de la mort", oben genannte Studie.

892 CE, Ass., 27. Oktober 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Lebon* S. 372, Concl. FRYDMAN; *GAJA* Nr. 108.

893 Siehe O. CAYLA, "Le coup d'Etat de droit", *Le débat*, 1998, Nr. 100, S. 108-133.

894 S. PORCHY-SIMON, *a. a. O.*, S. 6.

895 J. PENNEAU, *a. a. O.*, S. 29.

896 J. PENNEAU, "Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical", *D.* 2002, S. 2879.

897 S. PORCHY-SIMON, *a. a. O.*, S. 8.

898 In dieser Hinsicht bekräftigte Herr Denoix de Saint Marc bei seiner Anhörung durch die Informationsmission über die Begleitung am Lebensende, dass "die Achtung des Willens des Kranken, zumindest in bestimmten, sehr präzisen Fällen, vor der Aufrechterhaltung des Lebens zurücktreten muss" (Bericht Nr. 1708, *Respecter la vie, accepter la mort*, Juli 2004, XII^e

. Während im angelsächsischen Denken, das die Autonomie des Patienten zur Grundlage hat, der Mensch als Eigentümer seines Körpers betrachtet wird, ist er im französischen Modell nur "Nutznießer eines Körpers, der dem Staat gehört"⁸⁹⁹. Wenn die bewusste, klare und informierte Entscheidung des Einzelnen zu seinem Tod führen könnte, wird ihm seine Entscheidungsgewalt zugunsten der Allgemeinheit entzogen. Sobald der Patient der therapeutischen Beziehung zugestimmt hat, tritt er einem bestimmten Rechtsrahmen mit einer Reihe von Rechten und Pflichten bei, die sich daraus ergeben. Der Richter für einstweilige Verfügungen will sich hier der Einführung einer Medizin "à la carte" widersetzen. Wenn ein Patient darum bittet, in einem öffentlichen Krankenhaus behandelt zu werden, kann dies nur in dem Rahmen und zu den Bedingungen geschehen, die vom Ärzteteam festgelegt werden. Die Verankerung dieses Rechts als relativer Grundsatz verkennt nicht nur den Wortlaut von Artikel L. 1111-4 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit, sondern birgt auch mögliche Risiken der Entgleisung. Wie Frau Dorsner-Dolivet bemerkte, "bedeutet die Zulassung der Transfusion, eine Bresche in den Grundsatz der vorherigen Zustimmung des mündigen, fähigen und bewussten Patienten zu schlagen, und dies kann letztlich bei schwerwiegenden Eingriffen dazu führen, dem Arzt die Macht zu verleihen, anstelle des Patienten zu entscheiden"⁹⁰⁰.

Abschluss von Titel I

218. Da der Staatsrat bei der Festlegung der Liste und des Inhalts der Grundfreiheiten über einen großen Spielraum verfügte, entschied er sich für eine breite Definition des Anwendungsbereichs des *référé-liberté*. Der Verwaltungsrichter erstellte einen relativ umfangreichen Katalog von Grundfreiheiten. Er definierte den Inhalt und die Konsistenz jeder dieser Freiheiten in extensiver Weise. Ausgehend von einer streng positivistischen Analyse kann man die Position des Richters für einstweilige Verfügungen nicht kritisieren oder kritisieren, ohne außerrechtliche Überlegungen anzustellen. Streng genommen ist die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 entwickelte Konzeption der Grundfreiheiten nicht zu kritisieren. Sie erscheint respektvoll gegenüber den rechtlichen und logischen Zwängen, die sich ihm bei der Bestimmung der Bedeutung dieses Begriffs aufdrängen.
219. Andererseits kann man sich fragen, ob der großzügige Ansatz, den der Staatsrat bei der Definition des Anwendungsbereichs des *référé-liberté* gewählt hat, nicht den Ausnahmecharakter dieses Verfahrens in Frage stellt. Hat der Richter für einstweilige Verfügungen den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 nicht zu extensiv geöffnet? Anders ausgedrückt: Hat der Wille, den Begriff der Grundfreiheit weit auszulegen, nicht dazu geführt, dass der Rückgriff auf dieses Verfahren banalisiert wurde? Angesichts des Wortlauts und der Praxis von Artikel L. 521-2 ist ein solches Risiko aus zwei Gründen vollkommen ausgeschlossen. Zum einen bleibt der Anwendungsbereich dieses Verfahrens selbst bei einer weit gefassten Definition der Grundfreiheiten auf eine sehr begrenzte Anzahl von Rechten und Freiheiten beschränkt. Auch wenn der Anwendungsbereich des *référé-liberté* extensiv betrachtet wird, bleibt er durch den Begriff der Grundfreiheit strikt begrenzt. Obwohl er vom Verwaltungsrichter gut beherrscht wird, deckt er letztlich nur einen winzigen Teil der Rechte, Freiheiten und Grundsätze unserer Rechtsordnung ab. Zum anderen sind die in Artikel L. 521-2 festgelegten Bedingungen für die Gewährung dieses Verfahrens drakonisch, so dass es nur in relativ außergewöhnlichen Situationen angewendet werden kann.

législature, t. 1, S. 247, zitiert von Y.-M. DOUBLET, "La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie", *LP4* Nr. 124, 23. Juni 2005, S. 8). Man kann diese Richtung auch mit mehreren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Verbindung bringen, die zeigen, dass dieser bereit ist, Staaten aus Gründen, die aus der öffentlichen Gesundheit abgeleitet werden, von jeder Schuld freizusprechen. Der Fall zum Sadomasochismus ist in dieser Hinsicht besonders bedeutsam (EGMR, 19. Februar 1997, *Laksey, Jaggard und Brown, Slg.* 1997-I, S. 131). Diese Entscheidung, die im Rahmen von Artikel 8 Abs. 2 der Konvention gefällt wurde, betraf eine Gesetzgebung, die die Anhänger dieser Praktiken strafrechtlich verurteilte. Der Gerichtshof stellte fest, dass der staatliche Eingriff in das Privatleben für das verfolgte Ziel des Gesundheitsschutzes notwendig erscheint. Damit hat er sich "eindeutig für den Schutz des Einzelnen auch gegen seinen Willen entschieden, indem er der Unantastbarkeit der menschlichen Person Vorrang vor allen anderen Erwägungen einräumt" (Anmerkung J.-M. LARALDE, *D.* 1998, Jur., S. 97).

⁸⁹⁹ S. RAMEIX, "Du paternalisme à l'autonomie des patients. L'exemple du consentement aux soins en réanimation", *Médecine & Droit* n° 12, 1995, S. 1.

⁹⁰⁰ A. DORSNER-DOLIVET, *a. a. O.*, S. 534.

Drakonische Bedingungen für die Gewährung

220. Die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegten Bedingungen für die Gewährung einer einstweiligen Verfügung sind wirklich drakonisch und schränken die Situationen, in denen dieses Verfahren angewendet werden soll, extrem ein. Neben der "dem Verfahren der einstweiligen Verfügung innewohnenden Dringlichkeitsbedingung"⁹⁰¹, macht das Gesetz die Verhängung einer Schutzmaßnahme von dem Umstand abhängig, dass die Verwaltung bei der Ausübung ihrer Befugnisse einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit vorgenommen hat. Wie der stellvertretende Vorsitzende des Staatsrats feststellte: "Diese Begriffe wurden sorgfältig abgewogen. Der Staatsrat wird darauf achten, dass sie eingehalten werden"⁹⁰². Aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen sind weder eine Änderung der Rechtsprechung noch eine Lockerung denkbar oder gar möglich. Darüber hinaus würde eine Absicht, die Strenge der vom Gesetz aufgestellten Bedingungen durch eine missbräuchlich flexible Auslegung zu mildern, den Klägern nicht zugute kommen. Denn: "Der Erfolg des Verfahrens der einstweiligen Verfügung beruht auf der Möglichkeit für die zu diesem Zweck ernannten Richter, weiterhin innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden. Sie dem Risiko einer Flut von Anträgen auszusetzen, wäre nicht im Interesse der Rechtsuchenden"⁹⁰³. Eine zu wohlwollende oder laxen Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen würde die Antragsteller und ihr Recht auf Rechtsbehelf insofern benachteiligen, als der Verwaltungsrichter nicht mehr innerhalb von 48 Stunden auf Anträge reagieren könnte, die auf dieser Grundlage an ihn gerichtet werden. Damit das Verfahren unter zufriedenstellenden Bedingungen funktionieren kann, ist es unerlässlich, dass der Richter für einstweilige Verfügungen in der Lage ist, sehr schnell auf eine Verletzung zu reagieren. Seine Tätigkeit muss sich auf die einzigen - und normalerweise seltenen - Anträge konzentrieren, die außergewöhnlichen Situationen entsprechen, und darf bei dieser Aufgabe nicht von den "gewöhnlichen" Anträgen, die in den Zuständigkeitsbereich des Richters für einstweilige Verfügungen fallen, gestört werden.
221. Die in Artikel L. 521-2 genannten Anspruchsvoraussetzungen sind voneinander getrennt und werden daher "gesondert beurteilt"⁹⁰⁴. Darüber hinaus haben sie aufgrund des Wortlauts von Artikel L. 521-2 einen kumulativen Charakter⁹⁰⁵, aus dem sich zwei Konsequenzen ergeben. Einerseits kann der Richter, wenn eine der Voraussetzungen für die Gewährung nicht erfüllt ist, den Antrag ablehnen, ohne dass er sich dazu äußern muss, ob die anderen Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel L. 521-2 des oben genannten Gesetzbuchs erfüllt sind⁹⁰⁶. Andererseits kann der Richter nur dann eine Schutzmaßnahme verhängen, wenn alle Bedingungen erfüllt sind⁹⁰⁷, wovon er sich gegebenenfalls durch seine eigene Autorität überzeugen

901 CE, Ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* S. 551.

902 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence: premier bilan", *AJDA* 2002, S. 1.

903 M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, S. 1056.

904 EG, Ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385.

905 CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* S. 12; CE, ord. 15. Januar 2001, *Charlery-Adele*, *Lebon* S. 14; CE, ord. 8. Februar 2001, *Guillou*, *Lebon* T. S. 1129; CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* S. 158; CE, ord. 23. März 2001, *Société Lidl*, *Lebon* S. 154; CE, ord. 1^{er} März 2001, *Paturel*, *Lebon* T. S. 1134; CE, ord. 10. April 2001, *Merzouk*, *Lebon* T. S. 1135; CE, ord. 9. April 2001, *Belrose und andere*, *Lebon* T. S. 1126; CE, ord. 3. April 2001, *Soriano und andere*, *Lebon* T. S. 1128; CE, ord. 1^{er} Juni 2001, *Ploquin*, *Lebon* T. S. 1126; CE, ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385; CE, ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée" und andere*, *Lebon* T. S. 1133; CE, ord. 10. August 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, Nr. 236969; CE, ord. 11. Oktober 2001, *Hauchemaille*, *Lebon* S. 460; CE, ord. 18. Oktober 2001, *Association groupe local cimate Montpellier*, Nr. 239071; CE, ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec et Brocas*, Nr. 239165; CE, ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* S. 551; CE, Ord. 7. Januar 2002, Nr. 241588; CE, Ord. 20. Februar 2002, *Ploquin*, Nr. 243234; CE, Ord. 6. September 2002, *Tetaabi*, Nr. 250120; CE, Ord. 21. Dezember 2004, *Luzolo Kondé*, Nr. 275361; CE, Ord. 20. Januar 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon* T. S. 1022; CE, Ord. 13. Juli 2005, *Société Combé Chavat 2*, Nr. 282220.

906 CE, Ord. 26. Januar 2001, *Gunes*, *Lebon* S. 38.

907 Siehe zum Beispiel CE, ord. 21. November 2005, *Commune de Lyon*, *Lebon* T. S. 1039. Der Richter für einstweilige Verfügungen kann von der Befugnis, die ihm die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 verleihen, nicht Gebrauch machen,

muss⁹⁰⁸. Wie bei Tätlichkeiten⁹⁰⁹ werden die Voraussetzungen für die Gewährung einer solchen Maßnahme unter normalen Umständen beurteilt. Folglich können sie nicht als erfüllt angesehen werden, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, für deren Eintreten die Verwaltung nicht verantwortlich ist⁹¹⁰. Es sei darauf hingewiesen, dass die Reihenfolge, in der die Voraussetzungen für die Gewährung geprüft werden, keiner vordefinierten Regel folgt. Insbesondere und im Gegensatz zu dem, was man vor dem Inkrafttreten der Reform vom 30. Juni 2000⁹¹¹ annehmen konnte, wird die Bedingung der Dringlichkeit nicht notwendigerweise zuerst geprüft. Da es keinen Vorrang für die Prüfung einer bestimmten Bedingung vor einer anderen gibt, kann die Reihenfolge, in der die Bedingungen beurteilt werden, von Entscheidung zu Entscheidung variieren.⁹¹²

222. Im Sinne der Verfasser des Textes wurde jede der Voraussetzungen für die Gewährung einer einstweiligen Verfügung auf ein ganz bestimmtes Ziel ausgerichtet. Das Erfordernis eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit wurde in Anlehnung an das Verfahren der Rechtsdurchsetzung konzipiert, zu dem die *référé-liberté* das Gegenstück vor den Verwaltungsgerichten

"ohne eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit festgestellt zu haben". Da der erste Richter im vorliegenden Fall keine solche Verletzung feststellte, bevor er eine Anordnung an die Verwaltung richtete, hat er "sowohl seinen Beschluss unzureichend begründet als auch das Amt verkannt, das Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes dem Richter für einstweilige Verfügungen überträgt".

⁹⁰⁸ CE, ord. 22. März 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.*, S. 1134. In diesem Fall hatte das erstinstanzliche Gericht den Antrag der antragstellenden Gemeinde wegen fehlender Dringlichkeit zurückgewiesen, obwohl dieser Grund von der Präfekturverwaltung in der Verteidigung nicht vorgebracht worden war. Vor dem Berufungsgericht warf die Gemeinde dem Erstrichter vor, einen Klagegrund "von Amts wegen" im Sinne der Artikel R. 522 und R. 611-7 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erhoben zu haben, d. h. einen Klagegrund, der den Parteien vorher hätte mitgeteilt werden müssen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats weist diese Argumentation zurück. Er bekräftigt, dass der Richter für einstweilige Verfügungen, wenn er auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufen wird, "verpflichtet ist, zu prüfen, ob die in diesem Artikel aufgestellten Bedingungen erfüllt sind". Er muss sich vergewissern, dass alle in dieser Bestimmung genannten Bedingungen erfüllt sind, ohne dass er deshalb gezwungen ist, die Parteien zu jeder dieser Bedingungen Stellung nehmen zu lassen, da es sich in keinem Fall um Mittel der öffentlichen Ordnung handelt (mit Ausnahme der Bedingung, dass eine Grundfreiheit vorliegt, die sich auf den Anwendungsbereich des Gesetzes bezieht). So konnte sich der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats im Beschluss *Commune de Pertuis* vom 28. Februar 2003 (*Lebon S. 68*) auf das Fehlen einer Dringlichkeit stützen, obwohl aus den Vermerken der Entscheidung nicht hervorgeht, dass die antragstellende Gemeinde die vom ersten Richter in diesem Punkt vorgenommene Beurteilung angefochten hatte.

⁹⁰⁹ Eine ständige Rechtsprechung schließt die Charakterisierung einer administrativen Tätigkeit aus, wenn die Bedingungen, unter denen das Verwaltungshandeln stattgefunden hat, anormal oder ungewöhnlich sind. Siehe CE, Ass., 7. November 1947, *Alexis und Wolff, Lebon S. 416, JCP G 1947, II, 4006, concl. CELIER, note A. MESTRE; D. 1948, S. 472, Anm. C. EISENMANN; Civ. 14. April 1970, Département de la Corrèze c/ Orluc, Bull. civ. I, Nr. 116; Civ. 23. März 1971, Plénel, D. 1971, Somm, S. 159; Civ. 1^{er} Juni 1976, Société de la clinique de l'Hermitage, Bull. civ. I, Nr. 202; TC, 13. Februar 1961, Nanjod, Lebon T. S. 981; TC, 17. Dezember 1962, Société civile Saint Domat c/ Etat français, Lebon S. 828; CE, Sect., 24. Mai 1968, Mencière, Lebon S. 329; CE, 23. Oktober 1987, Nachfolger Navigation Company Limited, RDP 1988, S. 836, Anm. J.-M. AUBY.*

⁹¹⁰ Vgl. CE, Ord. 6. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier, Lebon S. 186*. Nachdem bei Bauarbeiten für eine Wohnsiedlung ein sehr großes Munitionslager aus dem Ersten Weltkrieg entdeckt worden war, hatte der Präfekt den zuvor erteilten Erschließungsbeschluss zurückgezogen und alle erforderlichen Maßnahmen zur Organisation der Minenräumung und zur Beseitigung der auf dem Gelände befindlichen Granaten ergriffen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellt fest, "dass, wenn die Notwendigkeit, die öffentliche Sicherheit zu wahren, die Durchführung der in der Parzellierung vorgesehenen Bauvorhaben verzögert, diese Verzögerung, die unter den Umständen des vorliegenden Falles *jedenfalls nicht* als schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit angesehen werden kann, ist nicht der Verwaltung anzulasten, die im Gegenteil innerhalb der schnellsten Fristen, die mit der Schwierigkeit, der Komplexität und den Risiken, die mit den Minenräumungsaktionen verbunden sind, vereinbar sind, die Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, die normale Ausübung der Rechte des Parzellierers und der Erwerber der Parzellen zu ermöglichen". Vgl. zum Vergleich im Zusammenhang mit dem "voie de fait" CE, 20. März 1968, *Entreprise de publicité générale A. Lioté, Lebon S. 195* (Verkehrsteilnehmer, die von einer Gefahr bedroht werden, die die Verwaltung abstellt).

⁹¹¹ Vgl. R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 712, mit der Feststellung, dass, da es sich um eine von der Dringlichkeit abhängige einstweilige Verfügung handelt, diese Anforderung "notwendigerweise vorrangig vom Richter für einstweilige Verfügungen geprüft wird".

⁹¹² Dennoch lassen sich zwei Hauptrichtungen in Bezug auf die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erlassenen Beschlüsse und Urteile herausstellen. Zunächst ist festzustellen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen, wenn alle Bedingungen erfüllt sind, in erster Linie das Vorliegen einer Grundfreiheit feststellen wird, die schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig beeinträchtigt wird, und erst in zweiter Linie die Bedingung der Dringlichkeit prüfen wird. Im Übrigen ist festzustellen, dass der Richter, wenn mindestens eine der Bedingungen nicht erfüllt ist, sich in den meisten Fällen, wie es ihm freisteht, damit begnügen wird, die mangelhafte Bedingung zu benennen, ohne sich mit der Prüfung der anderen Bedingungen zu beschäftigen. In den seltenen Fällen, in denen er die Prüfung dennoch fortsetzt, wird er den Antragsteller darauf hinweisen, dass eine weitere Bedingung nicht erfüllt ist (CE, ord. 24. Januar 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon S. 37*; CE, ord. 9. Februar 2001, *Philippart et Lesage*, Nr. 230112; CE, ord. 10. Januar 2005, *Société SIMBB et autres*, Nr. 276137) oder mehrere (CE, ord. 30. Januar 2001, *Tauratua*, Nr. 229418; CE, ord. 24. Januar 2005, *Commune de Wissous*, Nr. 276493) der anderen Bedingungen fehlten ebenfalls.

bilden sollte⁹¹³. Die Bedingung der Dringlichkeit soll zweitens die Anwendung der einstweiligen Verfügung auf Fälle beschränken, die ein sehr schnelles Eingreifen des Verwaltungsrichters erfordern. Schließlich wurde die Bedingung, dass die Verwaltung "bei der Ausübung ihrer Befugnisse" eingreifen muss, eingeführt, um die Zuständigkeit der Gerichte für Rechtsverletzungen zu wahren. Diese letzte Anforderung wurde, wie wir sehen werden, vom Staatsrat ausgehöhlt. Die anderen Bedingungen hingegen wurden mit der ganzen Strenge, die ihre Formulierung erfordert, angewandt.

Chapus betonte, dass bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen nach Artikel L. 521-2 die Unterordnung "unter das, was die Umstände des jeweiligen Falles sind, so eng ist, dass man aus dem Stand der Rechtsprechung nicht viele Lehren ziehen kann"⁹¹⁴. Im Lichte dieser Warnung erscheint das Unterfangen einer Systematisierung gefährlich. Dennoch sollte es gewagt werden, indem diese drei Gruppen von Anforderungen nacheinander untersucht werden.

913 Die Herren Guyomar und Collin hatten darauf hingewiesen, "dass Artikel L. 521-2 aufgrund seines Wortlauts das Verfahren der 'référé-liberté' zum Gegenstück des Verfahrens der Rechtsbeugung macht (...)" (M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, S. 153). Im gleichen Sinne hatte Präsident Vandermeeren darauf hingewiesen, dass die Bedingungen von Artikel L. 521-2 "offensichtlich nicht ohne die "Theorie" des Rechtsstreits heraufbeschwören" (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, S. 2228). Professor Chapus betonte, dass die doppelte Anforderung der schwerwiegenden Beeinträchtigung einer Grundfreiheit und der offenkundigen Rechtswidrigkeit "an die Bedingungen der voie de fait erinnert" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1602). Schließlich stellten die Autoren der *Grands arrêts* ihrerseits fest, dass "La gravité et l'illégalité manifeste de l'atteinte rappellent la formule (...) de certains cas de voie de fait (...)" (*GAJA* Nr. 118, § 11).

914 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1600.

Kapitel 1

Die schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit

223. Zunächst muss der Antragsteller einen Eingriff in eine Grundfreiheit, die Schwere dieses Eingriffs und seine offensichtliche Rechtswidrigkeit geltend machen⁹¹⁵. Diese Bedingungen sind separat⁹¹⁶ und kumulativ. Dennoch sind sie durch die Formulierung in Artikel L. 521-2 eng miteinander verbunden. Das Gesetz verlangt nämlich nicht einerseits einen schweren Eingriff in eine Grundfreiheit und andererseits eine offensichtliche Rechtswidrigkeit. Die beiden Anforderungen werden durch die koordinierende Konjunktion "und" verbunden, die bedeutet, dass es eine Beziehung zwischen der Rechtswidrigkeit des Eingriffs und der Schwere des Eingriffs geben muss⁹¹⁷. Es reicht nicht aus, dass die Verwaltung auf der einen Seite eine offensichtlich rechtswidrige Handlung vorgenommen und auf der anderen Seite eine Grundfreiheit verletzt hat. Vielmehr muss der Eingriff die Folge der begangenen Rechtswidrigkeit sein⁹¹⁸. Wenn eine offensichtliche Rechtswidrigkeit festgestellt wird und eine Beeinträchtigung einer Grundfreiheit vorliegt, sind die Bedingungen von Artikel L. 521-2 nur dann erfüllt, wenn die Beeinträchtigung eine direkte Folge der

⁹¹⁵ Trotz der Verwendung des Konjunktivs ("hätte getragen") verlangt der Richter für einstweilige Verfügungen vom Antragsteller eine echte Demonstration der schweren und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung. Diese muss erwiesen und sicher sein, nicht nur möglich oder wahrscheinlich. Wenn der Richter die Voraussetzungen für die Gewährung als erfüllt ansieht, bedeutet dies, dass sie mit Sicherheit erfüllt sind; die Beeinträchtigung, die Schwere und die Rechtswidrigkeit sind ohne jeden möglichen Zweifel festgestellt und erwiesen. Es war nicht die Absicht der Verfasser des Textes, das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen auch bei einer lediglich wahrscheinlichen Beeinträchtigung oder Rechtswidrigkeit zu ermöglichen. Der Gesetzentwurf zielte auf "den Fall, dass (...) ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit erfolgt". In der Praxis erfolgte der Übergang zum Konditional Passiv mit der Einführung der Formulierung "in Ausübung seiner Befugnisse" in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (siehe unten, §§ 321-322), ohne dass auch nur die geringste Bemerkung zu dem präzisen Begriff "hätte" gemacht wurde. Diese rein redaktionelle Änderung hatte nie zum Ziel, den Weg für die Gewährung von *référé-liberté* für lediglich hypothetische Beeinträchtigungen und Rechtswidrigkeiten zu öffnen. Zwar gibt der Richter für einstweilige Verfügungen manchmal an, seine Entscheidungen "nach dem Stand der Ermittlungen" zu treffen (siehe z. B. CE, ord. 19. August 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux* (IFOREL), *Lebon* S. 311; CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408), bedeutet dies keineswegs, dass er sich mit einer "schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung", die keinen sicheren Charakter aufweist, zufrieden gibt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Verwaltungsrichter diese Formel auch in Verfahren zur Hauptsache verwendet (siehe zum Beispiel: CE, Ass., 31. Mai 1957, *Rosan Girard*, *Lebon* S. 355, Concl. GAZIER, *GAJA* Nr. 82).

⁹¹⁶ So kann eine Maßnahme eine Grundfreiheit verletzen, ohne einen offensichtlich rechtswidrigen Charakter zu haben (CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* S. 523; CE, ord. 29. September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, Nr. 272584; CE, ord. 9. Dezember 2004, *Commune de Béziers*, Nr. 274852; CE, ord. 9. April 2001, *Belrose et autres*, *Lebon* T. S. 1126). Umgekehrt kann sie mit Rechtswidrigkeit behaftet sein, ohne einen schweren Eingriff in eine Grundfreiheit darzustellen (CE, ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* S. 551). Zwar kommt es vor, dass der Richter, wenn er einen Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit ablehnt, das Vorliegen eines "schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit" pauschal verneint (siehe insbesondere CE, ord. 23. Mai 2001, *Jacques VII*, Nr. 233941; CE, ord. 20. Februar 2002, *Ploquin*, Nr. 243234; CE, ord. 19. Juli 2001, *Société générale bâtiment et habitation* (SGBH), Nr. 248742; CE, ord. 4. Oktober 2002, *Rousselle*, Nr. 250744). Diese Formel scheint jedoch eher verwendet zu werden, um zu bedeuten, dass keine der Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt ist. Im gegenteiligen Fall bezeichnet der Richter nämlich die Bedingung, die unter den Umständen des Falles eben nicht vorliegt.

⁹¹⁷ Siehe CE, ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon*, S. 551: "Es ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut von Artikel L 521-2 als auch aus dem Zweck, zu dem das Verfahren, das er *einführt*, geschaffen wurde, dass ein direkter Zusammenhang zwischen der gegenüber der Verwaltungsbehörde festgestellten Rechtswidrigkeit und der Schwere ihrer Auswirkungen im Hinblick auf die Ausübung der betreffenden Grundfreiheit bestehen muss".

⁹¹⁸ Die vom Richter für einstweilige Verfügungen gewählten Formulierungen bringen die Notwendigkeit einer solchen Verbindung deutlich zum Ausdruck. Im *Djalout-Beschluss* stellte der Richter, nachdem er die Unregelmäßigkeit des Verfahrens vor der Verwaltungsbehörde bei der Bestimmung des Landes, in das der Betroffene zurückgeschickt werden soll, festgestellt hatte, "dass diese Unregelmäßigkeit keine 'schwere Beeinträchtigung' einer Grundfreiheit darstellt" (CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* S. 158). Folglich muss die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit aus der Unregelmäßigkeit resultieren. Noch expliziter bestätigte er, dass im Falle einer Klage gegen eine Entscheidung der Richter des *référé-liberté* deren Aussetzung "nur unter der Bedingung anordnen kann, dass er zuvor festgestellt hat, dass diese Maßnahme mit einer offenkundigen Rechtswidrigkeit behaftet ist, aus der sich ein schwerwiegender Eingriff in eine Grundfreiheit ergibt" (CE, ord. 14. Oktober 2004, *Arre*, Nr. 273047). Siehe für einen ähnlichen Wortlaut CE, ord. 17. Dezember 2004, *Faure*, Nr. 275219: "Considérant que la mise en œuvre des pouvoirs que l'article L. 521-2 du code de justice administrative attribue au juge des référés suppose que une mesure prise par une autorité administrative soit entachée d'une illégalité manifeste dont découle une atteinte grave à une liberté fondamentale".

festgestellten Rechtswidrigkeit ist⁹¹⁹. Daraus folgt insbesondere, dass eine rein formale Rechtswidrigkeit, die beispielsweise mit der Konsultation eines Gremiums oder der Begründung einer Entscheidung zusammenhängt, diese Anforderung nicht erfüllt.⁹²⁰

Dies vorausgeschickt, sollten die drei Bedingungen, die in dieser Formel enthalten sind - nämlich die Beeinträchtigung, die schwerwiegende Beeinträchtigung und die offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung - getrennt beschrieben werden, um für jede von ihnen die ihr eigenen Merkmale herauszustellen.

Abschnitt 1 Eine Beeinträchtigung

224. Es ist Sache des Klägers, den Beweis für die von ihm behauptete Verletzung zu erbringen⁹²¹. Es kann vorkommen, auch wenn dies sehr selten ist, dass der Richter die Verletzung "einer" Grundfreiheit feststellt, ohne genau zu benennen, um welche Freiheit es sich handelt. In manchen Fällen ergibt sich diese aus den Gegebenheiten des Einzelfalls. So stellt der Streit um die Nutzung von Privateigentum unter den gegebenen Umständen notwendigerweise allein das Recht auf Eigentum in Frage⁹²². In anderen Fällen erweist sie sich als schwieriger zu identifizieren.⁹²³

Damit eine Situation als Verletzung einer Grundfreiheit angesehen werden kann, muss sie bestimmte Merkmale aufweisen. Hinsichtlich des Ursprungs der Beeinträchtigung ist der Richter für einstweilige Verfügungen der Ansicht, dass diese entweder aus dem Gegenstand einer Handlung oder eines Verwaltungsaktes oder aus den Gründen für diese Handlung hervorgehen kann.

I. Die Merkmale der Beeinträchtigung

225. Die Verletzung einer Grundfreiheit ist eine "Verletzung" dieser Freiheit⁹²⁴. Sie kann definiert werden als ein aktueller Eingriff in den Bereich, der dem Begünstigten einer Grundfreiheit materiell zuerkannt wird. Eine Verletzung setzt daher das Zusammentreffen von drei Elementen voraus. Erstens greift die angefochtene Maßnahme in den durch die Grundfreiheit geschützten Bereich ein. Zweitens muss der Beschwerdeführer Nutznießer der geltend gemachten Grundfreiheit sein. Und schließlich muss die Verletzung aktuell und sicher sein.

A. Die Infragestellung des durch die Grundfreiheit geschützten Objekts (*rationae materiae*)

226. In materieller Hinsicht wird die Beeinträchtigung als ein Eingriff in den durch eine Grundfreiheit geschützten Bereich analysiert. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist der Ansicht, dass bestimmte Maßnahmen an

⁹¹⁹ Dasselbe gilt für das Verfahren der *Déféré-liberté*. Der "ernsthafte Grund" (heute "ernsthafter Zweifel"), der die Aufhebung der Handlung rechtfertigen kann, ist die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in eine öffentliche oder individuelle Freiheit. Folglich können die angefochtenen Entscheidungen nur dann als in den Anwendungsbereich dieses Verfahrens fallend angesehen werden, "wenn sie die Ausübung einer öffentlichen oder individuellen Freiheit rechtswidrig gefährden können, wobei die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs den schwerwiegenden Grund darstellt, der nach dem Stand der Untersuchung die Nichtigerklärung der angefochtenen Handlung rechtfertigen könnte" (CE, ord. 15. Dezember 1982, *Commune de Garches*, RDP 1983, pp. 211-215, note R. DRAGO).

⁹²⁰ Siehe *infra*, § 262.

⁹²¹ Die Beweislast liegt bei ihm. Der Richter wird die Verletzung nicht als solche einstufen, wenn der Kläger keine ausreichenden Beweise vorlegt. Siehe z. B. in Bezug auf eine Behauptung einer Verletzung der persönlichen Freiheit, die nicht mit Begründungen und Elementen versehen ist, die geeignet sind, ihr Vorliegen zu belegen: CE, ord. 15. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* S. 466.

⁹²² CE, Ord. 10. September 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, Nr. 260015. Siehe auch CE, ord. 9. Dezember 2004, *Commune de Béziers*, Nr. 274852: Das Verbot für die Antragsteller, "das Gebäude, dessen Eigentümer sie sind, zu bewohnen, berührt dennoch die Ausübung einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes".

⁹²³ Siehe in Bezug auf eine Auslieferungsmaßnahme: CE, ord. 29. Juli 2003, *Pegini*, *Lebon*, S. 345. Zu dieser Entscheidung siehe *oben*, § 127.

⁹²⁴ Siehe unter Verwendung des Ausdrucks: CE, ord. 30. Dezember 2003, *SARL People*, Nr. 263135.

sich nicht geeignet sind, eine Freiheit materiell zu beeinträchtigen.

1. Ein Eingriff in den durch eine Grundfreiheit geschützten Bereich

227. Eine Verletzung ist nicht immer gleichbedeutend mit einer *Einschränkung* der *Ausübung* einer Grundfreiheit. Dies gilt zwar generell für die Freiheit, etwas zu tun, ist aber bei Freiheiten, die genau genommen nicht ausgeübt werden, unwirksam. Daher ist es besser, die allgemeinere Formel des Eingriffs in den von der Grundfreiheit geschützten Bereich zu verwenden. Dies bedeutet, dass die Verwaltungsmaßnahme in den Bereich eingreifen muss, der durch die geltend gemachte Grundfreiheit materiell geschützt ist. Sie muss eines ihrer konstitutiven Elemente oder eine ihrer Komponenten in Frage stellen⁹²⁵. Diese Anforderung lässt sich anhand zahlreicher Beispiele veranschaulichen.
228. Die Beeinträchtigung ist jedoch nicht charakterisiert, wenn die angefochtene Maßnahme nicht in eines der durch die Grundfreiheit geschützten Elemente eingreift. Da der Grundsatz der freien Meinungsäußerung das Recht auf eine *globale Übermittlung* des Wählerverzeichnisses eröffnet, ist er nicht betroffen, wenn die Übermittlung dieses Verzeichnisses *getrennt* für jedes Wahllokal verweigert wird⁹²⁶. Das Recht auf medizinische Zustimmung findet eine Grenze, wenn die Entscheidung des Patienten zu seinem Tod führen könnte, und ist nicht materiell betroffen, wenn die medizinische Maßnahme, der er sich widersetzen will, für sein Überleben unerlässlich ist⁹²⁷. Die Unmöglichkeit für einen Einzelnen, physisch bei einer Anhörung vor einem Berufungsverwaltungsgericht anwesend zu sein, beeinträchtigt nicht die Möglichkeit, seine Verteidigung effektiv zu gewährleisten. Das Verfahren vor diesem Gericht ist nicht nur schriftlich, sondern der Beschwerdeführer hat auch die Möglichkeit, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen⁹²⁸. Die Vereinigungsfreiheit und das Streikrecht schützen die Freiheit, eine Gewerkschaft zu gründen und zu betreiben, bzw. die Freiheit, die Arbeit niederzulegen. Diese Grundfreiheiten werden nicht durch ein Rundschreiben des Inspektors der Akademie in Frage gestellt, in dem Schulleiter angewiesen werden, die streikbedingten Abwesenheiten der Lehrkräfte der ersten Stufe zu erfassen⁹²⁹. Diese Zählung, die darauf abzielt, streikenden Lehrern das Gehalt abzuziehen, verhindert weder die Freiheit, die Arbeit niederzulegen, noch behindert sie das freie Funktionieren der Gewerkschaften.
229. Umgekehrt kann eine Verletzung als solche eingestuft werden, wenn die strittige Maßnahme in den Bereich eingreift, der materiell durch eine Freiheit geschützt ist. Wenn beispielsweise das Gesetz dem nicht freiwillig eingewiesenen Patienten die Freiheit zugesteht, mit den Verwaltungs- und Justizbehörden zu kommunizieren, wird diese Freiheit durch das Verbot, Mitteilungen an diese Behörden zu richten, beeinträchtigt, das dem Betroffenen mündlich mitgeteilt wird⁹³⁰. Das Recht, ein normales Familienleben zu führen, beinhaltet das Recht, in der Familie zu bleiben. In Anbetracht des Umstands, dass ein minderjähriges Kind aufgrund seiner Unterbringung im Wartebereich vorübergehend von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, wird die Ausübung des Rechts auf ein normales Familienleben der Betroffenen beeinträchtigt⁹³¹. Ebenso beinhaltet die unternehmerische Freiheit die Möglichkeit, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, und wird durch eine Entscheidung in Frage gestellt, die die Schließung eines Geschäftsbetriebs⁹³² oder eines Restaurants mit

⁹²⁵ Der gleiche Ansatz wird im Zusammenhang mit der Tätlichkeit verfolgt, wie insbesondere die Rechtsprechung zur Vereinigungsfreiheit zeigt. Diese Freiheit bezieht sich auf die Freiheit, Vereine zu gründen und zu betreiben. Sie wird nicht in Frage gestellt, wenn der Vertrag, mit dem die Gemeinde eines ihrer Gebäude an einen Verein verpachtet hatte, gebrochen wird (Civ. 1^{ère}, 19. Dezember 1995, *Ville d'Épinay-sur-Seine*, Dr. adm. 1996, Nr. 10; D. 1996, IR, S. 39). Dagegen wird sie durch das Anbringen eines Vorhängeschlosses an der Eingangstür des Lokals eines Altenheims, das in Form eines Vereins geführt wird, beeinträchtigt (Civ. 1^{ère}, 24. Oktober 1977, *Bull. civ. I*, Nr. 386).

⁹²⁶ CE, Ord. 7. Februar 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, *Lebon T.* S. 1129.

⁹²⁷ CE, ord. 16. Juli 2002, *Feuillatay*, *Lebon*, S. 309.

⁹²⁸ CE, Ord. 3. April 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T.*, S. 871.

⁹²⁹ CE, Ord. 25. Juli 2003, *Ministre de la Jeunesse, de l'Éducation et de la Recherche c/ Syndicat unifié des directeurs, instituteurs et professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO)*, Nr. 258677, *AJDA* 2004, S. 447-451, Anm. O. GRIMALDI.

⁹³⁰ CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487.

⁹³¹ CE, ord. 29. September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, Nr. 272584.

⁹³² CE, Ord. 14. März 2003, *Commune d'Évry*, *Lebon T.* S. 931.

Diskotheke⁹³³ anordnet.

230. Positive und negative Beispiele aus der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften, der persönlichen Freiheit und dem Eigentumsrecht ermöglichen einen besseren Einblick in die Art und Weise, wie der Richter zwischen Maßnahmen, die in den durch die Grundfreiheit geschützten Bereich eingreifen, und solchen, die sich außerhalb der von der Grundfreiheit definierten Grenzen befinden, abgrenzt.

Der Grundsatz der freien Verwaltung schützt die Autonomie einer Gebietskörperschaft vor der Einmischung dritter öffentlicher Personen; er deckt nicht die internen Beziehungen innerhalb der Gebietskörperschaft ab⁹³⁴. Folglich steht dieser Grundsatz nicht zur Debatte, wenn die Einberufung des Gemeinderats verweigert wird⁹³⁵ oder wenn ein gemischter Verband nicht ordnungsgemäß funktioniert und es einer Region nicht möglich ist, aus dem Verband auszutreten⁹³⁶. Dagegen ist der Grundsatz direkt in Frage gestellt, wenn eine Gemeinde ohne ihre Zustimmung in eine öffentliche Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit⁹³⁷ einbezogen wird oder wenn eine solche Einrichtung vorzeitig Befugnisse ausübt, die noch in die Zuständigkeit der Mitgliedsgemeinden fallen⁹³⁸.

Die persönliche Freiheit, die insbesondere das Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung beinhaltet, kann im Falle der Abschiebung eines ausländischen Staatsangehörigen in das Land, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, Anwendung finden. In einem solchen Fall ist eine Verletzung der persönlichen Freiheit gegeben, wenn die Akten belegen, dass der Betreffende einer realen Gefahr für seine Person ausgesetzt wäre⁹³⁹. Wenn der Betreffende hingegen nicht nachweist, dass eine solche Gefahr besteht, kann die persönliche Freiheit nicht als verletzt angesehen werden⁹⁴⁰.

Eine Komponente des Eigentumsrechts ist das Recht der Anwohner auf freien Zugang zu öffentlichen Straßen. So ist dieses Recht betroffen, wenn Grundstücke infolge von Arbeiten, die von der Verwaltung durchgeführt werden, eingeschlossen sind und den Betroffenen jede Möglichkeit des Zugangs zu ihrem Grundstück genommen wird⁹⁴¹. Dagegen wird es nicht durch die Errichtung einer Schranke oberhalb einer Privatstraße beeinträchtigt, wenn diese Einrichtung die Nutzung der Straße durch ihre Eigentümer in keiner Weise behindert und ihnen folglich nicht den Zugang zu ihren Grundstücken verwehrt⁹⁴². Im ersten Fall wird den Eigentümern die Möglichkeit genommen, ihr Eigentum zu nutzen, im zweiten Fall behalten sie einen freien Zugang zu ihrem Eigentum. Das Eigentumsrecht umfasst auch die freie Verfügung über sein Eigentum im weiteren Sinne. Diese Dimension des Eigentumsrechts steht in Frage, wenn ein Grundstück, das dem Antragsteller gehört, in einen Golfplatz einbezogen wird⁹⁴³, wenn beschlossen wird, Bäume auf einem Privatgrundstück zu fällen⁹⁴⁴, wenn Transportfahrzeuge stillgelegt werden⁹⁴⁵, wenn der Rinderbestand eines Viehzüchters geschlachtet wird⁹⁴⁶, die Verweigerung der Mitwirkung der öffentlichen Gewalt bei der Räumung von unberechtigten Besetzern eines Privatgrundstücks⁹⁴⁷ oder die Entfernung einer Rollkette, die von den Miteigentümern am Eingang eines Privatwegs angebracht wurde, und der Erlass einer Verordnung, die für alle Fahrzeuge freien Zugang und freies

⁹³³ CE, ord. 16. August 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, Nr. 271148.

⁹³⁴ Siehe V. HAÏM, "Référé-liberté et administration des collectivités territoriales", *AJDA* 2005, S. 810-813.

⁹³⁵ CE, Sect., 18. Januar 2001, *Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles, Lebon*, S. 18.

⁹³⁶ CE, 8. März 2002, *Region Languedoc-Roussillon*, Nr. 236587.

⁹³⁷ Siehe CE, ord. 24. Januar 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T. S. 873, LPA* 14. März 2002, Nr. 53, S. 17-18, Fußnote N. KATTINEH (Einbeziehung in eine Gemeinde); CE, ord. 1^{er} März 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon* (inclusion dans une communauté de communes).

⁹³⁸ CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet und andere, Lebon* S. 215. Die öffentliche Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit entzieht den Gemeinden vorzeitig einen Teil ihrer Zuständigkeiten.

⁹³⁹ CE, Ord. 14. Januar 2005, *Bondo, Lebon T.*, S. 915.

⁹⁴⁰ CE, Ord. 20. Dezember 2001, *Chikh*, Nr. 241154.

⁹⁴¹ CE, ord. 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* S. 253. Anlässlich von Arbeiten zur Erneuerung der Fahrbahn und der Bürgersteige hatte die Gemeinde den Anschluss von vier als Garagen oder Lagerräume genutzten Räumen an die Fahrbahn entfernt und Pfosten aufstellen lassen, die den Zugang durch Fahrzeuge verhinderten. Der Richter stellt fest, "dass die Gemeinde das Eigentumsrecht verletzt, indem sie den freien Zugang zu den fraglichen Räumlichkeiten von der öffentlichen Straße aus für die Nutzung, für die sie bestimmt waren, verhindert".

⁹⁴² CE, Ord. 20. Juli 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule, Lebon* S. 388.

⁹⁴³ CE, Ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec und Brocas*, Nr. 239165.

⁹⁴⁴ CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* S. 491.

⁹⁴⁵ CE, Ord. 9. April 2001, *Belrose und andere, Lebon T. S.* 1126.

⁹⁴⁶ CE, Ord. 1^{er} Juni 2001, *Ploquin, Lebon T. S.* 1126. Eine solche Maßnahme "hebt die freie Verfügung eines Eigentümers über einige seiner Güter auf und beeinträchtigt dadurch die Ausübung einer "Grundfreiheit" im Sinne der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes".

⁹⁴⁷ Siehe die zitierten Entscheidungen *unten*, § 273.

Parken auf diesem Weg vorsieht⁹⁴⁸. Dagegen stellt die Entscheidung über die Besetzung eines Anlegeplatzes nicht die freie Verfügung über ein Gut in Frage. Eine solche Entscheidung beeinträchtigt nämlich nicht die von der Klägerin geltend gemachte Freiheit, "das Gut, das aus dem Schiff Tuku Hentu besteht, frei zu nutzen"⁹⁴⁹. Sie entzieht oder behindert nicht die freie Verfügung der Betroffenen über dieses Gut.

231. Aufgrund ihres Gegenstands greifen manche Entscheidungen naturgemäß in ein Element ein, das durch eine Grundfreiheit geschützt ist. Dies gilt beispielsweise für die Weigerung, die öffentliche Gewalt bei der Räumung illegaler Bewohner eines privaten Gebäudes zu unterstützen. Eine solche Entscheidung greift per se in das Eigentumsrecht ein⁹⁵⁰. Ebenso verletzt die Weigerung, einem französischen Staatsbürger einen Reisepass auszustellen oder zu verlängern, per se das Recht, sich frei zu bewegen und zu kommen⁹⁵¹. Aufgrund ihres Zwecks und ihrer Merkmale greifen diese Arten von Maßnahmen immer in das Eigentumsrecht (im ersten Fall) und in die Bewegungsfreiheit (im zweiten Fall) ein. Sie greifen automatisch in den durch die Freiheit geschützten Bereich ein. Im Gegensatz dazu gibt es andere Entscheidungen, die aufgrund ihrer Merkmale "an sich" nicht in eine Grundfreiheit eingreifen können.

2. Maßnahmen, die nicht geeignet sind, eine Grundfreiheit zu beeinträchtigen

232. Der Richter stellt allgemein fest, dass bestimmte Kategorien von Maßnahmen "für sich genommen" keinen Eingriff in "eine" oder "keine" Grundfreiheit darstellen. Diese Begründung, die "ein wenig kurz" ist, wie Chapus feststellt, "ist nicht sehr aufschlussreich"⁹⁵². Da der Richter auf "eine" Grundfreiheit abzielt und nicht auf die Grundfreiheit, auf die sich der Beschwerdeführer genau beruft, scheinen die gewählten Formulierungen die Möglichkeit einer Verletzung generell auszuschließen. Mit anderen Worten, "eine" ist gleichbedeutend mit "alle"; die gewählte Formulierung scheint zu bedeuten, dass in jedem Fall keine Grundfreiheit durch die strittige Maßnahme beeinträchtigt werden kann. Es sei darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer Beeinträchtigung nur für die fragliche Maßnahme gilt und weil diese bestimmte und konstante Merkmale aufweist. Der Richter beschränkt die Reichweite der Lösungen strikt auf diese oder jene bestimmte Art von Maßnahme; er hütet sich bewusst davor, allgemeine Formulierungen zu verwenden, die auch über die genau in Frage stehende Maßnahme hinaus gelten sollen. Daher ist es schwierig, Lösungen der Rechtsprechung zu verallgemeinern, die bewusst auf diese oder jene bestimmte Maßnahme beschränkt sind.

Diese Betrachtung nach Art der Maßnahme beansprucht niemals eine absolute Reichweite. In zwei Fällen ist die Feststellung einer Verletzung auch bei Maßnahmen möglich, die an sich nicht in der Lage sind, eine Grundfreiheit zu verletzen. Erstens, wenn die fragliche Maßnahme aus ihren Gründen eine Verletzung einer Grundfreiheit erkennen lässt. Zweitens, wenn die Maßnahme unter Bedingungen oder in einem Kontext ergriffen wurde, die einen "besonderen Umstand" darstellen, der dazu führt, dass die Maßnahme ihre traditionellen Merkmale verliert und daher die Vermutung der Nichtverletzung aufgegeben werden muss.

233. Zu diesen Maßnahmen gehört in erster Linie die Erteilung einer Baugenehmigung. Eine solche Genehmigung, "deren Zweck es ist, die Übereinstimmung des geplanten Gebäudes mit den geltenden Vorschriften zu gewährleisten" und "die vorbehaltlich der Rechte Dritter erteilt wird", "kann für sich allein keine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts darstellen"⁹⁵³. Angesichts der Begründung des Beschlusses könnte

948 CE, Ord. 10. September 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, Nr. 260015.

949 CE, Ord. 8. März 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, Nr. 265144.

950 Siehe CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408; CE, Ord. 3. Januar 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry*, *Lebon* T. S. 928, S. 931; CE, ord. 15. Oktober 2004, *Société Sud-Est réalisations*, Nr. 272934.

951 CE, Ord. 9. Januar 2001, *Deperthes*, *Lebon* S. 1; CE, Ord. 11. Oktober 2001, *Tabibou*, *Lebon* T. S. 1133; CE, ord. 20. Juli 2004, *Mzimba*, Nr. 270044. Siehe auch, für eine Verweigerung der Ausstellung eines nationalen Personalausweises: CE, ord. 11. März 2003, *Samagassi*, *Lebon* S. 119; CE, ord. 22. August 2003, *Coben*, Nr. 259583.

952 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1598.

953 CE, ord. Im vorliegenden Fall kann die Erteilung der strittigen Genehmigung an sich nicht als Eingriff in ein benachbartes Grundstück betrachtet werden - da die Rechte Dritter berücksichtigt wurden - und folglich auch nicht als Eingriff in eine Grundfreiheit. In ähnlicher Weise, jedoch ohne die Formulierung "an sich" zu verwenden, hatte der Richter der *Déféré-liberté* bestätigt, dass ein Gemeinderatsbeschluss zur Erteilung einer Baugenehmigung nicht "zu den in Artikel 3 genannten Handlungen gehört, die geeignet sind, die öffentlichen oder individuellen Freiheiten zu beeinträchtigen" (CE, ord. 11. Dezember 1984, *Commissaire de la République du département de la Charente-Maritime*, Nr. 64-388, Auszug zitiert in S. MARTIN, *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, 1990, S. 228-229). Siehe im gleichen Sinne für die

man die Behauptung wagen, dass diese Lösung auch für die Erteilung jeder Genehmigung gelten soll, die unter Vorbehalt der Rechte Dritter erteilt wird. Der Richter hat mehrfach festgestellt, dass die Verweigerung der Erteilung einer bestimmten Genehmigung nicht per se gegen eine Grundfreiheit verstößt. So kann "die den Anträgen der Kläger entgegengehaltene Weigerung, einen Platz auf dem öffentlichen Gelände, auf dem die Trône-Messe stattfindet, zuzuweisen, nicht als Verletzung einer Grundfreiheit angesehen werden, auch wenn sie zur Folge hat, dass ihnen die Möglichkeit genommen wird, ihre Geschäftstätigkeit auszuüben"⁹⁵⁴. Ebenso kann "die Weigerung, einer kommerziellen Einrichtung zu gestatten, den kommunalen öffentlichen Bereich zu nutzen, um dort eine Terrasse zu errichten, obwohl sie sich auf die kommerzielle Attraktivität dieses Bereichs auswirkt, nicht für sich genommen als Beeinträchtigung einer Grundfreiheit angesehen werden"⁹⁵⁵. Dasselbe gilt für den Entzug einer Genehmigung, wenn ihr Inhaber die gesetzlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Genehmigung nicht mehr erfüllt.⁹⁵⁶

Ebenso "greift eine Verwaltungsbehörde nicht in eine Grundfreiheit ein, wenn sie unter den Bedingungen und aus den Gründen, die das Gesetz und die zu seiner Anwendung erlassenen Rechtsvorschriften vorsehen, Maßnahmen in Bezug auf die Ausübung einer reglementierten beruflichen Tätigkeit ergreift"⁹⁵⁷. Beispielsweise hatte die Versammlung von Französisch-Polynesiern in der Entscheidung *Hoffer* vom 18. September 2002 die Ausübung der Tätigkeit eines Taxiunternehmers vom Besitz eines Befähigungsnachweises abhängig gemacht. Der Richter für einstweilige Verfügungen war der Ansicht, dass die Organisation einer Prüfung vor der Ausstellung eines Befähigungsnachweises gemäß den in diesem Beschluss vorgesehenen Regeln nicht als Verletzung einer Grundfreiheit angesehen werden kann⁹⁵⁸. Es sei darauf hingewiesen, dass in einer solchen Hypothese das Hindernis für die Einstufung des Eingriffs aus den Merkmalen der Maßnahme und nicht aus der Tatsache resultiert, dass der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist. Denn anders als manchmal behauptet wird, bleibt ein Eingriff, auch wenn er gesetzlich vorgesehen ist, dennoch ein Eingriff im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes.⁹⁵⁹

Eine weitere Kategorie scheinen Sanktionsmaßnahmen zu sein, die von der Verwaltung aufgrund eines Fehlverhaltens des Antragstellers ergriffen werden. Durch sein Verhalten hat sich der Antragsteller in Widerspruch zu den Rechts- und Verwaltungsvorschriften gesetzt. Er hat eine Pflichtverletzung begangen, die ihn einer in den Texten vorgesehenen Sanktion aussetzt⁹⁶⁰. Er hat sich in eine rechtswidrige Situation begeben und muss die

Genehmigung zum Anlegen eines Teichs: CE, Ord. 10. Januar 1985, *Doret*, *AJDA* 1985, S. 366, Anmerkung H. PERINET-MARQUET.

⁹⁵⁴ CE, ord. 6. April 2001, *Lapere u. a.*, Nr. 232135. Diese Lösung muss mit einer ständigen Rechtsprechung des Staatsrats in Verbindung gebracht werden, die die Berufung auf den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit für Tätigkeiten ausschließt, deren Ausübung einer vorherigen behördlichen Genehmigung unterliegt (siehe z. B. CE, Ass., 21. November 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, *Lebon* S. 578).

⁹⁵⁵ CE, Ord. 16. September 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.*, S. 314. Für eine Entscheidung des Conseil de l'ordre des chirurgiens dentistes, mit der einem Zahnarzt die Verlegung des Sitzes seiner Praxis verweigert wurde, siehe CE, ord. 9. Februar 2001, *Philippart et Lesage*, Nr. 230112. In vergleichbarer Weise ist der Richter für Überschreitung der Befugnisse der Ansicht, dass ein Erlass, der die Erteilung von Genehmigungen für die private Nutzung des öffentlichen Bereichs vorsieht, "nicht selbst gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit verstößt" (CE, 11. Februar 1998, *Ville de Paris*, *Lebon* S. 146, *AJDA* 1998, S. 527, Concl. G. BACHELIER).

⁹⁵⁶ So kann "die Entscheidung, mit der der Verkehrsminister in Ausübung der Befugnisse, die ihm durch den Code de l'aviation civile in Bezug auf die reglementierte Tätigkeit des Luftfahrtunternehmens übertragen wurden, eine Betriebsgenehmigung für ein Luftfahrtunternehmen beendet, indem er sich darauf stützt, dass die Bedingungen, denen die Erteilung einer solchen Genehmigung unterliegt, nicht mehr erfüllt sind, nicht als Eingriff in eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 10. Februar 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, Nr. 254029).

⁹⁵⁷ CE, ord. 24. Februar 2003, *Vincendeau*, Nr. 254362. Im vorliegenden Fall kann die Entscheidung, mit der der Präfekt in Anwendung der kombinierten Bestimmungen des Umweltgesetzbuchs und des Landwirtschaftsgesetzbuchs die dem Kläger erteilten Fanglizenzen für ein Jahr aussetzte, nicht als Eingriff in eine Grundfreiheit angesehen werden.

⁹⁵⁸ EG, Ord. 18. September 2002, *Hoffer*, Nr. 250331.

⁹⁵⁹ Vgl. CE, ord. 24. Januar 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, *Lebon T.*, S. 873: "Considérant que le fait pour un arrêté portant création d'une communauté d'agglomération d'y inclure une commune sans que celle-ci a donné son assentiment, affecte la libre administration des collectivités territoriales, qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 5211. 521-2 der Verwaltungsgerichtsordnung darstellt; dass dies so ist, obwohl diese Möglichkeit ausdrücklich in den Bestimmungen von Artikel L. 5211-5 der Allgemeinen Ordnung der Gebietskörperschaften vorgesehen ist". Siehe auch CE, ord. 9. Dezember 2004, *Commune de Béziers*, Nr. 274852: "Selbst wenn, wie die appellierende Gemeinde geltend macht, ein Wohnverbot zu den sicherheitspolizeilichen Maßnahmen gehört, die vom Bürgermeister auf der Grundlage der oben genannten Bestimmungen des Code général des collectivités territoriales ergriffen werden können, ist das Verbot für Herrn und Frau Rousset eine Maßnahme der Sicherheitspolizei, die der Bürgermeister auf der Grundlage der oben genannten Bestimmungen des Code général des collectivités territoriales ergreifen kann, und Frau Rousset, das Gebäude, dessen Eigentümer sie sind, zu bewohnen, nicht weniger die Ausübung einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes berührt".

⁹⁶⁰ In Bezug auf Straßentransportlizenzen gilt: "Wenn der Präfekt unter den Bedingungen und aus den Gründen, die das Gesetz vorsieht, von seiner Befugnis Gebrauch macht, zuvor erteilte Lizenzen zu entziehen, kann dies nicht als Eingriff in eine Grundfreiheit angesehen werden" (CE, ord. 26. März 2002, *Société Route Logistique Transports*, *Lebon* S. 114). Artikel 37

gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen tragen. Aus diesem Grund ist der Richter für einstweilige Verfügungen der Ansicht, dass "eine Maßnahme, mit der ein Schüler aus disziplinarischen Gründen von einem Gymnasium ausgeschlossen wird, nicht als Eingriff in eine Grundfreiheit angesehen werden kann"⁹⁶¹. Ebenso stellte er fest, "dass die Entscheidung, einen öffentlichen Bediensteten aus disziplinarischen Gründen auszuschließen, selbst wenn sie rechtswidrig ist, nicht per se eine Verletzung einer Grundfreiheit im Sinne der oben genannten Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellt"⁹⁶². In einem Beschluss vom 15. März 2002 erklärte der Richter, "dass, wenn die Weigerung der Verwaltung, den Führerschein von Herrn Delaplace zurückzugeben, Auswirkungen auf die Bedingungen hat, unter denen dieser seinen Beruf als Auslieferungsfahrer ausüben kann (...), diese Weigerung nicht per se eine Grundfreiheit verletzt"⁹⁶³.

Zu dieser Kategorie gehören auch andere Einzelfallentscheidungen wie die Versetzung eines Beamten im dienstlichen Interesse⁹⁶⁴, der Beschluss über die Abtretbarkeit in einem Enteignungsverfahren⁹⁶⁵, die Bedingungen, unter denen eine juristische Person des öffentlichen Rechts die Vorschriften über die Aufrechterhaltung von Arbeitsverträgen im Falle eines Unternehmensübergangs anwendet, die "nicht als an sich die Ausübung einer Grundfreiheit berührend angesehen werden können"⁹⁶⁶ oder die von der Verwaltungsbehörde im Anschluss an eine vom Strafrichter verhängte Strafe des Verbots des französischen Staatsgebiets angeordnete Abschiebung an die Grenze.⁹⁶⁷

des Gesetzes vom 30. Dezember 1982 über die Ausrichtung der Binnentransporte sieht vor, dass die Straßentransportlizenzen bei Verstößen gegen die Bestimmungen in Bezug auf Transport, Arbeitsbedingungen und Sicherheit vorübergehend oder endgültig entzogen werden können. Das Unternehmen Route Logistique Transports hatte verschiedene Verstöße begangen, die in den Anwendungsbereich von Artikel 37 fielen. Indem der Präfekt ihm die zuvor erteilten Lizenzen entzog, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er eine Grundfreiheit verletzt. Ebenso gilt: "Wenn der Präfekt unter den Bedingungen und aus den Gründen, die das Gesetz vorsieht, von seiner Befugnis Gebrauch macht, die Zulassung, die einer Einrichtung für den Autofahrerunterricht zuvor erteilt wurde, zu entziehen oder nicht zu erneuern, kann er nicht als Beeinträchtigung einer Grundfreiheit angesehen werden" (CE, Ord. 1^{er} März 2002, *Bonfils, Lebon* S. 69). Herr Bonfils war verurteilt worden, weil er Fahrunterricht für motorisierte Landfahrzeuge erteilt hatte, ohne persönlich im Besitz einer Lehrberechtigung zu sein. Aus Artikel L. 213-1, L. 213-3 und R. 212-4 der Straßenverkehrsordnung in Verbindung ergibt sich, dass Personen, die wegen Fahrunterrichts ohne Genehmigung verurteilt wurden, keine Lehrerlaubnis erteilt werden kann. Indem sich der Präfekt darauf beschränkt, diese Bestimmungen anzuwenden, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er eine Grundfreiheit verletzt. Auch wenn die Verwaltungsbehörde unter den Bedingungen und aus den Gründen, die das Gesetz vorsieht, von der Befugnis Gebrauch macht, die endgültige Schließung einer privaten Einrichtung, die ältere Menschen beherbergt, zu verfügen, weil diese nicht die erforderliche Genehmigung für ihre Erweiterung beantragt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie eine Grundfreiheit verletzt (CE, Ord. 29. April 2004, *Département du Var*, Nr. 266902).

⁹⁶¹ CE, 29. November 2002, *Arakino, Lebon* S. 422.

⁹⁶² CE, Ord. 27. Juni 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* S. 228.

⁹⁶³ CE, ord. 15. März 2002, *Delaplace, Lebon*, S. 105.

⁹⁶⁴ CE, ord. 28. Januar 2003, *Renard*, Nr. 253617: "la décision prononçant, dans l'intérêt du service, la mutation d'office d'un militaire ne constitue pas, par elle-même, une atteinte à une liberté fondamentale" (Die Entscheidung, die im Interesse des Dienstes die Versetzung eines Angehörigen der Streitkräfte von Amts wegen ausspricht, stellt für sich genommen keinen Eingriff in eine Grundfreiheit dar).

⁹⁶⁵ Diese Urteile "sind nicht geeignet, für sich genommen eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentumsrechts des Klägers zu bewirken", da sie keine Eigentumsübertragung vornehmen (TA Orléans, Ord. 19. Februar 2001, *Galteau, AJDA* 2001, S. 780-783, Anm. R. HOSTIOU; *AJDI* 2002, S. 20-21, Obs. S. GILBERT und E. SIMONET). Diese Erlasse haben keine direkten Auswirkungen auf das Eigentumsrecht des Klägers. Erst mit dem Enteignungsbeschluss, dessen Streitigkeiten in den Zuständigkeitsbereich des Gerichts fallen, können die Rechte der Betroffenen beeinträchtigt werden.

⁹⁶⁶ CE, Ord. 13. März 2002, *Mori und andere, Lebon*, S. 101.

⁹⁶⁷ Wenn ein ausländischer Staatsangehöriger vom Strafrichter zu einem Aufenthaltsverbot verurteilt wird, stellt die Anordnung der Präfektur, die seine Ausweisung vornimmt, nicht per se eine Verletzung der Freizügigkeit oder des Rechts auf Achtung des Familienlebens dar. Die Abschiebungsmaßnahme ist grundsätzlich die notwendige Folge des vom Strafrichter verhängten Einreiseverbots. Denn gemäß Artikel 27 der Verordnung vom 2. November 1945 führt das Einreiseverbot "von Rechts wegen zur Abschiebung des Verurteilten an die Grenze". Dies bedeutet, dass der Präfekt verpflichtet ist, diese Maßnahme zu verhängen; die Beeinträchtigung ergibt sich in Wirklichkeit aus der Verhängung des Einreiseverbots durch den Strafrichter. Da die Verwaltung bei der Durchführung der Abschiebungsmaßnahme über keinen Initiativspielraum verfügt und keine Bewertung vornehmen muss, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie selbst eine Grundfreiheit verletzt (CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* S. 158; CE, ord. 15. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* S. 466, Nr. 239022; CE, ord. 21. Dezember 2001, *Mahmoudi*, Nr. 241188; CE, ord. 17. Dezember 2002, *Batoudounou Ntoumi*, Nr. 252479; CE, 12. Juli 2002, *Oulai Doué*, Nr. 245141). Vor dem Richter der Grenzabschiebung wird ein solcher Antrag auf der Grundlage der Zulässigkeit sanktioniert (CE, ord. 2. Dezember 1991, *Beya, Lebon* T. S. 944). Es sei darauf hingewiesen, dass die Entscheidung zur Festlegung des Abschiebelandes, wenn sie den Betroffenen Risiken der in Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention genannten Art aussetzt, als Beeinträchtigung seiner persönlichen Freiheit oder seiner persönlichen Freiheit angesehen werden kann (CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* S. 158; CE, ord. 15. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* S. 466, Nr. 239022; CE, ord. 20. Dezember 2001, *Chikh*, Nr. 241154). Diese Lösung steht im Einklang mit der Rechtsprechung, die sich auf der Grundlage von Artikel 22

234. Der Vorbehalt der besonderen Umstände, der in den ersten Entscheidungen fehlte, erschien später, um die Tragweite der Formulierungen abzuschwächen, die die Möglichkeit einer Beeinträchtigung grundsätzlich und in jedem Fall auszuschließen schienen⁹⁶⁸. Die Frage der Bestimmung des für einen Asylantrag zuständigen Staates veranschaulicht, wie unter besonderen Umständen eine Vermutung der Nichtbeeinträchtigung ausgeschlossen werden kann. Grundsätzlich kann die Beeinträchtigung des Asylrechts "nicht allein aus dem Umstand resultieren, dass die Bestimmungen (...) von Artikel 10^o 1^o des Gesetzes vom 25. Juli 1952 auf einen Ausländer angewandt wurden, der einen Asylantrag gestellt hat, dessen Prüfung in die Zuständigkeit eines anderen Staates fällt (...)"⁹⁶⁹. Der Richter für einstweilige Verfügungen bekräftigt in der *Nikoghosyan-Verfügung*, dass die Durchführung des Verfahrens zur Bestimmung des für die Prüfung des Asylantrags zuständigen Staates "nicht per se die Grundfreiheit, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, beeinträchtigen kann"⁹⁷⁰. Dennoch kann diese allgemeine Regel unter besonderen Umständen nachgeben und je nach dem Verhalten der Verwaltung eine Verletzung einer Grundfreiheit darstellen. In der oben erwähnten *Nikoghosyan-Entscheidung* erklärte der Richter, dass die Ausübung der Freiheit, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, "gefährdet wäre, wenn die Prüfung des Antrags ohne die Anwesenheit des Antragstellers erfolgen würde, der als Einziger in der Lage ist, die geforderten Begründungen vorzubringen und die Fragen der mit der Untersuchung des Falles beauftragten Behörden zu beantworten". Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles verletzte der Präfekt das Recht auf ein Verfahren zur Prüfung seines Asylantrags, das den damit verbundenen Garantien entspricht. Indem die Verwaltung den Asylbewerber vor die Alternative stellte, entweder seine Familie zu verlassen, um seinen Asylantrag in einem anderen Staat, der dem Dubliner Übereinkommen vom 15. Juni 1990 beigetreten ist, zu unterstützen, oder diesen in seiner Abwesenheit für eine unbestimmte Zeit geprüft zu bekommen, verletzte sie die Grundfreiheit, den Flüchtlingsstatus zu beantragen. Indem der Präfekt dem Antragsteller eine solche Wahl aufzwingt, verletzt er "je nach Fall entweder sein Recht auf Achtung des Familienlebens oder sein Recht auf ein Verfahren zur Prüfung seines Asylantrags, das den Garantien entspricht, die damit verbunden sein müssen". Es geht also nicht um das Verfahren der Rückübernahme in den zuständigen Staat, sondern um die besonderen Umstände, unter denen es stattfindet. Daher ist die Beeinträchtigung in materieller Hinsicht gekennzeichnet.

Damit der Richter jedoch eine Verletzung im Sinne von Artikel L. 521-2 anerkennen kann, reicht es nicht aus, in dem durch eine Grundfreiheit geschützten Bereich zu liegen. Es ist auch erforderlich, dass die Person, die sich auf eine Verletzung beruft, die Eigenschaft hat, von dieser Freiheit zu profitieren.

B. Die Infragestellung des Nutznießers der Grundfreiheit (rationae personae)

235. Der Beschwerdeführer muss die Eigenschaft oder den Titel haben, sich auf die Freiheit, auf die er sich beruft, berufen zu können. Es ist offensichtlich, dass nicht jeder beliebige Einzelne die Vorteile einer beliebigen Grundfreiheit für sich beanspruchen kann. Nur wer von einer Grundfreiheit profitiert, kann sich auf deren Verletzung berufen. Personen, die nicht zu den Begünstigten einer Freiheit gehören, können nicht behaupten,

bis der Verordnung vom 2. November 1945 entwickelt hat. Im Falle eines Verbots des französischen Hoheitsgebiets betrachtet der Richter der Grenzschiebung die Entscheidung, die das Land der Rückführung festlegt, als Verwaltungsmaßnahme, gegen die Rechtsmittel eingelegt werden können (CE, avis 26 mai 1995, *Stein, Lebon T. S. 716*). Die getroffene Maßnahme ist nicht mehr die notwendige Folge der vom Strafrichter ausgesprochenen Verurteilung.

⁹⁶⁸ Siehe zum Beispiel CE, ord. 23. März 2004, *Chapron*, Nr. 265735: "la modification temporaire du régime de détention qui résulte pour l'intéressé de son placement en cellule disciplinaire, dans les conditions prévues par l'article D. 251-3 du code de procédure pénale, ne peut par elle-même et en l'absence de circonstances particulières, ne peut être regardée comme portant une atteinte grave" auf die Freiheit zu gehen und zu kommen.

⁹⁶⁹ CE, ord. 2. Mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon S. 227*. Daher, so der Richter für einstweilige Verfügungen, "ist der Innenminister berechtigt zu behaupten, dass er mit der Feststellung, dass die Einleitung eines Verfahrens zur Rückübernahme der Eheleute Dziri und ihrer Kinder nach Spanien einen schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in die Ausübung der Grundfreiheit des Asylrechts durch sie darstellte, und mit der Anweisung an den Präfekten des Departements Haute-Garonne, ihnen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, die bis zur Entscheidung der französischen Behörden über ihren Antrag gültig ist, eine falsche Rechtsauffassung vertreten hat", der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Toulouse die anwendbaren verfassungsrechtlichen, vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen falsch angewendet hat und folglich die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zu verlangen". Siehe in diesem Sinne auch CE, ord. 4. September 2003, *Thanattikul, Lebon T. S. 928*; CE, 3. Mai 2004, *Dogan épouse Antil, Lebon T. S. 854*.

⁹⁷⁰ CE, ord. 25. November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T. S. 927*.

dass diese verletzt wurde.

So können ausländische Staatsangehörige nicht die Rechte in Anspruch nehmen, die französischen Staatsbürgern vorbehalten sind. Da sie insbesondere "besonderen Maßnahmen zur Regelung ihrer Einreise und ihres Aufenthalts in Frankreich unterliegen", genießen sie "im Gegensatz zu den Staatsangehörigen nicht die Freiheit der Einreise in das Hoheitsgebiet"⁹⁷¹. Ebenso logisch ist, dass ein Ausländer, der sich illegal im Land aufhält, sich nicht auf die Freiheiten berufen kann, die Ausländern mit legalem Aufenthaltsstatus zuerkannt werden. Insbesondere kann er "keinen Anspruch auf die freie Ausübung eines Berufs auf französischem Hoheitsgebiet und die damit verbundenen sozialen Rechte geltend machen"⁹⁷². Umgekehrt und in Anwendung derselben Grundsätze kann ein Ausländer mit legalem Aufenthaltsstatus Anspruch auf diese Rechte erheben und deren Verletzung vor dem Richter des *référé-liberté*⁹⁷³ geltend machen.

Ob jemand eine Grundfreiheit genießt, kann von anderen Parametern als der Staatsangehörigkeit oder dem rechtmäßigen Aufenthalt auf französischem Boden abhängen. Beispielsweise ist das Recht auf ein normales Familienleben Personen vorbehalten, die im rechtlichen Sinne als Familienangehörige gelten. Es steht nicht zur Debatte, wenn Kindern ein Einreisevisum verweigert wird, die mit der Klägerin nur durch eine einfache Adoption nach madagassischem Recht verbunden sind, die nicht die gleichen Auswirkungen hat wie eine einfache Adoption nach französischem Recht⁹⁷⁴. Auch Personen, die nicht Eigentümer einer Sache sind, können sich nicht auf eine Verletzung des Eigentumsrechts berufen, wenn sie eine Klage einreichen. So können sich weder der Mieter einer Immobilie⁹⁷⁵ noch der Inhaber einer Konzession auf öffentlichem Grund⁹⁷⁶ auf eine Verletzung dieses Rechts berufen.

236. Darüber hinaus muss die behauptete Verletzung einer Grundfreiheit unmittelbar und persönlich sein. Der Richter für einstweilige Verfügungen bekräftigte im Beschluss *Meyet* vom 17. April 2002, dass der Kläger "die Verletzung der Grundfreiheit, auf die er sich beruft, direkt und persönlich erleiden muss"⁹⁷⁷. Der Kläger war der Ansicht, dass der Conseil supérieur de l'audiovisuel die freie Ausübung des Wahlrechts beeinträchtigte, indem er der Gesellschaft Canal + nicht die Verpflichtung auferlegte, die verschiedenen Kandidaten der Präsidentschaftswahlen in ihrer satirischen Sendung "Les Guignols de l'info" fair zu behandeln. Der Richter argumentiert, dass der Kläger allein in seiner Eigenschaft als Wähler keinen direkten und persönlichen Schaden erlitten hat. Der Verwaltungsrichter lässt keine indirekte oder nicht auf die Person des Klägers bezogene Beeinträchtigung zu.

Die Beeinträchtigung, die in materieller und persönlicher Hinsicht charakterisiert ist, muss auch in zeitlicher Hinsicht charakterisiert sein.

C. Eine konstituierte Beeinträchtigung (rationae temporis)

237. Um vom Richter qualifiziert zu werden, muss die Beeinträchtigung am Tag der Befassung des Richters bestehen, was voraussetzt, dass ihr Eintreten sicher und erwiesen ist. Die freiheitsbeschränkende Situation muss aktuell und bereits gegeben sein. Erfolgt die Befassung des Richters zu früh, bevor die Beeinträchtigung begonnen hat, oder zu spät, nachdem sie aufgehört hat, kann das Erfordernis einer Beeinträchtigung im Sinne von Artikel L. 521-2 nicht als erfüllt angesehen werden.⁹⁷⁸

238. Die Beeinträchtigung darf nicht vorzeitig, d. h. noch bevor die strittige Situation entstanden ist, qualifiziert werden.

⁹⁷¹ EK, Beschl. 4. März 2002, *Tinor*, Nr. 243653.

⁹⁷² CE, ord. 5. März 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon T. S. 1130*. In dieser Entscheidung heißt es nämlich: "Die Ausübung der Rechte und Freiheiten, die Ausländer auf französischem Hoheitsgebiet genießen können, hängt von der Ordnungsmäßigkeit ihrer Einreise und ihres Aufenthalts im Hinblick auf die geltenden Gesetze und Verordnungen sowie die internationalen Übereinkommen ab".

⁹⁷³ CE, Ord. 11. Juni 2002, *Aït Oubba, Lebon T., S. 869*.

⁹⁷⁴ CE, Ord. 12. September 2001, *Langard*, Nr. 238106.

⁹⁷⁵ Siehe Civ. 1^{ère}, 18. Juni 1974, *Bull. civ. I*, Nr. 197.

⁹⁷⁶ Civ 1^{ère}, 27. Mai 1975, Legros gegen Maire de Saint-Lunaire, *Bull. civ. n° 178*.

⁹⁷⁷ CE, Ord. 17. April 2002, *Meyet, Lebon T., S. 870*.

⁹⁷⁸ Wenn die strittige Situation am Tag der Klageerhebung oder der Urteilsverkündung nicht mehr besteht, äußert sich der Richter nicht zu den Anspruchsvoraussetzungen und weist den Antrag im ersten Fall als unzulässig zurück, im zweiten Fall stellt er das Verfahren ein. Siehe *unten*, § 384.

Beispielsweise kann eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts aus zeitlicher Sicht nicht festgestellt werden, wenn die Verwaltungsbehörde während der Winterpause, die durch Artikel L. 613-3 des Bau- und Wohnungsgesetzbuchs festgelegt wurde, keine öffentliche Gewalt anwendet⁹⁷⁹. Wenn die Texte der Verwaltung das Handeln untersagen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie durch ihre Unterlassung eine Grundfreiheit verletzt. Zwischen dem 1.^{er} November eines Jahres und dem 15. März des folgenden Jahres kann die Unterlassung des Präfekten, die öffentliche Gewalt einzusetzen, nicht als Angriff auf das Eigentumsrecht gewertet werden. Da die Bestimmungen dieses Textes den Präfekten daran hindern, die beantragten Maßnahmen vor dem 16. März zu ergreifen, kann sich die Klägerin "nicht auf die Unterlassung der Verwaltungsbehörde vor diesem Datum berufen, um das Vorliegen eines Eingriffs in eine Grundfreiheit nachzuweisen".⁹⁸⁰

Ebenso kann eine einfache Absicht, die von der Verwaltungsbehörde geäußert wird und die an sich keine unmittelbaren Auswirkungen hat, nicht als Eingriff in eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 analysiert werden. So "stellt die am 11. Oktober 2001 durch eine Pressemitteilung bekannt gemachte Entscheidung des Bürgermeisters von Castelnau-le-Lez, künftig keine Aufnahmebescheinigungen mehr auszustellen, die es Familien in der Gemeinde ermöglichen, Ausländer, die nicht der Europäischen Gemeinschaft angehören, zu beherbergen, die eine Absicht ankündigt und auf jeden Fall nicht verhindert, dass andere Behörden die beantragten Bescheinigungen ausstellen, für sich genommen keine konkrete und *unmittelbare* Beeinträchtigung der Ausübung einer Grundfreiheit durch eine bestimmte Person im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsjustizgesetzes darstellt"⁹⁸¹. *Erst recht* kann keine Verletzung einer Grundfreiheit vorliegen, wenn die Verwaltung wegen einer noch nicht entstandenen Rechtslage verklagt wird⁹⁸².

239. Muss dieses Erfordernis dazu führen, dass alle Eingriffe, die einen zukünftigen Charakter haben, vom Anwendungsbereich des *référé-liberté* ausgeschlossen werden? Durch die Erwähnung des Eingriffs, den die Verwaltung in eine Grundfreiheit "vorgenommen haben soll", scheint der Wortlaut von Artikel L. 521-2 jede Möglichkeit eines präventiven Eingreifens auszuschließen. Wie Professor Chapus jedoch betont, konnte "eine unbeabsichtigt restriktive Formulierung nicht die Möglichkeit ausschließen, die alles mit Offensichtlichkeit empfiehlt, eine präventive einstweilige Verfügung zu erlassen"⁹⁸³. Denn dem Antragsteller aufzuerlegen, darauf zu warten, dass er tatsächlich eine Beeinträchtigung erleidet, von der man mit Sicherheit weiß, dass sie eintreten wird, würde dem Geist und dem Zweck dieses Verfahrens widersprechen. Darüber hinaus liegt es im Interesse einer einstweiligen Verfügung, das Eintreten eines möglichen Schadens verhindern zu können. Um dem Verfahren der einstweiligen Verfügung volle Wirkung zu verleihen, wandte der Verwaltungsrichter diese Bestimmung nicht wörtlich an.

Er hat nach dem Vorbild des Richters der Rechtsdurchsetzung⁹⁸⁴ zugelassen, dass die Beeinträchtigung zukünftig sein kann, wenn sie eine bereits erlassene, aber noch nicht vollzogene Maßnahme betrifft. Das Verfahren des *référé-liberté* steht dem Kläger offen, wenn der Eingriff grundsätzlich von der Verwaltung beschlossen wurde. Dazu muss sie ein genaues Datum für die Ausführung enthalten. Sobald die Maßnahme beschlossen ist, kann der Eingriff qualifiziert werden, ohne dass die Vollstreckungsmaßnahmen abgewartet werden müssen. Folglich kann der Einzelne eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit beantragen, um vorsorglich den Schutz seiner Grundfreiheiten zu erreichen. Im Beschluss *Ploquin* vom 1.^{er} Juni 2001 erkannte der Verwaltungsrichter eine Verletzung des Eigentumsrechts im Fall eines Präfekturerlasses an, der die Schlachtung eines Viehbestands

979 Zu dieser Bestimmung siehe *infra*, § 273.

980 CE, ord. 10. März 2003, *Commune de Nice*, Nr. 254838.

981 CE, ord. 18. Oktober 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, Nr. 239071.

982 Siehe CE, ord. 24. Dezember 2002, *Dondeynaz-Sbai*, Nr. 252690. Mit einer Klageschrift, die am 19. Dezember 2002 beim Sekretariat für Streitsachen registriert wurde, machte die Klägerin geltend, dass die Verwaltung ihr rechtswidrig das Recht verweigert hatte, sich im Februar 2002 zu einer Berufsprüfung anzumelden, und beantragte beim Richter für einstweilige Verfügungen, die Verwaltung anzuweisen, ihre Anmeldung zu der Prüfung, die im Februar 2003 stattfinden wird, zuzulassen. Der Richter erklärte, "dass sich die Klägerin beim derzeitigen Stand der Ermittlungen nicht auf eine Verletzung einer ihrer Grundfreiheiten berufen kann, da die Verwaltung nicht zu ihrem Recht, sich zu dieser künftigen Prüfung anzumelden, Stellung genommen hat".

983 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1594.

984 Siehe TC, 18. Dezember 1947, *Hilaire c/ Kigen, Lebon* S. 516, D. 1948, S. 62, Fußnote M. FREJAVILLE, *JCP G* 1948, II, 4087, Fußnote G. VEDEL; TC, 26. Februar 1948, *Dame veuve Pngel c/ Arnaudon, Lebon*, S. 507; TC, 25. Mai 1950, *Société nationale des entreprises de presse, Lebon*, S. 660; TC, 17. Dezember 1962, *Société civile du domaine de Comteville, Lebon*, S. 830, *RDJ* 1963, S. 317. Der Richter verlangt, dass die Entscheidung mit Vollstreckungsmaßnahmen an einem festgelegten Tag verbunden wird (TC, 4. November 1996, *Vanères et Laure Robert, GP* 1997, 2, S. 732; TC, 5. Juli 1999, *Préfet du Calvados, Lebon* S. 459). Wenn die Verwaltung die Vollstreckung ihrer Entscheidung unmittelbar bevorstehend mit einem bestimmten Datum angekündigt hat, kann der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen verbieten, dass ihr zuvorgekommen wird. Indem Artikel 809 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung neben der offenkundig rechtswidrigen Störung (die dem bereits verwirklichten faktischen Vorgehen entspricht) auf den drohenden Schaden abzielt (der dem faktischen Vorgehen im Verlauf der Verwirklichung entspricht), gibt er dem Eingreifen des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen eine rechtliche Grundlage, um die Verwirklichung eines faktischen Vorgehens zu verhindern.

innerhalb eines Monats vorschreibt. Obwohl es sich um eine zukünftige Maßnahme handelt, beeinträchtigt sie mit Sicherheit die freie Verfügung des Viehzüchters über sein Eigentum und beeinträchtigt somit die Ausübung einer Grundfreiheit⁹⁸⁵. In ähnlicher Weise hatte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Toulouse in einem Beschluss vom 3. August 2005 die Beeinträchtigung der Religionsfreiheit in Bezug auf eine Entscheidung des Bürgermeisters der Gemeinde Massat anerkannt, die die Organisation öffentlicher Aufführungen und Veranstaltungen in der Kirche der Gemeinde vom 4. bis 15. August 2005 vorsah.⁹⁸⁶

Die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit, die in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht gegeben sein muss, kann sich aus dem Gegenstand einer Verwaltungsmaßnahme oder aus den Gründen für diese ergeben.

II. Der Ursprung der Beeinträchtigung

240. Die erste Form des Eingriffs, die sich auf den *Inhalt* einer Verwaltungsmaßnahme bezieht, ist relativ klassisch. Sie entspricht den Fällen, in denen die Handlung oder das Vorgehen der öffentlichen Hand durch ihren Zweck oder ihre Auswirkungen in den durch eine Grundfreiheit geschützten Bereich eingreift. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Verwaltung die Identitätsdokumente einer Familie einzieht und einbehält⁹⁸⁷, sich weigert, einer politischen Partei einen Gemeindesaal zur Verfügung zu stellen⁹⁸⁸ oder die Schließung eines Geschäftsbetriebs anordnet⁹⁸⁹. Ebenso kann auch eine Handlung, die zwar nicht die Einschränkung einer Freiheit zum Ziel hat, aber dennoch diese Wirkung haben kann, eine Grundfreiheit beeinträchtigen. So kann "die Entscheidung, mit der der Arbeitsinspektor die Genehmigung zur Entlassung eines geschützten Arbeitnehmers verweigert, die bei ihm aufgrund von Mobbinghandlungen gegenüber seinen Untergebenen beantragt wurde, *durch ihre Folgen* eine Grundfreiheit beeinträchtigen"⁹⁹⁰.

241. Die Beeinträchtigung kann auch, auf eine originellere Weise, aus den *Gründen* einer Verwaltungsentscheidung resultieren. Diese innovative Lösung wurde im Urteil *Casanovas* vom 28. Februar 2001⁹⁹¹ verankert. Der Kläger, Herr Casanovas, übt die Funktion eines Hauptmanns auf Probe bei der Feuerwehr aus. Außerhalb des Dienstes ist er ein politischer Aktivist, der insbesondere an der Gründung eines Vereins zur Unterstützung der Mitglieder der Gruppe Action directe beteiligt war. Mit Erlass vom 25. Juni 1999 lehnten der Präfekt des Departements Meurthe-et-Moselle und der Präsident der Stadtgemeinschaft Grand Nancy seine Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit ab und beendeten seine Tätigkeit als Hauptmann auf Probe der Feuerwehr. Diese Entscheidung wurde nach Ansicht der Verfasser mit der unzureichenden beruflichen Leistung des Betroffenen begründet. Herr Casanovas fühlt sich seinerseits als Opfer seiner politischen Stellungnahmen außerhalb des Dienstes und seines Engagements an der Seite von militanten Linksextremisten. Er behauptet, dass die Entscheidung zur Beendigung seines Dienstverhältnisses nicht aufgrund der behaupteten unzulänglichen fachlichen Leistung, sondern aufgrund seiner politischen Ansichten getroffen wurde. Er beantragt beim Richter für einstweilige Verfügungen, den Erlass vom 25. Juni 1999 auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes auszusetzen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Nancy stellte in einer allgemein gehaltenen Formulierung fest, dass "eine Entscheidung, mit der die Tätigkeit eines öffentlichen Bediensteten aufgrund einer Verweigerung der Festanstellung beendet wird, für sich genommen *und unabhängig von den Gründen nicht geeignet* ist, eine Grundfreiheit zu beeinträchtigen". Der Staatsrat, gegen den ein Rechtsmittel eingelegt wurde, zensierte diesen Beschluss und verankerte den Grundsatz, dass die Begründung einer Entscheidung in bestimmten Fällen eine Verletzung einer Grundfreiheit "offenbaren" kann, die allein aus dem Gegenstand der Handlung nicht hervorgehen würde. Wie der Regierungskommissar feststellte, darf sich der Richter für einstweilige Verfügungen nicht "auf die Prüfung des scheinbaren Gegenstands einer Maßnahme beschränken"; es obliegt ihm, "nach ihrer tatsächlichen Tragweite zu suchen, die durch ihre Begründung offenbart werden kann"⁹⁹². Der Staatsrat prüft also, ob, wie der Kläger behauptet, die Entscheidung, sein Amt zu beenden, aufgrund seiner politischen Ansichten erfolgte. Anhand der Aktenlage wird der Rat feststellen, dass die Entscheidung "nicht aufgrund der Meinungen, die der Betroffene möglicherweise außerhalb des Dienstes geäußert hat, sondern aufgrund seiner beruflichen Unzulänglichkeit getroffen wurde". Unter diesen Umständen "beeinträchtigt sie keine Grundfreiheit".

⁹⁸⁵ CE, Ord. 1^{er} Juni 2001, *Ploquin, Lebon* T. S. 1126.

⁹⁸⁶ Beschluss bestätigt durch den Richter des référés des Conseil d'Etat: CE, ord. 25. August 2005, *Commune de Massat, Lebon* S. 386.

⁹⁸⁷ CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* S. 167.

⁹⁸⁸ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* S. 311.

⁹⁸⁹ CE, ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry, Lebon* T. S. 931.

⁹⁹⁰ CE, 4. Oktober 2004, *Société Mona Lisa investissements und andere, Lebon* S. 362.

⁹⁹¹ CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas, Lebon* S. 108.

⁹⁹² P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas, RFD* 2001, S. 403.

Die *Casanovas-Rechtsprechung* wurde in der Folgezeit bestätigt, hauptsächlich in Streitigkeiten des öffentlichen Dienstes⁹⁹³, aber auch außerhalb des öffentlichen Dienstes⁹⁹⁴. Bis heute ist keine positive Anwendung zu verzeichnen: Bei keiner Verwaltungsentscheidung, die dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats vorgelegt wurde, wurde festgestellt, dass sie aufgrund ihrer Gründe eine Grundfreiheit verletzt.

Der Begriff der Motive im Sinne dieser Rechtsprechung muss präzisiert werden. Handelt es sich um faktische Gründe im Sinne des Richters für Ermessensüberschreitung oder um *Beweggründe* im Sinne des Begriffs, der für die Charakterisierung eines Ermessensmissbrauchs maßgeblich ist? Diese beiden Begriffe müssen in der Tat unterschieden werden. Das Motiv ist objektiv⁹⁹⁵; es entspricht dem, "worauf" die Entscheidung beruht⁹⁹⁶. Im Gegensatz dazu ist das Motiv subjektiv; es entspricht der Absicht des Urhebers einer Handlung⁹⁹⁷, dem "wozu" die Entscheidung getroffen wurde. Während Motive die "psychologischen Determinanten" der Entscheidung sind, ist der Begriff der Motive "von Natur aus mit den tatsächlichen Gegebenheiten der Entscheidung verbunden"⁹⁹⁸. Frau Rouault behauptet, dass die Kontrolle, die der Richter für einstweilige Verfügungen aufgrund der *Casanovas-Rechtsprechung* durchführt, "der Kontrolle des Ermessensmissbrauchs nahe kommt, da der Richter "die Herzen und Nieren" der Verwaltung "erforscht"⁹⁹⁹. Ähnlich argumentiert der Regierungskommissar Pierre Collin in Bezug auf diese Rechtsprechung, dass "immer der Fall eines möglichen Machtmissbrauchs vorbehalten werden sollte"¹⁰⁰⁰. In seinen Entscheidungen prüft der Richter für einstweilige Verfügungen sowohl, ob die Maßnahme auf Gründen

993 In einem Beschluss vom 27. Juni 2002 stellte der Richter für einstweilige Verfügungen im Zusammenhang mit der Entlassung eines öffentlichen Bediensteten aus disziplinarischen Gründen fest, dass "im vorliegenden Fall weder festgestellt noch behauptet wird, dass die gegen Frau Prieur verhängte Strafe auf anderen als disziplinarischen Gründen beruht, die eine Verletzung einer Grundfreiheit erkennen lassen" (CE, ord. 27. Juni 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, *Lebon* S. 228). Es ist anzumerken, dass der Richter von Amts wegen das Vorliegen einer möglichen Verletzung aus den Gründen der Entscheidung feststellt, da diese, wie es in dem Beschluss heißt, nicht "behauptet" wurde. In ähnlicher Weise stellte der Richter für einstweilige Verfügungen, der von einem in Französisch-Guayana stationierten Soldaten mit einer einstweiligen Verfügung gegen die Entscheidung, ihn ins Mutterland zurückzuführen, befasst wurde, fest, dass "im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen ist, dass die gegen den Antragsteller ergriffene Maßnahme auf Gründen beruht, die nicht im dienstlichen Interesse liegen und die eine Verletzung einer Grundfreiheit offenbaren könnten" (CE, ord. 28. Januar 2003, *Renard*, Nr. 253617).

994 Siehe zum Beispiel in Bezug auf die Verweigerung der Genehmigung für die Errichtung einer Terrasse auf öffentlichem Grund: CE, ord. 16. September 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon* T., S. 314. Der Richter weist darauf hin, dass der Eingriff in eine Grundfreiheit gekennzeichnet sein könnte, "wenn diese Weigerung auf einem Grund beruht, der nicht mit Erwägungen des Allgemeininteresses in Verbindung steht, die sie im Hinblick auf die Erfordernisse der ordnungsgemäßen Nutzung der Abhängigkeiten des öffentlichen Bereichs rechtfertigen können". Da die antragstellende Gesellschaft nicht begründen konnte, dass diese Weigerung "wie sie behauptet, auf einer persönlichen Animosität im Zusammenhang mit dem lokalen politischen Kontext beruhen würde", schloss der Richter für einstweilige Verfügungen die Verletzung einer Grundfreiheit aus. Für eine Anwendung der *Casanovas-Rechtsprechung* außerhalb des Bereichs des öffentlichen Dienstes siehe auch CE, Ord. 26. Juni 2003, *Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle*, Nr. 257938. Die Kläger beriefen sich auf eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bei der Bewertung von Abiturarbeiten. Der Richter stellt fest, dass "bestimmte Diskriminierungen in Anbetracht der ihnen zugrunde liegenden Motive Angriffe auf eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellen können". Er fügte hinzu, dass "im vorliegenden Fall weder nachgewiesen noch behauptet wird, dass die Bedingungen, unter denen die Mathematikprüfung abgelegt wurde oder vom Prüfungsausschuss bewertet wird, zu Diskriminierungen führen könnten, die auf Gründen beruhen, die sie als Verletzung einer Grundfreiheit erscheinen lassen würden".

995 Bei der Kontrolle der Gründe werden keine psychologischen Daten einbezogen: "Même s'il est vrai que, dans le cas du contrôle des motifs, le juge administratif reconstitue les faits réels qui ont pu servir de fondement à une décision, en s'efforçant de vérifier si ces faits ont réellement inspiré l'auteur de la décision, il ne va pas jusqu'à s'intéresser aux arrière-pensées de l'administrateur. Die Art der Gründe, die der Verwaltungsrichter bei seiner Kontrolle berücksichtigt, ist also rein objektiv" (S. KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 162, 1991, S. 4).

996 Der Begriff des Grundes entspricht "der Sachlage, die im konkreten Fall den Erlass eines Verwaltungsakts möglich oder zwingend gemacht hat" (S. KTISTAKI a. a. O., S. 2). Sie sind "Tatsachen vor der Entscheidung oder eine zum Zeitpunkt der Entscheidung bestehende Situation, deren Existenz eine Bedingung für die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung ist" (M. WALINE, "Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *EDCE* 1956, S. 31). Die Gründe sind die Rechtfertigungen für den Inhalt der Entscheidung. Die Behörde kann nur handeln, wenn bestimmte Sachverhalte vorliegen, und sie kann nur die Maßnahmen ergreifen, die in dem oder den Texten vorgesehen sind, die ihr diese Befugnis verleihen und die Durchführungsmodalitäten festlegen. Unter diesen Bedingungen "müssen die Gründe für eine Handlung diejenigen sein, die explizit oder implizit in den Texten vorgesehen sind, die die Zuständigkeit begründet haben, aufgrund derer diese Handlung vorgenommen wird, und die die Modalitäten der Umsetzung festgelegt haben" (F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, S. 548).

997 Wie M. Benoît erklärt, ist das Motiv "das, was den Beamten dazu bewegt, seine Kompetenz zu nutzen"; "es ist also der Grund, der zu dieser Handlung drängt, das Ziel, das die Behörde zu erreichen beabsichtigt; das Motiv ist die Absicht" (a. a. O., S. 543). "Die Handlung, die aus Motiven vorgenommen wird, die nichts mit den Erwägungen zu tun haben, die der fraglichen Zuständigkeit entsprechen, ist mit "Ermessensmissbrauch" behaftet" (a. a. O., S. 544).

998 S. KTISTAKI, a. a. O., S. 2-3.

999 M.-C. ROUAULT, obs. unter CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *JCP G* 2001, IV-3014, S. 2277.

1000 Unveröffentlichte Schlussanträge von P. COLLIN zu CE, 29. November 2002, *Arakino* (*Lebon* S. 422).

beruht, die mit den Erwägungen des Allgemeininteresses, die sie rechtfertigen sollen, nichts zu tun haben, als auch gegebenenfalls, ob die Absicht, die den Verwalter beseelte, einen Eingriff in eine Grundfreiheit offenbart. In den oben genannten Beschlüssen *Centre Hospitalier Général de Troyes* und *Renard* ist die Prüfung der Motive und die Prüfung der Beweggründe getrennt, aber gleichzeitig durch die koordinierende Konjunktion "und" verbunden. Diese beiden Dimensionen sind also untrennbar miteinander verbunden: Der Richter für einstweilige Verfügungen kontrolliert nicht nur, "worauf" die Entscheidung beruht; er prüft auch und vor allem, "in Hinblick auf was" die Verwaltung gehandelt hat¹⁰⁰¹. Damit diese Rechtsprechung Anwendung finden kann, muss die Entscheidung nicht nur nicht auf den Gründen beruhen, die sie rechtfertigen könnten, sondern die Verwaltung muss auch von einer Absicht geleitet worden sein, die mit dem Ziel des Allgemeininteresses, das sie rechtmäßig verfolgen konnte, nichts zu tun hat¹⁰⁰². Der Begriff der Gründe muss daher im weiteren Sinne "als "Gründe" für den Erlass einer Handlung" verstanden werden¹⁰⁰³.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Verletzung einer Grundfreiheit ausreicht. Das Gesetz verlangt auch, dass der Eingriff schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig ist.

Abschnitt 2. Eine schwere Beeinträchtigung

242. Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes schreibt vor, dass der Eingriff in eine Grundfreiheit einen "schwerwiegenden" Charakter haben muss¹⁰⁰⁴. Die Anforderung der Schwere des Eingriffs stellt eine eigenständige Bedingung dar. Sie drückt im Wesentlichen die Idee einer bestimmten Intensität der Beeinträchtigung aus.

I. Das Erfordernis der Schwere: eine eigenständige Bedingung

243. Ist nicht jede Verletzung einer Grundfreiheit von Natur aus "schwerwiegend"? Diese Frage stellte sich, sobald das Gesetz vom 30. Juni 2000 in Kraft trat. Musste nicht aufgrund der herausragenden Bedeutung der geschützten Freiheiten jeder Eingriff in diese als schwerwiegend gelten? Regierungskommissar Laurent Touvet befürwortete dies, indem er in seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Commune de Venelles* feststellte: "Diese Bedingung der Schwere des Eingriffs sollte nicht sehr lange bestehen bleiben, sobald sich die Bedingung der Schwere auf den Eingriff in eine Grundfreiheit bezieht. Wir können uns nicht vorstellen, dass ein Eingriff in eine Grundfreiheit nicht 'schwerwiegend' sein kann"¹⁰⁰⁵. Mit anderen Worten, jede Verletzung einer Grundfreiheit wäre allein aus diesem Grund ein Hinweis auf den vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Schweregrad. Nach dieser Auslegung sollte die Bedingung der Schwere von Rechts wegen als erfüllt gelten, sobald der Eingriff in eine Grundfreiheit charakterisiert ist. Diese großzügige und relativ freie Auslegung des Wortlauts von Artikel L. 521-2 bedeutete, dass die "schwere" Verletzung auf eine "einfache" Verletzung beschränkt wurde. Diese Position führte zu einer Lockerung der Bedingungen für die Gewährung. Indem sie den Antragsteller von einer Anforderung befreite, milderte sie in diesem Punkt den Ausnahmeharakter des *référé-liberté*.

244. Dennoch nahm die vom Regierungskommissar vorgeschlagene Auslegung eine zu große Freiheit vom Wortlaut des Gesetzes, als dass sie vom Staatsrat hätte gebilligt werden können. Erstens würde die Aussage, dass jeder Eingriff in eine Grundfreiheit notwendigerweise schwerwiegend ist, "bedeuten, dass der Gesetzgeber und die Arbeitsgruppe des Staatsrats, die mit der Vorbereitung der Reform beauftragt war, eine übergroße Bedingung für die Anwendung des Verfahrens der einstweiligen Verfügung vorgesehen haben, was

1001 Im Zusammenhang mit der Klage wegen Machtüberschreitung hatte M. Pacteau bereits auf die Schwierigkeit hingewiesen, zwischen den beiden Begriffen zu unterscheiden: siehe B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977, S. 14-15.

1002 Die oben genannte Formel der *Renard-Verordnung* kann somit mit dem Urteil *Rieux* in Verbindung gebracht werden, in dem der Staatsrat feststellte, dass die angefochtene Maßnahme mit einem Machtmissbrauch behaftet war, da sie auf "politischen Gründen, die dem dienstlichen Interesse fremd sind" beruhte (CE, 26. Oktober 1960, *Rieux, Lebon* S. 558, Schl. CHARDEAU).

1003 Diese Formulierung wurde von M. Pacteau entlehnt (B. PACTEAU, *op. cit.*, S. 15).

1004 Die gleiche Anforderung an die Schwere des Eingriffs findet sich im Rahmen der Tätlichkeit (siehe z. B. TC, 27. Juni 1966, *Guigon, AJDA* 1966, S. 547; Civ. 1^{ère}, 16. April 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris, Bull. civ. I*, n° 142, D. 1991, IR, S. 155; TC, 23. Oktober 2000, *Boussadar, Lebon* S. 775; TC, 19. November 2001, *Mohamed, D.* 2002, pp. 1446-1450, concl. G. BACHELIER). Das Gesetz spricht von einer Handlung, die "die Ausübung einer öffentlichen oder individuellen Freiheit gefährden kann".

1005 L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles, RFD* 2001, S. 385.

eine Beleidigung für sie wäre"¹⁰⁰⁶. Die Position von Herrn Touvet führte nämlich dazu, dass eine der Bedingungen für die Gewährung von einstweiligen Verfügungen schlichtweg gestrichen wurde. Das Gesetz formuliert die Anforderung einer schwerwiegenden Beeinträchtigung, weil es implizit, aber notwendigerweise zulässt, dass bestimmte Formen der Beeinträchtigung nicht schwerwiegend sein können. Die Bedingung der Schwere der Beeinträchtigung ist eine eigenständige Anforderung und kann nicht auf eine Stillklausel reduziert werden. Die Bedingungen der Beeinträchtigung und der Schwere wurden vom Gesetzgeber als unterschiedliche und kumulative Anforderungen konzipiert; sie müssen als solche vom Richter für einstweilige Verfügungen angewandt werden. Zweitens ist die Behauptung, dass der Eingriff in eine Grundfreiheit immer und von Natur aus schwerwiegend ist, schon im Grundsatz anfechtbar. Wie Professor Chapus feststellt, "wäre es zweifellos übertrieben, jede Beeinträchtigung als schwerwiegend zu betrachten, sobald sie eine Grundfreiheit betrifft. Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten, so bedauerlich sie auch sein mag, ist nicht mit einem Verbrechen der Majestätsbeleidigung gleichzusetzen"¹⁰⁰⁷. Eine Verletzung kann also auch ohne schwerwiegende Folgen gekennzeichnet sein. Wie Frau de Silva feststellt, "bedeutet dies nicht, dass sie harmlos ist", sondern nur, "dass sie nicht den Rückgriff auf den Richter der äußersten Dringlichkeit rechtfertigt"¹⁰⁰⁸. Das Gesetz verlangt eine qualifizierte Verletzung. Daher muss die Verletzung der Grundfreiheit einen gewissen Grad an Schwere erreichen, um eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit zu erwirken. Nicht jede Verletzung einer Grundfreiheit ist "schwerwiegend".

245. Wie wird dann die Schwere der Beeinträchtigung beurteilt? Wie unterscheidet der Richter für einstweilige Verfügungen zwischen schwerwiegenden und nicht schwerwiegenden Beeinträchtigungen? Da der Richter für einstweilige Verfügungen diese Anforderung von Fall zu Fall beurteilt, scheint die Rechtsprechung zu ihrer Anwendung jeglicher Systematisierung zu widerstehen. Die Unterscheidung zwischen einer schwerwiegenden und einer nicht schwerwiegenden Beeinträchtigung wird von Fall zu Fall entschieden. Die Intensität der Beeinträchtigung hat Abstufungen; es gibt keinen genauen Punkt, ab dem man den Bereich der nicht schwerwiegenden Beeinträchtigung verlassen und in den Bereich der schwerwiegenden Beeinträchtigung eintreten würde. Es gibt jedoch Elemente, die die Schwere der Beeinträchtigung kennzeichnen, und Faktoren, die die Schwere der Beeinträchtigung mildern.

II. Die Elemente, die die Schwere kennzeichnen können

246. Der Richter beurteilt die Schwere des Eingriffs anhand von zwei Hauptelementen: zum einen die Intensität der Auswirkungen auf die persönliche Situation des Antragstellers und zum anderen die besonders fragwürdige oder schockierende Haltung, die die Verwaltung in dem betreffenden Fall eingenommen haben könnte.

A. Die Auswirkungen der Maßnahme

247. Das Erfordernis der Schwere der Beeinträchtigung betrifft in erster Linie die Auswirkungen der Beeinträchtigung, insbesondere die Auswirkungen auf die Situation des Antragstellers. Der Wortlaut des *Lidl-Beschlusses*, in dem es um die Versiegelung eines Geschäftsgebäudes geht, ist in diesem Punkt bezeichnend. Der Richter stellt fest, dass "diese Entscheidung aufgrund ihrer Auswirkungen auf die freie Verfügung der Firma Lidl über das Gebäude, dessen Eigentümer sie ist, einen schweren Eingriff in eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellt". Der Verweis auf die Auswirkungen der Maßnahme betrifft das Erfordernis der Schwere und nicht das Erfordernis der Beeinträchtigung, wie der nächste Satz zeigt, in dem betont wird, "dass es nicht notwendig ist, zu untersuchen, ob (...) eine Beeinträchtigung derselben Schwere auch die Handels- und Gewerbebefreiheit betrifft"¹⁰⁰⁹. Gemäß dem gängigen Verständnis dieses Standards¹⁰¹⁰ impliziert die Bedingung der Schwere somit "einen gewissen Grad der Verletzung der

1006 M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, AJDA 2001, S. 154.

1007 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1603.

1008 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD 2002, S. 331.

1009 CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154.

1010 In der Verwaltungsrechtsprechung bezeichnet das Adjektiv "schwerwiegend" eine Handlung oder Situation, die durch ihre Intensität die üblichen Grenzen der Normalität überschreitet (siehe S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, S. 80). Ein identischer Ausdruck wie in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes findet sich in Polizeiangelegenheiten, wobei der Richter die "schwere Beeinträchtigung" der öffentlichen Ordnung anspricht (siehe beispielsweise CE, 5. Januar 1962, *Bernardet*, AJDA 1962, S. 310; CE, Ass., 7. Juli 1950, *Debaene, Lebon* S. 426, GAJA Nr. 68; 4. Februar 1966, *Syndicat national des fonctionnaires du*

Freiheit¹⁰¹¹. Die Verletzung der Grundfreiheit muss "wesentlich" sein¹⁰¹².

Manchmal wird behauptet, dass die Schwere des Eingriffs darin besteht, dass eine Freiheit *nicht ausgeübt werden kann*¹⁰¹³. Diese Darstellung, die für viele Situationen geeignet ist¹⁰¹⁴, kann dennoch nicht für alle Grundfreiheiten gelten, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen ist der Begriff der Ausübung einer Freiheit für Freiheiten, die *streng genommen nicht ausgeübt werden können*, ungeeignet¹⁰¹⁵. Die vorgeschlagene Terminologie betrifft in der Praxis nur die Handlungsfreiheiten, die zugegebenermaßen den Großteil der Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ausmachen. Andererseits kann die Schwere eines Eingriffs auch bei einer Einschränkung festgestellt werden, die zwar einen erheblichen Charakter hat, aber streng genommen nicht mit einem Entzug oder einer Unmöglichkeit der Ausübung vergleichbar ist. Wenn also eine öffentliche Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit Zuständigkeiten ausübt, die in die Zuständigkeit der Mitgliedsgemeinden fallen, verhindert sie nicht die Ausübung der Selbstverwaltungsfreiheit durch die Mitgliedsgemeinden; sie beraubt sie nicht ihrer freien Verwaltung, sondern behindert lediglich deren Ausübung in den betreffenden Angelegenheiten. Die Gemeinden behalten die Möglichkeit der Selbstverwaltung; ihre freie Verwaltung wird in den Angelegenheiten, die der Einmischung der öffentlichen Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit fremd sind, in keiner Weise beeinträchtigt. Es gibt kein Hindernis für die freie Verwaltung, da die Gemeinden den Großteil ihrer Vorrechte behalten, sondern lediglich eine Beeinträchtigung. Dennoch ist die Bedingung der Schwere erfüllt: Die Beeinträchtigung der freien Verwaltung wird als schwerwiegend eingestuft, wenn einer Gebietskörperschaft ein Teil ihrer Zuständigkeiten entzogen wird¹⁰¹⁶. Auch wenn eine Person wegen ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten bestraft wird, wird ihr nicht die Ausübung ihrer Meinungsfreiheit verwehrt. Dasselbe gilt, wenn sie Opfer einer schweren Verletzung ihrer persönlichen Freiheit ist. Die Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen.

Eine letzte Illustration, die das Recht auf Eigentum betrifft, sollte dennoch erwähnt werden. Auch wenn es sich hierbei um eine Handlungsfreiheit handelt, kann die Schwere des Eingriffs in die freie Verfügung über das Eigentum nicht auf den Entzug oder die Unmöglichkeit der Ausübung dieser Freiheit reduziert werden. Im Rahmen der einstweiligen Verfügung für die Freiheit bedeutet die Schwere des Eingriffs in das Eigentumsrecht nicht notwendigerweise die Unmöglichkeit, über das Gut zu verfügen. In den meisten Fällen, in denen dem Begünstigten - Eigentümer oder Mieter - die freie Verfügung über sein Eigentum verwehrt wird, bezeichnet der Richter den Eingriff in das Eigentumsrecht als schwerwiegend. Dies gilt insbesondere für die Versiegelung der Haupttür des Gebäudes, dessen Eigentümer der Antragsteller ist¹⁰¹⁷, die Weigerung, Hausbesetzer zu räumen, wodurch den Eigentümern die Möglichkeit genommen wird, ihr Eigentum zu vermieten, und die Mieter daran gehindert werden, über die Wohnungen zu verfügen, die sie gemäß dem Mietvertrag frei nutzen sollten¹⁰¹⁸ oder das Festhalten an einem Flugzeug, "wodurch dessen freie Verfügung durch seinen Eigentümer behindert

groupement des contrôles radio-électriques, Lebon S. 80).

1011 GAJA Nr. 188, § 11.

1012 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 118.

1013 So argumentiert M. Chapus, dass nach dem Vorbild der Rechtsprechung, die sich im Zusammenhang mit dem administrativen Rechtsweg entwickelt hat, "zwischen (kurz) dem, was ein Hindernis ist, und dem, was nur eine Behinderung der Ausübung einer Freiheit ist, zu unterscheiden ist. Il y a là, en tout cas, la façon la plus opératoire de distinguer entre les atteintes selon leur gravité (...)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1603).

1014 Eine schwere Beeinträchtigung bedeutet in der Regel, dass eine Freiheit nicht ausgeübt werden kann, z. B. die Unmöglichkeit, ein Gut zu nutzen oder das Land zu verlassen. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung zur Tätlichkeit in Bezug auf die Berufsfreiheit bestätigt, dass diese Unterscheidung oft wirksam ist. So wird eine Entscheidung, die ein vollständiges Verbot der Berufsausübung zur Folge hat, wie beispielsweise der Entzug eines Berufsausweises (Trib. civ. Montpellier, 1.^{er} September 1948, *JCP G* 1948, II, 4529) oder die Suspendierung eines Krankenhausarztes (Civ. 1^{ère}, 22. November 1983, *Raymondon gegen Minister für Gesundheit und soziale Sicherheit*, Bull. civ. I, Nr. 277), als schwerer Eingriff in diese Freiheit betrachtet. Nicht diesen Charakter hat hingegen die Entscheidung der Verwaltung, die einen Gaukler dazu zwingt, sich für seine Straßenaufführung über eine extrem kurze Distanz zu bewegen. Da diese Maßnahme lediglich den Ort der Aufführung ändert, hindert sie den Betroffenen keineswegs an der Ausübung seiner Tätigkeit (Civ. 1^{ère}, 16. April 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris*, Bull. civ. I, Nr. 142, D. 1991, IR, S. 155).

1015 Siehe oben, § 153 ff.

1016 CE, 12. Juni 2002, Commune de Fauillet und andere, *Lebon S. 215*.

1017 CE, ord. 23. März 2001, *Société Lidl*, *Lebon S. 154*. Die Beeinträchtigung wird "aufgrund ihrer Auswirkungen auf die freie Verfügung der Gesellschaft Lidl über das ihr gehörende Gebäude" als schwerwiegend eingestuft.

1018 Siehe z. B. CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon S. 408*. Nachdem der Richter für einstweilige Verfügungen daran erinnert hatte, dass die Weigerung, die öffentliche Gewalt zur Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung, die die Räumung eines Gebäudes anordnet, einzusetzen, die Freiheit, über ein Gut zu verfügen, beeinträchtigt, bekräftigte er, "dass insofern diese Weigerung nicht nur den Eigentümer daran hindert, aus dem Gebäude die Einkünfte zu ziehen, die er davon erwarten konnte, sondern dass sie ihn auch daran hindert, ein Verkaufsvorhaben zu verfolgen, sondern auch, dass er ein Verkaufsvorhaben realisiert, kann der bloße Umstand, dass der Staat verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der dem Eigentümer aus der Verweigerung der Mitwirkung der öffentlichen Gewalt entsteht, nicht ausreichen, wie der Minister behauptet, um einer solchen Verweigerung den Charakter eines schwerwiegenden Eingriffs in eine Grundfreiheit abzusprechen". Siehe zum Beispiel auch: CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und andere*, *Lebon S. 117*.

wird"1019 . Eine Beeinträchtigung kann auch dann schwerwiegend sein, wenn den Eigentümern, die ihr Eigentum weiterhin nutzen und darüber verfügen können, lediglich die *ausschließliche Nutzung* des Eigentums verwehrt wird. So wird die Beeinträchtigung als schwerwiegend eingestuft, wenn die Miteigentümer die Rollkette entfernen, die sie am Eingang eines Privatwegs angebracht haben, um die Zufahrt von Fahrzeugen zu verhindern, und wenn sie eine Verordnung erlassen, die für alle Fahrzeuge eine freie Zufahrt und ein freies Parken auf diesem Weg vorsieht, Maßnahmen, die die ausschließliche Nutzung dieses Wegs durch ihre Miteigentümer behindern1020 . Dies gilt beispielsweise für den Bau von Kanalisationen auf einem Privatgrundstück1021 oder für das Abladen von Abfällen aus einem Schlachthof .1022

248. Bei der Beurteilung der Schwere des Eingriffs berücksichtigt der Richter für einstweilige Verfügungen die Intensität der Auswirkungen auf die persönliche Situation des Antragstellers. Die Beurteilung dieser Anforderung ist sehr eng mit der Situation verbunden, in der sich der Betroffene befindet. Eine bestimmte Maßnahme wird für einen Antragsteller schwerwiegend sein, nicht aber für einen Antragsteller, der sich in einer wesentlich anderen persönlichen Situation befindet.

Das Beispiel der Verweigerung der Ausstellung oder Verlängerung eines Reisepasses ist in dieser Hinsicht bezeichnend. Grundsätzlich stellt eine solche Verweigerung immer eine Verletzung des Rechts auf Freizügigkeit dar. Dennoch wird die Beeinträchtigung nur in bestimmten Fällen als "schwerwiegend" eingestuft. In Anbetracht der *Depertbes-Entscheidung* scheint es, dass diese Hypothesen den Fällen entsprechen, in denen der Antragsteller begründet, dass er zu bestimmten ausländischen Zielen reisen muss, für die dieses Dokument erforderlich ist1023 . In einem solchen Fall hindert die Verweigerung den Betroffenen daran, sich in das Zielland zu begeben. *Umgekehrt* kann aus dieser Rechtsprechung abgeleitet werden, dass die Beeinträchtigung nicht als schwerwiegend eingestuft wird, wenn der Antragsteller beabsichtigt, in einen Staat zu reisen, für den dieses Dokument nicht erforderlich ist, oder wenn er erst recht nicht begründet, dass er in naher Zukunft ins Ausland reisen muss.

Die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit erfüllt das Erfordernis der Schwere, wenn sie wesentliche Auswirkungen auf die Tätigkeit des Antragstellers hat. In einer Entscheidung vom 17. Dezember 2003 bekräftigt der Richter für einstweilige Verfügungen, dass, wenn die geltend gemachte Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit ihren Ursprung in der Umsetzung einer neuen technischen Vorschrift hat, "die Voraussetzung der Schwere nur dann erfüllt sein kann, wenn diese Vorschrift de jure oder de facto die Verfolgung der betreffenden Tätigkeit durch den Wirtschaftsteilnehmer behindert oder eine gleichwertige Wirkung hat"1024 . Im vorliegenden Fall betraf die neue technische Norm, die durch eine Note des Landwirtschaftsministers auferlegt wurde, nur Produkte, die nach Kanada exportiert wurden. Der Richter folgerte daraus, "dass unter diesen Umständen die Anwendung der Note am 1^{er} Januar 2004 nicht geeignet ist, die Fortsetzung der wirtschaftlichen Tätigkeit der beiden antragstellenden Unternehmen zu behindern und somit eine ernsthafte Beeinträchtigung ihrer unternehmerischen Freiheit zu schaffen". Umgekehrt wird die Beeinträchtigung als schwerwiegend eingestuft, wenn sie einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Antragstellers betrifft. Im Beschluss *Commune de Collioure* vom 2. Juli 2003 bekräftigt der Richter, dass der festgestellte Eingriff in die unternehmerische Freiheit, "indem er der SARL Côte Radieuse verbietet, die Dienstleistungen des Küstentransports von Passagieren mit einem Zwischenstopp in Collioure, die 25 % ihrer Tätigkeit ausmachen, zu betreiben, die von den oben genannten Bestimmungen des Artikels L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geforderte Schwere aufweist"1025 . Ebenso erfüllt die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit das Erfordernis der Schwere, wenn ein Betrieb zur Herstellung von Nitrat-Heizöl und zur Lagerung von Sprengstoffen seine Liefermöglichkeiten während eines erheblichen Teils des Tages erheblich eingeschränkt sieht1026 . Die Bedingung ist erst *recht* erfüllt, wenn die Tätigkeit aufgrund einer von der Verwaltung angeordneten Schließung1027 oder einer anderen von der Verwaltung erlassenen Maßnahme vollständig eingestellt werden muss .1028

In Bezug auf die anderen Grundfreiheiten lassen sich anhand mehrerer Falllösungen die Umstände

1019 G. BACHELIER, concl. sur CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003, S. 1782.

1020 CE, Ord. 10. September 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, Nr. 260015.

1021 TC, 11. Mai 1964, *Lajugie c/ Compagnie générale d'entreprises électriques*, *Lebon*, S. 791.

1022 Civ. 2^{ème}, 9. Januar 1974, *Commune d'Aignan c/ Caubet*, *Bull. civ.* II Nr. 17.

1023 CE, ord. 9. Januar 2001, *Depertbes*, *Lebon* S. 1: Verweigerung der Erneuerung eines Reisepasses gegenüber einem Staatsangehörigen, der nachweist, dass er sich für die Zwecke seiner beruflichen Tätigkeit nach Brasilien und Kanada begeben muss.

1024 CE, Ord. 17. Dezember 2003, *EURL Ecosphère und SARL Général services applications*, *Lebon* S. 519.

1025 CE, Ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* S. 930.

1026 CE, Ord. 26. November 2004, *Commune de Wingles*, Nr. 274226.

1027 Siehe für ein lokales Geschäft, CE, ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* S. 931; für ein Restaurant mit Diskothek, CE, ord. 16. August 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, Nr. 271148.

1028 Für ein Verbot, an einem Jachthafen anzulegen, das an ein auf Bootsfahrten spezialisiertes Schiff gerichtet ist, siehe CE, Ord. 6. September 2006, *Commune d'Ota*, Nr. 296912.

veranschaulichen, unter denen das Erfordernis der Schwere als erfüllt angesehen werden muss. Beispielsweise wird die Beeinträchtigung der Freizügigkeit eines rechtmäßigen Ausländers als schwerwiegend eingestuft, wenn der Betroffene, der nicht in der Lage ist, die Rechtmäßigkeit seiner Situation im Hinblick auf die Rechtsvorschriften über den Aufenthalt von Ausländern in Frankreich nachzuweisen, das Staatsgebiet nicht verlassen und nicht dorthin zurückkehren kann¹⁰²⁹. Ebenso erfüllt der Eingriff in diese Freiheit das Erfordernis der Schwere, wenn ein französischer Staatsbürger nicht über einen nationalen Personalausweis verfügt, weil die Verwaltung über den Antrag auf Ausstellung nicht mehr als ein Jahr nach dessen Einreichung bei den zuständigen Behörden entschieden hat¹⁰³⁰. Die Kommunikationsfreiheit des nicht freiwillig eingewiesenen Patienten ist schwerwiegend beeinträchtigt, wenn ihm schlichtweg verboten wird, Post zu versenden und mit Verwaltungs- und Justizbehörden zu kommunizieren¹⁰³¹. Das Gericht betrachtet es als schweren Eingriff in die Versammlungsfreiheit, wenn einer politischen Partei¹⁰³² oder einer religiösen Vereinigung¹⁰³³ rechtswidrig ein Gemeindesaal verweigert wird. Ebenso erfüllt der Eingriff in die Religionsfreiheit das Erfordernis der Schwere, wenn ein Bürgermeister beabsichtigt, in einem Kultgebäude Theateraufführungen, Ausstellungen und Vorträge zu veranstalten, obwohl die dienende Behörde dagegen ist¹⁰³⁴. Der Eingriff in das Asylrecht wird als schwerwiegend eingestuft, wenn die Verwaltung es dem Betroffenen unmöglich macht, einen Antrag zu stellen, z. B. indem sie sich weigert, ihm das erforderliche Formular auszustellen¹⁰³⁵, indem sie sich weigert, seinen Antrag zu registrieren¹⁰³⁶, indem sie ihm falsche Angaben über die Frist macht, innerhalb derer der Antrag beim französischen Amt für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen eingereicht werden muss¹⁰³⁷ oder indem sie die Rückübernahme des Betroffenen in einen anderen Staat verzögert¹⁰³⁸. Diese Einstufung ist auch erforderlich, wenn sich die betreffende Person während der Prüfung des Antrags nicht im französischen Hoheitsgebiet aufhalten kann, da die Verwaltung es ablehnt, ihr eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung¹⁰³⁹ auszustellen, oder ihr der Zugang zum Hoheitsgebiet verweigert wird, obwohl ihr Antrag in Wirklichkeit nicht offensichtlich unbegründet ist¹⁰⁴⁰. Schließlich ist der Eingriff in das Streikrecht besonders schwerwiegend, wenn das gesamte streikende Personal requiriert wird, um die vollständige Fortsetzung des Dienstes zu gewährleisten, und zwar unter normalen Bedingungen¹⁰⁴¹. Dieses Konzept des Mindestdienstes, das sich nicht in einer Verringerung der Aktivität des Dienstes niederschlägt, stellt eine Verneinung des Streikrechts dar.

249. Bei einer Grundfreiheit - dem Recht auf ein normales Familienleben - gab der Staatsrat genaue Hinweise darauf, wie die Bedingung der Schwere zu bewerten ist. Im *Tliba-Urteil* heißt es: "Die Bedingung der Schwere des Eingriffs in die Freiheit, mit seiner Familie zusammenzuleben, ist als erfüllt anzusehen, wenn die angefochtene Maßnahme von der Verwaltungsbehörde von Amts wegen vollstreckt werden kann, keine aufschiebende Wirkung vor dem Richter für Überschreitung der Befugnisse hat und die *Fortsetzung des Zusammenlebens der Familienmitglieder direkt behindert*, dass dies bei einer Maßnahme zur Ausweisung aus dem französischen Hoheitsgebiet der Fall ist, die von Amts wegen vollstreckt werden kann, die der Rückkehr der Person, auf die sie sich bezieht, nach Frankreich entgegensteht und die gegen einen ausländischen Staatsangehörigen verhängt wird, der nachweist, dass er in Frankreich ein Familienleben führt"¹⁰⁴². So stellt es einen schweren Eingriff in das Recht auf ein normales Familienleben dar, wenn eine

1029 CE, Ord. 8. November 2001, *Kaigisiz, Lebon* S. 545; CE, Ord. 11. Juni 2002, *Aït Oubba, Lebon* T. S. 869; CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon* T. S. 1132; CE, 7. Mai 2003, *Boumaïza*, Nr. 250002.

1030 CE, Ord. 11. März 2003, *Samagassi, Lebon*, S. 119.

1031 CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487.

1032 CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

1033 TA Rennes, Ord. 21. Februar 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jehovah de Lorient*, GP 29. April 2003, S. 12; TA Paris, Ord. 13. Mai 2004, *Association culturelle des Témoins de Jehovah de France* und andere, AJDA 2004, S. 1597-1599, Anmerkung G. GONZALEZ.

1034 CE, Ord. 25. August 2005, *Commune de Massat, Lebon* S. 386.

1035 CE, Ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon*, S. 12.

1036 CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon*, S. 45.

1037 CE, Ord. 21. Dezember 2004, *Luzolo Kondé*, Nr. 275361.

1038 Der Eingriff in das Recht, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, ist schwerwiegend, wenn die Antragsteller Gefahr laufen, in einen europäischen Staat rücküberstellt zu werden, von dem nicht sicher ist, ob er ihren Asylantrag prüfen wird, weil die französischen Behörden die Überstellung in dieses Land verzögert haben (CE, 14. Mai 2004, *Gaitukaev*, Nr. 267360).

1039 CE, Ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon* T. S. 1126.

1040 CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* S. 146; CE, ord. 24. Oktober 2005, *MBIZI MPASSI*, Nr. 286247; CE, ord. 17. März 2006, *Saidov*, Nr. 291214.

1041 CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere, Lebon* S. 497.

1042 CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Lebon* S. 523. Im vorliegenden Fall, so der Staatsrat, lebt Frau Tliba seit mehr als 30 Jahren mit fünf Kindern französischer Staatsangehörigkeit in Frankreich und hat in ihrem Herkunftsland keine Familie. Die Bedingung, dass ihre Freiheit, mit ihrer Familie zu leben, ernsthaft beeinträchtigt wird, muss daher als erfüllt angesehen werden.

Abschiebungsanordnung vollstreckt wird, wenn der Betroffene von seinem kleinen Kind, das auf französischem Boden lebt, getrennt ist¹⁰⁴³. Umgekehrt und in Anwendung derselben Kriterien ist die Bedingung der Schwere nicht erfüllt, wenn einem Ausländer der Aufenthaltstitel verweigert¹⁰⁴⁴ oder ein Antrag auf Familienzusammenführung abgelehnt wird, "der die Fortsetzung des Zusammenlebens der Mitglieder einer Familie nicht unmittelbar behindert"¹⁰⁴⁵. Ebenso wenig stellt die Rückübernahme des Beschwerdeführers nach Norwegen gemäß dem Dubliner Übereinkommen vom 15. Juni 1990 eine ernsthafte Beeinträchtigung seines Rechts auf Achtung des Familienlebens dar, obwohl sein Vater, der in Frankreich bei seiner Frau und seinem zweiten Sohn lebt, sich dort einem chirurgischen Eingriff unterziehen muss.¹⁰⁴⁶

Neben den Auswirkungen der Maßnahme kann der Richter auch das Verhalten der Verwaltung berücksichtigen, um die Schwere des Eingriffs in eine Grundfreiheit zu qualifizieren.

B. Die Haltung der Verwaltung

250. Ein unsäglicher Amtsmissbrauch oder generell ein besonders unangemessenes oder anstößiges Verhalten der Verwaltung wird vom Richter als *erschwerender* Umstand angesehen, den er in seiner Entscheidung sorgfältig hervorheben wird.

251. Es steht fest, dass die Weigerung, den Reisepass eines französischen Staatsbürgers zu verlängern, seine Reisefreiheit beeinträchtigt. Wenn diese Verweigerung unter besonders inakzeptablen Bedingungen erfolgt, wie im Fall *du Couëdic de Kéranant*, wird der Richter die Verletzung der Reisefreiheit als schwerwiegend einstufen und darüber hinaus die Verletzung der persönlichen Freiheit hinzufügen, deren Infragestellung in einem Fall dieser Art allein schon den Schweregrad des Verhaltens der Verwaltung belegt. Herr du Couëdic de Kéranant, ein französischer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz und Vater von zwei Kindern, hatte im August 2002 beim französischen Generalkonsulat in Genf Schritte zur Erneuerung seines Reisepasses eingeleitet - in dem seine beiden Kinder eingetragen waren - und dessen Verlust er im Juli 2002 in Paris gemeldet hatte. Im Jahr zuvor hatte die Schweizer Justiz dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau erlaubt, getrennt zu leben, wobei das Sorgerecht für die beiden Kinder der Mutter übertragen wurde und beide Elternteile weiterhin gemeinsam die elterliche Sorge ausübten. Mit Schreiben vom 29. August 2002 antwortete der stellvertretende Konsul dem Beschwerdeführer, dass das Gesetz im Falle einer Trennung und gemeinsamer elterlicher Sorge die Zustimmung beider Elternteile verlange, damit die Kinder in die Reisepässe ihrer Eltern eingetragen werden können. So äußerte die Konsularbehörde die Weigerung, die Kinder des Beschwerdeführers in dessen Reisepass einzutragen, wenn dem Antrag auf Verlängerung nicht die ausdrückliche Genehmigung der Mutter beigelegt war. Wie der Richter jedoch feststellte, ergibt sich eine solche Bedingung aus keinem Text, der die Ausstellung von Reisepässen regelt. Im Gegenteil, Artikel 8 des Dekrets vom 26. Februar 2001 besagt: "Der auf den Namen eines Minderjährigen lautende Passantrag wird von *einer oder der anderen* Person gestellt, die die elterliche Sorge ausübt (...)". Die Konsularbehörde hat also nicht mehr und nicht weniger als eine Bedingung zum Gesetz hinzugefügt, die dort nicht enthalten war. Daher "hat die Verwaltung, indem sie den Schritten des Antragstellers diese mit einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit behaftete Bedingung entgegenstellte, einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit und die Freiheit der Familienmitglieder, sich zu bewegen und zu kommen, vorgenommen"¹⁰⁴⁷. Um auf die Schwere des Eingriffs zu schließen, stellt sich der Richter nicht

1043 EG, Ord. 21. Februar 2005, *Najemi*, Nr. 277520.

1044 CE, Ord. 5. März 2002, *Fikry, Lebon T.*, S. 872; CE, Ord. 15. Oktober 2004, *Sabi*, Nr. 273110; CE, Ord. 6. Juni 2003, *Benmessaoud*, Nr. 257429.

1045 CE, Ord. 27. Januar 2003, *Kartboub*, Nr. 253603. Siehe auch CE, ord. 10. Juli 2002, *Boulemia*, Nr. 248422: "Der Umstand, dass eine Verwaltungsentscheidung die Einrichtung eines Familienlebens in Frankreich behindern würde, ist allein nicht geeignet, diese Entscheidung als eine schwerwiegende Missachtung des Rechts jeder Person auf ein Leben mit ihrer Familie anzusehen". Im vorliegenden Fall hatte die Verwaltungsbehörde die Registrierung des Antrags der Klägerin auf eine Aufenthaltbescheinigung abgelehnt und insbesondere geltend gemacht, dass die Klägerin nicht die Eigenschaft eines Ehegatten eines französischen Staatsbürgers habe, da ihre religiös geschlossene Ehe mit Herrn Mihoubi nicht in die Zivilstandsregister eingetragen worden sei. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, "dass die Weigerung, ihren Antrag auf eine Aufenthaltsbescheinigung zu registrieren, sie zwar daran hindert, ein gemeinsames Leben mit Herrn Mihoubi zu führen, dieser Umstand allein es jedoch nicht erlaubt, die Entscheidung als einen schwerwiegenden Eingriff in eine Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu betrachten". In diesem Sinne auch CE, ord. 20. Juli 2005, *Mohammad*, Nr. 285524: "Wenn die Weigerung, die Einreise ihres Ehemanns nach Frankreich im Rahmen der Familienzusammenführung zu genehmigen, sie daran hindert, ein gemeinsames Leben mit Herrn Mohammad zu führen, erlaubt dieser Umstand allein nicht, die Entscheidung als eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anzusehen".

1046 EG, Ord. 21. Februar 2005, *Sutaen*, Nr. 277757.

1047 CE, Ord. 4. Dezember 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.*, S. 875.

auf die Seite des Antragstellers und der Auswirkungen der Maßnahme, sondern auf die Seite der Verwaltung, die sich eines schwerwiegenden Handelns schuldig gemacht hat. Die Schwere ihres Verstoßes gegen das Gesetz wirkt sich indirekt auf die Schwere der Verletzung einer Grundfreiheit aus.

252. Anhand von drei weiteren Entscheidungen lässt sich die Berücksichtigung des Verhaltens der Verwaltung bei der Beurteilung der Schwere des Eingriffs in eine Grundfreiheit veranschaulichen. In seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Vast* stellt der Regierungskommissar fest, dass die Mitteilung des Bürgermeisters, die die Öffnung der an bestimmte Gemeinderäte adressierten Briefe vorschreibt, einen Eingriff in das Briefgeheimnis darstellt, der als schwerwiegend bezeichnet werden kann. "Aufgrund ihres vorsätzlichen Charakters kann sie in der Tat einem Machtmissbrauch gleichkommen. Es handelt sich hier nicht um eine einfache Ungeschicklichkeit eines mit den Feinheiten der Gesetzgebung wenig vertrauten Stadtverordneten, sondern um einen klar erklärten Willen, die für eine bestimmte Anzahl namentlich genannter Abgeordneter bestimmte Post zu kontrollieren"¹⁰⁴⁸. Und dies in völliger Verheimlichung, da die Betroffenen nicht über die Existenz dieser Maßnahme informiert wurden. Im *Gollnisch-Beschluss* betonte der Richter, dass die Stellungnahmen, in denen die Schuld des von einem laufenden Disziplinarverfahren betroffenen Lehrers bekräftigt wurde, "in abfälligen Worten gegenüber [dem Kläger] formuliert wurden, dessen Namen der Rektor aus hygienischen Gründen nicht einmal aussprechen zu dürfen glaubte und von dem er forderte, dass er aus dem öffentlichen Dienst vertrieben werde"¹⁰⁴⁹. Da die Beeinträchtigung bereits im Vorfeld der Entscheidung festgestellt wurde und die Rechtswidrigkeit sicher ist, betrifft diese Präzisierung notwendigerweise die Bedingung der Schwere. Schließlich bestätigte der Richter für einstweilige Verfügungen, dass die Tatsache, dass die Verwaltung unter Missachtung der Vorschriften von Artikel L. 130-1 des Städtebaugesetzes in einem als Waldgebiet eingestuften Gebiet Bäume schneidet und fällt, "und obwohl der Antragsteller ihn bereits im Februar 2005 auf die Notwendigkeit aufmerksam gemacht hatte, sich an diese Gesetzgebung zu halten", einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Verfügung eines Eigentümers über sein Eigentum darstellt¹⁰⁵⁰. Auch hier bezieht sich die vom Richter gegebene Präzisierung auf die Bedingung der Schwere des Eingriffs. Diese konnte allein durch die Tatsache qualifiziert werden, dass der Betroffene in seiner Freiheit, über sein Eigentum zu verfügen, erheblich beeinträchtigt wurde. Um die Schwere des Eingriffs zu bestätigen, zieht es der Richter jedoch vor, das Verhalten der Verwaltung zu betonen, die die geltenden Rechtsvorschriften bewusst missachtete, obwohl der Kläger sie an deren Existenz und die Notwendigkeit, sie einzuhalten, erinnert hatte. Im Gegensatz zu diesen Faktoren, die die Schwere des Eingriffs verstärken oder charakterisieren, gibt es andere Elemente, die den Eingriff abschwächen oder ihm die Schwere nehmen können.

II. Elemente, die den Ernst der Lage mildern können

253. Um die Schwere des Eingriffs in eine Grundfreiheit zu verneinen, können zwei Elemente berücksichtigt werden: zum einen das Fehlverhalten des Antragstellers und zum anderen die Tatsache, dass der Eingriff gesetzlich erlaubt ist. Diese Elemente betreffen in der Praxis die Freiheiten wirtschaftlicher Natur, im Wesentlichen das Eigentumsrecht, die unternehmerische Freiheit und die Vertragsfreiheit.

A. Das Verhalten des Antragstellers

254. Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers kann die Schwere des Eingriffs in seine Grundfreiheiten ausschließen. Dieser Grundsatz wurde zum ersten Mal im *Lidl-Beschluss* vom 23. März 2001¹⁰⁵¹ aufgestellt. Da die Firma Lidl ein Einzelhandelsgeschäft eröffnen wollte, das in den Anwendungsbereich des Gesetzes vom 27. Dezember 1973 fiel, musste sie zuvor die in diesem Gesetz vorgeschriebene Betriebsgenehmigung einholen. Unter Umgehung der geltenden Vorschriften nahm das Unternehmen jedoch Arbeiten am Geschäftsgebäude vor, ohne bei der Kommission für Geschäftsausstattung des Departements einen Antrag auf Genehmigung zu stellen. Um die festgestellten Unregelmäßigkeiten abzustellen, erließ der Bürgermeister einen Erlass, in dem er die Anbringung von Siegeln an dem betreffenden Gebäude vorschrieb. Das Unternehmen Lidl focht diese Maßnahme vor dem Richter des *référé-liberté* an und berief sich auf einen schweren Eingriff in die Handelsfreiheit. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, der über

1048 S. BOISSARD, Schlussbemerkung zu CE, 9. April 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, S. 780.

1049 CE, ord. 14. März 2005, *Gollnisch*, *Lebon* S. 103.

1050 CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* S. 491.

1051 CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl*, *Lebon* S. 154.

den Berufungsweg angerufen wurde, schloss jede Schwere des Eingriffs aus, da die klagende Gesellschaft die Gesetzgebung zur kommerziellen Stadtplanung nicht eingehalten hatte. Da diese sich den gesetzlich festgelegten Vorschriften in diesem Bereich entziehen wollte, bekräftigte der Richter, nachdem er sich zum Vorliegen eines schweren Eingriffs in das Eigentumsrecht geäußert hatte, dass "es nicht notwendig ist, zu untersuchen, ob (...) ein Eingriff von gleicher Schwere" die Handelsfreiheit beeinträchtigt.

Die gleiche Argumentation gilt, wenn ein Unternehmen eine klassifizierte Tätigkeit unter Missachtung der ihm gesetzlich auferlegten Vorschriften ausübt. In der Entscheidung *Saria Industries* vom 25. April 2002 wies der Richter darauf hin, dass die unternehmerische Freiheit für den Begünstigten die Freiheit bedeutet, "eine wirtschaftliche Tätigkeit unter Einhaltung der geltenden Gesetze und Vorschriften und gemäß den ihm gesetzlich auferlegten Vorschriften auszuüben, insbesondere wenn diese ein so zwingendes Erfordernis wie den Schutz der öffentlichen Gesundheit verfolgen"¹⁰⁵². Im vorliegenden Fall hatte das Unternehmen *Saria Industries* von der Verwaltungsbehörde die Genehmigung erhalten, eine Tätigkeit zur Lagerung und Verarbeitung von tierischen Abfällen zu entwickeln. Da das Unternehmen die ihm gesetzlich auferlegten Vorschriften nicht einhielt, ordnete der Bürgermeister im Rahmen seiner allgemeinen verwaltungspolizeilichen Befugnisse die Einstellung der Tätigkeit des Unternehmens an. Das Unternehmen sah darin einen schweren Eingriff in seine unternehmerische Freiheit und beantragte beim Richter für einstweilige Verfügungen die Aussetzung der Vollstreckung auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats lehnt ihren Antrag ab und begründet dies damit, dass die Antragstellerin die ihr auferlegten Verpflichtungen im Rahmen der Gesetzgebung über klassifizierte Anlagen nicht eingehalten habe. In dem Beschluss heißt es, "dass die beim Richter für einstweilige Verfügungen beantragte Maßnahme darauf abzielt, den Eingriff in die Freiheit der klagenden Gesellschaft zu beenden, den Betrieb ihrer Einrichtung fortzusetzen, *ohne sich an bestimmte Vorschriften zu halten, die insbesondere im Interesse der öffentlichen Gesundheit von der zuständigen staatlichen Behörde rechtmäßig auferlegt wurden*". Unter diesen Umständen kann die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit nicht als schwerwiegend angesehen werden.

Die gleichen Grundsätze gelten für den Antragsteller, der ein Unternehmen mit Fahrzeugen für private Krankentransporte betreibt, ohne die für Krankenwagen geltenden Vorschriften zu beachten und insbesondere ohne über ausreichende medizinische Ausrüstung zu verfügen. In Anbetracht der Verstöße des Betroffenen gegen seine Verpflichtungen ist die Entscheidung, mit der der Präfekt die Zulassung, die ihm für den Betrieb dieser Fahrzeuge erteilt worden war, zurückzieht, ohne besondere Umstände nicht geeignet, einen schwerwiegenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit darzustellen.¹⁰⁵³

255. In diesen Fällen schließt das Verhalten des Antragstellers die Schwere des Eingriffs aus. Ebenso wird, wenn das System der Grundfreiheiten vom Gesetzgeber streng geregelt wird, das Erfordernis der Schwere wenn nicht ausgeschlossen, so doch zumindest schwieriger zu erfüllen sein. Der Richter bezieht das gesetzliche Umfeld in die Beurteilung der Schwere des Eingriffs in eine Grundfreiheit mit ein.

B. Das rechtliche Umfeld

256. Um die Schwere des Eingriffs in eine Grundfreiheit zu beurteilen, berücksichtigt der Richter für einstweilige Verfügungen die Einschränkungen, die das Gesetz für die Ausübung dieser Freiheit vorsieht. Folglich richtet er einen besonderen Blick auf die Grundfreiheiten, die Gegenstand eines strengen gesetzlichen Rahmens sind: Die Schwere des Eingriffs muss relativiert werden, wenn er gesetzlich vorgesehen ist; sie wird schwieriger zu qualifizieren, wenn das Gesetz der Verwaltung weitreichende Befugnisse einräumt, um die Ausübung dieser Freiheiten zu beschränken. Das Prinzip wurde in dem Beschluss *Commune de Montreuil-Bellay* vom 12. November 2001 festgelegt. Der Richter bekräftigt, dass bei der Beurteilung des Schweregrads, den der Eingriff in eine Grundfreiheit annehmen kann, "die Beschränkungen allgemeiner Tragweite zu berücksichtigen sind, die durch die Gesetzgebung eingeführt wurden, um bestimmte, als notwendig erachtete Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Beziehungen zwischen Privatpersonen zu ermöglichen"¹⁰⁵⁴. Die vom Gesetzgeber eingeführten Einschränkungen bewirken also, dass die Schwelle, ab der die Schwere der

¹⁰⁵² CE, ord. 25. April 2002, *Société Saria Industries, Lebon*, S. 155. Diese Formulierung wurde insbesondere in CE, ord. 20. April 2004, *Ramon*, Nr. 266694; CE, ord. 29. April 2004, *Département du Var*, Nr. 266902 übernommen.

¹⁰⁵³ EG, Ord. 20. April 2004, *Ramon*, Nr. 266694.

¹⁰⁵⁴ CE, Ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* S. 551. Diese Formel lehnt sich direkt an die verfassungsrechtliche Rechtsprechung an. Der Verfassungsrat hat mehrfach bekräftigt, dass der Grundsatz der freien Verfügung über ein Gut durch seinen Eigentümer im Rahmen der Beschränkungen allgemeiner Tragweite beurteilt werden muss, die durch die frühere Gesetzgebung eingeführt wurden, um bestimmte als notwendig erachtete Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die vertraglichen Beziehungen zwischen Privatpersonen zu ermöglichen (CC, Nr. 59-1 FNR, 27. November 1959, Kons. 1, *S/g*. S. 71). Die Formel wird insbesondere in Bezug auf die freie Verfügung des Eigentümers über sein Eigentum und die Freiheit von Vereinbarungen übernommen (CC, Nr. 61-3 FNR, 8. September 1961, Kons. 1, *S/g*. S. 48; CC, Nr. 73-80 L, 28. November 1973, Kons. 7, *S/g*. S. 45).

Beeinträchtigung charakterisiert wird, erhöht wird. Der Eingriff muss umso schwerwiegender erscheinen, je mehr die Gesetzgebung es der Verwaltung ermöglicht, die fragliche Freiheit wirksam zu beschränken. Aufgrund der weitreichenden Befugnisse, die der Verwaltung eingeräumt werden, kann es zu größeren Eingriffen kommen, bevor die Schwere der Verletzung festgestellt wird. Einige Freiheiten - in der Praxis die wirtschaftlichen Freiheiten - sind stärker als andere von gesetzlichen Vorschriften betroffen, und es ist daher schwieriger, von einer *schwerwiegenden* Verletzung durch die Verwaltungsbehörde auszugehen, wenn diese sich darauf beschränkt, das Gesetz korrekt anzuwenden. In einem solchen Fall ist die Verletzung der Grundfreiheit zunächst das Ergebnis der gesamten Gesetzgebung und erst dann das Ergebnis des Verhaltens der Verwaltung.

257. Die Art und Weise dieser Beurteilung lässt sich anhand mehrerer Beispiele veranschaulichen. Zunächst stellt der Richter im Beschluss der *Gemeinde Montrenil-Bellay* klar, dass im Bereich der Stadtplanung der Schweregrad der Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit, der freien Verfügung eines Eigentümers über sein Eigentum oder der Vertragsfreiheit unter Berücksichtigung der Gesetzgebung zu beurteilen ist, die öffentlichen Personen die Möglichkeit einräumt, in bestimmten Gebieten ein Recht auf den vorrangigen Erwerb eines vom Eigentümer frei zum Verkauf angebotenen Gutes zu haben. Diese Einschränkung ist im Gesetz selbst vorgesehen und ermöglicht es den begünstigten öffentlichen Personen, sich an die Stelle des potenziellen Käufers einer Immobilie zu setzen. Im Rahmen dieser Beschränkung muss das Ausmaß des Eingriffs in das Eigentumsrecht oder in die Wirtschaft eines rechtmäßig geschlossenen Vertrags beurteilt werden. Im vorliegenden Fall hatten die Vertragspartner im Verkaufsversprechen die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass die öffentliche Hand von diesem Vorrecht Gebrauch machen könnte. Der Vertrag war unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen worden, dass jede natürliche oder juristische Person, die ein Vorkaufsrecht besitzt, auf dessen Ausübung verzichtet und dass die Vertragsparteien für den Fall, dass der Begünstigte eines Vorkaufsrechts dieses zu den im Verkaufsversprechen festgelegten Preisen und Bedingungen ausübt, dessen Hinfälligkeit ohne Entschädigung auf beiden Seiten anerkennen würden. Das Gericht stellte fest, dass "die Ausübung des städtischen Vorkaufsrechts durch die Gemeinde im vorliegenden Fall, selbst wenn sie rechtswidrig ist, angesichts dieser Bestimmungen keinen schwerwiegenden Eingriff in die freie Verfügung eines Eigentümers über sein Eigentum oder in die Wirtschaft eines rechtmäßig geschlossenen Vertrags darstellt".

Eine zweite Illustration ergibt sich aus der *da Costa-Verfügung* vom 8. August 2002/1055. Die Stadt Pau erwarb im Wege des Vorkaufsrechts eine Parzelle, die Herr da Costa zu kaufen beabsichtigte. Nachdem ein Teil der Parzelle für die Erweiterung öffentlicher Einrichtungen verwendet worden war (was dem Zweck des Vorkaufsrechts entsprach), beschloss die Gemeinde, den anderen Teil an eine Immobiliengesellschaft zu verkaufen. Entgegen den Vorschriften von Artikel L. 213-11 des Städtebaugesetzes nahm die Gemeinde diesen Weiterverkauf vor, ohne Herrn da Costa den Kauf anzubieten¹⁰⁵⁶. Der Kläger war der Ansicht, dass die Missachtung dieser Anforderung seine Vertragsfreiheit ernsthaft beeinträchtigt. Dennoch wird der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die Schwere der Beeinträchtigung ausschließen, indem er zwei Erwägungen vorbringt. Zum einen wurden die Urkunden über den Erwerb der Parzelle durch die Gemeinde von dem Betroffenen nicht angefochten, obwohl die Beeinträchtigung seiner Vertragsfreiheit in erster Linie auf diese zurückzuführen ist. Andererseits haben die Bestimmungen des Buches II des Städtebaugesetzes, insbesondere Artikel L. 213-11, "genau den Zweck, diese Freiheit durch allgemeine Beschränkungen zu beeinträchtigen, die vom Gesetzgeber eingeführt wurden, um sowohl bestimmte Eingriffe der öffentlichen Hand im Bereich der Stadtplanung zu ermöglichen als auch die Interessen der ehemaligen Eigentümer oder der Personen zu schützen, die die Absicht hatten, die vorzeitig erworbenen Güter zu erwerben". Somit wird der Eingriff nicht als schwerwiegend eingestuft, da er den vom Gesetz vorgegebenen Rahmen und die darin festgelegten Bedingungen einhält. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit ergibt sich aus dem Gesetz, so dass die Entscheidung, das vorkaufsberechtigte Gut weiterzuverkaufen, die lediglich die Umsetzung des Gesetzes darstellt, nicht geeignet ist, dieser Freiheit an sich einen ausreichend schweren Eingriff zu verleihen, der ihre Aussetzung rechtfertigen würde.

Diese Rechtsprechung wurde auch im Bereich der Arbeitsbeziehungen angewandt. In der Rechtssache *Société Mona Lisa Investissements* wurde Herr X., ein geschützter Arbeitnehmer, schwerwiegender Mobbinghandlungen beschuldigt, die seinen Arbeitgeber dazu veranlasst hatten, eine Kündigung anzustreben. Nachdem der Arbeitsinspektor die Entlassung abgelehnt hatte, reichten die Mitarbeiter von Herrn X einen Antrag auf einstweilige Verfügung ein, um die Aussetzung des Vollzugs der Entlassung zu erwirken. Der Rat stellt fest, "dass für die

1055 CE, ord. 8. August 2002, *da Costa*, Nr. 249409, *Contrats et marchés publics* 2002, comm. n° 236, note P. SOLER-COUTEAUX.

1056 Artikel L. 213-11 des Städtebaugesetzes sieht vor, dass innerhalb von fünf Jahren nach Ausübung des Vorkaufsrechts die Gemeinde, die beschließt, das erworbene Gut zu anderen als den zur Rechtfertigung des Vorkaufs geltend gemachten Zwecken zu nutzen oder zu veräußern, verpflichtet ist, die früheren Eigentümer zu informieren und ihnen den Erwerb vorrangig anzubieten. Verzichten diese auf den Erwerb, muss die öffentliche Person dies auch bei der Person tun, die die Absicht hatte, das Grundstück zu erwerben. Im vorliegenden Fall hatte die Gemeinde den Erwerb der Immobilie nicht dem früheren Eigentümer und folglich auch nicht Herrn da Costa vorgeschlagen.

Umsetzung der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes der Schweregrad, den eine Maßnahme annehmen kann, die die unternehmerische Freiheit oder die Freiheit der Arbeit beeinträchtigt, die allgemeinen Einschränkungen dieser Freiheiten berücksichtigen muss, die durch die Gesetzgebung eingeführt wurden, um bestimmte als notwendig erachtete Eingriffe der öffentlichen Gewalt, insbesondere in die Arbeitsbeziehungen, zu ermöglichen; zu diesen Einschränkungen gehört der Schutz, den Personalvertreter im Interesse der Gesamtheit der von ihnen vertretenen Arbeitnehmer genießen, deren Entlassung nur mit Genehmigung des Arbeitsinspektors erfolgen kann¹⁰⁵⁷. Folglich muss der Staatsrat das Erfordernis der Schwere im Hinblick auf den Sonderstatus, den Herr X genießt, beurteilen. Im Lichte dieser Tatsache und der Gesamtheit der Umstände des Falles - insbesondere der Tatsache, dass, wenn das Klima in dem Unternehmen verschlechtert ist, die Arbeitnehmer dennoch weiterhin zur Arbeit kommen können - schließt der Staatsrat die Schwere der Beeinträchtigung aus. Aus der Begründung der Entscheidung geht hervor, dass der Staatsrat diese Lösung in erster Linie mit dem Schutzstatus, den Herr X genießt, begründet hat. In der Verfügung *Confédération française des travailleurs chrétiens* vom 3. Mai 2005 fochten die Kläger die Umsetzung des Gesetzes über den "Solidaritätstag" an, das vorsah, dass außerhalb von Branchen- oder Unternehmensvereinbarungen, die einen anderen Tag festlegen, am Pfingstmontag gearbeitet wird, und zu diesem Zweck die Jahresarbeitszeit ohne zusätzliche Vergütung für die monatlich beschäftigten Arbeitnehmer ändert¹⁰⁵⁸. Der Richter für einstweilige Verfügungen schloss die Schwere des Eingriffs in die Arbeitsfreiheit aus, nachdem er klargestellt hatte, dass der Schweregrad, den eine Maßnahme, die diese Freiheit beeinträchtigt, annehmen kann, "die allgemein gültigen Einschränkungen dieser Freiheit berücksichtigen muss, die vom Gesetzgeber eingeführt wurden, um bestimmte als notwendig erachtete Eingriffe der öffentlichen Hand in die Arbeitsbeziehungen zu ermöglichen, insbesondere in Bezug auf die Arbeitszeit, die Feiertage und den Urlaub".

258. Letztendlich ergibt sich aus der Rechtsprechung der *Commune de Montreuil-Bellay* eine Unterscheidung zwischen zwei Kategorien von Grundfreiheiten im Hinblick auf das Kriterium der Schwere. Einige sind Gegenstand erheblicher gesetzlicher Einschränkungen, andere lassen der öffentlichen Gewalt eine begrenzte Eingriffsbefugnis. Diese unterschiedlichen Regelungen werden vom Verwaltungsrichter berücksichtigt, um zu beurteilen, ob der Eingriff in diese Freiheiten dem Erfordernis der Schwere genügt, und keineswegs, wie behauptet werden könnte, um die Grundsätzlichkeit einer Freiheit zu beurteilen. Wenn das Gesetz der öffentlichen Hand erweiterte Eingriffsmöglichkeiten zugestanden hat, ist die Schwere der Beeinträchtigung natürlich schwieriger zu beurteilen. Wenn also die unternehmerische Freiheit, wie Frau Jacquinot sagt, "ein Sonderfall" ist, dann nicht, weil sie nur unter bestimmten Umständen grundlegend wäre, sondern weil sie Gegenstand eines sehr strengen gesetzlichen Rahmens ist und die Beurteilung der Schwere der Eingriffe, die ihr zugefügt werden, zwangsläufig anspruchsvoller ist¹⁰⁵⁹. Wenn der Eingriff bei diesen Freiheiten schwieriger zu qualifizieren ist, liegt das einfach daran, dass der Gesetzgeber sie im Namen des Allgemeininteresses größeren Beschränkungen unterwerfen wollte. Der Verwaltungsrichter stellt keineswegs eine Hierarchie zwischen diesen Freiheiten auf, die auf ihrer mehr oder weniger großen Bedeutung beruhen würde. Der Richter des *référé-liberté*, der nicht über bestehende Gesetze und Regelungen urteilt, zieht lediglich die Implikationen des Gesetzes und der Unterschiede, die es in Bezug auf die Regelung der Ausübung der verschiedenen Grundfreiheiten organisiert. Alle Grundfreiheiten werden innerhalb des vom Gesetz gezogenen Rahmens ausgeübt, doch da dieser Rahmen nicht für alle diese Freiheiten derselbe ist, kann die Beurteilung der Schwere je nach Umfang der vom Gesetzgeber zugelassenen Einschränkungen unterschiedlich ausfallen.

Um die Anwendung von *référé-liberté* rechtfertigen zu können, muss der Eingriff in eine Grundfreiheit jedoch nicht nur schwerwiegend sein; er muss auch noch offensichtlich rechtswidrig sein.

Abschnitt 3. Eine offensichtlich rechtswidrige

1057 CE, 4. Oktober 2004, Société Mona Lisa investissements und andere, *Lebon* S. 362.

1058 CE, Ord. 3. Mai 2005, Confédération française des travailleurs chrétiens, *Lebon T.*, S. 1034.

1059 Für diesen Autor lässt die Rechtsprechung der *Commune de Montreuil-Bellay* "vermuten, dass Freiheiten nur in bestimmten Angelegenheiten, in bestimmten Bereichen als Grundfreiheiten angesehen werden können. Cela reviendrait alors à dire qu'il y a des libertés fondamentales à éclipses", d. h. die in der Hypothese eines umfangreichen gesetzlichen Rahmens verschwinden würden (N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, S. 665). Diese Ansicht entspricht nicht der Realität des positiven Rechts. Für den Verwaltungsrichter ist eine Freiheit grundlegend oder nicht; sie ist es die ganze Zeit oder sie ist es nie. Die Rechtsprechung führt zu einer klaren Unterscheidung zwischen der Voraussetzung des *Vorhandenseins* einer Freiheit und der Voraussetzung der *Schwere des Eingriffs*, der ihr zugefügt wird. Diese beiden Elemente befinden sich nicht auf derselben Ebene und sind völlig unabhängig voneinander. Außerdem "verschwindet" die Freiheit in einer solchen Situation nicht, sondern kann weiterhin vor dem Richter für einstweilige Verfügungen gegen Freiheitsrechte *geltend gemacht werden*. Die Auswirkungen eines umfangreichen gesetzlichen Rahmens wirken sich auf die Beurteilung der Schwere einer Freiheit aus, aber keineswegs auf ihre Berufbarkeit.

Beeinträchtigung

259. Gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kann die *référé-liberté* nur dann eingesetzt werden, wenn die Verwaltung einer Grundfreiheit einen "Eingriff (...), der offensichtlich rechtswidrig ist", zugefügt hat. Aus dieser Formulierung geht hervor, dass das Gesetz nicht jede beliebige Form der Rechtswidrigkeit verlangt, sondern eine bestimmte Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit ist diejenige des Eingriffs in eine Grundfreiheit. Sie muss sich darüber hinaus durch ihre Offensichtlichkeit auszeichnen. Im Gegensatz dazu muss die Rechtswidrigkeit nicht schwerwiegend sein¹⁰⁶⁰. "Wenn man innerhalb der Rechtswidrigkeit unterscheiden kann, ob sie "extern" oder "intern" ist, gibt es in guter Regel keinen Grund, die Schwere einer Rechtswidrigkeit zu beurteilen. Es gibt keine Abstufungen".¹⁰⁶¹

I. Die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung

260. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ist nur unter bestimmten Bedingungen gegeben. Die Beurteilung ist im Wesentlichen gleich, je nachdem, ob es sich um eine Maßnahme der Verwaltung oder um eine Weigerung oder Unterlassung der Verwaltung handelt.

A. Die Bedingungen für Rechtswidrigkeit

261. Es wird eine besondere Form der Rechtswidrigkeit gefordert: die Rechtswidrigkeit der Verletzung einer Freiheit. Diese Rechtswidrigkeit wird als ungerechtfertigter und unverhältnismäßiger Eingriff in eine Grundfreiheit analysiert.

1. Die Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung

262. Eine Rechtswidrigkeit, aus der keine Verletzung einer Grundfreiheit resultiert, erfüllt nicht die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegte Anforderung. Die Rechtswidrigkeit besteht nämlich darin, dass eine Grundfreiheit verletzt wird¹⁰⁶². Das Gesetz verlangt, dass die festgestellte Rechtswidrigkeit eine tatsächliche Auswirkung auf die betreffende Freiheit hat. Die Rechtswidrigkeit kann direkt sein und sich aus der Norm ergeben, in der die Grundfreiheit verankert ist, wie in den Entscheidungen *Gollnisch* oder *Gaitukaev*¹⁰⁶³. Sie "kann auch indirekt sein, d. h. sich aus der offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Eingriffs

¹⁰⁶⁰ Einige Beschlüsse des Richters für einstweilige Verfügungen beziehen sich auf das Erfordernis einer "schwerwiegenden Rechtswidrigkeit" (CE, Ord. 24. Januar 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* S. 37; CE, Ord. 22. Juli 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, Nr. 248734; CE, Ord. 2. August 2002, *Société Propbal*, Nr. 249110; CE, Ord. 6. September 2002, *Tetaabi*, Nr. 250120; CE, Ord. 14. Oktober 2002, *Ramon*, Nr. 250922; CE, ord. 15. Oktober 2002, *Société Pierre conseil foncier SA*, Nr. 250947; CE, ord. 26. Dezember 2002, *Belakbdar*, Nr. 252867; CE, ord. 27. Juni 2002, *Frullani und SCI Marcflore*, *Lebon* T. S. 872; CE, ord. 2. April 2003, *Gaiffé*, Nr. 255597; CE, ord. 25. Juni 2003, *Abamada und Said Abdallah*, Nr. 257835; CE, ord. 17. Juli 2003, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, Nr. 258506; CE, ord. 2. September 2003, *Société S.AGEP und andere*, Nr. 259866; CE, ord. 30. Juli 2004, *Moussaoui*, Nr. 270462; CE, ord. 12. November 2004, *Marty*, Nr. 274029; CE, Ord. 2. März 2005, *Commune de Vedene*, Nr. 278123; CE, Ord. 15. Juli 2005, *Cotten*, Nr. 282369; CE, ord. 28. August 2006, *SARL Fitness Gym*, Nr. 296846; CE, ord. 29. September 2006, *Traoré*, Nr. 297752). Dennoch steht fest, dass Artikel L. 521-2 keineswegs eine solche Bedingung vorschreibt. Die Rechtswidrigkeit muss offensichtlich sein, die Beeinträchtigung muss schwerwiegend sein, aber die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung muss nicht selbst schwerwiegend sein.

¹⁰⁶¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1604.

¹⁰⁶² Siehe zum Beispiel CE, ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec et Brocas*, Nr. 239165, in dem diese Verbindung zum Ausdruck kommt. Der Richter stellt fest, dass ein den Klägern gehörendes Grundstück "Gegenstand einer unrechtmäßigen Inanspruchnahme durch den Zweckverband Côte des Isles Développement war, der es in einen von ihm verwalteten Golfplatz einbezogen hat; dadurch wurde das Eigentumsrecht der Kläger offensichtlich unrechtmäßig beeinträchtigt".

¹⁰⁶³ Wenn ein Disziplinarverfahren gegen einen Lehrer und Forscher läuft und der Rektor der Akademie, ohne das Ergebnis des Verfahrens abzuwarten, öffentlich behauptet, dass der Verstoß des Betroffenen gegen seine berufsethischen Pflichten erwiesen ist, und fordert, dass die schwerste Strafe verhängt wird, greift er rechtswidrig in die Unschuldsvermutung ein (CE, ord. 14. März 2005, *Gollnisch*, *Lebon* S. 103). In der Entscheidung *Gaitukaev* stellt der Richter fest, dass das Recht der

in Rechts- oder Verwaltungsnormen ergeben, die den Genuss dieser Grundfreiheit bedingen"¹⁰⁶⁴. In jedem Fall muss sie notwendigerweise eine Grundfreiheit betreffen.

Folglich kann eine rein formale Rechtswidrigkeit diese Anforderung der Rechtswidrigkeit *der Beeinträchtigung* einer Freiheit nicht erfüllen. Zwar kann ein wesentlicher Formfehler einen rechtswidrigen Charakter aufweisen und sogar offensichtlich rechtswidrig sein, doch scheint er von Natur aus unfähig zu sein, eine Grundfreiheit zu beeinträchtigen. In einem Urteil vom 30. Mai 2002 weigerte sich der Staatsrat, den Beschluss aufzuheben, mit dem ein Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag ablehnte, auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 die Aussetzung von Erlassen zu verfügen, die den Umfang eines Gemeindeverbands erweitern und den Austritt mehrerer Gemeinden aus der öffentlichen Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit verkünden. Das Rechtsmittel wurde mit der Begründung zurückgewiesen, dass sich die antragstellenden Gemeinden im vorliegenden Fall ausschließlich auf Mittel der externen Rechtmäßigkeit in Bezug auf die Beratungsverfahren berufen. Für den Rat "erlaubt es keiner dieser Gründe, selbst wenn man sie als begründet annimmt, die Beeinträchtigung des Grundsatzes der freien Verwaltung der Gebietskörperschaften durch die streitigen Erlasse als "schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig" zu betrachten"¹⁰⁶⁵. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass der Richter in einigen wenigen Entscheidungen bereit war, einen Klagegrund zu prüfen, der sich auf einen Verstoß gegen das Gesetz vom 11. Juli 1979 bezog, das die Begründung bestimmter ablehnender Einzelentscheidungen vorschreibt. So beurteilte der Staatsrat im Urteil *Tliba* das Erfordernis der offensichtlichen Rechtswidrigkeit einer Ausweisungsmaßnahme im Hinblick auf die Bestimmungen dieses Gesetzes und kam zu dem Schluss, dass kein Verstoß vorliegt¹⁰⁶⁶. Einmal hielt er den Klagegrund der Missachtung dieses Gesetzes durch eine Polizeiverordnung, die die Schließung eines Nahversorgungsunternehmens anordnete, für begründet¹⁰⁶⁷. In dieser Entscheidung hatte der Richter jedoch *zwei* Rechtswidrigkeiten festgestellt: zum einen den ungerechtfertigten Gebrauch seiner verwaltungspolizeilichen Befugnisse durch die Gemeindeexekutive und zum anderen die unzureichende Begründung seiner Entscheidung. Die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit rührt nicht von der fehlenden Begründung, sondern von der unbegründeten Anwendung seiner polizeilichen Befugnisse durch den Bürgermeister her. Die Missachtung der Vorschriften des Gesetzes vom 11. Juli 1979 stellt zwar eine offensichtliche Rechtswidrigkeit dar, kann aber für sich allein genommen keine Verletzung einer Grundfreiheit kennzeichnen. In der Rechtsprechung zu Artikel L. 521-2 wurde niemals ein rein formales Mittel allein als Quelle für eine rechtswidrige Beeinträchtigung einer Freiheit herangezogen.

2. Eine ungerechtfertigte und/oder unverhältnismäßige Beeinträchtigung

263. Nicht jeder Eingriff in eine Grundfreiheit ist rechtswidrig. Die Grundfreiheiten sind weder absolut garantiert noch haben sie bedingungslos und systematisch Vorrang vor allen Erwägungen, die ihnen entgegenstehen könnten¹⁰⁶⁸. Ihre Begünstigten müssen Einschränkungen hinnehmen, die darauf abzielen, einen Ausgleich mit den Rechten anderer zu schaffen oder Raum für den Ausdruck bestimmter Formen des allgemeinen Interesses zu schaffen¹⁰⁶⁹. In der Praxis ist ein Eingriff in eine Grundfreiheit rechtmäßig, wenn er nicht nur durch das Gesetz oder einen Grund des Allgemeininteresses *gerechtfertigt ist*, sondern auch in einem *angemessenen Verhältnis* zu dem verfolgten Ziel steht. *Im Gegensatz dazu* ist der Eingriff in zwei Fällen rechtswidrig. Erstens ist der Eingriff rechtswidrig, wenn er weder durch das Gesetz noch durch einen Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Dies ist eindeutig der Fall, wenn eine gesetzliche, vertragliche,

Kläger, den Flüchtlingsstatus zu beantragen, rechtswidrig verletzt wurde (CE, 14. Mai 2004, *Gaitukaev*, Nr. 267360).

¹⁰⁶⁴ P. CASSIA und A. BEAL, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} Januar 2001-28 Februar 2001)", *JCP G* 2001, I, 319, S. 986.

¹⁰⁶⁵ CE, 30. Mai 2002, *Commune de Gely-du-Fesc und andere*, Nr. 247273 und 247286.

¹⁰⁶⁶ CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* S. 523.

¹⁰⁶⁷ CE, Ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon* T. S. 931.

¹⁰⁶⁸ Siehe zu diesem Punkt die von M. Drago geäußerte Befürchtung "de la déstructuration sociale engendrée par une société de droit (de droits?) dans laquelle l'individu et la défense de ses droits prime sur toute autre considération (...), c'est-à-dire d'un droit uniquement préoccupé de la sphère privée ou individuelle et dont la doctrine des droits fondamentaux relève essentiellement" (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, S. 69).

¹⁰⁶⁹ Dieser Gedanke kommt im Wesentlichen in Artikel 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte zum Ausdruck, in dem es heißt: "Die Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen hat keine Grenzen außer denen, die den Mitgliedern der Gesellschaft den Genuss dieser Rechte sichern". Der Geist dieser Bestimmung ist, dass es manchmal notwendig ist, die Freiheiten einiger Menschen einzuschränken, um ihre Ausübung durch möglichst viele gewährleisten zu können. Die "begrenzte" Freiheit ist die Voraussetzung für die Freiheit aller. Siehe J.-P. COSTA, "Article 4", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires* (G. CONAC, M. DEBENE und G. TEBOUL Hrsg.), Dalloz, 2001, S. 101-113.

verfassungsrechtliche oder sonstige Rechtsnorm frontal missachtet wird. In einem solchen Fall wird sofort deutlich, dass es keine Rechtfertigung für den Eingriff gibt. Wenn der Eingriff gerechtfertigt ist, ist er rechtswidrig, wenn er übermäßig ist und somit nicht dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit entspricht. Dieses Schema, das sich auf Beeinträchtigungen durch Handlungen, aber auch auf Beeinträchtigungen durch Weigerung oder Unterlassung bezieht, verdient es, in seinen Tatbestandsmerkmalen präzisiert zu werden.

264. Der Eingriff ist *gerechtfertigt*, wenn er gesetzlich vorgesehen und erlaubt oder aus Gründen des Allgemeininteresses erforderlich ist.

Der Rechtfertigungstext kann ein Gesetz oder eine Verordnung sein, wenn die Beeinträchtigung aus einer Unterlassung oder Ablehnung resultiert. Bei einer Beeinträchtigung durch eine positive Handlung oder ein Handeln muss der Rechtstext, der als Grundlage dient, jedoch unbedingt gesetzlicher Natur sein. Im Falle einer Handlung kann nämlich nur das Gesetz die Grundfreiheiten ursprünglich beeinträchtigen. Dieses Erfordernis ist eine Folge des Gesetzesvorbehalts, eines Rechtsgrundsatzes, nach dem der Gesetzgeber die ausschließliche Kompetenz hat, in bestimmten Bereichen tätig zu werden¹⁰⁷⁰, zu denen in erster Linie die Verletzung der Grundfreiheiten gehört¹⁰⁷¹. Da dieser Bereich ein ausschließliches Vorrecht des Gesetzgebers ist, ist es der Verwaltungsbehörde untersagt, hier einzugreifen¹⁰⁷². Wenn es keine gesetzliche Ermächtigung gibt, ist der Eingriff der Verwaltungsbehörde rechtswidrig.¹⁰⁷³

Die Verfolgung eines Ziels von allgemeinem Interesse ist ebenfalls ein legitimer Grund für die Einschränkung einer Freiheit. Dieser wird seit langem vom Staatsrat anerkannt. Wie Herr Hadas-Lebel bemerkte: "Es steht fest, dass eine der wichtigsten Funktionen des Begriffs des Allgemeininteresses in der Verwaltungsrechtsprechung darin besteht, im Namen der höheren Ziele, die er darstellt, die Ausübung bestimmter individueller Rechte und Freiheiten zu beschränken (...)"¹⁰⁷⁴. Diese Berücksichtigung des Allgemeininteresses, die eine Konstante des Rechts der

¹⁰⁷⁰ Dem Gesetzgeber wird verfassungsrechtlich ein Bereich vorbehalten - und zugewiesen -, der weder von anderen Behörden noch von ihm selbst missachtet werden darf. Dies bedeutet zunächst, dass der Gesetzgeber allein in diesen Bereichen tätig werden kann, unter Ausschluss jeder anderen Behörde. Eine Verwaltungsentscheidung, die in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers eingreift, ist mit Rechtswidrigkeit behaftet. Zum anderen bedeutet diese Regel, dass der Gesetzgeber seine Zuständigkeit selbst ausüben muss und keine Behörde ermächtigen darf, in den geschützten Bereichen originär tätig zu werden (negative Inkompetenz).

¹⁰⁷¹ Der Staatsrat bekräftigte unter der IV^e Republik, dass diese Angelegenheiten gemäß der republikanischen Verfassungstradition dem Gesetz vorbehalten sind (vgl. *oben*, § 110, Stellungnahme vom 6. Februar 1953). Artikel 4 der Erklärung von 1789 besagt, dass die "Grenzen", die die Freiheiten kennen, "nur durch das Gesetz festgelegt werden können". Dies gilt unabhängig vom Rang der Norm, aus der die Grundfreiheit abgeleitet wurde. Der Gesetzesvorbehalt betrifft zunächst einmal die verfassungsmäßigen Freiheiten. Artikel 34 der Verfassung vom 4. Oktober 1958 weist dem Parlament die Bestimmung der grundlegenden Garantien für die Ausübung der öffentlichen Freiheiten zu. Auf der Grundlage dieser Bestimmung "verfügt das Gesetz über eine irreduzible Zuständigkeit für die Regelung der verfassungsmäßig anerkannten Rechte, wobei die Regelungsbefugnis auf die Umsetzung der vom Gesetzgeber aufgestellten Normen beschränkt ist" (J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, S. 260). Bei den Grundfreiheiten konventionellen Ursprungs wird der Grundsatz einer gesetzgeberischen Einschränkung in den einschlägigen Instrumenten ausdrücklich genannt (entweder spezifisch für dieses oder jenes Recht, wie in der Europäischen Konvention und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, oder durch eine Generalklausel, wie in Artikel 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union). Was die gesetzlich verankerten Grundfreiheiten betrifft, so kann nur der Gesetzgeber, der sie geschaffen hat, sie in Frage stellen.

¹⁰⁷² In diesem Sinne besteht der Hauptzweck des Gesetzesvorbehalts darin, "sicherzustellen, dass die Einschränkungen der Freiheiten der Bürger von diesen selbst oder ihren Vertretern genehmigt wurden. Der Gesetzesvorbehalt ist vor allem negativ zu verstehen, als Ausschluss der Exekutive von der ursprünglichen Eingriffsmöglichkeit und somit als Verbot für die Exekutive, ohne gesetzliche Ermächtigung in die Rechte und Freiheiten der Bürger einzugreifen" (J. TREMEAU, *a. a. O.*, S. 36-37). Dasselbe Prinzip herrscht auch im vergleichenden Recht vor. In Deutschland bedeutet der Begriff des Gesetzesvorbehalts (*Vorbehalt des Gesetzes*), "dass ein Eingriff in die Freiheit und das Eigentum der Verwaltungsangestellten/Bürger nur insoweit erfolgen kann, als ein Gesetz dies vorsieht und die Bedingungen und das Maß festlegt" (C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, Nr. 95). Auch in der Schweiz verlangt Art. 36 Abs. 1 der Verfassung, dass jede schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts auf einer gesetzlichen Grundlage beruht (siehe C. ROUILLE, "Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse", in Schweizerisches Verfassungsrecht (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.P. MÜLLER Hrsg.), Schulthess, 2001, S. 683).

¹⁰⁷³ Gemäß dieser Anforderung vergewissert sich der Staatsrat, dass die Eingriffe in die Freiheiten ihren Ursprung in einem Gesetz haben, und erklärt andernfalls die Bestimmungen für nichtig, mit denen die Verwaltungsbehörde sie ursprünglich beeinträchtigt (siehe z. B. für die Handels- und Gewerbefreiheit: CE, Sect., 29. Juli 1953, *Société générale des travaux cinématographiques*, *Lebon* S. 430; und für das Eigentumsrecht CE, 5. Oktober 1977, *Secrétaire d'Etat à la culture*, *Lebon* T., S. 686). Im gleichen Sinne behauptete Regierungskommissar Galmot, dass die Bestimmung, die entscheidet, dass der Mangel an Polio-Impfung die Aufnahme eines Kindes in eine Gesundheits- oder Schuleinrichtung behindern kann, bestimmte grundlegende öffentliche Freiheiten beeinträchtigt und daher ihre Quelle nur im Gesetz finden kann (Concl. GALMOT zu CE, 16. Juni 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, JCP G 1967, II, 15303).

¹⁰⁷⁴ R. HADAS-LEBEL, "L'intérêt général", *EDCE* Nr. 50, 1999, S. 290. Es sei darauf hingewiesen, dass das Allgemeininteresse auch in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung besonders berücksichtigt wird, um die Einschränkungen der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten durch den Gesetzgeber zu rechtfertigen. So lässt der Rat

Freiheiten, wenn nicht sogar sein Hauptproblem ist, kann rechtfertigen, dass Privatpersonen, die von privaten Motiven getrieben werden, dazu gebracht werden können, "sich vor mächtigeren Imperativen zu beugen"¹⁰⁷⁵. Sowohl das Gesetz als auch das allgemeine Interesse können den Eingriff der Verwaltung in eine Grundfreiheit rechtfertigen.

265. Gerechtfertigt muss der Eingriff noch *verhältnismäßig* sein, d. h. er darf die gesetzlich erlaubte oder durch die Verfolgung des allgemeinen Interesses streng gerechtfertigte Eingriffsschwelle nicht überschreiten¹⁰⁷⁶. Die Berücksichtigung des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit hängt mit der Natur der Normen der Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zusammen, die Optimierungspflichten darstellen, d. h. "Prinzipien" im Sinne von Ronald Dworkin und Robert Alexy¹⁰⁷⁷, ungeachtet der Nuancen, die die beiden Autoren möglicherweise gegeneinander abwägen. Dies bedeutet, um eine Formulierung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu verwenden, dass "die Beeinträchtigung nicht eine Intensität haben darf, die in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zu den dem Bürger auferlegten Nachteilen steht"¹⁰⁷⁸. Die öffentliche Gewalt darf durch ihr Handeln oder Unterlassen nicht

beispielsweise die Einschränkung des Streikrechts im Namen der Kontinuität der öffentlichen Dienste (CC, Nr. 79-105 DC, 25. Juli 1979, *Sfg.* S. 33), der persönlichen Freiheit im Namen der "Notwendigkeiten des Steuerkampfes" (CC, Nr. 83-164 DC, 29. Dezember 1983, *Sfg.* 67; Nr. 84-184 DC, 29. Dezember 1984, *Sfg.* S. 94; Nr. 89-268 DC, 29. Dezember 1989, *Sfg.* S. 110), der Bewegungsfreiheit und der persönlichen Freiheit im Namen der "Wahrung von Zwecken des Allgemeininteresses, die Verfassungsrang haben" (CC, Nr. 81-127 DC, 19.-20. Januar 1981, *Sfg.* S. 15), der Freiheit zu kommen und zu gehen im Namen des Schutzes der nationalen Sicherheit (CC, Nr. 93-323 DC, 13. August 1993, *Sfg.* S. 213), der persönlichen Freiheit und des Rechts, ein normales Familienleben zu führen im Namen des "Schutzes der öffentlichen Ordnung" (CC, Nr. 93-323 DC, 13. August 1993, *Sfg.* S. 213) oder des Eigentumsrechts im Namen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit (CC, Nr. 90-283 DC, 8. Januar 1991, *Sfg.* S. 11).

1075 M. LETOURNEUR, "Quelques réflexions sur la codification du droit administratif", in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, S. 277.

1076 Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit siehe insbesondere G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, coll. BDP, t. 179, 1996, 463 S.; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 S.; J. MEKHANTAR, *Le principe de proportionnalité*, thèse Paris II, 1990; G. BRAIBANT, "Le principe de proportionnalité", in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, S. 297-306; J.-P. COSTA, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *AJDA* 1988, S. 434-437; P. MARTENS, "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, S. 49-68; P. MOOR, "Systématique et illustration du principe de proportionnalité", in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, S. 319-341; M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité", *AJDA* 1995 numéro spécial, S. 156-166.

1077 Für beide Autoren sind Regeln und Grundsätze echte Rechtsnormen; die Unterscheidung erfolgt nach dem Grad ihrer Bestimmtheit. Die Regel wird auf einen konkreten Fall angewandt, dem sie bestimmte Rechtsfolgen zuweist, die dem Adressaten keine Wahlfreiheit lassen. Der Grundsatz hingegen zieht keine automatischen Rechtsfolgen nach sich. So ist "die Unterscheidung zwischen Regeln und Grundsätzen (...) eine Unterscheidung zwischen zwei Arten von Normen" (R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (aus dem Deutschen übersetzt von J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, S. 45): "Grundsätze sind *Optimierungsverpflichtungen*, während Regeln den Charakter *endgültiger Verpflichtungen* haben" (R. ALEXY, "Idée et structure d'un système de droit rationnel", *APD* t. 33 *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, S. 34. Hervorhebung). Genauer gesagt sind Regeln "Normen, die immer entweder ausgeführt werden können oder nicht ausgeführt werden können. Wenn eine Regel gültig und anwendbar ist, dann ist es verpflichtend, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger" (*ebd.*). Wenn die Regel in diesem Fall anwendbar ist und die tatsächlichen Umstände, die die "kleinere" Regel ausmachen, erfüllt sind, dann sind notwendigerweise auch die rechtlichen Folgen der "größeren" Regel erfüllt. Insofern sind "die Regeln in einem Alles-oder-Nichts-Stil anwendbar" (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Coll. Léviathan, 1995, S. 79). Umgekehrt: "Als Optimierungspflichten sind Prinzipien Normen, die gebieten, dass etwas im höchstmöglichen Maße erreicht wird, relativ zu dem, was rechtlich und tatsächlich möglich ist. Das bedeutet, dass sie in unterschiedlichem Maße erfüllt werden können und dass der geforderte Grad ihrer Erfüllung nicht nur von den faktischen Möglichkeiten, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt, die - neben den Regeln - im Wesentlichen abweichende Prinzipien bestimmen. Dies impliziert, dass Grundsätze abwägbare sind: Für Grundsätze ist die Abwägung die charakteristische Form der Rechtsanwendung" (R. ALEXY, *a. a. O.*, S. 34). Somit sind Grundsätze Rechtsnormen, die die konkrete Lösung eines Rechtsstreits nicht allein dadurch bestimmen, dass sie auf diesen anwendbar sind. Die im Rahmen von Artikel L. 521-2 herausgearbeiteten Grundfreiheiten entsprechen strikt dieser Definition. Ihre Ausübung muss immer mit anderen Imperativen in Einklang gebracht werden, und die Verletzung dieser Normen führt im Rahmen dieses Verfahrens nie zu einer systematischen Sanktion. Ähnlich in Deutschland: "Alle Grundrechte sind 'Grundsätze' (...)" (G. XYNOPOULOS, *a. a. O.*, S. 348). In den Vereinigten Staaten haben viele Verfassungsrechte, wie die Meinungsfreiheit, den Charakter von Prinzipien. "Wenn eine Einschränkung der Meinungsfreiheit entdeckt wird, ist sie verfassungswidrig, es sei denn, es gibt eine andere Politik oder einen anderen Grundsatz, der unter den gegebenen Umständen ein ausreichendes Gewicht hat, um diese Einschränkung zuzulassen" (R. DWORKIN, *a. a. O.*, S. 86).

1078 BVerfGE 63, 88 [115] I, zitiert von C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, 1997, Nr. 97. In vergleichbarer Weise hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beispielsweise in Bezug auf die Achtung des Rechts auf Privateigentum festgestellt, dass es ihm obliegt, "zu prüfen, ob ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses der Gemeinschaft und den Geboten des Schutzes der Grundrechte des Einzelnen

über das erforderliche oder angemessene Maß hinaus in eine Grundfreiheit eingreifen. Diese Anforderung betrifft sowohl Beeinträchtigungen, die sich aus Handlungen ergeben, als auch Beeinträchtigungen, die sich aus einer Weigerung oder Unterlassung ergeben. Sie nimmt in beiden Fällen die Form des Erfordernisses an, die Grundfreiheiten so wenig wie möglich zu beeinträchtigen, indem sie sowohl übermäßige als auch unzureichende Maßnahmen verbietet. In jedem Fall ist es Sache des Antragstellers, die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit zu beweisen. Eine diesbezüglich unzureichende Begründung setzt ihn der Gefahr aus, dass sein Antrag abgelehnt wird. 1079

B. Die Rechtswidrigkeit der Aktion

266. Die Beeinträchtigung durch eine Maßnahme ist rechtswidrig, wenn sie ungerechtfertigt ist. Sie ist auch rechtswidrig, wenn sie zwar begründet ist, aber im Hinblick auf den Wortlaut der gesetzlichen Ermächtigung oder das verfolgte Ziel übermäßig ist.
267. Der Eingriff ist ungerechtfertigt, wenn er einerseits eine grundlegende rechtliche Vorschrift missachtet und andererseits keine gesetzliche Grundlage hat oder - im Bereich der Polizei - nicht auf einem Grund des Allgemeininteresses beruht.
268. Erstens kann ein Eingriff naturgemäß nicht gerechtfertigt werden, wenn er im Widerspruch zu einer materiellen Rechtsnorm steht. Diese Anforderung lässt sich anhand mehrerer Beispiele veranschaulichen, deren Anwendung keine Schwierigkeiten bereitet. Da die für die Ausübung eines Kultes bestimmten Güter gemäß den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Dezember 1905 in Verbindung mit Artikel 5 des Gesetzes vom 2. Januar 1907 den Gläubigen und den Dienern zur Verfügung gestellt werden, "begeht die öffentliche Behörde eine offensichtliche Rechtswidrigkeit, wenn sie eine Veranstaltung in einem für die Ausübung eines Kultes bestimmten Gebäude ohne die Zustimmung des mit der Regelung der Nutzung beauftragten Geistlichen genehmigt" 1080. Ebenso ergibt sich aus den Bestimmungen des Gesetzes vom 10. März 1927 und den Grundsätzen der Strafprozessordnung, dass ein Auslieferungsdekret erst nach Ablauf der Frist für eine Kassationsbeschwerde gegen die Stellungnahme der Ermittlungskammer oder, wenn eine solche Beschwerde eingelegt wurde, nach deren Ablehnung durch den Kassationshof rechtmäßig erlassen werden kann. Daher ist das Dekret des Siegelbewahrers, mit dem die Auslieferung des Beschwerdeführers bewilligt

gewahrt worden ist (...). Das der gesamten Konvention innewohnende Bestreben, ein solches Gleichgewicht zu gewährleisten, spiegelt sich auch in der Struktur von Artikel 1 des Ersten Protokolls wider" (EGMR, 13. Juni 1979, *Spörrong und Lönnroth vs. Schweden*, Serie A, Nr. 31).

1079 Siehe zum Beispiel, abgelehnt nach dem Sortierverfahren, CE, ord. 20. April 2004, *Ba*, Nr. 266647: Der Richter für einstweilige Verfügungen des ersten Grades hat die ihm zur Prüfung vorgelegten Tatsachen richtig beurteilt, als er feststellte, dass weder die ungenauen schriftlichen Eingaben des Antragstellers noch die wenig ausführlichen Erklärungen, die bei der öffentlichen Anhörung vor ihm abgegeben wurden, es erlaubten, die ihm entgegengehaltene Entscheidung über die Verweigerung der Einreise in das französische Hoheitsgebiet als offenkundig zu betrachten. Siehe auch, abgelehnt nach einer öffentlichen Anhörung, CE, ord. 11. August 2005, *Maingueneau*, Nr. 283462: Dem Kläger, Eigentümer eines von der Gesellschaft Hôtel du Marais besetzten Gebäudes, war die Mitwirkung der öffentlichen Gewalt bei der Vollstreckung eines vom Zivilrichter ausgestellten Räumungsbefehls verweigert worden, weil dieser laut Verwaltung nicht in den vom Gesetz vom 9. Juli 1991 und dem Dekret vom 31. Juli 1992 vorgeschriebenen Formen angerufen worden war. Vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats beschränkte sich der Kläger diesbezüglich auf die Behauptung, "dass die offensichtlich unbegründeten Verfahrensargumente im Fall von Hotelräumen die verzögernde Haltung der Verwaltung belegen". Der Richter stellt fest, "dass der Antragsteller dadurch und obwohl die Verwaltung zu diesem Punkt eine detaillierte Argumentation vorlegt, den Richter für einstweilige Verfügungen nicht in die Lage versetzt, zu beurteilen, ob der Eingriff in sein Eigentumsrecht offensichtlich rechtswidrig ist". Siehe auch, unter Ausschluss der offensichtlichen Illegalität "insbesondere in Anbetracht des sehr allgemeinen Charakters der vom Antragsteller vorgelegten Dokumente": CE, Ord. 8. Dezember 2003, *Abdi Karim Abdul Kadir Abdi*, Nr. 262446.

1080 CE, ord. 25. August 2005, *Commune de Massat, Lebon* S. 386. Diese Lösung steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung. Für den Staatsrat hat "das Gesetz vom 9. Dezember 1905 (...) den Gemeinden nicht das Recht zurückgegeben, über die Kirchen zu verfügen, deren Eigentümer sie sind" (CE, 1^{er} März 1912, *Commune de Saint-Dézéry*, S. 1913, III, S. 18). Dem Betroffenen steht der Besitz der Schlüssel des Gebäudes zu, wodurch er eine materielle Besetzung des Gebäudes durch den Bürgermeister behindern kann (CE, 1913, *Abbé Arnaud*, 20. Juni 1913, *Lebon* S. 717). Er entscheidet allein über die Nutzung der Kirche und ihre Ausstattung (CE, 17. Dezember 1914, *Abbé Foussadier, Lebon* T. S. 1052). In jüngerer Zeit hatte der Rat entschieden, "dass der Gemeinderat der besagten Gemeinde durch die Entscheidung, (...) ein Besichtigungsrecht für die in der Kirche Saint-Pierre von Baume-les-Messieurs ausgestellten klassifizierten beweglichen Gegenstände einzuführen, ohne die Zustimmung des Kirchendieners eingeholt zu haben, die Rechte verletzt hat, die diesem zuerkannt werden, um die Nutzung der Güter zu regeln, die den Gläubigen durch die Gesetze vom 9. Dezember 1905 und 2. Januar 1907 zur Verfügung gestellt werden" (CE, Sect. 4. November 1994, *Abbé Chalumey, RFD A* 1995, S. 986, Schlusswort R. SCHWARTZ). Allgemeiner zu dieser Frage siehe E. TAWIL, "La police administrative des cultes en droit français", *RRJ* 2004/1, S. 507-529.

wurde, rechtswidrig, obwohl das Rechtsmittel gegen diese Maßnahme vor dem Kassationsgericht anhängig ist¹⁰⁸¹. In seiner Fassung nach dem Gesetz vom 26. November 2003 verbietet Artikel 25 der Verordnung vom 2. November 1945 die Abschiebung eines Ausländers, der Vater eines minderjährigen französischen Kindes ist, das in Frankreich lebt, an die Grenze. Folglich ist die Vollstreckung der Abschiebungsanordnung gegen einen Staatsangehörigen, der sich in der von dieser Bestimmung vorgesehenen Situation befindet, rechtswidrig¹⁰⁸². Die Entscheidung, Bäume zu fällen, die durch Artikel 1^{er} des Gesetzes vom 29. Dezember 1892 geschützt sind, ohne die durch diese Bestimmung vorgeschriebene Bewertung vorzunehmen oder die nach Artikel L. 130-1 des Stadtplanungsgesetzes für klassifizierte Waldgebiete erforderliche Genehmigung für Fällungen und Einschläge einzuholen, ist rechtswidrig¹⁰⁸³. Es ist rechtswidrig, einen nicht freiwillig eingewiesenen Patienten daran zu hindern, mit den Verwaltungs- und Justizbehörden zu korrespondieren, ohne die Vorschriften von Artikel L. 3211-3 des Gesundheitsgesetzbuches zu beachten.¹⁰⁸⁴

269. Zweitens ist die Beeinträchtigung durch eine positive Maßnahme ungerechtfertigt, wenn sie keine gesetzliche Deckung hat oder nicht auf einem Grund des Allgemeininteresses beruht.

Eine Beeinträchtigung ist rechtmäßig, wenn sie ihre Grundlage in einem Gesetzestext findet. Dies ist beispielsweise der Fall bei einer Maßnahme zur Stilllegung von Transportfahrzeugen, die auf der Grundlage von Artikel 37 des Gesetzes vom 3. Dezember 1982 über die Ausrichtung des Binnenverkehrs ergriffen wurde¹⁰⁸⁵, bei einem Präfekturbeschluss zur Gründung eines Gemeindeverbands, der eine Gemeinde gegen deren Zustimmung einschließt, der auf der Grundlage von Artikel L. 5211-5 der allgemeinen Gebietskörperschaftsordnung ergangen ist¹⁰⁸⁶, bei einer Schließung, die auf der Grundlage von Artikel L. 3332-15 des Gesetzbuchs über die öffentliche Gesundheit, eines Getränkeladens, der sich nicht an die Vorschriften gehalten hat, die den Verkauf zum Mitnehmen nach 23 Uhr verbieten¹⁰⁸⁷ oder die Tatsache, dass ein Schulleiter von einem Schüler die Zahlung des Schulgelds verlangt, das in den Bestimmungen der Artikel L. 452-2 und L. 452-8 des Bildungsgesetzbuchs über die Agentur für französische Bildung im Ausland vorgesehen ist, da dieser Schüler sonst mit einer in den Texten vorgesehenen Räumungsmaßnahme rechnen muss¹⁰⁸⁸. Andererseits rechtfertigt das Gesetz den Eingriff in eine Grundfreiheit nicht, wenn die strittige Handlung oder das strittige Verhalten nicht in den Anwendungsbereich des Textes fällt, auf den sich die Verwaltung zu seiner Unterstützung beruft. So ist beispielsweise die Versiegelung einer Anordnung zur Unterbrechung von Bauarbeiten rechtswidrig, wenn kein Strafverfahren eingeleitet wurde¹⁰⁸⁹ oder das Festhalten eines Flugzeugs zum Nachteil des Eigentümers, wenn das Flugzeug keinen Betreiber mehr hat¹⁰⁹⁰. Im Beschluss *Commune de Collioure* vom 2. Juli 2003 achtete der Richter darauf, "dass, entgegen dem, was die Gemeinde Collioure in der Berufung behauptet", die Möglichkeit, ein System der vorherigen Genehmigung für den Zugang zum Jachthafen einzuführen, "ihre Rechtsgrundlage nicht in Buch III des Code des ports maritimes findet, auf den Artikel L. 2213-22 des Code général des collectivités territoriales verweist". Diese Maßnahme, die eine ständige Rechtsprechung des Staatsrats missachtet, ist folglich mit Rechtswidrigkeit behaftet¹⁰⁹¹. Ein bemerkenswertes Beispiel ist die Verordnung *Marcel* vom 2. April 2001.

¹⁰⁸¹ CE, Ord. 29. Juli 2003, *Peqini, Lebon* S. 345.

¹⁰⁸² EG, Ord. 21. Februar 2005, *Najemi*, Nr. 277520.

¹⁰⁸³ CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* S. 491.

¹⁰⁸⁴ CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487.

¹⁰⁸⁵ CE, ord. 9. April 2001, *Belrose und andere, Lebon* T. S. 1126. Diese Bestimmung ermöglicht es der Verwaltungsbehörde, unter bestimmten Bedingungen die Stilllegung eines oder mehrerer Fahrzeuge zu verfügen, nachdem eine strafbare Verletzung der Verkehrsregeln festgestellt wurde. Der Richter stellte fest, dass "entgegen der Behauptung der Kläger im letzten Teil ihrer Schriftsätze die vom Präfekten getroffenen Festsetzungsmaßnahmen ihre Grundlage in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften finden, deren Aufbau oben dargelegt wurde". Da die Verstöße, derer sich die Antragsteller schuldig gemacht haben, nicht bestritten werden, sind die vom Präfekten ergriffenen Maßnahmen zur Festsetzung des Fahrzeugs rechtmäßig und gerechtfertigt.

¹⁰⁸⁶ CE, ord. 24. Januar 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon* T. S. 873.

¹⁰⁸⁷ CE, 9. Februar 2005, *SARL "Lon Marseillou"*, Nr. 272196.

¹⁰⁸⁸ EK, Beschl. 11. Mai 2002, *Derynck*, Nr. 246755. Siehe in diesem Sinne auch CE, Ord. 23. Juli 2003, *Peyre*, Nr. 258672.

¹⁰⁸⁹ CE, ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154. Das Anbringen von Siegeln soll zur Vollstreckung einer Anordnung zur Unterbrechung von Bauarbeiten beitragen. Artikel L. 480-2 des Städtebaugesetzes besagt: "Wenn keine Verfolgung eingeleitet wurde, informiert der Staatsanwalt den Bürgermeister, der entweder von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen die von ihm getroffenen Maßnahmen beendet" (siehe CE, 10. Mai 1985, *Commune d'Aigues-Mortes c/ Mortureux, AJDA* 1985, S. 511, obs. L. RICHER). In diesem Fall hatte der Staatsanwalt die Anzeige der Gemeinde eingestellt, was den Bürgermeister daran hinderte, seine Befugnisse gemäß Artikel L. 480-2 auszuüben. Da die Maßnahme nicht in den Anwendungsbereich dieses Textes fällt, ist sie rechtswidrig.

¹⁰⁹⁰ CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* S. 306. Keine der von der öffentlichen Einrichtung Aéroport de Paris angeführten Bestimmungen des Zivilluftfahrtgesetzes erlaubt es der Verwaltung, ein Flugzeug zum Nachteil seines Besitzers zurückzuhalten, wenn das Flugzeug keinen Betreiber mehr hat.

¹⁰⁹¹ CE, Ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure, Lebon* T. S. 930. Der Bürgermeister von Collioure machte den Zugang von Schiffen zum Jachthafen von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig. Es ging also nicht um eine

Die Verwaltung hatte einer gesamten französischen Familie die Reisepässe und nationalen Personalausweise entzogen. Die Polizeibehörde hatte diese Maßnahme mit dem Umstand begründet, dass Herr Marcel aufgrund der fehlenden Erwähnung seiner Abstammung in seiner Geburtsurkunde nicht mehr als Inhaber der französischen Staatsangehörigkeit durch Abstammung angesehen werden konnte. Der Richter für einstweilige Verfügungen war der Ansicht, dass in Ermangelung eines Gesetzestextes, der die Verwaltung zu einem solchen Entzug aus diesem Grund ermächtigt, die fehlende Erwähnung seiner Abstammung "allein nicht *rechtmäßig* den Entzug der nationalen Identitätsausweise und der Pässe durch die Verwaltungsbehörde *begründen* kann".¹⁰⁹²

Im Bereich der Verwaltungspolizei, wo das Eingreifen der Verwaltung grundsätzlich von der Existenz eines Gesetzestextes abhängig ist, muss die Rechtfertigung des Eingriffs aus einem Grund des allgemeinen Interesses, der sich aus der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ergibt, erfolgen. Der Richter ist anspruchsvoll und kommt zu dem Schluss, dass die Maßnahme rechtswidrig ist, da keine Gefahr einer Störung der öffentlichen Ordnung besteht. So ist die Entscheidung zur Schließung einer Schankwirtschaft, die auf der Grundlage von Tatsachen getroffen wurde, deren Realität nicht erwiesen ist, rechtswidrig.¹⁰⁹³ Ebenso stellt die vom Bürgermeister einer Gemeinde erlassene Notiz, die die Öffnung der an bestimmte Gemeinderatsmitglieder adressierten Post vorschreibt, einen ungerechtfertigten Eingriff in das Briefgeheimnis und die Freiheit der Kommunalpolitiker zur Ausübung ihrer Mandate dar. Der Rat stellt fest, dass diese Maßnahme "zur Folge hat, dass alle an die Betroffenen adressierten Briefe systematisch geöffnet werden, ohne dass zwischen den verschiedenen Kategorien von Post, die diese gewählten Vertreter erhalten können, unterschieden wird; dass sie keine vorherige Zustimmung der Empfänger vorsieht und *durch keinen besonderen Umstand gerechtfertigt ist*".¹⁰⁹⁴ Im Beschluss *Commune de Wingles* stellt der Richter fest, dass der Erlass, der den Verkehr gefährlicher Fahrzeuge auf einem außerhalb der Siedlung gelegenen Teil der Gemeinde verbietet, "nicht durch Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit *gerechtfertigt ist*". Darüber hinaus reicht dieses Verbot aus, um die Zufahrt von Lastkraftwagen während der betreffenden Zeiträume zur Niederlassung der Gesellschaft Nitrochimie vollständig zu blockieren, insbesondere indem diese Lastkraftwagen daran gehindert werden, eine andere Route als die durch das Stadtgebiet von Wingles zu benutzen. Der Richter kommt zu dem Schluss, "dass diese Blockade des Zugangs zu der von der Gesellschaft Nitrochimie betriebenen Einrichtung während eines erheblichen Teils des Tages *ohne Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit* eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit und der Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, darstellt".¹⁰⁹⁵

270. In dem Fall, dass die aus einer Maßnahme resultierende Beeinträchtigung durch das Gesetz oder durch einen Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, ist die ergriffene Maßnahme rechtswidrig, wenn sie die Anforderung der Verhältnismäßigkeit nicht erfüllt. So vertritt der Staatsrat in der Entscheidung *Aguillon*¹⁰⁹⁶ die Auffassung, dass die Beschlagnahmung aller streikenden Mitarbeiter einer Klinik das Streikrecht im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit übermäßig beeinträchtigt. Die Entscheidung ist zwar gerechtfertigt, da sie ihre Grundlage in einer Bestimmung des allgemeinen Gebietskörperschaftsgesetzes findet und eine Bedrohung der öffentlichen Gesundheit besteht.¹⁰⁹⁷ Sie ist

privative Besetzung der öffentlichen Domäne - die jede andere Nutzung durch andere Personen als den Besetzer ausschließt und grundsätzlich genehmigungspflichtig ist (Artikel L. 28 Code du domaine de l'Etat) -, sondern um den Verkehr und das Parken auf dieser Domäne gemäß ihrer Bestimmung, die grundsätzlich nicht Gegenstand eines Genehmigungssystems sein können (CE, Ass., 22. Juni 1951, *Daudignac, Lebon* S. 362, *GAJA* Nr. 71). Der Richter für einstweilige Verfügungen betonte, dass die erlassene Maßnahme "durch die rechtswidrige Auflage, eine solche Genehmigung einzuholen, deren Bedingungen und Verfahren für die Erteilung nicht in der Polizeiverordnung festgelegt sind, bewirkt, dass der Bürgermeister nach eigenem Ermessen die Küsten-Passagierschiffe und die Betreiberunternehmen auswählen kann, die Collioure anlaufen dürfen, indem er die Schiffe und Unternehmen, denen er keine Genehmigung erteilen möchte, vollständig verdrängt". Damit, so heißt es in dem Beschluss, "führt die Verwaltungsbehörde rechtswidrig ein Genehmigungssystem ein, das sie aufgrund ihrer Polizeibefugnisse nicht schaffen darf".

¹⁰⁹² CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* S. 167.

¹⁰⁹³ CE, ord. 16. August 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, Nr. 271148.

¹⁰⁹⁴ CE, 9. April 2004, *Vast, Lebon* S. 173.

¹⁰⁹⁵ CE, Ord. 26. November 2004, *Commune de Wingles*, Nr. 274226.

¹⁰⁹⁶ CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere, Lebon* S. 497.

¹⁰⁹⁷ Das Gesetz über die innere Sicherheit vom 18. März 2003 fügte Artikel L. 2215-1 der allgemeinen Gebietskörperschaftsordnung einen 4^o hinzu, der es der Präfekturbehörde ermöglicht, streikendes Personal anzufordern, selbst wenn es einem privaten Arbeitgeber angehört, wenn die Dringlichkeit und eine drohende Störung der öffentlichen Ordnung dies rechtfertigen (siehe F. CHAUVIN, "Les nouveaux pouvoirs du préfet pour la sécurité intérieure", *AJDA* 2003, S. 667; D. MAILLARD DESGREES DU LOU, "L'encadrement législatif du pouvoir de réquisition des préfets et la police administrative générale", *JCP A* 2003, 1475). Diese Anforderung wurde im vorliegenden Fall erfüllt, da die von der Streikbewegung betroffene Klinik unter normalen Umständen 42 % der Entbindungen des Departements durchführt. Wenn sie ihre Tätigkeit abrupt unterbricht, sind die anderen Einrichtungen des Departements nicht in der Lage, alle Patientinnen unter zufriedenstellenden Sicherheitsbedingungen zu versorgen. Die vom Präfekten getroffene Maßnahme der Requisition war daher angesichts der Notwendigkeit, die Gesundheit der Gebärenden und Neugeborenen zu schützen, vollkommen

jedoch insofern nicht verhältnismäßig, als der Präfekt alle streikenden Hebammen anfordern wollte, um die Fortsetzung einer vollständigen Tätigkeit der geburtshilflichen Abteilung zu ermöglichen. Die Lösung wird aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit verurteilt. Der Präfekt hätte mit einer Maßnahme, die weniger in die betreffende Freiheit eingreift, ein Ergebnis erzielen können, das im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zufriedenstellend ist. Der Rat weist darauf hin, dass er "die Umverteilung von Aktivitäten auf andere Gesundheitseinrichtungen oder den eingeschränkten Betrieb des Dienstes hätte in Betracht ziehen" und "hätte untersuchen müssen, ob die Grundbedürfnisse der Bevölkerung unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Kapazitäten des Departements nicht auf andere Weise befriedigt werden können"¹⁰⁹⁸. Ebenso sind Einschränkungen der Bewegungsfreiheit von Minderjährigen rechtswidrig, wenn sie die Bewegungsfreiheit im Hinblick auf das verfolgte Ziel der öffentlichen Sicherheit übermäßig beeinträchtigen. Zwei Verordnungen, die vom Bürgermeister von Montfermeil im Zeitraum vor dem Sommer 2006 erlassen und dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegt wurden, veranschaulichen die Modalitäten der Beurteilung dieser klassischen Anforderung. Der erste Erlass verbot bis zum 30. Juni 2006, dass sich Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren zu jeder Tageszeit mit mehr als drei Personen in dem Teil des Gebiets bewegen dürfen, der das Stadtzentrum der Gemeinde umfasst. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellte fest, "dass das Verbot für Personen im Alter von 15 bis 18 Jahren, mit mehr als drei Personen zu fahren, angesichts seines eigentlichen Zwecks und seiner zeitlichen Ausdehnung auf *alle Tage, alle Stunden* und bis zum 30. Juni 2006 einen offensichtlich unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Bewegungsfreiheit darstellt"¹⁰⁹⁹. Der zweite Erlass verbot Minderjährigen unter 16 Jahren, sich ohne Begleitung einer volljährigen Person von 20 Uhr bis 5 Uhr im selben Teil der Gemeinde frei zu bewegen, und zwar bis zum 30. Juni 2006. Der Richter betonte, dass der Bürgermeister zwar, um zum Schutz von Minderjährigen beizutragen, je nach den besonderen örtlichen Umständen von den allgemeinen Polizeibefugnissen Gebrauch machen kann, die er gemäß Artikel L. 2212-1 ff. des Code général des collectivités territoriales besitzt, "die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen, die zu diesem Zweck die Bewegungsfreiheit von Minderjährigen einschränken, der doppelten Bedingung unterliegt, dass sie durch das Vorhandensein besonderer Risiken in den Bereichen, für die sie erlassen werden, gerechtfertigt sind und dass sie durch ihren Inhalt an das berücksichtigte Schutzziel angepasst sind". Im vorliegenden Fall "erscheint die streitige Verbotsmaßnahme in Anbetracht der Zahl ihrer Adressaten, der Minderjährigen unter 16 Jahren, ihrer zeitlichen Ausdehnung ab 20 Uhr und ihrer Dauerhaftigkeit bis zum 30. Juni 2006 als offensichtlich übertrieben und ungeeignet für das erklärte Ziel des Schutzes von Minderjährigen"¹¹⁰⁰. Der Eingriff weist auch dann einen rechtswidrigen Charakter auf, wenn die unternehmerische Freiheit im Hinblick auf das verfolgte Ziel übermäßig eingeschränkt wird. Im Beschluss der *Gemeinde Evry* hatte die kommunale Sicherheitskommission bei ihrem Besuch eines lokalen Geschäfts bestimmte Feststellungen getroffen, die normalerweise eine einfache Aufforderung zur Durchführung der verschiedenen notwendigen Arbeiten und Kontrollen innerhalb einer bestimmten Frist erforderten. Unter diesen Umständen konnte der Bürgermeister, da keine besondere Notsituation vorlag, nicht rechtmäßig die Schließung des Geschäfts am selben Tag des Besuchs der Kommission anordnen¹¹⁰¹. Auch wenn eine Maßnahme erforderlich war, erscheint die Schließungsanordnung angesichts der Umstände, die ihren Erlass gerechtfertigt haben, übertrieben.

Andererseits ist die Maßnahme rechtmäßig, wenn sie gerechtfertigt *und* verhältnismäßig ist. So stellt der Richter

gerechtfertigt.

¹⁰⁹⁸ Diese Lösung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Staatsrats, der übermäßige Einschränkungen des Streikrechts zensiert (siehe CE, 7. Januar 1976, *Centre hospitalier général d'Orléans, Lebon* S. 10). Vor dem Urteil des Staatsrats in der Rechtssache *Aguillon* hatten auch Richter für einstweilige Verfügungen der ersten Instanz auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 Maßnahmen sanktioniert, die das Streikrecht des Gesundheitspersonals im Hinblick auf das Ziel der Erhaltung der öffentlichen Gesundheit übermäßig beeinträchtigen (TA Nantes, Ord. 2. April 2001, *Syndicat SUD-CRC services santé-sociaux Loire Atlantique, Dr. adm.* 2001, comm. Nr. 155, Anm. T.-M. DAVID). Ebenfalls im Bereich des öffentlichen Dienstes in Krankenhäusern hatte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Orléans entschieden, dass die Verwaltung, indem sie sich darauf beschränkte, die Kontinuität des Dienstes durch die Einberufung nur der Ärzte des medizinischen Notfalldienstes zu organisieren, einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Streikrecht der Kläger vornahm (TA Orléans, ord. 11. Dezember 2001, *Bennis, AJFP* 2002, S. 39).

¹⁰⁹⁹ TA Cergy-Pontoise, ord. 5. Mai 2006, *Ott u. a.*, Nr. 0604077, *AJDA* 2006, S. 958, obs. S. BRONDEL.

¹¹⁰⁰ TA Cergy-Pontoise, Ord. 5. Mai 2006, *Ott u. a.*, Nr. 0604074, *JCP A* 2006, 1118, Anmerkung J. MOREAU. Der Richter des Déferé-liberté hatte eine ähnliche Position in Bezug auf Maßnahmen eingenommen, die den nächtlichen Verkehr von minderjährigen Jugendlichen verbieten, und verurteilte konsequent "Ausgangssperren"-Erlasse mit einem zu weiten Anwendungsbereich. Siehe CE, ord. 29. Juli 1997, *Préfet du Vaucluse, RFD A* 1998, S. 383-389, Anm. P.-L. FRIER; CE, ord. 4. August 1997, *Maire de Dreux, Quot. jur.* 23. Oktober 1997, Nr. 85, S. 4-5, Anm. G. PELLISSIER; CE, ord. 9. Juli 2001, *Préfet du Loiret*, ord. 27. Juli 2001, *Ville d'Etiampes, AJDA* 2002, S. 351-359, Anm. G. ARMAND; CE, ord. 30. Juli 2001, *Préfet d'Eure-et-Loir, Lebon T. S.* 1103; CE, ord. 2. August 2001, *Préfet du Vaucluse, Lebon T. S.* 1101; CE, ord. 10. August 2001, *Commune d'Yerres, Lebon T. S.* 1106; CE, ord. 10. August 2001, *Commune de Meyreuil, Lebon T. S.* 1101. Zum Verfahren der "Sperrstunden"-Erlasse siehe B. SIERPINSKI, "La police administrative au secours de la permission de minuit", *RA* 1998, S. 723-730 (1^{ère} Teil), *RA* 1999, S. 28-34 (2^{nde} Teil).

¹¹⁰¹ CE, Ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry, Lebon T. S.* 931.

für einstweilige Verfügungen in dem oben genannten Beschluss *Commune de Wingles* fest, dass das Fahrverbot nur bestimmte Straßen der Gemeinde betrifft und auf die Zeiträume von 8:15 bis 12:15 Uhr und von 13:15 bis 17:30 Uhr beschränkt ist. Unter diesen Umständen "stört dieses Verbot zwar die Arbeitsorganisation in der von der Firma Nitrochimie betriebenen Einrichtung, indem es diese zwingt, den Empfang und Versand vor oder nach diesen Zeiten durchzuführen, doch ist es angesichts seines Ziels, die öffentliche Gesundheit zu schützen, nicht mit einer Unverhältnismäßigkeit behaftet, die ihm den Charakter eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, verleihen könnte"¹¹⁰². Ebenso ist bei der *déféré-liberté* eine freiheitsbeschränkende Maßnahme rechtmäßig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht. Dies gilt beispielsweise für das Verbot von politischen Ständen auf einem Markt. Der Verwaltungsrichter stellt fest, "dass angesichts der strikten zeitlichen und örtlichen Begrenzung dieses Verbots, das zur Aufrechterhaltung der guten Ordnung und für die Bequemlichkeit des öffentlichen Verkehrs auf und um den Markt herum erforderlich ist, dieses Verbot nicht als unrechtmäßige Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit und der Pressefreiheit erscheint"¹¹⁰³.

Das Gericht hat auch grundsätzlich anerkannt, dass eine übermäßige Einschränkung der unternehmerischen Freiheit eines Unternehmens, das seine Tätigkeit auf öffentlichem Grund ausübt, rechtswidrig sein kann. Diese Lösung ist insofern hervorzuheben, als Einschränkungen in diesem Bereich traditionell systematisch den Erfordernissen der Verwaltung des öffentlichen Bereichs zu weichen schienen. Klassischerweise bestätigte der Staatsrat, dass, wenn die Verwaltung die Verwaltung des öffentlichen Bereichs "sowohl im Interesse des genannten Bereichs und seiner Zweckbestimmung als auch im allgemeinen Interesse" sicherstellt, der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht geeignet ist, die Ausübung der Befugnisse der Verwaltung zur Verwaltung des Bereichs zu "behindern"¹¹⁰⁴. Die Abwägung zwischen den beiden Anforderungen erfolgte fast systematisch zum Nachteil der wirtschaftlichen Aktivitäten, die auf öffentlichem Grund ausgeübt wurden¹¹⁰⁵. Dies ging so weit, dass der Regierungskommissar Rougevin-Baville erklärte, dass "es erlaubt ist, an der Existenz einer echten Handels- und Gewerbefreiheit zu zweifeln, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die auf der öffentlichen Straße ausgeübt wird"¹¹⁰⁶. Dennoch hat der Verwaltungsrichter, insbesondere unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, seine traditionelle Rechtsprechung geändert. Der Staatsrat bekräftigt zwar immer noch, dass es "der Verwaltungsbehörde, die Abhängigkeiten des öffentlichen Bereichs zuweist, obliegt, diese sowohl im Interesse des Bereichs und seiner Zweckbestimmung als auch im allgemeinen Interesse zu verwalten", er fügt jedoch nun hinzu, dass "es ihr darüber hinaus obliegt, wenn, gemäß der Zweckbestimmung dieser Abhängigkeiten der Sitz von Produktions-, Vertriebs- oder Dienstleistungstätigkeiten ist, die verschiedenen Regeln wie den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit oder die Verordnung vom 1. Dezember 1986, in deren Rahmen diese Tätigkeiten ausgeübt werden, zu berücksichtigen"¹¹⁰⁷. So muss der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht mehr systematisch auf dem Altar des allgemeinen Interesses geopfert werden. Ein Interesse an der Verwaltung des öffentlichen Bereichs kann nicht mehr von Rechts wegen eine Einschränkung dieser Freiheit rechtfertigen. Der Richter des *déféré-liberté* zog daraus die Konsequenzen in der Verfügung *Commune de Théoule-sur-Mer* vom 22. Mai 2003. Zwar erinnerte der Richter an die "besonderen Zwänge, die auf den wirtschaftlichen Aktivitäten lasten, die auf öffentlichem Grund ausgeübt werden". Da er jedoch bereit ist, das Ausmaß der dem Unternehmen auferlegten Einschränkungen zu prüfen, lässt er zu, dass eine nicht verhältnismäßige Einschränkung der unternehmerischen Freiheit auf dem Weg des *déféré-liberté* sanktioniert werden kann¹¹⁰⁸. Wenn Wirtschaftsakteure, die ihre Tätigkeit

¹¹⁰² CE, ord. 26. November 2004, *Commune de Wingles*, Nr. 274226. Die Maßnahme ist nur insoweit rechtswidrig, als sie einen Teil des erfassten Gebiets betrifft, der außerhalb des Ballungsraums liegt (siehe oben, § 269).

¹¹⁰³ CE, ord. 15. Dezember 1982, *Commune de Garches*, RDP 1983, S. 211-215, Anmerkung R. DRAGO.

¹¹⁰⁴ CE, Sect., 20. Dezember 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, *Lebon*, S. 702; CE, Sect., 29. April 1996, *Société d'affichage Giraudy*, *Lebon*, S. 293.

¹¹⁰⁵ Siehe J.-P. BROUANT, "Domaine public et libertés publiques: instrument, garantie ou atteinte?", *LPA* 15. Juli 1994, Nr. 84, S. 21-25. Diese Rechtsprechung beruhte auf einer einfachen Überlegung: Auf öffentlichem Grund und Boden, insbesondere auf öffentlichen Straßen, sind die meisten Freiheiten nicht "an ihrem Platz", wie Pierre-Henri Teitgen es ausdrückte (P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884 (Studie über die Auslegung der Artikel 91, 94 und 97 des Gesetzes vom 5. April 1884 durch die Rechtsprechung)*, Sirey, 1934, S. 450). Öffentliche Straßen sind von Natur aus vorrangig für den Verkehr bestimmt. Da ihr Hauptzweck darin besteht, die Verkehrsfreiheit zu gewährleisten, können sie nur subsidiär für die Ausübung anderer Freiheiten genutzt werden. Unter diesen Bedingungen "muss derjenige, der die öffentliche Straße als Sitz seines Betriebs oder als Mittel seiner Industrie nutzt, Sujétions zugunsten desjenigen erleiden, der sie nur zum Hin- und Hergehen nutzt" (P. BON, *La police municipale*, thèse Bordeaux I, 1975, S. 251).

¹¹⁰⁶ Konkl. zu CE, Sect., 25. Januar 1980, *Gadiaga und andere*, *Lebon* S. 44.

¹¹⁰⁷ CE, Sect., 26. März 1999, *Société EDA*, *Lebon* S. 107.

¹¹⁰⁸ CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* S. 232. Im vorliegenden Fall schließt der Richter eine offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit aus, nachdem er das Ausmaß der Einschränkungen beurteilt hat, die dem Unternehmen Cannes Aquaculture bei der Ausübung seiner Tätigkeit auferlegt werden. In dem Beschluss wird dargelegt, dass das antragstellende Unternehmen einen Betrieb zur Aufzucht von Meeresfischen auf Parzellen des öffentlichen Seegebiets betreibt und dass abgesehen von einigen kleineren Vorfällen, die episodisch auftraten, Lieferungen erlaubt sind. Zwar müssen die Fahrzeuge eine Schranke passieren, die während der Geschäftszeiten von einem Angestellten des Hafenamtes überwacht wird, doch führten diese Zugangsmodalitäten nicht zu ernsthaften Lieferschwierigkeiten.

auf öffentlichem Grund ausüben, bestimmte Erschwernisse hinnehmen müssen, sind diese nicht grenzenlos. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs kann auch aus der Weigerung oder Unterlassung der Verwaltung resultieren.

C. Die Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Enthaltung

271. Im Allgemeinen ist die Beeinträchtigung durch eine Verweigerung oder Unterlassung rechtswidrig, wenn die Verwaltung einer ihr auferlegten Handlungspflicht nicht nachkommt. Die Feststellung, ob eine Weigerung oder Unterlassung rechtswidrig ist, unterscheidet sich in zwei Punkten von der Beurteilung einer Beeinträchtigung, die sich aus einer Handlung ergibt. Zum einen kann die Beeinträchtigung rechtmäßig sein, ohne dass sie ihre Grundlage in einem Gesetzestext finden muss. Andererseits wird das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit im Falle einer Unterlassung in umgekehrter Weise gemessen: Es erfordert nicht das minimale Eingreifen der öffentlichen Gewalt, sondern deren minimale Unterlassung.

272. Die Weigerung oder Unterlassung, eine Handlung vorzunehmen oder einen Vorteil zu gewähren, ist rechtswidrig, wenn sie eine der Verwaltung obliegende Handlungspflicht missachtet. So ist es rechtswidrig, wenn der Präfekt gegen seine Verpflichtung aus dem Dekret vom 23. Juni 1998 verstößt, die Akte eines territorialen Asylantrags zu registrieren¹¹⁰⁹, wenn er sich weigert, einem Ausländer, dessen Ausweisungsmaßnahme auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes¹¹¹⁰ oder die Weigerung, einem territorialen Asylbewerber die als Aufenthaltsgenehmigung geltende Empfangsbestätigung auszustellen, auf die er nach Artikel 2 des Dekrets vom 23. Juni 1998 Anspruch hat¹¹¹¹. Ebenso stellt die Weigerung der französischen Behörden, die Verantwortung für die Prüfung des Asylantrags der Kläger zu übernehmen, und ihre Rücküberweisung nach Österreich, einem Staat, von dem nichts darauf hindeutet, dass er weiterhin bereit ist, ihren Antrag zu prüfen, einen rechtswidrigen Eingriff in ihr Recht dar, den Flüchtlingsstatus zu beantragen¹¹¹². Da jede Person, deren französische Staatsangehörigkeit nachgewiesen ist, Anspruch auf die Ausstellung eines nationalen Personalausweises hat, ist die Verweigerung der Ausstellung eines solchen Dokuments an einen Bürger, dessen französische Staatsangehörigkeit oder Identität nicht bestritten wird, rechtswidrig.¹¹¹³

Umgekehrt ist die Weigerung, dem Antragsteller einen Vorteil zu gewähren, rechtmäßig, wenn es keinen Text gibt, der ihm ein Recht auf den Erhalt des beantragten Vorteils verleiht. So verpflichtet keine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift die Gebietsversammlung von Französisch-Polynesien dazu, gewählten Vertretern mit einer Behinderung eine Person zur Verfügung zu stellen, die sie bei der Ausübung ihres Mandats unterstützt. Unter diesen Umständen kann die Entscheidung, mit der die Präsidentin dieser Versammlung die Anwendung der gnädigen Maßnahme aussetzte, die zuvor einer gewählten Abgeordneten gewährt worden war, um ihr bei der Ausübung ihres Mandats zu helfen, nicht als offensichtlich rechtswidrig angesehen werden¹¹¹⁴. Dasselbe gilt, wenn der beantragte Vorteil zwar in einem Text vorgesehen ist, der Betreffende aber nicht die Voraussetzungen erfüllt, um ihn zu erhalten. So ist die Weigerung der Konsularbehörde, einen Reisepass auszustellen oder zu verlängern, "nicht offensichtlich rechtswidrig", wenn der Antragsteller seinen Verpflichtungen aus dem Gesetz über den nationalen Dienst nicht nachgekommen ist, da sie sich auf Artikel 2 des Dekrets vom 13. Januar 1947 stützt, in dem es heißt: "Insoumis und Deserteure werden keine Pässe erhalten"¹¹¹⁵. Ebenso ist die Weigerung,

Außerdem ist der Zugang zu den Räumlichkeiten des Unternehmens zu Fuß jederzeit möglich. In der Begründung des Beschlusses heißt es, dass die Gemeinde nicht ausschließe, dem Unternehmen einen Ausweis auszustellen, der einen ständigen Zugang von Lastkraftwagen zu den Einrichtungen ermögliche. Der Richter fügt hinzu, dass es "Aufgabe der Gemeinde ist, dafür zu sorgen, dass in Notfällen, insbesondere bei einer Unterbrechung der Sauerstoffversorgung der Fische, die notwendigen Lieferungen erfolgen können". Angesichts all dieser Angaben und insbesondere des Vorbehalts, den der Richter für den Fall einer Unterbrechung der Sauerstoffversorgung formuliert hat, stellen die Bedingungen, unter denen die Gesellschaft Cannes Aquaculture ihre Tätigkeit ausüben muss, keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit im Hinblick auf die Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Verwaltung des öffentlichen Bereichs dar.

¹¹⁰⁹ CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon*, S. 45.

¹¹¹⁰ CE, ord. 8. November 2001, *Kajjisiz, Lebon* S. 545.

¹¹¹¹ CE, Ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T. S. 1126*.

¹¹¹² CE, 14. Mai 2004, *Gaitukaev*, Nr. 267360.

¹¹¹³ CE, Ord. 11. März 2003, *Samagassi, Lebon*, S. 119.

¹¹¹⁴ CE, ord. 25. November 2003, *Présidente de l'Assemblée de la Polynésie française, Lebon T. S. 928*.

¹¹¹⁵ CE, Ord. 9. Januar 2001, *Depertbes, Lebon* S. 1. Die Klage in der Hauptsache gegen dieselbe Entscheidung wurde durch ein Urteil vom 3. März 2003 abgewiesen (CE, 3. März 2003, *Depertbes, Lebon T. S. 784*).

einem Zahnarzt zu erlauben, sich in dem Gebäude niederzulassen, in dem bereits ein Kollege praktiziert, nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn diese Entscheidung in Anwendung von Artikel 71 des Dekrets vom 22. Juli 1967 über die Standesregeln für Zahnärzte getroffen wird¹¹¹⁶. Kandidaten für das Auditorat, die in die Ecole nationale de la magistrature aufgenommen werden möchten, müssen gemäß Artikel 16 der Verordnung vom 22. Dezember 1958 im Besitz ihrer Bürgerrechte sein und einen guten Leumund besitzen. Unter diesen Umständen ist es nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn einer Person, die einen Diebstahl begangen hat, die Teilnahme an der Aufnahmeprüfung für die Schule verweigert wird¹¹¹⁷. Artikel D. 408 der Strafprozessordnung sieht vor, dass die Besuchserlaubnis für einen Häftling den Familienmitgliedern vorbehaltlich der Gründe gewährt wird, die mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der guten Ordnung in der Anstalt zusammenhängen. Daher ist die Aufhebung einer Besuchserlaubnis nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn die Betroffene bei früheren Besuchen versucht hat, bestimmte Gegenstände unrechtmäßig in die Anstalt zu bringen¹¹¹⁸. Da Artikel 5 der Verordnung vom 2. November 1945 vorsieht, dass jeder Ausländer, der nach Frankreich einreisen will, mit den Dokumenten und Visa ausgestattet sein muss, die nach internationalen Übereinkommen und geltenden Vorschriften erforderlich sind, ist die Verweigerung der Einreise eines minderjährigen Kindes in das nationale Hoheitsgebiet nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn das Kind nicht über ein Visum oder einen Aufenthaltstitel verfügt, der ihm die Einreise in das Hoheitsgebiet ermöglicht¹¹¹⁹. Ebenso ist die Verweigerung der Erneuerung eines Reisepasses für einen Antragsteller, gegen den ein internationaler Haftbefehl vorliegt, rechtmäßig¹¹²⁰. Ebenso wird die Weigerung der Verwaltung, einen unvollständigen¹¹²¹ oder nicht fristgerecht eingereichten Antrag positiv zu beschließen, rechtmäßig sein.¹¹²²

Die Rechtfertigung gilt nur, wenn der Text, auf den sich die Verwaltung bei der Ablehnung beruft, tatsächlich auf die Umstände des Falles anwendbar ist. Im Fall *Hyacinthe* hatte sich die Präfektur beispielsweise geweigert, der Klägerin das Formular auszuhändigen, das sie für die Einreichung des Antrags auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft benötigte. Um ihre Weigerung rechtlich zu begründen, hatte sich die Verwaltung auf Artikel 10 des Gesetzes vom 25. Juli 1952 berufen, demzufolge die Aufnahme eines Asylbewerbers in Frankreich verweigert werden kann, wenn der Antrag "nur gestellt wird, um eine Abschiebungsmaßnahme zu vereiteln". Frau Hyacinthe, die am 19. Dezember 2000 zu einem Einreiseverbot verurteilt worden war, hatte sich tatsächlich erst am 26. und 29. Dezember 2000 an die Präfekturdienste gewandt, um die Ausstellung dieses Formulars zu beantragen. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellte jedoch fest, dass der Lebensgefährte der Klägerin vor dieser Verurteilung einen Antrag auf Flüchtlingsstatus gestellt hatte. Folglich und in Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Familie war diese Bestimmung nicht auf den Fall von Frau Hyacinthe anwendbar. Der von der Verwaltung angeführte Text konnte daher die Ablehnung der Betroffenen nicht rechtmäßig rechtfertigen¹¹²³. Ebenso kann der Innenminister Ausländern, deren Asylantrag offensichtlich unbegründet ist, unter Berufung auf die Bestimmungen der Verordnung vom 2. November 1945 rechtmäßig die Einreise in das Hoheitsgebiet

¹¹¹⁶ CE, ord. 9. Februar 2001, *Philippart und Lesage*, Nr. 230112. Gemäß der oben genannten Bestimmung darf sich der Betroffene "nicht in dem Gebäude niederlassen, in dem bereits ein Kollege praktiziert, ohne dessen Zustimmung oder, falls diese nicht vorliegt, ohne die Genehmigung des Conseil départemental de l'ordre (...). Die Entscheidungen des Departementsrats können nur mit den Bedürfnissen der öffentlichen Gesundheit begründet werden". Im vorliegenden Fall verweigerte der in dem Gebäude praktizierende Arzt seine Zulassung und der Conseil de l'ordre war der Ansicht, dass die Bedürfnisse der öffentlichen Gesundheit es nicht rechtfertigten, sich über seine Ablehnung hinwegzusetzen.

¹¹¹⁷ EK, Beschl. 18. Juli 2003, *Jaouik*, Nr. 258599.

¹¹¹⁸ CE, Ord. 30. September 2003, *Poupard*, Nr. 260588.

¹¹¹⁹ CE, ord. 29. September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, Nr. 272584.

¹¹²⁰ CE, Ord. 27. Oktober 2003, *Cohen*, Nr. 261221. Der Richter stellt insbesondere fest, "dass, wenn die Freiheit zu kommen und zu gehen eine Grundfreiheit im Sinne der oben genannten Bestimmungen ist, die Schwere und die Rechtmäßigkeit der Eingriffe in diese Freiheit unter Berücksichtigung der gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen und der internationalen Verpflichtungen Frankreichs beurteilt werden müssen". Da ein internationaler Haftbefehl gegen den Beschwerdeführer erlassen wurde, kann die Einschränkung der Bewegungsfreiheit "hinsichtlich ihrer Auswirkungen nicht unabhängig von der Existenz dieses Haftbefehls beurteilt werden". Indem die Verwaltungsbehörde die Verlängerung seines Passes verweigert, trägt sie zur Vollstreckung eines richterlichen Haftbefehls bei und greift nicht offensichtlich rechtswidrig in das Recht des Beschwerdeführers ein, sich frei zu bewegen und zu kommen.

¹¹²¹ CE, ord. 5. Juni 2003, *Président du Gouvernement de la Polynésie française*, Nr. 257389 (Weigerung, dem Antragsteller die Zulassung zu einer Prüfung zu erteilen, weil der Betroffene vor Ablauf der Anmeldefrist keine vollständigen Unterlagen eingereicht hat). Siehe in diesem Sinne: CE, ord. 15. Dezember 2005, *Marcon, Lebon* S. 565.

¹¹²² CE, ord. 28. Mai 2002, *Les Verts, Lebon* S. 188. Aus Artikel 2 des Dekrets vom 9. Januar 1978 geht hervor, dass politische Parteien, die die in Artikel L. 167-1 des Wahlgesetzes vorgesehene Ermächtigung beantragen, ihren Antrag spätestens am 20. Mai 2002 stellen mussten. Da der von der Partei "Les Verts" gestellte Antrag am 23. Mai eingereicht wurde, war die Verwaltungsbehörde verpflichtet, den Antrag auf Ermächtigung abzulehnen. Die Entscheidung über die Ablehnung, die auf der Nichteinhaltung der Bestimmungen dieses Textes beruhte, "ist unter diesen Umständen mit keinerlei Rechtswidrigkeit behaftet".

¹¹²³ CE, Ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon*, S. 12.

verweigern. Wenn von dieser Möglichkeit in einem Fall Gebrauch gemacht wird, in dem sich herausstellt, dass der Asylantrag nicht offensichtlich unbegründet ist, ist die Verweigerung des Zugangs zum Hoheitsgebiet rechtswidrig.¹¹²⁴

273. Die Weigerung der Verwaltung, tätig zu werden, kann auch aus Gründen des allgemeinen Interesses gerechtfertigt sein. Dies kann insbesondere mit dem Grundsatz der Kontinuität des öffentlichen Dienstes, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder auch mit den Erfordernissen der Verwaltung von Gemeindeeigentum zusammenhängen.

Im Bereich der von öffentlichen Bediensteten beantragten Abwesenheitsgenehmigungen aus religiösen Gründen ergibt sich aus einer gefestigten Rechtsprechung, die sich aus dem Grundsatz der Kontinuität des öffentlichen Dienstes ableitet, dass diese aufgrund der "Erfordernisse des normalen Funktionierens des Dienstes" verweigert werden können¹¹²⁵. Der Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit ist der Ansicht, dass dieser Grund die Weigerung eines Hausmeisters, jeden Freitag von 14.00 bis 15.00 Uhr abwesend zu sein, um die Moschee zu besuchen, rechtlich rechtfertigen kann.¹¹²⁶

Der Rechtsstreit um die Verweigerung der Vermietung von Räumen an politische und religiöse Gruppierungen ermöglicht es auch, die Bedingungen zu veranschaulichen, unter denen eine Erwägung des allgemeinen Interesses eine Verweigerung rechtmäßig rechtfertigen kann. Gemäß einer gefestigten Rechtsprechung des Staatsrats kann die Bereitstellung eines Gemeindefaals nur aus Gründen verweigert werden, die sich aus den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung oder den Notwendigkeiten der Verwaltung des Gemeindeeigentums ergeben¹¹²⁷. Im Beschluss *FN IFOREL* vom 19. August 2002 stellte der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass "in Ermangelung besonderer Umstände in der Stadt Annecy weder aus den dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegten Unterlagen noch aus den während der Anhörung gesammelten Angaben hervorgeht, dass die Abhaltung der Sommeruniversität des Front National im Kongresszentrum dieser Stadt für die öffentliche Ordnung Gefahren darstellen würde, denen die Polizeibehörden nicht durch geeignete Maßnahmen begegnen könnten; qu'ainsi, et à l'état de l'instruction, les exigences de l'ordre public à Annecy ne justifient pas le refus d'accueillir au centre de congrès de cette ville l'université d'été du Front national"¹¹²⁸. Ebenso kann die Tatsache, dass ein Verein in einem parlamentarischen Bericht als sektenähnliche Gruppe eingestuft wird, nicht die Weigerung rechtfertigen, ihm einen Gemeindefaal zur Verfügung zu stellen, wenn keine Gefahr einer Störung der öffentlichen Ordnung besteht¹¹²⁹. Der zweite Grund für eine Ablehnung sind die Erfordernisse der Verwaltung des Gemeindeeigentums. Dieser Grund kann die Weigerung, einer politischen Gruppierung einen Gemeindefaal zur Verfügung zu stellen, rechtfertigen, wenn der Saal am Tag der Einreichung des Antrags bei der Verwaltungsbehörde bereits für die beantragten Tage und Stunden reserviert ist¹¹³⁰. Andererseits kann es die Weigerung, einer politischen Partei ein Kongresszentrum zur Verfügung zu stellen, nicht begründen, wenn einerseits der Park, in dem sich dieses Zentrum befindet, nur einen bescheidenen Teil der Grünflächen darstellt, zu denen die Öffentlichkeit in der Stadt Zugang hat, und wenn andererseits aus den Akten nicht hervorgeht, dass die Abhaltung der Sommeruniversität mit der Aufrechterhaltung ihrer Öffnung für die Öffentlichkeit unvereinbar

¹¹²⁴ CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* S. 146; CE, ord. 24. Oktober 2005, *MBIZI MPASSI*, Nr. 286247; CE, ord. 17. März 2006, *Saidov*, Nr. 291214.

¹¹²⁵ CE, 12. Februar 1997, *Lebon* S. 891. Siehe G. KOUBLI, "Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires", *RA* 1987, S. 133 f.; V. SAINT-JAMES, "La liberté religieuse du fonctionnaire", *JCP A* 2005, 1143.

¹¹²⁶ In der ersten Instanz stellt der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass "die Verweigerung der Genehmigung zur Abwesenheit für den Besuch der Moschee, die sich auf die im Interesse des Dienstes festgelegten Organisationsregeln stützt, (...) nicht offensichtlich rechtswidrig ist" (TA Châlons-en-Champagne, Ord. 28. Januar 2004, *Benaïssa c/ OPHLM Saint-Didier*, *JCP A* 2004, 1145, Anmerkung E. TILWIL). TAWIL). In der Berufung bestätigte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats diese Entscheidung: "Indem er feststellte, dass die Notwendigkeiten des normalen Funktionierens des öffentlichen Dienstes ein Hindernis dafür darstellten, dass M. B jeden Freitag von 14.00 bis 15.00 Uhr in die Moschee gehen darf, obwohl die Zeitregelung für Hausmeister des Amtes, dem er angehört, für diesen Wochentag eine Anwesenheitspflicht von 5.00 bis 8.00 Uhr, von 9.00 bis 11.00 Uhr und von 14.00 bis 16.30 Uhr vorschreibt, hat die Vorsitzende des städtischen Wohnungsamtes von Saint-Dizier die Freiheit von Herrn B. nicht offensichtlich rechtswidrig beeinträchtigt. B. de pratiquer la confession de son choix" (CE, ord. 16. Februar 2004, *Benaïssa, Lebon* T. S. 826).

¹¹²⁷ Siehe CE, 15. März 1996, *Cavin, Lebon*, S. 83.

¹¹²⁸ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311. Unter vergleichbaren Umständen hatte der Staatsrat eine Weigerung, einen Raum für die Organisation einer öffentlichen Versammlung der Front National zur Verfügung zu stellen, mit der Begründung aufgehoben, dass es "nicht aus den Akten hervorgeht, dass diese Versammlung geeignet war, die öffentliche Ordnung unter solchen Bedingungen zu bedrohen, dass sie nicht durch polizeiliche Maßnahmen gegen jede Gefahr gesichert werden konnte" (CE, 29. Dezember 1997, *Mangendre, Lebon* S. 826).

¹¹²⁹ TA Rennes, ord. 11. Februar 2002, Association locale pour le culte des témoins de Jehovah de Lorient, GP 29. April 2003, S. 12; TA Paris, ord. 13. Mai 2004, Association culturelle des Témoins de Jehovah de France und andere, AJDA 2004, S. 1597-1599, Anmerkung G. GONZALEZ.

¹¹³⁰ CE, Ord. 2. März 2001, *Dauphine*, Nr. 230798.

wäre .1131

Schließlich muss dem Rechtsstreit über die Verweigerung der Mitwirkung der öffentlichen Gewalt besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden, da er Gegenstand bemerkenswerter Anwendungen im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit war. Die Verwaltung greift unrechtmäßig in das Eigentumsrecht ein, wenn sie sich weigert, die öffentliche Gewalt zur Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung einzusetzen, die die Räumung von unberechtigten Besetzern eines Privateigentums vorschreibt, obwohl keine Störung der öffentlichen Ordnung droht¹¹³². Andererseits ist ihre Verweigerung gerechtfertigt - und folglich rechtmäßig -, wenn eine tatsächliche Gefahr einer Störung der öffentlichen Ordnung besteht. Auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ist der Richter für einstweilige Verfügungen bei der Beurteilung der Realität dieser Bedrohung anspruchsvoll¹¹³³. Die Verwaltung muss nicht nur den Beweis für die Gefahr von Störungen erbringen, die sie behauptet¹¹³⁴. Da es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der Pflicht zur Umsetzung von Gerichtsentscheidungen handelt, ist diese zudem streng zu verstehen. Die Befürchtung eines einfachen Widerstands, einer leichten Störung, reicht nicht aus, um die Verwaltung von der Pflicht zu entbinden, die öffentliche Gewalt einzusetzen¹¹³⁵. Umgekehrt ist die Gefahr einer Störung gegeben, wenn die Anwendung von Gewalt eine gewalttätige Reaktion der Personen, die das Gelände bewohnen, hervorrufen könnte¹¹³⁶. Eine

1131 CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

1132 Zwar ist die Präfekturbehörde grundsätzlich verpflichtet, die Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen zu gewährleisten (Artikel 16 des Gesetzes vom 9. Juli 1991 lautet: "Der Staat ist verpflichtet, bei der Vollstreckung von Urteilen und anderen Vollstreckungstiteln mitzuwirken"), doch kann sie die Mitwirkung der öffentlichen Gewalt rechtmäßig verweigern, wenn die Vollstreckung einer Entscheidung geeignet erscheint, ein erhebliches Risiko für die öffentliche Ordnung mit sich zu bringen (CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* S. 117; CE, Ord. 27. Juni 2002, *Frullani und SCI Marçflore*, *Lebon* T. S. 872; CE, Ord. 22. Juli 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, Nr. 248734; CE, Ord. 2. August 2002, *Société Prophal*, Nr. 249110; CE, Ord. 31. Oktober 2002, *Société coopération et famille*, Nr. 251314; CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408; CE, Ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. S. 874; CE, Ord. 2. September 2003, *Société SAGEP et autres*, Nr. 259866; CE, Ord. 15. Oktober 2004, *Société Sud-Est réalisations*, Nr. 272934; CE, ord. 13. Juli 2005, *Société Combé Chavat 2*, Nr. 282220; CE, ord. 11. August 2005, *Maingueneau*, Nr. 283462). Der Richter für einstweilige Verfügungen greift hier eine ständige Verwaltungsrechtsprechung auf, deren Grundsätze im Urteil *Couïetas* aus dem Jahr 1923 festgelegt wurden (CE, 30. November 1923, *Couïetas*, *Lebon* S. 789, *GAJA* Nr. 43).

1133 Diese Strenge bei der Beurteilung der Gefahr einer Störung ist dem Druck, den der Verfassungsrat und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in diesem Bereich ausüben, nicht fremd. In der Entscheidung 403 DC bekräftigte der Verfassungsrat, "dass jede gerichtliche Entscheidung vollstreckbar ist; dass somit jedes Urteil zwangsvollstreckt werden kann, wobei die öffentliche Gewalt, wenn sie dazu aufgefordert wird, diese Vollstreckung unterstützen muss; dass eine solche Regel die Folge des in Artikel 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte niedergelegten Grundsatzes der Gewaltenteilung ist". Der Rat stellt klar, dass die Verwaltungsbehörde zwar von dieser Regel abweichen kann, aber nur "unter außergewöhnlichen Umständen, die mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung zusammenhängen" (CC, Nr. 98-403 DC, 29. Juli 1998, Kons. 46, *Slg.* S. 276). In vergleichbarer Weise hat der Straßburger Gerichtshof die Vollstreckung von Urteilen und Beschlüssen zu einem Element des Prozesses im Sinne von Artikel 6 der Konvention gemacht und festgestellt, dass "das Recht auf Zugang zu einem Gericht illusorisch wäre, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung eines Vertragsstaates zuließe, dass eine endgültige und verbindliche gerichtliche Entscheidung zum Nachteil einer Partei unwirksam bleibt" (EGMR, 19. März 1997, *Hornsby vs. Griechenland*, *Slg.* 1997-II, S. 495, § 40). Für eine Verurteilung des italienischen Staates aufgrund der Weigerung des Präfekten, die öffentliche Gewalt bei der Vollstreckung von Entscheidungen über die Ausweisung von Mietern zu unterstützen, siehe EGMR, 28. September 1995, *Scollo vs. Italien*, Serie A, Nr. 315-C (Verstoß gegen Artikel 1^{er} des Protokolls Nr. 1).

1134 CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408.

1135 So kann eine drohende Störung nicht "aus der bloßen Sympathieströmung, die durch die Anwesenheit einiger Künstlerateliers im Viertel ausgelöst wird" abgeleitet werden (CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408). Siehe auch CE, ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. S. 874. Zur Rechtfertigung seiner Weigerung führte der Polizeipräfekt Gründe der öffentlichen Ordnung an, die sich auf das Interesse bestimmter Bewohner des Viertels an den in den besetzten Räumlichkeiten veranstalteten Aufführungen bezogen. Diese Begründung erschien jedoch unzureichend, da aus den Akten nicht hervorging, dass die Gewährung der Unterstützung durch die öffentliche Gewalt Reaktionen hervorrufen könnte, die zu Unruhen oder Gewalt führen könnten. Der Richter stellt fest, dass sich Bedenken hinsichtlich der öffentlichen Ordnung umgekehrt sowohl aus dem schlechten Zustand des Gebäudes als auch aus den Unannehmlichkeiten für die Nachbarschaft und den Gefahren für die Zuschauer von Veranstaltungen ergeben, die ohne geeignete Sicherheitsmaßnahmen für den Empfang der Öffentlichkeit organisiert werden. In dem oben genannten Urteil *Stéphaur* hatte der Staatsrat "die hauptsächlich fordernden Ziele der Besetzer" hervorgehoben, die "handelten, um die Aufmerksamkeit auf die Wohnungsnot in der Region Marseille zu lenken". Bei der Räumung der Besetzer geht es also darum, eine Medienaktion zu beenden und nicht darum, mittellosen Familien das Dach über dem Kopf zu nehmen. Unter diesen Umständen ist die Gefahr einer Störung der öffentlichen Ordnung nicht erwiesen.

1136 Bei der Besetzung der Räumlichkeiten eines Unternehmens durch seine Angestellten kann die Ablehnung mit "der Gefahr von Störungen der öffentlichen Ordnung, die sich aus den Reaktionen der Angestellten der Gesellschaft *Jardinerie Gros Pin* ergeben würde, deren Arbeitsplatz durch die Durchführung der beantragten Ausweisungsmaßnahme gefährdet werden könnte" begründet werden (CE, Ord. 27. Juni 2002, *Frullani und SCI Marçflore*, *Lebon* T. S. 872). Diese Annahme entspricht dem Urteil in der Rechtssache *Société Cartonnerie Saint-Charles* (siehe CE, Ass., 2. Juni 1938, *Société la cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles*, *Lebon* S. 521, Schlusswort DAYRAS). Ebenso erscheint die Verweigerung der Mitwirkung gerechtfertigt, wenn der Betroffene, der über eine Waffe verfügt und durch gewalttätiges Verhalten und die Verweigerung des

Störung kann auch aus einer sozialen Notlage resultieren, insbesondere bei der Räumung von Familien mit Kindern ohne die Möglichkeit einer anderweitigen Unterbringung¹¹³⁷, oder von alleinstehenden Personen ohne Einkommen¹¹³⁸. Selbst wenn keine Störung vorliegt, ist die Verweigerung der öffentlichen Gewalt während der "Winterpause" legal, die durch Artikel L. 613-3 des Bau- und Wohnungsgesetzbuchs eingerichtet wurde, der Räumungen zwischen dem 1.^{er} November und dem 15. März des Folgejahres verbietet¹¹³⁹. In diesem Zeitraum wird die Wettbewerbsverweigerung nur dann wieder rechtswidrig, wenn die unberechtigten Bewohner die Räumlichkeiten faktisch in Besitz genommen haben¹¹⁴⁰ - und keine Störung droht¹¹⁴¹. Schließlich berücksichtigt der Richter alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Störung, die sich aus der Nichtdurchführung der Entscheidung ergeben kann, vor allem "die unmittelbaren Bedrohungen, die die Verzögerung der Räumung der Besetzer für deren Sicherheit darstellen"¹¹⁴².

Ein Text oder ein Grund des Allgemeininteresses kann somit eine Weigerung oder eine Unterlassung der Verwaltung rechtfertigen, die eine Grundfreiheit beeinträchtigt. Der Richter wird bei der Beurteilung der Voraussetzung der Rechtmäßigkeit auch die Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit der Unterlassung berücksichtigen.

274. Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Enthaltungen wird der Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitserfordernis in Form einer ungerechtfertigten Verzögerung bei der Bearbeitung eines Antrags eines Bürgers festgestellt. Eine Verzögerung bei der Bearbeitung eines Antrags kann zwar durch bestimmte Besonderheiten des Falles *gerechtfertigt* und damit rechtmäßig sein, sie wird jedoch rechtswidrig, wenn sie zeitlich offensichtlich *übermäßig* lange andauert.

Dies ist beispielsweise bei der Ausstellung und Verlängerung von Identitätstiteln der Fall. Der Richter für einstweilige Verfügungen erklärt, "dass, wenn die Verweigerung der Verlängerung oder Ausstellung eines Reisepasses für einen französischen Staatsbürger die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, beeinträchtigt (...), keine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift - bei Strafe der Rechtswidrigkeit einer etwaigen stillschweigenden Ablehnungsentscheidung - eine Frist für die Verlängerung oder Ausstellung eines Passes festlegt; dass jedoch die mit einem solchen Antrag befasste Verwaltung innerhalb *einer angemessenen Frist* entscheiden muss, die gegebenenfalls vom Richter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist"¹¹⁴³. Die so ermittelten Grundsätze wurden vom Richter für einstweilige Verfügungen mehrfach angewandt. So ist eine siebenmonatige Untersuchung angesichts der Unterlagen, die zur Unterstützung des Antrags auf Erneuerung des Reisepasses vorgelegt wurden, und insbesondere des Umstands, dass zwei andere Familienmitglieder der Kläger zur Unterstützung von Anträgen, die sich ebenfalls auf den Verlust ihres Reisepasses stützten, Dokumente vorgelegt hatten, die eine Überprüfung erforderlich machten, nicht unangemessen¹¹⁴⁴. Ebenso stellt die Tatsache, dass über 18 Monate lang keine Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung des Passes des Beschwerdeführers

Dialogs mit den Institutionen aufgefallen ist, bereit ist, schwere Taten zu begehen, um sich der Räumung des Bauernhofs, den er als Nachfolger seines Vaters bewirtschaftet, zu widersetzen (CE, Ord. 15. Oktober 2004, *Société Sud-Est réalisations*, Nr. 272934). Siehe auch in diesem Sinne : CE, ord. 13. Juli 2005, *Société Combé Chavat 2*, Nr. 282220.

¹¹³⁷ In einem Urteil aus dem Jahr 1983 hatte der Staatsrat eine Verweigerung der Mitwirkung der öffentlichen Gewalt bei der Ausweisung eines mittellosen Arbeitslosen und Vaters von acht Kindern, von denen sechs minderjährig und zwei im Kleinkindalter waren, für rechtmäßig befunden, da sie "zu Recht Anlass zu der Befürchtung geben konnte, dass die Durchführung der Ausweisung die öffentliche Ordnung beeinträchtigt" (CE, 27. April 1983, *Ministre de l'Intérieur c/ Société SIRAP*, Nr. 40278). Diese Argumentation wurde im Zusammenhang mit dem *référé-liberté* übernommen. Der Richter für einstweilige Verfügungen befand ausdrücklich, dass die Weigerung, die öffentliche Gewalt einzusetzen, durch die Anwesenheit mehrerer Familien mit zahlreichen Kindern gerechtfertigt werden kann, für die es keine alternative Unterbringung gab (CE, ord. 22. Juli 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, Nr. 248734 und, für das gleiche Gebäude, CE, ord. 17. Juli 2003, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, Nr. 258506; CE, ord. 2. August 2002, *Société Prophal*, Nr. 249110; CE, ord. 31. Oktober 2002, *Société coopération et famille*, Nr. 251314; CE, ord. 12. Dezember 2002, *Ferre*, Nr. 252412; CE, Ord. 2. September 2003, *Société SAGEP et autres*, Nr. 259866; CE, 29. Oktober 2003, *Société Resimmo*, *Lebon* S. 911).

¹¹³⁸ Die Weigerung, die öffentliche Gewalt einzusetzen, kann durch den Umstand gerechtfertigt werden, dass die Person, deren Räumung beantragt wird, 83 Jahre alt ist, seit 35 Jahren in den Räumlichkeiten wohnt, mit ihrer Tochter zusammenlebt, über geringe Mittel verfügt und keine alternative Unterkunft hat (CE, Ord. 10. Oktober 2003, *Sagnard*, Nr. 260867).

¹¹³⁹ CE, Ord. 8. März 2004, *Maingueneau*, Nr. 265261.

¹¹⁴⁰ In diesem Fall sieht Artikel L. 613-3 des Bau- und Wohnungsgesetzbuchs ausdrücklich vor, dass Hausbesetzer sich nicht auf seine Bestimmungen berufen können.

¹¹⁴¹ CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und andere*, *Lebon* S. 117; CE, Ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. S. 874.

¹¹⁴² CE, 29. Oktober 2003, *Société Resimmo*, *Lebon*, S. 911. In diesem Fall schien die Bedrohung jedoch nicht unmittelbar genug zu sein, um die Weigerung der Polizeibehörde als mit einer offenkundigen Rechtswidrigkeit behaftet anzusehen.

¹¹⁴³ CE, Ord. 11. Oktober 2001, *Tabibou*, *Lebon* T., S. 1133.

¹¹⁴⁴ CE, Ord. 20. Juli 2004, *Mzimba*, Nr. 270440.

getroffen wurde, "angesichts der Zweifel an der Identität" des Betroffenen keine offensichtliche Rechtswidrigkeit dar¹¹⁴⁵. Die gleichen Grundsätze gelten für den Antrag auf Ausstellung oder Verlängerung eines nationalen Personalausweises. Der Richter erinnerte daran, dass "es den Verwaltungsbehörden obliegt, sich zu vergewissern, dass die zur Begründung eines Antrags auf Ausstellung eines nationalen Personalausweises vorgelegten Unterlagen geeignet sind, die Identität und Staatsangehörigkeit des Antragstellers festzustellen; ein hinreichend begründeter Zweifel in dieser Hinsicht kann, ohne dass eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit vorliegt, dazu führen, dass diese Ausstellung oder Verlängerung von der Durchführung von Überprüfungen abhängig gemacht wird, die jeder besonderen Situation angemessen sind"¹¹⁴⁶. In diesem Fall bestanden ernsthafte Zweifel an der Echtheit der von der Klägerin vorgelegten Dokumente. Unter diesen Umständen war der Richter der Ansicht, dass die Entscheidung des Préfekten, die Verlängerung des Personalausweises bis zum Ausgang eines diesbezüglich laufenden Gerichtsverfahrens aufzuschieben, keine offensichtliche Rechtswidrigkeit darstellte. Ebenso ist die angemessene Frist nicht überschritten, wenn die konsularischen Dienste bis zum 18. September 2002 eine am 28. April 2002 von einem Standesbeamten der Algerischen Republik geschlossene Ehe nicht in die Personenstandsregister eingetragen haben¹¹⁴⁷. Der Verdacht auf eine "Scheinehe" kann auch ein Grund dafür sein, die Frist für die Bearbeitung eines Antrags auf eine Aufenthaltsbescheinigung fortzusetzen.¹¹⁴⁸

Andererseits wird eine Verzögerung, auch wenn sie gerechtfertigt ist, zu einer übermäßigen Verzögerung, wenn sie eine *angemessene* Dauer überschreitet. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Verwaltung die Ausstellung der Empfangsbescheinigung, auf die sie nach den Rechtsvorschriften Anspruch hat, an einen Antragsteller für einen Aufenthaltstitel übermäßig verzögert¹¹⁴⁹. Dasselbe gilt, wenn ein Urteil, mit dem eine Maßnahme zur Abschiebung eines Ausländers, der sich seit mehr als zehn Jahren gewöhnlich in Frankreich aufhält und daher von Rechts wegen eine Aufenthaltskarte mit dem Vermerk "Privat- und Familienleben" erhalten sollte, 14 Monate lang nicht vollstreckt wurde.¹¹⁵⁰

Zwei Entscheidungen in ähnlichen Rechtsstreitigkeiten, die auf unterschiedliche Weise entschieden wurden, können die Beurteilung der Anforderung der Vernünftigkeit oder der Sorgfalt bei der Beantwortung eines Antrags eines Bürgers illustrieren. Gemäß dem ersten Absatz von Artikel 81 des Organisationsgesetzes vom 27. Februar 2004 "wird der Rücktritt eines Ministers dem Präsidenten von Französisch-Polynesien vorgelegt, der ihn zur Kenntnis nimmt (...)". In einem Beschluss vom 11. April 2006 erklärte der Richter für einstweilige Verfügungen, dass "diese Bestimmungen nicht bedeuten, dass der Präsident von Französisch-Polynesien verpflichtet ist, den von einem Minister eingereichten Rücktritt unverzüglich zur Kenntnis zu nehmen, und dass der Präsident, um den zurückgetretenen Minister zu ersetzen und so die Kontinuität der Regierungsarbeit in dem Bereich, in dem die Zuständigkeit dieses Ministers liegt, zu gewährleisten, über eine Frist verfügt, um einen ihm obliegenden Rücktritt zur Kenntnis zu nehmen, diese Frist jedoch *eine angemessene Dauer* nicht überschreiten darf". Im vorliegenden Fall unterließ es der Präsident von Französisch-Polynesien, der am 13. März 2006 das Rücktrittsschreiben des Klägers erhielt, diesem Folge zu leisten, ohne einen Grund im Zusammenhang mit der Verwaltung von Französisch-Polynesien anzuführen, der es rechtfertigen könnte, dass er seine Entscheidung, dem Betroffenen seinen Rücktritt zu bestätigen, aufschiebt. Der Richter stellte fest, dass "unter diesen Umständen die angemessene Frist, die ihm zur Verfügung stand, um die Konsequenzen aus dieser Kündigung zu ziehen, offensichtlich überschritten ist". Seine Enthaltung stellt daher eine offensichtliche Rechtswidrigkeit dar¹¹⁵¹. Wenn hingegen ein Mitglied der Regierungsmannschaft zwei Tage vor der Wahl zur Versammlung von Französisch-Polynesien, also am 11. April 2006, seinen Rücktritt einreicht, stellt die Weigerung des Präsidenten von Französisch-Polynesien, dies am nächsten Tag zur Kenntnis zu nehmen, keine offensichtliche Rechtswidrigkeit dar. In einem solchen Fall ist die Ablehnung nämlich gerechtfertigt und verhältnismäßig¹¹⁵². Wenn die freie Ausübung des Mandats eines

¹¹⁴⁵ EK, Beschl. 30. Dezember 2003, *Labry*, Nr. 263121.

¹¹⁴⁶ CE, Ord. 25. Februar 2004, *Ibrabime*, Nr. 264949.

¹¹⁴⁷ EK, Ord. 18. September 2002, *Bouchakour*, Nr. 250340.

¹¹⁴⁸ Siehe, die Entscheidung des ersten Richters bestätigend: CE, ord. 16. Dezember 2002, *Gboggal*, Nr. 252513. Die Verwaltungsbehörde hatte unter Berücksichtigung der ihr zur Kenntnis gebrachten Elemente, die zu der Einschätzung führen könnten, dass die Ehe des Antragstellers den Charakter einer Scheinehe hatte, beschlossen, die Untersuchung der Akte des Antragstellers fortzusetzen, um in voller Kenntnis der Sachlage über die Ausstellung der Aufenthaltsbescheinigung, die er beantragt hatte, zu entscheiden. Der Richter für einstweilige Verfügungen war der Ansicht, dass eine solche Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles keine Überschreitung der angemessenen Frist darstellte, innerhalb derer die Verwaltung eine Entscheidung zu treffen hat. Daher stellt das Fehlen einer endgültigen Stellungnahme zu dem Antrag keine offensichtliche Rechtswidrigkeit dar.

¹¹⁴⁹ CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T. S. 1132*: absence de toute suite donnée pendant plus de 2 ans et 7 mois à la décision de l'administration de délivrer à un étranger un récépissé de demande de titre de séjour au droit de la législation lui. Siehe *a fortiori*, für einen Zeitraum von 3 Jahren und 6 Monaten: CE, 7. Mai 2003, *Boumaïza*, Nr. 250002.

¹¹⁵⁰ CE, Ord. 11. Juni 2002, *Aït Oubba, Lebon T., S. 869*.

¹¹⁵¹ CE, ord. 11. April 2006, *Tefaarere, Lebon, S. 197*.

¹¹⁵² EK, Beschl. 13. April 2006, *Vernaudon*, Nr. 292343. Herr Vernaudon reichte am 11. April 2006 ein

Kommunalpolitikers beeinträchtigt wird, ist der Eingriff nicht rechtswidrig.

275. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass nicht jeder Eingriff in eine Grundfreiheit rechtswidrig ist. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich nicht von Rechts wegen aus der Feststellung, dass eine solche Freiheit verletzt wurde. Die Bedingung, dass der Eingriff in eine Grundfreiheit rechtswidrig ist, ist umso anspruchsvoller, als das Gesetz nicht nur eine einfache, sondern eine *offensichtliche Rechtswidrigkeit* verlangt.

II. Die Offenkundigkeit der Rechtswidrigkeit

276. Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes schreibt vor, dass die begangene Rechtswidrigkeit offensichtlich sein muss. Diese Bedingung ist anspruchsvoll und daher schwer zu erfüllen.

A. Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit

277. Artikel L. 521-2 verlangt, dass ein "offensichtlich rechtswidriger" Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt. Im Allgemeinen stellen das Adjektiv "offensichtlich" und das Adverb "offenkundig" Standards dar, die die Idee einer Offensichtlichkeit oder Krassheit ausdrücken¹¹⁵³. So ist der offensichtliche Beurteilungsfehler für den Richter der Überschreitung der Befugnisse "ein offensichtlicher Fehler (...), der für einen aufgeklärten Geist keinen Zweifel aufkommen lässt"¹¹⁵⁴. Wenn er eine eingeschränkte Kontrolle ausübt, "achtet der Staatsrat im Grunde weniger auf die eigentliche Bedeutung des begangenen Fehlers als auf seine Offensichtlichkeit"¹¹⁵⁵. Die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes verwendete Formulierung kann auch mit der "offensichtlich rechtswidrigen" Anordnung in Verbindung gebracht werden, der sich der Beamte widersetzen kann und sogar muss, sofern sie ein öffentliches Interesse ernsthaft gefährdet.¹¹⁵⁶

Der Begriff bezieht sich auf Art. 809 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung, der dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen die Befugnis gibt, eine "offenkundig rechtswidrige Störung" zu beenden. Wenn der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen auf dieser Grundlage tätig wird, muss es "ins Auge springen, dass das Verhalten des Antragsgegners gegen die Moral, das Gesetz, die Verordnung oder das Übereinkommen verstößt (...). Wenn dies nicht ins Auge springt, mag die Störung rechtswidrig sein, sie ist es aber nicht "offensichtlich"¹¹⁵⁷. Eine strikt identische Bedeutung wird dem Erfordernis einer "offensichtlich" rechtswidrigen Beeinträchtigung in Artikel L. 521-2 beigemessen. Diese Bedingung bedeutet nicht, dass der Richter für einstweilige Verfügungen sich auf eine eingeschränkte Kontrolle beschränken muss, wie dies unter Umständen behauptet wurde¹¹⁵⁸, sondern

Rücktrittsschreiben ein. Mit Schreiben vom 12. April 2006 begründete der Präsident von Französisch-Polynesien, warum er Herrn Vernaudons Rücktritt nicht sofort zur Kenntnis nehmen wollte, mit der Notwendigkeit, den Rücktritt zu berücksichtigen, um eine vollständige Neubildung der Regierung durchzuführen, sowie mit Erwägungen, die mit den Notwendigkeiten der öffentlichen Verwaltung zusammenhängen. Für den Richter "scheinen diese Gründe, die es dem Präsidenten von Französisch-Polynesien rechtlich erlauben, einen Rücktritt nicht sofort zur Kenntnis zu nehmen, nicht jeder Grundlage zu entbehren, und der Rücktritt von Herrn Vernaudon ist nicht unumstritten. Vernaudon knapp zwei Tage vor der Wahl eingereicht wurde, ist nicht ersichtlich, dass der Präsident von Französisch-Polynesien zu dem Zeitpunkt, an dem über den Antrag auf einstweilige Verfügung entschieden wird, die Anforderung an ihn, den Rücktritt eines Regierungsmitglieds innerhalb einer angemessenen Frist zur Kenntnis zu nehmen, missachtet hat".

¹¹⁵³ Siehe die Analyse und die zahlreichen Beispiele in S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit., S. 80-82, und B. PETIT, "L'évidence", *RTD Civ*, 1986, S. 485-503, spé S. 486-487.

¹¹⁵⁴ G. BRAIBANT, concl. inédites sur CE, Sect., 13. November 1970, *Lambert*, *AJDA* 1971, S. 53, zitiert in chron. D. LABETOULLE und P. CABANES, *AJDA* 1971, S. 35.

¹¹⁵⁵ B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de Clermont I, 1977, S. 247. Siehe auch J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, L'espace juridique, 1988, 341 S.

¹¹⁵⁶ Artikel 28 von Titel I des allgemeinen Beamtenstatuts. Siehe A. TAILLEFAIT, *Jcl. fonctions publiques*, fasc. 300 (11, 2006), Nr. 11. Zur Bewertung dieses Begriffs durch den Verwaltungsrichter siehe B. CHERIGNY, "Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile", *RDP* 1975, S. 867-936.

¹¹⁵⁷ P. BERTIN, "Un trouble manifeste illicite: la lutte contre la vie chère", *GP* 1983, 1, S. 419.

¹¹⁵⁸ M. Deygas behauptet, dass der Richter mit dem *Medrinal-Beschluss* (der einen Antrag auf einstweilige Verfügung mit der Begründung ablehnte, dass die angefochtene Entscheidung nicht "offensichtlich rechtswidrig" sei) beabsichtigte, "der Verwaltung einen Ermessensspielraum zu lassen, der vom Richter für einstweilige Verfügungen nur "eingeschränkt" sanktioniert werden kann" (S. DEYGAS, Anmerkung unter CE, Ord. 9. August 2001, *Medrinal*, *Procédures* 2001, comm. n° 239, S. 19). Diese Lesart der *Medrinal-Entscheidung* muss offensichtlich verworfen werden. Denn indem der Richter das Erfordernis einer offenkundigen Rechtswidrigkeit erwähnt, erinnert er lediglich an das Vorhandensein einer gesetzlichen Bedingung, die in Artikel L. 521-2 ausdrücklich genannt wird - und überprüft diese. Mit der Erwähnung einer

dass die geltend gemachte Rechtswidrigkeit alle Merkmale der Offenkundigkeit aufweisen muss. Wie Martin feststellte, muss sie "auf den ersten Blick des Richters für einstweilige Verfügungen erkennbar sein"¹¹⁵⁹. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs muss sich mit der Kraft der Evidenz aufdrängen; sie "muss dem Richter für einstweilige Verfügungen gewissermaßen "in die Augen springen"¹¹⁶⁰.

278. Dass diese Bedingung in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes enthalten ist, lässt sich durch zwei Gruppen von Überlegungen erklären.

Das Erfordernis der offensichtlichen Rechtswidrigkeit ist in erster Linie durch die extrem kurze Frist gerechtfertigt, die dem Richter für seine Entscheidung zur Verfügung steht. Da der Richter für einstweilige Verfügungen gezwungen ist, den Fall zu untersuchen und seine Entscheidung innerhalb von 48 Stunden nach der Registrierung des Antrags zu treffen, kann er sich nicht mit einer sorgfältigen Prüfung der Rechtmäßigkeit der strittigen Handlung oder des strittigen Verhaltens aufhalten. Da der Richter keine eingehenden Untersuchungen durchführen kann, muss die Rechtswidrigkeit innerhalb der 48-Stunden-Frist erkennbar sein, und dafür muss sie offensichtlich sein. Wie M. Grigrip generell feststellte. Dugrip feststellte, "haben die dem Richter vorgelegten Fälle umso mehr Chancen, schnell entschieden zu werden, je sicherer ihre Lösung ist und je einfacher sie sind"¹¹⁶¹. Wenn der Richter auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 angerufen wird, muss ihm die Lösung einfach erscheinen, und dafür muss die Rechtswidrigkeit offensichtlich sein. Als Richter der äußersten Dringlichkeit muss der Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit mehr als jeder andere ein Richter der Offensichtlichkeit sein. Die strittige Situation muss für ihn sofort ersichtlich sein.

Die Bedingung einer "offensichtlichen" Rechtswidrigkeit ist zweitens durch den eigenständigen Charakter des Verfahrens der einstweiligen Verfügung gerechtfertigt. Wie Herr Cassia bemerkte, verfügt die einstweilige Verfügung nach Artikel L. 521-1 über eine Sicherheit, die Artikel L. 521-2 hat: "Bei der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung endet die Maßnahme spätestens, wenn ein Kollegialorgan zur Entscheidung berufen ist, so dass der vom Richter der einstweiligen Verfügung eventuell begangene Beurteilungsfehler zum Zeitpunkt der Prüfung des Antrags in der Hauptsache gewissermaßen ausgeglichen wird; im Vergleich dazu verfügt der Richter der einstweiligen Verfügung, da die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit nicht von der Einreichung eines Antrags in der Hauptsache abhängig ist, nicht über das "Netz", das die spätere gründliche Prüfung des Antrags darstellt"¹¹⁶². Da es keine Sicherheit durch das spätere Eingreifen eines Richters in der Hauptsache gibt, ist es normal, dass der Richter für einstweilige Verfügungen seine sehr weitreichenden Befugnisse nur in Fällen anwenden kann, in denen sich die Verwaltung offensichtlich unrechtmäßig verhalten hat. Da er innerhalb von 48 Stunden eingreift, darf er seine Befugnisse nur dann ausüben, wenn die Rechtswidrigkeit nicht im Geringsten zur Diskussion steht.

279. So führt die Dringlichkeit beim *référé-liberté* dazu, dass die Anforderungen an die Rechtswidrigkeit verschärft werden. In anderen Verfahren führt sie im Gegenteil zu einer Lockerung dieser Beurteilung. Sowohl im Privatrecht als auch im Verwaltungsrecht gilt, dass Dringlichkeit immer die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Situation verändert; von einem Richter im Verfahren der einstweiligen Anordnung wird nie verlangt, dass er genau wie ein Richter in der Hauptsache eine "einfache" Rechtswidrigkeit oder Unzulässigkeit feststellt. Die Dringlichkeit verändert die Beurteilung der Rechtmäßigkeit in zwei möglichen Richtungen. Zunächst kann sie diese lockern, was den Begriffen "ernsthafter Zweifel" an der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung in Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes und dem Fehlen einer "ernsthaften Anfechtung" in Artikel 808 der neuen Zivilprozessordnung entspricht. Sie kann auch eine Verschärfung der Rechtswidrigkeitsschwelle bewirken, die dann in den Begriffen der "offensichtlich rechtswidrigen" Beeinträchtigung

"offensichtlichen" Rechtswidrigkeit verweist der Richter keineswegs auf einen Grad der Kontrolle und, genauer gesagt, auf einen abgeschwächten Grad der Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Maßnahme. In der Praxis ist es übrigens üblich, dass der Richter für einstweilige Verfügungen sich nicht auf eine eingeschränkte Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen beschränkt, die ihm auf dieser Grundlage vorgelegt werden. Vielmehr übt er eine umfassende Kontrolle über die rechtliche Qualifizierung des Sachverhalts aus, indem er beispielsweise beurteilt, ob die Gefahr einer Störung der öffentlichen Ordnung angesichts der Räumung von Hausbesetzern oder der Abhaltung einer Sommeruniversität einer politischen Partei tatsächlich besteht (siehe *oben*, § 273), was durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt wird, z. B. bei einer Entscheidung über die Ausweisung eines ausländischen Staatsangehörigen (CE, Sect. 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* S. 523) oder über eine Maßnahme zur Beschlagnahme von streikendem Personal (siehe *oben*, § 270). Der Richter für einstweilige Verfügungen übt nicht nur eine minimale, sondern eine maximale Kontrolle aus.

¹¹⁵⁹ R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, S. 1114.

¹¹⁶⁰ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 121. Zu dieser Frage siehe vom selben Autor, "L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté", *RFD* 2007, S. 45-57.

¹¹⁶¹ O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, S. 391.

¹¹⁶² P. CASSIA, a. a. O., S. 121. Dies erklärt, warum die *Déféré-liberté*, die eine Variante der *référé-suspension* ist, nur dem Erfordernis eines ernsthaften Zweifels an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung unterliegt.

in Artikel L. 521-2 der Verwaltungsgerichtsordnung und der "offensichtlich rechtswidrigen Störung" in Artikel 809 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung verkörpert wird. Im ersten Fall muss die Rechtswidrigkeit oder Rechtswidrigkeit offensichtlich, wahrscheinlich oder glaubhaft sein¹¹⁶³, im zweiten Fall muss sie offenkundig und sicher sein.

Im Hinblick auf dieses Kriterium lassen sich drei Ebenen bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit identifizieren. Die erste Stufe - die am wenigsten anspruchsvolle - ist die der offensichtlichen oder wahrscheinlichen Rechtswidrigkeit. Die zweite Stufe - die mittlere Stufe - ist die "einfache" Rechtswidrigkeit, die vom Richter in der Hauptsache festgestellt wird. Die dritte Ebene - die anspruchsvollste - ist die Ebene der Gewissheit über die Rechtswidrigkeit: Die Rechtswidrigkeit lässt keine Diskussion zu. Die Autoren der *Grands arrêts* sprechen in Bezug auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes von "einer sicheren Evidenz in der begangenen Rechtswidrigkeit"¹¹⁶⁴. Zwei Ebenen trennen somit den ernsthaften Zweifel von Artikel L. 521-1 und die offensichtliche Rechtswidrigkeit von Artikel L. 521-2: Die offensichtliche Rechtswidrigkeit ist schwieriger nachzuweisen als die einfache Rechtswidrigkeit und erst *recht* schwieriger nachzuweisen als der ernsthafte Zweifel. Wenn es keinen ernsthaften Zweifel im Sinne von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gibt, kann es natürlich auch keine offensichtliche Rechtswidrigkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 geben. Der Richter der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung ist ein Richter *des Anscheins*¹¹⁶⁵, der Richter der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit ist ein Richter *des Offensichtlichen*.

Wenn der Richter der einstweiligen Verfügung eine offensichtliche Rechtswidrigkeit feststellt, wird der Richter des Hauptverfahrens, der eventuell zu seiner Entscheidung herangezogen wird, notwendigerweise eine "einfache" Rechtswidrigkeit feststellen. Eine offensichtlich rechtswidrige Handlung ist erst *recht* eine rechtswidrige Handlung¹¹⁶⁶. Im Gegensatz dazu urteilt der Richter im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (*référé-suspension*) nicht über den Inhalt des Rechts. Sein Amt besteht lediglich darin, die Vollstreckung einer Entscheidung auszusetzen, wenn er Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit hat. Es ist daher durchaus möglich, dass der Richter in der Hauptsache, der seinerseits eine Rechtswidrigkeit feststellen muss, den in der Hauptsache gestellten Antrag ablehnt. Wie Präsident Labetoulle betonte, "ist es keineswegs ungewöhnlich, dass der Richter der Hauptsache in einem anderen Sinne entscheidet als der Richter der einstweiligen Verfügung"¹¹⁶⁷. Es ist natürlich, dass eine Handlung, deren Rechtmäßigkeit lediglich zweifelhaft ist, nach einer vollständigen Untersuchung nicht als rechtswidrig erscheinen kann¹¹⁶⁸. Man muss sogar behaupten, dass der Richter in der Hauptsache in einem solchen Fall nicht *anders* urteilt als der Richter im einstweiligen Rechtsschutzverfahren; er verurteilt nicht die von letzterem gewählte Lösung. Ganz einfach, er urteilt nicht "über dieselbe Sache": Der erste muss eine Rechtswidrigkeit feststellen und der zweite nur einen Zweifel nähren. Im Gegensatz dazu beurteilt der Richter der einstweiligen Verfügung "das Gleiche" wie der Richter der Hauptsache, nämlich eine Rechtswidrigkeit: einfach im Fall des Richters der Hauptsache, qualifiziert - aufgrund der Dringlichkeit - für den Richter der einstweiligen Verfügung.

280. Der Richter für einstweilige Verfügungen muss sein Eingreifen auf offensichtliche Rechtswidrigkeiten beschränken, d. h. im Hinblick auf sein Amt auf einfache Rechtswidrigkeiten. Es ist nicht seine Aufgabe, sich zu komplexen Rechtsfragen zu äußern, deren Analyse mit der 48-Stunden-Frist, die ihm für seine Entscheidung zur Verfügung steht, unvereinbar ist.

Daraus folgt, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die Konventionsmäßigkeit des Gesetzes, das als Rechtsgrundlage für die angefochtene Handlung dient, nicht überprüfen kann. In dem Beschluss *Allouache und*

¹¹⁶³ Vgl. R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *D.* 1979, chron. S. 158.

¹¹⁶⁴ *GAJA* Nr. 118, § 11.

¹¹⁶⁵ Er ist Richter "des Anscheins und der Wahrscheinlichkeit" (L. VALLEE, concl. sur CE, Sect., 29. November 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole*, BDCF 2/03, Nr. 28, S. 38).

¹¹⁶⁶ Wenn ein Richter der Hauptsache nach dem Richter der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit entscheidet - natürlich im gleichen Sinne wie der Richter der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit, wenn er dem Antrag stattgibt - und die angefochtene Verwaltungsentscheidung aufhebt, ist die Berufung gegen den Beschluss der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit gegenstandslos. Siehe CE, ord. 18. Juni 2003, *Territoire de la Polynésie française und Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, *Lebon T. S.* 877. Die Kläger legen Berufung gegen einen Beschluss vom 23. Mai 2003 ein, mit dem der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts von Papeete auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsjustizgesetzes die Aussetzung von zwei Erlassen des Ministerrats des Territoriums von Französisch-Polynesien verfügt hatte. Mit Urteil vom 10. Juni 2003 hob das Verwaltungsgericht von Papeete diese beiden Erlasse auf. Folglich muss der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats nicht über die gegen den Beschluss vom 23. Mai 2003 eingelegte Berufung entscheiden.

¹¹⁶⁷ D. LABETOUILLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, S. 7.

¹¹⁶⁸ Zur Veranschaulichung siehe CE, Sect., 11. Juli 2001, *Société Trans-Ethylène, Environnement* 2002, comm. n° 29, note. P.-J. BARALLE (Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen, der ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zulässt) und CE, 24. Oktober 2001, *Commune de Marennes, Environnement* 2002, comm. n° 56, note. D. DEHARBE (Entscheidung des Sachrichters, der den Antrag auf Aufhebung dieser Entscheidung ablehnt). Für einen gemeinsamen Kommentar zu den beiden Entscheidungen siehe *Dr. adm.* 2002, comm. n° 38, note C. MAUGUE.

andere machten die Kläger geltend, dass das Gesetz vom 18. November 2005, mit dem die Verlängerung des Ausnahmezustands in Frankreich um drei Monate beschlossen wurde, gegen bestimmte Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoße. In dem Beschluss heißt es, dass "in Anbetracht des Amtes des Richters für einstweilige Verfügungen ein Klagegrund, der auf die Unvereinbarkeit des Gesetzes mit internationalen Verpflichtungen abstellt, in Ermangelung einer gerichtlichen Entscheidung, die in diesem Sinne entweder von dem in der Hauptsache angerufenen Richter oder von dem als Vorfrage zuständigen Richter getroffen wurde, nicht berücksichtigt werden kann"¹¹⁶⁹. Diese Rechtsprechung wird jedoch mit einer gewissen Flexibilität angewandt. Es wird nämlich anerkannt, dass, wenn der Richter des Ausgangsverfahrens über die Konventionalität einer Bestimmung entschieden hat, die eine Analogie zu der - im Wege der Einrede - vor dem Richter des vorläufigen Rechtsschutzes angefochtenen Bestimmung aufweist, der Richter des vorläufigen Rechtsschutzes befugt ist, selbst die Konventionalität der strittigen Bestimmung zu prüfen. So erklärte sich der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in einem Beschluss vom 21. April 2007 für zuständig, die Konventionalität von Artikel L. 52-2 des Wahlgesetzes, der die Veröffentlichung von Wahlergebnissen bis zur Schließung des letzten Wahllokals auf dem Gebiet der Republik verbietet, auf eine neue Art und Weise zu beurteilen¹¹⁷⁰. Diese Lockerung ist dazu geeignet, die Strenge der ursprünglichen Rechtsprechung abzumildern.

Eine ähnliche Entwicklung ist in Bezug auf die Möglichkeit des Richters für einstweilige Verfügungen zu beobachten, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, der als Grundlage für die angefochtene Maßnahme dient, zu überprüfen. In einem Beschluss vom 28. Mai 2002 erklärte sich der Richter für einstweilige Verfügungen bereit, die Verfassungskonformität des als Grundlage für den angefochtenen individuellen Akt dienenden Rechtsakts zu überprüfen. Er stellte inzident fest, dass "Artikel 2 des Dekrets vom 9. Januar 1978 (...) weder gegen Artikel 4 der Verfassung noch gegen Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (...) verstößt"¹¹⁷¹. Die Frage stellte sich dann einer kollegialen Formation des Staatsrats in der Entscheidung *Société Outremer Finance Limited*. Der Regierungskommissar Gilles Bachelier wollte, dass der Richter des *référé-liberté* die Rechtmäßigkeit einer Verordnung auf dem Wege der Einrede überprüfen kann. Unter Hinweis auf eine Entscheidung vom 30. August 2001, die dem Richter des *référé-suspension* implizit erlaubte, diese Kontrolle auszuüben¹¹⁷², erklärte der Regierungskommissar, dass der Richter nach Artikel L. 521-2 eine solche Rechtswidrigkeit in den Fällen sanktionieren können sollte, in denen sie sich offensichtlich aufdrängt: "Selbst wenn der Richter des *référé-liberté* in einer auf 48 Stunden begrenzten extremen Dringlichkeit entscheiden muss, was gründliche Nachforschungen zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Textes ausschließt, erscheint es uns wünschenswert, den Fall vorzubehalten, in dem der die Entscheidung begründende Regelungsakt eine so offensichtliche Rechtswidrigkeit aufweist, dass sie keinerlei Nachforschungen erfordert"¹¹⁷³. Dennoch wird sich der Staatsrat nicht zu der Frage äußern, da die angefochtene Entscheidung aus einem anderen Grund rechtswidrig ist. Später musste ein Kollegialorgan über einen Klagegrund entscheiden, der sich auf die Rechtswidrigkeit des

¹¹⁶⁹ CE, ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562. Der Ausschluss der Kontrolle der Konventionalität von Gesetzen aus dem Amt des Richters für einstweilige Verfügungen war zunächst vom Staatsrat im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Suspendierung festgeschrieben worden. Siehe CE, 30. Dezember 2002, *Ministre de l'aménagement c/ Carminati*, *Lebon* S. 510, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 74, obs. M. G.; *Coll. ter.*, comm. n° 55, note L. ERSTEIN; *AJDA* 2003, pp. 1065-1068, note O. LE BOT. Zu diesem Thema siehe B. LE BAUT-FERRARESE, "L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne", *LPA* 25. Februar 2004, Nr. 40, S. 4-11; T.-X. GIRARDOT, "Le retour de la loi écran devant le juge des référés. La jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat", *AJDA* 2006, S. 1875-1880.

¹¹⁷⁰ CE, ord. 21. April 2007, *Société anonyme Antilles Télévision (ATV)*, Nr. 304961, erwähnt in der Sammlung *Lebon*. Der Richter für einstweilige Verfügungen prüft, ob diese Einschränkung der in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Meinungsfreiheit in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht. Zuvor war die Konventionsmäßigkeit dieser Bestimmung noch nie vom Staatsrat geprüft worden. Dieser hatte diese Kontrolle jedoch bei dem Gesetz ausgeübt, das die Verbreitung von Umfragen in Wahlkampfzeiten einschränkte (CE, Sect., 2. Juni 1999, *Meyet*, *Lebon* S. 161; CE, 13. September 2000, *Meyet*, *Lebon* T. S. 1010). Analog dazu sind die allgemeinen Kriterien für die Beurteilung der Konventionalität der Einschränkung auf die Bestimmung übertragbar, deren Prüfung dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegt wird. Dies reicht aus, um innerhalb der Grenzen der *Carminati*-Rechtsprechung zu bleiben, da die Beurteilung des Richters von den Lösungen eingerahmt wird, die der Richter des Hauptverfahrens in demselben Rechtsstreit gewählt hat. Im vorliegenden Fall wird der Richter für einstweilige Verfügungen die vom Staatsrat in den oben genannten Entscheidungen angewandte Argumentation übernehmen und behaupten, dass die vom Gesetzgeber vorgenommene Einschränkung der Veröffentlichung der Wahlergebnisse, obwohl diese nach der Auszählung in jedem Wahllokal öffentlich verkündet werden, "insbesondere auf dem Bestreben des Gesetzgebers beruht, zu verhindern, dass die Wahl der Bürger unter Bedingungen beeinflusst wird, die ihr Grundrecht auf freie Stimmabgabe und die Aufrichtigkeit der Wahl beeinträchtigen können". Er stellt fest, "dass das so verfolgte Ziel mit dem "Schutz der Rechte anderer" im Sinne der Bestimmungen von Artikel 10 Absatz 2 der Konvention verbunden ist; dass diese Beschränkung, die lediglich darin besteht, die Veröffentlichung der Wahlergebnisse durch die Presse oder durch jedes Mittel der öffentlichen Kommunikation auf elektronischem Wege bis zur Schließung des letzten Wahllokals im Hoheitsgebiet der Republik aufzuschieben, in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht".

¹¹⁷¹ CE, Ord. 28. Mai 2002, *Les Verts*, *Lebon* S. 188.

¹¹⁷² CE, Ord. 30. August 2001, *Djaoui*, *Lebon* T., S. 1100.

¹¹⁷³ G. BACHELIER, concl. sur CE, 2. Juli 2003, *Sté Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003, S. 1782.

Verordnungsakts bezog, der als Rechtsgrundlage für den angefochtenen Einzelakt diene. Die angefochtene Entscheidung, mit der der Direktor des französischen Amtes für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen die Registrierung des Asylantrags des Klägers ablehnte, war auf der Grundlage von Artikel 1^{er} des Dekrets vom 14. August 2004 getroffen worden. Der Staatsrat bekräftigt, "dass unter Berücksichtigung des Amtes des Richters für einstweilige Verfügungen der Klagegrund der Rechtswidrigkeit von Artikel 1^{er} des oben genannten Dekrets vom 14. August 2004 nicht zurückbehalten werden kann"¹¹⁷⁴. Durch die Verwendung des Wortes "zurückbehalten" erkennt die Entscheidung an, dass ein solcher Klagegrund *wirksam* ist. Wenn es im vorliegenden Fall nicht sanktioniert werden kann, dann aufgrund seines nicht ausreichend offensichtlichen Charakters. In jedem Fall scheint die Forderung nach einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Eingriffs schwer zu erfüllen zu sein.

B. Eine schwer zu erfüllende Forderung

281. Damit der Richter für einstweilige Verfügungen eine Schutzmaßnahme verhängen kann, muss die Rechtswidrigkeit offensichtlich sein. Wenn ihm die Rechtswidrigkeit der Handlung oder des Verhaltens nicht sicher erscheint oder er lediglich einen einfachen, wenn auch ernsthaften Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit hat, muss er den Antrag nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ablehnen. Der Richter ist aufgrund des vom Gesetz gewählten Wortlauts dazu angehalten, in dieser Hinsicht kein Risiko einzugehen. Wenn die Verwaltungsbehörde nicht mit absoluter Sicherheit eine rechtswidrige Position eingenommen hat, muss der Richter für einstweilige Verfügungen den Antrag des Klägers ablehnen.

282. Drei Entscheidungen veranschaulichen besonders deutlich das hohe Maß an Anforderungen, das sich aus der Bedingung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit ergibt.

Zunächst geht aus dem Beschluss *GIE Sport* vom 18. März 2002 hervor, dass die Mehrdeutigkeit eines Textes ein Hindernis für die Offenkundigkeit einer Rechtswidrigkeit darstellt¹¹⁷⁵. Im vorliegenden Fall hatte der Rechtsstreit seinen Ursprung in einer Entscheidung, mit der die Ligue nationale de football beschlossen hatte, exklusive Nutzungsrechte für die Übertragung bestimmter Sportwettbewerbe zu vergeben. Die GIE Sport libre war der Ansicht, dass diese Entscheidung keine Rechtsgrundlage habe, da die Bestimmungen des Gesetzes vom 16. Juli 1984, das in den Artikeln 18-1 und 18-2 die Möglichkeit der Vergabe ausschließlicher Nutzungsrechte vorsieht, ihrer Meinung nach nicht auf Rundfunkdienste anwendbar seien. Die Frage der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung hing daher von der Frage ab, ob dieses Gesetz auf den Bereich des Rundfunks anwendbar ist. Wie der Richter der einstweiligen Verfügung feststellte, "hängt die Lösung des Rechtsstreits von der Frage ab, ob die Live-Berichterstattung über einen Sportwettbewerb im Rundfunk unter die in diesen Bestimmungen vorgesehenen "Verwertungsrechte" fällt und ob die Regeln, die sich für das Fernsehen aus diesen Bestimmungen ergeben, auch auf den Rundfunk anwendbar sind". Es hing also alles vom Anwendungsbereich dieses Textes ab. Aufgrund der Mehrdeutigkeit seines Wortlauts ließ dieser jedoch weder eine positive Schlussfolgerung im Sinne der Einbeziehung noch im Sinne des Ausschlusses zu. In Artikel 18-2 des Gesetzes heißt es nämlich in Absatz 2: "Der Verkäufer oder der Erwerber dieses Rechts darf sich nicht der Ausstrahlung von kurzen Ausschnitten durch andere *audiovisuelle Kommunikationsdienste* widersetzen, die unentgeltlich aus den *Bildern* des oder der übertragenden Dienste entnommen und von dem Dienst, der das Nutzungsrecht nicht übertragen hat und sie ausstrahlt, frei ausgewählt werden. Der Richter stellte fest, dass "diese Bestimmungen aufgrund der gleichzeitigen Verwendung der Begriffe "audiovisuelle Kommunikationsdienste" und "Bilder" im zweiten Absatz von Artikel 18-2 eine Mehrdeutigkeit aufweisen; angesichts dieser Mehrdeutigkeit ist die Rechtswidrigkeit, mit der die Entscheidung der Ligue Nationale de Football behaftet sein könnte, auf jeden Fall nicht "offensichtlich". Somit nimmt die Unklarheit über das anwendbare Recht der geltend gemachten Rechtswidrigkeit den "offenkundigen" Charakter. Die Rechtswidrigkeit ist wahrscheinlich und so beschaffen, dass sie beim Richter der einstweiligen Verfügung einen ernsthaften Zweifel aufkommen lässt; sie ist nicht sicher und kann daher nicht zu einer einstweiligen Verfügung führen.

Dieses erhöhte Anforderungsniveau des *référé-liberté* wurde vom Staatsrat im Urteil *Tliba* vom 30. Oktober 2001¹¹⁷⁶ nachdrücklich hervorgehoben. Die Klägerin, die von einer Ausweisungsverfügung betroffen war, war der Ansicht, dass diese Entscheidung ihr Recht auf ein normales Familienleben offensichtlich rechtswidrig beeinträchtigte. Nachdem der Staatsrat allgemein auf die größere Strenge des Verfahrens nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gegenüber dem Verfahren nach Artikel L. 521-11177 hingewiesen hatte, bekräftigte er, dass eine Ausweisungsmaßnahme im Hinblick auf das Recht auf ein normales Familienleben "nur dann

¹¹⁷⁴ CE, 9. März 2005, *Moinuddin, Lebon T.*, S. 805, S. 921.

¹¹⁷⁵ CE, ord. 18. März 2002, *GIE Sport libre und andere, Lebon*, S. 106.

¹¹⁷⁶ CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* S. 523.

¹¹⁷⁷ Siehe die Darstellung und Analyse der Formel *oben*, § 40.

offensichtlich rechtswidrig ist, wenn eine *offensichtlich* unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Ziele gerechtfertigt ist, zu denen die angefochtene Maßnahme ergriffen wurde". Diese Formulierung verweist auf die *Belgacem-Rechtsprechung* aus dem Jahr 1991¹¹⁷⁸. Seit dieser Entscheidung prüft der Verwaltungsrichter die Verhältnismäßigkeit von Ausweisungsmaßnahmen, die sich auf das Recht des Betroffenen auf Achtung seines Familienlebens auswirken. Dies bedeutet, dass die Vorteile, die die öffentliche Ordnung aus der Ausweisung des Betroffenen zieht, gegen die Nachteile abgewogen werden müssen, die die Vollstreckung dieser Entscheidung für das Familienleben des Betroffenen mit sich bringt. Im *Tliba-Urteil* hatte sich die Beschwerdeführerin der Hehlerei von Geldern aus dem Drogenhandel schuldig gemacht, was als schwerwiegend eingestuft werden kann. Auf der anderen Seite der Waagschale konnte Frau Tliba ihre langjährigen Bindungen zu Frankreich, die französische Staatsangehörigkeit ihrer engsten Familienmitglieder, insbesondere ihres minderjährigen Kindes, und den offensichtlichen Bruch ihrer Bindungen zu ihrem Herkunftsland geltend machen. Im Lichte dieser Elemente erschien die Verhältnismäßigkeit der Ausweisungsmaßnahme zweifelhaft oder diskussionswürdig. Daher hätte, wie Regierungskommissarin Isabelle de Silva feststellt, der Einwand der fehlenden Verhältnismäßigkeit der beanstandeten Maßnahme "einen "ernsthaften Zweifel" in den Köpfen des Richters des "référé-suspension" aufkommen lassen und rechtfertigen können, dass er die Vollstreckung der Ausweisung bis zum Urteil in der Hauptsache aussetzt"¹¹⁷⁹. Aufgrund der Schwere der der Klägerin vorgeworfenen Taten ist die Unverhältnismäßigkeit, die die Maßnahme zu beeinträchtigen scheint, hingegen nicht grob oder offensichtlich genug, um Anlass für eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit zu geben. "Wenn es eine Rechtswidrigkeit geben könnte, erscheint sie nicht offensichtlich"¹¹⁸⁰. Daher folgte der Regierungskommissar, dass "Frau Tliba die Voraussetzungen für eine Aussetzung der fraglichen Entscheidung erfüllt hätte, wenn sie sich auf die Bestimmungen von Artikel L. 521-1 berufen hätte, dass sie aber unter Berufung auf Artikel L. 521-2 keine solche Maßnahme beanspruchen kann"¹¹⁸¹. Die Klägerin hätte über den Weg der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung zufrieden gestellt werden können; der Weg der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit, der anspruchsvoller ist, ist für ihre Situation nicht geeignet. Generell wird es für die von einer Ausweisungsverfügung betroffene Person sehr schwierig sein, die offensichtliche Rechtswidrigkeit dieser Maßnahme im Hinblick auf ihre Freiheit, in einer Familie zu leben, nachzuweisen.¹¹⁸²

Schließlich ist noch ein Beschluss vom 9. Januar 2006 zu erwähnen, der Hinweise zur Beurteilung der Offensichtlichkeit einer Rechtswidrigkeit in dem Fall gibt, dass die Verwaltungsbehörde es unterlässt, die Konsequenzen aus einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu ziehen. Es steht fest, dass die Verwaltung eine Rechtswidrigkeit begeht, wenn sie sich weigert, eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts umzusetzen, oder es unterlässt, alle Konsequenzen zu ziehen, die mit der Umsetzung der Entscheidung verbunden sind. Für den Richter für einstweilige Verfügungen ist der Umstand, dass diese Entscheidung hinsichtlich der sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht ausreichend präzise war, ein Element, das bei der Beurteilung der Offensichtlichkeit der begangenen Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen ist. "Im vorliegenden Fall wurde am 1. Juli 2005 der Antrag von Frau Daaji auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung abgelehnt, dass sie nach den Feststellungen eines Arztes, der als Gesundheitsinspektor tätig ist, nicht mehr die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß Artikel 6 des französisch-algerischen Abkommens vom 27. Dezember 1968 erfülle. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Rennes, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufen wurde, setzte diese Entscheidung durch einen Beschluss vom 9. September 2005 aus. Um diese Entscheidung umzusetzen, beschränkte sich die Verwaltungsbehörde darauf, Frau Daaji eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung für drei Monate zu erteilen, die bis zum 26. Januar 2006 gültig war, wobei sie festlegte, dass die Inhaberin eine Erwerbstätigkeit ausüben durfte. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Rennes, der von Frau Daaji auf der Grundlage

1178 CE, Ass., 19. April 1991, *Belgacem, Lebon* S. 152, Schlusswort R. ABRAHAM; eine Lösung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aufgreifend (EGMR, 21. Juni 1988, *Berrehab vs. Niederlande*, Serie A, Nr. 138; EGMR, 18. Februar 1991, *Moustaquim vs. Belgien*, Serie A, Nr. 193).

1179 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, S. 333.

1180 M. GUYOMAR und P. COLLIN, Chron. unter dem Urteil *Tliba*, AJDA 2001, S. 1057.

1181 I. DE SILVA, a. a. O., S. 333.

1182 Bei Anträgen, die eine Ausweisungsmaßnahme auf dieser Grundlage anfechten, kommt es fast immer zu einer Ablehnung (siehe z. B. CE, ord. 10. August 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, Nr. 236969; CE, ord. 25. April 2002, *Labhini*, Nr. 245547; CE, ord. 4. Februar 2003, *Hilario*, Nr. 253742). Es muss jedoch eine Entscheidung vom 7. August 2002 erwähnt werden, in der der Richter für einstweilige Verfügungen die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Recht, ein normales Familienleben zu führen, anerkannte (siehe CE, ord. 7. Mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T. S. 870*). Im vorliegenden Fall war der Betroffene seit 1975 in Frankreich ansässig, seine Eltern und seine beiden Schwestern hatten die französische Staatsangehörigkeit erworben und er hatte keine familiären Bindungen mehr in seinem Herkunftsland. Vor allem aber war die Ausweisungsmaßnahme auf der Grundlage bestimmter Tatsachen ergangen, die vor der Einleitung des Ausweisungsverfahrens stattgefunden hatten. Der Richter stellt fest, "dass der Innenminister in Anbetracht der Art der Herrn Ouakid vorgeworfenen Taten und des Willens zur Wiedereingliederung, den er während seiner Inhaftierung gezeigt hatte, sowie der Bedingungen, unter denen seine Ausweisung beschlossen wurde, unter den Umständen des vorliegenden Falls das Recht des Betroffenen, ein normales Familienleben zu führen, (...) offensichtlich in einer Weise beeinträchtigt hat, die in keinem Verhältnis zu den Zielen steht, für die er den angefochtenen Erlass erlassen hat".

von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufen wurde, wies den Präfekten an, die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Umsetzung des Beschlusses vom 9. September 2005 erforderlich sind. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, der über den Weg der Berufung angerufen wurde, entscheidet in zwei Schritten. Zunächst erinnert er an die Verpflichtungen, die der Verwaltungsbehörde in einem solchen Fall obliegen. Er führt aus, dass, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen die Vollstreckung einer Entscheidung aussetzt, mit der ein Antrag eines Ausländers auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt wurde, die Verwaltung verpflichtet ist, den Ausländer mit einer vorläufigen Aufenthaltserlaubnis auszustatten, solange die angeordnete Aussetzung wirksam ist. Der Beschluss stellt klar, dass es auch Aufgabe der Verwaltung ist, die Situation des Antragstellers in Anbetracht des oder der Gründe, die als Grundlage für die Aussetzungsmaßnahme dienen, erneut zu prüfen, ohne die Entscheidung des mit der Hauptsache befassten Gerichts abzuwarten, und zwar unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände am Tag der erneuten Prüfung. Dies gilt selbst dann, wenn der Richter die Verpflichtungen, die sich für die Verwaltung aus der von ihm verhängten Aussetzungsmaßnahme ergeben, nicht ausdrücklich angegeben hat. In einem zweiten Schritt äußert sich der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats speziell zum Erfordernis der offensichtlichen Rechtswidrigkeit. Er stellt fest, "dass die Verwaltungsbehörde zwar dafür gerügt werden kann, dass sie die Situation von Frau Daaji bis heute nicht im Hinblick auf die Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 7 des französisch-algerischen Abkommens vom 27. Dezember 1968 und in Abhängigkeit von der Entwicklung ihres Gesundheitszustands erneut geprüft hat, Diese Untätigkeit ist, insbesondere weil der Richter für einstweilige Verfügungen des ersten Grades in seinem Beschluss vom 9. September 2005 nicht ausreichend explizit auf die Verpflichtungen der Verwaltung eingegangen ist, nicht offensichtlich rechtswidrig"¹¹⁸³. Somit ist die Untätigkeit der Verwaltung, die Konsequenzen aus dem Beschluss vom 9. September zu ziehen, unregelmäßig. Da der Richter nicht mit ausreichender Genauigkeit auf die Konsequenzen hingewiesen hat, die sich für sie ergaben, ist dieses Versäumnis nicht offensichtlich rechtswidrig.

283. Die Bedingung, dass die Rechtswidrigkeit offensichtlich sein muss, ist daher besonders anspruchsvoll. In der Praxis scheitern viele Anträge an diesem Punkt.

Diese Bedingung scheint schwer zu erfüllen, wenn die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Verwaltung einen weiten Ermessensspielraum einräumen. So schloss der Richter für einstweilige Verfügungen unter Hinweis auf den weiten Ermessensspielraum, den das Gesetz dem Präfekten bei seiner Entscheidung einräumt, die offensichtliche Rechtswidrigkeit der Weigerung, den Austritt einer Gemeinde aus einem Gemeindeverband zu genehmigen, aus¹¹⁸⁴. In der Entscheidung *Allouache u. a.* stellte der Richter fest, dass insbesondere aufgrund der Bedingungen, unter denen sich die städtischen Gewalttätigkeiten ab dem 27. Oktober 2005 entwickelten, der Plötzlichkeit ihrer Ausbreitung, der Möglichkeit ihres Wiederaufflammens anlässlich von Versammlungen auf öffentlichen Straßen während der Feiertage zum Jahresende und des jedem System der Verwaltungspolizei innewohnenden Präventionserfordernisses, Es kann nicht stichhaltig argumentiert werden, dass das Staatsoberhaupt mit der Entscheidung, den Ausnahmezustand nicht sofort zu beenden, in Ausübung seines weiten Ermessensspielraums eine Entscheidung getroffen hätte, die mit einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit behaftet wäre, obwohl sich die Umstände, die die Erklärung des Ausnahmezustands rechtfertigten, erheblich verändert haben¹¹⁸⁵.

Die Bedingung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit wird auch ausgeschlossen, wenn die positive Entscheidung oder die Ablehnung auf Gründen beruht, deren Anführung in Anbetracht der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten des Falles vernünftig erscheint. So wird eine Verbotsmaßnahme nicht als offensichtlich rechtswidrig angesehen, wenn die Gründe, auf denen sie beruht, in Anbetracht der Umstände des Falles vernünftig sind. Dies ist beispielsweise der Fall bei einer Verwaltungsentscheidung, die einer Person dauerhaft verbietet, an der Leitung oder Betreuung von Organen oder Einrichtungen, die Minderjährige beherbergen, mitzuwirken, weil sie aufgrund wiederholter Zeugenaussagen und schwerwiegender und übereinstimmender Elemente für sexuelle Handlungen gegenüber Minderjährigen, die ihrer Aufsicht unterstellt sind, verantwortlich gemacht wird¹¹⁸⁶, die Entscheidung des Seepräfekten, die das Befahren von Meereshöhlen in einer Entfernung von weniger als 10 Metern wegen der Gefahr von Steinschlag verbietet¹¹⁸⁷ oder die Gemeindeverordnung, die die Eröffnung eines Sexshops verbietet, da sich einerseits ein Kindergarten und eine Grundschule nicht weit von dem strittigen Geschäft entfernt befinden, Zum anderen richtet die Gemeinde in der Nähe des Geschäfts ein "Jugendzentrum" ein, das Animations-, Informations- und Freizeitangebote für Jugendliche beherbergen soll und in den nächsten Monaten eröffnet werden soll¹¹⁸⁸. Eine ablehnende Entscheidung ist nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn die von den Texten aufgestellten Bedingungen nicht

¹¹⁸³ CE, ord. 9. Januar 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, Nr. 288745, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

¹¹⁸⁴ CE, Ord. 24. Januar 2005, *Commune de Wissous*, Nr. 276493; CE, Ord. 2. März 2005, *Commune de Vedene*, Nr. 278123.

¹¹⁸⁵ CE, Ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562.

¹¹⁸⁶ CE, ord. 9. August 2001, *Medrinal*, *Lebon* T. S. 1127.

¹¹⁸⁷ CE, Ord. 27. September 2001, *Guegueniat*, Nr. 238473.

¹¹⁸⁸ CE, Ord. 8. Juni 2005, *Commune de Houilles*, *Lebon* T. S. 1036.

erfüllt zu sein scheinen. So stellte der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass die Unterlassung einer Gemeinde, Arbeiten zur Instandsetzung eines Weges, der den Zugang zu einer Diskothek ermöglicht, durchzuführen, nicht mit offensichtlicher Rechtswidrigkeit behaftet war¹¹⁸⁹; die Weigerung, ein Jahr vor der Erneuerung der Nationalversammlung eine partielle Parlamentswahl durchzuführen, da die geltenden Bestimmungen die Durchführung partieller Parlamentswahlen im letzten Jahr der Legislaturperiode verbieten und dem Premierminister in der Zeit vor dem gesetzlichen Verbot einen Ermessensspielraum bei der Festlegung des Datums einräumen, das für eine rechtzeitige Einberufung der Wählerschaft gewählt werden kann¹¹⁹⁰; die Verweigerung der Einreise eines ausländischen Staatsangehörigen, der nicht nachweist, dass die Bedrohungen, denen er sich im Falle einer Rückkehr in sein Land ausgesetzt sieht, real sind¹¹⁹¹ oder die Verweigerung der Registrierung von Stimmzetteln, die nicht den vollständigen Titel tragen, der in der von der Vertreterin geführten Liste eingereichten Kandidaturerklärung genannt wird¹¹⁹². Ebenso ist eine positive Entscheidung nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn sie auf Begründungen beruht, die unter den gegebenen Umständen angemessen erscheinen, wie z. B. die Aberkennung der Rechtsstellung eines Staatenlosen aufgrund unrichtiger Angaben zur Identität des Begünstigten¹¹⁹³, die Anordnung der Präfektur, eine Person aufgrund eines ausführlichen ärztlichen Attests nicht freiwillig in ein Krankenhaus einzuweisen¹¹⁹⁴, die Maßnahme, eine Herde zu schlachten, weil eine Kuh an BSE erkrankt ist¹¹⁹⁵ oder die Anweisung der Vorgesetzten an einen Hauptmann der Gendarmerie, sich angesichts der den Soldaten auferlegten Pflicht zur Zurückhaltung nicht mehr in den Medien zu äußern.¹¹⁹⁶

284. In der Praxis wurden nur wenige offensichtlich rechtswidrige Eingriffe vom Richter für einstweilige Verfügungen anerkannt. Wenn die Bedingung des offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Freiheit erfüllt ist, wird in den Entscheidungen in der Regel der Nachweis erbracht, dass die Entscheidung oder das Verhalten grob rechtswidrig ist. Damit das Verfahren des *référé-liberté* zur Anwendung kommen kann, reicht eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit nicht aus. Der Antragsteller muss auch die Dringlichkeit der Situation und insbesondere die Notwendigkeit begründen, dass er innerhalb von 48 Stunden eine Schutzmaßnahme erwirken muss.

1189 CE, ord. 5. März 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* S. 1130.

1190 CE, Ord. 18. Mai 2001, *Meyet, Bouget*, *Lebon*, S. 244.

1191 CE, ord. 18. April 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Mpia*, *Lebon T.*, S. 873.

1192 CE, Ord. 8. Juni 2004, *Zebdi-Ghorab*, Nr. 268467.

1193 CE, Ord. 29. März 2002, *Bonny*, *Lebon* S. 119.

1194 CE, Ord. 19. Juli 2002, *Benmedjehed*, 248798.

1195 CE, Ord. 1^{er} Juni 2001, *Ploquin*, *Lebon T.* S. 1126.

1196 CE, Ord. 5. Februar 2003, *Matelby*, Nr. 253871.

Kapitel 2

Ein extremer Notfall

285. Die Dringlichkeit ist die erste Voraussetzung für die Gewährung, die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegt ist. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist durch die Art dieses Verfahrens, das eine einstweilige Verfügung darstellt, und durch seinen Zweck, nämlich sehr schnell die schwerwiegendsten Verwaltungshandlungen zu unterbinden, gerechtfertigt. Damit der Erlass einer Schutzmaßnahme innerhalb von 48 Stunden legitim ist, erschien es gerechtfertigt, dass das Eingreifen des Richters ausdrücklich von der Dringlichkeit abhängig gemacht wird¹¹⁹⁷. Somit ist die einstweilige Verfügung nicht nur ein schnelles Verfahren; sie ist auch und vor allem ein Rechtsmittel, das nur dann sinnvoll eingesetzt werden kann, wenn eine schädliche Situation eingetreten ist oder einzutreten droht. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist nur dann berechtigt, sein Amt auszuüben, wenn eine echte Dringlichkeit vorliegt, die sein Eingreifen rechtfertigt. Es stimmt, dass Kläger, die sich auf dieser Grundlage an den Richter wenden, diese Anforderung oft aus den Augen verlieren, sie vernachlässigen oder in den Hintergrund stellen. Es handelt sich jedoch um eine besonders strenge Bedingung, und die Beurteilung durch den Richter des einstweiligen Rechtsschutzes zeigt auch hier, dass dieses Verfahren im Vergleich zum einstweiligen Rechtsschutz eine Ausnahme darstellt. In der Vorstellung des Verwaltungsrichters definiert die Bedingung der Dringlichkeit ebenso wie die Bedingung, dass eine Grundfreiheit vorliegt, den Anwendungsbereich des *référé-liberté*. In seiner konkreten Anwendung ist Artikel L. 521-2 sowohl ein Verfahren für extreme Dringlichkeit als auch ein Verfahren für die Verletzung von Grundfreiheiten.
286. Gemäß einem klassischen Grundsatz muss der Antragsteller den Nachweis erbringen, dass diese Anforderung erfüllt ist. Artikel R. 522-1, der auf alle Dringlichkeitsreferenden anwendbar ist, bestimmt, dass der Antrag "die Dringlichkeit der Angelegenheit *belegen*" muss. Artikel L. 521-2, der sich speziell auf die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit bezieht, besagt, dass der Richter mit einem Antrag befasst werden muss, der "durch die Dringlichkeit *gerechtfertigt*" ist. Somit obliegt es dem Antragsteller, die Gründe darzulegen, warum die Umstände des Falls die Verhängung einer Maßnahme dringend erforderlich machen. Eine unzureichende Begründung in diesem Punkt, die zu allgemein, abstrakt oder ungenau ist, setzt ihn der Gefahr aus, dass sein Antrag abgelehnt wird.¹¹⁹⁸
287. Von allen in Artikel L. 521-2 genannten Bedingungen ist die Dringlichkeit eine der am schwierigsten zu systematisierenden. Diese Schwierigkeit erklärt sich aus der "eminenter konkreten und relativen" Natur¹¹⁹⁹ dieses Begriffs. Wie Professor Dugrip feststellte, "beruht die Anerkennung der Dringlichkeit nicht auf einer objektiven Feststellung. Sie ist immer das Ergebnis einer subjektiven Beurteilung der Fakten des Falles in Bezug auf die Umstände des Falles, die beantragten Maßnahmen und die Verfahrensdauer (...)"¹²⁰⁰. Daher

¹¹⁹⁷ Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Verfahren des *Déféré-liberté* und der Rechtsdurchsetzung, die ebenfalls schnelle Verfahren sind - zumindest, wenn das zweite Verfahren in einer einstweiligen Verfügung verfolgt wird -, nicht dieser Anforderung unterliegen. Zunächst einmal gehört die Dringlichkeit nicht zu den Bedingungen des Art. 809 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung. Wenn sich der Antragsteller auf dieser Grundlage an den Zivilrichter für einstweilige Verfügungen wendet, muss er lediglich einen drohenden Schaden oder eine offensichtlich rechtswidrige Störung geltend machen. Es reicht aus, wenn nur eine dieser Bedingungen erfüllt ist, um die Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen zu begründen. Der Kassationshof erinnert regelmäßig daran, dass die Anwendung dieser Bestimmung keineswegs vom Nachweis der Dringlichkeit der beantragten Maßnahme abhängig ist (siehe z. B. Civ. 3^{ème}, 22. März 1983, *Bull. civ.* III, Nr. 83). Folglich kann das Opfer Wiederherstellungsmaßnahmen erhalten, "während die Beendigung der Störung, die es erleidet, keinen dringenden Charakter hat" (S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, Thèse Paris II, 2002, S. 273). Auch im Rahmen der *Déféré-liberté* ist keine Dringlichkeit erforderlich, und zwar aufgrund der besonderen Eigenschaft des Beschwerdeführers. Folglich begehrt der Präsident des Verwaltungsgerichts, wenn er vom Präfekten auf der Grundlage von Artikel L. 2131-6 Abs. 5 des Code général des collectivités territoriales angerufen wird, einen Rechtsfehler, indem er die Aussetzung der angefochtenen Maßnahme "von einer Dringlichkeitsbedingung abhängig macht, die im Rahmen dieses Verfahrens nicht verlangt wird" (CE, 11. März 2005 *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Communes d'Avion, de Rouvroy, de Drocourt et de Méricourt, Lebon* S. 101).

¹¹⁹⁸ Beispielsweise schließt der Richter im Beschluss *Lidl* vom 23. März 2001 die Dringlichkeit mit der Begründung aus, dass die antragstellende Gesellschaft "sich darauf beschränkt hat, "eine besonders schädliche Situation" zu erwähnen, ohne (...) das geringste konkrete Element zur Beurteilung beizusteuern" (CE, ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154). Für bedeutende Beispiele siehe auch: CE, Ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385; CE, Ord. 31. Juli 2002, *Kocoyigit*, Nr. 248716; CE, Ord. 6. Juni 2003, *Société Nice diffusion menuiserie*, Nr. 257472; CE, Ord. 5. Juli 2004, *Association des usagers des médias d'Europe*, Nr. 269344.

¹¹⁹⁹ R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 711.

¹²⁰⁰ O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, S. 332. Die gleichen Beobachtungen werden im Privatjustizrecht gemacht: "La doctrine et la jurisprudence

wird sie zwangsläufig von Fall zu Fall und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des jeweiligen Falles beurteilt¹²⁰¹. Eine Entscheidung wird in einem Fall als dringlich eingestuft, während die gleiche Entscheidung in einem anderen Fall nicht als dringlich angesehen wird. Trotz einer gewissen und durchaus verständlichen Empirie sind die Richter jedoch durchaus bemüht, ihre Urteile zu rationalisieren. Das Hauptmerkmal der Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ist, dass es sich um eine extreme Dringlichkeit, eine qualifizierte Dringlichkeit und eine Dringlichkeit handelt, bei der innerhalb von 48 Stunden Maßnahmen ergriffen werden müssen. Aus der Rechtsprechung lassen sich allgemeine Hinweise auf die Kriterien ableiten, anhand derer diese besondere Dringlichkeit charakterisiert oder ausgeschlossen werden kann.

Abschnitt 1. Die Notwendigkeit einer Intervention nach 48 Stunden

288. Zunächst behandelte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-1 und die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gleich. Ab dem Beschluss *Commune de Pertuis* vom 28. Februar 2003 bekräftigt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die Notwendigkeit einer verstärkten Dringlichkeit im Bereich der einstweiligen Verfügung. Diese Bedingung kann nicht als erfüllt angesehen werden, wenn die strittige Situation nicht das Eingreifen eines Richters innerhalb von 48 Stunden erfordert, um sie zu beenden.

I. Das anfängliche Fehlen der Einzigartigkeit des Begriffs

289. In den ersten beiden Jahren der Anwendung des Gesetzes vom 30. Juni 2000 behandelte der Richter für einstweilige Verfügungen die Dringlichkeit im Sinne der einstweiligen Verfügung für Freiheit und die Dringlichkeit im Sinne der einstweiligen Verfügung für Aussetzung strikt gleich. Er war der Ansicht, dass die Dringlichkeit, die in den Artikeln L. 521-1 und L. 521-2 unterschiedslos genannt wird, in beiden Verfahren auf die gleiche Weise betrachtet werden sollte¹²⁰². Bezeichnenderweise stellte der Richter für einstweilige Verfügungen in einem Beschluss vom 15. März 2002 fest, dass die Weigerung der Verwaltung, einen Führerschein zurückzugeben, "geeignet ist, die in Artikel L. 521-1 und Artikel L. 521-2 festgelegte Bedingung der Dringlichkeit als erfüllt gelten zu lassen"¹²⁰³. Die Formulierung ist umso bemerkenswerter, als der Richter in dieser Entscheidung nur mit Anträgen befasst war, die sich auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stützten. Autorisierte Kommentatoren kamen zu dem Schluss, dass es in beiden Verfahren einen einheitlichen Ansatz für die Dringlichkeit gibt. So behaupteten die Autoren der *Grands arrêts*, dass diese Bedingung, die der *référé-suspension* und der *référé-liberté* gemeinsam ist, "nicht so aussieht, als müsste sie in beiden Verfahren unterschiedlich bewertet werden"¹²⁰⁴. "Man kann höchstens davon ausgehen, dass sie in Bezug auf *référé-liberté* liberaler beurteilt wird", hieß es sogar in der Feder von Collin und Guyomar¹²⁰⁵. Wie der Richter für einstweilige Verfügungen waren die Autoren der Ansicht, dass "es kaum einen Grund dafür gibt, dass die für die einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung erforderliche Dringlichkeit anders ist als die für die einstweilige Verfügung gegen die Grundfreiheiten erforderliche Dringlichkeit"¹²⁰⁶.

Daher wurde die Dringlichkeit in beiden Verfahren auf im Wesentlichen vergleichbare Weise beurteilt, wobei

s'accordent à reconnaître que l'urgence est une notion relative, empreinte de subjectivité et d'empirisme (...)" (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed., Litec, 1998, S. 73).

¹²⁰¹ Dies unterstreicht der Richter durch verschiedene Formulierungen, indem er beispielsweise in der Entscheidung *Commune de Massat* feststellt, dass die Dringlichkeit "im vorliegenden Fall" erfüllt ist (CE, ord. 25. August 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* S. 386).

¹²⁰² Zur Beurteilung der Dringlichkeit auf der Grundlage von Art. L. 521-1 siehe J. RAYMOND, "L'urgence, condition essentielle du *référé suspension*", *JCP A* 2003, 1935.

¹²⁰³ CE, Ord. 15. März 2002, *Delaplace*, *Lebon*, S. 105.

¹²⁰⁴ *GAJA* Nr. 118, § 12.

¹²⁰⁵ M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, S. 154.

¹²⁰⁶ N. CHAHID-NOURAI und C. LAHAMI-DEPINAY, "L'urgence devant le juge administratif: premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative", *LPA* 12. Februar 2001, Nr. 30, S. 16.

sich der Richter im Rahmen von Artikel L. 521-2 an den Kriterien orientierte, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 festgelegt wurden. Im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Suspendierung bekräftigte der Staatsrat im Urteil vom 19. Januar 2001, *Confédération nationale des radios libres*¹²⁰⁷, dass die Bedingung der Dringlichkeit als erfüllt anzusehen ist, "wenn die angefochtene Verwaltungsentscheidung in hinreichend schwerwiegender und unmittelbarer Weise einem öffentlichen Interesse, der Situation des Antragstellers oder den Interessen, die er zu verteidigen beabsichtigt, schadet". Dies gilt selbst dann, wenn die angefochtene Entscheidung "nur einen rein finanziellen Zweck oder Auswirkungen hätte und ihre Folgen im Falle einer Aufhebung durch eine finanzielle Entschädigung beseitigt werden könnten". Die im Rahmen dieses Urteils herausgearbeiteten Kriterien, d. h. die Formen und Merkmale der Dringlichkeit, wurden im Wesentlichen auch im Rahmen des *référé-liberté*¹²⁰⁸ übernommen. Während die Dringlichkeit vom Richter der einstweiligen Verfügung meist ohne jeglichen Verweis auf die Formen oder Merkmale der Dringlichkeit festgestellt wird, erwähnt er manchmal ausdrücklich die im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen Suspendierung herausgearbeiteten Kriterien.¹²⁰⁹

290. Die Rechtsprechung hat "eine dreigliedrige Typologie"¹²¹⁰ der Schadensarten aufgestellt. Die Handlung oder das Verhalten kann in erster Linie die Situation des Klägers beeinträchtigen. Dies ist der Fall, der von der Rechtsprechung bei weitem am häufigsten angenommen wird. Der Schaden kann auch nicht-materieller Natur sein. Die Möglichkeit des Antragstellers, im *Nachhinein* eine Entschädigung für den Schaden zu erhalten, der ihm durch einen Verwaltungsakt oder ein Verwaltungshandeln entstanden ist, steht der Einstufung als dringlich nicht entgegen. Beispielsweise wird sie im Falle einer Weigerung, die Kinder des Antragstellers in dessen Reisepass einzutragen, als erfüllt angesehen¹²¹¹. Der Schaden kann sich aus der Unmöglichkeit ergeben, eine Grundfreiheit auszuüben. So konnten sich die Kläger im Urteil *Aguillon, in dem es* um die Einberufung streikender Arbeitnehmer ging, nicht auf einen finanziellen Schaden berufen, da die Präfektorialelase die Entlohnung des Personals zu den üblicherweise von ihrem Arbeitgeber festgelegten Bedingungen vorsahen. Im vorliegenden Fall entsteht der Schaden dadurch, dass die fraglichen Erlasse die Betroffenen "zur sofortigen Wiederaufnahme ihrer beruflichen Tätigkeit" zwingen und somit die Ausübung des Streikrechts behindern¹²¹². Der Schaden kann zweitens die Interessen beeinträchtigen, die der Beschwerdeführer zu verteidigen beabsichtigt. Diese Hypothese entspricht den kollektiven Interessen, die "nur von Gewerkschafts- und Berufsorganisationen oder Vereinigungen zur Verteidigung kollektiver Interessen" vertreten werden¹²¹³. Die strittige Situation kann drittens einem öffentlichen Interesse schaden. Beispiele hierfür sind im *référé-suspension*¹²¹⁴ und noch mehr im *référé-liberty* selten, da die Grundfreiheiten grundsätzlich auf die Verteidigung von Einzelinteressen und nicht auf die Befriedigung des allgemeinen Interesses ausgerichtet sind. Eine solche Hypothese ist jedoch nicht undenkbar, z. B. wenn die freie Verwaltung der Gebietskörperschaften oder das Eigentumsrecht einer öffentlichen Person verletzt wird. In diesem Fall könnte der Richter eine Situation charakterisieren, die sowohl das Interesse des Antragstellers als auch das allgemeine Interesse beeinträchtigt.

291. Der Richter für einstweilige Verfügungen verlangt, dass der Schaden, der einem dieser Interessen zugefügt wird, hinreichend schwerwiegend und unmittelbar ist.

Zunächst einmal muss der Schaden "ausreichend schwerwiegend" sein. Der Richter versteht darunter einen Schaden, der durch seine Intensität, seine Dauer oder einige seiner Merkmale die Nachteile übersteigt, die sich normalerweise aus dem Leben in der Gesellschaft ergeben. Ab einer bestimmten Schwelle kann der Schaden als "ausreichend schwerwiegend" bezeichnet werden. Dieses Kriterium schließt bloße Beschwerden oder Unannehmlichkeiten aus dem Bereich der Dringlichkeit aus, die zwar den Zustand des Antragstellers verschlechtern, aber seine Situation nicht wesentlich und dauerhaft beeinträchtigen¹²¹⁵. Die Bedingung der

¹²⁰⁷ CE, Sect., 19. Januar 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Lebon* S. 29, *AJDA* 2001, S. 150-153, chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN; *RFD* 2001, S. 378-388, Schl. L. TOUVET; *D.* 2001, S. 1414-1418, Anm. B. SEILLER.

¹²⁰⁸ Diese Modalitäten zur Beurteilung der Dringlichkeit müssen insofern erwähnt werden, als die Rechtsprechung der *Commune de Pertuis* nicht dazu geführt hat, ihre Anwendung auszuschließen, sondern in der Praxis eine zusätzliche Anforderungsebene im Vergleich zum Urteil *Confédération nationale des radios libres* hinzuzufügen.

¹²⁰⁹ Zu den wenigen Entscheidungen, die sich ausdrücklich auf diese Kriterien bezogen, gehören CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon*, S. 45. Der Staatsrat bestätigt dort zur Charakterisierung der Dringlichkeit, dass das beanstandete Verwaltungshandeln "durch sich selbst eine hinreichend schwere und unmittelbare Beeinträchtigung der Situation des Antragstellers bewirkt".

¹²¹⁰ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 89.

¹²¹¹ CE, Ord. 4. Dezember 2002, *Du Conédict de Kéranant, Lebon T.*, S. 875.

¹²¹² CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere, Lebon* S. 497.

¹²¹³ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 93.

¹²¹⁴ Siehe zum Beispiel CE, ord. 13. Februar 2003, *Joyaux*, Nr. 253439, mit dem Hinweis auf "das Interesse der Studenten an einem qualitativ hochwertigen öffentlichen Dienst".

¹²¹⁵ So schadet eine Passverweigerung dem Antragsteller nicht, der angibt, sich nach Brüssel begeben zu müssen, da ein

Schwere ist erfüllt, wenn der Antragsteller einen erheblichen finanziellen Schaden erleidet¹²¹⁶. Die Schwere kann sich auch aus der Dauer des Schadens ergeben, insbesondere bei einer übermäßigen Verzögerung der Verwaltung bei der Erteilung einer Genehmigung¹²¹⁷ oder der Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung¹²¹⁸. Die Tatsache, dass das Versprechen der Rückgabe eines Grundstücks, das unrechtmäßig in einen Golfplatz einbezogen wurde, noch nicht eingelöst wurde, ist hingegen nicht geeignet, eine Notsituation aufzuzeigen, "während die Beweisaufnahme (...) ergeben hat, dass das Grundstück der Kläger kurz vor der Rückgabe steht"¹²¹⁹.

Zweitens muss der Schaden "unmittelbar" sein. Dieses Kriterium ist zeitlich begrenzt und bedeutet, dass die Handlung oder das Verhalten der Verwaltung bereits schädliche Auswirkungen haben oder innerhalb kürzester Zeit haben werden. Diese Anforderung ist nicht erfüllt, wenn die Bestimmungen eines Rechtsakts erst mehrere Monate nach der Befassung des Richters für einstweilige Verfügungen wirksam werden. So stellt der Richter für einstweilige Verfügungen in einem Beschluss vom 13. November 2002 fest, dass die Bestimmungen von Artikel L. 613-3 des Bau- und Wohnungsgesetzbuchs¹²²⁰ verhindern, dass die Zwangsvollstreckung der beantragten Räumungsmaßnahme vor dem 15. März 2003 eingeleitet wird. Da diese Maßnahme nicht vor einer Frist von mehreren Monaten durchgeführt werden kann, ist die Dringlichkeit in ihrer Unmittelbarkeit zu dem Zeitpunkt, an dem der Richter entscheidet, nicht gekennzeichnet¹²²¹. Ebenso ist die Unmittelbarkeit des Schadens nicht gegeben, wenn ein Unternehmen einen Geschäftsschaden geltend macht, ohne eine behördliche Genehmigung für den Betrieb des betreffenden Geschäfts beantragt - und folglich auch erhalten - zu haben. In einem solchen Fall ist der von der antragstellenden Gesellschaft behauptete Geschäftsschaden nur ein möglicher¹²²². Wenn ein Antragsteller einen Reisepass hat, der noch neun Monate gültig ist, kann er nicht nachweisen, dass er dringend eine vorzeitige Verlängerung benötigt, um auf die Philippinen reisen zu können, die nur einen Reisepass mit einer Mindestgültigkeit von sechs Monaten für die Einreise in ihr Hoheitsgebiet verlangen.¹²²³

292. In der Anfangszeit der Reform vom 30. Juni 2000 wurde die Dringlichkeit nicht in Abhängigkeit von dem eingeleiteten Verfahren gesondert betrachtet. Einige Autoren hatten jedoch argumentiert, dass aufgrund des Anwendungsbereichs dieses Verfahrens¹²²⁴ oder der 48-Stunden-Frist, die dem Richter für die Entscheidung eingeräumt wurde, eine höhere Anforderung gerechtfertigt sein könnte¹²²⁵. Der Richter für einstweilige

Franzose keinen Pass benötigt, um sich nach Belgien zu begeben (CE, ord. 21. März 2001, *Rabal*, Nr. 231531).

¹²¹⁶ Siehe zum Beispiel CE, ord. 12. Juni 2002, *SARL Barlive*, Nr. 247683. Im vorliegenden Fall hatte die Schließung eines Schankbetriebs zur Entlassung von vierzehn Angestellten des Betriebs geführt, wodurch dem Unternehmen der Großteil seines Umsatzes, den es normalerweise im Sommer erzielt, entzogen wurde und seine Existenz in kurzer Zeit bedroht war. Unter diesen Umständen "und obwohl die Gesellschaft für ihren Schaden entschädigt werden könnte, wenn die gegen sie ergriffene Maßnahme vom Richter der Überschreitung der Befugnisse aufgehoben würde, muss die Bedingung der Dringlichkeit, der die Verhängung von Maßnahmen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes unterliegt, als erfüllt angesehen werden".

¹²¹⁷ Beispielsweise lässt sich die Dringlichkeit, den französischen Generalkonsul in Genf anzuweisen, die Kinder des Antragstellers in seinen Pass einzutragen, aus der Art des Rechtsstreits und der Dauer der Schritte ableiten, die der Antragsteller seit mehreren Monaten erfolglos bei den betreffenden Behörden unternommen hat (CE, ord. 4. Dezember 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.*, S. 875). Da außerdem eine Frist von zwei Jahren und sieben Monaten verstrichen ist, seit die Verwaltung der Klägerin mitgeteilt hat, dass sie Anspruch auf einen Aufenthaltstitel hat und dass ihr eine Empfangsbestätigung ausgehändigt werden soll, "schafft die Verlängerung der prekären Situation, die Miss Béchar auf diese Weise auferlegt wurde, während einer ungewöhnlich langen Dauer eine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" (CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* S. 1132).

¹²¹⁸ So charakterisiert der Richter die Dringlichkeit für eine Weigerung, die öffentliche Gewalt bei der Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung einzusetzen, die die Räumung von Personen vorschreibt, die seit mehr als einem Jahr ohne Titel wohnen (CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France, Lebon S.* 408) oder mehr als eineinhalb Jahre (CE, ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* S. 874).

¹²¹⁹ CE, Ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec und Brocas*, Nr. 239165.

¹²²⁰ Der die Durchführung von Zwangsräumungen zwischen dem 1.^{er} November und dem 15. März des folgenden Jahres verbietet.

¹²²¹ CE, Ord. 13. November 2002, *Harlant, Lebon T.*, S. 875.

¹²²² CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon S.* 154.

¹²²³ CE, Ord. 22. August 2003, *Coben*, Nr. 259583.

¹²²⁴ Noch vor Inkrafttreten der Reform kündigte Präsident Vandermeeren an, dass die Dringlichkeit im Sinne des *référé-liberté* zwar "vergleichbare Beurteilungsprobleme" wie die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-11 aufwirft, dass aber die Dringlichkeit noch strenger gehandhabt werden muss. 521-1, "Gegenstand einer strengeren Auslegung sein sollte: Es wird wahrscheinlich erforderlich sein, dass die Umstände die Dringlichkeit dringlich und das sofortige Eingreifen des Richters unerlässlich machen" (R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 712). Ähnlich argumentierte M. Hocreitere, dass die Dringlichkeit zwar eine gemeinsame Bedingung der Artikel L. 521-1 und L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ist, "alles darauf hindeutet, dass sie vom Richter für einstweilige Verfügungen angesichts des Umfangs des *référé-liberté* strenger geprüft wird" (P. HOCREITERE, "Les nouvelles règles applicables au contentieux administratif de l'urbanisme", *BJDU* 2001/1, S. 4).

¹²²⁵ Chapus war bereits 2001 der Ansicht, dass "die Dringlichkeit erfordert, dass die Ausübung der einstweiligen

Verfügungen des Staatsrats sollte diese Lösung schnell verankern, indem er die Kriterien des schweren und unmittelbaren Schadens um eine zusätzliche Anforderung bei der Beurteilung der Dringlichkeit ergänzte.

II. Die Bekräftigung einer besonderen Dringlichkeit

293. In dem sehr wichtigen Beschluss der *Gemeinde Pertuis* vom 28. Februar 2003¹²²⁶ bestätigt der Richter das Vorliegen einer Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2, d. h. einer qualifizierten Dringlichkeit, die, da sie ein gerichtliches Eingreifen innerhalb von 48 Stunden erfordert, sich durch einen erhöhten Grad an Anforderungen von der Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-1 unterscheidet. In diesem Fall war der Richter mit einem Antrag auf Aussetzung bestimmter Artikel der Geschäftsordnung des Gemeinderats der Gemeinde Pertuis befasst, die sich auf die Meinungsäußerung von Ratsmitgliedern bezogen, die nicht der kommunalen Mehrheit angehörten. Der Richter stellte fest, "dass die Beibehaltung der Bestimmungen der Artikel 27, 28 und 30 der Geschäftsordnung des Gemeinderats von Pertuis ohne besondere Umstände keine *Notsituation* darstellt, die unter der Voraussetzung, dass die anderen in Artikel L. 521-2 genannten Bedingungen erfüllt sind, dazu führt, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen werden muss". Mit dieser Entscheidung unterscheidet der Richter deutlich zwischen zwei Dringlichkeiten, wobei er sich erneut auf den Ausnahmecharakter der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit und die strengeren Bedingungen für ihre Gewährung im Vergleich zum Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Suspension stützt¹²²⁷. Er unterscheidet einerseits zwischen einer "gewöhnlichen" Dringlichkeit, die jedoch dringend genug ist, um das Eingreifen eines Richters für einstweilige Verfügungen vor der Verkündung des Urteils in der Hauptsache zu rechtfertigen¹²²⁸, und andererseits einer unmittelbar bevorstehenden Dringlichkeit, die das Eingreifen eines Richters innerhalb von 48 Stunden oder zumindest sehr kurzfristig erfordert. Im Gegensatz zur einstweiligen Verfügung ist die einstweilige Verfügung kein akzessorischer Rechtsbehelf; die Dringlichkeit wird nicht im Hinblick auf einen Hauptbehelf beurteilt, auf den sie sich stützen würde und dem der Richter für einstweilige Verfügungen nur zuvorkommen würde. Wie Debbasch und Ricci feststellten, wird die Bedingung der Dringlichkeit "an sich geprüft, da diese einstweilige Verfügung nicht mit einer Hauptklage verbunden ist"¹²²⁹. Die Dringlichkeit kann jedoch nicht an sich beurteilt werden. Da die Dringlichkeit nicht wie bei der einstweiligen Verfügung nicht anhand der Zeit beurteilt werden kann, die für das Eingreifen des Richters in der Hauptsache erforderlich ist, muss sie notwendigerweise anhand einer anderen Bezugsgröße beurteilt werden, die in diesem Fall in der 48-Stunden-Frist liegt, die dem Richter für die Entscheidung eingeräumt wird¹²³⁰. Besonders deutlich hat der Richter für einstweilige Verfügungen erklärt, dass "die

Verfügung durch die Notwendigkeit eines so schnellen Eingreifens wie nötig gerechtfertigt wird, um eine Verletzung einer Grundfreiheit zu beenden oder eine drohende Verletzung zu verhindern. Plus précisément, on doit être attentif au délai de 48 heures impartis au juge pour qu'il s'en prononce (...)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, Nr. 1601). M. Bachelier behauptete, dass im Vergleich zum référé-suspension "der Grad der Dringlichkeit anhand von Erwägungen beurteilt werden muss, die sich auf das Bestehen der Frist von 48 Stunden beziehen, die dem référé-Richter für seine Entscheidung eingeräumt wurde (...)" (G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 262).

1226 CE, ord. 18. Februar 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* S. 68, *AJDA* 2003, S. 1171-1178, Anmerkung P. CASSIA und A. BEAL; *JCP A* 2003, 1584, Anm. J.-P. QUILLIEN.

1227 Zur Differenzierung der beiden Verfahren siehe oben, § 40.

1228 Wenn er auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufen wird, prüft der Richter für einstweilige Verfügungen, ob der Richter in der Hauptsache nicht entscheiden kann, bevor die angefochtene Entscheidung schwer umkehrbare Wirkungen entfaltet hat. Im Rahmen der einstweiligen Anordnung zur Aufhebung "obliegt es dem Antragsteller, besondere Umstände zu begründen, die die Notwendigkeit für ihn kennzeichnen, in sehr kurzer Zeit in den Genuss einer einstweiligen Anordnung zu kommen, bis eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, die über die Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung entscheidet" (CE, Sect., 14. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur*, *Lebon* S. 123, *AJDA* 2001, S. 673-680, concl. I. DE SILVA). Der Antragsteller muss eine "Dringlichkeit geltend machen, die es rechtfertigt, dass, ohne die Entscheidung über den Antrag in der Hauptsache abzuwarten, die Vollstreckung der Entscheidung ausgesetzt wird" (CE, Sect., 19. Januar 2001, *Confédération nationale des radios libres*, zitiert). Diese Definition von Dringlichkeit ist klassisch; sie gilt für alle Verfahren mit akzessorischem Charakter, bei denen es darum geht, bis zur Entscheidung in der Hauptsache rein sichernde Maßnahmen zu erwirken. Damit eine Dringlichkeit vorliegt, muss die Gefahr bestehen, dass die Interessen des Antragstellers durch den Zeitablauf ernsthaft beeinträchtigt werden, bevor das Gericht in der Hauptsache ihre Wahrung gewährleisten kann. Andernfalls wäre das Eingreifen des Dringlichkeitsrichters nicht gerechtfertigt, da das Gericht, das in der Hauptsache und in den üblichen Formen entscheidet, innerhalb der erforderlichen Fristen die notwendigen Maßnahmen ergreifen könnte. In diesem Fall "entsteht die Dringlichkeit aus der Notwendigkeit, Rechte und Interessen zu schützen, die in Erwartung des Urteils in der Hauptsache bedroht sind" (O. DUGRIP, a. a. O., S. 312).

1229 C. DEBBASCH und J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, Nr. 556.

1230 Bei der Beurteilung der Dringlichkeit berücksichtigt der Richter weitestgehend die Frist von 48 Stunden, die ihm für die Entscheidung zur Verfügung steht. Es sei darauf hingewiesen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen in einem Beschluss vom 21. August 2001 dieser Urteilsfrist bei der Beurteilung der Dringlichkeit in Bezug auf einstweilige Verfügungen besondere Bedeutung beigemessen hatte. Nachdem er den Text von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zitiert hatte, erklärte der Richter, "dass die in diesen Bestimmungen genannten Bedingungen, die kumulativ sind, getrennt beurteilt

Bedingung der Dringlichkeit (...) in Bezug auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes im Hinblick auf den Verweis des Gesetzgebers auf die Notwendigkeit, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen wird - unter der Voraussetzung, dass die anderen Bedingungen desselben Artikels ebenfalls erfüllt sind -, beurteilt werden muss¹²³¹. Daraus ergibt sich ein grundlegender Unterschied zwischen den beiden Verfahren in Bezug auf die Beurteilung der Dringlichkeit. Bei der einstweiligen Verfügung ist diese gegeben, wenn das Eingreifen des Richters in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann. Im *référé-liberté* ist sie charakterisiert, wenn es für den Antragsteller notwendig ist, unverzüglich eine Schutzmaßnahme zu erhalten. Die Bedingung der Dringlichkeit "verschiebt sich also von der fraglichen Situation auf die beantragte Maßnahme", kann man sagen, indem man die Formulierung von M. Debbasch in Bezug auf das traditionelle *référé-conservatoire* übernimmt¹²³². Das Kriterium der Nützlichkeit oder Notwendigkeit der beantragten Maßnahme ist ein Element, das in allen Dringlichkeitsverfahren zu finden ist. Es muss keine Dringlichkeit festgestellt werden, wenn die Verhängung einer Maßnahme für den Antragsteller nicht nützlich oder notwendig ist. Die Dringlichkeit bezieht sich nicht nur auf eine Situation, sondern auch auf die Verhängung einer Schutzmaßnahme. So stellt der Richter im *Gollnisch-Beschluss fest*, dass "in Anbetracht des doppelten Umstands, dass das Disziplinarverfahren nicht abgeschlossen ist und dass ein Strafverfahren läuft, es dringend erforderlich ist, dass der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Unschuldsvermutung im vorliegenden Fall ergreift"¹²³³. Ähnlich verhält es sich in einem Fall, in dem die Identitätsdokumente der Antragsteller eingezogen und materiell zurückgehalten werden, der Richter sagt, dass es "dringend erforderlich ist, die Antragsteller in den Besitz von Titeln zu bringen, die ihnen insbesondere die Durchführung von Handlungen des täglichen Lebens ermöglichen"¹²³⁴. Umgekehrt besteht keine Dringlichkeit, eine Verwaltungsbehörde anzuweisen, ausdrücklich über eine Verwaltungsbeschwerde zu entscheiden, die mehrere Monate zuvor an sie gerichtet wurde, wenn das Schweigen der Behörde zu einer stillschweigenden Ablehnungsentscheidung und damit zu einer Stellungnahme geführt hat¹²³⁵. In diesem Fall ist die erbetene Maßnahme weder nützlich noch notwendig.

294. Bei der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit muss die Dringlichkeit also dringender sein als bei der einstweiligen Verfügung gegen die Suspension; sie muss einen solchen Grad erreichen, dass sie das sofortige Eingreifen eines Richters erforderlich macht. Um die Formulierungen der Rechtsprechung zu verwenden, müssen die Umstände des Falles "eine besondere Dringlichkeit"¹²³⁶, "eine unmittelbar bevorstehende Dringlichkeit"¹²³⁷, kurz gesagt eine Situation, "in der sofort eine Maßnahme ergriffen werden muss", kennzeichnen¹²³⁸. Die einstweilige Verfügung war schon vor dem Beschluss der *Commune de Pertuis* anspruchsvoll und wird nach diesem Beschluss noch anspruchsvoller.

Die differenzierte Beurteilung der Dringlichkeit je nach den Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens stellt eine Vorgehensweise dar, die nicht neu ist. Traditionell wird davon ausgegangen, dass die Dringlichkeit nicht für alle einstweiligen Verfügungen einheitlich definiert werden kann. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass es möglich ist, Dringlichkeitstypen herauszuarbeiten, die sich aus den Merkmalen und Besonderheiten der einzelnen Verfahren ergeben. Wie Clémenceau sagte, wird die Dringlichkeit "wenn nicht bei jeder einstweiligen Verfügung, so doch zumindest bei jeder Kategorie von einstweiligen Verfügungen charakterisiert"¹²³⁹. Jeder einstweiligen

werden; dass dies insbesondere für die Bedingung der Dringlichkeit gilt, deren Bedeutung im Übrigen durch den Vergleich mit den sehr kurzen Fristen erhellt wird, die derselbe Artikel sowohl dem Richter für einstweilige Verfügungen zur Entscheidung als auch den Parteien zur Einlegung von Rechtsmitteln einräumt" (CE, Ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385).

1231 CE, Ord. 6. Februar 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, Nr. 264169.

1232 C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, S. 306. Der Staatsrat hatte unter dem früheren Rechtsstand bekräftigt, dass die Befugnis des Richters für einstweilige Verfügungen, die vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen anzuordnen, "der Bedingung unterliegt, dass diese Maßnahmen einen dringenden Charakter haben" (CE, Sect., 14. März 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, *Lebon*, S. 174, *AJDA* 1958, concl. GREVISSE, S. 186-190).

1233 CE, ord. 14. März 2005, *Gollnisch*, *Lebon* S. 103.

1234 CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167.

1235 CE, Ord. 20. November 2002, *DeLoose*, Nr. 251803.

1236 CE, ord. 9. August 2004, *Yılmaz*, *Lebon T.*, S. 816; CE, ord. 10. August 2005, *Diabira*, Nr. 283444. Siehe auch unter Hinweis auf die "besondere Dringlichkeit", die nach Artikel L. 521-2 erforderlich ist: CE, ord. 1^{er} März 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, erwähnt in der recueil *Lebon*; CE, ord. 13. Juni 2007, *Soppelsa*, Nr. 306252, veröffentlicht in der Sammlung *Lebon*.

1237 EK, Beschl. 15. Oktober 2004, *Sabi*, Nr. 273110.

1238 CE, ord. 9. März 2007, *Guiot und Section française de l'observatoire international des prisons*, Nr. 302182, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

1239 J. CLEMENCEAU, *Les procédures de référé et d'ordonnance sur requête*, *EJVS*, 1965, S. 43.

Verfügung entspricht eine eigene Definition von Dringlichkeit. Je nach Situation, auf die ein Verfahren reagieren muss, scheint die Dringlichkeit einer Abstufung zu unterliegen und sich als mehr oder weniger dringlich zu erweisen. Laut Regierungskommissar Chardeau kann "die Unterscheidung zwischen Dringlichkeit und äußerster Dringlichkeit bei einstweiligen Verfügungen wie in anderen Bereichen, zum Beispiel bei der Polizei von Gebäuden, die mit Ruinen bedroht sind, gemacht werden" .1240

Eine Situation, die im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen Aussetzung als dringlich eingestuft wird, d. h. die ein Eingreifen vor dem Richter in der Hauptsache erfordert, wird nicht notwendigerweise im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen Freiheit, die ein sofortiges Eingreifen erfordert, als dringlich eingestuft. Die für den *référé*-suspension ausreichende Dringlichkeit ist es nicht unbedingt für den *référé*-liberté. Für den Richter für einstweilige Verfügungen gilt: "Der Umstand, dass in einem bestimmten Fall die Bedingung der Dringlichkeit für die Anwendung der Befugnisse, die der Richter für einstweilige Verfügungen nach Artikel L. 521-1 oder L. 521-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes hat, als erfüllt angesehen werden kann, bedeutet nicht, dass auf das Verfahren nach Artikel L. 521-2 zurückgegriffen werden kann"1241. Umgekehrt bedeutet der Umstand, dass die Bedingung der Dringlichkeit auf dem Gebiet von Artikel L. 521-2 nicht erfüllt ist, nicht, dass sie auf dem Gebiet von Artikel L. 521-1 nicht erfüllt ist .1242

295. Dringlichkeit im Sinne von *référé*-suspension, d. h. ein hinreichend schwerer und unmittelbarer Schaden durch die Verzögerung der Entscheidung, ist nicht ausreichend. Die Rechtsprechung der *Commune de Pertuis* bewirkt, dass bei der Beurteilung der Dringlichkeit eine *zusätzliche* Anforderungsebene hinzugefügt wird. So merkt Sophie Boissard in ihren Schlussfolgerungen zum Urteil *Vast an*, dass "es nicht ausreicht, wie im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Suspension, dass die betreffende Maßnahme oder das betreffende Verhalten den Interessen des Antragstellers schwerwiegend und unmittelbar schadet. *Vielmehr* muss der Schaden so groß sein, dass er das Ergreifen einer Schutzmaßnahme innerhalb der 48-Stunden-Frist, die dem Richter zur Entscheidung eingeräumt wird, erforderlich macht"1243. In seinen Schlussfolgerungen zum *Hug-Kalinkova-Urteil* vom 16. Juni 2003 stellt Stéphane Austry fest, dass der Beschluss der *Gemeinde Pertuis* vom 28. Februar 2003 "zwischen der Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 unterscheidet, die damit zu einem anspruchsvolleren Konzept als die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-1 des CJA erhoben wird, die *über* schwerwiegende und unmittelbare Folgen für die Situation des Antragstellers oder das allgemeine Interesse *hinaus* beinhaltet, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit sehr kurzfristig ergriffen wird"1244. Isabelle de Silva behauptet, ebenfalls in Bezug auf diesen Beschluss, dass "die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 kein identischer Begriff wie die Dringlichkeit im Sinne von L. 521-1 ist und daher mit *zusätzlichen* Begründungen versehen werden muss"1245. Bei einem Antrag gegen eine Entscheidung verlangt der Richter für einstweilige Verfügungen zunächst einen schweren und unmittelbaren Schaden, aber auch den Nachweis, dass ein Eingreifen innerhalb von 48 Stunden erforderlich ist. Der Richter für einstweilige

1240 J. CHARDEAU, concl. sur CE, Sect., 13. Juli 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, S. 323.

1241 CE, Ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T.*, S. 828. Siehe auch CE, 16. Juni 2003, *Hug-Kalinkova* und andere, *Lebon T.*, S. 931. Der Staatsrat stellt fest, dass "unter der Annahme, dass die Bedingung der Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erfüllt ist, der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Straßburg weder einen Rechtsfehler begangen noch die Aktenstücke verfälscht hat, als er urteilte, dass die angefochtene Entscheidung des Bürgermeisters von Straßburg mangels besonderer Umstände keine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kennzeichnet. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, der - unter der Voraussetzung, dass die anderen in diesem Artikel festgelegten Bedingungen erfüllt sind - impliziert, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen werden muss". Siehe auch CE, ord. 9. März 2007, *Guiot und Section française de l'observatoire international des prisons*, Nr. 302182, erwähnt in der Sammlung *Lebon*: "la circonstance que la condition d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative soit remplie ne suffit pas, en l'absence de circonstances particulières, à caractériser une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, der vorbehaltlich der Erfüllung der anderen in diesem Artikel festgelegten Bedingungen impliziert, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen werden muss".

1242 Es kommt vor, dass der Richter für einstweilige Verfügungen, der feststellt, dass keine Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 vorliegt, den Kläger auffordert, wenn er glaubt, dass er dazu berechtigt ist, einen Rechtsbehelf im Wege der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung einzulegen. Siehe CE, Ord. 28. Februar 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* S. 68; CE, Ord. 19. März 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, Nr. 255191; CE, Ord. 23. Juli 2003, *Ducastel et autres*, Nr. 258678; CE, Ord. 29. Oktober 2003, *Société EURL "Il était une fouace"*, Nr. 261304; CE, Ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T.*, S. 828; CE, ord. 9. August 2004, *Yilmaz*, *Lebon T.*, S. 816; CE, ord. 18. Februar 2005, *Launay und Benfdil*, Nr. 277579; CE, ord. 15. März 2005, *Sassou*, Nr. 278502; CE, Ord. 6. April 2007, *Commune de Saint Gaudens*, Nr. 304361, erwähnt in der Sammlung *Lebon*; CE, Ord. 9. März 2007, *Guiot und Section française de l'observatoire international des prisons*, Nr. 302182, erwähnt in der Sammlung *Lebon*. Der umgekehrte Ansatz ist hingegen nicht denkbar. Wenn keine Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 vorliegt, kann diese Bedingung erst *recht nicht* als erfüllt im Sinne von Artikel L. 521-1 angesehen werden.

1243 Schlusswort von S. BOISSARD zu CE, 9. April 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, S. 778.

1244 S. AUSTRY, Concl. zu CE, 16. Juni 2003, *Hug-Kalinkova* und andere, *BJCL* 2003/8, S. 607.

1245 Unveröffentlichte Koncl. I. DE SILVA zu CE, 23. Januar 2004, *Koffi*, *Lebon T.*, S. 827. Nicht unterstrichen.

Verfügungen des Staatsrats erklärte sehr explizit, dass "die Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung nur dann dringlich ist, wenn nachgewiesen wird, dass sie ein öffentliches Interesse, die Situation des Rechtsmittelführers oder die Interessen, die er zu verteidigen beabsichtigt, hinreichend schwer und unmittelbar beeinträchtigt; *dass außerdem*, wenn der Antragsteller seine Intervention nicht auf das Aussetzungsverfahren gemäß Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, sondern auf das durch Artikel L. 521-2 dieses Gesetzes eingeführte Verfahren des besonderen Schutzes stützt, muss er Umstände nachweisen, die eine Notsituation kennzeichnen, die vorbehaltlich der Erfüllung der anderen in Artikel L. 521-2 festgelegten Bedingungen bedeutet, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen werden muss"¹²⁴⁶ oder "sehr kurzfristig ergriffen werden muss"¹²⁴⁷. Um die Aussetzung einer Entscheidung auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 zu erreichen, ist das Vorliegen eines schweren und unmittelbaren Schadens eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung.

Um die Dringlichkeit im Sinne des *référé-liberté* zu messen, erfolgt die Beurteilung der Notwendigkeit eines 48-Stunden-Eingriffs also nach der Bewertung der Intensität und Unmittelbarkeit des Schadens. Die Notwendigkeit eines 48-Stunden-Eingriffs kann nicht allein beurteilt werden; sie kann nur im Hinblick auf die Auswirkungen der strittigen Situation auf die Person des Antragstellers und die Notwendigkeit, diese sehr kurzfristig zu beenden, in Betracht gezogen werden. Für den Richter für einstweilige Verfügungen handelt es sich also nicht um einen eigenständigen Schritt bei der Beurteilung der Dringlichkeit. Um die Notwendigkeit eines Eingreifens innerhalb von 48 Stunden zu messen, berücksichtigt der Richter die schädlichen Folgen einer Handlung oder eines Verhaltens¹²⁴⁸. Streng genommen und ganz allgemein kann man bei der Beurteilung der Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 nicht zwischen "Etappen" unterscheiden. Die Dringlichkeit ist als Ganzes zu betrachten, im Hinblick auf die Elemente, die geeignet sind, sie zu qualifizieren, und die Elemente, die geeignet sind, sie auszuschließen.¹²⁴⁹

Es ist anzumerken, dass die Formel aus der Rechtsprechung der *Commune de Pertuis vom* Richter für einstweilige Verfügungen nur erwähnt und angewandt wird, um das Vorliegen einer Dringlichkeit zu verneinen. Sie wurde nie verwendet, um die Dringlichkeit positiv zu qualifizieren. Wenn die Dringlichkeit erfüllt ist, greift der Richter nicht auf diese Formel zurück, sondern stellt sie lediglich fest. Es ist davon auszugehen, dass der Richter, der mit dieser Formel zu dem Schluss kommt, dass keine Dringlichkeit vorliegt, die Auswirkungen der Maßnahme bewertet hat und der Ansicht ist, dass der Schaden, den der Antragsteller möglicherweise erlitten hat, nicht so groß ist, dass er ein Eingreifen innerhalb von 48 Stunden rechtfertigen würde. Daher ist es angebracht, die Entscheidungen darzustellen, in denen diese Rechtsprechung angewandt wurde und folglich die Situationen, in denen die besondere Dringlichkeit, die im Rahmen des *référé-liberté* gefordert wird, als nicht erfüllt angesehen wurde.

III. Das Erfordernis einer unmittelbar bevorstehenden Dringlichkeit

296. Im Zusammenhang mit Artikel L. 521-2 erinnert der Staatsrat daran, "dass der Antragsteller, der den Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage dieser Bestimmungen anruft, besondere Umstände nachweisen muss, die die Notwendigkeit für ihn kennzeichnen, innerhalb kürzester Zeit in den Genuss einer Maßnahme der Art zu kommen, die auf der Grundlage dieses Artikels angeordnet werden kann"¹²⁵⁰. In diesem Verfahren ist der "besondere Umstand" der, der das Eingreifen des Richters dringend erforderlich macht und die sofortige Anordnung einer Schutzmaßnahme rechtfertigt¹²⁵¹. Es ist schwierig, diese Rechtsprechung wiederzugeben, da der Richter in Form von Behauptungen vorgeht und ohne weitere Erläuterungen erklärt, dass die Umstände des Falles keinen besonderen Umstand darstellen. Darüber hinaus

¹²⁴⁶ CE, ord. 16. Februar 2005, *SARL Médiation et arguments*, Nr. 277584; CE, ord. 18. Februar 2005, *Launay und Benfdil*, Nr. 277579; CE, ord. 15. März 2005, *Sossou*, Nr. 278502. Siehe in diesem Sinne unter Verwendung des Ausdrucks "fonde son action" und nicht "fonde son intervention": CE, Ord. 23. Dezember 2005, *Corbel*, Nr. 288307; CE, Ord. 5. Juli 2005, *Mme X.*, Nr. 281930.

¹²⁴⁷ CE, Ord. 7. Februar 2006, *Akbache*, Nr. 289835; CE, Ord. 26. September 2006, *Saganoko*, Nr. 297649.

¹²⁴⁸ Ebenso kann er bei der einstweiligen Verfügung mit Aussetzung erst nach einer Bewertung des erlittenen Schadens beurteilen, ob ein Eingreifen vor dem Richter in der Hauptsache erforderlich ist. Der Staatsrat bekräftigt gemäß Artikel L. 521-1, dass es dem Richter für einstweilige Verfügungen obliegt, unter Berücksichtigung der vom Antragsteller vorgelegten Begründungen konkret zu beurteilen, *ob die Auswirkungen* des strittigen Rechtsakts *geeignet sind, eine Dringlichkeit zu kennzeichnen, die es rechtfertigt*, dass, ohne die Entscheidung über den Antrag in der Hauptsache abzuwarten, die Durchführung der Entscheidung ausgesetzt wird (CE, 9. April 2004, *Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales c/ Olard*, n° 263508, *JCP G* 2004, IV, 2449, obs. M.-C. ROUAULT).

¹²⁴⁹ So kann die Gesamtbewertung der Dringlichkeit autonom vorgenommen werden, d. h. es wird nur die Dringlichkeit, die beantragte Maßnahme zu verhängen, und die Dringlichkeit, sie nicht zu verhängen, in einer einzigen Argumentation berücksichtigt (siehe z. B. *infra*, § 317, CE, ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée"*).

¹²⁵⁰ CE, 23. Januar 2004, *Koffi, Lebon T.*, S. 827; CE, Ord. 18. Oktober 2004, *Yebroni*, Nr. 273095.

¹²⁵¹ Im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung bezieht sich, wie bereits erwähnt, der Begriff "besondere Umstände" auf die Frist für das Eingreifen des Richters in der Hauptsache.

geht aus den Entscheidungen nicht hervor, ob der Richter die Dringlichkeit mangels eines hinreichend schweren und unmittelbaren Schadens oder mangels einer Dringlichkeit "innerhalb von 48 Stunden" ausschließt. Darüber hinaus ist die vom Richter verwendete Formel eng mit dem Vorliegen eines Eingriffs in eine Grundfreiheit verknüpft. Sie erwähnt nicht das Erfordernis eines 48-Stunden-Eingriffs, sondern die Notwendigkeit, innerhalb dieser Frist eine Maßnahme zum Schutz einer Grundfreiheit zu erlassen. Aufgrund der Empirie, die bei der Umsetzung dieser Rechtsprechung vorherrscht, sollte man sich zur Darstellung auf die wichtigsten Anwendungen konzentrieren, zu denen sie geführt hat und die die strengste Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes aufzeigen.

297. Im Beschluss *Commune de Pertuis* war der Richter nicht der Ansicht, dass die bevorstehende Veröffentlichung der lokalen Nachrichtenblätter ein Ereignis war, das es rechtfertigen würde, den Bürgermeister innerhalb von 48 Stunden anzuweisen, die Änderung der Bestimmungen der Geschäftsordnung über diese Veröffentlichung auf die Tagesordnung des nächsten Gemeinderats zu setzen¹²⁵². In ähnlicher Weise hatte sich der Bürgermeister von Straßburg in dem oben genannten Urteil *Hug-Kalinkova* geweigert, die Gründung einer Fraktion von Abgeordneten zur Kenntnis zu nehmen. Vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Straßburg machten die Kläger lediglich geltend, dass ihnen durch die Entscheidung die Möglichkeit genommen wurde, Zugang zu den materiellen Mitteln zu erhalten, die den Fraktionen gemäß der Geschäftsordnung der Stadt zur Verfügung gestellt werden. Um den Antrag auf Aussetzung der angefochtenen Entscheidung abzulehnen, stützte sich das erstinstanzliche Gericht darauf, dass die Antragsteller "kein Element geltend machen, das das Vorliegen einer Notsituation belegen könnte, die sich auch nicht aus der Art und der Tragweite der angefochtenen Entscheidung ergibt". Entsprechend den Schlussfolgerungen des Regierungskommissars identifizierte der Staatsrat auch keine "besonderen Umstände" in der Situation, die durch diese Entscheidung entstanden war. Laut Regierungskommissar Francis Lamy "lässt nämlich nichts in den Akten besondere Umstände erkennen, die es rechtfertigen würden, dass die Kläger innerhalb einer sehr kurzen Frist Zugang zu den materiellen Mitteln erhalten, die von der Geschäftsordnung des Straßburger Stadtrats gewährt werden, nämlich ein Halbzeitbüro als Sekretariat, Verbrauchsmaterial sowie die Übernahme der Kosten für Telekommunikation und Postversand. Man kann sich vorstellen, dass, wenn die Entscheidung des Bürgermeisters beispielsweise kurz vor Beginn einer Wahlkampagne getroffen worden wäre, dieser besondere Umstand geeignet gewesen wäre, die Dringlichkeit zu charakterisieren, aber dies war hier nicht der Fall"¹²⁵³. Die Forderung nach einem "besonderen Umstand" erscheint somit besonders streng. Nach Ansicht des Richters für einstweilige Verfügungen kann die Entscheidung, mit der der Vertrag über die Nutzung eines Anleghafens beendet und der Betroffenen eine Frist von zwei Monaten eingeräumt wird, um den besetzten Platz zu räumen, "in Anbetracht ihrer Art und ihres Zwecks" "außer bei Vorliegen besonderer Umstände" keine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-2 schaffen¹²⁵⁴. Ebenso reicht die bloße Möglichkeit, dass der Weg, der den Zugang zu einem Ponyclub ermöglicht, bei starken Regenfällen für Lastwagen schwer befahrbar sein könnte, nicht aus, um an sich die besondere Dringlichkeit zu kennzeichnen, die für die Anwendung der Befugnisse erforderlich ist, die dem Richter für einstweilige Verfügungen durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes übertragen wurden.¹²⁵⁵

Die Dringlichkeit von 48 Stunden kann in einem Fall, in dem ein öffentlicher Bediensteter die Zahlung von geringen Beträgen fordert, die die Verwaltung bereit war, ihm zu zahlen, auf jeden Fall nicht charakterisiert werden. In der Rechtssache *Commune d'Yvrac* forderte der Kläger die Zahlung eines unstrittigen Betrags von 252 Euro für die Unterrichtsstunden, die er im Oktober 2003 für die städtische Musikschule erteilt hatte. Die Gemeinde hatte anerkannt, dass sie die Bezahlung der geleisteten Unterrichtsstunden schuldete, und ihr am 13. Oktober 2003 einen entsprechenden Vertrag angeboten. Unter den Umständen des Falles konnten die Anträge des Klägers "in Anbetracht sowohl ihres Gegenstands als auch der Art und Weise, wie sie sich in die Beziehungen (...) zwischen der Gemeinde und ihrem ehemaligen Bediensteten einfügten, nicht ernsthaft als mit einer Notsituation im Sinne

1252 CE, ord. 28. Februar 2003, *Commune de Pertuis, Lebon*, S. 68. Für einen ähnlichen Fall siehe CE, ord. 6. April 2007, *Commune de Saint Gaudens*, Nr. 304361, erwähnt in der Sammlung *Lebon*. Der Antragsteller, ein oppositioneller Gemeinderat der Gemeinde Saint Gaudens, beantragte die Aufnahme eines Artikels, in dem er die Gemeindeverwaltung kritisierte und seine Kandidatur für die bevorstehenden Kommunalwahlen ankündigte, in das Gemeindeblatt für April 2007, dessen Erstellung Ende März im Gange war. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellte fest, "dass die Weigerung des Bürgermeisters der Gemeinde Saint-Gaudens, diesen Artikel, der sich auf kommunale Angelegenheiten bezog, einzufügen, angesichts der monatlichen Erscheinungsweise dieser Zeitschrift und der Tatsache, dass keine besonderen Umstände in Bezug auf den Inhalt des Textes verlangten, dass die Leser des Bulletins in den Tagen nach seiner Erstellung davon Kenntnis erhielten, keine Notsituation darstellte, die - unter der Voraussetzung, dass die anderen in Artikel L. 521-2 festgelegten Bedingungen erfüllt waren - eine Notsituation implizierte. 521-2 erfüllt sind, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen werden muss".

1253 S. AUSTRY, Concl. zu CE, 16. Juni 2003, *Hug-Kalinkova und andere*, BJCL 2003/8, S. 607.

1254 CE, Ord. 6. Februar 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, Nr. 264169.

1255 CE, ord. 21. November 2005, *Commune de Lyon, Lebon* T. S. 1039.

von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes verbunden angesehen werden".¹²⁵⁶

298. Mehrere Entscheidungen veranschaulichen die größere Strenge, die sich aus dieser Rechtsprechung hinsichtlich der Beurteilung der Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ergibt. So schafft eine Visumsverweigerung, obwohl sie als hinreichend schwerwiegend und unmittelbar schädlich für die Situation des Antragstellers angesehen werden könnte, keine besondere Dringlichkeit, nur weil sie die Heiratspläne des Antragstellers¹²⁵⁷, die Feier seiner Hochzeit, deren Termin bereits feststeht¹²⁵⁸, die Teilnahme am Beginn des akademischen Jahres, für das er sich eingeschrieben hat¹²⁵⁹ oder das Kennenlernen seines kleinen Kindes, das in Frankreich bei seiner Lebensgefährtin lebt¹²⁶⁰, behindert. Im Gegensatz dazu bekräftigt der Richter, dass "grundsätzlich und vorbehaltlich besonderer Umstände die Verweigerung eines Visums für die Einreise in das französische Hoheitsgebiet keine Notsituation erkennen lässt, die das sehr kurzfristige Eingreifen einer Maßnahme der Art rechtfertigt, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angeordnet werden kann"¹²⁶¹. Ebenso gilt die Verweigerung der Erteilung¹²⁶² oder Verlängerung¹²⁶³ eines Aufenthaltstitels zwar als Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-1¹²⁶⁴, doch kennzeichnet sie für sich genommen keine unmittelbar bevorstehende Notsituation, die die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes rechtfertigt. Da der Weg nach Artikel L. 521-1 für die meisten Aussetzungsanträge gegen Aufenthaltsverweigerungen durchaus geeignet ist, muss ein Antragsteller, der sich dennoch an den Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit wendet, eine ganz besondere Dringlichkeit nachweisen, die nicht mehr die einfache, vermutete Dringlichkeit des Urteils in der Rechtssache *Ameur sein* kann. Eine Entscheidung, mit der der Aufenthalt verweigert wird, selbst wenn es sich um eine Verweigerung der Verlängerung oder eine Rücknahme handelt, begründet für sich genommen noch keine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-2. Wenn er sich auf dieser Grundlage an den Richter für einstweilige Verfügungen wendet, "muss der Antragsteller besondere Rechtfertigungen vorbringen (außer der einfachen Tatsache, dass es sich um eine Ablehnung der Verlängerung handelt), die es rechtfertigen, dass auf diesen Richter für extreme Dringlichkeit zurückgegriffen wird"¹²⁶⁵. Ebenso stellt nach Ansicht des Richters für einstweilige Verfügungen die längere Unterlassung der Verwaltungsbehörde, die Konsequenzen aus der Aufhebung eines Beschlusses zur Abschiebung an die Grenze zu ziehen, "an sich keine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes dar". Um in einem solchen Fall sinnvollerweise Zugang zum Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit zu haben, muss der Antragsteller "besondere Umstände" geltend machen, die eine solche Dringlichkeit rechtfertigen. Wenn er solche Umstände nicht nachweisen kann, obliegt es ihm, "den Vollstreckungsrichter auf der Grundlage von Artikel L. 911-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anzurufen oder die Aussetzung der Ablehnung durch die Verwaltung auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 desselben Gesetzes zu beantragen"¹²⁶⁶. Somit muss sich der Antragsteller zunächst an die ordentlichen Verfahren wenden, um

¹²⁵⁶ CE, Ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T. S. 828*. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats hebt wegen Rechtsfehlern den Beschluss des ersten Richters auf, der sich allgemein darauf gestützt hatte, dass "die Nichtvergütung einer erbrachten Leistung und die Nichtausstellung eines Dokuments durch die arbeitgebende Körperschaft, das den Bezug eines Ersatzeinkommens bedingt, geeignet sind, den Antragsteller in eine Notsituation im Sinne der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 zu versetzen". Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats weist den Antragsteller, wenn er sich für begründet hält und die Gemeinde ihm tatsächlich eine Ablehnung erteilt hat, darauf hin, dass der Weg der einstweiligen Verfügung gegen Vorschusszahlungen oder der einstweiligen Verfügung gegen Aussetzung gegebenenfalls besser für den Gegenstand seiner Anträge geeignet ist.

¹²⁵⁷ CE, ord. 18. Oktober 2004, *Yebroni*, Nr. 273095; CE, Ord. 18. Februar 2005, *Launay und Benfdil*, Nr. 277579.

¹²⁵⁸ CE, Ord. 28. September 2005, *Nkojock und Hazera*, Nr. 285505.

¹²⁵⁹ EK, Beschl. 4. Oktober 2005, *Lachat*, Nr. 285594.

¹²⁶⁰ CE, Ord. 23. Dezember 2005, *Corbel*, Nr. 288307; CE, Ord. 7. Februar 2006, *Akbache*, Nr. 289835.

¹²⁶¹ CE, ord. 12. Februar 2007, *Qudaib*, Nr. 301352, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

¹²⁶² CE, 4. Februar 2005, *Zairi*, Nr. 267723: Entgegen der Behauptung des Klägers "charakterisiert das Eingreifen der stillschweigenden Entscheidung, mit der der Präfekt seinen am 22. Oktober 2003 an ihn gerichteten Antrag, ihm eine als Aufenthaltstitel geltende Empfangsbestätigung auszustellen, ablehnte, für sich genommen keine unmittelbar bevorstehende Notsituation, die die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes rechtfertigen würde".

¹²⁶³ CE, 23. Januar 2004, *Koffi, Lebon T., S. 827*.

¹²⁶⁴ CE, Section, 14. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur, Lebon S. 123, AJDA 2001, S. 673-680*, Schlusswort von I. DE SILVA. Es sei darauf hingewiesen, dass die eingeführte Vermutung nur die Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltstitels oder die Entziehung des Aufenthaltstitels betrifft, die gegen einen Ausländer ausgesprochen werden, der sich rechtmäßig im französischen Hoheitsgebiet niedergelassen hat. Bei diesen Maßnahmen muss davon ausgegangen werden, dass sie für diesen Ausländer eine Umwälzung seiner Situation und damit eine Dringlichkeit bewirken. Die Vermutung erstreckt sich nicht auf die Verweigerung eines Aufenthaltstitels, die gegen einen Ausländer ausgesprochen wird, der sich bereits in einer illegalen Situation befindet.

¹²⁶⁵ I. DE SILVA, unveröffentlichte Schlußfolgerungen zu CE, 23. Januar 2004, *Koffi*.

¹²⁶⁶ CE, 16. Februar 2004, *Frau Rkia Bousbaa, verheiratete Chetioni, Lebon T. S. 826, AJDA 2004, S. 891-893*, Schlusswort

Befriedigung zu erlangen; die einstweilige Verfügung steht ihm nur offen, wenn er eine besondere Situation nachweisen kann. Daher will der Verwaltungsrichter im Falle der Unterlassung der Verwaltung, die Konsequenzen aus der Aufhebung eines Abschiebungsbeschlusses zu ziehen, "Artikel L. 521-22 vorbehalten". 521-2 auf besondere Fälle beschränken, in denen nachgewiesen wird, dass die Untätigkeit der Verwaltung bei der Ausstellung des vorläufigen Titels tatsächlich eine Grundfreiheit verletzt, wie zum Beispiel, wenn sie dem Betroffenen das Recht auf Prüfung seines Asylantrags vorenthält, oder wenn sie dazu führt, dass die Situation der Person, die sich zuvor in einer rechtmäßigen Situation befand, es aufgrund der Nachlässigkeit der Verwaltung nicht mehr ist, umgestaltet wird"¹²⁶⁷.

Die größere Strenge dieser Rechtsprechung zeigt sich auch außerhalb von Ausländerstreitigkeiten, insbesondere bei der Verweigerung von Genehmigungen für die private Nutzung von öffentlichem Grund und Boden. So stellte der Richter für einstweilige Verfügungen in der Rechtssache *EURL Cour des Miracles* vom 19. März 2003 fest, dass "die Weigerung des Bürgermeisters, einer kommerziellen Einrichtung zu gestatten, den öffentlichen Grund der Gemeinde zu nutzen, um dort eine Terrasse zu errichten, ohne besondere Umstände keine Notsituation darstellt, die unter der Voraussetzung, dass die anderen in Artikel L. 521-2 genannten Bedingungen erfüllt sind, impliziert, dass innerhalb von 48 Stunden eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit ergriffen werden muss". Der Richter stellt klar, dass diese besonderen Umstände "im vorliegenden Fall nicht allein durch die Nähe der Tourismussaison charakterisiert werden können"¹²⁶⁸. Hier liegt zwar ein schwerwiegender und unmittelbarer Schaden vor¹²⁶⁹, aber nicht die besondere Dringlichkeit, die für die Umsetzung von Artikel L. 521-2 erforderlich ist. Eine identische Lösung wurde vom Richter für einstweilige Verfügungen in einem naheliegenden Fall gegeben, in dem es um die Weigerung ging, der Klägerin, die eine ambulante Bäckerei betreibt, die Genehmigung zu erteilen, die sie am 7. April 2003 beantragt hatte, um einen Standplatz auf dem Markt der Gemeinde zu erhalten. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, dass "dieser Umstand zum Zeitpunkt des vorliegenden Beschlusses keine Notsituation charakterisiert, die - unter der Voraussetzung, dass die anderen in Artikel L. 521-2 festgelegten Bedingungen erfüllt sind - impliziert, dass eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit innerhalb von 48 Stunden ergriffen werden muss"¹²⁷⁰. Diese strengere Beurteilung der Dringlichkeit, wie sie im Rahmen des *référé-liberté* verstanden wird, findet auch in medizinischen Rechtsstreitigkeiten Anwendung. So stellte der Richter für einstweilige Verfügungen im Falle einer Entscheidung eines Krankenhauses, das sich weigerte, einen kranken Häftling aufzunehmen, fest, dass der Gesundheitszustand des Betroffenen "in Verbindung mit den Bedingungen seiner Aufrechterhaltung in Haft die in Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehene Dringlichkeit begründen kann, diese Elemente jedoch keine Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 desselben Gesetzes darstellen, die voraussetzt, dass eine Maßnahme sofort ergriffen wird"¹²⁷¹.

Abgesehen von diesen bruchstückhaften und nebeneinander stehenden Beispielen, die sich jeder Systematisierung widersetzen, lassen sich aus der Rechtsprechung einige allgemeine Elemente herauslesen, die dazu führen, dass die Dringlichkeit von 48 Stunden entweder positiv festgestellt oder ausgeschlossen wird.

Abschnitt 2. Die Elemente, die die Dringlichkeit begründen können

299. Ein Element scheint entscheidend für die positive Qualifizierung der unmittelbar bevorstehenden Dringlichkeit zu sein, die für die Durchführung der einstweiligen Verfügung erforderlich ist. Es handelt sich dabei um die vorherige Feststellung des Richters, dass ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt. Dies ist jedoch nicht der einzige Grund, um die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu belegen. In sehr seltenen Fällen wurde diese

F. LAMY.

¹²⁶⁷ F. LAMY, o. g. Schlussanträge, S. 892. Der Regierungskommissar bezieht sich hier auf die Hypothese der *Béchar-Verordnung* (siehe oben, § 274). Es ist bemerkenswert, dass Herr Lamy zur Beurteilung des Vorliegens einer Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 ausschließlich auf eine Situation verweist, in der eine Grundfreiheit verletzt wird. Unter Hinweis auf den Stand der Rechtsprechung zu dieser Frage erwähnt er nicht die Entscheidungen, die sich zur Dringlichkeit geäußert haben, sondern die Anordnungen, die zu dem Schluss gekommen sind, dass ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt.

¹²⁶⁸ CE, Ord. 19. März 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, Nr. 255191.

¹²⁶⁹ Die später vom Richter für einstweilige Verfügungen, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entscheidet, anerkannt wird. Siehe unten, § 337.

¹²⁷⁰ CE, ord. 29. Oktober 2003, *Société EURL "Il était une fouace"*, Nr. 261304. Es sei darauf hingewiesen, dass vor der Rechtsprechung der *Commune de Pertuis* eine solche Situation mit der Begründung abgelehnt worden wäre, dass keine Grundfreiheit verletzt werde.

¹²⁷¹ CE, ord. 9. März 2007, *Guiot und Section française de l'observatoire international des prisons*, Nr. 302182, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

Bedingung auch dann als erfüllt angesehen, wenn keine Grundfreiheit verletzt wurde.

I. Der schwere und offensichtlich rechtswidrige Eingriff in eine Grundfreiheit

300. Die Bedingung der besonderen Dringlichkeit, die für die Anwendung von Artikel L. 521-2 erforderlich ist, wird selten als erfüllt angesehen. In der Praxis ist zu beobachten, dass in fast allen Fällen, in denen diese Bedingung erfüllt ist, zuvor ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit festgestellt wurde. Wenn eine solche Verletzung vorliegt, ist es in der Regel dringend erforderlich, sie zu beenden. Im Allgemeinen stellt sie einen "besonderen Umstand" dar, der die sofortige Anordnung einer Schutzmaßnahme rechtfertigt.

301. Nachdem der Richter eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit festgestellt hat, wird er manchmal darauf achten, die Dringlichkeit zumindest summarisch zu begründen, um sie als solche zu qualifizieren.

In erster Linie kann er die Unmittelbarkeit des Eintritts des Schadens betonen. In der Verfügung von *FN IFOREL* begnügte sich der Richter mit der Feststellung, dass "in Anbetracht der geplanten Daten der Sommeruniversität die Bedingung der Dringlichkeit erfüllt ist"¹²⁷². Der Beschluss wurde am 19. August 2002 für eine Versammlung erlassen, die vom 25. bis 28. August 2002 stattfinden sollte. Der Schaden steht daher unmittelbar bevor. Im Beschluss vom 25. August 2005, *Commune de Massat*, stellte der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass "im vorliegenden Fall die Dringlichkeit durch die unmittelbar bevorstehende Durchführung der Demonstrationen gerechtfertigt war, die der Bürgermeister unter offensichtlich illegalen Bedingungen genehmigt hatte"¹²⁷³. In dem Fall, dass der Präsident von Französisch-Polynesien den Rücktritt eines Ministers nicht zur Kenntnis nahm, was den Betroffenen daran hinderte, bei den am 13. April 2006 stattfindenden Wahlen zur Versammlung von Polynesien zu kandidieren, bestätigte der Richter, "dass aufgrund der bevorstehenden Wahlvorgänge die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geforderte Dringlichkeitsbedingung als erfüllt angesehen werden kann"¹²⁷⁴.

Der Richter kann zweitens die Dringlichkeit auch mit dem Ausmaß des Schadens begründen. Beispielsweise hatte im Beschluss *Commune de Collioure* ein Bürgermeister den Zugang von Schiffen zum Yachthafen von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, dass die Dringlichkeit erfüllt ist "angesichts der Tatsache, dass sich der Großteil der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Wirtschaftstätigkeit auf die Sommersaison konzentriert, die bereits begonnen hat"¹²⁷⁵.

Drittens kann der Richter die Dringlichkeit auch mit der Schwere der Auswirkungen einer Handlung oder eines Verhaltens auf die Situation des Antragstellers begründen. So erklärt der Richter in dem Fall, dass sich die Konsularbehörden weigern, die Kinder des Antragstellers in dessen Pass einzutragen, dass "die Dringlichkeit sowohl aus der Natur des Rechtsstreits selbst als auch aus der Dauer der vom Antragsteller bei den betreffenden Behörden erfolglos unternommenen Schritte abgeleitet wird"¹²⁷⁶. In der Entscheidung *Abdallah* stellte der Rat fest, dass die Kläger "aufgrund der Folgen der Erlasse", mit denen ihr Eigentum wieder in Besitz genommen wurde, eine Notsituation "im Sinne von Artikel L. 521-2" rechtfertigen¹²⁷⁷. In der Entscheidung *Sulaimanov* war der Richter für einstweilige Verfügungen der Ansicht, dass "in Anbetracht dieser Frist und der Folgen, die sich für den Antragsteller aus dieser Ablehnung ergeben", die Bedingung der Dringlichkeit als erfüllt anzusehen ist, da sich die Bearbeitung eines Antrags auf einen Personalausweis über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr hinzog¹²⁷⁸. Auch wenn die Verwaltung das Recht auf Asyl schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig verletzt, indem sie die Ausübung dieses Rechts vor dem französischen Amt für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen behindert, stellt der Richter fest, "dass unter Berücksichtigung einerseits, des Willens des Gesetzgebers, die Situation von Asylbewerbern schnell zu regeln, und andererseits der Tatsache, dass der Gesundheitszustand des Klägers erfordert, dass ihm der Status eines Antragstellers auf Flüchtlingsstatus zuerkannt werden kann, der das Recht auf allgemeine Krankenversicherung eröffnet, die Bedingung der Dringlichkeit, die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erfüllt ist"¹²⁷⁹. Es ist auch anzumerken, dass der Richter im Falle einer Weigerung, den Antragstellern die Einreise in das französische Hoheitsgebiet als Asylbewerber zu gestatten, nach der

¹²⁷² CE, ord. 19. August 2002, Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* S. 311.

¹²⁷³ CE, Ord. 25. August 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* S. 386.

¹²⁷⁴ CE, ord. 11. April 2006, *Tefaarere*, *Lebon*, S. 197.

¹²⁷⁵ CE, Ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon* T. S. 930.

¹²⁷⁶ CE, Ord. 4. Dezember 2002, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon* T., S. 875.

¹²⁷⁷ CE, 2. Februar 2004, *Abdallah*, *Lebon* S. 16.

¹²⁷⁸ CE, Ord. 11. März 2003, *Samagassi*, *Lebon*, S. 119.

¹²⁷⁹ CE, Ord. 21. Dezember 2004, *Luzolo Kondé*, Nr. 275361.

Feststellung eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit bestätigt, dass "in Anbetracht der Schwierigkeiten, auf die die Betroffenen gestoßen sind, um in einem anderen Land als ihrem Herkunftsland zum Aufenthalt zugelassen zu werden, die Bedingung der Dringlichkeit im vorliegenden Fall erfüllt ist"¹²⁸⁰.

Viertens kann der Staatsrat, nachdem er eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit festgestellt hat, die Dringlichkeit damit begründen, dass es dem Antragsteller nicht möglich ist, die Vorteile seiner Freiheiten zu genießen. Im Falle eines Eingriffs in das Eigentumsrecht aufgrund einer Verweigerung der Mitwirkung der öffentlichen Gewalt behauptet der Staatsrat beispielsweise zur Charakterisierung der Dringlichkeit, "dass das betreffende Gebäude derzeit keine regelmäßigen Bewohner hat, dass den Eigentümern die Möglichkeit genommen wird, diese Räumlichkeiten für eine ihrer Bestimmung entsprechende Nutzung zu vermieten, und dass die Mieter nicht über die von ihnen gemieteten Wohnungen verfügen können"¹²⁸¹. Im oben genannten Urteil *Aguillon* ergibt sich die Dringlichkeit unter den Umständen des Falles aus der Unmöglichkeit für die Klägerinnen, das Streikrecht auszuüben¹²⁸². Der Wortlaut des Urteils in der Rechtssache *Vast* ist besonders bedeutsam. Diese Entscheidung betraf eine Notiz, mit der der Bürgermeister einer Gemeinde die systematische Öffnung von an bestimmte Mitglieder des Gemeinderats gerichteten Briefen angeordnet hatte. Nachdem der Richter festgestellt hatte, dass dieser Vermerk einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in das Briefgeheimnis und die freie Ausübung ihres Mandats durch die Kommunalpolitiker darstellt, stellte er fest: "Angesichts der Folgen, die er permanent für das Briefgeheimnis und die Bedingungen für die Ausübung ihres Mandats durch die Abgeordneten der Gemeinde Drancy hat, ist es dringend erforderlich, seine Anwendung zu beenden"¹²⁸³. In gleicher Weise stellt der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass die drohende Vollstreckung eines Auslieferungsdekrets eine Notsituation schafft, "angesichts der Bedeutung der Garantien, die das Auslieferungsverfahren umgeben, für die persönliche Freiheit"¹²⁸⁴. In all diesen Entscheidungen begünstigt die vorherige Feststellung eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit die Einstufung als dringlich; sie erklärt auch die knappe Begründung.

302. Noch bemerkenswerter ist, dass der Richter für einstweilige Verfügungen, nachdem er eine solche Beeinträchtigung festgestellt hat, manchmal auf den Nachweis der Dringlichkeit verzichtet. Die Dringlichkeit wird als gegeben angesehen, da die anderen Bedingungen erfüllt sind. Beispielsweise beschränkt sich der Staatsrat im Urteil *Baudoin* nach der Feststellung einer schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit auf die Feststellung, dass "in Anbetracht der Dringlichkeit die beantragte Anordnung zu erlassen ist"¹²⁸⁵. In der Entscheidung *Commune de Fauillet* stellte der Staatsrat fest, dass die vorzeitige Ausübung der Zuständigkeiten durch eine öffentliche Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in die freie Verwaltung der Mitgliedsgemeinden darstellt, und beschränkte sich darauf zu erwähnen, dass diese "berechtigt sind, zu behaupten, dass es dringend notwendig ist, dem ein Ende zu setzen"¹²⁸⁶. Bei der Feststellung der schweren und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit durch eine Entscheidung, die den Fahrzeugverkehr einschränkt, behauptet der Richter lediglich, "dass diese ungerechtfertigte Blockade eine Notsituation schafft"¹²⁸⁷. Umgekehrt gibt es Formulierungen, die eine Dringlichkeit ausschließen, indem sie sich auf das Fehlen eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit stützen. So stellte der Richter für einstweilige Verfügungen in der Verfügung *Commune de Théoule-sur-Mer fest*, dass "die Akten (...) es nicht erlauben (...), eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit festzustellen, die eine Notsituation schaffen würde"¹²⁸⁸. Schließlich

¹²⁸⁰ CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon*, S. 146. Siehe auch, unter ähnlichen Umständen: CE, ord. 24. Oktober 2005, *MBIZI MPASSI*, Nr. 286247; CE, ord. 17. März 2006, *Saidov*, Nr. 291214.

¹²⁸¹ CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und andere, Lebon* S. 117. Ebenso liegt eine Dringlichkeit vor, wenn aufgrund der Verletzung des Eigentumsrechts einer Gesellschaft die Möglichkeit genommen wird, die Räumlichkeiten, die ihr gehören, zu vermieten (CE, ord. 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* S. 253). In der Verfügung *Moissinac Massinat* bekräftigt der Richter, "dass das Fällen oder Abholzen von Bäumen zur Folge hätte, dass der Zustand des Ortes Veränderungen erfährt, die nicht rückgängig gemacht werden können". Die Maßnahme, die darauf abzielt, die Verwaltung anzuweisen, von diesen Fällungen abzusehen, "hat in ihrem Grundsatz einen dringenden Charakter" (CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massinat, Lebon* S. 491).

¹²⁸² Siehe oben, § 290.

¹²⁸³ CE, 9. April 2004, *Vast, Lebon* S. 173.

¹²⁸⁴ CE, Ord. 29. Juli 2003, *Peqini, Lebon* S. 345.

¹²⁸⁵ CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487.

¹²⁸⁶ CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet und andere, Lebon* S. 215.

¹²⁸⁷ CE, Ord. 26. November 2004, *Commune de Wingles*, Nr. 274226.

¹²⁸⁸ CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* S. 232. Siehe auch CE, ord. 18. Oktober 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, Nr. 239071: Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, dass die angefochtene Entscheidung "selbst keine konkrete und unmittelbare Beeinträchtigung der Ausübung einer Grundfreiheit durch eine bestimmte Person im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellt; unter diesen Umständen ist die

kommt es vor, dass der Richter, nachdem er festgestellt hat, dass ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, manchmal eine Schutzmaßnahme verhängt, indem er schlicht und einfach darauf verzichtet, zu erwähnen, dass die Dringlichkeit erfüllt ist¹²⁸⁹. Diese wird dann als in der Situation des schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs enthalten betrachtet.

303. Die Dringlichkeit kann ganz einfach deshalb angenommen werden, weil die Elemente, die sie im Sinne von Artikel L. 521-2 kennzeichnen, implizit in der schweren und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit enthalten sind. Erstens sind die Komponenten Schwere und Unmittelbarkeit des Schadens in der *schwerwiegenden Beeinträchtigung* einer Grundfreiheit enthalten. Zum einen wird die Verletzung einer Freiheit vom Richter für einstweilige Verfügungen nur dann anerkannt, wenn sie einen aktuellen Charakter aufweist¹²⁹⁰. Der Schaden, der sich aus der Verletzung einer Grundfreiheit ergibt, ist somit unmittelbar. Wenn die Schwere des Eingriffs in eine Grundfreiheit nachgewiesen ist, muss die Handlung oder das Verhalten, die bzw. das dem Eingriff zugrunde liegt, notwendigerweise die Situation des Antragstellers oder die Interessen, die er zu verteidigen beabsichtigt, ernsthaft beeinträchtigen. Unter diesen Umständen beeinträchtigt eine Entscheidung, die eine Grundfreiheit schwerwiegend verletzt, die Situation des Beschwerdeführers ebenfalls schwerwiegend und unmittelbar. Zweitens scheint eine Situation, in der eine *Grundfreiheit schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig* beeinträchtigt wird, von Rechts wegen die sofortige Anordnung einer Schutzmaßnahme zu gebieten. Abgesehen von bestimmten Sonderfällen, die mit der Berücksichtigung des Allgemeininteresses oder einer dem Antragsteller zurechenbaren Notsituation zusammenhängen, besteht immer die Dringlichkeit, eine solche Beeinträchtigung unverzüglich zu beenden¹²⁹¹. Indem der Richter für einstweilige Verfügungen die Dringlichkeit von der schweren und offensichtlich rechtswidrigen Verletzung einer Grundfreiheit ableitet, befreit er sich also nicht im eigentlichen Sinne von der Beurteilung der Dringlichkeit. Da die Dringlichkeit bereits indirekt bei der Prüfung der anderen Bedingungen beurteilt wurde, muss er diese Beurteilung nur nicht noch einmal, d. h. erneut und in gleicher Weise, vornehmen.

Mit den Entscheidungen *Vast* und *Vadiavaloo* scheint der Staatsrat diese Argumentation rechtlich verankert zu haben. In der Entscheidung *Vast* zensiert er wegen Rechtsfehlern den Beschluss, in dem der Richter für einstweilige Verfügungen ausgeschlossen hatte, dass ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit allein eine Notsituation entstehen lassen kann: "Indem er sich darauf beschränkte, festzustellen, dass das Fehlen besonderer Umstände den Richter für einstweilige Verfügungen daran hinderte, eine Maßnahme zur Wahrung einer Grundfreiheit anzuordnen, *ohne zu untersuchen, inwieweit die streitige Entscheidung geeignet war, einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit zu bewirken*, beging der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Cergy-Pontoise einen Rechtsfehler"¹²⁹². Grundsätzlich reicht es aufgrund des kumulativen Charakters der in Artikel L. 521-2 genannten Bedingungen aus, dass eine einzige Voraussetzung für die Gewährung fehlt, damit der Richter von der Prüfung der anderen Bedingungen befreit ist. Im Urteil *Vast* wird diese Regel gerade im Bereich der Dringlichkeit außer Kraft gesetzt. Da diese Bedingung im Falle eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit als erfüllt gilt, kann der Richter einen Antrag auf einstweilige Verfügung nicht mit der Begründung ablehnen, dass keine Dringlichkeit vorliegt, ohne zu prüfen, ob ein solcher Eingriff charakterisiert werden könnte. Im vorliegenden Fall forderte der Regierungskommissar den Staatsrat sehr ausdrücklich dazu auf, die Dringlichkeit aus der Feststellung eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit abzuleiten. Für Frau Boissard "Solange der strittige Vermerk in Kraft bleibt, ist die Wahrung des Briefgeheimnisses innerhalb der Dienststellen der Stadtverwaltung nicht gewährleistet, und diese wiederholten und charakterisierten Verletzungen einer Grundfreiheit scheinen uns *allein geeignet*, eine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-2 zu kennzeichnen"¹²⁹³. In der Entscheidung *Vadiavaloo* zensiert der Kassationsrichter wegen unzureichender Begründung den Beschluss, in dem der Richter für einstweilige Verfügungen zu dem Schluss kam, dass keine Dringlichkeit vorlag, ohne zu beurteilen, ob die angefochtene Entscheidung geeignet war, einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit zu bewirken¹²⁹⁴. Im vorliegenden Fall hatte die Verwaltungsbehörde dem Beschwerdeführer die Verlängerung seiner Aufenthaltsgenehmigung verweigert. Vor dem ersten Richter machte der Beschwerdeführer geltend, dass eine Rückkehr in sein Herkunftsland, da er dort keine angemessene

Bedingung der Dringlichkeit, der die Anordnung von Maßnahmen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes unterliegt, nicht erfüllt".

1289 Siehe so CE, ord. 14. Januar 2005, *Bondo, Lebon T.*, S. 915; CE, ord. 21. Februar 2005, *Najemi*, Nr. 277520.

1290 Siehe *oben*, § 238.

1291 Siehe J.-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 13^{ème} éd., PUF, 2002, S. 496; R. MARTIN, Note sous CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur*, D. 2003, S. 1116; und T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, S. 384-385.

1292 CE, 9. April 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, S. 778-781, Schlusswort von S. BOISSARD.

1293 S. BOISSARD, *oben* genannte Schlussfolgerungen, S. 780. Nicht unterstrichen.

1294 EG, 3. Oktober 2005, *Vadiavaloo*, Nr. 281998.

medizinische Behandlung erhalten könne, außergewöhnlich schwerwiegende Folgen haben würde. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellte fest, dass dieser Umstand an sich nicht geeignet ist, die Dringlichkeit der beantragten Aussetzung zu begründen. Nach Ansicht des Staatsrats ging der Richter für einstweilige Verfügungen nicht auf alle von den Antragstellern vorgebrachten Gründe ein, mit denen sie geltend machten, dass ihr Antrag nicht durch Dringlichkeit gerechtfertigt sei, und begründete seine Entscheidung somit unzureichend. Nachdem er den Fall besprochen hatte, lehnte der Rat den Antrag der Kläger mit der Begründung ab, dass keine Grundfreiheit beeinträchtigt werde, und folglich ohne sich zur Bedingung der Dringlichkeit zu äußern.

Aus diesen beiden Urteilen scheint hervorzugehen, dass der Richter nicht zu dem Schluss kommen kann, dass keine Dringlichkeit vorliegt, ohne geprüft zu haben, ob die angefochtene Maßnahme nicht einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit darstellt. Dennoch gilt diese Rechtsprechung nur in bestimmten Fällen, da der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in vielen Entscheidungen den Antrag mangels Dringlichkeit ablehnt und sich die Prüfung der anderen Bedingungen erspart. Die Entscheidung *Mustafaj* vom 2. November 2004 ist in diesem Punkt bezeichnend. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellt fest, dass der erste Richter einen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Antrag zu Recht mit der Begründung abgelehnt hatte, dass die Dringlichkeit nicht gegeben war. Er führt aus, "dass [der erste Richter] mangels Dringlichkeit verpflichtet war, den Antrag abzulehnen, ohne dass untersucht werden musste, ob ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorlag"¹²⁹⁵. Diese Lösung reiht sich in eine Reihe von Entscheidungen ein, in denen der Einzelrichter für einstweilige Verfügungen sehr deutlich die Autonomie und Differenzierung der Bedingungen bekräftigt hat¹²⁹⁶. Die Frage ist also, in welchen Fällen sich der Richter nicht allein auf die Dringlichkeit berufen darf, um einen Antrag abzulehnen. Wie ist die Grenze zu ziehen zwischen den Fällen, in denen der Richter einen Antrag auf einstweilige Verfügung allein aus diesem Grund ablehnen kann, und den Fällen, in denen er sich, wie in den Urteilen *Vast* und *Vadianaloo*, *zunächst vergewissern* muss, dass keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Verletzung einer Grundfreiheit vorliegt? Da die Rechtsprechung zu diesem Punkt keine Hinweise gibt, ist es allenfalls möglich, im Lichte der auf dieser Grundlage ergangenen Entscheidungen Hypothesen aufzustellen. Es ist davon auszugehen, dass der Richter einen Antrag allein aus dem Grund der fehlenden Dringlichkeit in drei Fällen ablehnen kann: Erstens, wenn er der Ansicht ist, dass kein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt - in diesem Fall erwähnt er dies nicht in seiner Entscheidung und verwirft diese Bedingung durch Präteritum¹²⁹⁷; zweitens, wenn der Antragsteller für die von ihm behauptete Dringlichkeit verantwortlich ist oder die Dringlichkeit nicht wirklich begründet hat; drittens, wenn ein Grund des Allgemeininteresses der Verhängung einer Maßnahme entgegensteht.

304. Wie dem auch sei, wenn der Richter zuvor festgestellt hat, dass ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, war die Dringlichkeit immer gegeben. Kann man daraus schließen, dass die Dringlichkeit keine eigenständige Bedingung ist oder, genauer gesagt, dass sie eine überflüssige Bedingung darstellt, wenn sie vom Richter *nach* der Feststellung eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit geprüft wird?

Aus dem Wortlaut von Artikel L. 521-2 geht hervor, dass die Dringlichkeit als eigenständige Bedingung verankert ist. Das Gesetz sieht jede der Voraussetzungen für die Gewährung von Sozialhilfe getrennt vor. Es schreibt somit vor, dass die Dringlichkeit getrennt von *jeder* anderen Bedingung geprüft werden muss. Erstens ist die Dringlichkeit unabhängig von der Bedingung der *Rechtswidrigkeit* des Eingriffs. Die Bedingung bezüglich der Rechtswidrigkeit der Situation ist von der Bedingung bezüglich der Dringlichkeit der Situation getrennt, so dass

¹²⁹⁵ EG, Ord. 2. November 2004, *Mustafaj*, Nr. 273721.

¹²⁹⁶ Der Richter für einstweilige Verfügungen erklärte ausdrücklich, dass für die Anwendung der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes "die Bedingung der Dringlichkeit *getrennt* von der Bedingung einer 'schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung' einer 'Grundfreiheit' beurteilt werden muss" (CE, Ord. 6. Februar 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, Nr. 264169). Für die Anwendung dieser Bestimmungen "haben die Bedingungen der Dringlichkeit einerseits und des Vorliegens einer schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit andererseits kumulativen Charakter; (...) es obliegt somit dem Antragsteller, *in allen Fällen* die erste dieser Bedingungen zu rechtfertigen (...)" (CE, ord. 27. Mai 2004, *Hermanowicz*, Nr. 267831). Im vorliegenden Fall beantragte die Klägerin beim Richter für einstweilige Verfügungen, den Präfekten anzuweisen, ihr die Unterstützung der öffentlichen Gewalt zu gewähren, um die Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung zu gewährleisten, die die Räumung eines Mieters aus einer Wohnung, die ihr gehört, anordnet. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellt fest, "dass der Umstand, dass diese Unterstützung am 13. Juni 2003 per Gerichtsvollzieher beantragt wurde, in Ermangelung von Angaben zu den unmittelbaren Folgen der ihm erteilten Ablehnung allein nicht ausreicht, um die Bedingung der Dringlichkeit im Sinne der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu charakterisieren". Man kann jedoch davon ausgehen, dass die Bedeutung und der Wortlaut dieser Entscheidung anders ausgefallen wären, wenn die Bedingungen bezüglich des Vorliegens eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit erfüllt worden wären.

¹²⁹⁷ Dies würde sich im Übrigen mit der Formulierung im Beschluss *Commune de Pertuis decken*, der sich auf die Notwendigkeit bezieht, nicht innerhalb von 48 Stunden eine Maßnahme zu erhalten, sondern innerhalb von 48 Stunden eine Schutzmaßnahme zu erhalten.

"die Rechtswidrigkeit des Standorts des Bauwerks allein nicht ausreicht, um die in Artikel L. 521-2 festgelegte Bedingung der Dringlichkeit als erfüllt anzusehen"¹²⁹⁸. In einer allgemein gehaltenen Formulierung stellte der Richter fest, dass "die Dringlichkeitsanforderung nicht notwendigerweise aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung abgeleitet wird"¹²⁹⁹. Daher ist "der bloße Umstand, dass ein rechtswidriger Eingriff [in eine Grundfreiheit] vorgenommen wurde, für sich genommen nicht geeignet, die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geforderte besondere Dringlichkeit zu kennzeichnen"¹³⁰⁰. Zweitens ist die Dringlichkeit unabhängig von der Bedingung der *Schwere* des Eingriffs. Nachdem der Richter für einstweilige Verfügungen im *Lidl-Beschluss* festgestellt hatte, dass die angefochtene Entscheidung einen schweren Eingriff in eine Grundfreiheit darstellte, achtete er darauf, zu betonen, dass "die Anwendung des in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehenen besonderen Rechtsschutzes voraussetzt, dass eine Dringlichkeit gegeben ist, die den Erlass der beantragten Unterlassungsmaßnahme rechtfertigt". Die Dringlichkeit wurde schließlich nicht qualifiziert, da es dem Antragsteller insbesondere nicht gelang, diese nachzuweisen¹³⁰¹. Die Dringlichkeit überschneidet sich also nicht mit den anderen Bedingungen, die einzeln betrachtet werden.

Sie ist auch nicht redundant zu den anderen Bedingungen, die in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. Denn die Dringlichkeit bleibt auch dann eine eigenständige Bedingung für die einstweilige Verfügung, wenn zuvor ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff festgestellt wurde. Die Überlagerung der Bedingungen entspricht sowohl dem Wortlaut von Artikel L. 521-2 als auch dem Zweck dieses Verfahrens. Auch wenn die schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung die Charakterisierung der Dringlichkeit entscheidend begünstigt, kann sie diese nicht von Rechts wegen, unter allen Umständen und ohne Berücksichtigung des Verhaltens des Antragstellers herstellen. Es scheint sogar möglich zu sein, zu behaupten, dass die Vermutung der Dringlichkeit, die sich aus der Feststellung eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs ergibt, widerlegt werden kann. Dennoch sagt Frau Boissard: "Nur wenn diese Beeinträchtigung in Wirklichkeit dem Antragsteller selbst zuzuschreiben ist, wird der Richter für einstweilige Verfügungen veranlasst, das Fehlen einer Dringlichkeit festzustellen"¹³⁰². Abgesehen von der Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners scheint dies die einzige Möglichkeit zu sein, die Dringlichkeitsvermutung zu widerlegen, wenn zuvor eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung festgestellt wurde. Es ist anzumerken, dass bis heute keine Umkehrung dieser Vermutung stattgefunden hat. In jedem Fall ist davon auszugehen, dass der Richter selbst in einem solchen Fall die Widerlegung der Vermutung in seiner Entscheidung nicht erwähnen und den Antrag allein aufgrund der Dringlichkeit ablehnen würde. Wenn die Dringlichkeit dem Antragsteller zuzuschreiben ist, äußert sich der Richter für einstweilige Verfügungen nicht zu der Bedingung der schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung, sondern entscheidet direkt über die Dringlichkeit. Es ist schwer vorstellbar, dass er die schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit feststellt, um dann dem Antragsteller aufgrund seiner Untätigkeit oder seines Verhaltens das Recht auf eine Schutzmaßnahme abzuspochen.

Eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung ist zwar nicht erforderlich, um die Dringlichkeit zu charakterisieren, sie ist jedoch das entscheidende und fast ausschließliche Kriterium für die Dringlichkeit. Dennoch kann es vorkommen, auch wenn dies in der Praxis sehr selten ist, dass das Gericht die Dringlichkeit positiv einstuft, ohne eine solche Beeinträchtigung festgestellt zu haben.

II. Die Möglichkeit, Dringlichkeit zu qualifizieren, wenn es keine Verletzung einer Freiheit gibt

305. In sehr seltenen Fällen wurde die Dringlichkeit vom Richter für einstweilige Verfügungen positiv bewertet, ohne dass zuvor ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit festgestellt wurde, oder sogar ohne einen solchen Eingriff. Diese Fälle sind außergewöhnlich und entsprechen in der Praxis im Wesentlichen der Annahme, dass es sich um einen Notfall handelt.

306. In äußerst seltenen Fällen hat der Richter die Dringlichkeit außerhalb der Mechanismen der Dringlichkeitsvermutung anerkannt, ohne oder genauer gesagt, bevor er - denn dieses Element ist wichtig -

¹²⁹⁸ EG, Ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385.

¹²⁹⁹ CE, ord. 16. Februar 2005, *SARL Médiation et arguments*, Nr. 277584.

¹³⁰⁰ EK, Beschl. 10. August 2005, *Diabira*, Nr. 283444. Siehe jedoch CE, ord. 11. Februar 2003, *Maillot*: Der Richter für einstweilige Verfügungen lehnte den Antrag auf Grundlage von L. 521-2 mit der Begründung ab, dass aus den Akten nicht hervorgehe, dass die Ablehnung "mit einer Rechtswidrigkeit behaftet ist, deren Charakter offenkundig ist (...) und die es somit rechtfertigt, dass sie innerhalb der in diesem Artikel vorgesehenen Frist aufgehoben wird".

¹³⁰¹ CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154.

¹³⁰² S. BOISSARD, unveröffentlichte Schlußfolgerungen zu CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon*, S. 45. Siehe unten, § 310 ff.

den schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit als solchen eingestuft hat¹³⁰³. In der Rechtssache *Aït Oubba* hatte der Kläger die Aufhebung der gegen ihn erlassenen Abschiebungsanordnung mit der Begründung erwirkt, dass ihm, da er seit mehr als zehn Jahren in Frankreich ansässig ist, von Rechts wegen eine Aufenthaltskarte mit dem Vermerk "Privat- und Familienleben" ausgestellt werden sollte. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellte fest, dass seit dem Urteil, mit dem seine Abschiebung aufgehoben wurde, vierzehn Monate vergangen waren. In Anbetracht der Gründe für diese Aufhebung schafft die anhaltende Untätigkeit der Verwaltung, dieses Urteil vollständig umzusetzen, eine Notsituation im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes¹³⁰⁴. Der Richter prüft erst danach die Bedingung, die sich auf die schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit bezieht, die in diesem Fall als erfüllt angesehen wird. In der Entscheidung *Société Outremer Finance Limited* stellte der Staatsrat fest, dass "in Anbetracht des Umfangs des finanziellen Schadens, der sich für die klagende Gesellschaft, die Eigentümerin des Flugzeugs ist, aus seiner Immobilisierung ergibt, die eine Neuvermietung behindert, die in dem genannten Artikel L. 521-2 festgelegte Bedingung der Dringlichkeit erfüllt ist"¹³⁰⁵. Auch hier prüft der Verwaltungsrichter erst in zweiter Linie das Erfordernis eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit, das erfüllt ist. Im *Basset-Beschluss* focht der Kläger einen Präfekturerlass an, der die Schließung einer Schankwirtschaft während der Sommermonate für einen Monat beschloss. Nachdem der Richter festgestellt hatte, dass ein Großteil seines Umsatzes in diesem Zeitraum erzielt wurde, schloss er daraus, dass die in Artikel L. 521-2 festgelegte Bedingung der Dringlichkeit erfüllt ist¹³⁰⁶. In diesem Fall wird die schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit als erfüllt angesehen. Wie in früheren Entscheidungen wird sie jedoch nach der Bedingung der Dringlichkeit geprüft.

- 307.** In der Praxis sieht der Richter diese Anforderung vor allem dann als erfüllt an, wenn er eine *Dringlichkeitsvermutung* aufgestellt hat, noch bevor er sich dazu äußert, ob ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt. Diese Dringlichkeitsvermutungen, die vom Verwaltungsrichter unter Berücksichtigung des Gegenstands und der Tragweite der betreffenden Maßnahme aufgestellt werden, führen dazu, dass die Bedingung der Dringlichkeit in den betreffenden Bereichen als erfüllt gilt. Diese Dringlichkeitsvermutungen wurden vom Richter des *référé-liberté* in verschiedenen Bereichen, insbesondere im Ausländerrecht, anerkannt. Dies betrifft die Entscheidung, einen Ausländer aus dem französischen Hoheitsgebiet auszuweisen¹³⁰⁷, die Verweigerung der vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung für einen Asylbewerber¹³⁰⁸ oder, im Rahmen des Verfahrens zur Bestimmung des für einen Asylantrag zuständigen Staates, die Entscheidung zur Übergabe an einen ausländischen Staat¹³⁰⁹. Solange der Richter sie nicht für die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit für anwendbar erklärt hat, sind die im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung ermittelten Dringlichkeitsvermutungen hingegen nur auf dieses Verfahren anwendbar. So stellt der Entzug oder die Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltstitels eines Ausländers, der sich in einer rechtmäßigen Situation befindet, keine Dringlichkeitsvermutung im Sinne von Artikel L. 521-2 dar¹³¹⁰. Ebenso wird aller Wahrscheinlichkeit nach die auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 aufgestellte Vermutung, dass "die Auflösung einer Handwerkskammer per se eine Notsituation schafft"¹³¹¹, nicht auf den *référé-liberté* angewendet werden. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, dass die vor dem Beschluss der *Commune de Pertuis in der référé-liberté* aufgestellten Vermutungen grundsätzlich beibehalten werden. Beispielsweise hatte der Richter des *référé-liberté* eine Vermutung der Dringlichkeit anerkannt, wenn ein Gewerbetreibender seines Arbeitswerkzeugs beraubt oder an der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit gehindert wird¹³¹². Es ist

¹³⁰³ Es ist in der Tat anzunehmen, dass der Richter bei der Abfassung seiner Entscheidung und insbesondere der Bedingung der Dringlichkeit die schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Verletzung einer Grundfreiheit, die er später in der Begründung der Entscheidung feststellt, weitestgehend berücksichtigt.

¹³⁰⁴ CE, Ord. 11. Juni 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.*, S. 869.

¹³⁰⁵ CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon S.* 306.

¹³⁰⁶ CE, ord. 16. August 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, Nr. 271148.

¹³⁰⁷ CE, ord. 7. Mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, *Lebon T.* S. 870. Diese Vermutung der Dringlichkeit war zuvor im Rahmen des *référé-suspension* verankert worden (siehe CE, 26. September 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mesbabi*, *Lebon S.* 428; CE, 2. Oktober 2002, *Hakkar*, *Lebon T.* S. 863).

¹³⁰⁸ CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon S.* 45; CE, 3. November 2003, *Kobanda Doro*, Nr. 258322.

¹³⁰⁹ CE, ord. 25. November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon T.* S. 927.

¹³¹⁰ Siehe *oben*, § 298.

¹³¹¹ CE, Ord. 11. Juli 2001, *Chambre de métiers de la Haute-Corse*, *Lebon T.* S. 1105.

¹³¹² Siehe CE, ord. 15. März 2002, *Delaplace*, *Lebon*, S. 105: In Anbetracht der Auswirkungen auf die Ausübung seines Berufs als Auslieferungsfahrer durch den Kläger ist die Weigerung der Verwaltung, seinen Führerschein zurückzugeben, "vorbehaltlich der Prüfung der besonderen Umstände des Falles - geeignet, die in Artikel L. 521-1 und Artikel L. 521-2

fraglich, ob sie auch unter der neuen Rechtslage beibehalten wird.

Wenn der Rechtsstreit, über den der Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet, von einer Dringlichkeitsvermutung betroffen ist, äußert sich der Richter zu dieser Vermutung, bevor er die Voraussetzung der schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit prüft. Der Richter prüft zunächst, ob die Dringlichkeitsvermutung nicht aufgrund besonderer Umstände, die für den Fall, mit dem er befasst ist, typisch sind, nachgeben muss. Da es sich bei den so vom Richter aufgestellten Dringlichkeitsvermutungen um einfache Vermutungen handelt, werden sie immer unter dem Vorbehalt der Umstände des Einzelfalles anerkannt. Gemäß der Rechtsprechungsformel gilt die Dringlichkeit als erfüllt, "sofern keine besonderen Umstände vorliegen". Tatsächlich entbinden die Vermutungen den Richter keineswegs davon, die Auswirkungen der strittigen Maßnahme auf die Situation des Antragstellers zu berücksichtigen. Sie können widerlegt werden, wenn es der Verwaltung gelingt, das Fehlen der Dringlichkeit im Hinblick auf die besonderen Gegebenheiten des Falles nachzuweisen, insbesondere wenn der Schaden, den der Kläger erlitten hat, von ihm selbst verschuldet wurde. Die Dringlichkeitsvermutung bewirkt insofern eine Umkehr der Beweislast. Der Beklagte steht dann bei seiner Beweisführung im Vordergrund. In ihrer Stellungnahme zur Verteidigung muss die Verwaltung besondere Umstände geltend machen, die rechtfertigen, dass die Voraussetzung der Dringlichkeit nicht erfüllt ist¹³¹³. Sofern kein Gegenbeweis erbracht wird, gilt die Dringlichkeit als erwiesen. Beispielsweise stellt der Richter in der oben genannten Rechtssache *Ouakid* fest, "dass der Innenminister kein Element geltend macht, das belegen würde, dass die Durchführung seines Erlasses vom 17. Dezember 2001, mit dem die Ausweisung von Herrn Ouakid verfügt wurde, keine Notsituation im Sinne der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes schaffen würde"¹³¹⁴. Ebenso stellt der Rat in Bezug auf eine Weigerung, den Antrag des Beschwerdeführers auf territoriales Asyl zu registrieren, fest, "dass der Innenminister keine besonderen Umstände geltend macht, die der Situation von Herrn Hadda eigen sind, der im Besitz eines gültigen Visums war, als er mehrmals versuchte, seinen Antrag auf territoriales Asyl registrieren zu lassen"¹³¹⁵. Wenn es keine gegenteiligen Anhaltspunkte gibt, wird die Dringlichkeit festgestellt und das Gericht prüft, ob der schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Eingriff erfüllt ist. In der Praxis ist zu beobachten, dass in allen oben genannten Entscheidungen, die die Dringlichkeit im Sinne von Artikel L. 521-2 dank des Mechanismus der Dringlichkeitsvermutung anerkennen, der schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Eingriff nachträglich in der Begründung qualifiziert wird. Zwar ergibt sich die Dringlichkeit aus der Art und den Merkmalen der betreffenden Handlung oder des betreffenden Verhaltens und nicht aus der schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit. Aber auch hier kann man davon ausgehen, dass die Charakterisierung einer solchen Verletzung kein gleichgültiges Element ist. Es scheint, als würde der Richter niemals die Dringlichkeit anerkennen, ohne später in der Entscheidung (und *erst recht*, wenn er sie vorher anerkennt) die schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit anzuerkennen.¹³¹⁶

308. Die Dringlichkeit ist zu einem überwiegenden und fast ausschließlichen Teil mit der Feststellung eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit verbunden. Es scheint, dass der Richter für einstweilige Verfügungen noch nie die Dringlichkeit festgestellt hat, ohne einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit festzustellen. Dennoch kann er auch in einem solchen Fall die Dringlichkeit ablehnen, wenn er oder die Parteien ein Element feststellen, das die Dringlichkeit ausschließt.

Abschnitt 3. Elemente, die eine Dringlichkeit ausschließen können

festgelegte Bedingung der Dringlichkeit als erfüllt gelten zu lassen".

¹³¹³ Siehe die Regel, die im Zusammenhang mit der einstweiligen Verfügung gegen die Suspendierung bekräftigt wurde: CE, 1^{er} Oktober 2001, *Meddah*, Nr. 234918.

¹³¹⁴ CE, ord. 7. Mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, *Lebon T. S.* 870.

¹³¹⁵ CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon*, S. 45.

¹³¹⁶ In einem Urteil in der Rechtssache *Kobanda Doro* bekräftigt der Rat, dass "die Verweigerung der vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung für sich genommen eine hinreichend schwere und unmittelbare Beeinträchtigung der Situation des Asylbewerbers darstellt, so dass die Bedingung der Dringlichkeit, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, erfüllt ist" (CE, 3. November 2003, *Kobanda Doro*, Nr. 258322). Nachdem der Beschluss, der die Dringlichkeit in einem solchen Fall ausgeschlossen hatte, aufgehoben worden war, befasste sich der Staatsrat mit dem Fall und lehnte den Antrag ab, da keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit vorlag. Da er nicht über die Dringlichkeit entscheidet, kann nicht festgestellt werden, ob diese erfüllt war oder nicht, d. h. ob die Vermutung voll und ganz galt oder angesichts der besonderen Umstände des Falles nachgeben musste.

309. Zwei Elemente können der Einstufung als dringlich entgegenstehen: zum einen das Verhalten des Antragstellers und zum anderen ein vom Antragsgegner verfolgtes Ziel von allgemeinem Interesse.

I. Das Verhalten des Antragstellers

310. Der Antragsteller darf die von ihm behauptete oder tatsächlich bestehende Notlage nicht selbst herbeigeführt haben. In Anwendung des Grundsatzes *Nemo auditur* auf diese Bedingung ist das Gericht der Ansicht, dass die Notsituation nicht auf das Verhalten des Antragstellers zurückzuführen sein darf. Der Antragsteller darf durch sein Verhalten nicht dazu beigetragen haben, die Notsituation herbeizuführen oder zu verschärfen. Diese Rechtsprechung umfasst im Wesentlichen vier verschiedene Fälle.
311. Zunächst einmal ist der Richter für einstweilige Verfügungen der Ansicht, dass es keine Dringlichkeit für die Anordnung einer Maßnahme gibt, wenn die strittige Situation nicht auf das Handeln der Verwaltung, sondern auf die Verzögerung zurückzuführen ist, die der Betroffene selbst bei der Formulierung seines Antrags bei den zuständigen Behörden verursacht hat. So kann sich der Betroffene nicht auf Dringlichkeit berufen, wenn er mehrere Monate gewartet hat, bevor er bei der Konsularverwaltung die notwendigen Schritte zur Verlängerung seines Reisepasses unternommen hat¹³¹⁷. Eine Dringlichkeit kann auch nicht festgestellt werden, wenn der Antragsteller beantragt, dass die Verwaltungsbehörde angewiesen wird, seinen Reisepass zu erneuern, obwohl dieser seit mehr als zwei Jahren abgelaufen ist¹³¹⁸. Ebenso kann ein ausländischer Staatsangehöriger mit einer befristeten Aufenthaltsgenehmigung, der den letzten Tag ihrer Gültigkeit abwartet, um ihre Verlängerung zu beantragen, sich nicht auf die Dringlichkeit berufen, in die er sich selbst gebracht hat. Gemäß Artikel 3 des Dekrets vom 30. Juni 1946 zur Regelung der Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in Frankreich war er verpflichtet, diese innerhalb der letzten zwei Monate vor Ablauf seiner Aufenthaltserlaubnis einzureichen. Da die Verzögerung bei der Bearbeitung seines Antrags ausschließlich ihm zuzuschreiben ist, begründet der Antragsteller nicht die Dringlichkeit, die mit der Ausstellung einer Empfangsbestätigung für den Antrag auf Verlängerung seines Aufenthaltstitels verbunden wäre¹³¹⁹.
312. Zweitens: Wenn der Antragsteller nach Eintritt des Schadens, dessen Opfer er sich sieht, offensichtlich zu spät gehandelt hat, wird das Gericht den Widerspruch zwischen dieser Langsamkeit bei der Befassung des Gerichts und der Berufung auf die Dringlichkeit seiner Situation feststellen¹³²⁰. Jede Verzögerung oder mangelnde Sorgfalt bei der Anfechtung eines Verwaltungsakts oder -verhaltens wendet sich somit gegen den Antragsteller. Der Richter wird sich weigern, die Dringlichkeit zu qualifizieren, wenn dieser eine Situation akzeptiert hat und ihre Auswirkungen erst spät anfechtet und damit eine "zu lange Verzögerung gegenüber dem Verwaltungshandeln, über das er sich beschwert", an den Tag legt¹³²¹. Da es sich um eine Situation handelt, mit der sich der Antragsteller schon früher hätte befassen können, wird die Glaubwürdigkeit der Notsituation stark beeinträchtigt. Selbst wenn das Eingreifen des Richters früher dringend gewesen sein mag, ist es zum Zeitpunkt der Anrufung nicht mehr dringend.

So ist der Kläger nicht berechtigt, die von ihm behauptete Dringlichkeit damit zu begründen, dass das Inkrafttreten der von ihm angefochtenen Maßnahme unmittelbar bevorsteht, obwohl er sie einen Monat zuvor zugestellt bekommen hat¹³²². Ebenso kann ein Antragsteller, der es unterlassen hat, die ablehnenden

¹³¹⁷ Siehe CE, Ord. 9. Januar 2001, *Depertes, Lebon* S. 1. Der Antragsteller beantragte beim Richter für einstweilige Verfügungen, dass die Konsularbehörde angewiesen wird, seinen Reisepass zu verlängern. Der Richter stellte fest, dass der Betroffene bereits im März 2000 von der Präfektur des Departements Haute-Marne über die Bedingung für die Verlängerung seines Passes informiert worden war. Da ihm die Verzögerung bei der Ausstellung dieses Dokuments zuzurechnen sei, "kann er sich nicht auf die Dringlichkeit seiner Auslandsreisen berufen, um die Anordnung einer Maßnahme auf der Grundlage des oben genannten Artikels L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu beantragen".

¹³¹⁸ EG, Ord. 21. März 2001, *Rahal*, Nr. 231531.

¹³¹⁹ CE, 8. Oktober 2001, *Sanches Cardoso, Lebon T.*, S. 1091.

¹³²⁰ Nach dem Wortlaut der unter dem früheren Rechtsstand entwickelten Rechtsprechung, wenn eine "lange Frist" "zwischen dem Eintritt des Schadens und der Befassung des Richters für einstweilige Verfügungen" verstrichen ist, weist der Antrag nicht mehr die von den Texten geforderte Dringlichkeit auf (CE, 9. Februar 1972, *Entreprise Quille*, RDP 1972, S. 1278).

¹³²¹ R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence: premier bilan", *AJDA* 2002, S. 1.

¹³²² CE, Ord. 16. März 2001, *Association Radio "2 couleurs"*, *Lebon T.*, S. 1134. Am 23. Februar 2001 wurde dem Verein die strittige Entscheidung zugestellt. Erst am 23. März 2001, also nur drei Tage vor dem für das Inkrafttreten vorgesehenen Datum, reichte sie beim Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag auf Aussetzung auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 ein.

Stellungnahmen der Kommission für den Zugang zu Verwaltungsdokumenten in den Jahren 1996 und 1999 anzufechten, sich nicht auf die Dringlichkeit berufen, die es im Jahr 2003 geben würde, um die Mitteilung der Unterlagen zu erhalten, auf deren Grundlage die Kommission diese Stellungnahmen abgegeben hat¹³²³. Für den Richter für einstweilige Verfügungen ist die Dringlichkeit nicht gegeben, wenn ein Verein mehr als ein Jahr wartet, bevor er die Aussetzung des Dekrets beantragt, das seine Aufnahme in die Liste der Personen beschließt, für die Finanztransaktionen zwischen Frankreich und dem Ausland einer vorherigen Genehmigung durch den Wirtschaftsminister bedürfen¹³²⁴. Der Richter befand auch, dass es keine Dringlichkeit gibt, den Abriss und die Entfernung eines öffentlichen Bauwerks anzuordnen, das seit zwei Jahren auf einem Grundstück steht, das einer Privatperson gehört¹³²⁵. *Erst recht* besteht keine Dringlichkeit, "die Ausführung von Bestimmungen auszusetzen, die seit mehr als siebzehn Jahren umgesetzt werden"¹³²⁶.

Wenn jedoch der Ablauf einer zu langen Zeit Zweifel daran aufkommen lässt, dass die Beeinträchtigung der Situation des Antragstellers tatsächlich schwer wiegt, kann keine Frist als solche vorgeschrieben werden¹³²⁷. Daher mildert der Richter für einstweilige Verfügungen manchmal die Strenge dieser Beurteilung, wenn die Dringlichkeit ungeachtet der Haltung des Antragstellers besonders dringlich erscheint. In der Entscheidung *M'LAMALI* stimmte er zu, die Situation als dringend zu bezeichnen, die sich aus der Verzögerung der Verwaltung bei der Verlängerung des Reisepasses des Antragstellers ergab, obwohl der Antragsteller sechs Monate gewartet hatte, um sich nach dem weiteren Vorgehen in seinem Fall zu erkundigen. Zwei Elemente werden vom Richter berücksichtigt, um die Dringlichkeit trotz der mangelnden Sorgfalt des Antragstellers zu qualifizieren: zum einen der Umstand, dass der Betroffene rechtzeitig die Verlängerung seines Passes beantragt hat, und zum anderen die ungewöhnlich lange Zeit, die die Verwaltung für die Bearbeitung seiner Akte benötigt hat, was zur Folge hat, dass dem Antragsteller die Möglichkeit genommen wird, sich auf einen gültigen Identitätstitel zu berufen.¹³²⁸

313. Der Richter wird auch zögern, die Dringlichkeit zu charakterisieren, "wenn es an einer Art "Überraschungseffekt" fehlt"¹³²⁹. So weigert sich der Richter, die Dringlichkeit zu bejahen, wenn ein im Immobiliengeschäft tätiges Unternehmen ein von Hausbesetzern besetztes Gebäude erworben hat und die Unterstützung der öffentlichen Gewalt beantragt, um eine gerichtliche Entscheidung zu vollstrecken, die die Räumung der Besetzer vorschreibt. Als das Unternehmen das Gebäude erwarb, war es über die Anwesenheit von Hausbesetzern informiert und konnte die Schwierigkeiten nicht ignorieren, denen es sich bei der Umsetzung seiner Immobilienprojekte aussetzen würde. Mit einer sehr expliziten Begründung stellte das Gericht fest, dass "die Gesellschaft, die üblicherweise eine Tätigkeit im Bereich der Renovierung von Gebäuden ausübt, nicht die Schwierigkeiten ignorieren konnte, auf die sie bei der Durchführung des Projekts stoßen würde, für das sie diesen Kauf getätigt hatte". Daraus leitet er ab, dass sich die Klägerin unter diesen Umständen "nicht auf den Begriff der Dringlichkeit im Sinne und für die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes berufen kann, wenn es um eine Situation geht, in die sie sich selbst gebracht hat"¹³³⁰. Mit dieser Formulierung führt der Verwaltungsrichter bei der Beurteilung der Dringlichkeit den Begriff des "akzeptierten Risikos"¹³³¹ ein, der bis dahin dem Haftungsrecht vorbehalten schien.¹³³²

314. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich schließlich, dass Dringlichkeit nicht gegeben ist, wenn sich der Antragsteller in eine rechtswidrige Situation gebracht hat. Dies ist der Fall, wenn ein Unternehmen ein Geschäft eröffnen möchte, das dem Gesetz vom 5. Juli 1996 über die Entwicklung und Förderung des

1323 EK, Beschl. 12. Mai 2003, *Bidalon*, Nr. 256868.

1324 CE, Ord. 15. Dezember 2003, *Association secours mondial de France*, Nr. 262627.

1325 EG, Ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385.

1326 CE, Ord. 21. Januar 2002, *Auto-école Bergson*, Nr. 242051.

1327 Wie M. Dugrip unter dem früheren Rechtszustand feststellte: "Die Tatsache, dass die strittige Situation bereits seit langem besteht, ist kein Hindernis dafür, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkt dringend notwendig wird, den Richter für einstweilige Verfügungen um bestimmte Maßnahmen zu ersuchen. Die Dringlichkeit kann entstehen, während eine Situation eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweist, wenn die Ereignisse sie beeinflussen und ein sofortiges Eingreifen erforderlich machen" (O. DUGRIP, a. a. O., S. 328). Mit anderen Worten, die Verzögerung "kann (...) nicht (...) allein das Fehlen von Dringlichkeit beweisen, da eine faktische Situation sehr wohl zeitlich verlängert werden kann und zu einem bestimmten Zeitpunkt ein sofortiges Handeln erforderlich macht" (*ibid.*). In ähnlicher Weise stellte M. Cossa fest, dass "das Alter des Schadens nicht notwendigerweise die Dringlichkeit ausschließt" (M. COSSA, "L'urgence en référé", *GP* 1955, 2, S. 47).

1328 CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T. S.* 1034.

1329 L. ERSTEIN, "Pragmatisme de la notion d'urgence", *Coll. ter.* 2002, Chron. Nr. 4, S. 4.

1330 CE, Ord. 3. Januar 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry*, *Lebon T. S.* 928, 931. Siehe in diesem Sinne auch CE, ord. 2. Juni 2005, *Société civile immobilière "63 rue d'Hautpoul"*, Nr. 280831.

1331 J.-P. GILLI, Anmerkung zu CE, ord. 3. Januar 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Kerry*, *AJD-A* 2003, S. 344.

1332 Siehe R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 1422.

Handels und des Handwerks unterliegt, ohne die Genehmigung der Kommission für Geschäftsausstattung des Departements beantragt und somit erhalten zu haben. Da die antragstellende Gesellschaft die Bestimmungen dieses Textes nicht einhielt, "ist der Erlass der beantragten Anordnungen in Bezug auf die Nutzung der Befugnisse des Bürgermeisters in Bezug auf Einrichtungen mit Publikumsverkehr in *jedem Fall nicht* durch Dringlichkeit gerechtfertigt"¹³³³. So kann der Richter für einstweilige Verfügungen generell davon ausgehen, dass keine Notsituation vorliegt, die die Verhängung der beantragten Maßnahme rechtfertigen würde, wenn dem Antragsteller die Einrede der Rechtswidrigkeit seiner eigenen Situation entgegengehalten werden kann"¹³³⁴.

Neben der Haltung des Antragstellers kann sich das Hindernis für eine Einstufung als dringlich auch aus dem vom Antragsgegner verfolgten allgemeinen Interesse ergeben.

II. Das vom Beklagten verfolgte allgemeine Interesse

315. Die Dringlichkeit der Anordnung einer Schutzmaßnahme muss der Dringlichkeit gegenübergestellt werden, die bestehen kann, wenn die Maßnahme nicht angeordnet wird. Diese Beurteilung wird als "umfassend" bezeichnet, wenn der Richter alle beteiligten Interessen in seine Analyse einbezieht. In bestimmten Situationen kann das allgemeine Interesse, für das der Beklagte verantwortlich ist, der Feststellung der Dringlichkeit entgegenstehen.

316. Unter der Herrschaft des Gesetzes vom 30. Juni 2000 muss der Richter für einstweilige Verfügungen eine Abwägung zwischen dem Interesse des Antragstellers an der Verhängung einer Maßnahme und dem Interesse, das es geben kann, die Maßnahme nicht zu verhängen, vornehmen. Der Grundsatz der Interessenabwägung wurde zunächst vom Staatsrat im Rahmen von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegt. Im Urteil *Préfet des Alpes-Maritimes* vom 28. Februar 2001¹³³⁵ hob die Abteilung den Beschluss des Richters für einstweilige Verfügungen auf, der auf Antrag von Umweltschutzverbänden die Aussetzung der Vollstreckung eines Präfekturerlasses angeordnet hatte, der einem Unternehmen den Betrieb einer Lagerstätte für Hausmüll auf dem Gebiet einer Gemeinde im Departement Alpes-Maritimes gestattete. Der Staatsrat führt aus, dass die Dringlichkeit "global und objektiv zu beurteilen" sei und es daher dem Richter für einstweilige Verfügungen obliege, nicht nur die Auswirkungen des strittigen Erlasses auf die Umwelt zu berücksichtigen, wie es die betroffenen Verbände wünschten, sondern auch, wie es der Präfekt forderte, "die Auswirkungen, die eine Aussetzung unmittelbar auf die Bedingungen der Abfallentsorgung im Departement Alpes-maritimes haben könnte". In diesem Fall stellt der Rat zwei allgemeine Interessen gegenüber: den Schutz der öffentlichen Gesundheit und die Achtung der Umwelt. Er ist der Ansicht, dass die Dringlichkeit der Abfallbeseitigung schwerer wiegt als die möglichen Risiken, die der Betrieb der Deponie für die Umwelt mit sich bringen könnte. Der Grundsatz einer umfassenden Beurteilung der Dringlichkeit wurde in einem Beschluss vom 10. August 2001, *Association La Mosquée*, auf den *référé-liberté* übertragen. Der Richter des *référé-liberté* übernimmt die Formel des Urteils *Préfet des Alpes-Maritimes* in einer Grundsatzabwägung und bekräftigt, "dass die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes aufgestellte Bedingung der Dringlichkeit objektiv und unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände eines jeden Falles beurteilt wird"¹³³⁶.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass der Richter für einstweilige Verfügungen seine Kontrolle der Dringlichkeit nicht auf die Berücksichtigung der Interessen des Antragstellers beschränken darf. In diesem Rahmen muss er eine "Dringlichkeitsbilanz" erstellen¹³³⁷, indem er die Dringlichkeit des Antragstellers, eine Schutzmaßnahme zu erwirken, der Dringlichkeit des Antragsgegners, seine im öffentlichen Interesse unternommene Handlung fortzusetzen, gegenüberstellt. Indem er "eine Abwägung der beteiligten Interessen" vornimmt, muss der Richter "den Schaden, den der Antragsteller erleiden würde, wenn die einstweilige Maßnahme nicht verjährt wäre, mit dem Schaden vergleichen, der dem Urheber der Handlung, Dritten oder dem Allgemeininteresse entstehen würde, wenn die Maßnahme verjährt wäre. Bei seiner Gesamtbewertung der

¹³³³ CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154.

¹³³⁴ P. SOLER-COUTEAUX, Obs. unter CE, Ord. 13. März 2001, *Société Lidl, RDI* 2001, S. 277. Diese Lösung stellt auch hier eine Übertragung der Grundsätze des Rechts der außervertraglichen Haftung dar. In diesem Bereich hat "das Opfer, das sich aufgrund der Unregelmäßigkeit in einer unrechtmäßigen Situation befindet, keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihn in dieser Situation trifft" (R. CHAPUS, *a. a. O.*, Nr. 1420). Der Verwaltungsrichter ist der Ansicht, dass sie keinen Anspruch auf Schadensersatz hat, wenn sie die für sie geltenden Vorschriften nicht eingehalten hat (siehe CE, Sect., 7. März 1980, *SARL Cinq-Sept, Lebon* S. 129, Schlusswort J. MASSOT).

¹³³⁵ CE, Sect., 28. Februar 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes, Lebon* S. 110; *AJDA* 2001, S. 461, chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN; *Coll. ter.* 2001, Komm. Nr. 126, Anm. T. CELERIER.

¹³³⁶ CE, Ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée" und andere, Lebon T.*, S. 1133. Siehe auch CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France, Lebon*, S. 408; CE, Ord. 30. Oktober 2003, *Société Kentucky*, Nr. 261353.

¹³³⁷ S. OVERNEY, "Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge", *AJDA* 2001, S. 721.

Dringlichkeit muss der Richter für einstweilige Verfügungen dann die Auswirkungen der Maßnahme, um deren Erlass er ersucht wird, berücksichtigen und sie gegen die Auswirkungen der strittigen Entscheidung oder des strittigen Verhaltens für den Antragsteller abwägen¹³³⁸. Mit anderen Worten: Der Richter ist dazu angehalten, die Dringlichkeit, die beantragte Schutzmaßnahme zu erlassen, gegen die Dringlichkeit, die Vollstreckung der strittigen Handlung oder die unternommene Verwaltungstätigkeit fortzusetzen, abzuwägen. Indem das Interesse des Beklagten in die Beurteilung der Dringlichkeit einbezogen wird, beendet diese Lösung die Rechtsprechung der *Association de sauvegarde du Quartier Notre Dame*, die unter der vorherigen Rechtslage vorherrschte.¹³³⁹

Die Interessen werden durch die Parteien und die in der Akte enthaltenen Elemente definiert. Der Richter der einstweiligen Verfügung wird die Dringlichkeit zunächst "anhand der im Antrag vorgebrachten Begründungen und der in der Verteidigung vorgebrachten Argumente" ablesen¹³⁴⁰. Er ist jedoch nicht durch die Argumente der Parteien eingeschränkt und kann von Amts wegen die Dringlichkeit der Nichtanordnung einer Schutzmaßnahme geltend machen, auch wenn diese vom Antragsgegner nicht geltend gemacht wurde. Der Staatsrat hat auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zugelassen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen im Stadium des Sortierverfahrens eine Dringlichkeitsbilanz erstellen kann, d. h. er kann das Interesse, die Maßnahme nicht zu verhängen, berücksichtigen und somit allein mit Blick auf den Antrag als nicht dringlich ablehnen¹³⁴¹. Diese Lösung ist insofern bemerkenswert, als dass die Verwaltung hypothetisch nicht angerufen wurde und daher keine Stellungnahme zur Verteidigung abgegeben hat. Folglich konnte sie sich nicht auf die Dringlichkeit berufen, die beantragte Maßnahme nicht zu verhängen. Daraus folgt, dass das öffentliche Interesse vom Richter für einstweilige Verfügungen von Amts wegen berücksichtigt werden kann, auch wenn die Verwaltung es in ihrer Stellungnahme nicht erwähnt hat. Der Richter kann von Amts wegen eine Notfallbilanz erstellen und aus den Aktenelementen das Interesse ableiten, die beantragte Maßnahme nicht zu verhängen.

¹³³⁸ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 104-105. Siehe auch B. CAVIGLIOLI, "Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence", *AJDA* 2003, S. 642-652.

¹³³⁹ Vor der Reform vom 30. Juni 2000 räumte sich der Verwaltungsrichter selbst die Befugnis ein, die Aussetzung der Ausführung einer Verwaltungsentscheidung nicht auszusprechen, wenn die in den Texten genannten Bedingungen erfüllt waren (CE, Ass., 13. Februar 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles*, *Lebon* S. 100). Wenn die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt waren, war die Aussetzung der Vollstreckung "für den Richter nur eine einfache Möglichkeit" (CE, Ass., 2. Juli 1982, *Lebon*, S. 257). In der Praxis wurde diese Möglichkeit nur in Ausnahmefällen genutzt und nur sehr selten angewandt (siehe R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1582). Indem das Urteil *Préfet des Alpes-maritimes* den Grundsatz einer Abwägung der Dringlichkeiten festlegte, beendete es die Möglichkeit, die beantragte Maßnahme nicht anzuordnen, wenn alle Bedingungen erfüllt sind. Dennoch wurde die Idee einer Übertragung der Rechtsprechung der *Association de sauvegarde du Quartier Notre-Dame* auf das *référé-liberté* in den ersten Monaten der Anwendung der Reform von der Lehre erwogen. Ausgehend von einer wörtlichen Auslegung von Artikel L. 521-2 ("Der Richter für einstweilige Verfügungen kann anordnen") behaupteten mehrere Autoren, dass diese Rechtsprechung auch auf einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit angewendet werden könnte, wenn alle Bedingungen für die Gewährung, einschließlich der Dringlichkeit, erfüllt wären. Frau Rouault erklärte: "Artikel L. 521-2, der die traditionelle Rechtsprechung in diesem Bereich festschreibt, besagt, dass der Richter die fraglichen Maßnahmen anordnen kann". Er besitzt hier noch einen Ermessensspielraum" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, S. 401). M. Pissaloux entwickelte eine vergleichbare Analyse: Da in den drei Dringlichkeitsreferenden "das Verb "kann" zu finden ist, das sehr wohl eine Befugnis ausdrückt", ist der Richter für einstweilige Verfügungen "keineswegs verpflichtet, die Aussetzung einer Entscheidung oder alle für den Schutz einer Grundfreiheit erforderlichen Dringlichkeitsmaßnahmen oder alle anderen zweckdienlichen Maßnahmen je nach der betreffenden Hypothese anzuordnen. Mit anderen Worten, selbst wenn die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, d. h. (um bei den beiden wichtigsten Neuerungen des Gesetzes zu bleiben) die Dringlichkeit und der ernsthafte Zweifel bei der einstweiligen Verfügung gegen die Aufhebung, die Dringlichkeit und der schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Eingriff in eine Grundfreiheit im Fall der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit, befindet sich der (gewöhnliche) Richter für einstweilige Verfügungen nicht in einer Situation gebundener Zuständigkeit" (J.-L. PISSALOUX, "Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif", *Dr. adm.* 2001, chron. Nr. 18, 1^{ère} Teil, S. 10). Schließlich erklärte M. Marcou, dass "Wie im *référé-suspension* behält der Richter im *référé-liberté* eine Ermessensbefugnis über die Zweckmäßigkeit der Maßnahmen ("le juge des référés peut ordonner...")" (G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14. Mai 2001, Nr. 95, S. 45). In Wirklichkeit sind die entwickelten Hypothesen jedoch nicht denkbar. Insofern die Interessenabwägung im Stadium der Gesamtbeurteilung der Dringlichkeit vorgenommen wird, schließt sie radikal aus, dass der Richter sich aus irgendeinem Grund erlaubt, eine Maßnahme - speziell eine Schutzmaßnahme - nicht zu verhängen, wenn die vom Gesetzgeber aufgestellten Bedingungen für die Gewährung kumulativ erfüllt sind. Es ist nicht mehr seine Aufgabe, die Zweckmäßigkeit der Gewährung der beantragten Maßnahme zu beurteilen, da die Berücksichtigung eines Grundes des Allgemeininteresses, der dem entgegenstehen könnte, bereits im Vorfeld erfolgt ist.

¹³⁴⁰ Im Rahmen des *référé-suspension* verwendete Formulierung. Siehe insbesondere CE, Sect., 25. April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* S. 220; CE, 26. September 2001, *Société de transports "La Mouette"*, *Lebon* T. S. 1120; CE, 7. Juli 2004, *Schneider*, *Lebon* T. S. 820.

¹³⁴¹ CE, 23. April 2003, *SARL Siminvest*, *Lebon* S. 178, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 133, Anm. P. CASSIA. Im vorliegenden Fall hatte der Richter für einstweilige Verfügungen des ersten Grades den Antrag auf Aussetzung, der gegen eine verweigerte Baugenehmigung gestellt worden war, durch das Tri-Verfahren abgelehnt. Der Staatsrat bekräftigt, dass der Richter für einstweilige Verfügungen bei der Beurteilung der Dringlichkeit "die Gründe der Entscheidung, mit der der Bürgermeister von Reims der antragstellenden Gesellschaft die beantragte Baugenehmigung verweigerte, die mit der Sicherheit von Personen und der öffentlichen Gesundheit zusammenhängen, berücksichtigen" durfte.

In einigen Fällen überschneidet sich die Prüfung der Dringlichkeit weitgehend mit der Prüfung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit. Dies erklärt, warum der Richter manchmal die Bedingung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit und die Bedingung der Dringlichkeit nicht getrennt prüft, sondern das Gleichgewicht zwischen dem allgemeinen Interesse und dem Eingriff in die Grundfreiheiten anhand derselben Daten gegenüberstellt. In den Entscheidungen *Gaz de France* und *SCI Résidence du théâtre* bekräftigt der Richter daher, dass bei Fehlen einer ausreichenden Begründung die Weigerung, eine Ausweisungsmaßnahme durchzuführen, "mit offensichtlicher Rechtswidrigkeit behaftet erscheint und eine Notsituation im Sinne und für die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darstellt".¹³⁴²

317. In der Praxis kann die Gegenüberstellung der Interessen des Antragstellers und eines oder mehrerer öffentlicher Interessen - im Falle eines Widerspruchs¹³⁴³ - zu zwei Situationen führen. Die Waage kann sich entweder auf die Seite des Antragstellers neigen und folglich die Verhängung der beantragten Maßnahme rechtfertigen, oder auf die Seite des Antragsgegners schlagen und somit die Verhängung der Maßnahme verhindern. Im ersten Fall kann die Dringlichkeit qualifiziert werden, im zweiten Fall ist sie ausgeschlossen.

Zunächst einmal wird die Bilanz für den Antragsteller ungünstig ausfallen, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen. So schließt ein Grund der öffentlichen Sicherheit die Dringlichkeit aus, wenn es um einen Gemeinderat geht, der den Zugang zu einem veralteten und gefährlichen Gemeindegebäude, das von einer Vereinigung als Kultstätte genutzt wurde, verbietet und den Abriss anordnet¹³⁴⁴. Ebenso bekräftigt der Richter unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen und insbesondere des Schutzes des Waldes, dass ein Dekret, mit dem der Wald von Fontainebleau als Schutzwald eingestuft wird, keine Notsituation darstellt.¹³⁴⁵

Umgekehrt wird die Bilanz zugunsten des Antragstellers ausfallen, wenn die Interessen des Antragsgegners nicht wichtig genug erscheinen, um die Dringlichkeit der Anordnung einer Schutzmaßnahme auszugleichen. Im Falle eines Gemeinderatsbeschlusses, der die Schließung eines lokalen Geschäfts anordnet, stellt der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass "da es sich um eine Maßnahme zum Schutz der Sicherheit und Hygiene handelt, die Dringlichkeit der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes beantragten Maßnahmen nicht nur unter Berücksichtigung der Situation des antragstellenden Unternehmens, sondern auch der drohenden Gefahren, die durch diese Maßnahmen verhindert werden sollen, beurteilt werden muss". Die Abwägung zwischen der geschäftlichen Zukunft des Unternehmens einerseits und der Vermeidung von Gesundheitsrisiken andererseits führt unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falls dazu, dass die in Artikel L. 521-2 geforderte Dringlichkeitsbedingung als erfüllt angesehen wird¹³⁴⁶. Auch wenn es um die Weigerung des Präfekten geht, die öffentliche Gewalt einzusetzen, steht das Interesse an der Aufrechterhaltung der Ordnung der Charakterisierung der Dringlichkeit nicht entgegen, wenn die Gefahr von Unruhen nicht nachgewiesen ist¹³⁴⁷. Im Beschluss der *Gemeinde Collioure* vom 2. Juli 2003 stellte der Richter fest, "dass die Gemeinde zwar Sicherheitsrisiken anführt, die sich aus der Aussetzung der oben genannten Vorschriften ergeben würden, indem sie auf die - im Übrigen harmlosen - Vorfälle verweist, die im Sommer 2002 aufgetreten sind und sich 2003 wiederholt hätten, dass sie aber (...) über die Möglichkeit verfügt, andere polizeiliche Maßnahmen zu ergreifen, um diese Risiken abzuwehren; dass die Bedingung der Dringlichkeit daher als erfüllt angesehen werden muss".¹³⁴⁸

In Bezug auf den Wortlaut des Beschlusses ist festzustellen, dass, wenn die Berücksichtigung der Dringlichkeit, keine Maßnahme zu verhängen, in der Entscheidung erwähnt wird, dies gleichzeitig mit der Berücksichtigung der Dringlichkeit, die Maßnahme zu verhängen, erfolgen kann (diese Annahme kommt in der Praxis vor, wenn das

¹³⁴² CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408; CE, Ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. S. 874.

¹³⁴³ Wenn alle Interessen zusammenfallen, gibt es keinen Anlass für eine Bilanz und die Dringlichkeit ist zulässig.

¹³⁴⁴ CE, Ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée" und andere*, *Lebon* T., S. 1133. Der Beschluss stellt außerdem fest, dass die Gemeinde dem Verein andere Gebäude für die Ausübung des Gottesdienstes angeboten hatte.

¹³⁴⁵ CE, Ord. 13. August 2002, *Commune de La Rochette*, Nr. 249528.

¹³⁴⁶ CE, Ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon* T. S. 931.

¹³⁴⁷ Siehe zum Beispiel CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408. Um ihre Ablehnung der öffentlichen Gewalt zu rechtfertigen, verwies die Verwaltung auf eine Sympathieströmung der Anwohner gegenüber den Besetzern des Gebäudes und berief sich auf die Gefahren für die öffentliche Ordnung, die sich aufgrund dieser aktiven Unterstützung aus einer Zwangsvollstreckung des Räumungsbefehls ergeben würden. Um diesen Grund auszuschließen, wies der Richter auf die "Schwäche der von der Verwaltung (...) vorgelegten Fakten zur Begründung der angeführten drohenden Unruhen hin, die nicht allein aus der Sympathieströmung abgeleitet werden können, die durch die Anwesenheit einiger Künstlerateliers in dem Viertel hervorgerufen wurde". Siehe auch CE, ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. S. 874.

¹³⁴⁸ CE, Ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon* T. S. 930.

Interesse des Antragsgegners überwiegt und Vorrang haben muss)¹³⁴⁹ oder danach .1350

318. Die Bedingung der Dringlichkeit und die Bedingung der schweren und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit sind die beiden Voraussetzungen für die Gewährung einer Maßnahme, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes beantragt wird. Das Gesetz fügt zwar eine dritte Anforderung hinzu, indem es verlangt, dass die Verwaltung in Ausübung ihrer Befugnisse gehandelt haben muss, aber diese Bedingung ist in der Praxis ohne jede Substanz.

¹³⁴⁹ Im Beschluss *Association La Mosquée* erinnert der Richter für einstweilige Verfügungen an die Formulierung des Urteils *Préfet des Alpes Maritimes*, legt die Gründe dar, die es rechtfertigen, die beantragte Maßnahme nicht zu verhängen, und folgert daraus, "dass aus dem Vorstehenden hervorgeht, dass die Dringlichkeit es nicht rechtfertigt, die Aussetzung des Erlasses vom 11. Juni 2001 auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu verhängen". Wenn die Dringlichkeit überhaupt erwähnt wurde, dann nur implizit und durch die bloße Verwendung des Wortes "Dringlichkeit" in der Erwägung. Die Dringlichkeit, die Maßnahme zu verhängen, wurde weder explizit noch implizit analysiert. Der Richter begibt sich von Amts wegen auf den Boden der Dringlichkeit, die angefochtene Maßnahme nicht auszusetzen (CE, ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée" und andere*, *Lebon T. S.* 1133). Siehe auf vergleichbare Weise: CE, ord. 13. August 2002, *Commune de La Rochette*, Nr. 249528; CE, ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T. S.* 931.

¹³⁵⁰ Im Beschluss *Gaz de France* bestätigt der Richter, dass die Weigerung der Verwaltung für den Antragsteller "eine Notsituation darstellt; dass jedoch die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegte Bedingung der Dringlichkeit unter Berücksichtigung nicht nur der Interessen des Antragstellers, sondern auch der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen, zu denen auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gehört, zu beurteilen ist" (CE, ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon S.* 408). In einem Beschluss vom 8. November 2005 stellte der Richter zunächst die Dringlichkeit des Erlasses der beantragten Anordnung fest. Anschließend analysierte er die von der Verwaltung entwickelten Argumente, um diese zu verhindern, die sich zum einen darauf stützten, dass der Antragsteller den Richter für einstweilige Verfügungen verspätet angerufen habe, und zum anderen darauf, dass jede Verzögerung bei der Bestimmung des Standorts, an dem ein Lager für Endmüll errichtet werden kann, vermieden werden müsse. Der Richter wies diese beiden Argumente mit der Begründung zurück, dass der Antragsteller die erforderliche Sorgfalt walten ließ und dass die Verwaltung "keineswegs nachweist, inwiefern diese Verzögerung das Funktionieren des öffentlichen Dienstes, mit dem sie betraut ist, beeinträchtigen würde" (CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon S.* 491).

Kapitel 3

Eine Verwaltung, die in Ausübung ihrer Befugnisse handelt

319. Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes macht das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen von dem Umstand abhängig, dass die Verwaltung "in Ausübung ihrer Befugnisse" eine Grundfreiheit verletzt hat. Wie das Erfordernis des Vorliegens einer Grundfreiheit weist auch diese Bedingung die Besonderheit auf, dass sie nicht nur eine Voraussetzung für die Gewährung darstellt, sondern auch den Umfang des Eingreifens des Richters bedingt. Das Erfordernis einer Grundfreiheit schränkt den Anwendungsbereich des Verfahrens ein: Die Bedingung bezüglich eines Eingriffs durch die Verwaltung "in Ausübung ihrer Befugnisse" sollte den Zuständigkeitsbereich des Richters für einstweilige Verfügungen einschränken. Beides ist dennoch notwendig, um eine Schutzmaßnahme zu erhalten, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 beantragt wird¹³⁵¹. Durch die Einführung dieser Einschränkung und das Verbot für den Verwaltungsrichter, in diesem Fall einzugreifen, wollten die Parlamentarier die gerichtliche Zuständigkeit für Tätlichkeiten schützen. In der konkreten Anwendung erweist sich diese Bedingung jedoch als nicht stichhaltig.

Abschnitt 1 Eine Bedingung, die die administrative Rechtsdurchsetzung schützen soll

320. Das Gesetz vom 30. Juni 2000 hat die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen unnötigerweise auf Eingriffe beschränkt, die von der Verwaltung bei der Ausübung ihrer Befugnisse begangen werden. Mit dieser Einschränkung wollte der Gesetzgeber die Rechtsdurchsetzung schützen, indem er ihren Bereich außerhalb der Reichweite des Verwaltungsrichters hielt.

I. Der Wille, den faktischen Rechtsweg zu erhalten

321. Der Gesetzentwurf enthielt keinen direkten oder indirekten Verweis auf die Theorie der Rechtsdurchsetzung. Er enthielt in diesem Punkt keine Einschränkungen hinsichtlich der Eingriffsmöglichkeiten des Verwaltungsrichters. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Situation war einfach: Der Richter für einstweilige Verfügungen konnte über *alle* administrativen Eingriffe in die Grundfreiheiten entscheiden, unabhängig davon, ob sie von der Verwaltung in Ausübung ihrer Befugnisse vorgenommen wurden oder nicht. Dennoch "wetteiferten die Parlamentarier (in welcher Zeit leben sie! Sie sind hundert Jahre alt) darum, diesen archaischesten Fall der gerichtlichen Zuständigkeit zu bewahren (was der Gesetzentwurf nicht tat), obwohl sich die Gelegenheit bot, wenn nicht den Hals umzudrehen, so doch zumindest damit zu beginnen, mit ihm Schluss zu machen"¹³⁵². Indem sie dem Richter für einstweilige Verfügungen untersagten, über Eingriffe zu

¹³⁵¹ Diese Bedingung hätte im Rahmen der *Zuständigkeit* des Richters für einstweilige Verfügungen geprüft werden können. Da sie jedoch die Fälle einschränkt, in denen der Richter für einstweilige Verfügungen tätig werden kann, erschien es gerechtfertigt, sie als eine der Voraussetzungen für die Gewährung zu erwähnen. Darüber hinaus erwähnen einige Entscheidungen diese formale Anforderung aus Artikel L. 521-2 als eine der Bedingungen, unter denen eine Schutzmaßnahme verhängt werden kann. So bekräftigt der Richter für einstweilige Verfügungen, dass das verfassungsmäßige Recht auf Asyl für Ausländer "eine Grundfreiheit darstellt, zu deren Schutz der Richter für einstweilige Verfügungen in dringenden Fällen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes alle erforderlichen Maßnahmen anordnen kann, wenn die Verwaltung in *Ausübung ihrer Befugnisse* einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff vorgenommen hat" (CE, Ord. 2. Mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, *Lebon* S. 227). Im *Hyacinthe-Beschluss* hatte der Richter ähnlich betont, "dass aus dem Vorstehenden hervorgeht, dass die Verwaltungsbehörde *in Ausübung ihrer Befugnisse* einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit vorgenommen hat" (CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* S. 12). Im Urteil *Fofana* stellt der Rat fest, "dass die Umstände des Falles keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts *in Ausübung einer ihrer Befugnisse* erkennen lassen" (CE, 22. Mai 2002, *Fofana u. a.*, *Lebon* S. 175). Auch M. Chapus stellt diese Anforderung unter den Voraussetzungen für die Gewährung von Artikel L. 521-2 dar (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1605).

¹³⁵² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1605.

entscheiden, die von der Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse begangen wurden, wollten die Parlamentarier trotz der Schaffung der einstweiligen Verfügungen die Existenz der Rechtsdurchsetzung aufrechterhalten, d. h. sie wollten diesen Grund der gerichtlichen Zuständigkeit zu einem Zeitpunkt verschonen oder bewahren, als alle Bedingungen für sein Verschwinden gegeben waren.

- 322.** In der ersten Lesung wurde in einem Änderungsantrag des Senators Pierre Fauchon vorgeschlagen, Artikel 4 des Gesetzentwurfs hinzuzufügen, dass die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen "unbeschadet der den Gerichten der Gerichtsordnung zuerkannten Zuständigkeit in Bezug auf Tätlichkeiten" ausgeübt wird. Der Verfasser des Änderungsantrags hatte geglaubt, sich auf die Verfassung berufen zu müssen, um diese Anerkennung zu rechtfertigen¹³⁵³. Trotz des Widerstands der Regierung wurde der Änderungsantrag vom Senat ohne wirkliche Debatte angenommen. Der Berichterstatter der Nationalversammlung für den Gesetzentwurf, Herr Colcombet, äußerte Vorbehalte gegenüber dem von den Senatoren gewählten Wortlaut. Er verurteilte jedoch keineswegs das Prinzip und teilte die von den Senatoren geäußerte Sorge, dass die Tätlichkeit aufgrund der Einführung des *référé-liberté* verschwinden könnte¹³⁵⁴. Daher wollte er bekräftigen, dass das zur Diskussion stehende Gesetz keineswegs darauf abzielt, die Kompetenzverteilung zu ändern - im Klartext: den Rechtsweg abzuschaffen -, sondern nur darauf, missbräuchliche Rückgriffe auf den Rechtsweg zu verhindern. Um rechtlich sicherzustellen, dass die einstweilige Verfügung nicht die Zuständigkeit des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen in Bezug auf Tätlichkeiten beeinträchtigt, hat die Nationalversammlung auf Antrag ihres Rechtsausschusses präzisiert, dass die Verwaltung "in Ausübung einer ihrer Befugnisse" gehandelt haben muss. Der Verweis auf die Tätlichkeit ist impliziter als in der vom Senat gewählten Formulierung; dennoch verfolgt er das gleiche Ziel, nämlich "deutlich zu machen, dass die Tätlichkeit weiterhin in den Bereich der Justiz fällt"¹³⁵⁵.

In der zweiten Lesung wird der Senat die gewählte Formulierung erneut ändern und präzisieren, dass die Anordnung einer Schutzmaßnahme "unbeschadet der Zuständigkeiten, die den Gerichten der Gerichtsordnung zuerkannt werden" erfolgt. Um die Beibehaltung eines impliziten Verweises auf die Rechtsdurchsetzung zu rechtfertigen, führt Garrec aus: "Artikel 4 des Gesetzentwurfs stellt die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den beiden Rechtsordnungen nicht in Frage. Wenn die Verwaltung in einem Bereich gehandelt hat, der offensichtlich nicht mit der Ausübung einer ihr gesetzlich zuerkannten Befugnis in Verbindung gebracht werden kann, findet die Theorie des Rechtsweges Anwendung"¹³⁵⁶. Die Nationalversammlung übernahm ihren ersten Wortlaut, da sie ihn für präziser hielt. In diesem Zusammenhang stellt Colcombet fest, dass "beide Versammlungen zwar das gleiche Anliegen hatten, jede Unklarheit über die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Gerichts- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu beseitigen, der Wortlaut der Versammlung jedoch (...) den Zuständigkeitsbereich jeder der beiden Gerichtsbarkeiten genauer definiert"¹³⁵⁷.

Um die Meinungsverschiedenheit zwischen den beiden Kammern zu lösen, musste der Gemischte Paritätische Ausschuss herangezogen werden. Die Einigung erfolgte über einen nur impliziten Verweis auf den Tatbestand der Tätlichkeit. Herr Colcombet sagte, dass "der von der Nationalversammlung für den ersten Absatz von Artikel 4 gewählte Wortlaut den Vorteil hat, dass er die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche der beiden Rechtsordnungen klar definiert und so dem Richter jede Garantie gibt, dass er seine Befugnisse in Bezug auf Tätlichkeiten respektiert"¹³⁵⁸. Herr Garrec "stimmte dem Text der Nationalversammlung zu, der im ersten Absatz von Artikel 4 jeden Verweis auf die Tätlichkeit weglässt, und erinnerte daran, dass es sich dabei um einen rein juristischen Begriff handelt"¹³⁵⁹. C'est l'amendement, plus élégant, de l'Assemblée nationale qui a prévalu. Dies ist insofern besser, als das Gesetz dem Begriff der Tätlichkeit nicht sein *Imprimatur* verleiht. Es ist nicht weniger bestürzend", sagt Professor Chapus¹³⁶⁰.

- 323.** Die Aufnahme dieser Bedingung in Artikel L. 521-2 ist in der Tat kritikwürdig, da sie darauf abzielt, im positiven Recht eine gerichtliche Zuständigkeit beizubehalten, die mit der Schaffung des *référé-liberté* jede Rechtfertigung verloren hat¹³⁶¹. Die Parlamentarier waren sich der Schwierigkeiten bewusst, die diese Anforderung unweigerlich mit sich bringen würde, und appellierten an den Richter, eine Art Abgrenzung

¹³⁵³ *JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3753-3754.

¹³⁵⁴ Siehe F. COLCOMBET, Rapport AN Nr. 2002, S. 41: "Die Nähe zwischen dem Wortlaut von Artikel 4 und den Kriterien der Rechtsbeugung könnte also Anlass zu der Befürchtung geben, dass der Verwaltungsrichter über die *référé-injonction* den Begriff der Rechtsprechung der Rechtsbeugung in den Wind schlägt".

¹³⁵⁵ F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 14. Dezember 1999, S. 10941. Montebourg: "Diese Klarstellung stellt eine wichtige Verbesserung der Zulässigkeit von Klagen auf einstweilige Verfügung vor dem Verwaltungsgericht dar. Sie darf (...) dem Begriff der Rechtsdurchsetzung nicht schaden" (*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, S. 10941).

¹³⁵⁶ R. GARREC, Senatsbericht Nr. 210, S. 18.

¹³⁵⁷ F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR Sitzung 6. April 2000, S. 3161.

¹³⁵⁸ F. COLCOMBET und R. GARREC, Bericht Nr. 2460 (Nationalversammlung) und 396 (Senat), S. 5.

¹³⁵⁹ F. COLCOMBET und R. GARREC, Bericht Nr. 2460 (Nationalversammlung) und 396 (Senat), S. 4.

¹³⁶⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1605.

¹³⁶¹ Siehe *infra* § 534 ff.

zwischen dem "Bereich" des *référé-liberté* und dem des *voie de fait* vorzunehmen .1362

II. Der Bereich der administrativen Zwangsmaßnahmen

324. Von Marcel Waline als ein "ziemlich kurioser und schwieriger" Begriff dargestellt¹³⁶³, ist der administrative Rechtsweg gleichzeitig einer der "subtilsten des französischen Verwaltungsrechts"¹³⁶⁴. Die Ursprünge dieses Rechtsprechungskonstrukts sind sehr alt und können in einigen Entscheidungen der Gerichtshöfe des Ancien Régime gefunden werden¹³⁶⁵. Ihr Entstehen wurde auch durch die Anwendung von Artikel 75 der Verfassung des Jahres VIII über die Garantie der Beamten begünstigt¹³⁶⁶. Nichtsdestotrotz handelte es sich hierbei nur um Anfänge. Die eigentliche Formulierung der Theorie der Rechtsdurchsetzung erfolgte 1867 in den Schlussanträgen von Léon Aucoc zum Urteil *Duc d'Aumale*. Der berühmte Regierungskommissar erklärte darin, dass, wenn die öffentliche Behörde "unter dem Deckmantel oder Vorwand ihrer Befugnisse eine Handlung vornimmt, die deren Grenzen offensichtlich überschreitet und das Eigentum oder die Freiheit der Bürger beeinträchtigt, diese Handlung nur noch eine Tätlichkeit darstellt, deren Ergebnisse (...) vor den ordentlichen Gerichten verhandelt werden können"¹³⁶⁷. Damit waren die beiden Kriterien genannt, die auch heute noch für die Qualifizierung einer Tätlichkeit verwendet werden: eine Handlung, die offensichtlich die Grenzen der Befugnisse der Verwaltung überschreitet und das Eigentumsrecht oder die Freiheiten verletzt. In der Folgezeit wird die Geschichte des Konzepts "sinusförmig, unterbrochen von Vögeln und langen Schlummern"¹³⁶⁸. In der unmittelbaren Nachkriegszeit erlebte die Theorie der Rechtsdurchsetzung ihre Blütezeit im Streit um die Requisitionen.
325. Um einen faktischen Rechtsweg zu charakterisieren, verlangt die Rechtsprechung zunächst, dass die Verwaltung einen schweren Eingriff in eine Grundfreiheit oder das Eigentumsrecht vorgenommen hat. Zweitens ist es notwendig, dass die Verwaltung den "de jure"-Weg, den legalen Weg, verlassen hat, der im Gegensatz zum "de facto"-Weg steht. In dieser Hinsicht unterscheidet man nach einer Klassifizierung, die auf Maurice Hauriou zurückgeht, zwei Kategorien von *voie de fait*¹³⁶⁹. Die erste Variante, der *voie de fait* "par manque de procédure", liegt vor, wenn die Verwaltung die Zwangsvollstreckung einer Entscheidung, auch wenn sie ordnungsgemäß ist, betreibt, ohne dass die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind¹³⁷⁰.

1362 Siehe F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, S. 10942: "In der Praxis bin ich überzeugt, dass es kompliziert sein wird und dass für eine gewisse Zeit die Rechtsprechung die Grenze definieren muss. Hoffen wir, dass dies schnell geschieht (...). Wir wünschen uns, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit relativ schnell die Grenzen definiert und einige Kriterien vorgibt".

1363 M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd., Sirey, 1963, S. 90.

1364 G. VEDEL und P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, 1982, S. 151.

1365 Siehe S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, Coll. QSJ, 1995, S. 10: "Se prévalant de leur qualité de gardiens des lois fondamentales du royaume et des principes fondamentaux de la monarchie", die Parlamente des Ancien régime "se posent comme les gardiens des droits des sujets, aussi bien que des atteintes à leur propriété ou à leur liberté. In dieser Eigenschaft zögern sie nicht, Handlungen der Exekutive zu bestrafen, die private Interessen verletzen und die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, das Eigentum oder die Sicherheit von Personen bedrohen". Siehe in diesem Sinne auch: E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, S. 30 ff.

1366 Gemäß dieser Bestimmung, die bis 1870 beibehalten wurde, "können Regierungsbeamte, ausgenommen Minister, für Handlungen im Zusammenhang mit ihren Aufgaben nur aufgrund einer Entscheidung des Staatsrats verfolgt werden: In diesem Fall findet die Verfolgung vor den ordentlichen Gerichten statt". Der Staatsrat war der Ansicht, dass sich die eingeführte Garantie nicht auf diejenigen Handlungen eines Beamten erstrecken kann, die die Natur von Verwaltungshandlungen verloren hatten (CE, 23. April 1807, *Diégo Dittner*, *Lebon* S. 314; CE, 4. Juni 1823, *Peillon*, *Lebon* S. 405). Die Cour de Cassation hat eine identische Lösung verankert. Siehe in diesem Sinne Ccass, req. 2. August 1836, *Lassere*, zitiert von S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, S. 12, Fußnote 3: "Attendu que L... n'a pu être protégé par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII parce qu'il ne s'agissait pas d'un acte qui rentrait dans les attributions du maire mais d'une voie de fait" (Attendu, dass L... nicht durch Artikel 75 der Verfassung des Jahres VIII geschützt werden konnte, weil es sich nicht um eine Handlung handelte, die in den Zuständigkeitsbereich des Bürgermeisters fiel, sondern um einen Tatbestand).

1367 L. AUCOC, concl. sur CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, *Lebon* S. 472, zitiert von S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.*, S. 13.

1368 J. MOREAU, "Voie de fait", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif* (1993), § 2.

1369 Wie M. Sainte-Rose erinnerte, entspricht der Begriff der *voie de fait* "zwei ganz bestimmten Hypothesen: dem Rückgriff auf die Zwangsvollstreckung seitens der Verwaltung in nicht genehmigten Fällen; der Zensur von Verwaltungsakten, die quasi inexistent sind" (J. SAINTE-ROSE, concl. sur TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, *D.* 2001, S. 2334). In einigen Fällen wird der Rechtsweg sowohl aus der Entscheidung selbst als auch aus ihrer unrechtmäßigen Ausführung resultieren (siehe zum Beispiel TC, 8. April 1935, *Action française*, *Lebon* S. 1226, Schlusswort JOSSE, *G.A.J.A.Nr.* 51).

1370 "Wenn es um die Vollstreckung einer Entscheidung von Amts wegen geht, muss geprüft werden, ob diese Vollstreckung in irgendeiner Weise zulässig ist. Andernfalls und wenn sie selbst rechtswidrig wäre, kann die angefochtene

Die zweite Variante, die Rechtsbeugung "durch fehlendes Recht", ist gekennzeichnet, wenn eine Verwaltungsentscheidung, unabhängig von den Bedingungen, unter denen sie ausgeführt wird, offensichtlich nicht mit einer Befugnis der Verwaltung in Verbindung gebracht werden kann¹³⁷¹. Die erste Form der Rechtsdurchsetzung betrifft die Vollstreckung einer Entscheidung, die zweite ihren Inhalt. Das Erfordernis einer Beeinträchtigung durch die Verwaltung "außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse" wird nur für die zweite Variante der Tätlichkeit, die Tätlichkeit durch Rechtsmangel, formuliert. Zwar konnte man nach dem Urteil des Tribunal des conflits vom 12. Mai 1997¹³⁷² in diesem Punkt einige Zweifel hegen, doch hat die Rechtsprechung nach dem Gesetz vom 30. Juni 2000 alle Unsicherheiten beseitigt. Sie unterscheidet sehr deutlich zwischen den beiden Hypothesen der Rechtsbeugung und formuliert das Erfordernis einer Beeinträchtigung, die "offensichtlich nicht mit einer der Verwaltung zustehenden Befugnis in Verbindung gebracht werden kann", nur für die Rechtsbeugung durch Rechtsmangel¹³⁷³. Der Gesetzgeber vom 30. Juni 2000 beabsichtigte, das Eingreifen des Verwaltungsrichters in diesen beiden Fällen auszuschließen. In der Praxis ist die durch das Gesetz eingeführte Einschränkung jedoch ohne wirkliche Tragweite.

Abschnitt 2. Eine Bedingung ohne Konsistenz

326. Die Autoren argumentieren, dass der Anwendungsbereich des *référé-liberté* und der des *voie de fait* deutlich voneinander abweichen und nicht deckungsgleich sind¹³⁷⁴. Es gäbe eine *Aufteilung* zwischen den beiden

Vollstreckung nicht als Rechtsweg eingestuft werden" (Schlusswort von J. SAINTE-ROSE, a. a. O., S. 2334). Die Vollstreckung von Amts wegen ist der Verwaltung nur in drei Fällen gestattet: wenn ein Gesetzestext dies vorsieht, wenn die Vollstreckung durch Dringlichkeit erforderlich war und schließlich, wenn es kein rechtliches Verfahren gab, das den Gehorsam gegenüber dem Gesetz oder dem Verwaltungsakt gewährleisten konnte. Zu diesen Annahmen siehe *GAJA* Nr. 11, § 2-5. Siehe auch die zahlreichen Beispiele, die von J.-M. AUBY in note sous TC, 25 novembre 1963, *Commune de Saint-Just Chaleysin; Eponx Pelé* (deux espèces), *JCP G* 1964, II, 13492 angeführt wurden.

¹³⁷¹ Die Rechtsbeugung durch Rechtsmangel konnte in der Rechtsprechung mit verschiedenen Formulierungen bezeichnet werden. Es handelt sich um eine Handlung oder Aktion, die nicht in den Kreis der Befugnisse der Verwaltung fällt (TC, 13. Dezember 1884, *Postes et Télégraphes*, *Lebon* S. 909; TC, 2. Dezember 1902, *Lebon* S. 713, Schl. ROMIEU); eine Befugnis, die die Verwaltungsbehörde nicht besitzt (TC, 8. April 1935, *Action française*, préc.); eine Handlung, die offensichtlich nicht mit der Anwendung eines Gesetzes- oder Verordnungstextes in Verbindung gebracht werden kann (TC, 4. Juni 1940, *Société Schneider et compagnie*, *Lebon* S. 248; TC, 17. Februar 1947, *Consorts Perrin*, *Lebon* S. 501; TC, 17. März 1949, *Société Rivoli Sébastopol*, *Lebon* S. 594; TC, 28. Februar 1952, *Sieur de Kernier*, *Lebon* S. 620) oder eine Handlung, die offensichtlich unauffällig mit der Ausübung einer der Verwaltung zustehenden Befugnis in Verbindung gebracht werden kann (CE, Ass, 18. November 1949, *Carlier*, *Lebon* S. 490).

¹³⁷² In seinen Schlussfolgerungen stellte der Regierungskommissar fest: "Es scheint uns, dass in Wirklichkeit beide Varianten des Rechtsbruchs *sowohl die eine als auch die andere* voraussetzen, dass die Verwaltung offensichtlich aus ihren Befugnissen herausgefallen ist" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, *RFDA* 1997. Unterstrichen). Die Herren Chauvaux und Girardot erklärten, dass das Konfliktgericht in dieser Entscheidung die Kriterien der Rechtsbeugung vereinheitlicht habe, indem es für die Rechtsbeugung durch Verfahrensmängel das Kriterium des offensichtlichen Fehlens einer Verbindung zu einer rechtlichen Befugnis aufgestellt habe, das bislang nur für die erste Variante der Rechtsbeugung behauptet worden sei (D. CHAUVAUX und T. GIRARDOT, chron. *AJDA* 1997, S. 581-582).

¹³⁷³ Siehe TC, 23. Oktober 2000, *Boussadar*, *Lebon* S. 775: "Considérant qu'il n'y a un *voie de fait* justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire que dans la mesure où l'administration *soit* a procédé à l'exécution forcée, sous conditions irrégulière, d'une décision, Auch wenn diese Entscheidung ordnungsgemäß ist, stellt sie einen schweren Eingriff in das Eigentumsrecht oder eine Grundfreiheit dar, *oder sie* hat eine Entscheidung mit der einen oder anderen Wirkung getroffen, vorausgesetzt, dass diese letzte Entscheidung selbst offensichtlich nicht mit einer Befugnis der Verwaltungsbehörde in Verbindung gebracht werden kann". Die Formel wird durchgehend verwendet (siehe z. B. TC, 23. Mai 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française c/ Président de l'Assemblée de la Polynésie française*, *Lebon* S. 659, *JCP A* 2005, act. 258, obs. M.-C. ROUAULT). In einer Entscheidung vom 12. Dezember 2005 unterscheidet das Konfliktgericht deutlich zwischen den beiden Hypothesen und stellt fest, "dass der Brief, der nicht die Zwangsvollstreckung einer Entscheidung darstellt, auch keine Maßnahme ist, die offensichtlich nicht mit einer Befugnis in Verbindung gebracht werden kann, die ihrem Urheber zusteht" (TC, 12. Dezember 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, *Lebon* S. 659).

¹³⁷⁴ Laut Gilles Bachelier "verhindert das Gesetz, dass in seinem Anwendungsbereich das angezogen wird, was zu den Rechtsverstößen gehört" (G. BACHELIER, "Le *référé-liberté*", *RFDA* 2002, S. 261). Nach einer von vielen Autoren übernommenen Formel wäre der Richter für die schwerwiegendsten Unregelmäßigkeiten, die eine Tätlichkeit darstellen, zuständig, während der Verwaltungsrichter für alle anderen Unregelmäßigkeiten zuständig wäre. So ist für M. Faure der Rechtsweg "den Hypothesen der maximalen Unregelmäßigkeit vorbehalten" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. *Référé-liberté*", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), Nr. 10). Laut Frau Rouault betrifft der *référé-liberté* "Hypothesen schwerwiegender Rechtswidrigkeiten, aber nicht so schwerwiegend wie wenn die Verwaltung eine Tätlichkeit begeht" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, S. 401). Im Fall der Tätlichkeit "erfordert das Verhalten der Verwaltung einen höheren Schweregrad als den, der für den Richter des *référé-liberté* ausreicht, um zum Eingreifen aufgerufen zu werden" (A. BOURREL und J.

Verfahren, die folgendermaßen aussehen würde: *alle* Fälle von Rechtsbeugung vor Gericht, alle anderen administrativen Eingriffe in die Grundfreiheiten vor dem Verwaltungsgericht (mit Ausnahme von Eingriffen, die nicht als Rechtsbeugung gelten). In Anbetracht der so festgelegten Aufteilung wäre kein Nebeneinander der beiden Verfahren denkbar.¹³⁷⁵

327. In Wirklichkeit scheint es, dass man etwas voreilig zu dem Schluss gekommen ist, dass der Richter für einstweilige Verfügungen nicht für Fälle von Tätlichkeiten zuständig ist. Nicht nur, dass der Wortlaut von Artikel L. 521-2 nur Tätlichkeiten aufgrund eines Rechtsmangels seiner Zuständigkeit entzieht. Aber darüber hinaus hat der Staatsrat eine maximalistische Auslegung der Formulierung "in Ausübung seiner Befugnisse" vorgenommen, sodass sich die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit auch auf Tätlichkeiten aufgrund fehlender Rechtsgrundlage erstreckt.

I. Das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen in Fällen von Rechtsverletzungen durch Verfahrensmängel

328. Die Parlamentarier hatten offenbar beide Varianten der Tätlichkeit im Sinn, als sie in Artikel 4 des Gesetzentwurfs einen Verweis auf die von der Verwaltung "bei der Ausübung ihrer Befugnisse" begangene Beeinträchtigung einfügten¹³⁷⁶. Nach der ständigen Rechtsprechung des Konfliktgerichts, die vom Staatsrat und dem Kassationsgericht übernommen wurde, entspricht der von der Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse begangene Eingriff jedoch nur einer einzigen Variante der Rechtsbeugung: der Rechtsbeugung durch Rechtsmangel, und deckt nicht den Bereich der Rechtsbeugung durch Verfahrensmangel ab. So hat der Gesetzgeber, ohne dies zweifellos beabsichtigt zu haben, dem Richter für einstweilige Verfügungen erlaubt, über Handlungen zu entscheiden, die dieser ersten Variante der Rechtsbeugung entsprechen.

329. Die Zwangsvollstreckung einer Verwaltungsentscheidung kann durchaus rechtswidrig sein, aber dennoch unter die Befugnisse der Verwaltung fallen. Folglich sind sowohl der Verwaltungsrichter als auch der Richter für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zuständig, die von der Verwaltung in Ausübung ihrer Befugnisse, aber unter unrechtmäßigen Bedingungen durchgeführt werden. Der Richter für einstweilige Verfügungen hat sich seit dem *Lidl-Beschluss* vom 23. März 2001¹³⁷⁷ für zuständig erklärt. Unter Berufung auf den Umstand, dass die Firma Lidl unter Missachtung der Baugenehmigungsvorschriften Innenausbauten an einem Geschäftsgebäude vorgenommen hatte, ordnete der Bürgermeister am 17. November 2000 die Versiegelung des Haupteingangs des Gebäudes an.

Wie in dem Beschluss erwähnt, hat der Bürgermeister diese Befugnis gemäß Artikel L. 480-2 des Städtebaugesetzes. Gemäß Absatz 1 dieses Artikels kann der Bürgermeister, sobald ein Protokoll über einen der in Artikel L. 480-4 vorgesehenen Verstöße erstellt wurde, zu denen auch die Ausführung von Arbeiten unter Missachtung der Baugenehmigungsvorschriften gehört, durch einen mit Gründen versehenen Erlass die Einstellung der Arbeiten anordnen, sofern die Justizbehörde noch keine Entscheidung getroffen hat. Es wird festgelegt, dass eine Kopie dieser Anordnung unverzüglich an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet wird. Gemäß

GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Coll. La justice au quotidien, 2003, S. 83). Im Hinblick auf das Kriterium der Existenz einer Vollmacht wäre die Zuständigkeit des Richters für den *référé-liberté* auf "gewöhnliche" Rechtswidrigkeiten beschränkt, die des Gerichtsrichters "auf Rechtswidrigkeiten, die man als außergewöhnlich bezeichnen kann" (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, Nr. 279).

¹³⁷⁵ Die Idee einer konkurrierenden Zuständigkeit wurde im Übrigen von M. Bachelier im ersten Jahr der Anwendung des *référé-liberté* ausdrücklich ausgeschlossen. In seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Fräulein Mohamed warf* der Regierungskommissar die Frage nach einer konkurrierenden Zuständigkeit der beiden Gerichtsbarkeiten für die Beendigung von Rechtsverletzungen auf. Er verwirft diese Idee jedoch als "weder möglich noch zweckmäßig" (G. BACHELIER, concl. sur TC, 19 novembre 2001, *Mohamed*, D. 2002, S. 1449). Er argumentiert zunächst, dass diese Lösung sowohl im Hinblick auf den Wortlaut von Artikel L. 521-2 als auch auf den Willen des Gesetzgebers keineswegs möglich ist. Artikel L. 521-2 beschränkt das Eingreifen des Verwaltungsrichters auf Fälle, in denen die Verwaltung "in Ausübung ihrer Befugnisse" gehandelt hat, was nach Ansicht des Regierungskommissars im *Umkehrschluss* seine Zuständigkeit für Fälle von Tätlichkeiten ausschließt. Herr Bachelier erinnert außerdem daran, dass das Gesetz vom 30. Juni 2000, wie während der Vorbereitungsarbeiten wiederholt wurde, in Bezug auf die Verteilung der Zuständigkeiten neutral sein soll. Zweitens bekräftigt er, dass die Idee einer konkurrierenden Zuständigkeit "unpassend ist, da sie Verwirrung stiftet und letztlich nicht im Interesse der Rechtsuchenden wäre" (*ibid.*).

¹³⁷⁶ Der Gesetzgeber hat eine Überschneidung der Zuständigkeiten im Falle eines Rechtsstreits nicht in Betracht gezogen und noch weniger gewünscht. M. Colcombet hatte deutlich gemacht, dass die einstweilige Verfügung weder zum Ziel noch zur Wirkung haben sollte, "eine Überschneidung der Zuständigkeiten zu schaffen" (F. COLCOMBET, Rapport AN Nr. 2002, S. 42).

¹³⁷⁷ CE, Ord. 23. März 2001, *Société Lidl, Lebon* S. 154.

dem vierten Absatz desselben Artikels tritt die Anordnung des Bürgermeisters außer Kraft, wenn das Verfahren eingestellt oder ein Freispruch ausgesprochen wird. Gemäß Artikel L. 480-2 Absatz 6 "informiert der Staatsanwalt den Bürgermeister, wenn keine Strafverfolgung eingeleitet wurde, und dieser beendet entweder von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen die von ihm getroffenen Maßnahmen". Wenn der siebte und achte Absatz von Artikel L. 480-2 den Bürgermeister ermächtigt, alle notwendigen Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, einschließlich der "Anbringung von Siegeln", so geschieht dies ausschließlich zu dem Zweck, "die sofortige Umsetzung der gerichtlichen Entscheidung oder ihres Erlasses" zu ermöglichen.

Im vorliegenden Fall machte der Bürgermeister von dieser Befugnis unrechtmäßig Gebrauch; er griff auf diese Zwangsvollstreckungsmaßnahme außerhalb der Hypothesen zurück, in denen sie erlaubt ist. Der Staatsanwalt, der mit einer von der Gemeinde eingereichten Klage befasst war, entschied am 23. Oktober 2000, dass das Verfahren eingestellt wurde. Unter diesen Umständen konnte der Bürgermeister nicht rechtmäßig von der Befugnis zur Zwangsvollstreckung Gebrauch machen, die ihm in Artikel L. 480-2 des Städtebaugesetzes eingeräumt wird. Ein solches Vorgehen stellt zweifellos einen Rechtsbruch aufgrund eines fehlenden Verfahrens dar. Die Verwaltung versiegelte ein privates Gebäude außerhalb der Annahmen, unter denen ein solches Vorgehen zulässig ist. Es handelt sich in der Tat um einen Fall der Zwangsvollstreckung einer Verwaltungsentscheidung außerhalb der Hypothesen, in denen eine solche Vollstreckung rechtmäßig ist. Dies wurde von den Autoren in Erinnerung gerufen, ohne dass jemand darin ein Hindernis für das Eingreifen des Verwaltungsrichters für einstweilige Verfügungen gesehen hätte. Für die Autoren der *Grands arrêts* "stellt das Anbringen von Siegeln durch einen Bürgermeister an der Haupttür eines Gebäudes, um außerhalb des anwendbaren Textes die Ausführung seines Erlasses, der die Unterbrechung der Bauarbeiten anordnet, sicherzustellen (...) eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung dar, die gemäß der Rechtsprechung *Société immobilière de Saint-Just* als Rechtsweg angesehen werden kann"¹³⁷⁸. Präsident Bonichot kommentiert dieselbe Entscheidung und stellt fest, dass Artikel L. 521-2 "insbesondere auf den Fall der Zwangsvollstreckung abzielt"¹³⁷⁹. Ebenso betont Professor Ricci, dass die Aufrechterhaltung der Versiegelung trotz der Einstellung des Verfahrens gegen die Beschwerde der Gemeinde "eine echte Tötlichkeit darstellt".¹³⁸⁰

330. Die Legitimität des Eingreifens des Richters für einstweilige Verfügungen in Fällen von Rechtsverletzungen durch Verfahrensmängel ergibt sich aus dem Wortlaut von Artikel L. 521-2. Aufgrund des gewählten Wortlauts haben die Parlamentarier ihr Ziel nicht erreicht, das Eingreifen des Verwaltungsrichters in allen Fällen von Tötlichkeiten auszuschließen. Die gewählte Formulierung verhindert keineswegs die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen in diesen Fällen. Andererseits konnte man ernsthaft annehmen, dass der Wortlaut von Artikel L. 521-2 den Richter für einstweilige Verfügungen daran hindern würde, in Hypothesen einzugreifen, in denen es aufgrund eines Rechtsmangels zu einer Tötlichkeit kommt.

II. Das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen in Fällen von Rechtsbeugung durch Rechtsmangel

331. Der Text von Artikel L. 521-2 schien die Anwendung des *référé-liberté* für Handlungen auszuschließen, die eine Tötlichkeit durch Rechtsmangel darstellen. Dieser Fall liegt vor, wenn die Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse eine Freiheit verletzt. Bei der *référé-liberté* hingegen handelt die Verwaltungsbehörde "in Ausübung ihrer Befugnisse". Somit schien sich eine relativ klare Trennlinie zwischen den beiden Verfahren abzuzeichnen, wobei der Verteilungsschlüssel darin bestand, ob eine rechtliche Befugnis vorlag oder nicht. Die Rechtsbeugung durch Rechtsmangel stellt eine "Anmaßung von Befugnissen" dar¹³⁸¹; die Verwaltung handelt außerhalb jeder gesetzlichen Übertragung von Befugnissen. Die *référé-liberté* entspricht einem Missbrauch oder einer Überschreitung der Befugnisse; die Verwaltung handelt rechtswidrig, aber in Ausübung einer ihr zugewiesenen Befugnis.

So schien die im Gesetz festgelegte Einschränkung das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen auf Handlungen zu beschränken, die nicht die Kriterien für eine Rechtsbeugung durch Rechtsmangel erfüllten. Natürlich hat sich der Verwaltungsrichter für Handlungen zuständig erklärt, denen die frühere Rechtsprechung die Einstufung als Rechtsbruch durch Rechtsmangel verweigert hatte, z. B. die Ausstellung oder die Verweigerung der Ausstellung einer Genehmigung für die nicht konforme Nutzung von öffentlichem Grund¹³⁸², die Verweigerung

¹³⁷⁸ GAJA Nr. 118, § 11.

¹³⁷⁹ J.-C. BONICHOT, obs. unter CE, ord. 13. März 2001, *Société Lidl*, BJDU 2001/2, S. 114.

¹³⁸⁰ J.-C. RICCI, "Chronique du contentieux administratif", RGCT 2001/18, S. 967.

¹³⁸¹ M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., 1933, Neuauflage Bibliothèque Dalloz, 2002, S. 25.

¹³⁸² Unzuständigkeit des Gerichts: Siehe C. LAVIALLE, "Voie de fait et domaine public", RFD 2000, S. 1041-1049, spé S. 1042-1044. Zuständigkeit des Richters des *référé-liberté*: CE, ord. 6. April 2001, *Lapere et autres*, n° 232135; CE, ord. 16.

der Unterstützung durch die öffentliche Gewalt¹³⁸³, die Ausweisung eines ausländischen Staatsangehörigen¹³⁸⁴ oder die Verweigerung der Ausstellung einer vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung¹³⁸⁵. Gewagterweise hat sich der Richter für einstweilige Verfügungen auch die Befugnis eingeräumt, in Fällen einzugreifen, in denen es sich um Rechtsverletzungen durch Rechtsbruch handelt. Da er den Begriff des Eingriffs durch die Verwaltung "in Ausübung ihrer Befugnisse" besonders extensiv auslegt, ist er der Ansicht, dass alle Eingriffe der Verwaltung als solche betrachtet werden können, selbst wenn es keine gesetzliche Grundlage gibt.

332. Im Beschluss *Marcel* sanktionierte der Richter für einstweilige Verfügungen den Entzug von Ausweispapieren von Mitgliedern einer Familie mit französischer Staatsangehörigkeit außerhalb jeglicher Gründe der öffentlichen Ordnung, also außerhalb der Ausübung von Befugnissen durch die Verwaltung¹³⁸⁶. In der Rechtssache *Commune d'Hyères-les-Palmiers* räumte der Bürgermeister jedem Fahrzeug die freie Zufahrt und das Parken auf einer *Privatstraße ein*. Eine solche Maßnahme, die nicht durch Erwägungen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt war, lässt sich offensichtlich weder mit der Ausübung seiner Polizeibefugnisse noch mit irgendeiner anderen seiner Befugnisse in Verbindung bringen¹³⁸⁷. Im Urteil *Vast* vertrat der Verwaltungsrichter die Ansicht, dass der Bürgermeister in Ausübung seiner Befugnisse handelte, als er die systematische Öffnung der an bestimmte Gemeinderäte adressierten Briefe anordnete. In ihren Schlussanträgen stellte Frau Boissard fest, dass die beanstandete Maßnahme "nicht unverbunden" mit den Befugnissen ist, die der Bürgermeister in seiner Eigenschaft als Dienststellenleiter hat¹³⁸⁸. Frau Rouault behauptete, dass "diese Lösung im Widerspruch zur Rechtsprechung des Konfliktgerichts und zu den geltenden Texten steht"¹³⁸⁹. In einer Entscheidung vom 10. Dezember 1956 hatte das Konfliktgericht festgestellt, dass die Verwaltung *außerhalb* der Ausübung ihrer Befugnisse handelte, als sie beschloss, die Beförderung bestimmter Briefe zu verzögern¹³⁹⁰. Wenn schon die Verzögerung der Beförderung von Postsendungen nicht mit den Befugnissen der Verwaltung in Verbindung gebracht werden kann, so gilt dies umso mehr für die Anordnung, die Postsendungen zu öffnen. Die vom Richter für einstweilige Verfügungen in diesem Fall zensierte Handlung stellt daher sehr wohl eine Rechtsbeugung durch Rechtsmangel dar.

Das bemerkenswerteste Beispiel ist vielleicht das Urteil *Abdallah* vom 2. Februar 2004¹³⁹¹. Der Staatsrat, der gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufen wurde, erklärte sich für zuständig, über einen Eingriff in das Eigentumsrecht zu entscheiden, den die Verwaltung auf der Grundlage eines Textes vorgenommen hatte, der schlichtweg nicht existierte. Der Rat betrachtet eine Handlung als rechtswidrig, die traditionell als nicht mit den Befugnissen der Verwaltung in Verbindung zu bringen angesehen wird. Der Fall begann am 17. Juni 1998,

September 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T. S.* 314.

1383 Unzuständigkeit des Gerichts: Civ. 1^{ère}, 20. November 1963, *Chapelet c/ Socodimex*, *JCP G* 1964, II, 13771; TC, 28. Februar 1966, *Trésor public c/ Schourmann*, *Lebon S.* 826. Zuständigkeit des Richters des référé-liberté: CE, 29. März 2002, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon S.* 117.

1384 Inkompetenz der Rechtsprechung: TC, 3. Dezember 1979, *Fentouci*, *Lebon S.* 579; TC, 17. Januar 1994, *Préfet de la région de Haute-Normandie, Préfet de la Seine-Maritime c/ Ben Ali Atia, Dr. adm.* 1994, Nr. 135; TC, 27. Juni 1994, *Madavi et Youbi*, *GP* 1994, 2, S. 571, concl. R. ABRAHAM, note S. PETIT; *JCP G* 1994, IV, 2033, obs. M.-C. ROUAULT. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit: CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon S.* 523; CE, ord. 10. August 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, Nr. 236969; CE, ord. 25. April 2002, *Labhini*, Nr. 245547; CE, ord. 7. Mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, *Lebon T. S.* 870; CE, ord. 4. Februar 2003, *Hilario*, Nr. 253742.

1385 Unzuständigkeit des Gerichts: TC, 1^{er} März 1993, *Akiana*, *GP* 1993, 2, panor admin. S. 164; TC, 23. Oktober 2000, *Boussadar*, o. J. Zuständigkeit des Richters des référé-liberté: CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T. S.* 1132; CE, ord. 5. März 2002, *Fikry*, *Lebon T. S.* 872; CE, ord. 6. Juni 2003, *Benmessaoud*, Nr. 257429; CE, ord. 15. Oktober 2004, *Sabi*, Nr. 273110.

1386 CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon S.* 167. Die Verwaltung hatte diese Maßnahme mit dem Umstand begründet, dass aufgrund der fehlenden Erwähnung der Abstammung des Antragstellers in seiner Geburtsurkunde nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass der Betreffende die französische Staatsangehörigkeit besitze.

1387 CE, Ord. 10. September 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, Nr. 260015.

1388 S. BOISSARD, *Concl. préc.*, S. 780. Nicht unterstrichen.

1389 M.-C. ROUAULT, Anmerkung zu CE, 9. April 2004, *Vast*, *JCP A* 2004, 1318, S. 628

1390 TC, 10. Dezember 1956, *Sieurs Randon et autres*, *Lebon S.* 592, Schlussantrag GUIONIN. In Ermangelung jeglichen Textes hatte Herr Brunel, Präfekt des Departements Yonne, Herrn Cornevaux, Generalpostmeister, angewiesen, die Beförderung von Briefen von Herrn Randon (es handelte sich um Exemplare eines Plakats, das die Nichtwählbarkeit ehemaliger Parlamentarier kritisierte, die im Juli 1940 für die Vollmachten für Marschall Pétain gestimmt hatten) bis zum Ende der Wahlperiode hinauszuzögern. Das Konfliktgericht stellt fest, "dass die den Herren Brunel und Cornevaux vorgeworfenen Handlungen einen Angriff auf die Sicherheit der Postkorrespondenz darstellen, eine wesentliche Freiheit, die durch Artikel 187 des Strafgesetzbuches garantiert wird, und dass sie folglich den Charakter einer Tätlichkeit haben, die den Gerichten die Zuständigkeit für die Entscheidung über die schädlichen Folgen dieser Handlungen verleiht; daraus folgt, dass der Präfekt den Konflikt zu Unrecht erhoben hat".

1391 CE, 2. Februar 2004, *Abdallah*, *Lebon S.* 16, *RFDA* 2004, S. 772-777, Schlusswort von S. BOISSARD.

als die Gebietskörperschaft Mayotte Herrn und Frau Abdallah Grundbesitz verkaufte. Fünf Jahre später will die Gebietskörperschaft Mayotte ein "Rücknahmerecht" auf einen Teil des Grundstücks ausüben und beruft sich dabei auf einen Erlass vom 12. August 1927, der zur Anwendung des Dekrets vom 28. September 1926 zur Regelung der Domäne auf Madagaskar erlassen wurde¹³⁹². Der Staatsrat stellt fest, dass die angeführten Bestimmungen notwendigerweise durch die in der Gebietskörperschaft Mayotte geltende Verordnung vom 12. Oktober 1992 über den Code du domaine de l'Etat et des collectivités publiques aufgehoben wurden, in deren Artikel 2 es heißt: "Alle dieser Verordnung widersprechenden Bestimmungen gesetzlicher Natur, insbesondere die des Dekrets vom 28. September 1926 zur Regelung des Domänenwesens auf Madagaskar, werden aufgehoben". Nach Ansicht des Regierungskommissars handelte die Verwaltung dennoch in Ausübung ihrer Befugnisse, denn "angesichts des verfolgten Ziels, dem Bau von Sportanlagen für die Schüler eines benachbarten Gymnasiums, konnte die Gebietskörperschaft von Mayotte die Einleitung eines Enteignungsverfahrens wegen öffentlichen Nutzens beantragen"¹³⁹³. Sobald also ein Text, wenn auch nur entfernt, eine Befugnis der Verwaltung anerkennt, wird davon ausgegangen, dass diese im Rahmen ihrer Befugnisse handelt. Obwohl die Verbindung zwischen dem "Wiederaufnahmerecht" und dem Enteignungsverfahren zumindest gelockert ist, insbesondere aufgrund des rudimentären und beschleunigten Charakters des ersteren, reicht dies aus, um die Anforderung einer Beeinträchtigung durch die Verwaltung "in Ausübung ihrer Befugnisse" als erfüllt anzusehen. Es ist unerheblich, dass die Verwaltung nicht über eine endgültige Befugnis verfügt, die es ihr erlaubt, unter den Umständen des Falles zu handeln. Selbst wenn die fragliche Handlung mit Sicherheit einen Rechtsbruch aufgrund fehlenden Rechts darstellt¹³⁹⁴, erkennt der Staatsrat seine Zuständigkeit an. "Auf jeden Fall", so der Regierungskommissar, "sind wir der Ansicht, dass, selbst wenn Sie der Meinung sind, dass die strittige Entscheidung als Rechtsverletzung zu analysieren ist, es trotzdem angebracht wäre, die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 nicht auszuschließen, zumindest um die Aussetzung zu verfügen"¹³⁹⁵.

Der Staatsrat hat die Befugnisse, die der Verwaltung zustehen, sicherlich weit gefasst. Es ist zu beobachten, dass die Richter der ersten Instanz denselben umfassenden Ansatz in Bezug auf Handlungen und Verhaltensweisen verfolgen, die in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsbehörde fallen¹³⁹⁶. Alles deutet darauf hin, dass der Verwaltungsrichter seine Zuständigkeit für *alle* Handlungen anerkennen wird, die traditionell als Tätlichkeiten aus Mangel an Recht betrachtet werden.

333. Das *référé-liberté* kann somit auch dann eingesetzt werden, wenn die Verwaltung unter den Umständen des Falles nicht über eine reguläre Befugnis verfügt. Es reicht aus, dass die Verwaltungsbehörde, wenn auch nur entfernt, sogar potenziell über eine Befugnis verfügt, damit Artikel L. 521-2 angewendet werden kann. Die Begründungen für diese Rechtsprechung sind leicht verständlich. Bei einer wörtlichen Anwendung hätte die Formel in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes dazu geführt, dass der Richter sich selbst verboten hätte, Personen zu Hilfe zu eilen, deren Grundfreiheiten von der Verwaltung ohne klaren Rechtstitel missachtet werden. Anstatt den Kläger durch die Eröffnung einer zweiten Instanz vor dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen in eine unangenehme Situation zu zwingen, zieht es der Verwaltungsrichter vor, selbst die erforderlichen Schutzmaßnahmen anzuordnen. Da ihm keine Behörde die Zuständigkeit entziehen kann, entscheidet der Staatsrat allein, wo die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen endet. In der Praxis hat er sich noch nie mit der Begründung für unzuständig erklärt, dass der ihm vorgelegte Rechtsstreit auf der Grundlage des "voie de fait" in die Zuständigkeit des Gerichts fällt.

Im Gegenteil, der Richter für einstweilige Verfügungen kann und greift konkret in allen Fällen von Rechtsverletzungen ein - zumindest solange sich der Bürger an ihn und nicht an die Justizbehörde wendet. Die

¹³⁹² Dieser Mechanismus wurde unter der III^e Republik eingeführt und sollte durch eine voluntaristische Politik die Ansiedlung von Siedlern fördern, die bereit waren, das Land zu erschließen und zu bewirtschaften. Das durch das Dekret vom 28. September 1926 anerkannte dreißigjährige Übernahmerecht ermöglichte es der öffentlichen Hand, die Kontrolle über Land, das nicht unter zufriedenstellenden Bedingungen bewirtschaftet wurde, leicht zu übernehmen und an einen unternehmerischeren Käufer weiterzuverkaufen.

¹³⁹³ Schlusswort von S. BOISSARD préc., S. 775.

¹³⁹⁴ Vgl. zum Vergleich Com. 25. Februar 1992, *Bull. civ.* IV, Nr. 91: Ein Rechtsbruch liegt vor, wenn die Zollverwaltung eine Beschlagnahme von Waren vornimmt und sich dabei auf einen noch nicht in Kraft getretenen Text bezieht.

¹³⁹⁵ Schlusswort von S. BOISSARD, a.a.O., S. 775. Siehe auch, mit juristischen und Opportunitätsargumenten zugunsten der Zuständigkeit des Verwaltungsrichters für *référé-liberté* in Fällen von *voie de fait*: G. MARCHESINI, "L'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative dans le contentieux de la voie de fait", *AJDA* 2005, S. 1663-1671.

¹³⁹⁶ Siehe zum Beispiel TA Montpellier, Ord. 27. Januar 2005, *Gal.* *AJDA* 2005, S. 1409-1412, Anmerkung J. GATE. Der Rechtsstreit betraf die Einbeziehung von Parzellen, die Privatpersonen gehörten, in den öffentlichen Bereich, ohne dass ein Titel für die Übertragung des Eigentums vorlag. Um festzustellen, dass die Grundfläche nicht "offensichtlich nicht mit einer der Verwaltung gehörenden Befugnis in Verbindung gebracht werden kann", stützte sich der Richter auf eine fünf Jahre zuvor durchgeführte Gemeinnützigkeitsuntersuchung, die sich insbesondere auf die Einbeziehung der strittigen Grundfläche in den öffentlichen Bereich bezog.

Frage ist, ob es bei einer solchen Auslegung möglich ist, dass Verletzungen außerhalb seiner Zuständigkeit liegen. Diese Frage kann aufgrund der flexibleren Beurteilung der Regeln für die gerichtliche Zuständigkeit in Bezug auf einstweilige Verfügungen vernünftigerweise verneint werden. In diesem Bereich kann der Richter nämlich sinnvoll entscheiden, wenn seine Zuständigkeit wahrscheinlich ist oder zumindest seine Unzuständigkeit nicht offensichtlich ist. Damit der Richter für einstweilige Verfügungen seine Zuständigkeit ablehnt, müsste die Verwaltung also offensichtlich außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse gehandelt haben (was im Lichte der vom Staatsrat gewählten Auffassung völlig undenkbar ist) und die Unzuständigkeit des Richters müsste ihrerseits offenkundig sein. Darüber hinaus müsste der Richter über diese doppelte Anforderung hinaus bereit sein, Rechtsstreitigkeiten aufzugeben, weil sie der klassischen Definition des Rechtswegs entsprechen würden - was er natürlich nicht bereit ist zu tun, und zwar zum größten Nutzen des Rechtssuchenden¹³⁹⁷. Es ist also nicht ersichtlich, welcher Fall, der eine Tötlichkeit darstellt, dem Richter für einstweilige Verfügungen entgehen könnte. Die Position des Staatsrats verankert *de facto* eine konkurrierende Zuständigkeit der beiden Gerichtsbarkeiten für die Beendigung von Tötlichkeiten, derer sich die öffentliche Gewalt schuldig macht.

Abschluss von Titel II

334. Die Bedingungen für die Gewährung einer Maßnahme, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes beantragt wird, sind besonders streng. Die strenge Formulierung schränkt die Eingriffsmöglichkeiten des Richters für einstweilige Verfügungen erheblich ein. Die drei Reihen von Voraussetzungen wurden vom Staatsrat unterschiedlich bewertet. Zunächst wurde das Erfordernis eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit vom Richter wörtlich angewandt. Im Übrigen gab sie ihm keinen Spielraum, um die Strenge abzuschwächen oder zu verschärfen. Zweitens wurde die Bedingung der Dringlichkeit vom Richter für einstweilige Verfügungen restriktiv ausgelegt: Sie wird im Lichte der 48-Stunden-Frist beurteilt, die ihm für die Entscheidung zur Verfügung steht. Schließlich wurde die Anforderung, dass die Verwaltung "in Ausübung ihrer Befugnisse" gehandelt haben muss, vom Staatsrat ausgehöhlt. Diese Bedingung, die den Interventionsbereich des Richters einschränkte, wurde durch die Auslegung der Rechtsprechung neutralisiert. So beschränkte der Richter seinen Eingriffsbereich auf Situationen extremer Dringlichkeit und dehnte gleichzeitig seinen Zuständigkeitsbereich auf alle Handlungen aus, die üblicherweise in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen. Durch diese wechselseitige Auslegung wollte er über eine größere Anzahl von Maßnahmen entscheiden und beabsichtigte, sein Eingreifen nur auf Fälle erhöhter Dringlichkeit zu beschränken. Folglich kann die grundlegende einstweilige Verfügung nur in Ausnahmesituationen eingesetzt werden.

¹³⁹⁷ Dieser erhält wenige Tage oder sogar Stunden nach Einreichung seines Antrags eine Entscheidung, ohne dass er das gesamte Verfahren vor dem Richter wiederholen muss. So vermeidet er, dass er gegebenenfalls auf eine Unzuständigkeitsklärung des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen stößt oder dass das Verfahren aufgrund eines vom Präfekten übermittelten Zuständigkeitsdeklinator verlangsamt wird. Zu diesen Punkten siehe *infra*, § 555.

Schlussfolgerung des ersten Teils

335. Der *référé-liberté* ist weder *ein* Verfahren noch *das* Verfahren für die Verletzung von Grundfreiheiten. Es ist ein Verfahren zur Behebung von Ausnahmesituationen, das so konzipiert ist, dass es nur selten und subsidiär angewendet werden kann.

336. Das Vorliegen einer Grundfreiheit ist Voraussetzung für das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2. Der Staatsrat hat diesen Begriff weit ausgelegt und den Anwendungsbereich dieses Verfahrens extensiv definiert. Dennoch ist das *référé-liberté* weiterhin für Ausnahmesituationen konzipiert, in denen die Verwaltung einen schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit vornimmt, der dringend innerhalb von 48 Stunden beendet werden muss. Um dieses Verfahren anwenden zu können, reicht es nicht aus, dass eine Grundfreiheit vorliegt oder dass diese von der Verwaltung missachtet wird. Es muss auch, denn dies reicht nicht aus, dass diese Verletzung offensichtlich rechtswidrig ist - denn nicht alle Verletzungen der Grundfreiheiten sind rechtswidrig und schon gar nicht offensichtlich rechtswidrig - und dass sie schwerwiegend ist - denn nicht alle Verletzungen der Grundfreiheiten sind schwerwiegend. Als letzten Schutz muss der Antragsteller außerdem begründen, dass er innerhalb von 48 Stunden eine Schutzmaßnahme erwirken muss. Aufgrund ihrer Strenge kennzeichnen die Bedingungen für die Umsetzung von Artikel L. 521-2 nicht eine Situation, in der eine Grundfreiheit verletzt wird, sondern eine Ausnahmesituation. Wie bei den außergewöhnlichen Verfahren der *Déféré-liberté*¹³⁹⁸ und der *Tätlichkeit*¹³⁹⁹ sollen nur die schwerwiegendsten Handlungen der öffentlichen Gewalt sanktioniert werden¹⁴⁰⁰. Im Falle eines einfachen Eingriffs in eine Freiheit unter scheinbar illegalen Bedingungen muss sich der Antragsteller an das Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung wenden - natürlich nur, wenn er eine Notsituation nachweisen kann. Auch wenn die einstweilige Verfügung ausschließlich dem Schutz der Grundfreiheiten dient, ist sie nicht das einzige oder sogar das wichtigste Dringlichkeitsverfahren, das den Schutz dieser Freiheiten gewährleisten kann.

337. Die Subsidiarität des Verfahrens ist nicht so zu verstehen, dass der Antragsteller zunächst eine einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung der Vollstreckung beantragen muss, da sein Antrag nach Artikel L. 521-2 sonst unzulässig wäre. Diese Subsidiarität bedeutet, dass das Verfahren des *référé-liberté* nur auf die besonderen Fälle beschränkt ist, für die es eingeführt wurde. Die einstweilige Verfügung erweist sich im Falle einer Verletzung von Freiheitsrechten oft als wirksam. Man kann sogar behaupten, dass sie quantitativ gesehen das wichtigste Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte in Notfällen darstellt.

Wenn er sich als Opfer einer Verletzung seiner Grundfreiheiten sieht und über eine Entscheidung verfügt, die angefochten werden kann, sollte der Antragsteller zunächst daran denken, sich an die einstweilige Verfügung gegen eine Suspendierung zu wenden. Die Rechtsuchenden und ihre Berater haben diesen Parameter nicht sofort berücksichtigt, da sie sich bei der geringsten - tatsächlichen oder vermeintlichen - Verletzung einer Grundfreiheit auf die einstweilige Verfügung stürzten. Sie bevorzugten in einer Reihe von Fällen den Rückgriff auf Artikel L. 521-2, obwohl es in ihrem Interesse gewesen wäre, den Weg über Artikel L. 521-1 zu beschreiten. Sie wandten sich in Situationen an den Richter für einstweilige Verfügungen, in denen sie auf dem Weg der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung der Vollstreckung zu einfacheren Bedingungen hätten voll befriedigt werden können. Wenn eine Grundfreiheit in Frage gestellt wird, ist es in der Tat keine gute Strategie, sich auf die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit zu stürzen. Wie Präsident Labetoulle erklärte, "lassen sich zu viele Kläger und Anwälte in Fällen, in denen es in ihrem eigenen Interesse besser wäre, den Weg des *référé-suspension* zu beschreiten, von der *référé-injunction* anlocken"¹⁴⁰¹. Die Verweise vom Richter der einstweiligen Verfügung auf den Richter der

¹³⁹⁸ Die *Déféré-liberté* wurde als "ein außergewöhnliches Verfahren" konzipiert, dessen Anwendung "besonders schweren Fällen" vorbehalten sein sollte (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22. Januar 1982, S. 396).

¹³⁹⁹ Die *Tätlichkeit* betrifft besonders schwerwiegende Handlungen, so dass der Verwaltungsakt dadurch als "verfälscht" angesehen wird (siehe *unten*, §§ 539-540).

¹⁴⁰⁰ Das *Déféré-liberté* ist ein einfacheres Verfahren als das *référé-liberté*, da die Aussetzungsmaßnahme ausgesprochen wird, wenn der Richter ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Handlung hat, die die Ausübung einer Freiheit gefährden könnte. Andererseits ist es schwierig, eine eindeutige Antwort darauf zu geben, ob das *référé-liberté*-Verfahren im Vergleich zum Verfahren der Rechtsdurchsetzung anspruchsvoller oder weniger anspruchsvoll ist. Auf der einen Seite kann eine *Tätlichkeit* nur dann vorliegen - und auch das betrifft nur die *Tätlichkeit* aus Rechtsmangel -, wenn die Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse gehandelt hat, eine restriktive Bedingung, die im Rahmen des *référé-liberté* nicht formuliert wird. Andererseits unterliegt die einstweilige Verfügung für Freiheit einer Bedingung - der Dringlichkeit -, von der die Rechtsdurchsetzung befreit ist. In Bezug auf den zweiten Punkt ist das Verfahren der Rechtsdurchsetzung weniger anspruchsvoll, in Bezug auf den ersten Punkt ist es anspruchsvoller.

¹⁴⁰¹ D. LABETOULLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, S. 7.

einstweiligen Verfügung bedeuten, dass der Antragsteller zuerst daran denken sollte, sich an dieses Verfahren zu wenden. Dieses Verfahren erfüllt voll und ganz seinen Zweck, um die Aussetzung einer Entscheidung zu erreichen, die eine Grundfreiheit verletzt, gegebenenfalls mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung.

"In vielen Fällen nimmt das beanstandete Verwaltungshandeln die Form einer impliziten oder expliziten Entscheidung an, und die Erfolgsaussichten des Klägers scheinen durch den Weg der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung eher gesichert zu sein als durch den Weg der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit"¹⁴⁰². Wenn es eine Entscheidung gibt, die eine Grundfreiheit betrifft, hat der Antragsteller die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten. Der einfachste Weg ist der des *référé-suspension*: Der Kläger muss eine Dringlichkeit begründen und einen Grund anführen, der geeignet ist, ernsthafte Zweifel zu wecken; dies reicht aus, um die Aussetzung der Vollstreckung der Entscheidung zu erreichen¹⁴⁰³. Der schwierigste Weg ist der des *référé-liberté*: Wenn der Antragsteller sich für Artikel L. 521-2 entscheidet, "begibt er sich auf einen viel gefährlicheren und in jedem Fall schwierigeren Weg im Hinblick auf das verfolgte Ziel"¹⁴⁰⁴. Dies ist beispielsweise im Fall *Philippart und Lesage der Fall*. Die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Anträge waren zurückgewiesen worden, da keine offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit vorlag¹⁴⁰⁵. Nach der Anrufung des Richters für einstweilige Verfügung und einer am 15. Februar 2001 eingetragenen Klageschrift gewährte die Abteilung für Rechtsstreitigkeiten gemäß Artikel L. 521-1 die ursprünglich gemäß Artikel L. 521-2 beantragte einstweilige Verfügung¹⁴⁰⁶. Da es sich um eine Klage gegen eine ablehnende Entscheidung handelt, läuft die Aussetzung tatsächlich auf eine Anordnung hinaus, da der Richter für einstweilige Verfügungen die Verwaltung auf die Verpflichtungen hinweist, die sich für sie aus ihrer Entscheidung ergeben. Auch in der Rechtssache *Commune de Venelles* fochten die Kläger eine Entscheidung des Bürgermeisters an, mit der die Aufnahme einer Frage in die Tagesordnung und die Einberufung des Gemeinderats zur Erörterung dieser Frage abgelehnt wurde. Der Antrag gemäß Artikel L. 521-2 war erfolglos geblieben, da keine Grundfreiheit verletzt wurde¹⁴⁰⁷. Den Empfehlungen des Regierungskommissars und der Aufforderung der Abteilung für Rechtsstreitigkeiten folgend, stellten die Kläger einen neuen Antrag, diesmal auf der Grundlage von Artikel L. 521-1, und wurden zufriedengestellt¹⁴⁰⁸. Ein besonders bedeutsames Beispiel ist auch der lange Rechtsstreit des Restaurants La Cour des miracles gegen die Weigerung des Bürgermeisters von Collioure, die Einrichtung einer Terrasse auf öffentlichem Grund während der Sommersaison zu genehmigen. Die nacheinander beim Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit eingereichten Anträge wurden alle abgelehnt, da keine Verletzung einer Grundfreiheit vorlag¹⁴⁰⁹ oder keine Dringlichkeit gegeben war¹⁴¹⁰. Der Antragsteller kommt schließlich nach fast einem Jahr Verfahrensdauer und einer verlorenen Tourismussaison auf die Idee, einen Antrag auf Grundlage von Artikel L. 521-1 zu stellen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Montpellier gab ihm mit einer Verfügung vom 2. Juli 2003 Recht und erließ die beantragte Anordnung. Der Beschluss wurde durch ein Urteil in der Hauptsache vom 20. Januar 2004 bestätigt, das rechtskräftig wurde.¹⁴¹¹

Es dauerte einige Jahre, bis die Bürger und ihre Berater den außergewöhnlichen Charakter der einstweiligen Verfügung und die hohen Anforderungen, die dieses Verfahren stellt, verstanden. In den ersten Jahren fielen viele Anträge offensichtlich nicht in den Aufgabenbereich dieses Richters. Es zeichnet sich jedoch ein Wandel ab¹⁴¹²; die Statistiken belegen dies: Die Zahl der Fälle im einstweiligen Rechtsschutz hat sich stabilisiert und ist sogar leicht zurückgegangen, während die übrigen Fälle weiter zunehmen, sowohl in der Hauptsache als auch im einstweiligen Rechtsschutz.

338. Aufgrund der strengen Voraussetzungen für die Gewährung einer einstweiligen Verfügung ist diese nur sehr selten erfolgreich. Nur wenige Antragsteller können eine außergewöhnliche Situation nachweisen, die die Anwendung dieses Verfahrens ermöglicht. Im Durchschnitt werden die in Artikel L. 521-2 festgelegten

¹⁴⁰² M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, S. 1056.

¹⁴⁰³ Siehe zum Beispiel, wenn es um eine Beeinträchtigung der Vereinigungsfreiheit geht, CE, 31. August 2001, *Fédération CFTC Santé-sociaux und andere*, *Lebon T.* S. 1104.

¹⁴⁰⁴ G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 268.

¹⁴⁰⁵ CE, Ord. 9. Februar 2001, *Philippart und Lesage*, Nr. 230112.

¹⁴⁰⁶ CE, Sect., 28. Februar 2001, *Philippart und Lesage*, *Lebon* S. 112.

¹⁴⁰⁷ CE, Sect., 18. Januar 2001, Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles, *Lebon*, S. 18.

¹⁴⁰⁸ CE, 5. März 2001, *Saez*, *Lebon* S. 117, *Coll. ter.* Juli 2001, S. 4-6, Schlussbemerkung L. TOUVET.

¹⁴⁰⁹ CE, Ord. 16. September 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.*, S. 314.

¹⁴¹⁰ CE, Ord. 19. März 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, Nr. 255191.

¹⁴¹¹ Vgl. F. LICHERE, Note sous TA Montpellier, ord. 2. Juli 2003, *EURL La Cour des miracles*, *LPA* 8. November 2004, Nr. 223, S. 8-10.

¹⁴¹² Typischerweise kam es vor, dass ein Antragsteller eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit erwirkte und dann, noch bevor der Richter eine Entscheidung traf, seine Meinung änderte, indem er seine Absicht erklärte, den Richter zu einem späteren Zeitpunkt auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 anzurufen (siehe CE, ord. 31. Januar 2005, *Ferreira Nobre*, Nr. 277028).

Bedingungen für die Gewährung nur in 5 % der Fälle erfüllt¹⁴¹³. Diese Zahlen lassen sich mit denen der deutschen Verfassungsbeschwerde und der spanischen *Amparo-Beschwerde* vergleichen. Für das Jahr 1999 lag die Erfolgsquote in Deutschland bei 2,6 %¹⁴¹⁴ und in Spanien bei 4 %¹⁴¹⁵.

Da die Voraussetzungen für die Gewährung einer einstweiligen Verfügung sehr selten erfüllt sind, ist die Einreichung eines Antrags auf dieser Grundlage fast nie erfolgreich. Nur ein sehr kleiner Teil der Antragsteller wird auf diesem Weg zufrieden gestellt. Angesichts des geringen Anteils der Anträge, die die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel L. 521-2 erfüllen, stellt sich die Frage, ob dieses Verfahren überhaupt sinnvoll ist. Muss man nicht aufgrund der geringen Anzahl positiver Anwendungen dieses Rechtswegs in der Verwaltungsrechtsprechung zu dem Schluss kommen, dass dieses Verfahren praktisch nutzlos ist? Man könnte versucht sein, angesichts der geringen Anzahl von Fällen, in denen die einstweilige Verfügung erfolgreich eingeleitet wurde, zu einer solchen Schlussfolgerung zu gelangen. Allerdings würde dies bedeuten, die Philosophie dieses Verfahrens zu verkennen. Die Bedingungen für die Gewährung sind nämlich nicht alltäglich und sollen auch nicht häufig erfüllt werden. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung wäre nutzlos, wenn es *nie* angewandt würde. In Wirklichkeit wird es jedoch *selten* genutzt. Und genau darin liegt seine Bestimmung. Die Situationen, in denen es angewendet werden kann, sind ernst und kommen in der Praxis nur in sehr seltenen Fällen vor. Wenn eine solche Situation eintritt, garantiert die einstweilige Verfügung den Bürgern ein schnelles und wirksames Eingreifen, das dem Ernst der Lage gerecht wird. Um auf außergewöhnliche Situationen zu reagieren, hat der Gesetzgeber ein Verfahren vorgesehen, das selbst außergewöhnlich ist¹⁴¹⁶.

1413 Wenn man jedoch die Befriedigung durch Rücknahme oder Einstellung des Verfahrens mit einbezieht, erreicht die Zahl der Fälle, in denen der Antragsteller befriedigt wird, eine Quote von 10 Prozent. Siehe *unten*, § 466.

1414 Vgl. A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", CCC Nr. 10, 2001, S. 77.

1415 Vgl. C. RUIZ MIGUEL, "L'amparo constitutionnel en Espagne: droit et politique", CCC Nr. 10, 2001, S. 96.

1416 Diese Beziehung ist im Übrigen nicht sehr klassisch. Es ist allgemein zu beobachten, dass der Ernst einer Situation ein Abweichen von den üblichen Regeln erfordert und rechtfertigt. In menschlichen Gesellschaften ist die Abweichung von der Normalität die Antwort auf die schwerwiegendsten Situationen.

Teil II

Schneller und wirksamer Rechtsschutz

"(...) die Situation war ernst, aber was bewies das?
Es bewies, dass noch außergewöhnlichere Maßnahmen erforderlich waren".¹⁴¹⁷

339. Im Bereich der Freiheitsrechte wird die Wirksamkeit eines Verfahrens an der Unmittelbarkeit und der Stärke der gerichtlichen Reaktion gemessen. Wie Jean Rivero feststellte, "ist der Schutz der Freiheiten nur dann wirksam, wenn er ihre effektive Ausübung sicherstellt, entweder durch die Verhinderung von Bedrohungen, die auf ihnen lasten, oder, wenn die Verletzung bereits erfolgt ist, durch die dringende Wiederherstellung der Freiheit, die sie getroffen hat"¹⁴¹⁸. In diesem Bereich ist "wirksamer Schutz derjenige, der, sobald die Verletzung begangen wurde, ihre Auswirkungen aufhält und die Person, der sie genommen wurde, wieder in ihre Rechte einsetzt"¹⁴¹⁹. Wenn eine Person Opfer eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in ihre Grundfreiheiten wird, wollte der Gesetzgeber, dass ein Richter sehr schnell eingreifen kann, um diesen Eingriff zu beenden. Im Hinblick auf dieses einzige Ziel wurde das gesamte Verfahrensregime der *référé-liberté* festgelegt¹⁴²⁰. Da der Zweck von Artikel L. 521-2 darin besteht, "Situationen, die die Grundfreiheiten verletzen, sehr schnell zu beenden"¹⁴²¹, ist sein gesamtes System auf die sofortige Rettung von Personen ausgerichtet, die Opfer von freiheitsfeindlichen Handlungen geworden sind.

Das Streben nach Effizienz rechtfertigte es, von den bewährten Grundsätzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzuweichen, insbesondere was die Anrufung des Richters, die Bedingungen seines Eingreifens und die ihm übertragenen Befugnisse betrifft. Angesichts der Schwere der beanstandeten Handlungen erschien es notwendig, von Regeln abzuweichen, die in anderen Bereichen gerechtfertigt wären, hier aber den Schutz der Freiheiten gefährden würden¹⁴²². Das Ergebnis ist ein atypisches Verfahren, das sich in vielerlei Hinsicht den herkömmlichen Klassifizierungen entzieht¹⁴²³. Die Frage nach der Wirksamkeit des Verfahrens und die Frage nach seiner Natur sind im Übrigen eng miteinander verknüpft. Weil es auf optimale Effizienz abzielt, um eine unannehmbare Situation sofort zu beheben, ist das Verfahren der einstweiligen Verfügung nämlich so besonders. Die Originalität des Verfahrens ist eine Folge des Ziels, das mit seiner Einführung verfolgt wurde. Die Bedeutung der betroffenen Rechte und Freiheiten und mehr noch - denn das Vorhandensein einer Grundfreiheit allein reicht nicht aus, um eine Abweichung von den klassischen Grundsätzen der Rechtsprechung zu begründen - die Schwere der Situation rechtfertigen die Anpassung der traditionellen Verfahrensmechanismen und die Stärkung des Schutzniveaus.

340. Die Bestimmungen, die das Verfahren der *référé-liberté* regeln, finden sich in den ersten beiden Titeln von Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Dagegen schloss der Staatsrat die Anwendung von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention auf dieses Verfahren aus.

Die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit unterliegt teils den allgemeinen Regeln, die für alle einstweiligen Verfügungen im Notfall gelten, teils besonderen Regeln, wobei die Anpassungen, die für sie gelten, durch den besonderen Zweck dieses Verfahrens gerechtfertigt sind. Die einstweilige Verfügung unterliegt aufgrund ihrer Natur zunächst den Verfahrensregeln, die für jede einstweilige Verfügung im Notfall gelten, was natürlich auch die Regeln für jede einstweilige Verfügung einschließt¹⁴²⁴. Bei der Festlegung dieser Regeln bestand die von den

¹⁴¹⁷ A. CAMUS, *La Peste (Die Pest)*, 1947, Hrsg. Gallimard, Coll. Folio, 1972, S. 146.

¹⁴¹⁸ J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, S. 736.

¹⁴¹⁹ J. RIVERO, Vorwort zur Dissertation von S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, S. XV.

¹⁴²⁰ Der Begriff Verfahren wird hier im weitesten Sinne verstanden. Entsprechend der Etymologie des Wortes (*procedere*, "voranschreiten") bezeichnet er den Weg vom Beginn der Instanz bis zum Ende der Instanz. Es geht also um die Einlegung, Untersuchung und Entscheidung von Rechtsmitteln, die Befugnisse des Richters und die Rechtsmittel, die gegen seine Entscheidungen eingelegt werden können.

¹⁴²¹ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 49.

¹⁴²² Dieses Vorgehen beruhte auf einem Präzedenzfall. Tatsächlich hatte der Gesetzgeber mit der Einführung des Verfahrens der *Déféré-liberté* "die Notwendigkeit bestätigt, den Schutz der Freiheiten dem allgemeinen Recht der Verwaltungsgerichtsbarkeit und den Längen, die es mit sich bringen kann, zu entziehen" (J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, S. 737).

¹⁴²³ Die ausgeprägten Besonderheiten des *référé-liberté* rechtfertigen eine übergreifende Betrachtung der Art des eingeführten Verfahrens. Die Frage wird sich vor allem auf die Art des Verfahrens beziehen, zu dem sie gehört, und die Bestimmung der Kategorie, zu der sie innerhalb der Struktur der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der großen Klassifizierungen des Prozessrechts gehört.

¹⁴²⁴ Die Regeln für alle einstweiligen Verfügungen sind im Verwaltungsgerichtsgesetz kaum entwickelt, da sein gesetzlicher Teil ihnen nur zwei Bestimmungen (Artikel L. 511-1 und L. 511-2) widmet und sein Regelungsteil keinen einzigen Artikel enthält. Die Vorschriften, die sich speziell auf Dringlichkeitsreferenden beziehen, sind in Titel II von Buch V

Verfassern des Textes gewählte Option darin, die zivilrechtliche einstweilige Verfügung als Vorbild zu nehmen, deren Verfahren "vernünftigerweise einfach, schnell und frei von übermäßigem Formalismus ist"¹⁴²⁵, und deren Grundsätze an die Besonderheiten des Verwaltungsrechtsstreits anzupassen. Diese Vorgehensweise ist nicht ungewöhnlich, da das private Prozessrecht schon immer eine bevorzugte Inspirationsquelle für die Entwicklung der Regeln für Verwaltungsstreitigkeiten war¹⁴²⁶, insbesondere im Bereich der einstweiligen Verfügungen¹⁴²⁷. Die Regeln des Zivilprozesses konnten jedoch aufgrund der Unterschiede in Bezug auf "die Art der Streitigkeiten, die vor die beiden Gerichtsbarkeiten gebracht werden, und die Art und Weise, wie sie auf streitiger Ebene verknüpft werden", nicht unverändert auf den Verwaltungsprozess übertragen werden¹⁴²⁸. Diese Besonderheiten haben bestimmte Anpassungen gerechtfertigt, die als notwendig erachtet wurden¹⁴²⁹. Über dieses "allgemeine Recht" der einstweiligen Verfügungen hinaus wurden besondere Regeln für die einstweilige Verfügung vorgesehen. Diese besonderen Regeln wurden in Anbetracht des besonderen Zwecks der einstweiligen Verfügung definiert: Situationen, in denen die Grundfreiheiten ernsthaft beeinträchtigt werden, sollen sehr schnell beendet werden. So wurden Elemente hinzugefügt, die die Einreichung, Untersuchung und Entscheidung von Anträgen erleichtern und beschleunigen sollen. Darüber hinaus unterscheidet sich der *référé-liberté* von anderen *référé d'urgence* in Bezug auf die Rechtsmittel, die gegen die Entscheidung des ersten Richters eingelegt werden können. In Bezug auf die Verfahrensregeln ist der *référé-liberté* also in zweifacher Hinsicht abweichend. Zunächst ist sie als gerichtliches Verfahren, da sie zur Kategorie der einstweiligen Verfügungen gehört, von der Norm ausgenommen. In dieser Eigenschaft unterliegt sie einer Regelung, die vom allgemeinen Recht der streitigen Verfahren abweicht und durch die Berücksichtigung der Dringlichkeit gerechtfertigt ist¹⁴³⁰. Zweitens ist er innerhalb der Kategorie der einstweiligen Verfügungen aufgrund der besonderen Regeln, die für ihn gelten und die ihn von anderen einstweiligen Verfügungen unterscheiden, abweichend.

Im Urteil *Casanovas* vom 28. Februar 2001 entschied der Staatsrat, dass die Vorhersagen der Artikel 6-1 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht auf die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit anwendbar sind. Im vorliegenden Fall stellte der Kläger die Konventionalität des Tri-Verfahrens in Frage, das durch die Artikel L. 522-3 und L. 523-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geregelt wird. Die Sektion bekräftigt, dass diese

enthalten. Siehe M. COURTIN, "Référés en urgence", *Jd. Justice administrative*, fasc. 1093 (8, 2003).

1425 P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed., Litec, 1998, S. 49.

1426 Siehe B. PACTEAU, "Dualité de juridictions et dualité de procédures", *RFDA* 1990, S. 66-70; R. CHAPUS, "De l'office du juge: contentieux administratif et nouvelle procédure civile", *EDCE* Nr. 29, 1977-1978, S. 11-65; F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, Kolloquium vom 11. und 12. Dezember 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, S. 277-310. Regierungskommissar Kahn behauptete, dass "wenn es sich um eine durch jahrhundertelange Gerichtspraxis erprobte Technik handelt", der Staatsrat "die Grundsätze nicht aus der alleinigen Befriedigung heraus missachtet, eine Unabhängigkeit zu behaupten, die im Übrigen niemand anzufechten gedenkt" (concl. KAHN sur CE, Sect., 13. Mai 1970, *Lebon* S. 334).

1427 Die zivilrechtliche einstweilige Verfügung stellt seit ihrer Einführung in das streitige Verwaltungsverfahren eine obligatorische Referenz für den Staatsrat dar. Wenn ihre Anwendung eine vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit neuartige Schwierigkeit aufwirft, wenden sich die Regierungskommissare an das Privatjustizrecht, um dort nach Antworten zu suchen. Wie M. Chardeau feststellte, ist es "in diesem neuen Bereich, den die Verwaltungsgerichte durch die Verwendung des einstweiligen Rechtsschutzes darstellen, besser, sich an der größeren Erfahrung der Gerichte zu orientieren" (J. CHARDEAU, concl. sur CE, Sect., 13. Juli 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, S. 322). Ebenso erklärte Lasry, dass "in diesem neuen Bereich, den das Verfahren der einstweiligen Verfügung für die Verwaltungsgerichte darstellt, kein Zweifel daran besteht, dass Ihre entstehende Rechtsprechung sich so weit wie möglich an die Rechtsprechung anpassen muss, die das Ergebnis einer größeren Erfahrung der Gerichtsgerichte ist" (concl. sur CE, 15 juillet 1957, *Ville de Royan*, *RDJ* 1958, S. 109). Die Regierungskommissare stützten sich ausdrücklich auf das Privatjustizrecht, um die Natur des Richters für einstweilige Verfügungen - ein Ableger des Gerichts und kein separates Gericht (concl. CHARDEAU préc.; concl. LASRY préc.) - zu bestimmen, die Begriffe "Dringlichkeit", "ernsthafte Anfechtung" oder "Schaden in der Hauptsache" zu definieren (concl. GREVISSE sur CE, Sect., 14. März 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, *AJDA* 1958, II, S. 186-190) oder dem Richter für einstweilige Verfügungen die Möglichkeit einräumen, seine ursprüngliche Entscheidung im Falle neuer Umstände zu revidieren (concl. M. LONG zu CE, Sect., 12. Oktober 1956, *Saporta*, *AJDA* 1956, II, S. 410-412).

1428 "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, S. 953. Die Instanz vor dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen stellt oftmals die erste Konfrontation von gegensätzlichen Ansprüchen dar, die von Privatpersonen geäußert werden, die beide im Rahmen der Autonomie des Willens handeln. Bei Verwaltungsstreitigkeiten stehen sich nicht zwei private Interessen gegenüber, sondern es geht um Entscheidungen, die im Interesse der Allgemeinheit getroffen werden und für die die Vermutung der Rechtmäßigkeit gilt. Ein Verwaltungsakt oder -handeln ist entweder die Ausprägung eines hoheitlichen Vorrechts oder die Antwort auf einen vorherigen Schritt des Bürgers, der von der Behörde im Rahmen eines gesetzlich festgelegten Verfahrens unternommen wurde.

1429 Zwar war das Ziel des Gesetzes, "dem in Eilverfahren entscheidenden Verwaltungsrichter eine Wirksamkeit zu verleihen, die mit der des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen vergleichbar ist", doch in der Begründung hieß es, dass diese Umsetzung "unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit" erfolgen müsse.

1430 Siehe unter dem früheren Rechtsstand, der zwischen dem "besonderen Verfahren" der einstweiligen Verfügung und dem "gewöhnlichen Verfahren vor den Verwaltungsgerichten" unterscheidet: CE, 19. April 1972, *Département de la Haute-Loire*, *Lebon*, S. 297.

Bestimmungen "in Anbetracht des vorläufigen Charakters der Maßnahmen, die der Richter für einstweilige Verfügungen ergreifen kann, nicht unvereinbar mit den Bestimmungen" sind, auf die man sich beruft¹⁴³¹. Der Rat ist also der Ansicht, dass einstweilige Verfügungen aufgrund des vorläufigen Charakters der vom Richter ergriffenen Maßnahmen nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen. Diese Lösung scheint mit der ständigen Verwaltungs- und europäischen Rechtsprechung übereinzustimmen, die die Anwendung dieser Bestimmungen an den endgültigen Charakter der vorgeschriebenen Maßnahmen knüpft¹⁴³². Diese Erwägung stützt sich auf den Wortlaut von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, in dem es heißt: "Der Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet durch vorläufige Maßnahmen". Die gewählte Lösung und die Begründung, die sie stützt, werfen in Bezug auf die einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung und die einstweilige Verfügung gegen die Aufbewahrung keine Schwierigkeiten auf. Denn die auf der Grundlage der Artikel L. 521-1 und L. 521-3 ergriffenen Maßnahmen haben unbestreitbar einen vorläufigen Charakter und berühren in keiner Weise den Inhalt des Rechts. Hingegen kann ihre Anwendung auf den *référé-liberté* diskutiert werden.¹⁴³³

341. Mit den Bestimmungen von Artikel L. 521-2 "beabsichtigte der Gesetzgeber, dass der Richter für einstweilige Verfügungen sehr schnell einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit beenden kann, der die Situation der Grundfreiheit oder die Interessen, deren Schutz sie bezweckt, beeinträchtigt"¹⁴³⁴. Um *sehr schnell* eingreifen zu können, d. h. sobald die Beeinträchtigung eintritt, hat das Gesetz dem Richter die Möglichkeit des sofortigen Eingreifens eingeräumt. Damit der Richter in der Lage ist, dieser Situation ein Ende zu setzen, wurde er mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet, die seinem Eingreifen eine große Wirksamkeit verleihen. Das eingeführte Verfahren, das auf Schnelligkeit und Effizienz ausgerichtet ist, ermöglicht es dem Opfer einer Verletzung somit, sehr schnell die Einstellung der beanstandeten Handlung zu erreichen.

¹⁴³¹ CE, Sect. 28. Februar 2001, *Casanovas, Lebon* S. 108; die Formel wurde insbesondere in CE, 19. Oktober 2001, *SCI du Clos*, Nr. 234090 übernommen. Für eine Begründung, die den Klagegrund der Verletzung von Konventionsbestimmungen ausdrücklich für unwirksam erklärt, siehe CE, 29. Oktober 2003, *Commune du Ferré*, Nr. 257586: "Considérant qu'eu égard à la nature provisoire des mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge des référés, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas applicable à la procédure litigieuse; que le moyen tiré de sa violation doit être écarté" (Erwägung, dass Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht auf das streitige Verfahren anwendbar ist).

¹⁴³² Die Garantien des Artikels 6 sollen auf ein Gericht Anwendung finden, das über eine "Streitigkeit" entscheidet. Die Entscheidung des Rechtsstreits manifestiert sich in der Lösung der Streitigkeit, die dem Verfahren zugrunde liegt. Daher sind nicht entscheidende Verfahren ausgeschlossen, d. h. Verfahren, die nicht direkt auf eine Entscheidung über die Anfechtung zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen abzielen. Laut dem Straßburger Gerichtshof ist Artikel 6-1 "nicht auf ein Verfahren anwendbar, das auf eine einstweilige Verfügung gerichtet ist. Diese Verfahren sollen nämlich eine vorübergehende Situation bis zur Entscheidung in der Hauptsache regeln und zielen daher nicht auf eine Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen ab" (EGMR, *Carreira vs. Portugal*, Nr. 41237/98. Nicht unterstrichen). Unter der vorherigen Rechtslage hatte der Staatsrat im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung (siehe die zitierten Verweise in B. LE BAUT-FERRARESE, "Les procédures d'urgence et le langage du droit", *RFDA* 2002, S. 312, Fußnote 197), dass die Verfahren der einstweiligen Verfügung und der Aussetzung der Vollstreckung dem Anwendungsbereich von Artikel 6-1 entzogen waren (siehe jeweils CE, 11. März 1996, *SCI du domaine des Figuières, Lebon*, S. 71; und CE, 14. Dezember 1992, *Lanson, Lebon T.*, S. 1217, *RFDA* 1993, S. 791, Schlusswort S. LASVIGNES). Mit dem Urteil *Casanovas* überträgt der Rat diese Lösung auf die mit dem Gesetz vom 30. Juni 2000 eingeführten Dringlichkeitsreferenden.

¹⁴³³ In erster Linie entscheidet der Richter des *référé-liberté* über eine Rechtsfrage. Er entscheidet über den Inhalt des Rechts. Während der Richter für Machtüberschreitung "gewöhnliche" Rechtswidrigkeiten zensiert, d. h. solche, die grob oder offensichtlich sein können, es aber nicht unbedingt sind, sanktioniert der Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit seinerseits nur "offensichtliche" Rechtswidrigkeiten. Er äußert sich zum Inhalt des Rechts; er beurteilt die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts oder -handelns dem Grunde nach (zu diesem Punkt siehe oben, §§ 277-279). Zweitens ist das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen für zivilrechtliche Rechte und Pflichten entscheidend. Der Richter nach Artikel L. 521-2 begnügt sich nicht damit, die Situation der Parteien in Erwartung eines Urteils in der Hauptsache vorläufig anzupassen. Er stellt für sich genommen einen eigenständigen Rechtsbehelf dar, der von der möglichen Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache unabhängig ist und in jedem Fall nicht davon abhängt. Die von ihm vorgeschriebenen Maßnahmen haben einen dauerhaften Charakter (siehe unten, § 502 ff.). Die europäische Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass Sofortmaßnahmen, die es ermöglichen, den Rechtsstreit in der Hauptsache zu regeln, unmittelbar ausschlaggebend für zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Artikel 6 der Konvention sind (siehe EGMR, 28. Juni 1978, *König vs. Deutschland, Cahiers de droit européen* 1979, S. 474, Anmerkung G. COHEN-JONATHAN). Diese Bestimmung ist folglich auf sie anwendbar, wie der Conseil d'Etat für den *référé-précontractuel* (CE, Ass. 10. Juni 1994, *Commune de Cabourg, Lebon* S. 301, Schlussbemerkung S. LASVIGNES) und den *référé audiovisuel* (CE, 25. November 1994, *Société "La Cinq", Lebon* S. 511) entschieden hat. Es wäre also denkbar, innerhalb der Dringlichkeitsreferenden ein anderes Schicksal für das *référé-liberté* zu reservieren und es wie das *référé précontractuel* und das *référé audiovisuel* den Bestimmungen des Art. 6-1 zu unterwerfen.

¹⁴³⁴ CE, ord. 12. November 2005, *Association SOS racisme - touche pas à mon pote, Lebon* S. 496; CE, ord. 4. April 2006, *Bidalou*, Nr. 291948.

Eine Möglichkeit zur sofortigen Intervention

342. "Um wirksam zu sein, müssen die Mittel zur Verteidigung der öffentlichen Freiheiten einfach, schnell und billig sein"¹⁴³⁵. Dieser oft zitierte Satz von Gaston Jèze bezieht sich auf den Begriff der öffentlichen Freiheit. Dennoch kann er ebenso gut auf die Hypothesen einer schweren und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung der Grundfreiheiten gemäß Artikel L. 521-2 angewendet werden. Denn auch in diesem Fall hängt es vor allem davon ab, wie leicht der Richter angerufen werden kann und wie schnell er reagiert, ob sein Eingreifen von Nutzen ist. Wenn sich der Kläger auf Artikel L. 521-2 beruft und folglich eine solche Beeinträchtigung behauptet, organisiert das Gesetz zu seinen Gunsten einen erleichterten Zugang zur Justiz und die sehr schnelle Verkündung einer Entscheidung. Das Ergebnis ist eine flexible Verfahrensweise bei der Einlegung eines Rechtsbehelfs und eine extrem schnelle Urteilsverkündung: Die Untersuchung und Entscheidung der Anträge erfolgt innerhalb von Tagen oder sogar Stunden nach der Registrierung des Antrags. Indem sie von den gewöhnlichen Verfahrensregeln im Sinne einer Vereinfachung und Erleichterung abweicht, gibt die einstweilige Verfügung den Rechtssuchenden die Möglichkeit, eine schnelle Entscheidung unter wenig aufwändigen und kostengünstigen Bedingungen zu erhalten.

Kapitel 1 Ein zugänglicher Richter

343. Der Gesetzgeber wollte die einstweilige Verfügung für die Freiheit zu einem verfahrensrechtlich leicht zugänglichen Rechtsbehelf machen. Wenn eine Person behauptet, Opfer eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in ihre Grundfreiheiten zu sein, wurden die klassischen Regeln des streitigen Verwaltungsverfahrens, die die Ausübung einer Klage behindern könnten, indem sie den Kläger abschrecken, verzögern oder an der Klage hindern, außer Kraft gesetzt oder angepasst. Daher wurden die Zuständigkeits- und Zulässigkeitsregeln so gestaltet, dass sie das Einlegen einer Klage erleichtern. Daraus ergibt sich zum einen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen ein leicht zugänglicher Richter ist, da er den Klägern nahe steht. Zum anderen folgt daraus, dass die Einreichung der Klage gelockerten Zulässigkeitsregeln unterliegt. Auf diese Weise hat der Einzelne einen leichteren und damit schnelleren Zugang zum Richter für einstweilige Verfügungen. Die Person, die sich als Opfer eines schweren Eingriffs in ihre Grundfreiheiten betrachtet, hat die Möglichkeit, sehr schnell Zugang zu diesem Richter zu erhalten, um ihre Situation darzulegen und ihre Ansprüche geltend zu machen.

Abschnitt 1 Ein Richter, der dem Antragsteller nahe steht

344. Professor Drago stellte fest, dass "bei Klagen, die sich auf die Verletzung eines Grundrechts beziehen", das Verfahren "zunächst den Zugang zu einem Richter ermöglichen muss, der dem Bürger, dem

¹⁴³⁵ G. JEZE, "Rapport à l'Institut international de droit public" (Bericht an das Internationale Institut für öffentliches Recht), *Jahrbuch des Instituts*, 1929, S. 176.

Rechtssuchenden, nahe steht"¹⁴³⁶. Der Gesetzgeber vom 30. Juni 2000 hat genau diese Option gewählt, indem er diese Streitigkeit dem Verwaltungsgericht zugewiesen hat. Der Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit wird bei einem Verwaltungsrichter eingereicht, der geografisch in der Nähe des Antragstellers liegt.

I. Ein Verwaltungsrichter

345. Der *référé-liberté* fällt in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Nur Streitigkeiten, die in den üblichen Zuständigkeitsbereich dieser Gerichtsbarkeit fallen, können mit dem Verfahren nach Artikel L. 521-2 bearbeitet werden.

A. Das Interesse an einem Verwaltungsrichter

346. Für den Kläger bedeutet die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters in erster Linie, dass ein Rechtsprechungsorgan eingeschaltet wird. Der Kläger hat die Gewissheit, dass seine Beschwerde mit allen Garantien, die mit dem Eingreifen eines solchen Organs verbunden sind, geprüft wird. Denn auch wenn einige nicht-gerichtliche Mechanismen wie der Ombudsmann der Republik unter bestimmten Umständen im Bereich der Freiheiten nicht unwirksam sein können¹⁴³⁷, bietet keiner von ihnen Garantien, die einer gerichtlichen Beschwerde gleichwertig sind¹⁴³⁸. "Der Fortschritt ging im Laufe der Geschichte immer vom nicht-juristischen zum juristischen Weg. Der Schutz war zunächst nicht-juristisch und hat dann allmählich einen gerichtlichen Charakter angenommen. Die gerichtliche Kontrolle erscheint in historischer Perspektive als wirksamer und sicherer als die nicht-gerichtliche Kontrolle"¹⁴³⁹. Diese Form der Kontrolle ist in der Tat "das Ergebnis einer Bewegung, die darauf abzielt, die Verwaltung besser an die Einhaltung des Rechts zu binden"¹⁴⁴⁰. Keine außergerichtliche Schutztechnik kann das Eingreifen eines Richters erreichen oder ersetzen. In einem Rechtsstaat bleibt er "ein unverhoffter und unersetzlicher Verteidiger unserer Freiheiten"¹⁴⁴¹.

Die Überlegenheit des Richters in diesem Bereich ergibt sich nicht aus den persönlichen Eigenschaften der Männer, die diese Funktionen ausüben, sondern aus der Natur der Institution Gericht selbst. Wie Fleiner bemerkte: "Ein Richter wird nur dann anerkannt, wenn er seine Urteile rational, d. h. für Dritte verständlich, begründet. Mit der ihm obliegenden Unparteilichkeit muss er entscheiden, welche der von den Parteien vorgebrachten Argumente ihn überzeugen werden"¹⁴⁴². Es entscheidet den ihm vorgelegten Rechtsstreit objektiv und nach dem geltenden Recht und erzwingt dessen Einhaltung durch die Vollstreckbarkeit seiner Entscheidungen. Es ist offensichtlich, dass "ein Rechtsbehelf nirgends mehr Garantien bietet als vor einem ordentlichen und streng gerichtlichen Organ"

¹⁴³⁶ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, *Etudes* n° 11, S. 10.

¹⁴³⁷ Zu diesen Mechanismen siehe P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, S. 190 ff. Siehe auch B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, III^e partie.

¹⁴³⁸ Dies erklärt, warum der Hype um die Nichtgerichtsbarkeit in Frankreich nur von kurzer Dauer war. Das Phänomen entwickelte sich in den 1970er und 1980er Jahren im Zuge der Einführung neuartiger und alternativer Techniken zum Schutz der Freiheitsrechte, die vom skandinavischen *Ombudsmann-Modell* inspiriert waren. Dennoch war die Begeisterung für diese neuen Formen der Kontrolle "ein bisschen Mode" (C. DEBBASCH, *Introduction du colloque "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections"*, *AEAP* 1983/VI, S. 12) und hat in der Praxis schnell nachgelassen. Für eine Darstellung des Phänomens siehe J. WALINE, "L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle", *RDP* 1984, S. 1327-1349; J.-C. HELIN, "La protection du citoyen contre l'administration. Réflexions sur l'évolution contemporaine des voies de la protection", *LPA* 23. November 1990, Nr. 141, S. 9-17.

¹⁴³⁹ J.-M. PONTIER, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France", *AEAP* 1983/VI, S. 60.

¹⁴⁴⁰ C. DEBBASCH, *a. a. O.*, S. 11. Die Weiterentwicklung bestand zunächst darin, von einer verwaltungsinternen Verwaltungskontrolle, d. h. von einer Kontrolle, die die Verwaltung über sich selbst ausübt, zu einer Kontrolle überzugehen, die einem Organ außerhalb der Verwaltung anvertraut wird. Die Entwicklung bestand dann darin, von der zurückhaltenden Justiz, bei der der Richter lediglich eine Stellungnahme für die Exekutive abgibt, zur delegierten Justiz überzugehen, d. h. die Befugnis, in letzter Instanz zu entscheiden, wird einem Richter übertragen. Schließlich hat der Richter seine Kontrolltechniken verfeinert: Von einer rein externen Kontrolle des Verwaltungshandelns ist man zu einer internen Rechtmäßigkeitskontrolle übergegangen.

¹⁴⁴¹ J.-P. COSTA, "Le juge et les libertés", *Pouvoirs* Nr. 84, 1998, S. 87.

¹⁴⁴² T. FLEINER, "Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme", in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, S. 239.

.1443

347. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit bietet zweitens den Vorteil eines Richters, der aufgrund seiner Kenntnis der Verwaltung besser in der Lage ist, zu erkennen, wenn diese sich falsch verhalten hat. Wenn, wie Doyen Vedel bemerkte, das Problem darin besteht, "den Richter zu bestimmen, der technisch am besten in der Lage ist, Streitige Probleme dieser oder jener Art zu lösen"¹⁴⁴⁴, ist es erwiesen, dass der Verwaltungsrichter besser als der Gerichtsrichter in der Lage ist, Streitigkeiten zu lösen, die durch das Funktionieren der Verwaltungsmaschinerie entstehen. Er "ist technisch besser gerüstet als letztere, um die rechtliche Relevanz und Ordnungsmäßigkeit des Verwaltungshandelns richtig zu beurteilen"¹⁴⁴⁵. Die Richter und Staatsanwälte stimmen dem im Übrigen sehr wohl zu. So erklärte Herr de Lacoste, Berater am Kassationsgericht, dass "wenn es darum geht, die Verwaltung zu beurteilen, die Verwaltungsrichter (...) unendlich viel besser ausgerüstet sind als die Richter der Gerichtsordnung"¹⁴⁴⁶. Diesen höheren Grad an Kompetenz verdankt der Verwaltungsrichter seiner Ausbildung und seiner Praxis. Er "hat aufgrund seiner Ausbildung und seiner beruflichen Tätigkeit eine offensichtlichere Möglichkeit als der Richter, die Organisation und Funktionsweise der öffentlichen Institutionen und somit das, was in ihrem Verhalten als "normal" oder im Gegenteil als "anormal" angesehen werden kann, zu kennen"¹⁴⁴⁷. Der Verwaltungsrichter "ist natürlich ein besserer Kenner der institutionellen oder verfahrensrechtlichen Mechanismen und Praktiken der Verwaltung, die sich für ihn als weit weniger undurchdringlich erweisen als für sein gerichtliches Gegenüber"¹⁴⁴⁸. Er ist in der Lage, unrechtmäßige Handlungen der öffentlichen Behörde zu erkennen und so zwischen rechtswidrigen und nicht rechtswidrigen Situationen zu unterscheiden: "Da er mit den Drehungen und Wendungen des Verwaltungshandelns vertraut ist, kann der Verwaltungsrichter leichter als der Richter öffentliche Entscheidungen und Verhaltensweisen identifizieren, die die Freiheiten beeinträchtigen".¹⁴⁴⁹
348. Drittens verfügt die Verwaltungsgerichtsbarkeit als ordentliche Gerichtsbarkeit über eine Armee von Richtern, die im Dienste der Bürger stehen. Aufgrund ihrer personellen Ausstattung ist sie in der Lage, schnell auf die von den Klägern in diesem Bereich eingereichten Beschwerden zu reagieren. Im Gegensatz dazu könnte ein Verfassungsgericht einen derart massiven Streitfall nicht unter zufriedenstellenden Bedingungen bearbeiten. Da diese Gerichte aus einer kleinen Anzahl von Richtern bestehen, sind sie "nicht in der Lage - wie gut ihr Wille auch sein mag und wie wirksam die eingeführten Filtermaßnahmen auch sein mögen -, über die zahlreichen Klagen (mehr als fünftausend pro Jahr in Spanien und der BRD) zu entscheiden, die von Einzelpersonen wegen Verletzung ihrer Grundrechte eingereicht werden"¹⁴⁵⁰. Die Verfassungsgerichte verfügen nicht über genügend Personal, um die Streitigkeiten über administrative Eingriffe in die Freiheitsrechte zu bewältigen. Der Verfassungsrichter, der am Rande der Erstickung steht, ist gezwungen, unter den Tausenden von Klagen, mit denen er befasst ist, eine Auswahl zu treffen, und entscheidet de facto nur über einen geringen Teil von ihnen in der Sache¹⁴⁵¹. Die Situation ist derart, "dass man in beiden Ländern

1443 P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Brüssel, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, S. 75. In diesem Sinne bemerkte auch Dekan Favoreu: "Der Schutz der Menschenrechte ist nur dann wirklich gewährleistet, wenn er den Gerichten anvertraut wird" (L. FAVOREU, "Quelques considérations sur les droits de l'homme", in *Separata del libro. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, S. 675). Siehe auch N. BACCOUCHE, "La justice comme nécessaire garant des libertés", in *Justice et démocratie. Entretiens d'Aguesseau*, colloque Limoges, 21-22 novembre 2002, Pulim, 2003, S. 171-188.

1444 G. VEDEL, *Droit administratif*, 2^{ème} éd., PUF, 1960, S. 67.

1445 J.-C. RICCI, "Feuer auf den Tatbestand?", *RRJ* 1998/1, S. 11.

1446 O. de LACOSTE, Beitrag zur Debatte in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), Economica 1991, S. 214.

1447 M.-A. LATOURNERIE, "Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française" (Überlegungen zur Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit), *RFDA* 2000, S. 928.

1448 E. PICARD, "Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP Hrsg.), Economica, 1991, S. 178.

1449 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, S. 737.

1450 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1744.

1451 Der Verfassungsrichter reagiert auf diesen Ansturm mit einer diskretionären Auswahl der Beschwerden: Über 80 % der Anträge werden abgewiesen, ohne dass über den Inhalt des Anspruchs entschieden wird. Wie M. Pfersmann feststellt, können "Unterformationen des betreffenden Verfassungsgerichts (...) ohne Begründung oder nach einer völlig stereotypen Begründung entscheiden" (O. PFERSMANN, "Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective", *CCC* Nr. 10, 2001, S. 69). Die Auswahl der Beschwerden wird zum Ermessensspielraum. Das Verfassungsgericht wählt nach Opportunität aus, welche Klagen es wert sind, geprüft zu werden. So ist das Gericht in Österreich "innerhalb eines bestimmten Rahmens berechtigt, die Behandlung des Antrags nach freiem Ermessen zu verweigern, d. h. nach verfassungsrechtlicher Relevanz zu 'filtern'" (G. KUSKO-STADLMAYER, "Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", *CCC* n° 10, 2001, S. 82). Zu diesem Thema siehe S. NICOT, *La sélection*

dazu übergegangen ist, die Bedingungen für eine Verringerung dieses Zustroms zu untersuchen: Eine der in Spanien empfohlenen Lösungen besteht darin, so viele Fälle wie möglich an die Verwaltungs- und Justizgerichte zu verweisen¹⁴⁵². In Frankreich stellt die Zuweisung des Rechtsstreits über einstweilige Verfügungen an den Verwaltungsrichter eine wertvolle Garantie für den Bürger dar. Klassischerweise erstreckt sich die Zuständigkeit dieses Richters auf alle Streitigkeiten, die üblicherweise der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen werden.

B. Bestimmung der materiellen Zuständigkeit

349. Die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen ist auf Angelegenheiten beschränkt, die in die sachliche Zuständigkeit des Gerichts fallen¹⁴⁵³. Da der Richter für einstweilige Verfügungen nur ein Ableger des Gerichts ist, hängt seine sachliche Zuständigkeit immer von dem Gericht ab, dem er angehört. In einem Grundsatzerwägungsgrund bekräftigte der Staatsrat, dass "der Verwaltungsrichter nicht mit einer Berufung befasst werden kann, die auf die Durchführung eines der in Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes geregelten Verfahren abzielt, sofern der Hauptstreitfall, auf den sich die Dringlichkeitsmaßnahme, die er vorschreiben soll, bezieht oder beziehen kann, nicht offensichtlich der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts entzogen ist"¹⁴⁵⁴. Mit anderen Worten und in Übereinstimmung mit einer klassischen Regel des Prozessrechts folgt die Zuständigkeit für einstweilige Verfügungen der Zuständigkeit in der Sache¹⁴⁵⁵. Die sachliche Zuständigkeit wird anhand der Hauptstreitigkeit bestimmt: diejenige, auf die sich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bezieht oder beziehen könnte. Diese Hauptstreitigkeit kann auch nur eine mögliche sein; bei der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit wird sie es meistens sein, da die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Anträge nicht das Zubehör einer Hauptklage sind und nicht von der Einreichung einer Klage in der Hauptsache abhängen. Es wird lediglich gefordert, dass im Falle einer Klage ein Verwaltungsrichter für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der strittigen Situation zuständig wäre.

Es sei daran erinnert, dass die Zuständigkeitsregeln bei einstweiligen Verfügungen flexibler gehandhabt werden. In diesem Bereich wird die Zuständigkeitsregel nämlich als bloße Potentialität bekräftigt: Die Rechtsprechung verlangt lediglich, dass der Antrag nicht "offensichtlich" der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts entgeht¹⁴⁵⁶. Unter diesen Umständen muss der Richter für einstweilige Verfügungen seine Zuständigkeit nicht so gründlich hinterfragen wie bei einer Klage in der Hauptsache. Er kann über den Antrag auf einstweilige Anordnung entscheiden, wenn der mögliche Rechtsstreit, an den er anknüpft, nicht offensichtlich außerhalb der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegt. Eine bloße Ungewissheit über die Art des Hauptstreits reicht aus, um seine Zuständigkeit zu begründen. In einem solchen Fall ist es ihm normalerweise untersagt, seine Unzuständigkeit einzuwenden.

Wenn der Rechtsstreit hingegen offensichtlich nicht mit einem Rechtsstreit in Verbindung gebracht werden kann, der in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit fällt, muss sich der Richter für einstweilige Verfügungen für unzuständig erklären¹⁴⁵⁷. Weder Dringlichkeit, noch die Gefährdung einer Grundfreiheit oder die Ausübung einer Anweisungsbefugnis rechtfertigen eine Abweichung von dieser Regel¹⁴⁵⁸. Der Richter für

des recours par la juridiction constitutionnelle, LGDJ, 2006, 467 S.

1452 L. FAVOREU, *a. a. O.*, S. 1744.

1453 Es sei daran erinnert, dass die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters für einstweilige Verfügungen durch das Erfordernis einer Verletzung der Grundfreiheiten durch die Verwaltung "bei der Ausübung ihrer Befugnisse" hätte eingeschränkt werden können. Die Formulierung dieser Bestimmung und ihre Auslegung durch den Staatsrat haben jedoch dazu geführt, dass ihre Tragweite neutralisiert wurde (siehe *oben*, § 326 ff.).

1454 CE, 29. Oktober 2001, *Raust, Lebon T.*, S. 1090.

1455 Siehe unter dem früheren Rechtsstand: CE, 16. Oktober 1981, *Ministre de la Défense c/ Lassus, Lebon* S. 584, *AJDA* 1981, S. 584. Für das Zivilverfahren siehe Civ. 18. Dezember 1872, *D.P.* 1873, I, 129; Civ. 31. Juli 1889, *D.P.* 1891, I, 323; Civ. 22. Oktober 1974, *D.S.* 1975, IR, S. 7.

1456 CE, 29. Oktober 2001, *Raust, Lebon T.*, S. 1090; CE, ord. 20. Januar 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.*, S. 1022. Siehe unter dem früheren Rechtsstand: C. HUGLO, *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat*, Litec, 1993, Nr. 24.

1457 Siehe zum Beispiel unter dem Stand des früheren Rechts: CE, 15. Oktober 1982, *Chambre de commerce et d'industrie de Marseille, Lebon* S. 711.

1458 Analog dazu ist die Stellungnahme des Staatsrats vom 13. März 1998, *Vindevogel (Lebon* S. 78), zu der dem Verwaltungsrichter durch das Gesetz vom 8. Februar 1995 übertragenen Befugnis zur Erteilung von Anordnungen zu erwähnen. Für die Sektion gilt: "Die dem Verwaltungsrichter per Gesetz übertragene Befugnis, gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder privatrechtlichen Einrichtungen, die mit der Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betraut sind, Anordnungen zu erlassen, die gegebenenfalls mit Zwangsgeldern verbunden sind, um die Durchführung seiner Entscheidungen zu gewährleisten, berechtigt ihn nicht, sich von den Regeln der Zuständigkeitsverteilung zwischen den beiden Rechtsprechungsorganen zu befreien".

einstweilige Verfügungen muss seine Zuständigkeit ablehnen, wenn der Streitfall mit Sicherheit in die Zuständigkeit der Gerichte fällt. So kann er nicht über eine Entscheidung des Generalsteuereintnehmers entscheiden, die dem Kläger die Aufrechterhaltung der gegen ihn eingeleiteten Verfolgungen mitteilt, sowie über den Bescheid an den Drittschuldner, der zur Eintreibung der Strafen ausgestellt wurde, denen er nach einer Nachbesserung im Bereich der Eintragungsgebühren unterworfen war¹⁴⁵⁹. Ebenso ist es nicht zuständig, sich zu den vom Beschwerdeführer angefochtenen Bedingungen der Ordnungsmäßigkeit zu äußern, unter denen der Beschwerdeführer während des gegen ihn eingeleiteten Auslieferungsverfahrens inhaftiert und unter richterliche Aufsicht gestellt wurde¹⁴⁶⁰. Da ein Kinderschutzverein vom Jugendrichter beauftragt wurde, eine Untersuchung über die Situation eines Minderjährigen durchzuführen, sind die von dieser Organisation getroffenen Entscheidungen nicht vom laufenden Gerichtsverfahren abtrennbar und fallen folglich nicht in die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit¹⁴⁶¹. Dieser kann auch nicht über Anfechtungen bezüglich des Inhalts oder der Abfassung von Personenstandsurkunden entscheiden¹⁴⁶² oder die Begründetheit einer Maßnahme zur nicht freiwilligen Einweisung beurteilen¹⁴⁶³. Der Richter für einstweilige Verfügungen muss sich auch für unzuständig erklären, wenn der angefochtene Rechtsakt der ausschließlichen Kontrolle des Verfassungsrats unterliegt.¹⁴⁶⁴

350. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bestimmt sich unter Bezugnahme auf die Regeln und Kriterien, die der Staatsrat üblicherweise anwendet¹⁴⁶⁵. Folglich beschränkt sie sich nicht auf Handlungen und Handlungen von öffentlichen Personen, sondern erstreckt sich auch auf Handlungen und Handlungen von juristischen Personen des Privatrechts, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sind. Der Gesetzentwurf begnügte sich in Artikel 4 damit, das Handeln "der Verwaltung" zu erwähnen. Im Interesse der Genauigkeit und zur Koordinierung mit anderen Texten, die auf Verwaltungsstreitigkeiten anwendbar sind¹⁴⁶⁶, ersetzten die Parlamentarier diese Formulierung durch die Formulierung "juristische Person des öffentlichen Rechts oder privatrechtliche Einrichtung, die mit der Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betraut ist"¹⁴⁶⁷. Indem das Gesetz diesen Ausdruck in Artikel L. 521-2 übernimmt, weist es lediglich darauf hin, dass die auf diesem Weg angefochtene Handlung oder Verhaltensweise "in den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrichters fallen muss, den der Gesetzgeber nicht über seine normalen Grenzen hinaus ausdehnen wollte"¹⁴⁶⁸. Wenn also Handlungen und Verhaltensweisen von Privatpersonen, die mit der Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betraut sind, in die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen fallen können, dann nur, wenn sie die Kriterien erfüllen, die in diesem Bereich durch die Rechtsprechung herausgearbeitet wurden.¹⁴⁶⁹

Um die Existenz einer öffentlichen Person - oder einer privatrechtlichen Einrichtung, die mit der Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betraut ist - festzustellen, beschränkt sich der Richter nicht auf den äußeren Anschein, sondern gibt den strittigen Handlungen ihre wahre Natur zurück¹⁴⁷⁰. Wenn also die fragliche Handlung

¹⁴⁵⁹ CE, 29. Oktober 2001, *Raust, Lebon T.*, S. 1090. Artikel L. 199 des Steuerverfahrensbuchs besagt, dass "in Sachen Eintragungsgebühren (...) das zuständige Gericht das Landgericht ist". Für den Staatsrat ergibt sich aus diesen Bestimmungen, dass "der Rechtsstreit, mit dem der Antrag von Herrn Raust in Verbindung gebracht werden kann, offensichtlich nicht in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit fällt".

¹⁴⁶⁰ EK, Beschl. 30. Januar 2003, *Smaali*, Nr. 253668.

¹⁴⁶¹ EK, Beschl. 12. Mai 2003, *Pichaut*, Nr. 256729.

¹⁴⁶² CE, Ord. 4. Februar 2005, *Bellarbi*, Nr. 277213.

¹⁴⁶³ CE, Ord. 3. März 2003, *Portmann*, Nr. 254625; CE, Ord. 27. November 2003, *Association française contre l'abus psychiatrique*, Nr. 261947. Stattdessen muss er sich gemäß der ständigen Rechtsprechung für zuständig erklären, um die Ordnungsmäßigkeit dieser Maßnahme zu beurteilen (CE, ord. 14. Oktober 2004, *Arre*, Nr. 273047).

¹⁴⁶⁴ Siehe so für ein Dekret zur Einberufung der gewählten Mitglieder des Conseil supérieur des Français de l'étranger: CE, Ord. 22. September 2004, *Hoffer*, Nr. 272347 und 372378.

¹⁴⁶⁵ Mit den Unsicherheiten und Schwierigkeiten bei der Umsetzung, die sie mit sich bringen können (siehe P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2003, Nr. 654 ff).

¹⁴⁶⁶ Siehe insbesondere die Bestimmungen in Buch IX des Verwaltungsgerichtsgesetzes, die aus den Gesetzen vom 10. Juli 1980 und vom 8. Februar 1995 hervorgegangen sind.

¹⁴⁶⁷ Die redaktionelle Änderung wurde in erster Lesung vom Senat auf Antrag seines Rechtsausschusses angenommen (*JO déb Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3753). Siehe R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 55.

¹⁴⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1593. So ist er beispielsweise nicht für eine Verletzung zuständig, die einer gerichtlichen Behörde zuzuschreiben ist. So kann eine Vorladung vor die Abteilung für Sozialversicherungen, die ein Gericht ist, "keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit durch eine Verwaltungsbehörde darstellen" (CE, ord. 24. November 2004, *Winter*, Nr. 274484).

¹⁴⁶⁹ D. h. von einer Privatperson bei der Erfüllung des ihr übertragenen öffentlichen Auftrags und bei der Ausübung von Vorrechten der öffentlichen Gewalt angenommen werden (siehe CE, Ass., 31. Juli 1942, *Monpeurt, Lebon* S. 239, *GAJA* Nr. 56; CE, 2. April 1943, *Bouguen, Lebon* S. 86, *GAJA* Nr. 57; CE, Sect., 13. Januar 1961, *Magnier, Lebon* S. 33). Siehe zum Beispiel CE, Ord. 18. März 2002, *GIE Sport libre und andere, Lebon*, S. 106, bezüglich der Entscheidung der Ligue nationale de football, exklusive Nutzungsrechte für die Übertragung bestimmter Sportwettkämpfe zu vergeben.

¹⁴⁷⁰ Der Ansatz knüpft damit an die Formulierung von Präsident Heumann an, wonach "die Bemühungen der

von einer Privatperson auf Anweisung einer öffentlichen Person vorgenommen wurde, erklärt sich der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen für zuständig, über diese Handlung zu entscheiden. Dieser Ansatz, der darauf abzielt, die Realität über den Schein zu stellen, kann durch den Beschluss FN IFOREL vom 19. August 2002¹⁴⁷¹ veranschaulicht werden. In diesem Fall war das Kongresszentrum von Annecy von der Communauté d'agglomération an ein Privatunternehmen verpachtet worden: die Gesellschaft Impérial Palace. Am 8. Juli 2002 unterzeichnete diese Gesellschaft einen Mietvertrag mit IFOREL - einer dem FN nahestehenden Vereinigung -, um dort vom 26. bis 30. August 2002 die Sommeruniversität der politischen Partei zu veranstalten. Am 5. August 2002 kündigte die Gesellschaft Imperial Palace diesen Vertrag, nachdem sie vom Präsidenten der Communauté d'agglomération dazu aufgefordert worden war. Der gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufene Richter der ersten Instanz stellte fest, dass die Beeinträchtigung, auf die sich die Kläger berufen, allein aus der Kündigungsentscheidung des Unternehmens Impérial Palace resultiert. Da er sich mit einer privatrechtlichen Streitigkeit befasst sah, lehnte er seine Zuständigkeit für die Entscheidung darüber ab. In der Berufung stellte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stattdessen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit fest. Zwar wurde die Kündigungsentscheidung formal gesehen von einem privaten Unternehmen getroffen, doch handelte dieses in Wirklichkeit auf Anweisung der öffentlichen Person. Die von der Verwaltungsbehörde an die Gesellschaft Imperial Palace gerichteten Schreiben hatten zum Ziel, die Erfüllung des zwischen dieser und IFOREL geschlossenen Reservierungsvertrags zu behindern. Folglich, so der Richter für einstweilige Verfügungen, sind sie "*unmittelbar ursächlich für die Kündigung dieses Vertrags*". Unter diesen Umständen ergebe sich die Verletzung einer Grundfreiheit, auf die sich die Kläger berufen, "nicht allein aus der von der Gesellschaft Imperial Palace getroffenen Kündigungsentscheidung, sondern aus Handlungen, die von öffentlichen Behörden vorgenommen wurden". Wenn man die Quelle zurückverfolgt, gibt es tatsächlich eine Verwaltungsentscheidung, aus der der Rechtsstreit hervorgeht und die die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts begründet.

Der Richter für einstweilige Verfügungen ist ein Verwaltungsrichter. Aufgrund seiner Nähe zu den Bürgern ist er auch ein Richter vor Ort.

II. Ein Richter aus der Praxis

351. Wie Drago bemerkte, ist "der Grundrechtsrichter in erster Linie ein Richter der Nähe"¹⁴⁷². Entsprechend dieser Anforderung fallen Anträge auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit grundsätzlich in die Zuständigkeit der Richter der Verwaltungsgerichte.

352. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist ein zugänglicher Verwaltungsrichter, da er den Antragstellern geografisch nahe ist. Er ist nicht - wie manche Gerichte in Verfahren wie dem Verfassungsverfahren - von den Personen entfernt, deren Freiheiten er zu schützen hat. Diese Nähe trägt dazu bei, den Zugang zu diesem Verfahren zu erleichtern, und verleiht den Richtern der ersten Instanz einen Platz allererster Ordnung im System zum Schutz der Grundfreiheiten.

Das durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 eingeführte System ist in der Tat auf die Rolle des Richters der ersten Instanz ausgerichtet. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts ist die tragende Säule des Systems; auf ihm beruht in erster Linie die effektive Gewährleistung der Grundfreiheiten. Zugegeben, diese privilegierte Rolle der Verwaltungsgerichte könnte auf den ersten Blick banal erscheinen, da sie sich in die übliche Organisationsstruktur der Verwaltungsgerichtsbarkeit einfügt. Tatsächlich sind die Verwaltungsgerichte seit ihrer Gründung im Jahr 1953 das erstinstanzliche ordentliche Gericht für Verwaltungsstreitigkeiten. Indem die Verwaltungsgerichte grundsätzlich für Klagen nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zuständig sind, folgt die einstweilige Verfügung in diesem Punkt lediglich dem allgemeinen Schema. Dennoch ist die gewählte Lösung nicht so klassisch, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Sie ist Ausdruck eines wenn nicht neuen, so doch neueren Vertrauens in die Fähigkeit der Verwaltungsgerichte, wirksam und schnell einzugreifen, wenn die Freiheitsrechte auf dem Spiel stehen.

In diesem Zusammenhang sollte daran erinnert werden, dass die Behörden lange Zeit daran gezweifelt haben, dass die Verwaltungsrichter der ersten Instanz in der Lage sind, größere Rechtsstreitigkeiten, bei denen es um Freiheitsrechte geht, im Eilverfahren zu übernehmen. Diese Befürchtung ist sogar konstitutiv für die Geschichte der Verwaltungsgerichte, da sie seit ihrer Gründung im Jahr 1953, als sie die Präfekturräte ersetzten, besteht. Das Dekret vom 30. September 1953 zur Einrichtung der Verwaltungsgerichte sieht in Artikel 9 Absatz 2 vor, dass es

Verwaltungsgerichtsbarkeit darauf abzielen müssen, die Realität über den Schein zu stellen, den Akten ihre wahre Natur zurückzugeben" (concl. sur CE, Ass., 24. Juni 1960, *Société Frampar et Société France d'édition et publications*, *Lebon* S. 412).

¹⁴⁷¹ CE, ord. 19. August 2002, Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* S. 311.

¹⁴⁷² G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, *Etudes* n° 11, S. 10.

den Verwaltungsgerichten untersagt ist, die Aussetzung der Vollstreckung einer Entscheidung auszusprechen, die "die Aufrechterhaltung der Ordnung, der Sicherheit und der öffentlichen Ruhe" betrifft. Wie Präsident Labetoulle betonte, schränkte dieser Vorbehalt die Fähigkeit der jungen Verwaltungsgerichte, die Ausübung der Freiheiten zu schützen, erheblich ein, da diese Entscheidungen "naturgemäß diejenigen sind, die die Ausübung der öffentlichen Freiheiten am direktesten beeinträchtigen können; sie sind auch diejenigen, deren Aufhebung, wenn sie nach einer mehrmonatigen schriftlichen Untersuchung ausgesprochen wird, am ehesten Gefahr läuft, platonisch zu bleiben. In diesem Bereich ist es mehr als in jedem anderen angebracht, dass der Richter präventiv und vorsorglich eingreifen kann, bevor der Eingriff in die Freiheit vollzogen ist"¹⁴⁷³. Die Verwaltungsgerichte waren drei Jahrzehnte lang nicht berechtigt, in diesen Bereichen einzugreifen. Erst mit dem Dekret vom 27. Januar 1983 wurde das Verbot, das durch das Dekret vom 28. Januar 1969 wiederholt und in Artikel R. 96 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kodifiziert wurde, schließlich abgeschafft. Diese Abschaffung ist Teil einer Reihe von Reformen, mit denen der Gesetzgeber die Legitimität der Verwaltungsgerichte anerkannt hat, in dringenden Fällen im Bereich der Freiheitsrechte einzugreifen. Die Veränderung begann mit dem Gesetz vom 2. März 1982, das mit der Einführung des *Déféré-liberté* "sowohl die Legitimität des Verwaltungsgerichts, die Ausführung einer Verwaltungsentscheidung, die den Bereich der Freiheiten berührt, auszusetzen, als auch seine Fähigkeit, dies innerhalb sehr kurzer Fristen zu tun, anerkennt"¹⁴⁷⁴. Der nächste Schritt wurde mit dem Gesetz vom 10. Januar 1990 getan, das den Verwaltungsgerichten die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abschiebung an der Grenze zuweist. Dieses Gesetz "hat endgültig die Idee bestätigt, dass der erstinstanzliche Verwaltungsrichter, der mit Entscheidungen befasst ist, die die öffentliche Ordnung betreffen, auch in einem Massenstreitfall in Eile und nach Verfahrensmodalitäten (Einzelrichter, mündliche Verhandlung) eingreifen kann, die man sich in seinen Händen nicht vorstellen konnte"¹⁴⁷⁵. Das Gesetz vom 30. Juni 2000 vollendet diese Entwicklung und stellt den letzten Akt dar. Ohne die diesbezüglichen Reformen, die seit Anfang der 1980er Jahre durchgeführt wurden, wäre die zentrale Stellung, die den Verwaltungsgerichten heute beim Schutz der Freiheitsrechte zuerkannt wird, undenkbar gewesen.

353. Im Rahmen dieses Verfahrens muss der Antrag auf einstweilige Anordnung vor dem Gericht gestellt werden, das *in erster Instanz* zuständig wäre, wenn eine Klage in der Hauptsache eingereicht würde. Somit kann der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gestellte Antrag niemals direkt einem Berufungs- oder Kassationsrichter vorgelegt werden, unabhängig von bestehenden Verbindungen zu Verfahren, die vor diesen Richtern anhängig sind. Diese Besonderheit des *référé-liberté* im Vergleich zum *référé-suspension* erklärt und rechtfertigt sich durch den eigenständigen Charakter dieses Verfahrens.

Tatsächlich handelt es sich bei der einstweiligen Verfügung über die Aussetzung um einen akzessorischen Rechtsbehelf. Der auf Artikel L. 521-1 gestützte Antrag muss aufgrund seines Zusammenhangs mit einem Antrag auf Aufhebung oder Änderung vor dem Gericht gestellt werden, das in der Hauptsache mit diesen Anträgen befasst ist. Wenn ein Berufungsverwaltungsgericht im Rahmen einer Berufung gegen ein Urteil eines Verwaltungsgerichts mit solchen Anträgen auf Aufhebung oder Abänderung befasst wird, kann ein auf die Bestimmungen von Artikel L. 521-1 gestützter Antrag auf Aussetzung vor diesem Gericht gestellt oder erneuert werden. Ebenso kann der Staatsrat, wenn gegen die Hauptklage ein Kassationsbeschwerdeverfahren eingeleitet wird, über einen Antrag auf einstweilige Anordnung und Aussetzung entscheiden, der zum ersten Mal oder erneut bei ihm eingereicht wird.

Diese Grundsätze sind nicht auf die einstweilige Verfügung anwendbar. Da der Antrag auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 nicht von Anträgen in der Sache abhängig ist, hat er einen eigenständigen Charakter. Folglich und selbst wenn eine Instanz, die nicht in keinerlei Zusammenhang mit ihm steht, vor einem Berufungs- oder Kassationsgericht anhängig wäre, "kann dieser Antrag nur vor dem erstinstanzlich zuständigen Gericht gestellt werden, das entweder ein Verwaltungsgericht oder der Staatsrat sein kann"¹⁴⁷⁶. Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen für die Einreichung einer Klage auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Zum einen kann der Kläger nicht ursprünglich vor dem Staatsrat klagen, wenn der Rechtsstreit nicht in die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit dieses Gerichts fällt. Der Umstand, dass der

¹⁴⁷³ D. LABETOULLE, Conclusion du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, RFD.A 2003, S. 1120. Um den Bürgern nicht alle Garantien zu entziehen, urteilte der Rat, dass seine eigene Zuständigkeit für die Aussetzung der Vollstreckung nicht auf die Verwaltungsgerichte übertragen worden war. Er war also weiterhin dafür zuständig, in erster und letzter Instanz über Anträge auf Aufschub zu entscheiden, über die die Gerichte nicht entscheiden konnten (siehe CE, Ass., 23. Juli 1974, *Ferrandiz Gil Ortega, Lebon* S. 477). Mit diesem Urteil schuf der Staatsrat somit "eine singuläre Dissoziation der Zuständigkeiten (oder wenn man es vorzieht, eine ungewöhnliche Arbeitsteilung)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1551) zwischen den Verwaltungsgerichten und dem Staatsrat: Erstere entschieden über die Nichtigkeitsklagen, mit denen sie befasst waren; der Staatsrat über die Anträge auf Aussetzung der Vollstreckung der betreffenden Entscheidungen.

¹⁴⁷⁴ D. LABETOULLE, *a. a. O.*, S. 1121.

¹⁴⁷⁵ D. LABETOULLE, *a. a. O.*, S. 1122. Es sei daran erinnert, dass der Gesetzgeber bei der Verabschiedung dieser Reform erneut sein Misstrauen gegenüber den Verwaltungsgerichten zum Ausdruck gebracht hatte, indem er der Ansicht war, dass diese den Bürgern keine ausreichenden Garantien bieten würden (siehe *oben*, § 19).

¹⁴⁷⁶ CE, Ord. 29. März 2002, *Bonny, Lebon* S. 119.

Staatsrat als Kassationsgericht über einen Rechtsstreit entscheidet, der nicht ohne jeden Zusammenhang mit dem Antrag ist, erlaubt es nicht, direkt vor ihm im Wege des *référé-liberté* zu klagen. Andererseits kann der Antragsteller niemals direkt vor einer *Cour administrative d'appel* klagen, selbst wenn vor diesem Gericht eine Instanz anhängig ist, die nicht jeden Zusammenhang mit dem Gegenstand des Antrags vermissen lässt¹⁴⁷⁷. In der oben genannten Rechtssache *Bonny* beantragte der Kläger beim Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsberufungsgerichts Paris, das französische Amt für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen anzuweisen, ihm den Status eines Staatenlosen zuzuerkennen, und den Präfekten des Departements Val d'Oise, ihm eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. In Anwendung der oben dargelegten Grundsätze erklärte der Staatsrat, dass das Gericht nicht für diese auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Anträge zuständig war: Die von Herrn Bonny gestellten Anträge "fielen, obwohl sie einen Zusammenhang mit einem vor dem Verwaltungsgericht für Berufung in Paris anhängigen Verfahren hatten, in erster Instanz in die Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts".

354. Die Zuständigkeit für die erstinstanzliche Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit ist somit zwischen den Verwaltungsgerichten und dem Staatsrat aufgeteilt. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt wiederum im Hinblick auf den Hauptstreitfall, der auch nur ein möglicher sein kann. Der Antrag muss bei dem Gericht eingereicht werden, das in der ersten Instanz zuständig wäre, wenn eine Klage in der Hauptsache eingereicht werden müsste¹⁴⁷⁸. So "fällt ein Antrag auf Durchführung des durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingeführten Verfahrens der einstweiligen Anordnung in den Zuständigkeitsbereich des Richters, der entweder für die Anfechtungsklage gegen den im Rahmen des Verfahrens der einstweiligen Anordnung angefochtenen Verwaltungsakt oder für die Klage zuständig ist, die infolge einer Handlung der Verwaltung, die in den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 fällt, eingereicht werden kann"¹⁴⁷⁹. In Anwendung dieser Grundsätze wird der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats nur in Fällen tätig, die üblicherweise in die Zuständigkeit des Staatsrats in erster und letzter Instanz fallen¹⁴⁸⁰. Andernfalls geht der Rechtsstreit an den Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts¹⁴⁸¹.

Auch hier verlangt die Rechtsprechung nur den bloßen Anschein einer Zuständigkeit. Wenn der Rechtsstreit nicht offensichtlich unzweifelhaft mit der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Verbindung gebracht werden kann, muss die bloße Möglichkeit einer sachlichen Zuständigkeit des Gerichts dem Antragsteller zugute kommen. Ist die Streitigkeit hingegen offensichtlich nicht mit der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Verbindung zu bringen, muss der Richter für einstweilige Verfügungen seine Unzuständigkeit einwenden. Er ist jedoch nicht verpflichtet, diesen Antrag an den zuständigen Richter weiterzuleiten. Abweichend von den Bestimmungen in Titel V des Buches III des Verwaltungsgerichtsgesetzes sieht Artikel R. 522-8-1 vor, dass "der Richter für einstweilige Verfügungen, der die Zuständigkeit des Gerichts ablehnen will, die Anträge, mit denen er befasst ist, durch Beschluss zurückweist".

Die Regeln über die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen sind im Hinblick auf die Grundsätze, die normalerweise das streitige Verwaltungsverfahren regeln, relativ klassisch. Um die Einreichung des Antrags auf einstweilige Verfügung zu erleichtern, wurden jedoch besonders bemerkenswerte Anpassungen an den Regeln zur Realisierbarkeit vorgenommen.

¹⁴⁷⁷ Es sei darauf hingewiesen, dass das Verwaltungsgericht auch nicht über die Berufung gegen eine einstweilige Verfügung entscheiden kann, da diese Zuständigkeit dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats zusteht. Wenn ein Verwaltungsberufungsgericht zu Unrecht mit einer Berufung gegen einen Beschluss eines Richters der ersten Instanz befasst wird, muss es die Berufsakte an das Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats weiterleiten (siehe unten, § 509).

¹⁴⁷⁸ Die Dringlichkeit rechtfertigt es nicht, von den Bestimmungen abzuweichen, die üblicherweise die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit regeln: "Die dem Richter der einstweiligen Verfügungen durch Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes übertragenen Befugnisse werden unter Beachtung der allgemeinen Zuständigkeitsregeln innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeübt" (CE, ord. 29. März 2002, *Bonny, Lebon* S. 119).

¹⁴⁷⁹ CE, ord. 11. April 2006, *Tejaarere, Lebon*, S. 197.

¹⁴⁸⁰ CE, Ord. 28. September 2001, Caillat und andere, Nr. 238534; CE, Ord. 31. Oktober 2001, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, Nr. 239555.

¹⁴⁸¹ So ist der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats nicht dafür zuständig, in erster Instanz über einen Antrag zu entscheiden, der sich gegen eine Enthaltung des Direktors des Centre national de la fonction publique territoriale richtet (CE, ord. 31. Oktober 2001, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, Nr. 239555), gegen eine Einzelentscheidung, die von einem Sportverband in Ausübung hoheitlicher Befugnisse getroffen wurde (CE, ord. 28. September 2001, *Caillat u. a.*, Nr. 238534; CE, ord. 19. Dezember 2003, *Hypeau*, Nr. 262817), eine Maßnahme, mit der die Präfekturbehörde die Mitwirkung der öffentlichen Gewalt bei der Räumung der Bewohner eines Gebäudes gewährt oder verweigert (CE, ord. 18. Juli 2003, *S.A.R.L. Le Picadilly*, Nr. 258569), oder auch der Präfekturerlass, der eine Gemeinde in einen Gemeindeverband aufnimmt (CE, ord. 24. Februar 2005, *Commune du Fugeret*, Nr. 277956).

Abschnitt 2. Eine erleichterte Antragstellung

355. Damit sich der Antragsteller eines *référé-liberty*-Verfahrens ungehindert an den Verwaltungsrichter wenden kann, sobald ein schwerwiegender Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, hat der Gesetzgeber die Zulässigkeitsvoraussetzungen erheblich gelockert. Zwar wurden einige klassische Anforderungen beibehalten, andere werden in diesem Rahmen jedoch flexibler beurteilt, wenn sie nicht schlicht und einfach weggelassen werden. Auf diese Weise "zeichnet sich das *référé-liberté* durch eine große Liberalität in Bezug auf die Zulässigkeit aus"¹⁴⁸². Der Zugang zum Gerichtssaal wird dadurch erheblich vereinfacht und beschleunigt.

I. Eine Vereinfachung des Formalismus bei der Einreichung der Klageschrift

356. Gemäß Artikel R. 522-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wird der Richter für einstweilige Verfügungen über die Freiheit mittels einer Klageschrift angerufen. Artikel R. 522-3 sieht vor, dass sowohl die Klageschrift als auch der Umschlag, der sie enthält, den Vermerk "*référé*" tragen müssen¹⁴⁸³. Die Einhaltung dieser Formalität ist nicht vorgeschrieben, da der Antrag sonst unzulässig wäre, sondern soll die Geschäftsstelle des Gerichts lediglich darauf aufmerksam machen, dass es sich um eine dringende einstweilige Verfügung handelt, die als solche zu behandeln ist¹⁴⁸⁴. Eine Unterlassung setzt den Antragsteller höchstens dem Risiko aus, dass sein Antrag weniger schnell bearbeitet wird, worüber er sich später nicht beschweren kann.

357. Die Klageschrift muss begründet werden. Gemäß der allgemeinen Regel in Artikel R. 411-1 muss er die Darstellung der Tatsachen und Klagegründe sowie die Formulierung der dem Richter vorgelegten Anträge enthalten¹⁴⁸⁵. Konkret schreibt Artikel R. 522-1 vor, dass der Antragsteller einer einstweiligen Verfügung "die Dringlichkeit der Angelegenheit begründen" muss. In seinem Antrag muss der Antragsteller also alle Elemente hervorheben, die es ermöglichen, die Notwendigkeit zu begründen, innerhalb kürzester Zeit die Anordnung einer Schutzmaßnahme zu erwirken. In diesem Bereich ist die Begründung des Antrags von entscheidender Bedeutung, da sie darüber entscheidet, ob der Antrag auf eine öffentliche Anhörung verwiesen oder sofort durch das *Tri*-Verfahren abgelehnt wird. Daher ist es Aufgabe des Antragstellers, dem Richter für einstweilige Verfügungen eine vollständige Akte vorzulegen, sobald die Klage registriert wurde. Seinem Antrag müssen geeignete Begründungen beigelegt sein und eine Argumentation enthalten, die das Vorliegen einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit, einer extremen Dringlichkeit und einer schwerwiegenden Beeinträchtigung einer Grundfreiheit belegt. Die Akte muss bereits bei der Einreichung des Antrags vollständig sein; ein Antragsteller, der sich Argumente für das weitere Verfahren vorbehält, muss damit rechnen, dass sein Antrag sofort und ohne Untersuchung abgelehnt wird.¹⁴⁸⁶

358. Um die Einreichung des Antrags zu erleichtern und zu beschleunigen, wollte der Gesetzgeber, dass Anträge auf einstweilige Verfügung für den Antragsteller keine finanziellen Belastungen oder Einschränkungen mit sich bringen. Daher unterliegen Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 keiner Stempelgebühr und sind generell von der Anwaltpflicht befreit.

Die Befreiung von der Stempelgebühr, die in Artikel L. 522-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehen ist, stellte bei der Verabschiedung des Gesetzes vom 30. Juni 2000¹⁴⁸⁷ eine bemerkenswerte Besonderheit der

¹⁴⁸² P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, S. 44.

¹⁴⁸³ Ganz klassisch heißt es in demselben Artikel: "Wird sie per Post versandt, erfolgt dies per Einschreiben".

¹⁴⁸⁴ Der Richter kann zwar feststellen, dass eine Klageschrift nicht den in dieser Bestimmung vorgesehenen Vermerk enthält (siehe z. B. CE, ord. 8. August 2003, *Syndicat de la magistrature*, Nr. 259217), doch wird dieses Fehlen in Bezug auf die Zulässigkeit in keiner Weise sanktioniert.

¹⁴⁸⁵ Nach dieser Bestimmung muss die Klageschrift auch die Angaben enthalten, die für die Identifizierung des Antragstellers unerlässlich sind (Name und Wohnsitz). Er muss schriftlich verfasst und von seinem Verfasser unterzeichnet sein.

¹⁴⁸⁶ Siehe *infra*, §§ 404-410.

¹⁴⁸⁷ Die Arbeitsgruppe hatte betont, dass die in Artikel 1089 B der Allgemeinen Steuerordnung vorgesehene Formalität der Stempelsteuer "mit der extremen Dringlichkeit, die bestimmte Anträge kennzeichnen kann, unvereinbar ist" ("*Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence*", *RFD* 2000, S. 950). Nach dem Vorbild der Lösung, die bei Streitigkeiten über Grenzurückführungserlasse zugelassen wurde (CE, Sect, avis, 18. Februar 1994, *Chabti, Lebon* S. 80), hatte die Arbeitsgruppe vorgeschlagen, Anträge, die in dringenden Fällen an den Verwaltungsrichter gerichtet werden, von der Stempelsteuer zu befreien. Die Parlamentarier folgten den Schlussfolgerungen der Arbeitsgruppe "in dem Bestreben, jedes Vorgehen zu vermeiden, das die Prüfung des Antrags auf Verhängung von Dringlichkeitsmaßnahmen verlangsamen könnte" (F. COLCOMBET, *Rapport AN* Nr. 2002, S. 54). Das Verfahren zur Entrichtung dieser Gebühr erschien in der Tat "unvereinbar mit einer schnellen Bearbeitung von Notfällen durch den Verwaltungsrichter" (R. GARREC, *Senatsbericht* Nr.

Dringlichkeitsreferenden dar. Diese Besonderheit verschwand mit der Verordnung vom 22. Dezember 2003, die die Stempelformalität für alle Rechtsstreitigkeiten abschaffte .1488

Die allgemeine Befreiung von der Anwaltspflicht ist eine Ausnahme, von der nur die einstweilige Verfügung in dringenden Fällen profitiert. Nur Anträge, die auf die Anordnung einer Schutzmaßnahme abzielen, wurden aufgrund der besonderen Bedeutung, die der Schnelligkeit der Anrufung des Richters in diesem Bereich zukommt, generell von der Anwaltspflicht befreit¹⁴⁸⁹. Die Befreiung gilt sowohl vor dem erstinstanzlichen Richter als auch vor dem Berufungsrichter. Sie erstreckt sich jedoch nicht auf Kassationsbeschwerden. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in erster und letzter Instanz oder in der Berufungsinstanz angerufen wird, profitieren die Kläger für die mündliche Phase des Verfahrens (und nur ab dieser Phase) von einem kostenlosen Bereitschaftsdienst, der ihnen vom Ordre des avocats aux Conseils zur Verfügung gestellt wird .1490

Vor den Verwaltungsgerichten oder dem Staatsrat erfordern Anträge, die ohne Vermittlung eines Anwalts eingereicht werden, manchmal eine Anstrengung des Richters bei der Auslegung der Anträge des Antragstellers. Wenn der Antragsteller erklärt, den Richter für einstweilige Verfügungen im Wege des "référé-liberté" anzurufen, ohne die Rechtsgrundlage seines Antrags anzugeben, muss dieser als auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingereicht angesehen werden¹⁴⁹¹. Diese Befugnis zur Auslegung des Wortlauts der Klageschrift darf nicht so weit gehen, dass die gestellten Anträge verfälscht werden. Wenn also ein Antrag ausdrücklich auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gestützt wird und Gründe dafür anführt, dass die angefochtene Entscheidung einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit darstellt, muss er als Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit betrachtet werden, und zwar auch dann, wenn der Antragsteller gleichzeitig eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse gegen diese Entscheidung einreicht und den Richter für einstweilige Verfügungen lediglich darum ersucht, die Ausführung der Entscheidung auszusetzen¹⁴⁹². Ebenso verfälscht der Richter die Anträge des Klägers, indem er einen Antrag auf Aufhebung als einen auf Artikel L. 521-2 gestützten Antrag auslegt, nur weil dieser Antrag den Vermerk "absolute Dringlichkeit" trug .1493

359. Der Staatsrat befreite den Kläger über die gesetzlich vorgesehenen Fälle hinaus von bestimmten Formalitäten, wenn deren Einhaltung als unvereinbar mit dem Erfordernis der Beschleunigung des Zugangs zum Gericht angesehen wurde.

Der Verwaltungsrichter befreite die Kläger somit von der in Artikel L. 600-3 des Städtebaugesetzes festgelegten Verpflichtung, Beschwerden gegen Entscheidungen über die Bebauung oder Nutzung des Bodens, die durch das Städtebaugesetz geregelt sind, dem Urheber der Entscheidung und dem Inhaber der Genehmigung zuzustellen .1494

380, S. 66).

1488 Die Verordnung Nr. 2003-1235 vom 22. Dezember 2003 wurde im Rahmen des Gesetzes vom 2. Juli 2003 zur Ermächtigung der Regierung, das Recht zu vereinfachen, verabschiedet, dessen Artikel 3 vorsah, dass per Verordnung "alle Bestimmungen, die geeignet sind, den kostenlosen Zugang der Rechtssuchenden zur Verwaltungsgerichtsbarkeit zu organisieren", erlassen werden (vgl. B. PACTEAU, "Le contentieux administratif, affranchi du droit de timbre", *RFDA* 2003, S. 89-92). Da die Stempelsteuer eine "Mautgerichtsbarkeit" einführt (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, Nr. 613), war sie schon vom Grundsatz her fragwürdig. Darüber hinaus stellte sie eine unnötige, weil nicht abschreckende Formalität dar (anders als die Geldbuße für missbräuchliche Klagen in Artikel R. 741-12 oder die Verpflichtung der unterlegenen Partei, dem Sieger die ihm entstandenen Kosten zu zahlen). Diese Formalität hatte auch den Nachteil, dass sie die Kanzleien unnötig belastete, da sie gezwungen waren, dem Beschwerdeführer einen Antrag auf Regularisierung der ohne Stempel eingereichten Klageschrift zu schicken.

1489 Artikel R. 522-5 Absatz 1 besagt: "Anträge, die darauf abzielen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen eine Maßnahme gemäß Artikel L. 521-2 anordnet, sind vom Anwaltszwang befreit". Sein zweiter Absatz sieht gemäß einer ständigen Rechtsprechung des Staatsrats (CE, Sect., 12. Oktober 1956, *Saporta, Lebon* S. 366) vor, dass andere Anträge nur dann von einer solchen Befreiung profitieren, wenn sie sich auf Rechtsstreitigkeiten beziehen, für die dieses Ministerium nicht obligatorisch ist. So ist der référé-suspension nur dann von der Anwaltspflicht befreit, wenn die Hauptklage selbst von dieser Anforderung befreit ist.

1490 Das eingerichtete System ist perfekt eingespielt. Sobald der Richter beschlossen hat, den Antrag zu prüfen und eine mündliche Verhandlung einzuberufen, informiert das Büro für einstweilige Verfügungen den Antragsteller per Fax, Telefon oder E-Mail darüber, dass ihm ein Rechtsanwalt zur Verfügung steht, der ihn bei der öffentlichen Verhandlung unentgeltlich vertritt. Wenn er diesen Service in Anspruch nehmen möchte, muss er sich nur mit der Anwaltskammer (Ordre des avocats aux Conseils) in Verbindung setzen, die ihn an einen Anwalt beim Staatsrat vermittelt, der seine Interessen im weiteren Verlauf des Verfahrens wahrnimmt und ihn bei der mündlichen Verhandlung über die einstweilige Verfügung vertritt.

1491 CE, Ord. 21. August 2004, *Rousselle*, Nr. 271370.

1492 CE, 4. Februar 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezai*, Nr. 270407. Der Staatsrat behauptet, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die Anträge verfälscht hat, indem er davon ausging, dass der Kläger ihn auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anrufen wollte.

1493 CE, 23. Mai 2001, *Baudoin, Lebon T.*, S. 1135.

1494 CE, 9. Mai 2001, *Delivet und Samzun*, concl. S. AUSTRY, obs. L. TOUVET, *BJDU* 2001/4, S. 287-292. Nach

Ebenso wurden die Formalitäten für obligatorische vorherige Verwaltungsbeschwerden an die Dringlichkeit angepasst. Traditionell schien die Rechtsprechung zwischen eigenständigen und akzessorischen Verfahren zu unterscheiden und befreite nur erstere von der Formalität¹⁴⁹⁵. Der Staatsrat, der sich im Rahmen von Artikel L. 521-1 zu dieser Frage äußern musste, entschied, dass die einstweilige Verfügung gegen den ursprünglichen Rechtsakt möglich ist, sofern die vorherige Klage eingereicht wurde - wofür der Kläger den Beweis erbringen muss -, ohne dass dies jedoch bereits zu einer Entscheidung geführt haben muss, mit der der ursprüngliche Standpunkt der Verwaltung - ausdrücklich oder stillschweigend - bestätigt oder aufgehoben wird¹⁴⁹⁶. Die Befreiung gilt erst *recht im* Rahmen des *référé-liberté*, da dieser Rechtsbehelf einen eigenständigen Charakter aufweist. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats erkannte das Prinzip implizit in der *Soltani-Verfügung* vom 10. Februar 2004 an¹⁴⁹⁷. Herr Soltani, der in der Haftanstalt von Villeneuve-lès-Maguelonne inhaftiert war, focht eine Disziplinarstrafe an, die der Regionaldirektor der Strafvollzugsverwaltung gegen ihn verhängt hatte. Aus Artikel D. 250-5 der Strafprozessordnung ergibt sich jedoch, dass ein Häftling, der einen Antrag bezüglich der Rechtmäßigkeit einer Disziplinarstrafe stellen möchte, zuvor eine Verwaltungsbeschwerde beim Regionaldirektor des Strafvollzugsdienstes einlegen muss. Nach der früheren Rechtslage war die Aussetzung der Vollstreckung unzulässig, solange die Verwaltung nicht über den Antrag entschieden hatte¹⁴⁹⁸. In der Entscheidung *Soltani* stellt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats keine Unzulässigkeit fest und befreit den Antragsteller damit implizit davon, dass er vor der Einreichung eines Antrags auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit eine Verwaltungsbeschwerde einlegen muss. Die Befreiung von der obligatorischen vorherigen Verwaltungsbeschwerde im Bereich des *référé-liberté* wurde später in einem Beschluss vom 26. Juli 2007 ausdrücklich bestätigt. Der Fall betraf Steuerstreitigkeiten, genauer gesagt die Bestimmungen von Artikel L. 281-1 der Steuerverfahrensordnung, aus dem hervorgeht, dass ein Steuerzahler, der die Einziehung von ihm auferlegten Abgaben anfechten will, vor der Anrufung des Steuerrichters eine Beschwerde beim zuständigen Dienststellenleiter einreichen muss. In diesem Beschluss stellt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats fest, dass diese Bestimmungen "nicht verhindern, dass der Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes *und in Ermangelung einer Beschwerde* oder einer Nichtigkeitsklage gegen die für diese Beitreibung ergriffenen Betreibungsmaßnahmen direkt mit einem Antrag auf Erlass einer der Schutzmaßnahmen befasst wird, die diese Bestimmung ihn zu ergreifen ermächtigt".¹⁴⁹⁹

360. Die Flexibilität bei der Auslösung des *référé-liberté* ist schließlich auf den eigenständigen Charakter der Klage zurückzuführen. Die einstweilige Verfügung wird nicht mit einer Hauptklage verbunden. Sie ist nicht als Nebenklage zu einer Klage anzusehen. Folglich kann der Kläger auch dann klagen, wenn vor dem Richter in der Hauptsache keine Hauptklage erhoben wird. Wie im *Bonny-Beschluss* vom 29. März 2002 in Erinnerung gerufen wurde, "ist die Zulässigkeit einer auf Artikel L. 521-2 gestützten Klage nicht von der Existenz von Anträgen in der Hauptsache abhängig"¹⁵⁰⁰. Daher behaftet ein Richter für einstweilige Verfügungen seinen Beschluss mit einem Rechtsfehler, wenn er entscheidet, dass die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Anträge unzulässig sind, da ihnen kein Antrag in der Sache vorausgegangen ist.¹⁵⁰¹

II. Die Zulässigkeitsregeln bezüglich des Klägers und der Klagefrist

früherem Recht war entschieden worden, dass der Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung Gegenstand dieser Mitteilung sein muss (CAA Nancy, 19. Oktober 1995, *SCI du Rouillon*, *BJDU* 1995/6, S. 481, Slg. PIETRI; CAA Lyon, 13. Februar 1996, *Bussand et autres*, *BJDU* 1996/1, S. 57, Slg. GAILLETON). Erwägungen, die sich auf die Wirksamkeit von Eilverfahren beziehen, haben die Aufgabe dieser Rechtsprechung gerechtfertigt. Die in Artikel L. 600-3 des Städtebaugesetzes vorgesehene Frist von 15 Tagen erschien in der Tat unvereinbar mit der Verpflichtung des Richters für einstweilige Verfügungen, im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aufhebung "so schnell wie möglich" und im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden.

¹⁴⁹⁵ Die klassische Rechtsprechung im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes ließ zu, dass ein Antragsteller es unterlassen konnte, dieser Pflicht zur vorherigen obligatorischen Beschwerde nachzukommen. Anders verhielt es sich jedoch bei der Aussetzung der Vollstreckung: Der Richter erklärte den Antrag für unzulässig, wenn die Verwaltung zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Aussetzungsanträge noch nicht über die vorherige Beschwerde entschieden hatte (CE, 25. Februar 1988, *Association le Foyer israélien*, *Lebon* S. 956).

¹⁴⁹⁶ CE, Sect., 12. Oktober 2001, *Société des Produits Roche*, *Lebon*, S. 463. Auch hier rechtfertigten Erwägungen im Hinblick auf den *effet utile* der Verfahren die Abkehr von der traditionellen Rechtsprechung. Da die öffentliche Person über eine - oft recht lange - Frist verfügt, um die an sie gerichtete Verwaltungsbeschwerde zu prüfen, und diese keine aufschiebende Wirkung hat, hätte die Beibehaltung der früheren Lösung den Nutzen eines Antrags auf einstweilige Verfügung in diesen Fällen verringert oder beseitigt.

¹⁴⁹⁷ CE, ord. 10. Februar 2004, *Ministre de la Justice c/ Soltani*, Nr. 264182, *JCP G* 2004, 10125, Anmerkung E. MASSAT.

¹⁴⁹⁸ CE, Stellungnahme 29. Dezember 1999, *Leboulch*, *Lebon* S. 426.

¹⁴⁹⁹ EG, Ord. 26. Juli 2007, *Renoult*, Nr. 307710.

¹⁵⁰⁰ CE, Ord. 29. März 2002, *Bonny*, *Lebon* S. 119.

¹⁵⁰¹ CE, 4. Februar 2005, *Zairi*, Nr. 267723.

361. Die Zulässigkeitsregeln bezüglich des Klägers und der Klagefrist werden unterschiedlich beurteilt. Das Rechtsschutzinteresse wird im Vergleich zu gewöhnlichen Verfahren klassisch, d. h. weitgehend, beurteilt. Die Vertretungsregeln werden genauso liberal angewandt wie in anderen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Bei der Beurteilung der Klagefrist ist der Richter des *référé-liberté* hingegen sehr flexibel.

A. Eine klassische Beurteilung des Rechtsschutzinteresses

362. Um einen direkten Zugang zum Gericht zu haben, ist es unerlässlich, dass das Opfer einer Verletzung selbst eine Klage zum Schutz seiner Freiheitsrechte einreichen kann. Dies setzt voraus, dass er die Funktionen des Begünstigten und des Inhabers der Grundfreiheiten in sich vereint. Nach einer allgemein anerkannten Darstellung ist der "Begünstigte" derjenige, dem eine Grundfreiheitsnorm zugewiesen wird, und der "Inhaber" die Person oder das Organ, die/das berechtigt ist, die gerichtliche Instanz anzurufen, die mit der Ahndung der Verletzung dieser Norm beauftragt ist. Wie Pfersmann feststellte, sind diese beiden Funktionen "begrifflich verschieden und eine große Vielfalt von Verbindungen zwischen ihnen ist denkbar (...)"¹⁵⁰². Ihre Zusammenführung ist zwar wünschenswert, aber nicht systematisch. Tatsächlich kommt es vor, dass die beiden Funktionen in Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte strikt voneinander getrennt sind. So wird im Rahmen des "*déféré-liberté*" die Auslösung der Kontrolle der Präfekturbehörde anvertraut und hängt allein von ihrer Initiative ab. Privatpersonen wurde in diesem Verfahren noch nie ein Interesse an einer Klage zuerkannt¹⁵⁰³. Im Gegensatz dazu sind die Funktionen des Begünstigten und des Inhabers im Verfahren nach Artikel L. 521-2 vereint, wodurch die Bürger die Mittel erhalten, selbst die Initiative zu ergreifen, um sich vor freiheitsberaubenden Verwaltungshandlungen zu schützen. Das Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses bleibt jedoch bestehen.

In der Tat muss der Antragsteller im *référé-liberty*-Verfahren wie auch in anderen streitigen Verfahren ein Interesse an der Klage geltend machen¹⁵⁰⁴. Er muss ein Interesse daran haben, den Richter um eine Schutzmaßnahme zu ersuchen. Wie bei einer Klage in der Hauptsache muss der Antragsteller ein direktes und persönliches Interesse geltend machen, das ihm die Klagebefugnis verleiht. Das Gericht stellt sicher, dass diese Anforderung erfüllt ist, indem es prüft, ob der Kläger von den Auswirkungen der Handlung oder des Verhaltens, die bzw. das er kritisiert, betroffen sein kann. Ist dies nicht der Fall, wird die Zulässigkeit der Klage nicht anerkannt. So ist der Richter der Ansicht, dass eine Person, die nicht in den vom Ausnahmezustand betroffenen Departements wohnt, nicht von den Auswirkungen dieser Maßnahme betroffen ist und folglich kein Interesse an einer Klage hat¹⁵⁰⁵. Der Richter für einstweilige Verfügungen kann nur von denjenigen angerufen werden, für die die strittige

¹⁵⁰² L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, Nr. 114.

¹⁵⁰³ In diesem Sinne ist die *Déféré-liberté* ein Rechtsbehelf, den man als "geschlossen" bezeichnen kann. Der Präfekt ist allein befugt, den Rechtsakt herauszufordern und seinen Antrag mit einem Antrag auf *déféré-liberté* zu verbinden: "Es obliegt nur dem Vertreter des Staates, das vorgesehene Verfahren (...) entweder *proprio motu* oder auf Befassung der natürlichen oder juristischen Person, die sich für geschädigt hält, durchzuführen" (TA Versailles, ord. 1^{er} April 1982, *Wantiez*, *Lebon* S. 480; CE, ord. 22 November 1984, *Lebon* S. 382). In seiner Fassung nach dem Gesetz vom 8. Februar 1995 schien Artikel L. 27 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel den Vorteil dieses Verfahrens auf Privatpersonen auszudehnen (siehe, diese Bestimmung in diesem Sinne auslegend: R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 1998, S. 1025; D. CHABANOL, "Un printemps procédural pour la juridiction administrative?", *AJDA* 1995, S. 388; P. ROLLAND, *La protection des libertés en France*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, S. 89). Im Kontext des Gesetzes vom 2. März 1982, auf das er verweist, wurde Artikel L. 27 vom Vorsitzenden der Abteilung für Streitsachen jedoch nicht dahingehend ausgelegt, dass er Privatpersonen den Zugang zu diesem Verfahren eröffnete. Unter Bezugnahme auf die vorbereitenden Arbeiten erklärte der Vorsitzende der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung, dass der Gesetzgeber bei der Kodifizierung dieser Bestimmung keineswegs beabsichtigt habe, den Anwendungsbereich auf gewöhnliche Bürger auszudehnen (CE, ord. 8. Juni 1995, *Hoarau*, *AJDA* 1995, S. 508, chron. J.-H. STAHL und D. CHAUVAUX). Somit haben Privatpersonen keinen Zugang zum Richter der *Déféré-liberté*; sie können lediglich den Präfekten bitten, eine *Déféré* auszuüben und diese mit einem Antrag auf der Grundlage von Art. 2131-6 Abs. 5 des Code général des collectivités territoriales zu verbinden. Im Falle einer Ablehnung durch den Präfekten steht dem Bürger keine streitige Berufung offen. Die Entscheidung zu *deferieren* fällt unter die souveräne Ermessensbefugnis der Behörde, die sie innehat, und kann daher nicht vor dem Verwaltungsrichter angefochten werden (CE, Sect., 25. Januar 1991, *Brasseur*, *Lebon* S. 23, concl. B. STIRN).

¹⁵⁰⁴ Wie M. Chapus feststellt, "steht das Erfordernis eines Interesses, das die Klagebefugnis begründet, an allererster Stelle der Zulässigkeitsvoraussetzungen" und "Es ist in dieser Hinsicht nicht nach der Art des Rechtsstreits zu unterscheiden" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 563).

¹⁵⁰⁵ CE, ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562. Mit einer auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingereichten Klage forderten mehrere Kläger, darunter Herr Julien-Laferrère, den Richter für

Handlung oder das strittige Verhalten eine Wirkung hat.

363. Ohne per se direkt und persönlich von den Auswirkungen eines Verwaltungsakts betroffen zu sein, kann der Vertreter des Staates dennoch ein Interesse daran haben, Handlungen der dezentralisierten Behörden, die die Freiheiten ernsthaft beeinträchtigen, dem Verwaltungsrichter vorzulegen. Es stellte sich die Frage, ob dieses Interesse ihm eine Klagebefugnis nach Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes verleihen kann.

Es ist offensichtlich, dass die Parlamentarier auf Drängen des Senats diese Möglichkeit ausschließen wollten. Während der Gesetzentwurf ausdrücklich die Möglichkeit für den Vertreter des Staates vorsah, beim Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag auf einstweilige Freiheitsentziehung zu stellen, wollten die Senatoren die Streichung dieser Bestimmung und erreichten sie auch. Der von der Regierung vorgelegte Text räumte dem Präfekten die Möglichkeit ein, einen Antrag auf dieser Grundlage zu stellen, wenn der Eingriff in eine Grundfreiheit "durch eine Gebietskörperschaft oder eine lokale öffentliche Einrichtung" erfolgt. Diese Formulierung wurde vom Senat in erster Lesung auf Vorschlag seines Berichterstatters gestrichen. Zwei Argumente wurden von Herrn Garrec¹⁵⁰⁶ vorgebracht. Einerseits wurde die Intervention des Staatsvertreters, selbst wenn sie nur subsidiär ist, als unnötig erachtet, da die Opfer eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit sicherlich von sich aus den Richter für einstweilige Verfügungen anrufen würden. Andererseits vertrat Garrec die Ansicht, dass die Öffnung des Rechts auf einstweilige Verfügung für den Präfekten die Kontrolle des Präfekten über die dezentralen Behörden erheblich verstärken würde, was das durch das Gesetz vom 2. März 1982 geschaffene institutionelle Gleichgewicht stören würde, und gab damit den von den Kommunalpolitikern geäußerten Bedenken Ausdruck. Auf Antrag der Regierung stellten die Abgeordneten den Rechtsbehelf des Präfekten wieder her und führten dabei drei Überlegungen an: erstens die verfassungsmäßige Aufgabe der administrativen Kontrolle der Gebietskörperschaften, die dem Präfekten durch Artikel 72 der Verfassung übertragen wurde; zweitens die Tatsache, dass der *référé-liberté* keine "Doppelarbeit" mit dem *déféré-liberté*, über den der Präfekt bereits verfügt, darstellen würde. Schließlich fügte der Siegelbewahrer hinzu: "Es wäre paradox, wenn der Präfekt, der eine Aufgabe von allgemeinem Interesse erfüllt, nicht über ein Instrument verfügen würde, das auch einfachen Privatpersonen offen steht"¹⁵⁰⁷. Da jede Versammlung auf ihren Positionen beharrte¹⁵⁰⁸, musste der Gemischte Paritätische Ausschuss zusammentreten, um die Meinungsverschiedenheit zu bereinigen, und schließlich mussten sich die Abgeordneten der Entschlossenheit des Senats beugen.¹⁵⁰⁹

Dennoch schließt der endgültig verabschiedete Text das Rechtsschutzinteresse des Präfekten nicht ausdrücklich aus. Wie Herr Marcou bemerkt, stellt das Gesetz "keine Verbindung zwischen der Eigenschaft des Verfassers der an den Richter gerichteten Klage und der Eigenschaft des Opfers der Verletzung einer Grundfreiheit her"¹⁵¹⁰. Folglich konnte der Verwaltungsrichter, ohne den Wortlaut von Artikel L. 521-2 zu verraten, das Klageinteresse des Präfekten im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit anerkennen. In dem Beschluss vom 20. Juli 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, musste sich der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats zum ersten Mal zu dieser Frage äußern. Die berufungsführende Gemeinde argumentierte, dass die Existenz des *Déféré-liberté* die Einreichung eines Antrags durch den Präfekten über den Weg des Artikels L. 521-2 verhindere. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellte keine Unzulässigkeit fest und erklärte sich bereit, über die vom Vertreter des Staates auf dieser Grundlage eingereichte Klage zu entscheiden. Damit hat der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats "zum ersten Mal implizit zugelassen, dass der Präfekt einen *référé-liberté* gegen einen Akt einer Gebietskörperschaft bilden kann"¹⁵¹¹. In der Stille des Textes verfügt der Vertreter

einstweilige Verfügungen des Staatsrats auf, die Aussetzung des Ausnahmezustands anzuordnen oder, falls dies nicht möglich ist, den Präsidenten der Republik anzuweisen, ein Dekret zu erlassen, das diese Maßnahme beendet. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, "dass eine Person, die zum Zeitpunkt der Anrufung des Richters ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in dem geografischen Gebiet hat, in dem die Bestimmungen über den Ausnahmezustand gelten, kein ausreichendes Interesse daran hat, die Aufrechterhaltung des Ausnahmezustands vor dem Verwaltungsrichter anzufechten, auch wenn das Interesse an der Anfechtung von Maßnahmen, mit denen beschlossen wird, die Regelung des Ausnahmezustands auf ein bestimmtes Gebiet anzuwenden, sowie von späteren Entscheidungen, die sich auf die Aufrechterhaltung dieser Regelung auswirken, noch so groß sein mag; daraus folgt, dass M. Lafer-Laurent-Laurent, ein Lehrer des Ausnahmezustands, nicht in der Lage ist, die Aufrechterhaltung des Ausnahmezustands anzufechten. Julien-Lafferrière, Professor an der Universität Paris Sud, in einer Position der Abordnung ins Ausland für eine Dauer, die über das im Gesetz vorgesehene Datum der Wirksamkeit des Ausnahmezustands hinausgeht, kein ausreichendes Interesse nachweist, um im vorliegenden Fall den Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats anzurufen".

1506 Siehe R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 55-56; *JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3741 und S. 3754.

1507 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10942.

1508 Der Senat streicht das Rechtsschutzinteresse des Präfekten erneut (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, S. 869); die Nationalversammlung stellt die Bestimmung in ihrer ursprünglichen Fassung wieder her (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, pp. 3161-3162).

1509 Siehe F. COLCOMBET und R. GARREC, Bericht Nr. 2460 (Nationalversammlung) und Nr. 396 (Senat), S. 4.

1510 G. MARCOU, "Le *référé administratif* et les collectivités territoriales", *LPA* 14. Mai 2001, Nr. 95, S. 44.

1511 P. CASSIA und A. BEAL, "Les nouveaux *référés administratifs*. Bilan de jurisprudence (1^{er} mars-31 août 2001)", *JCP G* 2001, I, 365, S. 2192.

des Staates sehr wohl über ein Interesse, das ihm die Befugnis gibt, im Rahmen des *référé-liberté* zu klagen. Der Richter für einstweilige Verfügungen unterscheidet nicht nach der Eigenschaft des Klägers. Der Präfekt kann wie ein gewöhnlicher Bürger eine Klage auf einstweilige Verfügung einreichen - allerdings nur gegen Handlungen der Gebietskörperschaften und ihrer öffentlichen Einrichtungen.

364. Schließlich ist noch zu erwähnen, dass die extreme Schnelligkeit, mit der der Richter entscheidet, keineswegs die Intervention von Dritten verhindert. Gemäß den Kriterien, die im allgemeinen Verwaltungsstreitrecht festgelegt sind, muss der Streithelfer ein Interesse daran haben, dass den Anträgen des Beschwerdeführers stattgegeben wird¹⁵¹² oder dass sie im Gegenteil zurückgewiesen werden¹⁵¹³. Um zulässig zu sein, muss eine Intervention Anträge enthalten, mit denen sich der Interventionsführer den Anträgen einer der beiden Parteien des Verfahrens anschließt. Ein Streitbeitritt kann nicht zugelassen werden, wenn der Betroffene sich lediglich die Klagegründe zu eigen macht, ohne sich vor Abschluss der Beweisaufnahme den Anträgen einer der Parteien anzuschließen.¹⁵¹⁴

B. Eine liberale Beurteilung der Vertretungsregeln

365. In dringenden einstweiligen Verfügungen wendet der Verwaltungsrichter die Regeln für die Vertretung juristischer Personen mit einer gewissen Liberalität an. In Verfahren zur Hauptsache müssen Kläger, die eine juristische Person vertreten, grundsätzlich die Ermächtigung vorlegen, im Namen der juristischen Person gemäß den gesetzlich oder durch die Satzung der juristischen Person festgelegten Regeln zu klagen. Diese Regeln werden in dringenden einstweiligen Verfügungen mit geringerer Strenge angewandt. In Anbetracht der Natur dieser Klagen lässt der Staatsrat die Möglichkeit zu, dass der Vertreter einer juristischen Person ohne vorherige Genehmigung des beschließenden Organs am Verfahren teilnimmt. So kann der Bürgermeister im Namen seiner Gemeinde einen Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit stellen, auch wenn er von seinem Gemeinderat keine Ermächtigung zum Handeln erhalten hat¹⁵¹⁵. Der Präsident eines Generalrats

1512 Der Richter des *référé-liberté* lässt somit die Intervention von Vereinigungen zu, deren Ziel die Einhaltung und Verteidigung des Ausländerrechts ist, wie z. B. *GIS'I* (CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* S. 12) oder die Vereinigung *Tiberius Claudius* (CE, ord. 10. April 2001, *Merzouk*, *Lebon* T. S. 1135; CE, ord. 25. November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ M. Nikoghosyan*, *Lebon* T. S. 927; CE, 15. Juli 2004, *Doudaen*, Nr. 265822). Im Urteil *Stéphaur* ließ der Staatsrat die Intervention der *Confédération générale du logement-Fédération départementale des Bouches-du-Rhône* zu, deren Gesellschaftszweck die Verteidigung von Mietern ist (CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaur et autres*, *Lebon* S. 117). Zur Intervention des Betriebsrats von *Air lib* siehe CE, ord. 10. Februar 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, Nr. 254029.

1513 Siehe zum Beispiel CE, ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562. Angesichts des Umstands, dass Herr Bidalou ein Bürger mit Wohnsitz in einem Departement ist, in dem es zu städtischen Gewalttätigkeiten gekommen ist, die durch den Ausnahmezustand beendet werden sollen, begründet er ein Interesse daran, dass seine Intervention zugelassen wird.

1514 CE, Ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562; CE, Ord. 11. April 2006, *Tefaarere*, *Lebon* S. 197.

1515 CE, Sect., 18. Januar 2001, *Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles*, *Lebon* S. 18. Herr Morbelli wollte gegen den Beschluss des Richters für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Marseille Berufung einlegen, der ihn dazu verurteilt hatte, seinen Gemeinderat einzuberufen, um dort Fragen im Zusammenhang mit der interkommunalen Zusammenarbeit zu diskutieren. Der Bürgermeister war nicht befugt, in seinem eigenen Namen Berufung einzulegen, und er schien unzulässig, im Namen der Gemeinde zu handeln: Die ihm vom Gemeinderat auf der Grundlage von Artikel L. 2122-22, 16° des *Code général des collectivités territoriales* erteilte allgemeine Ermächtigung, vor Gericht zu klagen, war am 10. Juli 2000 aufgehoben worden, und er konnte sich auf keine punktuelle Ermächtigung berufen. Der Staatsrat gab seiner Klage dennoch statt. Nachdem er den Wortlaut der Artikel L. 521-2 und L. 523-1 der Verwaltungsgerichtsordnung zitiert hatte, wird der Abschnitt diese Lösung auf die Art dieses Verfahrens und die kurze Berufungsfrist stützen. Der Rat hebt also einerseits "die Natur der durch die oben genannten Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes eröffneten einstweiligen Verfügung hervor, die nur in dringenden Fällen eingeleitet werden kann und gemäß Artikel L. 511-1 desselben Gesetzes nur Maßnahmen mit vorläufigem Charakter ermöglicht"; andererseits "die Kürze der Frist, die für die Anrufung des Staatsrates gegen einen auf der Grundlage dieser Bestimmungen erlassenen Beschluss gesetzt wurde". Siehe in diesem Sinne auch: CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* S. 232: "eu égard aux caractéristiques de la procédure de référé, le maire a qualité pour faire appel d'une ordonnance de référé au nom de la commune, sans avoir à justifier d'une autorisation du conseil municipal" (in Anbetracht der Merkmale des einstweiligen Verfügungsverfahrens hat der Bürgermeister das Recht, im Namen der Gemeinde gegen eine einstweilige Verfügung vorzugehen, ohne eine Ermächtigung des Gemeinderats nachweisen zu müssen). Unter der vorherigen Rechtslage hatte der Staatsrat festgestellt, dass "aus der Natur der einstweiligen Verfügung, die nur in dringenden Fällen eingeleitet werden kann und der Hauptsache nicht schaden kann", hervorgeht, dass der Bürgermeister ungeachtet des Fehlens einer Genehmigung des Gemeinderats handeln kann (CE, Sect., 28. November 1980, *Ville de Paris c/ Etablissements Roth*, *Lebon* S. 446, Schl. J.-P. COSTA).

kann im Namen des Departements klagen, ohne die beschlussfassende Versammlung um eine Ermächtigung bitten zu müssen¹⁵¹⁶. Die gleichen Grundsätze gelten für Klagen von juristischen Personen des Privatrechts. In Anbetracht der Besonderheiten des Verfahrens der einstweiligen Verfügung können Berufungsklagen von den Vertretern der klagenden juristischen Personen ohne Beschlussfassung ihrer Kollegialorgane eingereicht werden.¹⁵¹⁷

366. Der Liberalismus, der die Beurteilung der Vertretungsregeln kennzeichnet, hat jedoch irreduzible Grenzen. Der Richter für einstweilige Verfügungen darf sich nicht von den bewährtesten Grundsätzen der Rechtsvertretung befreien. In Bezug auf die Vertretung natürlicher Personen hat der Richter beispielsweise daran erinnert, dass allein die Eigenschaft als Partner eines zivilen Solidaritätspakts keine Vollmacht verleiht, im Namen des Sohnes seines Partners zu handeln¹⁵¹⁸. In Bezug auf die Vertretung des Staates vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde im Einklang mit der früheren Rechtsprechung¹⁵¹⁹ entschieden, dass die Bestimmungen über die Vertretung des Staates durch die Minister auf Instanzen des einstweiligen Rechtsschutzes anwendbar sind. Daraus folgt, dass der Präfekt nicht befugt ist, ihn vor dem Staatsrat zu vertreten. Die vom Vertreter des Staates eingelegte Berufung ist unzulässig, wenn der Innenminister, der über die Einlegung der Berufung informiert wurde, sich deren Wortlaut nicht zu eigen gemacht hat¹⁵²⁰. Schließlich sei noch anekdotisch erwähnt, dass der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Straßburg einen Antrag auf einstweilige Verfügung für unzulässig erklärte, "da er im Namen und auf Rechnung des Hundes Kaya gestellt wird", und dabei feststellte, dass "nur natürliche oder juristische Personen vor Gericht auftreten können"¹⁵²¹. Da Tiere keine Rechtspersönlichkeit besitzen, müssen ihre Besitzer in ihrem persönlichen Namen handeln.

C. Eine flexible Beurteilung der Klagefrist

367. Artikel R. 421-1 des Verwaltungsjustizgesetzes besagt: "Außer bei öffentlichen Bauvorhaben kann das Gericht nur durch eine Klage gegen eine Entscheidung angerufen werden, und zwar innerhalb von zwei Monaten ab der Zustellung oder Veröffentlichung der angefochtenen Entscheidung"¹⁵²². Gilt die Anforderung, dass der Rechtsbehelf innerhalb von zwei Monaten eingelegt werden muss, auch für Klagen, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingereicht werden? Da der Richter für einstweilige Verfügungen über die Freiheit ein Richter der Situationen und nicht ein Richter der Handlungen ist, müssen drei Hypothesen unterschieden werden.
368. Die erste Möglichkeit betrifft die Klage gegen ein Verhalten der Verwaltungsbehörde in Ermangelung einer vorherigen Entscheidung. Da Artikel R. 421-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes nur auf Klagen gegen "Entscheidungen" abzielt, fällt diese Art von Klage nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung und kann folglich ohne Einhaltung einer Frist eingelegt werden. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ließ dies bereits im Beschluss *Marvel* vom 2. April 2001 grundsätzlich zu. Mit einer Klageschrift, die am 7. März 2001 bei der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts Marseille registriert wurde, fochten die Kläger einen Ausweisentzug an, der am 7. November 2000 stattgefunden hatte und gegen den kein Verfahren in der Sache vor dem Verwaltungsgericht eingeleitet worden war. Die Kläger warteten mehr als zwei Monate nach Inkrafttreten des Verfahrens der einstweiligen Verfügung, um die Auswirkungen dieses Handelns

1516 CE, Ord. 29. April 2004, *Département du Var*, Nr. 266902.

1517 CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311. Der Richter des référé-suspension hat auch zugelassen, dass der Vorsitzende eines Vereins mit Genehmigung des Verwaltungsrats handeln kann, obwohl gemäß der Satzung nur ein Beschluss der Generalversammlung diese Genehmigung erteilen kann (CE, 13. November 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie*, *Lebon* S. 393, *AJDA* 2002, S. 1506-1512, Concl. D. CHAUVAUX).

1518 CE, Ord. 11. Februar 2003, *Maillot*, *Lebon T.*, S. 914.

1519 CE, 14. Februar 1964, *Société anonyme Produits chimiques Péchiney Saint-Gobain*, *Lebon* S. 112.

1520 CE, ord. 7. Mai 2003, *Préfet de l'Hérault*, Nr. 256208. Hingegen ist die Unzulässigkeit abgedeckt, wenn der Innenminister sich den vom Präfekten gestellten Berufungsantrag zu eigen macht (CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ MLAMALI*, *Lebon T.* S. 1034).

1521 TA Strasbourg, Ord. 23. März 2002, *Welsch*, Nr. 0201013, zitiert von P. CASSIA, "Le chien dans l'espace public municipal" (1^{ère} Teil), *LPA* 12. August 2003, S. 9, Fußnote 137 (über eine Euthanasie des Tieres).

1522 Siehe Y. PITARD, "Introduction de l'instance. Délais", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 43 (2002). Es sei darauf hingewiesen, dass der Richter der Rechtsdurchsetzung die Ausübung einer Klage nicht an eine Frist bindet. Der Richter für den Délégué-liberté kann ebenfalls ohne Einhaltung einer Frist angerufen werden, allerdings muss die Klage in der Hauptsache, auf die er sich stützt, innerhalb der Klagefrist eingereicht worden sein. Da es sich um eine Nebenklage handelt, richtet sich ihre Regelung nach den Regeln, die für die Hauptklage gelten. Eine Délégué-liberté, die nach Ablauf der Klagefrist und ohne eine innerhalb dieser Frist eingereichte Klage eingereicht wird, ist daher unzulässig.

anzufechten. Weder der erstinstanzliche Richter¹⁵²³ noch der Berufungsrichter¹⁵²⁴ sahen darin einen Grund für die Unzulässigkeit des Antrags. Die Zulässigkeit des Antrags wurde von der Verwaltung auch nicht bestritten.

369. Die zweite Hypothese ist heikler; sie betrifft Beschwerden gegen *eine Situation, die durch eine Entscheidung* und genauer gesagt durch eine ablehnende Entscheidung *entstanden ist*. Einerseits scheint die strittige Situation nicht unabhängig von der betreffenden Entscheidung betrachtet werden zu können. Andererseits ficht der Antragsteller eine Verwaltungsentscheidung nicht formell an und scheint insofern der Regel des Artikels R. 421-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu entgehen. Die Rechtsprechung bevorzugt diese zweite Überlegung und geht dazu über, die Zulässigkeit der Klage trotz des Ablaufs der Frist für die Einlegung von Rechtsmitteln zuzulassen. Der Beschluss *La Cour des miracles* vom 16. September 2002 liefert in dieser Hinsicht ein interessantes Beispiel. Mit einer Entscheidung vom 1^{er} Februar 2002 hatte der Bürgermeister der Gemeinde dem Restaurantbesitzer die Einrichtung einer Terrasse auf öffentlichem Grund verweigert. Da kein Einspruch eingelegt wurde, wurde diese Entscheidung nach Ablauf der Frist von zwei Monaten nach ihrer Bekanntgabe endgültig. Mit einem Antrag, der Anfang August 2002 beim Richter für einstweilige Verfügung gegen die Freiheit des Verwaltungsgerichts Montpellier eingereicht wurde, beantragte das Restaurant, dass die Gemeinde Collioure angewiesen wird, die Einrichtung der Terrasse zu genehmigen. Der Antrag richtete sich nicht gegen die Ablehnung vom 1^{er} Februar 2002, sondern allgemein gegen eine bestimmte Situation, die sich aus der Nichtausstellung einer Genehmigung ergibt. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Montpellier lehnt den Antrag nicht als unzulässig ab und lädt die Parteien zu einer öffentlichen Anhörung ein. Der Berufungsrichter für die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit erhebt ebenfalls keine Einwände gegen die Unzulässigkeit und prüft, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllt sind. Bei der Prüfung der Bedingung der Beeinträchtigung einer Grundfreiheit stellt er beiläufig fest, dass die antragstellende Gesellschaft "die Ablehnung ihres Antrags vom 1^{er} Februar 2002, eine solche Terrasse errichten zu dürfen, nicht rechtzeitig vor dem Richter für Überschreitung der Befugnisse angefochten hat". Dennoch sieht er die lange Frist nicht als Grund für die Unzulässigkeit an: Der Antrag wird als unbegründet und nicht als unzulässig zurückgewiesen¹⁵²⁵. Es scheint also möglich zu sein, aus diesem Beschluss abzuleiten, dass die Klage gegen eine Situation, die durch eine Entscheidung entstanden ist, nicht an eine Frist gebunden ist.

370. Die dritte und letzte Möglichkeit betrifft die Klage gegen *eine bestimmte Entscheidung*. Die Rechtsprechung hat sich in diesem Punkt weiterentwickelt.

Zunächst wollte der Richter für einstweilige Verfügungen Artikel R. 421-1 in diesem Bereich anwenden. Das Urteil in der Rechtssache *Zhary* schien diese Lösung implizit zu verankern. Aus der Begründung des Staatsrats ging jedoch nicht mit Sicherheit hervor, ob die Unzulässigkeit, die dem Antragsteller in diesem Fall entgegengehalten wurde, auf den ausschließlichen Charakter des Verfahrens nach Artikel 22 bis der Verordnung vom 2. November 1945 in Bezug auf die Abschiebung an die Grenze oder auf die Überschreitung einer Klagefrist zurückzuführen war¹⁵²⁶. Eine deutlichere Lösung wurde in einem Beschluss vom 20. März 2003 gewählt, der sich auf eine Ausweisung bezog, die im Wege des *référé-liberté* angefochten wurde. Während der Anhörung am 10. März 2003 informierte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Nizza die Parteien darüber, dass ein Klagegrund in Bezug auf die Verspätung des Antrags von Amts wegen erhoben werden könne. Nachdem er die Parteien zur Stellungnahme aufgefordert hatte, stützte sich der Richter auf die Tatsache, dass der Beschluss vom 25. September 2002, mit dem die Ausweisung des Klägers angeordnet wurde, dem Kläger am 28. November 2002 zugestellt worden war und endgültig geworden war, da innerhalb der Frist für die Einlegung eines Rechtsmittels kein Widerspruch eingelegt worden war. Der Kläger legte gegen diesen ablehnenden Beschluss Berufung beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ein. Dieser bestätigte den Beschluss des ersten Richters und wies den Berufungsantrag gemäß dem *Tri*-Verfahren nach Artikel L. 522-3 ab¹⁵²⁷. Die Rechtsprechung hat somit, wenn der Antragsteller im *référé-liberté*-Verfahren eine bestimmte Entscheidung anfechtet, die Verpflichtung verankert, innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung oder Veröffentlichung der Entscheidung zu handeln.

Diese Lösung wurde jedoch in der Folgezeit aufgegeben. Die Kehrtwende ergab sich aus einem Beschluss vom 7. Juli 2007, *Aslantas*¹⁵²⁸. Zwar betrifft dieser nicht die allgemeine Klagefrist, sondern die besondere Frist, die bei Rechtsstreitigkeiten über Aufenthaltsverweigerungen mit einer Verpflichtung zum Verlassen des französischen Hoheitsgebiets (OQTF) vorgesehen ist¹⁵²⁹. Dennoch weist die vom Richter für einstweilige Verfügungen

1523 TA Marseille, Ord. 9. März 2001, *Consorts Marcel*, Nr. 0101294.

1524 CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167.

1525 CE, Ord. 16. September 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.*, S. 314.

1526 Zu dieser Entscheidung siehe *infra*, § 375.

1527 CE, Ord. 20. März 2003, *Sabli*, Nr. 255216.

1528 EG, Ord. 7. Juli 2007, *Aslantas*, Nr. 307133.

1529 Frist, die in Artikel 512-1 des Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile auf einen Monat festgelegt ist.

verwendete Formel einen ausreichend breiten Charakter auf, um dieser Lösung eine allgemeine Tragweite zu verleihen und sie auf jeden Antrag anzuwenden, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt wird. Im vorliegenden Fall wurde der Klägerin mit Entscheidung des Präfekten des Departements Oise vom 9. Januar 2007 der Aufenthalt verweigert, verbunden mit der Verpflichtung, das französische Hoheitsgebiet innerhalb eines Monats zu verlassen. Diese Entscheidung wurde der Betroffenen am 24. Januar 2007 zugestellt. Die Betroffene machte jedoch nicht von ihrer Möglichkeit Gebrauch, gemäß Artikel L. 512-1 des Gesetzbuchs über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern und das Asylrecht die Aufhebung der Entscheidung zu beantragen. Nachdem sie am 14. Juni 2007 festgenommen wurde, wurde sie zur Vollstreckung der Entscheidung des Präfekten in Gewahrsam genommen und wandte sich an den Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Amiens. Der Richter lehnte den bei ihm eingereichten Antrag ab und entschied, dass die Betroffene, da ihr der Beschluss am 24. Januar 2007 zugestellt worden war, zu spät gekommen war, um die Aussetzung des Beschlusses zu beantragen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, der Berufung einlegte, behauptete, dass der erste Richter einen Rechtsfehler begangen habe, als er den Antrag als unzulässig abgewiesen habe. Unter Verwendung einer allgemeinen Formel erklärte er, dass ein Ausländer, der nicht innerhalb der ihm nach Artikel L. 512-1 des Gesetzes über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern und das Asylrecht die Aufhebung der Entscheidung, das französische Hoheitsgebiet innerhalb eines Monats zu verlassen, beantragt hat, "nicht allein aus diesem Grund als unzulässig und verspätet angesehen werden kann, wenn er, nachdem er in Gewahrsam genommen wurde, um die Entscheidung von Amts wegen zu vollstrecken, den Richter für vorläufigen Verwaltungsrechtsschutz, der auf der Grundlage von Art. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes die Aussetzung dieser Entscheidung beantragt, da *sein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz weder der Bedingung unterliegt, dass die von ihm angefochtene Entscheidung zuvor dem Aufhebungsrichter vorgelegt wurde, noch einer Fristbedingung*". Daraus folgt, dass dem Antragsteller eines Antrags auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit keine gültige Frist für die Einlegung eines Rechtsbehelfs entgegengehalten werden kann¹⁵³⁰. Die allgemeine Regel in Artikel R. 421-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wird für Klagen, die auf dieser Grundlage eingereicht werden, außer Kraft gesetzt.

III. Eine kohärente Gliederung mit anderen Gerichtsverfahren

371. Wenn eine Grundfreiheit durch die Verwaltung verletzt wird, stehen dem Einzelnen mehrere gerichtliche Mechanismen zur Verfügung, um die schädlichen Auswirkungen der Handlungen und Maßnahmen der öffentlichen Hand zu bekämpfen. Das *référé-liberté* ist einer dieser Mechanismen, aber auch andere Verfahren können in diesem Fall angewandt werden, auch wenn sie nicht in erster Linie und ausschließlich dem Schutz der Grundfreiheiten dienen. Wie gestaltet sich also die Koexistenz zwischen dem Verfahren nach Artikel L. 521-2 und den anderen Rechtsmitteln, die gegen eine bestimmte Handlung oder ein bestimmtes Verhalten zur Verfügung stehen?

Im Allgemeinen sind bei konkurrierenden Klagen zwischen denselben Parteien mehrere Kombinationen denkbar¹⁵³¹. Da diese selten gesetzlich definiert sind, ist es meist Aufgabe des Richters, die Modalitäten zu regeln. Dabei sind drei Lösungen denkbar: Kumulierung, Option oder Hierarchisierung. Zunächst kann das Gericht die Kumulierung von Klagen zulassen. In diesem Fall erlaubt es dem Kläger, mehrere Klagen gleichzeitig zu erheben. Der Richter kann dem Kläger auch eine Option auferlegen, indem er ihn zwingt, zwischen verschiedenen Verfahren zu wählen, oder indem er ihm vorschreibt, das am besten geeignete Verfahren anzuwenden. Schließlich kann das Gericht dem Kläger auch gestatten, eine der von ihm erhobenen Klagen als subsidiär einzustufen. In diesem Fall beantragt der Kläger, obwohl er gleichzeitig mehrere Klagen erhebt, nicht, dass jeder einzelnen Klage stattgegeben wird, sondern nur, dass sie alternativ zugelassen werden.¹⁵³²

In Bezug auf den *référé-liberté* hat der Conseil d'Etat diese letzte Möglichkeit ausgeschlossen: Er gesteht dem Kläger nicht die Möglichkeit zu, alternative Anträge zu stellen. Andererseits schreibt er grundsätzlich keine Wahlmöglichkeit zwischen den Rechtsbehelfen vor. Indem er das Prinzip einer "Ausnahme von parallelen einstweiligen Verfügungen"¹⁵³³ ablehnte, ließ er die Möglichkeit einer Kumulierung zwischen einer einstweiligen

¹⁵³⁰ Zumindest auf dem Gebiet der Zulässigkeit. In der Phase der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen hingegen wird ein langsames Handeln meist als Hinweis auf eine fehlende Dringlichkeit geahndet (siehe *oben*, § 312).

¹⁵³¹ Wie Frau Bussy-Arnaud erklärt, sind zwei Elemente charakteristisch für die Konkurrenz von Klagen vor Gericht zwischen denselben Parteien: Zum einen gehen die Klagen auf dieselbe Sachlage zurück, zum anderen richten sie sich gegen denselben Kläger und denselben Beklagten (F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 201, 1988, spec. S. 32). In Verwaltungsstreitigkeiten ist eine solche Situation gegeben, wenn eine bestimmte Handlung oder ein bestimmtes Verhalten von der Einzelperson mithilfe verschiedener Verfahren angefochten werden kann.

¹⁵³² Diese letzte Hypothese stellt eine Zwischenposition zwischen Kumulierung und Option dar: Sie nähert sich der Kumulierung dadurch an, dass der Antragsteller gleichzeitig verschiedene Klagen erhebt, unterscheidet sich aber von ihr, indem sie die Prüfung der einen von der Ablehnung der anderen abhängig macht, so dass sie nicht gleichzeitig zugelassen werden können.

¹⁵³³ Siehe P. YOLKA, "Vers une exception de *référé* parallèle?", *AJDA* 2004, S. 57.

Verfügung und einer anderen gerichtlichen Klage zu. Dieser Grundsatz findet nur in dem besonderen Fall Anwendung, dass die Klage von Rechts wegen aufschiebende Wirkung hat. Der Staatsrat erlaubt es einem Antragsteller auch, gleichzeitig mehrere Klagen einzureichen; die einzige Anforderung an den Antragsteller besteht darin, jede dieser Klagen mit einer eigenen Klageschrift einzureichen.

A. Das begrenzte Spiel der Einrede der Parallelbeschwerde

372. Wenn den Bürgern ein Verfahren speziell zur Verfügung gestellt wurde, um die Auswirkungen einer bestimmten Handlung oder eines bestimmten Verhaltens zu bekämpfen, ist ihnen der Weg zu einer einstweiligen Verfügung dennoch nicht verschlossen. Der Verwaltungsrichter hat die Anwendung des Mechanismus der Einrede der Parallelbeschwerde bei einstweiligen Verfügungen grundsätzlich ausgeschlossen¹⁵³⁴. Dieser findet nur Anwendung, wenn ein Rechtsbehelf vorliegt, dem das Gesetz von Rechts wegen eine aufschiebende Wirkung zuweist.

1. Das Prinzip: Die Möglichkeit der Kumulierung

373. Aus der Rechtsprechung auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 ergibt sich, dass eine einstweilige Verfügung auch dann eingeleitet werden kann, wenn der Antragsteller über ein spezifisches Verfahren verfügt, um die Auswirkungen einer bestimmten Handlung oder eines bestimmten Verhaltens anzufechten.

So kann der Kläger trotz der Existenz der *référé*-suspension, die speziell für die Aussetzung der Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen eingeführt wurde, die Verhängung dieser Maßnahme auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anstreben und erreichen. Bereits im Beschluss *Djalout* vom 27. März 2001 räumte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ein, dass die einstweilige Verfügung (*référé-liberté*) eingesetzt werden kann, um trotz des Bestehens des Verfahrens nach Artikel L. 521-1 eine Aussetzungsmaßnahme zu erwirken. Die Lösung beruht auf dem unterschiedlichen Charakter des *référé*-suspension im Vergleich zum *référé-liberté*. In einer Grundsatzentscheidung bekräftigt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, "dass das in Artikel L. 521-2 des oben genannten Gesetzbuches geregelte Verfahren *sich von dem durch Artikel L. 521-1 eingeführten Verfahren unterscheidet*. 521-1 desselben Gesetzbuches, der es dem Verfasser einer Klage auf Aufhebung oder Änderung einer Verwaltungsentscheidung ermöglicht, beim Richter für einstweilige Verfügungen die Aussetzung der Vollstreckung dieser Entscheidung oder einiger ihrer Wirkungen zu beantragen, wenn dies aus Dringlichkeitsgründen gerechtfertigt ist und ein Grund vorgebracht wird, der nach dem Stand der Untersuchung geeignet ist, ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu wecken. Er folgert daraus, "dass Artikel L. 521-2 angewendet werden kann, obwohl der Antragsteller genauso gut eine Klage nach Artikel L. 521-1 einreichen könnte"¹⁵³⁵. Die Möglichkeit, dass ein Antrag auf Aussetzung im Rahmen des spezifischen Verfahrens nach Artikel L. 521-1 erfolgreich sein kann, verbietet nicht, den schwierigeren Weg des *référé-liberté* zu nutzen.

In ähnlicher Weise und ungeachtet des Verfahrens, das ihm durch die Artikel L. 911-4 und L. 911-5 des Verwaltungsgerichtsgesetzes speziell eröffnet wird, ist der Kläger berechtigt, die vollständige oder teilweise Nichtdurchführung einer von einem Verwaltungsgericht erlassenen Entscheidung mithilfe der einstweiligen Verfügung anzufechten. Das Prinzip wurde in der *Kağısızıç-Verordnung* vom 8. November 2001¹⁵³⁶ anerkannt. Anhand einer besonders expliziten Formulierung bestätigte der Richter für einstweilige Verfügungen in einem späteren Beschluss, dass, wenn die Nichterfüllung einer Entscheidung "normalerweise in den Artikeln L. 911-4 und L. 911-5 des Verwaltungsgesetzes geregelt ist". 911-5 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geregelt ist, die Existenz dieser Verfahren an sich kein Hindernis dafür darstellt, dass die betroffene Partei beim Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag auf Anordnung einer Dringlichkeitsmaßnahme auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stellt, sofern alle Bedingungen erfüllt sind, die dieser Text für seine Umsetzung

¹⁵³⁴ Wenn er vom Richter angewandt wird, führt der Begriff der Einrede der Parallelbeschwerde dazu, dass die Beschwerde eines Bürgers, der über einen spezifischen Rechtsweg verfügt, der es ihm ermöglicht, eine mindestens gleichwertige oder sogar identische Befriedigung zu erlangen, nicht akzeptiert wird (siehe J. TERCINET, "Le retour de l'exception de recours parallèle", *RFDA* 1993, S. 705-720).

¹⁵³⁵ CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* S. 158.

¹⁵³⁶ CE, ord. 8. November 2001, *Kağısızıç*, *Lebon* S. 545.

vorsicht" .1537

Schließlich gibt es nichts, was die Anwendung von *référé-liberté* in Vertragsangelegenheiten ausschließt. Da der Staatsrat den Grundsatz der Einrede der Parallelklage bei einstweiligen Verfügungen verworfen hat, stellt die Existenz der vorvertraglichen einstweiligen Verfügung kein Hindernis für die Einreichung einer Klage auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes dar. Es gibt kein Hindernis für die Anwendung des freien Rechtsschutzes in der Phase des Vertragsabschlusses und in der Phase der Vertragsausführung. Bei der Vergabe des Vertrags könnte sich ein vom Verfahren ausgeschlossenes Unternehmen sinnvollerweise auf einen Verstoß gegen den freien Wettbewerb berufen. Der Richter für einstweilige Verfügungen hat dies in einem Beschluss vom 12. April 2006 grundsätzlich anerkannt¹⁵³⁸. Die Gesellschaft Pau Loisirs, die das städtische Kasino in Pau betrieb, wurde bei der Erneuerung des Vertrags für den Betrieb der Einrichtung zugunsten eines konkurrierenden Unternehmens übergegangen. Die Klägerin machte eine Verletzung der unternehmerischen Freiheit geltend und beantragte beim Richter für einstweilige Verfügungen, die neuen Betriebsverträge auszusetzen. Weder in der ersten Instanz noch in der Berufung wurde dem Antrag Unzulässigkeit entgegengehalten. Zwar lehnt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats den Antrag mangels Dringlichkeit ab, doch lässt er die Anwendung der einstweiligen Verfügung in diesem Bereich grundsätzlich zu. Dieses Verfahren könnte auch in der Phase der Vertragsausführung angewandt werden. Wie Präsident Vandermeeren feststellt, "ist beispielsweise nicht ersichtlich, im Namen welchen Prinzips es dem Inhaber eines öffentlichen Auftrags untersagt sein sollte, sinnvoll einen Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Entscheidung der vertragsschließenden öffentlichen Körperschaft zu stellen, die ihm offensichtlich ungerechtfertigte Strafen auferlegt, deren Höhe die Liquidität, wenn nicht sogar das Überleben des Unternehmens ernsthaft beeinträchtigen würde"¹⁵³⁹. Im Allgemeinen ist sich die Lehre darin einig, dass die Möglichkeit der Anwendung von *référé-liberté* in Vertragsangelegenheiten anerkannt wird .1540

Grundsätzlich verhindert das Vorhandensein eines besonderen Rechtsmittels keineswegs die Ausübung einer einstweiligen Verfügung. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Gesetz dem Rechtsbehelf eine aufschiebende Wirkung zugewiesen hat.

2. Die Ausnahme: Die Verpflichtung, den Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung einzulegen

374. Der Mechanismus der Einrede des Parallelrechtsbehelfs findet in dem sehr genauen Fall Anwendung, dass der gesetzlich speziell eingeführte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. In einem solchen Fall reicht die Einlegung des Rechtsmittels allein aus, um von Rechts wegen die Aussetzung der Wirkung des angefochtenen Rechtsakts zu erreichen. Da dieser Rechtsbehelf für den Kläger sehr vorteilhaft ist, erschöpft er die Möglichkeiten des Klägers, sich mit seinen Forderungen an den Richter zu wenden. Folglich wird dem Antragsteller der Zugang zur einstweiligen Verfügung verwehrt und er ist verpflichtet, den Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung zu nutzen. Der Richter für einstweilige Verfügungen hat diesen Grundsatz in Bezug auf präfektorale Abschiebungsanordnungen ausdrücklich bekräftigt¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁷ CE, ord. 9. Januar 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, Nr. 288745, erwähnt in der Sammlung *Lebon*. Artikel L. 521-2 kann somit genutzt werden, um die korrekte Umsetzung einer vom Verwaltungsgericht erlassenen Entscheidung zu erwirken. Innerhalb der Grenzen der Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen können die erbetenen Maßnahmen mit denen identisch sein, die unter einen Antrag auf Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung fallen würden.

¹⁵³⁸ CE, Ord. 12. April 2006, *Société Pau Loisirs*, Nr. 292255.

¹⁵³⁹ R. VANDERMEEREN, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000", *BJDCP* Nr. 13, 2000, S. 396.

¹⁵⁴⁰ Siehe J. GOURDOU und P. TERNEYRE, "Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence", *CJEG* Nr. 575, 2001, S. 135-147, insbesondere S. 141; D. BAILLEUL, "Les référés "suspension" et "liberté" au secours du référé précontractuel?", *Contrats et marchés publics* 2002, chron. Nr. 8; F. LLORENS und P. SOLER-COUTEAUX, "Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence", *Contrats et marchés publics* 2002, Repères n° 3.

¹⁵⁴¹ Trotz der fehlenden streitigen Anwendung in anderen Bereichen scheint es dennoch möglich zu sein, zu behaupten, dass die Regel eine allgemeinere Tragweite hat und alle Verwaltungsentscheidungen betrifft, die von Rechts wegen aufschiebende Wirkung haben, wenn eine Beschwerde eingelegt wird. Siehe *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (Oktober 2002), Nr. 290-75 ff.

375. Nachdem er sich die Frage zunächst vorbehalten hatte¹⁵⁴², schloss der Richter für einstweilige Verfügungen später die Anwendung des Verfahrens der einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über die Abschiebung an der Grenze ausdrücklich aus¹⁵⁴³. Diese Lösung beruht auf den Merkmalen des in Artikel 22 bis der Verordnung vom 2. November 1945 vorgesehenen Verfahrens und insbesondere auf der aufschiebenden Wirkung der Klage. Tatsächlich organisiert Artikel 22 bis einen besonderen Weg für die Anfechtung von Abschiebungsanordnungen an der Grenze; "das Bestehen dieses besonderen Rechtsbehelfs mit der damit verbundenen aufschiebenden Wirkung verhindert, dass eine Abschiebungsanordnung Gegenstand eines Antrags auf Aussetzung vor dem Richter für einstweilige Verfügungen ist, sei es auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes oder im Rahmen des durch Artikel L. 521-2 dieses Gesetzes eingeführten besonderen Schutzverfahrens"¹⁵⁴⁴. Der Ausschluss betrifft sowohl den Abschiebungsbeschluss als auch die Maßnahmen, mit denen er vollstreckt wird. Im letzteren Fall kann der Betroffene nur dann sinnvoll im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorgehen, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Umstände zwischen dem Abschiebungsbeschluss und seiner Vollstreckung ändern. Der Richter für einstweilige Verfügungen hat die geltenden Grundsätze in einem *Bondo-Beschluss* vom 14. Januar 2005 sehr deutlich zusammengefasst. Er erklärt, dass eine Abschiebungsanordnung "grundsätzlich nicht mit den durch Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingeführten Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes justizierbar ist". In Fällen, in denen der Richter gleichzeitig mit Anträgen gegen die Anordnung der Grenzabschiebung und mit Anträgen gegen die gesonderte Entscheidung zur Festlegung des Rückführungslandes befasst wird, gilt diese Regel sowohl für die Anordnung der Grenzabschiebung als auch für die gesonderte Entscheidung zur Festlegung des Rückführungslandes. Allerdings "steht der so beschriebene besondere Mechanismus zur Anfechtung einer Rückführungsanordnung dem Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen nicht entgegen, wenn die Maßnahmen, mit denen eine solche Anordnung vollstreckt wird, Auswirkungen haben, die aufgrund von Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Umstände seit dem Erlass dieser Anordnung über den Rahmen hinausgehen, den ihre Vollstreckung normalerweise mit sich bringt"¹⁵⁴⁵.

Wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Umstände seit dem Erlass der Abschiebungsanordnung nicht geändert haben, wird der Antrag nach Artikel L. 521-2 abgelehnt¹⁵⁴⁶. Der Betroffene hat jedoch wieder Zugang zum *référé-liberté*, wenn sich die Umstände geändert haben. Eine solche Änderung kann sich aus einer Entscheidung des Staatsrats ergeben, der eine Abschiebungsmaßnahme wegen Verstoßes gegen Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention aufgehoben hat, weil die Antragstellerin besonders bedroht ist und ihre Sicherheit bei einer Rückkehr in ihr Herkunftsland gefährdet ist¹⁵⁴⁷. Eine Änderung der Umstände kann sich auch aus der Geburt eines Kindes ergeben, wenn die Ehefrau des Beschwerdeführers die französische Staatsangehörigkeit besitzt. In der Tat steht Artikel 25 der Verordnung vom 2. November 1945 (jetzt Artikel L. 511-4, 6° des Gesetzes über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in Frankreich) in seiner Fassung nach Artikel 36 des Gesetzes vom 26. November 2003 dem entgegen, dass ein Ausländer, der Vater eines minderjährigen Kindes ist, das in Frankreich lebt und über das er die elterliche Sorge ausübt, Gegenstand einer Maßnahme zur Abschiebung an die Grenze sein kann¹⁵⁴⁸.

Im Allgemeinen schließt der Richter für einstweilige Verfügungen die Anwendung des Mechanismus der

1542 CE, Ord. 26. Januar 2001, *Gunes, Lebon* S. 38.

1543 CE, 21. November 2001, *Zhary, Lebon T.*, S. 1125; CE, Ord. 9. Dezember 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, Nr. 252338; CE, Ord. 27. Januar 2003, *Amraoui*, Nr. 253601; CE, Ord. 14. Mai 2003, *Méliani, Lebon T.* S. 913; CE, ord. 29. September 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T.* S. 829; CE, ord. 14. Januar 2005, *Bondo, Lebon T.* S. 915; CE, ord. 14. April 2005, *Benbehar*, Nr. 279340; CE, ord. 25. Mai 2005, *Madzabou*, Nr. 280607; CE, ord. 26. Mai 2005, *Abamadi*, Nr. 280690.

1544 CE, Ord. 14. Mai 2003, *Méliani, Lebon T.*, S. 913.

1545 CE, Ord. 14. Januar 2005, *Bondo, Lebon T.*, S. 915.

1546 Siehe insbesondere CE, ord. 14. April 2005, *Benbehar*, Nr. 279340; CE, Ord. 29. September 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T.*, S. 829; CE, Ord. 25. Mai 2005, *Madzabou*, Nr. 280607.

1547 CE, ord. 14. Januar 2005, *Bondo, Lebon T.* S. 915, *AJDA* 2005, S. 1360-1363, Anm. d. Übers. O. LECUCQ. Unter diesen Umständen, so der Richter für einstweilige Verfügungen, "muss die Einrede der Unmöglichkeit, die Vollstreckungshandlung eines Erlasses zur Abschiebung an die Grenze nach dem Verfahren von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anzufechten, im vorliegenden Fall zurückgewiesen werden".

1548 CE, ord. 21. Februar 2005, *Najemi*, Nr. 277520. Im vorliegenden Fall wurde der Betroffene am 7. Oktober 2004 mit einem Abschiebungsbeschluss an die Grenze gebracht, der ihm am 1^{er} Februar 2005 zugestellt wurde. Am 21. Dezember 2004 brachte seine Ehefrau ein Kind zur Welt. Der Beschwerdeführer erkannte das von seiner Frau in der Ehe geborene Kind beim Standesamt an. Die Geburt des Kindes stellt eine Änderung der Umstände dar, die es dem Beschwerdeführer ermöglicht, den Richter für einstweilige Verfügungen sinnvoll anzurufen. Nach der Rechtslage vor dem Gesetz vom 26. November 2003 hatte der Richter für einstweilige Verfügungen die Geburt eines Kindes, das von ausländischen Eltern auf französischem Boden geboren und vom Betroffenen beim Standesamt anerkannt wurde, nicht als eine Änderung der Umstände angesehen (CE, ord. 27. Januar 2003, *Amraoui*, Nr. 253601).

Einrede der Parallelbeschwerde im Rahmen von Artikel L. 521-2 aus. Grundsätzlich, d. h. bei fehlender aufschiebender Wirkung, lässt er die Ausübung eines *référé-liberté* in dem Bereich zu, der durch ein besonderes Verfahren geregelt wird. Die Klage auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit kann auch gleichzeitig mit einem anderen Rechtsbehelf eingeleitet werden. Der Staatsrat verlangt in diesem Fall lediglich, dass die verschiedenen Ansprüche in getrennten Anträgen geltend gemacht werden.

B. Die Möglichkeit der Kumulierung von Klagen: das Erfordernis getrennter Anträge

376. Der Antragsteller auf einstweilige Verfügung kann gleichzeitig oder nacheinander mehrere Klagen gegen eine bestimmte Handlung oder ein bestimmtes Verhalten einreichen. In Ermangelung gegenteiliger Bestimmungen ist es den Klägern in der Tat freigestellt, auf mehreren Gebieten zu klagen und insbesondere gleichzeitig mithilfe der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung und der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit vorzugehen. Chapus erklärte: "Es ist nicht einzusehen (...), warum der Einzelne sein Glück nicht auf zwei Ebenen versuchen sollte, indem er den Richter sowohl mit einem Antrag auf Aussetzung (auf der Grundlage von Artikel L. 521-1) als auch mit einem Antrag auf Schutz einer Grundfreiheit befasst. Das bedeutet, dass es in diesem Bereich keine "Einrede eines parallelen Dringlichkeitsverfahrens" geben darf"¹⁵⁴⁹. Der Richter für einstweilige Verfügungen lehnt keine Unzulässigkeit ab, wenn er am selben Tag mit zwei Anträgen befasst wird: einer stützt sich auf Artikel L. 521-1, der andere auf Artikel L. 521-21550. Ein *référé-liberté* kann gleichzeitig mit einem *référé-suspension* eingeleitet werden. In ähnlicher Weise können die einstweilige Verfügung und die Klage auf Vollstreckung des Urteils gleichzeitig erhoben werden. Die Tatsache, dass der Betroffene den Vollstreckungsrichter auf der Grundlage von Artikel L. 911-4 verklagt hat, hindert ihn nicht daran, beim Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen, um die anhaltende Nichterfüllung des Urteils zu beheben.¹⁵⁵¹

377. Wenn zu einem Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit ein Antrag auf einer anderen Grundlage gestellt werden kann und umgekehrt, wenn eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit als Ergänzung zu einem anderen Rechtsbehelf eingereicht werden kann, verlangt der Richter, dass diese kombinierten Klagen durch getrennte Anträge eingereicht werden. Mit anderen Worten: Die beim Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit eingereichten Anträge müssen sich ausschließlich auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stützen. Der Antrag auf einstweilige Verfügung darf keine Anträge enthalten, die auf ein anderes Verfahren zurückzuführen sind.

In den ersten Wochen der Anwendung der Reform vom 30. Juni 2000 wurden dem Richter für einstweilige Verfügungen manchmal in ein und demselben Antrag Anträge vorgelegt, die auf die kombinierte oder alternative Anwendung der einstweiligen Verfügungen Freiheit und Aussetzung zielten. Zunächst war er bereit, sich mit diesen

¹⁵⁴⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1608.

¹⁵⁵⁰ So konnte Herr Meyet am 21. März 2001 zwei Anträge auf einstweilige Anordnung einreichen, einen auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes und den anderen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats betrachtet diese doppelte Befassung nicht als Grund für die Unzulässigkeit; er entscheidet bereits am nächsten Tag über beide Anträge (siehe jeweils für die einstweilige Verfügung gegen die Suspension und die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit: CE, ord. 22. März 2001, *Meyet, Lebon T.* S. 1130; CE, ord. 22. März 2001, *Meyet*, Nr. 231631). Ebenso reichte Herr Rondeau am 11. Mai 2005 zwei Anträge beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ein, um die Aussetzung eines Dekrets vom 20. April 2005 zu erreichen. In der ersten Klage wurden Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-1, in der zweiten auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt. Der Richter für einstweilige Verfügungen entschied am 16. Mai 2005 über beide Anträge. In einem ersten Beschluss setzte er die Ausführung des angefochtenen Dekrets auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 aus (CE, ord. 16. Mai 2005, *Rondeau, Lebon T.* S. 1027). In einem zweiten Beschluss stellte er fest, dass über die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Anträge, die auf denselben Zweck abzielten, nicht entschieden werden müsse (CE, ord. 16. Mai 2005, *Rondeau*, Nr. 280423). Für einen ähnlichen Fall siehe zu zwei am 17. Mai 2005 eingegangenen Anträgen: CE, ord. 27. Mai 2005, *Frau Touria YX*, Nr. 280612 (Aussetzung der Vollstreckung der angefochtenen Entscheidung auf der Grundlage von Artikel L. 521-1) und CE, ord. 27. Mai 2005, *Frau Touria YX*, Nr. 280613 (Ablehnung des Antrags auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit wegen Gegenstandslosigkeit).

¹⁵⁵¹ CE, 11. Juni 2002, *M. Ait Oubba, Lebon T.*, S. 869. Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Richter, der den Antrag für unzulässig erklärt hatte, ist der Staatsrat der Ansicht, dass sich die beiden Verfahren nicht gegenseitig ausschließen. Er stellt fest, "dass, wenn Herr Ait Oubba, um die Vollstreckung des Urteils vom 28. März 2001 zu erreichen, das Verwaltungsgericht nach dem in Artikel L. 911-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehenen Verfahren angerufen hat - ein Verfahren, das bis heute erfolglos geblieben ist -, dieser Umstand an sich kein Hindernis dafür war, dass der Betroffene dem Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag auf Anordnung einer Sofortmaßnahme auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorlegte".

Anträgen zu befassen. In drei Fällen, in den Rechtssachen *Association Promouvoir*¹⁵⁵², *Philippart und Lesage*¹⁵⁵³ und *Perrier*¹⁵⁵⁴, ließ er zu, dass ein Einzelner ihn mit einem einzigen Antrag in beiden Verfahren befassen kann. Richter des ersten Rechtszugs haben sich auch damit einverstanden erklärt, über Anträge mit kombinierten Begründungen zu entscheiden¹⁵⁵⁵. Diese Möglichkeit trug zu der vom Gesetzgeber angestrebten Flexibilität in diesem Bereich bei. Die Lösung brachte jedoch Schwierigkeiten mit sich, die ihre Abschaffung schnell rechtfertigten. Nachdem er die Anträge von Herrn Philippart und Herrn Lesage gemäß Artikel L. 521-2 zurückgewiesen und die Anträge gemäß Artikel L. 521-1 zur Untersuchung gestellt hatte, beschloss der Richter für einstweilige Verfügungen, den Fall der Abteilung für Streitsachen vorzulegen, um die Frage der Kumulierung von Anträgen auf einstweilige Verfügungen innerhalb einer einzigen Klageschrift in feierlicher Form zu klären.¹⁵⁵⁶

Nach Ansicht des Regierungskommissars Didier Chauvaux kann die Koexistenz der beiden einstweiligen Verfügungen in einem einzigen Antrag aufgrund der verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen den beiden Rechtsmitteln zu unlösbaren Schwierigkeiten für den Verwaltungsrichter führen. Die erste Schwierigkeit ergibt sich aus den unterschiedlichen Fristen für die Urteilsfindung: 48 Stunden für den *référé-liberté*, innerhalb kürzester Zeit für den *référé-suspension*. Sofern der Richter nicht der Meinung ist, dass er den Antrag auf einstweilige Verfügung ohne Anweisung ablehnen kann, muss er innerhalb von 48 Stunden eine Anhörung abhalten. Wird dem Antrag in dieser Hinsicht nicht stattgegeben, muss die Untersuchung verlängert und eventuell eine neue Anhörung im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung anberaumt werden. Die zweite Schwierigkeit ergibt sich aus dem Unterschied hinsichtlich der Rechtsmittel, die gegen die Entscheidung des ersten Richters nach einer öffentlichen Anhörung eingelegt werden können. Die Entscheidung auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 kann durch Berufung angefochten werden, der Beschluss des Richters im Verfahren der einstweiligen Verfügung über die Aussetzung durch Kassation. Daher gilt: "Wenn der Richter mit ein und derselben Entscheidung nach öffentlicher Anhörung über Anträge entscheidet, die unter die beiden Formen der einstweiligen Verfügung fallen - was er meistens tun wird, wenn er mit einem einzigen Antrag befasst wurde -, fällt eine Klage vor dem Staatsrat zum Teil in die Zuständigkeit einer kollegialen Formation und zum Teil in die Zuständigkeit des Vorsitzenden der Abteilung"¹⁵⁵⁷. Angesichts der verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen den beiden einstweiligen

¹⁵⁵² Die antragstellende Vereinigung beantragte auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 die Aussetzung einer Entscheidung, die ihrer Meinung nach durch eine Meldung einer Presseagentur bekannt wurde, und auf der Grundlage von Artikel L. 521-2, den Minister für Kultur und Kommunikation anzuweisen, innerhalb von 48 Stunden den Film "Baise-moi" in die Liste der Filme mit pornografischem Charakter aufzunehmen und vor dem 1. Februar 2001 die administrative Beschlagnahme der Videogramme des Films zu veranlassen. Der Richter für einstweilige Verfügungen prüft zunächst die Anträge auf Aussetzung und erklärt sie für unzulässig, da der Verein keine ausdrückliche oder stillschweigende Entscheidung nachweisen kann. Anschließend entscheidet der Richter über die gemäß Artikel L. 521-2 gestellten Anträge (CE, ord. 31. Januar 2001, *Association Promouvoir*, *Lebon T.* S. 525).

¹⁵⁵³ Mit einer Klageschrift, die am 8. Februar 2001 beim Sekretariat für Streitsachen registriert wurde, beantragten die Kläger in erster Linie und auf der Grundlage von Artikel L. 521-2, die Entscheidung des Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes auszusetzen, mit der ihnen die Niederlassung in einem Gebäude, in dem bereits ein Kollege praktizierte, verweigert wurde, und den Conseil de l'Ordre anzuweisen, ihnen die Genehmigung zur Ausübung ihres Berufs in diesem Gebäude zu erteilen. Hilfsweise beantragten sie, die gleiche Entscheidung auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 zu treffen. In einem Beschluss vom 9. Februar 2001 wies der Richter für einstweilige Verfügungen die Anträge gemäß Artikel L. 521-2 zurück, da keine offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit vorliege. In demselben Beschluss führt er aus, dass in Bezug auf die Anträge nach Artikel L. 521-1 "der Richter für einstweilige Verfügungen das Verfahren aussetzen muss, bis ihre Untersuchung unter den in Artikel L. 522-1 vorgesehenen Bedingungen durchgeführt worden ist". Er fügt hinzu, dass über die Anträge auf Anwendung von Artikel L. 761-1 "gleichzeitig mit den Anträgen auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" entschieden wird (CE, ord. 9. Februar 2001, *Philippart und Lesage*, Nr. 230112).

¹⁵⁵⁴ Mit einer am 15. Februar 2001 eingereichten Klageschrift beantragte der Kläger beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats, dass dieser "unter Berufung sowohl auf Artikel L. 521-1 als auch auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" entscheiden solle. Der Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet noch am selben Tag über die gemäß Artikel L. 521-2 gestellten Anträge. Wenn keine Grundfreiheit verletzt wird, weist der Richter diese Anträge in Anwendung des Tri-Verfahrens nach Artikel L. 522-3 zurück (CE, ord. 15. Februar 2001, *Perrier*, Nr. 230318). Bezüglich der Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 und der Anträge auf Anwendung von Artikel L. 761-1 übernimmt der Beschluss die Formel aus dem Beschluss *Philippart und Lesage* vom 9. Februar. Die auf Artikel L. 521-1 gestützten Anträge werden nach der Beweisaufnahme am 14. März 2001 entschieden (CE, Ord. 14. März 2001, *Perrier*, Nr. 230318).

¹⁵⁵⁵ In einem Beschluss vom 27. Februar 2001 hatte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Lille auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 die Entscheidung des Präfekten des Departements Nord ausgesetzt, mit der es abgelehnt wurde, der Klägerin eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen (Artikel 1^{er} des Beschlusses), und auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 den Präfekten des Departements Nord angewiesen, eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen (Artikel 2). Der Innenminister beantragt beim Staatsrat, Artikel 1^{er} der Verordnung aufzuheben und Artikel 2 für nichtig zu erklären. Der Antrag wird so betrachtet, als stelle er in erster Linie eine Kassationsbeschwerde dar; der Rat erklärt die Berufungsanträge für unzulässig und entscheidet über die Kassationsanträge (CE, 16. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Glory Okéa*, *Lebon T.* S. 1092).

¹⁵⁵⁶ CE, Sect., 28. Februar 2001, *Philippart und Lesage*, *Lebon* S. 112, *RFD A* 2001, S. 390-398, Schlusswort D. CHAUVAUX.

¹⁵⁵⁷ D. CHAUVAUX, *Concl. préc.*, S. 392.

Verfügungen war Chauvaux der Ansicht, dass es zu einer unannehmbaren Komplikation führen würde, wenn der Antragsteller in einer einzigen Klageschrift sowohl Anträge nach Artikel L. 521-1 als auch nach Artikel L. 521-2 stellen könnte. Daher schlug er vor, "die einfache Regel aufzustellen, dass ein Antrag auf Aussetzung und ein Antrag auf einstweilige Verfügung nicht nebeneinander in derselben Klageschrift gestellt werden dürfen"¹⁵⁵⁸. In Übereinstimmung mit den Schlussfolgerungen des Regierungskommissars schloss die Sektion die Möglichkeit einer Kumulierung ausdrücklich aus. Nachdem er festgestellt hat, dass Anträge, die vor dem Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 gestellt werden, nach anderen Regeln als Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt, untersucht, entschieden und gegebenenfalls angefochten werden, bekräftigt der Rat, dass diese Anträge nicht gleichzeitig in ein und derselben Klageschrift gestellt werden können. Folglich weist er die von den Klägern hilfsweise gestellten Anträge als unzulässig zurück¹⁵⁵⁹. Diese Rechtsprechung, die in der Folge bestätigt wurde¹⁵⁶⁰, hat eine allgemeine Tragweite. So ist der Staatsrat der Ansicht, dass ein Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit keine Anträge enthalten darf, die sich auf Artikel L. 521-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stützen¹⁵⁶¹. Ebenso - und diese Lösung gilt für den *référé-liberté* - kann ein Antrag auf *référé-suspension* keine Anträge enthalten, die sich auf Artikel L. 551-1 stützen.¹⁵⁶²

378. Wenn dem Richter für einstweilige Verfügungen dennoch eine Klageschrift vorgelegt wird, die Anträge nach Artikel L. 521-2 und Anträge aus einem anderen Verfahren enthält, ist es seine Aufgabe, die Hauptgrundlage des Antrags zu bestimmen und nicht die Klage insgesamt als unzulässig abzuweisen¹⁵⁶³. Der Richter muss über die Anträge mit Hauptcharakter entscheiden und die Anträge mit Nebencharakter abweisen. Da der Richter für einstweilige Verfügungen verpflichtet ist, über alle Anträge, mit denen er befasst ist, zu entscheiden, muss er die hilfsweise gestellten Anträge ausdrücklich für unzulässig erklären und darf sie nicht durch Präteritum zurückweisen.¹⁵⁶⁴

Hat der Antragsteller ausdrücklich angegeben, dass einer der Anträge subsidiären Charakter hat, entscheidet der Richter über die in der Hauptsache gestellten Anträge¹⁵⁶⁵. Wenn der Antragsteller nicht klar angegeben hat, welche Hauptgrundlage geltend gemacht wird, ist es Sache des Richters für einstweilige Verfügungen, die Tragweite des Antrags unter Berücksichtigung aller ihm zur Verfügung stehenden Beurteilungselemente zu präzisieren¹⁵⁶⁶. In der oben genannten Entscheidung *SNUDI-FO du Maine-et-Loire* stellt der Richter klar, dass als Kriterien für die Auslegung des Antrags der "Wortlaut der Anträge", "die gesamte Argumentation"¹⁵⁶⁷ oder "der Umstand, dass

¹⁵⁵⁸ D. CHAUVAUX, *Concl. préc.*, S. 392.

¹⁵⁵⁹ Diese Lösung steht im Einklang mit einer gefestigten Rechtsprechung des Staatsrats. Denn auch wenn die Rechtsprechung den Antragstellern im Allgemeinen relativ weitgehend die Möglichkeit einräumt, im Rahmen einer einzigen Klageschrift mehrere Anträge zu stellen, findet diese Möglichkeit eine Grenze, wenn es um Anträge geht, die in unterschiedlichen Formen untersucht und entschieden werden müssen. Siehe zum Beispiel CE, 6. April 1962, *Société technique des appareils centrifuges industriels, Lebon* S. 255: Der Staatsrat erklärt die Anträge auf Entschädigung, die einer Klageschrift beigelegt sind, die die Fälligkeit einer Steuer bestreitet, für unzulässig, mit der Begründung, dass Entschädigungsklagen "vom Verwaltungsgericht in anderen Formen als denen untersucht und entschieden werden, die für die Untersuchung und Entscheidung der in Sachen direkte Beiträge eingeleiteten Instanzen vorgesehen sind".

¹⁵⁶⁰ CE, Ord. 10. April 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon* T. S. 1090; CE, Ord. 5. August 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom*, Nr. 259184; CE, Ord. 7. August 2003, *Gharmoul*, Nr. 259242.

¹⁵⁶¹ CE, 8. Oktober 2001, *Sanchez Cardoso, Lebon* T., S. 1091; CE, 6. März 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon* T., S. 852.

¹⁵⁶² CE, 29. Juli 2002, *Ville de Nice, Lebon* S. 299, *Contrats et marchés publics* 2002, comm. n° 229, note J.-P. PIETRI; *BCMP* n° 20, 2003, pp. 7-12, note B. GONAND; *Coll. ter.* 2002, Komm. Nr. 241, Anm. T. CELERIER; *AJD* 2002, S. 926-828, Anm. J.-D. DREYFUS.

¹⁵⁶³ CE, 27. August 2001, *Abdoulaye*, Nr. 236164. Der Richter für einstweilige Verfügungen begeht einen Rechtsfehler, indem er sich zur Ablehnung aller Anträge in der Klageschrift auf den Umstand stützt, dass in der Klageschrift Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 und Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 zusammengefasst waren.

¹⁵⁶⁴ CE, 6. März 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon* T., S. 852.

¹⁵⁶⁵ In ihrer Klageschrift vom 8. Februar 2001 hatten Philippart und Lesage darauf hingewiesen, dass die auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 gestellten Anträge subsidiären Charakter haben. Folglich wies der Staatsrat die auf dieser Grundlage gestellten Anträge als unzulässig zurück (CE, Sect., 28. Februar 2001, *Philippart und Lesage, Lebon* S. 112).

¹⁵⁶⁶ CE, Ord. 10. April 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon* T., S. 1090; CE, 27. August 2001, *Abdoulaye*, Nr. 236164; CE, 29. Juli 2002, *Ville de Nice, Lebon* S. 299.

¹⁵⁶⁷ Siehe CE, Ord. 5. August 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom*, Nr. 259184. Einerseits erwähnt die Klägerin die schwere und unmittelbare Beeinträchtigung "im Sinne von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes" der Berufsfreiheit. Andererseits erwähnt ihre Klageschrift mit dem Titel "*référé-suspension*", dass die doppelte Bedingung der Dringlichkeit und des Vorliegens eines Mittels, das geeignet ist, ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung, deren Aussetzung sie beantragt, zu schaffen, erfüllt ist. In Anbetracht der gesamten Argumentation ist die Klageschrift so auszulegen, dass sie in erster Linie Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 und in zweiter Linie Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 enthält. Siehe umgekehrt CE, ord. 7. August 2003, *Gharmoul*, Nr. 259242: Der Antragsteller, der das Vorliegen eines Verstoßes gegen zwei Grundfreiheiten behauptet und Berufung einlegt, nachdem sein Antrag vom ersten Richter abgelehnt wurde, ist so zu betrachten, als würde er sich auf die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 stützen.

kein Antrag auf Aufhebung oder Abänderung einer Verwaltungsentscheidung gestellt wurde" gelten.¹⁵⁶⁸

379. Wenn ein Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit und ein Antrag auf einstweilige Aussetzung beim Staatsrat denselben Rechtsstreit betreffen, kann der Richter für einstweilige Verfügungen sie verbinden und in einer einzigen Entscheidung entscheiden¹⁵⁶⁹. Eine solche Möglichkeit ist natürlich für den Richter für einstweilige Verfügungen der ersten Instanz ausgeschlossen, da die nach Artikel L. 521-2 gestellten Anträge und die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Anträge nicht unter dieselben Rechtsbehelfe fallen. Eine Verbindung ist nur vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats möglich, da seine Entscheidungen grundsätzlich nicht anfechtbar sind.

IV. Der erweiterte Bereich anfechtbarer Handlungen und Verhaltensweisen

380. Der Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit ist ein Richter der Rechtslage. Eine umfassende Definition der Maßnahmen, gegen die Rechtsmittel eingelegt werden können, ermöglicht es ihm, über alle Formen von Verwaltungsverstößen gegen die Grundfreiheiten zu entscheiden, unabhängig von deren Ursprung. Dieser breite Ansatz deckt insbesondere den Fall ab, dass die Verwaltung durch ihre Nachlässigkeit oder Unterlassung eine Verletzung in den Beziehungen zwischen Privatpersonen zulässt.

A. Der Richter der einstweiligen Verfügung, ein Richter der Rechtslage

381. Der Gesetzgeber wollte das Präsidium des Richters für einstweilige Verfügungen für jede Maßnahme, die eine Grundfreiheit beeinträchtigen könnte, ohne jegliche Einschränkung öffnen. Der Arbeitsgruppe des Staatsrats ging es darum, den Zugang zum Verwaltungsrichter auch "in Situationen, in denen es nicht um leicht identifizierbare Verwaltungsentscheidungen geht", zu ermöglichen¹⁵⁷⁰. Daher sind alle Störungen, die von der öffentlichen Gewalt ausgehen, und alle Arten, wie die öffentliche Gewalt handelt oder sich verhält, im Rahmen der einstweiligen Verfügung justiziabel. Die Beeinträchtigung kann aus jeder normativen oder materiellen Aktivität der öffentlichen Gewalt resultieren. Artikel L. 521-2 bezieht sich allgemein, ohne Präzisierung oder Einschränkung, auf die "Verletzung" einer Grundfreiheit. Es wird also eine *Situation der Beeinträchtigung* verlangt, ohne Bezug auf den Ursprung oder die Form der Beeinträchtigung. Dieser Mangel an Präzision ist bedeutsam. Indem es nicht präzisiert, "woraus die Beeinträchtigung resultieren kann", ist das Schweigen des Gesetzgebers "beredt: Es bedeutet das Fehlen von Einschränkungen"¹⁵⁷¹. Alles, was aus der Tätigkeit oder Untätigkeit der Verwaltung entsteht, kann Gegenstand eines Antrags auf einstweilige Verfügung sein, ohne auf das traditionelle Erfordernis einer vorherigen Entscheidung zu stoßen.

Unter der Voraussetzung, dass es sich um einen Verwaltungsakt handelt, kann absolut alles, was eine Grundfreiheit verletzt, dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegt werden. Diese bemerkenswerte Besonderheit von Artikel L. 521-2 wurde in den Parlamentsdebatten ausführlich hervorgehoben. Herr Colcombet wies darauf hin, dass dieses Verfahren es ermöglichen soll, "auf *Situationen zu* reagieren, in denen es nicht um eine Verwaltungsentscheidung geht, die ausgesetzt werden kann, sondern um Handlungen, Untätigkeit oder ein Verwaltungsverhalten, das die Kläger schädigen kann"¹⁵⁷². Herr Garrec stellte auch fest, dass der Richter eingreifen könnte, "wenn eine Grundfreiheit durch eine Entscheidung oder ein faktisches Handeln der öffentlichen Person bedroht ist"¹⁵⁷³. Ebenso hatte der Siegelbewahrer betont, dass die einstweilige Verfügung gegen "jede

¹⁵⁶⁸ Der *référé-liberté* ist ein eigenständiger Rechtsbehelf, der *référé-suspension* ein akzessorischer Rechtsbehelf. Wenn kein Hauptantrag auf Nichtigerklärung oder Änderung gestellt wird, wird davon ausgegangen, dass der Antragsteller auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 handelt (CE, ord. 10. April 2001, *SNUDI-FO du Maine-et-Loire*, zitiert). Umgekehrt wird die Einstufung als *référé-suspension* bevorzugt, wenn der Antragsteller eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung eingereicht hat, deren Aussetzung er auf dem Weg der einstweiligen Verfügung beantragt (CE, ord. 4. August 2003, *Association Agora*, Nr. 259110).

¹⁵⁶⁹ Siehe zum Beispiel: CE, Ord. 7. September 2001, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries électrique et gazière CFTC*, Nr. 237915 und Nr. 237916; CE, Ord. 2. Dezember 2002, *Peç*, Nr. 2252157 und Nr. 2252158; CE, Ord. 22. September 2004, *Hoffer*, Nr. 272347 und Nr. 372378.

¹⁵⁷⁰ "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, S. 947.

¹⁵⁷¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1593.

¹⁵⁷² F. COLCOMBET, AN-Bericht Nr. 2002, S. 40. Nicht unterstrichen.

¹⁵⁷³ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 29.

Handlung oder jedes Verhalten der Verwaltung" ausgeübt werden könnte.¹⁵⁷⁴

Artikel L. 521-2 enthält eine umfassende Definition des Umfangs der Maßnahmen, die vor Gericht gebracht werden können. Das Gericht ist für jeden Antragsteller offen, der eine Situation mit rechtlichem Charakter oder rechtlichen Auswirkungen anfechtet. Für die klassischen Autoren bezeichnete die Rechtslage die besondere Stellung eines Rechtssubjekts in Bezug auf die Rechtsordnung; sie entsprach im Wesentlichen der Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die einer Person zuerkannt wurden¹⁵⁷⁵. Der Begriff wird hier unter dem Gesichtspunkt der objektiven Ordnung verstanden, der rechtlichen Realität, die sich aus einem oder mehreren Verwaltungsakten oder -handlungen ergibt.

382. Die Möglichkeit, einfache Verhaltensweisen anzufechten, hat für den Antragsteller den großen Vorteil, dass er keine Entscheidung vorlegen muss, bevor er ein Rechtsmittel einlegen kann.

Es ist bekannt, dass eine traditionelle Regel des streitigen Verwaltungsverfahrens lautet: "Jede Streitigkeit, die dem Richter vorgelegt wird, muss zuvor Gegenstand einer Stellungnahme der qualifizierten Behörde gewesen sein"¹⁵⁷⁶. Diese Anforderung, die heute in Artikel R. 421-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegt ist, wird durch das Sprichwort "keine Entscheidung, keine Handlung" ausgedrückt. Es bedeutet, dass der Richter nur dann angerufen werden kann, wenn ein Rechtsstreit entstanden und aktuell ist, was durch das Vorhandensein einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Entscheidung der Verwaltung belegt wird. Wenn eine Entscheidung vorliegt, kann der Betroffene sofort eine Klage beim Verwaltungsgericht einreichen. Andernfalls muss er die Entstehung einer Entscheidung herbeiführen, indem er eine Anfrage an die öffentliche Person richtet, die eine Stellungnahme hervorruft. Die Entscheidung entsteht mit der ausdrücklichen Antwort der Verwaltung. Wenn innerhalb von zwei Monaten nach dem Antrag keine ausdrückliche Stellungnahme erfolgt, gilt das Schweigen der Verwaltung als stillschweigende Ablehnung. Wenn die Verwaltung also nicht formell Stellung genommen hat, verurteilt das Erfordernis einer vorherigen Entscheidung den Einzelnen dazu, den Ablauf einer Frist von zwei Monaten abzuwarten, bevor er eine Klage vor dem Verwaltungsgericht erheben kann. Diese Regel scheint daher unvereinbar mit dem Gebot der Schnelligkeit zu sein, das bei der Anrufung des Gerichts im Falle eines schwerwiegenden Eingriffs in die Grundfreiheiten gelten muss.

Wenn es zu einer solchen Verletzung kommt, muss das Opfer unverzüglich die Möglichkeit haben, sich an die Justiz zu wenden, um den Schutz seiner Freiheiten zu gewährleisten. Wenn der Antragsteller nicht über eine vorherige Entscheidung verfügt, kann ihm nicht vorgeschrieben werden, zwei Monate zu warten, bevor er sich sinnvoll an den Richter wenden kann. Würde man ihm die Einhaltung dieser Regel entgegenhalten, würde der Rechtsbehelf seines Interesses beraubt und der Betroffene zu einer verspäteten und rein platonischen Befriedigung verurteilt. Da die Regel in Artikel R. 421-1 ein Hindernis für ein sofortiges Eingreifen des Richters darstellt, hat der Gesetzgeber den Kläger schlicht und einfach von dieser Formalität befreit. Daraus folgt, dass "das durch Artikel L. 521-2 (...) eingeführte besondere Schutzverfahren (...) unabhängig von einer Klage gegen eine Entscheidung angewandt werden kann"¹⁵⁷⁷. Die Anwendung der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 ist in keiner Weise an das Vorliegen einer Verwaltungsentscheidung gebunden. Der Antragsteller kann also *unverzüglich* handeln, sobald eine Beeinträchtigung eintritt. Er hat in jedem Fall, auch wenn es keine vorherige Entscheidung gibt, die Möglichkeit, sich *sofort* an den Richter für einstweilige Verfügungen zu wenden.

Dies ist eine bemerkenswerte Besonderheit des *référé-liberté* und ein wichtiger Vorteil gegenüber dem Verfahren des *référé-suspension*, wenn es um die Verletzung einer Grundfreiheit geht. Zwar sind viele einstweilige Verfügungen von dem Erfordernis einer vorherigen Entscheidung befreit - die Befreiung ist ausdrücklich für die einstweilige Verfügung zur Erhaltung (Artikel L. 521-3), die einstweilige Verfügung zur Feststellung (R. 531-1) und die einstweilige Verfügung zur Untersuchung (R. 531-2) vorgesehen -, aber die Befreiung ergibt sich dann aus der Natur dieser einstweiligen Verfügungen, die keineswegs darauf abzielen, die Auswirkungen einer Handlung oder eines Handelns der öffentlichen Gewalt zu lähmen. Da die einstweilige Verfügung mit dem Ziel erlassen wird, die Auswirkungen einer Entscheidung zu neutralisieren, setzt die Systematik dieses Verfahrens die Existenz einer Verwaltungsentscheidung voraus. Es ist notwendigerweise darauf ausgerichtet, den Auswirkungen einer solchen Entscheidung entgegenzuwirken, wenn der Antragsteller auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 entsprechende Anträge stellt. Wenn der Antragsteller mangels einer Entscheidung nicht in der Lage ist, im Wege der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung und im weiteren Sinne auch der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit vorzugehen, kann das Gericht ihn auffordern, im Wege der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit vorzugehen¹⁵⁷⁸. Es sei darauf hingewiesen, dass der Richter den Umfang der Maßnahmen, die auf der Grundlage

¹⁵⁷⁴ E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10942.

¹⁵⁷⁵ Siehe insbesondere: G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd., Marcel Giard, 1925, S. 10-24; A. de LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 2^{ème} éd., LGDJ, 1957, S. 17-20; G. SCHELLE, *Cours de principes du droit public, DES droit public*, 1944-1945, Les cours de droit, S. 121 ff.

¹⁵⁷⁶ C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 6^{ème} éd., Dalloz, 1997, S. 55.

¹⁵⁷⁷ CE, 21. November 2001, *Zhary, Lebon T.*, S. 1125; CE, Ord. 27. Januar 2003, *Amraoui*, Nr. 253601.

¹⁵⁷⁸ Im Beschluss *Meyet* vom 20. Dezember 2005 erklärte der Richter, dass "die Achtung der Rechte, auf die sich Herr

des Rechtsschutzes angefochten werden können, ebenfalls weit fasst: "Eine Handlung, ein Vorgang, ein Verhalten oder eine Entscheidung der Verwaltung können ausreichen" .1579

Im Rahmen von Artikel L. 521-2 kann die strittige Situation zunächst aus einer oder mehreren Verwaltungsentscheidungen resultieren. Der Beschwerdeführer kann positive Entscheidungen mit individuellem Charakter¹⁵⁸⁰ oder Vorschriften¹⁵⁸¹, aber auch negative Entscheidungen¹⁵⁸² anfechten. Eine Entscheidung kann sich bei ihrer Umsetzung herausstellen¹⁵⁸³. Der Richter hat anerkannt, dass sie sich aus der Kontaktaufnahme zwischen einer bestimmten Person und der Verwaltung ergeben kann, und das, obwohl die betreffende Person anschließend nicht unter den Beschwerdeführern aufgeführt ist .1584

Meyet beruft, durch die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes sichergestellt werden kann, der im Gegensatz zu Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes nicht mit der Verfolgung einer bestimmten Handlung verbunden ist. 521-1 *nicht verlangt, dass das besondere Verfahren zum Schutz der Grundfreiheiten, das er eingeführt hat, notwendigerweise mit der Anfechtung einer Verwaltungsentscheidung verbunden ist, und die Möglichkeit eröffnet, eine Handlung einer Verwaltungsbehörde zu kritisieren, sofern alle in diesem Artikel gestellten Bedingungen erfüllt sind*" (CE, ord. 20. Dezember 2005, *Meyet*, Nr. 288253).

1579 S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, Coll. QSJ, 1995, S. 41. Siehe R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, fasc. I, 1981, S. 540.

1580 Beispielsweise der Präfekturerlass, der das Zielland für die Vollstreckung eines gerichtlichen Verbots des Staatsgebiets festlegt (CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon S. 158*); der Präfekturerlass, der die Immobilisierung von Transportfahrzeugen ausspricht (CE, ord. 9. April 2001, *Belrose et autres, Lebon T. S. 1126*); der Ministerialerlass, der die Ausweisung eines ausländischen Staatsbürgers ausspricht (CE, Sect. 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon S. 523*; CE, Ord. 10. August 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, Nr. 236969); das dem Antragsteller auferlegte Verbot, an der Leitung und Betreuung von Ferien- und Freizeitzentren, die Minderjährige aufnehmen, teilzunehmen (CE, ord. 9. August 2001, *Medrinal, Lebon T. S. 1127*).

1581 Zum Beispiel der Gemeinderatsbeschluss, der den Zugang und den Verkehr in einem Industriegebiet regelt (CE, ord. 5. Juli 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Nr. 235387); der Gemeinderatsbeschluss, der den Zugang zu einem kommunalen Gebäude verbietet und dessen Beseitigung anordnet (CE, ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée" et autres, Lebon T. S. 1133*); der Präfekturerlass, der die Schifffahrt in einem abgegrenzten Gebiet verbietet (CE, ord. 27. September 2001, *Guégueniat*, Nr. 238473); die Notiz, mit der ein Bürgermeister den Kurierdienst der Gemeinde anweist, alle an bestimmte Gemeinderäte adressierten Briefe zu öffnen (CE, 9. April 2004, *Vast, Lebon S. 173*); ein Gemeinderatsbeschluss, der die Bedingungen für den Zugang von Schiffen zu einem Jachthafen regelt (CE, Ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure, Lebon T. S. 930*).

1582 Zum Beispiel die Weigerung, dem Antragsteller einen Gemeindesaal zur Verfügung zu stellen (CE, ord. 2. März 2001, *Dauphine*, Nr. 230798); ein Kind in einer schulischen Einrichtung anzumelden (CE, ord. 9. Juli 2001, *Boc*, Nr. 235696); einen Platz auf dem öffentlichen Gelände zuzuweisen, auf dem die "foire du Trône" stattfindet (CE, ord. 6. April 2001, *Lapere et autres*, Nr. 232135); einen Gemeinderat einzuberufen (CE, Sect. 18. Januar 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon S. 18*); die Kinder des Antragstellers in dessen Reisepass einzutragen (CE, ord. 4. Dezember 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T. S. 875*); einen nationalen Personalausweis auszustellen (CE, ord. 11. März 2003, *Samagassi, Lebon S. 119*) oder einem ausländischen Staatsbürger die Einreise in das französische Hoheitsgebiet zu gestatten (CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon S. 146*). Als der Vorentwurf der Arbeitsgruppe der Regierung vorgelegt und der Gesetzentwurf dem Parlament unterbreitet wurde, war die Möglichkeit, negative Entscheidungen anzufechten, ein wichtiger Vorteil des *référé-liberté* im Vergleich zum *référé-suspension*-Verfahren. Die traditionelle Rechtsprechung schloss nämlich aus, dass die Vollstreckung einer negativen Entscheidung ausgesetzt wird (zur *Amoros-Rechtsprechung*, siehe oben, § 7). Da der Gesetzentwurf keine gegenteiligen Bestimmungen enthielt, war nicht zu erwarten, dass dies im Rahmen der neuen Aussetzungsregelung anders sein würde. Dennoch verschwand dieser Vorteil nach der Annahme eines Änderungsantrags, der es dem Richter für einstweilige Verfügungen mit Aussetzungscharakter ausdrücklich erlaubte, die Vollstreckung einer ablehnenden Entscheidung auszusetzen. "Diese Umkehrung der *Amoros-Rechtsprechung* sollte am 1. Januar 2001 mit dem Inkrafttreten der Reform wirksam werden. Sie wurde jedoch vom Staatsrat um einige Tage vorgezogen, um zu zeigen, dass die Aufgabe der *Amoros-Rechtsprechung* eine Folge des Gesetzes vom 8. Februar 1995 war, das den Verwaltungsrichter mit einer Anordnungsbefugnis zur Durchsetzung seiner Entscheidungen ausgestattet hatte (CE, Sect., 20. Dezember 2000, *Onatab, Lebon S. 643, RFDA 2001, S. 371-377, concl. F. LAMY; AJDA 2001, S. 146, chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN*).

1583 So wird die Entscheidung, exklusive Nutzungsrechte für die Übertragung von Sportwettkämpfen zu vergeben, nach Ansicht des Richters für einstweilige Verfügungen durch einen Beschluss des Verwaltungsrats der Ligue nationale de football, mit dem ein Ausschreibungsverfahren für die Vermarktung dieser Rechte eingeleitet wird, und durch die Ausschreibung selbst "enthüllt" (CE, ord. 18. März 2002, *GIE Sport libre et autre, Lebon S. 106*). Die Rechtsprechung hatte dieses Prinzip in der Vergangenheit zugelassen. Wie M. Chapus feststellt: "Wenn eine Verwaltungsbehörde einen Vertrag vergibt, ist man berechtigt anzunehmen, dass sie die Entscheidung getroffen hat, einen Vertrag abzuschließen" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 646).

1584 Siehe CE, ord. 27. Mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon S. 232, AJDA 2005, S. 1579-1582*, Fußnote A. RAINAUD. Im vorliegenden Fall stellt der Richter fest, dass keiner der Kläger den Siegelbewahrer mit einem Antrag darauf befasst hat, dass in einer bestimmten Strafvollzugsanstalt eine Debatte über den Vertrag über eine Verfassung für Europa zugelassen wird. Dennoch geht aus der Beweisaufnahme hervor, dass im Rahmen regelmäßiger Kontakte zwischen dem Leiter der Strafvollzugsverwaltung und dem Vorsitzenden des auf Strafvollzugsfragen spezialisierten Vereins "Dès maintenant" Anfang März die Abhaltung von Debatten mit einem solchen Thema in Erwägung gezogen wurde. Der Richter stellte fest, dass "die diesbezüglichen Kontakte nicht zustande kamen, was zu einer stillschweigenden Ablehnung führte". Somit entsteht die Ablehnungsentscheidung stillschweigend aus der Unmöglichkeit für diese Vereinigung - die nicht Partei

Die strittige Situation kann auch durch ein Verwaltungsverhalten entstehen, d. h. durch ein Verhalten, das zwar nicht unbedingt die Rechtsordnung ändert, aber dennoch die persönliche Position des Freiheitsberechtigten beeinflusst. Jedes Verhalten oder jeder Vorgang der Verwaltung kann Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein, wenn es den Willen ausdrückt, etwas zu tun oder nicht zu tun, oder eine Nachlässigkeit oder einen Mangel ihrerseits zum Ausdruck bringt. Das mit dem *référé-liberté* justiziable Verwaltungsverhalten kann somit positiv oder negativ sein. Zunächst kann der Antragsteller Handlungen oder Handlungen anfechten, wie z. B. den Entzug - und dann die materielle Einbehaltung - von Personalausweisen und Reisepässen von Mitgliedern einer Familie¹⁵⁸⁵; die materielle Einbehaltung eines Aufenthaltstitels¹⁵⁸⁶; die Tatsache, dass eine öffentliche Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit in die Zuständigkeiten der Mitgliedsgemeinden eingreift¹⁵⁸⁷; die Tatsache, dass eine Gemeinde anlässlich der Instandsetzung einer Fahrbahn und von Gehwegen den Zugang zu Räumlichkeiten, die als Garagen oder Lagerräume genutzt werden, unterbindet und Pfosten anbringt, die den Zugang zu diesen Räumlichkeiten verhindern¹⁵⁸⁸; die Durchführung von Instandsetzungs- und Ausbauarbeiten auf einer Privatstraße¹⁵⁸⁹, das Anbringen eines Sandfangs - eines Geräts, das die ordnungsgemäße Funktion des Regenwasserabflusses sicherstellen soll - auf einem Grundstücksstreifen, der einer Privatperson gehört¹⁵⁹⁰; die Einbeziehung eines Privatgrundstücks in einen von einer öffentlichen Person verwalteten Golfplatz¹⁵⁹¹; das Aufhalten eines Luftfahrzeugs¹⁵⁹²; die Durchführung einer medizinischen Handlung¹⁵⁹³. Andererseits kann der Antragsteller die Unterlassung oder das Versäumnis der Verwaltung, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, anfechten: einen Film auf die Liste der pornografischen Filme setzen¹⁵⁹⁴, Maßnahmen zur Förderung des Zugangs zu Wohnraum ergreifen¹⁵⁹⁵, ein Gesetz dem Verfassungsrat vorlegen¹⁵⁹⁶, den Ausnahmezustand beenden¹⁵⁹⁷, die öffentliche Gewalt einsetzen¹⁵⁹⁸, die Instandsetzung eines Weges vornehmen, der den Zugang zu einer Diskothek ermöglicht¹⁵⁹⁹, den Pluralismus im privaten Fernsehsender Canal + zu gewährleisten¹⁶⁰⁰, die Wähler zu Nachwahlen für das Parlament einzuberufen¹⁶⁰¹, einen Arzt in sein Amt als Krankenhausarzt einzusetzen¹⁶⁰² oder den Rücktritt eines Ministers der Regierung von Französisch-Polynesien zur Kenntnis zu

der Klage sein wird -, beim Leiter der Gefängnisverwaltung Erfolg zu haben. Die stillschweigende Ablehnungsentscheidung ist das Ergebnis des Scheiterns dieser Kontakte. Nach einer Analyse stellt der Richter fest, dass es sich um eine Verwaltungsentscheidung handelt, gegen die Rechtsmittel eingelegt werden können. Es ist bemerkenswert, dass die Entscheidung durch einfache "Kontakte" zustande kam, und noch mehr, dass an diesen Kontakten keiner der Beschwerdeführer beteiligt war. Diese nicht formale Auffassung des Begriffs der Entscheidung verdient es, hervorgehoben zu werden, auch wenn sie nicht neu ist (siehe J. MASSOT, "Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir", *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, S. 521-540).

1585 CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167.

1586 CE, ord. 8. November 2001, *Kaigisis*, *Lebon* S. 545.

1587 CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet und andere*, *Lebon* S. 215.

1588 CE, ord. 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon*, S. 253.

1589 CE, Ord. 20. Juli 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Lebon* S. 388

1590 EG, Ord. 21. August 2001, *Manigold*, Nr. 237385.

1591 CE, Ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec und Brocas*, Nr. 239165.

1592 CE, 2. Juli 2003, *Sté Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003, S. 1780-1785, Concl. G. Bachelier. Die klagende Gesellschaft focht das Festhalten eines Flugzeugs durch die öffentliche Einrichtung Aéroports de Paris an. Um die Zulässigkeit der Klage zu begründen, behauptete der Regierungskommissar, dass "das *référé-liberté* nicht von der Anfechtung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung abhängig ist und eingesetzt werden kann, damit eine bestimmte Situation beendet wird" (concl. préc., S. 1783. Nicht unterstrichen).

1593 CE, Ord. 16. Juli 2001, *Feuillatey*, *Lebon*, S. 309.

1594 CE, Ord. 31. Januar 2001, *Association Promouvoir*, *Lebon T.*, S. 525. Der gleiche Antrag, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gestellt wurde, wurde für unzulässig erklärt, da der antragstellende Verein keine Entscheidung nachweisen konnte (gleicher Beschluss).

1595 CE, ord. 3. Mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin und andere*, *Lebon*, S. 168: Die Entscheidung spricht von "den Handlungen" des Präfekten.

1596 CE, ord. 7. November 2001, *Tabaka*, *Lebon T.* S. 789, 1125. Der Kläger ficht eine *Weigerung* des Staatspräsidenten, den Verfassungsrat zu befragen, nicht an, da das Staatsoberhaupt weder ausdrücklich noch implizit Stellung bezogen hat. Er bestreitet eine *fehlende* Befassung. Der Richter für einstweilige Verfügungen bezieht sich auf "die Tatsache, dass der Präsident der Republik davon *absieht*, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, die er gemäß Artikel 61 Absatz 2 der Verfassung hat, ein Gesetz dem Verfassungsrat vorzulegen".

1597 CE, Ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562.

1598 CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und andere*, *Lebon* S. 117.

1599 CE, ord. 5. März 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* S. 1130.

1600 CE, Ord. 24. Februar 2001, *Tibéri*, *Lebon* S. 85.

1601 CE, Ord. 18. Mai 2001, *Meyet, Bouget*, *Lebon*, S. 244.

1602 CE, ord. 13. Mai 2002, *Centre hospitalier de Valence c/ Nouri*, Nr. 246551.

nehmen .1603

Der Richter des *référé-liberté* könnte akzeptieren, über Vorbereitungshandlungen zu entscheiden¹⁶⁰⁴. Ein Richter für einstweilige Verfügungen befand, dass eine Entscheidung einer Propagandakommission, die normalerweise nicht anfechtbar ist¹⁶⁰⁵, auf dem Weg des Artikels L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angefochten werden kann .1606

383. Der Richter für einstweilige Verfügungen befasst sich nicht mit der einzelnen Handlung oder dem einzelnen Verhalten, sondern mit der Rechtslage, zu der diese führt. Er betrachtet diese Situation als ein Ganzes, das aus einer Reihe von Handlungen und gegebenenfalls aus Handlungen oder Unterlassungen besteht. Im Falle einer Klage gegen eine Entscheidung richtet sich seine Kontrolle auf die Situation, die durch diese Entscheidung entstanden ist. So stellt er beispielsweise in einem Beschluss vom 18. Oktober 2001 fest, dass der antragstellende Verein "nicht berechtigt ist, die Aufhebung des Beschlusses des Richters für einstweilige Verfügungen von Montpellier zu beantragen, mit dem sein Antrag auf Erlass einer Anordnung mit Zwangsgeld gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes abgelehnt wurde, um *die Situation zu beenden, die sich aus der Entscheidung des Bürgermeisters von Castelnau-le-Lez ergibt*"¹⁶⁰⁷. Mit anderen Worten: Der Richter des *référé-liberté* ist Richter der Rechtslage und nicht Richter der Handlungen. Er berücksichtigt alle Daten einer Rechtslage; er zieht alle Rechtsfolgen in Betracht, die sich aus dem Willen der Verwaltung ergeben, ohne sich notwendigerweise an einer bestimmten Handlung festzuhalten. Er kann dann, anders als der Richter für Überschreitung der Befugnisse oder der Richter für einstweilige Verfügungen, eine Rechtslage in ihrer Gesamtheit erfassen .1608

In der Rechtssache *Tibéri* prüfte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats den Fall im Lichte der Empfehlungen, Mitteilungen und Stellungnahmen des Conseil supérieur de l'audiovisuel, die zusammen "die dem Richter für einstweilige Verfügungen im vorliegenden Fall unterbreitete Situation" charakterisieren¹⁶⁰⁹. Im Urteil *Aguillon* vom 9. Dezember 2003¹⁶¹⁰ fochten die Klägerinnen formell einen Erlass vom 21. November an, der die Requirierung streikender Beschäftigter für einen Zeitraum von sieben Tagen anordnete und am 28. November, dem Tag der Einlegung der Kassationsbeschwerde beim Staatsrat, seine Wirkung verlor. Da die vor dem ersten Richter angefochtene Entscheidung ihre Wirkung erschöpft hatte, hätte der Staatsrat die Berufung für unzulässig erklärt, wenn die Klage auf dem Weg des Artikels L. 521-1 eingereicht worden wäre. Der Richter des *référé-liberté*, der Richter der Rechtslage, erklärt sich jedoch bereit, über die Klage zu entscheiden. Obwohl die vor dem erstinstanzlichen Richter formell in Frage gestellte Entscheidung nicht mehr wirksam war, wurde sie dennoch mit einer Entscheidung vom 28. November in genau demselben Wortlaut und für einen weiteren Zeitraum von zehn Tagen verlängert. Diese zweite Entscheidung, die an dem Tag, an dem der Richter entscheidet, wirksam wird, wurde zwar in der ersten Instanz nicht angefochten. Dennoch behält sie die durch die erste Entscheidung entstandene Rechtslage bei und steht in deren Kontinuität. Daher berücksichtigt der Staatsrat die gesamte strittige Situation: Er erwähnt weder den Erlass vom 21. November noch den vom 28. November isoliert, sondern entscheidet sich für einen umfassenderen Verweis auf die "fraglichen Erlasse". Um die Zulässigkeit eines auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Antrags zu bejahen, zählt nur die Tatsache, dass eine Rechtslage entstanden ist und an dem Tag, an dem der Richter für einstweilige Verfügungen zu entscheiden hat, fortbesteht.

1603 CE, ord. 11. April 2006, *Tefaarere, Lebon*, S. 197.

1604 Siehe in diesem Sinne R. VANDERMEEREN, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000", *BJDCP* n° 13, 2000, S. 398: "le nouveau mécanisme de sauvegarde sert à protéger les intéressés, non seulement vis-à-vis des actes administratifs décisifs, mais aussi des comportements de la puissance publique dépourvus de ce caractère (actes préparatoires, agissements matériels, abstentions d'agir)" (Der neue Schutzmechanismus dient dazu, die Betroffenen nicht nur vor entscheidenden Verwaltungsakten zu schützen, sondern auch vor Verhaltensweisen der öffentlichen Gewalt, die nicht diesen Charakter haben (Vorbereitungshandlungen, materielle Handlungen, Handlungsabstinenzen)).

1605 Diese Entscheidungen können nicht vom gesamten Wahlvorgang abgetrennt werden. Nach ständiger Rechtsprechung kann ihre eventuelle Unregelmäßigkeit nur zur Unterstützung eines Antrags gegen die genannten Wahlvorgänge geltend gemacht werden (CE, Sect., 17. Oktober 1986, *Elections cantonales de Sevrans, Lebon* S. 233).

1606 TA Châlons-en-Champagne, 25. März 2004, *Frau Gabrielle N'Guyen c/ Commission de propagande de Reims 6*, Nr. 04-458, *AJDA* 2004, S. 742, obs. S. BRONDEL.

1607 CE, ord. 18. Oktober 2001, *Association groupe local Cimade Montpellier*, Nr. 239071.

1608 Dies ist bei der Kontrolle einer bestimmten Entscheidung nicht möglich. Wie Präsident Woehrling betonte, "zwingt die Regel, dass jede Klage gegen eine vorherige Entscheidung eingereicht werden muss, dazu, den Rechtsstreit auf einen bestimmten Akt zu konzentrieren, der künstlich aus seinem Kontext herausgelöst wird, während es oft eine Reihe von eng miteinander verbundenen Verwaltungsverhaltensweisen ist, die die Quelle des Rechtsstreits darstellen" (J.-M. Woehrling, M. S., S. 13). M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, S. 349).

1609 CE, Ord. 24. Februar 2001, *Tibéri, Lebon* S. 85.

1610 CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere, Lebon* S. 497.

384. Auch wenn der Bereich der anfechtbaren Handlungen und Verhaltensweisen weit gefasst ist, kann man nicht davon ausgehen, dass jede beliebige Handlung, Handlung oder Unterlassung vor den Richter für einstweilige Verfügungen gebracht werden kann. Die vor ihm angefochtene Maßnahme muss, unabhängig von ihrer Art, rechtliche Auswirkungen, Implikationen oder Folgen haben.

So kann eine bloße Absicht nicht zur Einleitung eines *référé-liberté* führen. Ein bloßer Wunsch, der an sich keine Auswirkungen hat, kann nicht auf dem Weg des Artikels L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes verfolgt werden. Im Beschluss *Meyet* vom 22. März 2001 stellt der Richter fest, dass "der Premierminister, indem er den Wunsch äußerte, dass die Mitglieder seiner Regierung nicht gleichzeitig das Amt eines Bürgermeisters ausüben, keine Regel des positiven Rechts erlassen und keine Grundfreiheit verletzt hat"¹⁶¹¹. Indem er auf den Erlass einer Regel des positiven Rechts verweist, verlangt der Richter für einstweilige Verfügungen indirekt, dass die angefochtene Maßnahme beschwerlich ist. Fehlt es an einer rechtlichen Auswirkung, ist die angefochtene Maßnahme unzulässig¹⁶¹². In diesem Sinne stellte der Richter fest, dass die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 "Erklärungen, mit denen ein Regierungsmitglied vor der einen oder anderen parlamentarischen Versammlung die Leitlinien seines Handelns festlegt", nicht zu den Handlungen oder Verwaltungsakten zählen, die unter die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 fallen. Daraus folgt, dass die Äußerungen des Innenministers vor der Nationalversammlung zu den Maßnahmen zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet, die er gegen ausländische Staatsangehörige ergreifen oder veranlassen will, die wegen der Teilnahme an bestimmten städtischen Gewalttätigkeiten verurteilt wurden, "für sich genommen nicht dem durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingeführten Verfahren unterworfen werden können"¹⁶¹³. Im gleichen Sinne zählt zu den von diesen Bestimmungen erfassten Handlungen nicht "eine Erklärung, mit der der Präsident der Republik gegenüber der öffentlichen Meinung die Leitlinien der Politik festlegt, die er zu verfolgen gedenkt". Folglich sind die Erklärungen, die der Staatschef in seiner Fernsehansprache vom 31. März 2006 bezüglich der Verkündung und der Bedingungen für die Umsetzung und Änderung des Gesetzes zur Chancengleichheit abgegeben hat, "offensichtlich nicht durch das in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingeführte Verfahren justiziabel".¹⁶¹⁴

In Anwendung desselben Erfordernisses kann ein Bürger, der eine Ablehnung und nicht eine Unterlassung anfecht, nicht sinnvoll klagen, wenn die Verwaltungsbehörde keine Stellungnahme zu seiner Situation abgegeben hat. Der Antragsteller, der eine Ablehnung und nicht eine Unterlassung der Verwaltung anfechtet, muss eine ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnungsentscheidung zur Unterstützung seiner Klage vorlegen. Nach Ansicht des Richters für einstweilige Verfügungen kann die Untersuchung und Beurteilung von Anträgen, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt werden, nicht an die Stelle der Untersuchung und des Erlasses einer Verwaltungsentscheidung treten. In dem Fall, dass die Verletzung einer Grundfreiheit nach Ansicht des Antragstellers aus der Weigerung der Verwaltung resultiert, einem Antrag stattzugeben, "ist er nur dann berechtigt, sich auf eine solche Verletzung zu berufen, wenn er vor dem Richter für einstweilige Verfügungen begründen kann, dass es eine Entscheidung über die Ablehnung dieses Antrags überhaupt gibt"¹⁶¹⁵. Diese Grundsätze gelten zum Beispiel für die Ausstellung eines Personalausweises, wie ein Beschluss vom 13. September 2004 zeigt. Mit zwei getrennten Anträgen, die am 27. bzw. 31. August 2004 beim Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats registriert wurden, beantragten zwei Antragsteller beim Richter für einstweilige Verfügungen die Aussetzung einer "Entscheidung" der Konsularbehörden in Dakar, die es ablehnte, ihnen einen französischen Personalausweis und einen Reisepass auszustellen. Die Betroffenen legten zur Begründung ihres Antrags jedoch keine ausdrückliche oder stillschweigende Entscheidung über die Ablehnung vor. Unter diesen Umständen "kann der Richter für einstweilige Verfügungen solchen Anträgen jedenfalls dann nicht stattgeben, wenn die Antragsteller nicht nachweisen, dass es eine Ablehnung gegeben hat, die auf entsprechende Anträge an die Verwaltungsbehörde erfolgt wäre".¹⁶¹⁶

In jedem Fall kann der Richter nur dann tätig werden, wenn ein Streitfall entstanden und aktuell ist. Mit anderen Worten: Der Antragsteller kann nur dann sinnvoll klagen, wenn er einen *Streitfall* nachweist, wobei die Existenz eines solchen sowohl durch eine Entscheidung als auch durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt offenbart werden kann. Andernfalls ist der Kläger nicht berechtigt, vor dem Verwaltungsgericht zu klagen, auch nicht auf der Grundlage von Artikel L. 521-2. So stellt der Richter für einstweilige Verfügungen in einem Beschluss *Titaou*

¹⁶¹¹ CE, ord. 22. März 2001, *Meyet, Lebon T.*, S. 1130. Siehe auch *oben* CE, ord. 18. Oktober 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, Nr. 239071.

¹⁶¹² Zwar weist der Richter in der einstweiligen Verfügung den Antrag als "unbegründet" zurück. Im Rahmen des tri-Verfahrens versteht der Richter unter diesem Begriff jedoch einen Antrag, der aus irgendeinem Grund nicht durchsetzbar ist, wobei dieser Grund sowohl den Inhalt als auch die Zuständigkeit oder die Zulässigkeit betreffen kann. Siehe *unten*, §§ 406-407.

¹⁶¹³ CE, ord. 12. November 2005, *Association SOS racisme - touche pas à mon pote*, *Lebon* 496.

¹⁶¹⁴ EK, Beschl. 4. April 2006, *Bidalou*, Nr. 291948.

¹⁶¹⁵ CE, ord. 7. November 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées*, *Lebon T.* S. 911.

¹⁶¹⁶ CE, ord. 13. September 2004, *Salif X. und Yayab X.* Nr. 271609 und 271707.

vom 5. Oktober 2006 fest, dass, wenn die Aufrechterhaltung einer Maßnahme zur Abschiebung eines Ausländers aus dem nationalen Hoheitsgebiet die Ausübung der Freiheit jeder Person, mit ihrer Familie zu leben, beeinträchtigen kann, "Der Richter für einstweilige Verfügungen kann nur dann ordnungsgemäß mit einer diesbezüglichen Streitigkeit befasst werden, wenn die Streitigkeit entweder durch das Auftreten einer der Verwaltung zurechenbaren Handlung oder durch das Eingreifen einer ausdrücklichen oder implizit aufgrund des Ablaufs der Frist, die der Verwaltungsbehörde für deren Erlass eingeräumt wurde, entstandenen Entscheidung rechtsgültig verknüpft ist"¹⁶¹⁷.

Schließlich muss die Rechtslage an dem Tag fortbestehen, an dem das Gericht angerufen oder um eine Entscheidung gebeten wird. Das Verschwinden seiner Auswirkungen wird den Richter dazu veranlassen, je nach dem Zeitpunkt, zu dem es eintritt, eine Unzulässigkeit (wenn der Streitgegenstand vor der Einreichung der Klage verschwindet)¹⁶¹⁸ oder eine Erledigung des Verfahrens (wenn er nach der Einreichung der Klage, aber vor der Urteilsverkündung verschwindet) entgegenzuhalten¹⁶¹⁹. Die gleiche Anforderung gilt logischerweise auch für die Verfahren der Rechtsdurchsetzung¹⁶²⁰ und der *Déféré-liberté*¹⁶²¹. Diese Begrenzung erscheint klassisch und vollkommen legitim. Sie schränkt den Bereich der Maßnahmen, gegen die Rechtsmittel eingelegt werden können, keineswegs ein. Der gewählte umfassende Ansatz und insbesondere die Möglichkeit, Untätigkeiten und Unterlassungen der Verwaltung anzufechten, hat es dem Verwaltungsrichter ermöglicht, den Grundfreiheiten eine indirekte horizontale Dimension zu verleihen.

B. Die Möglichkeit, negative Handlungen anzufechten, als Hebel für eine indirekte horizontale Wirkung der Grundfreiheiten

385. Wenn die Verwaltung einer Verpflichtung unterliegt, die Achtung der Grundfreiheiten zwischen Privatpersonen zu fördern oder zu gewährleisten oder, allgemeiner ausgedrückt, diese Freiheiten nicht durch ihre Unterlassung zu behindern, ermöglicht Artikel L. 521-2 eine indirekte horizontale Wirkung dieser Freiheiten, die über die öffentliche Gewalt ausgeübt wird. Man kann insofern von einer *horizontalen* Wirkung sprechen, als der Rechtsstreit in erster Linie zwei Privatpersonen und genauer gesagt die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten einer anderen natürlichen oder juristischen Person durch eine Privatperson betrifft. Es handelt sich insofern um eine *indirekte* Wirkung, als sie nicht direkt zwischen Privatpersonen, sondern dank der Zwischenschaltung einer dritten öffentlichen Person wirkt.

Dieser Effekt wird ermöglicht, wenn drei Elemente zusammenkommen. Erstens: Eine Privatperson, die nicht mit der Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung betraut ist, verletzt durch ihre Handlung (oder Unterlassung) die Interessen und Grundfreiheiten einer anderen Person. Zweitens ist eine Verwaltungsbehörde verpflichtet zu handeln, um die inkriminierte Verletzung oder Handlung zu beenden; es muss möglich sein, zu Lasten der öffentlichen Gewalt eine Verpflichtung zum Handeln im Rahmen ihrer "öffentlichen Befugnisse zur Kontrolle und Gewährleistung der Grundfreiheiten" zu identifizieren¹⁶²². Schließlich unterlässt (oder verweigert) die öffentliche Person das Handeln.

Diese indirekte horizontale Wirkung ist daher sehr stark von der Existenz einer Handlungspflicht zu Lasten der öffentlichen Gewalt abhängig. Die Zwischenschaltung einer öffentlichen Person, die eine Verpflichtung zum

¹⁶¹⁷ EG, Ord. 6. Oktober 2006, *Titaou*, Nr. 297932.

¹⁶¹⁸ Siehe zum Beispiel CE, Ord. 12. November 2004, *Uluoz*, Nr. 274010. Mit einer Klageschrift, die am 27. Oktober 2004 bei der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts eingetragen wurde, beantragte der Kläger die Aussetzung einer Entscheidung vom 1^{er} Oktober 2004, mit der der Minister für Beschäftigung und sozialen Zusammenhalt seine Entlassung genehmigt hatte. Diese Entscheidung war ihm am 19. Oktober 2004 von seinem Arbeitgeber mitgeteilt worden und musste daher als zu diesem Zeitpunkt vollständig vollzogen angesehen werden. Folglich wies der Richter für einstweilige Verfügungen des ersten Grades diesen Antrag zu Recht als gegenstandslos und somit unzulässig zurück.

¹⁶¹⁹ Siehe zum Beispiel CE, Ord. 2. November 2001, *JNC Costes*, Nr. 239617.

¹⁶²⁰ Wie Frau Le Foyer de Costil feststellt, "muss der Richter für einstweilige Verfügungen feststellen, dass die Störung aufgehört hat und dass es keinen Anlass für eine einstweilige Verfügung gibt, ohne zu untersuchen oder zu sagen, dass die Störung rechtswidrig war oder nicht" (H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, S. 344-345). Siehe die vom Autor angeführten Beispiele auf S. 345-346).

¹⁶²¹ Wenn die Entscheidung vollständig ausgeführt wurde, ist der Antrag nicht mehr relevant. Siehe TA Rennes, Ord. 28. April 1985, *Préfet du Finistère c/ Conseil général* (zitiert von R. ETIEN, *RD* 1988, S. 754, Fußnote 79), in Bezug auf eine Entscheidung, mit der ein Zuschuss gewährt wurde, der zum Zeitpunkt der Übermittlung der Urkunde an die Präfektur tatsächlich ausgezahlt wurde.

¹⁶²² B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, Nr. 278.

Handeln hat, ist für die Realisierung dieses Effekts unerlässlich. Ohne eine solche Verpflichtung kann die indirekte horizontale Wirkung nicht zur Anwendung kommen¹⁶²³. Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass eine solche Wirkung im Rahmen der einstweiligen Verfügung *nur aufgrund der* Möglichkeit des Einzelnen möglich ist, die Untätigkeit und Unterlassungen der Verwaltungsbehörde anzufechten, und nicht, wie behauptet wurde, aufgrund der Wahl des Begriffs "Grundfreiheit".¹⁶²⁴

386. Die indirekte horizontale Wirkung zeigte sich zum ersten Mal in der *Tibéri-Verordnung* vom 24. Februar 2001¹⁶²⁵. Die Umstände, die zu dieser Entscheidung führten, sind bekannt. Anlässlich der Kampagne für die Kommunalwahlen 2001 plante der private Fernsehsender Canal +, ein "Duell" zwischen den beiden Hauptkandidaten für das Bürgermeisteramt von Paris, Philippe Seguin und Bertrand Delanoé, zu veranstalten. Jean Tibéri, der amtierende Bürgermeister der Stadt, der jedoch nicht die Nominierung seiner Partei erhalten hat, wird nicht zu diesem Fernsehduell eingeladen. Herr Tibéri ist der Ansicht, dass die Entscheidung von Canal +, ihn von der Debatte auszuschließen, das Erfordernis des Pluralismus beim Ausdruck von Denk- und Meinungsströmungen beeinträchtigt. Da der Verwaltungsrichter nicht dafür zuständig ist, über Verletzungen der Grundfreiheiten zu entscheiden, derer sich private Sender schuldig machen, konnte Herr Tibéri keine einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft Canal + einreichen, da diese eine juristische Person des Privatrechts ist und nicht mit der Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betraut ist. Um dieses Hindernis zu umgehen, wurde der Antrag gegen den Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) gestellt, eine unabhängige Verwaltungsbehörde, die satzungsgemäß damit beauftragt ist, über die Einhaltung des Pluralismus in den nationalen Fernsehsendern zu wachen¹⁶²⁶. Die Argumentation des Klägers lässt sich in zwei Vorschlägen zusammenfassen. Einerseits gebietet es die Achtung des Pluralismus, dass der Conseil supérieur de l'audiovisuel die Gesellschaft Canal + anweist, entweder den Umfang der Debatte auf alle Kandidaten für das Bürgermeisteramt von Paris auszuweiten oder auf jegliche Debatte zu verzichten. Andererseits stellt das Nichthandeln des Conseil supérieur de l'audiovisuel eine Beeinträchtigung des Pluralismus dar, die es rechtfertigt, dass das Gericht den Conseil supérieur de l'audiovisuel anweist, Canal + diese Anweisung zu erteilen. Der gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufene Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats erhebt keine Einwände gegen die Unzulässigkeit und entscheidet über den Antrag.

Damit "erkennt der Beschluss die Existenz der horizontalen Auswirkungen der Grundrechte und -freiheiten in dem Sinne an, dass er eine Privatperson - Canal + - verpflichtet, die Rechte einer anderen Privatperson, Herrn Tibéri, zu respektieren"¹⁶²⁷. Indem er sich für zuständig erklärt, akzeptiert der Richter für einstweilige Verfügungen, dass eine Privatperson vor seinem Präsidium die Verletzung einer Grundfreiheit durch eine andere Privatperson geltend machen kann, allerdings unter der Voraussetzung, dass sie sich hinter einer öffentlichen Person verschanzen kann, die die Rolle eines Regulierers spielt. Die Tragweite dieser Entscheidung ist daher wichtig. Sie bedeutet, dass es "mit dem Verfahren des *référé-liberté* und unter der Voraussetzung, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Vermittler gefunden werden kann, möglich sein wird, die Achtung der Grundrechte und -freiheiten in den Beziehungen zwischen Privatpersonen zu erreichen"¹⁶²⁸. Im Gegensatz

¹⁶²³ Siehe CE, 22. Mai 2002, *Fofana und andere*, *Lebon* S. 175. Die Kläger, Mieter von gesundheitsschädlichen Wohnungen, die Privatpersonen gehörten, beantragten, die Gemeinde anzuweisen, ihnen eine Ersatzwohnung zu beschaffen, bis die von ihnen bewohnten Wohnungen saniert worden waren. Da die öffentliche Behörde unter diesen Umständen nicht rechtlich verpflichtet ist, ihnen eine Ersatzwohnung zu verschaffen, stellt der Staatsrat keinen schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit fest, der "von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die in Ausübung einer ihrer Befugnisse handelt", begangen wird.

¹⁶²⁴ M. Brenet argumentierte, dass "die Verwendung des Begriffs der Grundfreiheit noch den Vorteil bietet, die Wirkung der einstweiligen Verfügung zu erweitern, indem sie es den Bürgern ermöglicht, sich in den vertikalen Beziehungen, die sie mit der öffentlichen Gewalt eingehen, aber auch in den horizontalen Beziehungen, die sie mit anderen Privatpersonen eingehen können, zu schützen" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, S. 1568). M. Brenet verleiht der Wahl dieses Ausdrucks eine Tragweite, die er offensichtlich nicht hat. Nicht nur wäre eine strikt identische Wirkung mit dem Ausdruck "öffentliche Freiheit" oder "wesentliche Freiheit" möglich gewesen. Aber darüber hinaus schließt nichts aus, dass sich eine solche Wirkung auch im Rahmen der einstweiligen Verfügung entfalten kann, sofern der Antragsteller über eine anzufechtende Entscheidung verfügt. In diesem Fall geht die Aussetzung einer negativen Entscheidung nämlich mit dem Erlass einer Vollstreckungsanordnung einher (siehe CE, 11. Juni 2002, *SARL Camping d'Oc*, *Lebon* T. S. 933, die den Verfasser eines *référé-conservatoire* auf die Verfahren *référé-suspension* und *référé-liberté* verweist, um die Räumung von unberechtigten Besetzern zu erreichen).

¹⁶²⁵ CE, ord. 24. Februar 2001, *Tibéri*, *Lebon* S. 85, *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU; *D.* 2001, S. 1748-1751, Anm. R. GHEVONTIAN; *RFD A* 2001, S. 629-649, Anm. B. MALIGNER; Com. com. *électr.* 2001, comm. n° 51, obs. G. DECOCQ und A. LEPAGE.

¹⁶²⁶ Das Gesetz vom 30. September 1986 übertrug dem Conseil supérieur de l'audiovisuel die Aufgabe, die Einhaltung der in den Artikeln 1^{er} und 3 festgelegten Grundsätze zu überwachen, zu denen die Gleichbehandlung und der Ausdruck des Pluralismus der Denk- und Meinungsströmungen gehören.

¹⁶²⁷ L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, S. 1741.

¹⁶²⁸ R. GHEVONTIAN, a. a. O., S. 1751. Zu diesem Thema siehe D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits*

zu dem, was manchmal behauptet wird¹⁶²⁹, erlegt der Richter des *référé-liberté* einer Privatperson keine Verpflichtungen auf - er könnte dies in jedem Fall nicht tun, es sei denn, er würde die Regeln missachten, die die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den beiden Rechtsprechungsorganen regeln. Die vom Richter für einstweilige Verfügungen festgelegten Verpflichtungen richten sich nicht an die Privatgesellschaft Canal +, sondern an den CSA. Der Richter für einstweilige Verfügungen legt ausführlich die Maßnahmen dar, die die öffentliche Person aus Gründen des Pluralismus ergreifen muss, um den Streitfall mit Canal + beizulegen, doch als solcher richtet er keine Anordnung an Canal +.

387. Eine weitere Anwendung der indirekten horizontalen Wirkung der Grundfreiheiten lässt sich im Fall *Stéphaur*¹⁶³⁰ erkennen. Dort sind alle drei Elemente, die für die Entfaltung dieser Wirkung erforderlich sind, vereint. Erstens verletzt eine Privatperson durch ihr Handeln die Grundfreiheiten eines Dritten: Eine Privatperson besetzt unrechtmäßig die Immobilie eines Eigentümers und verletzt damit die Freiheit des Eigentümers, über sein Eigentum zu verfügen (und die Freiheit des Mieters, über das gemietete Eigentum zu verfügen). Zweitens ist die Verwaltungsbehörde verpflichtet, zu handeln, um die Beeinträchtigung zu beenden: Wenn die Justizbehörde die Unregelmäßigkeit der unberechtigten Besetzung festgestellt und die Räumung des Hausbesetzers angeordnet hat, ist der Präfekt, wenn keine Gefahr einer erheblichen Störung der öffentlichen Ordnung besteht, verpflichtet, die öffentliche Gewalt einzusetzen, um diese Entscheidung durchzusetzen¹⁶³¹. Schließlich unterlässt die Verwaltung ein Handeln: Die Präfekturbehörde weigert sich oder unterlässt es, die öffentliche Gewalt einzusetzen.

Diese Rechtsprechung wurde mit dem Urteil *Stéphaur* vom 29. März 2002 eingeleitet. Eigentümer und Mieter, die Opfer einer Hausbesetzung geworden waren, hatten beim Zivilrichter für einstweilige Verfügungen eine Entscheidung erwirkt, die die Räumung der unberechtigten Bewohner vorschrieb. Da der Präfekt die öffentliche Gewalt nicht einsetzte, wandten sich die Betroffenen an den Richter für einstweilige Verfügungen und erwirkten die Anordnung einer Schutzmaßnahme. Es sei darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsrichter, indem er seine Zuständigkeit in diesem Rechtsstreit beibehält und die Polizeibehörde anweist, die öffentliche Gewalt anzuwenden, in keiner Weise die Vorrechte der Justizbehörde missachtet. Überraschenderweise argumentierte ein Autor: "Indem er die Vollstreckung einer Entscheidung des Gerichts anordnet, emanzipiert sich der Verwaltungsrichter von den Regeln der Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungs- und Gerichtsgerichtsbarkeit"¹⁶³². Diese Lesart der *Stéphaur-Rechtsprechung* ist verwerflich, denn indem der Verwaltungsrichter die Verwaltungsbehörde anweist, eine gerichtliche Entscheidung zu vollstrecken, greift er in keiner Weise in die Befugnisse der Gerichtsbarkeit ein. Er greift nicht direkt in einen privatrechtlichen Rechtsstreit ein. Er kommt nicht, um nach einem Zivilgericht einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen neu zu entscheiden. Indem er sich bereit erklärt, über die Unterlassung oder die Weigerung der Verwaltung, eine gerichtliche Entscheidung zu vollstrecken, zu entscheiden, stärkt er vielmehr die Wirksamkeit der Entscheidung und gewährleistet ihre korrekte Vollstreckung durch die Verwaltung. Der Verwaltungsrichter beeinträchtigt die Gewaltenteilung und Behördenteilung keineswegs, sondern stärkt sie im Gegenteil durch sein Eingreifen¹⁶³³.

fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées, thèse Aix-en-Provence, 2005, 500 S.

¹⁶²⁹ M. Maligner behauptet, dass der Richter "einer Privatperson, die im Übrigen nicht mit der 'Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung' betraut ist, auferlegt, eine bestimmte Haltung einzunehmen" (B. MALIGNER, *a. a. O.*, S. 644). Ebenso argumentiert M. Faure, dass es "bemerkenswert ist, dass dieser Beschluss es dem Richter des *référé-liberté* ermöglicht, eine Instruktion in Form einer Ergebnisverpflichtung an eine juristische Person des Privatrechts zu richten, die nicht mit einem öffentlichen Auftrag betraut ist, nämlich Canal +, insofern diese mit dem CSA zusammenarbeitet" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), Nr. 56).

¹⁶³⁰ CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaur und andere, Lebon S. 117, AJDA* 2003, S. 345-349, Anmerkung P. GROSIEUX. Zu den zahlreichen Anwendungen, zu denen diese Rechtsprechung geführt hat, siehe die *oben* zitierten Verweise, § 273.

¹⁶³¹ Siehe *oben*, § 273.

¹⁶³² P. GROSIEUX, *a. a. O.*, S. 349.

¹⁶³³ Wie der Verfassungsrat bestätigte, muss die Verwaltung gerichtliche Entscheidungen ausführen und respektieren; sie kann diese Verpflichtung nicht missachten, ohne die in Artikel 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte proklamierte Gewaltenteilung zu verletzen (siehe *oben*, § 273). Indem der Verwaltungsrichter auf diese Verpflichtung hinweist und auf die Einhaltung der Gewaltenteilung achtet, gewährleistet er die ordnungsgemäße Umsetzung der Entscheidungen des Gerichts durch die öffentliche Gewalt. Vor der Einführung des *référé-liberté* hatten die Eigentümer, die ihre Räumungsentscheidung in Händen hielten, keine gerichtliche Handhabe, um die Weigerung der Verwaltung, etwas zu tun, oder die Untätigkeit der Verwaltung wirksam zu bekämpfen. Obwohl eine solche Weigerung als Ausnahme gedacht ist, wurde festgestellt, dass die Verwaltung sich sehr häufig weigerte, die Vollstreckung von Entscheidungen zu unterstützen, die die Räumung von unrechtmäßig besetzten Häusern auf Antrag des Eigentümers anordneten. Jedes Jahr werden nur 2000 der 30.000 Anträge auf Mitwirkung der öffentlichen Gewalt bewilligt (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 1512). In dieser Hypothese "ist es letztlich die Verwaltung, die entscheidet, ob die Rechtskraft der Entscheidung respektiert werden muss" (L. FAVOREU, "Rapport français (Droit public interne)", in *L'effectivité des décisions de justice. Travaux de l'Association Henri Capitant* (Journées françaises), 17-21 Mai 1985, t. XXXVI, *Economica*, 1987, S. 610). Die von der Hausbesetzung betroffenen Eigentümer hatten keine andere Wahl, als die Verurteilung der Verwaltung zur Zahlung

388. Dank einer erheblichen Lockerung der Regeln für die Einlegung eines Rechtsbehelfs hat das Opfer einer möglichen Verletzung seiner Grundfreiheiten sehr leichten und folglich sehr schnellen Zugang zum Richter für einstweilige Verfügungen. Mit demselben Ziel, schwere Verletzungen der Grundfreiheiten sofort zu ahnden, muss der Richter für einstweilige Verfügungen die Anträge, die ihm auf dieser Grundlage vorgelegt werden, äußerst zügig prüfen und entscheiden.

einer Entschädigung zu beantragen. Im Falle einer rechtmäßigen Verweigerung - weil sie durch eine tatsächlich drohende Störung der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt war - wurde die Verwaltung ohne Verschulden für die Verletzung der Gleichheit vor den öffentlichen Lasten haftbar gemacht (Rechtsprechung *Coniétas*, die in Artikel 16 des Gesetzes vom 9. Juli 1991 verankert ist: siehe *oben*, § 273). Im Falle einer rechtswidrigen Ablehnung - ohne nachgewiesene Störung der öffentlichen Ordnung - konnte die Untätigkeit der Verwaltung zu einer Haftung aufgrund groben Verschuldens führen (siehe z. B. CE, 7. November 1984, *Horel*, *Syndic Société Hélio Cachan*, *Dr. adm.* 1985, Nr. 541; CE, 2. Dezember 1987, *SA Anodistation*, *JCP G* 1988, IV, 88). Da sie nun über ein wirksames und schnelles Handlungsmittel verfügen, können die Opfer von Hausbesetzungen die Verwaltung zwingen, einzugreifen, um die Verletzung des Eigentumsrechts zu beenden. Damit trägt der Verwaltungsrichter zur Einhaltung des Grundsatzes der Gewaltenteilung bei, der in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung unter anderem beinhaltet, dass die Verwaltung gerichtliche Entscheidungen umsetzt, ohne deren Zweckmäßigkeit beurteilen zu müssen.

Kapitel 2

Ein schneller Richter

389. In ordentlichen Verfahren folgen die Untersuchung und Entscheidung von Beschwerden komplexen Regeln und verbindlichen Formalitäten, die das Ungleichgewicht der beteiligten Parteien ausgleichen sollen. Diese Anforderungen, insbesondere die Schriftlichkeit des Verfahrens und die Einbeziehung eines Kollegialorgans, ermöglichen es dem Gericht, nach einer vollständigen Untersuchung und eingehenden Prüfung des Streitfalls in aller Ruhe zu entscheiden. Dieser Formalismus stellt für den Einzelnen eine Garantie für eine gute Rechtsprechung dar. Dennoch ist die Einhaltung dieser Regeln zeitaufwendig und verlangsamt zwangsläufig den Verlauf des Verfahrens. Im Falle eines schweren Eingriffs in eine Grundfreiheit lässt sich das Ziel der zügigen Bearbeitung von Rechtsstreitigkeiten nur schwer mit dem üblichen Formalismus bei der Untersuchung und Entscheidung von Anträgen vereinbaren. Ein Rechtsweg, der darauf abzielt, schwere Verstöße gegen Grundfreiheiten zu ahnden, sobald sie auftreten, kann nicht die geringste verfahrenstechnische Schwerfälligkeit ertragen. Daher musste eine Verfahrensregelung festgelegt werden, die dem Ziel des unmittelbaren Schutzes der Freiheitsrechte gerecht wird.

Das Verfahren für einstweilige Verfügungen ist so organisiert, dass eine Entscheidung innerhalb von Tagen oder sogar Stunden nach der Einreichung des Antrags getroffen werden kann. Alles ist auf eine extrem schnelle Bearbeitung der auf dieser Grundlage eingereichten Anträge ausgelegt. Der Antrag wird von einem Einzelrichter geprüft, der in einem schlanken Verfahren entscheidet. Der Richter für einstweilige Verfügungen lehnt Anträge, die zum Scheitern verurteilt sind, sofort ab und entscheidet innerhalb von 48 Stunden über Anträge, die eine eingehendere Prüfung verdienen. So trägt das eingeführte Verfahren, wie Chapus betont, "den Stempel der Sorge, dass die Instanz (in erster Instanz und in der Berufung) so schnell wie möglich zu Ende geführt wird, und zwar so sehr, dass es mehr als ein Dringlichkeitsverfahren zu sein scheint: ein Verfahren der extremen Dringlichkeit".¹⁶³⁴

Abschnitt 1. Der Einzelrichter als unverzichtbares Instrument der Beschleunigung

390. Der Rückgriff auf die Formel des Einzelrichters ist unerlässlich, um die Schnelligkeit des Verfahrens zu gewährleisten und eine sehr schnelle Bearbeitung der Anträge sicherzustellen. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist daher ein Richter, der allein und ohne Anträge eines Regierungskommissars entscheidet.

I. Die Notwendigkeit des allein entscheidenden Richters

391. Der Wille, schnell zu handeln - oder sehr schnell, wenn es sich um Anträge auf einstweilige Verfügung handelt - hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, vom traditionellen Prinzip der Kollegialität abzuweichen. Die Prüfung des Falls durch einen Einzelrichter ist der erste Faktor für die Beschleunigung des Verfahrens.

392. Seit jeher ist das Kollegialitätsprinzip die Regel im Verwaltungsstreitrecht¹⁶³⁵. Heute gehört dieses Erfordernis zu den Grundsätzen des Vortitels des Verwaltungsgerichtsgesetzes, in dessen Artikel L. 3 es heißt: "Die Urteile werden in kollegialer Besetzung gefällt". Dieser Grundsatz beruht auf der Idee und sogar der Feststellung, dass ein Kollegialgericht den Bürgern höhere Garantien in Bezug auf die Qualität,

¹⁶³⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1592.

¹⁶³⁵ Siehe C. BOITEAU, "Le juge unique en droit administratif", *RFDA* 1996, S. 10-28; B. PACTEAU, "Der Einzelrichter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Le point de vue de la doctrine", *GP* 1998, 1, S. 177-182; C. CHEVALLIER-GOVERS, "Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative", *GP* 2000, 1, S. 1030-1047; M. RONCIERE, "Le juge unique dans la juridiction administrative: de l'exception à la généralisation", *LPA* 26. Juli 1995, S. 18-20; M. PAILLET, "Le juge administratif, juge unique", in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Colloque des IEJ (C. BOLZE und P. PEDROT dir.), Toulon, 19-20 Mai 1995, Dalloz, 1996, S. 93-112; M. RIGAUD, *Le juge unique en droit administratif au regard des garanties de bonne justice*, thèse Toulon, 2002, 369 S.; M. NAUDET-SENECHAL, *Le juge unique. Essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2000, 774 S.; R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, thèse Paris II, 2001, 841 S.

Unabhängigkeit und Autorität der Justiz bietet¹⁶³⁶. Der Grundsatz ist jedoch nicht absolut¹⁶³⁷. Es gibt Ausnahmen, die entweder durch die Einfachheit der zu behandelnden Frage oder durch die Notwendigkeit einer schnellen gerichtlichen Intervention gerechtfertigt sind.¹⁶³⁸

- 393.** In Anbetracht der personellen Ausstattung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Umfangs der jährlich bei ihr anhängigen Streitigkeiten erfordern die Erfordernisse der Dringlichkeit von Streitigkeiten den Einzelrichter im Bereich der einstweiligen Verfügungen¹⁶³⁹. Da die Behandlung dringender Fälle dadurch erschwert wird, führt der Rückgriff auf das Kollegialgericht zu einer Verlängerung der Verfahren. Wenn es also schnell gehen soll, "muss man die Zeit der Kollegialität einsparen"¹⁶⁴⁰. Wie Drago feststellte, ist "das Eingreifen eines Einzelrichters, der ohne Verfahren entscheidet, eine fast grundlegende Voraussetzung" für die Schnelligkeit

¹⁶³⁶ Durch die Förderung des Meinungsaustauschs und der Gegenüberstellung von Standpunkten gewährleistet die Kollegialität in erster Linie die Qualität der Entscheidung. Durch die damit einhergehende Beratung wird das Risiko von Fehlern verringert und das Gewicht persönlicher Vorurteile reduziert. Das Sprichwort "Einzelrichter, ungerechter Richter" zeigt umgekehrt die Angst vor der Personalisierung der Rechtsprechung. Montesquieu behauptete, dass "ein solcher Magistrat nur in der despotischen Regierung stattfinden kann" (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Buch VI, Kapitel VII). Zweitens garantiert die Kollegialität die Unabhängigkeit der Richter. Wie Professor Pacteau erklärt, "trägt die Kollegialität, zumindest so, wie sie in Frankreich konzipiert ist, d. h. in Verbindung mit der Vertraulichkeit der geäußerten Meinungen und der Anonymität der abgegebenen Stimmen, dazu bei, eine *größere persönliche Unabhängigkeit des Richters* zu gewährleisten" (B. PACTEAU, *a. a. O.*, S. 178. Unterstreichung). Sie stellt für die Richter, die mit der Regelung von Verwaltungsstreitigkeiten betraut sind, "eine Voraussetzung für ihre Unabhängigkeit in ihren Beziehungen zu dem mächtigsten und beständigsten ihrer Rechtsuchenden, d. h. zur Verwaltung, dar" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, Nr. 53). Schließlich verleiht die Kollegialität dem verkündeten Urteil eine symbolische Autorität. Sie "prägt dem Gerichtsurteil eine besondere Dimension ein. C'est le bras de justice qui tranche le litige et non la volonté d'un homme seul qui peut être livré à ses passions, ses faiblesses, ses préjugés (...) elle accentue la fonction mythique de la justice considérée comme détachée de l'individu" (T.-S. RENOUX, "Le Conseil constitutionnel et la collégialité", in *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux*, *op. cit.*, S. 113). Die beiden letztgenannten Elemente sind in Verwaltungsstreitigkeiten umso wertvoller, da hier die öffentliche Gewalt selbst beurteilt wird: "Eu égard à la nature des litiges qui mettent en cause l'administration, un organe collégial est plus à même de garantir l'indépendance des juges et d'assurer l'autorité de la décision" (C. CHEVALLIER-GOVERS, *op. cit.*, S. 1046). Dies erklärt, warum im Bereich des streitigen Verwaltungsverfahrens "man lange Zeit nahe an der Einstimmigkeit nach einem Denken war, das dem Einzelrichter, einem Richter, der *allein entscheidet* und vor allem *allein* berät, also *a priori* weniger und schlechter ist, grundsätzlich feindlich gegenübersteht" (B. PACTEAU, *a. a. O.*, S. 177. Hervorhebung hinzugefügt). Die Institution war Gegenstand definitiver Verurteilungen durch die prominentesten Persönlichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit. So erklärte Präsident Odent, dass "die Lösung des Einzelrichters, die in Verwaltungsstreitsachen beschleunigt erscheinen kann, eine verabscheuungswürdige Lösung ist (...)" (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP de Paris, 1981, S. 970). Diese Feindseligkeit erklärt das späte Auftreten des Einzelrichters in Verwaltungsstreitigkeiten. Von den 25 Einzelrichterhypothesen, die in der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt wurden - einige wurden inzwischen wieder abgeschafft -, wurden 20 in den 1980er und 1990er Jahren eingeführt, wobei das letzte Jahrzehnt durch eine sehr deutliche Beschleunigung gekennzeichnet war (siehe R. D'HAEM, *a. a. O.*, zusammenfassende Tabelle auf S. 13).

¹⁶³⁷ Artikel L. 3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes behält ausdrücklich die Möglichkeit gesetzlicher Abweichungen vom Grundsatz vor. Diese Abweichungen sind insofern möglich, als die Kollegialität keineswegs eine übergesetzliche Anforderung darstellt (vgl. M. RIGAUD, *a. a. O.*). Folglich steht der Einrichtung des Einzelrichters keine verfassungsrechtliche oder europäische Norm entgegen. Der Verfassungsrat lehnte es ab, einen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Kollegialität zu verankern (CC, Nr. 75-56 DC, 23. Juli 1975, *Sfg.* 1975, S. 22). Im Jahr 1990 kritisierte er nicht die Einführung des Einzelrichters für die Behandlung von Streitigkeiten über die Abschiebung an der Grenze (CC, Nr. 89-266 DC, 9. Januar 1990, *Sfg.* S. 15). Ebenso wenig hat er in dieser Hinsicht das spätere Gesetz vom 8. Februar beanstandet, das das System des Einzelrichters in Verwaltungsstreitigkeiten weiterentwickelt (CC, Nr. 95-360 DC, 2. Februar 1995, *Sfg.* S. 195). Ähnlich verhält es sich im Europarecht. Wie M. Pacteau feststellt, "hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der oft so schnell die besten gerichtlichen Garantien aufspürt, (...) keine Grundsätze, seien sie punktuell oder partiell, der gerichtlichen Kollegialität auferlegt" (B. PACTEAU, *a. a. O.*, S. 179).

¹⁶³⁸ Um die Formulierung von Professor Normand zu verwenden, ist der Rückgriff auf den Einzelrichter erforderlich, "wenn es keine Zeit zu verlieren gibt" und "wenn es sinnlos ist, seine Zeit zu verlieren" (J. NORMAND, "Le juge unique et l'urgence", in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?*, *a. a. O.*, S. 33). Die Einzelrichterformel ist notwendig, um in dringenden Fällen über Fragen entscheiden zu können, die kein Abwarten dulden - eine Annahme, die uns hier interessiert; sie ist ausreichend, wenn es darum geht, einfache Fragen zu regeln (z. B. eine Rücknahme der Klage festzustellen). Diese zweite Einzelrichterhypothese beruht auf dem Gedanken, dass es nicht notwendig ist, ein Kollegialgericht einzuberufen, um Anträge zu behandeln, die nicht die geringsten rechtlichen Schwierigkeiten aufwerfen und bei denen das Eingreifen eines Kollegialgerichts völlig überflüssig ist. Das Gesetz vom 8. Februar 1995 hat diese Möglichkeit erheblich erweitert. Nach diesem Gesetz "schätzte man die Zahl der erstinstanzlichen Fälle, die auf diese Weise gelöst werden konnten, auf 10 bis 20 %" (A. BOURREL und J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Coll. La justice au quotidien, 2003, S. 12).

¹⁶³⁹ Die Dringlichkeit erfordert nicht per se den Einzelrichter. Sie erfordert ihn in Bezug auf die Personalausstattung unserer Justiz. Zwar kann ein Kollegialgericht sehr schnell tätig werden (siehe die *oben in § 6* genannten Beispiele), seine Einberufung führt jedoch zu einer Mobilisierung von Richtern zu Lasten der Fälle, die nach den normalen Regeln entschieden werden.

¹⁶⁴⁰ J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON und M.-A. FRISON-ROCHE, "Le juge des référés au regard des principes procéduraux", *D.* 1995, S. 72.

des Verfahrens¹⁶⁴¹. In der Vergangenheit hatte diese Anforderung dazu geführt, dass der Einzelrichter in bestimmten Streitfällen, die ein sehr schnelles Eingreifen erforderten, eingeführt wurde. So wurde das Prinzip des Einzelrichters für den *Déféré-liberté*, den Grenzabschiebungsstreit, den *référé-précontractuel* oder das Verfahren zur vorläufigen Aussetzung, das durch Artikel L. 10 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (Gesetz über Verwaltungsgerichte und Berufungsgerichte) organisiert wird, beibehalten¹⁶⁴². In Bezug auf die in Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes geregelten einstweiligen Verfügungen hat der Gesetzgeber die Formel des Einzelrichters gemäß den von der Arbeitsgruppe des Staatsrats festgelegten Leitlinien verallgemeinert¹⁶⁴³. Es sei darauf hingewiesen, dass auch ohne ein gemeinsames Rechtssystem für alle einstweiligen Verfügungen die Lösung des Einzelrichters in jedem Fall auf die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit angewandt worden wäre. Da der Gesetzgeber wollte, dass Anträge, die sich auf das Vorliegen eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit beziehen, innerhalb von 48 Stunden entschieden werden, war das Prinzip des allein entscheidenden Richters in diesem Bereich natürlich zwingend erforderlich.

II. Die Eigenschaft als Richter für einstweilige Verfügungen

394. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist ein erfahrener Einzelrichter. Da er eine Funktion mit streng juristischem Charakter ausübt, unterliegt er natürlich dem Gebot der Unparteilichkeit.

A. Ein erfahrener Einzelrichter

395. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist ein Einzelrichter. Er entscheidet allein und durch Beschluss ohne Anhörung eines Regierungskommissars¹⁶⁴⁴. Artikel L. 522-1 Abs. 3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes sieht vor, dass, wenn keine Verweisung an einen Kollegialausschuss erfolgt, "die Verhandlung ohne Schlussanträge des Regierungskommissars stattfindet". Die Befreiung vom Regierungskommissar betrifft sowohl den Richter des ersten Rechtszugs als auch den Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats. Wenn er über einen Antrag entscheidet, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 im Wege der Berufung gestellt wurde, entscheidet der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ohne Schlussanträge des Regierungskommissars, entgegen dem, was zu diesem Punkt behauptet werden konnte.¹⁶⁴⁵

1641 R. DRAGO, "La procédure de référé devant le Conseil d'Etat", *RDJ* 1953, S. 304.

1642 Im Gegensatz dazu musste der gewöhnliche Vollstreckungsaufschub notwendigerweise von einem Kollegialorgan ausgesprochen werden, da der Einzelrichter nur für die Ablehnung des Antrags auf Vollstreckungsaufschub zuständig war. Chapus hatte diese Regel zu Recht kritisiert: "L'exigence que le jugement des demandes de sursis soit le fait d'une formation collégiale procède d'une exagération de la gravité que revêt la suspension de l'exécution d'une décision administrative. (...) En ce qui concerne les décisions administratives, le principe (au moins) du jugement par un juge unique conviendrait mieux, s'agissant de prendre une mesure tout à la fois urgente et provisoire" (R. CHAPUS, "Le juge administratif face à l'urgence", in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, S. 290). Was den *référés*-Richter betrifft, so war er zwar ein Einzelrichter, aber seine Befugnisse waren sehr begrenzt.

1643 Siehe "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFD* 2000, S. 949: "en dépit des garanties apportées par la collégialité, le groupe de travail a estimé que seul un juge unique était à même de faire face, en l'urgence, à certaines demandes des justiciables. Das Bestreben, die Verfahren zu vereinheitlichen, hat die Arbeitsgruppe dazu veranlasst, die Befugnisse des Verwaltungsrichters zum Eingreifen in dringenden Fällen in allen Fällen diesem Einzelrichter zu übertragen, der als "Richter für einstweilige Verfügungen" bezeichnet wird".

1644 Dennoch ist der Richter für einstweilige Verfügungen kein isolierter Richter. Abgesehen davon, dass er immer die Möglichkeit hat, an ein Kollegium zu verweisen, gibt es drei Faktoren, die eine Isolierung des Richters im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ausschließen. Erstens hat er bei Schwierigkeiten alle Möglichkeiten, sich inoffiziell mit seinen Kollegen zu beraten. In der Praxis ist es nicht ungewöhnlich, dass er seine Kollegen informell über seine Bedenken in Bezug auf einen Fall informiert und so vor seiner Entscheidung einen Meinungsaustausch führt. Zweitens kann er bei seinen Recherchen und beim Verfassen von Entscheidungen auf die Unterstützung von Justizassistenten und beim Staatsrat auf die Dienste des Dokumentationszentrums zurückgreifen. Drittens können bei einem wöchentlichen Treffen der Richter für einstweilige Verfügungen, das dem Treffen der *Trika* vorausgeht, gemeinsame Lösungsansätze festgelegt werden. An diesem Treffen nehmen jeden Dienstag der Vorsitzende und die drei stellvertretenden Vorsitzenden der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung (die vier der fünf ständigen Richter für einstweilige Verfügungen sind) teil, zu denen bei dieser Gelegenheit der fünfte Richter für einstweilige Verfügungen der Woche hinzukommt. Dieses wöchentliche und institutionalisierte Treffen fördert eine Harmonisierung der Rechtsprechung in diesem Bereich. Zu diesen verschiedenen Elementen siehe B. GENEVOIS, "Entretien avec Franck Moderne et Pierre Delvolvé", *RFD* 2007, S. 2; B. STIRN, "Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif", in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, S. 795-801, Sp. S. 799-801.

1645 Vgl. J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation. Dispositions générales", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5,

Die Schwächung der Garantien für die Bürger durch das Fehlen eines Regierungskommissars und des Kollegialitätsprinzips wurde durch die Forderung nach einem Mindestgrad und einem Mindestmaß an Erfahrung abgemildert. Die Parlamentarier verlangten nämlich, dass der Richter, der allein entscheiden soll, eine gewisse Erfahrung mit Rechtsstreitigkeiten nachweisen muss. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Bedingung der Kompetenz und Erfahrung in erster Lesung von der Nationalversammlung eingeführt. Die Abgeordneten wollten die Umsetzung der Reform Richtern anvertrauen, die Erfahrung mit der Bearbeitung von Fällen und Verfahren haben und sich nicht davor scheuen würden, die Fülle ihrer neuen Verantwortlichkeiten zu übernehmen¹⁶⁴⁶. Daher behält Artikel L. 511-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes den Vorsitzenden der Verwaltungsgerichte sowie den ihnen zu diesem Zweck ernannten Richtern, die, sofern sie nicht abwesend oder verhindert sind, ein Mindestdienstalter von zwei Jahren haben und mindestens den Rang eines ersten Beraters erreicht haben, das Recht vor, als Richter für einstweilige Verfügungen zu fungieren. In den Beschlüssen muss die Delegation, die der Richter für einstweilige Verfügungen vom Präsidenten des Verwaltungsgerichts erhalten hat, nicht erwähnt werden¹⁶⁴⁷. Ein Richter, der nicht den Rang eines ersten Beraters erreicht hat, ist befugt, bei Abwesenheit oder Verhinderung seiner Kollegen, die die doppelte Bedingung des Alters und des Dienstalters gemäß Artikel L. 511-2 erfüllen, als Richter für einstweilige Verfügungen zu entscheiden¹⁶⁴⁸. Bei Streitigkeiten, für die der Staatsrat in der Berufungsinstanz oder in erster und letzter Instanz zuständig ist, fällt die Funktion des Richters für einstweilige Verfügungen dem Vorsitzenden der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung sowie den Staatsräten zu, die er zu diesem Zweck ernannt. In der Anfangsphase der Reform erfüllten nur die stellvertretenden Vorsitzenden der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung diese Aufgabe in Vollzeit neben dem Vorsitzenden der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung. Nachdem die Eingewöhnungsphase abgeschlossen war und die wichtigsten Verfahrensprobleme gelöst waren, wurden auch andere Staatsräte in die Ausübung der Funktion des Richters für einstweilige Verfügungen einbezogen, insbesondere die Vorsitzenden der Unterabteilungen. Hinsichtlich der Verteilung der Fälle innerhalb eines Gerichts sind keine Besonderheiten des *référé-liberté* zu verzeichnen. Anträge, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt werden, werden auf die gleiche Weise wie andere Anträge auf einstweilige Verfügung auf die verschiedenen Richter verteilt. Im Staatsrat befasst sich kein Richter für einstweilige Verfügungen spezifischer mit Anträgen, die auf dieser Grundlage gestellt werden. Es ist jedoch zu beobachten, dass ein großer Teil der Anträge vom Vorsitzenden der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung selbst übernommen wird.

396. Obwohl der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich ein Einzelrichter ist, können die Kollegialität und der Regierungskommissar in einem komplexen Fall oder bei der Klärung einer Grundsatzfrage wieder zum Tragen kommen. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist nämlich kein eigenes Gericht, sondern lediglich ein Ableger des Gerichts, dem er angehört. Daher hat er immer die Möglichkeit, einen Fall abzulehnen und die Entscheidung an das Kollegium zu verweisen¹⁶⁴⁹. Die Verweisungsentscheidung kann nicht diskutiert werden¹⁶⁵⁰. Der Richter für einstweilige Verfügungen des

2002), Nr. 52: "Lorsqu'il toutefois est appelé à statuer en appel sur une mesure prise en *référé* (notamment en matière de *référé-liberté*), le président de la section du contentieux, dans le silence des textes, se prononce après audition de conclusions" (Wenn er jedoch in der Berufung über eine im einstweiligen Rechtsschutz getroffene Maßnahme zu entscheiden hat (insbesondere im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes), entscheidet der Vorsitzende der Abteilung *Verwaltungsrechtsprechung* nach Anhörung der Anträge).

¹⁶⁴⁶ *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10940.

¹⁶⁴⁷ EG, Ord. 20. Juli 2004, *Mzimba*, Nr. 270044. In der Entscheidung heißt es, dass die Angaben in gerichtlichen Entscheidungen bis zum Beweis des Gegenteils verbindlich sind. Folglich reicht die Erwähnung der Eigenschaft des Richters, der den Beschluss erlassen hat, als Richter für einstweilige Verfügungen in einem Beschluss mangels eines Gegenbeweises aus, um die Eigenschaft dieses Richters nachzuweisen.

¹⁶⁴⁸ CE, Ord. 20. Januar 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T. S. 1022*.

¹⁶⁴⁹ Der Richter für einstweilige Verfügungen ist kein eigenständiges, vom Gericht getrenntes Gericht. Er ist lediglich ein Teil des Gerichts, dem er angehört und das ihm seine Zuständigkeit überträgt, um mit der erforderlichen Schnelligkeit zu entscheiden. Daher räumt ihm die ständige Rechtsprechung die Befugnis ein, "die Entscheidung über Anträge, die ihm ernste Schwierigkeiten zu bereiten scheinen und eine ernsthafte Diskussion erwarten lassen, an das Verwaltungsgericht zu verweisen" (CE, Sect. 13. Juli 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout, Lebon S. 338*, Schlusswort J. CHARDEAU, RDP 1957, S. 296-300, Anmerkung M. Waline; *AJDA 1956*, II, S. 321-324, Schlusswort J. CHARDEAU; *AJDA 1956*, S. 339 f., Chronist J. FOURNIER und G. BRAIBANT; CE, 15. Juli 1957, *Ville de Royan, concl. LASRY*, RDP 1958, S. 109-126; CE, 30. März 1984, *Société Coignet Pacifique, Lebon T. S. 715*). Der Staatsrat analysiert in gleicher Weise das Eingreifen des Richters des Conseil d'Etat (CE 21. Februar 1958, *Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la région de Breuille, Lebon S. 120*). Diese Verweisungsmöglichkeit ist von allgemeiner Tragweite, auch wenn sie im Verwaltungsgerichtsgesetzbuch nur im Zusammenhang mit dem Staatsrat (Conseil d'Etat) ausdrücklich erwähnt wird (Artikel R. 611-20). Sie wurde beispielsweise auf die Verfahren des *référé-précontractuel* (CE, 19. März 1997, *SA Entreprise générale de terrassements et de travaux publics et autre, Lebon T. S. 1003*) und der *reconduite à la frontière* (CE, 28. Dezember 1992, *Préfet du Rhône c/ Aslan, Lebon T. S. 983* und S. 1180) angewandt. Auch in Zivilsachen hat der Gerichtspräsident die Möglichkeit, den Fall im Zustand der einstweiligen Verfügung an das Kollegialgericht zu einer Anhörung zurückzuverweisen, deren Datum er festlegt (Artikel 487 der neuen Zivilprozessordnung).

¹⁶⁵⁰ Der Staatsrat ist der Ansicht, "dass die Beurteilung, die der Vorsitzende des Gerichts vornimmt, vor dem

Staatsrats¹⁶⁵¹ nimmt eine Verweisung vor, wenn er mit einem komplexen Rechtsproblem konfrontiert ist, das insbesondere die Bedingungen für die Gewährung der einstweiligen Verfügung¹⁶⁵² oder deren Verfahrensregelung betrifft¹⁶⁵³, und bestätigt damit die Praxis, die Klärung von Grundsatzfragen den Kollegialformationen zu überlassen¹⁶⁵⁴. Die Rückverweisung kann auch eingesetzt werden, um der Bekräftigung einer ständigen Rechtsprechung, die von der Verwaltung frontal missachtet wurde, mehr Feierlichkeit zu verleihen¹⁶⁵⁵. Im Falle einer Verweisung an einen Kollegialausschuss entscheidet dieser nach Anhörung eines Regierungskommissars.¹⁶⁵⁶

B. Die Unparteilichkeit des Richters in einstweiligen Verfügungen und die Frage der Ämterkumulation

397. Es stellte sich die Frage, ob ein Verwaltungsrichter ein und dieselbe Akte nacheinander in seiner Eigenschaft als Richter in der Hauptsache und dann als Richter für einstweilige Verfügungen sowie umgekehrt in seiner Eigenschaft als Richter für einstweilige Verfügungen und dann als Richter in der Hauptsache bearbeiten kann. Der Staatsrat kam im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung zu dem Schluss, dass die beiden Ämter miteinander vereinbar sind. Die Frage der Kumulierung des Amtes eines Richters für einstweilige Verfügungen mit dem Amt eines Richters, der mit einem Antrag auf Prozesskostenhilfe befasst ist, entschied er in gleicher Weise.

Berufungsgericht nicht angefochten werden kann" (CE, Sect., 13. Juli 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, oben). Der Gerichtspräsident verfügt über einen "Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob er selbst oder durch einen Delegierten entscheidet oder ob er die Entscheidung über die einstweilige Verfügung nicht vielmehr an das gesamte Gericht verweist" (M. WALINE, a. a. O., S. 299). Mit anderen Worten: Die Verweisung stellt eine einfache Maßnahme der Rechtspflege dar, die nicht vor dem Berufungs- oder Kassationsgericht angefochten werden kann. Diese Regel ist von allgemeiner Tragweite (siehe für Streitigkeiten über die Abschiebung an die Grenze CE, 10. Dezember 1997, *Préfet de police*, Nr. 170529). Die Entscheidung, die das Kollegialorgan nach dieser Verweisung trifft, unterliegt jedoch logischerweise denselben Rechtsmitteln, wie wenn sie von einem Einzelrichter getroffen worden wäre.

1651 Die Verweisung an einen Kollegialausschuss bleibt vor den erstinstanzlichen Gerichten die Ausnahme. In einigen Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen des Staatsrats wird jedoch erwähnt, dass die angefochtene erstinstanzliche Gerichtsentscheidung nicht von einem Einzelrichter, sondern vom Verwaltungsgericht in kollegialer Besetzung getroffen wurde. Siehe so CE, ord. 8. März 2001, *Ricque, Lebon* T. S. 1130; CE, ord. 19. Juni 2002, *Hoffer*, Nr. 247884.

1652 Siehe zum Beispiel CE, Sect., 18. Januar 2001, *Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles, Lebon* S. 18. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats beschloss die Verweisung an eine Kollegialformation, um insbesondere den Begriff der Grundfreiheit zu beleuchten. Der Regierungskommissar stellte fest, dass "der Richter für einstweilige Verfügungen bereits bei der Registrierung der Klageschrift und in Anbetracht der Fragen, die sie aufwarf, entschieden hat, dass sie am übernächsten Tag von der Abteilung für Streitsachen geprüft werden würde" (Schlussantrag L. TOUVET, *RFDA* 2001, S. 380). Siehe auch bezüglich des Erfordernisses der offensichtlichen Rechtswidrigkeit: CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon*, S. 523.

1653 Vgl. CE, Sect., 28. Februar 2001, *Philippart und Lesage, Lebon*, S. 112, bezüglich der Möglichkeit, in einer einzigen Klageschrift Anträge nebeneinander zu stellen, die auf unterschiedlichen Grundlagen beruhen.

1654 Siehe B. GENEVOIS, "Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, S. 249: "Dans la période récente, bien qu'il est doté de pouvoirs juridictionnels propres le président de la section du contentieux, laisse néanmoins le jugement de questions de principe selon le cas à la section ou à l'assemblée" (In der jüngsten Zeit überlässt der Vorsitzende der Streitsachenabteilung, obwohl er mit eigenen Rechtsprechungsbefugnissen ausgestattet ist, dennoch die Beurteilung von Grundsatzfragen je nach Fall der Abteilung oder der Versammlung).

1655 Siehe zum Beispiel, indem die Verwaltungsbehörde an den verbindlichen Charakter der vom Richter für einstweilige Verfügungen getroffenen Entscheidungen erinnert wird: CE, Sect., 5. November 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 Arten), *Lebon* S. 444.

1656 Anträge, die sich auf verschiedene Rechtssachen beziehen, können gegebenenfalls verbunden werden. Gemäß Artikel L. 7 des Verwaltungsgerichtsgesetzes müssen zwar für jede Rechtssache Anträge gestellt werden, diese können jedoch verbunden werden, wenn dies notwendig ist, insbesondere in dringenden Fällen. In diesem Fall muss der Regierungskommissar klar zwischen den Lösungen unterscheiden, die er für jeden einzelnen Fall vorschlägt. Siehe z. B. die Schlussfolgerungen von M. Touvet zu zwei Arten von Fällen, das Urteil *Commune de Venelles* zu einer *référé-liberté*, das am selben Tag verlesen wurde (CE, Sect., 18. Januar 2001), und das Urteil *Confédération nationale des radios libres* zu einer *référé-suspension*, das am nächsten Tag verlesen wurde (CE, Sect., 19. Januar 2001).

398. Im Rahmen von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes hatte der Staatsrat zu entscheiden, ob ein Richter, der dem Spruchkörper angehörte, der eine Verwaltungsentscheidung aufhob, später als Richter für einstweilige Verfügungen über den Antrag auf Aussetzung der infolge dieser Aufhebung getroffenen Entscheidung entscheiden kann¹⁶⁵⁷. Der Staatsrat bejahte dies insofern, als der Grund des Rechtsstreits in jeder der beiden Hypothesen einfach nicht derselbe ist: In der Hauptsache und im einstweiligen Rechtsschutz entscheidet der Richter nicht über denselben Verwaltungsakt. Unter diesen Umständen, so der Rat, steht weder eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift noch ein Grundsatz dem entgegen, dass ein und derselbe Richter nacheinander über die Klage in der Hauptsache und den Antrag auf einstweilige Anordnung entscheidet. Es handelt sich streng genommen nicht um eine Kumulierung in ein und demselben Fall. Da sich die Frage für das Verfahren des *référé-liberté* in gleicher Weise stellt, muss die für Artikel L. 521-1 gefundene Lösung in vollem Umfang auf Artikel L. 521-2 Anwendung finden.

Der zweite Fall ist insofern heikler, als er diesmal die Kumulierung betrifft, d. h. das aufeinanderfolgende Eingreifen ein und desselben Richters in zwei verschiedenen Eigenschaften in einem bestimmten Fall. Der Staatsrat hat die Ämterkumulierung für das Verfahren des *référé-suspension* zugelassen. In seiner Stellungnahme *Commune de Rogerville* vom 12. Mai 2004 erinnerte der Rat zunächst an das Amt des Richters für einstweilige Verfügungen: "Wird der Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes mit einem Antrag befasst, der darauf abzielt, dass er vorläufig und vorsorglich die Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung verfügt, so führt der Richter für einstweilige Verfügungen innerhalb kürzester Zeit eine kurze Untersuchung durch, die sich von derjenigen unterscheidet, auf deren Grundlage der mit der Hauptsache befasste Richter entscheiden wird (...)". Er stellt weiter fest: "In Anbetracht der Art des dem Richter für einstweilige Verfügungen zugewiesenen Amtes - und vorbehaltlich des Falles, dass es sich insbesondere unter Berücksichtigung des Wortlauts des Beschlusses herausstellt, dass er über das hinaus, was dieses Amt notwendigerweise impliziert, den Ausgang des Rechtsstreits vorweggenommen hat - ist der bloße Umstand, dass ein Richter über einen Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung entschieden hat, an sich nicht geeignet, ihn daran zu hindern, später über den Antrag als Richter in der Hauptsache zu entscheiden."¹⁶⁵⁸. Die Begründung des Gutachtens beschränkt die Reichweite der Lösung strikt auf das Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung: "Es entscheidet sicherlich nicht über den Fall der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Richter dann das Vorliegen eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs ohne das Zwischenglied des "ernsthaften Zweifels" beurteilen muss"¹⁶⁵⁹. Dennoch können unter Berücksichtigung des vom Staatsrat formulierten Vorbehalts für den Fall, dass der Richter für einstweilige Verfügungen den Ausgang des Rechtsstreits vorwegnimmt, Hypothesen entwickelt werden¹⁶⁶⁰. Es scheint möglich, zwei verschiedene Hypothesen zu unterscheiden. Die erste ist die, in der der Richter für einstweilige Verfügungen den Antrag mangels einer schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit abgelehnt hat. In diesem Fall hat er sich nicht zum Inhalt des Rechts geäußert. Wenn nun eine Klage vor dem Richter des Hauptverfahrens

¹⁶⁵⁷ CE, 9. April 2004, *Olard*, *AJDA* 2004, S. 1429-1430, Anmerkung S. HUL.

¹⁶⁵⁸ CE, Sect., Avis 12. Mai 2004, *Commune de Rogerville*, *Lebon* S. 223; *RFDA* 2004, S. 723-732, Concl. E. GLAISSER; *AJDA* 2004, S. 1354-1358, chron. C. LANDAIS und F. LENICA; *JCP A* 2004, 1392, Anm. S. HUL; *LPA* 18. Oktober 2004, chron. F. MELLERAY; *RDP* 2005, S. 547, Anm. C. GUETTIER; *Procedures* 2004, Nr. 166, Anm. S. DEYGAS; siehe auch K. BUTERI, "La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond", *D.* 2004, S. 2586-2588. Bevor der Staatsrat diese Stellungnahme abgab, war die *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, die sich zu dieser Frage äußern musste, zu dem Schluss gekommen, dass die beiden Funktionen unvereinbar seien (*CAA Bordeaux*, 18. November 2003, *AJDA* 2004, Schl. J.-L. REY; *LPA* 22. August 2005, Nr. 166, S. 6-11, Anm. C. MORLOT-DEHAN). Diese Lösung war von einem Verwaltungsrichter kritisiert worden (*D. LANZ*, "Quelques réflexions d'un praticien à propos d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux", *AJDA* 2004, S. 521-526).

¹⁶⁵⁹ C. LANDAIS und F. LENICA, chron. préc., S. 1356.

¹⁶⁶⁰ Für eine Anwendung der Grundsätze im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes siehe CE, 2. November 2005, *M. et Mme Fayant*, *Lebon* S. 466, *AJDA* 2006, S. 327-332, Anmerkung P. CASSIA. Der Staatsrat stellt fest, dass "in Anbetracht der Art des Amtes des Richters für einstweilige Verfügungen, der über einen Antrag auf Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung zu entscheiden hat, der Umstand, dass derselbe Richter später über einen neuen Antrag auf Aussetzung derselben Entscheidung zu entscheiden hat, an sich keinen Einfluss auf die Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses hat, mit dem über diesen Antrag entschieden wird, vorbehaltlich des Falles, in dem es sich herausstellt, dass er über das hinaus, was dieses Amt notwendigerweise impliziert, den Ausgang des Rechtsstreits vorweggenommen hat". Mit Beschluss vom 25. Februar 2005 lehnte der Richter für einstweilige Verfügungen den Antrag auf Aussetzung einer Baugenehmigung wegen Unzulässigkeit ab, teilte dem Antragsteller jedoch mit, dass die Bedingungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllt seien. Als derselbe Richter für einstweilige Verfügungen am 17. März 2005 mit einem neuen Antrag befasst wurde, dem Unterlagen beigelegt waren, die seine Zulässigkeit belegten, ordnete er die Aussetzung der angefochtenen Baugenehmigung an und stützte sich dabei auf die gleichen Elemente wie in seinem vorherigen Beschluss. Daher "muss der Richter für einstweilige Verfügungen, indem er im Voraus die Lösung angab, die einem neuen Antrag auf Aussetzung vorbehalten sein könnte", "so angesehen werden, als habe er den Grundsatz der Unparteilichkeit missachtet". Diese Lösung lässt sich perfekt auf das *référé-liberté* übertragen. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag als unzulässig ablehnt, während er dem Antragsteller mitteilt, dass die Bedingungen, die den Erlass einer Schutzmaßnahme ermöglichen, erfüllt sind, ist seine Entscheidung im Hinblick auf das Erfordernis der Unparteilichkeit mit einer Unregelmäßigkeit behaftet.

eingereicht wird, spricht nichts dagegen, dass der Richter, der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren entschieden hat, im Spruchkörper sitzen kann. Die zweite Hypothese betrifft den Fall, dass der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entweder eine offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit festgestellt hat oder das Vorliegen einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit festgestellt, den Antrag aber mit der Begründung abgelehnt hat, dass eine andere der Voraussetzungen für die Gewährung nicht erfüllt war. In diesem Fall hat der Richter für einstweilige Verfügungen die Rechtsgrundlage erfasst; der Vorbehalt des Gutachtens *Commune de Rogerville* ist voll anwendbar. Wenn in dem Fall eine Klage in der Hauptsache eingereicht wurde, hindert der Grundsatz der Unparteilichkeit den Richter, der über den Antrag auf einstweilige Anordnung befunden hat, daran, dem Kollegialorgan anzugehören, das über den Antrag entscheidet.

399. Der Staatsrat übernahm die Grundsätze des Gutachtens der *Gemeinde Rogerville* für den Fall, dass die Funktionen eines Richters für einstweilige Verfügungen und eines Richters, der mit einem Antrag auf Prozesskostenhilfe befasst ist, kumuliert werden. Er behält sich den Fall vor, dass der Richter für einstweilige Verfügungen in seiner Entscheidung über die Prozesskostenhilfe den Ausgang des Rechtsstreits vorweggenommen hat¹⁶⁶¹. Dennoch stellt sich die Frage im Vergleich zu den vorherigen Entscheidungen unter anderen Bedingungen, da die Entscheidung über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe eine Verwaltungsentscheidung und keine gerichtliche Entscheidung ist¹⁶⁶². Darüber hinaus scheint es, wie Cassia betonte, besser zu sein, wenn der Richter der einstweiligen Verfügung die Frage der Gewährung von Prozesskostenhilfe selbst in *der einstweiligen Verfügung* und nicht in zwei aufeinanderfolgenden Entscheidungen entscheidet: "Es scheint nicht der guten Gerechtigkeit zu entsprechen, dass ein Richter, sei es der Präsident eines Gerichts, sich über die Gewährung von Prozesskostenhilfe äußert, bevor er über den Antrag auf einstweilige Verfügung entscheidet. Der Antrag auf einstweilige Verfügung muss nämlich innerhalb von 48 Stunden bearbeitet werden, während die Dringlichkeit, auf die das Gesetz von 1991 bei der Bearbeitung von Anträgen auf vorläufige Rechtshilfe verweist, nicht so genau definiert ist. Folglich sollte der Präsident des Verwaltungsgerichts anlässlich der Anordnung der einstweiligen Verfügung über die vorläufige Gewährung von Prozesskostenhilfe entscheiden"¹⁶⁶³.

Wenn er über einen Antrag auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entscheidet, besteht die erste Aufgabe des Einzelrichters für einstweilige Verfügungen darin, *die Anträge zu sortieren*. Uninteressante Anträge werden in einem summarischen Verfahren ohne Beweisaufnahme oder mündliche Verhandlung abgewiesen. Anträge, die in dieser Phase nicht verworfen werden, werden mit äußerster Dringlichkeit untersucht und innerhalb von 48 Stunden entschieden.

Abschnitt 2. Die Ablehnung von aussichtslosen Anträgen ohne Untersuchung

400. Der Richter der einstweiligen Verfügung weist die Anträge, die offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben, sofort ab. Der Tri-Beschluss wird ohne Beweisaufnahme und nur aufgrund der Klageschrift erlassen. Sie kann durch eine Kassationsbeschwerde angefochten werden.

I. Das Vorhandensein eines Vorfilters: das Verfahren zur Sortierung von Anträgen

401. Die Arbeitsgruppe des Staatsrats hat "von Anfang an anerkannt, dass es ganz zu Beginn des Verfahrens eine "Filterung" geben sollte, die dazu führen würde, dass zwischen Anträgen unterschieden wird, die im Rahmen des Dringlichkeitsverfahrens untersucht werden, weil die Konnotation der Dringlichkeit dort offensichtlich ist, weil der Antrag ernsthaft ist, weil er zulässig ist, und dann auf der anderen Seite die Anträge, die nicht von der Dringlichkeit geprägt sind oder die nicht zulässig sind oder denen es an Ernsthaftigkeit fehlt"¹⁶⁶⁴. Die erste Aufgabe des Richters für einstweilige Verfügungen besteht also darin, sofort zu erkennen, welche

¹⁶⁶¹ CE, Sect., 12. Mai 2004, *Hakkar, Lebon* S. 224; *RFDA* 2004, S. 713-722, Schl. I de SILVA, S. 723-731, Anm. E. GLASER; *AJDA* 2005, S. 1354-1357, chron. C. LANDAIS und F. LENICA; *RDP* 2005, S. 543-547, Anm. C. GUETIÉRIER.

¹⁶⁶² CE, 22. Januar 2003, *Issa M'Trengonani*, *AJDA* 2003, S. 1182.

¹⁶⁶³ P. CASSIA, "Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité", *D.* 2005, S. 1182-1191 (1^{ère} Teil) und S. 1252-1256 (2^{nde} Teil), insbesondere S. 1253.

¹⁶⁶⁴ D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, S. 21-22.

Anträge beachtenswert sind und welche angesichts des Antrags offensichtlich zum Scheitern verurteilt sind. Sobald er die Anträge erhält, muss er eine Trennung zwischen denjenigen vornehmen, die von Interesse sind, und denjenigen, die keine Aussicht auf Erfolg haben. Während der Vorbereitungsarbeiten hatte der Siegelbewahrer erklärt, dass "die Dringlichkeitsrichtung (...) die erste Funktion des Dringlichkeitsrichters sein wird. Dieser muss im Rahmen einer ersten Prüfung die Anträge bestimmen, die aus Gründen, die mit der Dringlichkeit, der Zuständigkeit, der Zulässigkeit oder dem Inhalt zusammenhängen, offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben"¹⁶⁶⁵. Die Parlamentarier waren von der Notwendigkeit eines solchen Mechanismus überzeugt¹⁶⁶⁶. Der Mechanismus wurde in Anlehnung an bereits bestehende Verfahren entwickelt, die sich in Fällen, in denen der Antrag offensichtlich aussichtslos ist, als wirksam erwiesen haben.¹⁶⁶⁷

- 402.** Je nach Interesse kann der Antrag, der dem Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 vorgelegt wird, wie jede einstweilige Verfügung in dringenden Fällen nach zwei verschiedenen Verfahren entschieden werden. Anträge, die von ausreichend ernsthaftem Interesse sind, um eine Vertiefung zu rechtfertigen, werden kontradiktorisch untersucht und nach Durchführung einer öffentlichen Anhörung entschieden. Dieser erste Fall entspricht dem allgemeinen Verfahren: dem Verfahren nach Artikel L. 522-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Im Gegensatz dazu werden Anträge, die offensichtlich aussichtslos sind und es nicht verdienen, dass der Richter Zeit darauf verwendet, ohne Anhörung oder mündliche Verhandlung entschieden. Diese zweite Möglichkeit entspricht dem abweichenden Verfahren, dem sogenannten "Aussortierungsverfahren": dem Verfahren nach Artikel L. 522-3.

Wenn also ein Antrag beim Richter für einstweilige Verfügungen eingeht, sieht sich dieser vor eine *Alternative gestellt*. Er muss sich entscheiden, auf welcher Grundlage er seine Entscheidung treffen wird: Artikel L. 522-1, wenn der Antrag ernst gemeint ist, Artikel L. 522-3, wenn der Antrag keine Aussicht auf Erfolg hat. Er entscheidet entweder, eine kontradiktorische Untersuchung einzuleiten, oder den Antrag durch einen Tri-Beschluss abzulehnen. Es handelt sich um zwei exklusive Verfahren; die Entscheidung für das eine oder das andere Verfahren hat einen irreversiblen Charakter, wie der Staatsrat im Urteil *SARL Les Belles demeures du Cap-Ferrat* feststellte. In einer Grundsatzabwägung stellte die Abteilung die Regel auf, dass sich das in Artikel L. 522-1 erwähnte allgemeine Verfahren der einstweiligen Verfügung von dem in Artikel L. 522-3 organisierten Verfahren der Sortierverordnungen unterscheidet. Sie zog daraus die Konsequenz, dass, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen ein Verfahren nach allgemeinem Recht einleitet, indem er die kontradiktorische Debatte zwischen den Parteien einleitet oder sie zu einer öffentlichen Anhörung einlädt, es ihm nicht mehr möglich ist, sich zu besinnen und den Antrag schließlich durch eine Sortieranordnung abzulehnen¹⁶⁶⁸. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen mit einem Antrag befasst wird, kann er entweder das gewöhnliche Verfahren oder das

¹⁶⁶⁵ E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10930.

¹⁶⁶⁶ Durch das Aussortieren können "Fälle, deren Schicksal sicher ist" (F. COLCOMBET, AN-Bericht Nr. 2002, S. 55) sofort erledigt werden, und so wird verhindert, "dass der Richter für einstweilige Verfügungen mit einer Flut von schlecht begründeten oder nicht dringenden Anträgen konfrontiert wird" (R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 69). Es gab nur wenige abweichende Stimmen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass Herr Sutour Vorbehalte gegen die Abschaffung der "Möglichkeit, kontradiktorisch und öffentlich über das Vorliegen der Dringlichkeit einer Situation oder das Vorliegen eines ernsthaften Zweifels oder sogar die Verletzung einer Grundfreiheit (...) zu diskutieren" (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 23 février 2000, S. 866) geäußert hatte.

¹⁶⁶⁷ Beispielsweise sehen die Artikel R. 611-8 und R. 222-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes die Befreiung von der Beweisaufnahme bzw. die Entscheidung von Fällen durch Präsidialverfügung vor. Ebenso bestimmt Artikel 35-3 der Römischen Konvention vom 4. November 1950, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Individualbeschwerde abweist, die "offensichtlich unbegründet oder missbräuchlich" ist.

¹⁶⁶⁸ CE, Sect., 26. Februar 2003, *SARL Les belles demeures du Cap-Ferrat*, *Lebon* S. 65, *AJDA* 2003, S. 498-500, chron. F. DONNAT und D. CASAS; *JCP G* 2003, 10094, Anmerkung J. DUVAL und V. GUINOT. Das Urteil wurde insbesondere durch CE, 23. April 2003, *Commune de Roquebrune-cap-Martin*, *Lebon* T. S. 912, 913, *Constr. urb.* 2003, comm. n° 192, note N. ROUSSEAU, bestätigt. Die gewählte Lösung stellt eine Kehrtwende im Vergleich zum Urteil Breucq vom 16. Februar 2001 dar (CE, 16. février 2001, *Breucq*, *Lebon* T. S. 1092, *RFDA* 2001, S. 669-672, concl. D. CHAUVAUX). In dieser Entscheidung hatte der Staatsrat festgestellt, "dass der Richter für einstweilige Verfügungen das Tri-Verfahren anwenden kann, obwohl er das kontradiktorische Verfahren eingeleitet hatte, indem er dem Beklagten die Klageschrift mitteilte". Diese Lösung war aus Gründen der Zweckmäßigkeit gerechtfertigt: Einige Verwaltungsgerichte hatten sich nämlich dafür entschieden, die Kanzlei mit der Einleitung des Verfahrens nach Artikel L. 522-1 zu beauftragen, noch bevor ein Richter die Akte prüfte; sie behielten sich jedoch die Möglichkeit vor, anschließend das Verfahren nach Artikel L. 522-3 anzuwenden und durch einen Sortierbeschluss zu entscheiden. Der Verzicht auf diese Entscheidung wurde mit dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes begründet. Artikel L. 522-3 besagt, dass der Richter eine Sortieranordnung erlassen kann, wenn er "in Anbetracht des Antrags" der Ansicht ist, dass dieser keinen Erfolg hat. Diese Bestimmung macht deutlich, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, dem Richter für einstweilige Verfügungen die Möglichkeit zu geben, sich allmählich eine Überzeugung über die Erfolgsaussichten des Antrags zu bilden. Er muss von vornherein zustimmen, auch wenn noch kein kontradiktorisches Verfahren begonnen hat. Darüber hinaus wäre es ziemlich merkwürdig, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen die Klageerwiderung abwarten müsste, um festzustellen, dass der Antrag offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Wenn er nicht behaupten kann, dass die Voraussetzungen für ein Triageverfahren gegeben sind, muss er dann sofort und endgültig darauf verzichten.

Verfahren der Sortieranordnung anwenden. Er muss sich bereits bei der Registrierung des Antrags für das Verfahren entscheiden, das er anwenden will, ohne zwischen den beiden Verfahren hin und her zu wechseln. Wenn er die erste Wahl trifft, ist es ihm nicht möglich, später die Partei zu wechseln. "Der Richter im Schnellverfahren muss also schnell entscheiden, ob er den Antrag durch einen "Sortierbeschluss" ablehnt. Ist dies nicht der Fall, muss er das gesamte kontradiktorische Verfahren einleiten"¹⁶⁶⁹. Sobald der Richter das kontradiktorische Verfahren eingeleitet und eine Anhörung anberaumt hat, wissen die Parteien, dass sie ihre Argumente innerhalb der durch die Dringlichkeit vorgegebenen Frist austauschen können. Sie laufen nicht Gefahr, dass die öffentliche Verhandlung im letzten Moment abgeschafft wird, obwohl sie sich gegebenenfalls einen Teil ihrer Argumente für die mündliche Verhandlung vorbehalten hatten.

403. Aus Sicht einer guten Rechtspflege ist die Sortierung sehr wichtig, da sie es dem Richter ermöglicht, Anträge, deren Ablehnung von vornherein sicher und unausweichlich erscheint, schnell auszusortieren. Indem es dem Richter erlaubt, die Anträge nach ihrem Interesse zu filtern, wird eine unnötige Überlastung der Gerichte mit Anträgen, die keine Aussicht auf Erfolg haben, vermieden. Denn wenn der Richter alle Anträge gründlich bearbeiten wollte, könnte er nicht innerhalb von 48 Stunden über diejenigen entscheiden, die tatsächlich eine Situation in Frage stellen, in der ein schwerwiegender und offenkundig rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt. Indem dem Richter ein unnötiger Zeitverlust bei irrelevanten Anträgen erspart wird, fördert dieses Verfahren ein schnelles Eingreifen des Richters in Fällen, die dies wirklich rechtfertigen.

Dieses "Sicherheitsventil"¹⁶⁷⁰ ist vor allem im Rahmen der einstweiligen Verfügung notwendig. Da es sich hierbei um das attraktivste aller Verfahren handelt, werden natürlich auch die meisten offensichtlich unbegründeten oder nicht dringenden Anträge gestellt. Da sie auf die weitreichenden Befugnisse des Richters und die Aussicht auf eine Entscheidung innerhalb einer sehr kurzen Frist setzen, können die Antragsteller der Versuchung kaum widerstehen, ihren Antrag auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 zu stellen, auch auf die Gefahr hin, dass der Richter häufig mit Anträgen befasst wird, die er offensichtlich nicht bearbeiten soll. Die einstweilige Verfügung ist jedoch ein Verfahren, das, um wirksam zu bleiben, dem Richter ermöglichen muss, innerhalb weniger Stunden einzugreifen, um gegebenenfalls den schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit zu beenden. Der Richter für einstweilige Verfügungen muss mehr als jeder andere in der Lage sein, die vielen belanglosen Anträge, mit denen er überhäuft wird, durch ein geeignetes Verfahren auszusondern und sich nur auf die Anträge zu konzentrieren, die wirklich eine gründliche Prüfung verdienen. Wenn er nicht mehr innerhalb von 48 Stunden entscheiden könnte, würde das durch Artikel L. 521-2 eingeführte Verfahren das verlieren, was einen seiner Hauptinteressen darstellt und was ihm zu einem großen Teil seine Wirksamkeit sichert. Wie die Regierungskommissare betonten, ist die Sortierung, indem sie es dem Richter für einstweilige Verfügungen ermöglicht, seine Bemühungen auf die Anträge zu konzentrieren, die tatsächlich wahrscheinlich einer Situation entsprechen, in der ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, "keineswegs eine Verirrung des Systems, sondern die Voraussetzung für sein Überleben"¹⁶⁷¹. Sie verhindert, dass die Begeisterung für dieses Verfahren "die Prüfung ernsthafter Anträge beeinträchtigt"¹⁶⁷².

II. Die Umsetzung der Sortierung

404. Gemäß Artikel L. 522-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kann das Tri-Verfahren in zwei verschiedenen Fällen angewendet werden: zum einen, wenn "der Antrag nicht dringlich ist", und zum anderen, wenn es "aus dem Antrag ersichtlich ist, dass er nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fällt, unzulässig oder unbegründet ist".

405. Der erste Fall betrifft das Fehlen einer Dringlichkeit. Das Gesetz verlangt nicht, dass die fehlende Dringlichkeit "offenkundig" sein muss¹⁶⁷³. Dieser Ablehnungsgrund verleiht dem Richter für einstweilige Verfügungen folglich einen großen Handlungsspielraum. Auch wenn er weniger häufig verwendet wird als der zweite Ablehnungsgrund, gibt es dennoch zahlreiche Anwendungen. Da beispielsweise die Drogenscreening-Maßnahme am französischen Gymnasium in Bangkok während des Schuljahres funktionierte, ohne dass es zu Schwierigkeiten kam, war der Richter für einstweilige Verfügungen der Ansicht, dass "der Hinweis in einer Mitteilung des Direktors vom 3. September 2001, dass diese Maßnahme im Schuljahr 2001-2002 fortgesetzt

¹⁶⁶⁹ F. DONNAT und D. CASAS, a. a. O., S. 499.

¹⁶⁷⁰ I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD A 2002, S. 332.

¹⁶⁷¹ Ibid.

¹⁶⁷² D. CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 28. Februar 2001, *Philippart et Lesage*, S. 392.

¹⁶⁷³ Siehe jedoch den Beschluss, der für die Durchführung des Sortierverfahrens erwähnt, dass es "offensichtlich ist, dass die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehene Bedingung der Dringlichkeit nicht erfüllt ist": CE, ord. 30. März 2001, *Schoettl*, Nr. 231963.

wird, nicht als Schaffung einer Notsituation angesehen werden kann¹⁶⁷⁴. Ebenso wenig ist es dringend, die Umsetzung von Bestimmungen auszusetzen, die seit mehr als sieben Jahren in Kraft sind¹⁶⁷⁵. Der Richter kann einen Antrag auf dieser Grundlage ablehnen, wenn die vom Antragsteller entwickelte Argumentation zur Dringlichkeit nicht ausreichend beweiskräftig ist.¹⁶⁷⁶

Der Richter hat einen weiten Begriff von diesem Aussortierungsgrund. Zunächst betrifft dies Anträge, die nicht dringend sind. Im weiteren Sinne umfasst er aber auch Anträge, die kein sofortiges Eingreifen des Richters erfordern. Dies gilt insbesondere für Klagen gegen eine Entscheidung, die ihre Wirkung erschöpft hat und daher unzulässig ist. So stellte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats im Beschluss *Oulai Doné* fest, dass der vor dem ersten Richter angefochtene Beschluss am Tag der Einreichung des Berufungsantrags seine Wirkung verloren hatte. Anstatt den Berufungsantrag als offensichtlich unzulässig abzulehnen, argumentiert der Richter, dass er abzulehnen ist, da er die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegte Bedingung der Dringlichkeit nicht erfüllt¹⁶⁷⁷. Der Staatsrat bestätigte im Zusammenhang mit der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung, dass der Richter für einstweilige Verfügungen keinen Rechtsfehler begeht, wenn er einen Antrag wegen fehlender Dringlichkeit ablehnt, "obwohl er hätte entscheiden können, dass über den Antrag nicht entschieden werden muss".¹⁶⁷⁸

406. Die zweite Tri-Hypothese betrifft Klagen, die nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fallen, unzulässig oder unbegründet sind. Gemäß dem Wortlaut von Artikel L. 522-3 kann diese Hypothese nur dann angewendet werden, wenn die gerichtliche Unzuständigkeit, die Unzulässigkeit des Antrags oder die mangelnde Relevanz der Argumentation die Bedingung der Offensichtlichkeit erfüllen¹⁶⁷⁹. Die Rechtsprechung zu *référé-liberté* bietet eine vielfältige Anwendung dieser drei Ablehnungsgründe.

So fällt eine Klage gegen eine gerichtliche Entscheidung¹⁶⁸⁰, einen Regierungsakt¹⁶⁸¹, eine individuelle Maßnahme bezüglich der Gewährung eines Rentenvorteils aufgrund eines Systems, das der Caisse nationale d'assurance vieillesse unterliegt¹⁶⁸² oder die Entscheidung des Präsidenten der Nationalversammlung, mit der die Vertagung der Arbeiten dieser Versammlung festgestellt wird¹⁶⁸³ offensichtlich nicht in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ebenso entzieht sich ein Rechtsstreit über die Bedingungen, unter denen der Beschwerdeführer während des gegen ihn eingeleiteten Auslieferungsverfahrens inhaftiert und unter richterliche Aufsicht gestellt wurde, offensichtlich seiner Zuständigkeit¹⁶⁸⁴. Während Artikel L. 522-3 diesen ersten Tripunkt auf Anträge beschränkt, die nicht in die Zuständigkeit "der Verwaltungsgerichtsbarkeit" fallen, ließ der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats seine Anwendung auf Anträge zu, die zwar in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen, aber dennoch bei einem Verwaltungsgericht eingereicht wurden, das für die

1674 CE, Ord. 10. September 2001, *Hartmann*, Nr. 238020. Für weitere Anwendungen siehe insbesondere CE, Ord. 2. September 2002, *Sopena*, Nr. 249944; CE, Ord. 21. Januar 2003, *Commune des Angles*, Nr. 253421; CE, Ord. 6. November 2003, *Société coordination en véhicules accidentés et en pièces de remploi*, Nr. 261489; CE, Ord. 7. April 2003, *Saez*, Nr. 266279; CE, Ord. 16. Februar 2005, *S.A.R.L. Médiation et arguments*, Nr. 277584; CE, ord. 9. März 2006, *SELAF A mandataires judiciaires associés*, Nr. 290642.

1675 CE, Ord. 21. Januar 2002, *Auto-école Bergson*, Nr. 242051.

1676 EK, Beschl. 12. Juli 2001, *M'Hamdi*, Nr. 248507.

1677 CE, ord. 16. April 2002, *Oulai Doné*, Nr. 245140. Siehe in diesem Sinne auch: CE, ord. 26. April 2004, *Souloumiac*, Nr. 266849. Die am 23. April 2004 im Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats registrierte Klage zielte darauf ab, die Verwaltung anzuweisen, der Klägerin zu gestatten, sich an den Prüfungen eines am 20. April organisierten Auswahlverfahrens zu beteiligen. Die Klage war mit Unzulässigkeit behaftet. Der Richter wies den Antrag jedoch aufgrund der fehlenden Dringlichkeit zurück.

1678 CE, 30. Dezember 2002, *Urban, Lebon T.*, S. 864.

1679 Der Gesetzentwurf beschränkte die Voraussetzung der Offensichtlichkeit auf die dritte Möglichkeit der Ablehnung: den schlecht begründeten Antrag. Der Senat wollte sie auf die zweite - die Unzulässigkeit (R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 69; *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, S. 3755) und die Nationalversammlung auf die erste - die Unzuständigkeit (F. COLCOMBET, *AN-Bericht* Nr. 2002, S. 56; *JO déb. AN*, CR séance 14. Dezember 1999, S. 10944).

1680 Die Regel gilt unabhängig davon, um welches Gericht es sich handelt. Es kann sich um eine Entscheidung eines allgemeinen Verwaltungsgerichts handeln (CE, ord. 11. Juni 2003, *Rousselle*, Nr. 257494; CE, ord. 30. Juni 2003, *Lecomte*, Nr. 257914; CE, ord. 29. Juni 2005, *Portier*, Nr. 281928), einem speziellen Verwaltungsgericht (CE, ord. 11. Dezember 2003, *Allag*, Nr. 262549: Entscheidung der Flüchtlingsrekurskommission), ein Strafgericht (CE, ord. 3. April 2001, *Murat*, Nr. 232012; CE, ord. 14. August 2003, *Castelli*, Nr. 259457) oder auch ein Zivilgericht (CE, ord. 28. Februar 2005, *Vuillet*, Nr. 277999).

1681 CE, Ord. 7. November 2001, *Tabaka*, Nr. 239761 (über die Enthaltung des Präsidenten der Republik, ein Gesetz dem Verfassungsrat zur Prüfung seiner Verfassungsmäßigkeit vorzulegen); CE, Ord. 14. März 2003, *Brossollet*, Nr. 25510 (Dekret des Präsidenten der Republik, zwei Verfassungsgesetzentwürfe dem in einem Kongress versammelten Parlament vorzulegen); CE, ord. 8. September 2005, *Gaiffe*, Nr. 284832 (Antrag, der darauf abzielt, die Regierung anzuweisen, einen Gesetzentwurf vor der einen oder anderen Versammlung, die das Parlament bildet, einzureichen).

1682 EK, Beschl. 31. Dezember 2002, *Bakayoko*, Nr. 252977.

1683 EG, Ord. 9. April 2002, *Catsiapis*, Nr. 244924.

1684 EK, Beschl. 30. Januar 2003, *Smaali*, Nr. 253668.

Entscheidung über sie nicht zuständig ist .1685

In Bezug auf offensichtlich unzulässige Anträge hat der Richter für einstweilige Verfügungen beispielsweise den Antrag auf Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung und den Antrag auf Erlass einer Anordnung, die in allen Punkten die gleichen Auswirkungen wie eine Aufhebung hätte, als unzulässig eingestuft .1686

Schließlich wird der Begriff des offensichtlich unbegründeten Antrags vom Richter für einstweilige Verfügungen besonders weit gefasst. Er umfasst zunächst Anträge, die eine oder mehrere der in Artikel L. 521-21687 genannten Voraussetzungen für die Gewährung nicht erfüllen, beispielsweise weil keine Verletzung einer Grundfreiheit¹⁶⁸⁸, keine schwerwiegende Beeinträchtigung¹⁶⁸⁹ oder keine offensichtliche Rechtswidrigkeit¹⁶⁹⁰ festgestellt werden kann. Der Begriff umfasst jedoch allgemeiner Anträge, die aus irgendeinem Grund nicht erfolgreich sein können. Dies ist der Fall bei Anträgen, die auf faktisch fehlenden Elementen beruhen¹⁶⁹¹ oder die auf keinerlei Mittel gestützt sind¹⁶⁹². Überraschenderweise können auch Anträge als unbegründet angesehen werden, die aus Gründen der Zuständigkeit oder Zulässigkeit nicht erfolgreich sein können, also unter die beiden vorangegangenen Sortierungen fallen .1693

407. So verwendet der Richter die Begründung, dass der Antrag nicht dringlich oder offensichtlich unbegründet ist, sehr flexibel. Wenn er einen Antrag aufgrund der Zulässigkeit oder Zuständigkeit ablehnt, kann daraus mit Sicherheit abgeleitet werden, dass der Antrag unzulässig war oder nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fiel. Wird der Antrag hingegen wegen fehlender Dringlichkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit abgelehnt, kann der genaue Grund für die Ablehnung nicht genau bestimmt werden. Der Richter erlaubt sich, einen Antrag, der in jedem Fall unzulässig gewesen wäre, als dringlich oder unbegründet abzulehnen. In gewöhnlichen Rechtsstreitigkeiten entscheidet der Richter zunächst, ob die Sache erledigt ist, und beurteilt dann seine Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Antrags und gegebenenfalls seine Begründetheit. Dieses Schema spielt im Zusammenhang mit der Sortierung keine Rolle. Obwohl er diesen Ablehnungsgrund für Anträge vorbehalten sollte, die die in Artikel L. 521-2 genannten materiellen Voraussetzungen nicht erfüllen, weist der Richter manchmal einen unzulässigen Antrag als unbegründet zurück. Zugegeben, da die Beispiele selten sind, sind die orthodoxen Anwendungen am zahlreichsten. Dennoch führen diese wenigen Entscheidungen dazu, dass die Aufteilung zwischen den materiellrechtlichen Vorschriften, den

1685 CE, ord. 13. Mai 2003, *Castelli*, Nr. 256745: "Considérant que si la juridiction administrative n'est pas manifestement incompétente pour connaître de la demande de M. Castelli, en revanche celle-ci ne relève pas de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat et doit par conséquent être rejetée selon la procédure de tri prévue par l'article L. 522-3 du code de justice administrative" (Erwägung, dass das Verwaltungsgericht zwar nicht offensichtlich unzuständig ist, um über den Antrag von Herrn Castelli zu entscheiden, dieser jedoch nicht in die Zuständigkeit des Staatsrates in erster und letzter Instanz fällt und daher nach dem in Artikel L. 522-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehenen Sortierverfahren abgelehnt werden muss). Siehe in diesem Sinne: CE, ord. 18. Juli 2003, *S.A.R.L. Le Picadilly*, Nr. 258569.

1686 CE, Ord. 1^{er} März 2001, *Paturel, Lebon T. S.* 1134.

1687 Ein unbegründeter Antrag ist *streng genommen* ein Antrag, der die für die Durchführung dieses Verfahrens aufgestellten Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt. Im *Perrier-Beschluss* bekräftigt der Richter, "dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes offensichtlich nicht erfüllt sind und die entsprechenden Anträge daher in Anwendung von Artikel L. 522-3 desselben Gesetzes zurückgewiesen werden müssen" (CE, Ord. 15. Februar 2001, *Perrier*, Nr. 230318).

1688 CE, ord. 15. Februar 2001, *Perrier*, Nr. 230318; CE, ord. 6. April 2001, *Lapere und andere*, Nr. 232135 (Verweigerung der Zuweisung eines Standplatzes auf öffentlichem Grund); CE, ord. 3. April 2001, *Soriano und andere, Lebon T. S.* 1128 (festgestellte Störungen in der Funktionsweise des öffentlichen Unterrichtsdienstes); CE, ord. 4. Juli 2001, *Cazorla*, Nr. 235371 (Weigerung, ein Kind in der von den Eltern gewählten Schule anzumelden und Vorschlag, das Kind in einer Schule anzumelden, die näher an ihrem Wohnort liegt, gemäß der geltenden Gesetzgebung); CE, ord. 12. September 2001, *Langard*, Nr. 238106; CE, ord. 18. Oktober 2001, *Syndicat départemental INTERCO 33 CFDT*, Nr. 239082; CE, ord. 19. November 2001, *Commune de Escueillens et Saint-Just de Bellengard*, Nr. 240174 (in Bezug auf die Entscheidung des Generalrats, mehrere Platanen auf dem Gebiet der Gemeinde zu fällen); CE, ord. 26. März 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon S.* 114; CE, ord. 18. Juli 2003, *Burdeau*, Nr. 258560.

1689 CE, Ord. 18. Mai 2001, *Meyet, Bouget, Lebon, S.* 244; CE, Ord. 5. März 2002, *Fikry, Lebon T., S.* 872.

1690 CE, ord. 26. Januar 2001, *Gunes, Lebon, S.* 38; CE, ord. 9. Februar 2001, *Fauvet, Lebon, S.* 55; CE, ord. 13. April 2001, *Yabiaoüi*, Nr. 232542; CE, ord. 18. Mai 2001, *Meyet, Bouget, Lebon S.* 244; CE, Ord. 9. August 2001, *Medrinal, Lebon T. S.* 1127; CE, Ord. 20. August 2002, *Société Lido plage*, Nr. 249723; CE, Ord. 6. September 2002, *Tetaabi*, Nr. 250120; CE, Ord. 18. September 2002, *Bouchakour*, Nr. 250340; CE, Ord. 21. Februar 2003, *Maillo, Lebon T. S.* 914; CE, Ord. 9. Mai 2003, *Marques Meireles*, Nr. 256595; CE, Ord. 20. April 2004, *Ba*, Nr. 266647; CE, Ord. 8. Juni 2004, *Fritch*, Nr. 268460; CE, Ord. 8. Juni 2004, *Zebdi-Ghorab*, Nr. 268467.

1691 CE, Ord. 15. Januar 2001, *Charlery-Adele, Lebon, S.* 14.

1692 CE, Ord. 28. Mai 2002, *Génération écologie*, Nr. 247329.

1693 Beispielsweise betrachtet das Gericht einen Antrag auf Aussetzung der Wirkung eines Urteils eines Sozialversicherungsgerichts als unbegründet (CE, ord. 29. November 2002, *Association des entraîneurs de chevaux de course et autre*, Nr. 251921), obwohl es offensichtlich ist, dass ein solcher Antrag nicht in den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsgerichts fällt.

Zuständigkeitsvorschriften und den Zulässigkeitsvorschriften zum Nachteil der Gesamtkohärenz verschleiert wird.

408. Innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann das Tri-Verfahren nach Artikel L. 522-3 zunächst von dem in erster Instanz angerufenen Richter durchgeführt werden, unabhängig davon, ob es sich um den Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts oder den Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats handelt. Die für die Anwendung dieser Bestimmung vorzunehmende Beurteilung "hängt von der Art der rechtlichen und tatsächlichen Elemente ab, von denen der Richter für einstweilige Verfügungen Kenntnis hat"¹⁶⁹⁴. Das bedeutet, dass die vom Richter vorgenommene Beurteilung von der Argumentation abhängt, die der Antragsteller zur Unterstützung seines Antrags entwickelt hat; eine nicht ausreichend präzise und überzeugende Begründung setzt den Antragsteller der Gefahr einer sofortigen Ablehnung aus.

Artikel L. 522-3 kann auch vom Berufungsrichter des *référé-liberté* angewandt werden. Es obliegt ihm, bei der Anwendung dieser Bestimmung "die vom erstinstanzlichen Richter gesammelten Elemente" im Rahmen des von ihm geleiteten schriftlichen und mündlichen kontradiktorischen Verfahrens zu berücksichtigen¹⁶⁹⁵. So kann er eine Berufung, die außerhalb der Frist beim Staatsrat eingelegt wird, als offensichtlich unzulässig zurückweisen¹⁶⁹⁶ oder wenn die vor dem ersten Richter angefochtene Entscheidung ihre Wirkung erschöpft hat¹⁶⁹⁷. Ebenso kann es einen Berufungsantrag als offensichtlich unbegründet abweisen.¹⁶⁹⁸

409. Wenn der dem Richter vorgelegte Antrag in den Bereich des Tri-Verfahrens fällt, organisiert Artikel L. 522-3 ein "vereinfachtes Verfahren"¹⁶⁹⁹ ohne Beweisaufnahme oder Anhörung. Die Umsetzung dieser Bestimmung macht nämlich gemäß Artikel R. 522-10 des Verwaltungsgerichtsgesetzes die Artikel R. 522-4 (Pflicht zur Zustellung der Klageschrift an den Beklagten), R. 522-6 (Pflicht zur Ladung der Parteien zur mündlichen Verhandlung) und R. 611-7 (Pflicht zur vorherigen Mitteilung der vom Richter erhobenen Klagegründe der öffentlichen Ordnung) unanwendbar. Darüber hinaus muss der Richter gemäß Artikel R. 522-2 die Kläger nicht dazu auffordern, irgendeine Art von Regularisierung vorzunehmen¹⁷⁰⁰. Der Richter muss nicht auf die Vorlage eines vom Beschwerdeführer angekündigten ergänzenden Schriftsatzes warten¹⁷⁰¹. Indem der Richter sich eine kontradiktorische Untersuchung und eine öffentliche Anhörung ersparen kann,

¹⁶⁹⁴ CE, ord. 15. Januar 2001, *Charlery-Adele, Lebon*, S. 14; CE, ord. 26. Januar 2001, *Gunes, Lebon*, S. 38; CE, ord. 9. Februar 2001, *Fauvet, Lebon*, S. 55; CE, ord. 8. Februar 2001, *Guillou, Lebon T.*, S. 1129; CE, ord. 30. März 2001, *Schoettl*, Nr. 231963; CE, Ord. 21. März 2001, *Rabal*, Nr. 231531; CE, Ord. 2. März 2001, *Dauphine*, Nr. 230798; CE, Ord. 18. Oktober 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, Nr. 239071; CE, ord. 22. Oktober 2001, *Gonidec et Brocas*, Nr. 239165; CE, ord. 6. September 2002, *Tetaabi*, Nr. 250120.

¹⁶⁹⁵ Siehe die in der vorherigen Fußnote zitierten Entscheidungen. Beispielsweise stützte sich der Berufungsrichter im Beschluss vom 22. Oktober 2001, *Gonidec und Brocas*, ausdrücklich auf die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung, die vor dem ersten Richter stattgefunden hatte. Um den Antrag abzulehnen, "ergibt sich aus der Beweisaufnahme und insbesondere aus den Erklärungen, die bei der öffentlichen Anhörung vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Caen vom Vorsitzenden des Zweckverbands abgegeben wurden, dass das Grundstück der Antragsteller kurz davor steht, ihnen zurückgegeben zu werden".

¹⁶⁹⁶ EK, Beschl. 16. Mai 2002, *Auto-école SOS permis*, Nr. 246813.

¹⁶⁹⁷ CE, Ord. 29. Oktober 2001, *SARL Objectif*, Nr. 239443.

¹⁶⁹⁸ CE, Ord. 22. März 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* S. 1134; CE, Ord. 10. April 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon T.* S. 1090; CE, ord. 9. Juli 2001, *Boc*, Nr. 235696 (Kläger, die offensichtlich nicht berechtigt sind, die Aufhebung des Beschlusses zu beantragen, mit dem der erste Richter ihre Anträge auf Erlass einer Anordnung zurückgewiesen hat, die in allen Punkten die gleichen Auswirkungen wie eine Aufhebung hätte); CE, ord. 23. Mai 2001, *Jacques VII*, Nr. 233941.

¹⁶⁹⁹ CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon* S. 12; CE, 28. Dezember 2001, *Lodama*, Nr. 232132.

¹⁷⁰⁰ Bei einem unzulässigen Antrag auf einstweilige Anordnung, der berichtigt werden muss, ist das Gericht entgegen den allgemeinen Verfahrensregeln nicht verpflichtet, den Antragsteller aufzufordern, diese Berichtigung vorzunehmen. Gemäß Artikel R. 522-2 ist die Anwendung von Artikel R. 612-1, der das Gericht dazu verpflichtet, den Verfasser eines unzulässigen Antrags aufzufordern, diesen zu berichtigen, wenn dies möglich ist, in diesem Bereich ausdrücklich ausgeschlossen.

¹⁷⁰¹ In Anbetracht der 48-Stunden-Frist, innerhalb derer sich der Berufungsrichter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit entscheiden muss, "hindert der Umstand, dass in der Klageschrift, mit der er befasst ist, die Vorlage eines ergänzenden Schriftsatzes angekündigt wird, nicht daran, dass entschieden wird, ohne diese Vorlage abzuwarten" (CE, Ord. 3. Januar 2003, *Belminar et autres*, Nr. 253045). So gibt es für den Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats angesichts der Frist, die er für die Entscheidung in der Berufung hat, keinen Grund, seine Entscheidung aufzuschieben, bis der in der Klageschrift angekündigte erweiterte Schriftsatz vorgelegt wird (CE, ord. 20. Juni 2003, *Pascal*, Nr. 257827; CE, ord. 5. September 2003, *Keller*, Nr. 259991; CE, ord. 7. Juli 2004, *Abdallah*, Nr. 269571; CE, ord. 8. Juli 2004, *Dia*, Nr. 269651; CE, ord. 13. Oktober 2004, *Merabet*, Nr. 273068). Gemäß der Formulierung in Artikel L. 522-3 entscheidet er "in Anbetracht der Klageschrift".

ermöglicht Artikel L. 522-3 die Verkündung einer - hypothetisch ablehnenden - Entscheidung innerhalb einer sehr kurzen Frist. Der ganze Wert der Sortierung liegt in dieser einfachen und schnellen Anwendung¹⁷⁰². Er zeigt auch die dringende Notwendigkeit für Einzelpersonen, ihren Antrag bereits im schriftlichen Verfahren so überzeugend wie möglich zu begründen, da diese Formulierung die Organisation einer kontradiktorischen Untersuchung und einer mündlichen Verhandlung auf der Grundlage von Artikel L. 522-1 bedingt.¹⁷⁰³

Es kommt vor, dass der Richter des *référé-liberté* das Triageverfahren anwendet, ohne den Text von Artikel L. 522-3 oder die Bedingungen für seine Anwendung zu erwähnen. In einem solchen Fall wird die Anwendung des Triageverfahrens aus der Tatsache abgeleitet, dass die Parteien nicht zu einer Anhörung eingeladen wurden¹⁷⁰⁴. Wenn der Richter das Verfahren nach Artikel L. 522-1 nicht anwendet, bedeutet dies zwangsläufig, dass er das Verfahren nach Artikel L. 522-3 anwendet. In dieser Hinsicht zensiert der Staatsrat nicht die Entscheidung, die das Tri-Verfahren durchführt, ohne Artikel L. 522-3 zu erwähnen.¹⁷⁰⁵

410. Da Artikel L. 522-3 zu einem großen Teil den Erfolg der Reform vom 30. Juni 2000 bedingte, wurde er von Präsident Labetoulle als eine Bestimmung vorgestellt, die "ohne Komplexen zu handhaben" ist¹⁷⁰⁶. Vor den Richtern der ersten Instanz wird jeder zweite Antrag auf einstweilige Verfügung auf diesem Weg abgelehnt¹⁷⁰⁷. Generell ist die Triage bei den Bürgern und ihren Anwälten wenig beliebt¹⁷⁰⁸. Es stimmt, dass dieses Verfahren einen Schnellverfahrenscharakter hat und, da es keine öffentliche Verhandlung gibt, die Garantien schwächt, auf die der Antragsteller normalerweise Anspruch hat. Darüber hinaus nimmt es dem Antragsteller auf einstweilige Verfügung die Möglichkeit, beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats Berufung einzulegen, da nur der Weg der Kassation gegen die *sor*-Verfügungen offen steht. Dennoch müssen diese Nachteile relativiert werden. Zum einen beraubt sie den Antragsteller nicht jeder Garantie, da das Sortierverfahren gemäß Artikel L. 522-3 zu einem *begründeten* Ablehnungsbeschluss führen muss. Wie die Herren Collin und Guyomar bestätigen, entbindet der Rückgriff auf dieses Verfahren "den Richter für einstweilige Verfügungen nicht von einer gründlichen Prüfung des Antrags"¹⁷⁰⁹. Die Prüfung der Argumente des Antragstellers muss in den Entscheidungsgründen erscheinen, und eine bloße Behauptung ohne spezifische Erklärung muss als unzureichend angesehen werden. Andererseits kann sich das Screeningverfahren in mehrfacher Hinsicht als vorteilhaft für den Antragsteller erweisen. Je nach Begründung der Ablehnung kann der Antragsteller erstens innerhalb einer kürzeren Frist als bei einer einstweiligen

¹⁷⁰² Der Richter kann in Anwendung des Tri-Verfahrens nach Artikel L. 522-3 einen Antrag noch am Tag seiner Einreichung ablehnen (siehe z. B. CE, ord. 15. Februar 2001, *Perrier*, Nr. 230318).

¹⁷⁰³ Manchmal stützt sich der Richter ausdrücklich auf die schwache Argumentation, die der Antragsteller entwickelt hat, um seinen Antrag nach dem Triageverfahren abzulehnen. Siehe zum Beispiel CE, ord. 10. Januar 2002, *Massal*, Nr. 241746, mit der Feststellung, dass "der Antragsteller weder die Dringlichkeit noch das Vorliegen eines schwerwiegenden Eingriffs in eine der in Artikel L. 521-2 genannten Grundfreiheiten nachweist".

¹⁷⁰⁴ Siehe zum Beispiel CE, Ord. 29. April 2002, *Joana*, Nr. 245658.

¹⁷⁰⁵ Siehe auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes: CE, 23. April 2003, *SARL Siminvest, Lebon* S. 178, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 133, Anm. P. CASSIA. M. Cassia hatte gewünscht, dass die Verpflichtung, die Anwendung des Sortierverfahrens aus der fehlenden Ladung zur mündlichen Verhandlung abzuleiten, nicht für die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit gelten sollte: "Tatsächlich schließt bei dieser einstweiligen Verfügung die Anwendung des Sortierverfahrens den normalen Weg der Berufung und führt dazu, dass der Kläger gegebenenfalls den Kassationsrichter anruft. Wenn nun Artikel L. 522-3 im Ablehnungsbeschluss nicht erwähnt wird, scheint es nicht nur gegen Artikel L. 522-1, sondern auch gegen das Gebot der Rechtsklarheit und -sicherheit zu verstoßen, den Antragsteller zu verpflichten, aus der fehlenden Einladung zu einer öffentlichen Anhörung und dem Schweigen des Beschlusses abzuleiten, dass dieser gegebenenfalls dem Kassationsrichter und nicht dem Berufungsrichter vorgelegt werden muss. Der Richter der einstweiligen Verfügung kann nicht umhin, den von ihm angewandten Text zu erwähnen, da das Schreiben zur Zustellung der Verfügung nicht dazu bestimmt ist, seine Unzulänglichkeit zu beheben" (*a. a. O.*, S. 37).

¹⁷⁰⁶ D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000" (Die Entstehung des Gesetzes vom 30. Juni 2000), *a. a. O.*, S. 22.

¹⁷⁰⁷ Die Ablehnungsquote durch das Ausleseverfahren betrug 48,8 % im Jahr 2001, 54,9 % im Jahr 2002, 54,4 % im Jahr 2003, 54,2 % im Jahr 2004 und 58 % im Jahr 2005. Siehe Anhang Nr. 2. Während im Laufe der Jahre ein Rückgang dieser Quote zu erwarten war, stieg sie für das Verfahren der einstweiligen Verfügung an. Dies ist umso bemerkenswerter, als die Zahl der Fälle, in denen die Sortierung angewandt wurde, bei allen einstweiligen Verfügungen im Eilverfahren zurückging und sich bei einer Quote zwischen 20 und 25 % stabilisierte (siehe für das Verwaltungsgericht Marseille die von G. FERULLA in "Le tri", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, S. 3064: 45 % im Jahr 2001, 30 % im Jahr 2002 und 21 % im Jahr 2003), wobei sich der Rückgang durch eine bessere Kenntnis der eingeführten Verfahren durch die Kläger und ihre Anwälte erklären lässt. Die Situation des *référé-liberté* ist in diesem Punkt einzigartig, da sich das Tri-Verfahren nach Artikel L. 522-3, das als Ausnahmeregelung gedacht war, als allgemeines Verfahren für Anträge auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 durchsetzt. Quantitativ gesehen hat sich in der Praxis der Verwaltungsgerichte die Regel durchgesetzt, dass die Hälfte der Anträge auf einstweilige Verfügung ohne Untersuchung oder Anhörung entschieden wird.

¹⁷⁰⁸ Für eine kritische Darstellung dieses Verfahrens siehe P. MOUKOKO, "La procédure de tri devant le juge des référés", *JCP G* 2006, II, 10100.

¹⁷⁰⁹ M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, S. 1056.

Verfügung mit anschließender Anhörung einen neuen Antrag stellen¹⁷¹⁰. Selbst im schlimmsten Fall, in dem keine Berichtigung möglich ist, hat eine Ablehnung ohne Beweisaufnahme den Vorteil, dass der Antragsteller nicht der Gefahr ausgesetzt ist, die nicht wiedergutzumachenden Kosten des Gegners zurückzufordern. Schließlich erspart sie dem Richter unnötigen Zeitverlust und ermöglicht es ihm, in Fällen, in denen eine Reaktion innerhalb von 48 Stunden erforderlich ist, mit der gebotenen Schnelligkeit einzugreifen. In jedem Fall kann ein möglicher Fehler des erstinstanzlichen Richters bei der Durchführung des Sortierverfahrens vor dem Staatsrat berichtigt werden.

III. Die Beschwerde gegen Sortieranordnungen

411. Trianordnungen des Richters für einstweilige Verfügungen eines Verwaltungsgerichts können auf dem Kassationsweg angefochten werden. Die Kontrolle durch den Staatsrat kann dazu führen, dass die angefochtene Verfügung wieder in Frage gestellt wird.

A. Das Rechtsmittelverfahren

412. Der Kassationsweg ist der einzige Weg, der gegen Triangelbeschlüsse nach Artikel L. 522-3 offen steht, auch in Fällen, in denen der Antrag vor dem ersten Richter auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingereicht wurde. Der Staatsrat bekräftigte im Urteil *Casanovas* vom 28. Februar 2001, dass "der Beschluss, mit dem der Richter für einstweilige Verfügungen einen Antrag ablehnt, indem er von der Befugnis Gebrauch macht, die ihm Artikel L. 522-3 verleiht, nur Gegenstand einer Kassationsbeschwerde beim Staatsrat sein kann, ohne dass unterschieden werden muss, ob der Antrag, mit dem der Richter befasst war, auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 oder Artikel L. 521-2 gestellt wurde"¹⁷¹¹. Tatsächlich sieht Artikel L. 523-1, der die Zuständigkeit des Staatsrats für einstweilige Verfügungen in dringenden Fällen regelt, vor, dass die tri-Verfügungen "in letzter Instanz ergehen". Er unterscheidet nicht nach dem eingeleiteten Verfahren der einstweiligen Verfügung. Folglich ist diese Bestimmung, die allen Verfahren, die durch Titel II des Buches V geregelt werden, gemeinsam ist, sehr wohl auf den *référé-liberté* anwendbar. Abweichend von den Bestimmungen in Art. L. 523-1 Abs. 2, der den Grundsatz der Anfechtung von einstweiligen Verfügungen durch Berufung vorsieht, kann gegen die tri-Verfügungen nur ein Rechtsmittel eingelegt werden. Wenn der Antragsteller eine "Berufung" gegen einen Sortierbeschluss einlegt, stuft der Staatsrat seinen Antrag in eine Kassationsbeschwerde um¹⁷¹². Die *Cour administrative d'appel*, die mit einer Berufung gegen einen Sortierbeschluss befasst ist, muss diese an den *Conseil d'Etat* weiterleiten und darf sie nicht als offensichtlich unzulässig zurückweisen.¹⁷¹³

Die Ausübung der Kassationsbeschwerde wird durch Artikel L. 523-1 innerhalb einer Frist von 15 Tagen eingeschlossen. Die Frist beginnt mit der ordnungsgemäßen Zustellung der Entscheidung¹⁷¹⁴. Im Einklang mit

¹⁷¹⁰ Der Ablehnungsbeschluss wird in seiner Begründung auf das Problem hinweisen, das sich stellt, und dem Antragsteller gegebenenfalls die Möglichkeit geben, dieses Problem zu beheben. Noch am selben Tag, an dem seine Klage wegen einer Unzulässigkeit, deren Grund ihm mitgeteilt wird, abgewiesen wird, kann er eine neue Klage einreichen, indem er beispielsweise seine Anträge neu formuliert. Er ist nicht an eine Frist gebunden. In der Praxis hat dies in etwa die gleichen Auswirkungen, als wenn der Richter im Schnellverfahren ihn aufgefordert hätte, die Klageschrift zu berichtigen. Er kann auch einen neuen, besser begründeten Antrag stellen. Wenn er wegen fehlender Dringlichkeit abgelehnt wird, ist es manchmal möglich, ihn in einem neuen Antrag mit entsprechenden Erläuterungen und Begründungen besser zu begründen.

¹⁷¹¹ CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *Lebon* S. 108.

¹⁷¹² Vgl. CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *Lebon* S. 108; CE, 16. Mai 2001, *Majille*, Nr. 231197; CE, 28. Mai 2001, *Raut*, *Lebon* T. S. 1126; CE, 7. Mai 2003, *Boumaïza*, Nr. 250002. Die Umdeutung der Berufung in ein Rechtsmittel erfordert keinen Beschluss des Richters für einstweilige Verfügungen, in dem er seine Zuständigkeit für die Entscheidung über das Rechtsmittel ablehnt. Die Handlung, mit der der Vorsitzende der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung diesen Antrag im Rahmen seiner Befugnisse nach Artikel R. 822-1 an eine Unterabteilung umleitet, stellt eine Maßnahme der Rechtspflege dar, die nicht begründet werden muss (Urteil *Casanovas*, a.a.O.).

¹⁷¹³ Siehe auf der Grundlage von Artikel L. 521-1: CE, 21. November 2001, *Akriche*, *Lebon* T., S. 1093. Das für die Bestimmung der Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde maßgebliche Datum ist das Datum ihrer Registrierung beim Sekretariat des Gerichts, das, wenn es nicht zuständig ist, die Akte weiterleitet (dieselbe Entscheidung).

¹⁷¹⁴ Bei Zustellung einer einstweiligen Verfügung per Fax lässt der Sendebericht, wenn er nicht angefochten wird, die Frist für die Beschwerde gegen diese Verfügung beginnen (CE, 18. Dezember 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ SARL Le Méditerranée*, *Lebon* T. S. 851). Bei einem Zustellungsfehler in Bezug auf die Rechtsbehelfsfristen läuft die allgemeinrechtliche Frist von zwei Monaten anstelle der Sonderfrist von 15 Tagen (CE, 28. Februar 1996, *Société LVM*, Nr. 154358).

der früheren Rechtsprechung zum einstweiligen Rechtsschutz¹⁷¹⁵ handelt es sich um eine Freifrist¹⁷¹⁶, die um Entfernungsfristen verlängert werden kann¹⁷¹⁷. Gemäß den Regeln für das Kassationsverfahren vor dem Staatsrat muss der Rechtsmittelführer einen Rechtsanwalt (*avocat aux Conseils*) nehmen¹⁷¹⁸. Die Klage muss zum Zeitpunkt ihrer Einreichung beim Staatsrat noch einen Gegenstand haben¹⁷¹⁹. Zur Begründung seines Rechtsmittels muss der Antragsteller ein Element kritisieren, auf das sich der angefochtene Beschluss gestützt hat¹⁷²⁰. Gemäß den üblicherweise geltenden Regeln wird das Rechtsmittel nur dann geprüft, wenn es nicht bereits im Stadium des vorherigen Zulassungsverfahrens abgelehnt wurde.

In wiederum klassischer Weise liegt die Zuständigkeit des Kassationsrichters für einstweilige Verfügungen bei den Kollegialorganen des Staatsrats: die Unterabteilungen grundsätzlich versammelt, eine Unterabteilung entscheidet allein, wenn das Rechtsmittel nach dem Zulassungsverfahren zurückgewiesen wird¹⁷²¹, die Abteilung, wenn ein Fall die Gelegenheit bietet, die Grundzüge der Rechtsprechung festzulegen. Artikel R. 523-2 räumt dem Kassationsrichter eine Frist von einem Monat für die Entscheidung ein, und nicht 48 Stunden, wie es in der ersten Instanz und in der Berufung erforderlich ist.¹⁷²²

B. Gegenstand und Umfang der Kassationsprüfung

¹⁷¹⁵ CE, 18. November 1991, *Péochon*, LPA 11. Dezember 1991, S. 4, Schlusswort O. FOUQUET.

¹⁷¹⁶ CE, 23. Mai 2001, *Baudoin, Lebon T.*, S. 1135. Im vorliegenden Fall wurde die Berufung am 12. April gegen einen Beschluss, der dem Kläger am 27. März zugestellt wurde, beim Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats eingetragen. Da die Klage nicht für unzulässig erklärt wurde, lässt sich daraus ableiten, dass es sich bei der Klagefrist um eine Freifrist handelt. Siehe im Rahmen der anderen Dringlichkeitsreferenden: CE, 28. Mai 2001, *Société Codiam, Lebon T.* S. 1136 (für ein *référé-conservatoire*); CE, 5. November 2001, *Ministre de l'Intérieur*, Nr. 235496 (für ein *référé-suspension*).

¹⁷¹⁷ Artikel R. 811-5 des Verwaltungsgerichtsgesetzes besagt: "Die in den Artikeln 643 und 644 der neuen Zivilprozessordnung vorgesehenen zusätzlichen Entfernungsfristen kommen zu den normalerweise vorgeschriebenen Fristen hinzu". In Artikel 643 heißt es: "Wird die Klage vor einem Gericht mit Sitz im französischen Mutterland erhoben, werden die Fristen für Erscheinen, Berufung, Einspruch, Revision und Kassationsbeschwerde um: 1°) einen Monat für Personen, die in einem überseeischen Departement oder einem überseeischen Territorium wohnen; 2°) zwei Monate für Personen, die im Ausland wohnen". Der Staatsrat wandte die Entfernungsfrist auf eine Kassationsbeschwerde an, die gegen eine einstweilige Verfügung gerichtet war (CE, 29. November 2002, *Arakino, Lebon* S. 422: am 3. Juni 2002 eingetragenes Rechtsmittel gegen eine Sortierentscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts von Papeete vom 26. April 2002).

¹⁷¹⁸ Die in Artikel R. 522-5 vorgesehene Befreiung von der Anwaltpflicht kommt in diesem Stadium nicht zum Tragen. Da es keine gegenteilige Bestimmung gibt, findet die allgemeine Regel des Artikels R. 821-3 Anwendung. Da der Rechtsmittelführer diese Anforderung nicht erfüllt, wird sein Antrag als unzulässig zurückgewiesen (CE, 28. Februar 2001, *Catsipis*, Nr. 229458; CE, 25. April 2001, *Pause*, Nr. 230315; CE, 16. Mai 2001, *Majille*, Nr. 231197; CE, 15. Juni 2001, *Mairau*, Nr. 233437; CE, 15. Juni 2001, *Tauraatua*, Nr. 233755; CE, 15. Juni 2001, *Hoffer*, Nr. 233163; CE, 15. Juni 2001, *Hoffer*, Nr. 233164; CE, 15. Juni 2001, *Société Théâtre de fortune*, Nr. 232604; CE, 19. Oktober 2001, *SCI du Clos*, Nr. 234090), es sei denn, es erfolgt eine Berichtigung nach der Einlegung des Rechtsmittels (CE, 16. März 2001, *Brun et autres*, Nr. 2311003).

¹⁷¹⁹ Siehe zum Beispiel CE, 16. März 2001, *Brun und andere*, Nr. 231003. Vor dem erstinstanzlichen Richter beantragten die Kläger, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die Wahlpropagandakommission anweisen solle, die Rundschreiben und Stimmzettel der beiden rechtsextremen Kandidaten nicht zu verteilen. Da diese beiden Kandidaten im ersten Wahlgang nicht genügend Stimmen erhielten, um im zweiten Wahlgang fortbestehen zu können, wurde das Rechtsmittel gegen den Tri-Beschluss, mit dem ihr Antrag abgelehnt wurde, gegenstandslos. Siehe auch CE, 29. Juli 2002, *Talbonarne*, Nr. 247222. Der Kläger hatte beim Richter für einstweilige Verfügungen die Aussetzung des Präfekturbeschlusses beantragt, mit dem seine Beschlagnahme vom 18. bis 20. Mai 2002 angeordnet wurde. Das Rechtsmittel gegen den Beschluss, mit dem sein Antrag abgelehnt wurde, wurde am 24. Mai 2002 beim Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats eingetragen. Da die Aussetzung des Erlasses gegenstandslos geworden ist, ist der Antrag unzulässig. Siehe schließlich EG, 27. März 2006, *Ezenwaosu*, Nr. 284546: Da der Antragsteller in sein Herkunftsland umgeleitet wurde, hat das Rechtsmittel, das sich gegen den Beschluss richtete, mit dem der Richter für einstweilige Verfügungen es ablehnte, die Polizeibehörden anzuweisen, ihn seinen Flug nach Finnland fortsetzen zu lassen, seinen Gegenstand verloren.

¹⁷²⁰ In der Rechtssache *Lodama* macht der Berufungskläger geltend, dass die Weigerung des Präfekten einen offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit darstellte. Der Regierungskommissar stellt fest: "Dieser Klagegrund ist nicht operativ, da der Richter für einstweilige Verfügungen seinen Beschluss nicht auf diesen Punkt, sondern nur auf das Fehlen einer Dringlichkeit gestützt hat" (concl. inédites E. PRADA-BORDENAVE sur CE, 28 décembre 2001, n° 232132).

¹⁷²¹ Siehe jedoch, von einer allein entscheidenden Unterabteilung entschieden: CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487 (Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Erlass einer einstweiligen Verfügung).

¹⁷²² Siehe jedoch, diese Frist weit überschreitend: CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* S. 306 (der Kassationsrichter entscheidet am 2. Juli 2003 über ein am 26. Februar 2003 eingetragenes Rechtsmittel); CE, 27. Juli 2006, *Makiese*, Nr. 278122 (der Kassationsrichter hebt einen erstinstanzlichen Beschluss auf, der eineinhalb Jahre zuvor erlassen wurde).

413. Der Kassationsrichter kontrolliert, wie Professor Pacteau es ausdrückt, "die Art und Weise, wie geurteilt wurde", und "was geurteilt wurde". 1723

1. Die äußere Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses

414. Im Rahmen der äußeren Ordnungsmäßigkeit der Entscheidung stellt der Kassationsrichter sicher, dass der erste Richter die Verfahrensanforderungen erfüllt - die notwendigerweise reduziert sind, da der Kassationsrichter im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit hypothetisch nur Sortieranordnungen kennt - und das Urteil vorlegt. Der Staatsrat weist beispielsweise auf die Unregelmäßigkeit einer Sortieranordnung hin, die nach der Organisation einer kontradiktorischen Beweisaufnahme erfolgt¹⁷²⁴ oder bestimmte vom Kläger gestellte Anträge nicht erwähnt. 1725

In Bezug auf die Begründungspflicht hat sich der Kassationsrichter nicht in einer Grundsatzprüfung positioniert. Artikel L. 522-3 verpflichtet den Richter für einstweilige Verfügungen, seine Entscheidung zu begründen, was stereotype oder zu allgemein gehaltene Begründungen von seiner Seite ausschließt. Wie Chauvaux betonte: "Es wäre schwierig, summarische Begründungen zuzulassen, die darin bestehen, ohne weitere Erklärung zu behaupten, dass die strittige Maßnahme nicht offensichtlich rechtswidrig ist. Unserer Meinung nach (...) muss der Richter seine Entscheidung ziemlich ausführlich begründen. Und eine ausführlichere Begründung gibt den Kassationsgründen mehr Halt"¹⁷²⁶. Der Richter muss die Argumentation der Klageschrift korrekt darlegen und analysieren. In den Entscheidungsgründen muss ausführlich dargelegt werden, was die Ablehnung des Antrags rechtfertigt. Allgemein gilt: "Der Kassationsrichter muss in der Lage sein, die Argumentation zu beurteilen, die den Richter des *référé-liberté* dazu veranlasst hat, davon auszugehen, dass die strittige Handlung oder das strittige Verhalten keinen schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit darstellen kann"¹⁷²⁷. Logischerweise kann der Kassationsrichter den Richter für einstweilige Verfügungen nicht zu einer umfassenderen Begründung verpflichten, als sie vom Kläger entwickelt wurde. 1728

2. Die interne Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses

415. In Bezug auf die interne Ordnungsmäßigkeit der Entscheidung können vom Kassationsgericht nur die Verfälschung von Tatsachen und Rechtsfehler gerügt werden. Diese Lösung wurde auf der Grundlage von Artikel L. 521-11¹⁷²⁹ entwickelt und auf den *référé-liberté* angewendet.

416. Der Staatsrat kontrolliert nicht die Beurteilung des Sachverhalts. Der Richter für einstweilige Verfügungen

1723 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, Nr. 360 ff.

1724 CE, 8. Oktober 2001, *Sanches Cardoso, Lebon T.*, S. 1091: "le juge des référés, saisi d'une demande fondée sur l'article L. 521-1 ou sur l'article L. 521-2, ne peut légalement rendre une décision sur le fondement des dispositions de l'article L. 522-3 après avoir diligenté la procédure contradictoire et tient l'audience publique mentionnées respectivement aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 522-1".

1725 CE, 6. März 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.*, S. 852; CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet* und andere, *Lebon*, S. 215.

1726 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq, RFDA* 2001, S. 672.

1727 P. CASSIA, "Le contrôle de cassation sur les référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} Januar-11 Juli 2001)", *Dr. adm.* 2001, chron. Nr. 19, S. 14.

1728 Siehe im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Suspension bezüglich der Bedingung der Dringlichkeit: CE, Sect., 25. April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden, Lebon*, S. 220.

1729 Siehe CE, 16. Februar 2001, *Breucq, Lebon T.* S. 1092, *RFDA* 2001, S. 669-672, Schlusswort von D. CHAUVAUX. Der Rat stellt fest, dass "der Richter für einstweilige Verfügungen, der keinen Rechtsfehler begangen hat, indem er mit dem angefochtenen Beschluss urteilte, dass es offensichtlich erschien, dass der Antrag unbegründet war, eine souveräne Beurteilung der Umstände des Falles vorgenommen hat, die nicht mit einer Verfälschung der ihm vorgelegten Aktenstücke behaftet ist und die vor dem Kassationsgericht nicht diskutiert werden kann".

nimmt eine souveräne Beurteilung der Umstände des Einzelfalls in Bezug auf die Dringlichkeit¹⁷³⁰ und die schwere Beeinträchtigung einer Grundfreiheit vor¹⁷³¹. Die Beurteilung wird nur dann sanktioniert, wenn sie eine Verfälschung darstellt, d. h. einen schwerwiegenden Fehler bei der Beurteilung der Bedeutung einer Handlung oder eines Sachverhalts, der diese Interpretation mit der betreffenden Handlung oder dem betreffenden Sachverhalt unvereinbar macht. Wenn beispielsweise der Präfekt der Klägerin mitteilte, dass er ihren Antrag auf eine Aufenthaltsgenehmigung vorbehaltlich der Ergebnisse der üblichen Voruntersuchung positiv beschließen werde, verfälscht der Richter für einstweilige Verfügungen die Fakten des Falles, indem er diese Erklärung nicht als eine rechtsbegründende Entscheidung ansieht¹⁷³². Ebenso verfälscht der Richter die Aktenlage, wenn er eine ablehnende Entscheidung als abwartende Antwort bezeichnet.¹⁷³³

417. Im Rahmen des Rechtsfehlers¹⁷³⁴ prüft der Staatsrat die Korrektheit der rechtlichen Argumentation und Vorgehensweise, die dem Sortierbeschluss zugrunde liegen. Die Frage ist, ob der Kassationsrichter unter diesem Titel jeden vom Richter des *référé-liberté* begangenen Begründungsfehler sanktionieren kann oder ob er, ähnlich wie bei der Lösung im Rahmen des *référé-suspension*, seine Kontrolle auf Fehler beschränken muss, die einen eklatanten Charakter aufweisen. Mit anderen Worten: Soll er eine eingeschränkte oder eine normale Kontrolle über die Sortieranordnungen ausüben? Die Antwort auf diese Frage hängt von der Antwort auf die Frage nach dem Amt des Richters ab. Da der Richter für einstweilige Verfügungen ein vermindertes Amt ausübt, übt der Staatsrat eine eingeschränkte Kontrolle über seine Anordnungen aus; da der Richter für die Hauptsache ein normales Amt ausübt, übt der Kassationsrichter eine seinerseits normale Kontrolle über seine Entscheidungen aus.

Der Richter im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes muss den Anschein einer Rechtswidrigkeit und nicht eine gesicherte Rechtswidrigkeit feststellen. Die Konsequenzen aus diesem auf den Anschein oder die Wahrscheinlichkeit beschränkten Amt ziehend, hat der Kassationsrichter im Rahmen von Artikel L. 521-1 den Grundsatz einer zurückhaltenden oder eingeschränkten Rechtsfehlerkontrolle aufgestellt. Er übt keine gewöhnliche, d. h. gründliche Rechtsfehlerkontrolle aus, die mit der Kontrolle von Urteilen in der Hauptsache vergleichbar ist. Um das Amt des Richters für einstweilige Verfügungen, das durch den Begriff "ernsthafter Zweifel" begrenzt wird, zu respektieren, sanktioniert er seit dem Grundsatzurteil *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* nur den flagranten Rechtsfehler¹⁷³⁵. Mit anderen Worten, er kontrolliert nur den "offensichtlichen" Rechtsfehler¹⁷³⁶. Wie Herr Cassia feststellt, scheint der Grundsatz einer eingeschränkten

1730 Siehe z. B. CE, 9. Juli 2001, *Landry*, Nr. 234809: "Mit der Einschätzung, dass Herr Landry nicht die Dringlichkeit begründet, die mit seiner Wiedereinstellung in die städtische Motorradausbildung in Nantes verbunden wäre, hat der Richter für einstweilige Verfügungen eine souveräne Beurteilung der Umstände des Falls vorgenommen, die nicht mit einer Verfälschung der ihm vorgelegten Aktenstücke behaftet ist und die vor dem Kassationsgericht nicht diskutiert werden kann". Siehe in diesem Sinne auch: CE, 28. Dezember 2001, *Lodama*, Nr. 232132; CE, 6. März 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T. S. 852*; CE, 25. Oktober 2002, *Chiapello*, Nr. 249569; CE, 25. Oktober 2002, *Nould Masseghia*, Nr. 249568.

1731 Siehe CE, 25. Oktober 2002, *Bongiovanni, Syndicat CFDT Intervo de l'Herault*, Nr. 244289. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellte fest, dass die Versetzungsentscheidung des Klägers nicht als schwerwiegender Eingriff in eine Grundfreiheit angesehen werden kann. Der Staatsrat stellt fest, "dass der Richter für einstweilige Verfügungen, der keinen Rechtsfehler begangen hat, dabei eine souveräne Beurteilung der Umstände des Falles vorgenommen hat, die mangels Verfälschung nicht vor dem Kassationsgericht diskutiert werden kann". Siehe auch CE, 8. März 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, Nr. 236587: "Indem der erste Richter, der keinen Rechtsfehler beging, feststellte, dass die unregelmäßige Funktionsweise eines gemischten Verbands und die Unmöglichkeit für eine Region, aus diesem auszutreten, keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung des Rechts der Region Languedoc-Roussillon auf freie Selbstverwaltung darstellte, "hat er eine souveräne Beurteilung der Aktenstücke vorgenommen, die mangels Verfälschung dieser Aktenstücke vor dem Kassationsrichter nicht diskutiert werden kann".

1732 CE, 7. Mai 2003, *Boumaïza*, Nr. 250002.

1733 CE, 10. Oktober 2003, *Association Capselle und andere*, Nr. 251562. Siehe auch CE, 9. Februar 2005, *S.A.R.L. "Lou Marseillou"*, Nr. 272196.

1734 Da der Klagegrund des Rechtsfehlers unwirksam ist, wenn er gegen eine überreiche Begründung gerichtet ist (CE, 6. März 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T. S. 852*; CE, 15. Juli 2004, *Doudaev*, Nr. 265822).

1735 CE, Sect., 29. November 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, Lebon S. 421, BDCF 2/03*, Nr. 28, S. 36-43, Schl. L. VALLEE; *AJDA* 2003, S. 278-279, Chron. F. DONNAT und D. CASAS. Der Conseil d'Etat hatte sich zunächst für eine gründliche Rechtsfehlerkontrolle entschieden, die die Besonderheit des Amtes des Richters für einstweilige Verfügungen gegen Suspensionen nicht berücksichtigte (siehe CE, Sect., 16. Mai 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Rival, Lebon, S. 243, AJDA* 2001, S. 643-648, chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN).

1736 L. VALLEE, Schlusswort, S. 40. Da das Gericht eine "minimale" Kontrolle über den Rechtsfehler ausübt, gesteht es dem Richter des einstweiligen Rechtsschutzes eine Art Recht auf Irrtum zu. So weigert sich der Kassationsrichter, zwei Entscheidungen wegen Rechtsfehlern zu zensieren, in denen er in Bezug auf einen identischen Klagegrund, der darauf abzielt, dass Artikel L. 111-6 des Städtebaugesetzes dem Bürgermeister nicht die Befugnis gab, sich einem Antrag auf endgültigen Anschluss eines Wohnwagens an die Stromnetze zu widersetzen, die eine, dass dieses Mittel geeignet war, einen ernsthaften Zweifel zu wecken (CE, 5. April 2004, *Commune de Pertuis, Lebon S. 156*), und die andere, dass dieses Mittel nicht geeignet war, einen ernsthaften Zweifel zu wecken (CE, 12. Dezember 2003, *Cancy*, Nr. 257794).

Kontrolle zu implizieren, dass "der Staatsrat bei der Kassation die vom ersten Richter vorgenommene Auslegung einer Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung nicht mehr überprüfen wird - es sei denn, der Klagegrund ist inoperabel oder fällt in den Anwendungsbereich des Gesetzes".¹⁷³⁷

In ihren Schlussfolgerungen zum Fall *Abdallab* plädierte Frau Boissard für eine Anwendung der Rechtsprechung der *Stadtgemeinschaft Saint-Etienne métropole* auf die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit. Sie wies darauf hin, dass diese zurückhaltende Kontrolle auf dieser Grundlage noch stärker gerechtfertigt sei. "In diesem Fall geht es für den Richter darum, eine offensichtliche Rechtswidrigkeit zu identifizieren und nicht nur einen Grund zu erkennen, der ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme aufkommen lässt. Wenn der Richter also nicht von der Existenz einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit überzeugt ist, darf seine Argumentation unserer Meinung nach nur dann wegen Rechtsfehlern zensiert werden, wenn die Akten und die Argumentation der Antragsteller im Gegenteil die Existenz einer flagranten Rechtswidrigkeit belegen würden"¹⁷³⁸. Dennoch kann diese Lösung insofern diskutiert werden, als das Amt des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit in keiner Weise mit dem des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Aussetzung vergleichbar ist. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes tätig wird, ist er ein Richter des Offensichtlichen. Er kann von seinen Befugnissen nur Gebrauch machen, wenn eine sichere, erwiesene und unbestreitbare Rechtswidrigkeit vorliegt. Was die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung oder eines Vorgehens betrifft, ist das Amt des Richters für einstweilige Verfügungen das eines Richters in der Sache¹⁷³⁹, was tendenziell die Ausübung einer normalen Kontrolle seiner Entscheidungen durch den Kassationsrichter rechtfertigt. Darüber hinaus ist, wie Cassia anmerkt, die Grenze zwischen normaler und eingeschränkter Kassationskontrolle schwer zu ziehen und hindert den Kassationsrichter nicht daran, Grundsatzfragen im einstweiligen Rechtsschutz zu entscheiden.¹⁷⁴⁰

Wenn der Conseil d'Etat im Rahmen eines Tri-Beschlusses über einstweilige Verfügungen tätig wird, erwähnt er nicht das "Amt des Richters für einstweilige Verfügungen", das seit dem Urteil *Communauté urbaine Saint-Etienne Métropole* vom Kassationsgericht im Zusammenhang mit Artikel L. 521-1 erwähnt wird. Er "hält" seine Kontrolle nicht zurück; er weigert sich, einen möglichen Rechtsfehler des Richters der einstweiligen Verfügung mit der Begründung zu "retten", dass dieser nicht offensichtlich genug sei, um in der einstweiligen Verfügung sanktioniert zu werden. Wenn der Kassationsrichter über eine auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 ergangene Sortieranordnung entscheidet, zensiert er den vom ersten Richter begangenen Rechtsfehler, unabhängig davon, ob er offenkundig ist oder nicht. Die Rechtsprechung veranschaulicht den Umfang der auf dieser Grundlage ausgeübten Kontrolle. Zunächst sanktioniert der Kassationsrichter Rechtsfehler, die der Richter der einstweiligen Verfügung bei der Auslegung und Anwendung der in Artikel L. 521-2 genannten Anspruchsvoraussetzungen begangen hat. So zensiert er den Rechtsfehler, den der erste Richter begangen hat: "indem er davon ausging, dass eine Verweigerung der Festanstellung "unabhängig von den Gründen" keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit darstellen kann"¹⁷⁴¹; indem sie grundsätzlich feststellte, dass die Weiterbeschäftigung eines geschützten Arbeitnehmers, der des Mobbings beschuldigt wird, keine Grundfreiheit im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht gefährdet¹⁷⁴² oder indem sie der Ansicht war, dass angesichts der Existenz eines Rechtsbehelfsverfahrens mit aufschiebender Wirkung gegen die Entscheidung zur Abschiebung an die Grenze, der der Betroffene möglicherweise unterliegt, die Dringlichkeit es nicht rechtfertigte, die vom Beschwerdeführer beantragte Maßnahme anzuordnen, mit der die Verwaltungsbehörde angewiesen werden sollte, seinen Antrag auf territoriales Asyl zu registrieren¹⁷⁴³. Die Kontrolle von Rechtsfehlern, die auf die korrekte Anwendung der Bedingungen für die Gewährung ausgeübt wird, grenzt manchmal an die Kontrolle der Beurteilung¹⁷⁴⁴. Beispielsweise zensiert der Kassationsrichter im Urteil *Aguillon* die fehlerhafte Beurteilung, die

¹⁷³⁷ P. CASSIA, Anmerkung zu CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere*, *AJDA* 2004, S. 318.

¹⁷³⁸ S. BOISSARD, concl. sur CE, 2 février 2004, *Abdallab*, *RFDA* 2004, S. 775. Ein weiteres Element könnte im Sinne einer eingeschränkten Kontrolle berücksichtigt werden: In den Verfahren des bürgerlichen Rechts kontrolliert der Staatsrat nicht die Beurteilung des Richters über das Vorliegen eines von der Verwaltung begangenen offensichtlichen Beurteilungsfehlers (CE, Sect. 18. November 1994, *Société "Clichy Dépannage"*, *Lebon* S. 505: Indem sie den Klagegrund des offensichtlichen Beurteilungsfehlers zurückweist, nimmt die Cour administrative d'appel eine souveräne Beurteilung der Fakten des Falles vor, die mangels Verfälschung der Fakten des Falles vor dem Kassationsgericht nicht diskutiert werden kann). Da der Richter des référé-liberté seine Befugnisse nur im Falle einer "offensichtlichen" Rechtswidrigkeit ausüben kann, könnte man analog dazu die Lösung, die für den "offensichtlichen" Beurteilungsfehler gefunden wurde, auf das Verfahren nach Artikel L. 521-2 ausdehnen wollen. Dies hieße jedoch, den Unterschied zwischen den beiden Begriffen zu verwechseln: In den Verfahren des bürgerlichen Rechts ist der offensichtliche Charakter der Beurteilungsfehler; auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 wird dieser Charakter an die begangene Rechtswidrigkeit geknüpft.

¹⁷³⁹ Siehe *oben*, §§ 278-279.

¹⁷⁴⁰ Siehe P. CASSIA, o. J., S. 319, und die vom Autor in Fußnote 65 angeführten Beispiele.

¹⁷⁴¹ CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas*, *Lebon* S. 108.

¹⁷⁴² CE, 4. Oktober 2004, *Société Mona Lisa investissements und andere*, *Lebon* S. 362.

¹⁷⁴³ CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon* S. 45. Siehe in diesem Sinne auch: CE, 3. November 2003, *Kobanda Doro*, Nr. 258322.

¹⁷⁴⁴ Dies steht im Einklang mit der Position, die der Regierungskommissar Didier Chauvaux bei der ersten Anwendung der Reform vom 30. Juni 2000 vertrat. Mit einer allgemeinen Formel behauptete dieser: "Wir würden zögern, pauschal zu

der Richter in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme vorgenommen hatte, die das Streikrecht im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit übermäßig einschränkte. Der Staatsrat ist der Ansicht, dass der Richter einen Rechtsfehler begangen hat, indem er diese Maßnahme nicht als einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in das Streikrecht ansah¹⁷⁴⁵. Zweitens und allgemeiner sanktioniert der Kassationsrichter Argumentationsfehler, die der Richter für einstweilige Verfügungen bei der Auslegung der geltenden Texte begangen hat. Im Urteil *Stéphaur* zensiert er die Anwendung des Moratoriums gemäß Artikel L. 613-3 des Bau- und Wohnungsgesetzbuchs¹⁷⁴⁶ unter den Umständen des vorliegenden Falls. Der Richter für einstweilige Verfügungen begeht auch einen Rechtsfehler, wenn er feststellt, dass minderjährige Ausländer sich nicht auf die Bestimmungen von Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention berufen können¹⁷⁴⁷ oder wenn er behauptet, dass die Weigerung des Siegelbewahrers, Frankreich bei der Rückführung eines Kindes, das von einem seiner Eltern ins Ausland gebracht wurde, zu unterstützen, eine Handlung darstellt, die die Führung internationaler Beziehungen betrifft und sich jeglicher gerichtlichen Kontrolle entzieht¹⁷⁴⁸. Ein Fehler bei der Auslegung der anwendbaren Texte kann sich auch auf die Zuständigkeitsregeln beziehen. So stellt der Staatsrat fest, dass die der Flüchtlingsbeschwerdekommision zugewiesene Zuständigkeit nicht Streitigkeiten umfasst, die sich auf die Weigerung des Generaldirektors des französischen Amtes für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen beziehen, einen Asylantrag zu registrieren. Folglich müssen diese Streitigkeiten vor dem ordentlichen Verwaltungsgericht verhandelt werden; der Richter für einstweilige Verfügungen begeht einen Rechtsfehler, wenn er sich für nicht zuständig erklärt.¹⁷⁴⁹

C. Das Urteil des Kassationsrichters

418. Nach Prüfung der zur Begründung der Berufung vorgebrachten Gründe lässt der Kassationsrichter die Berufung zu oder weist sie zurück.

Der Staatsrat weist die Berufung zurück, wenn kein Kassationsgrund begründet ist. Wenn ein Klagegrund begründet ist, kann eine Zurückweisung dennoch erfolgen, wenn die Umstände des Falles es dem Kassationsgericht erlauben, eine Substitution der Gründe vorzunehmen, wobei die Substitution bei gleichbleibenden Tatsachen erfolgt. So stellt der Rat im Urteil *Soares dos Santos fest*, dass die dem ersten Richter vorgelegten Anträge die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen überschritten, "diese Begründung, die keine Beurteilung von Tatsachenumständen beinhaltet, an die Stelle der im angefochtenen Beschluss festgehaltenen Begründung treten muss, deren Tenor sie rechtfertigt"¹⁷⁵⁰. In der Rechtssache *Fofana nies* der Staatsrat ein Rechtsmittel gegen einen in Sachen einstweilige Verfügung gegen die Freiheit gerichteten Beschluss zurück und ersetzte die vom Richter für einstweilige Verfügungen angeführten Gründe durch die Begründung, dass die Umstände des Falles keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Verletzung einer Grundfreiheit durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts in Ausübung einer ihrer Befugnisse erkennen lassen¹⁷⁵¹. Im Urteil *Arakino* vom 29. November 2002 ersetzte der Staatsrat die Begründung, um die Frage, ob das Recht auf Bildung eine Grundfreiheit darstellt, nicht zu entscheiden. Der Richter für einstweilige Verfügungen hatte den Antrag auf Aussetzung eines von einem Gymnasium gegen einen Schüler der Einrichtung verhängten endgültigen Ausschlusses abgelehnt. Der Richter stellte eine Verletzung des Rechts auf Bildung fest, das er als Grundfreiheit einstufte, wies jedoch alle gegen die angefochtene Entscheidung vorgebrachten Rechtmäßigkeitsgründe zurück. Um sich nicht über die Existenz einer Grundfreiheit äußern zu müssen, bekräftigte der Rat, "dass eine Maßnahme zum Ausschluss eines Schülers aus einem Gymnasium aus disziplinarischen Gründen nicht als Beeinträchtigung

behaupten, dass der Sachrichter eine souveräne Beurteilung vornimmt, wenn er der Ansicht ist, dass ein Eingriff in eine Grundfreiheit nicht offensichtlich rechtswidrig ist" (D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq*, RFD A 2001, S. 672).

¹⁷⁴⁵ CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere*, *Lebon* S. 497.

¹⁷⁴⁶ CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaur und andere*, *Lebon* S. 117. Artikel L. 613-3 besagt, dass das Moratorium für die Vollstreckung von Räumungsmaßnahmen nicht anwendbar ist, wenn die Personen, deren Räumung angeordnet wurde, faktisch in die Räumlichkeiten eingedrungen sind. Im vorliegenden Fall wurde nicht bestritten, dass die Hausbesetzer faktisch in die Räumlichkeiten eingedrungen waren. Indem er sich darauf stützte, dass die Verweigerung der öffentlichen Gewalt "in Anbetracht des Zeitraums, in dem sie erfolgte", nicht offensichtlich rechtswidrig war, wandte der Richter für einstweilige Verfügungen die Bestimmungen von Artikel L. 613-3 unrichtig an und versah seinen Beschluss mit einem Rechtsfehler.

¹⁷⁴⁷ CE, 6. Dezember 2004, *El Akrae*, Nr. 265917.

¹⁷⁴⁸ CE, 4. Februar 2005, *Karrer*, *Lebon T.*, S. 1033. Sie missachtet die Rechtsprechung des Staatsrats, wonach Maßnahmen, die auf der Grundlage der Bestimmungen des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen ergriffen werden können, keine Regierungsakte darstellen (CE, 30. Juni 1999, *Guichard*, *Lebon*, S. 218).

¹⁷⁴⁹ CE, 9. März 2005, *Moinuddin*, *Lebon T.*, S. 805, S. 921.

¹⁷⁵⁰ CE, 8. August 2001, *Soares dos Santos*, Nr. 234589.

¹⁷⁵¹ CE, 22. Mai 2002, *Fofana und andere*, *Lebon* S. 175.

einer Grundfreiheit angesehen werden kann; dass somit der Antrag von Herrn Arakino die Grundfreiheit verletzt. Arakino nicht in den Anwendungsbereich von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes fiel; dass dieser Grund, der keine Beurteilung von Tatsachenumständen erfordert, an die Stelle der im angefochtenen Beschluss genannten Gründe treten muss, dessen Tenor er rechtmäßig rechtfertigt".¹⁷⁵²

Wenn ein Klagegrund begründet ist, kann der Kassationsrichter den tri-Beschluss ganz oder teilweise aufheben.¹⁷⁵³ In Sachen *référé-liberté* legt der Staatsrat den Fall im Interesse einer guten Rechtspflege *systematisch* vor, wie es ihm nach Art. L. 821-2 erlaubt ist.¹⁷⁵⁴ Dies ist nur allzu verständlich, wenn es um Fragen geht, die naturgemäß so schnell wie möglich gelöst werden müssen. Diese Lösung verhindert, dass das Verfahren durch die Verweisung an einen neuen Richter verzögert wird.

419. Wenn der Antrag den Filter der Sichtung passiert, d. h. ein ausreichend ernsthaftes Interesse hat, wird er in die Untersuchung aufgenommen und nach einer öffentlichen Anhörung innerhalb von 48 Stunden entschieden.¹⁷⁵⁵

Abschnitt 3. Die Entscheidung über Anträge von ernsthaftem Interesse innerhalb von 48 Stunden

420. Der Gesetzgeber hat vorgeschrieben, dass Anträge auf einstweilige Verfügung innerhalb von 48 Stunden entschieden werden müssen, wenn sie nicht bereits im Stadium der Sichtung abgewiesen werden. Unter weitestgehender Berücksichtigung dieser Anforderung entscheidet der Richter innerhalb weniger Tage nach Antragstellung nach kontradiktorischer Beweisaufnahme und einer öffentlichen Anhörung über die Begründetheit des Antrags. Wenn ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, kann der Richter für einstweilige Verfügungen das Inkrafttreten seiner Entscheidung beschleunigen.

I. Eine Urteilsfrist von 48 Stunden

421. Aufgrund der Schwere der Situationen, die mit dem Verfahren der einstweiligen Verfügung bekämpft werden sollen, schreibt das Gesetz vor, dass der Richter die Anträge, die ihm auf dieser Grundlage vorgelegt werden, innerhalb von 48 Stunden prüfen muss. Die Festlegung einer derart kurzen Urteilsfrist zwingt zu einer radikalen Beschleunigung des Untersuchungsrythmus.

A. Eine durch den Ernst der Lage bedingte

¹⁷⁵² CE, 29. November 2002, *Arakino*, *Lebon* S. 422.

¹⁷⁵³ Für eine Aufhebung des gesamten Sortierbeschlusses siehe CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon*, S. 215, *AJDA* 2002, S. 590-592, chron. F. DONNAT und D. CASAS. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts hatte es versäumt, bestimmte vor ihm gestellte Anträge zu visieren. Der Kassationsrichter hätte sich wie üblich auf eine teilweise Kassation beschränken können, da der Rest der Anträge der Klägerinnen korrekt und vollständig bezeichnet worden war. Dennoch wurde die vollständige Kassation gewählt, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen betraf die Auslassung die *Hauptanträge* der Klägerinnen, was die Tragweite der betreffenden Unregelmäßigkeit verschärfen und somit den möglichen Bereich der Kassation erweitern konnte. Andererseits ermöglichte eine vollständige Kassation, die interessante Rechtsfrage des Falles vollständig zu behandeln (siehe F. DONNAT und D. CASAS, chron. o. J., S. 591).

¹⁷⁵⁴ Nur in einem Fall wurde nach der Kassation nicht darüber gesprochen, was jedoch durch die besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt war. Das Verwaltungsgericht hatte die bei ihm eingereichte Anfechtungsklage als Antrag auf Anwendung der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 interpretiert. Nach der Aufhebung der Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen, der zu Unrecht über diesen Antrag entschieden hatte, musste der Rat die Sache natürlich an das Verwaltungsgericht zurückverweisen, das in der Hauptsache entschied (CE, 23. Mai 2001, *Bandoïn*, *Lebon* T. S. 1135).

¹⁷⁵⁵ In der Regel entscheidet der Richter für einstweilige Verfügungen innerhalb eines Tages über die Sortierung. Wenn er sich für diese Option entscheidet, erlässt er seine Entscheidung in der Regel am nächsten Tag. Entscheidet er sich für eine öffentliche Verhandlung, leitet er noch am selben Tag die kontradiktorische Beweisaufnahme ein, indem er den Verfahrenskalender dem Büro für einstweilige Verfügungen übergibt, das ihn den Parteien mitteilt und die Fristen für die Vorlage und Erwiderung angibt. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen diesen Weg wählt und die Verwaltung vorlädt, weiß diese, dass der Antrag nicht nach Artikel L. 522-3 abgelehnt wurde und dass sich folglich ein ernsthaftes Problem ergeben könnte. Sie trifft daher die notwendigen Vorkehrungen, indem sie die Verteidigung organisiert und manchmal sogar den Antragsteller vor der Anhörung zufriedenstellt (siehe *unten*, §§ 468-471).

Kürze

422. Die Beurteilung der Frist, innerhalb derer ein Richter seine Entscheidung treffen muss, hängt von der Natur und den Besonderheiten der jeweiligen Streitigkeit ab¹⁷⁵⁶. Wenn die öffentliche Gewalt beschuldigt wird, einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in die Grundfreiheiten vorzunehmen, muss die Frist für die Entscheidung über Beschwerden so kurz wie möglich sein¹⁷⁵⁷. In der Praxis ist zu beobachten, dass die Schwere der Situation sehr oft eine Verpflichtung begründet, innerhalb einer extrem kurzen Frist zu entscheiden. Wenn beispielsweise der Präsident des Verwaltungsgerichts mit einer Maßnahme befasst wird, die im Verdacht steht, die Ausübung einer öffentlichen oder individuellen Freiheit zu gefährden, ist er gesetzlich verpflichtet, innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden (Artikel L. 2131-6 Abs. 5 der allgemeinen Gebietskörperschaftsordnung). Ebenso muss der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen, wenn eine Privatperson einen Verwaltungsakt behauptet, innerhalb von Tagen oder sogar Stunden nach Einreichung des Antrags eine Entscheidung treffen.

Bei der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit hat sich der Gesetzgeber nicht damit begnügt, den Richter allgemein aufzufordern, schnell oder innerhalb einer kurzen Frist zu entscheiden. In einer präzisen und zugleich richtungsweisenden Art und Weise hat er selbst *in abstracto* beurteilt, wie lange der Richter eingreifen muss, wenn eine Person glaubt, Opfer eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in ihre Grundfreiheiten zu sein. Da er der Ansicht war, dass in einem solchen Fall die strittige Situation höchstens zwei Tage nach Einreichung des Antrags andauern dürfe, fügte er Artikel L. 521-2 den Satz hinzu: "Der Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet innerhalb von 48 Stunden".

Diese Verpflichtung war in dem von der Regierung vorgelegten Gesetzentwurf nicht enthalten. Der Text schrieb dem Richter für einstweilige Verfügungen keine spezielle Urteilsfrist vor: Dieser wurde lediglich durch die allgemeine Bestimmung in Artikel 1^{er} (jetzt Artikel L. 511-1) aufgefordert, "so schnell wie möglich" zu entscheiden. In erster Lesung nahm der Senat eine Änderung an, die dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats vorschreibt, in seiner Eigenschaft als Berufungsrichter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden¹⁷⁵⁸. In Abstimmung mit der Frist für die Berufung und um die Analogie zum *Déféré-liberté* beizubehalten, wurde die Verpflichtung in zweiter Lesung auf den Richter der ersten Instanz ausgeweitet.¹⁷⁵⁹

Die Festlegung einer Frist für die Urteilsfindung und mehr noch, einer so kurzen Frist für die Urteilsfindung, ist besonders bemerkenswert. Sie weicht nicht nur von der Regel ab, dass der Richter grundsätzlich souverän ist, wenn es darum geht, die Dauer der Untersuchung und des Urteils eines Falles zu bestimmen¹⁷⁶⁰, sondern die

¹⁷⁵⁶ Zu den Elementen, die bei der Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer für jede Art von Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen sind, siehe M.-A. FRISON-ROCHE, "Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure", in *Le temps dans la procédure* (J.-M. COULON und M.-A. FRISON-ROCHE Hrsg.), Dalloz, 1996, S. 11-23, Spez. S. 11-12.

¹⁷⁵⁷ Die Notwendigkeit einer sehr schnellen, ja sogar sofortigen Reaktion hatte bei den Dezentralisierungsgesetzen dazu geführt, dass die Idee einer aufschiebenden Wirkung für Rechtsbehelfe im Bereich der Freiheitsrechte in Betracht gezogen wurde. Präsident Chabanol stellte fest: "Le recours suspensif apparaît comme le seul moyen, en ces matières, de préserver efficacement les libertés publiques" (D. CHABANOL, "Décentralisation et juge administratif", *AJDA* 1983, S. 73). Ein solcher Vorschlag, der aus dem Willen heraus entstand, eine Verletzung der Freiheiten sofort zu beenden, war jedoch zu umfassend - da fast alle Verwaltungsrechtsstreitigkeiten als die Freiheiten betreffend betrachtet werden können -, als dass er hätte angenommen werden können.

¹⁷⁵⁸ *JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3755.

¹⁷⁵⁹ *JO déb. Sénat*, CR séance 22. Februar 2000, S. 869. Die Regierung unterstützte die Annahme dieser Änderung und hielt den Vorschlag für "kohärent sowohl aus Sicht des diskutierten Textes, da diese Frist bereits für den Berufungsrichter vorgesehen ist, als auch im Hinblick auf den Präfekturvorbehalt im Bereich der Freiheitsrechte, der sich aus den Dezentralisierungsgesetzen ergibt" (E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, S. 863).

¹⁷⁶⁰ Die Texte, die das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten regeln, setzen diesen normalerweise keine Frist, um über die bei ihnen anhängigen Klagen zu entscheiden. Grundsätzlich hat der Verwaltungsrichter einen Ermessensspielraum bei der Festlegung des Datums für die Berufung in das Register. Die Fälle, in denen der Gesetzgeber dem Richter eine Frist setzt, innerhalb derer er den Rechtsstreit entscheiden und sein Urteil fällen muss, stellen daher eine Ausnahme dar. Wie M. Dugrip feststellt, "verordnet der Gesetzgeber dem Richter nur mit größter Zurückhaltung Fristen" (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, S. 31). Wenn es solche Fristen gibt, können sie unterschiedlich lang sein und von mehreren Monaten bis zu wenigen Stunden reichen. Gemäß Artikel 7 des Gesetzes vom 17. Juli 1978 muss der Verwaltungsrichter innerhalb von sechs Monaten nach Registrierung des Antrags entscheiden, wenn er mit einer streitigen Klage gegen die Verweigerung der Mitteilung eines Verwaltungsdokuments befasst ist (siehe Anmerkung D. CHABANOL unter sieben Arten des TA Lyon, 30. April und 7. Mai 1981, *AJDA* 1982, S. 94; und TA Lyon, 7. Januar 1982, *Bertin c/ Ministre de la Défense*, *AJDA* 1982, S. 523, Anmerkung H. MAISL). MAISL). Im Rahmen der *référé-précontractuel*, Artikel L. 551-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes räumt dem Richter eine Frist von 20 Tagen ein, um seine Entscheidung zu treffen (siehe C. BERGEAL, "Référé en matière de passation des contrats et marchés", *Jal. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), Nr. 54). Der Präsident des Verwaltungsgerichts muss innerhalb von 15 Tagen über Klagen

festgelegte Frist erweist sich darüber hinaus als bemerkenswert kurz¹⁷⁶¹. Wie Herr Chapus betonte, "ist die Tatsache, dass sie ihm speziell in diesem Verfahren und durch eine gesetzliche Bestimmung gesetzt wird, durchaus bezeichnend für die Art und Weise, wie die einstweilige Verfügung zur Rettung konzipiert ist"¹⁷⁶². Für Cassia und Béal ist er "eine der Manifestationen, wahrscheinlich die symbolträchtigste, des außergewöhnlichen Charakters des in Artikel L. 521-2 vorgesehenen Verfahrens"¹⁷⁶³.

423. Wie verbindlich ist eine gesetzlich festgelegte Urteilsfrist für den Richter? Im strengen Recht muss man logischerweise die vom Gesetzgeber gesetzten Urteilsfristen als verbindlich ansehen. Da das Gesetz jedoch keine ausdrückliche Sanktion vorsieht, erkennt der Verwaltungsrichter ihnen nur eine indikative oder anspruchsbefähigende Bedeutung zu.

Der Staatsrat ist der Ansicht, dass die Festlegung einer Urteilsfrist niemals bindend ist und der Richter niemals verpflichtet ist, vor Ablauf der Frist zu entscheiden. "Trotz des Willens des Gesetzgebers, die Rechtssache dringend innerhalb der von den Texten vorgesehenen Frist entschieden zu sehen, erkennt der Richter sich selbst die souveräne Befugnis zu, sein Urteil nicht innerhalb der Frist zu fällen, und setzt damit seine Einschätzung der Dringlichkeit über die des Gesetzgebers, wenn er diese nicht schlichtweg ignoriert"¹⁷⁶⁴. Diese konstante Position des Verwaltungsrichters¹⁷⁶⁵ findet sich auch im Rahmen des *référé-liberté* wieder. Zunächst schien der Richter für einstweilige Verfügungen jedoch einen zwingenden Charakter der 48-stündigen Urteilsfrist anzuerkennen, die ihm für seine Entscheidung zur Verfügung steht. In einem Beschluss vom 30. Januar 2001 bekräftigte er, dass das Datum des Eingangs der vollständigen Akte des Berufungsantrags "den Beginn der Frist darstellt, die dem Staatsrat zur Entscheidung eingeräumt wird"¹⁷⁶⁶. Der Verweis auf den Beginn der Frist schien die Anerkennung der Verbindlichkeit der Frist zu implizieren. Tatsächlich hat die Erwähnung der Berechnung einer Frist nur dann einen Sinn, wenn der Richter ihr eine rechtliche Autorität zuerkennt und sich an ihre Einhaltung gebunden fühlt. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats bestätigte diese Auslegung in einer Entscheidung vom 27. September 2001. Er bekräftigt, "dass der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Rennes (...) auf der Grundlage der oben genannten Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufen wurde, die implizierten, dass er sich innerhalb von 48 Stunden (...) äußern musste"¹⁷⁶⁷. Diese Lösung wurde sogar von einem Kollegialorgan bestätigt, da der Rat in einem Urteil vom 27. Juli 2001 feststellte, dass das Gesetz "dem Richter für einstweilige Verfügungen auferlegte, innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden"¹⁷⁶⁸. Die Anerkennung der Verbindlichkeit der Urteilsfrist entsprach sowohl dem Wortlaut des Textes als auch der Absicht des Gesetzgebers. Der Siegelbewahrer hatte insbesondere bekräftigt, dass die 48-Stunden-Frist nicht, wie vom Rechtsausschuss des Senats gewünscht, nach der Sortierung durch den Dringlichkeitsrichter, sondern ab dem Zeitpunkt der Registrierung des Antrags "gezählt" würde¹⁷⁶⁹. Auch hier gilt, dass der Verweis auf die Regeln für

gegen ausdrückliche oder stillschweigende Entscheidungen der Gemeinden über Anträge auf Entschädigung für Schäden entscheiden, die bei der Beschlagnahme nach Katastrophen oder Unglücksfällen entstanden sind (siehe O. DUGRIP, *a. a. O.*, S. 31). In Wahlsachen sind die Fristen häufig auf wenige Tage beschränkt. So wird dem Verwaltungsrichter eine einheitliche Frist von drei Tagen auferlegt, um über die Ordnungsmäßigkeit der Wahlvorbereitungen und die Ergebnisse der Wahlen zu den beschließenden Organen der Gebietskörperschaften zu entscheiden (siehe O. DUGRIP, *a. a. O.*, S. 33-37).

¹⁷⁶¹ Es gibt nur wenige Streitfälle, für die eine so kurze Frist gilt. Der quantitativ wichtigste ist der Fall der Abschiebung an der Grenze, bei dem der Richter innerhalb von 48 Stunden "ab dem Zeitpunkt der Registrierung des Antrags bei der Geschäftsstelle des Gerichts" (Artikel R. 776-9 des Verwaltungsgerichtsgesetzes) entscheiden muss. Andere Verfahren müssen ebenfalls erwähnt werden. Sie stellen einen sehr geringen Anteil der Streitfälle dar und entsprechen bestimmten Anträgen, die von der Präfekturbehörde (*déféré-liberté*, *déféré-urbanisme* nach Artikel L. 421-9 des Stadtplanungsgesetzes, *déféré-défense nationale*) oder von den Bürgermeistern der Gemeinden Paris, Lyon und Marseille eingereicht werden (zu diesen Verfahren siehe R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, Thèse Paris II, 2001, S. 96-107).

¹⁷⁶² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1592.

¹⁷⁶³ P. CASSIA und A. BEAL, note sous CE, ord. 18. Februar 2003, *Commune de Pertuis*, *AJDA* 2003, S. 1174.

¹⁷⁶⁴ O. DUGRIP, *a. a. O.*, S. 74.

¹⁷⁶⁵ Die Rechtsprechung ist alt (siehe z. B. CE, Sect., 1^{er} Februar 1946, *Roux*, *Lebon* S. 30) und wird in allen Rechtsstreitigkeiten angewendet. So vertritt der Staatsrat die Auffassung, dass ein Urteil, das nach Ablauf der Monatsfrist ergeht, die dem Verwaltungsgericht gemäß Artikel L. 421-9 des Städtebaugesetzes vorgeschrieben ist, um über Anträge auf Aussetzung der Ausführung der Baugenehmigung zu entscheiden, nicht mit einer Unregelmäßigkeit behaftet ist (CE, 22. April 1988, *Comité de sauvegarde du patrimoine du pays de Montpellier*, *Lebon* T. S. 956). Ebenso führt die Überschreitung der 20-tägigen Frist, die dem Richter des *référé-précontractuel* zur Entscheidung eingeräumt wurde, weder zur Entmachtung des Richters (CE, Sect., 3. November 1995, *District de l'agglomération nancéenne*, *Lebon* S. 391) noch zur Unregelmäßigkeit seiner Entscheidung (CE, 2. Juli 1999, *SA Bouygues*, *Lebon* S. 941). Was die Frist von 48 Stunden betrifft, die dem Richter für die Abschiebung an der Grenze eingeräumt wurde, so ist diese als Richtwert anzusehen und wird nicht zur Nichtigkeit der Entscheidung vorgeschrieben (CE, 6. Juli 1980, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Korchi*, *Lebon* T. S. 778 und 904).

¹⁷⁶⁶ EK, Beschl. 30. Januar 2001, *Tauratna*, Nr. 229418.

¹⁷⁶⁷ CE, Ord. 27. September 2001, *Guegueniat*, Nr. 238473.

¹⁷⁶⁸ CE, 27. Juli 2001, *Haddad*, Nr. 231889.

¹⁷⁶⁹ E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22. Februar 2000, S. 869.

die Berechnung der Frist nur dann Sinn macht, wenn die Frist verbindlich ist. In der Folgezeit wurde jedoch ausdrücklich davon ausgegangen, dass die in Artikel L. 521-2 festgelegte Frist einen indikativen Charakter hat. In Anlehnung an die klassischen Formulierungen stellt er fest, dass diese Frist "bei Strafe der Nichtigkeit nicht vorgeschrieben ist"¹⁷⁷⁰ oder "bei Strafe der Entmachtung des Richters oder der Nichtigkeit der ergangenen Entscheidung nicht vorgeschrieben ist"¹⁷⁷¹.

Wie Dugrip gezeigt hat, halten die Argumente, die zur Erklärung oder Rechtfertigung dieser Rechtsprechung angeführt werden, einer Analyse kaum stand. Die Weigerung, gesetzliche Fristen als verbindlich anzuerkennen, steht "im Widerspruch zum Buchstaben und Geist der Texte"¹⁷⁷². Erstens wäre die Festlegung einer Urteilsfrist unvereinbar mit dem Ermessensspielraum, der dem Richter bei der Leitung der Untersuchung zuerkannt wird¹⁷⁷³. Davon abgesehen beeinträchtigt die Existenz einer im Voraus festgelegten Urteilsfrist nicht die Befugnis des Richters, die Untersuchung zu leiten und zu beurteilen, wann der Fall entscheidungsreif ist: Sie setzt lediglich voraus, dass der Verwaltungsrichter gemäß den Texten die notwendigen Maßnahmen ergreift, damit der Fall zu dem vom Gesetzgeber gewünschten Zeitpunkt entscheidungsreif ist. Zweitens hätte die Urteilsfrist nur in den Fällen Autorität, in denen ihr Ablauf Konsequenzen nach sich zieht, d. h. wenn das Gesetz ausdrücklich eine Sanktion für die Überschreitung der Frist vorgesehen hat¹⁷⁷⁴. Andernfalls ist der Staatsrat der Ansicht, dass "es sich (...) um eine einfache Ordnungsfrist handelt"¹⁷⁷⁵. Es ist jedoch zu beachten, dass die Rechtsvorschrift, die die Frist festlegt, eine echte rechtliche Konsistenz aufweist, auch wenn der Gesetzgeber keine Sanktion vorgesehen hat; diese verstärkt nur die Wirksamkeit der gesetzlichen Frist, ist aber keineswegs eine Voraussetzung für ihre Rechtsgültigkeit. Drittens führt die vorrangige Aufnahme bestimmter Kategorien von Fällen in das Register dazu, dass die Entscheidung anderer Streitigkeiten verzögert wird. Auch hier ist zu beachten, dass ein solcher Effekt, so bedauerlich er auch sein mag, es nicht rechtfertigt, die Bestimmung zu neutralisieren, mit der der Gesetzgeber zugunsten dieser Fälle eine Priorität bei der Eintragung in das Register einführen wollte. Die rechtlichen Argumente, die der Staatsrat entwickelt hat, um die Verbindlichkeit der Fristen für die Urteilsverkündung zu verneinen, weisen somit eine gewisse Schwäche auf. Trotzdem hält der Verwaltungsrichter die gesetzlichen Fristen für die Urteilsfindung für irrelevant¹⁷⁷⁶.

Obwohl der Verwaltungsrichter den vom Gesetzgeber festgelegten Fristen für die Urteilsfindung nur eine indikative Bedeutung beimisst, ist er besonders empfindlich und bemüht sich, diese im Rahmen des Möglichen einzuhalten¹⁷⁷⁷. Dieser Wille zeigt sich auch im Rahmen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes,

¹⁷⁷⁰ EG, Ord. 19. Juni 2002, *Hoffer*, Nr. 247884.

¹⁷⁷¹ CE, ord. 6. September 2002, *Tetaabi*, Nr. 250120. Die Beschwerdeführerin ist nicht berechtigt zu behaupten, dass der angefochtene Beschluss "hinfällig" sei, weil er einige Minuten nach Ablauf der Frist von 48 Stunden ab der Registrierung ihres Antrags erlassen wurde.

¹⁷⁷² O. DUGRIP, *a. a. O.*, S. 74.

¹⁷⁷³ Siehe in diesem Sinne CE, 18. November 1983, *Delord und andere*, zitiert von O. DUGRIP, *op. cit.* S. 74. Der Staatsrat bekräftigt, dass "es dem Verwaltungsgericht (...) obliegt, die Untersuchung der Akte durchzuführen und zu beurteilen, wann die Sache anhängig ist; dass folglich der Klagegrund, dass das Verwaltungsgericht (...) vor Ablauf der durch die oben genannte Gesetzesbestimmung festgelegten Frist von einem Monat hätte entscheiden müssen (...), auf keinen Fall zugelassen werden kann".

¹⁷⁷⁴ Wenn eine Sanktion vorgesehen ist, erfolgt sie entweder in Form der Entlassung des Gerichts oder der stillschweigenden Gewährung der beantragten Maßnahme. Im ersten Fall bewirkt die Überschreitung der Frist die Entlassung des Gerichts zugunsten eines höheren Gerichts, das dann als erstinstanzlicher Richter über den Streitfall entscheidet (vgl. O. DUGRIP, *a. a. O.*, S. 83-84). Die zweite Art der Sanktion besteht darin, dem Schweigen des Richters eine Wirkung zu verleihen, d. h. ein implizites Urteil zu bewirken. Die Nichteinhaltung der Frist kann zur stillschweigenden Annahme des Antrags des Klägers führen (vgl. O. DUGRIP, *a. a. O.*, S. 82-83) oder, seltener, zur stillschweigenden Ablehnung des Antrags. Dies gilt auch für das Schweigen des Richters für einstweilige Verfügungen in Steuersachen. Der Richter muss innerhalb eines Monats über den Wert der vom Steuerpflichtigen angebotenen Sicherheiten entscheiden. Wird innerhalb dieser Frist keine Entscheidung getroffen, wird dem Richter für einstweilige Verfügungen die Zuständigkeit entzogen und der Antrag abgelehnt (O. DUGRIP, *op. cit.*, S. 187-188).

¹⁷⁷⁵ THERY Concl. zu CE, 31. Januar 1975, *Union régionale de Rouen de la CGC*, *AJDA* 1975, S. 448.

¹⁷⁷⁶ Der Ablauf der Frist, die Untätigkeit der Gerichte oder das Schweigen des Richters haben keine Bedeutung. Die Fristüberschreitung erschöpft nicht die Rechtsprechungsbefugnis des Richters, es sei denn, die Gesetze sehen etwas anderes vor. Wenn die Gesetze keine Konsequenzen für den Ablauf der Frist vorsehen, wird die Entscheidung des Rechtsstreits bis zum Erlass des Urteils ausgesetzt, das allein das Verfahren beendet. Da der Richter über die gesamte für seine Entscheidung erforderliche Zeit verfügt, bleibt er nach Ablauf der Frist für die Entscheidung zuständig (CE, 2. Februar 1972, *Election des délégués du Collège I des étudiants à l'UER d'odontologie de l'Université de Lille II*, *Lebon*, S. 105; CE, 23. Mai 1980, *Lemaire, Lebon*, S. 241). Das angerufene Gericht entscheidet ordnungsgemäß, obwohl die im Text genannte Frist abgelaufen ist.

¹⁷⁷⁷ Besonders bezeichnend für diese Berücksichtigung erscheint die Mitteilung vom 31. Januar 1990, die Präsident Marceau Long an die Richter der Verwaltungsgerichte über das Verfahren zur Abschiebung an der Grenze richtete. Der Vizepräsident des Staatsrats bekräftigte darin, "dass die Einhaltung der vom Gesetzgeber auferlegten Verpflichtung, innerhalb einer "extrem kurzen" Frist zu entscheiden, eines der Kriterien ist, nach denen die Effizienz der Verwaltungsgerichtsbarkeit beurteilt wird. Es ist daher von größter Bedeutung, diese Frist einzuhalten" (Anmerkung zitiert von J.-P. DENIZET in "Les reconduites à la frontière", *LPA* 14. März 2001, Nr. 52, S. 12). Im Gegensatz dazu muss man eine echte Feindseligkeit der Verwaltungsrichter gegenüber Urteilsfristen feststellen, die objektiv unmöglich einzuhalten sind, ohne die Qualität der

da der Richter für einstweilige Verfügungen großen Wert darauf legt, die Anträge, die auf dieser Grundlage an ihn gerichtet werden, innerhalb einer extrem kurzen Frist zu entscheiden. Wenn die Umstände ein sehr schnelles Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen erfordern, hält er sich in der Regel an die 48-Stunden-Frist, die ihm für seine Entscheidung zur Verfügung steht. In jedem Fall dauert die Prüfung eines Antrags nie länger als ein paar Tage. Auf der Ebene der erstinstanzlichen Richter liegt die durchschnittliche Urteilsdauer bei etwa fünf Tagen. Der Großteil der Anträge wird innerhalb von weniger als drei Tagen bearbeitet. Der Antragsteller hat die Gewissheit, innerhalb von spätestens einer Woche eine Antwort auf seinen Antrag zu erhalten. Diese schnelle Reaktion ist eine Garantie für die Effizienz des Verfahrens. Für den Richter bedeutet die Verpflichtung, innerhalb einer extrem kurzen Frist nach der Registrierung des Antrags zu entscheiden, dass die auf dieser Grundlage eingereichten Anträge mit äußerster Dringlichkeit bearbeitet werden müssen.

B. Anpassungen aufgrund der Forderung nach extremer Schnelligkeit

424. Damit der Richter für einstweilige Verfügungen sehr schnell und auf der Grundlage einer vollständigen Akte entscheiden kann, muss er innerhalb kurzer Zeit eine effiziente Beweisaufnahme organisieren. Da er innerhalb von 48 Stunden entscheiden muss, darf er weder die Qualität seiner Informationen opfern noch die Anforderungen des Widerspruchsverfahrens missachten. Wie Gohin sagt, sind "Widerspruch und Dringlichkeit nicht gegeneinander auszuspielen, sondern miteinander zu vereinbaren"¹⁷⁷⁸. Artikel L. 5 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, in dem der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens verankert ist, sieht im Übrigen ausdrücklich vor, dass "die Anforderungen des kontradiktorischen Verfahrens an die Anforderungen der Dringlichkeit angepasst werden". Der Richter für einstweilige Verfügungen muss die Anträge unter Beachtung dieses Grundsatzes untersuchen, was bedeutet, dass er den Parteien ein Recht auf Information und Erwiderung zuerkennt und organisiert.
425. Um diese gegensätzlichen Anforderungen miteinander in Einklang zu bringen, war die Arbeitsgruppe des Staatsrats der Ansicht, dass "die Bearbeitung bestimmter Anträge in extremer Dringlichkeit nur unter der Bedingung erfolgen kann, dass eine öffentliche Anhörung stattfindet, bei der die Thesen der Parteien einander gegenübergestellt werden"¹⁷⁷⁹. Artikel L. 522-1 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes sorgt daher für die nötige Flexibilität, indem er vorsieht, dass der Richter "nach einem schriftlichen oder mündlichen kontradiktorischen Verfahren" entscheidet. Die Mündlichkeit ermöglicht es, die Information des Richters und der Parteien mit der Schnelligkeit der Beweisaufnahme zu verbinden. Sie ermöglicht es, "den kontradiktorischen Charakter des Verfahrens schneller als jedes schriftliche Verfahren zu wahren und den Richter umfassender über die zu treffende Maßnahme zu informieren"¹⁷⁸⁰. Die Einführung der Mündlichkeit stellt in diesem Bereich eine bemerkenswerte Neuerung dar¹⁷⁸¹; sie fördert das Eingreifen des

Entscheidung zu opfern. Dies belegt die Aufnahme von Artikel L. 421-9 des Städtebaugesetzes, der die Ausweitung des beschleunigten Aussetzungsverfahrens auf Anträge auf Aussetzung der Vollstreckung vorsah, die vom Staat, von Gemeinden oder von öffentlichen Einrichtungen für interkommunale Zusammenarbeit gestellt wurden. Präsident Labetoulle hielt diese Bestimmung für "unrealistisch": "Wie soll ein Gericht, das mit Anträgen zu einer Baugenehmigung befasst ist, innerhalb von 48 Stunden über den Text des Flächennutzungsplans verfügen, anhand dessen es die Rechtmäßigkeit der Genehmigung beurteilen, eine kontradiktorische Beweisaufnahme durchführen, die in diesem Bereich naturgemäß Zeit erfordert, und sich schließlich eine Überzeugung bilden können? Le délai (...) de 48 heures est, dans ce domaine, tout à fait incompatible avec une bonne justice" (D. LABETOULLE, "Le contentieux du nouveau droit de l'urbanisme: analyse prospective", in *Le nouveau droit de l'urbanisme*, Sirey, 1984, S. 101-122, spé S. 118-119). Wenig überraschend stellte der Vorsitzende der Abteilung Verwaltungsrechtsprechung fest, dass diese Bestimmung "weder zum Gegenstand noch zur Wirkung hat, die in Artikel 3, Absatz 4" des Gesetzes vom 2. März 1982 festgelegten Bedingungen zu ändern, und lehnte es daher ab, dieses Verfahren auf die von den Präfekten in diesem Bereich gestellten Anträge auf Aussetzung der Ausführung anzuwenden (CE, ord. 10. Januar 1985, *Préfet de Poitou-Charentes*, *AJDA* 1985, S. 366, Anmerkung H. PERINET-MARQUET).

1778 O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, S. 258.

1779 "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, S. 950.

1780 *Ibid.*

1781 Unter dem früheren Rechtszustand konnte man beklagen, dass der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen oft "abends im Geheimnis seiner Kanzlei mit zwei oder drei schriftlichen Dokumenten, die von den Parteien ausgetauscht wurden" (A. LYON-CAEN, Beitrag zur Debatte "Le justiciable, le juge administratif et le temps", in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUG, 1995, S. 338), entschied. In der Tat blieb im streitigen Verwaltungsverfahren der Anteil der Mündlichkeit marginal, auch in Dringlichkeitsverfahren, trotz ihrer erfolgreichen Einführung in den Rechtsstreit über die Grenzabfertigung (siehe V. HAIM, "L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse", *AJDA* 1996, S. 715-720). Für eine Kritik des ausschließlich schriftlichen Charakters des Verfahrens, der insbesondere den Richter von jedem physischen Kontakt mit den Antragstellern abschneidet, siehe A. MARION (Pseudonym), "Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier", *Pouvoirs* n°

Richters mit der gebotenen Schnelligkeit.

426. Die einzige Anforderung, die er vor der Verhandlung erfüllen muss, ist die Übermittlung des verfahrenseinleitenden Antrags an den Beklagten¹⁷⁸². Ansonsten kann die Beweisaufnahme ausschließlich in der mündlichen Verhandlung stattfinden. Dies bedeutet, dass die Beweisaufnahme, sobald die Klageschrift zugelassen und dem Beklagten mitgeteilt wurde, rein mündlich stattfinden kann.

Die Beweisaufnahme beginnt mit dem Austausch schriftlicher Schriftsätze und wird zu einem großen Teil in der Gerichtsverhandlung fortgesetzt. Doch auch wenn der Anteil der mündlichen Verhandlung stark zugenommen hat, verschwindet die Schriftlichkeit nicht völlig aus dem Verfahren. Nicht nur kann die Klage nur durch eine schriftliche Klageschrift eingereicht werden, sondern diese muss auch zwingend vor der öffentlichen Verhandlung an die Verwaltung weitergeleitet werden. Folglich kann man nicht behaupten, wie es vielleicht behauptet wurde, dass das durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 eingeführte Verfahren "vollständig mündlich sein kann"¹⁷⁸³. In Anbetracht der 48-Stunden-Frist, die ihm für die Entscheidung zur Verfügung steht, kann er insbesondere kein Gutachten anordnen, das von einer der Parteien vorgeschlagen wurde.¹⁷⁸⁴

II. Eine ausdrückliche Anweisung

427. Nach der Planung der Beweisaufnahme und der Ladung der Parteien findet vor der Verhandlung meist ein Austausch von Schriftsätzen statt. Der Abschluss der Beweisaufnahme erfolgt erst nach Abschluss der Beweisaufnahme.

A. Die einleitende Phase der Beweisaufnahme

428. Ist der Richter der Auffassung, dass der Antrag eine Verhandlung verdient, d. h. dass er nicht durch das Screening-Verfahren abgewiesen wurde, legt er anhand des Antrags und nachdem er gegebenenfalls zusätzliche Informationen von der Person oder ihrem Anwalt eingeholt hat, das Datum und die Uhrzeit für die öffentliche Verhandlung fest. Im Rahmen der Planung der Beweisaufnahme werden auch andere Elemente des Verfahrens wie z. B. Fristen für die Einreichung von Schriftsätzen festgelegt. Diese Verfahrensplanung ist neu für die Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁷⁸⁵. Sie sorgt für die Lesbarkeit des Verfahrens und die Information der Parteien, die von der Arbeitsgruppe des Staatsrats angestrebt wurden¹⁷⁸⁶. Die Rechtsuchenden können erfahren, wann ihr Fall entschieden wird und, wenn sie die Verletzung einer Grundfreiheit geltend machen, wann der Richter diese beenden kann, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind.

429. Sobald der Zeitplan für das Verfahren feststeht, müssen zwei Formalitäten erledigt werden.

Erstens schreibt Artikel R. 522-4 vor, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die Klageschrift dem

46, 1988, S. 21-34, spé S. 33.

¹⁷⁸² Gemäß einer wiederholt aufgegriffenen Rechtsprechungsformel wird "die einstweilige Verfügung nach einem besonderen Verfahren erlassen, das der Art des Antrags und der Notwendigkeit, eine schnelle Entscheidung zu gewährleisten, angepasst ist" (CE, 19. April 1972, *Département de la Haute-Loire*, *Lebon*, S. 297). Daraus folgt für den Staatsrat, dass die Weiterleitung der Klageschrift an den Beklagten ausreicht, um den kontradiktorischen Charakter des Verfahrens zu gewährleisten. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist nicht verpflichtet, dem Antragsteller die vom Antragsgegner als Antwort auf die Zustellung der Klageschrift an ihn eingereichten Stellungnahmen mitzuteilen. Siehe in diesem Sinne auch: CE, 9. März 1979, *Ferga*, *Lebon T.*, S. 889; CE, 15. Februar 1989, *Port autonome de Dunkerke*, *Lebon T.*, S. 899; CE, 1^{er} Oktober 1993, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, *Lebon T.*, S. 952.

¹⁷⁸³ M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives" (Gesetz vom 30. Juni 2000 über einstweilige Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten), *RFDA* 2000, S. 978. Wie Professor Richer feststellt, "wäre das rein mündliche Verfahren dasjenige, in dem das Erscheinen allein die Befassung des Richters bewirkt, die Mittel in der Verhandlung vorgetragen und diskutiert werden, das Urteil in der Verhandlung verlesen wird" (L. RICHER, "L'instance de référé d'urgence", *RFDA* 2002, S. 270).

¹⁷⁸⁴ CE, ord. 25. April 2002, *Société Sarria Industries*, *Lebon* S. 155. Eine solche Maßnahme ist offensichtlich unvereinbar mit der extrem kurzen Frist für die Urteilsfindung, die in Artikel L. 521-2 festgelegt ist.

¹⁷⁸⁵ Mit dem Dekret vom 29. Mai 1997 wurde den Verwaltungsgerichten die Möglichkeit eingeräumt, den Parteien bereits bei der Einreichung der Klageschrift das für die Verhandlung vorgesehene Datum mitzuteilen. Allerdings handelte es sich hierbei noch um eine bloße Möglichkeit für den Richter, da die Parteien im Ungewissen blieben, wenn der Richter davon keinen Gebrauch machte (siehe Artikel R. 611-11 und R. 611-18 des Verwaltungsgerichtsgesetzes).

¹⁷⁸⁶ In dem Bestreben, den Ablauf der Instanz für die Kläger verständlicher zu machen, hatte die Arbeitsgruppe "betont, wie wichtig es für die Bürger ist, zu wissen, wann der Rechtsstreit vom Gericht behandelt wird und wann die Entscheidung ergeht. Dieses Informationsbedürfnis ist besonders im Bereich der Eilverfahren spürbar" (OECD-Bericht, S. 944).

Beklagten unverzüglich zustellen und eine möglichst kurze Frist für die Beantwortung der Klageschrift setzen muss. Es besteht eine grundsätzliche Verpflichtung, den verfahrenseinleitenden Antrag zuzustellen und eine Frist für die Beantwortung zu setzen. Es kann keine Maßnahme ordnungsgemäß verhängt werden, ohne dass der Antragsgegner benachrichtigt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde (was er gegebenenfalls in der mündlichen Verhandlung tut). Die Anforderungen an das kontradiktorische Verfahren werden allein durch die Übermittlung der Klageschrift erfüllt¹⁷⁸⁷, wobei diese angesichts der Dringlichkeit per Fax erfolgt. Dagegen darf der Richter nicht vor Ablauf der Frist entscheiden, die dem Beklagten zur Abgabe seiner Stellungnahme eingeräumt wurde¹⁷⁸⁸. Artikel R. 522-4 sieht vor, dass die gesetzten Fristen "strikt eingehalten" werden müssen, andernfalls wird die Frist ohne Mahnung überschritten.¹⁷⁸⁹

Zweitens sieht Artikel R. 522-6 vor, dass "die Parteien unverzüglich und mit allen Mitteln zur Anhörung vorgeladen werden". Die Vorladung der Parteien¹⁷⁹⁰ erfolgt in der Praxis per Fax und Telefon¹⁷⁹¹. In Anbetracht der 48-Stunden-Frist, die dem Richter für die Entscheidung eingeräumt wird, haben die Parteien kein Recht, sich über die Kürze der ihnen gesetzten Fristen zu beschweren. So kann die Verwaltung rechtsgültig zu einer Anhörung eingeladen werden, die am Tag nach der Einladung stattfinden soll¹⁷⁹². Ebenso kann sich der Kläger nicht auf eine Verletzung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens berufen, wenn der Richter beschließt, am Tag nach der Einreichung seines Antrags eine mündliche Verhandlung abzuhalten¹⁷⁹³. Der Staatsrat war der Ansicht, dass der Berufungsrichter den Beklagten zu einer Anhörung vorladen konnte, die am selben Nachmittag stattfinden sollte¹⁷⁹⁴. Auch wenn die extrem kurze Ladungsfrist keinen Einfluss auf die

¹⁷⁸⁷ Siehe *oben*, § 426.

¹⁷⁸⁸ Wie der Richter der *Déféré-liberté* bekräftigt hatte, "kann er nur nach Ablauf dieser Frist, ungeachtet des Fehlens solcher Bemerkungen, regelmäßig entscheiden" (CE, ord. 13. Juli 1999, *Commune de Monétier-les-Bains, Lebon* S. 246).

¹⁷⁸⁹ So konnte der Richter im *Caze-Beschluss* zweckmäßigerweise entscheiden, obwohl die Verwaltung keine schriftlichen Stellungnahmen eingereicht hatte und bei der Anhörung nicht vertreten war (CE, ord. 22. März 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon* T. S. 852).

¹⁷⁹⁰ Da sich Artikel R. 522-6 nur auf "Parteien" bezieht, müssen Dritte, insbesondere Streithelfer, nicht zur Anhörung geladen werden. Der Richter für einstweilige Verfügungen kann jedoch jede interessierte Person zur Anhörung vorladen. Im Fall *Tibéri lud* er nicht nur die direkten Streitparteien Jean Tibéri und den Conseil supérieur de l'audiovisuel zur Anhörung vor, sondern auch die indirekt an der Lösung des Rechtsstreits interessierten Personen: Canal + (der Sender, der das Fernsehduell organisierte) und die beiden Kandidaten, die vom Sender zur Teilnahme eingeladen worden waren (Seguin und Delanoë). Letztere waren bei der Anhörung nicht anwesend und hatten in ihren Schriftsätzen erklärt, dass sie sich auf die Weisheit des Staatsrats verlassen würden (CE, ord. 24. Februar 2001, *Tibéri, Lebon* S. 85).

¹⁷⁹¹ Diese wenig formalistischen Verfahren wurden dank der Streitigkeiten über die Abschiebung an der Grenze in das streitige Verwaltungsverfahren eingeführt. Artikel R. 776-10 des Verwaltungsgerichtsgesetzes besagt, dass "die Parteien mit allen Mitteln über das Datum, die Uhrzeit und den Ort der Verhandlung zu benachrichtigen sind". Die Möglichkeit einer telefonischen Vorladung war im Rahmen dieses Verfahrens zugelassen worden (CE, 31. März 1999, *Ba, Lebon* T. S. 829).

¹⁷⁹² CE, ord. 22. März 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon* T. S. 852. In Anbetracht des Gegenstands des Antrags, mit dem er befasst war, und der Frist, innerhalb derer er sich äußern musste, wendete der erste Richter die Bestimmungen von Artikel R. 222-6 genau an, indem er am 5. März 2002 den Antrag des Antragstellers an das Haftzentrum in Nantes weiterleitete und diese Mitteilung mit dem Hinweis versah, dass am 6. März 2002 um 16 Uhr eine Anhörung stattfinden würde. Der Richter führt aus, "dass es Sache der Verwaltung war, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um seine Verteidigung zu gewährleisten". Da ihre fehlende Vertretung bei der Anhörung ausschließlich ihr zuzuschreiben ist, kann sie nicht mit Erfolg geltend machen, dass der angefochtene Beschluss nach einem nicht ordnungsgemäßen Verfahren erlassen wurde. Es sei darauf hingewiesen, dass nach der früheren Rechtslage die Rechtsprechung zu einstweiligen Verfügungen eine Frist von zwei Tagen, die dem Beklagten zur Erwiderung auf die Klageschrift eingeräumt wurde, als unzureichend betrachtete (CE, 28. April 1989, *GP* 21. Juli 1989, S. 3). Dasselbe galt für den Vollstreckungsaufschub, wobei die zweitägige Ladungsfrist unabhängig von der Dringlichkeit nicht auf eine kürzere Dauer verkürzt werden kann (CE, 11. Mai 1977, *Melki, Dr. adm.* 1977, Nr. 236; *RDP* 1978, S. 293). Der Rechtsstreit um die Abschiebung an der Grenze wird auch hier diese Regeln umstoßen. In Anbetracht der extrem kurzen Frist, die dem Richter für die Entscheidung eingeräumt wird, hat der Staatsrat beispielsweise zugelassen, dass die Verwaltung am Vortag für den nächsten Tag vorgeladen werden kann (CE, 14. Februar 1992, *Vaz, Lebon* T., S. 982 und 1179; CE, 31. März 1999, *Ba, a.a.O.*).

¹⁷⁹³ EK, Beschl. 10. Oktober 2003, *Sagnard*, Nr. 260867. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts, der am 18. September 2003 angerufen wurde, hielt am 19. September eine öffentliche Anhörung ab und entschied im Anschluss an diese Anhörung. Vor dem Berufungsgericht machte der Kläger geltend, dass er nicht in der Lage gewesen sei, auf den Schriftsatz des Polizeipräfekten zu antworten, und dass er erst am Vortag von der Anhörung benachrichtigt worden war und nicht in der Lage gewesen sei, dort zu erscheinen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellte fest, dass der Betroffene, nachdem er über das Datum und die Uhrzeit der öffentlichen Anhörung informiert worden war, "es ihm oblag, sich dorthin zu begeben, um die am selben Tag vom Polizeipräfekten vorgelegten Stellungnahmen zur Kenntnis zu nehmen und sie vor dem Richter für einstweilige Verfügungen zu erörtern; da er dies nicht getan hat, kann er nicht geltend machen, dass der kontradiktorische Charakter des Verfahrens missachtet worden wäre".

¹⁷⁹⁴ Der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Cergy-Pontoise hatte auf einen von Herrn Haddad eingereichten Antrag auf einstweilige Verfügung eine vom Präsidenten der Universität Paris VIII getroffene Entscheidung aufgehoben. Die von der öffentlichen Einrichtung eingelegte Berufung wurde Herrn Haddad mitgeteilt, der per Fax am 24. Januar 2001 um 9:47 Uhr zu der am selben Tag um 16 Uhr stattfindenden Anhörung vorgeladen wurde. Der Berufungsrichter hebt den Beschluss des ersten Richters auf (CE, ord. 24. Januar 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* S. 37). Herr Haddad focht diesen Beschluss durch Einspruch an und machte die kurze Frist, die ihm für seine

Ordnungsmäßigkeit eines Verfahrens hat, in dem der Richter innerhalb von 48 Stunden entscheiden muss, ist es dennoch zwingend erforderlich, dass die Parteien ordnungsgemäß zu der Verhandlung geladen werden.¹⁷⁹⁵

430. Gemäß Artikel R. 522-7 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ist die Rechtssache entscheidungsreif, wenn die Klageschrift dem Beklagten zugestellt wurde und die Parteien zur öffentlichen Verhandlung geladen wurden. Sobald die Klageschrift dem Beklagten übermittelt wurde, um ihm die Möglichkeit zu geben, darauf zu antworten, ist der Richter für einstweilige Verfügungen nicht verpflichtet, dem Kläger die zur Verteidigung eingereichten Stellungnahmen mitzuteilen.¹⁷⁹⁶ Wenn er jedoch beschließt, die Klageerwidlung zu übermitteln, obwohl er dazu nicht verpflichtet ist, hat die kurze Frist, die dem Kläger für die Erwiderung zur Verfügung stand, keinen Einfluss auf die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens.¹⁷⁹⁷ Es steht dem Richter somit frei, über die Mindestanforderung der Übermittlung der Klageschrift an die Beklagten hinauszugehen und, obwohl er nicht dazu verpflichtet ist, jeder Partei die von der anderen Partei vor der öffentlichen Verhandlung übermittelten Schriftsätze zu übermitteln.¹⁷⁹⁸ Das Verfahren ist ordnungsgemäß, unabhängig davon, wie viel Zeit die beklagte Verwaltung für die Einreichung ihrer schriftlichen Stellungnahme benötigt.¹⁷⁹⁹, da sie in jedem Fall nicht verpflichtet ist, eine schriftliche Stellungnahme einzureichen, und ihre gesamte Argumentation in der mündlichen Verhandlung entwickeln kann.¹⁸⁰⁰

In der Praxis hält sich die Verwaltung jedoch meistens an die Fristen, die ihr vom Büro für einstweilige Verfügungen für die Einreichung ihrer schriftlichen Stellungnahmen gesetzt werden. Sie gibt dem Antragsteller die Möglichkeit, diese vor der Verhandlung zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls zu erwidern. Es ist zu beobachten, dass die Parteien in der kurzen Zeit vor der Verhandlung mehrere Schriftsätze austauschen können; es ist nicht ungewöhnlich, dass sie innerhalb weniger Stunden die Argumente der Gegenseite vorbringen und erwidern. Dadurch kann die Beweisaufnahme vor der einstweiligen Verfügung perfektioniert werden, so dass der Richter und die Parteien besser informiert sind. Die Bedeutung der schriftlichen Phase im Ablauf der Beweisaufnahme darf daher im Vergleich zu der Revolution, die die Einführung der Mündlichkeit darstellt, nicht vernachlässigt oder unterschätzt werden. Diese Phase verschwindet nicht: Sie ist nicht rein formal und behält eine echte Bedeutung. Sie wird systematisch durch eine mündliche Phase ergänzt, da das Gesetz den Richter der einstweiligen Verfügung verpflichtet, eine mündliche Verhandlung abzuhalten, wenn der Antrag nicht durch das Sortierverfahren abgelehnt wurde.

Stellungnahme eingeräumt worden war, dafür verantwortlich. Der Staatsrat wies dieses Argument zurück: "In Anbetracht der Bestimmungen von Artikel L. 523-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, die den Richter für einstweilige Verfügungen verpflichteten, innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden, muss der Klagegrund, dass der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens missachtet wurde, zurückgewiesen werden" (CE, 27. Juli 2001, *Haddad*, Nr. 231889).

¹⁷⁹⁵ Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats sanktionierte die fehlende Einberufung einer zentralen Verwaltung. Siehe CE, ord. 28. August 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Koujil, Lebon* T. S. 851. Der von Herrn Koujil beim Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Lyon eingereichte Antrag zielte insbesondere darauf ab, die Vollstreckung eines Erlasses des Innenministers auszusetzen, mit dem seine Ausweisung aus dem französischen Hoheitsgebiet verfügt wurde. Der Berufungsrichter für einstweilige Verfügungen stellt fest, dass "es feststeht, dass der Beschluss vom 13. August 2002, der diesem Antrag stattgab, ohne Beteiligung des Ministers gefasst wurde; dass er somit in einem nicht ordnungsgemäßen Verfahren erlassen wurde und dass der Minister aus diesem Grund berechtigt ist, seine Aufhebung zu verlangen".

¹⁷⁹⁶ CE, ord. 3. Juni 2005, *Olzibat, Lebon* T. S. 776, S. 920: Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellt fest, dass die Klageschrift dem Beklagten "gemäß den Anforderungen des ersten Absatzes von Artikel R. 522-6 des Gesetzbuchs; dass die Parteien gemäß den Vorschriften des zweiten Absatzes desselben Artikels zur mündlichen Verhandlung der einstweiligen Verfügung geladen wurden; dass der erste Richter die Untersuchung am Ende der mündlichen Verhandlung abgeschlossen hat; dass unter diesen Umständen dem Grundsatz des kontradiktorischen Charakters des Verfahrens entsprochen wurde, obwohl der Antragsteller die Klageerwidlung des Präfekten nicht vor der mündlichen Verhandlung der einstweiligen Verfügung erhalten hätte".

¹⁷⁹⁷ CE, 22. März 1999, *Soudain, Lebon* S. 87. Es würde nämlich keinen Sinn machen, den Richter für einstweilige Verfügungen zu bestrafen, der im Interesse des Antragstellers eine freiwillige Mitteilung gemacht hat.

¹⁷⁹⁸ Die Übermittlung erfolgt per Fax und unter der Leitung des Büros für einstweilige Verfügungen.

¹⁷⁹⁹ Vgl. CE, Ord. 22. März 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon* T., S. 1134. Der Richter stellt fest, "dass in Anbetracht der Frist, die dem Richter für einstweilige Verfügungen, der in Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsjustizgesetzbuchs, der Umstand, dass die Klageerwidlung des Präfekten des Val-d'Oise einerseits beim Gericht als Fax und andererseits zu Beginn der öffentlichen Anhörung einging, bei der sowohl die antragstellende Gemeinde Eragny-sur-Oise, der die Klageerwidlung sofort übermittelt wurde, als auch der Präfekt des Val-d'Oise vertreten waren, Der Richter hatte dem Präfekten eine Frist für die Vorlage des Schriftsatzes gesetzt, die nicht geeignet ist, den kontradiktorischen Charakter des Verfahrens vor dem Richter für einstweilige Verfügungen zu beeinträchtigen.

¹⁸⁰⁰ Siehe zum Beispiel CE, ord. 9. Januar 2001, *Depertbes, Lebon* S. 1. Die Verwaltung hatte keine Stellungnahme zur Verteidigung eingereicht, doch am Tag der Anhörung legte der Vertreter des Innenministeriums ein Dekret vom 13. Januar 1947 vor, das der angefochtenen Entscheidung eine Rechtsgrundlage verleiht. Der Richter für einstweilige Verfügungen stützte sich auf diesen Text, um festzustellen, dass keine offensichtliche Rechtswidrigkeit vorlag.

B. Die mündliche Phase der Beweisaufnahme

431. Die Arbeitsgruppe des Staatsrats hatte darauf hingewiesen, dass "die Abhaltung einer öffentlichen Anhörung immer dann erforderlich sein wird, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen in extremer Dringlichkeit entscheiden muss"¹⁸⁰¹. Daher schreibt Artikel L. 522-1 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eine öffentliche Anhörung vor, wenn der Richter gemäß Artikel L. 521-2 tätig wird. Indem der Richter für einstweilige Verfügungen verpflichtet wird, eine mündliche Verhandlung abzuhalten, wenn er über eine einstweilige Verfügung entscheidet¹⁸⁰², weicht Artikel L. 522-1 von dem Grundsatz ab, dass der Richter für einstweilige Verfügungen "bei jedem Antrag, mit dem er befasst ist, immer frei entscheiden kann, ob die Parteien vorgeladen und angehört werden müssen"¹⁸⁰³. Diese Anhörung muss gemäß Artikel L. 6 des Verwaltungsgerichtsgesetzes¹⁸⁰⁴ öffentlich sein. Die Nichteinhaltung dieser Öffentlichkeit der Verhandlung würde zur Unregelmäßigkeit des nachfolgenden Beschlusses führen.

432. Die öffentliche Anhörung ist ein integraler Bestandteil der Beweisaufnahme. Artikel R. 522-8 des Verwaltungsgerichtsgesetzes sieht nämlich vor, dass die Beweisaufnahme frühestens *nach der mündlichen Verhandlung* abgeschlossen wird¹⁸⁰⁵. Folglich haben die Parteien dort ausreichend Gelegenheit, Argumente vorzutragen, Unterlagen vorzulegen und ihre Anträge zu präzisieren oder neu zu formulieren.

Bei der Anhörung zur einstweiligen Verfügung "steht es den Parteien frei, alle rechtlichen oder tatsächlichen Gründe geltend zu machen"¹⁸⁰⁶. Die Parteien können völlig neue Gründe vorbringen, d. h. solche, die in den schriftlichen Schriftsätzen nicht entwickelt oder auch nur erwähnt wurden¹⁸⁰⁷. Die letztendlich vom Richter gewählte Lösung kann sich also durchaus auf Argumente stützen, die erst in der mündlichen Verhandlung aufgetaucht sind. Auch Tatsachenbehauptungen können zum ersten Mal während der Anhörung vorgebracht werden: "Sobald sie sich auf Tatsachen beziehen, die vor den kritisierten Verwaltungsentscheidungen liegen, können Elemente sinnvollerweise vor den Richter gebracht werden, um dort kontradiktorisch erörtert zu werden, selbst wenn die Verwaltung sie vor dem Erlass dieser Entscheidungen nicht gekannt hatte"¹⁸⁰⁸. Im Fall *Sulaimanov* konnten die Antragsteller während des einstweiligen Verfügungsverfahrens Einzelheiten über die Verfolgungsrisiken, denen sie in ihrem Land ausgesetzt waren, vorbringen und die von der Verwaltung geltend gemachten Zweifel an ihrer tschetschenischen Herkunft ausräumen.

Die Parteien können während der Anhörung auch zusätzliche Unterlagen vorlegen, unabhängig von ihrem Umfang oder ihrer Relevanz. In der Rechtssache *Tiberi* wünschte der Richter für einstweilige Verfügungen während

1801 "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, S. 950.

1802 Die Regel betrifft auch den *référé-suspension*. Das *référé-conservatoire* ist hingegen davon ausgenommen (CE, 24. Juni 2002, *Département de la Seine-Maritime*, *Lebon T.* S. 851, *RDI* 2002, S. 406-407, Anm. J.-D.D.).

1803 CE, 19. Februar 1965, *Souris*, *Lebon T.*, S. 1017. Es sei darauf hingewiesen, dass der Staatsrat in Abweichung von diesem Grundsatz in Verfahren des *référé-précontractuel* (CE, 10. Juni 1994, *Commune de Cabourg*, *Lebon* S. 301, Schlusswort S. LASVIGNES) und des *référé audiovisuel* (CE, 25. November 1994, *Société La Cinq*, *Lebon* S. 511) aufgrund der Bedeutung der Maßnahmen, die angeordnet werden können, und der Schnelligkeit des Eingreifens des Richters eine Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung auferlegt hatte.

1804 Vgl. jedoch, eine Anhörung unter Ausschluss der Öffentlichkeit abhaltend, um die Privatsphäre der Klägerin zu schützen, die an einer schweren neurologischen Störung leidet: TA Marseille, Ord. 22. Januar 2004, *Fran X*, Nr. 04427/0. Artikel 57 des Gesetzes Nr. 2004-1343 zur Vereinfachung des Rechts sah ausdrücklich den Rückgriff auf diese Möglichkeit vor, indem er in den Gesetzestext des Verwaltungsgerichtsgesetzes einen Artikel L. 731-1 mit folgendem Wortlaut einfügte: "Abweichend von den Bestimmungen des Artikels L. 6 kann der Vorsitzende des Spruchkörpers ausnahmsweise entscheiden, dass die Verhandlung in Abwesenheit der Öffentlichkeit stattfindet oder fortgesetzt wird, wenn die Wahrung der öffentlichen Ordnung oder die Achtung der Intimsphäre von Personen oder gesetzlich geschützter Geheimnisse dies erfordert.

1805 In allgemeinen Verfahren wird die Beweisaufnahme in der Regel spätestens drei volle Tage *vor* der mündlichen Verhandlung abgeschlossen (Artikel R. 613-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes). Sie wird also zu dem Zeitpunkt abgeschlossen, an dem die mündliche Phase stattfindet (Artikel R. 613-11). Die Bedeutung der Mündlichkeit in den Dringlichkeitsverfügungen ergibt sich aus der Verschiebung des Zeitpunkts des Abschlusses der Beweisaufnahme im Vergleich zu den normalen Regeln.

1806 CE, ord. 20. Januar 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon T.* S. 1022. Zum Verfahren zur Anfechtung von Abschiebungsanordnungen siehe: CE, 28. Oktober 1991, *Aoulad Hajj*, *Lebon T.*, S. 1141; CE, 29. November 1991, *Préfet de l'Aisne c/ Stryzowski*, *Lebon T.*, S. 1118.

1807 Dies stellt einen radikalen Bruch mit den Regeln dar, die üblicherweise auf streitige Verwaltungsverfahren anwendbar sind. Denn in Verfahren des allgemeinen Rechts ist es ständige Rechtsprechung, dass keine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift und kein allgemeiner Rechtsgrundsatz dem Verwaltungsrichter vorschreibt, mündliche Stellungnahmen zu analysieren, die bei der öffentlichen Anhörung vorgebracht werden (CE, 22. Dezember 1965, *Vialle*, *Lebon* S. 705).

1808 CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* S. 146.

der Verhandlung, dass das Dokument, das die technischen Modalitäten der von Canal + Jean Tiberi angebotenen Sendung erläutert, in die Akte aufgenommen wird, und bat den stellvertretenden Leiter des Büros für einstweilige Verfügungen, dass dieses Dokument sofort den bei dieser Verhandlung anwesenden Parteien mitgeteilt wird.¹⁸⁰⁹

Die Anhörung gibt den Parteien schließlich die Möglichkeit, ihre Anträge zu präzisieren. Dies ermöglicht es dem Kläger, seine ursprünglichen Anträge umzuformulieren, um nicht auf eine Ablehnung zu stoßen, die auf die Missachtung der Bestimmungen von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zurückzuführen ist. So kann der Kläger darauf hinweisen, dass seine Anträge auf Erlass einer Anordnung so zu verstehen sind, dass die Verwaltungsbehörde angewiesen wird, nicht die beantragten Visa zu erteilen, sondern eine Überprüfung des Visumantrags vorzunehmen¹⁸¹⁰. Der Antragsteller kann auch Anträge klarstellen, z. B. indem er klarstellt, dass der Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung des angefochtenen Beschlusses als Antrag auf dessen Aufhebung zu verstehen ist¹⁸¹¹. Der Antragsteller kann bestimmte Anträge fallen lassen, z. B. den Antrag auf Zahlung eines Vorschusses¹⁸¹². Er kann auch neue Anträge hinzufügen.¹⁸¹³

433. Öffentliche Anhörungen finden ohne besondere Formalitäten statt, in einem Geist, der dem Zivilverfahren ähnelt¹⁸¹⁴. Der Ablauf ist nicht feierlich. In der Regel fasst der Richter den Fall zusammen, hört die Parteien an und bittet sie ggf. um zusätzliche Informationen, um eine möglichst umfassende Kenntnis des Falls zu erlangen. Die Parteien - sofern sie anwesend sind - können sich abwechselnd äußern und ihre Stellungnahmen in Echtzeit austauschen. Sie sind in der Lage, formlos auf die Fragen des Richters im Verfahren der einstweiligen Verfügung zu antworten und ihre jeweiligen Standpunkte mündlich darzulegen. Jeder kann unverzüglich auf die Argumente des anderen eingehen; der Richter stellt ihre Standpunkte einander gegenüber. Die Debatten in der öffentlichen Verhandlung ermöglichen es, den Richter konkret über die materiellen Aspekte des Falls aufzuklären und so zusätzliche Elemente zu denjenigen zu erhalten, die aus den schriftlichen Schriftsätzen hervorgehen. Jede nützliche oder interessierte Person kann vom Richter für einstweilige Verfügungen angehört werden. So stellt er in der Rechtssache *Tibéri* fest, dass "Canal + im Übrigen sowohl in verschiedenen Schreiben vor der Anhörung im Schnellverfahren als auch während dieser Anhörung mitgeteilt hat, dass Herr Tiberi und Herr Contassot sich am nächsten Tag zur gleichen Zeit äußern könnten (...)"¹⁸¹⁵. Der Richter erwähnt manchmal, dass Elemente in der Anhörung präzisiert, ergänzt¹⁸¹⁶ oder bestätigt¹⁸¹⁷ wurden. Er kann auch feststellen, dass die Anhörung keine neuen Elemente im Vergleich zu den in den schriftlichen Schriftsätzen enthaltenen gebracht hat¹⁸¹⁸. Der Richter kann sich ausdrücklich auf die von der

1809 Siehe P. CASSIA A. BEAL, "La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} Januar-28 Februar 2001)", *JCP G* 2001, I, 317, S. 929.

1810 CE, Ord. 18. Februar 2005, *Launay und Benjdil*, Nr. 277579; CE, Ord. 25. März 2005, *Soumbou*, Nr. 278823

1811 CE, Ord. 6. Januar 2005, *Landu-Diambu*, Nr. 276105.

1812 CE, ord. 14. März 2005, *Gollmisch, Lebon* S. 103.

1813 Siehe zum Beispiel: CE, ord. 27. Mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* S. 232. Während der Anhörung zur einstweiligen Verfügung stellten die Kläger klar, dass sie neben der Aussetzung der angefochtenen Entscheidung des Siegelbewahrsers beantragten, dass dem Minister vorgeschrieben wird, die Möglichkeit, in den Strafvollzugsanstalten die Durchführung von Debatten über die "Europäische Verfassung" zuzulassen, angesichts der Begründung des Beschlusses des Richters der einstweiligen Verfügung erneut zu prüfen.

1814 Siehe das Protokoll der Anhörung vom 24. Februar 2001 in der Rechtssache *Tibéri* von B. MALIGNER (Anmerkung in *RFDA* 2001, Spez. S. 644). Zu diesem Thema siehe auch G. GOUDOUIN, "L'oralité dans la procédure de référé", *RFDA* 2007, S. 68-72; J. RAYMOND, "Le rôle de l'audience dans la procédure du référé suspension", *JCP A* 2005, 1054.

1815 CE, Ord. 24. Februar 2001, *Tibéri, Lebon* S. 85.

1816 CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon* T. S. 1126: "selon les indications recueillies au cours de l'instruction, et notamment au cours de l'audience publique (...)" (gemäß den im Laufe der Untersuchung und insbesondere während der öffentlichen Anhörung gesammelten Angaben). CE, ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon* T. S. 874: "aus den zur Akte gereichten Schriftstücken sowie aus den während der öffentlichen Anhörung gesammelten Angaben (...)". CE, ord. 10. August 2001, *Association "La Mosquée" et autres, Lebon* T. S. 1133: "il ressort des pièces au dossier ainsi que de l'audience tenue par le juge des référés du Conseil d'Etat (...)" (aus den in der Akte befindlichen Schriftstücken sowie aus der vom Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats durchgeführten Anhörung geht hervor).

1817 CE, ord. 2. November 2001, *SNC Costes*, Nr. 239617: "que ainsi que l'a confirmé l'audience de référé la décision du président du Centre en date du 17 octobre 2001 a cessé de produire de effet" (dass die Entscheidung des Präsidenten des Zentrums vom 17. Oktober 2001 keine Wirkung mehr hat, wie die Anhörung im Schnellverfahren bestätigt hat). CE, ord. 14. März 2003, *Commune d'Enry, Lebon* T. S. 931: "so wie es der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Versailles festgestellt hat, und wie es die Debatten während der Anhörung bestätigt haben (...)". CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* S. 232: "il a en outre été confirmé à l'audience orale devant le Conseil d'Etat (...)" (es wurde außerdem in der mündlichen Verhandlung vor dem Staatsrat bestätigt). CE, ord. 17. Dezember 2003, *EURL Ecosphère und SARL Général services applications, Lebon* S. 519: "wie vom Minister in seiner Verteidigungsschrift angegeben und durch die in der öffentlichen Anhörung gesammelten Erklärungen bestätigt wurde (...)".

1818 Im *Lidl-Beschluss* stellt der Richter fest, dass die antragstellende Gesellschaft das Vorliegen einer Dringlichkeit behauptete, "ohne insbesondere während der *Anhörung am 22. März 2001* das geringste konkrete Element zur Beurteilung

Verwaltung in der öffentlichen Anhörung gemachten Präzisierungen stützen, um eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit auszuschließen .1819

- 434.** Die Anforderungen an die Widersprüchlichkeit sind gemäß den Bestimmungen der Artikel L. 5 und L. 522-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes in der Phase der öffentlichen Anhörung vorgeschrieben. "Der Richter darf also nur die Informationen berücksichtigen, die den vor ihm anwesenden Parteien bekannt sind und die sie in völliger Gleichheit erörtern konnten"1820 .

Der Berufungsrichter prüft, ob alle in die Verhandlung eingebrachten Elemente "im schriftlichen Verfahren oder bei der öffentlichen Verhandlung Gegenstand eines kontradiktorischen Austauschs sein konnten"1821 . Das Verfahren ist nicht ordnungsgemäß, wenn ein von einer Partei in der mündlichen Verhandlung vorgelegtes Schriftstück berücksichtigt wird, ohne dass im Beschluss oder im Protokoll der mündlichen Verhandlung erwähnt wird, dass dieses Schriftstück der anderen Partei in der mündlichen Phase des Verfahrens mitgeteilt wurde, damit sie die Möglichkeit hatte, die darin enthaltenen Aussagen anzufechten1822 . Die Übermittlung von Schriftstücken in der mündlichen Verhandlung ist auch dann gültig, wenn die betreffende Partei nicht anwesend ist1823 . Die Anwesenheit der Parteien und ihrer Anwälte bei der öffentlichen Anhörung scheint daher entscheidend zu sein. Da sich die Beweisaufnahme über einen längeren Zeitraum erstreckt und manchmal sogar größtenteils während dieser stattfindet, setzt sich eine Partei, die sich nicht die Mühe macht, zur Verhandlung zu erscheinen, dem Risiko aus, dass neue Schriftstücke und Klagegründe vorgelegt werden, ohne dass sie darauf erwidern kann. Sie trägt gegebenenfalls die Konsequenzen. Wenn die Verwaltung sich nicht verteidigt, gelten die Behauptungen des Klägers als erwiesen. So entschied der erste Richter in der oben genannten Rechtssache *Cazé in* Ermangelung jeglicher Verteidigung der Verwaltung allein aufgrund der Behauptungen des Beschwerdeführers, die darauf hindeuten konnten, dass die Haftanstalt, in der der Betroffene inhaftiert war, Briefe zurückhielt, die er verschiedenen Verwaltungs- oder Justizbehörden zukommen lassen wollte oder die von solchen Behörden an ihn gerichtet worden waren .1824

Artikel R. 522-9 verpflichtet den Richter, die Parteien zu einer Stellungnahme zu den Gründen der öffentlichen Ordnung, die er von Amts wegen feststellt, zu veranlassen. Er kann dieser Pflicht in der mündlichen Verhandlung nachkommen, aber die Mitteilung muss dann in der Entscheidung erwähnt werden. Das Verfahren ist nicht ordnungsgemäß, wenn der Richter seine Entscheidung lediglich darauf stützt, dass die ihm vorgelegten Anträge den Umfang der ihm gesetzlich übertragenen Befugnisse überschreiten, und die Parteien nicht darüber informiert, dass der Beschluss seiner Ansicht nach auf einen von Amts wegen erhobenen Klagegrund gestützt werden kann1825 . Die Beweisaufnahme kann erst nach der mündlichen Verhandlung abgeschlossen werden.

C. Der Abschluss der Untersuchung

- 435.** Am Ende der Anhörung werden in Artikel R. 522-8 des Verwaltungsgerichtsgesetzes1826 drei Hypothesen in Betracht gezogen.

- 436.** Zunächst kann der Richter für einstweilige Verfügungen, wenn er der Meinung ist, dass die Untersuchung vor ihm fortgesetzt werden sollte, beschließen, den Fall an eine andere Verhandlung zu verweisen. Angesichts der

beizutragen" (CE, ord. 23. März 2001, *Société Lidl*, *Lebon* S. 154).

1819 Siehe zum Beispiel CE, Ord. 4. September 2003, *Thanattikul*, *Lebon T.*, S. 928.

1820 A. PLANTEY und F.-C. BERNARD, *La preuve devant le juge administratif*, *Economica*, 2003, Nr. 410.

1821 CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-mer*, *Lebon* S. 232.

1822 CE, ord. 26. März 2002, *Société Route Logistique Transports*, *Lebon* S. 114. Der Richter kann seine Lösung nicht rechtsgültig auf ein Schriftstück stützen, das weder vor der Verhandlung noch im Laufe der Verhandlung vorgelegt wurde.

1823 Auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 bestätigte der Staatsrat, dass der Richter für einstweilige Verfügungen keine Unregelmäßigkeit begeht, "wenn er sich auf Elemente stützt, die von einer der Parteien während der öffentlichen Verhandlung eingebracht wurden und von denen die andere Partei keine Kenntnis haben konnte, weil sie bei der Verhandlung nicht anwesend oder vertreten war" (CE, 29. Januar 2003, *Société Cbournoz S.AS*, *RDI* 2003, S. 384, Obs. A. R.-I.).

1824 CE, Ord. 22. März 2002, *Ministre de la Justice c/ Cazé*, *Lebon T.*, S. 852. Siehe auch CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487. Der Beschwerdeführer, der von Amts wegen in ein Krankenhaus eingewiesen wurde, behauptete, dass ihm die Möglichkeit verweigert wurde, Post zu versenden und mit Verwaltungs- und Justizbehörden zu kommunizieren. Da die Verwaltung keine Stellungnahme abgegeben hat, gilt das Bestehen dieses Verbots als erwiesen.

1825 Zu einem référé-suspension siehe CE, 27. Juli 2001, *Société Foncière MFC*, *Lebon*, S. 417.

1826 Es sei daran erinnert, dass die Untersuchung nicht abgeschlossen wird, wenn der Richter eine Einstellung des Verfahrens feststellt oder eine Rücknahme der Klage zur Kenntnis nimmt.

sehr kurzen Frist, die ihm für seine Entscheidung zur Verfügung steht, wird diese Möglichkeit vom Richter der einstweiligen Verfügung selten genutzt. In der Praxis wird dieses Verfahren angewandt, wenn die Aktenlage nicht ausreicht, um ein Urteil zu fällen, oder wenn vor der Urteilsverkündung noch Sachverhalte geklärt werden müssen. So entschied der Richter in der Rechtssache *Commune de Montreuil-Bellay* nach der öffentlichen Anhörung vom 9. November 2001, die am Vormittag stattfand, die Beweisaufnahme fortzusetzen und eine neue Anhörung anzuordnen. Noch am selben Nachmittag wurden die fehlenden Schriftstücke von der Gemeinde und den Klägern vorgelegt. Am 12. November 2001 fand eine weitere Anhörung statt, bei der die von den Parteien eingereichten zusätzlichen Unterlagen berücksichtigt wurden¹⁸²⁷. Die Verweisung auf eine weitere Anhörung kann auch dazu dienen, den von der Verwaltung zurückgehaltenen Kläger anzuhören. So betraf im Fall *Ngamissimi* der eigentliche Gegenstand des Antrags die Beibehaltung des Beschwerdeführers in der Wartezone. Die Verweisung wurde beschlossen, um dem Richter die Möglichkeit zu geben, die Anhörung des Betroffenen bei einer neuen Anhörung durchzuführen¹⁸²⁸.

437. Zweitens kann der Richter, wenn er der Meinung ist, dass die Untersuchung zwischen den Parteien fortgesetzt werden sollte, den Abschluss der Untersuchung aufschieben und den Protagonisten erlauben, zusätzliche Informationen auszutauschen. Dieses Verfahren ist besonders flexibel: Es ermöglicht dem Richter, "den Abschluss der Beweisaufnahme auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben, von dem er die Parteien in geeigneter Weise in Kenntnis setzt. Im letzteren Fall können die nach der Verhandlung und vor Abschluss der Beweisaufnahme eingereichten ergänzenden Eingaben direkt an die anderen Parteien gerichtet werden, unter dem Vorbehalt, dass die Partei, die dies tut, dem Richter den Nachweis ihrer Sorgfalt erbringt" (Artikel R. 522-8 Abs. 1). Um das Verfahren zu beschleunigen, können die Parteien während dieser Phase der Verlängerung der Beweisaufnahme Schriftstücke und Schriftsätze direkt untereinander austauschen, unter der Voraussetzung, dass sie dem Richter ihre Sorgfalt nachweisen¹⁸²⁹. Diese Möglichkeit, die Beweisaufnahme über die mündliche Verhandlung hinaus abzuschließen, ist nützlich, wenn der Richter zusätzliche Unterlagen einholen will oder - im Hinblick auf die Wahrung des kontradiktorischen Verfahrens - um der Gegenpartei die Möglichkeit zu geben, auf einen Klagegrund oder ein komplexes Dokument, das während der öffentlichen Verhandlung vorgelegt wurde, zu antworten. Sie werden gegebenenfalls berücksichtigt, ohne dass eine neue Verhandlung abgehalten werden muss. Zwei Fälle veranschaulichen die Art und Weise der Umsetzung und den praktischen Nutzen dieses Verfahrens.

Im Fall *Kilicikesen* beschloss der Richter, den Abschluss der Beweisaufnahme nach der Anhörung am 3. April 2004 zu verschieben, um den Parteien und insbesondere der Verwaltung die Möglichkeit zu geben, die Bedingungen zu präzisieren, unter denen die mit einem Kopftuch bekleidete Tochter der Kläger zum Unterricht in ihrem Gymnasium zugelassen werden könnte. Der Direktor für Rechtsangelegenheiten des Bildungsministeriums übermittelte dem Anwalt der Kläger am 5. April ein schriftliches Dokument, in dem er die mündlich gemachten Angaben zu den Merkmalen der Kleidung, die von der Verwaltung unter den Umständen des vorliegenden Falls als durch die Freiheit, religiöse Überzeugungen auszudrücken, gerechtfertigt angesehen werden könnten, bestätigte und präziserte. Am 7. April übermittelte er, auf die gleiche Weise wie am 5. April, dem Anwalt der Kläger einen ergänzenden Schriftsatz, der den vorherigen präziserte und interpretierte. Der Richter fällte seine Entscheidung am selben Tag unter Berücksichtigung der vorgelegten Elemente¹⁸³⁰.

In der Rechtssache *Benbehar* wurde diese Möglichkeit genutzt, um den Parteien die Möglichkeit zu geben, den Wahrheitsgehalt der in der öffentlichen Anhörung vom 8. April 2005 vorgebrachten Behauptungen mit Belegen zu belegen. In dieser ersten Anhörung behauptete der Beschwerdeführer, dass die Vollstreckung des Beschlusses, mit dem seine Abschiebung angeordnet wurde, sein Recht auf ein normales Familienleben beeinträchtigt. Er machte geltend, dass er im Begriff sei, eine Ehe mit einer französischen Staatsbürgerin einzugehen, und dass er bereits einen zivilen Solidaritätspakt mit ihr geschlossen habe. Nach dieser öffentlichen Anhörung und der Anhörung des Anwalts des Klägers und der Vertreter des Innenministers wurde beschlossen, die Beweisaufnahme bis zum 14. April 2005 um 12 Uhr zu verlängern. Die Parteien konnten Dokumente und Schriftsätze vorlegen, um ihre Behauptungen zu ergänzen und zu untermauern. Am 11. April 2005 legte der Minister Dokumente vor, aus denen hervorging, dass der Kläger am 20. November 2002 erklärt hatte, er sei verheiratet und Vater von drei Kindern. Am 13. April 2005 legte der Kläger mehrere Dokumente vor, insbesondere eine ihn betreffende Nichtehelichenbescheinigung, die am 25. Dezember 2004 in Anwesenheit von zwei Zeugen ausgestellt wurde. Der

¹⁸²⁷ CE, Ord. 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon*, S. 551. Vgl. ebenso, als eine Verweisung an eine neue Anhörung beschlossen wurde, um die Realität des Risikos, dem die Beschwerdeführerin im Falle einer Rückführung in ihr Herkunftsland ausgesetzt ist, besser einschätzen zu können: CE, ord. 14. Januar 2005, *Bondo*, *Lebon* T. S. 915.

¹⁸²⁸ EK, Beschl. 12. Dezember 2005, *Ngamissimi*, Nr. 287718. Es wird sich herausstellen, dass der Betroffene in Wirklichkeit am selben Tag, an dem die Klage eingereicht wurde, in sein Heimatland umgeleitet wurde, was zur Folge hat, dass die Prüfung der Anträge, die sich gegen den Beschluss des ersten Richters richten, irrelevant wird.

¹⁸²⁹ Dies geschieht üblicherweise, indem man dem bei Gericht eingereichten Schriftsatz den an die Gegenpartei adressierten Faxzettel mit dem Vermerk: "Empfang ok" beifügt.

¹⁸³⁰ CE, Ord. 7. April 2004, *Kilicikesen*, *Lebon* S. 164.

Richter stützte sich bei seiner Entscheidung ausdrücklich auf die vorgelegten Dokumente. Er stellt fest, dass "aus der zusätzlichen Beweisaufnahme, die nach der Anhörung im Schnellverfahren angeordnet wurde, hervorgeht, dass Herr Benharbeh bei der Einreichung seines Antrags auf territoriales Asyl am 20. November 2002 nicht verheiratet war. Benharbeh bescheinigte, mit einer algerischen Staatsangehörigen verheiratet und Vater von drei Kindern zu sein; dass er in seinem Antrag angab, dass seine Frau und seine Kinder in Algerien geblieben seien; dass er sich als Antwort auf die Übermittlung dieses Dokuments darauf beschränkte, eine "Bescheinigung über die Nichtehe" vorzulegen, die von einer lokalen algerischen Behörde "auf die Bescheinigung und Verantwortung" von zwei Zeugen ausgestellt wurde, deren Beweiswert sehr ungewiss ist; dass unter diesen Umständen (...) die Beweiskraft des Dokuments sehr unsicher ist; dass unter diesen Umständen (...) der Asylbewerber nicht in der Lage ist, die Beweiskraft des Dokuments zu belegen.), kann den Anträgen seines Antrags nicht stattgegeben werden"¹⁸³¹. Der Richter beurteilt den Wert und die Relevanz der von den Parteien nach der Anhörung eingereichten Unterlagen und weist den Antrag dann ab.

438. Drittens schließt der Richter die Untersuchung ab, wenn er sich nach der Anhörung oder nach der zusätzlichen Untersuchung, die auf der Grundlage von Artikel R. 522-8 beschlossen wurde, für ausreichend informiert hält. Dies ist der Normalfall nach der Anhörung. Der Richter ist jedoch verpflichtet, die Untersuchung wieder zu eröffnen, wenn eine nach der Anhörung vorgelegte Note en délibéré neue Elemente enthält, die seine Einschätzung ändern könnten¹⁸³². Im Fall *Ouakid* legte der Beschwerdeführer am Tag nach der öffentlichen Anhörung vom 30. April 2002 einen Schriftsatz mit Elementen vor, die die Beurteilung des Richters über die Verhältnismäßigkeit der gegen ihn verhängten Ausweisungsmaßnahme ändern könnten. Herr Ouakid gab an, dass er einen echten Willen zur Wiedereingliederung gezeigt habe und dass die Ausweisung auf der Grundlage sachlich falscher Tatsachen erfolgt sei. Angesichts dieser Elemente, die seine Beurteilung ändern könnten, lud der Richter die Parteien zu einer weiteren öffentlichen Anhörung vor, die am 2. April stattfand. Aus dem Wortlaut seiner Entscheidung geht hervor, dass der Richter sich auf diese neuen Elemente stützte, um das Vorliegen eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit anzuerkennen. Da in der Entscheidung die Bestimmungen von Artikel R. 522-8 nicht erwähnt wurden, kann man daraus schließen, dass der Richter nicht beschlossen hatte, den Abschluss der Beweisaufnahme nach der Anhörung am 30. April 2002 aufzuschieben. Es war der Inhalt des Schriftsatzes, den der Kläger am Tag nach der Anhörung einreichte, der die Wiedereröffnung der Untersuchung und eine neue Anhörung rechtfertigte¹⁸³³.

Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens wird verletzt, wenn der Richter sich auf ein Element stützt, das nach der Anhörung vorgelegt wurde, ohne es der anderen Partei mitgeteilt zu haben. In einem Beschluss vom 2. Mai 2006 erklärte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats: "Wenn ihm nach der Verhandlung oder, wenn er den Abschluss der Beweisaufnahme aufgeschoben hat, zu dem von ihm festgelegten Zeitpunkt ein neues Schriftstück einer der Parteien des Verfahrens vorgelegt wird, unabhängig davon, ob es den Titel "note en délibéré" trägt oder nicht, obliegt es in jedem Fall dem Richter für einstweilige Verfügungen, dieses Schriftstück zur Kenntnis zu nehmen, bevor er seinen Beschluss erlässt; dass er zwar im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege immer die Möglichkeit hat, die Beweisaufnahme wieder zu eröffnen und die in dem vorgelegten Schriftstück enthaltenen Elemente einer kontradiktorischen Debatte zu unterziehen, dass er aber nur dann dazu verpflichtet ist, wenn seine Anordnung nicht ordnungsgemäß ist, nur dann, wenn dieses Schriftstück entweder die Darstellung eines Sachverhalts enthält, den die Partei, die sich darauf beruft, vor Abschluss der Beweisaufnahme nicht vorbringen konnte und den der Richter nicht ignorieren konnte, ohne seine Entscheidung auf sachlich unrichtige Tatsachen zu stützen, oder eines rechtlichen Umstands, der neu ist oder den der Richter von Amts wegen feststellen sollte; dass, um den Parteien zu ermöglichen, sich von der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens im Hinblick auf diese Anforderungen zu überzeugen, die nach der Anhörung erstellte(n) Produktion(en) in der Verfahrensakte enthalten sein muss (müssen)"¹⁸³⁴. Im vorliegenden Fall hatte sich der erste Richter auf Dokumente und Schriftstücke gestützt, die die Verwaltung nicht früher in die Akte des kontradiktorischen Verfahrens hatte aufnehmen können. Diese Dokumente waren der Antragstellerin nicht übermittelt worden, obwohl die darin enthaltenen Aussagen vom Richter der einstweiligen Anordnung berücksichtigt worden waren. Unter diesen Umständen ist der angefochtene Beschluss nach einem nicht ordnungsgemäßen Verfahren ergangen.

439. Wenn die Beweisaufnahme abgeschlossen ist und die kontradiktorische Debatte zwischen den Parteien

¹⁸³¹ EK, Beschl. 14. April 2005, *Benbebar*, Nr. 279340.

¹⁸³² Im Rahmen des référé-suspension hat der Conseil d'Etat einen Beschluss zensiert, der die Wiedereröffnung der Beweisaufnahme nach Vorlage eines Schriftstücks, das die Beurteilung des Richters ändern könnte, abgelehnt hatte (CE, 10. Dezember 2001, *Association Gabas Nature Patrimoine*, *Lebon T.* S. 1126). Im Falle der Verweisung an eine andere Verhandlung, die als Einzelrichter oder in kollegialer Besetzung stattfindet, sieht Art. R. 522-8 Abs. 2 vor, dass die Beweisaufnahme wiedereröffnet wird.

¹⁸³³ CE, ord. 7. Mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, *Lebon T.* S. 870.

¹⁸³⁴ CE, ord. 2. Mai 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, Nr. 292910, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

beendet ist, kann der Richter über den Antrag entscheiden. Er legt dann ein Datum oder eine unverbindliche Uhrzeit fest, zu der er seine Entscheidung treffen wird.

III. Das Urteil

440. Die Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen müssen begründet werden und bestimmte obligatorische Angaben enthalten, auch wenn sie in Eile - aber keineswegs überstürzt - getroffen werden. Wenn die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, kann der Richter die Entscheidung beschleunigt in Kraft setzen, damit der schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Eingriff in eine Grundfreiheit so schnell wie möglich beendet wird.

A. Der Inhalt der Entscheidung

441. Gemäß der klassischen Rechtsprechung stellt sich der Richter bei der Beurteilung der Begründetheit des Antrags auf einstweilige Verfügung auf den Tag ein, an dem er entscheidet¹⁸³⁵. Das bedeutet, dass er am Tag der Anhörung und nicht am Tag seiner Befassung - oder am Tag des Ablaufs der 48-Stunden-Frist, die ihm für die Entscheidung zur Verfügung steht¹⁸³⁶ - beurteilt, ob die Bedingungen für die Gewährung einer nach Artikel L. 521-2 beantragten Maßnahme erfüllt sind. Dies gilt sowohl für die Bedingung der Dringlichkeit¹⁸³⁷ als auch für die anderen Bedingungen¹⁸³⁸. Unabhängig davon, ob der Antrag die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt oder nicht, muss er immer begründet werden und bestimmte Pflichtangaben enthalten.¹⁸³⁹

442. Wenn der Richter nach dem Verfahren des Artikels L. 522-1 entschieden hat, muss er die Ladung der Parteien zur Verhandlung erwähnen. Artikel R. 522-6 besagt nämlich, dass "die Parteien unverzüglich und mit allen Mitteln zur Verhandlung *geladen werden*" und setzt damit voraus, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die ordnungsgemäße Ladung der Parteien erwähnt, da seine Entscheidung sonst nicht ordnungsgemäß ist¹⁸⁴⁰. Ansonsten sind die Elemente, die der Richter in seiner Entscheidung oder im Protokoll der Anhörung erwähnen muss, in Artikel R. 522-11 festgelegt.

Diese Bestimmung schreibt erstens vor, dass der Beschluss die in Kapitel II des Titels IV von Buch VII des

¹⁸³⁵ Siehe z. B. für Verwaltungsgerichte: CE, 9. Februar 1972, *Entreprise Quille*, RDP 1972, S. 1278; und für die zivilrechtliche einstweilige Verfügung (Artikel 809 Abs. 1^{er} der neuen Zivilprozessordnung): Com., 23. Oktober 1990, *Bull. civ.* IV, Nr. 252.

¹⁸³⁶ EK, Beschl. 19. Juni 2002, *Hoffer*, Nr. 247884.

¹⁸³⁷ Der Richter des *référé-liberté* bestätigte, dass "es dem Berufungsrichter des *référé administratif* obliegt, die Dringlichkeit zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zu beurteilen" (CE, ord. 30. März 2001, *Schoettl*, Nr. 231963). Siehe auch CE, Ord. 13. November 2002, *Harlant, Lebon T.*, S. 875: "Zum Zeitpunkt des vorliegenden Beschlusses kann die von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (...) geforderte Dringlichkeitsbedingung nicht als erfüllt angesehen werden".

¹⁸³⁸ Siehe insbesondere CE, ord. 8. Juni 2005, *Commune de Houilles, Lebon T.*, S. 1036: "Es obliegt dem Richter für einstweilige Verfügungen, sich zur Beurteilung des Vorliegens einer schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit auf den Zeitpunkt zu beziehen, zu dem er sich äußert" (*il appartient au juge des référés de se placer, pour apprécier l'existence d'une atteinte grave et manifeste illégale à une liberté fondamentale, à la date à laquelle il se prononce*). Wenn er jedoch mit einer Klage gegen eine Entscheidung befasst wird, beurteilt der Richter die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung unter Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage am Tag ihres Erlasses. Auf diese Weise ist es denkbar, dass die angefochtene Entscheidung zum Zeitpunkt ihres Erlasses nicht offensichtlich rechtswidrig war und dass gleichzeitig die durch diese Entscheidung entstandene Situation am Tag der Entscheidung des Richters offensichtlich rechtswidrig ist. Siehe zu diesem Punkt die sehr expliziten Schlussfolgerungen von G. BACHELIER zu CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon S.* 306, *AJDA* 2003, S. 1780-1785. Der Regierungskommissar kommt zu dem Schluss, dass die Entscheidung der öffentlichen Einrichtung Aéroport de Paris, das Flugzeug festzuhalten, nicht offensichtlich rechtswidrig war (S. 1782-1783), und dass die aus dieser Entscheidung entstandene Situation offensichtlich rechtswidrig war (S. 1783-1784).

¹⁸³⁹ Die Anforderungen an das Urteil sind für Entscheidungen, die nach dem Verfahren des Artikels L. 522-1 erlassen wurden, und für Entscheidungen, die nach dem Sortierverfahren des Artikels L. 522-3 verworfen wurden, gleich. Die Unterschiede betreffen bestimmte Pflichtangaben, von denen die Sortierentscheidungen naturgemäß befreit sind (Einladung zur Verhandlung; Nachweis der Durchführung des kontradiktorischen Verfahrens; Vollstreckungsklausel), sowie die geringere Strenge bei der Begründungspflicht, da diese Entscheidungen auf der Grundlage des Antrags getroffen werden. Die auf der Grundlage von L. 522-3 erlassenen Anordnungen wurden der Verwaltung nicht mitgeteilt, da es in der Regel keinen Beklagten gibt. Sie werden nur dem Antragsteller zugestellt.

¹⁸⁴⁰ Siehe zum Thema *référé-suspension*: CE, 5. Dezember 2001, *Thomas, Lebon T.* S. 1134

Verwaltungsgerichtsgesetzes mit dem Titel "Eigene Bestimmungen für Beschlüsse" festgelegten Angaben enthalten muss¹⁸⁴¹. Zunächst gilt nach Artikel R. 742-1 die Verpflichtung, zu erwähnen, dass die Verhandlung öffentlich war. Zweitens muss der Beschluss gemäß Artikel R. 742-2 die Namen der Parteien, die Analyse der Anträge¹⁸⁴² sowie den Verweis auf die Rechtsvorschriften, auf die er angewendet wird, enthalten und das Datum, an dem er unterschrieben wurde, angeben. Gemäß Artikel R. 742-3 beginnt der Beschluss mit den Worten "Im Namen des französischen Volkes"¹⁸⁴³ und gibt im Anschluss daran die Stellung des Unterzeichners an¹⁸⁴⁴. Schließlich sieht Artikel R. 742-4 vor, dass der verfügenden Teil der Verordnung in Artikel unterteilt und mit dem Wort "ordnet an" eingeleitet wird.¹⁸⁴⁵

Zweitens verlangt Artikel R. 522-11, dass im Beschluss gegebenenfalls angegeben wird, dass die Bestimmungen von Artikel R. 522-8 (verzögerter Abschluss der Beweisaufnahme oder wiedereröffnete Beweisaufnahme) und R. 522-9 (in der Verhandlung mitgeteiltes Mittel der öffentlichen Ordnung) angewandt wurden. Diese Verpflichtung entfällt, wenn unter der Verantwortung des Richters für einstweilige Verfügungen ein Protokoll der Verhandlung erstellt wurde, das von diesem und dem mit der Kanzlei der Verhandlung beauftragten Beamten unterzeichnet wurde. Grundsätzlich ist die Erstellung des Protokolls für den Richter nur eine Option¹⁸⁴⁶. Wird der Fall an ein Kollegium verwiesen, ist die Protokollierung obligatorisch und das Protokoll muss zu den Akten genommen werden.

443. Gegebenenfalls wird in der Entscheidung erwähnt, dass einige Nebenfragen zum Streitgegenstand geklärt wurden. In der Entscheidung wird ggf. erwähnt, dass der Beschwerdeführer zur Zahlung einer Geldstrafe für eine missbräuchliche Beschwerde verurteilt wurde¹⁸⁴⁷ oder dass der Richter über die Kosten oder über einen

¹⁸⁴¹ Wenn die Entscheidung von einem Kollegialorgan getroffen wird, gelten wieder die allgemeinen Bestimmungen von Kapitel I^{er} des Titels IV von Buch VII. Die wichtigsten Unterschiede betreffen die Verpflichtung, zu erwähnen, dass der Berichterstatte und der Regierungskommissar angehört wurden (Artikel R. 741-2 Abs. 3) und dass das Datum der Verhandlung und das Datum, an dem die Entscheidung verkündet wurde, angegeben werden müssen (Artikel R. 741-2 Abs. 4).

¹⁸⁴² Der Richter für einstweilige Verfügungen ist verpflichtet, *alle* Anträge der Parteien zu prüfen (siehe CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* S. 215). Er ist auch verpflichtet, über die Zulässigkeit von Anträgen auf Streithilfe zu entscheiden, die gestellt werden können (CE, Ord. 16. Dezember 2005, *Kabengera und Association Forum réfugiés*, Nr. 287905). In Bezug auf die Klagegründe verlangt die Rechtsprechung, dass alle Klagegründe analysiert werden, da sonst die ergangene Entscheidung nicht ordnungsgemäß sein kann (CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487). Zunächst muss er die in den schriftlichen Eingaben vorgebrachten Klagegründe erwähnen - und auf sie eingehen. Er muss auch die in der öffentlichen Verhandlung vorgebrachten Klagegründe erwähnen und analysieren, wenn diese "nicht im Laufe des schriftlichen Verfahrens vorgebracht wurden" (CE, 26. Oktober 2001, *Aiguebonne*, *Lebon* T. S. 1119). Weder Artikel R. 742-2 des Verwaltungsjustizgesetzbuchs, der gemäß Artikel R. 222-11 desselben Gesetzbuchs auf einstweilige Verfügungen anwendbar ist, noch eine andere Bestimmung dieses Gesetzbuchs verpflichtet den Richter der einstweiligen Verfügungen, in seinen Vermerken die von den Parteien in der öffentlichen Verhandlung geltend gemachten Klagegründe zu erwähnen (CE, ord. 2. Dezember 2005, *EURL Maryloup Marie*, Nr. 287533). Mündlich entwickelte Klagegründe müssen daher nur dann in den Beschluss aufgenommen werden, wenn sie *neue Klagegründe* darstellen (siehe in Verfahren des bürgerlichen Rechts und in Bezug auf schriftliche Schriftsätze: CE, 21. Juli 1972, *Elections municipales de Xanton-Chassenon*, *Lebon* S. 582). Schließlich muss der Richter in den Verweisen oder der Begründung seines Beschlusses nicht die Argumente oder die Beschreibung des Sachverhalts zitieren, die den Klagegründen beigefügt sind (CE, 12. Juli 2002, *Oulai Doué*, Nr. 245141).

¹⁸⁴³ Diese Anforderung stellt die besondere Anwendung des in Artikel L. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes festgelegten Grundsatzes dar, wonach "die Urteile im Namen des französischen Volkes gefällt werden".

¹⁸⁴⁴ Artikel L. 10 des Verwaltungsgerichtsgesetzes besagt, dass Urteile "die Namen der Richter, die sie erlassen haben, erwähnen". Eine Entscheidung, die unter Missachtung dieser Bestimmungen ergangen ist, ist grundsätzlich mit Unregelmäßigkeiten behaftet. Dennoch wird diese Anforderung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes mit einer gewissen Flexibilität angewandt: Sie gilt als erfüllt, wenn der Name des Richters in der Niederschrift des Beschlusses erscheint, obwohl die dem Antragsteller ausgehändigte Ausfertigung und die mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung, die ihm anschließend zugestellt wurde, den Namen dieses Richters nicht enthalten (CE, ord. 11. Oktober 2001, *Tabibou*, *Lebon* T. S. 1133). Artikel R. 742-5 besagt, dass "die Niederschrift des Beschlusses *nur von dem* Magistrat unterzeichnet wird, der ihn erlassen hat". Der Einwand, dass der angefochtene Beschluss nicht vom Kanzler unterzeichnet wurde, muss daher zurückgewiesen werden (CE, 8. August 2001, *Soares dos Santos*, Nr. 234589). Schließlich gibt es keine Bestimmung, die die Unterschrift des Richters, der den Beschluss erlassen hat, für die den Parteien zugestellte Ausfertigung dieses Beschlusses vorschreibt (CE, 27. Juli 2001, *Haddad*, Nr. 231889).

¹⁸⁴⁵ Die Erwägungsgründe des Beschlusses bestehen in der Regel aus drei Teilen: zunächst werden die verschiedenen Anträge des Antragstellers dargelegt; dann werden die Argumente des Antragstellers und des Antragsgegners zusammengefasst; schließlich werden die Texte genannt, auf die sich der Richter der einstweiligen Verfügung stützt. In den Entscheidungsgründen legt der Richter die Tatsachen und Umstände dar, die zu seiner Befassung geführt haben, und beurteilt dann anhand des geltenden Rechts, ob die Voraussetzungen für die Gewährung einer Maßnahme, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 beantragt wurde, erfüllt sind.

¹⁸⁴⁶ Wenn ein Gerichtsprotokoll erstellt wird, ist dieses Dokument ein Beweismittel für die während der Verhandlung vorgebrachten Argumente und die Einhaltung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens.

¹⁸⁴⁷ Der Richter für einstweilige Verfügungen hat die Möglichkeit, die Ablehnung des Antrags mit einer Verurteilung zu einer Geldstrafe wegen missbräuchlicher Berufung gemäß Artikel R. 741-12 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zu verbinden. Der Richter für einstweilige Verfügungen war unter dem früheren Rechtsstand zu diesem Verfahren zugelassen worden (CE,

Antrag auf Prozesskostenhilfe entschieden hat .1848

444. Der Staatsrat musste den Umfang der Begründungspflicht festlegen, die dem Richter für einstweilige Verfügungen bei der Analyse der Anspruchsvoraussetzungen auferlegt ist. Der erwartete Grad an Genauigkeit ist das Ergebnis einer Abwägung zwischen zwei gegensätzlichen Anforderungen: einerseits die Notwendigkeit einer ausreichenden Information der Parteien und des übergeordneten Richters¹⁸⁴⁹; andererseits das Bestreben, die Arbeit eines Richters, der innerhalb von 48 Stunden entscheiden muss, nicht übermäßig zu belasten.

Der Richter muss den oder die Gründe, warum eine Bedingung erfüllt oder nicht erfüllt ist, durch eine Demonstration deutlich machen. Er darf nicht in Form einer Behauptung ohne angemessene Begründung oder Erklärung vorgehen. Im Zusammenhang mit Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stellte der Staatsrat fest, dass der Richter für einstweilige Verfügungen "die rechtlichen und tatsächlichen Gründe aufzeigen muss, aus denen entweder er der Ansicht ist, dass die Dringlichkeit die Aussetzung der angefochtenen Maßnahme rechtfertigt, oder er der Ansicht ist, dass sie diese nicht rechtfertigt; die Einhaltung dieser Anforderung wird jedoch anhand der in der Verteidigung vorgetragene Begründungen beurteilt"¹⁸⁵⁰. Der Regierungskommissar Francis Lamy erklärte, dass für den *référé-liberté* "die gleichen Begründungsanforderungen wie für die Aussetzung gelten sollten"¹⁸⁵¹. Die für den *référé-suspension* gefundene Lösung ist im Prinzip auf die Bestimmungen des Artikels L. 521-2 übertragbar. Es obliegt dem Richter für einstweilige Verfügungen, zu erläutern, inwiefern die Bedingung der Dringlichkeit erfüllt ist oder nicht, und zu begründen, inwiefern er der Ansicht ist, dass der schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Eingriff in eine Grundfreiheit charakterisiert ist oder nicht. In diesem Punkt wünschte Chauvaux, dass der Richter verpflichtet wird, "seine Entscheidung in Bezug auf jede der gesetzlichen Bedingungen solide zu begründen: Dringlichkeit, schwerwiegende Beeinträchtigung einer Grundfreiheit, offenkundig rechtswidrige Maßnahme. Seine Entscheidung muss insbesondere die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Verwaltung nachweisen"¹⁸⁵². Wenn der Richter der Ansicht ist, dass mindestens eine der Bedingungen nicht erfüllt ist, muss er darlegen, warum die angefochtene Entscheidung oder das angefochtene Verhalten nicht offensichtlich rechtswidrig ist, keine schwerwiegende Beeinträchtigung einer Grundfreiheit darstellt oder keine Notsituation kennzeichnet, die eine Schutzmaßnahme innerhalb von 48 Stunden erforderlich macht.

Es ist zu beobachten, dass die Anordnungen des Richters für einstweilige Verfügungen häufig ausführlicher

10. Mai 1989, *SA des établissements Laurent, Lebon* S. 848). Um einer übermäßigen und phantasievollen Inanspruchnahme des Richters für einstweilige Verfügungen vorzubeugen und diese zu vermeiden, wollte der Rechtsausschuss des Senats, dass der Richter für einstweilige Verfügungen "systematischer das Bußgeld für missbräuchliche Rechtsbehelfe in allen Fällen verhängt, in denen der Antragsteller Anträge stellt, die durch ihre Anzahl, ihren wiederholenden oder systematischen Charakter missbräuchlich sind" (R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 68. Unterstreichung). Der Richter für einstweilige Verfügungen verurteilt somit den Antragsteller, der ihn auf offensichtlich wenig relevante Weise anruft, indem er beispielsweise die Dringlichkeit der Aussetzung von Bestimmungen, die seit mehr als sieben Jahren in Kraft sind, geltend macht (CE, ord. 21. Januar 2002, *Auto-école Bergson*, Nr. 242051), indem er beantragt, die Nichtexistenz des Untersuchungsrichters festzustellen (CE, ord. 28. Oktober 2002, *Lecomte*, Nr. 251086) oder der Richter und Staatsanwälte (CE, ord. 8. November 2002, *Chaumont*, Nr. 251377), oder indem er beantragt, das Dekret vom 14. Juni 1997, mit dem Herr Jean-Eric Schoettl zum Generalsekretär des Verfassungsrats ernannt wurde, auszusetzen (CE, ord. 23. Mai 2005, *Hoffer*, Nr. 280703). Der Richter verurteilt auch Antragsteller zu einer solchen Geldstrafe, die, nachdem ihre Klage als offensichtlich unbegründet abgewiesen wurde, den Verfassungsrat erneut mit denselben Anträgen befassen und dabei eine strikt identische Argumentation entwickeln (CE, ord. 15. Juli 2003, *Bidalon*, Nr. 1258371; CE, ord. 31. Juli 2003, *Bidalon*, Nr. 259032; CE, ord. 8. August 2003, *Syndicat de la magistrature*, Nr. 259217; CE, ord. 2. Juli 2004, *Hoffer*, Nr. 269149; CE, ord. 1^{er} Dezember 2004, *Winter*, Nr. 274705; CE, ord. 19. August 2005, *Gaiffe*, Nr. 284216; CE, ord. 25. Januar 2006, *Tueche*, Nr. 289305). Der Umstand, dass die Klage über einen Rechtsanwalt eingereicht wird, steht der Verhängung einer Geldstrafe für missbräuchliche Klagen nicht entgegen (CE, ord. 21. Januar 2003, *Commune des Angles*, Nr. 253421). Es ist zu beobachten, dass sich die in diesem Zusammenhang ausgesprochenen Verurteilungen als wirkungslos auf das Verhalten einiger Antragsteller erweisen, die trotz der aufeinanderfolgenden Verurteilungen, die gegen sie ausgesprochen wurden, weiterhin fälschlicherweise den Richter für einstweilige Verfügungen (*référé-liberté*) anrufen. Zu diesem Verfahren siehe insbesondere J.-E. CALLON, "L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné?", *LPA* 28. März 2000, Nr. 62, S. 4-10; und P. FRAISSEIX, "Droit au juge et amende pour recours abusif", *AJDA* 2000, S. 20-30.

1848 Siehe z. B. CE, ord. 6. Januar 2005, *Landu-Diambu*, Nr. 276105 (Zulassung zur Prozesskostenhilfe, Zurückweisung der Hauptanträge).

1849 Die Genauigkeit der Entscheidung ermöglicht es den Parteien, die verordnete Maßnahme zu verstehen und ggf. korrekt auszuführen. Sie gibt dem Berufungs- oder Kassationsgericht die notwendigen Anhaltspunkte für die Ausübung seiner Kontrolle.

1850 CE, Sect., 25. April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* S. 220; CE, 16. Februar 2001, *Breucq*, *Lebon T.* S. 1092.

1851 F. LAMY, concl. sur CE, Sect., 25. April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, RFDA 2001, S. 850.

1852 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq*, RFDA 2001, S. 672.

und detaillierter begründet werden als Entscheidungen, die von einem Kollegialorgan getroffen werden¹⁸⁵³. Viele Entscheidungen werden ausführlich begründet, wie um durch die Erklärung eine durch die fehlende Kollegialität verminderte Autorität oder Legitimität zu kompensieren. Die Form und Qualität der Begründung hängt auch von der Person des Richters für einstweilige Verfügungen ab.

B. Das Wirksamwerden der Entscheidung

445. Die Formalitäten nach dem Urteil sind in den Artikeln R. 522-12 bis R. 522-14 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geregelt¹⁸⁵⁴. Um das Inkrafttreten der Beschlüsse zu beschleunigen, befreit Artikel R. 742-6 den Richter davon, sie in einer öffentlichen Sitzung zu verkünden¹⁸⁵⁵. Die Vollstreckbarkeit des Beschlusses kann zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten. Grundsätzlich wird sie nach den üblichen Regeln an dem Tag wirksam, an dem die Partei, die ihr nachkommen muss, die Mitteilung erhält¹⁸⁵⁶. Gemäß Artikel R. 522-12 muss die Zustellung "unverzüglich und mit allen Mitteln" erfolgen. Es wurde entschieden, dass eine Zustellung per Fax ordnungsgemäß ist: Wenn sie nicht angefochten wird, setzt der Faxbericht über die Zustellung einer einstweiligen Verfügung die Kassationsfrist gegen diese Verfügung in Gang¹⁸⁵⁷.

Um das Inkrafttreten der Entscheidung zu beschleunigen, sieht Artikel R. 522-13 Abs. 2 vor, dass der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen nach dem Vorbild seines gerichtlichen Pendanten entscheiden kann, dass die Entscheidung "sofort vollstreckbar ist, sobald sie erlassen wurde", also noch vor ihrer Zustellung¹⁸⁵⁸. Der Richter vermerkt dann im Tenor des Beschlusses, dass der Beschluss sofort vollstreckbar ist¹⁸⁵⁹. Der 3^{ème} Absatz dieses Artikels sieht vor, dass "wenn es die Dringlichkeit erfordert, der Tenor des Beschlusses mit der in Artikel R. 751-1 vorgesehenen Vollstreckungsklausel vor Ort den Parteien mitgeteilt wird, die den Empfang bestätigen"¹⁸⁶⁰. Wenn die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, kann durch diese Verfahren der Zeitpunkt beschleunigt werden, zu dem die Verwaltung die vom Richter für einstweilige Verfügungen getroffenen Maßnahmen vollstreckt und die freiheitsberaubende Situation beendet. Sobald die Anordnung den Parteien zugestellt oder mitgeteilt wurde, muss die Verwaltungsbehörde unverzüglich die Maßnahmen ergreifen, die ihre Ausführung mit sich bringt.

Abschluss von Titel I

1853 Siehe jedoch für eine beschleunigte Begründung: CE, 14. Februar 2003, *Société Le café français Notre-Dame*, Nr. 254137. Der Richter für einstweilige Verfügungen, der mit einer Klage gegen eine Entscheidung befasst war, mit der die Schließung einer Schankstätte für acht Tage angeordnet wurde, erklärte, ohne die Fakten des Falles darzulegen, "dass aus den Unterlagen, die dem Richter für einstweilige Verfügungen sowohl in der ersten Instanz als auch im Berufungsverfahren vorgelegt wurden, nicht hervorgeht, dass die angefochtene Entscheidung des Präfekten, die auf der Grundlage von Artikel L. 62 des Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme getroffen wurde, mit einer Rechtswidrigkeit behaftet ist, die den vom Gesetzgeber im Rahmen des durch Artikel L. 521-2 eingeführten besonderen Verfahrens geforderten offenkundigen Charakter aufweist".

1854 Artikel R. 522-14 sieht in einer Reihe von Fällen die unverzügliche Übermittlung einer Kopie der Entscheidung an den Staatsanwalt oder den Trésorier payeur général vor. Wird ein Antrag nach dem Sortierverfahren abgelehnt, steht es dem Richter für einstweilige Verfügungen frei, den betroffenen Behörden "zur Information" eine Kopie seiner Entscheidung zukommen zu lassen (siehe zum Beispiel: CE, ord. 1^{er} Juni 2001, *Ploquin, Lebon T. S. 1126*; CE, ord. 20 November 2002, *Deloose*, Nr. 251803).

1855 Siehe CE, 15. Juni 2001, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-de-Ré*, Nr. 228856.

1856 Artikel R. 522-13 Abs. 1. Im Privatjustizrecht gilt derselbe Grundsatz. Nach Art. 489 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung ist der Beschluss vollstreckbar, sobald er den Beteiligten durch Zustellung zur Kenntnis gebracht wurde. Die Erfüllung dieser Formalität ermöglicht es der Partei, sich auf den Beschluss zu berufen.

1857 CE, 18. Dezember 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ S.ARL Le Méditerranée*, Nr. 249887. Diese Lösung war im Rechtsstreit um die Abschiebung an die Grenze zugelassen worden (siehe CE, 22. März 2000, *Préfet de l'Isère c/ bouchalta, Lebon T. S. 1149*).

1858 Art. 489 Abs. 2 der neuen Zivilprozessordnung sieht vor, dass "der Richter im Bedarfsfall anordnen kann, dass die Vollstreckung allein in Anbetracht der Niederschrift erfolgt".

1859 Siehe zum Beispiel: CE, ord. 19. August 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon*, S. 311; CE, 9. April 2004, *Vast, Lebon*, S. 173; CE, ord. 11. April 2006, *Tefaarere, Lebon* S. 197.

1860 Dieses Verfahren war zuerst bei Streitigkeiten über Grenzabschiebungen eingeführt worden. Gemäß Artikel R. 776-17 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wird "der Urteilstenor mit der Vollstreckungsklausel vor Ort den bei der Verhandlung anwesenden Parteien mitgeteilt, die den Empfang unverzüglich bestätigen". Im Rahmen dieses Verfahrens hat diese Formalität einen wesentlichen Charakter. Der Staatsrat rügte das am 5. November 2001 verkündete Urteil als unregelmäßig, obwohl die öffentliche Anhörung am 29. Oktober stattgefunden hatte (CE, 30. Dezember 2002, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Makhlouq, Lebon* S. 506).

446. Der *référé-liberté* ermöglicht das sofortige Eingreifen des Verwaltungsrichters in einer strittigen Situation. Der Zugang zum Richter wird erleichtert. Der Formalismus wird verringert und das Verfahren flexibler gestaltet, damit sehr schnell eine Entscheidung getroffen werden kann. Wenn die Voraussetzungen für die Gewährung einer Maßnahme erfüllt sind, ist das Eingreifen des Richters jedoch nicht nur schnell, sondern auch wirksam und geeignet, die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten des Antragstellers sofort und endgültig zu beenden. Wenn die in Artikel L. 521-2 genannten Bedingungen kumulativ erfüllt sind, kann der Richter die Fülle seiner Vorrechte entfalten, um die freiheitsfeindliche Situation zu beenden.

Eine wirksame Reaktionsfähigkeit

447. Wie wirksam ist das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen inhaltlich? 1861 Wie konkret ist seine Eignung, eine Situation zu beenden, in der ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt? Zwei Elemente verleihen dem Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit eine bemerkenswerte Wirksamkeit. Zum einen verfügt er über eine extrem breite Palette an Befugnissen, die es ihm ermöglichen, die den Umständen des Einzelfalls strikt angepasste Lösung zur Beendigung der Verletzung zu wählen und durchzusetzen. Zum anderen bewirkt sein Eingreifen, dass die Verletzung der Grundfreiheiten endgültig beendet wird. Der Kläger erlangt somit eine sofortige und unumkehrbare Befriedigung, ohne dass er auf die Bestätigung - oder das Risiko einer Aufhebung - seiner Entscheidung durch einen Richter in der Hauptsache warten muss. Die Wirksamkeit des *référé-liberté* wirft die Frage auf, ob der administrative Rechtsweg im positiven Recht beibehalten werden sollte.

Kapitel 1 ***Effektivität aufgrund der Möglichkeit*** ***, die richtige Maßnahme zu wählen***

448. Auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes verfügt der Richter für einstweilige Verfügungen über ein umfangreiches Arsenal an Rechtsmitteln, das es ihm ermöglicht, für jedes Problem die besondere Lösung zu finden, die es erfordert. Um auf eine außergewöhnliche Situation zu reagieren, wurde der Richter mit Befugnissen ausgestattet, die ihrerseits außergewöhnlich sind. Der atypische und abweichende Charakter des Verfahrens des *référé-liberty* kommt daher auch in den dem Richter übertragenen Befugnissen zum Ausdruck. Diese weisen aufgrund ihrer Art und ihres Umfangs einen einzigartigen Charakter im Vergleich zu den üblicherweise dem Verwaltungsrichter übertragenen Befugnissen auf. Um sie zu beschreiben, erwähnen die auf dieser Grundlage erlassenen Beschlüsse "die in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehenen besonderen Befugnisse" 1862. Noch bemerkenswerter ist, dass die Arbeitsgruppe des Staatsrats behauptet hatte, dass der Richter für einstweilige Verfügungen im Rahmen dieses Verfahrens über "exorbitante Befugnisse gegenüber dem allgemeinen Recht" verfügen würde 1863. Die sehr weit gefasste Definition seiner Befugnisse begünstigt die Beilegung jedes Rechtsstreits durch eine Lösung, die strikt an die Gegebenheiten des Einzelfalls angepasst ist. Wenn er eine Verletzung nicht durch Abschreckung oder Überredung beenden kann, ordnet der Richter für einstweilige Verfügungen die angemessene Schutzmaßnahme an.

1861 Zu diesem Begriff siehe C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, BDPPrivé, t. 328, 2000, 397 S.

1862 CE, ord. 27. Juni 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, Lebon S. 228. Siehe auch CE, ord. 16. Oktober 2003, *Syndicat des propriétaires de la pointe croissette*; CE, ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac*, Lebon T. S. 828.

1863 "Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, S. 947. Die Verwendung dieses Begriffs im Bereich des streitigen Verwaltungsverfahrens ist atypisch. Denn der Begriff exorbitante Vorrechte oder exorbitante Befugnisse des gemeinen Rechts bezeichnet normalerweise die Sonderbefugnisse, die der Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe im öffentlichen Interesse zuerkannt werden und die das Privatrecht nicht kennt. Der Ausdruck wird dann als Synonym für die Vorrechte der öffentlichen Gewalt verstanden. Private Personen verfügen über Befugnisse des allgemeinen Rechts, öffentliche Personen über Vorrechte, die vom allgemeinen Recht abweichen. Der Begriff steht in diesem Sinne im Gegensatz zu den Regeln des Privatrechts. Andererseits wird der Ausdruck hier nicht in Bezug auf die Regeln des - gerichtlichen - Privatrechts, sondern in Bezug auf die Regeln der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst verwendet. Er bedeutet, dass im Gegensatz zu den Verfahren des allgemeinen Rechts, in denen der Verwaltungsrichter *gewöhnliche* Befugnisse ausübt, der Richter für einstweilige Verfügungen Befugnisse ausübt, die er normalerweise nicht hat, nämlich *außerordentliche Befugnisse*.

Abschnitt 1 Eine sehr weit gefasste Definition der Befugnisse des Richters in einstweiligen Verfügungen

449. Eine der Besonderheiten des *référé-liberté* liegt "in der Breite dessen, was er ermöglicht"¹⁸⁶⁴. In der Tat setzt Artikel L. 521-2 der Befugnis des Richters für einstweilige Verfügungen, die Verletzung einer Grundfreiheit zu beenden, nicht die geringste Grenze. Der Staatsrat ist jedoch der Ansicht, dass dieser nur einstweilige Maßnahmen ergreifen kann.

I. Eine Macht, die durch das Fehlen offensichtlicher Grenzen gekennzeichnet ist

450. Auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 verfügt der Verwaltungsrichter über weitreichende Handlungsmöglichkeiten gegenüber der Verwaltung. Seine Befugnis, die lediglich finalisiert ist, ähnelt einer Entscheidungsbefugnis.

A. Eine lediglich finalisierte Macht

451. Die Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen sind am weitesten gefasst, da er gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes "alle Maßnahmen anordnen kann, die zum Schutz einer Grundfreiheit erforderlich sind"¹⁸⁶⁵. Die Vorrechte, über die er verfügt, werden durch die Wörter "Maßnahmen", das gewählte Mittel zum Schutz der Grundfreiheit bezeichnet, "alle", das das Fehlen von Grenzen ausdrückt¹⁸⁶⁶, und "anordnen", das im weiteren Sinne als Synonym für "entscheiden" zu verstehen ist, festgelegt¹⁸⁶⁷. Die Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen sind nicht anders definiert, da der Gesetzgeber auf eine Aufzählung verzichtet hat, die den Bereich seiner Möglichkeiten von *vornherein* eingeschränkt hätte. Da er sich weigert, seine Entscheidungsbefugnis zu beschränken, gibt das Gesetz nicht an, welche Schutzmaßnahmen angeordnet werden können. Es enthält keine Präzisierung - und damit auch keine Einschränkung - der Art oder des Inhalts der Maßnahmen, die es anordnen kann. Auch hier ist dieses "Schweigen beredt: Es bedeutet das Fehlen von Einschränkungen"¹⁸⁶⁸. Während der Vorbereitungsarbeiten hatte Garrec betont, dass die dem Richter für einstweilige Verfügungen übertragenen Befugnisse "beträchtlich und sehr allgemein formuliert sind und dem Richter einen großen Handlungsspielraum lassen"¹⁸⁶⁹. Wenn er auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 tätig wird, so Präsident Chabanol, "sind die Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen in keiner Weise eingeschränkt"¹⁸⁷⁰. Mit anderen Worten, so Fromont, "ist seine Macht praktisch unbegrenzt"¹⁸⁷¹. Da es keine gesetzliche Vorfestlegung gibt, ist es also Sache des Richters für

¹⁸⁶⁴ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, Nr. 278.

¹⁸⁶⁵ Der Richter des *Déféré-liberté* kann seinerseits nur die Vollstreckung eines Verwaltungsakts aussetzen. Auf der Grundlage des Rechtsschutzes kann der Richter in einer einstweiligen Verfügung alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen (Art. 809 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung).

¹⁸⁶⁶ Sie ist gleichbedeutend mit "irgendeine", "die Gesamtheit der" oder "jede Art von".

¹⁸⁶⁷ *Streng genommen ruft* der Begriff anordnen die Idee hervor, einen Befehl zu erteilen, die betreffende Verwaltung zu allen Verpflichtungen zu verurteilen, etwas zu tun oder zu unterlassen. Hier ist der Begriff jedoch im weiteren Sinne zu verstehen und beschränkt sich nicht auf das Erteilen von Anordnungen. Maßnahmen wie die Aussetzung sind nämlich nicht mit Befehlen vergleichbar. Die Verhängung einer Aussetzungsmaßnahme ist nicht mit der Ausübung der Anweisungsbefugnis zu verwechseln: Der Richter erlässt keine Aussetzungsanordnung. Er überlässt es nicht der Verwaltung, dass die Entscheidung ausgesetzt wird; er setzt sie selbst aus. Die vorgeschriebene Maßnahme ist in allen Punkten mit einer Aussetzung der Vollstreckung vergleichbar, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes getroffen wird. Es ist außerdem zu beachten, dass der Begriff "anordnen" auch in Artikel L. 521-1 verwendet wird, um die Aussetzungsbefugnis zu beschreiben, die dem Richter für einstweilige Verfügungen auf dieser Grundlage übertragen wird.

¹⁸⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1593.

¹⁸⁶⁹ R. GARREC, Senatsbericht Nr. 380, S. 55.

¹⁸⁷⁰ D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Litec Jurisclasseur, 2002, Nr. 248.

¹⁸⁷¹ M. FROMONT, "Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences", *RFD* 2002, S. 556.

einstweilige Verfügungen, von Fall zu Fall zu entscheiden, welche Maßnahme zum Schutz einer Grundfreiheit erforderlich ist.

Die Vorteile der gewählten Formulierung werden sofort deutlich. Sie lässt dem Richter einen großen Spielraum bei der Wahl der Maßnahme und ermöglicht es ihm, "den Inhalt seiner Entscheidung den Umständen des Falles anzupassen"¹⁸⁷². Sie erlaubt ihm, bei der Festlegung der Maßnahmen, die den besonderen Gegebenheiten jedes konkreten Falls angemessen sind, flexibel und sogar kreativ zu sein. Mit anderen Worten: Aufgrund ihrer Allgemeinheit und Plastizität ermöglicht die Formel in Artikel L. 521-2 eine eigene Antwort auf die Vielfalt der Situationen, die auftreten können¹⁸⁷³. Der Richter wird sich Lösungen ausdenken und entwickeln können, an die der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des Textes nicht hätte denken können. Er ist in der Lage, für jede der ihm vorgelegten Arten eine passende Lösung zu finden.

452. Auch wenn die Befugnisse des Richters im Rahmen der einstweiligen Verfügung ausgeweitet werden, bleiben sie durch den Wortlaut von Artikel L. 521-2 begrenzt. Die verordnete Maßnahme muss einen bestimmten Gegenstand haben und einem bestimmten Zweck dienen: dem notwendigen Schutz einer Grundfreiheit.

Zunächst einmal muss die verordnete Maßnahme auf die "Sicherung" einer Grundfreiheit abzielen, d. h. auf ihren Schutz, ihre Verteidigung, ihre Garantie. Das *référé-liberté* soll eine angemessene Lösung für eine bestimmte Situation bieten. Die gewählte Maßnahme muss eine Antwort auf die Situation darstellen, die die Anrufung des Richters gerechtfertigt hat. Sie darf kein anderes Ziel verfolgen als den Schutz einer Grundfreiheit, die gerade von der Verwaltung missachtet oder bedroht wird. Das verfolgte Ziel muss die Wiederherstellung einer normalen Situation sein, indem die rechtswidrigen und freiheitsberaubenden Handlungen der Verwaltung beendet werden. Um den schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit zu beenden, muss die gewählte Maßnahme also in einem angemessenen Verhältnis zu den Modalitäten dieses Eingriffs stehen.

Zweitens stellt Artikel L. 521-2 klar, dass die vorgeschriebene Maßnahme für den Schutz einer Grundfreiheit "notwendig" sein muss, d. h. für deren Erhaltung unerlässlich ist. Das Notwendige ist laut *Littré* das, "was sein muss, damit etwas getan oder getan wird". Das Konzept der Notwendigkeit führt hier also eine Idee der Verhältnismäßigkeit bei der Wahl der Maßnahme ein. Um diese Anforderung zu erfüllen, muss die Maßnahme mit dem inkriminierten Verhalten der öffentlichen Gewalt in Zusammenhang stehen und der Schwere des Verhaltens angepasst sein. Die *Notwendigkeit* einer Maßnahme unterscheidet sich somit von ihrer *Nützlichkeit*, um den Ausdruck aufzugreifen, der beispielsweise in Artikel L. 521-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erwähnt wird. Der Richter des *référé-liberté* muss die Maßnahme nicht nur als nützlich für den Schutz einer Grundfreiheit, sondern als wirklich unerlässlich für diese Freiheit ansehen. Mit anderen Worten: Es wird ein Verhältnis der Notwendigkeit zwischen der vorgeschriebenen Maßnahme und dem Ernst der Lage verlangt. Wenn eine Maßnahme zwar nützlich, aber nicht notwendig ist, muss sich der Richter im Verfahren der einstweiligen Anordnung für eine andere Maßnahme entscheiden, die besser mit dem strittigen Verhalten in Zusammenhang steht. Diese Anforderung scheint jedoch nicht geeignet zu sein, die Befugnisse, die ihm zuerkannt werden, wesentlich abzuschwächen. Sie ähnelt eher einer Finalisierung oder Orientierung als einer wirklichen Einschränkung. Die dem Richter für einstweilige Verfügungen übertragenen Befugnisse sind nach wie vor besonders weitreichend und machen ihn zu einem echten *Entscheidungsträger*.

B. Eine Entscheidungsbefugnis

453. Seine Befugnis besteht nicht in Form einer binären Alternative: Verhängung einer *vorher festgelegten* Maßnahme oder Ablehnung des Antrags. Die Wahl der Maßnahme und, genauer gesagt, die Art und Weise ihres Eingreifens sind nicht vordefiniert. Aktiv und dynamisch wählt der Richter des *référé-liberté* daher je nach den besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Falls die Mittel aus, die geeignet sind, das Opfer der Verletzung wieder in den Genuss seiner Grundfreiheiten zu bringen. Er legt fest, wie die Verletzung beendet werden kann, indem er alle Möglichkeiten ausschöpft, die ihm Artikel L. 521-2 bietet. Er wählt unter den

¹⁸⁷² GAJA Nr. 118, § 12.

¹⁸⁷³ Diese Flexibilität findet sich in allen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, die eine ähnliche Formulierung verwenden, wie die Möglichkeit, "alle zweckdienlichen Maßnahmen" in Artikel L. 521-3 der Verwaltungsgerichtsordnung oder im Privatrecht die Möglichkeit, "alle Maßnahmen, die nicht auf eine ernsthafte Anfechtung stoßen oder die durch das Bestehen einer Streitigkeit gerechtfertigt sind" (Artikel 808 der neuen Zivilprozessordnung) oder "Maßnahmen (...), die sich aufdrängen" (Artikel 809 Abs. 1 und 873 Abs. 1 der neuen Zivilprozessordnung) anzuordnen. In Belgien sieht Artikel 18 der koordinierten Gesetze ein Verfahren zur vorläufigen Aussetzung vor, das es dem Staatsrat ermöglicht, bis zur Entscheidung über den Antrag auf Aussetzung alle "erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der Parteien oder der Personen, die ein Interesse an der Lösung des Falles haben" zu ergreifen. Diese Formel verleiht dem Staatsrat eine sehr weitreichende Befugnis hinsichtlich der Wahl der vorzuschreibenden Maßnahme (siehe P. LEWALLE, "Le contrôle de l'administration: l'effectivité du contrôle de la légalité", RA 2000, Sondernummer 3, S. 132-176, spé S. 157).

verschiedenen möglichen Maßnahmen diejenige aus, die das wirksamste Ergebnis bringt. Diese Entscheidungsbefugnis entspricht dem Zweck des Verfahrens des *référé-liberté*, der darin besteht, individuelle Situationen und die Interessen des Einzelnen zu schützen. Wenn der Richter auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 tätig wird, hat er nämlich nicht die Aufgabe, für eine objektive Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu sorgen, sondern konkret die Grundfreiheiten der Rechtsuchenden zu verteidigen. Es geht für den Richter nicht mehr darum, abstrakt Recht zu sprechen, sondern sinnvoll auf eine Rechtslage einzuwirken. Zu diesem Zweck wird er mit Befugnissen ausgestattet, die es ihm ermöglichen, die Situationen, mit denen er befasst ist, konkret zu verändern. Im Gegensatz zum klassischen Modell der Kassation, bei dem der Richter nur über eingeschränkte Befugnisse verfügte¹⁸⁷⁴, ist der Richter des *référé-liberté* kein Richter, der kassiert, sondern ein Richter, der entscheidet und handelt. Er wird in jedem Einzelfall entscheiden, welches Mittel am wirksamsten ist, um die Rechte des Klägers zu schützen. Daher liegt der Schwerpunkt nicht auf dem Schutz der objektiven Rechtmäßigkeit, sondern auf der effektiven Verteidigung von Privatpersonen gegen die Verwaltung¹⁸⁷⁵. Der *référé-liberté* ist ein Symbol für ein neues Verständnis des Verwaltungsrichters von seinem Amt.

454. Dennoch stellt die Befugnis des Richters bei der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit, auch wenn sie besonders weit gefasst ist, keine Ersatzbefugnis dar. Der Richter kann über die *anzuordnende* Maßnahme entscheiden, aber er kann nicht *anstelle der* Verwaltung entscheiden. Folglich kann man nicht behaupten, dass das Gesetz dem Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit Befugnisse für alle Rechtsstreitigkeiten verleiht¹⁸⁷⁶. Der Richter für einstweilige Verfügungen hat keine Ersatzbefugnis, sondern - wenn man so will - nur die Befugnis, sich zu widersetzen (durch die Aussetzung) und zu befehlen (durch die Anordnung). Er ordnet an oder setzt aus, tritt aber nie an die Stelle der Verwaltung. Es sei darauf hingewiesen, dass die Einstufung als Vollstreckungsverfahren auch im Hinblick auf das zweite große Unterscheidungskriterium

¹⁸⁷⁴ Im traditionellen französischen Modell bestand die ausschließliche Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit darin, die Einhaltung des Gesetzes durch die Verwaltungsbehörden zu gewährleisten. Die Klage wegen Überschreitung der Befugnisse, die als Prozess gegen eine Handlung konzipiert war, hatte nur die Funktion, die Überprüfung der Einhaltung der objektiven Rechtsnormen durch die Verwaltungsbehörden auszulösen (siehe die berühmte Darstellung dieser Funktion von Maurice HAURIOU *in note* sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Arignon*, D. 1900, 3, S. 73). Wie M. Fromont erklärt, "sprach die französische Lehre (...) von der pädagogischen Funktion des Verwaltungsrichters: Dieser sollte sich darauf beschränken, zu sagen, ob sich die Verwaltung ordnungsgemäß verhalten hatte oder nicht. Es spielte keine Rolle, wie es dem Kläger konkret ergangen war (...)" (M. FROMONT, a. a. O., S. 551). Dieser Auffassung seines Amtes entsprach das Modell der "Kassation": Der Verwaltungsrichter "intervenierte in Bezug auf die Verwaltungsentscheidung mehr oder weniger auf die gleiche Weise, wie ein Kassationsrichter ein Urteil überprüft, das Gegenstand eines Rechtsmittels ist (...)" (J.-M. WOEHLING, "Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest. Particularismes et convergences", *REDP* Winter 1994, Bd. 6, Nr. 2, S. 374). Im Mittelpunkt der Debatte stand nicht die individuelle Situation des Antragstellers, sondern die Rechtskonformität des Verhaltens der Verwaltung. Daher war der Verwaltungsrichter als Hüter der objektiven Rechtmäßigkeit bei Streitigkeiten wegen Überschreitung der Befugnisse auf eine binäre Alternative zwischen Aufhebung und Ablehnung festgelegt.

¹⁸⁷⁵ In dieser Hinsicht steht sein Amt im Einklang mit der neuen Funktion, die sich für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich wie auch in anderen europäischen Ländern durchsetzt. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit "wird nicht mehr als Garant einer guten Verwaltung angesehen, sondern als Hauptbeschützer des Bürgers gegen eine immer allgegenwärtigere Verwaltung" (M. FROMONT, "La justice administrative en Europe: Convergences", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, S. 207-208). Sie behauptet sich in erster Linie als eine Institution, die die subjektiven Rechte von Einzelpersonen fördern und garantieren soll (siehe insbesondere E. GARCIA DE ENTERRIA, "Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX^e siècle: analyse historique et comparative", *RA* 2000, Sondernummer 3, S. 125-131; G. MARCOU, "Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale", *RFDA* 2006, S. 84-95). Dieser Perspektivwechsel hat zu einer erheblichen Ausweitung der Entscheidungsbefugnisse des Richters im Verwaltungsprozess geführt. Insbesondere in Frankreich hat das Gesetz vom 8. Februar 1995, das dem Verwaltungsrichter eine Anordnungsbefugnis zuweist, das Rollenverständnis des Richters und die Art und Weise, wie er seine Befugnisse auszuüben gedenkt, grundlegend verändert. Wie die Herren Guyomar und Collin feststellten, "hat diese Abweichung vom traditionellen Grundsatz des Verbots von Anordnungen an die Verwaltung zu einem tiefgreifenden Mentalitätswandel geführt" (M. GUYOMAR und P. COLLIN, Chron., *AJDA* 2001, S. 1049). Désormais, "Le juge administratif est (...) moins réticent à admettre que son office est aussi d'être un juge administrateur" (F. DONNAT und D. CASAS, "L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat", *Dr. adm.* 2004, études n° 9, S. 12; siehe auch D. BAILLEUL, "Les nouvelles méthodes du juge administratif", *AJDA* 2004, S. 1626-1630). Diese Entwicklung verkörpert sich voll und ganz in den Befugnissen, die dem Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 zuerkannt wurden. "Jahrhundert das Jahrhundert der Aufsicht des Richters über die Verwaltungsfunktion und seiner Sanktionen war, kündigt sich das 21. Jahrhundert bereits jetzt als das Jahrhundert seiner Beteiligung an der öffentlichen Aktion an, und das neue System des vorläufigen Verwaltungsrechtsschutzes wird - sowohl durch die Befugnisse als auch durch die Verfahren, die es bietet - zu dieser Präsenz des Richters auf dem Gebiet des Verwaltungslebens selbst beitragen" (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, Nr. 260).

¹⁸⁷⁶ M. Guérin-Laporte behauptet, dass die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 "dem Richter für Freiheitsrechte Befugnisse verleihen, die denen des Richters mit voller Zuständigkeit entsprechen"; der Autor erwähnt auch "den Charakter des Richters für *référé-liberté* als Richter mit voller Zuständigkeit" (E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, These Montpellier I, 2002, S. 429).

zwischen dem Exzess der Befugnis und dem Vollstreckungsverfahren ausgeschlossen ist, nämlich die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Anfechtung von Regelungsakten durch eine Klage¹⁸⁷⁷. Da der Richter des *référé-liberté* über solche Rechtsakte im Wege der Klage (aber natürlich auch im Wege der Einrede) entscheiden kann, ist die Einstufung als *plein contentieux* auch hier ausgeschlossen. Im Sinne der Einstufung als Exzess der Befugnis ist außerdem hinzuzufügen, dass der *référé-liberté* insgesamt vom Anwaltszwang befreit ist und der Kläger ein verletztes Interesse und nicht ein verletztes subjektives Recht nachweisen muss (das Erfordernis einer Grundfreiheit spielt nicht im Stadium der Zulässigkeit, sondern im Stadium der materiellen Voraussetzungen eine Rolle) und dass die Tragweite seiner Entscheidungen nicht notwendigerweise auf die Parteien des Verfahrens beschränkt ist, beispielsweise bei einer Klage gegen einen Verwaltungsakt. Schließlich stellt der Richter bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer *Verwaltungsentscheidung* auf den Tag ab, an dem die Verwaltung entschieden hat, und nicht auf den Tag, an dem er entscheidet. Anders als der Richter mit unbeschränkter Ermessensbefugnis¹⁸⁷⁸, berücksichtigt er nicht die Entwicklungen, die in den rechtlichen oder tatsächlichen Umständen zwischen dem Erlass der angefochtenen Entscheidung und der Verkündung des Urteils stattgefunden haben können.¹⁸⁷⁹

Zwar könnte ein letztes Kriterium bei der Bestimmung der Natur dieses Verfahrens eine Rolle spielen, nämlich die Frage, ob es sich um einen objektiven oder subjektiven Streitfall handelt. Dieses Kriterium ist jedoch im Bereich des *référé-liberté*¹⁸⁸⁰ aufgrund des gemischten Charakters dieses Verfahrens ungeeignet. Einerseits, so Etchegaray, ist der Richter, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 angerufen wird, "ein Richter über die Überschreitung der Befugnisse, da es hier darum geht, nach einer Rechtswidrigkeit zu suchen"¹⁸⁸¹. Andererseits entscheidet dieser über die Existenz subjektiver Rechte, die durch die Forderung nach einer Verletzung der Grundfreiheiten formalisiert werden. Er entscheidet über eine Frage der objektiven Rechtmäßigkeit, aber in Verbindung mit einem subjektiven Recht.

455. Nach den üblichen Regeln des streitigen Verwaltungsverfahrens muss sich die Entscheidungsbefugnis des Richters für einstweilige Verfügungen innerhalb der Grenzen der Anträge des Klägers bewegen. In der Praxis scheint es jedoch so zu sein, dass der Richter einen großen Spielraum in Bezug auf den Wortlaut der Klageschrift hat.

Gemäß Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wurde entschieden, "dass der Richter für einstweilige Verfügungen, selbst wenn er sich in einer Angelegenheit äußert, die in den Bereich der Vollstreckbarkeit fällt, nur innerhalb der Grenzen der ihm vorgelegten Anträge entscheiden kann"¹⁸⁸². In diesem Fall hatte der erstinstanzliche Richter zunächst den Antrag der Kläger auf Aussetzung abgelehnt; anschließend hatte er eine Hauptverfügung an die Verwaltung gerichtet und verschiedene Gutachten auf der Grundlage der Artikel R. 521-3 und R. 532-1 des Verwaltungsjustizgesetzes angeordnet. Nach einer Berufung hob der Kassationsrichter den Beschluss des ersten Richters auf und warf ihm vor, über den Wortlaut des Antrags hinaus entschieden zu haben. In diesem Fall war die Aufhebung der Entscheidung jedoch vor allem dadurch gerechtfertigt, dass der Richter Maßnahmen anordnete, die nicht zu seinem Amt gehörten. Gemäß Artikel L. 521-1 des Gesetzbuchs kann der Richter nämlich nur die "Aussetzung der Vollstreckung" einer Entscheidung anordnen; seine Befugnisse sind durch diese Bestimmung streng begrenzt. Selbst wenn er mit einem entsprechenden Antrag befasst ist, kann er in jedem

¹⁸⁷⁷ Wie M. Négrin feststellt, "darf man nicht vergessen, dass der Hauptunterschied zwischen den beiden Rechtsmitteln darin besteht, dass die Vollstreckungsklage nur individuelle Rechtsakte betrifft" (J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000, S. 11). Nur der Richter für Machtüberschreitung (*juge de l'excès de pouvoir*) kennt Regulierungsakte auf dem Klageweg.

¹⁸⁷⁸ Siehe CE, Sect., 8. Januar 1982, *Aldana Barrera, Lebon* S. 9, Concl. B. GENEVOIS.

¹⁸⁷⁹ So können Antragsteller zur Unterstützung ihrer Klage und während des Verfahrens der einstweiligen Anordnung alle Elemente vorbringen, die sich auf Tatsachen beziehen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung der Verwaltung bestanden: "dès lors qu'ils portent sur des faits antérieurs aux décisions administratives critiquées, des éléments peuvent utilement être produits devant le juge pour y être contradictoirement débattus, alors même que l'administration n'avait pas en connaissance avant de prendre ces décisions" (CE, ord. 25. März 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* S. 146). Umgekehrt kann der Richter keine Elemente berücksichtigen, die nach der Entscheidungsfindung eingetreten sind. Siehe zum Beispiel CE, ord. 2. Mai 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, Nr. 292910, erwähnt in der Sammlung *Lebon*: behauptet der Richter in Bezug auf die Entscheidung über die Rückübernahme eines Asylbewerbers in einen anderen europäischen Staat, "dass, wenn die Abschiebungsmaßnahme, die die junge Patimat trifft, zur Folge hat, dass ihr Schulbesuch in einer Vorschule unterbrochen wird, dieser zu einem Zeitpunkt nach der Entscheidung des Präfekten von Loire-Atlantique vom 12. Januar 2006, die die Übergabe der Klägerin und ihrer Tochter an die deutschen Behörden vorschrieb, begonnen hatte". Folglich kann dieses Element in einer Logik der Überschreitung der Befugnisse vom Richter für einstweilige Verfügungen nicht berücksichtigt werden, um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu beurteilen.

¹⁸⁸⁰ Und, wie es scheint, darüber hinaus: Siehe F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, S. 165 ff.

¹⁸⁸¹ J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence: le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé?", *Constr. urb.* 2001, chron. Nr. 1, S. 8.

¹⁸⁸² CE, 29. Juli 2002, *Ministre de l'équipement, du transport et du logement c/ Clerissi und andere, Lebon* T. S. 867.

Fall weder eine Hauptanordnung erlassen noch Sachverständigengutachten anordnen. Trotz der allgemeinen Formulierung des Erwägungsgrunds ist es daher nicht sicher, ob die gewählte Lösung exakt auf die einstweilige Verfügung übertragbar ist und mit ihrer ganzen Strenge im Rahmen von Artikel L. 521-2 angewendet werden kann, der dem Richter nicht eine vorher festgelegte Befugnis, sondern die Befugnis zuerkennt, "alle erforderlichen Maßnahmen anzuordnen".

In der Praxis hat sich der Richter des *référé-liberté* nie zu dieser Frage geäußert. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats hat einem erstinstanzlichen Richter, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 entschied, nie vorgeworfen, diese Anforderung missachtet zu haben. Die Autoren sind der Ansicht, dass der Richter 1883 oder sollte 1884 völlig frei in der Festlegung der erforderlichen Maßnahmen ist. In Anbetracht der auf dieser Grundlage ergangenen Rechtsprechung muss man davon ausgehen, dass der Richter des *référé-liberté* keine Maßnahme verhängen kann, die offensichtlich keinerlei Bezug zu den Anträgen des Klägers hat. Stattdessen steht es ihm frei, innerhalb des von den Anträgen vorgegebenen Rahmens die Maßnahme auszuwählen, die ihm für das verfolgte Ziel am geeignetsten erscheint. Insbesondere kann er über die vom Kläger gestellten Anträge hinausgehen oder sie unterschreiten.

Wenn die Anträge sehr allgemein formuliert sind 1885, überlässt der Antragsteller es dem Richter, die erforderlichen Schutzmaßnahmen selbst und vollständig zu bestimmen. So forderte der Kläger in der Rechtssache *Vast* den Richter für einstweilige Verfügungen auf, dringend alle Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, den strittigen Handlungen ein Ende zu setzen. Die Anträge waren weit gefasst. Der Staatsrat wird die Ausführung des Vermerks, der die Beeinträchtigung verursacht hat, aussetzen und die Verwaltungsbehörde anweisen, den zuständigen Dienststellen alle Anweisungen zu erteilen, damit die Anwendung des Vermerks sofort eingestellt wird. 1886

Selbst wenn die Anträge präzise sind, räumt sich der Richter die Befugnis ein, von ihnen abzuweichen, um die vom Antragsteller beantragte Maßnahme durch eine Maßnahme zu ersetzen, die entweder weniger streng oder strenger sein kann. Wenn der Kläger also eine Anordnung beantragt, die die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen überschreitet, kann der Richter von Amts wegen die beantragte Maßnahme durch eine Maßnahme ersetzen, die er rechtmäßig verhängen kann. In einem Beschluss vom 17. März 2006 bekräftigte der Richter, dass der Innenminister anzuweisen sei, "nicht die vom Antragsteller beantragte Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, was die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen überschreiten würde, sondern eine Überprüfung des Antrags von Herrn Saidov auf Zulassung zum Aufenthalt im Hinblick auf die Gründe des vorliegenden Beschlusses innerhalb von acht Tagen ab seiner Zustellung vorzunehmen" 1887. In diesem Fall hat der Richter von Amts wegen eine andere Maßnahme als die vom Antragsteller beantragte festgelegt 1888. Dadurch kann er Anträge, die über die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen hinausgehen, vor der Unzulässigkeit retten. Es steht dem Richter auch frei, über den Wortlaut des Antrags hinauszugehen, indem er eine Maßnahme anordnet, die zwar nicht ausdrücklich vom Antragsteller beantragt wurde, aber dennoch in den von diesem gezogenen Rahmen passt. In der Rechtssache *FN IFOREL* vom 19. August 2002 1889 wurde der Richter für einstweilige Verfügungen mit zwei Anträgen befasst. Die Kläger beantragten zunächst die Aussetzung der Wirkung der Schreiben, mit denen die Verwaltungsbehörde der Gesellschaft Impérial Palace, die das Kongresszentrum der Stadt verwaltet, die Abhaltung der Sommeruniversität des Front National in diesem Saal verweigerte. Anschließend stellten sie Anträge, die darauf abzielten, dass die Verwaltung angewiesen wird, das Verbot an die Gesellschaft Impérial palace, die Abhaltung der Sommeruniversität in ihren Räumlichkeiten zuzulassen, "zurückzunehmen". Da die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt waren, setzte der Richter für einstweilige Verfügungen die Wirkung der angefochtenen Schreiben aus und verband diese Maßnahme mit einer

1883 Siehe *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (Oktober 2002), Nr. 290-435: Der Richter für einstweilige Verfügungen "bestimmt die geeigneten Maßnahmen, um den Schutz der betreffenden Grundfreiheit zu gewährleisten".

1884 Bei der Kommentierung der Bestimmungen des Gesetzes vom 30. Juni 2000 stellte Frau Rouault fest: "Es wäre gut, wenn der Verwaltungsrichter (...) über eine souveräne Befugnis hinsichtlich der Wahl der geeigneten Maßnahmen verfügen würde" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, S. 401). M. Faure ist seinerseits der Ansicht, dass es fraglich ist, ob die für Artikel L. 521-1 geltende Rechtsprechung, die es verbietet, *ultra petita zu entscheiden*, auch für Artikel L. 521-2 gilt, "da der Richter des *référé-liberté*, der als Hüter der Grundfreiheiten aufgestellt ist, frei gelassen werden sollte, jede Entscheidung zu treffen, die für ihren Schutz unerlässlich ist" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), Nr. 57).

1885 Der Richter des *référé-liberté* lässt relativ allgemein formulierte Anträge als zulässig zu, sofern sie hinreichend verständlich sind. Dasselbe gilt auf der Grundlage des Gesetzes vom 8. Februar 1995: Weisungsanträge müssen präzise sein (CE, 7. April 1995, *Grekos, Lebon* S. 159), aber sie müssen nicht unbedingt die Art der Maßnahmen angeben, die geeignet sind, sie zu erfüllen (CE, Sect., 26. März 1999, *Société Hertz France, RFDA* 1999, S. 977, Anmerkung D. POUYAUD).

1886 CE, 9. April 2004, *Vast, Lebon* S. 173.

1887 EK, Beschl. 17. März 2006, *Saidov*, Nr. 291214.

1888 Wenn der Beschwerdeführer seine Anträge während der Anhörung neu formuliert, nimmt der Richter dies in die Begründung oder in die Bezugsvermerke seiner Entscheidung auf. Siehe *oben*, § 432.

1889 CE, ord. 19. August 2002, Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* S. 311.

Anordnung, die Erfüllung des zwischen IFOREL und der Gesellschaft Impérial palace geschlossenen Reservierungsvertrags nicht zu behindern. Diese Anordnung, die von den Klägern nicht beantragt wurde, sich aber an ihre Anträge anschloss, spiegelt den Spielraum wider, über den der Richter bei der Auslegung dieser Anträge verfügt. In ähnlicher Weise beantragte der Kläger im Fall *Hadda*, dass der Richter für einstweilige Verfügungen einerseits die Aussetzung der Entscheidung über die Ablehnung der Registrierung seines territorialen Asylantrags anordnet und andererseits den Präfekten anweist, den Asylantrag zu prüfen und die im Dekret vom 23. Juni 1998 vorgesehene Empfangsbestätigung für den Antrag auszustellen. Der Staatsrat wird, obwohl er den allgemeinen Geist dieser Anträge respektiert, eine Maßnahme anordnen, die präziser ist als die vom Kläger genau beantragten. Er setzt die angefochtene Entscheidung nicht aus, sondern weist den Präfekten an, die Registrierung des territorialen Asylantrags von Herrn Hadda vorzunehmen, sobald dieser - der vom Präfekten innerhalb von 48 Stunden nach Zustellung des Beschlusses darüber informiert werden muss - sich bei den Dienststellen der Präfektur meldet.¹⁸⁹⁰

Somit ist die Befugnis des Richters des *référé-liberté* sehr weitreichend; bei der Lektüre von Artikel L. 521-2 scheint sie sogar grenzenlos zu sein. Der Staatsrat weigert sich jedoch, die ihm auf dieser Grundlage zugestandene Befugnis als unbegrenzt zu betrachten. Indem er die Bestimmungen von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes auf dieses Verfahren anwendet, verbietet er dem Richter für einstweilige Verfügungen, andere als vorläufige Maßnahmen zu ergreifen.

II. Das Erfordernis der Vorläufigkeit der angeordneten Maßnahmen

456. Die Rechtsprechung zur zeitlichen Wirkung der Maßnahmen, die angeordnet werden können, war im Bereich der einstweiligen Verfügungen lange Zeit nicht eindeutig. Einerseits erlaubte sich der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats seit den ersten Anwendungen dieses Verfahrens, Maßnahmen anzuordnen, die keinen vorläufigen Charakter hatten. Andererseits erklärte derselbe Richter Anträge, die auf die Anordnung von anderen als vorläufigen Maßnahmen abzielten, durchgängig für unzulässig. Um dieser unbefriedigenden Situation ein Ende zu setzen, hat der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in einem wichtigen Beschluss vom 30. März 2007 die geltenden Grundsätze geklärt¹⁸⁹¹. Die gewählte Lösung führt dazu, dass zwei Situationen unterschieden werden, um den Umfang der Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen und, genauer gesagt, die zeitliche Kraft der Maßnahmen, die angeordnet werden können, zu bestimmen. Wenn die Anordnung einer einstweiligen Maßnahme ausreicht, um die Auswirkungen einer Verletzung zu beseitigen, kann der Richter nur eine solche Maßnahme anordnen. Im gegenteiligen Fall, d. h. wenn eine einstweilige Maßnahme nicht ausreicht, um die Auswirkungen einer Verletzung zu beseitigen, kann der Richter für einstweilige Verfügungen "die Person, die die Verletzung verursacht hat, aufweisen, alle Maßnahmen zu ergreifen, um die tatsächliche Ausübung der betreffenden Grundfreiheit zu gewährleisten". Das Erfordernis, dass die verordneten Maßnahmen vorläufig sein müssen, ist ein Grundsatz, der im Bereich der einstweiligen Verfügung die Besonderheit aufweist, dass er mit einer Einschränkung verbunden ist, wenn die Umstände dies rechtfertigen.

A. Eine zum Prinzip erhobene Forderung

457. Wenn die Verhängung einer einstweiligen Maßnahme geeignet erscheint, den schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit zu beenden, wird die Macht des Richters eingeschränkt. In einem solchen Fall ist er nämlich verpflichtet, nur eine vorläufige Maßnahme zu verhängen und kann folglich keine endgültige Maßnahme verhängen. In dieser Situation müssen Anträge, die auf die Verhängung einer nicht vorläufigen Maßnahme abzielen, vom Richter für einstweilige Verfügungen als unzulässig zurückgewiesen werden. Der Staatsrat leitet diese Anforderung aus Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ab. Artikel L. 511-1, der Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes in seinem gesetzlichen Teil eröffnet, besagt: "Der Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet durch Maßnahmen, die vorläufigen Charakter haben. Er ist nicht mit der Hauptsache befasst (...)". Diese Bestimmung, die direkt von Artikel 484 der neuen Zivilprozessordnung¹⁸⁹² inspiriert wurde, drückt die Idee aus, dass "die einstweilige Verfügung ein Verfahren des Provisorischen, des Konservativen" ist.¹⁸⁹³

¹⁸⁹⁰ CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon*, S. 45.

¹⁸⁹¹ CE, ord. 30. März 2007, *Ville de Lyon*, Nr. 304053, veröffentlicht in der Sammlung *Lebon, Dr. adm.* 2007, comm. n° 90, Anm. F. MELLERAY; *LPA* 6. August 2007, Nr. 156, S. 22-30, Anm. O. LE BOT.

¹⁸⁹² "Die einstweilige Verfügung ist eine vorläufige Entscheidung (...) in Fällen, in denen das Gesetz einem Richter, der nicht mit der Hauptsache befasst ist, die Befugnis verleiht, sofort die notwendigen Maßnahmen anzuordnen."

¹⁸⁹³ D. LABETOUILLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, S. 7.

In Anbetracht dessen ist es, wie Roger Perrot bemerkte, "auffällig, dass man nirgends im Gesetz eine Definition der vorläufigen Entscheidung oder Maßnahme findet, als ob das Vorläufige ein Unfall des Rechtslebens wäre, auf dessen Definition man verzichtet, weil man ihn nicht beherrschen kann"¹⁸⁹⁴. In einem ersten Ansatz "ist man versucht, die Zeit zu beanspruchen und in der vorläufigen Entscheidung diejenige zu sehen, die zeitlich begrenzt ist, im Gegensatz zum endgültigen Urteil, das sich in die Ewigkeit einschreibt"¹⁸⁹⁵. Wie Jacques Normand betont hat, muss dieser Weg jedoch verworfen werden, da "vorübergehend" nicht unbedingt mit "vorläufig" übereinstimmt¹⁸⁹⁶. In Wirklichkeit ist im Privatjustizrecht wie auch in Verwaltungsstreitigkeiten die vorläufige Maßnahme diejenige, die einen *reversiblen* Charakter aufweist¹⁸⁹⁷, diejenige, die außerhalb der Rechtsmittelwege in Frage gestellt werden kann, sowohl von dem eventuell zur Entscheidung berufenen Sachrichter - der nicht an die in der einstweiligen Verfügung gegebene rechtliche Lösung gebunden ist - als auch vom Richter der einstweiligen Verfügung selbst, der auf Anrufung durch jede interessierte Person seine eigene Entscheidung im Falle eines "neuen Elements" (Artikel L. 521-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes) oder "neuer Umstand" (Artikel 488 der neuen Zivilprozessordnung). In diesem Sinne ist "die vorläufige Entscheidung diejenige, die am Rande der Rechtsmittel stets revidiert, geändert oder durch die Wirkung einer anderen Entscheidung zurückgenommen werden kann; diejenige, die, mit einem Wort, allen Gegenwinden ausgesetzt ist"¹⁸⁹⁸. Damit die verhängte Maßnahme jedoch tatsächlich einen reversiblen Charakter aufweist, ist es notwendig, dass die Möglichkeit, die Entscheidung in Frage zu stellen, nicht nur virtuell, sondern tatsächlich gegeben ist. Dies setzt folglich voraus, dass der Rechtsstreit nicht allein durch die Verkündung dieser Entscheidung beendet wird.

Im Hinblick auf diese Definition stellt beispielsweise die Aussetzung der Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung, gegen die in der Hauptsache geklagt wird, eine einstweilige Maßnahme dar, die der Richter für einstweilige Verfügungen anordnen kann¹⁸⁹⁹. Eine solche Maßnahme kann tatsächlich sowohl vom Richter in der Hauptsache als auch vom Richter in einstweiligen Verfügungen in Frage gestellt werden, wenn eine betroffene Person vor dem Richter in einstweiligen Verfügungen ein neues Element geltend macht. Ebenso hat die Anordnung an eine Verwaltungsbehörde, die antragstellende Gewerkschaft wieder in ihre früheren Rechte einzusetzen, indem sie ihr die Räumlichkeiten, über die ihre Gewerkschaftssekretion bis dahin verfügte, alle darin befindlichen Güter und Dokumente sowie die Dienstbefreiungen und Abwesenheitsgenehmigungen, die ihren Vertretern gewährt wurden, zurückgibt, einen vorläufigen Charakter. Daher zensiert der Kassationsrichter wegen eines Rechtsfehlers den Richter der einstweiligen Verfügung, der den beantragten Maßnahmen jeglichen provisorischen Charakter abgesprochen hat, ohne zu berücksichtigen, dass sie umkehrbar sind.¹⁹⁰⁰

458. Hingegen kann der Richter weder aufheben, noch reparieren oder eine andere Maßnahme mit endgültigem Charakter verhängen.

Erstens gehört es nicht zu seinen Befugnissen, eine Verwaltungsentscheidung für nichtig zu erklären. So kann es nicht die Entscheidung aufheben, mit der ein Universitätspräsident die Einschreibung des Klägers zur Vorbereitung eines Diploms für vertiefte Studien verweigert¹⁹⁰¹, den Präfekturbeschluss zur Erweiterung-Umwandlung einer Gemeindegemeinschaft in eine Gemeindegemeinschaft¹⁹⁰², den Ministerialbeschluss zur Versetzung des Klägers in den Ruhestand von Amts wegen¹⁹⁰³ oder die Entscheidung, mit der die Wiedereinschreibung eines Schülers in ein Gymnasium verweigert wird¹⁹⁰⁴.

Zweitens darf der Richter nicht den Schaden ersetzen, der dem Opfer durch eine Verletzung seiner

¹⁸⁹⁴ R. PERROT, "Du "provisoire" au "définitif"", in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, S. 447.

¹⁸⁹⁵ R. PERROT, *a. a. O.*, S. 447.

¹⁸⁹⁶ J. NORMAND, *RTD civ* 1997, S. 499. In diesem Sinne stellt M. Plessix fest: "Das Vorläufige darf nicht mit dem Vorübergehenden verwechselt werden. Vorläufig ist das, was nicht endgültig, unwiderruflich ist. Le provisoire n'est pas l'antithèse du permanent; il est plus proche de l'intérimaire que du temporaire, du transitoire que de l'éphémère" (B. PLESSIX, "Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé" (Der vorläufige Charakter der in einstweiligen Verfügungen ausgesprochenen Maßnahmen), *RFDA* 2007, S. 77).

¹⁸⁹⁷ Nach der Formel des Staatsrats wird der vorläufige Charakter einer Maßnahme "im Hinblick auf den Gegenstand und die Auswirkungen der betreffenden Maßnahmen, insbesondere auf ihren umkehrbaren Charakter, beurteilt" (CE, 31. Mai 2007, *Syndicat CFDT Interco* 28, Nr. 298293, erwähnt in der Sammlung *Lebon*).

¹⁸⁹⁸ R. PERROT, *a. a. O.*, S. 447-448.

¹⁸⁹⁹ siehe so CE, 2. Februar 2004, *Abdallah, Lebon* S. 16.

¹⁹⁰⁰ CE, 31. Mai 2007, *Syndicat CFDT Interco* 28, n° 298293, erwähnt in der Sammlung *Lebon*.

¹⁹⁰¹ CE, ord. 24. Januar 2001, *Universität Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon*, S. 37. Siehe auch CE, Ord. 29. Oktober 2001, *SARL Objectif*, Nr. 239443.

¹⁹⁰² CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet und andere, Lebon* S. 215.

¹⁹⁰³ EK, Beschl. 11. Juli 2007, *Sanguin*, Nr. 307334.

¹⁹⁰⁴ CE, Ord. 11. August 2005, *Millan*, Nr. 283995. Ebenso kann der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen keine Aufhebung aussprechen (siehe z. B. in Bezug auf die Disziplinarstrafe gegen einen Arbeitnehmer: Soc. 5. März 1987, *Bull. civ.* V, Nr. 110; Soc. 4. November 1988, *Bull. civ.* V, Nr. 568; Soc. 23. März 1989, *Bull. civ.* V, Nr. 253).

Grundfreiheiten entstanden ist¹⁹⁰⁵. Das Kassationsgericht verbietet dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen in ähnlicher Weise, die schädlichen Folgen einer Tätlichkeit zu ersetzen.¹⁹⁰⁶

Drittens darf der Richter für einstweilige Verfügungen keine Anordnung erlassen, die in allen Punkten die gleichen Auswirkungen hat wie die, die sich ergeben würden, wenn die Verwaltung eine streitige Aufhebung durchführt¹⁹⁰⁷. Diese Hypothese betrifft in der Praxis nur Entscheidungen, die eine Ablehnung eines Antrags des Verwalters darstellen¹⁹⁰⁸ und im weiteren Sinne Enthaltungen (die auch in eine Ablehnung münden würden, wenn die Verwaltung eine Stellungnahme abgeben müsste)¹⁹⁰⁹ und die Rücknahme eines Vorteils, der dem Antragsteller nach einem vorherigen Schritt des Antragstellers gewährt wurde¹⁹¹⁰. Unter diesen Umständen ergibt sich die eigentliche Rechtfertigung für die dem Antragsteller entgegengehaltene Ablehnung nicht aus den Bestimmungen von Artikel L. 511-1, sondern vielmehr aus dem Ermessensspielraum, über den die Verwaltung verfügt, um dem Antrag des Bürgers in einem solchen Fall stattzugeben oder nicht. Mit anderen Worten: Der Richter lehnt es ab, die Verwaltung anzuweisen, in einer bestimmten Richtung zu handeln, ganz einfach mit der Begründung, dass die Verwaltung nicht verpflichtet ist, in einer bestimmten Richtung zu handeln. Da die Verwaltungsbehörde über einen Ermessensspielraum hinsichtlich des Inhalts der zu treffenden Entscheidung verfügt, kann das Gericht in einem solchen Fall nur vorschreiben, dass sie den Antrag des Klägers innerhalb einer bestimmten Frist prüft oder erneut prüft. Mit anderen Worten, um die Unterscheidung aus dem Gesetz vom 8. Februar 1995 zu wiederholen: Der Richter lehnt es ab, eine Art von Anordnung, die in den Bereich von Artikel L. 911-1 fällt, mit der Begründung vorzuschreiben, dass sich die Verwaltung in einer Situation befindet, die Artikel L. 911-2 entspricht. Diese Analyse wird durch zwei Elemente gestützt. Zum einen lehnt das Gericht eine Klage nicht ab, wenn die Verwaltung keinen Ermessensspielraum hat und verpflichtet ist, in eine bestimmte Richtung zu handeln. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er die Verwaltung anweist, die öffentliche Gewalt zu unterstützen, obwohl sie sich geweigert hatte, diese Unterstützung zu leisten. Die angeordnete Maßnahme ist unbestreitbar

¹⁹⁰⁵ CE, Ord. 29. Oktober 2001, *SARL Objectif*, Nr. 239443; CE, Ord. 2. April 2003, *Gaiffe*, Nr. 255597; CE, Ord. 15. Oktober 2004, *Sabi*, Nr. 273110.

¹⁹⁰⁶ Der Sachrichter ist allein für die Entscheidung über die Entschädigungsklage im Falle einer Rechtsverletzung zuständig, unter Ausschluss des Richters für einstweilige Verfügungen (siehe S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, S. 113-114). Generell ist der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen nicht befugt, einen Schaden durch die Zuerkennung von Schadensersatz wiedergutzumachen (Civ., 15. März 1939, *GP* 1939, 1, S. 757).

¹⁹⁰⁷ CE, ord. 10. April 2001, *Merzouk, Lebon T.*, S. 1135; CE, Ord. 9. Juli 2001, *Boc*, Nr. 235696; CE, Ord. 17. Juli 2003, *Syndicat de la magistrature*, Nr. 258494; CE, ord. 2. August 2002, *Chamouma*, Nr. 249189.

¹⁹⁰⁸ Wenn der Innenminister sich geweigert hat, einer Person die sie betreffende Akte, die sich im Besitz des Geheimdienstes befindet, zu übermitteln, würde die Anordnung, diese Übermittlung vorzunehmen, einer Annullierung dieser Weigerung gleichkommen (CE, ord. 1^{er} März 2001, *Paturel, Lebon T.* S. 1134). Auch wenn die Verwaltung eine Schulanmeldung abgelehnt hat, weil die Eltern keinen Nachweis für ihren Wohnsitz vorgelegt haben, kann der Richter für einstweilige Verfügungen die Verwaltungsbehörde nicht anweisen, die Anmeldung vorzunehmen (CE, ord. 9. Juli 2001, *Boc*, Nr. 235696). Er kann auch nicht die Zuweisung eines Krankenhauspraktikers auf eine Stelle anordnen, die ihm der Leiter der Einrichtung verweigert hat (CE, ord. 2. August 2002, *Chamouma*, Nr. 249189). Der Richter kann die Verwaltung nicht anweisen, den Kläger wieder in die Liste der Kfz-Sachverständigen einzutragen, obwohl die zuständige Behörde ihm eine solche Wiedereintragung verweigert hat (CE, ord. 15. Dezember 2005, *Marvon, Lebon T.* S. 565). Er kann die Verwaltung nicht anweisen, dem Antragsteller einen Aufenthaltstitel zu erteilen, der ihm verweigert wurde (CE, ord. 10. April 2001, *Merzouk, Lebon T.* S. 1135; CE, 8. August 2001, *Soares dos Santos*, Nr. 234589; CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* S. 1132; CE, ord. 25. Oktober 2004, *Ben Habbab und Dupré Habbab*, Nr. 273436; CE, ord. 23. November 2004, *Syndou*, Nr. 274368). Wenn nämlich die Präfekturbehörde einem ausländischen Staatsangehörigen verweigert hat, seinem Antrag auf einen Aufenthaltstitel stattzugeben, würde die Anordnung, ihm einen solchen Titel zu erteilen, zu einem ähnlichen Ergebnis führen wie die Aufhebung dieser Verweigerung. Auf vergleichbare Weise kann der Richter nicht die "Rücknahme" der Weigerung, eine Genehmigung für die vorübergehende Nutzung des öffentlichen Bereichs zu erteilen, anordnen, da eine solche Anordnung einer Annullierung der genannten Rücknahme gleichkäme (CE, ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* S. 930).

¹⁹⁰⁹ So kann der Richter die Verwaltung nicht anweisen, den nationalen Personalausweis und den Reisepass des Antragstellers zu erneuern, wenn seinem Antrag mehrere Monate lang keine Folge geleistet wurde (CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* S. 1034). Ebenso fallen die von der Syndicat de la magistrature gestellten Anträge, die darauf abzielen, dass der Siegelbewahrer angewiesen wird, Frau Ben Hamida als Vertreterin dieser Gewerkschaft im Verwaltungsrat der Ecole nationale de la magistrature zu ernennen, in die Zuständigkeit des BGH, überschreiten die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen, da sie darauf abzielen, dass dieser "eine Anordnung erlässt, deren Wirkungen in allen Punkten mit denen identisch sind, die sich ergeben würden, wenn die Verwaltungsbehörde die Entscheidung umsetzt, mit der der Richter für Machtüberschreitung gegebenenfalls die Entscheidung, mit der die Ernennung von Frau Ben Hamida abgelehnt wird, für nichtig erklärt" (CE, ord. 17. Juli 2003, *Syndicat de la magistrature*, Nr. 258494).

¹⁹¹⁰ Wenn beispielsweise der Präfekt der Klägerin das Recht zuerkannt hat, vorbehaltlich der üblichen Überprüfungen den beantragten Aufenthaltstitel zu erhalten, hätte die Anordnung, ihr diesen Titel zu erteilen, die gleiche Wirkung wie die Vollstreckungsmaßnahme, die der Präfekt im Falle einer Aufhebung der rechtswidrigen Rücknahme dieser Entscheidung wegen Überschreitung der Befugnisse ergreifen müsste. Es ist daher nicht Sache des Richters für einstweilige Verfügungen, "selbst wenn er auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Gesetzbuchs angerufen wird", eine solche Anordnung zu erlassen (CE, ord. 14. Februar 2003, *Fouzi*, Nr. 254185).

endgültig; sie hat für die Verwaltung in jeder Hinsicht die gleichen Auswirkungen wie eine Aufhebung ihrer Weigerung; dennoch stellt der Richter keine Unzulässigkeit fest. Andererseits geht aus dem Wortlaut einiger Entscheidungen hervor, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die Unzulässigkeit von Anträgen ausdrücklich an den Freiraum knüpft, über den die Verwaltung verfügt, um ein Handeln zu verweigern, d. h. an die Tatsache, dass sie nicht verpflichtet ist, in einer bestimmten Richtung zu handeln. Beispielsweise stellt der Richter im Beschluss *Allouache und andere* klar, dass es nicht in seine Befugnisse fällt, die Aussetzung des Ausnahmezustands anzuordnen, da eine solche Maßnahme "dieselbe Tragweite hätte wie die Verpflichtung, die der Verwaltungsbehörde infolge einer Entscheidung des Staatsrats, der in Streitsachen entscheidet und die Weigerung des Präsidenten der Republik, den Ausnahmezustand zu beenden, aufhebt, weil er rechtlich davon absehen kann, ein Dekret in diesem Sinne zu erlassen"¹⁹¹¹. Obwohl die Lösung vom Richter an die Bestimmungen von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geknüpft wird, ergibt sich ihre einzige und ausschließliche Rechtfertigung aus der Ermessensbefugnis, die die Verwaltung in den betreffenden Hypothesen genießt. Selbst in Verfahren des bürgerlichen Rechts, in denen die getroffenen Entscheidungen rechtlich endgültig sind, kann der Richter die Verwaltung nie dazu zwingen, eine bestimmte Entscheidung zu treffen, wenn sie über einen Ermessensspielraum verfügt. In einem solchen Fall kann der Richter die zuständige Behörde nur anweisen, innerhalb einer bestimmten Frist den von der Verwaltungsperson gestellten Antrag erneut zu prüfen. Diese Logik gilt in allen Verfahren und insbesondere im Bereich des *référé-liberté*, ohne dass man sich auf die Bestimmungen von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes berufen muss. Wie der Richter in der Hauptsache ordnet auch der Richter im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes an, dass die Verwaltung in einer bestimmten Richtung handelt, wenn sie sich gegenüber der Entscheidung in einer Situation gebundener Zuständigkeit befindet. Wie dieser schreibt er der Verwaltung vor, den Antrag zu prüfen oder erneut zu prüfen, wenn diese über einen Ermessensspielraum verfügt.¹⁹¹²

459. In jedem Fall kann der Richter für einstweilige Verfügungen "grundsätzlich" - so der Beschluss *Ville de Lyon* - nur einstweilige Maßnahmen erlassen. Aus demselben Beschluss geht jedoch hervor, dass die Befugnis des Richters für einstweilige Verfügungen nur insoweit beschränkt ist, als eine einstweilige Maßnahme ausreicht, um die Auswirkungen der Verletzung zu beseitigen. Der Richter ist von dieser Beschränkung befreit, wenn keine derartige Maßnahme die freiheitsbeschränkende Situation beenden kann.

B. Eine Anforderung, die in Notfällen außer Kraft gesetzt wird

460. Wenn nur eine nicht vorläufige Maßnahme geeignet ist, eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Verletzung einer Grundfreiheit zu beseitigen, dann und nur dann wird dem Richter für einstweilige Verfügungen die Möglichkeit eingeräumt, den Verletzer anzuweisen, "alle Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die tatsächliche Ausübung der betreffenden Grundfreiheit zu gewährleisten"¹⁹¹³. Eine solche Anordnung ist nur zulässig, wenn keine vorläufige Maßnahme die Auswirkungen der Verletzung beseitigen kann. In einer solchen Situation werden die Befugnisse des Richters gestärkt: Er kann die Verwaltung anweisen, alles zu tun oder zu verwirklichen, was rechtlich und materiell für die Wahrung einer Grundfreiheit erforderlich ist.

Dennoch ist die Befugnis des Richters für einstweilige Verfügungen in einem solchen Fall nicht absolut. Im Beschluss *Ville de Lyon* hütet sich der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats absichtlich davor, den Begriff "endgültig" (im Gegensatz zu "vorläufig") zu verwenden. Zwar kann der Richter für einstweilige Verfügungen *nicht vorläufige* Maßnahmen anordnen ("nicht vorläufig" in dem Sinne, dass diese Maßnahmen den Rechtsstreit innerhalb einer sehr kurzen Frist erledigen und damit jede Möglichkeit einer Anfechtung unwahrscheinlich oder sogar unmöglich machen), doch kann er keine *endgültigen* Maßnahmen (d. h. Aufhebungs- oder Abhilfemaßnahmen) anordnen, da diese *rechtlich - und nicht* nur praktisch - jede Möglichkeit einer Anfechtung der gerichtlichen Entscheidung verhindern. Diese Nuance, zwischen "nicht vorläufig" und "endgültig", ist durch die Existenz des Überprüfungsverfahrens nach Artikel L. 521-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes¹⁹¹⁴ gerechtfertigt. Denn die Möglichkeit des Richters für einstweilige Verfügungen, der von jeder interessierten Person angerufen wird, seine Entscheidung im Falle neuer Elemente zu ändern oder aufzuheben, zwingt dazu, die

¹⁹¹¹ CE, Ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562.

¹⁹¹² Wenn der Antragsteller beantragt, dass die Verwaltung angewiesen wird, in einem bestimmten Sinne zu handeln, obwohl die Verwaltung über einen Ermessensspielraum verfügt, reicht es zur Aufhebung der Unzulässigkeit aus, der Verwaltungsbehörde vorzuschreiben, innerhalb einer bestimmten Frist über den Antrag des Verwalteten zu entscheiden. Siehe *oben*, § 455, *Saidov-Beschluss*.

¹⁹¹³ Formel des oben genannten Beschlusses *Ville de Lyon*.

¹⁹¹⁴ Zu diesem Mechanismus siehe *infra* §§ 520 ff.

angeordneten Maßnahmen - zumindest auf der Ebene der juristischen Fiktion - als vorläufig zu betrachten. Da diese Bestimmung in Titel II von Buch V des Verwaltungsgerichtsgesetzes enthalten ist, gilt sie zumindest virtuell auch für die einstweilige Verfügung¹⁹¹⁵. Unter diesen Umständen wäre es mit dem in Artikel L. 521-4 vorgesehenen Überprüfungsmechanismus unvereinbar, den auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 getroffenen Maßnahmen einen rechtlich endgültigen Charakter zuzuerkennen. In jedem Fall bleibt eine nicht vorläufige Maßnahme, die vom Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit ausgesprochen wird - zum Beispiel die Anordnung, einen Gemeindesaal zu mieten - rechtlich als vorläufig anzusehen.¹⁹¹⁶

461. In dem Beschluss *Ville de Lyon* stellt der Richter für einstweilige Verfügungen klar, dass das Fehlen der praktischen Wirksamkeit einer einstweiligen Maßnahme *insbesondere* auf zwei Faktoren zurückzuführen sein kann. Zunächst kann sie auf die Fristen zurückzuführen sein, in denen der Richter angerufen wird. Dies ist der Fall, wenn der Eintritt der Beeinträchtigung unmittelbar bevorsteht: In einem solchen Fall wird die Entscheidung die Rechtslage sofort und endgültig ändern und den Streitgegenstand innerhalb von Tagen oder Stunden nach ihrer Verkündung verschwinden lassen. Die fehlende Wirksamkeit einer einstweiligen Maßnahme kann sich auch aus der Art des Eingriffs in die Grundfreiheit ergeben, insbesondere wenn dieser Eingriff aus einem Verbot resultiert, dessen Auswirkungen ihrerseits vorläufig oder zeitlich begrenzt sind (z. B. ein Erlass der Präfektur, der die Durchführung einer Demonstration auf einer öffentlichen Straße verbietet).

462. In diesem Fall ist der Richter nicht an die in Artikel L. 511-1 festgelegte Grenze gebunden und kann Maßnahmen verhängen, die keinen vorläufigen Charakter haben. Das Beispiel des Beschlusses der *Stadt Lyon* ist in diesem Zusammenhang bedeutsam. Der Sachverhalt, der dieser Entscheidung zugrunde liegt, erinnert an Fälle, die zuvor vom Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit entschieden worden waren und bei denen es um die Verweigerung der Vermietung von Räumen an Zeugen Jehovas ging¹⁹¹⁷. Mit einer stillschweigenden Entscheidung vom 9. Januar 2007 wurde der lokalen Vereinigung für die Anbetung der Zeugen Jehovas in Lyon Lafayette die Bereitstellung des Gemeindesaals verweigert, den sie für den 2. April 2007 von 18.30 bis 22.30 Uhr zu mieten beantragt hatte. Mit einem Beschluss vom 15. März 2007 gab der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Lyon den auf Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gestützten Anträgen der Vereinigung statt. In Anlehnung an die Rechtsprechung *FN-FOREL*¹⁹¹⁸, die in den oben genannten Beschlüssen auf die Kultvereine der Zeugen Jehovas angewandt wurde, betrachtete der Richter der ersten Instanz die Verweigerung der Vermietung des städtischen Saals als einen schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit, die Stadt Lyon keine Bedrohung der öffentlichen Ordnung anführt, sondern nur allgemeine Erwägungen zum sektenartigen Charakter des Vereins, noch einen Grund, der sich aus den Erfordernissen der Verwaltung des Gemeindeeigentums oder dem Funktionieren der Dienste ergibt. Da auch die Bedingung der Dringlichkeit erfüllt ist, ordnet der Richter des *référé-liberté* die notwendigen Schutzmaßnahmen an, indem er einerseits die Ausführung der Entscheidung aussetzt, mit der der Bürgermeister von Lyon es abgelehnt hat, dem antragstellenden Verein den Gemeindesaal Victor Hugo zu vermieten, und andererseits den Bürgermeister anweist, ihm diesen oder einen gleichwertigen Saal für den Abend des 2. April 2007 zu vermieten.

Die Stadt Lyon legte gegen diesen Beschluss Berufung ein. Sie argumentiert, dass das erstinstanzliche Gericht über unzulässige Anträge entschieden habe, da die beantragte Anordnung keinen vorläufigen Charakter habe. Der Berufungsrichter stellt fest, dass die Bedingungen für den Erlass einer nicht vorläufigen Maßnahme in diesem Fall erfüllt sind. Er stellt fest, dass der erste Richter mit der Anordnung an den Bürgermeister von Lyon, der örtlichen Vereinigung für die Anbetung der Zeugen Jehovas den beantragten Gemeindesaal zur Verfügung zu stellen, "die Stadt angewiesen hat, eine Anordnung zu treffen, die keinen vorläufigen Charakter hatte". Diese Anordnung überschreitet jedoch nicht die Befugnisse des Richters, da, wie es in dem Beschluss heißt, "die Art des Verbots, das der Vereinigung entgegengehalten wurde, und seine Auswirkungen es dem Richter für einstweilige Verfügungen erlaubten, den Bürgermeister anzuweisen, der Vereinigung zu gestatten, einen Gemeindesaal für den Tag und die Uhrzeit, die sie beantragt hatte, zu mieten, um die Versammlungsfreiheit zu schützen, gegen die er entschieden

¹⁹¹⁵ Auch wenn sie bislang nur zu einer einzigen Anwendung geführt hat. Siehe *infra* § 524.

¹⁹¹⁶ Daraus folgt, dass in dem Fall, dass eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse gegen eine Verweigerung der Raumvermietung eingereicht wurde, der Richter des Ausgangsverfahrens ungeachtet des Erlasses der einstweiligen Verfügung weiterhin verpflichtet ist, über diesen Antrag zu entscheiden. Da die Verweigerung der Bereitstellung des Saals nach dem Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen weder zurückgenommen noch aufgehoben wurde, kann sich der Richter für Überschreitung der Befugnisse nicht auf diese Anordnung stützen, um dem Kläger eine Erledigung des Verfahrens entgegenzuhalten. Siehe CAA Bordeaux, 27. Dezember 2006, *Association Comité action Palestine*, *AJDA* 2007, S. 1142-1145, Anmerkung O. BUI-XUAN.

¹⁹¹⁷ Siehe TA Rennes, ord. 11. Februar 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jehovah de Lorient*, GP 29. April 2003, S. 12. Siehe auch für die Verweigerung der Anmietung des Charléty-Stadions: TA Paris, ord. 13. Mai 2004, *Association culturelle des témoins de Jehovah de France und andere*, *AJDA* 2004, S. 1597-1599, Anmerkung G. GONZALEZ.

¹⁹¹⁸ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

hatte, dass sie auf offenkundig rechtswidrige Weise ernsthaft verletzt wurde". Folglich hat der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Lyon nicht über unzulässige Anträge entschieden und die Tragweite der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes nicht verkannt.

Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats wandte diese Rechtsprechung in einem Beschluss vom 9. Juli 2007, *Commune du Port*¹⁹¹⁹, ein zweites Mal an. Unter Missachtung des Gesetzes Nr. 84-53 vom 26. Januar 1984 mit Statutsbestimmungen für den territorialen öffentlichen Dienst und des Dekrets Nr. 85-397 vom 3. April 1985 über die Ausübung des Gewerkschaftsrechts im territorialen öffentlichen Dienst weigerte sich die Gemeinde Le Port, dem Syndicat autonome de la fonction publique territoriale einen separaten Raum zur Verfügung zu stellen. Der gemäß Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angerufene Richter für einstweilige Verfügungen der ersten Instanz ordnete an, der Gewerkschaft innerhalb eines Monats einen separaten Raum zur Verfügung zu stellen. Die Gemeinde legt gegen diese Entscheidung Berufung ein. Sie behauptet, dass die vom Richter für einstweilige Verfügungen angeordnete Maßnahme endgültigen Charakter habe, während ihrer Meinung nach auf dieser Grundlage nur eine vorläufige Maßnahme angeordnet werden konnte. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats weist dieses Argument zurück. Zwar sei die verordnete Maßnahme nicht vorläufig. Dennoch überschreite sie nicht die Befugnisse des Richters für einstweilige Verfügungen, da keine derartige Maßnahme den schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit wirksam beenden könne. Der Berufungsrichter betonte, dass angesichts der Umstände des Falles "die Anordnung an die Gemeinde, der Gewerkschaft innerhalb eines Monats einen Raum zur Verfügung zu stellen, die einzige Maßnahme darstellte, die geeignet war, die so beeinträchtigte Vereinigungsfreiheit zu schützen". Daraus ergibt sich, dass die vom Richter für einstweilige Verfügungen angeordneten Maßnahmen zwar grundsätzlich vorläufigen Charakter haben müssen, dies aber nicht für Maßnahmen gilt, die allein geeignet sind, eine schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit wie der Vereinigungsfreiheit zu beseitigen.

463. Abgesehen von praktischen Erwägungen, welche Gründe erlauben es, rechtlich zu begründen, wenn nicht die Außerkraftsetzung, so doch zumindest die Anpassung der Bestimmungen von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit?

Die erste denkbare Rechtfertigung beruht auf dem Wortlaut von Artikel L. 521-2, der es dem Richter erlaubt, *alle* erforderlichen Maßnahmen anzuordnen. Noch bevor der Staatsrat mit dem Beschluss *Ville de Lyon* eine Bresche in den Grundsatz der Vorläufigkeit der verordneten Maßnahmen schlug, erklärten die Herren Bourrel und Gourdou: "Trotz der allgemeinen Formulierung von Artikel L. 511-1 des CJA kann man es ziemlich paradox finden, die Bedingung der Vorläufigkeit der verhängten Maßnahmen auf den Richter für einstweilige Verfügungen anzuwenden, der nach dem Wortlaut von Artikel L. 521-2 des CJA, der ihn einführt, berechtigt ist, "*alle notwendigen Maßnahmen anzuordnen*"¹⁹²⁰. Die Autoren folgerten daraus, dass "Nach dem Vorbild der vorvertraglichen *einstweiligen Verfügung* (...) sollte man sich hier zweifellos von der formalen Bedingung der "*einstweiligen Maßnahmen*" befreien"¹⁹²¹. Die Formulierung "alle erforderlichen Maßnahmen" allein scheint uns jedoch nicht ausreichend, um die schlichte Außerkraftsetzung von Artikel L. 511-1 zu rechtfertigen. Da es keine normative Hierarchie zwischen den beiden Bestimmungen gibt, kann der Richter nicht die eine zugunsten der anderen außer Kraft setzen, sondern muss sich für eine versöhnliche Auslegung entscheiden. In dieser besonderen Konstellation würde die Vereinbarkeit der beiden Texte dazu führen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen alle erforderlichen *einstweiligen* Maßnahmen anordnen kann.

Die zweite Rechtfertigung ergibt sich aus der Feststellung, dass die allgemeinen Bestimmungen von Artikel L. 511-1 für das besondere Verfahren des *référé-liberté* nicht geeignet sind. Die Bestimmungen dieses Artikels, seine Philosophie und sein Ziel passen nicht ganz zum *référé-liberté*. Insgesamt betrachtet und im Lichte der Überlegungen, die seinen Erlass rechtfertigten, ist Artikel L. 511-1 nicht perfekt auf den *référé-liberté* zugeschnitten und auch nicht wirklich für die Anwendung auf dieses Verfahren konzipiert. Tatsächlich formuliert Artikel L. 511-1 zwei unterschiedliche Regeln, indem er einerseits das Verbot für den Richter für einstweilige Verfügungen, endgültige Maßnahmen zu erlassen, und andererseits das Verbot für den Richter für einstweilige Verfügungen, in der Hauptsache zu entscheiden, festlegt. Diese beiden Vorschläge sind zwar unterschiedlich, aber dennoch eng miteinander verbunden¹⁹²². Jeder Satz existiert und hat nur in seiner Beziehung zum anderen eine Bedeutung.

1919 CE, Ord. 9. Juli 2007, *Commune du Port*, Nr. 307046.

1920 A. BOURREL und J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Coll. La justice au quotidien, 2003, S. 86. Unterstrichen.

1921 A. BOURREL und J. GOURDOU, *a. a. O.*, S. 87. Unterstrichen.

1922 Unter dem früheren Recht wurde festgestellt, dass das Verbot, der Hauptsache Schaden zuzufügen, und der vorläufige Charakter der einstweiligen Verfügung die "zwei Seiten derselben Rechtslage" darstellten (J. PONELLE, *Le référé en cours d'instance*, Librairie du recueil Sirey, 1934, S. 261, zitiert von Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, S. 429). Die Verbindung zwischen diesen beiden Begriffen ist so stark, dass sie häufig gleichgesetzt werden. Für viele Autoren ist eine Entscheidung nur dann vorläufig, wenn der Richter sich nicht zum Inhalt des Rechts äußert. So erklärte M. Frances, dass eine Entscheidung nicht vorläufig sei, wenn der Richter der einstweiligen Verfügung dazu veranlasst wird, "die Frage der Begründetheit vorläufig zu entscheiden" (M. FRANCES, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, Librairie du recueil Sirey, 1935, S. 48). M. Lacabrats stellt einen direkten Zusammenhang zwischen den

Keiner dieser beiden Sätze kann unabhängig vom anderen gelesen werden. Weil der Richter für einstweilige Verfügungen nicht mit der Hauptsache befasst ist, kann er keine endgültigen Maßnahmen verhängen¹⁹²³. Umgekehrt darf er, weil er strikt vorläufige Maßnahmen verhängt, nicht mit der Hauptsache befasst werden¹⁹²⁴. Wenn eines der Verbote aufgehoben wird, ist das andere nicht mehr relevant. Daraus folgt, dass das in Artikel L. 511-1 festgelegte Verbot endgültiger Maßnahmen Verfahren vorbehalten bleiben muss, in denen der Richter nicht über den Kern des Rechts zu entscheiden hat. Solange der Richter für einstweilige Verfügungen die Frage der Rechtmäßigkeit der Handlung unberührt lässt, ist es nur natürlich, dass er keine endgültigen Maßnahmen ergreifen kann und dem Erfordernis des vorläufigen Charakters der getroffenen Maßnahmen unterliegt. Sobald er jedoch das Amt eines Richters in der Hauptsache ausübt, sobald er in der Hauptsache zu entscheiden hat, entfällt einer der Vorschläge in Artikel L. 511-1 und mit ihm das Erfordernis der Vorläufigkeit der angeordneten Maßnahmen.

Das Verfahren nach Artikel L. 521-1 entspricht dem ersten der Vorschläge aus Artikel L. 511-1: Der Richter für einstweilige Verfügungen und Aussetzungen entscheidet nicht in der Hauptsache. Folglich ist es nur natürlich, dass auf ihn der zweite Vorschlag angewendet wird: das Verbot, endgültige Maßnahmen anzuordnen. Der Richter erfasst nämlich nicht den Kern des Rechts insofern, als sein Eingreifen davon abhängt, dass ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung bestehen. Das Gesetz verlangt nur den Anschein oder die Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit. Der Richter des vorläufigen Aussetzungsverfahrens entscheidet nicht in der Hauptsache. Daher müssen Maßnahmen, die auf dieser Grundlage ergriffen werden, logischerweise dem Erfordernis der Vorläufigkeit unterliegen. Allgemeiner ist festzustellen, dass die Vorläufigkeit die Regel für Nebenverfahren ist, deren Zweck es ist, die Situation der Parteien bis zum Urteil in der Hauptsache zu verbessern. Debbasch erklärte: "Das Nebenverfahren darf nicht in das Hauptverfahren eingreifen. Daraus folgt, dass der Richter, der aufgrund der Dringlichkeit zuständig ist, keine der beiden Rechtsprechungsvorrechte hat, die er bei der Entscheidung in der Hauptinstanz besitzt. Er kann nur einstweilige Maßnahmen anordnen und sein Urteil ist folglich nicht rechtskräftig. Außerdem darf es die Entscheidung der Hauptinstanz in keiner Weise beeinträchtigen."¹⁹²⁵. Rechtlich gesehen ist die Anwendung von Artikel L. 511-1 auf das Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung also gerechtfertigt. Wie verhält es sich jedoch mit dem *référé-liberté*, einer eigenständigen Instanz, in der der Richter über eine offensichtliche Rechtswidrigkeit entscheidet?

Unter dem früheren Rechtszustand war das Verbot der Präjudizierung in der Hauptsache so zu verstehen, dass es dem Richter für einstweilige Verfügungen nicht möglich war, über den Kern des Rechts zu entscheiden. Laut Regierungskommissar Grévisse präjudiziert in der Hauptsache jede Maßnahme, "die eine Stellungnahme zu einer Frage impliziert, die den Kern des Rechts berührt, oder die aufgrund ihres Gegenstands den Kern des Rechts betrifft"¹⁹²⁶. Ähnlich in Zivilsachen: "Das Verbot, die Hauptsache zu präjudizieren, wurde im Sinne des Verbots verstanden, über den Kern des Rechts zu urteilen"¹⁹²⁷. Die Bedeutung der neuen Formel, die den Verweis auf den "Schaden" in der Hauptsache aufgibt¹⁹²⁸, ist im Wesentlichen die gleiche wie die vorherige. Sie bedeutet, dass der Richter für einstweilige Verfügungen "grundsätzlich nicht befugt ist, über den Kern des Rechts zu

beiden Elementen her und stellt fest: "Le caractère provisoire de la décision est une donnée fondamentale du référé: le juge des référés ne tranche pas le fond du litige" (A. LACABARATS, "Le référé", in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, S. 222). Die gleiche Verbindung findet sich auch in der Feder von M. Strickler, der feststellt: "Wenn er entscheidet, entscheidet der Richter der einstweiligen Verfügungen *provisional*, vorsorglich. Er entscheidet nicht über den Kern des Rechts (...)" (Y. STRICKLER, a.a.O., S. XXII. Unterstrichen).

1923 Der vorläufige Charakter der Maßnahme stellt sich als eine Folge des Verbots für den Richter dar, in der Hauptsache zu entscheiden. Gemäß diesem Grundsatz kann ein Richter, der nicht über den Kern des Rechts entscheidet, keine endgültigen Maßnahmen verhängen. Das Endgültige ist eine Eigenschaft, die sich an Entscheidungen anschließt und diesen vorbehalten bleiben muss, mit denen der Richter über den Kern des Rechts entscheidet.

1924 Das Verbot, in der Hauptsache zu entscheiden, ist eine Folge des vorläufigen Charakters der angeordneten Maßnahmen. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist "aufgrund des vorläufigen Charakters der einstweiligen Verfügung grundsätzlich nicht befugt, über die Hauptsache zu entscheiden" (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed., Litec, 1998, S. 22). "Als Richter des Provisoriums hat der Richter für einstweilige Verfügungen nicht das Recht zu sprechen. Juge du provisoire, le juge des référés ne crée rien de définitif et ne devrait ne, par voie de conséquence, appréhender le fond" (Y. STRICKLER, "Réflexions sur le référé judiciaire. "Retour sur le provisoire"", in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, S. 74. Unterstrichen).

1925 C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, S. 308.

1926 Konkl. GREVISSE zu CE, Sect., 14. März 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, AJDA 1958, II, S. 186. Ainsi, "Pour le juge administratif, fait (...) préjudice au principal toute décision qui dit le droit" (M.-R. TERCINET, *L'acte conservatoire en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 132, 1979, S. 172). Die Hauptsache nicht zu beeinträchtigen bedeutet für den Richter der einstweiligen Verfügung, "in keiner Weise die Hauptsache des Rechtsstreits zu entscheiden. (...). Der Prozess muss vollständig bleiben" (C. DEBBASCH, a. a. O., S. 309). Das Verbot, die Hauptsache zu präjudizieren, bedeutet, "dass der Richter in keiner Rechtsfrage Partei ergreift" (B. LASSERRE und J.-M. DELARUE, chron. unter CE, Sect., 9. Dezember 1983, *Ville de Paris*, AJDA 1984, S. 84).

1927 Y. STRICKLER, Thèse préc., S. 55. In Anwendung dieser Regel erinnerte der Kassationshof regelmäßig daran, "dass es dem Gericht für einstweilige Verfügungen nicht zusteht, über den Inhalt des Rechts zu urteilen" (siehe z. B. Com. 5. Juni 1972, *SARL Milupa c/ SA Laboratoires Glaxo*, Bull. civ. IV, Nr. 175).

1928 Zu den Gründen für die Änderung der Formel siehe P. ESTOUP, a. a. O., S. 21.

entscheiden"¹⁹²⁹. Daraus folgt, dass ein Richter in der Hauptsache entscheidet, wenn er über den Kern des Rechts zu entscheiden hat. Sobald ein Richter über den Inhalt des ihm vorgelegten Anspruchs entscheidet oder die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Handlung oder des angefochtenen Verhaltens feststellt, entscheidet er in der Hauptsache. Artikel L. 521-2 formuliert jedoch das Erfordernis einer "offensichtlich" rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit. Damit veranlasst das Gesetz den Richter des *référé-liberté*, das Vorliegen einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit zu untersuchen und gegebenenfalls festzustellen. Die Prüfung dieser Bedingung führt, wenn sie sich als erfüllt erweist, zwangsläufig dazu, dass der Richter in der Hauptsache entscheidet. Indem der Richter die erwiesene und sichere Verletzung einer Rechtsnorm durch einen Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsverhalten feststellt, erfasst er den Kern des Rechts; er beurteilt in der Hauptsache die Rechtmäßigkeit der strittigen Situation. Wie Chahid-Nourai und Lahami-Depinay feststellten, "präjudiziert die zu treffende Entscheidung bei der einstweiligen Verfügung gegen Grundfreiheiten (...) die Hauptsache, da der Richter feststellen soll, dass die angefochtene Entscheidung offensichtlich rechtswidrig ist"¹⁹³⁰. In ähnlicher Weise merkt Ricci an, dass der Richter im einstweiligen Rechtsschutzverfahren "über die Hauptsache entscheidet"¹⁹³¹. Da der erste Vorschlag in Art. L. 511-1 nicht erfüllt wird, scheint es fragwürdig, diese Bestimmung - und die darin enthaltene Einschränkung hinsichtlich des vorläufigen Charakters der verordneten Maßnahmen - vollständig auf das Verfahren nach Art. L. 521-2 anzuwenden.

464. Abgesehen von den Grundlagen dieser Rechtsprechung ist zu beachten, dass die gewählte Lösung letztlich die Fiktion des vorläufigen Charakters von einstweiligen Verfügungen prinzipiell bewahrt. Einerseits verhindert sie die Verhängung der endgültigen Maßnahmen der Aufhebung und Wiedergutmachung. Gemäß der Rechtsprechung sollen die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 dem Richter für einstweilige Verfügungen lediglich ermöglichen, "die Auswirkungen einer Verwaltungsentscheidung oder eines Verwaltungshandelns zu *paralysieren*"¹⁹³². Andererseits macht dieser vorläufige - oder zumindest nicht endgültige - Charakter zumindest potenziell die Anwendung des Mechanismus von Artikel L. 521-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes möglich.

Dieser Grundsatz, wie er in diesem Verfahren umgesetzt wird, schränkt die Befugnisse des Richters im Rahmen der einstweiligen Verfügung nicht wesentlich ein, da diese im Text von Artikel L. 521-2 weit gefasst sind. In der Praxis greift der Richter auf zwei verschiedene Arten ein, um die Handlungen zu beenden, die ihm auf dieser Grundlage vorgelegt werden.

Abschnitt 2. Zwei Modalitäten der Intervention

465. In der Vergangenheit hatte die Lehre die Diskrepanz zwischen dem Umfang des Rechtsprechungsinstrumentariums, mit dem der Staatsrat ausgestattet war, und dem zögerlichen Gebrauch, den er häufig davon machte, beklagt. In seinem *Huron savant* beklagte Professor Rivero, dass "die Pfeile, die er so gut spitzen kann, um sie gegen die Willkür abzuschließen, selten aus ihrem Köcher kommen und dass seine Tomahawks, die er sorgfältig geschärft hat, häufiger an seinem Gürtel bleiben, als dass sie durch die Luft pfeifen"¹⁹³³. Auch andere Autoren hatten die Zurückhaltung des Verwaltungsrichters bei der Verhängung von Zwangsmaßnahmen gegen die Verwaltung festgestellt und kritisiert. So bemerkte Achille Mestre, dass "der Staatsrat absichtlich nicht alle Befugnisse nutzt, die der Rechtsprechung vorbehalten sind, und nicht die volle Wirksamkeit der Kontrollmittel gewährleistet, über die er verfügen kann"¹⁹³⁴. Um zu verhindern, dass sich ein solches Phänomen unter dem Gesetz vom 30. Juni 2000 wiederholt, wurde der Richter für einstweilige Verfügungen nachdrücklich aufgefordert, seine neuen Befugnisse hemmungslos zu nutzen. Vor Inkrafttreten der Reform behauptete der Justizminister, dass die Verfahren für einstweilige Verfügungen gegen Aussetzung und Freiheit "nur dann geeignet sein werden, die Effizienz des Verwaltungsrichters zu verbessern, wenn er

¹⁹²⁹ P. ESTOUP, *a. a. O.*, S. 22. Siehe z. B. Com. 6. März 1985, zitiert von Y. STRICKLER, *a. a. O.*, S. 518: Laut der Handelskammer der Cour de Cassation kann der Richter für einstweilige Verfügungen nur "insoweit, als er nicht veranlasst wird, über die Existenz der geltend gemachten Rechte, die die Richter, die zur Entscheidung über die Hauptsache des Rechtsstreits berufen sind, zu beurteilen hätten, Partei zu ergreifen", eine Vereinbarung schlicht und einfach anwenden.

¹⁹³⁰ N. CHAHID-NOURAI und C. LAHAMI-DEPINAY, "L'urgence devant le juge administratif: premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative", *LPA* 12. Februar 2001, Nr. 30, S. 14.

¹⁹³¹ J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, S. 3096.

¹⁹³² CE, ord. 18. März 2005, *M. Ali A., Lebon* S. 122; CE, ord. 13. Juli 2005, *Bagachen*, Nr. 283207.

¹⁹³³ J. RIVERO, "Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif", *EDCE* 1979-1980, S. 28.

¹⁹³⁴ A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, S. 81.

nicht zaghaft ist und seine Befugnisse nicht restriktiv sieht"¹⁹³⁵. Nach der Umsetzung des Gesetzes vom 30. Juni 2000 machte sich der Staatsrat diese Bedenken zu eigen, indem er in seinem öffentlichen Bericht von 2003 feststellte, dass der Richter für einstweilige Verfügungen nicht zögern sollte, "ohne Wagnis von seinen Befugnissen Gebrauch zu machen"¹⁹³⁶. Der Richter für einstweilige Verfügungen wurde so zu einem unverkrampften Gebrauch seiner Befugnisse aufgefordert und hat die Möglichkeiten dieses Instruments voll ausgeschöpft.

466. Im Rahmen von Artikel L. 521-2 sucht und wählt er die Lösung, die im Hinblick auf ihre konkreten Auswirkungen geeignet ist, die Verletzung einer Grundfreiheit zu beenden. Er macht von den ihm zugewiesenen Vorrechten flexibel und realistisch Gebrauch. In der Praxis nimmt das Eingreifen des Richters zur Beendigung einer Verletzung zwei verschiedene Formen an. Zunächst kann der Richter die Verwaltung durch Überredung oder Abschreckung dazu bringen, dem Kläger von sich aus Genugtuung zu verschaffen. Es ist die Verwaltungsbehörde, die allein aufgrund des Eingreifens oder der Androhung des Eingreifens durch den Richter für einstweilige Verfügungen die strittige Situation beenden wird. Andernfalls, wenn der Richter die Verwaltung nicht dazu bringen kann, von sich aus ihren Standpunkt zu überdenken, verhängt er eine Zwangsmaßnahme gegen sie. Die Fälle, in denen der Antragsteller befriedigt wird, verteilen sich zu gleichen Teilen auf diese beiden Modalitäten: 5 % der Anträge werden ohne Verhängung einer Maßnahme zugunsten des Antragstellers entschieden, 5 % nach der Verhängung einer Maßnahme¹⁹³⁷. Diese beiden Interventionsmodalitäten sind Ausdruck und Ausdruck der Rolle des Richters für einstweilige Verfügungen als Entscheidungsträger.

I. Das überzeugende oder abschreckende Eingreifen des Richters in einstweiligen Verfügungen

467. Die Anrufung des Richters für einstweilige Verfügungen und eventuell der Austausch, der in einer Kabinettsitzung stattfindet, führen manchmal dazu, dass die Verwaltung handelt, ohne die einstweilige Verfügung abzuwarten, und damit den gestellten Anträgen den Gegenstand entzieht. Eine Annäherung zwischen den Parteien kann auch dazu führen, dass der Kläger seine Klage zurückzieht, wenn er Recht bekommen hat und auf sein Rechtsmittel verzichtet. Sofern die von Artikel L. 521-2 geforderten Bedingungen wahrscheinlich erfüllt sind - andernfalls wird die Verwaltung nur ungern von sich aus ihren Standpunkt revidieren -, kann der Antragsteller im Rahmen der einstweiligen Verfügung seine Forderungen erfüllen, ohne dass der Richter irgendeine Maßnahme ergreifen muss. Die nichtstreitige Beilegung des Rechtsstreits äußert sich dann in der Erledigung des Streitgegenstands, die sich je nach Fall aus einer Rücknahme der Klage ergibt, die der Richter zur Kenntnis nimmt, oder aus einer Erledigung des Verfahrens, die er feststellen muss. Die Fälle, in denen der Kläger befriedigt wird, ohne dass eine Maßnahme verhängt wird, ergeben sich somit aus dem tatsächlichen Eingreifen oder der bloßen Androhung des Eingreifens des Richters für einstweilige Verfügungen.

A. Zufriedenheit vor der Anhörung: die abschreckende Rolle des Richters

468. Zunächst einmal kann der Kläger die Beendigung der Beeinträchtigung allein durch die Androhung des Eingreifens des Richters für einstweilige Verfügungen erreichen. Denn wenn die Verwaltung im Rahmen der einstweiligen Verfügung für die Freiheit zu einer öffentlichen Anhörung geladen wird, bedeutet dies, dass der Antrag im Stadium der Vorsortierung nicht abgewiesen wurde. Für den Richter ist der Streitfall ernst zu nehmen; der Antrag wurde nicht als offensichtlich unbegründet angesehen. Folglich geht die öffentliche Person ein gewisses Risiko ein, wenn sie auf ihrem Verhalten beharrt. Durch die Vorladung alarmiert, weiß sie, dass sie noch Zeit hat, umzukehren. Daher wird die Verwaltung, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 verklagt wird, es manchmal vorziehen, die Entscheidung oder das Verhalten, das Anlass für die Klage war, von sich aus zu revidieren, anstatt sich einer möglichen Zensur durch den Richter des *référé-liberté* zu stellen. Es ist in der Tat unbestreitbar, dass eine vom Richter für einstweilige Verfügungen ausgesprochene Zensur

¹⁹³⁵ E. GUIGOU, "Clôture du colloque" du 2^{ème} centenaire du Conseil d'Etat, *R4* 2000, Sondernummer 3, S. 214.

¹⁹³⁶ CONSEIL D'ETAT, Rapport public 2003, *EDCE* Nr. 54, S. 452.

¹⁹³⁷ Damit liegt die Zahl der Fälle, in denen ein Antragsteller auf einstweilige Verfügung befriedigt wird, bei 10 %. Diese relativ niedrige Zahl lässt sich hauptsächlich durch die strengen Voraussetzungen für die Gewährung erklären. Zu berücksichtigen ist auch die Zahl der Phantasieanträge, die offenbar höher ist als bei anderen Gerichtsverfahren.

eine moralische Konnotation hat. Eine Verurteilung wegen Verletzung der Grundfreiheiten setzt einen Lokalpolitiker dem Risiko aus, dass die Entscheidung politisch und medial ausgeschlachtet wird. Allgemeiner gesagt, kann ein solches Urteil das Image einer öffentlichen Körperschaft oder ihrer Führungskräfte beschädigen. Daher ist es für einen Politiker oder Verwaltungsbeamten manchmal besser, seine Position - frühzeitig - zu revidieren, als die Schande zu erleiden, die mit einem auf dieser Grundlage ausgesprochenen Urteil verbunden ist.

Die abschreckende Wirkung der gerichtlichen Sanktion erweist sich somit in diesem Bereich als besonders wirksam¹⁹³⁸. Für den Kläger reicht die Anrufung des Richters und die Furcht, die die Sanktion beim Verwalter auslöst, aus, um Genugtuung zu erlangen. Die Verwaltung führt sich selbst aus, ohne dass der Richter irgendeine Maßnahme anordnen muss. Wenn die Verwaltung Maßnahmen ergreift, die genau die gleiche Tragweite haben wie die in der einstweiligen Verfügung beantragten, werden die Anträge des Antragstellers gegenstandslos und der Richter erklärt das Verfahren für erledigt.

469. Die abschreckende Wirkung des *référé-liberté* zeigte sich bereits bei den ersten Anwendungen des Verfahrens mit dem Beschluss *Hyacinthe* vom 12. Januar 2001¹⁹³⁹. Die Klägerin, eine haitianische Staatsbürgerin, hatte den Flüchtlingsstatus nicht beanspruchen können, weil die Präfekturdienste sich geweigert hatten, ihr das für einen solchen Antrag erforderliche Formular auszuhändigen. Der erstinstanzliche Richter wies ihren Antrag, die Präfekturbehörde anzuweisen, das erforderliche Formular auszuhändigen, ihre Akte zu prüfen und ihr eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen, durch das Tri-Verfahren zurück. Frau Hyacinthe legt gegen diese Entscheidung beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats Berufung ein¹⁹⁴⁰. Am selben Tag, an dem die Klage eingereicht wurde, wies das Innenministerium den Präfekten des Departements Seine-Saint-Denis an, den Asylantrag von Frau Hyacinthe zu registrieren, da die Erfüllung dieser Formalität von Rechts wegen ihre vorläufige Aufenthaltsgenehmigung nach sich zieht. In diesem Fall reichte also die Vorladung zur öffentlichen Anhörung aus, um die Verwaltungsbehörde dazu zu bringen, ihr Verhalten zu ändern. Der Richter stellte fest, dass die von der Verwaltung ergriffenen Maßnahmen "den Erlass der von der Klägerin beantragten Anordnungen gegenstandslos machen" und stellte fest, dass es folglich nicht notwendig ist, über den Antrag zu entscheiden. Auch in der Rechtssache *Aubert* hatten die Kläger bei der Verwaltungsbehörde vergeblich eine Genehmigung zur Familienzusammenführung beantragt, um den Kindern von Frau Aubert aus einer früheren Ehe die Einreise nach Frankreich zu ermöglichen. Mit Beschluss vom 2. August 2006 lehnte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Marseille den Antrag der Kläger auf Grundlage von Artikel L. 521-2 ab, der Verwaltung die Erteilung der Genehmigung vorzuschreiben. Am Tag nach der Einreichung der Berufungsklage entschied der Präfekt des Departements Bouches-du-Rhône positiv über den Antrag auf Familienzusammenführung.¹⁹⁴¹

Die Maßnahmen können auch vor der Anhörung getroffen und dem Antragsteller bei der Anhörung mitgeteilt werden, wie im Fall des Beschlusses *Moussa* vom 25. April 2005. In diesem Fall hatte die Verwaltung einem ausländischen Staatsangehörigen, der die Anerkennung als Flüchtling beantragen wollte, das Recht auf vorläufigen

¹⁹³⁸ Die abschreckende Wirkung kann sich auch bei anderen Rechtsstreitigkeiten als wirksam erweisen. Wenn beispielsweise der Ausgang einer Klage für die Steuerverwaltung ungewiss erscheint, wird sie es manchmal vorziehen, dem Kläger und Steuerzahler entgegenzukommen, anstatt das Risiko einer schlechten Rechtsprechung einzugehen, die zu einem großen und teuren Rechtsstreit führen könnte. Die Drohung, dass der Richter eingreift, kann bei Streitigkeiten über die administrative Kontrolle von Handlungen der Gebietskörperschaften eine ebenso wirksame Rolle spielen. Fünf Jahre nach den Dezentralisierungsgesetzen machten Rücknahme der Klage und Einstellung des Verfahrens rund 40 % und damit einen erheblichen Teil dieser Streitigkeiten aus. Wie Präsident Chabanol erklärte: "Da der Großteil der Rücknahmen durch die Rücknahme der angefochtenen Maßnahme veranlasst wird, kann man aus diesem ungewöhnlich hohen Prozentsatz schließen, dass die Gebietskörperschaft in zwei von fünf Fällen auf ihre ursprüngliche Position vor dem tatsächlichen Eingreifen des Richters verzichtet hat, der somit, wie in der vorprozessualen Phase, eine Drohrolle in den Händen des Staatsvertreters gespielt hat - eine wirksame, aber nicht effektive Drohung" (D. CHABANOL, "Les contrôles. La jurisprudence administrative", *AJDA* 1987, S. 185). Zu diesem Thema siehe J. RIVERO, "Sanction juridictionnelle et règle de droit", *Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, S. 457-469; *ID.*, "Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique", in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, S. 675-685.

¹⁹³⁹ CE, Ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon*, S. 12. Siehe zu den Ereignissen, die der Klägerin widerfahren sind: S. ZAPPI, "Le ministère de l'Intérieur condamné pour entrave au droit d'asile", *Le Monde* 16. Januar 2001, S. 11. Dieser Artikel veranschaulicht die schlechte Presse, die eine Verurteilung durch den Richter des *référé-liberté* für die Verwaltung hervorrufen kann.

¹⁹⁴⁰ Dieser erklärt sich bereit, über den Antrag zu entscheiden. Grundsätzlich hätte er gemäß Artikel L. 523 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes den Berufungsantrag in eine Kassationsbeschwerde umqualifizieren und an eine Kollegialformation weiterleiten müssen (siehe in einem solchen Fall: CE, Sect., 28. Februar 2001, *Casanovas, Lebon* S. 108). Um sein Eingreifen dennoch zu rechtfertigen, behauptet der Richter für einstweilige Verfügungen, "dass die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens (...) von der Beurteilung der Zulässigkeit der Klage (...) entbindet".

¹⁹⁴¹ CE, ord. 21. August 2006, *Aubert*, Nr. 296570. Für eine ähnliche Anwendung in Bezug auf die Ausstellung einer Empfangsbestätigung über die Einreichung eines Antrags auf einen Aufenthaltstitel an den Antragsteller, siehe CE, ord. 27. Oktober 2006, *Nkouka*, Nr. 298319.

Aufenthalt verweigert. Nachdem der Richter der ersten Instanz seinen Antrag, den Präfekten anzuweisen, ihm eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen, abgelehnt hatte, legte der Betroffene am 21. April 2005 Berufung gegen diese Entscheidung ein. Mit einem Schriftsatz vom 22. April 2005 beantragte die Verwaltung zunächst die Abweisung der Klage. Während der Anhörung teilten die Vertreter des Innenministers jedoch mit, dass die zentrale Verwaltung den Dienststellen der Präfektur des Departements Gard Anweisungen erteilt habe, um dem Kläger die Registrierung seines Asylantrags und die Erteilung einer vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung zu ermöglichen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats bekräftigt, "dass unter diesen Umständen, wie im Übrigen auch vom Anwalt des Antragstellers vereinbart, (...) keine Veranlassung besteht, über die Anträge des Antrags zu entscheiden"¹⁹⁴². In manchen Fällen kann eine einfache Verpflichtung der Verwaltung, die noch keine Auswirkungen hat, ausreichen, um die Erledigung des Verfahrens zu verkünden.¹⁹⁴³

470. Diese abschreckende Wirkung kommt auch dann zum Tragen, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in erster und letzter Instanz entscheidet. Insbesondere bei Streitigkeiten über die Verweigerung von Visa gibt es zahlreiche Anwendungsfälle. Nach Einreichung der Klageschrift und nachdem der Richter die Parteien zu einer öffentlichen Anhörung geladen hat, wird das beantragte Visum vom Konsulat auf Anordnung des Außenministers an den Kläger ausgestellt¹⁹⁴⁴. Diese Wirkung konnte auch in Fällen zum Tragen kommen, in denen ein Aufenthaltstitel¹⁹⁴⁵ verweigert oder ein solches Dokument entzogen wurde¹⁹⁴⁶.

471. Die Angst vor Strafe scheint in diesem Bereich also wirksam zu sein: Die Einlegung des Rechtsmittels und die Einladung der Verwaltung zur Anhörung führen dazu, dass diese dem Antragsteller die im Schnellverfahren beantragte Maßnahme gewährt. Die Fälle, in denen der Antragsteller befriedigt wird, ohne dass eine Maßnahme verhängt wird, decken auch eine zweite Hypothese ab, die mit dem tatsächlichen Eingreifen des Richters während der öffentlichen Anhörung zusammenhängt.

B. Zufriedenheit während der Anhörung: die

¹⁹⁴² EG, Ord. 25. April 2005, *Moussa*, Nr. 279827. Der Verweis auf die Position des Rechtsbeistands des Klägers ist hier von Bedeutung. In einem Fall mit ähnlichen Umständen hatte der Innenminister vor der Anhörung die Präfekturverwaltung angewiesen, den Antrag des Klägers auf territoriales Asyl zu registrieren, sobald er sich wieder bei der Präfektur melden würde. Der Staatsrat hatte entschieden, dass mangels der Tatsache, dass die Verwaltung den Betroffenen über diesen Schritt informiert und ihn somit in die Lage versetzt hatte, diese Registrierung zu erhalten, sein Antrag nicht gegenstandslos geworden war (CE, 15. Februar 2002, *Hadda, Lebon* S. 45). Der Richter beurteilt also anhand der Gesamtheit der Daten des Falles und gegebenenfalls der Position des Antragstellers, ob der Rechtsstreit weiterhin einen Gegenstand hat.

¹⁹⁴³ Siehe zum Beispiel CE, ord. 2. Mai 2006, *Merzouki*, Nr. 292803. In der ersten Instanz beantragte der Kläger beim Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts von Paris, den Präfekten anzuweisen, ihm unverzüglich seinen Reisepass und seinen Führerschein zurückzugeben. Nachdem der Richter der ersten Instanz seinen Antrag abgelehnt hatte, brachte der Kläger den Fall vor den Berufungsrichter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit. Dieser stellte fest, dass nach der Befassung des Richters für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Paris dem Rechtsbeistand des Klägers mitgeteilt worden war, dass die Verwaltung bereit sei, ihm die Dokumente zurückzugeben. Hinweise in die gleiche Richtung wurden sowohl im schriftlichen Verfahren als auch während der Anhörung vor dem Staatsrat bestätigt. Unter diesen Umständen wurde der Rechtsstreit in Bezug auf die Rückgabe des Reisepasses und des Führerscheins des Klägers gegenstandslos. Siehe in diesem Sinne auch CE, 12. Juli 2006, *Gorrud*, Nr. 295022 (für die Ausstellung eines Reisepasses).

¹⁹⁴⁴ Siehe insbesondere: CE, ord. 17. Dezember 2002, *Safi und Geslain*, Nr. 252520; CE, Ord. 5. Oktober 2004, *El Boukbari*, Nr. 272833; CE, Ord. 29. Oktober 2004, *Ben Habbab*, Nr. 273612; CE, Ord. 25. Februar 2005, *Akue*, Nr. 277848; CE, Ord. 25. März 2005, *Soumbou*, Nr. 278823; CE, Ord. 28. Juni 2005, *Kondombo*, Nr. 281827; CE, Ord. 17. Oktober 2005, *Laiguillon-Zairi*, Nr. 286075; CE, ord. 17. Februar 2006, *Idrissa Boubou*, Nr. 290172; CE, ord. 4. August 2006, *Laksiba*, Nr. 296042.

¹⁹⁴⁵ Siehe zum Beispiel CE, 29. Juli 2002, *Stojanovic*, Nr. 246835.

¹⁹⁴⁶ Siehe CE, Ord. 21. Oktober 2003, *Monkolot*, Nr. 261061. Frau Monkolot, einer Staatsangehörigen der Demokratischen Republik Kongo, wurde von den französischen Behörden am 2. Januar 2003 eine Flüchtlingskarte und ein Reisedokument ausgestellt, das vom 18. Juni 2003 bis zum 17. Juni 2005 gültig war. Während einer Reise in den Kongo wurde die Beschwerdeführerin in Brazzaville einer Authentifizierungskontrolle der Dokumente unterzogen, die sie am Flughafen vorlegte. Die französische Botschaft behielt für die Zwecke dieser Kontrolle ihre Flüchtlingsbescheinigung, ihren Reiseausweis und ihre Empfangsbestätigung für den Antrag auf eine Aufenthaltsgenehmigung ein. Da sie der Ansicht war, dass es ihr unmöglich sei, das Recht auf Rückkehr nach Frankreich geltend zu machen, das ihr der Flüchtlingsstatus verleiht, wandte sich Frau Monkolot auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes an den Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrates (Conseil d'Etat). Im Laufe der Untersuchung des Antrags auf einstweilige Anordnung gab die französische Botschaft in Brazzaville, nachdem sie die zur Authentifizierung bei der Präfektur Val-d'Oise angeforderten Informationen erhalten hatte, der Antragstellerin ihre Flüchtlingsbescheinigung, ihren Reisetitel und ihre Empfangsbestätigung für den Antrag auf eine Aufenthaltskarte zurück.

überzeugende und versöhnliche Rolle des Richters

472. In diesem Fall ist es nicht mehr die Angst vor dem Richter, die die Verwaltung dazu bringt, ihr Verhalten zu ändern, sondern seine Qualitäten als Zuhörer, Dialogpartner und Beschwichtiger. Wie ein Friedensrichter wird der Richter für einstweilige Verfügungen die Parteien dazu bringen, zu diskutieren, den Dialog aufzunehmen oder wieder aufzunehmen, sich einander anzunähern, um eine gemeinsame Basis zu finden .1947

Er nimmt also eine *Schlichtung vor*, wobei der Ausdruck hier im allgemeinen Sinne zu verstehen ist. Im *engeren Sinne* ist die Schlichtung, wie sie aus dem Privatrecht stammt, ein Vergleich im Sinne von Artikel 2044 des Zivilgesetzbuchs - eine Vereinbarung, in der die Parteien gegenseitigen Zugeständnissen zustimmen, um den Streit zwischen ihnen zu beenden. Der Begriff der Schlichtung wird hier im weiteren Sinne verstanden und drückt aus, dass ein Dritter bei einer Anhörung der Parteien versucht, die Interessen der Parteien zusammenzuführen, um eine nichtstreitige Beilegung der Streitigkeit herbeizuführen. Die Durchführung und das Ergebnis der Schlichtung sind nicht formal. Zum einen muss sie nicht zwangsläufig in Form einer Erledigung des Verfahrens oder einer Rücknahme der Klage erfolgen. Zum anderen kann sie in Fällen, in denen der Antragsteller die Voraussetzungen für die Gewährung von Artikel L. 521-2 nicht erfüllt, stattfinden - und tut dies sogar meistens. In diesem Fall hat die Anhörung einen Streit beigelegt, auch wenn dieser nicht der Ausnahmesituation entsprach, für die die einstweilige Verfügung konzipiert ist.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass der Bereich der schweren Verstöße gegen die Grundfreiheiten ein völlig ungeeignetes Terrain für die Organisation einer Schlichtung zwischen den Parteien ist. In Wirklichkeit geht es jedoch keineswegs darum, sich mit der Legalität zu arrangieren oder mit der Achtung der Grundfreiheiten Kompromisse einzugehen. Der Zweck der Schlichtung besteht nicht darin, den Antragsteller dazu zu bringen, eine - abgeschwächte - Beeinträchtigung seiner Grundfreiheiten zu akzeptieren. Ziel der Annäherung ist es, die Parteien in die Lage zu versetzen, eine gemeinsame Basis zu finden. Selbst wenn die Voraussetzungen für die Gewährung nicht erfüllt sind, wird die Anhörung die Gelegenheit für einen Dialog und eine nichtstreitige Lösung des Streits zwischen den beiden Parteien bieten. Die Schlichtung stellt sich somit, wie bei der zivilrechtlichen einstweiligen Verfügung, als "letzter Versuch dar, eine Konfliktsituation in Ruhe zu lösen" .1948

473. Die einstweilige Verfügung ist aufgrund ihres Charakters der ideale Rahmen für eine Schlichtung¹⁹⁴⁹. Sie bietet einen flexiblen und offenen Raum für den Dialog, der die direkte Diskussion zwischen den Parteien, aber auch zwischen den Parteien und dem Richter fördert.

Die mündliche Verhandlung macht zunächst durch die physische Anwesenheit der Parteien und die mündliche Verhandlung einen direkten Dialog zwischen den Protagonisten möglich. Dies setzt zum einen voraus, dass beide Parteien anwesend sind. Wenn nämlich eine der Parteien nicht bei der Verhandlung anwesend ist und lediglich auf ihre Anträge verweist, kann kein Dialog stattfinden. Im einstweiligen Verfügungsverfahren erfolgt die Schlichtung nie allein durch den Austausch schriftlicher Schriftsätze. Die Anwesenheit der Parteien bei der Verhandlung ist eine *unabdingbare* Voraussetzung für eine Schlichtung. Präsident de Belleyme, der historische Vater des *référé*, hatte selbst darauf hingewiesen, als er sagte, dass ohne das persönliche Erscheinen der Parteien "der Präsident eine glückliche Gelegenheit verlieren würde, die Prozesse durch eine Schlichtung zu beenden"¹⁹⁵⁰. Andererseits fördert die Mündlichkeit einen Dialog zwischen den Parteien in Echtzeit. Die mündliche Verhandlung in der Kanzlei kann an einem Tisch stattfinden, wobei die Parteien mündlich Argumente austauschen und eventuell vorgelegte Schriftstücke formlos diskutieren. Die Anhörung wird für die Parteien zu einem Raum des Zuhörens und des Dialogs. Wie Gentili feststellt, "ermöglicht die Mündlichkeit einen Dialog (im wörtlichen Sinne), aus dem

1947 Siehe, diesen Ansatz des Richterberufs überzeugend verteidigend, B. STIRN, "Jurisdiction et jurisprudence administratives: le temps du mouvement", in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, Economica*, 2006, S. 939-950; ID., "Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif", in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, S. 795-801.

1948 J. NORMAND, obs. in *RTD Civ* 1981, S. 441.

1949 Wie von einigen Autoren bereits bei der ersten Anwendung der Reform vom 30. Juni 2000 vorausgesagt. Siehe zum Beispiel B. SEILLER, Anmerkung unter TA Orléans, Ord. 8. Februar 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA* 2001, S. 500-504. Der Autor stellt insbesondere fest: "Wie könnte man nicht hoffen, dass diese Debatte die Gelegenheit zu einer Schlichtung bietet, die unter der Ägide des Richters für einstweilige Verfügungen durchgeführt wird? Da er schließlich wie sein gerichtliches Gegenstück die Möglichkeit hat, die Parteien anzuhören, sie zu befragen und sich ihrer jeweiligen Interessen bewusster zu werden, wird er, spontan oder nicht, dazu angeregt, zu versuchen, ihre Standpunkte einander anzunähern" (*op. cit.*, S. 503).

1950 L.-M. DE BELLEyme, *Ordonnances sur requête et sur référé selon la Jurisprudence du Tribunal de première instance du département de la Seine*, t. 2, 2^{ème} ed., Joubert, 1844, S. 35, zitiert von Y. STRICKLER, a. a. O., S. 368.

eine - wenn auch nur teilweise - Schlichtung hervorgehen kann"1951 . Die Parteien können mit dem Fortschreiten der Verhandlung feststellen, dass eine Annäherung möglich ist. Es kommt vor, dass der Antragsteller sich bei den Schritten, die er bei der Verwaltungsbehörde unternommen hat, nicht verständlich gemacht hat, dass sich die Beziehungen zwischen den beiden Parteien in einem angespannten Zustand befinden oder dass die zeitlich beanspruchte Verwaltung nicht in der Lage war, einen Fall mit der ihm gebührenden Bedeutung zu behandeln. Die Anhörung gibt den Protagonisten dann die Gelegenheit, zu diskutieren, sich zu erklären und eventuell mithilfe zusätzlicher Unterlagen alle Fakten des Rechtsstreits zu verstehen. Die Anhörung ist eine Gelegenheit für einen Dialog, der im Vorfeld nicht immer zustande gekommen ist.

Zweitens ermöglicht sie dank der Intervention des allein entscheidenden Richters einen direkten Dialog zwischen dem Richter und den Parteien. Wie M. Perrot feststellte, ist "die Suche nach einem direkten Dialog kaum in einem kollegialen, abstrakten und unpersönlichen Rahmen denkbar, der durch seine unvermeidliche Feierlichkeit eine echte Konfrontation behindert"1952 . Die Schlichtung erfordert einen "menschlichen Kontakt, der mit der Kollegialität schwer zu erreichen wäre"1953 . Nun ist der Einzelrichter von Natur aus näher an den Rechtsuchenden, als es ein Kollegialgericht sein kann. Er ist ein "Richter der Praxis, der Nähe und der Unmittelbarkeit"1954 . Da er allein und ohne besondere Feierlichkeit entscheidet, ist er eher geneigt, eine gewisse Nähe zu den Rechtsuchenden zu erleichtern oder sogar zu suchen. In der Begründung des Gesetzentwurfs über einstweilige Verfügungen hieß es, dass man durch die Mündlichkeit der Verhandlung "den Dialog mit den Bürgern fördern" wolle. Und tatsächlich verändert die Mündlichkeit die Beziehungen zwischen dem Richter und den Parteien sowie zwischen den Parteien selbst: "On voit se transformer les relations des requérants avec leur juge, grâce à l'absence de formalisme des audiences de cabinet. Es kommt sogar vor, dass die Beziehungen zwischen den antagonistischen Parteien dadurch verändert werden, im Sinne eines besseren Verständnisses des Standpunkts des anderen, anlässlich ihres mündlichen Austauschs vor dem Richter für einstweilige Verfügungen"1955 .

474. Diese Elemente stellen die Grundlage für eine Annäherung zwischen den Parteien bei der Anhörung im Schnellverfahren dar1956 . Voraussetzung ist allerdings, dass der Richter über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt und die Parteien bereit sind, eine Einigung zu erzielen.

Vor allem ist es unerlässlich, dass der Einzelrichter über die Eigenschaften verfügt, die es ihm ermöglichen, die Grundlage für einen Dialog und eine Annäherung zwischen zwei antagonistischen Parteien zu schaffen. Diese Aufgabe kann sich in einem Rechtsstreit, in dem viel auf dem Spiel steht und die Spannungen sehr groß sein können, als schwierig erweisen. Daher muss der Richter für einstweilige Verfügungen über eine echte Fähigkeit zum Zuhören und Beschwichtigen verfügen, denn nur so kann er die Parteien zu einer Schlichtung bewegen. Um eine Annäherung der Standpunkte zu erreichen, muss der Richter eine aktive Rolle bei der Anhörung im Verfahren der einstweiligen Verfügung spielen: "Bei dieser Gelegenheit wird der Richter zum Teilnehmer und stellt sich in Absprache eine für alle akzeptable Lösung vor, er wird zu einer Art Katalysator der Eintracht"1957 . Der Richter, der eine Annäherung fördern möchte, darf sich nicht auf die Rolle eines entfernten Beobachters beschränken. Er muss sich engagieren, sich einbringen, nicht neutral sein, um die Parteien zum Dialog zu bewegen. Bei der Suche nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien wird der Richter vermeiden, passiv zu sitzen und den aufeinanderfolgenden Forderungen der Parteien zuzuhören. Die gütliche Lösung des Konflikts zwischen den Parteien kann sich ihnen erst im Laufe des Verfahrens erschließen, weshalb der Richter ständig zuhören und intervenieren muss, um eine Einigung der Parteien zu erreichen. Zwar stellt der Schlichtungsversuch immer noch eine Möglichkeit für den Richter dar. Aber wie die Erfolgsquote zeigt, wird der Richter für einstweilige Verfügungen sehr häufig diesen Weg einschlagen, sobald er die Möglichkeit einer nichtstreitigen Beilegung des Rechtsstreits sieht. Er bringt dann die Standpunkte zusammen und überzeugt die Verwaltung davon, ihre

1951 C. GENTILI, "L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale", *LPA* 7. September 2001, Nr. 179, S. 5.

1952 R. PERROT, "Le juge unique en droit français", *RIDC* 1977, S. 668.

1953 J. NORMAND, "Le juge unique en droit privé", *Travaux du IX^e colloque des Instituts d'études judiciaires*, Nice, 20-21 Mai 1974, *Les juges uniques*, Centre d'études judiciaires, Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Nice, 1975, S. 12.

1954 B. PACTEAU, "Der Einzelrichter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Le point de vue de la doctrine", *GP* 1998, 1, S. 180.

1955 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence: premier bilan", *AJDA* 2002, S. 1.

1956 Im zivilrechtlichen einstweiligen Rechtsschutz, der seit langem nach diesen Grundsätzen organisiert ist, hat der Rückgriff auf dieses Verfahren erheblich zugenommen. Courivaud bemerkte vor mehr als einem Jahrhundert, dass die einstweilige Verfügung dem Antragsteller "die Möglichkeit von Vergleichen bietet, die oft vorteilhafter sind als Prozesse" (F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, S. 11). Die Schlichtung ist heute eine gängige Praxis vor dem Zivilrichter für einstweilige Verfügungen. Dieser "nimmt an einer Konzertierung teil, die am häufigsten darauf abzielt, eine gemeinsame Basis zu finden" (J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON und M.-A. FRISON-ROCHE, "Le juge des référés au regard des principes procéduraires", *D.* 1995, S. 67). Siehe zu diesem Punkt: Y. STRICKLER, oben genannte These, S. 343 ff.

1957 H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, S. 343.

Entscheidung zu überdenken.

Der Richter ist jedoch nicht der einzige Akteur bei der Schlichtung. Damit eine Annäherung möglich und durchführbar ist, müssen die Parteien auch dialogbereit sein, der Antragsteller darf nicht verkrampt auf seinen Forderungen beharren und die Verwaltung auf ihrer Position beharren. In der Praxis ist zu beobachten, dass die Hindernisse für einen Dialog meist aus der Haltung des Antragstellers und nicht aus der der beklagten Verwaltung resultieren. Während der Anhörung im Schnellverfahren zögert die Verwaltung nicht, zuzugeben, dass sie im Unrecht ist. Da sie rechtmäßig handeln möchte, bittet sie den Richter um Hinweise, wie sie in diesem Fall und in Zukunft vorgehen soll. Manchmal stoßen die Annäherungsversuche des Richters im Verfahren der einstweiligen Anordnung auf die Haltung eines Antragstellers, der den Dialog verweigert. So zeigt die Begründung der Entscheidung im Fall *Kilivikesen*, dass der Richter eine Einigung zwischen den Parteien anstrebte, diese aber nicht erreichte, weil der Antragsteller sich nicht an diese Vorgehensweise hielt. Die beiden Parteien bemühten sich zunächst um gegenseitiges Verständnis: "Während der Anhörung, die am Samstag, den 3. April 2004 vom Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats abgehalten wurde, kamen beide Parteien überein, dass die derzeitige Sachlage nicht länger andauern sollte und dass die Bildungsbehörde, außer wenn sie ein Disziplinarverfahren einleiten würde, wenn sie der Ansicht wäre, dass die Kleidung des Kindes die Grenzen der Freiheit, religiöse Überzeugungen auszudrücken, überschreitet, alle Vorkehrungen treffen sollte, damit die junge Hilal in den Klassenräumen zugelassen wird". Die Kläger waren jedoch nicht bereit, den Weg des Dialogs weiter zu beschreiten. Während der Anhörung am 3. April erläuterte der Direktor für Rechtsangelegenheiten des Bildungsministeriums detailliert die Merkmale der Kleidung, die unter den Umständen des vorliegenden Falls als durch die Freiheit, religiöse Überzeugungen auszudrücken, gerechtfertigt angesehen werden könnten, ein Akt, der die Bereitschaft der Verwaltungsbehörde zum Dialog und zur Offenheit belegt. Die Verwaltung erklärte, dass die junge Hilal unter der Voraussetzung, dass diese Modalitäten eingehalten werden, eine normale Schulausbildung absolvieren könne. Dennoch teilten die Kläger mit, dass sie auf ihren ursprünglichen Anträgen beharrten. Der Richter kam zu dem Schluss, dass das eingeleitete Verfahren nicht als gegenstandslos geworden angesehen werden kann. Die Kläger brachen bewusst den Dialog ab und weigerten sich, auf die von der Verwaltung gegebenen Hinweise zu reagieren. Letztendlich schadet ihnen diese Haltung, da das Dokument und die von der Verwaltung gegebenen Zusagen vom Richter beurteilt werden, ohne von den Klägern diskutiert worden zu sein. Der Richter stützt sich auf die von der Verwaltung gegebenen und von den Klägern nicht diskutierten Zusicherungen, um einen unrechtmäßigen Eingriff in eine Grundfreiheit auszuschließen. Der Richter betont nämlich, dass "es zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung nicht so aussieht, als ob im vorliegenden Fall *angesichts der Zusicherungen und Hinweise des Direktors* für Rechtsangelegenheiten des Bildungsministeriums eine rechtswidrige Verletzung einer solchen Freiheit gegenüber dem Staat festgestellt werden könnte"¹⁹⁵⁸. Ebenso berücksichtigt der Richter in einem Fall, in dem die Kläger die Langsamkeit der Verwaltung bei der Bearbeitung von Visumanträgen kritisierten, die von der Verwaltung während der Anhörung gemachten Zusagen, um eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Verletzung einer Grundfreiheit auszuschließen. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, dass die Voraussetzungen für die Gewährung nicht als erfüllt angesehen werden können "angesichts der oben genannten Bedingungen, unter denen der Visumantrag bearbeitet wurde und immer noch bearbeitet wird, und unter Berücksichtigung der von der Verwaltung in der öffentlichen Anhörung eingegangenen Verpflichtungen, diese Bearbeitung so schnell wie möglich abzuschließen"¹⁹⁵⁹.

Der Antragsteller, der auf diese Weise befriedigt wird, hat kein Interesse daran, das Verfahren fortzusetzen, wie der Fall *Le Garff* zeigt. Frau Le Garff und ihre Tochter Frau Lopez beantragten beim Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts, dass der Bürgermeister der Gemeinde ihrem Antrag auf Übertragung der Frau Lopez erteilten Baugenehmigung zugunsten von Frau Le Garff stattgeben solle. Bei der öffentlichen Anhörung am 27. März verschob der Richter für einstweilige Verfügungen aufgrund der mündlichen Angaben des Vertreters der Gemeinde, die in das Protokoll der Anhörung aufgenommen wurden und nach denen Frau Le Garff und Frau Lopez befriedigt werden sollten, den Abschluss der Beweisaufnahme bis zum 28. März um 14 Uhr. In einem Fax, das nach der Anhörung am 27. März übermittelt wurde, bestätigte der Bürgermeister dem Richter für einstweilige Verfügungen, dass er der Verlegung zugestimmt hatte. Er übermittelte außerdem einen von einem seiner Stellvertreter unterzeichneten Erlass vom selben Tag, in dem die Verlegung angeordnet wurde. In Anbetracht dessen entschied der Richter für einstweilige Verfügungen mit Beschluss vom 31. März, dass über die Anträge der Klägerinnen auf Unterlassung und Aussetzung nicht entschieden werden müsse. Aus prozessualer Verbissenheit legten die Klägerinnen, die vor dem ersten Richter voll befriedigt worden waren, dennoch Berufung gegen diese Entscheidung ein. Da sie nichts vorbrachten, was die Begründetheit des angefochtenen Beschlusses in Frage stellen könnte, und Anträge stellten, die darauf abzielten, die Gemeinde dazu zu verurteilen, Frau Le Garff einen "Vorschuss in Höhe von 1.000 Euro, der auf den Schadensersatz für die zugefügte seelische Folter anzurechnen ist", zu zahlen, wurden die Klägerinnen wegen missbräuchlicher Berufung zu einer Geldstrafe verurteilt¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵⁸ CE, ord. 7. April 2004, *Kilivikesen*, *Lebon* S. 164, *JCP A* 2004, 1554, Anmerkung E. TAWIL.

¹⁹⁵⁹ EK, Ord. 13. Januar 2006, *Rasamoelina*, Nr. 288434.

¹⁹⁶⁰ EK, Beschl. 15. April 2003, *Le Garff*, Nr. 256023.

475. Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass dieser Wille zur Annäherung und Beruhigung des Richters für einstweilige Verfügungen nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind. In der Praxis ist sogar zu beobachten, dass diese Art der Streitbeilegung meist Fälle abdeckt, in denen der Antragsteller nicht begründet, dass er sich in einer Ausnahmesituation im Sinne von Artikel L. 521-2 befindet, aber dennoch in eine anormale oder schädliche Situation gebracht wird. Durch das Eingreifen des Richters zeigt die Verwaltung ihren guten Willen, um eine schnelle Lösung der Schwierigkeit, der der Antragsteller ausgesetzt ist, zu erleichtern. Mehrere Fälle veranschaulichen die friedensrichterliche Funktion des Richters für einstweilige Verfügungen.

In der Rechtssache *Abamada und Said Abdallah* 1961 hatten die Klägerinnen, komorische Staatsbürgerinnen, den Präfekten gebeten, ihre Aufenthaltsgenehmigung für Studenten zu verlängern, um eine Lehrlingsausbildung beginnen zu können. Der Präfekt lehnte dies ab, was von den Betroffenen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angefochten wurde. Sowohl das erstinstanzliche Gericht als auch das Berufungsgericht lehnten es ab, ihrem Antrag stattzugeben, und wiesen darauf hin, dass der Lehrvertrag gemäß Artikel L. 117-1 des Arbeitsgesetzbuchs ein Arbeitsvertrag ist und die Lehre daher einen Aufenthaltstitel für Arbeitnehmer erfordert. Vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats wies der Innenminister selbst darauf hin, dass es in Wirklichkeit den Antragstellern obliegt, die Arbeitsgenehmigung und den Aufenthaltstitel für Arbeitnehmer zu beantragen, die ihrem Vorhaben, eine Lehrlingsausbildung zu absolvieren, entsprechen. Der Richter für einstweilige Verfügungen macht sich den guten Willen der Verwaltung zunutze, indem er feststellt, "dass es der Präfekturbehörde, die mit entsprechenden Anträgen befasst ist, obliegt, diese mit der Aufmerksamkeit zu prüfen, die sie angesichts der Tatsache, dass sich die beiden jungen Antragstellerinnen seit 1999 in Frankreich aufhalten, ihrer guten Eingliederung und der Art ihrer Projekte verdienen". Der Richter erinnerte daran, dass "während der öffentlichen Anhörung klargestellt wurde, dass die Betroffenen eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung beantragen müssen, die ihnen die Verwaltung, die während der Prüfung ihrer Anträge auf Aufenthaltsgenehmigung von jeglicher Abschiebungsmaßnahme absehen wird, auszustellen bereit ist". Folglich, so heißt es in dem Beschluss, sollten "die Antragstellerinnen aufgefordert werden, so bald wie möglich Anträge auf eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung und einen Aufenthaltstitel als Arbeitnehmerin zu stellen, die die Verwaltung unter den soeben genannten Bedingungen prüfen wird".

In der Rechtssache *Moussaoui* 1962 konnte der Beschwerdeführer am 5. Juni 2004 nach einem Aufenthalt in Tunesien nicht nach Frankreich zurückkehren, obwohl er eine bis zum 8. Juni 2004 gültige vorläufige Aufenthaltsgenehmigung besaß; danach war ihm dies nicht mehr möglich, da sein beim französischen Generalkonsulat gestellter Visumantrag abgelehnt wurde. Der Richter für einstweilige Verfügung gegen die Freiheit wies den Antrag gegen das Verhalten des Polizeipräfekten mit der Begründung zurück, dass die Umstände, die die Rückkehr des Klägers verhinderten, zum einen der Fluggesellschaft, die sich weigerte, ihn an Bord zu nehmen, weil er kein "Rückreisevisum" vorweisen konnte - ein Dokument, dessen Ausstellung jedoch in keinem Text vorgesehen ist -, und zum anderen den konsularischen Behörden zuzuschreiben sind. Dennoch und in Anbetracht der Probleme des Klägers erklärte sich die Verwaltung während der öffentlichen Anhörung bereit, ihm ausnahmsweise eine neue vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen. In der Anhörung betonte die Verwaltungsbehörde, dass diese Geste durch den Umstand gerechtfertigt sei, dass der Beschwerdeführer bis zum 8. Juni 2004 das Recht hatte, in das französische Hoheitsgebiet zurückzukehren, und dass er zu diesem Zeitpunkt aufgrund seiner Situation die Möglichkeit gehabt hätte, eine Verlängerung seiner vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung zu erhalten. Sie erklärte sich bereit, auf dieser Genehmigung ausdrücklich zu vermerken, dass diese den Betroffenen während der gesamten Gültigkeitsdauer seines Titels dazu berechtigt, das französische Hoheitsgebiet zu verlassen und dorthin zurückzukehren. Der Richter war der Ansicht, "dass es folglich angebracht ist, den Antragsteller aufzufordern, so bald wie möglich einen solchen Antrag zu stellen, den die Verwaltung mit aller Aufmerksamkeit prüfen wird, die er verdient".

In einem Fall, in dem ein minderjähriges Kind aufgrund des Fehlens eines Visums oder eines Titels, der die Einreise in das nationale Hoheitsgebiet ermöglicht, von seiner Mutter getrennt und in einer Wartezone untergebracht wird, weist der Richter darauf hin, dass sein Beschluss, mit dem der Antrag aufgrund des Fehlens einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit abgelehnt wird, "steht jedoch nicht im Wege, dass die Verwaltungsbehörde angesichts der besonderen Umstände des Falls, wie sie in der Anhörung zur einstweiligen Verfügung deutlich wurden, von ihrer Befugnis Gebrauch macht, den Aufenthalt ausländischer Staatsangehöriger unter den Bedingungen zu regularisieren, an die in der Stellungnahme des Staatsrats vom 22. August 1996 erinnert wurde". 1963

In einem Beschluss vom 29. September 2004 stellt der Richter fest, dass ohne neue rechtliche oder tatsächliche Umstände seit dem Erlass einer Abschiebungsanordnung die Person, gegen die sich die Anordnung richtet, nicht

1961 CE, Ord. 25. Juni 2003, *Abamada und Said Abdallah*, Nr. 257835.

1962 EK, Beschl. 30. Juli 2004, *Moussaoui*, Nr. 270462.

1963 CE, ord. 29. September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, Nr. 272584.

in der Lage ist, deren Vollstreckung durch eine einstweilige Verfügung anzufechten. Der Richter für einstweilige Verfügungen lehnt daher den auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellten Antrag ab. Er fordert die Parteien jedoch auf, eine Lösung zu finden, die sowohl das öffentliche Interesse als auch das Interesse des Antragstellers wahrt. In diesem Fall erinnerte der Richter die Verwaltung daran, dass sie immer die Möglichkeit hat, die Situation eines illegal aufhältigen Ausländers zu regularisieren. Er stellt fest, "dass während der mündlichen Debatten in der öffentlichen Sitzung darauf hingewiesen wurde, dass die Präfekturbehörde den vom [Antragsteller] gestellten Antrag auf Regularisierung so schnell wie möglich prüfen und dabei insbesondere berücksichtigen würde, dass der Betroffene mit einer Landsmännin verheiratet ist, die eine Aufenthaltsgenehmigung besitzt und einer beruflichen Tätigkeit nachgeht, dass aus ihrer Verbindung am 13. Februar 2004 ein Kind in Frankreich geboren wurde und dass [der Antragsteller] durch sein Verhalten nie die öffentliche Ordnung gestört hat". Seine Hinweise nehmen eine deutlich direktivere Form an, wenn der Richter - obwohl er den Antrag des Antragstellers ablehnt - im Tenor seiner Entscheidung feststellt, dass die Verwaltungsbehörde den Antrag des Antragstellers auf Legalisierung seiner Situation "unter den in der Begründung des vorliegenden Beschlusses genannten Bedingungen prüfen" wird¹⁹⁶⁴. Der Indikativ hat hier den Tonfall eines Imperativs.

In der Rechtssache *Société SIMBB* fochten die Kläger die vom Präfekten erteilte Genehmigung an, Verwaltungsbeamten das Betreten von Privateigentum zu gestatten, um einen Trassenentwurf für die Einrichtung der in Artikel L. 160-6 des Städtebaugesetzes vorgesehenen Grunddienstbarkeit des Durchgangs vorzubereiten¹⁹⁶⁵. Der Richter kam zu dem Schluss, dass es keine offensichtliche Rechtswidrigkeit und keine schwerwiegende Beeinträchtigung des Eigentumsrechts gab. Dennoch stellte er fest, "dass, wie in der öffentlichen Verhandlung betont wurde, niemand bestreitet, dass für die strittigen Parzellen die in Artikel L. 160-6 des Stadtplanungsgesetzes vorgesehen ist. Wenn die Merkmale dieser Parzellen, die vor dem 1.^{er} Januar 1976 eingefriedet wurden und neben einem Wohnhaus auch ein direkt am Meer gelegenes Nebengebäude umfassen, einen besonderen Verlauf erfordern, obliegt es gegebenenfalls den Eigentümern, Vorschläge zu unterbreiten, und in jedem Fall der Verwaltung, unter Einhaltung der im Stadtplanungsgesetz festgelegten Verfahren die Modalitäten für die Einrichtung der Dienstbarkeit so festzulegen, dass die verschiedenen Interessen am besten miteinander in Einklang gebracht werden können; dass die vorbereitenden Maßnahmen, deren Durchführung der Erlass des Präfekten des Finistère ermöglicht, geeignet sind, die verschiedenen Eventualitäten, die in Betracht gezogen werden können, zu beleuchten"¹⁹⁶⁶. Der Richter legt hier die Grundlage für einen zukünftigen Dialog zwischen den verschiedenen Protagonisten. Unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen zeigt er ihnen, wie sie vorgehen müssen, um die Einrichtung der Dienstbarkeit zu organisieren.

476. Es ist bemerkenswert, dass in der Hälfte der Fälle, in denen der Antragsteller befriedigt wurde, der Richter für einstweilige Verfügungen nicht die geringste Maßnahme ergreifen musste, um die strittige Situation zu beenden. Eine beträchtliche Anzahl von Anträgen wird somit auf nichtstreitige Weise gelöst, sowohl vor als auch während der öffentlichen Verhandlung. Der Richter hat der Verwaltung nichts anzuordnen. Der Streitfall wurde zwar dank ihm, dank seiner - virtuellen oder tatsächlichen - Intervention beigelegt, aber ohne die Verhängung einer verbindlichen Maßnahme. Wenn die Verwaltung nicht bereit ist, den Kläger von sich aus zufrieden zu stellen, werden vom Richter Zwangsmittel eingesetzt, um den Eingriff in eine Grundfreiheit zu beenden.

II. Die Verhängung einer verbindlichen Maßnahme

477. Das Gesetz gibt dem Richter sehr weit reichende Befugnisse, um die Verletzung einer Grundfreiheit zu beenden, die von einer einfachen Aussetzung bis zum Erlass von Anordnungen mit Hauptfunktion reichen. Die Definition der erforderlichen Schutzmaßnahmen wird an die Besonderheit jeder Situation angepasst. Der Richter stellt sicher, dass sie von der Erklärung und der Behörde eingehalten werden.

A. Die Auswahl der richtigen Sicherungsmaßnahme

¹⁹⁶⁴ CE, ord. 29. September 2004, *Préfet de la Marne, Lebon* T. S. 829.

¹⁹⁶⁵ Diese Bestimmung sieht die Einrichtung einer Dienstbarkeit für den Durchgang von Fußgängern entlang der Küste vor. Der Artikel besagt: "Private Grundstücke, die an die öffentliche Meeresdomäne angrenzen, werden auf einem Streifen von drei Metern Breite mit einer Dienstbarkeit belastet, die ausschließlich den Durchgang von Fußgängern gewährleisten soll".

¹⁹⁶⁶ EK, Beschl. 10. Januar 2005, *Société SIMBB und andere*, Nr. 276137.

478. Dem Richter steht ein breites Spektrum an Maßnahmen zur Verfügung, um die Verletzung einer Grundfreiheit zu beenden. Die Wahl der geeigneten Schutzmaßnahme folgt zwei Anliegen. Zunächst muss sie für die besondere Situation, die dem Richter vorgelegt wird, geeignet sein; darüber hinaus muss sie in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Verletzung stehen. Die vom Richter beschlossenen Maßnahmen zur Beendigung einer Verletzung können die Form einer Aussetzung der Vollstreckung, einer Ablehnung vorbehaltlich einer Anordnung oder einer Anordnung mit Hauptfunktion annehmen.

1. Die Aussetzung der Vollstreckung

479. Der Richter für einstweilige Verfügungen kann zunächst einmal eine Beeinträchtigung beenden, indem er eine Aussetzungsmaßnahme verhängt. Indem das Gesetz ihm die Befugnis zuerkannte, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, beabsichtigte es notwendigerweise, dem Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen zu ermöglichen, die Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung auszusetzen. Der Umstand, dass Artikel L. 521-1 ein spezielles Aussetzungsverfahren vorsieht, wurde nicht als Hindernis für die Anerkennung dieser Befugnis zugunsten des Richters für einstweilige Verfügungen angesehen. In der Anfangsphase der Reform hatten sich einige Richter der ersten Instanz geweigert, dem Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit diese Befugnis zuzuerkennen, da sie der Ansicht waren, dass die Verhängung einer solchen Maßnahme in die ausschließliche Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Suspendierung falle¹⁹⁶⁷. Dennoch schloss der Staatsrat in diesem Bereich die Anwendung einer parallelen Einrede des einstweiligen Rechtsschutzes aus¹⁹⁶⁸. Die Befugnis, die Vollstreckung einer Entscheidung auszusetzen, stellt kein Monopol des Richters für einstweilige Verfügungen und Aussetzungen dar. Wenn er auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 angerufen wird, "kann der Richter für einstweilige Verfügungen die Aussetzung des ihm vorgelegten Rechtsakts aussprechen, wenn er der Ansicht ist, dass die in diesen Bestimmungen festgelegten Bedingungen erfüllt sind und die Aussetzung zum Schutz einer Grundfreiheit notwendig ist"¹⁹⁶⁹. Natürlich ist die Verhängung einer Aussetzungsmaßnahme nur gegen eine Verwaltungsentscheidung denkbar. Es ist logischerweise unmöglich, die Ausführung einer Handlung oder Unterlassung auszusetzen.¹⁹⁷⁰

480. Wenn die Verletzung der Grundfreiheiten auf eine Verwaltungsentscheidung zurückzuführen ist, erweist sich die Verhängung einer Aussetzungsmaßnahme, ggf. mit einer Durchführungsanordnung, in den meisten Fällen als eine völlig zufriedenstellende Antwort auf die strittige Situation. Dabei ist noch zu unterscheiden, ob die Beeinträchtigung auf eine positive oder eine negative Entscheidung zurückgeht.

Wenn die Beeinträchtigung ihren Ursprung in einer positiven Entscheidung hat, reicht die Aussetzung der Auswirkungen dieser Entscheidung *ipso facto* aus, um die Beeinträchtigung zu beenden. Indem der Richter die Auswirkungen der Entscheidung, die den Ursprung der Beeinträchtigung darstellt, neutralisiert, beendet er automatisch die durch diese Entscheidung hervorgerufene Situation der Beeinträchtigung. In der Rechtssache *FN IFOREL* hatte die Verwaltungsbehörde durch die an die Betreibergesellschaft des Kongresszentrums gerichteten Schreiben die Durchführung des zwischen dieser und IFOREL geschlossenen Mietvertrags behindert. Indem der Richter die Wirkung dieser Schreiben aussetzte, beendete er die Unmöglichkeit, diesen Vertrag zu erfüllen, und damit auch den Eingriff in die Versammlungsfreiheit¹⁹⁷¹. Wenn der Bürgermeister einer Gemeinde per Gemeinderatsbeschluss die Schließung eines lokalen Geschäfts für die Öffentlichkeit beschließt, ist die Aussetzung dieses Beschlusses eine ausreichende Maßnahme, um die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit zu beenden¹⁹⁷². Indem der Richter für einstweilige Verfügungen die Entscheidung des Bürgermeisters, bestimmte öffentliche Veranstaltungen in der Kirche der Gemeinde zu organisieren, aussetzt, wendet er sich gegen eine Beeinträchtigung der Religionsfreiheit¹⁹⁷³. Die Verletzung des Eigentumsrechts wird durch die Aussetzung der Vollstreckung der Beschlüsse des Präfekten von Mayotte zur teilweisen Übernahme des Eigentums der Antragsteller¹⁹⁷⁴ oder des Gemeindebeschlusses, der Dritten den Zugang und das Parken auf einem Privatweg

1967 Siehe das von E. PRADA-BORDENAVE in concl. sur CE, Sect., 23. November 2001, *Aberbri*, RFD 2002, S. 335 zitierte charakteristische Beispiel.

1968 Siehe *oben*, § 373.

1969 CE, 4. Februar 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezai*, Nr. 270407.

1970 Diese können nur mit Hilfe von Unterlassungserklärungen bekämpft werden.

1971 CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

1972 CE, Ord. 14. März 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon* T. S. 931.

1973 CE, ord. 25. August 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* S. 386.

1974 CE, 2. Februar 2004, *Abdallah*, *Lebon* S. 16.

gestattet, verhindert 1975. Ebenso reicht die Aussetzung von Erlassen, die streikendes Personal rekommandieren, aus, um die Verletzung des Streikrechts zu beenden 1976. Wenn die Verletzung des Briefgeheimnisses ihren Ursprung in einer vom Bürgermeister an die Poststelle gerichteten Notiz hat, wirkt sich die Neutralisierung der Wirkung dieser Notiz direkt auf den Ursprung der Verletzung aus 1977. Die Aussetzung der Entscheidung, die die Abschiebung der Beschwerdeführerin in ihr Herkunftsland oder die Vollstreckung einer Abschiebungsanordnung an der Grenze vorschreibt, verhindert unter den Umständen des Falles, dass eine Verletzung der persönlichen Freiheit im ersten Fall 1978, des Rechts auf ein normales Familienleben im zweiten Fall 1979 eintritt. Somit reicht die Aussetzung der Vollstreckung im Prinzip aus, um die aus einer positiven Entscheidung resultierende Beeinträchtigung zu beenden. In einigen Fällen kann es jedoch notwendig sein, diese Maßnahme mit dem Erlass einer Handlungs- oder Unterlassungsanordnung zu verbinden. Einerseits kann der Richter die Verwaltung anweisen, die Konsequenzen aus seiner Entscheidung zu ziehen, indem er die Maßnahmen ergreift, die deren Umsetzung voraussetzt 1980. Im oben genannten Urteil *Vast n° 173* der Staatsrat den Bürgermeister an, seinen Dienststellen alle Anweisungen zu erteilen, damit die strittige Notiz, die das Briefgeheimnis und die freie Ausübung ihres Mandats durch die Kommunalpolitiker beeinträchtigt, sofort eingestellt wird. Andererseits kann der Richter des *référé-liberté* auch, um zu verhindern, dass die Verwaltung erneut eine identische Maßnahme ergreift, ihr eine - in erster Linie - Unterlassungsanordnung zukommen lassen. In dem oben genannten Beschluss *FN IFOREL* weist der Richter die Verwaltungsbehörde an, die Durchführung des zwischen IFOREL und der Gesellschaft Impérial Palace geschlossenen Reservierungsvertrags nicht zu behindern 1981. Wenn die Beeinträchtigung in einer negativen Entscheidung begründet ist, reicht die Aussetzung ihrer Ausführung allein nicht aus, um die Beeinträchtigung zu beheben. Um wirksam zu sein, muss sie mit einer Vollstreckungsanordnung einhergehen, die vom Richter von Amts wegen, d. h. sogar ohne Antrag des Klägers, ausgesprochen werden kann. 1982

Der Richter des *référé-liberté* kann sich für eine vollständige oder teilweise Aussetzung der Wirkungen der strittigen Entscheidung entscheiden. Die teilweise Aussetzung ist auf die Bestimmungen der Entscheidung beschränkt, bei denen die in Artikel L. 521-2 genannten Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind. So focht das klagende Unternehmen in der Rechtssache *Commune de Wingles* einen Gemeindebeschluss an, der die Fahrmöglichkeit von Fahrzeugen, die gefährliche Stoffe transportieren, auf bestimmten Straßen der Gemeinde einschränkte. Der Richter bekräftigt, dass dieser Beschluss in seiner Gesamtheit keine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit darstellt. Die Anwendung dieser Entscheidung auf die Rue de Meurchin in ihrem außerhalb der Ortschaft gelegenen Teil stellt hingegen einen solchen Eingriff in eine Grundfreiheit dar. Da die Bedingungen für die Gewährung nur in Bezug auf diesen Teil der Gemeindestraße erfüllt sind, entscheidet der Richter, dass der Gemeindebeschluss "nur insoweit ausgesetzt wird, als er den Teil der Rue de Meurchin betrifft, der außerhalb der Siedlung von Wingles liegt". 1983

2. Die bedingte Ablehnung

481. Eine besonders innovative und originelle Lösung wurde in dem Beschluss *Tibéri* vom 24. Februar 2001 1984

1975 CE, Ord. 10. September 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, Nr. 260015.

1976 CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere, Lebon*, S. 497. Es ist bemerkenswert, dass der Richter hier nicht den von den Beschwerdeführern angefochtenen Erlass aussetzt, sondern einen Erlass, der nach diesem Erlass erlassen wurde (siehe oben, § 383).

1977 CE, 9. April 2004, *Vast, Lebon* S. 173.

1978 CE, Ord. 14. Januar 2005, *Bondo, Lebon T.*, S. 915.

1979 EG, Ord. 21. Februar 2005, *Najemi*, Nr. 277520.

1980 In diesem Fall ist es schwierig zu unterscheiden, ob der Richter eine Vollstreckungsanordnung oder eine Hauptanordnung mit ähnlichen Wirkungen wie eine Vollstreckungsanordnung erlässt.

1981 CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon*, S. 311. Siehe in diesem Sinne auch TA Paris, ord. 13. Mai 2004, *Association culturelle des Témoins de Jehovah de France et autres*, AJDA 2004, S. 1597-1599, Anm. G. GONZALEZ: Der Richter für einstweilige Verfügungen setzt die Entscheidungen des Bürgermeisters von Paris aus, die die Bereitstellung des Stade Charléty an die Kultvereinigung der Zeugen Jehovas ablehnen, und weist ihn an, die Ausführung des zwischen der Betreibergesellschaft des Stadions und dieser Vereinigung geschlossenen Mietvertrags nicht zu behindern.

1982 Und zwar im Einklang mit der Lösung, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 gefunden wurde. Der Staatsrat war nämlich der Ansicht, dass der Richter der einstweiligen Anordnung zur Aussetzung "aus eigener Initiative" die Aussetzungsmaßnahme "mit der Angabe der vorläufigen Verpflichtungen, die sich daraus für die Verwaltung ergeben werden", versehen kann (CE, 27. Juli 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Vedel, Lebon* S. 416).

1983 CE, Ord. 26. November 2004, *Commune de Wingles*, Nr. 274226.

1984 CE, ord. 24. Februar 2001, *Tibéri, Lebon* S. 85, JCP G 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU; D. 2001, S. 1748-1751, Anm. R. GHEVONTIAN; RFD A 2001, S. 629-649, Anm. B. MALIGNER; Com. com. *électr.* 2001, comm. n° 51, obs. G. DECOCQ und A. LEPAGE.

umgesetzt. In dieser Entscheidung verwendet der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats "eine ungewöhnliche, wenn nicht gar neuartige Formel"¹⁹⁸⁵, die darin besteht, die Klage "vorbehaltlich" der Annahme eines bestimmten Verhaltens durch die betroffene Verwaltung abzulehnen. Die Entscheidungsfähigkeit des Verwaltungsrichters kommt in dieser Entscheidung voll zum Ausdruck und zeugt gleichzeitig von seiner Fähigkeit, sich für jedes Problem eine praktische und angemessene Lösung auszudenken und zu entwerfen. Der Kläger, der nicht zu einer vom Fernsehsender Canal + organisierten Debatte eingeladen worden war, kritisierte, dass der Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) seiner Meinung nach nicht für die Wahrung des Pluralismus in diesem Medium gesorgt hatte. Er forderte daher den Richter für einstweilige Verfügungen auf, "den Conseil supérieur de l'audiovisuel anzuweisen, Canal + (...) anzuweisen, entweder die geplante Fernsehdebatte auf alle Spitzenkandidaten der in allen Pariser Arrondissements vertretenen Listen auszuweiten oder auf jegliche Debatte zu verzichten (...)".

482. Der Richter erinnert zunächst recht ausführlich an das geltende Recht und die Umstände, die zur Befassung geführt haben. Er legt dar, dass das Gesetz vom 30. September 1986 dem CSA die Aufgabe übertragen hat, die Einhaltung der in Artikel 1^{er} und 3 festgelegten Grundsätze zu überwachen, zu denen die Gleichbehandlung und der Ausdruck des Pluralismus der Denk- und Meinungsströmungen gehören. Keine Bestimmung dieses Gesetzes verleiht dem CSA die Befugnis, die audiovisuellen Kommunikationsdienste bei der Festlegung und Umsetzung ihrer redaktionellen Politik zu ersetzen. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt fest, "dass die Entscheidung von Canal +, in Wahlkampfzeiten Debatten zwischen zwei Kandidaten anstelle anderer Formen von Sendungen zu veranstalten, grundsätzlich unter seine redaktionelle Politik fällt; es obliegt jedoch diesem Sender, dafür zu sorgen, dass diese Wahl nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Kandidaten führt". Anschließend legt er die Umstände des vorliegenden Falls dar. Canal + entschied sich, am 28. Februar 2001 eine einstündige Debatte zwischen Herrn Delanoë und Herrn Séguin zu veranstalten, die beide als Kandidaten für das Bürgermeisteramt von Paris von den Parteien nominiert wurden, die die beiden wichtigsten politischen Kräfte des Landes bilden. Canal + teilte außerdem sowohl in verschiedenen Schreiben vor der einstweiligen Verfügung als auch während der Verhandlung mit, dass Herr Tibéri und Herr Contassot am nächsten Tag zur gleichen Zeit entweder in einer Debatte, die nach den gleichen Regeln wie die vom Vortag organisiert wurde, oder für jeden von ihnen getrennt in Form eines 15-minütigen Gesprächs mit einem Journalisten des Senders sprechen könnten.

Der Richter für einstweilige Verfügungen wendet diese Rechtsgrundsätze auf die Umstände des vorliegenden Falls an. Er stellte fest, dass die Entscheidung von Canal +, vor dem ersten Wahlgang ein Duell zwischen Delanoë und Séguin zu veranstalten, zwar nicht gegen eine Regel oder einen Grundsatz verstößt, in der Praxis jedoch "zu Schwierigkeiten" führt, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Kandidaten zu gewährleisten. Er führt aus, dass diese Schwierigkeiten im vorliegenden Fall durch die Tatsache verstärkt werden, dass Herr Tibéri zwar keine ähnliche Nominierung wie Herr Delanoë und Herr Séguin erhalten hat, aber der amtierende Bürgermeister von Paris ist und sich um seine Nachfolge bewirbt. Folglich, so argumentiert er, "ist es unerlässlich, dass das geplante 'Duell' zwischen Herrn Delanoë und Herrn Séguin von Canal + mit Vorschlägen versehen wird, die am ehesten geeignet sind, eine faire Behandlung der Kandidaten zu gewährleisten". Der Richter für einstweilige Verfügungen erklärt, "dass es dem Conseil supérieur de l'audiovisuel obliegt, im Rahmen seiner Befugnisse dazu beizutragen, dass dies geschieht; es wird ihm insbesondere obliegen, zu untersuchen, ob der Vorschlag von Canal +, Herrn Tibéri vorzuschlagen, sich 15 Minuten lang mit einem Journalisten zu äußern, eine faire Behandlung gewährleistet oder ob ein solches Gespräch nicht für eine längere Dauer vorgesehen werden muss".

Der Richter wies die Klage schließlich mit einem sehr wichtigen Vorbehalt ab. Er stellte fest, dass der Grundsatz der pluralistischen Meinungsäußerung zwar eine Grundfreiheit sei, dass aber "die dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegte Situation nicht als 'offensichtlich rechtswidriger Eingriff' in diese Freiheit angesehen werden kann". Daher "und vorbehaltlich dessen, was soeben über die Rolle gesagt wurde, die dem Obersten Rat für audiovisuelle Medien zukommt, ist der Antrag von Herrn Tibéri abzulehnen"¹⁹⁸⁶. Da eine der Bedingungen nicht erfüllt ist, wird der Antrag des scheidenden Bürgermeisters auf Erlass einer Anordnung an den CSA zurückgewiesen. Der Vorbehalt im verfügenden Teil verlangt jedoch, "in Verbindung mit Canal + die Suche nach geeigneten Lösungen für das Erfordernis einer fairen Behandlung der Kandidaten fortzusetzen". Für die Autoren der *Grands arrêts* "Cela revient à ordonner de rechercher ces solutions" (Dies läuft auf eine Anordnung hinaus, nach diesen Lösungen zu suchen)¹⁹⁸⁷. Die Anordnung ist latent; sie wird nur dann wirksam, wenn die Bedingungen für ihre Auslösung

1985 J.-L. D'HERVE, "L'urgence devant le juge administratif: premiers jalons", *Les cahiers juridiques* April 2001, S. 24.

1986 Der Vorbehalt wurde in den verfügenden Teil der Verordnung aufgenommen, in Artikel 1^{er}: "Sous réserve pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel de poursuivre, en liaison avec Canal +, la recherche des solutions appropriées à l'exigence d'un traitement équitable des candidats, la demande de M. Tibéri est rejetée" (Unter dem Vorbehalt, dass der Conseil supérieur de l'audiovisuel in Verbindung mit Canal + die Suche nach geeigneten Lösungen für das Erfordernis einer fairen Behandlung der Kandidaten fortsetzt, wird der Antrag von Herrn Tibéri abgelehnt).

1987 *G.A.J.A.* Nr. 118, § 12. Ähnlich argumentiert M. Maligner: "Wenn es sich nicht um eine Weisung im eigentlichen

erfüllt werden, d. h. wenn der CSA den in der Entscheidung geäußerten Vorbehalten nicht nachkommt. Die Argumentation verläuft somit in zwei Schritten. In der Begründung des Beschlusses weist der Richter den CSA genau darauf hin, wie er sich verhalten muss, um im Einklang mit der Legalität und den Grundfreiheiten zu handeln¹⁹⁸⁸. In seinem Tenor gibt er dem CSA zu verstehen, dass, wenn er sich nicht an diese Richtlinien hält, die offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung festgestellt und folglich - im Falle einer Klage - die Anordnung ausgesprochen werden kann. Damit fordert der Richter für einstweilige Verfügungen den Antragsteller auf, erneut Rechtsmittel einzulegen, falls der CSA die Bedingungen, von denen die Ablehnung des Antrags abhängig gemacht wurde, nicht erfüllt. Laut M. d'Hervé kann man in dieser Formulierung "den Hinweis sehen, dass die Tür des Richters offen bleibt"¹⁹⁸⁹. Im gleichen Sinne weist Herr Ghévantian darauf hin, dass "angesichts eines neuen Antrags der Verwaltungsrichter sich zweifellos direkter gezeigt hätte..."¹⁹⁹⁰. Er musste dies nicht tun, da Canal + schließlich zustimmte, die Herrn Tibéri ursprünglich angebotene Sendezeit zu verdoppeln.

483. Dennoch muss man sich die Frage stellen, warum dies unter den Umständen des vorliegenden Falls geschehen ist. Warum haben Sie nicht direkt eine Anordnung an den CSA gerichtet, anstatt eine Lösung zu wählen, die zu einem strikt identischen Ergebnis führt, aber über einen Umweg? Warum drohten Sie dem CSA lediglich mit einer einstweiligen Verfügung für den Fall, dass er nicht selbst die erforderlichen Maßnahmen ergreifen würde? Warum droht man mit einer Anordnung und entscheidet sich stattdessen für eine bedingte Ablehnung mit der Behauptung, dass eine Anordnung möglich ist?

Zunächst einmal könnte man in diesem Vorgehen den Willen sehen, den Freiheitsspielraum des CSA zu schonen; der Richter für einstweilige Verfügungen würde es ihm überlassen, das Problem selbst zu lösen, aber unter seiner Kontrolle und nach seinen sehr präzisen Richtlinien. Dies würde darauf hinauslaufen, ihm einen gewissen Initiativspielraum zuzugestehen, um aktiver für die Einhaltung des Pluralismus zu sorgen. Die Lösung würde somit die Vorrechte der Institution stärker respektieren, als wenn der Richter den CSA dazu aufgefordert hätte, seine Befugnisse in einem bestimmten Sinne auszuüben. Sie respektiert den Ermessensspielraum, den das Gesetz der unabhängigen Verwaltungsbehörde einräumt, um die Einhaltung des Pluralismus zu gewährleisten. Der Richter für einstweilige Verfügungen lässt ihm eine Möglichkeit, seine Pflichten effektiver zu erfüllen. Andernfalls wird der offensichtlich rechtswidrige Eingriff qualifiziert, er wird nicht mehr neutralisiert, und die Anordnung wird ausgesprochen.

Diese Interpretation erscheint jedoch aus drei Gründen unwahrscheinlich. Erstens schien das Verhalten des CSA nicht offensichtlich illegal zu sein, da die Befugnisse, die ihm zugestanden werden, in Wirklichkeit sehr begrenzt sind. Er kann Empfehlungen aussprechen und audiovisuelle Kommunikationsdienste bei festgestellten Verstößen gegen ihre Verpflichtungen bestrafen, aber es gehört nicht zu seinen Befugnissen, diesen Diensten *a priori* Anordnungen zu erteilen. Folglich konnte ihm nicht vorgeworfen werden, dass er nicht von Befugnissen Gebrauch macht, die er nicht besitzt. Zweitens ist es schon vom Grundsatz her zweifelhaft, ob es dem Richter bei einer offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung möglich ist, das Verhalten der Verwaltung zu "retten" und davon abzusehen, eine angemessene Schutzmaßnahme an sie zu richten. Eine solche Lösung wird zwar häufig in Rechts- und Verfassungsstreitigkeiten angewandt¹⁹⁹¹, ihre Übertragung auf den Bereich der schwerwiegenden

Sinne handelt, ähnelt diese Formel sehr stark dieser" (B. MALIGNER, *a. a. O.*, S. 644).

1988 Es ist ihre Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die redaktionelle Auswahl von Canal plus "nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Kandidaten führt" (4^{ème} Erwägungsgrund). Es obliegt ihr, "im Rahmen ihrer Befugnisse dazu beizutragen, dass" Canal + das geplante Duell zwischen den Herren Delanoë und Seguin "mit Vorschlägen versieht, die am besten geeignet sind, eine faire Behandlung der Kandidaten zu gewährleisten". Es geht darum, "insbesondere zu untersuchen, ob der Vorschlag von Canal +, Herrn Tibéri vorzuschlagen, sich 15 Minuten lang mit einem Journalisten zu äußern, eine faire Behandlung gewährleistet oder ob ein solches Gespräch nicht für eine längere Dauer wahrgenommen werden muss" (6^{ème} Erwägungsgrund).

1989 J.-L. D'HERVE, *a. a. O.*, S. 24.

1990 R. GHEVONTIAN, *a. a. O.*, S. 1751.

1991 Der Richter fügt dem geprüften Rechtsakt das hinzu, was er braucht, oder entzieht ihm das, was ihm fehlt, um mit der höheren Norm übereinzustimmen und so die gerichtliche Zensur zu vermeiden. Die vom Staatsrat angewandte Technik wird üblicherweise als "Entzug von Gift" bezeichnet (für eine Veranschaulichung siehe CE, Ass., 4. Januar 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, Lebon* S. 9). Zur verfassungsrechtlichen Technik der Konformität unter Vorbehalt siehe T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica PUAM, 1997, 617 S.; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, BCSP t. 92, 1999, 318 S. Die Lösung der *Tibéri-Verordnung* unterscheidet sich jedoch erheblich von diesen Techniken, da ihre Umsetzung von der Verwaltung die Annahme eines bestimmten Verhaltens erfordert. Im Fall der Konformität unter Vorbehalt oder der Rücknahme des Gifts wird die Handlung vom Richter "reformiert", ohne dass der Gesetzgeber oder die Verwaltung in irgendeiner Weise eingreifen müssen. Die Technik ist mit oder ohne Mitwirkung der betreffenden Behörde wirksam. In der *Tibéri-Hypothese* hingegen wird die Technik nur dann wirksam, wenn die Behörde einer Änderung ihres Verhaltens zustimmt.

In Wirklichkeit nähert sie sich eher der Lösung an, die im Streitfall der Überschreitung der Befugnisse mit dem Urteil *Titran* vom 27. Juli 2001 (*AJDA* 2001, S. 1046-1053, Chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN) umgesetzt wurde. Der Staatsrat entschied über eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse, die sich gegen die Weigerung des Justizministers richtete, die Erlasse zur Einführung eines Systems zur automatisierten Verwaltung bestimmter Verfahren in den

Eingriffe in die Freiheitsrechte erscheint jedoch relativ unwahrscheinlich. Zwar kann der Richter eine Rechts- oder Verfassungswidrigkeit neutralisieren, doch ist es schwer vorstellbar, dass er dies auch bei einer schwerwiegenden Verletzung der Freiheitsrechte tut, die sich aus einem Verwaltungsverhalten ergibt. Schließlich konnte der Richter für einstweilige Verfügungen die vom Kläger beantragte Maßnahme nicht in jedem Fall verhängen. Da der Verwaltungsrichter einer Verwaltungsbehörde nicht befehlen kann, sich rechtswidrig zu verhalten¹⁹⁹², war es in diesem Fall nicht denkbar, dass er den CSA anweisen würde, eine Maßnahme zu ergreifen, zu der diese Behörde rechtlich nicht befugt ist.

In Wirklichkeit muss die gegebene Lösung als eine praktische Antwort des Richters auf ein konkretes Problem unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Befugnisse betrachtet werden. Der Richter des *référé-liberté* macht von seinen Vorrechten in realistischer Weise Gebrauch. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Artikel L. 521-2 waren nicht erfüllt; die Enthaltung des CSA war nicht offensichtlich rechtswidrig; der Richter konnte keine Schutzmaßnahme verhängen. Wenn er eine indirekte Anordnung erlässt, dann nur, weil er nicht mehr tun konnte, wie Frau Decocq und Frau Lepage feststellten. "Hier geht es für den CSA nicht darum, etwas zu erzwingen, sondern anzuregen"¹⁹⁹³. Wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung gegeben sind, verhängt der Richter diese Maßnahme, ohne zu versuchen, das beanstandete Verhalten zu "retten".

3. Die einstweilige Verfügung

484. Die Maßnahme, die zum Schutz einer Grundfreiheit erforderlich ist, kann die Form einer Anordnung mit Hauptfunktion annehmen. Diese "tief greifende neue Macht"¹⁹⁹⁴ wird auf unterschiedliche Weise ausgeübt.

a. Eine zutiefst neue Macht

485. Die Instruktion ist "ein Befehl, ein bestimmtes Verhalten anzunehmen"¹⁹⁹⁵. Sie ist eine Anordnungsbefugnis und unterscheidet sich insofern von der Substitution, die eine Reformbefugnis ist. Auch wenn diese beiden Befugnisse in der Praxis zu einem im Wesentlichen gleichen Ergebnis für den Antragsteller führen können¹⁹⁹⁶, sind sie dennoch von sehr unterschiedlicher Natur. Wie M. Négrin in Bezug auf das Gesetz vom 8. Februar 1995 feststellte, verleiht die Anordnungsbefugnis "dem Richter ein geringeres Imperium als die Ersetzungsbefugnis": Erstere "ist nur eine Befugnis zur Verhinderung, begleitet von der Anweisung an die Verwaltungsbehörde, in einem bestimmten Sinne zu entscheiden, während die Ersetzungsbefugnis dem Richter die Befugnis zuweist, anstelle dieser Behörde zu entscheiden"¹⁹⁹⁷. In der Skala der Vorrechte des

Großinstanzgerichten aufzuheben. Nachdem der Rat die Rechtswidrigkeit der Weigerung anerkannt hatte, erklärte er sie unter der Bedingung für nichtig, dass der Minister dem fraglichen Verwaltungssystem nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist von zwei Monaten eine gesetzliche Grundlage verschafft hatte, wobei in dem Urteil die Maßnahmen zur Behebung der festgestellten Unregelmäßigkeit angegeben wurden. Der Verwaltungsbehörde wird somit eine Frist eingeräumt, um die erforderliche Berichtigung vorzunehmen. Wenn sie die vom Richter angegebenen Maßnahmen nicht ergreift, muss sie die Urteile unverzüglich aufheben. Eine mit dem Urteil *Titran* identische Lösung wurde von Regierungskommissar Francis Lamy in seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Vassilikiotis* vom 29. Juni 2001 (siehe oben, S. 1047) angeführt. Der angefochtene Verordnungstext war durch Auslassung rechtswidrig, da er bestimmte, vom Gemeinschaftsrecht geforderte Bestimmungen nicht enthielt. Der Regierungskommissar hatte die Möglichkeit einer bedingten Nichtigklärung in Betracht gezogen. Diese hätte darin bestanden, den angefochtenen Erlass für rechtswidrig zu erklären, wobei im verfügenden Teil präzisiert wurde, dass eine solche Nichtigklärung nur dann wirksam würde, wenn die Verwaltung nicht innerhalb einer vom Richter festgelegten Frist und gemäß den in der Begründung der Entscheidung festgelegten Modalitäten die notwendigen Ergänzungen vornimmt, um den strittigen Rechtsakt mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts in Einklang zu bringen. Obwohl Herr Lamy die Vorzüge einer solchen Lösung hervorhob, musste er sie dennoch ablehnen, da er sie für den Rechtsstreit, den der Staatsrat zu entscheiden hatte, für wenig geeignet hielt. Zu dieser Entscheidung siehe die Anmerkungen von S. DAMAREY, "De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle: nouvelles perspectives contentieuses", *LPA* 24. Oktober 2001, Nr. 212, S. 12-17.

1992 Der Staatsrat bestätigte auf der Grundlage von Artikel L. 521-1, dass der Richter für einstweilige Verfügungen einen Bürgermeister nicht anweisen kann, ein Gebäude abzureißen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Zerstörung nicht erfüllt sind (CE, 26. September 2001, *Westerloppe*, Nr. 231681). Der Richter für einstweilige Verfügungen kann, unabhängig davon, ob er auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 oder Artikel L. 521-2 tätig wird, der Verwaltung nicht vorschreiben, ein rechtswidriges Verhalten an den Tag zu legen.

1993 G. DECOCQ und A. LEPAGE, *a. a. O.*, S. 32.

1994 D. LABETOUILLE, "Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique?, S. 80.

1995 C. GUETIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), Nr. 8.

1996 Siehe F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, IGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, S. 84 ff.

1997 J.-P. NEGRIN, Vorwort zur Dissertation von B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2001, S.

Richters ist die Anordnungsbefugnis eine Stufe unter der Ersetzungsbefugnis angesiedelt. Wie M. Moderne feststellt: "Dem Inhaber einer Verwaltungsbefugnis den Befehl zum Handeln zu erteilen, bedeutet nicht, an seiner Stelle zu handeln: Im ersten Fall wird die Entscheidungsbefugnis in den Händen der Verwaltung gehalten, im zweiten Fall wird sie dem Richter zugewiesen"¹⁹⁹⁸. Die Ersetzung wird immer zum gewünschten Ergebnis führen¹⁹⁹⁹. Bei der Anordnung hingegen überlässt der Richter die Entscheidung vollständig der öffentlichen Gewalt.²⁰⁰⁰

486. Lange Zeit war es den Verwaltungsgerichten untersagt, jegliche Form von gerichtlichen Anordnungen gegen die Verwaltung zu erlassen²⁰⁰¹. Dieses Verbot ist schon sehr alt²⁰⁰² und betraf sowohl Hauptanordnungen als auch Vollstreckungsanordnungen²⁰⁰³. Es galt für alle Verfahren, sowohl in der Hauptsache als auch in einstweiligen Verfügungen²⁰⁰⁴. Dennoch ergab sich diese Position aus keiner Rechtsnorm²⁰⁰⁵. Da es keine Norm gab, die den Grundsatz hätte stützen können, schränkte der Richter seine Befugnisse in Wirklichkeit von sich aus ein. Die Regel des Verbots von Anordnungen wurde lediglich durch die Befürchtung gerechtfertigt, die Verwaltung zu verärgern und schließlich auf Widerstand zu stoßen. Für den Richter war sie

10.

1998 F. MODERNE, "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle?", *RFDA* 1990, S. 800.

1999 Die Verwaltung hat keine Wahl zwischen Vollstreckung und Nichterfüllung und ist auf eine rein passive Haltung beschränkt. Es wird nichts von ihr verlangt, außer eventuell, sich nicht gegen Ersatzmaßnahmen zu wehren.

2000 Sie allein kann unter Ausschluss jeder anderen Behörde und insbesondere des Richters selbst handeln. Wie Frau Brahic-Lambrey in Erinnerung ruft, muss das Gericht beim Erlass einer Anordnung das Risiko einer Nichterfüllung seiner Entscheidung akzeptieren. "Die Anordnung setzt notwendigerweise voraus, dass ihr Inhaber die mögliche Nichterfüllung akzeptiert. Indem er eine Verfügung ausstellt, ist sich der Inhaber bewusst, dass er sich auf den Adressaten verlässt und somit möglicherweise auf seinen Widerstand stößt" (C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, S. 379).

2001 Er erkannte sich hingegen als befugt an, im Rahmen seiner Befugnisse, die Untersuchung zu leiten, *Verfahrensanordnungen* gegen öffentliche Personen zu erlassen (CE, Sect., 1^{er} Mai 1936, *Couespel du Mesnil*, *Lebon* S. 485).

2002 Sie geht laut M. Chevallier (J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, I, S. 70) auf das Urteil des Staatsrats vom 16. Januar 1874, *Frère des écoles chrétiennes* (*Lebon* S. 43), zurück. Die Entstehung dieses Grundsatzes ist eine Folge des Gesetzes vom 24. Mai 1872, das den Übergang von der zurückbehaltenen zur delegierten Justiz vollzog. Vor diesem Gesetz zögerte der Verwaltungsrichter nicht, in seinen Gutachten Anordnungen an die Verwaltung zu formulieren. Da der Staatsrat sich als Teil der Verwaltungshierarchie betrachtete und durch die Autorität des Staatsoberhaupts gedeckt war, konnte er die Verwaltungsbehörden zum Gehorsam zwingen. Nach dem Übergang zur delegierten Justiz sah sich der Staatsrat nicht mehr berechtigt, der Verwaltung Anordnungen zu erteilen, da diese seiner Rechtsstellung widersprechen. Dieser Grundsatz wurde von der Rechtsprechung fest verankert. Der Staatsrat bekräftigt: "Es gehört nicht zu den Befugnissen des Verwaltungsrichters, einer Verwaltungsbehörde Anordnungen zu erteilen" (CE, 4. Februar 1976, *Elissonde*, *Lebon* T. S. 1069), "es ist nicht Sache des Verwaltungsrichters, der Verwaltung Anordnungen zu erteilen" (CE, 15. Februar 1978, *Plantureux*, *Lebon* S. 73), "der Verwaltungsrichter hat nicht die Befugnis, der Verwaltung Anordnungen zu erteilen" (CE, Sect., 25. November 1953, *Lebon* S. 515).

2003 Der Hauptbefehl (auch Haupt- oder Ausgangsbefehl genannt) ist der Befehl, dessen Erlass der eigentliche Gegenstand der Anrufung des Gerichts ist. Die Vollstreckungsanordnung ist die Nebenstrafe einer Hauptverurteilung; sie besteht darin, der Verwaltung die Maßnahmen vorzuschreiben, die die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung voraussetzt. Beide Formen der richterlichen Anordnung waren verboten. Der Conseil d'Etat erklärte Anträge für unzulässig, die versuchten, in erster Linie den Erlass einer Anordnung zu erreichen: die Aufnahme des Klägers in eine Lehranstalt (CE, 25. November 1953, *Collado*, S. 515) oder seine Wiedereinsetzung in eine Dienstwohnung (CE, 22. November 1968, *Ville de Toulouse*, *Lebon*, S. 587) anzuordnen, einem Minister zu befehlen, eine Entscheidung zu überprüfen (CE, Sect., 22. April 1955, *Commune de Saint-Martin-en-Vercors*, *Lebon* S. 203) oder eine Regelung zu ändern (CE, 23. April 1980, *Camlong*, *Lebon* S. 194), oder der Verwaltung vorzuschreiben, den Antragsteller einer medizinischen Untersuchung zu unterziehen (CE, 9. Juli 1958, *Dhamelin-court*, *Lebon* S. 424). Der Verwaltungsrichter erklärte auch Anträge auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung für unzulässig (siehe z. B. CE, Sect., 25. November 1953, *Collado*, *Lebon* S. 515).

2004 Der Staatsrat erklärte, "dass es nicht Sache des Verwaltungsgerichts und folglich auch nicht des Richters für verwaltungsrechtliche einstweilige Verfügungen ist, solche Anordnungen zu erlassen" (CE, 27. Februar 1974, *Verguin*, *Lebon*, S. 154; CE, 10. Oktober 1979, *Kalonski*, Nr. 12952).

2005 Die Argumente, die zur Unterstützung dieser Rechtsprechung vorgebracht wurden, erschienen äußerst schwach. Marcel Waline behauptete, dass "es kein Prinzip gibt, das der Anerkennung dieser Befugnis des Richters gültig entgegengesetzt werden kann" (M. WALINE, Anmerkung zu CE, Sect., 23. Januar 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros*, RDP 1970, S. 1040). Das Verbot konnte zunächst nicht auf den Grundsatz der Trennung zwischen der aktiven Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit gestützt werden. Tatsächlich handelt es sich bei der Unterlassungsverfügung nicht um einen Verwaltungsakt. Der Richter tritt nicht an die Stelle der Verwaltung und wendet sich nicht direkt an die Bürger. Da der Richter nicht als Verwalter tätig wird, verstößt er nicht gegen den Trennungsgrundsatz. Die praktischen Argumente, die sich auf die Achtung der Vorrechte der Verwaltung stützten, waren ihrerseits mit einem gewissen Anachronismus behaftet. Angesichts der zunehmenden Durchsetzung rechtsstaatlicher Anforderungen wurde es immer schwieriger, "die Verweigerung einer Anordnung doktrinär zu rechtfertigen" (M. ROUX, concl. sur CE, Sect., 17. Oktober 1986, *Vinçat*, *Lebon* S. 237). Für eine kritische Darstellung der theoretischen und praktischen Argumente, die zur Unterstützung dieser Rechtsprechung vorgebracht wurden, siehe F. MODERNE, *op. cit.*, Spez. S. 803-804.

nur noch "eine Art Tabu", die "scheinbar ihre Legitimität aus ihrer rituellen Wiederholung" bezog²⁰⁰⁶. Trotz der - fast einstimmigen - Kritik an dieser Rechtsprechung²⁰⁰⁷ bis in die Reihen der Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁰⁰⁸, wurde sie nicht geändert. Erst nach zweimaligem Eingreifen des Gesetzgebers in den 1990er Jahren wurde dieses *Prinzip abgeschwächt*.

487. Dem Verwaltungsrichter wurde zunächst durch das Gesetz vom 4. Januar 1992 zur Einführung des *référé-précontractuel* eine Hauptanordnungsbefugnis mit begrenztem Anwendungsbereich zuerkannt. Wenn eine öffentliche Person die Verpflichtungen zur Bekanntmachung und Ausschreibung, die ihr vor dem Abschluss eines Vertrags obliegen, missachtet, kann der Richter "demjenigen, der den Verstoß begangen hat, anordnen, seinen Verpflichtungen nachzukommen"²⁰⁰⁹. Die Anerkennung dieser Befugnis stellte eine wichtige Neuerung im Vergleich zum traditionellen Grundsatz des Verbots von Anordnungen dar. Wie Marcou sagt: "Dieser erste Schritt hat zweifellos den nächsten erleichtert, der durch das Gesetz vom 8. Februar 1995 vollzogen wurde, das es dem Richter ermöglicht, der Verwaltung Maßnahmen zur Umsetzung seiner Entscheidungen vorzuschreiben"²⁰¹⁰. Auf der Grundlage der Bestimmungen dieses Gesetzes und unter der Voraussetzung, dass er mit entsprechenden Anträgen befasst wird, kann der Verwaltungsrichter der Verwaltung nunmehr die Maßnahmen zur Umsetzung ihrer Entscheidung vorschreiben. Der Richter der Anordnung ist dann ein Richter der Ausführung: Er schreibt der Verwaltung die Konsequenzen vor, die ihre Entscheidung notwendigerweise mit sich bringt und die darin bestehen können, entweder eine Entscheidung in einer bestimmten Richtung zu treffen oder nach einer Untersuchung eine neue Entscheidung zu treffen. Diese beiden gesetzlichen Neuerungen sind sehr wichtig. Dennoch bleibt das Prinzip des Verbots von Anordnungen bestehen. Das Gesetz vom 4. Januar 1992 und das Gesetz vom 8. Februar 1995 haben den Grundsatz des Verbots von einstweiligen Verfügungen zwar angekratzt, ihn aber nicht ins Wanken gebracht. Sie haben zwar Ausnahmen eingeführt, aber der Grundsatz wurde nicht umgestoßen. Insbesondere kann der Richter außerhalb von Vertragsstreitigkeiten keine Hauptverfügungen erlassen²⁰¹¹, und die Bestimmungen des Gesetzes vom 8. Februar 1995 erlauben es ihm nicht, Hauptverfügungen zu erlassen²⁰¹². In diesem Zusammenhang war die Anerkennung der Befugnis des Richters für einstweilige Verfügungen zur Erteilung von Hauptanordnungen eine bemerkenswerte Neuerung.

2006 F. MODERNE, a. a. O., S. 809.

2007 Siehe insbesondere J. RIVERO, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962, chron., S. 37-40, spez. S. 38-39; *ID.*, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, S. 813-836, spez. S. 827 f.; A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, S. 62-71; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thèse Paris II, 1981, S. 188-216; Y. GAUDEMÉT, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", *Le pouvoir. Mélanges offerts Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, S. 805-824; J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, I, S. 67-89; J.-M. PONTIER, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France", *AEAP* 1983/VI, S. 43-60, spé S. 51; G. DUPAIGNE, "La balance sans le glaive", *GP* 1987, 1, S. 468-469; F. MODERNE, Artikel zu diesem Thema, *AEAP* 1983/VI, S. 43-60, spé S. 51.

2008 Siehe insbesondere S. HUBAC und Y. ROBINEAU, "Droit administratif: vue de l'intérieur", *Pouvoirs* n° 46, 1988, S. 113-126, insbesondere S. 124 f.; J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, S. 341-368, insbesondere S. 345-346.

2009 Zum Beispiel das Vergabeverfahren komplett neu beginnen (CE, Ass., 10. Juni 1994, *Commune de Cabourg, Lebon* S. 301, Schlusswort S. LASVIGNES), eine neue Ausschreibung durchführen (CE, 6. November 1998, *Assistance publique Hôpitaux de Marseille, Lebon* T. S. 1098) oder ein rechtswidriges Kriterium aus den Ausschreibungsunterlagen entfernen (CE, 25. Juli 2001, *Commune de Gravelines, Lebon* S. 391).

2010 G. MARCOU, "Le droit administratif français entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire", in *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU Hrsg.), L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, S. 84. Unter den zahlreichen Kommentaren zu diesem Gesetz siehe R. DEBBASCH, "Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou", *JCP G* 1996, I, 3924; B. PACTEAU, "Le contentieux administratif: une révolution de velours", *Gazette des communes* 10. April 1995, S. 74-79; D. CHABANOL, "Un printemps procédural pour la juridiction administrative?", *AJDA* 1995, S. 388 f.; P. VALADOU, "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration", *LPA* 29. Mai 1995, Nr. 64, S. 4-10; F. MODERNE, "Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif", *RFDA* 1996, S. 43-57; E. PICARD, "La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative: aspects administratifs", *JCP G* 1995, I, 3840; O. SACHS, "La réforme du contentieux administratif issu de la loi du 8 février 1995", *CJEG* 1995, S. 175 f.; P. FRAISSEX, "La réforme de la juridiction administrative par la loi n° 92-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative", *RDP* 1995, S. 1053 ff.

2011 Vorbehaltlich einiger sehr spezieller Möglichkeiten mit begrenztem Umfang, wie z. B. die Verpflichtung zur Herausgabe eines Verwaltungsdokuments im Rahmen der einstweiligen Verfügung, die es nicht erlaubt, die Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung zu verhindern.

2012 Siehe zum Beispiel CE, 7. April 1995, *Surry, Lebon*, S. 158; CE, 28. Februar 1996, *Fauquaux, Lebon*, S. 52; CE, 16. November 1998, *Ferly, Lebon*, S. 417.

488. Die Zuweisung dieser Befugnis wurde mit der Notwendigkeit begründet, wirksam auf eine Beeinträchtigung reagieren zu können, die von einem Verwaltungsverhalten und nicht von einer Verwaltungsentscheidung ausgeht. In einem solchen Fall erweist sich die Befugnis zur Aussetzung als ungeeignet und die Anordnung ist die einzige Maßnahme, mit der die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten wirksam bekämpft werden kann. Nur mit ihr kann eine Beeinträchtigung, die sich aus einem Verwaltungsverhalten ergibt, behoben werden. Selbst eine Ersatzbefugnis ist für diese Art von Situationen nicht immer geeignet, da sie nur bei Vorliegen einer Entscheidung sinnvoll eingesetzt werden kann; sie ist unwirksam, wenn nicht die Änderung eines Rechtsakts, sondern die Behebung einer Situation oder die Durchführung eines materiellen Vorgangs gefordert wird. Die Anordnungsbefugnis ist flexibler und kann an alle Situationen angepasst werden. Aus der Ausübung dieser Befugnis zog der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen übrigens seine bemerkenswerte Wirksamkeit bei Verhaltensweisen, die einen Tatbestand der Tätlichkeit darstellen²⁰¹³. Außerdem ist die Anerkennung einer solchen Befugnis angesichts der *Notsituation*, auf die der Richter für einstweilige Verfügungen reagieren muss, leicht verständlich.²⁰¹⁴

Im Hinblick auf die bisherige Rechtslage stellt diese Befugnis "eine absolute Neuerung" dar²⁰¹⁵. Während der Vorbereitungsarbeiten wurde sie als "eine neuartige Anordnungsbefugnis" dargestellt²⁰¹⁶. Frau Burgorgue-Larsen stellt fest, dass "zum ersten Mal in der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Richter mit einer Anordnungsbefugnis gegenüber der Verwaltung ausgestattet ist, bevor der Rechtsstreit in der Sache entschieden ist und ohne dass eine Klage gegen einen Verwaltungsakt eingereicht wurde"²⁰¹⁷. Da sie zunächst ausgeübt wird, geht ihre Befugnis über den engen Rahmen des Gesetzes vom 8. Februar 1995 hinaus, das die Ausübung der Anordnungsbefugnis allein auf die Gewährleistung der Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung beschränkt. Sie geht über eine Erläuterung der Verpflichtungen, die sich aus einem Urteil ergeben, hinaus. Da seine Anordnungsbefugnis in erster Linie ausgeübt wird, ähnelt sie eher derjenigen, die dem Richter für einstweilige Verfügungen im Rahmen des Verfahrens für vorvertragliche Verfügungen zusteht. Zu diesem Punkt hatte Herr Garrec bemerkt, dass die dem Richter für einstweilige Verfügungen zugewiesenen Befugnisse "mit denen des Richters für vorvertragliche Verfügungen im besonderen Bereich der öffentlichen Aufträge verglichen werden können. Es geht darum, eine rechtswidrige Situation zu beenden, indem die Verwaltung angewiesen wird, in einem bestimmten Sinne zu handeln"²⁰¹⁸. Auch wenn der Bezugspunkt in den beiden Verfahren nicht derselbe ist - schwere und offensichtlich rechtswidrige Verletzung einer Grundfreiheit im einen Fall, Nichteinhaltung der Verpflichtungen zur Bekanntmachung und Ausschreibung im anderen Fall -, ist die dem Richter zugewiesene Anordnungsbefugnis beträchtlich und wird in jedem der beiden Verfahren hauptsächlich ausgeübt. Die Befugnis des Richters im Verfahren der einstweiligen Verfügung ist jedoch weiter gefasst, da er alle erforderlichen Maßnahmen anordnen kann. Im Vergleich zu den bisherigen Lösungen werden die Anordnungsbefugnisse des Verwaltungsrichters also exponentiell erweitert. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen eine Anordnung gemäß Artikel L. 521-2 erlässt, geht er laut Chauvaux "an die äußerste Grenze der Befugnisse des Verwaltungsrichters".²⁰¹⁹

²⁰¹³ Siehe J.-M. LE BERRE, "Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration", *AJDA* 1979, S. 14-18. Gemäß einer ständigen Rechtsprechung kann der Zivilrichter öffentliche Personen zu allen Verpflichtungen verurteilen, etwas zu tun oder zu unterlassen, um die Begehung einer Tätlichkeit zu verhindern oder zu beenden. Zunächst kann er positive Anordnungen erteilen: Räumung des Geländes (TC, 2. Februar 1950, *Gauffreteau c/ Manufacture d'armes de Chatellerault*, *Lebon* S. 651), Anschluss an ein Abwassersystem, das auf Verlangen des Bürgermeisters verschlossen wurde (Civ. 1^{ère}, 5. Mai 1988, *Droit et patrimoine hebdo*, Nr. 251, 16. Juni 1998, S. 2 f.), Rückgabe eines Reisepasses (TC, 19. November 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *Lebon* S. 755). Der Richter kann auch negative Anordnungen erteilen, z. B. die Unterbrechung begonnener Arbeiten (TC, 10. Februar 1949, *Roubaud c/ Syndicat du lotissement Sainte-Anne*, *Lebon* S. 591) oder die Beendigung der Störung von Rundfunksendungen (Civ. 1^{ère}, 3. Mai 1983, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France*, *Bull. civ.* I, Nr. 138).

²⁰¹⁴ Wie Frau Brahic-Lambrey bemerkte, ist die Situation, die die Umsetzung des Anordnungsverfahrens bedingt, "eine Notsituation" (C. BRAHIC-LAMBREY, *a. a. O.*, S. 136). Die wichtigsten Elemente, die als Kennzeichen einer Notsituation identifiziert wurden - Dringlichkeit, Beeinträchtigung eines geschützten Interesses und Schwere (siehe die zahlreichen, vom Autor auf S. 137-147 zitierten Beispiele für Anordnungsbefugnisse, deren Umsetzung vom Vorliegen eines oder mehrerer dieser Kriterien abhängt) - finden sich alle und kumulativ in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (Code de justice administrative) wieder. Die Bedingungen für die Gewährung einer einstweiligen Verfügung kennzeichnen zweifellos eine Notsituation.

²⁰¹⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1591.

²⁰¹⁶ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 41.

²⁰¹⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, S. 20. Ein Vorbehalt kann jedoch hinsichtlich der Tatsache geäußert werden, dass der Richter des *référé-liberté* nicht über den Inhalt des Rechts entscheidet (siehe *oben*, §§ 278-279).

²⁰¹⁸ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 55.

²⁰¹⁹ D. CHAUVAUX, *concl. sur CE*, 16 février 2001, *Brenq*, *RFDA* 2001, S. 672. Diese Aussage muss jedoch insofern nuanciert werden, als die letzte Ebene der Befugnisse des Verwaltungsrichters in der Substitution und nicht in der Anordnung verkörpert ist (siehe *oben*, § 485).

Die Anerkennung einer so weitreichenden Anordnungsbefugnis hat Fragen aufgeworfen und sogar Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der Trennung zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und aktiver Verwaltung geweckt. Nach Ansicht von M. Garrec "verändert diese Befugnis die Art der Beziehungen zwischen dem Verwaltungsrichter und der öffentlichen Körperschaft"²⁰²⁰. Im gleichen Sinne bemerkte M. Fromont, dass die Erteilung einer solchen Anordnungsbefugnis "eine große Umwälzung in den Beziehungen zwischen dem Verwaltungsrichter und der Verwaltung mit sich bringt"²⁰²¹. Dabei räumte er jedoch ein, dass "sowohl die Dringlichkeit des Eingreifens zur Wahrung einer Grundfreiheit als auch der vorläufige Charakter der angeordneten Maßnahmen die Aushebelung der besten Grundsätze rechtfertigen können"²⁰²².

b. Die Ausübung der Anordnungsbefugnis

- 489.** Der Richter für einstweilige Verfügungen kann verschiedene Arten von Hauptanordnungen gegen die Verwaltung erlassen. Diese Vielfalt an Anordnungen ermöglicht es dem Richter, den Inhalt der Maßnahme an die Vielfalt der ihm vorgelegten Situationen anzupassen. So ist er in der Lage, durch gezielte Anordnungen gegen das Eintreten oder die Fortsetzung eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit vorzugehen.
- 490.** Zunächst kann der Richter die Verwaltungsbehörde zu einer Unterlassungspflicht verurteilen. So kann er die Präfekturbehörde anweisen, die Vollstreckung einer Abschiebungsmaßnahme vorübergehend aufzuschieben²⁰²³, einen Bürgermeister anweisen, die Erfüllung eines Mietvertrags für einen Gemeindesaal²⁰²⁴ oder ein Stadion nicht zu behindern²⁰²⁵, eine öffentliche Einrichtung für interkommunale Zusammenarbeit anweisen, nicht mehr in die Zuständigkeiten der Mitgliedsgemeinden einzugreifen²⁰²⁶. Er wies "die verschiedenen Verwaltungsbehörden, die über das gegen Herrn Gollnisch eingeleitete Disziplinarverfahren zu entscheiden haben, an, davon abzusehen, öffentliche Stellungnahmen sowohl zum Disziplinarverfahren als auch zur strafrechtlichen Verfolgung nach den Äußerungen des Betroffenen vom 11. Oktober 2004 unter Bedingungen abzugeben, die dem Grundsatz der Unschuldsvermutung widersprechen würden"²⁰²⁷. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats wies den Siegelbewahrer an, ein Dekret, mit dem die Auslieferung des Klägers an die albanischen Behörden bewilligt wurde, nicht umzusetzen und insbesondere das Dekret diesen Behörden nicht zuzustellen²⁰²⁸. Ebenso untersagte er einer Gemeinde, Bäume zu fällen oder fällen zu lassen, bis ihr die nach Artikel L. 130-1 des Stadtplanungsgesetzes erforderliche Genehmigung für solche Maßnahmen erteilt wurde.²⁰²⁹
- 491.** In den meisten Fällen hat die Anordnung die Form einer Verpflichtung, etwas zu tun. Zunächst kann es darum gehen, eine bestimmte Entscheidung unter Bedingungen zu treffen, die Artikel L. 911-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes ähneln, d. h. wenn sich die Verwaltung in einer Situation der gebundenen Zuständigkeit befindet und über keinerlei Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des Inhalts der Entscheidung verfügt. So wies ein Richter für einstweilige Verfügungen den Regionalrat der Tierärztekammer an, "per Einschreiben mit Rückschein eine Gegendarstellung an alle Adressaten zu senden, die in seinem auf den Namen des [Klägers] lautenden Schreiben vom 27. November 2002 genannt sind, in dem darauf hingewiesen wird, dass die in diesem Schreiben enthaltene Aussetzungsmittel, die auf einem Fehler beruht, null und

²⁰²⁰ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 55.

²⁰²¹ M. FROMONT, "Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences", *RFD* 2002, S. 556.

²⁰²² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1591.

²⁰²³ CE, Ord. 10. April 2001, *Merzouk, Lebon T.*, S. 1135. Der Richter spricht diese Anordnung nicht aus, sondern stellt sie als eine Maßnahme dar, die der Kläger formulieren könnte, "wenn es notwendig ist".

²⁰²⁴ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311; TA Rennes, ord. 11. Februar 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jehovah de Lorient*, GP 29. April 2003, S. 12.

²⁰²⁵ TA Paris, ord. 13. Mai 2004, *Association culturelle des Témoins de Jehovah de France und andere*, *AJDA* 2004, S. 1597-1599, Anmerkung G. GONZALEZ.

²⁰²⁶ CE, 12. Juni 2002, *Commune de Fauillet und andere*, *Lebon* S. 215. Genauer gesagt wird der Gemeindeverband angewiesen, keine Maßnahmen mehr zu ergreifen, die die Umsetzung des Erlasses über die Erweiterung-Umwandlung in einen Gemeindeverband vorwegnehmen, und die Anwendung der Rechtsakte einzustellen, mit denen er begonnen hat, die aus diesem Erlass resultierenden Zuständigkeiten auszuüben.

²⁰²⁷ CE, ord. 14. März 2005, *Gollnisch*, *Lebon* S. 103.

²⁰²⁸ CE, Ord. 29. Juli 2003, *Pegini*, *Lebon* S. 345.

²⁰²⁹ CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenas*, *Lebon* S. 491. Siehe unter ähnlichen Umständen: CE, 14. Juni 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, Nr. 294060, erwähnt in der Sammlung *Lebon*. Der Richter wies die *Association syndicale du canal de la Gervonde* an, auf den Parzellen, die im Eigentum des Departements Isère stehen, keine Bäume zu fällen oder abzuschneiden, bis gegebenenfalls ein Beschluss der *Association syndicale de la Gervonde* unter Einhaltung der für sie geltenden Satzungsbestimmungen gefasst und vollstreckbar gemacht wird.

nichtig ist (...)".2030

Die Handlungsanweisung kann zweitens darin bestehen, dass eine Entscheidung nach einer erneuten Untersuchung unter ähnlichen Bedingungen wie in Artikel L. 911-2 getroffen wird, d. h. indem ein von einem Bürger gestellter Antrag geprüft oder erneut geprüft wird. Diese Anordnung entspricht den Annahmen, in denen die Verwaltung verpflichtet ist, eine Entscheidung nach einer Untersuchung oder erneuten Untersuchung zu treffen. So wies der Richter für einstweilige Verfügungen die Konsularbehörden an, "unverzüglich, sobald [der Antragsteller] eine vollständige Akte eingereicht hat, mit der Untersuchung seines Antrags unter Beachtung der Bestimmungen von Artikel 8 des Dekrets vom 26. Februar 2001 zu beginnen"²⁰³¹. Er hat der Präfekturbehörde zahlreiche derartige Anordnungen erteilt, z. B. : sich innerhalb einer Frist von höchstens 15 Tagen ab Zustellung des Beschlusses im Hinblick auf die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bestehende Sach- und Rechtslage zum Recht des Antragstellers auf einen Aufenthaltstitel zu äußern²⁰³²; innerhalb von 15 Tagen die Prüfung des Antrags des Antragstellers auf einen Aufenthaltstitel abzuschließen und ihm ab Zustellung des Beschlusses eine Empfangsbestätigung auszustellen, die als Aufenthaltsgenehmigung gilt²⁰³³; Prüfung eines Antrags auf eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung innerhalb von acht Tagen nach Einreichung durch den Antragsteller, um ihm zu ermöglichen, in voller Kenntnis seiner Rechte und Pflichten einen Asylantrag beim Direktor des französischen Amtes für den Schutz von Flüchtlingen und Staatenlosen zu stellen²⁰³⁴; Prüfung eines Antrags auf einen Aufenthaltstitel mit dem Vermerk "Privat- und Familienleben", den der Antragsteller bei ihm einreichen soll²⁰³⁵ oder innerhalb von 15 Tagen eine erneute Prüfung des vom Antragsteller eingereichten Antrags auf Verlängerung seines nationalen Personalausweises und seines Reisepasses²⁰³⁶. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats wies den Innenminister an, den Antrag des Klägers auf Zulassung zum Aufenthalt anhand der Gründe seines Beschlusses innerhalb von acht Tagen erneut zu prüfen²⁰³⁷. Er wies den Bürgermeister einer Gemeinde an, nachdem er eine Verordnung ausgesetzt hatte, die das Einlaufen und Parken von Schiffen im Hafen von einer vorherigen Genehmigung abhängig machte, "die Situation der SARL Côte Radieuse in Bezug auf das Recht, im Hafen von Collioure Passagiere ein- und auszuladen, innerhalb von drei Tagen ab dem vorliegenden Beschluss erneut zu prüfen"²⁰³⁸. Der Richter für einstweilige Verfügung gegen die Freiheit wies den Leiter eines Krankenhauses an, innerhalb von acht Tagen die Situation des Beschwerdeführers, der zwangsweise in seiner Einrichtung untergebracht war, erneut zu prüfen, um ihm zu ermöglichen, sein Recht auf Kommunikation mit Verwaltungs- und Justizbehörden sowie auf das Senden und Empfangen von Post auszuüben²⁰³⁹. Er wies den Präsidenten von Französisch-Polynesien an, "unverzüglich" darüber zu entscheiden, wie mit der vom Kläger eingereichten Kündigung angesichts der im Beschluss genannten Gründe zu verfahren sei.²⁰⁴⁰

Drittens und letztens kann die Handlungsanweisung darin bestehen, eine bestimmte Handlung zu vollziehen. So wies der Richter für einstweilige Verfügungen die Präfekturbehörde an, den Mitgliedern einer Familie mit französischer Staatsangehörigkeit ihre rechtswidrig eingezogenen Identitätsdokumente zurückzugeben²⁰⁴¹; innerhalb von acht Tagen einen gültigen Aufenthaltstitel zurückzugeben²⁰⁴²; innerhalb von acht Tagen der

2030 TA Nancy, Ord. 11. Februar 2002, *Freyheit*, Nr. 02157, zitiert von P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, S. 137.

2031 CE, Ord. 4. Dezember 2002, *Du Conëdic de Kërerant*, *Lebon T.*, S. 875.

2032 CE, 11. Juni 2002, *Ait Oubba*, *Lebon T.*, S. 869.

2033 TA Montpellier, ord. 19. Oktober 2001, Mlle Béchar, in der Berufung bestätigt durch CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T. S.* 1132. Die gleiche Anordnung wurde vom Conseil d'Etat in einem streng identischen Fall ausgesprochen: CE, 7. Mai 2003, *Boumaïza*, Nr. 250002.

2034 CE, Ord. 21. Dezember 2004, *Lazolo Kondé*, Nr. 275361.

2035 EG, Ord. 21. Februar 2005, *Najemi*, Nr. 277520.

2036 CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T. S.* 1034.

2037 EK, Beschl. 17. März 2006, *Saidov*, Nr. 291214.

2038 CE, ord. 2. Juli 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T. S.* 930. Damit zwingt der Richter den Bürgermeister implizit, aber notwendigerweise dazu, die Verordnung, deren Rechtswidrigkeit festgestellt wurde, zu ändern oder aufzuheben. Diese Verordnung war die Rechtsgrundlage für die Ablehnung des Antragstellers. Wenn sie unverändert beibehalten wird und der Bürgermeister dem Antragsteller entgegenkommt, wird die Einzelfallentscheidung unter Verstoß gegen die Bestimmungen der Verordnung getroffen. Wenn er dem Antragsteller erneut eine Ablehnung erteilt und sich dabei auf die Bestimmungen der Verordnung stützt, missachtet er die Tragweite der einstweiligen Verfügung. Folglich ist der Bürgermeister verpflichtet, bevor er die Situation des Antragstellers erneut prüft, die Verordnung zu ändern, indem er die vom Richter festgestellte Rechtswidrigkeit beseitigt, oder sie einfach aufzuheben.

2039 CE, 15. Mai 2002, *Baudoin*, Nr. 239487.

2040 CE, ord. 11. April 2006, *Tefaarere*, *Lebon*, S. 197.

2041 TA Marseille, Ord. 9. März 2001, in der Berufung bestätigt durch CE, Ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marvel*, *Lebon S.* 167.

2042 CE, Ord. 8. November 2001, *Kaigisisi*, *Lebon S.* 545.

Antragstellerin eine Empfangsbestätigung auszustellen, die als vorläufige Aufenthaltsgenehmigung gilt²⁰⁴³; eine Akte über den territorialen Asylantrag der Antragstellerin zu registrieren, "sobald diese, die vom Präfekten innerhalb von 48 Stunden nach Zustellung der vorliegenden Entscheidung darüber informiert werden muss, sich in den Dienststellen der Präfektur meldet"²⁰⁴⁴; "alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen", um die Vollstreckung eines Gerichtsbeschlusses zu gewährleisten, der die Räumung von unberechtigten Besetzern vorschreibt²⁰⁴⁵; dem Antragsteller innerhalb von 8 Tagen den nationalen Personalausweis auszustellen, den er beantragt hat²⁰⁴⁶; die Antragsteller innerhalb von 8 Tagen als Asylbewerber zum Aufenthalt zuzulassen²⁰⁴⁷. Der Richter für einstweilige Verfügungen wies den Bürgermeister an, die Kette, die den Zugang zur Zufahrtsstraße eines Hafens verhinderte, wieder anzubringen²⁰⁴⁸; seinen Dienststellen alle Anweisungen zu erteilen, damit die Anwendung einer von ihm erlassenen Notiz "sofort" beendet wird²⁰⁴⁹; die vor den Räumlichkeiten einer privatrechtlichen Gesellschaft aufgestellten Pfähle zu entfernen und die notwendigen Arbeiten für den Anschluss ihrer Räumlichkeiten an die öffentliche Straße durchzuführen²⁰⁵⁰; einem Verein den Gemeindesaal zur Verfügung zu stellen, dessen Vermietung er beantragt hatte²⁰⁵¹. Er "wies eine Krankeneinrichtung an, "in der Abteilung, in der sich [die Klägerin] befindet, oder in einer anderen geeigneten Krankenhausabteilung alle Untersuchungen und Behandlungen durchzuführen, die mit dem Allgemeinzustand der Betroffenen medizinisch vereinbar sind, um speziell ihre jüngste neurologische Erkrankung mit Seh- und Hörverlust zu behandeln, und eine Verlegung der Betroffenen in eine Palliativstation nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die Irreversibilität dieser Erkrankung als erwiesen gilt"²⁰⁵². Der Richter für einstweilige Verfügung wies den Leiter einer Haftanstalt an, dem Antragsteller eine Kopie der Eintragungen im Register über den Eingang und den Ausgang der ihn betreffenden Briefe zukommen zu lassen²⁰⁵³, den Leiter eines Krankenhauses, den Mindestdienst vorrangig von nicht streikenden Notärzten durchführen zu lassen und unverzüglich einen Dienstplan zu erstellen, in dem alle Ärzte des Krankenhauszentrums aufgeführt sind, die die beruflichen Fähigkeiten erfüllen, um im Rahmen des SAMU zu praktizieren²⁰⁵⁴. Ebenso wies er den Direktor einer Schule an, innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung des Beschlusses den Disziplinarrat der Schule mit dem Streitfall zwischen der Schulverwaltung und dem Kläger zu befassen.²⁰⁵⁵

492. Mehrere Kriterien werden vom Richter der einstweiligen Verfügung berücksichtigt, um den Gegenstand, den Inhalt und den Umfang einer einstweiligen Verfügung zu bestimmen.

Zunächst einmal muss die Anordnung *möglich* sein, was voraussetzt, dass ihre Durchsetzung durchführbar ist. Der Inhaber der Anordnungsbefugnis, "geleitet von einem Nützlichkeitsgebot, erlässt nur solche Anordnungen, die unter Berücksichtigung der Umstände des Falles möglich sind. Die Durchführbarkeit der Maßnahme ist in der Tat eine Bedingung für ihre Nützlichkeit"²⁰⁵⁶. Die Anordnung darf nicht über technische Unmöglichkeiten hinausgehen oder auf eine größere materielle Schwierigkeit bei der Durchführung stoßen. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats hält sich an diese Regel, indem er darauf achtet, immer nur solche Verfügungen anzuordnen, deren Umsetzung objektiv machbar erscheint. Andererseits kommt es vor, dass einige Richter der ersten Instanz es wagen, der öffentlichen Behörde unrealistische Anordnungen zu erteilen, die beispielsweise darin bestehen, die Durchführung einer Rave-Party mit mehreren zehntausend Teilnehmern zu

²⁰⁴³ TA Grenoble, 19. Oktober 2001, *Farhoud*, in der Berufung bestätigt durch CE, Ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T. S.* 1126.

²⁰⁴⁴ CE, 15. Februar 2002, *Hadda*, *Lebon*, S. 45.

²⁰⁴⁵ CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaur und andere*, *Lebon S.* 117 (Frist von 15 Tagen, um sich zu erfüllen, betrifft ein Wohngebäude); CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon S.* 408 (Frist von zwei Monaten, um sich zu erfüllen); CE, Ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T. S.* 874 (Frist von drei Monaten, um sich zu erfüllen)

²⁰⁴⁶ CE, Ord. 11. März 2003, *Samagassi*, *Lebon*, S. 119.

²⁰⁴⁷ CE, 14. Mai 2004, *Gaitukaev*, Nr. 267360.

²⁰⁴⁸ TA Nizza, ord. 14. August 2003, in der Berufung bestätigt durch CE, ord. 10. September 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, Nr. 260015.

²⁰⁴⁹ CE, 9. April 2004, *Vast*, *Lebon S.* 173.

²⁰⁵⁰ TA Nice, ord. 18. Mai 2001, in der Berufung bestätigt durch CE, ord. 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon S.* 253.

²⁰⁵¹ TA Rennes, Ord. 21. Februar 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jehovah de Lorient*, GP 29. April 2003, S. 12.

²⁰⁵² TA Marseille, Ord. 22. Januar 2004, *Frau X*, Nr. 04427/0.

²⁰⁵³ TA Nantes, Ord. 7. März 2002, in der Berufung bestätigt durch CE, Ord. 22. März 2002, *Ministre de la Justice c/ Cazé*, *Lebon T. S.* 852.

²⁰⁵⁴ TA Orléans, Ord. 11. Dezember 2001, *Bennis*, *AJFP* 2002, S. 39.

²⁰⁵⁵ TA Cergy-Pontoise, Ord. 21. Oktober 2004, *M. Singh*, *Procédures* 2005, Nr. 79, S. 28, Anm. X.

²⁰⁵⁶ C. BRAHIC-LAMBREY, *a. a. O.*, S. 368.

verhindern²⁰⁵⁷ oder die Blockade einer Universität durch "streikende" Studenten zu beenden²⁰⁵⁸. Diese Anordnungen waren unmöglich umzusetzen und wurden von der Verwaltung nicht ausgeführt. Die Polizeibehörde wurde zu unrealistischen Handlungspflichten verurteilt, was das Verfahren der einstweiligen Verfügung ungläubig macht und die Autorität des Richters für einstweilige Verfügungen schwächt.²⁰⁵⁹

Die Anordnung muss auch der Situation entsprechen, die ihren Erlass gerechtfertigt hat, d. h. sie muss von ihrer Art her angemessen und von ihrem Umfang her verhältnismäßig sein. Die Anordnung ist wie ein Spiegel, der versucht, genau auf die Situation des schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit zurückzukommen. Allgemein gesagt: "Die Unterlassungsanordnung ist ein Spiegelbild der Notlage, die sie verursacht. Sie stellt sich also als das Gegenteil dieser Situation dar, während sie sich gleichzeitig perfekt an sie anlehnt, mit dem Ziel, sie umzukehren (...)"²⁰⁶⁰. Der Richter muss die Unterlassungsanordnung zur entgegengesetzten Antwort auf die Situation machen, die seine Befassung gerechtfertigt hat. Er legt von Fall zu Fall fest, wie auf die Notlage, die den Erlass einer Unterlassungsverfügung rechtfertigt, reagiert werden soll, d. h. wie sie korrigiert und umgekehrt werden kann, indem ihre Auswirkungen ausgeglichen werden. Dazu reicht es

²⁰⁵⁷ TA Châlons-en-Champagne, Ord. 29. April 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres*, *AJDA* 2005, S. 1357-1360, Anm. H. GROUD und S. PUGEAULT; *JCP A* 2005, 1216, Anm. P. BILLET. Der "Teknival" ist eine große Musikveranstaltung, die einmal im Jahr stattfindet und an einem Wochenende mehrere tausend Menschen zusammenbringt. Am zweiten Tag dieser Zusammenkunft und obwohl für das Wochenende 40 000 Personen erwartet wurden, wies der Richter für einstweilige Verfügungen den Präfekten des Departements Marne an, "alle zweckdienlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Fortsetzung der "Teknival"-Veranstaltung sofort zu verbieten". Mit dieser Anordnung verlangt der Richter nicht mehr und nicht weniger von der Polizeibehörde, mehrere Tausend Personen vom Gelände des Teknival zu vertreiben und gleichzeitig zu verhindern, dass mehrere Tausend weitere Personen Zugang zum Gelände erhalten. Die Anordnung war objektiv nicht durchführbar, wenn man die Bedingungen, unter denen die Ordnungskräfte eingreifen sollten, die Anzahl der Teilnehmer und vor allem die Tatsache, dass die Veranstaltung bereits begonnen hatte, bedenkt.

²⁰⁵⁸ In einem Beschluss vom 13. April 2006 (TA Toulouse, ord. 13. April 2006, *Wenger und andere*, *AJDA* 2006, S. 844, obs. E. ROYER, S. 1281-1286, Anm. X. BIOY) stellte der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass angesichts der Besetzung der Räumlichkeiten der Universität Toulouse-le Mirail "der Präsident dieser Universität, obwohl er die Mittel zur Fortführung von Lehrveranstaltungen für besondere Kategorien von Studierenden und zur Entwicklung alternativer Methoden des Wissenserwerbs für andere eingesetzt hat, nicht alle Befugnisse genutzt hat, die er aus Artikel L. 712-2 des Bildungsgesetzbuchs; dass er somit rechtswidrig den Umfang seiner Befugnisse verkannt hat; dass es nicht erwiesen ist, dass der Schutz der öffentlichen Ordnung und die Achtung der Rechte anderer es gerechtfertigt hätten, dass er von der Ausübung aller dieser Befugnisse absieht". Folglich wies das Gericht den Präsidenten der Universität an, "alle Maßnahmen zu ergreifen, die insbesondere für die Fortsetzung des gesamten Unterrichts unter Bedingungen, die für eine effiziente Vorbereitung auf die Prüfungen geeignet sind, nützlich sind".

²⁰⁵⁹ Diese Entscheidungen werfen außerdem Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Erfordernisses der offensichtlichen Rechtswidrigkeit und der allgemeinen Beurteilung der Dringlichkeit auf. In beiden Fällen erschien die Handlungsverweigerung der Polizeibehörde nämlich nicht unverhältnismäßig im Hinblick auf das verfolgte Ziel, die öffentliche Ordnung zu schützen. Es ist schwierig, diese Weigerungen als rechtswidrig und erst *recht* als offensichtlich rechtswidrig anzusehen. Die Weigerung oder Unterlassung der Polizeibehörde, die Ordnungskräfte zu entsenden, ist nur dann rechtswidrig, wenn keine Störung der öffentlichen Ordnung vorliegt. In beiden Fällen steht fest, dass die Anwendung von Gewalt erhebliche Unruhen auslösen würde, die in keinem Verhältnis zu den Unruhen stehen, die sich aus der Organisation einer Rave-Party oder der Besetzung von Universitätsgebäuden ergeben. Präsident Bonichot betonte: "Die Behauptung, dass der Staat verpflichtet ist, in allen Fällen einzugreifen, um die öffentliche Ordnung sofort wiederherzustellen, bedeutet nichts und ist eine Beschwörung. Man wird niemals die Verpflichtung des Staates, eine Fabrik oder die öffentliche Straße zu räumen oder eine Demonstration um jeden Preis zu zerschlagen, zu einem Rechtsprinzip erheben können" (J.-C. BONICHOT, "Devoir d'agir ou droit de ne pas agir: l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen", *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique, S. 86). Ebenso scheint in diesen Entscheidungen die Dringlichkeit, etwas anzuordnen, nicht mit der Dringlichkeit, nicht anzuordnen, konfrontiert worden zu sein. Wie M. Royer in dem oben genannten Beschluss des Richters für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Toulouse feststellte, "darf man sich fragen, ob der Richter die Schwierigkeiten, mit denen die Universitätspräsidenten unter solchen Umständen konfrontiert sind, angesichts der geringen Mittel, die ihnen zur Verfügung stehen, in vollem Umfang erfasst hat" (a. a. O., S. 844). Andere Richter für einstweilige Verfügungen zeigten bei der Beurteilung der Gefahr von Unruhen ein größeres Urteilsvermögen. So stellte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Melun in einem identischen Fall fest, dass "selbst wenn der Antragsteller das Vorliegen einer Notsituation rechtfertigt, da er daran gehindert wird, Zugang zur Universitätsbibliothek zu erhalten, um sich auf seine Prüfungen vorzubereiten, und da das Recht auf Bildung eine Grundfreiheit darstellt, muss M. Pineda das Recht haben, die Bibliothek zu betreten. Pineda nicht nachweisen, dass der Präsident mit der Entscheidung, bestimmte Gebäude der Universität aufgrund von Störungen der öffentlichen Ordnung, die die Sicherheit von Personen gefährden können, zu schließen, in Ausübung seiner Befugnis zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung innerhalb des Universitätsgeländes diese Freiheit schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig beeinträchtigt hätte" (TA Melun, Ord. 23. März 2006, *Pineda*, Nr. 06-1796/5, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER). Ebenso scheint der oben genannte Beschluss des Richters für einstweilige Verfügungen in Châlons-en-Champagne nicht die erheblichen Störungen der öffentlichen Ordnung berücksichtigt zu haben, die das Eingreifen der Ordnungskräfte unverweigerlich hervorrufen würde. Es war nämlich sicher, dass die Teilnehmer den Versammlungsort nicht freiwillig verlassen würden und dass das Eingreifen der Ordnungskräfte zu Zusammenstößen mit den Teilnehmern führen würde. Außerdem würde das Verbot, Tausenden von Teilnehmern den Zugang zum Veranstaltungsort zu verwehren, möglicherweise zu einer Straßenblockade führen, die den Verkehr von Einsatz- und Rettungsfahrzeugen behindern würde.

²⁰⁶⁰ C. BRAHIC-LAMBREY, a. a. O., S. 373.

nicht aus, dass die Anordnung ihrer Art nach auf die dem Richter vorgelegte besondere Situation eingeht; sie muss auch ihrem Umfang nach in einem angemessenen Verhältnis dazu stehen. Es geht vor allem darum, ein Gleichgewicht, eine "normale" Situation wiederherzustellen oder zu schaffen, und nicht darum, eine umgekehrte Notlage herbeizuführen, indem der Verwaltungsbehörde eine zu schwere, einschränkende oder unverhältnismäßige Last auferlegt wird. Es geht darum, ein gestörtes Gleichgewicht wiederherzustellen, und nicht darum, zu einem umgekehrten Ungleichgewicht zu gelangen. Die Verwaltung hat unrechtmäßig Ausweispapiere eingezogen, der Richter weist sie an, diese zurückzugeben; sie hält ein Flugzeug fest, indem sie es mit Betonblöcken umgibt, der Richter ordnet an, die Festsetzung zu beenden, indem die Betonblöcke, die das Flugzeug umgeben, entfernt werden. Somit geht der Richter nicht über das hinaus, was zur Beendigung der Beeinträchtigung notwendig ist.

Zweitens muss die Anordnung *präzise* sein. Der Richter muss die Verpflichtungen, die der Verwaltung auferlegt werden, klar angeben. Die Verwaltung muss genau wissen, wie sie sich zu verhalten hat. Es darf keine Unklarheiten über den Umfang und den Inhalt ihrer Verpflichtungen oder über die Art und Weise ihrer Erfüllung geben. Um Schwierigkeiten bei der Umsetzung vorzubeugen, ist der Richter im einstweiligen Rechtsschutz bei Bedarf sehr bestimmend und erklärt der Verwaltung genau, welche Pflichten sie hat.

Der Richter muss außerdem eine *Frist* für die Ausführung der Anordnung festlegen. Bei einer positiven Anordnung setzt der Richter für einstweilige Verfügungen eine sehr kurze Frist, die die Verwaltung zur Erfüllung drängen wird. Bei der Festlegung der Frist berücksichtigt der Richter den Zeitraum, der für die Umsetzung der Anordnung aufgrund der verschiedenen Zwänge, die auf ihr lasten können, als notwendig erachtet wird. Die Frist beträgt in der Regel einige Tage²⁰⁶¹. Manchmal ordnet der Richter an, dass die Verwaltung "unverzüglich" oder "sofort" zu handeln hat. In der Praxis beträgt die längste Frist, die der Verwaltung zur Erfüllung eingeräumt wird, drei Monate und betrifft die Verpflichtung zur Unterstützung der öffentlichen Gewalt bei der Durchsetzung einer Entscheidung zur Räumung von Hausbesetzern angesichts der Schwierigkeiten des Vorhabens. Die Anordnung hat dann eine Laufzeit, die der für ihre Vollstreckung festgelegten Frist entspricht. Bei einer negativen Anordnung setzt der Richter eine Frist oder bestimmt ein Ereignis, nach dessen Ablauf oder Eintreten die Verwaltung von der Unterlassungspflicht befreit ist. Während dieser Frist muss sie die Handlung unterlassen und warten, bis sie von der Verpflichtung befreit ist, bevor sie handeln kann.

Schließlich muss die Anordnung mit einer *Strafandrohung versehen sein*. Es muss hinreichend klar sein, dass die Missachtung der Anordnung negative Folgen nach sich ziehen kann. Die Drohung kann direkt offensichtlich sein, insbesondere wenn der Richter die Unterlassungsanordnung mit einem Zwangsgeld belegt.

Nachdem die angemessene Entscheidung zur Beendigung der Verletzung festgelegt wurde, muss der Richter noch sicherstellen, dass sie eingehalten wird. Es ist wichtig, dass sie ein konkretes Ergebnis für das Opfer einer Verletzung hervorbringt und die Situation der schweren und offensichtlich rechtswidrigen Verletzung einer Grundfreiheit wirksam beendet.

B. Die Begleitung der Sicherungsmaßnahme

493. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist an der Umsetzung seiner Urteile beteiligt. Um sicherzugehen, dass seine Entscheidung von der Verwaltung vollständig verstanden und korrekt umgesetzt wird, versieht er seine Entscheidungen mit einer Dosis Zwang und Pädagogik. Wenn es ihm notwendig oder sinnvoll erscheint, teilt er der Verwaltung detailliert mit, welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die Rechtsverletzung zu beenden. Nachdem er eine Maßnahme beschlossen und erläutert hat, was sie bedeutet, gibt er sich auch die Mittel an die Hand, um ihre Einhaltung energisch durchzusetzen.

1. Die Erklärung

494. Unabhängig von der Art der verhängten Maßnahme beweist der Richter für einstweilige Verfügungen, wenn es die Umstände erfordern, beispielhafte didaktische Fähigkeiten, um die korrekte Ausführung seiner Entscheidung sicherzustellen. Während die Entscheidungen des Verwaltungsrichters traditionell kurz und lakonisch sind²⁰⁶², weisen die Beschlüsse des Richters für einstweilige Verfügungen die Verwaltung sehr

²⁰⁶¹ Siehe *oben*, § 491.

²⁰⁶² Die Autoren haben seit langem die redaktionelle Kürze der Urteile des Staatsrats hervorgehoben (siehe insbesondere D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2^{ème} ed., Aug. Durand librairie éditeur, 1865, vol. I, S. VI; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, Bd. I, S. IX; G. JEZE, "Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, S. 348; B. DUCAMIN, "Le style des décisions du Conseil d'Etat. Les réactions d'un public cultivé", *EDCE* 1984-1985, S. 129-145, spé S. 129). Hauriou war einer der wenigen

genau auf ihre Verpflichtungen hin, und zwar mit einem an Pädagogik grenzenden Bemühen um Präzision²⁰⁶³. Entsprechend seiner Rolle als Entscheidungsträger begnügt sich der Richter nicht damit, eine

Autoren, der diese Kürze der Urteile lobte (siehe note sous CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, S. 1918-1919, S. 343). Ein Großteil der Lehre hat jedoch die objektive Trockenheit und den übermäßigen Lakonismus der Entscheidungen des Verwaltungsrichters beanstandet, der als Hindernis für die Verständlichkeit und Klarheit seiner Entscheidungen angesehen wurde (siehe insbesondere R.-E. CHARLIER, "La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction?", *EDCE* 1951, S. 43; J. RIVERO, "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", *EDCE* 1955, S. 30; J. MORAND-DEVILLER, "Le contrôle de l'administration: la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire", in: *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Economica, 1991, S. 199; M.-C. PANTHOREAU, "Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français", *RDP* 1997, S. 748; B. PACTEAU, "La jurisprudence, une chance du droit administratif?", *RA* 1999, Sondernummer 6, S. 79).

2063 Diese pädagogischen Bemühungen richten sich nicht ausschließlich an die Verwaltung. Sie kann auch die Richter der ersten Instanz und die Antragsteller selbst betreffen.

Wie von den Autoren bei der Gründung der Verwaltungsgerichte im Jahr 1953 betont wurde, fördert eine umfassende Begründung der Entscheidungen des Staatsrats eine korrekte und einheitliche Anwendung seiner Rechtsprechung durch die Richter der ersten Instanz (siehe J. RIVERO, "Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice", *D.* 1954, chron., S. 157-162; F. GAZIER, "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif", *RDP* 1954, S. 669-683, spé S. 680). Mit diesem Ziel verfolgte die Abteilung Verwaltungsrechtsprechung eine proaktive Rechtsprechungspolitik, die darin bestand, die Richter der ersten Instanz durch eine präzise und detaillierte Begründung bei der Anwendung der Reform vom 30. Juni 2000 zu begleiten. Wie der Vizepräsident des Staatsrats bestätigte, "wurden die ersten Beschlüsse zur Information der Parteien und der Richter der einstweiligen Verfügungen der Verwaltungsgerichte absichtlich lang begründet" (R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence: premier bilan", *AJDA* 2002, S. 1). Das oberste Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit wollte die Verfahrensregeln und das System der neuen einstweiligen Verfügungen mit größtmöglicher Klarheit darlegen, um eine lückenlose Anwendung dieser Regeln zu gewährleisten. Der *Hyacinthe-Beschluss* zeugt von diesem Ansatz (CE, ord. 12. Januar 2001, *Hyacinthe, Lebon* S. 12). Da die Klägerin vor der Anhörung befriedigt worden war, musste der Richter das Verschwinden des Streitgegenstands feststellen und die Erledigung des Verfahrens verkünden. Er hätte es dabei belassen können, wie es normalerweise die Regel ist. Bevor er jedoch die Einstellung des Verfahrens feststellt, und obwohl er dazu nicht verpflichtet ist, bemüht er sich, lange und einzeln zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind. Aus rechtlicher Sicht war diese Prüfung nicht erforderlich. Ihr einziger Zweck besteht darin, den untergeordneten Richtern Hinweise zu geben, wie sie die Voraussetzungen für eine auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 beantragte Maßnahme zu beurteilen haben. Ebenso enthält der Beschluss vom 12. November 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, sehr präzise und allgemein gehaltene Hinweise zur Beurteilung der Bedingungen für einen schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit (siehe *oben*, §§ 223 und 256).

Der Richter für einstweilige Verfügungen wird auch pädagogische Maßnahmen gegenüber dem Antragsteller ergreifen, wenn dieser nicht das richtige Verfahren für eine einstweilige Verfügung genutzt hat. Er kann den Betroffenen auffordern, sich auf der richtigen Grundlage an ihn zu wenden, und ihm gegebenenfalls sogar mitteilen, welche Schritte er zuvor bei der Verwaltung unternehmen muss. Diese Verweisung kann vom Richter des vorläufigen Rechtsschutzes an einen anderen Richter oder von einem anderen Richter an den Richter des vorläufigen Rechtsschutzes erfolgen.

Der Richter für einstweilige Verfügungen kann den Antragsteller, der die Aufhebung einer Entscheidung und die Wiedergutmachung des Schadens, der ihm durch diese Entscheidung entstanden sein soll, fordert, an den Richter des Hauptverfahrens verweisen (siehe CE, ord. 29. Oktober 2001, *SARL Objectif*, Nr. 239443). Er kann sie auch auffordern, sich an die Beschwerdekommision gegen die Verweigerung von Einreisevisa für Frankreich zu wenden (CE, ord. 18. Februar 2005, *Lannay und Benfidil*, Nr. 277579; CE, ord. 15. März 2005, *Sosson*, Nr. 278502). Der Richter des *référé-liberté* kann den Antragsteller auch auf ein für seine Situation geeignetes Verfahren der einstweiligen Verfügung verweisen: den *référé-provision* (CE, ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon* T. S. 828) oder, häufiger, den *référé-suspension*. Im Urteil *Commune de Venelles* weist der Staatsrat die Antragsteller auf das Verfahren der *référé-suspension* hin, indem er ihnen genau erklärt, wie sie vorgehen müssen, um die Aussetzung der Weigerung des Bürgermeisters, seinen Gemeinderat einzuberufen, zu erreichen. In dem Urteil heißt es: "Diese Entscheidung steht dem nicht entgegen, dass die Betroffenen, wenn sie sich für zulässig und begründet halten, beim Verwaltungsgericht eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse gegen die Verweigerungsentscheidung des Bürgermeisters einreichen und den Richter für einstweilige Verfügungen dieses Gerichts mit Anträgen befassen, die auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes darauf abzielen, dass er die Aussetzung anordnet und die Verhängung dieser Maßnahme mit der Angabe der Verpflichtungen verbindet, die sich daraus für den Bürgermeister ergeben werden" (CE, Sect, 18. Januar 2001, *Morbelli, Bürgermeister der Gemeinde Venelles, Lebon* S. 18). Für weitere Beispiele für die Verweisung vom Richter für *référé-liberté* auf den Richter für *référé-suspension* siehe *oben*, § 40.

Umgekehrt kann es vorkommen, dass ein Antragsteller im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auf das Verfahren der einstweiligen Verfügung verwiesen wird. So konnte der Richter des einstweiligen Rechtsschutzes einen Antragsteller auf die beiden anderen dringenden einstweiligen Verfügungen verweisen, indem er ihn genau auf das Verfahren hinwies, das auch in der vorprozessualen Phase zu befolgen ist. Im Urteil vom 11. Juni 2002, *SARL Camping d'Oc*, bekräftigte der Staatsrat, dass es, um die Räumung von unberechtigten Besetzern zu erreichen, "der antragstellenden Gesellschaft, wenn sie sich dazu berechtigt glaubte, oblag, vom Präфекten des Departements Hérault unter Vorlage einer vollstreckbaren Gerichtsentscheidung die Mitwirkung der öffentlichen Gewalt zu verlangen oder den Bürgermeister (...) zu ersuchen (...) unter Berufung auf das Vorliegen einer zwingenden Dringlichkeit von Amts wegen die Vollstreckung des strittigen Erlasses zu veranlassen, bevor er im Falle einer Weigerung den Richter für einstweilige Verfügungen gemäß Artikel L. 521-1 oder L. 521-2 des Verwaltungsjustizgesetzes" (CE, 11. Juni 2002, *SARL Camping d'Oc, Lebon* T. S. 933). Ebenso kann der Richter des *référé-suspension* dem Antragsteller, der über keine Vorabentscheidung verfügt, mitteilen, dass der Weg nach Artikel L. 521-2 in diesem Fall offen ist (CE, Ord. 20. Dezember 2005, *Meyer*, Nr. 288253). Die Verweisung des Antragstellers auf einstweilige

Situation festzustellen, in der ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, um dann die Verwaltung allein die Konsequenzen daraus ziehen zu lassen. Im Gegenteil, er leitet die Verwaltungsbehörde bei der Umsetzung ihrer Entscheidungen an und orientiert sie. Durch eine besonders sorgfältige und direktive Abfassung der Begründung seiner Beschlüsse flößt der Richter im Rahmen seines Amtes der Verwaltung eine zusätzliche Dosis Zwang ein. Er gibt seine frühere Zurückhaltung auf, ist entschieden direktiv und engagiert sich für die Wirksamkeit seines Urteils. Er zögert nicht, "auf das Verwaltungshandeln einzuwirken"²⁰⁶⁴, selbst wenn er dafür die Funktionen des Verwaltungsbeamten überschreiten muss.

Die bewusst pädagogische Abfassung seiner Entscheidungen soll sicherstellen, dass die Verwaltung diese korrekt umsetzt²⁰⁶⁵. Wenn der Richter der einstweiligen Verfügung will, dass die Verwaltungsbehörde seine Entscheidungen korrekt umsetzt, muss er sie in die Lage versetzen, alle Auswirkungen zu verstehen. Wenn die Pflichten der Verwaltung nicht eindeutig festgelegt sind, kann sie trotz ihres guten Willens zögern, wie sie sich angesichts einer komplexen Rechtslage verhalten soll. Da sie nicht genau weiß, wie sie handeln soll, kann sie in Untätigkeit verfallen oder die erforderlichen Maßnahmen unterlassen. Indem der Richter der Verwaltung erklärt, wie sie sich in diesem Fall und in Zukunft verhalten soll, beseitigt er alle Schwierigkeiten, damit die Verwaltung ihre Entscheidungen korrekt umsetzt und im Einklang mit der Rechtmäßigkeit und den Grundfreiheiten handelt. Der Richter stellt durch die Erläuterung sicher, dass das Recht und seine Entscheidungen eingehalten werden, und garantiert dadurch die Wirksamkeit seines Eingreifens. Er zeigt der Verwaltung, wie sie eine Rechtsverletzung beenden und künftig verhindern kann, dass sie wieder auftritt. Dadurch kann sie die Beeinträchtigung beheben und neue Beeinträchtigungen verhindern. Auf diese Weise stellt er sicher, dass sein Eingreifen eine nützliche Wirkung hat. In den Erwägungsgründen der Entscheidung und manchmal auch im Tenor der Entscheidungen wird minutiös dargelegt, was die Verwaltung tun muss, um der Gerichtsentscheidung in diesem Fall nachzukommen und in Zukunft nicht wieder unter ein erneutes gerichtliches Zensururteil zu fallen.

495. Bei einer komplexen Rechtslage wird der Richter für einstweilige Verfügungen nicht das Risiko eingehen, dass die Verwaltung ihre Entscheidung nicht korrekt oder unvollständig umsetzt. Wenn die rechtlichen Schwierigkeiten ernst sind und die Freiheiten bedroht sind, schließt der Verwaltungsrichter aus, dass die Verwaltung allein über die Folgen ihrer Entscheidung entscheidet. Er will verhindern, dass eine Beeinträchtigung nach seinem Eingreifen aufgrund eines Missverständnisses seiner Anordnung fortbestehen kann. In einem solchen Fall lehnt er es ab, sich vollständig auf die Verwaltung zu verlassen, und legt, um jeden Fehler oder Widerstand bei seiner Umsetzung zu vermeiden, selbst die Maßnahmen fest, die geeignet sind, den Kläger wieder in seine Rechte einzusetzen und die "besondere Situation" zu beenden, die durch eine Handlung oder Unterlassung der Verwaltung hervorgerufen wurde. Er leitet das Verhalten der Verwaltungsbehörde, die sich eines Eingriffs in eine Grundfreiheit schuldig gemacht hat, an, dirigiert es und setzt dadurch einen Rahmen. Er zeigt realistisch die Verpflichtungen auf, die der Verwaltung obliegen. Er orientiert die öffentliche Person, an die die Entscheidung gerichtet ist, indem er ihr sagt, wie sie vorgehen soll. Indem der Richter für einstweilige Verfügungen auf diese Weise die Verpflichtungen detailliert darlegt, die ihr auferlegt sind, um den von ihr verursachten schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in eine Grundfreiheit zu beenden, räumt er alle Schwierigkeiten aus dem Weg, die eine korrekte und sofortige Umsetzung seiner Entscheidung behindern könnten²⁰⁶⁶. Für einen Richter, der die Besonderheit aufweist,

Verfügung und Aussetzung auf das Verfahren nach Artikel L. 521-2 ist sehr selten, da die materiellrechtlichen Voraussetzungen von Artikel L. 521-2 anspruchsvoller sind als die von Artikel L. 521-1. Sie ist jedoch aufgrund der flexibleren Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht undenkbar.

²⁰⁶⁴ Nach der berühmten Formel von Laferrière (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} ed., Berger-Levrault, 1896, t. 2, S. 569).

²⁰⁶⁵ Diese Erklärungsbemühung ermöglicht es dem Richter für einstweilige Verfügungen auch, "die relative 'Brutalität' der Auswirkungen seiner Entscheidungen auszugleichen" (M. GUYOMAR und P. COLLIN, *chron. préc.*, *AJDA* 2001, S. 1050). Sie fördert, wenn schon nicht die Zustimmung zu der gewählten Lösung, so doch zumindest ein besseres Verständnis derselben. Indem der Richter eine Entscheidung lesbarer und verständlicher macht, trägt er dazu bei, dass sie besser akzeptiert wird.

²⁰⁶⁶ Die Autoren haben seit langem darauf hingewiesen, dass die Pädagogik des Richters als ein entscheidendes Element für die korrekte Umsetzung seiner Entscheidungen erscheint. So behauptete Herr Chevallier, dass "Je genauer die Entscheidung ist, desto mehr ist sie zwingend, und desto schwieriger werden die Ausflüchte" (J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, S. 88). Frau Joliot wies darauf hin, dass "die Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen zweifellos mehr als einmal erleichtert würde, wenn der Richter in der Begründung seiner Entscheidung Maßnahmen vorschlagen würde, die geeignet sind, ihr volle Wirkung zu verleihen" (M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, These Paris II, 1975, S. 201). In diesem Sinne erklärte Jean Rivéro, dass "eine präzise, positive, imperative Gerichtsentscheidung, die klar sagt, was getan werden muss, vielen Ausflüchten (...) den Wind aus den Segeln nehmen würde" (J. RIVERO, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", *op. cit.*, S. 830). Die ordnungsgemäße Umsetzung von Gerichtsentscheidungen durch die Verwaltung hängt letztlich von der Fähigkeit des Verwaltungsrichters ab, eine klare und unmissverständliche Entscheidung zu treffen. Obwohl der Verwaltungsrichter traditionell nicht davor zurückschreckte, auf

in Echtzeit zu handeln, geht es darum, die Wirksamkeit seines Eingreifens zu einem Zeitpunkt zu optimieren, an dem es noch Zeit ist, auf das Verhalten der Verwaltung einzuwirken. Diese erste Form der Pädagogik kann Anwendung finden, wenn der Richter eine einstweilige Verfügung²⁰⁶⁷ oder eine Ablehnung unter Vorbehalt ausspricht.²⁰⁶⁸

Es ist bemerkenswert, dass dieser Schritt manchmal unternommen wird, obwohl die Voraussetzungen für die Gewährung nicht erfüllt sind. Auch wenn der Richter keine Schutzmaßnahmen verhängen kann, will er dennoch seinem Eingreifen eine nützliche Wirkung verleihen. Die Entscheidung *Kurtarici* vom 3. April 2002 ist in diesem Punkt besonders bedeutsam. Bevor der Richter für einstweilige Verfügungen zu dem Schluss kommt, dass die angefochtene Räumungsmaßnahme nicht offensichtlich rechtswidrig ist, gibt er den Parteien Hinweise darauf, wie der Rechtsstreit weiterverfolgt werden kann. Diese Hinweise richten sich sowohl an den Kläger, dem der Richter den Weg zu seiner Befriedigung aufzeigt, als auch an die Verwaltung, die aufgefordert wird, bei ihrer Beurteilung Menschlichkeit zu zeigen. Den Antragsteller weist der Richter darauf hin, dass er "die Möglichkeit hat, von seinem Herkunftsland aus, wo er sich derzeit aufhält, beim Innenminister einen Antrag auf Aufhebung der gegen ihn erlassenen Ausweisungsverfügung zu stellen, wobei er sich insbesondere auf das relativ lange Vorliegen der von ihm in einem bestimmten Zeitraum begangenen Straftaten und sein Verhalten seither beruft". Der Richter für einstweilige Verfügungen wandte sich dann an die Verwaltungsbehörde und erklärte, "dass es Sache des Innenministers sein wird, der mit einem solchen Antrag befasst ist, darüber zu entscheiden und dabei sowohl die fraglichen Tatsachen als auch die persönliche Situation des Betroffenen zu berücksichtigen, der sehr jung nach Frankreich gekommen ist, vor seiner Ausweisung mit einer Französin zusammenlebte und demnächst Vater eines französischen Kindes sein dürfte". Wenn kein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt, kann der Richter keine Schutzmaßnahmen verhängen. Dennoch kann sein Eingreifen dank der gegebenen Hinweise eine schnelle Abhilfe in der Situation ermöglichen, die Anlass für die Befassung war.²⁰⁶⁹

496. Der Richter für einstweilige Verfügungen gibt den Behörden auch die Schlüssel an die Hand, um ihre Aufgabe von allgemeinem Interesse unter Wahrung der Legalität und der Grundfreiheiten zu erfüllen. Diese zweite Form der Begründung kann unabhängig von der verordneten Maßnahme und selbst dann zum Ausdruck kommen, wenn keine Maßnahme verhängt wird.

Zunächst kann der Richter durch eine Formulierung, die dem Verordnungsurteil ähnelt, die wichtigsten Grundsätze darlegen, die den Rahmen für das Verwaltungshandeln in einer bestimmten Situation bilden²⁰⁷⁰. Dieses Vorgehen deckt sich mit dem Wunsch der Verwaltungsbehörden und insbesondere der Zentralverwaltungen, Ratschläge für das richtige Verhalten zu erhalten. So weist der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats in der Entscheidung *Samagassi* vom 11. März 2003 die Verwaltung darauf hin, wie sie sich im Falle eines Identitätsdiebstahls verhalten soll: Er erklärt, entwickelt und präzisiert ihre Pflichten in einem

direktive Erwägungsgründe zurückzugreifen, in denen die zu ergreifenden Maßnahmen als Richtschnur angegeben wurden, war die Verwendung dieses Verfahrens sehr außergewöhnlich und wurde als Ersatz für das Fehlen einer Anordnungsbefugnis angesehen. Erst mit dem Gesetz vom 8. Februar 1995 wurde diese Form der Begründung als notwendige Ergänzung der Anordnungsbefugnis entwickelt. Diese Praxis hat außerhalb des Rahmens des Gesetzes vom 8. Februar 1995 zu besonders didaktischen Begründungen geführt, durch die der Verwaltungsrichter der Verwaltung die konkreten Folgen einer Aufhebung wegen Überschreitung der Befugnisse darlegt (siehe C. CHARLES, "Dix ans après: à quoi a servi la loi du 8 février 1995, *Dr. adm.* 2005, études n° 10, spé pp. 13-15). Für eine Illustration dieses Verfahrens im Bereich des Exzesses der Befugnis siehe die oben zitierten Urteile *Vassiliokiotis* und *Tütran*, § 483.

²⁰⁶⁷ Siehe oben, §§ 490-91, Beispiele für Anordnungen, die der Verwaltungsbehörde genau sagen, wie sie sich zu verhalten hat.

²⁰⁶⁸ So gibt der Richter in der Rechtssache *Tibéri* sehr genau an, welche Pflichten dem Conseil supérieur de l'audiovisuel auferlegt werden und welche Schritte die Institution unternehmen muss, um die Einhaltung des Pluralismus zu gewährleisten (siehe oben, §§ 481-483).

²⁰⁶⁹ CE, Ord. 3. April 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Lebon T.*, S. 871. In ähnlicher Weise schließt der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats im Beschluss *Commune de Théoule-sur-Mer* das Vorliegen einer schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Beeinträchtigung einer Grundfreiheit aus. Er fügt jedoch hinzu, dass es "Sache der Gemeinde Théoule-sur-Mer und der Gesellschaft Cannes Aquaculture sein wird, sich nach der Ausstellung einer neuen Genehmigung für den Betrieb der von dieser Gesellschaft betriebenen Seefischzucht durch die staatlichen Stellen anzunähern, um, gegebenenfalls mit Hilfe dieser Stellen, Modalitäten für den Zugang der Gesellschaft zu ihren Einrichtungen festzulegen, die die Erfordernisse einer guten Verwaltung des Gebiets und die Bedürfnisse eines normalen Betriebs des Unternehmens miteinander in Einklang bringen" (CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon S.* 232).

²⁰⁷⁰ Das Urteil *Rodière* bleibt im Rechtsstreit über die Überschreitung der Befugnisse eines der am häufigsten zitierten Beispiele (CE, 26. Dezember 1925, *Lebon S.* 1065). Es wurde behauptet, dass der Rat in dieser Entscheidung "Ratschläge für die aktive Verwaltung" (Y GAUDEMET, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", *op. cit.*, S. 819) in Streitsachen des öffentlichen Dienstes erteilte, um sie bei der Wiederherstellung ihrer Laufbahn zu leiten. In jüngerer Zeit hat der Staatsrat im Urteil *Société à objet sportif "Toulouse Football Club"* eine Entscheidung der nationalen Fußballliga aufgehoben, die es abgelehnt hatte, die Ergebnisse eines Spiels zwischen zwei Vereinen der Ligue 1 zu annullieren. F. LACHAUME, Anmerkung unter CE, Sect., 25. Juni 2001, *Société à objet sportif "Toulouse Football Club"*, *Revue juridique et économique du sport* März 2002, S. 43).

solchen Fall²⁰⁷¹. Ebenso gibt der Richter in der Entscheidung *Gollmisch* sehr genau an, unter welchen Bedingungen der Recteur d'académie ein Disziplinarverfahren gegen einen Lehrer/Forscher einleiten und öffentlich über das laufende Disziplinarverfahren informieren kann²⁰⁷².

Zum anderen kann der Richter die Verwaltung darauf hinweisen, wie sie sich künftig verhalten muss, um rechtmäßig und im Einklang mit den Grundfreiheiten zu handeln, damit ihr Handeln unter den gegebenen oder ähnlichen Umständen frei von Mängeln ist²⁰⁷³. Der Richter des *référé-liberté*, der das Verhalten der Verwaltungsbehörde zensiert hat, zeigt ihr das Verfahren auf, das sie befolgen muss, und die Bedingungen, die sie in Zukunft beachten muss, um zu handeln, ohne die Grundfreiheiten unrechtmäßig zu verletzen. Wenn die Verwaltung beabsichtigt, aus Gründen des Allgemeininteresses eine Maßnahme mit einem ähnlichen Zweck wieder aufzunehmen, verfügt sie über alle Elemente, die für die Ordnungsmäßigkeit ihres Handelns erforderlich sind. So präzisiert der Richter im Urteil *Aguillon* die Bedingungen, unter denen eine Maßnahme zur Requirierung von streikendem Personal rechtmäßig ergriffen werden kann. Der Präfekt kann streikendes Personal eines privaten Arbeitgebers anfordern, darf aber nur Maßnahmen ergreifen, die "durch die Dringlichkeit geboten sind und in einem angemessenen Verhältnis zu den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung stehen". Um weder das Verwaltungshandeln zu lähmen noch die Anwendung dieser Befugnis zu behindern, wenn die Umstände es erfordern, heißt es im verfügenden Teil der Entscheidung, dass die verhängte Aussetzung "kein Hindernis dafür darstellt, dass der Präfekt bei Fortsetzung des Konflikts beschließen kann, von den Befugnissen Gebrauch zu machen, die er gemäß Artikel L. 2215-1 4° der allgemeinen Gebietskörperschaftsordnung innerhalb der in der Begründung der vorliegenden Entscheidung genannten Grenzen hat"²⁰⁷⁴. In dem Beschluss *FN IFOREL* wies der Richter für einstweilige Verfügung die Verwaltung an, die Erfüllung des zwischen IFOREL und der Gesellschaft Impérial Palace geschlossenen Reservierungsvertrags nicht zu behindern, "sofern keine neuen rechtlichen oder tatsächlichen Umstände vorliegen". Mit dieser Formulierung weist er sie implizit darauf hin, dass, wenn eine drohende Störung der öffentlichen Ordnung eintritt, eine identische Maßnahme rechtmäßig ergriffen werden kann, ohne dass dieses Mal die Zensur des Richters für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit eintritt.²⁰⁷⁵

497. Es stellt sich die Frage nach der genauen Tragweite dieser Gründe. Inwieweit sind sie für die Verwaltung verbindlich? Handelt es sich um bloße Hinweise, die die Verwaltung nutzen kann, wenn sie will, die sie aber genauso gut ignorieren kann? Handelt es sich vielmehr um echte Verpflichtungen, an die sie sich rechtlich halten muss? Die Rechtsprechung zur Tragweite der Gründe führt dazu, dass zwei Situationen unterschieden werden, um differenzierte Lösungen anzuwenden: Einerseits genießen die Gründe, die die notwendige Unterstützung der Regelung darstellen, die Autorität, die mit dieser verbunden ist; andererseits genießen die Gründe, die nicht die notwendige Unterstützung der Regelung darstellen, nicht deren Autorität.²⁰⁷⁶

²⁰⁷¹ CE, Ord. 11. März 2003, *Samagassi*, *Lebon* S. 119. Der Beschluss besagt, dass es bei der Anwendung der Bestimmungen des Dekrets vom 22. Oktober 1955 zur Einführung des nationalen Personalausweises den zuständigen Verwaltungsbehörden obliegt, sich unter der Kontrolle des Richters für Überschreitung der Befugnisse zu vergewissern, dass die zur Begründung eines Antrags auf einen nationalen Personalausweis vorgelegten Unterlagen geeignet sind, die Identität und Staatsangehörigkeit des Antragstellers zu belegen. Zwar obliegt es ihnen, bei dieser Gelegenheit die Überprüfungen vorzunehmen, die gegebenenfalls aufgrund bestimmter Besonderheiten der zur Begründung des Antrags vorgelegten Unterlagen erforderlich sind, doch kann allein die Tatsache, dass bei der Bearbeitung des Antrags ein von einem Dritten begangener Betrug aufgedeckt wird, nicht rechtlich rechtfertigen, dass die Ausstellung des nationalen Personalausweises über die für diese Überprüfungen erforderliche Frist hinaus aufgeschoben wird. Insbesondere darf die Ausstellung des Personalausweises in einem solchen Fall nicht vom Ausgang eines auf Initiative der Verwaltung eingeleiteten Strafverfahrens über das Verhalten des Dritten abhängig gemacht werden. Wenn die Verwaltungsbehörde bei dieser Gelegenheit feststellt, dass ein Ausweis bereits zugunsten eines Dritten ausgestellt wurde, der die Identität des Antragstellers missbraucht hat, muss sie den Ausweis unter der Kontrolle des Richters für Überschreitung der Befugnisse zurückziehen.

²⁰⁷² Siehe *oben*, § 199.

²⁰⁷³ Für Beispiele in der Streitsache der Überschreitung der Befugnisse siehe CE, 18. Juni 1926, *Sieurs Belkacem Bentami et autres*, *Lebon* S. 614; CE, Sect., 8. Dezember 1933, *Sieurs Grundmann und Kardesch*, *Lebon* S. 1152.

²⁰⁷⁴ CE, 9. Dezember 2003, *Aguillon und andere*, *Lebon* S. 497.

²⁰⁷⁵ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

²⁰⁷⁶ In der Tat ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, dass die Gründe einer Entscheidung nur dann die Autorität des Tenors genießen, wenn sie von diesem "untrennbar" sind (CE, Ass., 10. Februar 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Chauche*, *Lebon* S. 108; CE, Sect., 6. Mai 1983, *Société Distrelec et autre*, *Lebon* S. 179; CE, 30. September 1988, *Ministre du Budget vs. Raveau*, *Lebon* S. 323), wenn sie die "notwendige Unterstützung" darstellen (CE, 26. November 1958, *Sieur Lot*, *Lebon* S. 588; CE, 23. Dezember 1964, *Consorts Lefèvre*, *Lebon* S. 665; CE, Sect., 9. Juni 1989, *Dufal*, *Lebon* S. 139) oder die "notwendige Unterstützung" (CE, 30. November 1960, *Sieur Hubert c/ Commune de Berles-Monchel*, *Lebon* S. 653; CE, 5. März 1969, *Sieur Rouet*, *Lebon* S. 134; CE, Sect., 10. März 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Lille-Ronbaix-Tourcoing*, *Lebon* S. 127). Wie Regierungskommissar Jacomet 1955 betonte, "gilt die Autorität der entschiedenen Sache nicht nur für den verfügenden Teil, sondern auch für die Begründung, die dessen notwendige Stütze ist und die folglich unerlässlich ist, um den Sinn zu bestimmen oder zu ergänzen" (CE, concl. sur CE, Ass., 10. décembre 1954, *Cru et autres*, D. 1955, S. 200). Die Reichweite der Rechtskraft wird in der gerichtlichen Rechtsprechung in gleicher Weise verstanden (Com, 21. März 1950, D.

In Anwendung dieses Kriteriums müssen die pädagogischen Erklärungen der ersten Form, in denen der Richter der Verwaltung die konkreten Maßnahmen mitteilt, die zu ergreifen sind, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, als verbindlich anerkannt werden. Diese Erläuterungen stellen in der Tat die Ergänzung der Regelung dar; sie sind untrennbar mit dieser verbunden. Um die Ausdrücke zu verwenden, die üblicherweise verwendet werden, um untrennbare Begründungen zu beschreiben, bilden sie "eine Einheit mit ihm"²⁰⁷⁷ und sind "Elemente des Urteils"²⁰⁷⁸. Diese Erläuterungen, die dafür vorgesehen sind, auf den besonderen Fall, für den sie formuliert wurden, Anwendung zu finden, sind für die Verwaltung rechtlich bindend. Sie haben für die betreffende öffentliche Person einen verbindlichen Charakter. Die Verwaltungsbehörde ist in Bezug auf das zu befolgende Verhalten rechtlich gebunden. Unter diesen Umständen wird die Nichtbeachtung dieser Vorschriften einem Verstoß gegen die Vollstreckbarkeit von Gerichtsentscheidungen gleichgesetzt und als solcher bestraft.

Umgekehrt sind erläuternde Gründe, mit denen der Richter allgemeinere Grundsätze aufstellt, die eine erneute Beeinträchtigung verhindern sollen, für die Verwaltung, an die die Entscheidung gerichtet ist, nicht rechtlich bindend. Die Autorität des Tenors erstreckt sich normalerweise nicht auf diese Art von Begründungen. Würde man ihnen Rechtskraft zuerkennen, hieße das, dem Richter eine echte "allgemeine Regelungsbefugnis" zu übertragen²⁰⁷⁹. Aus rechtlicher Sicht genießen diese erläuternden Begründungen nicht die Autorität des Tenors, da sie nicht dessen notwendige Unterstützung darstellen. Ihr hinweisender Charakter beraubt sie jedoch nicht ihrer Wirksamkeit. Die Verwaltung hat nämlich die Gewissheit, dass sie bei der Befolgung der vom Richter gegebenen Hinweise rechtmäßig und unter Wahrung der Grundfreiheiten handeln wird. Die Beachtung dieser Hinweise stellt für sie eine Garantie für Rechts- und Streitsicherheit dar. Daher werden sie nicht nur von der Verwaltung, an die die Entscheidung gerichtet ist, sondern auch von allen anderen Behörden, die in einem ähnlichen Fall tätig werden, genauestens beachtet. Aufgrund ihrer bewusst weit gefassten Formulierung enthalten diese Erwägungsgründe allgemeine Lehren darüber, wie sich die Verwaltung in einer bestimmten Situation verhalten sollte. Diese Vorgehensweise hat für die Verwaltungsgerichtsbarkeit außerdem den Vorteil, dass sie Streitigkeiten vorbeugen kann.

498. Ergänzend oder nicht ergänzend zu einem didaktischen Ansatz wird der Richter für einstweilige Verfügungen Druck auf die Verwaltung ausüben, um *von vornherein* jede Andeutung von Widerstand gegen seine Entscheidung zu bekämpfen. Die Pädagogik weicht dann der Autorität²⁰⁸⁰. Der Richter für einstweilige Verfügungen stellt durch Autorität sicher, dass seine Entscheidung korrekt umgesetzt wird.

2. Die Behörde

499. Die im Schnellverfahren getroffene Entscheidung ist wie jede gerichtliche Entscheidung vollstreckbar und bindend. Einerseits ist sie mit der Vollstreckbarkeit ausgestattet. Sie muss gemäß dem Grundsatz, der die Umsetzung von Gerichtsentscheidungen regelt und in Artikel L.11 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wiederholt wird, vollstreckt werden, der besagt, dass "Urteile vollstreckbar sind". Darüber hinaus sieht Artikel R. 522-13 Abs. 2 vor, dass der Richter für einstweilige Verfügungen entscheiden kann, dass seine Entscheidung "sofort vollstreckbar ist, sobald sie erlassen wurde". Die Vollstreckungsklausel, die in Artikel R. 751-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehen ist, muss im verfügenden Teil des Beschlusses enthalten sein (Artikel R. 522-13 Abs. 3)²⁰⁸¹. Andererseits ist die einstweilige Verfügung auch mit einer verbindlichen Kraft

1950, S. 381; Civ. 2^{ème}, 7. Januar 1956, D. 1956, S. 214), verfassungsrechtlich (CC, Nr. 62-18 L, 16. Januar 1962, Kons. 1, *Sfg.* S. 31; Nr. 89-258 DC, 8. Juli 1989, Kons. 12, *Sfg.* S. 48; Nr. 92-312 DC, 2. September 1992, Kons. 4, *Sfg.* S. 76), international (CPIJ, Stellungnahme Nr. 11 vom 16. Mai 1925, Serie B, S. 29-30, zitiert von J. SALMON, "L'autorité des prononcés de la Cour internationale de la Haye", in *Arguments d'autorité et arguments de raison et de droit*, Nemesis, 1988, S. 24), europäisch (siehe G. COHEN-JONATHAN, "La convention européenne des droits de l'homme", *Economica PUAM*, 1989, S. 206) und der Gemeinschaft (siehe L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, S. 505).

2077 E. GARSONNET und C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1913, T. III, S. 409.

2078 G. BOURCARD, note sous Cass., req., 24 novembre 1890 et Cass., req., 8 juillet 1891, *S.* 1893, I, p. 316.

2079 D. DE BECHILLON, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RDP* 1994, S. 1823.

2080 Das liegt daran, dass die richterliche Funktion auch eine Autoritätsfunktion ist: Sie beinhaltet neben der Macht, das Recht zu sprechen, auch die Macht, seine Umsetzung durchzusetzen. Diese Synthese ist die Verbindung, gemäß Pascals Formel, von Kraft und Gerechtigkeit: "Die Gerechtigkeit ohne die Kraft ist ohnmächtig, die Kraft ohne die Gerechtigkeit ist tyrannisch (...). Man muss also die Gerechtigkeit und die Kraft zusammenbringen, ohne deshalb zu bewirken, dass das, was gerecht ist, stark ist, oder dass das, was stark ist, gerecht ist" (PASCAL, *Pensées*, Nr. 298, 1817, Neuauflage Flammarion, 2000).

2081 Was das private Gerichtsrecht betrifft, so erklärt Artikel 514 der neuen Zivilprozessordnung einstweilige Verfügungen "von Rechts wegen" für vollstreckbar.

ausgestattet, die für die Parteien verbindlich ist. Diese Verbindlichkeit wird insbesondere in Artikel R. 522-13 in Erinnerung gerufen, der den Ausdruck "muss sich daran halten" verwendet, um die Autorität der einstweiligen Verfügung gegenüber den Parteien zu qualifizieren. Die Verwaltung ist verpflichtet, sich der Verfügung zu unterwerfen und sie zu respektieren. Diese Grundsätze, die bereits unter dem früheren Rechtszustand verankert waren²⁰⁸², werden auch nach der Reform vom 30. Juni 2000 unverändert beibehalten²⁰⁸³. In einem Urteil *Association convention vie et nature pour une écologie radicale* musste der Staatsrat feierlich auf die Autorität hinweisen, die mit Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz verbunden ist²⁰⁸⁴. In einer Grundsatzprüfung bekräftigte die Abteilung, dass die vom Richter für einstweilige Verfügungen verkündeten Entscheidungen wie alle Gerichtsentscheidungen vollstreckbar und verbindlich sind. Dieser Grundsatz schließt aus, dass die Verwaltung rechtmäßig ein und dieselbe Entscheidung wieder aufgreifen kann, ohne dass der Mangel, den der Richter der einstweiligen Verfügung bei seiner Entscheidung berücksichtigt hatte, behoben worden ist.

Daher ist die Verwaltung rechtlich verpflichtet, die Entscheidung des Richters der einstweiligen Verfügung umzusetzen, und der Begünstigte der Schutzmaßnahme hat das Recht, die korrekte Umsetzung durch die verurteilte öffentliche Person zu verlangen. Falls erforderlich, kann er die Anwendung der allgemeinen Rechtsbestimmungen der Artikel L. 911-4 und L. 911-5 des Verwaltungsgerichtsgesetzes beantragen. Erstens kann der Antragsteller, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen die angeordneten Maßnahmen nicht mit einem Zwangsgeld belegt hat und diese nicht ausgeführt wurden, gemäß Artikel L. 911-5 den Staatsrat anrufen, damit ein Zwangsgeld gegen die widerspenstige Verwaltung verhängt wird. Zweitens kann sich der Antragsteller, der von einem Richter für einstweilige Verfügungen des ersten Grades die Anordnung einer Schutzmaßnahme erwirkt hat, an das Gericht wenden, zu dem dieser Richter gehört, wenn er die vorgeschriebene Maßnahme nicht ausführt. Obwohl der Text von Artikel L. 911-4 nur auf das "Urteil" des Verwaltungsgerichts und das "Urteil" des Berufungsgerichts verweist, ließ der Staatsrat in einer Entscheidung von *Van Bentum Plasse und Plasse*²⁰⁸⁵ die Anwendung auf einstweilige Verfügungsverfahren zu. Mit einem Beschluss vom 26. April 2001 hatte der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts Marseille den Bürgermeister von Forcalquier angewiesen, innerhalb von 48 Stunden eine polizeiliche Maßnahme zu ergreifen, die die Durchführung von Arbeiten an der Mauer entlang des Grundstücks der Kläger anordnete, damit die durch den Verfall dieser Mauer entstandene Gefahr behoben werden konnte. Mit Urteil vom 1.^{er} Juli 2003 lehnte das Verwaltungsgericht Marseille den Antrag der Kläger auf Vollstreckung der Anordnung vom 26. April 2001 gemäß Artikel L. 911-4 ab. Das Gericht begründete seine Ablehnung damit, dass die vorgeschriebene Maßnahme ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Sie bestand in der Einrichtung eines Sicherheitsperimeters um die Mauer sowie dem Anbringen einer Schutzfolie, nicht in ihrem Abriss und Wiederaufbau. Die Kläger legten gegen diese Entscheidung beim Staatsrat Berufung ein²⁰⁸⁶. Dieser stellt fest, dass der Bürgermeister von Forcalquier bereits am Tag nach der Verkündung des Beschlusses vom 26. April 2001 eine Verordnung erlassen hatte, die den Zugang zu dieser Mauer während der gesamten Dauer

²⁰⁸² Die Entscheidung über die Gewährung eines Vollstreckungsaufschubs muss gemäß den Grundsätzen, die mit der Umsetzung von Gerichtsurteilen verbunden sind, vollstreckt werden. Indem sie sich nicht daran hält, missachtet die Verwaltung, wenn nicht die entschiedene Sache, so doch zumindest die angeordnete Sache, wie es der Regierungskommissar Dutheil de Lamothe formulierte (concl. sur CE, 16 octobre 1981, *Ministre de la Défense c/ Lassus, Lebon* S. 373). Vollstreckbarkeit wurde Entscheidungen in einstweiligen Verfügungen (CE, Sect., 3. Oktober 1958, *Société des autocars garonnais, Lebon* S. 468) und Urteilen zur Aussetzung der Vollstreckung (CE, Sect., 9. Dezember 1983, *Ville de Paris, Lebon* S. 499) zuerkannt. Das Konfliktgericht urteilte, dass die Zwangsvollstreckung einer Entscheidung, für die ein Gericht angeordnet hat, dass ihre Vollstreckung ausgesetzt wird, den Charakter eines Rechtsstreits hat (TC, 10. Dezember 1956, *Guyard c/ Tegny, Lebon* S. 590).

²⁰⁸³ Siehe P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *JCP G* 2004, I, 164.

²⁰⁸⁴ CE, Sect., 5. November 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre (2 Arten)*, RFDA 2004, S. 601-611, Schlusswort F. LAMY; AJDA 2003, S. 2253, chron. F. DONNAT und D. CASAS; JCP A, 69, Anm. M. GAUTIER. Dieses Urteil erging im Anschluss an mehrere Entscheidungen des Umweltministers, in denen zwei vom Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes angeordnete Aussetzungsmaßnahmen in charakteristischer Weise missachtet wurden. Der Rechtsstreit begann am 21. Juli 2003 mit einem Erlass des Umweltministers, in dem Jagdzeiten festgelegt wurden, die mehr als wahrscheinlich im Widerspruch zur EU-Richtlinie vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten standen. Der Richter für einstweilige Verfügungen, der eine einstweilige Verfügung gegen diese Entscheidung beantragt hatte, gab dem Antrag der Kläger schnell statt (CE, ord. 4. August 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages*, Nr. 258778). Dies ist dem Umweltminister egal, der sofort einen Erlass erlässt, der mit dem vorherigen fast identisch und ebenso wahrscheinlich illegal ist und den der Richter für einstweilige Verfügungen ebenfalls aufhebt (CE, ord. 19. August 2003, *Convention vie et nature pour une écologie radicale*, Nr. 259340). Der Minister zögerte jedoch nicht, zwei Tage nach dieser zweiten Aussetzung erneut gegen die Verordnung zu verstoßen.

²⁰⁸⁵ CE, 29. Oktober 2003, *Van Bentum Plasse und Plasse, Lebon* T. S. 719, 721, 943 und 956.

²⁰⁸⁶ Die in Anwendung von Artikel L. 911-4 ergriffenen Rechtsbehelfe sind die gleichen wie die, die gegen die Entscheidung, deren Vollstreckung vom Richter verlangt wird, vorgesehen sind. Im vorliegenden Fall betrifft die Entscheidung die Vollstreckung einer Anordnung, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 erlassen wurde. Gemäß Artikel L. 523-1 des Gesetzbooks muss sie durch eine Berufung angefochten werden, die abweichend von der allgemeinen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Berufungen vor dem Staatsrat (Conseil d'Etat) eingelegt wird.

der Instandsetzungsarbeiten verbot, und dass diese Arbeiten darin bestanden, den Teil der Mauer, der eingestürzt war, wieder aufzubauen und mehrere Strebepfeiler zu errichten, die die Stabilität des Bauwerks gewährleisten sollten. Für den Staatsrat "ergriff der Bürgermeister somit Sicherungsmaßnahmen, die den in der Verfügung vom 26. April 2001 angeordneten Maßnahmen entsprachen". Wenn die Kläger behaupten, dass kürzlich Steine von der Mauer gefallen seien, betont der Rat, dass "es auf jeden Fall nicht erwiesen ist, dass diese Vorfälle auf eine unvollständige Ausführung der vom Richter für einstweilige Verfügungen angeordneten Arbeiten zurückzuführen sind". Daher sind die Kläger nicht berechtigt zu behaupten, dass die Gemeinde Forcalquier den Beschluss vom 26. April 2001 nicht ausgeführt habe.

500. Wenn die Schutzmaßnahme die Form einer Anordnung annimmt²⁰⁸⁷, kann der Richter des *référé-liberté* unmittelbar nach seiner Verkündung beschließen, seine Entscheidung auf der Grundlage der allgemeinen Bestimmungen von Artikel L. 911-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes²⁰⁸⁸ mit einem Zwangsgeld zu belegen.

Sie soll jeglichen Widerstand der Verwaltung überwinden und wird vom Richter ausgesprochen, um die ordnungsgemäße Umsetzung seiner Entscheidung zu gewährleisten. Es sei daran erinnert, dass die Anordnung keine Substitution ist; ihr Erlass stellt den Antragsteller nicht per se zufrieden. Zwar ist die vom Richter der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit ausgesprochene Anordnung insofern bindend, als ihr Erlass sie für die Verwaltung verbindlich macht. Aber weit davon entfernt, einen absoluten Zwang auf die Verwaltung auszuüben, der zwangsläufig zu der erwarteten Ausführung führen würde, macht die Anordnung sie teilweise zum Herrn ihres Schicksals, indem sie ihr einen Teil der Freiheit vorbehält. Angesichts der Entscheidung des Richters hat die Verwaltung *de facto* die Möglichkeit, sich für oder gegen die Ausführung zu entscheiden - eine relative, aber nicht weniger reale Möglichkeit, wie die Existenz von Fällen belegt, in denen die Verwaltung einer Anordnung nicht nachkommt. Die Anordnung eröffnet der Verwaltungsbehörde also immer die Möglichkeit, sich ihr zu widersetzen. Wenn der Richter für einstweilige Verfügungen davon ausgeht, dass die Verwaltung versucht sein wird, diese Widerstandsmöglichkeit auszunutzen, verbindet er die Anordnung mit einem Zwangsgeld. Insofern ist der kommissarische Charakter des Zwangsgelds ein Element, das von der Nichtbefolgung der Anordnung abschreckt. Das Zwangsgeld weist den starken Abschreckungscharakter auf, der mit der Androhung einer Unterlassungsverfügung angestrebt wird, mit der Besonderheit, dass die Drohung nicht nur virtuell ist, sondern bereits bei ihrer Verkündung verkörpert wird und ihr ganzes Gewicht von diesem Zeitpunkt an hat, ohne dass ihre Wirksamkeit auf die spätere Phase der Nichtbefolgung verschoben wird. Sie zielt in erster Linie auf "Einschüchterung" ab²⁰⁸⁹. Sie übt Druck auf die Verwaltung aus, indem sie die Furcht vor späteren Sanktionen weckt. Das Zwangsgeld greift ein, bevor die Verwaltung sich zwischen Erfüllung und Nichterfüllung entschieden hat, und beeinflusst die Bedingungen dieser Entscheidung, um zu versuchen, die Verwaltung dazu zu bringen, sich der Anordnung anzuschließen. Es wird eine Strafe angedroht, aber keine tatsächliche Strafe verhängt²⁰⁹⁰. Da es sich bei dem Zwangsgeld um eine bedingte Sanktion handelt, wird sie erst bei Nichterfüllung wirksam.

Der Richter des *référé-liberté* hat bei der Verhängung eines Zwangsgelds einen Ermessensspielraum. Er entscheidet anhand der Umstände des Einzelfalls und ist nie verpflichtet, ein Zwangsgeld zu verhängen. Er macht von dieser Möglichkeit Gebrauch, wenn er befürchtet, auf Widerstand der Verwaltung zu stoßen. Andernfalls verhängt der Richter das Zwangsgeld nicht. Er kann sogar ausdrücklich feststellen, "dass aufgrund der von der Verwaltung in der Anhörung gegebenen Zusicherungen kein Anlass besteht, diese Anordnung mit einem Zwangsgeld zu belegen"²⁰⁹¹. In der Praxis ist es äußerst selten, dass der Richter für einstweilige Verfügungen seine Anordnungen mit der Verhängung eines Zwangsgeldes verbindet. Eine ähnliche Vorgehensweise ist beim Zivilrichter für einstweilige Verfügungen in Fällen von Rechtsverletzungen zu beobachten. Frau Guillon-Goudray

²⁰⁸⁷ Bei einer Ablehnung unter Vorbehalt besteht die Gefahr, dass das Gericht erneut angerufen wird, wenn die in der Entscheidung genannten Vorschriften, die zur Ablehnung des Antrags geführt haben, nicht eingehalten werden. Bei Maßnahmen zur Aussetzung einer positiven Entscheidung reicht diese einfache Maßnahme in der Regel aus, um den Antragsteller vollständig zufrieden zu stellen, ohne dass eine Vollstreckungsanordnung - und damit ein Zwangsgeld - erforderlich ist.

²⁰⁸⁸ Ebenso kann der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen im Falle einer Tätlichkeit seine Anordnungen mit einem Zwangsgeld verbinden. Die Befugnis zur Verhängung von Zwangsgeldern wurde dem Richter vom Konfliktgericht zuerkannt (TC, 17. Juni 1948, *Manufacture de velours et peluches und Société Velvetia c/ Etat, Lebon* S. 513). Sie kann im einstweiligen Rechtsschutz auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel 491 der neuen Zivilprozessordnung ausgeübt werden, gegebenenfalls von Amts wegen.

²⁰⁸⁹ J. BUFFET, "La réforme de l'astreinte: premières applications", Rapport de la Cour de Cassation, 1997, S. 67.

²⁰⁹⁰ Die Lösung ergibt sich aus der Formulierung selbst, die bei ihrer Anwendung verwendet wird: Man verurteilt nicht "zu" einem Zwangsgeld, sondern "unter" einem Zwangsgeld (siehe B. LOUVEL, "Une proposition qui change tout: on ne condamne pas "à" mais "sous" astreinte", *GP* 1-2 September 1999, S. 2). Bei seiner Verhängung verpflichtet das Zwangsgeld die Verwaltung in keiner Weise. Was der Richter in dieser Phase anstrebt, ist, Druck auf die Verwaltungsbehörde auszuüben. Wie die Etymologie des Wortes zeigt, besteht sein Zweck darin, zu einer Leistung zu zwingen: Das lateinische Verb *astringere* bedeutet "zwingen".

²⁰⁹¹ CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon* T. S. 1034.

hat aufgezeigt, dass der Richter nur dann auf Zwangsgelder zurückgreift, wenn er der Meinung ist, dass ein Risiko der Nichtdurchsetzung besteht: "Sobald der Richter über ausreichende Garantien für die Durchsetzung seiner Entscheidung verfügt, wird er die Verhängung eines Zwangsgelds ablehnen"²⁰⁹². Der Autor betont, dass "man nur die Seltenheit von Zwangsgeldern in diesem Bereich feststellen kann, da der Richter sehr oft entscheidet, dass es nicht notwendig ist"²⁰⁹³.

Sobald der Grundsatz eines Zwangsgeldes beschlossen ist, hat der Richter bei der Festlegung des Satzes einen großen Spielraum. Er bestimmt sich nach dem Ziel, das er damit erreichen will, nämlich die Verwaltung zur Erfüllung zu zwingen. Der Richter kann die Schwere der Folgen einer Nichterfüllung für den Antragsteller, die finanzielle Belastbarkeit der betroffenen Gebietskörperschaft oder auch die Wiederholung der festgestellten Verstöße berücksichtigen. Die Höhe wird im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles beurteilt. Der Satz des Zwangsgelds, der pro Tag der Verspätung festgelegt wird, ist in der Regel moderat: 15 Euro pro Tag der Verspätung, um einen gültigen Aufenthaltstitel an seinen Inhaber zurückzugeben²⁰⁹⁴; 150 Euro pro Tag der Verspätung, um den Antragstellern die Identitätsdokumente zurückzugeben, die ihnen unrechtmäßig entzogen wurden²⁰⁹⁵ oder um innerhalb von 15 Tagen die Bearbeitung des Antrags der Antragstellerin abzuschließen und ihr ab Zustellung des Beschlusses eine Empfangsbestätigung auszustellen, die als Aufenthaltsgenehmigung gilt²⁰⁹⁶; 200 Euro pro Tag der Verspätung, um die öffentliche Gewalt bei der Vollstreckung einer Entscheidung zu unterstützen, die die Räumung von Hausbesetzern anordnet²⁰⁹⁷, 100 Euro pro Tag der Verspätung für dieselbe Maßnahme²⁰⁹⁸; 300 Euro pro Tag der Verspätung, um einen Antrag auf eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen, wenn die Verwaltung grob fahrlässig gehandelt hat²⁰⁹⁹. Die Festlegung des Zwangsgeldsatzes auf einem relativ niedrigen Niveau, gemessen an den Ressourcen, die den öffentlichen Körperschaften zur Verfügung stehen, erklärt sich aus einer einfachen Überlegung: Gegenüber der öffentlichen Gewalt ist die Höhe des Zwangsgelds relativ gleichgültig. Da die finanziellen Möglichkeiten der öffentlichen Hand sehr groß sind, kann hier keine abschreckende Wirkung angestrebt werden, da dies bedeuten würde, das Zwangsgeld hoch anzusetzen und damit alle Bürger zugunsten eines einzigen Bürgers zu bestrafen. In Wirklichkeit ist es gegenüber der öffentlichen Behörde "weniger die Höhe des Zwangsgelds als vielmehr sein Grundsatz, auf den man sich verlässt, um die Verwaltung zu zwingen, der strittigen Situation ein Ende zu setzen"²¹⁰⁰. Es ist jedoch zu beobachten, dass der Richter für einstweilige Verfügungen eine geringere Zurückhaltung an den Tag legt, wenn es sich bei der betreffenden öffentlichen Person um eine öffentliche Einrichtung mit industriellem und kommerziellem Charakter handelt. In Bezug auf sie kann der Richter die Höhe des Zwangsgelds bewusst sehr hoch ansetzen. So wies der Richter in der Rechtssache *Société Outremer Finance Limited* die Aéroports de Paris unter Androhung eines Zwangsgelds von 50.000 Euro pro Verzugstag ab der Zustellung der Entscheidung an, das Festhalten eines Flugzeugs zu beenden.²¹⁰¹

Nach Ablauf des für die Vollstreckung festgelegten Zeitraums oder wenn die Vollstreckung während dieses Zeitraums erfolgt, obliegt es dem Richter für einstweilige Verfügungen, der das Zwangsgeld verhängt hat, die Liquidation des Zwangsgelds gemäß Artikel L. 911-7 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entweder von Amts wegen oder auf Antrag einer der Parteien vorzunehmen²¹⁰². Die Zuständigkeit für die Liquidation liegt bei dem Richter für einstweilige Verfügungen, der das Zwangsgeld verhängt hat²¹⁰³. Erfolgt die Liquidation auf Antrag einer der Parteien, kann der Richter für den einstweiligen Rechtsschutz erst nach einer öffentlichen Verhandlung ein Zwangsgeld liquidieren oder die Vollstreckung einer früheren Anordnung sicherstellen²¹⁰⁴; er kann jedoch die

²⁰⁹² S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, These Paris II, 2002, S. 311.

²⁰⁹³ S. GUILLON-COUDRAY, *a. a. O.*, S. 312.

²⁰⁹⁴ CE, Ord. 8. November 2001, *Kaigisiç*, *Lebon* S. 545.

²⁰⁹⁵ CE, ord. 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167.

²⁰⁹⁶ CE, Ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.*, S. 1132. Der gleiche Zwangsgeldsatz wurde für eine ähnliche Anordnung festgelegt: CE, 7. Mai 2003, *Boumaïza*, Nr. 250002.

²⁰⁹⁷ CE, Ord. 21. November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* S. 408.

²⁰⁹⁸ CE, ord. 27. November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.*, S. 874; CE, 29. März 2002, *SCI Stéphaneur und andere*, *Lebon*, S. 117.

²⁰⁹⁹ CE, Ord. 21. Dezember 2004, *Luzolo Kondé*, Nr. 275361.

²¹⁰⁰ C. GUÉTIÉRIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), Nr. 182.

²¹⁰¹ CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* S. 306.

²¹⁰² Siehe, erlassen auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel L. 521-3: CE, 21. Mai 2003, *Petit*, Nr. 252872; CE, 15. März 2004, *Société Dauphin Adshel*, Nr. 259803.

²¹⁰³ Für den référé-liberté siehe CE, Ord. 5. September 2003, *Keller*, Nr. 259991. Zum référé-conservatoire siehe die in der vorherigen Fußnote genannten Beschlüsse. Die Lösung ist klassisch. Siehe in den Verfahren des allgemeinen Rechts: CE, 14. November 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* S. 421.

²¹⁰⁴ Siehe z. B. CE, 28. Juli 2004, *Société Outremer Finance Limited*, Nr. 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU. Mit einem am 4. Dezember 2003 registrierten Schriftsatz legte Aéroports de Paris eine Entscheidung ihres Generaldirektors vom 10. Juli 2003 vor, in der es heißt: "La rétention au sol à Orly de l'Airbus A 340 immatriculé F-GTUA appartenant à la société Outremer Finance Limited, mise en œuvre par la décision DG n° 2003/553 du 6 février 2003, est définitivement levée à

Ablehnung im Rahmen des Tri-Verfahrens nach Artikel L. 522-3 anordnen²¹⁰⁵. Wenn der Richter von Amts wegen entscheidet und feststellt, dass es keinen Grund gibt, das Zwangsgeld zu liquidieren, muss er keine mündliche Verhandlung abhalten²¹⁰⁶. Die Liquidation hängt allein von der Nichtbefolgung der Anordnung ab. Wenn die Verwaltung der Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen ist, muss das Zwangsgeld nicht liquidiert werden. Wenn sie nicht innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen ist, liquidiert das Gericht das Zwangsgeld²¹⁰⁷. Durch diese Liquidation entsteht eine echte Schuld, die sich auf einen tatsächlichen und fälligen Geldbetrag bezieht, den die Verwaltung zahlen muss²¹⁰⁸. Bei anhaltendem Unwillen der Verwaltung kann der Richter des *référé-liberté* den ursprünglich vorgesehenen Satz des Zwangsgeldes erhöhen, um die korrekte Umsetzung seiner Entscheidung zu erreichen²¹⁰⁹. Der Staatsrat stellte klar, dass "die Rechtsmittel, die gegen die Beschlüsse des Richters für einstweilige Verfügungen, die die Festsetzung eines von ihm selbst verhängten Zwangsgelds aussprechen, die gleichen sind wie die gegen die Beschlüsse, die das Zwangsgeld aussprechen"²¹¹⁰, d. h. für den *référé-liberté* der Weg der Berufung.²¹¹¹

Schlussfolgerung von Kapitel 1

501. Der Richter des *référé-liberté* hat eine besonders weitreichende Befugnis, um eine Situation zu beenden, in der ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt. Er wählt die geeignete Maßnahme und sorgt gegebenenfalls für deren Einhaltung durch die Erklärung und die Behörde. Auch verhängt er nur dann eine verbindliche Maßnahme, wenn sich eine nichtstreitige Beilegung der Streitigkeit als nicht möglich erwiesen hat. In beiden Fällen erlangt der Beschwerdeführer eine sofortige Befriedigung. Sein Eingreifen führt zu einer vollständigen und sofortigen Befriedigung des Antragstellers, sobald dieser alle Voraussetzungen nach Artikel L. 521-2 erfüllt. Sobald diese Befriedigung im Prinzip erlangt

compter de ce jour" (Das Festhalten des Airbus A 340 mit dem Kennzeichen F-GTUA, der der Gesellschaft Outremer Finance Limited gehört, am Boden in Orly, umgesetzt durch die Entscheidung DG n° 2003/553 vom 6. Februar 2003, wird ab diesem Tag endgültig aufgehoben). Da dieser Schriftsatz der Gesellschaft Outremer Finance Limited übermittelt wurde, reichte diese keine Stellungnahme ein. Der Staatsrat bestätigte, dass Aéroports de Paris "folglich so zu betrachten ist, als habe sie die Entscheidung des Staatsrats in der Streitsache vom 2. Juli 2003 ausgeführt; es besteht daher kein Anlass, das Zwangsgeld zu begleichen".

²¹⁰⁵ Siehe für eine Ablehnung des *référé-liberté* durch den Berufungsrichter: CE, ord. 5. September 2003, *Keller*, Nr. 259991. Artikel L. 522-3 wird nicht erwähnt, aber aus den Vermerken geht hervor, dass der Richter keine mündliche Verhandlung abgehalten hat. Implizit wurde der Berufungsantrag als offensichtlich unbegründet angesehen.

²¹⁰⁶ Siehe CE, ord. 2. Februar 2005, *Luzolo Kondé*, Nr. 275361, bezüglich des Zwangsgelds, das in einer Entscheidung vom 21. Dezember 2004 verhängt wurde (CE, ord. 21. Dezember 2004, *Luzolo Kondé*, Nr. 275361). Der Richter stellt fest, dass aus den von der Abteilung für Bericht und Studien des Staatsrats durchgeführten Sorgfaltspflichten hervorgeht, dass der Präfekt des Departements Isère am 27. Dezember 2004 die vorläufige Aufenthaltsgenehmigung, die der Kläger besaß, verlängerte und dass ihm am 11. Januar 2005 eine Empfangsbestätigung über seinen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ausgehändigt wurde. Unter diesen Umständen leitet er natürlich ab, dass das Zwangsgeld nicht liquidiert werden muss.

²¹⁰⁷ Siehe zum Beispiel CE, 27. September 2002, *SCI Stéphaneur und andere*, Nr. 243338. Mit einer Entscheidung vom 29. März 2002 wies der Conseil d'Etat in der Streitsache den Präfekten des Departements Bouches-du-Rhône an, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um innerhalb von fünfzehn Tagen nach Zustellung dieser Entscheidung die Umsetzung des Beschlusses des Präsidenten des Landgerichts Marseille vom 21. Dezember 2001 zu gewährleisten, mit dem die Räumung der Bewohner des Gebäudes in Marseille, dessen Eigentümer die SCI Stéphaneur und andere sind, innerhalb von zehn Tagen angeordnet wurde. Mit derselben Entscheidung verhängte der Staatsrat ein Zwangsgeld gegen den Staat für den Fall, dass die Anordnung nach Ablauf dieser Frist nicht befolgt wird, und setzte den Satz dieses Zwangsgeldes auf 100 Euro pro Tag fest. Die Entscheidung des Staatsrats vom 29. März 2002 wurde dem Präfekten des Departements Bouches-du-Rhône am 9. April 2002 zugestellt. Der Präfekt veranlasste am 24. Mai 2002 die Räumung der Bewohner des Gebäudes, um das es hier geht. Die Entscheidung des Staatsrats vom 29. März 2002 muss daher als am 24. Mai 2002 vollstreckt angesehen werden. Der Rat bestätigt, "dass angesichts der verspäteten Ausführung und der Umstände des Falles in Anwendung der oben genannten Bestimmungen von Artikel L. 911-7 des Verwaltungsgerichtsgesetzes das am 29. März 2002 verhängte Zwangsgeld zugunsten der SCI Stéphaneur und anderer zu liquidieren ist; für den Zeitraum vom 24. April bis zum 24. Mai 2002 beläuft sich die Höhe des Zwangsgeldes bei einem Satz von 100 Euro pro Tag auf 3.000 Euro".

²¹⁰⁸ Gemäß Artikel L. 911-8 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kann der Richter "entscheiden, dass ein Teil des Zwangsgeldes nicht an den Kläger ausgezahlt wird"; dieser Teil wird dem Staatshaushalt zugewiesen. In Ermangelung einer Präzisierung in der Festsetzungsentscheidung wird das Zwangsgeld in seiner Gesamtheit an den Antragsteller ausgezahlt (siehe die oben genannte Entscheidung *SCI Stéphaneur*).

²¹⁰⁹ Dies gilt auch in Verfahren nach dem bürgerlichen Recht. Der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen kann bei anhaltendem Unwillen der Verwaltung den ursprünglich festgesetzten Satz des Zwangsgelds erhöhen (siehe für eine Verdoppelung des Satzes des ursprünglichen Zwangsgelds: CE, 22. November 1999, *Lothar, Lebon* T. S. 968). Siehe L. ERSTEIN und O. SIMON, *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 2000, S. 67-70.

²¹¹⁰ CE, 21. Mai 2003, *Petit*, Nr. 252872.

²¹¹¹ EG, Ord. 5. September 2003, *Keller*, Nr. 259991.

wurde, ist sie für ihn endgültig.

Kapitel 2

Wirksamkeit aufgrund der Dauerhaftigkeit der ergriffenen Maßnahmen

502. Das Eingreifen des Richters des *référé-liberté* verschafft dem Antragsteller nicht nur eine sofortige Befriedigung. Es sichert ihm auch eine Befriedigung, die nicht prekär ist, wie es normalerweise bei einstweiligen Verfügungen der Fall ist²¹¹². Dies ist natürlich der Fall, wenn der Richter das Verfahren einstellt oder eine Rücknahme der Klage nach einer Annäherung der Parteien zur Kenntnis nimmt. Dies ist zweitens und besonders bemerkenswert der Fall, wenn der Richter selbst eine Maßnahme beschließt, um die freiheitsfeindliche Situation zu beenden. Die Entscheidung beendet den Rechtsstreit schlicht und einfach. So ergibt sich die Wirksamkeit seines Handelns nicht nur aus dem Umfang der ihm zugestandenen Befugnisse, sondern auch aus der Sicherheit, die er dem Kläger durch die endgültige Entleerung des Rechtsstreits verschafft.²¹¹³

503. Auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel L. 511-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes bekräftigt der Staatsrat den vorläufigen Charakter von Maßnahmen, die im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ergriffen werden. Rechtlich bedeutet dies, dass die in der einstweiligen Anordnung getroffene Entscheidung weder für den Richter in der Hauptsache noch für den Richter der einstweiligen Anordnung selbst verbindlich ist. Einerseits ist der Richter des Hauptverfahrens nicht an die vom Richter der einstweiligen Verfügung vorgegebene rechtliche Lösung gebunden und kann durchaus eine andere Lösung wählen. Andererseits kann der Richter in der einstweiligen Verfügung seine eigene Entscheidung revidieren, wenn es neue Elemente gibt. Die in der einstweiligen Verfügung gegebene Lösung erscheint daher prekär und umkehrbar. In diesem Sinne ist "die vorläufige Entscheidung diejenige, die am Rande der Rechtsmittel stets revidiert, geändert oder durch die Wirkung einer anderen Entscheidung zurückgenommen werden kann; diejenige, die, mit einem Wort, allen Gegenwinden ausgesetzt ist"²¹¹⁴. Die vorläufige Entscheidung ist also diejenige, die entweder vom Richter des Hauptverfahrens oder vom Richter der einstweiligen Verfügung selbst in Frage gestellt werden kann.

De jure gelten diese Grundsätze für den einstweiligen *Rechtsschutz*. Das Gericht des Hauptverfahrens ist nicht an die vom Richter des einstweiligen Rechtsschutzes getroffene Lösung gebunden; der Richter des einstweiligen Rechtsschutzes kann bei neuen Elementen zurückgehen. Aus streng rechtlicher Sicht ist seine Entscheidung nicht endgültig²¹¹⁵. In der Praxis ist es jedoch aufgrund der Merkmale dieses Verfahrens und insbesondere der Bedingungen, an die seine Einleitung geknüpft ist, unmöglich, dass der Richter in der Hauptsache die Rechtsfrage anders entscheidet, und es ist unwahrscheinlich, dass ein neues Element auftritt, das es dem Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ermöglicht, seine Entscheidung zu revidieren. Daher sind seine Entscheidungen, wenn nicht irreversibel, so doch mit einem bemerkenswerten Stabilitätskoeffizienten ausgestattet. Sie können in der Praxis außerhalb des Rechtswegs nur durch eine Überprüfung und nur in äußerst seltenen Fällen in Frage gestellt werden. Die Stabilität der vom Richter für einstweilige Verfügungen getroffenen Maßnahmen wirft die Frage nach der Natur dieses Verfahrens und insbesondere nach seiner möglichen Einstufung als einstweilige Verfügung in der Sache auf.

Abschnitt 1. Die Möglichkeit einer Infragestellung durch den Berufungsrichter

²¹¹² Der Antragsteller in einem einstweiligen Verfügungsverfahren muss normalerweise das Eingreifen des Richters in der Hauptsache abwarten, um sicher und endgültig über den Umfang seiner Rechte informiert zu werden.

²¹¹³ Die einstweilige Verfügung bietet dem Antragsteller eine volle und vollständige Befriedigung. Der Antragsteller, der eine positive Maßnahme erwirkt hat, muss nicht mehr vor dem Richter in der Hauptsache klagen. Im Gegensatz dazu erhält eine Person, die die Aussetzung der Vollstreckung einer Entscheidung über den Weg des Artikels L. 521-1 erwirkt, nur eine vorläufige Befriedigung, da das Urteil in der Hauptsache immer noch auf die in der einstweiligen Verfügung getroffene Lösung zurückkommen kann.

²¹¹⁴ R. PERROT, "Du "provisoire" au "définitif"", in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drui*, Dalloz, 2000, S. 447-448.

²¹¹⁵ Wie M. Barreau feststellte, ist die endgültige Entscheidung diejenige, "die eine Anfechtung so beendet, dass dem Gericht nunmehr jede Rechtsprechungsbefugnis in Bezug auf sie entzogen ist" (C. BARREAU, obs. sous Civ. 1^{ère}, 28. April 1987, *JCP G* 1989, II, 21216, Nr. 20).

504. Es gibt zwei außergewöhnliche Rechtsbehelfe, die von den Parteien des ursprünglichen Verfahrens vor dem Richter, der die Entscheidung erlassen hat, eingelegt werden können²¹¹⁶. Diese Rechtsbehelfe lassen sich als Wege zur Rücknahme und damit zur Neuverhandlung von einstweiligen Verfügungen analysieren. Zum einen können die Parteien unter den in Artikel R. 834-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes²¹¹⁷ festgelegten Bedingungen eine Wiederaufnahmeklage gegen die Entscheidungen des Staatsrats einreichen. Zum anderen kann der Kläger die in Artikel R. 833-1 geregelte Klage auf Berichtigung eines materiellen Fehlers einreichen. Eine solche Klage ist nicht zulässig, wenn der Kläger die rechtlichen Beurteilungen anzweifelt, die der Richter der einstweiligen Verfügung vorgenommen hat²¹¹⁸. Sie ist hingegen zulässig, wenn der Kläger einen vom Richter des vorläufigen Rechtsschutzes begangenen materiellen Fehler geltend macht, und begründet, wenn dieser Fehler qualifiziert ist²¹¹⁹. Der Staatsrat hat in diesem Zusammenhang und in Übereinstimmung mit einer ständigen Rechtsprechung²¹²⁰ darauf hingewiesen, dass "die Unterlassung, über Anträge zu entscheiden, eine Klage auf Berichtigung wegen eines materiellen Fehlers eröffnen kann"²¹²¹.
505. Abgesehen von diesen außergewöhnlichen Rechtsbehelfen können die vom Richter des *référé-liberté* verhängten Schutzmaßnahmen durch Berufung vor dem Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats angefochten werden²¹²². Der Grundsatz der Berufung geht auf eine parlamentarische Initiative zurück. Seine Regelung folgt im Wesentlichen den allgemeinen Regeln für diesen Rechtsbehelf. Die Schutzmaßnahme stabilisiert sich, wenn die Berufungsfrist ausgeschöpft ist oder von einer der Parteien ausgeübt wird.

I. Das Prinzip der Berufung: eine parlamentarische Initiative

506. Entsprechend den von der Arbeitsgruppe des Staatsrats festgelegten Leitlinien sah der Gesetzentwurf einen einheitlichen Rechtsbehelf für alle einstweiligen Verfügungen im Notfall vor. Um einen schnellen Ausgang der Rechtsstreitigkeiten zu fördern, wurde im Gesetzentwurf die Zwischenstufe der Verwaltungsberufungsgerichte abgeschafft und ein allgemeines Kassationsystem gewählt, das für alle Dringlichkeitsreferenden gilt²¹²³. Dies galt insbesondere für den *référé-liberté*, der in diesem Punkt nicht

²¹¹⁶ Auch die Möglichkeit, eine Auslegungsklage oder eine Widerspruchsklage einzureichen, muss erwähnt werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Auslegungsklage nur dann zulässig, wenn sie von einer Partei des Verfahrens eingereicht wird, das zum Erlass der Entscheidung geführt hat, deren Auslegung beantragt wird, und nur insofern, als rechtsgültig geltend gemacht werden kann, dass diese Entscheidung unklar oder mehrdeutig ist. Siehe CE, ord. 24. November 2005, *Moissinac Massenat*, Nr. 287348. Der Kläger ersucht den Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats um Auslegung einer früheren Verfügung, die in dem Rechtsstreit zwischen ihm und der Verwaltung erlassen wurde (CE, ord. 8. November 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* S. 491). Der Richter stellt fest, dass die in diesem Beschluss an die Verwaltung gerichtete Anordnung keine Zweideutigkeit aufweist. Die Auslegungsklage ist folglich unzulässig. Für ein Beispiel einer Widerspruchsklage siehe CE, 27. Juli 2001, *Haddad*, Nr. 231889: Herr Haddad reichte eine Widerspruchsklage ein, damit der Staatsrat eine zuvor vom Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats erlassene Entscheidung für null und nichtig erklärt (CE, ord. 24. Januar 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* S. 37). Da die Voraussetzungen für einen Einspruch nicht erfüllt waren, lehnte der Rat seinen Antrag ab.

²¹¹⁷ Siehe CE, 22. Juni 2005, *Gaiffe*, Nr. 252090. Der Kläger beantragt beim Rat die Aufhebung des Beschlusses vom 8. November 2002, mit dem der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats seinen Antrag auf einstweilige Verfügung, der auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingereicht wurde, abgelehnt hat. Der Rat wies den Antrag mit der Begründung zurück, dass er nicht unter einen der in Artikel R. 834-1 des Gesetzbuchs vorgesehenen Fälle von Revision fällt.

²¹¹⁸ CE, 27. Oktober 2003, *Karsenti*, Nr. 252151.

²¹¹⁹ Dies ist der Fall, wenn der Berufungsrichter der Klägerin die in Artikel L. 523-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes genannte Frist von 15 Tagen entgegenhält und ihren Antrag als verspätet zurückweist, obwohl die Betroffene Anspruch auf die Bestimmungen von Artikel R. 811-5 hatte, der die Berufungsfristen für Personen, die zum Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung im Ausland wohnen, um zwei Monate verlängert (CE, 3. Mai 2004, *Dogan épouse Antil*, *Lebon* T. S. 854). Der Staatsrat ließ die Klage auf Berichtigung eines materiellen Fehlers zu und entschied erneut über die Berufung von Frau Dogan gegen den Beschluss des erstinstanzlichen Richters.

²¹²⁰ Siehe CE, 17. April 1970, *DMS Préfontaines*, *Lebon* S. 260.

²¹²¹ CE, 16. Februar 2004, *Ghouzi*, *Lebon* S. 79. Der Antrag wird in diesem Fall abgelehnt, da der Antrag des Betroffenen aufgrund der späteren Entscheidung des Conseil d'Etat, der über die strittige Verwaltungsmaßnahme entscheidet, gegenstandslos geworden ist. Siehe in diesem Sinne auch: CE, 5. Mai 2006, *Ortiz*, Nr. 242713 (Ablehnung der Berichtigungsklage, da die ursprünglich gestellten Anträge auf einstweilige Verfügung gegenstandslos geworden sind, weil sich die anwendbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften geändert haben).

²¹²² Generell gilt, dass gegen alle Beschlüsse, die nach einer öffentlichen Anhörung ergehen, Berufung eingelegt werden kann. Im Gegensatz dazu können Beschlüsse, die im Tri-Verfahren ergangen sind, nur Gegenstand einer Kassationsbeschwerde sein. Die Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen weisen somit die Besonderheit auf, dass sie je nach Fall entweder durch Berufung oder durch Kassation angefochten werden können.

²¹²³ Im Auftragsschreiben vom 31. Oktober 1997 hieß es, dass die Rechtsbehelfe "eine schnelle Lösung der Rechtsstreitigkeiten ermöglichen müssen" (RFD A 2000, S. 954). In der Tat muss es wie in jedem Gerichtsverfahren Rechtsmittel geben, die es ermöglichen, eventuelle Fehler des Richters für einstweilige Verfügungen rechtzeitig zu korrigieren

gegenüber anderen Verfahren bevorzugt behandelt wurde. Da eine Berufung nicht vermutet wird²¹²⁴, konnten die Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen nur durch eine Kassationsbeschwerde angefochten werden. Aufgrund des sehr sensiblen Bereichs, in den dieses Verfahren eingreift, wollten die Parlamentarier dem Staatsrat die Befugnisse eines Berufungsrichters übertragen, die es ihm ermöglichen, den Rechtsstreit sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht vollständig zu beurteilen. Ohne den Grundsatz des einzigen Rechtsbehelfs in Frage zu stellen, wird das Parlament bei Entscheidungen, die der Richter für einstweilige Verfügungen nach einer öffentlichen Anhörung trifft, die Kassation durch die Berufung - immer vor dem Staatsrat - ersetzen. Für Präsident Labetoulle stellt dieser Änderungsantrag "die wichtigste" Neuerung dar, die von den Parlamentariern in den Gesetzentwurf eingebracht wurde²¹²⁵. Das Berufungsprinzip stellt in der Tat eine bemerkenswerte Besonderheit des *référé-liberté* dar, da bei anderen Dringlichkeitsreferaten nur eine Kassationsbeschwerde eingelegt werden kann. Daher: "Mit der Einführung dieser doppelten Instanz, die als Garantie für eine gute Rechtsprechung angesehen wird, zeigt sich einmal mehr die ganz besondere Wertschätzung, die der einstweilige Rechtsschutz zum Schutz einer Freiheit genießt"²¹²⁶.

507. Die Aufforderung wurde vom Senat in erster Lesung auf Initiative seines Rechtsausschusses eingeführt. Die Änderung, an der sich insbesondere Herr Badinter beteiligte, wurde von der oberen Kammer mit Unterstützung der Regierung angenommen. Aus den Vorbereitungsarbeiten geht hervor, dass die Senatoren den Rechtsuchenden die umfassendsten Garantien bieten wollten, wenn die Grundfreiheiten auf dem Spiel stehen. Herr Garrec betonte, dass in einem so wesentlichen Bereich die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung zu stellen, und die Möglichkeit, Kassationsbeschwerde einzulegen, keine ausreichenden Garantien für den Einzelnen darstellten²¹²⁷. Im ersten Fall entscheidet derselbe Richter: Es gibt also kein Eingreifen eines neuen Richters. Im zweiten Fall ist die Kontrolle des Richters auf rechtliche Elemente beschränkt. Der Kassationsrichter kann nur unter der dreifachen Bedingung, dass die Berufung zulässig ist, ein Kassationsgrund begründet ist und der Staatsrat beschließt, den Fall zur Sprache zu bringen, die tatsächlichen Elemente des Falles kennen und den Streitfall in der Sache regeln. Aufgrund der geringeren Garantien, die diese beiden Rechtswege bieten, hielten es die Senatoren für unerlässlich, den Grundsatz der Berufung im Bereich der einstweiligen Verfügung einzuführen. Garrec sagte: "Die doppelte Instanz kann keine Ausnahme machen, wenn Grundfreiheiten auf dem Spiel stehen, es sei denn, die verfassungsmäßig geschützten Rechte der Verteidigung werden ihrer Garantien beraubt"²¹²⁸. Die Nationalversammlung schloss sich in erster Lesung der Position des Senats an, trotz der von ihrem Berichterstatter geäußerten Vorbehalte²¹²⁹.

508. Dagegen gab es zwischen den beiden Kammern eine Meinungsverschiedenheit darüber, welches Gericht für die Berufung zuständig ist. Aus Gründen der Nähe zu den Rechtsuchenden verteidigte die Nationalversammlung die Zuständigkeit der Berufungsverwaltungsgerichte, die seit dem Gesetz vom 31. Dezember 1987 als Berufungsrichter nach allgemeinem Recht fungieren. Herr Blessig erklärte daher: "Um den

und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im gesamten Staatsgebiet zu gewährleisten. Dennoch müssen diese an die Dringlichkeit von einstweiligen Verfügungen angepasst werden. Es hat sich gezeigt, dass das traditionelle System Berufung und dann Kassation für den Notfall ungeeignet ist, da es zu einer Überlagerung aufeinanderfolgender Instanzen führt (eine erstinstanzliche Instanz, eine Berufungsinstanz, eine Kassationsinstanz). Durch die Einsparung einer Berufung vor den Berufungsverwaltungsgerichten ermöglichte der Text die Abschaffung einer Instanzenebene.

²¹²⁴ In Verwaltungsstreitsachen besteht das Recht auf ein doppeltes Gerichtsverfahren nur, wenn es ausdrücklich in einem Text vorgesehen ist. Der Staatsrat ist der Ansicht, dass "en l'absence de toutes dispositions, prévoyant que les décisions sont susceptibles d'appel", diese Entscheidungen als letztinstanzlich ergangen werden müssen und daher nur Gegenstand einer Kassationsbeschwerde sein können (CE, 6. Juni 1949, *Faveret, Lebon* S. 228).

²¹²⁵ D. LABETOULLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, a. a. O., S. 24.

²¹²⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1545.

²¹²⁷ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 30 und S. 63-65.

²¹²⁸ R. GARREC, *JO déb. AN*, CR Sitzung 8. Juni 1999, S. 3741.

²¹²⁹ Herr Colcombet äußerte sich nämlich "sehr zurückhaltend" über das Prinzip einer Berufung bei einstweiligen Verfügungen und führte drei Argumente an. Zunächst einmal sei die Einführung einer Berufung für dieses Verfahren allein eine Quelle der Komplexität. Sie steht im Widerspruch zum Gesetzentwurf, dessen Ziel es ist, die für die verschiedenen Verfahren geltenden Regeln zu vereinfachen und zu vereinheitlichen. Zweitens wird dem Kläger durch die Berufung die Möglichkeit genommen, ein Kassationsverfahren einzuleiten, das nach den Regeln des allgemeinen Rechts von einem Kollegialorgan durchgeführt wird. Schließlich stellt die Berufung außerhalb des strafrechtlichen Bereichs keine Anforderung dar, deren Einhaltung für den Gesetzgeber verbindlich wäre (F. COLCOMBET, *Rapport AN* Nr. 2002, S. 52-53). Diese Argumente überzeugten die Abgeordneten kaum. Die Mitglieder des Rechtsausschusses lehnten den von Colcombet eingebrachten Änderungsantrag zur Wiederherstellung des ursprünglichen Wortlauts des Gesetzentwurfs ab (Vorgenannter Bericht, S. 53-54). Die Nationalversammlung nahm den Grundsatz der Berufung nicht zurück.

Zugang der Rechtsuchenden zur Justiz zu verbessern, ist es besser, wenn das Verfahren so nah wie möglich stattfindet, d. h. vor dem Berufungsverwaltungsgericht²¹³⁰. Die Zuständigkeit des Staatsrats wurde vom Senat verteidigt. Die Senatoren führten drei Reihen von Argumenten an²¹³¹. Erstens fördere das unmittelbare Eingreifen des obersten Richters eine schnellere Erledigung der Fälle, indem es die Einsparung einer Gerichtsebene ermögliche²¹³². Zweitens wurde argumentiert, dass diese Lösung eine schnelle Vereinheitlichung der Rechtsprechung im Bereich des Schutzes der Grundfreiheiten ermöglicht. Laut Garrec "soll verhindert werden, dass die Verteilung der Klagen gegen Entscheidungen über einstweilige Verfügungen auf sieben Berufungsverwaltungsgerichte die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Frage stellt"²¹³³. Drittens und letztens ermöglichte die Zuständigkeit des Staatsrats die Angleichung des Systems der einstweiligen Verfügung an das der einstweiligen Verfügung und förderte so die Kohärenz der Texte, wenn es um dieselbe Materie geht. Diese Argumente hatten die Abgeordneten in der ersten Lesung nicht überzeugt. Die Nationalversammlung nahm trotz der ablehnenden Haltung des Berichterstatters und der Regierung den von den Herren Blessig und Albertini eingebrachten Änderungsantrag an, der die Berufung der *référé-liberté* vor die Berufungsverwaltungsgerichte verlegt²¹³⁴. Der Änderungsantrag von Herrn Blessig, der in zweiter Lesung erneut vorgeschlagen wurde, wurde schließlich von den Abgeordneten verworfen²¹³⁵. Artikel L. 523-1 Abs. 2 besagt: "Gegen die in Anwendung von Artikel L. 521-2 ergangenen Entscheidungen kann innerhalb von fünfzehn Tagen nach ihrer Zustellung beim Staatsrat Berufung eingelegt werden. Die Beschlüsse, mit denen der Richter für einstweilige Verfügungen eine Schutzmaßnahme anordnet, ergehen nach einer kontradiktorischen Beweisaufnahme und einer öffentlichen Anhörung. Sie werden daher in erster Instanz erlassen."

II. Die Regelung der Berufung

509. Berufung kann gegen jede Entscheidung eingelegt werden, die der Richter für einstweilige Verfügungen eines Verwaltungsgerichts²¹³⁶ nach einer öffentlichen Anhörung erlassen hat.²¹³⁷

Sie steht den Parteien der ursprünglichen Instanz offen. Bei einer Entscheidung über die vollständige Zulassung hat nur die Verwaltung ein Interesse daran, Berufung einzulegen. Bei teilweiser Zulassung können beide Parteien ein Interesse daran haben, diesen Rechtsbehelf auszuüben: die Verwaltung zunächst, damit der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die in erster Instanz vorgeschriebene Maßnahme aufhebt; der Antragsteller

²¹³⁰ E. BLESSIG, *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10944. Dasselbe Argument wird in der zweiten Lesung wieder aufgegriffen. In der Sitzung fragt sich Herr Blessig: "Wie lässt sich rechtfertigen, dass die Argumente, die zugunsten des Richters für einstweilige Verfügungen in der ersten Instanz entwickelt wurden - Schnelligkeit, Mündlichkeit, Einfachheit, Nähe - bei der Berufung zurückgewiesen werden?" (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, S. 3162).

²¹³¹ Siehe R GARREC, *Senatsbericht* Nr. 210, S. 21-22.

²¹³² Gegen die Entscheidungen der Berufungsverwaltungsgerichte hätte ein Kassationsbeschwerdeverfahren eingeleitet werden können. Außerdem wurde angemerkt, dass die Überlastung der Berufungsverwaltungsgerichte eine schnelle Prüfung der Berufung zu gefährden schien.

²¹³³ R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 210, S. 22. Es ist jedoch anzumerken, dass die Gefahr einer Zersplitterung der Rechtsprechung sehr hypothetisch war, da die Beschlüsse der Berufungsverwaltungsgerichte in jedem Fall der Kassationskontrolle des Staatsrats unterlegen hätten.

²¹³⁴ *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10943-10944.

²¹³⁵ *JO déb.* M. Garrec möchte jedoch darauf hinweisen, dass die gewählte Lösung "die spätere Übertragung dieses Rechtsstreits an die Berufungsverwaltungsgerichte nicht ausschließt, wenn die Rechtsprechung einheitlich ist" (R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 210, S. 22). Der *référé-liberté* würde dann das gleiche Schicksal erleiden wie das Verfahren zur Anfechtung von Grenzabschiebungsanordnungen, dessen Berufung nach fünfzehn Jahren auf die Verwaltungsberufungsgerichte übertragen wurde. Tatsächlich wurden die Berufungen des Richters für die Abschiebung an der Grenze ursprünglich vor dem Staatsrat (*Conseil d'Etat*) eingelegt. Sie wurden am 1.^{er} Januar 2005 an die Verwaltungsberufungsgerichte übertragen. Diese Übertragung war möglich, obwohl es sich bei diesem Verfahren um eine Massenstreitigkeit handelt und der Richter innerhalb einer extrem kurzen Frist von 48 Stunden entscheiden muss. Zum Vergleich: Ein Verwaltungsgericht trifft jährlich mehrere Dutzend Entscheidungen im Rahmen des *référé-liberté*-Verfahrens. Einem solchen Transfer könnte nur der Wille entgegenstehen, eine Überschneidung oder Stapelung von Instanzen zu vermeiden.

²¹³⁶ Die Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen des Staatsrats sind ihrerseits nicht anfechtbar (CE, ord. 29. Mai 2002, *Derynck*, Nr. 247239). Sie können auch nicht Gegenstand einer Kassationsbeschwerde sein. Der Staatsrat erinnerte daran, dass "der Beschluss des Richters für einstweilige Verfügungen des Staatsrats über einen Antrag, der auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes direkt bei ihm eingereicht wurde, weder Gegenstand einer Berufung noch einer Kassationsbeschwerde beim Staatsrat sein kann" (CE, 27. Oktober 2003, *Karsenti*, Nr. 252151).

²¹³⁷ Entscheidungen, die ohne Abhaltung einer öffentlichen Verhandlung, d. h. nach dem Triageverfahren, getroffen werden, unterliegen der Kassationskontrolle. Die gegen die Sortierbeschlüsse eingelegten "Berufungen" werden in Kassationsbeschwerden umqualifiziert und von einer Kollegialformation des Staatsrats entschieden. Siehe *oben*, § 412.

zweitens, um eine vollständige Befriedigung zu erreichen²¹³⁸. Im Falle einer vollständigen Zulassung seiner Anträge kann der Antragsteller nicht sinnvoll vor dem Berufungsrichter klagen²¹³⁹. Dritte im Verfahren können keine Berufung einlegen²¹⁴⁰. Ebenso sind Streithelfer, da sie keine Parteistellung haben, nicht zur Berufung zugelassen.²¹⁴¹

Im Bereich des *référé-liberté* fällt die Berufung in die Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen des Conseil d'Etat. Ein zu Unrecht angerufenes Berufungsverwaltungsgericht muss die Akte der Klageschrift an das Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats weiterleiten²¹⁴². Der Berufungsantrag muss innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung der angefochtenen Entscheidung eingereicht werden. Die Regeln für die Berufungsfrist sind dieselben wie für die Kassationsbeschwerde gegen einen *tri*-Beschluss. So ist die 15-Tage-Frist eine Freifrist und kann um Entfernungsfristen verlängert werden²¹⁴³. Außerdem ist die Berufung zulässig, wenn die Klageschrift innerhalb der Frist per Fax bei der Kanzlei für Rechtsstreitigkeiten eingeht, und zwar auch dann, wenn die vollständige Klageschrift erst zu einem späteren Zeitpunkt auf dem Postweg eingeht²¹⁴⁴. Sie ist jedoch unzulässig, wenn sie nach Ablauf der oben genannten Frist von 15 Tagen eingelegt wird²¹⁴⁵.

Berufungen im Bereich *référé-liberté* sind gemäß Artikel R. 523-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes von der Anwaltpflicht befreit. Gemäß Artikel R. 411-1 in Verbindung mit Artikel R. 811-13 muss jeder Berufungsantrag bei Strafe der Unzulässigkeit begründet werden²¹⁴⁶. Anträge, die zum ersten Mal in der Berufung gestellt werden, sind in jedem Fall unzulässig²¹⁴⁷. Die Berufung muss ihren Gegenstand zum Zeitpunkt ihrer Einreichung beim Staatsrat beibehalten haben. Dies ist nicht der Fall, wenn die vor dem ersten Richter angefochtene Entscheidung ihre Wirkung erschöpft hat²¹⁴⁸ oder wenn die von diesem Richter angeordnete Maßnahme selbst keinen Gegenstand mehr hat²¹⁴⁹. Andererseits macht die Ausführung der in dem angefochtenen Beschluss

²¹³⁸ Siehe zum Beispiel CE, ord. 16. Juli 2001, *Fenillatey*, *Lebon* S. 309.

²¹³⁹ EK, Ord. 17. Mai 2004, *Bouhmidj*, Nr. 267516. Er wurde auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 mit einem Antrag auf Anweisung an den Präfekten des Departements Hauts-de-Seine, ihren Personalausweis und ihren Reisepass zurückzugeben, wies der Richter für einstweilige Verfügungen "den Präfekten des Departements Hauts-de-Seine an, Frau Bouhmidj nach Erhalt dieses Beschlusses vorzuladen, um ihre Situation zu prüfen und ihr die Möglichkeit zu geben, eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung zu erhalten, bis der zuständige Richter, den sie anrufen muss, sich zur Frage ihrer Staatsangehörigkeit geäußert hat". Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats stellte fest, "dass diese Regelung, wenn man sie mit den erstinstanzlichen Anträgen von Frau Bouhmidj vergleicht, als nicht beschwerlich für Frau Bouhmidj anzusehen ist, deren Berufungsantrag daher unzulässig ist (...)". Gemäß der klassischen Rechtsprechung hat ein Kläger, der vor dem erstinstanzlichen Gericht vollständig befriedigt wird, kein Interesse daran, die Instanz in der Berufung fortzusetzen (siehe CE, 22. April 1983, *Ministre des postes et télécommunications*, *Lebon* T. S. 837).

²¹⁴⁰ CE, Ord. 29. Januar 2003, *Ville de Nice*, Nr. 253665.

²¹⁴¹ EK, Beschl. 3. Januar 2003, *Belminar und andere*, Nr. 253045. Aus der ständigen Rechtsprechung geht jedoch hervor, dass Streithelfer Berufung einlegen können, wenn sie "entweder berechtigt waren, die Klage einzureichen, oder, wenn sie nicht beteiligt waren, Drittwiderspruch einzulegen" (CE, 9. Januar 1959, *de Harenne*, *Lebon*, S. 23). Daher hat der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die Berufung einer Gesellschaft gegen eine Klageschrift, "zu deren Unterstützung sie beigetreten war", zugelassen (CE, ord. 17. Mai 2002, *EURL Mandon*, Nr. 246901).

²¹⁴² Siehe zum Beispiel CE, ord. 12. August 2004, *Abdullayev*, Nr. 271120; CE, Ord. 10. April 2006, *Cicek*, Nr. 292080.

²¹⁴³ CE, 3. Mai 2004, *Dogan épouse Antil*, *Lebon* T., S. 854.

²¹⁴⁴ EK, Beschl. 30. Januar 2001, *Tauraatua*, Nr. 229418.

²¹⁴⁵ EG, Beschl. 16. Mai 2002, *Auto-école SOS permis*, Nr. 246813; CE, Ord. 27. Januar 2003, *Chausson*, Nr. 253548; CE, Ord. 28. März 2003, *Latti*, Nr. 255412.

²¹⁴⁶ Eine Klageschrift, die keine Klagegründe enthält, ist folglich unzulässig. Siehe zum Beispiel CE, ord. 14. Februar 2003, *Société hôtelière de la Calade*, Nr. 254173.

²¹⁴⁷ CE, Ord. 19. Juli 2001, *Société générale bâtiment et habitation (SGBH)*, Nr. 248742.

²¹⁴⁸ Unzulässig ist die am 27. Oktober 2001 beim Staatsrat eingelegte Berufung in Bezug auf eine Verwaltungsentscheidung, die seit dem 14. Oktober 2001 keine Wirkung mehr hatte (CE, ord. 29. Oktober 2001, *SARL Objectif*, Nr. 239443); der am 4. April 2003 eingereichte Antrag in Bezug auf eine Entscheidung, die seit dem 17. März 2003 keine Wirkung mehr hatte (CE, ord. 4. April 2003, *Rambour*, Nr. 255716); der am 28. Oktober 2003 eingetragene Antrag zu einer Entscheidung, die am 9. Oktober 2003 ihre Wirkung verloren hatte (CE, ord. 29. Oktober 2003, *Centre hospitalier d'Albi*, Nr. 261376) oder auch die am 28. Februar 2006 eingelegte Berufung in einem Rechtsstreit über eine Entscheidung, mit der die Vorladung bestimmter Bediensteter für die ab dem 6. Februar 2006 laufende Woche angeordnet wurde (CE, ord. 8. März 2006, *Centre hospitalier universitaire de Caen*, Nr. 290771).

²¹⁴⁹ Siehe zum Beispiel CE, Ord. 16. März 2001, *Commission de propagande du canton de Grimaud*, *Lebon* T., S. 1135. Mit Beschluss vom 6. März 2001 wies der erste Richter die Propagandakommission des Kantons Grimaud an, die von Herrn Sibillat, einem Kandidaten für die Kantonalwahlen in Grimaud, eingereichten Stimmzettel und Rundschreiben zu verteilen. Mit Antrag vom 13. März 2001, also nach dem ersten Wahlgang, legte der Propagandaausschuss beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats Berufung gegen diese Anordnung ein. Die Beweisaufnahme ergab, dass Herr Sibillat im ersten Wahlgang nicht so viele Stimmen erhalten hatte, dass er für den zweiten Wahlgang kandidieren konnte. Daher ist die beim Berufungsgericht eingereichte Klageschrift gegenstandslos und folglich unzulässig. Siehe auch CE, ord. 18. Juni 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, *Lebon* T. S. 877: Die Berufung gegen einen Beschluss, der die Aussetzung von zwei Erlassen ausspricht, ist unzulässig, wenn diese inzwischen vom Richter für Machtüberschreitung aufgehoben worden sind.

vorgeschriebenen Maßnahme durch die Verwaltung die gegen diesen Beschluss eingelegte Berufung nicht gegenstandslos .2150

510. Artikel R. 523-3 sieht vor, dass Berufungen, soweit erforderlich, den Verfahrensregeln für einstweilige Verfügungen in dringenden Fällen unterliegen. Die Anträge werden vom Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrates (Conseil d'Etat) untersucht und entschieden. Nach Artikel L. 523-1 entscheidet der Vorsitzende der Streitsachenabteilung des Staatsrats oder der von ihm zu diesem Zweck beauftragte Staatsrat innerhalb von 48 Stunden. Er kann nach dem allgemeinen Verfahren des Artikels L. 522-1 oder nach dem Tri-Verfahren des Artikels L. 522-3 entscheiden.

Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats prüft die Ordnungsmäßigkeit des vom erstinstanzlichen Richter erlassenen Beschlusses. Er vergewissert sich, dass der erste Richter nach einem ordnungsgemäßen Verfahren entschieden hat, insbesondere indem er die Anforderungen des Widerspruchsverfahrens beachtet hat²¹⁵¹, indem er über alle Anträge, mit denen er befasst war, entschieden hat²¹⁵² oder indem er seine Entscheidung im Hinblick auf die ihm vorgelegte Argumentation ausreichend begründet hat²¹⁵³. Seine Entscheidung wird auch aufgehoben, wenn der Richter die Anträge des Klägers verfälscht²¹⁵⁴, einen Rechtsfehler begangen²¹⁵⁵, seine Zuständigkeit überschritten²¹⁵⁶ oder ganz allgemein die geltenden Regeln falsch angewendet hat. Der Richter wendet insbesondere die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes falsch an, indem er die Voraussetzungen für die Gewährung fälschlicherweise als erfüllt ansieht²¹⁵⁷, insbesondere die Voraussetzung der Beeinträchtigung einer Grundfreiheit bei Handlungen und Situationen, die für sich genommen nicht geeignet sind, eine solche Beeinträchtigung zu bewirken²¹⁵⁸ oder die Voraussetzung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit bei einem Ausweisungsbeschluss, der auf schwerwiegenden Tatsachen beruht .2159

Der Berufungsrichter, der durch den Devolutiveffekt befasst wird, entscheidet über den ihm vorgelegten Fall. Er kann den vom ersten Richter verhängten Maßnahmen etwas hinzufügen oder abziehen. Einerseits kann er über die in der angefochtenen Entscheidung angeordneten Maßnahmen hinausgehen. So kann er eine Schutzmaßnahme verhängen, wenn der erstinstanzliche Richter der Ansicht war, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer

2150 CE, Ord. 4. Februar 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T. S.* 828. Wenn die Gemeinde Yvrac nach der Einlegung ihrer Berufung den Beschluss vom 7. Januar 2004 vollstreckte, kann dieser Umstand nicht dazu führen, dass die Berufung der Gemeinde, die den Beschluss zu vollstrecken hatte und die geltend machen will, dass dieser zu Unrecht erlassen wurde, gegenstandslos wird. Sie ist daher insbesondere berechtigt, die Entlastung von dem Betrag zu beantragen, der ihr gemäß Artikel L. 761-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes auferlegt wurde. Dies entspricht der Regel, die vom Staatsrat in Verfahren des bürgerlichen Rechts regelmäßig in Erinnerung gerufen wird, wonach gerichtliche Entscheidungen ab ihrer Zustellung ungeachtet der Berufung vollstreckbar sind (siehe z. B. CE, 28. Mai 1993, *Bastien*, *Lebon T. S.* 972). Der Aufschub der Vollstreckung bis zur Entscheidung des Berufungsrichters stellt einen Verstoß gegen das Urteil dar (CE, 13. Juli 1996, *Ximay*, *Lebon T. S.* 1063). Ebenso wenig wie in Verfahren in der Hauptsache hat die Berufung hier aufschiebenden Charakter (zu dieser Regel siehe B. PACTEAU, "Paradoxes et périls de l'effet non suspensif de l'appel", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, S. 793-501).

2151 Siehe z. B. CE, ord. 26. März 2002, *Société Route Logistique Transports*, *Lebon S.* 114.

2152 EG, Ord. 6. September 2002, *Tetaabi*, Nr. 250120.

2153 EK, Beschl. 16. September 2002, *Société GSM*, Nr. 250312.

2154 In Anbetracht des Wortlauts der Anträge, der gesamten Argumentation und des Umstands, dass kein Antrag auf Aufhebung oder Änderung einer Verwaltungsentscheidung gestellt wurde, "hat der erste Richter den Antrag nicht falsch ausgelegt", als er feststellte, dass der Antragsteller sich hauptsächlich auf die Bestimmungen von Artikel L. 521-2 und hilfsweise auf die von Artikel L. 521-1 stützen wollte (CE, ord. 10. April 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire*, *Lebon T. S.* 1090).

2155 Siehe z. B. CE, Ord. 9. Dezember 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, Nr. 252338.

2156 Zum Beispiel, indem er die Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung verkündet (CE, ord. 24. Januar 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon S.* 37).

2157 CE, ord. 27. März 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon S.* 158; CE, ord. 6. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier*, *Lebon S.* 186; CE, ord. 25. November 2003, *Présidente de l'Assemblée de la Polynésie française*, *Lebon T. S.* 928.

2158 Beispielsweise bei der Überschneidung der Stundenpläne zweier Wahlfächer in einem Gymnasium (CE, ord. 5. Oktober 2001, *Rouquette Lipietz*, Nr. 238676) oder bei der Erteilung einer Baugenehmigung (CE, ord. 11. Oktober 2001, *Commune de Saint-Bauzille-de-Putois*, *Lebon S.* 462). Dasselbe gilt allgemeiner, wenn die fragliche Handlung unter den Umständen des Einzelfalls nicht gegen eine Grundfreiheit verstößt. Siehe zum Beispiel CE, ord. 16. April 2003, *Lycee polyvalent du Taaone*, Nr. 256002: "Die Antragsteller sind berechtigt zu behaupten, dass der Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts von Papeete zu Unrecht von den in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgesehenen Befugnissen Gebrauch gemacht hat, da eine Grundfreiheit nicht verletzt wurde".

2159 CE, Sect., 30. Oktober 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon S.* 523; CE, Ord. 10. August 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, Nr. 236969.

Schutzmaßnahme nicht erfüllt waren oder dass er für eine Entscheidung nicht zuständig war²¹⁶⁰. Er kann die vom ersten Richter verhängten Maßnahmen durch restriktivere Maßnahmen ersetzen, wenn ihm diese zur Wahrung einer Grundfreiheit unzureichend erscheinen. So steht es ihm frei, die vom ersten Richter ausgesprochenen Anordnungen mit einem Zwangsgeld zu belegen, das vom ersten Richter nicht vorgesehen war²¹⁶¹ oder den Betrag der Geldstrafe für eine missbräuchliche Beschwerde zu erhöhen, zu der der erste Richter den Beschwerdeführer verurteilt hat²¹⁶². Andererseits kann der Berufungsrichter Maßnahmen, die in dem angefochtenen Beschluss angeordnet wurden, abschwächen oder aufheben. Wenn die Voraussetzungen für die Gewährung nicht erfüllt sind, hebt er die vom Erstrichter angeordneten Maßnahmen auf²¹⁶³. Wenn der erstinstanzliche Richter eine Maßnahme angeordnet hat, die nach Ansicht des Berufungsrichters gegen die Bestimmungen von Artikel L. 511-1 verstößt, kann er den Inhalt der Anordnung ändern²¹⁶⁴. Es ist ihm auch möglich, den Beschluss des ersten Richters abzuändern, um die Tragweite der von ihm verhängten Anordnung einzuschränken. In der Rechtssache *Feuillatey* fügte der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats dem Vorbehalt des ersten Richters hinzu, dass es den Ärzten vor der Durchführung einer Bluttransfusion obliegt, einerseits alles zu tun, um die Patientin davon zu überzeugen, die unerlässliche Behandlung zu akzeptieren, und andererseits sicherzustellen, dass die Durchführung einer Bluttransfusion eine für das Überleben der Patientin unerlässliche und ihrem Zustand angemessene Maßnahme darstellt.²¹⁶⁵

Wenn der Berufungsrichter entschieden hat oder die Berufungsfrist abgelaufen ist, erlangt die Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen eine bemerkenswerte Stabilität. Es ist zwar rechtlich nicht unmöglich, aber sehr hypothetisch, dass sie von einem anderen Richter in Frage gestellt wird.

Abschnitt 2. Die unwahrscheinliche Anfechtung durch einen anderen Richter

- 511.** Kann man nach Ablauf der Fristen und Rechtsmittel davon ausgehen, dass die vom Richter der einstweiligen Verfügung getroffene Entscheidung endgültig ist? Aus rechtlicher Sicht ist eine solche Lösung auszuschließen. Aber wie sieht es in der Praxis aus? Können die vom Richter auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 angeordneten Maßnahmen tatsächlich von einem Richter in Frage gestellt werden? Damit dies in Betracht gezogen werden kann, müssen zwei Elemente erfüllt sein. Zunächst ist es logischerweise erforderlich, dass es "etwas" gibt, das in Frage gestellt werden kann. Zweitens muss ein Richter angerufen werden und die Bedingungen, die es ermöglichen, das vom Richter der einstweiligen Verfügung Angeordnete in Frage zu stellen, müssen erfüllt sein.
- 512.** Damit die angeordnete Maßnahme als umkehrbar angesehen werden kann, muss zunächst einmal "etwas" übrig bleiben, das nach dem Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen in Frage gestellt werden kann, d. h. der Streitgegenstand ist nach der Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen nicht vollständig verschwunden. Diese Anforderung führt zu einer Unterscheidung nach der Art der verhängten Schutzmaßnahme; sie reduziert in der Praxis die Fälle, in denen sich die Frage nach einer Infragestellung stellen kann, auf ein Extrem. Erstens wird bei der Aussetzung einer positiven Entscheidung der Streitgegenstand nach der Verhängung der Maßnahme in zwei Fällen potenziell aufrechterhalten: zum einen, wenn der Zeitraum, in dem die Entscheidung hätte gelten sollen, noch nicht abgelaufen ist, d. h. die Frist, die ursprünglich von der Verwaltung beim Erlass dieser Entscheidung festgelegt wurde²¹⁶⁶; zum anderen, wenn die Entscheidung, deren Wirkungen ausgesetzt werden, keine zeitliche Begrenzung enthielt. Zweitens: Bei einer Handlungsanweisung, die als Haupt- oder Zusatzmaßnahme zu einer Aussetzungsmaßnahme erlassen wurde, besteht der Streitgegenstand nur so lange fort, wie die Verwaltung ihn nicht erfüllt hat. Die Verwaltung ist jedoch verpflichtet, innerhalb kürzester Zeit zu handeln, in der Regel innerhalb weniger Tage. Sobald sie

²¹⁶⁰ CE, ord. 19. August 2002, *Front national und Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* S. 311.

²¹⁶¹ CE, ord. 12. November 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon* T. S. 1132: Zwangsgeld von 150 Euro pro Tag Verspätung bei der Umsetzung der vom erstinstanzlichen Richter erlassenen Anordnungen zu den von diesem festgelegten Terminen.

²¹⁶² EK, Beschl. 12. Mai 2003, *Pichaut*, Nr. 256729.

²¹⁶³ Siehe zum Beispiel CE, ord. 22. Mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* S. 232.

²¹⁶⁴ Siehe zum Beispiel CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALL*, *Lebon* T. S. 1034. Der erste Richter hatte die Präfekturbehörde angewiesen, den nationalen Personalausweis und den Reisepass des Klägers zu erneuern. Der Berufungsrichter ersetzte dies durch eine Anordnung, eine erneute Prüfung der vom Beschwerdeführer eingereichten Akte vorzunehmen. Der angefochtene Beschluss wird insoweit abgeändert, als er der Entscheidung des Berufungsgerichts zuwiderläuft.

²¹⁶⁵ CE, ord. 16. Juli 2001, *Feuillatey*, *Lebon*, S. 309.

²¹⁶⁶ Sobald die ursprünglich für ihre Anwendung vorgesehene Zeit abgelaufen ist, ist der Rechtsstreit beendet.

dies getan hat, erlischt der Rechtsstreit; die Situation, die zur Anrufung des Gerichts geführt hat, verschwindet²¹⁶⁷. Drittens verschwindet im Falle einer Unterlassungsanordnung der Streitgegenstand mit dem Erlöschen der Umstände, die zur Verhängung des Verbots geführt haben, wie in der Rechtssache *FN IFOREL*, oder mit dem Ablauf der vom Richter festgelegten Dauer hinsichtlich der Dauer dieser Verpflichtung. Dies sind die einzigen Fälle, in denen nach dem Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen "etwas" übrig bleiben kann, das möglicherweise beurteilt und in Frage gestellt werden muss. In den anderen Fällen gibt es nichts mehr zu beurteilen oder anzufechten. Der Richter hat die strittige Situation bereinigt. Sein Eingreifen bewirkt, dass der Rechtsstreit geleert, endgültig beendet und die Streitigkeit, die Anlass für die Einleitung einer einstweiligen Verfügung war, beendet wird. Nach der Verkündung der Schutzmaßnahme hat der Rechtsstreit keinen Gegenstand mehr.

513. In den seltenen Fällen, in denen die Anrufung eines Richters - des Richters in der Hauptsache oder des Richters für einstweilige Verfügungen - nicht auf Unzulässigkeit stößt (aufgrund des fehlenden Gegenstands) und ein Richter folglich im Anschluss an den Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet, ist eine Anfechtung seiner Entscheidung nur in äußerst seltenen Fällen denkbar. Eine Anfechtung durch den Richter in der Hauptsache ist nicht möglich, nicht nur aufgrund des sehr hypothetischen Charakters seiner Befassung, sondern auch und vor allem aufgrund der in Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes formulierten Bedingung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit. Auch wenn die Möglichkeit einer Infragestellung durch den Richter für einstweilige Verfügungen nicht grundsätzlich auszuschließen ist, kann sie gegebenenfalls nur in sehr speziellen Fällen auftreten.

I. Die Unmöglichkeit einer Infragestellung durch den Richter in der Hauptsache

514. Wenn ein Richter der Hauptsache nach dem Richter der einstweiligen Verfügung tätig wird, was in der Praxis äußerst selten vorkommt, wird er mit Sicherheit im gleichen Sinne wie der Richter der einstweiligen Verfügung entscheiden und folglich nicht das in Frage stellen, was nach Artikel L. 521-2 entschieden wurde.

A. Eine mögliche, aber äußerst seltene Befassung

515. Wenn eine Schutzmaßnahme verhängt wurde, wird das Eingreifen des Sachrichters eine Ausnahme sein, da es allein vom Willen des Antragstellers abhängt. Der Richter des ordentlichen Rechts in der Hauptsache kann nur dann eingreifen, wenn der Antragsteller dies beschließt, also nur auf dessen Veranlassung. Dies ist ein wichtiger Unterschied zu den Regeln des Privatjustizrechts und der einstweiligen Verfügung gegen Aussetzung.
516. Im Zivilprozess haben beide Parteien der einstweiligen Verfügung das Recht und die Möglichkeit - aber

²¹⁶⁷ Nachdem die Verwaltungsbehörde die Pfähle, die den Zugang zu den Räumlichkeiten einer privatrechtlichen Gesellschaft behindern, entfernt und die notwendigen Arbeiten für den Anschluss dieser Räumlichkeiten an die öffentliche Straße durchgeführt hat (Beispiel des Beschlusses vom 31. Mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* S. 253), dem Antragsteller die nationale Identitätskarte, die er beantragt hatte, ausgestellt hat (Beispiel des Beschlusses vom 11. März 2003, *Samagassi*, *Lebon* S. 119), einer Familie ihre Ausweispapiere zurückgegeben (Beispiel des Beschlusses vom 2. April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* S. 167) oder die Unterstützung der öffentlichen Gewalt geleistet, um eine gerichtliche Entscheidung zu vollstrecken, die die Räumung von Hausbesetzern vorschreibt (Beispiel der Rechtsprechung *Stéphaur*), gibt es nichts mehr zu beurteilen. Nimmt man das Beispiel der *Stéphaur-Rechtsprechung*, "sieht man schlecht, wie die vom Richter an die Polizeibehörde gerichtete Anordnung, von ihren Befugnissen zur Räumung von Besetzern ohne Titel Gebrauch zu machen, als vorläufig bezeichnet werden könnte" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, S. 380). Um sich zu vollstrecken, muss die Verwaltung Maßnahmen ergreifen, die einen endgültigen Charakter aufweisen. In ähnlicher Weise hatte der Staatsrat in der Rechtssache *Société Outremer Finance Limited* die Einrichtung *Aéroport de Paris* angewiesen, das Festhalten eines Luftfahrzeugs, das dem klagenden Unternehmen gehörte, zu beenden (CE, 2. Juli 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* S. 306). Um diese Entscheidung umzusetzen, traf der Generaldirektor der Einrichtung eine Entscheidung, der zufolge: "La rétention au sol à Orly de l'Airbus A 340 immatriculé F-GTUA appartenant à la société Outremer Finance Limited, mise en œuvre par la décision DG n° 2003/553 du 6 février 2003, est définitivement levée à compter de ce jour" (die in der Begründung des Urteils des Conseil d'Etat, das über die Festsetzung des Zwangsgeldes entschied, zitierte Entscheidung: CE, 28. Juli 2004, *Société Outremer Finance Limited*, Nr. 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU).

keineswegs die Pflicht -, den Fall vor den Richter in der Hauptsache zu bringen²¹⁶⁸. Die Einleitung eines Verfahrens in der Hauptsache ist "dem alleinigen Ermessen [der Parteien] überlassen"²¹⁶⁹. Wenn keine der Parteien beschließt, das Verfahren in der Hauptsache fortzusetzen, "kann die Entscheidung des Richters im Verfahren der einstweiligen Verfügung Bestand haben und zumindest in der Praxis zum Gesetz der Parteien werden"²¹⁷⁰. Der Beklagte im Verfahren der einstweiligen Verfügung kann jedoch ein Interesse daran haben, später den Richter in der Hauptsache zu verklagen. Daher kann die Partei, die in einem einstweiligen Verfügungsverfahren Recht bekommen hat, nie sicher sein, dass die getroffene Entscheidung endgültig Bestand haben wird. Es ist immer möglich, dass ihr Gegner den Streitfall später vor den Richter in der Hauptsache bringt, da die Erhebung einer Klage in der Hauptsache dazu führen kann, dass dieser die in der einstweiligen Verfügung angeordnete Sache in Frage stellt. So bleiben im Privatjustizrecht die in einer einstweiligen Verfügung angeordneten Maßnahmen nur bestehen, "solange die Partei, gegen die sie verhängt wurden, nicht vor dem Richter der Hauptsache Klage erhebt"²¹⁷¹.

In Verwaltungsrechtsstreitigkeiten ist dieses Risiko in der Natur der einstweiligen Anordnung zur Aussetzung der Vollziehung verankert. Aufgrund seines akzessorischen Charakters und aufgrund der bloßen Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit, die der Richter feststellen soll, impliziert dieses Verfahren von Rechts wegen das spätere Eingreifen des Richters in der Hauptsache. Die Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache ist eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 gestellten Anträge; der Richter für einstweilige Verfügungen kann die Vollstreckung der angefochtenen Entscheidung aussetzen, wenn er nur ernsthafte Zweifel an deren Rechtmäßigkeit hat.

Die mögliche oder obligatorische Einschaltung eines Richters in der Hauptsache sowohl in Zivilverfahren als auch in Verwaltungsstreitsachen erscheint somit als Hindernis für die Dauerhaftigkeit der in der einstweiligen Verfügung getroffenen Lösung. Dies entspricht dem Zweck ihrer Verfahren, da die "Berufung des Vorläufigen" darin besteht, "vor dem erwarteten Endgültigen zu verblässen"²¹⁷².

517. Anders verhält es sich im Rahmen des *référé-liberté*. Der Einzelne, der einen Antrag auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes gestellt hat, hat allein die Initiative, den Fall vor den ordentlichen Richter zu bringen. Nur er hat das Recht, den ordentlichen Verwaltungsrichter zu verklagen, nicht aber die beklagte Verwaltung. Der Antragsteller auf einstweilige Verfügung entscheidet also souverän, wie er mit dem eingeleiteten Verfahren weiter verfahren will. Er hat die rechtliche Garantie, dass die Verwaltung nicht den ordentlichen Richter in der Hauptsache anrufen kann, um die Entscheidung der einstweiligen Verfügung aufzuheben. Wenn dieser angerufen wird, kann dies nur auf seine Veranlassung hin geschehen. Dieser grundlegende Unterschied verleiht den Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen eine größere Stabilität. Es reicht aus, dass der Antragsteller der einstweiligen Verfügung den Fall nicht vor den Richter der Hauptsache bringt, damit dieser nie eingreifen kann.

Wenn der Antragsteller jedoch die Anordnung einer Schutzmaßnahme erwirkt hat, macht die in der einstweiligen Anordnung erlangte Befriedigung die Einreichung einer Klage in der Hauptsache nach dem ordentlichen Verfahren überflüssig. In den meisten Fällen hat der Antragsteller, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 befriedigt wurde, kein praktisches Interesse daran, den ordentlichen Richter in der Hauptsache einzuschalten. Dennoch ist das Eingreifen des letzteren Gerichts nicht völlig undenkbar. Zunächst einmal wird der Richter in derselben Sache tätig, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache vor oder gleichzeitig mit der Einlegung der einstweiligen Verfügung eingelegt wurde. Er kann auch nach dem Erlass der einstweiligen Verfügung eine solche Klage einreichen, wenn er der Meinung ist, dass er nicht vollständig zufrieden gestellt wurde und insbesondere eine Aufhebung in der Hauptsache oder eine Wiedergutmachung des aufgrund der Rechtswidrigkeit

²¹⁶⁸ M. STRICKLER erinnert daran: "Da die Präsidialverfügung in der Hauptsache keine Rechtskraft hat, steht es den Parteien frei, den Richter in der Hauptsache mit einem Antrag zu befassen, der in allen Punkten mit dem Antrag identisch ist, über den der Richter der einstweiligen Verfügung bereits entschieden hat. La fin de non reçu tirée de la chose jugée de la décision de référé est donc inopposable devant le juge du fond" (Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse Strasbourg, 1993, S. 433). Siehe zum Beispiel Civ. 3^{ème}, 9. Januar 1991, *JCP G* 1991, II, 21729, obs. L. LEVY.

²¹⁶⁹ J. NORMAND, "Le caractère provisoire ou le caractère temporaire des mesures prises en référé. Le cas des mesures restrictives de la liberté d'expression", *RTD civ* 1997, S. 501.

²¹⁷⁰ Y. STRICKLER, "Réflexions sur le référé judiciaire. 'Retour sur le provisoire'", in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, a. a. O., S. 74. In seiner Doktorarbeit stellte der Autor eine ähnliche Feststellung fest und beobachtete, dass es vorkommt, dass die in der einstweiligen Verfügung getroffene Entscheidung "mit einer endgültigen Wirksamkeit behaftet ist. In der Tat kommt es vor, dass die Parteien mit der Anordnung des Vorsitzenden zufrieden sind und beschließen, den Streit nicht vor Gericht zu bringen. Wird die Streitigkeit provisorisch beigelegt, erlischt sie vor dem Hauptverfahren. Diese faktisch endgültige Bedeutung der Entscheidung des Präsidenten zeigt sich besonders im Bereich der unbestreitbaren Rechte" (Y. STRICKLER, These, S. 436). Siehe zu diesem Punkt die Bemerkungen im Bericht der Mission Magendie, *Célérité et qualité de la justice*, Rapport au garde des Sceaux 15. Juni 2004, La Documentation française, 2004, S. 64 ff.

²¹⁷¹ E. GARSONNET und C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, t. VIII, 1925, Nr. 191.

²¹⁷² L. MERLAND, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, These Aix-en-Provence, 2000, S. 352.

eines Verwaltungsakts erlittenen Schadens erreichen möchte. Damit die Klage zulässig ist, muss eine Verwaltungsentscheidung vorliegen, die für den Rechtsstreit bindend ist, und die Klage muss innerhalb der allgemeinen Klagfrist eingereicht werden. Unter diesen Umständen erscheint eine solche Klage relativ hypothetisch. Wenn ein Richter in der Hauptsache nach dem Richter für einstweilige Verfügungen entscheidet, ist es absolut sicher, dass er die gleiche Lösung wie der Richter für einstweilige Verfügungen wählen wird.

B. Ein im Voraus bekanntes Ergebnis

518. Es ist ständige Rechtsprechung, dass die Aussagen des Richters in einer einstweiligen Verfügung für den Richter in der Hauptsache nicht bindend sind. Diese Regel ist eine Folge des Grundsatzes, dass der Richter in einstweiligen Verfügungen nicht auf den Kern des Rechts eingeht und die Rechtsfrage, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, unberührt lässt. Er entscheidet nach dem Stand der Ermittlungen und ordnet die erforderlichen Maßnahmen an, ohne in der Hauptsache tätig zu werden. Folglich haben seine Anordnungen keine Autorität gegenüber dem Richter der Hauptverhandlung. Dieser bleibt bei der Bildung seiner Überzeugung völlig frei. Seine Freiheit wird durch das vorherige Eingreifen des Richters im Verfahren der einstweiligen Anordnung in keiner Weise behindert oder eingeschränkt. In der innerstaatlichen Ordnung wird der Grundsatz von den beiden obersten Gerichten verankert.²¹⁷³

Der Kassationshof ist der Ansicht, dass der Richter des Hauptverfahrens niemals an die einstweilige Verfügung gebunden ist, weder an die vom Vorsitzenden vorgenommenen tatsächlichen oder rechtlichen Bewertungen noch an die Konsequenzen, die er daraus ableitet. Seine Entscheidungen haben keine Rechtskraft gegenüber dem Richter des Ausgangsverfahrens²¹⁷⁴. Gemäß der klassischen Rechtsprechung gilt: "Unabhängig davon, welche Entscheidung der Richter der einstweiligen Verfügung in der Rechtssache, mit der er befasst ist, getroffen hat, bleibt das Gericht in seiner Beurteilung völlig frei"²¹⁷⁵. Dieser Grundsatz wird als Folge der Regel dargestellt, dass der Richter in einstweiligen Verfügungen nicht auf den Inhalt des Rechts eingeht. Laut Premier Président Estoup "ist es logisch, daraus abzuleiten, dass der Richter der Hauptsache nicht an das gebunden ist, was in der einstweiligen Verfügung entschieden werden kann, da der Richter der einstweiligen Verfügung nicht mit der Hauptsache befasst ist"²¹⁷⁶.

Ebenso bekräftigt der Staatsrat, dass "die vom Richter für verwaltungsrechtliche einstweilige Verfügungen (...) getroffenen Entscheidungen (...) dem Gericht, das möglicherweise mit dem Rechtsstreit in der Hauptsache befasst ist, nicht auferlegt werden"²¹⁷⁷. Die Position, die der Richter für einstweilige Verfügungen einnimmt, "greift (...) nicht in der Hauptsache vor"²¹⁷⁸. Aus rechtlicher Sicht ist der ordentliche Richter in der Hauptsache nicht an die in der einstweiligen Verfügung getroffene Lösung gebunden und kann sich für eine andere Lösung entscheiden. Die vom Richter der einstweiligen Verfügung getroffene Entscheidung gilt als vorläufig und damit als nicht bindend für den ordentlichen Richter des Hauptverfahrens. Sollte dieser Grundsatz auch für die einstweilige Verfügung gelten? Da die fehlende Rechtskraft gegenüber der Hauptsache nur für vorläufige Entscheidungen gilt, die sich nicht mit der Hauptsache befassen, kann man sich fragen, ob der ordentliche Richter nicht eine Unzulässigkeit geltend machen sollte, wenn er zu entscheiden hat, nachdem der Richter des einstweiligen Rechtsschutzes eine Schutzmaßnahme verhängt - und damit eine offensichtliche Rechtswidrigkeit festgestellt - hat. Aus logischer Sicht ist dieser Gedanke legitim, da der Richter für einstweilige Verfügungen über die Freiheit in der Hauptsache entscheidet. Aufgrund des als vorläufig geltenden Charakters der einstweiligen Verfügungen kann er

²¹⁷³ Dies gilt auch für Gemeinschaftsrechtsstreitigkeiten. Artikel 86§4 der geänderten Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 1999 besagt: "Die Anordnung hat nur vorläufigen Charakter und greift der Entscheidung des Gerichtshofs in der Hauptsache nicht vor". Unter diesen Umständen greifen die im Verfahren der einstweiligen Anordnung angeordneten Maßnahmen "weder den streitigen Rechts- oder Tatsachenfragen vor, noch neutralisieren sie im Voraus die Folgen der später in der Hauptsache zu erlassenden Entscheidung" (EuGH, 19. Juli 1995, Nr. C-149/95 P(R), *Kommission gegen Atlantic Container Line*, Slg. C/JCE 1995, I, S. 2165, Nr. 22, zitiert von P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", a.a.O., S. 1685).

²¹⁷⁴ Cass. req., 4. November 1863, D. 1864, 1, S. 35; Civ. 28. Juni 1892, D. 1892, 1, S. 378.

²¹⁷⁵ Y. STRICKLER, Thèse préc., S. 542.

²¹⁷⁶ P. ESTOUP, a. a. O., S. 26. Siehe auch P. BERTIN, "Référé civil", *Répertoire de procédure civile*, 1980, Nr. 19: "La mesure prise en référé ne lie pas le juge du fond. Dies ist ein Grundsatz, der in der Doktrin und Rechtsprechung immer anerkannt wurde und sich auf die Tatsache stützte, dass der Richter der einstweiligen Verfügung nicht mit der Hauptsache befasst ist".

²¹⁷⁷ CE, 14. November 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, Lebon S. 421.

²¹⁷⁸ CE, 11. Februar 1977, *Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne*, Dr. soc. 1978, S. 39-51, Schl. M. GENTOT. Zur Aussetzung der Vollstreckung siehe CE, Sect., 9. Dezember 1983, *Ville de Paris*, Lebon S. 499, Schlussantrag B. GENEVOIS: Der Grundrichter kann einen Antrag als zulässig betrachten, obwohl der Richter der Aussetzung den Antrag wegen Machtüberschreitung für unzulässig erklärt hatte, weil er nicht von einem Vertragsgeschäft ablösbar war.

jedoch nur verworfen werden²¹⁷⁹. Im strengen Recht "kann der Richter in der Hauptsache entscheiden, dass die streitige Handlung nicht mit einer Rechtswidrigkeit behaftet ist, auch wenn der Richter im Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung zu dem Schluss gekommen war, dass ein ernsthafter Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit bestand, oder der Richter im Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit zu dem Schluss gekommen war, dass diese Handlung mit einer schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Verletzung einer Grundfreiheit behaftet war"²¹⁸⁰.

519. Dennoch ist es völlig undenkbar, dass der Richter in der Hauptsache eine andere Lösung als der Richter in der einstweiligen Verfügung wählt, wenn dieser eine Schutzmaßnahme verhängt hat, d. h. wenn er zuvor eine offensichtliche Rechtswidrigkeit festgestellt hat. Eine *offensichtlich* rechtswidrige Entscheidung ist nämlich erst recht *einfach* rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit ist unbestreitbar und unanfechtbar; sie ist erwiesen, sicher und zweifelsfrei²¹⁸¹. Es ist geradezu undenkbar, dass der gewöhnliche Richter in der Hauptsache bei der Entscheidung über die gleiche Rechtsfrage eine andere Position einnimmt als der Richter im Verfahren der einstweiligen Verfügung. Er wird zwangsläufig die gleiche Position einnehmen wie letzterer. Es ist sicher, dass er die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Rechtsakts feststellen und die vom Richter der einstweiligen Verfügung vorgenommene Auslegung bestätigen wird. Der Ausgang des Verfahrens ist nach dem Eingreifen des Richters der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit mit Sicherheit bekannt. Selbst wenn der ordentliche Richter in der Hauptsache angerufen wird, ist sichergestellt, dass er den Richter der einstweiligen Verfügung nicht widerlegen und folglich die von diesem gewählte Lösung nicht in Frage stellen wird. Der Antragsteller hat die Gewissheit, dass die in der einstweiligen Verfügung getroffene Entscheidung vom Richter des Hauptverfahrens nicht in Frage gestellt wird.

Die Situation ist im Zivilverfahren strikt identisch, wenn das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen von der Offensichtlichkeit der in Frage stehenden Rechte abhängig ist: "Wenn die einstweilige Verfügung die Kraft der Offensichtlichkeit haben soll, wie kann man sich dann vorstellen, dass der Richter des Hauptverfahrens diese Offensichtlichkeit umkehren kann? Theoretisch ist das denkbar, praktisch ist es viel weniger denkbar..."²¹⁸². Wenn sie die Ausübung unbestreitbarer Rechte sanktioniert, entscheidet die einstweilige Verfügung "sehr oft tatsächlich, radikal und endgültig den zwischen den Parteien der einstweiligen Verfügung bestehenden Streit"²¹⁸³. In der gerichtlichen Realität tendiert die Evidenz des Rechts somit dazu, sich als "das Kriterium für die Aufteilung der Streitigkeiten zwischen dem Richter der einstweiligen Verfügung und dem Richter der Hauptsache" zu etablieren²¹⁸⁴.

So ist es streng genommen undenkbar, dass der ordentliche Richter die Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen in Frage stellt. Kann eine solche Infragestellung vom Richter der einstweiligen Verfügung selbst durch das in Artikel L. 521-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eröffnete Überprüfungsverfahren ausgehen?

II. Eine unwahrscheinliche Infragestellung durch den Richter für einstweilige Verfügungen

520. Sobald die Schutzmaßnahme verordnet wurde, wird dem Richter für einstweilige Verfügungen der Rechtsstreit entzogen²¹⁸⁵. Er kann seine Entscheidung nicht nach eigenem Ermessen in Frage stellen²¹⁸⁶. Das

²¹⁷⁹ Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Anträge, die dem Richter für einstweilige Freiheitsentziehung vorgelegt werden, und die Anträge, die dem Richter für den allgemeinen Rechtsweg, für die Überschreitung der Befugnisse oder für die Vollstreckung, vorgelegt werden, unterschiedlich sind. Wenn die Parteien dieselben sind und der Streitgegenstand derselbe ist - auch wenn der Richter für einstweilige Verfügungen eine Situation oder ein Verhalten beurteilen kann, während der ordentliche Richter zwangsläufig eine Entscheidung beurteilen muss -, sind die Anträge zwangsläufig unterschiedlich. Die Lösung kann in diesem Punkt mit der des *référé-précontractuel* verglichen werden. Wie der Regierungskommissar Chantepy feststellte, kann "bei fehlender Identität des Gegenstands die Autorität der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschiedenen Sache bei nachvertraglichen Klagen nicht entgegengehalten werden" (C. CHANTEPY, concl. sur CE, Sect., 3. November 1995, *Société Stentofon, Lebon* S. 393).

²¹⁸⁰ P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *JCP G* 2004, I, 164, S. 1687.

²¹⁸¹ Umgekehrt kann die vom Richter der einstweiligen Verfügung gegebene Lösung nie als gegeben angesehen werden: Es ist sicher, dass ein Richter des Hauptverfahrens später in derselben Sache tätig wird und - was aufgrund des eingeschränkten Amtes des ersten Richters durchaus gerechtfertigt ist - eine andere Lösung als dieser Richter annehmen kann.

²¹⁸² R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *D.* 1979, chron., S. 160.

²¹⁸³ J.-P. ROUSSE, *GP* 1972, 2, S. 539, zitiert von Y. STRICKLER, *op. cit.*, S. 537.

²¹⁸⁴ J.-P. ROUSSE, *GP* 1977, 1, S. 250, zitiert von Y. STRICKLER, *a.a.O.*, S. 538.

²¹⁸⁵ Wie Präsident Marceau Long unter dem früheren Rechtszustand erklärte, ist der Richter für einstweilige Verfügungen "desaïsiert, sobald er über den ihm vorgelegten Rechtsstreit entschieden hat" (M. LONG, concl. sur CE, Sect., 12. Oktober 1956, *Saporta, AJDA* 1956, S. 411).

²¹⁸⁶ Siehe in Zivilsachen: Civ. 1^{ère}, 3. Oktober 1984, *JCP G* 1984, IV, 338; Civ. 2^{ème}, 25. Juni 1986, *Bull. civ.* II, Nr. 100.

Überprüfungsverfahren nach Artikel L. 521-4 ermöglicht es ihm jedoch, im Falle eines "neuen Elements" seine Entscheidung zu revidieren, ohne die damit verbundene Autorität zu missachten. Es ist anzumerken, dass dieses Überprüfungsverfahren, das für alle Dringlichkeitsreferenden konzipiert wurde, dazu verurteilt ist, im Bereich der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit so gut wie nie angewandt zu werden.

A. Das Überprüfungsverfahren

521. Artikel L. 521-4 des Verwaltungsjustizgesetzes besagt, dass "der Richter für einstweilige Verfügungen, der von jeder interessierten Person angerufen wird, jederzeit angesichts eines neuen Elements die von ihm angeordneten Maßnahmen ändern oder beenden kann". Dieses Verfahren, das "streng genommen nicht in die Kategorie der Rechtsbehelfe fällt"²¹⁸⁷, wurde manchmal als *référé-modification* oder *référé-réexamen* bezeichnet²¹⁸⁸. Es ermöglicht die Änderung oder Beendigung einer Maßnahme, die im Rahmen der Verfahren des Titels II des Buches V des Verwaltungsgerichtsgesetzes vorgeschrieben wurde. Dieser Mechanismus erlaubt es dem Richter für einstweilige Verfügungen, seine eigene Entscheidung zu revidieren, wenn eine Person auf neue Umstände oder neue Informationen hinweist. Die Möglichkeit einer Überprüfung, die es dem Richter erlaubt, seinen Standpunkt zu überdenken, wurde als Folge des vorläufigen Charakters der im einstweiligen Rechtsschutz angeordneten Maßnahmen dargestellt²¹⁸⁹. Damit greift Artikel L. 521-4 eine

2187 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, S. 718. Es lassen sich sieben Hauptunterschiede zwischen den klassischen Rechtsbehelfen (Berufung und Kassation) und der Überprüfung feststellen. Erstens sollen die klassischen Rechtsbehelfe einen möglichen Fehler des Richters für einstweilige Verfügungen korrigieren; die Überprüfung soll die ursprüngliche Entscheidung an ein neues Element anpassen. Zweitens beziehen sich die üblichen Rechtsbehelfe sowohl auf Zulassungs- als auch auf Ablehnungsentscheidungen. Die Überprüfung hingegen kann nur gegen eine Zulassungsentscheidung eingelegt werden. Drittens muss der Antrag auf Berufung oder Kassation innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung der Entscheidung gestellt werden, während die Ausübung der Überprüfung nicht an irgendeine Frist gebunden ist: Sie kann gemäß Artikel L. 521-4 "jederzeit" eingeleitet werden. Viertens sind Berufung und Kassation per se nicht gegen die Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen des Staatsrats möglich, sondern nur gegen den Beschluss eines Richters eines Verwaltungsgerichts. Fünftens können in der Berufung und Kassation nur die Parteien klagen, während jeder Betroffene einen Antrag auf Überprüfung stellen kann. Sechstens wird der Berufungs- oder Kassationsantrag vor dem übergeordneten Richter, also dem Staatsrat für einstweilige Verfügungen, gestellt; die Überprüfungsentscheidung wird dem Richter vorgelegt, der die Entscheidung, deren Überprüfung beantragt wird, erlassen hat. Dieser prüft den Antrag in öffentlicher Sitzung, wenn er sich auf einen *référé-liberté* bezieht. Artikel L. 522-1 schreibt nämlich vor, dass jedes Mal eine öffentliche Anhörung stattfinden muss, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen darum ersucht wird, "die in den Artikeln L. 521-1 und L. 521-2 genannten Maßnahmen zu verhängen, zu ändern oder zu beenden". Siebtens und letztens kann im Unterschied zu einer Entscheidung, die nach Einlegung eines Rechtsmittels getroffen wird, die im Rahmen der Überprüfung getroffene Entscheidung, wenn sie vom Richter für einstweilige Verfügungen eines Verwaltungsgerichts getroffen wird, mit den gegen den ursprünglichen Beschluss eröffneten Rechtsmitteln angefochten werden, d. h. im Falle des *référé-liberté* mit dem Rechtsmittel der Berufung (Art. L. 523-1 Abs. 2). Die Rechtsbehelfe werden nach den Regeln beurteilt, die für den ersten Antrag gelten. Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats bestätigte, dass "die vom Richter für einstweilige Verfügungen in Anwendung der Bestimmungen von Artikel L. 521-4 erlassenen Änderungsanordnungen von derselben Art sind wie die so geänderten Anordnungen, die Gegenstand unterschiedlicher Rechtsbehelfe sind, je nachdem, ob sie auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 oder L. 521-2 des Gesetzbuchs erlassen werden; dass also in dem besonderen Fall, in dem der Richter für einstweilige Verfügungen, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-4 angerufen wurde, eine einstweilige Verfügung erlässt, die nicht mit den Anordnungen übereinstimmt, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 oder L. 521-2 des Gesetzbuchs erlassen wurden, ein Rechtsbehelf eingelegt werden kann. 521-4, die zuvor angeordneten Maßnahmen aufgrund seiner Befugnisse nach Artikel L. 521-2 geändert hat, unterliegt dieser Änderungsbeschluss demselben Rechtsbehelf wie der ursprüngliche Beschluss; er kann daher gemäß den Bedingungen des zweiten Absatzes von Artikel L. 523-1 und Artikel R. 523-3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vor dem Staatsrat angefochten werden" (CE, ord. 7. November 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées*, *Lebon T.* S. 911).

2188 Siehe P. CASSIA, "Le référé-rée-rexamen devant le juge administratif. Premières applications et difficultés d'interprétation de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative", *JCP G* 2003, I, 151, S. 1347.

2189 Die Arbeitsgruppe betonte den "vorläufigen und modulierbaren Charakter" der vom Richter für einstweilige Verfügungen getroffenen Entscheidungen und sah vor, dass "jede interessierte Person den Richter für einstweilige Verfügungen bitten könnte, die von ihm schnell angeordneten Maßnahmen anzupassen, zu ändern oder zu beenden, und zwar in Anbetracht der Entwicklung der Situation, einer Argumentation - insbesondere der Verteidigung -, die nährstoffreicher ist, oder der Elemente, die durch die Vertiefung der Untersuchung eingebracht werden" ("*Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence*", *RFDA* 2000, S. 951). Die Einführung dieses Mechanismus diente vor allem zwei Zielen. Indem dem Richter für einstweilige Verfügungen die Möglichkeit eingeräumt wurde, die von ihm angeordneten Maßnahmen anzupassen oder aufzuheben, sollte zunächst der Druck, der auf dem Richter für einstweilige Verfügungen lastet, wenn er seine ursprüngliche Entscheidung trifft, verringert und so die Gewährung der in der einstweiligen Verfügung beantragten Maßnahmen gefördert werden. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass der Richter durch die Angst vor einem Fehler aufgrund unvollständiger Informationen oder einer schnellen Untersuchung gelähmt wird. Außerdem sollten die nachteiligen Auswirkungen der einstweiligen Verfügung auf Dritte, die aufgrund der kurzen Untersuchungsfrist keine Möglichkeit hatten, einzugreifen, begrenzt werden.

Möglichkeit auf, die bereits vor der Reform vom 30. Juni 2000 bestand, und erweitert sie. In Anlehnung an das im Privatjustizrecht geltende Verfahren hatte sich der Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen nämlich die Möglichkeit eingeräumt, seine Entscheidung im Falle "neuer Umstände" zu revidieren²¹⁹⁰. Der Anwendungsbereich von Artikel L. 521-4 ist weiter gefasst, da er den Begriff "neues Element" verwendet.

522. Die Bedingungen für die Durchführung dieses Verfahrens - und damit auch die Möglichkeiten, dass der Richter für einstweilige Verfügungen die angeordnete Schutzmaßnahme in Frage stellt²¹⁹¹ - sind streng geregelt.

Zunächst einmal muss der Richter, der die Entscheidung²¹⁹² getroffen hat, ausdrücklich mit einem Antrag auf Überprüfung befasst werden. Er kann nicht von sich aus auf die angeordneten Maßnahmen zurückkommen²¹⁹³. Der Antrag kann von "jeder interessierten Person" gestellt werden, d. h. neben den Parteien des ursprünglichen Verfahrens auch von Dritten, die ein Interesse an der Änderung der Anordnung haben können.

Anschließend muss der Antragsteller ein "neues Element" geltend machen. Ein neues Element ist ein tatsächliches oder rechtliches Argument, das die Beurteilung des Richters für einstweilige Verfügungen über die Bedingungen für die Gewährung einer Maßnahme, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 beantragt wurde, in Frage stellen kann. Dieser Begriff umfasst zunächst den neuen Umstand, der erst nach der angefochtenen Entscheidung eintritt oder bekannt wird. Als solche wurden im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung angesehen: die Erteilung einer Änderungsgenehmigung an den Antragsteller, dessen erste Baugenehmigung Gegenstand einer Aussetzung war²¹⁹⁴; der Umstand, dass ein Ernennungsentwurf, der den Antragsteller auf eine frei gewordene Stelle beruft, nach dem Beschluss über die Aussetzung von Entscheidungen über eine Versetzungsablehnung angenommen wurde²¹⁹⁵ oder die Anfertigung von Fotografien, die belegen können, dass der Aushang der Baugenehmigung, deren Ausführung ausgesetzt wurde, von der öffentlichen Straße aus sichtbar war²¹⁹⁶. Der Begriff des neuen Elements umfasst auch Informationen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Richters vorlagen, ihm aber nicht rechtzeitig zur Kenntnis gebracht wurden. Die Information hätte während der Untersuchung, d. h. ab der ersten Befassung mit dem Fall, vorgelegt werden können, aber die

2190 Artikel 488 der neuen Zivilprozessordnung besagt, dass die einstweilige Verfügung "nur im Falle neuer Umstände geändert oder aufgehoben werden kann". De prétorienne hatte der Staatsrat dem Richter für einstweilige Verfügungen eine ähnliche Befugnis im Fall von "neuen Umständen" zuerkannt (CE, 24. Februar 1982, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment et autre*, Lebon S. 87; CE, 29. März 1985, *Commune de Sisteron*, Lebon T. S. 727).

2191 Gemäß dem Wortlaut von Artikel L. 521-4, der dem Richter die Befugnis verleiht, Maßnahmen, "die er angeordnet hat", zu ändern oder zu beenden, kann die Überprüfung nur durchgeführt werden, wenn in der ursprünglichen Entscheidung eine Maßnahme angeordnet wurde. Dieses Verfahren kann nicht angewendet werden, wenn keine Maßnahme angeordnet wurde. Daher ist der Antrag auf Überprüfung gegen eine Entscheidung, mit der ein Antrag auf einstweilige Verfügung gegen die Freiheit abgelehnt wurde, unzulässig (CE, ord. 13. Oktober 2004, *Hoffer*, Lebon T. S. 816, 817). Die Lösung war im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Suspendierung erarbeitet worden (CE, 12. April 2002, *Société Brasil Tropical*, Nr. 242979; CE, 17. Mai 2002, *Commune de Provins*, Nr. 239266). Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung und im Widerspruch zum Wortlaut von Artikel L. 521-4 vertrat ein Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats die Auffassung, dass die Überprüfung auch dann durchgeführt werden könne, wenn keine Maßnahmen angeordnet worden waren. So wurde in einem Fall, in dem die Bedingungen für die Gewährung gemäß Artikel L. 521-2 nicht erfüllt waren, dass "der vorliegende Beschluss nicht verhindert, dass die Antragsteller, falls eine Entscheidung über ihren Antrag nicht innerhalb kurzer Fristen oder aufgrund neuer Elemente in Bezug auf die Situation ihrer Kinder ergeht, erneut den Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes anrufen" (CE, ord. 13. Januar 2006, *Rasamoelina*, Nr. 288434).

2192 Logischerweise ist der Richter zuständig, der die Entscheidung, deren Überprüfung beantragt wird, erlassen hat, d. h. der Richter, der zuletzt mit dem Rechtsstreit befasst war. Der Antrag ist beim Richter für einstweilige Verfügungen des Verwaltungsgerichts zu stellen, wenn gegen seine Entscheidung keine Berufung eingelegt wurde. Er muss beim Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats eingereicht werden, wenn die angefochtene Entscheidung aus dessen Zuständigkeitsbereich stammt. Artikel L. 523-1 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes sieht vor, dass im Falle einer Berufung gegen einen erstinstanzlichen Beschluss, der auf der Grundlage von L. 521-2 erlassen wurde, der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats "gegebenenfalls die in Artikel L. 521-4 vorgesehenen Befugnisse ausübt". Die Lösung ist identisch mit derjenigen, die für die Vollstreckung von Entscheidungen des Verwaltungsgerichts nach Artikel L. 911-4 gefunden wurde (siehe CE, Sect., avis 13 mars 1998, *Vindevoel*, Lebon S. 78).

2193 In seiner ursprünglichen Fassung gab der Gesetzentwurf dem Richter für einstweilige Verfügungen die Befugnis, die von ihm verhängten Maßnahmen "von Amts wegen" zu überprüfen. Der Senat war der Ansicht, dass ein System der "Selbstüberprüfung" eine Quelle der Rechtsunsicherheit wäre, und beschloss, es abzulehnen (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, S. 3754). Diese Lösung steht im Einklang mit der traditionellen Rechtsprechung des Staatsrats, der dem Richter für einstweilige Verfügungen die Befugnis abspricht, sich selbst wieder einzurichten (CE, 7. Oktober 1986, *Ministre chargé des P.T.T., Dr. adm.* 1986, Nr. 581, zitiert von C. CLEMENT, "Le juge administratif des référés: un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000", *LP* 10. August 2000, Nr. 159, S. 11, Fn. 58).

2194 CE, 24. Februar 2003, *Perrier*, Lebon, S. 50.

2195 CE, Ord. 20. September 2002, *Ministre de la Justice c/ Ozoux*, Nr. 249894.

2196 CE, 2. Juni 2003, *Ville de Montpellier c/ Chong*, Lebon T. S. 925.

Person hat es unterlassen, versäumt oder keine Zeit gehabt, sich darauf zu berufen. Dabei kann es sich sowohl um Tatsachen²¹⁹⁷ als auch um rechtliche Mittel handeln²¹⁹⁸. Der Begriff des neuen Elements ist also weit gefasst. Dennoch scheint das Überprüfungsverfahren in der Praxis für die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit ungeeignet zu sein. Es ist dazu verurteilt, nur in Randfällen angewendet zu werden, und kann die Stabilität, die die vom Richter für einstweilige Verfügungen angeordneten Schutzmaßnahmen kennzeichnet, nicht beeinträchtigen.

B. Die Ungeeignetheit der Überprüfung für das Verfahren des référé-liberté

523. Aus rein rechtlicher Sicht betrifft der Überprüfungsmechanismus alle Verfahren, die in Titel II des Buches V des Verwaltungsgerichtsgesetzes geregelt sind. Er kann daher auf alle drei Dringlichkeitsreferenden angewendet werden: nicht nur auf die Aussetzungs- und Erhaltungsreferenden, sondern auch auf die Freiheitsreferenden. Wie sieht es damit tatsächlich aus? Wird dieser Mechanismus genutzt und, grundsätzlich, kann er in der Praxis eingesetzt werden, um die Überprüfung einer nach Artikel L. 521-2 verhängten Maßnahme zu erreichen?

Die Frage, ob Artikel L. 521-4 für référé-liberté geeignet ist, ist von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung der Natur dieses Verfahrens. Da seine Entscheidungen nicht vom ordentlichen Richter in der Hauptsache in Frage gestellt werden können, kann potenziell nur die Möglichkeit der Überprüfung einer vom Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit angeordneten Maßnahme Recht geben. Die Möglichkeit ihrer Anwendung führt dazu, dass seine Entscheidungen als vorläufig gelten, eine gewisse Unsicherheit dieser Entscheidungen und ihr nicht endgültiger Charakter anerkannt werden. Die Unmöglichkeit ihrer Anwendung würde dazu führen, dass die vom Richter für einstweilige Verfügungen getroffenen Maßnahmen endgültig sind und seine Entscheidungen in der Praxis nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Daher ist es von entscheidender Bedeutung, ob dieser Mechanismus tatsächlich zu einer Änderung oder Aufhebung einer vom Richter für einstweilige Verfügungen angeordneten Maßnahme führen kann und somit die Entscheidungen des Richters für einstweilige Verfügungen umkehrbar macht. Diese Frage ist entscheidend, da sie das letzte Hindernis für die Anerkennung des endgültigen Charakters von Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes darstellt.

524. Was lässt sich in der Praxis der Rechtsstreitigkeiten beobachten? Im Allgemeinen wird die Möglichkeit der Überprüfung in allen Verfahren nur sehr selten genutzt. In Zivilsachen "erklären die Richter für einstweilige Verfügungen, dass sie selten oder nie mit einem Antrag nach Art. 488 Abs. 2 n.F. c. pr. Civ. befasst werden"²¹⁹⁹. Die Zahlen zur Überprüfungspraxis vor dem Staatsrat führen zu einer ähnlichen Feststellung bei den Verwaltungsgerichten. Im Jahr 2001 wurden von den 349 Entscheidungen, die der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats fällte, nur zwei nach Art. L. 521-4; 2002 wurde von den 364 Entscheidungen nur ein Antrag auf Änderung gestellt. Dennoch, auch wenn dieses Verfahren nicht unter den von den Verfassern der Reform vom 30. Juni 2000 erwarteten Bedingungen funktioniert, hat es dennoch zu einigen positiven Anwendungen im Rahmen des référé-suspension geführt, wie die zuvor genannten Beispiele

²¹⁹⁷ Beispielsweise kann die Verwaltung nach einem ersten Beschluss, der auf der Grundlage von Artikel L. 521-1 die Aussetzung einer Ausweisungsverfügung beschließt, "weiße Notizen" der allgemeinen Nachrichtendienste vorlegen, die die Aufhebung der ursprünglich vorgeschriebenen Aussetzungsmaßnahme rechtfertigen (CE, 4. Oktober 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Bouziane*, AJDA 2005, S. 98-101, Anmerkung O. LECUCQ). Der bloße Umstand, dass die vor dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegten Elemente dem Betroffenen bereits bei der Untersuchung des Aussetzungsantrags zur Verfügung gestanden hätten und dass sie nicht rechtzeitig geltend gemacht worden wären, hindert nicht daran, dass sie später zur Unterstützung eines Antrags auf der Grundlage von Artikel L. 521-4 geltend gemacht werden (CE, 10. April 2002, *Reby, Lebon* S. 133, JCP G 2003, IV, 1115, obs. M.-C. ROUAULT). Umgekehrt weigert sich die gerichtliche Rechtsprechung, Tatsachen, die der Antragsteller nicht geltend gemacht hat, als "neue Umstände" - ein engerer Begriff - anzuerkennen (Civ. 3^{ème}, 3. Oktober 1984, *Bull. civ.* III, Nr. 125).

²¹⁹⁸ Es ist möglich, Artikel L. 521-4 im Hinblick auf einen neuen Klagegrund zu verwenden, auch wenn dieser Klagegrund bereits bei der ersten Anrufung hätte vorgebracht werden können (CE, 26. Juni 2002, *Charlois-Duméril, Lebon* S. 226). Dies ist im vorliegenden Fall der Fall für den Klagegrund, den die Verwaltung zur Begründung eines Antrags auf Änderung eines Beschlusses, der die Aussetzung einer Entscheidung über die endgültige Zurückstellung eines Schullehreranwärters vorschreibt, anführt und der sich darauf stützt, dass der Recteur d'académie in einer Situation gebundener Zuständigkeit ist, um diese Zurückstellung auszusprechen, so dass der im ersten Beschluss angeführte Grund, der sich auf das Vorliegen eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers stützt, unwirksam ist und somit keinen ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung aufkommen lassen kann. Der Richter für einstweilige Verfügungen beging einen Rechtsfehler, als er diesen Antrag mit der Begründung ablehnte, dass der von der Verwaltung geltend gemachte Klagegrund kein neues Element im Sinne von Artikel L. 521-4 sei, sondern ein Klagegrund, den sie vor dem Richter für einstweilige Verfügungen, der mit dem Antrag auf Aussetzung befasst ist, oder vor dem Kassationsgericht geltend machen müsse.

²¹⁹⁹ Y. STRICKLER, Thèse préc., S. 471.

belegen. Im Gegensatz dazu funktioniert sie im Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung *kaum und im* Rahmen der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit überhaupt *nicht*.

Keine der vom Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats ausgesprochenen - oder bestätigten - Schutzmaßnahmen wurde jemals auf dem Weg der Wiederaufnahme angefochten. Nicht eine seiner Entscheidungen wurde auf diesem Weg angefochten. Was die Praxis der Verwaltungsgerichte betrifft, sind keine statistischen Daten verfügbar²²⁰⁰. Dennoch lässt sich feststellen, dass in den mehr als fünf Jahren der Anwendung nur eine einzige Überprüfungsentscheidung, die von einem Richter der ersten Instanz auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 ausgesprochen wurde, Gegenstand einer Klage vor dem Staatsrat war²²⁰¹. Diese Zahl ist ein Hinweis darauf, dass die Überprüfung in diesem Bereich nicht ausgeübt wird und/oder dass es - abgesehen von diesem einen Fall - keine Fälle gibt, in denen die Überprüfung erfolgreich vor dem Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit eingeleitet wurde. Nun kann man vernünftigerweise davon ausgehen, dass eine Person, die als Opfer eines schweren Eingriffs in ihre Grundfreiheiten vom Richter für einstweilige Verfügungen eine Schutzmaßnahme erwirkt und diese Maßnahme aufgrund einer Überprüfung wieder verliert, alle verfügbaren Rechtsmittel einlegen wird, um die Wiederherstellung der erlangten Maßnahme zu erreichen. Das Fehlen von Klagen gegen Überprüfungsentscheidungen vor dem Staatsrat zeigt folglich, dass dieses Verfahren nicht - oder nie erfolgreich - vor den Richtern für einstweilige Verfügungen der Verwaltungsgerichte durchgeführt wird.

Es bedarf einiger Erläuterungen zu dieser einzigen Entscheidung, die vor den Staatsrat gebracht wurde und die nur aufgrund einer verzerrten Darstellung der tatsächlichen Fakten durch den Kläger in der ersten Instanz erfolgen konnte. Die SA d'habitations à loyer modéré trois vallées erwarb im September 2000 ein Gebäude, das von etwa zwanzig Familien ohne Rechtsanspruch besetzt worden war. Die im Juni 2001 beantragte Unterstützung durch die öffentliche Gewalt wurde wegen drohender Störungen der öffentlichen Ordnung verweigert. Die Gesellschaft unternahm daraufhin den Versuch, jedem der unberechtigten Bewohner des Gebäudes eine neue Unterkunft anzubieten und begann mit den Instandsetzungsarbeiten, die für ihr Ziel, Sozialwohnungen zu errichten, notwendig waren. Am 24. September 2003 reichte sie beim Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 Klage ein und machte geltend, dass eine einzige Familie die angebotene Wohnung ohne legitimen Grund ablehne, weshalb der Polizeipräfekt angewiesen werden müsse, die öffentliche Gewalt zu ihrer Räumung einzusetzen. Nachdem der Beschluss vom 26. September 2003 diesem Antrag auf Anordnung stattgegeben hatte, beantragte der Polizeipräfekt auf der Grundlage von Artikel L. 521-4 eine Änderung des Beschlusses mit der Begründung, dass das Gebäude nach den Informationen, die er gerade erhalten hatte, tatsächlich weiterhin von zwei Familien bewohnt wurde, d. h. insgesamt 16 Personen, darunter 12 Kinder. Angesichts dieses neuen Elements und der sich daraus ergebenden Konsequenzen hinsichtlich des schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Charakters der Weigerung, die öffentliche Gewalt einzusetzen, hob der Richter für einstweilige Verfügungen die ursprünglich ausgesprochene einstweilige Verfügung auf. Die SA d'habitations à loyer modéré trois vallées legt gegen diesen Änderungsbeschluss Berufung ein.

Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats bekräftigt, "dass die Untersuchung und Beurteilung von Anträgen, die dem Richter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Artikel L. 521-2, ergänzt durch Artikel L. 521-4, vorgelegt werden, nicht an die Stelle der Untersuchung und des Erlasses einer Verwaltungsentscheidung treten können; dass in dem Fall, in dem die Verletzung einer Grundfreiheit im Sinne von Artikel L. 521-2 durch einen Antrag des Antragstellers auf Ablehnung einer Verwaltungsentscheidung vorliegt, der Antrag des Antragstellers auf Ablehnung einer Verwaltungsentscheidung abgelehnt werden muss. 521-2, nach Ansicht des Antragstellers aus der Weigerung der Verwaltung, einem Antrag stattzugeben, resultiert, ist dieser nur dann berechtigt, sich auf eine solche Verletzung zu berufen, wenn er vor dem Richter für einstweilige Verfügungen nachweisen kann, dass es eine Entscheidung zur Ablehnung dieses Antrags überhaupt gibt". Die Beurteilung, die die Verwaltungsbehörde vornimmt, wenn sie mit einem Antrag auf Einsatz der öffentlichen Gewalt zur Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung über die Räumung der Bewohner eines Gebäudes befasst wird, "ist eng mit den Bedingungen jeglicher Art verbunden, unter denen diese Besetzung zum Zeitpunkt der Antragstellung stattfindet". Darüber hinaus, so stellte er fest, "sind diese Bedingungen veränderlich". Im vorliegenden Fall wurde der letzte Antrag am 20. August 2002 an die Polizeibehörde gerichtet, d. h. zu einem Zeitpunkt, als 28 Personen, darunter eine große Mehrheit von Kindern, über keine alternative Unterkunft verfügten. Bis zur Befassung des Richters für einstweilige Verfügungen am 24. September 2003 mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung wurde keine neue Anfrage an den Polizeipräsidenten gerichtet, in der auf die günstige Entwicklung der Situation im Zusammenhang mit den erfolgten Umsiedlungen hingewiesen wurde. Zu diesem Zeitpunkt "rechtfertigte die antragstellende Gesellschaft also nicht eine Stellungnahme der Verwaltungsbehörde angesichts der seit einem Jahr eingetretenen neuen Elemente, die als schwerwiegender Eingriff in eine Grundfreiheit bezeichnet werden könnte". Dem Antrag auf Überprüfung konnte nur deshalb stattgegeben werden, weil die antragstellende Gesellschaft zur Begründung ihres Antrags eine verfälschte Darstellung der tatsächlichen Fakten gegeben hat. Entgegen den Behauptungen der Gesellschaft SA d'habitations à loyer modéré trois vallées betraf der Rechtsstreit nicht die Räumung einer einzigen Familie, sondern von zwei Familien. Mit anderen Worten:

²²⁰⁰ Anträge auf Überprüfung werden von der amtlichen Statistik wie ein neuer Antrag auf einstweilige Verfügung behandelt.

²²⁰¹ CE, ord. 7. November 2003, SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, *Lebon T. S.* 911.

Die klagende Gesellschaft verliert den Vorteil einer Maßnahme, zu der sie nicht berechtigt war, da sie eine Unterlassung (die Unterlassung der Räumung *einer* Familie) angefochten hat, obwohl sie nach den oben genannten Grundsätzen des Richters eine Ablehnung (die Ablehnung der Räumung von *zwei* Familien) hätte anfechten müssen. Sie hatte es wissentlich "versäumt", die Anwesenheit einer Familie zu erwähnen. Sie war nicht berechtigt, eine Schutzmaßnahme in Anspruch zu nehmen. Der Erhalt dieser Maßnahme war ungerechtfertigt, da sie auf einer Verheimlichung der Wahrheit beruhte.

525. Wie ist diese Zahl von null Überprüfungen im Bereich des *référé-liberté* zu interpretieren - oder vielmehr von einer einzigen Überprüfung, die aber lediglich aus der bewusst falschen Darstellung der Fakten durch den Antragsteller resultiert? Bedeutet das völlige Fehlen einer Überprüfung die radikale Unangepasstheit dieses Mechanismus für *référé-liberté*? Dieser hat außerhalb der zuvor erläuterten sehr speziellen Hypothese nie funktioniert. Kann man daraus ableiten, dass er nie funktionieren wird? Sind über die Praxis und die statistischen Daten hinaus Hypothesen denkbar, unter denen dieser Mechanismus in diesem Bereich Anwendung finden könnte?

Es gibt zwei Gründe für das Fehlen einer erneuten Prüfung. Erstens verschwindet der Streitfall sehr oft sofort oder zumindest innerhalb weniger Tage nach der Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen. Bei Verpflichtungen, etwas zu tun, kommt die Verwaltung innerhalb weniger Tage nach. Bei Unterlassungspflichten dauert das Verbot nur eine begrenzte Anzahl von Tagen. Nur Maßnahmen zur Aussetzung einer positiven Entscheidung lassen den Streitgegenstand nicht verschwinden, vorausgesetzt, die Verwaltungsbehörde hat die Entscheidung, deren Wirkung damit ausgesetzt wird, nicht befristet. Da in fast allen Fällen innerhalb weniger Tage nach der Anordnung der Schutzmaßnahme nichts mehr zu ändern oder in Frage zu stellen ist, kann es keine Überprüfung geben. Eine erneute Überprüfung kann nur in zwei Fällen in Betracht gezogen werden: wenn die Verwaltung die an sie gerichtete Anordnung nicht befolgt hat oder die Frist für die Befolgung noch nicht abgelaufen ist; oder wenn die Maßnahme in der Aussetzung einer positiven Entscheidung bestand, die nicht befristet war oder deren Frist noch nicht abgelaufen ist. Die Diskussion darüber, ob eine Überprüfung durchgeführt werden soll, bezieht sich also nur auf eine sehr begrenzte Anzahl von Maßnahmen. Zweitens machen es die strengeren Bedingungen für die Gewährung nach Artikel L. 521-2 in der Praxis fast unmöglich, dass etwas Neues eintritt. Es ist schwer, sich abstrakt vorzustellen, welches neue Argument, welches neue Mittel oder welche Änderung der Umstände eine ausreichende Kraft aufweisen könnte, um das umzustößen, was in der einstweiligen Verfügung entschieden wurde: eine *offensichtliche* Rechtswidrigkeit, eine *schwerwiegende* Beeinträchtigung und eine Dringlichkeit *innerhalb von 48 Stunden*. Wie hätte die Verwaltung, die aufgerufen ist, ihre Sache zu verteidigen, in einem so sensiblen Rechtsstreit, in dem die Auswirkungen für sie so wichtig sind, ein Rechts- oder Sachargument vernachlässigen können?

Dennoch kann man daraus nicht ableiten, dass diese Bestimmung radikal und absolut nicht auf das Verfahren nach Artikel L. 521-2 anwendbar ist. Es kann nicht behauptet werden, dass die Überprüfung im Verfahren der einstweiligen Verfügung *nie* angewandt wird. Es ist denkbar, dass sie in einem bestimmten Fall angewendet werden kann. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass das neue Element auf eine Veränderung der Umstände zurückzuführen ist. Man könnte meinen, dass nur eine wesentliche Änderung der Umstände den Richter dazu veranlassen könnte, seine Maßnahme aufzugeben. Eine wesentliche Änderung des Sachverhalts würde jedoch einen neuen Rechtsgrund darstellen, der zu einem neuen Rechtsstreit führt. Wenn sich die Handlung oder die Rechtslage, die den Rechtsstreit ausgelöst hat, ändert, muss der Kläger einen neuen Prozess anstrengen. Es scheint, dass nur die Vorlage neuer Informationen geeignet ist, dem Kläger die Tür zu einer erneuten Verhandlung zu öffnen. In dieser Hinsicht stellt der Berufungsrichter für einstweilige Verfügungen in einer Entscheidung vom 26. April 2005 fest, dass der antragstellende Minister, um die Begründetheit des angefochtenen Beschlusses anzufechten, zwei Dokumente anführt, die nach dem angefochtenen Beschluss erstellt wurden, "die im Übrigen dem ersten Richter auf der Grundlage der Bestimmungen von Artikel L. 521-4 des Verwaltungsjustizgesetzes hätten vorgelegt werden können"²²⁰². Er fordert die Verwaltung also ausdrücklich dazu auf, den Weg der Überprüfung zu beschreiten, wenn sie über neue Informationen verfügt. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn, wie im oben genannten Beschluss *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées*, der Richter aufgrund von verkürzten oder bewusst unrichtigen Faktenelementen, die ihm vom Antragsteller vorgelegt wurden, entschieden hat. In jedem Fall aber ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Überprüfung eingeleitet wird, und zwar erfolgreich im Rahmen eines *référé-liberté*, ungefähr so gering wie die eines Widerspruchs oder einer Berichtigung eines materiellen Fehlers in einem ordentlichen Hauptsacheverfahren.

526. Die Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen ist rechtlich gesehen vorläufig, in der Praxis jedoch bemerkenswert stabil und endgültig wirksam. Ohne absolut undenkbar zu sein, ist ihre Infragestellung in der Praxis sehr unwahrscheinlich. Wie Ricci sagt, ist die einstweilige Verfügung "eine ganz besondere

²²⁰² CE, ord. 26. April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon* T. S. 1034.

einstweilige Verfügung, da sie in Wirklichkeit die Hauptsache entscheidet, und zwar endgültig²²⁰³. Die Dauerhaftigkeit der vorgeschriebenen Maßnahmen wirft die Frage nach der Natur dieser einstweiligen Verfügung auf, genauer gesagt, ob sie als einstweilige Verfügung in der Hauptsache eingestuft werden kann.

Abschnitt 3. Die Auswirkungen der Dauerhaftigkeit von Maßnahmen auf die Art des Verfahrens

527. Die besonderen Merkmale des *référé-liberté* rücken dieses Verfahren in die *Nähe* der Verfahren, die üblicherweise als *référé au fond* bezeichnet werden. Entscheidungen, die eine Schutzmaßnahme anordnen, genießen daher eine verstärkte Autorität.

I. Ein Verfahren, das den einstweiligen Verfügungen in der Hauptsache ähnelt

528. Ist das Verfahren nach Artikel L. 521-2 eine einstweilige Verfügung, die im traditionellen Sinne verstanden wird, oder im Gegenteil eine einstweilige Verfügung in der Sache, eine Klage, die einer schnellen Beilegung unterliegt?

Der Begriff der Klage ist unter Prozessrechtlern und insbesondere unter Privatrechtlern sehr umstritten. Negativ kann die Klage so definiert werden, dass sie weder das *materielle Recht*, das Gegenstand des Rechtsstreits ist, noch die *Klage* selbst bezeichnet²²⁰⁴. Positiv bezeichnet die Klage sowohl *ein Recht* oder besser *eine Befugnis* des Klägers, nämlich die Befugnis, den Richter mit einem Anspruch zu befassen, damit dieser über dessen Inhalt entscheidet²²⁰⁵, als auch im weiteren Sinne *ein Verfahren*, in dem der Richter über den Inhalt eines Anspruchs entscheidet. In diesem zweiten, hier zugrunde gelegten Sinn ist "die Klage ein Rechtsweg"²²⁰⁶; sie stellt eine bestimmte Art von Rechtsweg dar, in dem der Richter über den Inhalt eines Anspruchs entscheidet. Der Richter prüft, ob die Behauptung des Klägers, dass die angegriffenen Handlungen oder Verhaltensweisen gegen eine oder mehrere Rechtsnormen verstoßen, begründet ist. Ist die Behauptung begründet, zieht er die entsprechenden Konsequenzen für die Rechtslage oder die streitige Handlung.

²²⁰³ J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, S. 3096.

²²⁰⁴ Wie Cornu und Foyer betonten, ist die Klage "trotz der Verbindungen, die sie mit der Klage, die ihre Ausübung ist, und dem materiellen Recht, dessen Sanktion sie meist ist, verbindet, weder mit dem einen zu verwechseln, weil sie ein Recht, nicht eine Handlung ist, noch mit dem anderen, weil sie ein spezifisches Recht, nicht das in der Justiz abgeleitete Recht ist" (G. CORNU und J. FOYER, *Procédure civile*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 1996, S. 318). Zunächst einmal ist die Klage nicht mit *dem materiellen Recht* zu verwechseln, dessen Anerkennung oder Schutz der Kläger zu erreichen versucht. Es stimmt, dass die klassische Lehre die beiden Begriffe verwechselte. So findet man bei M. Demolombe, dessen Schriften zu diesem Thema berühmt geblieben sind und oft zitiert werden, folgende Aussage: "Die Klage bildet kein vom Recht oder vielmehr vom Gut selbst, auf das dieses Recht angewendet wird, getrenntes Gut"; sie ist "das Recht selbst, das in Bewegung gesetzt wird; es ist das Recht im Zustand der *Aktion*, anstatt im Zustand der Ruhe; das Recht im Zustand des Krieges anstatt im Zustand des Friedens" (DEMOLOMBE, t. IX des *Œuvres complètes*, Nr. 338, zitiert von H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Éditions Bière, 1956, S. 30, Fußnote 1. Unterstreichung). Diese Verwechslung ist heute nicht mehr üblich, da zeitgenössische Autoren deutlich zwischen der Klage, die das Recht schützen soll, auf der einen Seite und dem geschützten Recht selbst auf der anderen Seite unterscheiden. Wie Henri Motulsky bemerkte, hat "die gesamte moderne Rechtswissenschaft diese Identitätstheorie aufgegeben" (H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, S. 55) zwischen Klage und materiellem Recht. Zweitens ist die Klage nicht mit *dem Antrag auf ein Gerichtsverfahren* zu verwechseln. Die Klage ist *eine Handlung*, eine Prozesshandlung. Sie ist der Akt, durch den die Klage ausgeübt wird, "die Handlung, durch die eine Person die Justiz mit einem Anspruch befasst und sie auffordert, diesen zu widmen" (R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} éd., Sirey, 1949, S. 43). Sie unterscheidet sich von der Klage, die "ein Vorrecht, ein Recht, keine Handlung (trotz der gängigen und etymologischen Bedeutung des Wortes)" ist (G. CORNU und J. FOYER, a. a. O., S. 312).

²²⁰⁵ Alle Elemente dieser Definition werden von Prozessrechtlern anerkannt. M. Motulsky definierte die Klage als "die Fähigkeit, von einem Richter eine Entscheidung über den Inhalt des ihm unterbreiteten Anspruchs zu erhalten" (H. MOTULSKY, "Le droit subjectif et l'action en justice", in *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, S. 95). Diese Definition wurde vom Gesetzgeber verankert, da Artikel 30 der neuen Zivilprozessordnung Folgendes besagt: "Die Klage ist das Recht des Urhebers eines Anspruchs, zum Inhalt dieses Anspruchs gehört zu werden, damit der Richter ihn für gut oder schlecht begründet erklärt". Wie die Herren Cornu und Foyer zusammenfassen, ist sie "das Recht, vom Richter zu seinem Anspruch angehört zu werden und von ihm eine Entscheidung über den Inhalt dieses Anspruchs zu erhalten" (G. CORNU und J. FOYER, a. a. O., S. 318).

²²⁰⁶ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} éd., Sirey, 1949, S. 43.

Dieses Kriterium ermöglicht es, eine Trennlinie zwischen zwei Kategorien von einstweiligen Verfügungen zu ziehen: auf der einen Seite die einstweiligen Verfügungen im klassischen Sinne, die akzessorisch und vorläufig sind, und auf der anderen Seite die einstweiligen Verfügungen zur Hauptsache, die eigenständige Gerichtsverfahren darstellen, die jedoch in einem beschleunigten Verfahren entschieden werden. Während echte einstweilige Verfügungen das Zubehör eines Gerichtsverfahrens sind, haben einstweilige Verfügungen zur Hauptsache einen eigenständigen Charakter und stellen selbst ein Gerichtsverfahren dar. Dieses Kriterium scheint somit entscheidend zu sein, um zwischen den klassischen Verfahren der einstweiligen Verfügung und den einstweiligen Verfügungen in der Sache zu unterscheiden²²⁰⁷. Ein solcher Unterschied rechtfertigt eine klare Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Rechtsmitteln, deren einziges gemeinsames Merkmal darin besteht, dass sie in einem beschleunigten Verfahren entschieden werden.²²⁰⁸

529. Einstweilige Verfügungen im klassischen Sinne schließen aus, dass der angerufene Richter in der Hauptsache über das Recht entscheiden muss. Der Zweck ihres Eingreifens besteht darin, die strittige Situation bis zur Entscheidung eines Falles durch den Richter in der Hauptsache vorläufig zu regeln, d. h. die Interessen des Antragstellers bis zum Ergebnis einer gerichtlichen Klage zu wahren. Ähnlich wie die einstweilige Verfügung sind sie Nebenverfahren, die es ermöglichen, den Richter um einstweilige Maßnahmen zu ersuchen, ohne die Hauptsache zu entscheiden. Somit weisen echte einstweilige Verfügungen drei Merkmale auf: Sie sind eine Nebenhandlung einer Klage, sie lassen den Rechtsgrund unberührt und führen zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen.

Im Gegensatz dazu führen bestimmte Dringlichkeitsverfahren den Richter dazu, über den Inhalt eines Anspruchs zu entscheiden, und haben nur dem Namen nach etwas mit einstweiligen Verfügungen zu tun. Diese Rechtsbehelfe weisen drei Merkmale auf, die sie von den klassischen einstweiligen Verfügungen unterscheiden: Sie sind eigenständig, veranlassen den Richter, über den Rechtsgrund zu entscheiden, und führen zur Verhängung endgültiger Maßnahmen. Diese Verfahren haben sich zunächst im Privatjustizrecht entwickelt: In den Texten, die sie vorsehen, heißt es je nach Fall, dass die Streitigkeiten, auf die sie Anwendung finden, "in der Form der einstweiligen Verfügung", "in der für einstweilige Verfügungen vorgesehenen Form" oder "wie in Sachen einstweiliger Verfügungen" entschieden werden²²⁰⁹. Ähnliche Verfahren wurden ab den 1980er Jahren mit dem *référé audiovisuel*²²¹⁰, dem Verfahren zur Anfechtung von Grenzurückführungserlassen²²¹¹ und dem *référé-précontractuel*²²¹² in das Verwaltungsstreitrecht eingeführt. Die privatistische Lehre hat ihnen den Namen "référés au fond" gegeben. Die Autoren bezeichnen "unter diesem eigentümlichen Begriff - als Verbindung zweier antinomischer Konzepte - die Instanzen, die in der Form der einstweiligen Verfügung verfolgt werden, aber in Wirklichkeit darauf abzielen, eine Entscheidung "in der Hauptsache" und in jedem Fall eine andere als eine vorläufige Entscheidung zu erwirken"²²¹³. In Wirklichkeit handelt es sich um Verfahren in der Hauptsache, die

²²⁰⁷ Die beiden anderen Kriterien, die zur Unterscheidung der beiden Kategorien von einstweiligen Verfügungen herangezogen werden, nämlich der eigenständige oder akzessorische Charakter der Klage und die endgültige oder vorläufige Autorität der verordneten Maßnahmen, sind nur eine Folge des ersten Kriteriums.

²²⁰⁸ Wie M. Melleray feststellt: "Während ein Teil der Lehre aus Gründen der Zweckmäßigkeit der Darstellung beschließt, sie zusammen mit den Eilverfahren zu untersuchen, ist es begrifflich zweifellos sinnvoller, sie von letzteren zu trennen und, gestützt auf ihren wesentlichsten Charakter (der darin besteht, dass der Richter dort über den Inhalt eines Anspruchs entscheidet und nicht, dass er seine Entscheidung schnell trifft), sie mit den anderen Klagen zu vereinen. Mit anderen Worten, es erweist sich als zweckmäßig, innerhalb der oft als Dringlichkeitsverfahren bezeichneten Rechtsbehelfe zwischen solchen zu unterscheiden, die darauf abzielen, den Zustand der strittigen Situation zu erhalten oder anzupassen und die vorläufig sind, und solchen, die darauf abzielen, über den Inhalt eines Anspruchs zu entscheiden und die eigentlich Klagen sind" (F. MELLERAY, *a. a. O.*, S. 251). In diesem Sinne unterscheidet Professor Gaudemet innerhalb der Dringlichkeitsverfahren zwischen solchen, die versuchen, "bestimmte Prozesse zu beschleunigen", und solchen, die darauf abzielen, "die Situation der Parteien bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu verbessern" (Y. GAUDEMET, "Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif", *RFD A* 1988, S. 420-431).

²²⁰⁹ Für einen Überblick über die wichtigsten materiellrechtlichen einstweiligen Verfügungen im Privatjustizrecht siehe P. ESTOUP, *a. a. O.*, S. 145 ff.

²²¹⁰ Dieses in Artikel L. 553-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kodifizierte "batarde de faux référé administratif" (M. AZIBERT und M. DE BOISDEFFRE, *chron. sous CE, Sect., 20 janvier 1989, TF1, AJDA* 1989, S. 86) verleiht dem Vorsitzenden der Abteilung für Verwaltungsrechtsprechung, der "en référé" entscheidet, die Befugnisse eines Richters in der Hauptsache und ermöglicht es ihm, endgültige Maßnahmen anzuordnen. Stellt er Verstöße der audiovisuellen Kommunikationsdienste gegen die Gesetzgebung fest, kann er gegenüber den Zuwiderhandelnden Anordnungen mit Zwangsgeldern verhängen und gegebenenfalls diese endgültigen Zwangsgelder liquidieren.

²²¹¹ Diese Streitigkeit wird zwar von einem Einzelrichter nach einem Verfahren behandelt, das erheblich vom allgemeinen Recht abweicht, aber es werden keine vorläufigen Maßnahmen ergriffen. Bezeichnenderweise bezeichnet Artikel L. 776-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes die Entscheidung des Vorsitzenden des Verwaltungsgerichts, der über Abschiebungsmaßnahmen zu entscheiden hat, als "Urteil" und nicht als "Beschluss".

²²¹² Gemäß Artikel L. 551-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes entscheidet der Richter "in der Form der einstweiligen Verfügungen" und ist befugt, endgültige Maßnahmen anzuordnen. Siehe *oben*, §§ 21 und 487.

²²¹³ P. ESTOUP, *a. a. O.*, S. 145.

unter sehr schnellen Bedingungen entschieden werden. Die "formelle" einstweilige Verfügung übernimmt nur die Form der einstweiligen Verfügung: Das Verfahren ist das der einstweiligen Verfügung; ansonsten gehorcht die Entscheidung den Regeln des Hauptverfahrens. Mit anderen Worten: Der Richter hält sich an das vereinfachte Verfahren der einstweiligen Verfügung und verhält sich gleichzeitig wie ein Richter in der Hauptsache. Er übt das Amt eines Richters in der Hauptsache aus und verhängt endgültige Maßnahmen.

530. Die Frage ist, ob die einstweilige Verfügung in Anbetracht ihrer Merkmale in die Kategorie der echten einstweiligen Verfügungen fällt oder im Gegenteil einer einstweiligen Verfügung in der Hauptsache ähnelt.

Die einstweilige Verfügung ist sicherlich nicht mit einer einstweiligen Verfügung im klassischen Sinne vergleichbar; sie ist nicht dazu gedacht, die Situation der Parteien bis zu einem Urteil in der Hauptsache vorübergehend zu verbessern. Erstens hat dieses Verfahren einen eigenständigen Charakter; es ist nicht das Zubehör einer Klage in der allgemeinen Hauptsache, die vor dem Richter für Überschreitung der Befugnisse oder dem Richter für Vollstreckungssachen eingereicht wird. Zweitens entscheidet der Richter für einstweilige Verfügungen über den Inhalt des ihm vorgelegten Anspruchs. Er stellt fest, ob eine Rechtsnorm verletzt wurde oder nicht und ob eine Rechtswidrigkeit begangen wurde. Schließlich sind die verhängten Maßnahmen in der Praxis endgültig und unumkehrbar. Somit ist die einstweilige Verfügung an sich schon ein Gerichtsverfahren, das in einem beschleunigten Verfahren entschieden wird. Sie scheint alle Kriterien einer einstweiligen Verfügung in der Hauptsache zu erfüllen. Laut den Professoren Ricci und Debbasch ist das Verfahren nach Artikel L. 521-2 "in Wirklichkeit eine Hauptklage in Form eines *référé vue l'urgence*"²²¹⁴. Der Richter entscheidet in der Hauptsache und entscheidet den Inhalt des ihm vorgelegten Rechtsstreits endgültig.

Die - wenn auch nur virtuelle - Möglichkeit einer Überprüfung verhindert jedoch, dass die einstweilige Verfügung in vollem Umfang mit einer einstweiligen Verfügung in der Hauptsache gleichgesetzt wird. Wenn man kategorisch sagen kann, dass die einstweilige Verfügung keine einstweilige Verfügung im klassischen Sinne ist, muss man aufgrund der Existenz von Artikel L. 521-4 des Verwaltungsgerichtsgesetzes differenzierter sein, was ihre reine und einfache Einstufung als einstweilige Verfügung in der Hauptsache angeht. Es scheint besser zu sein, mit den Herren Bourrel und Gourdou zu behaupten, dass das Verfahren des *référé-liberté* sich der Kategorie der *référé au fond* "annähert"²²¹⁵. Auch hier weist das *référé-liberté* eine atypische Natur auf, die es schwierig macht, es zu kategorisieren und einer bereits bestehenden Rechtskategorie zuzuordnen. Sie kann nicht als einstweilige Verfügung im klassischen Sinne analysiert werden, doch aufgrund der - wenn auch sehr hypothetischen - Möglichkeit einer erneuten Prüfung muss die Einstufung als einstweilige Verfügung in der Hauptsache ausgeschlossen werden. Während Entscheidungen, die im Rahmen einer einstweiligen Verfügung zur Hauptsache getroffen werden, die volle Rechtskraft zuerkannt wird, genießen die Entscheidungen des Richters der einstweiligen Verfügung zur Freiheit nur (in der Praxis) deren Auswirkungen und keineswegs (im Recht) deren Attribute.

II. Die verstärkte Autorität von Schutzmaßnahmen

531. Müssen Entscheidungen, mit denen der Richter für einstweilige Verfügungen eine Schutzmaßnahme anordnet, als rechtskräftig anerkannt werden? Erlangt eine Entscheidung nach Eintritt der *Rechtskraft*, d. h. nach Einlegung eines Rechtsmittels oder Ausschöpfung der Berufungsfrist, Rechtskraft²²¹⁶?

Die Rechtskraft ist "eine der dunkelsten Fragen des Rechts und Gegenstand unaufhörlicher und endloser Kontroversen"²²¹⁷. Wie Präsident Odent betonte, "hat ihre Grundlage selbst zu einer sehr umfangreichen juristischen Literatur geführt, und es herrscht noch keine Einigkeit über die Merkmale oder Wirkungen des gerichtlichen Akts oder über die Natur der Rechtskraft"²²¹⁸. Um festzustellen, ob den Beschlüssen zur Zulassung

²²¹⁴ C. DEBBASCH und J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, Nr. 556.

²²¹⁵ Vgl. A. BOURREL und J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Coll. La justice au quotidien, 2003, S. 87: "Die Situation nähert sich (...) dem Verständnis des Ausdrucks "*en la forme des référés*" oder "*comme en matière de référé*" im Zivilverfahren (...)".

²²¹⁶ Zur Unterscheidung zwischen Rechtskraft, Rechtskraftwirkung und Vollstreckbarkeit siehe P. DELVOLLE, "L'exécution des décisions de justice contre "l'administration"", *EDCE* 1983-1984, S. 111. Die Rechtskraft ergibt sich aus der Gerichtsentscheidung, auf die der Richter selbst nicht mehr zurückkommen kann. Die rechtskräftige Entscheidung ist die Entscheidung, die durch Erschöpfung der Rechtsmittel oder durch Ablauf der Rechtsmittelfristen endgültig geworden ist. Die vollstreckbare Gerichtsentscheidung ist die vom Gesetz so bezeichnete Entscheidung, ohne dass diese Vollstreckbarkeit in irgendeiner Weise mit der Rechtskraft verbunden ist.

²²¹⁷ Konkl. P. LECLERCQ, *Cass*, 6. März 1930, Pas. 1930, I, 149, zitiert von L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, S. 503.

²²¹⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP Paris, 1981, S. 1288. Zu diesem Thema siehe insbesondere P. LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2^{ème} ed, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1904, 594 S.; R. LOTH, *De l'autorité de la chose jugée en matière administrative*, Imprimerie et Librairie Camille Robe, 1911, 255 S.; R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Imprimerie de l'Université,

der einstweiligen Verfügung eine solche Autorität zuerkannt werden sollte, müssen zunächst die Attribute der Rechtskraft und die Bedingungen für ihre Anerkennung erläutert werden.

532. Die Rechtskraft ist eine "Eigenschaft"²²¹⁹ oder ein "Attribut"²²²⁰ der gerichtlichen Entscheidung. Aus dem römischen Recht stammend, wird sie als die Wahrheitsvermutung definiert, die mit der gerichtlichen Entscheidung verbunden ist - *res iudicata pro veritate habetur* - und bewirkt, dass die Parteien den Prozess nicht neu beginnen dürfen - *non bis in idem*. Positiv ausgedrückt ist die Rechtskraft eine Eigenschaft, die der gerichtlichen Überprüfung anhaftet: Das, was geurteilt wird, setzt sich als Ausdruck der Wahrheit durch. Als "absolute Wahrheitsvermutung"²²²¹, lässt sie das, was geurteilt wurde, als wahr gelten²²²². Der Tenor der Entscheidung wird als die endgültige Wahrheit in Bezug auf die entschiedene Rechtsfrage angesehen. Die Parteien können sich daher darauf berufen. Für alle Zwecke ist die Rechtslage nun so, wie sie durch den Tenor des Urteils definiert wurde. In diesem Sinne ist die Rechtskraft schützend für die Partei, deren Rechte anerkannt werden: "Sie kann sich sofort auf diese Rechte berufen und alle Konsequenzen daraus ziehen, ohne dass die Art und Weise, in der sie ausgesprochen wurden, angefochten werden kann"²²²³. Im negativen Sinne verhindert die Rechtskraft, dass das Urteil in Frage gestellt wird. Das Urteil wird unanfechtbar: Es bindet den Richter, der es verkündet hat, die Parteien und die anderen Gerichte endgültig. Das, was Gegenstand eines Urteils ist, ist somit künftigen Anfechtungen entzogen, wodurch "die Möglichkeit einer unendlichen Infragestellung der gegebenen Lösung" ausgeschlossen wird²²²⁴. Diese verfahrensrechtliche Wirkung ist für den Richter und die Parteien verbindlich²²²⁵. Der Richter kann seine Entscheidung nicht rückgängig machen. Die Rechtshängigkeit endet, der Richter ist nicht mehr mit dem Fall befasst. Es ist ihm untersagt, die Entscheidung in Frage zu stellen oder erneut über einen bereits entschiedenen Fall zu entscheiden. Seine Befugnisse sind erschöpft²²²⁶ und jede spätere Änderung des Urteilstenors würde der Rechtskraft des Urteils zuwiderlaufen²²²⁷. Für die Parteien besteht die negative Wirkung der Rechtskraft darin, dass es ihnen untersagt ist, einen Antrag auf Neuverhandlung eines Falles zu stellen. Ein solcher Antrag ist unzulässig, unabhängig davon, ob er vor demselben Richter oder einem anderen Richter gestellt wird²²²⁸. Die Parteien können ihren Fall nicht wirksam ein zweites Mal vor Gericht bringen. Die Einrede der abgeurteilten Sache hat die Form einer Ablehnung bei einem neuen Verfahren mit demselben Gegenstand, derselben Ursache und denselben Parteien.²²²⁹

Die Tragweite der Rechtskraft ist im Bereich der einstweiligen Verfügung abgeschwächt. In diesem Punkt führen die jüngste gerichtliche und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung zu einer Unterscheidung zwischen der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache und der Rechtskraft der Entscheidung in der vorläufigen

1931, 476 S.; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 143, 1975, 280 S.; F. HAUT, *Autorité de la chose jugée et effet directif des décisions de justice. Recherche de droit public*, thèse Paris II, 1979; H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 13, 1958, 534 S.; D. DE BECHILLON, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RDJ* 1994, S. 1739-1824; G. WIEDERKHER, "Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée", in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, S. 507-518; G. DELVOLLE, "Chose jugée", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989; C. GUETTIER, *Jcl. administratif*, fasc. 1110 (8, 2003).

2219 D. TOMASIN, *a. a. O.*, S. 257.

2220 G. WIEDERKHER, *a. a. O.*, S. 510.

2221 E. GARSONNET und C. CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9^{ème} éd., Recueil Sirey, 1923, S. 415.

2222 Wie der Regierungskommissar Corneille erklärte, "ist es das Wesen des Urteils, sich als gesetzliche Wahrheit durchzusetzen" (concl. sur CE, 8. August 1919, *Toesca, Lebon* S. 740). "Einer gerichtlichen Entscheidung zu sagen, dass sie die Autorität des Urteils hat, bedeutet zu sagen, dass sie mit gesetzlicher Wahrheitskraft die dem Richter, der sie erlassen hat, vorgelegten Fragen entschieden hat" (R. ODENT, *op. cit.*, S. 1288). Mit anderen Worten, das Urteil "hat in den Augen des Gesetzes die Kraft der Wahrheit selbst. Das Gesetz hält das, was durch Urteil entschieden wurde, für wahr" (R. LOTH, *a. a. O.*, S. 5).

2223 B. LASSERRE und J.-M. DELARUE, chron. unter CE, Sect., 9. Dezember 1983, *Ville de Paris, AJDA* 1984, S. 83.

2224 N. FRICERO, in *Droit et pratique de la procédure civile* (S. GUINCHARD Hrsg.), Dalloz, 2002, Nr. 4960.

2225 Die Rechtskraft bedeutet, dass der Punkt, über den entschieden wurde, nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Der zweite Richter muss den Inhalt der ersten Entscheidung als gegeben ansehen.

2226 CE, 14. Dezember 1979, *Pointe, Lebon* T., S. 845.

2227 CE, 19. Dezember 1855, *Laboureix, Lebon* S. 753; CE, 30. Januar 1867, *Commune de Villamblain, Lebon* S. 112.

2228 "Au regard d'un autre tribunal, le principe d'autorité de chose jugée implique que ce qui a été jugé ne puisse pas être méconnu ou contesté même par un autre juge" (J. RODEVILLE-HERMANN, "L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes", *RDJ* 1989, S. 1736).

2229 Für Frison-Roche ist "die Autorität der Mechanismus, der es den Parteien, die an einer Instanz teilgenommen haben, die zu einer Entscheidung geführt hat, verbietet, erneut die Gerichte anzurufen, um eine andere Lösung für dieselbe Frage zu erhalten" (M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988, S. 100).

Instanz²²³⁰. Die Rechtskraft "in der Hauptsache" wird Gerichtsentscheidungen zugeschrieben, die den Inhalt eines Rechtsstreits endgültig regeln. Dies setzt nicht nur voraus, dass der Richter in der Hauptsache entscheidet, sondern darüber hinaus auch, dass seine Entscheidung nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Wie M. de Béchillon feststellt: "Nur die wirklich *entschiedene* Sache, mit Berufung auf eine gewisse Dauerhaftigkeit, wird als tatsächlich entschieden bezeichnet werden"²²³¹. In diesem Sinne argumentiert auch Delvolvé: "Um die Rechtskraft eines Urteils zu erreichen, muss es eine gerichtliche Entscheidung geben, die den gesamten oder einen Teil des Rechtsstreits entscheidet"²²³². Diese Anforderung führt dazu, dass einerseits Entscheidungen, die im Rahmen einer einstweiligen Verfügung in der Hauptsache getroffen werden, die Rechtskraft zuerkannt wird²²³³, und andererseits Entscheidungen, die vorläufigen Charakter haben und nicht in der Hauptsache entscheiden, diese Rechtskraft abgesprochen wird. Die Rechtsprechung ist sowohl im Privatjustizrecht²²³⁴ als auch in Verwaltungsstreitigkeiten²²³⁵ konstant. Diesen Entscheidungen kann nur eine "vorläufige" Rechtskraft zuerkannt werden, die so lange gilt, wie ein anderer Richter sie nicht in Frage stellt.²²³⁶

²²³⁰ Die klassische Rechtsprechung sprach einer einstweiligen Verfügung oder einem Urteil, das die Aussetzung der Vollstreckung einer Verwaltungsentscheidung anordnet, jegliche Rechtskraft ab. Die Verwaltungsrechtsprechung, die sich unter dem Gesetz vom 30. Juni 2000 entwickelt hat, tendiert dazu, sich der Rechtsprechung der Gerichte anzuschließen, indem sie den einstweiligen Verfügungen eine gewisse Rechtskraft zubilligt, eine "vorläufige" Rechtskraft.

²²³¹ D. DE BECHILLON, *a. a. O.*, S. 1806-1807. Unterstrichen.

²²³² G. DELVOLVÉ, "Chose jugée", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989, Nr. 14.

²²³³ Es wurde festgestellt, dass, wenn der Richter für einstweilige Verfügungen über einen Antrag auf einstweilige Verfügung gegen einen Vertrag entschieden hat und dann mit einem Antrag auf einstweilige Aufhebung befasst wird, die Rechtskraft des Urteils in der ersten Instanz den Gründen, über die er entschieden hat, anhaftet und sie in der zweiten Instanz unzulässig macht (TA Saint-Denis de la Réunion, Ord. 6. Februar 2001, *Société Bourbonnaise de travaux publics de construction (SBTCP), Contrats et marchés publics* 2001, comm. n° 211, Anm. J.-P. PIÉTRI. P. PIÉTRI, "Référé précontractuel: il est avètu de l'autorité de la chose jugée!". Der Staatsrat, bei dem ein Rechtsmittel eingelegt wurde, äußerte sich nicht zu der Frage, da die Entscheidung zur Vergabe des Auftrags zum Zeitpunkt seiner Entscheidung vollständig ausgeführt worden war: siehe CE, 22. Juni 2001, *SBTBC*, Nr. 230693). Ebenso gilt im Zivilprozessrecht: "Die in der Hauptsache in der Form der einstweiligen Verfügungen ergangenen einstweiligen Verfügungen (insbesondere die des Richters in Ehesachen nach der Verkündung der Scheidung) genießen die Rechtskraft (...)" (P. ESTOUP, *a. a. O.*, S. 28).

²²³⁴ Dieser Grundsatz, der vom Kassationsgericht unter dem alten Gesetzbuch bekräftigt wurde (siehe insbesondere Civ., 10. Januar 1939, S. 1939, I, S. 93), wurde in der neuen Zivilprozessordnung verankert. Artikel 288 Abs. 1 besagt, dass "die einstweilige Verfügung in der Hauptsache keine Rechtskraft hat".

²²³⁵ Der Staatsrat bekräftigte in der Entscheidung *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, dass einstweilige Verfügungen "nicht, in *Anbetracht ihres vorläufigen Charakters*, die Rechtskraft der in der Hauptsache entschiedenen Sache haben" (siehe *oben*, § 499). Der Verwaltungsrichter leitet die fehlende Rechtskraft in der Hauptsache ausdrücklich aus dem vorläufigen Charakter der angeordneten Maßnahmen ab. Diese Lösung steht in der Kontinuität einer klassischen Rechtsprechung, die Entscheidungen in Bezug auf Vollstreckungsaufschub und einstweilige Verfügungen die Rechtskraft abspricht. So hatte der Rat festgestellt, dass "die Rechtskraft einer einstweiligen Verfügung oder eines Urteils über eine Berufung gegen eine solche Verfügung nicht zuerkannt werden kann, da diese Entscheidungen vorläufigen Charakter haben und der Hauptsache keinen Schaden zufügen" (CE, Sect., 3. Oktober 1958, *Société des autocars garonnais, Lebon* S. 468). Die Regel galt auch für Urteile und Beschlüsse, die die Aussetzung der Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen verkündeten. Gemäß der Formel des Staatsrats werden diese Urteile "notwendigerweise nach dem Stand der Ermittlungen zum Zeitpunkt, an dem sie ergehen, und ohne die Rechtsgrundlage vorwegnehmen zu können" erlassen; folglich sind sie "in keinem Fall" mit der Autorität der entschiedenen Sache ausgestattet (CE, 1983, *Ville de Paris, Lebon* S. 499, Schlusswort B. GENEVOIS).

²²³⁶ Der Conseil d'Etat spricht nun von der Rechtskraft des Urteils "au principal" (Urteil *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, *oben*), womit er implizit, aber notwendigerweise die Idee einer Rechtskraft des Urteils "au provisoire" zulässt. Damit schließt er sich der im Privatjustizrecht vorherrschenden Lösung an, allerdings mit dem Unterschied, dass die im einstweiligen Rechtsschutz getroffene Entscheidung bei "neuen Elementen" und nicht nur bei neuen Umständen aufgehoben werden kann. Premier Président Estoup stellt fest: "Die einstweiligen Verfügungen sind "vorläufig" rechtskräftig, da Artikel 488 Absatz 2 der neuen Zivilprozessordnung, der die Rechtsprechung, die sich unter der alten Zivilprozessordnung herausgebildet hatte, festschreibt, bestimmt, dass die einstweilige Verfügung in der einstweiligen Verfügung nur bei neuen Umständen aufgehoben oder geändert werden kann. Der Richter für einstweilige Verfügungen ist also an seine eigene Entscheidung gebunden, die er insoweit aufrechterhalten muss, als keine Änderungen eingetreten sind, weder in der Situation der Parteien noch in den Tatsachen des Falles" (P. ESTOUP, *a. a. O.*, S. 27). Ähnlich argumentiert M. WIEDERKHER, dass bei einstweiligen Verfügungen "das Urteil (...) auf das Provisorische reduziert" ist (G. WIEDERKHER, *a. a. O.*, S. 517). Laut M. Lacoste sind einstweilige Verfügungen "einfach in dem Sinne rechtskräftig, dass sie nicht zurückgenommen werden können, solange keine Änderung der Fakten des Falles eintritt" (P. LACOSTE, *a. a. O.*, S. 62). Die Parteien erhalten die einstweilige Verfügung nur unter der Bedingung, dass keine Änderung ihrer Situation oder des Sachverhalts eintritt (Civ. 2^{ème}, 27. April 1936, *GP* 1936, 2, 170). Gemäß Art. 481 der neuen Zivilprozessordnung wird der Richter für einstweilige Verfügungen mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung entmachtet. Strickler stellt fest: "Die Entmachtung des Richters ist die direkte Folge der Rechtskraft des Urteils. Man findet also normalerweise sowohl den positiven Aspekt der Rechtskraft (der Kläger kann sich auf die Entscheidung berufen und sie vollstrecken lassen) als auch ihren negativen Aspekt (außer in Ausnahmefällen ist es nicht mehr möglich, den Beschluss zu widerrufen)" (Y. STRICKLER, *a. a. O.*, S. 463). Der Richter für einstweilige Verfügungen, der seine zuvor erlassene Verfügung widerruft, "ohne irgendwelche neuen Umstände seit dieser ersten Verfügung festzustellen", verkennt die ihm zugewiesene Autorität (Civ. 2^{ème}, 20. November 1985, *Bull. civ.* II, Nr. 177). Wenn keine neuen Umstände vorliegen, ist die einstweilige Verfügung für den Richter, der sie erlassen hat, für jeden anderen Richter

Wie verhält es sich mit einstweiligen Verfügungen? Sind Entscheidungen, mit denen eine Schutzmaßnahme verhängt wird, in der Hauptsache oder im Verfahren rechtskräftig? Es scheint möglich, die Rechtskraft in zwei Aussagen zusammenzufassen: Die Entscheidung verfügt über die *Attribute* der vorläufigen Rechtskraft; sie hat in der Praxis die gleichen *Auswirkungen* wie eine Entscheidung, die in der Hauptsache rechtskräftig ist. Der praktisch umkehrbare Charakter von Schutzmaßnahmen verbietet es, diese Entscheidungen als im Hauptverfahren rechtskräftig anzusehen. Obwohl der Richter in der Hauptsache entscheidet, gilt seine Maßnahme als vorläufig und kann theoretisch immer noch vom ordentlichen Richter in der Hauptsache oder vom Richter der einstweiligen Verfügung selbst in Frage gestellt werden. Rechtlich gesehen kann sie immer noch dem ordentlichen Richter in der Hauptsache oder dem Richter für einstweilige Verfügungen vorgelegt werden, ohne dass ihr eine Ablehnung entgegengebracht wird. Nichtsdestotrotz hat in der Praxis der Beschluss, der eine Schutzmaßnahme verhängt, alle Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils. Natürlich spielt die positive Dimension der Rechtskraft bei der Entscheidung des Richters für einstweilige Verfügungen wie bei jeder gerichtlichen Entscheidung, die für den Antragsteller günstig ist, eine Rolle. Andererseits weist die Entscheidung eine Wirkung auf, die in der Praxis in jeder Hinsicht der negativen Dimension der Rechtskraft im Ausgangsverfahren ähnelt. Mit der Verhängung einer Schutzmaßnahme wird der Richter für einstweilige Verfügungen endgültig entmachtet. Die Klage vor dem ordentlichen Richter in der Hauptsache oder dem Richter für einstweilige Verfügungen ist zulässig; ihre Begründetheit kann geprüft werden. Das Ergebnis ist jedoch identisch, da die Maßnahme nicht in Frage gestellt wird. Der Richter in der Hauptsache stellt die Rechtswidrigkeit der Situation fest, der Richter in der einstweiligen Verfügung - außer in echten Ausnahmefällen - das Fehlen neuer Elemente.

533. Das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen ist bemerkenswert wirksam. Der Antragsteller erhält eine volle und vollständige Befriedigung, die den Rechtsstreit, der zur Anrufung geführt hat, endgültig entkräftet. Durch Abschreckung, Überredung oder die Verhängung einer Schutzmaßnahme beendet der Richter die Situation, in der ein schwerwiegender und offensichtlich rechtswidriger Eingriff in eine Grundfreiheit vorliegt. Die so vom Antragsteller erlangte Befriedigung weist eine beispielhafte Stabilität auf, die mit der besonderen Natur dieser einstweiligen Verfügung zusammenhängt. Eine Infragestellung der erlangten Maßnahme ist zwar rechtlich nicht unmöglich, aber in der Praxis dennoch unwahrscheinlich. Die Befriedigung erfolgt sofort und endgültig. Die Wirksamkeit dieses Mechanismus wirft die Frage auf, ob der administrative Rechtsweg in unserer Rechtsordnung beibehalten werden sollte.

für einstweilige Verfügungen und für die Parteien bindend (Civ. 3^{ème}, 29. Juni 1988, *Bull. cin.* III, Nr. 118). Insofern "steht der vorläufige Charakter der einstweiligen Verfügung nicht im Gegensatz zu dem endgültigen Charakter, der im Allgemeinen mit der Rechtskraft des Urteils verbunden ist. Solange die Umstände, die die Entscheidung des Vorsitzenden bestimmt haben, identisch sind, kann kein Grund die Anrufung desselben Richters (oder eines anderen Richters für einstweilige Verfügungen) rechtfertigen, damit er die vorherige Verfügung ändert" (Y. STRICKLER, *a. a. O.*, S. 464-465). So "kann die Anordnung, solange sich die Umstände nicht geändert haben, nicht in Frage gestellt werden und bewirkt eine zwar begrenzte, aber effektive Entmachtung des Richters im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Seine Entscheidung ist für ihn und die Parteien bindend, es sei denn, die Parteien kehren zum Präsidenten zurück, damit er seinen früheren Beschluss widerruft oder ändert, oder sie rufen den Richter des Ausgangsverfahrens an, damit dieser den Streit in der Sache entscheidet" (Y. STRICKLER, *a. a. O.*, S. 512-513). Ebenso wird im Gemeinschaftsrecht mit Blick auf Art. 86§4 der Verfahrensordnung (deren Wortlaut in diesem Punkt unverändert ist) bekräftigt, dass "die einstweilige Verfügung eine begrenzte Rechtskraftwirkung entfaltet" (B. PASTOR und E. VAN GINDERACHTER, "La procédure en référé", *RTDE* 1989, S. 619). "Für die Parteien (...) entfaltet die Rechtskraft des Beschlusses ihre volle Wirkung. Ein Antrag auf einstweilige Verfügung, der von denselben Parteien mit identischen Anträgen und identischem Streitgegenstand eingereicht wird, ohne dass sich die Situation geändert hat, wird folglich für unzulässig erklärt" (*ibid.*).

Kapitel 3

Eine Wirksamkeit, die die Frage nach der Aufrechterhaltung der Rechtsdurchsetzung aufwirft

534. Im positiven französischen Recht gibt es bis heute drei Verfahren, deren ausschließlicher Gegenstand der Notfallschutz der Freiheitsrechte gegenüber den Akten und Handlungen der öffentlichen Gewalt ist. Diese Vervielfachung der Rechtswege für ein und denselben Gegenstand mag übertrieben erscheinen. Weit davon entfernt, die Garantien für natürliche und juristische Personen zu stärken, würde sie nicht im Gegenteil dazu führen, diese zu schwächen, indem sie eine Verkomplizierung des Systems zum Schutz der Freiheitsrechte bewirkt?²²³⁷ Angesichts der Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung und ihrer Fähigkeit, Situationen, in denen die Grundfreiheiten schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig verletzt werden, sofort zu bereinigen, muss man sich fragen, ob die Beibehaltung der Verfahren der einstweiligen Verfügung und der Zwangsvollstreckung nach dem Gesetz vom 30. Juni 2000 sinnvoll ist. Sind diese Verfahren weiterhin von Interesse? Sollten sie nicht abgeschafft werden, um dem *référé-liberté* allein Platz zu machen?
535. Der *Déféré-liberté* bietet *auf den ersten Blick* weniger Möglichkeiten als das Verfahren nach Artikel L. 521-2: Er kann nur gegen Verwaltungsentscheidungen eingelegt werden, und der Richter hat lediglich die Befugnis, deren Vollstreckung auszusetzen. Dennoch behält es trotz der Schaffung des *référé-liberté* seine Bedeutung. Die Voraussetzungen für die Verhängung einer Maßnahme auf diesem Weg sind nämlich wesentlich leichter zu erfüllen als auf der Grundlage von Artikel L. 521-2: Der Antragsteller ist nicht nur von der Bedingung der Dringlichkeit befreit, sondern muss darüber hinaus nur einen ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung und keine offensichtliche Rechtswidrigkeit geltend machen. Daher, und wie während der Vorbereitungsarbeiten betont wurde, ist das Verfahren der *référé-liberté* nicht "doppelt"²²³⁸ mit dem Verfahren der *déféré-liberté*. Auch wenn das Verfahren wie vor der Reform vom 30. Juni 2000 nur am Rande genutzt werden wird, behält es dennoch seinen Zweck, in Situationen zu dienen, in denen das Verfahren des *référé-liberté* aufgrund der strengen Bedingungen für seine Gewährung nicht angewendet werden kann. Um Rechtsakte dezentraler Behörden anzufechten, die die Freiheitsrechte beeinträchtigen, ist es für den Präfekten besser, ein *déféré-liberté* zu bilden, als den schwierigeren Weg des *référé-liberté* zu beschreiten. Die Möglichkeit, einfache Verhaltensweisen anzufechten und von der Verhängung einer einstweiligen Verfügung zu profitieren, ist für den Präfekten bei der Ausübung seiner Aufgabe, die Handlungen der dezentralisierten Behörden administrativ zu kontrollieren, nicht wirklich von Interesse. Da er im Bereich der Freiheitsrechte nur Verwaltungsakte mit Regelungscharakter beklagt, erweist sich die Verhängung einer Aussetzung fast immer als völlig zufriedenstellend. Die Präfekten wenden daher trotz der Schaffung des *référé-liberté*²²³⁹ weiterhin das Verfahren des *déféré-liberté* an. Bei richtiger Anwendung "erscheint es als ein wirksames Instrument zum Schutz der Freiheiten"²²⁴⁰. Für die Verfasser der Reform vom 30. Juni 2000 stand es nie zur Debatte, diesen Rechtsbehelf abzuschaffen²²⁴¹. Hingegen stellt sich nach der Schaffung des *référé-liberté* ernsthaft die Frage, ob der Rechtsweg beibehalten werden soll.
536. Aus praktischer Sicht wirft die Existenz des administrativen Rechtswegs zwei Hauptschwierigkeiten auf. Erstens entzieht sie dem Verwaltungsrichter die Regelung einer Streitsache, die er aufgrund seiner Ausbildung und seiner Kenntnis der Verwaltung am besten behandeln kann, und überträgt die Regelung einem Richter,

²²³⁷ Zu den Schwierigkeiten, die mit der Verbreitung von Rechtsgarantien verbunden sind, siehe G. BRAIBANT, "L'avenir de l'Etat", *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, S. 39-46. Der Autor erwähnt insbesondere das Risiko einer Degeneration des Rechtsstaats zu einem "Verfahrensstaat" (a. a. O., S. 44).

²²³⁸ E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR Sitzung 14. Dezember 1999, S. 10942.

²²³⁹ Siehe zum Beispiel: TA Montpellier, Ord. 25. April 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, LPA 5. April 2004, Nr. 68, S. 3-5, Anm. J.-M. MAILLOT; CE, 11. März 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Communes d'Avion, de Rouvroy, de Drocourt et de Méricourt, Lebon* S. 101; CE, Ord. 17. Mai 2006, *Commune de Wissous, Lebon* S. 253; CE, ord. 8. August 2006, *Préfet de Seine-et-Marne*, Nr. 296107. Siehe auch die oben zitierten Entscheidungen, § 270.

²²⁴⁰ R. ETIEN, "Le sursis de quarante-huit heures", RDP 1988, S. 761. Auch M. Dugrip betonte die "große Wirksamkeit" dieses Mechanismus (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, S. 185).

²²⁴¹ Im Gegenteil, die Arbeitsgruppe erklärte, dass sie dieses Verfahren beibehalten wolle. Zwar befürworteten ihre Mitglieder die Abschaffung der meisten Sonderregelungen für den Vollstreckungsaufschub, doch wollten sie dennoch "bestimmte abweichende Aufschubverfahren, die mit dem Recht der Dezentralisierung verbunden sind", beibehalten, insbesondere solche, die, wie das *déféré-liberté*, "bemerkenswerte Besonderheiten aufweisen" ("Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", RFDA 2000, S. 952).

der nicht über die Instrumente und Kenntnisse verfügt, um diese Streitsache unter möglichst zufriedenstellenden Bedingungen zu beurteilen²²⁴². Darüber hinaus trübt der faktische Rechtsweg die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten im Bereich der Grundfreiheiten. Diese "uralte und schleichende Zuständigkeitsklausel"²²⁴³ verkompliziert die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit und den Gerichten der Gerichtsbarkeit zum Nachteil einer guten Rechtspflege, der Rechtsuchenden selbst und des Schutzes der Freiheitsrechte. Die manchmal fließenden und unsicheren Grenzen des Rechtswegs haben dazu geführt, dass er als "die Verrückte im Haus, die dort präsent ist, wo man sie am wenigsten erwartet, und die über das akzeptable Maß hinaus stört"²²⁴⁴ dargestellt wird, was dazu beiträgt, dass es "die Opfer der Willkür sind, die sich unter dem Gewicht von anachronistisch gewordenen Traditionen beugen"²²⁴⁵. Wenn der Rechtsweg trotz dieser Nachteile bis heute fortbesteht, dann nur, weil er es ermöglichte, die Mängel und Unzulänglichkeiten des Verwaltungsrichters im Bereich des dringenden Schutzes der Freiheiten zu kompensieren. Da der Rechtsweg seine traditionellen Rechtfertigungen verloren hat, stellt sich die Frage, ob es noch Überlegungen gibt, die seiner Abschaffung entgegenstehen könnten.

Abschnitt 1 Eine Abschaffung, die durch den Wegfall der traditionellen Rechtfertigungen der Tätigkeit möglich wurde

537. "In der Welt der juristischen Begriffe gibt es nur wenige, die sich rühmen können, so viel Tinte vergossen zu haben wie der Tatbestand der Zwangsvollstreckung"²²⁴⁶. Die Kritik mag sich zeitweise auf die fehlgeleitete Anwendung dieses Verfahrens bezogen haben²²⁴⁷. Grundsätzlich betrifft sie jedoch die Existenz dieser Art der Gerichtsbarkeit. Diese Abweichung vom Grundsatz der Trennung von Verwaltungs- und Justizbehörden ist rechtlich nicht gerechtfertigt. Bisher war sie nur aus praktischen Erwägungen heraus gerettet worden: Der Rückgriff auf den Richter ermöglichte es, die Ohnmacht der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich des dringenden Schutzes der Freiheitsrechte zu mildern. Diese praktischen Argumente brachen mit der Schaffung des *référé-liberté* zusammen. Der Rechtsweg hat keine rechtliche Rechtfertigung mehr; er hat keine praktische Rechtfertigung.

I. Das völlige Fehlen einer rechtlichen Begründung

538. Der Revolutionsgesetzgeber hat das Verbot für Gerichtsgerichte, sich mit Verwaltungsstreitigkeiten zu befassen, zum Grundsatz erhoben²²⁴⁸. Der Grundsatz der Trennung von Verwaltungs- und Justizbehörden ist somit ein Grundsatz von gesetzgeberischem Rang - und in einigen Aspekten sogar von Verfassungsrang²²⁴⁹. Folglich können sich Ausnahmen und Abschwächungen, die von dieser Regel gemacht

²²⁴² Siehe *oben*, § 347.

²²⁴³ T.-S. RENOUX, "Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences", in *La Cour de Cassation et la Constitution de la République*, Kolloquium vom 9. und 10. Dezember 1994 (GERJC Hrsg.), PUAM La documentation française, 1995, S. 111.

²²⁴⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 1087.

²²⁴⁵ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, S. 452. Laut M. Dran ist "die Komplexität der Verfahrensregeln so (...), dass es für das Opfer sehr schwierig, ja sogar unmöglich ist, mit Sicherheit zu wissen, welches Gericht es anrufen muss" (M. DRAN, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, S. 533). Der Rechtsweg kann zu Unklarheiten über die Zuständigkeit und damit zu Verzögerungen führen, die den Interessen des Klägers abträglich sind.

²²⁴⁶ H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés: la "folle du logis" enfin domestiquée?", *D.* 1999, Nr. 25, letzter Akt.

²²⁴⁷ Siehe *oben*, §§ 11-12.

²²⁴⁸ Artikel 13 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790 über die Gerichtsorganisation besagt: "Die richterlichen Funktionen sind von den administrativen Funktionen getrennt und werden immer getrennt bleiben. Die Richter dürfen unter Androhung der Pauschalstrafe weder die Arbeit der Verwaltungsorgane in irgendeiner Weise stören, noch die Verwaltungsbeamten wegen ihrer Aufgaben vorladen". Gemäß dem - formal gesetzgebenden - Dekret vom 16. Fructidor des Jahres III "werden den Gerichten iterative Verbote erteilt, über Verwaltungsakte jeglicher Art zu den gesetzlichen Strafen zu entscheiden" (*Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils sont, aux peines de droit*).

²²⁴⁹ D. h. die Aufhebung oder Änderung von Handlungen, die von Verwaltungsbehörden in Ausübung hoheitlicher

werden können, nur aus dem Gesetz ergeben oder sogar aus der Verfassung selbst für die Angelegenheiten, die unter den verfassungsmäßigen Vorbehalt der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallen. Weder die Verordnungsgewalt noch die ordentlichen Gerichte können gegen diesen Grundsatz verstoßen. Dennoch war es die Rechtsprechung, die allein und rein prätorisch die Auffassung vertrat, dass bestimmte Handlungen, die einen "Rechtsbruch" darstellen, in die Zuständigkeit der Gerichtsgerichte fallen könnten. Da kein Gesetz die Zivilgerichte jemals dazu ermächtigt hat, in einem solchen Fall einzugreifen, hat der Richter selbst diese Ausnahme vom Grundsatz der Trennung von Verwaltungs- und Justizbehörden geprägt. Um diese Ausnahme dennoch zu rechtfertigen - denn es war unerlässlich, ihr eine Grundlage zu geben -, entwickelten die Gerichte die Theorie der Verfälschung und argumentierten, dass die Justizbehörde die Hüterin der Freiheiten und des Eigentumsrechts sei. Die vorgebrachten Begründungen sind äußerst schwach und können die Existenz des tatsächlichen Angriffs rechtlich nicht rechtfertigen.

A. Die Denaturierungstheorie

539. Die Denaturierungstheorie stellt streng genommen keine *Ausnahme* vom Trennungsprinzip dar, sondern vielmehr eine *Umgebung* desselben. Sie besteht darin, dass Handlungen, die einen Rechtsbruch darstellen, als nicht-administrative Handlungen dargestellt werden und daher nicht der gerichtlichen Zuständigkeit entzogen sind. Diese Theorie besagt, dass ein Akt, der mit einer Tätlichkeit behaftet ist oder eine solche darstellt, entstellt ist und aus diesem Grund seinen verwaltungsrechtlichen Charakter verliert. Da sich das Gesetz vom 16. und 24. August 1790 und das Dekret vom 16. Fructidor an III nur auf *Verwaltungsakte* beziehen, sind sie nicht auf Akte anwendbar, denen dieser Charakter fehlt. Da die fraglichen Handlungen nicht in den Anwendungsbereich dieser Texte fallen, können sie nicht von dem erlassenen Verbot erfasst werden.

Hinweise auf diese Theorie finden sich in älteren Urteilen²²⁵⁰, aber auch in den Schlussfolgerungen der Regierungskommissare²²⁵¹ und aus der Feder einiger der prominentesten Persönlichkeiten des Staatsrats²²⁵². Der Akt, der eine Tätlichkeit darstellt, ist mit einer Entartung behaftet, durch die er seine verwaltungsrechtliche Natur verliert. Sie wird ihrer Existenz als Verwaltungsakt beraubt²²⁵³. Wenn sich die Verwaltung einer Tätlichkeit schuldig macht, handelt sie nicht mehr wie eine öffentliche Person, sondern wie eine Privatperson. In diesem Fall

Befugnisse vorgenommen werden (CC, Nr. 86-224 DC, 23. Januar 1987, *Sfg.* S. 8, *GDCC* Nr. 41; *GAJA* Nr. 99).

2250 In einer Entscheidung aus dem Jahr 1950 bestätigte der Kassationshof das Urteil des Berufungsgerichts, dass die beanstandete Handlung "eine Tätlichkeit darstellt, die jeglichen Verwaltungscharakters entkleidet ist" (Civ., 27. Februar 1950, *Maire c/ Philips*, *JCP G* 1950, II, 5517, Anmerkung CAVARROC). 1956 bestätigte sie, dass "trotz der Unregelmäßigkeit, mit der er behaftet sein könnte, der Requisitionsbefehl (...) nichtsdestotrotz seinen administrativen Charakter behielt und dass die geltend gemachte Unregelmäßigkeit nicht zur Folge haben kann, dass der genannte Befehl den Charakter einer Tätlichkeit erhält" (Civ. 1^{ère}, 13. März 1956, *Bull. civ.* I, Nr. 132). In einer Entscheidung aus dem Jahr 1958 bekräftigte das oberste Gericht der gerichtlichen Ordnung, dass "die geltend gemachte Unregelmäßigkeit weder dazu führen konnte, dass sie ihren Verwaltungscharakter verlor, noch dazu, dass sie zu einem Rechtsweg degenerierte" (Civ. 8. Dezember 1958, *Testo Ferry c/ Couissin*, *AJDA* 1959, S. 224). Ebenso stellte das Konfliktgericht fest, dass die strittige Entscheidung "aufgehört hatte, ein Verwaltungsakt zu sein, um zu einem Rechtsverstoß zu werden" (TC, 14. November 1960, *Préfet du Calvados c/ Duchène*, *AJDA* 1961, S. 158).

2251 In seinen Schlussfolgerungen zum *Randon-Urteil* stellte Regierungskommissar Guionin fest, dass "die Tätlichkeit, obwohl sie von der Verwaltung vollzogen wird, denaturiert und disqualifiziert ist: Sie ist kein Verwaltungsakt mehr" (concl. sur TC, 10 décembre 1956, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres*, *Lebon* S. 596). In jüngerer Zeit erklärte M. Arrighi de Casanova, dass eine *Tätlichkeit vorliegt*, wenn "die Tätigkeit der öffentlichen Gewalt unter Bedingungen ausgeübt wurde, die wirklich darauf hinauslaufen, sie zu verfälschen" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, *RFDA* 1997, S. 523).

2252 Laferrière sah in der "voie de fait" einen Faktor für die "Degeneration" eines Verwaltungsakts (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} ed., Berger-Levrault, 1896, Band I, S. 479 f.). Ähnlich argumentierte Präsident Odent, dass man im Falle einer Tätlichkeit "nicht mehr mit einer Entscheidung oder einem Akt der öffentlichen Gewalt konfrontiert ist; dieser Akt oder diese Entscheidung, obwohl von der Verwaltungsbehörde stammend, haben keinen Verwaltungscharakter; sie sind "denaturiert" und es gibt keinen Grund mehr, die Kenntnis davon der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuschreiben" (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981, S. 540). Auch in der akademischen Lehre hatte diese Theorie ihre Befürworter. Hauriou erklärte, dass der Rechtsbruch zur Folge hat, dass eine Handlung "in verwaltungsrechtlicher Hinsicht *inexistent* wird und nur den Wert behält, den sie entweder in zivilrechtlicher oder in strafrechtlicher Hinsicht haben kann" (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} ed., 1933, Neuauflage, Dalloz, S. 25. Unterstrichen). Siehe vor allem die Systematisierung dieser Theorie durch E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, 323 S. (*Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937).

2253 Die Handlung, die eine Tätlichkeit darstellt, ist eine nicht existierende Handlung. Anstatt sie einfach zu annullieren, erklärt der Verwaltungsrichter sie für null und nichtig (TC, 13. Juli 1966, *Guigon*, *Lebon*, S. 476; CE, 6. April 2001, *Djerrar*, *Lebon T.*, S. 991 und 1160).

"ist es nicht mehr die Verwaltung, die in ihrer Eigenschaft handelt"2254 .

540. In Wirklichkeit sind die Grundlagen der Denaturierungstheorie konzeptionell schwach. Wie Abraham betont, stellt diese Konstruktion "eine interessante Geisteshaltung dar, der es nicht an einer gewissen poetischen Qualität mangelt, die aber kaum der Realität entspricht"2255 . Die Handlung wird von einer Verwaltungsbehörde vorgenommen, sie ist der öffentlichen Gewalt zuzurechnen und sie ist es, die - im Falle eines Fehlers, der sich nicht vom Dienst lösen lässt2256 - die schädlichen Folgen trägt2257 . Wie Eisenmann bemerkte, "sind Tätlichkeiten Verwaltungsakte - eine Kategorie von Verwaltungsakten, die einer besonderen Regelung unterliegen, d. h. faktisch einer anderen als der, die für Verwaltungsakte der gleichen Art gilt, die aber nicht die gleiche Art von Unregelmäßigkeiten aufweisen"2258 . Wenn es stimmt, dass die Verwaltung nicht mehr als solche handelt, wenn sie offensichtlich den Bereich ihrer Befugnisse verlässt, ist es schwer einzusehen, warum dies nur in Fällen der Verletzung einer Grundfreiheit oder des Eigentumsrechts der Fall sein sollte, und nicht jedes Mal, wenn sie außerhalb der ihr übertragenen Befugnisse handelt.

B. Das Prinzip der Justizbehörde als Hüterin der Freiheiten und des Eigentumsrechts

541. Es wurde eine zweite Rechtfertigung vorgebracht, um die Existenz von Tätlichkeiten rechtlich zu begründen. Anstatt das gesetzliche - oder sogar verfassungsrechtliche - Verbot zu umgehen, soll ihm hier ein gleich- oder höherrangiger Grundsatz entgegengesetzt werden, demzufolge die Justizbehörde die natürliche Hüterin der Freiheitsrechte und des Eigentumsrechts ist2259 . Dieser Titel würde das Eingreifen der Gerichte bei allen Formen von Verletzungen der Freiheiten oder des Eigentumsrechts rechtfertigen, unabhängig davon, wer sie begangen hat, insbesondere die Verwaltung. Dieser Grundsatz, der den Gerichten die ausschließliche Zuständigkeit für Verletzungen zuweist, hätte Vorrang vor dem Verbot, über Verwaltungsstreitigkeiten zu

2254 G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, S. 261.

2255 R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, S. 9.

2256 Die Einstufung als "voie de fait" entbindet den Richter nicht davon, zu untersuchen, ob die Handlung mit der Ausführung des Dienstes in Verbindung gebracht werden kann (siehe S. PETIT, a.a.O., S. 112; S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, S. 388-391; *GAJA* Nr. 51, § 10).

2257 Autoren haben zu Recht auf das Paradoxon oder den Widerspruch hingewiesen, der darin bestand, eine Handlung für der Verwaltung zurechenbar zu erklären und sie gleichzeitig ihren verwaltungsrechtlichen Charakter verlieren zu lassen. So bezeichnete es der Doyen Duez als "unzulässige Subtilität", die Verwaltung für eine Handlung haftbar zu machen, die als nicht-administrativ gilt (P. DUEZ, *La responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contrat*, 2^{ème} ed., Librairie Dalloz, 1938, S. 146), und fragte sich, "Par quel mystère l'acte qui, par hypothèse, a perdu le caractère administratif, pourrait-il engager la responsabilité de l'administration" (*ibid.*).

2258 C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, S. III. Der Autor fuhr fort: "Man könnte (...) über die Unzulänglichkeit und den oft gefährlichen Charakter der reinen Verneinungsthesen meditieren: Die Handlung, so sagt man, ist nicht verwaltungsrechtlich. Aber was ist es dann positiv? Wenn man sich diese Frage stellen würde, wie man es sollte, müsste man unweigerlich erkennen, dass er in Wahrheit der Art nach staatlich - und nicht privat - und der Art nach verwaltungsrechtlich ist, da er weder gesetzgebend noch gerichtlich, noch richterlich, - noch sonst etwas ist" (*a. a. O.*, S. IV).

2259 Dieser Grundsatz wurde im 19. Jahrhundert, der Zeit der Entstehung des Verwaltungsrechts, geprägt . De nombreux textes, épars et hétéroclites, confèrent à la juridiction judiciaire certaines litiges concernant par exemple la propriété des émigrés, la contribution foncière, l'expropriation - le placement des aliénés (pour une présentation de ces différents textes, voir E. PICARD, "Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique* (CERAP Hrsg.), Economica, 1991, S. 167; und J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, S. 22-23). Zur gleichen Zeit legte der Zivilrichter seine Zuständigkeit extensiv aus. Nach und nach setzte sich eine rein juristische Definition bestimmter Fälle von Gerichtsbarkeit durch, z. B. bei Fragen des Personenstands, des Wohnsitzes oder des Eigentums. Einige Autoren, insbesondere Laferrière und Ducrocq, versuchten, all diese Fälle der gerichtlichen Zuständigkeit in Verwaltungssachen durch eine einzige Idee zu erklären. Diese abweichenden Fälle würden sich durch die Idee erklären, dass die Justizbehörde die Hüterin der Freiheit und des Eigentums ist. Laferrière behauptet, dass die Schwierigkeiten, zu denen die Ausübung individueller Rechte wie der persönlichen Freiheit, der Pressefreiheit oder der Arbeitsfreiheit Anlass geben können, "grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Justizbehörde fallen; vor ihr muss man sich gegen die Beeinträchtigungen verteidigen, die ihnen rechtswidrig zugefügt würden, sei es durch Dritte oder durch die Verwaltung selbst" (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, T. I, S. 480). Der Grundsatz hätte in der Folge eine Novation erfahren und eine rechtliche Konsistenz erlangt. Er hätte sich von einem Grundsatz, der eine gesetzgeberische oder rechtsprechende Praxis erklärt, zu einem Grundsatz entwickelt, der diese Praktiken bestätigt.

entscheiden.

542. Ebenso wenig wie der vorhergehende Grundsatz kann dieser Grundsatz die Existenz von Rechtsverstößen rechtlich begründen. Erstens kann er nicht erklären, warum sich die Zuständigkeit des Gerichts nur auf schwerwiegend rechtswidrige Handlungen der Verwaltung beschränkt und sich nicht auf alle Handlungen erstreckt, die die persönliche Freiheit oder das Eigentumsrecht verletzen. Wenn es seine Eigenschaft als Hüter der Freiheiten und des Eigentumsrechts ist, aus der der Richter sein Recht ableitet, im Falle von Rechtsverletzungen einzugreifen, ist es schwer einzusehen, warum er diesen Kompetenztitel nur in Gegenwart einer Handlung ausübt, die von der Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse oder außerhalb der Hypothesen, in denen eine Zwangsvollstreckung zulässig ist, vorgenommen wird. Zweitens, und noch grundlegender, gibt es den behaupteten Grundsatz im französischen Recht schlichtweg nicht. Die Verfassung weist der Justizbehörde zwar eine privilegierte Rolle bei der Wahrung der persönlichen Freiheit und des Eigentumsrechts zu²²⁶⁰. Aber ansonsten und im Gegensatz zu dem, was manchmal behauptet wird, "ist es heute wirklich unmöglich, mit einiger Wahrscheinlichkeit zu behaupten, dass die gerichtlichen Gerichte die natürlichen Hüter der individuellen Rechte im Allgemeinen sind"²²⁶¹. Es gibt keine Norm des positiven Rechts, die die Justizbehörde zum Hüter aller Freiheiten macht. Der Vorbehalt der gerichtlichen Zuständigkeit oder, besser gesagt, die privilegierte gerichtliche Zuständigkeit betrifft nur zwei der Freiheiten, denen der Richter der Rechtsdurchsetzung seinen Schutz gewährt: das Eigentumsrecht und die persönliche Freiheit. Selbst wenn man den Begriff der persönlichen Freiheit so weit wie möglich definiert, d. h. dass er über die bloße Sicherheit hinaus auch die mit dem Individuum eng verbundenen Freiheiten wie die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Briefgeheimnis, das Recht auf Eheschließung und die Freiheit, sich zu bewegen und zu kommen, umfasst, wäre es unmöglich, alle Grundfreiheiten, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung geschützt werden, unter diesen Begriff zu subsumieren. Folglich kann sich diese Abweichung vom Gesetz vom 16. bis 24. August 1790 "nicht auf den Verfassungsgrundsatz berufen, dass die Justizbehörde Hüterin der persönlichen Freiheit ist, da ihr Anwendungsbereich weit über den des fraglichen Grundsatzes hinausgeht"²²⁶². Sie kann sich nicht auf einen "angeblichen richterlichen Zuständigkeitsvorbehalt aus Artikel 66 der Verfassung" stützen²²⁶³.

543. Es gibt also keine rechtlichen Erwägungen, die die Existenz der Zwangsvollstreckung rechtfertigen könnten. Da es keine rechtliche Rechtfertigung für sie gibt, hat sie sich bis heute nur aus äußerst praktischen Erwägungen erhalten²²⁶⁴. Diese praktische Rechtfertigung wurde nach und nach ausgehöhlt, bis sie mit dem Gesetz vom 30. Juni 2000 ganz verschwand.

II. Das Verschwinden der praktischen Rechtfertigungen

544. Der faktische Rechtsweg entstand und dauerte nur deshalb an, weil nur der Richter in der Lage war, die Grundfreiheiten der Einzelpersonen wirksam zu verteidigen²²⁶⁵. Sie entstand aufgrund der mangelnden Unabhängigkeit der Verwaltungsjustiz, und sie blieb bestehen, weil der Verwaltungsrichter nicht in der Lage war, schnell und wirksam auf freiheitsbeschränkende Situationen zu reagieren. Heute ist der Verwaltungsrichter unabhängig; er verfügt über die Befugnis, schnell und wirksam auf Verletzungen der

²²⁶⁰ Wenn diese Freiheiten auf dem Spiel stehen, hat der Richter eine privilegierte und keine ausschließliche Zuständigkeit. Siehe *oben*, § 119.

²²⁶¹ P. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs*, Sirey, 1928, S. 257.

²²⁶² R. ABRAHAM, *a. a. O.*, S. 7-8.

²²⁶³ S. PETIT, Anmerkung zu TGI Evry, Ord. 26. Juni 2002, *GP* 2002, 1, S. 1474.

²²⁶⁴ Siehe A. BOCKEL, "La voie de fait: Mort et résurrection d'une notion discutable", *D.* 1970, chron. Nr. VIII, S. 29-32, spé S. 31: "En réalité, dépourvue de fondements juridiques sérieux, cette solution n'est que le résultat d'une "politique jurisprudentielle" conçu au nom de l'utilité sociale; la volonté de sanctionner l'administration et surtout le souci de protéger sa victime paraissent, en l'occurrence, les seuls mobiles sérieux" (In Wirklichkeit ist diese Lösung, die keine ernsthaften rechtlichen Grundlagen hat, nur das Ergebnis einer "Rechtsprechungspolitik", die im Namen der sozialen Zweckmäßigkeit konzipiert wurde; der Wille, die Verwaltung zu bestrafen und vor allem die Sorge, ihr Opfer zu schützen, scheinen in diesem Fall die einzigen ernsthaften Beweggründe zu sein).

²²⁶⁵ Für M. Rousset ist "diese Theorie ein Überbleibsel aus einer Zeit, dem 19. Jahrhundert", in der der Verwaltungsrichter, da er noch nicht unabhängig war, kein Vertrauen erweckte; man war der Meinung, dass der einzige wirkliche Schutz dem Gerichtsrichter gegenüber der Willkür der Verwaltungsmacht zukam" (M. ROUSSET, *Droit administratif*, Band I, *L'action administrative*, PUG, 1994, S. 76). Sie "ist nur ein archaisches Überbleibsel des Misstrauens der Liberalen des 19. Jahrhunderts gegenüber der angeblichen Parteilichkeit der Verwaltungsgerichte (...)" (C. DEBBASCH und J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2001, Nr. 254).

Freiheitsrechte zu reagieren. Der Rechtsweg hat die einzigen Rechtfertigungen verloren, die seine Aufrechterhaltung noch begründeten.

A. Die fehlende Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

545. Ursprünglich entstand der Rechtsweg aufgrund der mangelnden Unabhängigkeit der Verwaltungsjustiz. Wie Debary erinnerte, ist diese Regelung "zu einer Zeit entstanden, als der einzige wirkliche Richter der Richter war"²²⁶⁶. In der Tat wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit "ursprünglich eher als eine Rechtspflegeverwaltung konzipiert, in der der Staat sowohl Richter als auch Partei ist"²²⁶⁷. Zu einer Zeit, als noch das System des Verwaltungsrichters vorherrschte, schrieb Sirey, dass es "die Sprache verderben würde, sie Justiz zu nennen"²²⁶⁸. Ihre Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Fähigkeit, über die Macht zu urteilen, wurde angezweifelt²²⁶⁹. Ihre Fähigkeit, die Freiheiten zu schützen, wurde in Frage gestellt. So erklärte Batbie: "Wir betrachten die Garantie, die sich aus der Prüfung durch den Staatsrat ergibt, nicht als vergebliche Garantie. Aber es ist schwer zuzugeben, dass wir bei uns nach all dem, was gesagt wurde, um zu fordern, dass niemand von seinen natürlichen Richtern abgelenkt wird, dazu gekommen sind, die wesentlichsten Rechte unter den Schutz eines halbpolitischen Körpers zu stellen, der aus widerruflichen Mitgliedern besteht, dass man, nachdem man so oft gehört hat, wie gefordert wurde, dass die Verwaltungsstreitfälle eingeschränkt oder sogar abgeschafft werden, die wesentlichen Rechte des in der Gesellschaft lebenden Menschen unter den Schutz dieser früher so sehr angegriffenen Justiz stellt"²²⁷⁰. Nur die Zivilgerichte verfügten über echte Garantien für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Diese Überlegenheit, die real war, rechtfertigte es, den Zivilgerichten die Möglichkeit einzuräumen, ausnahmsweise einzugreifen, um über Verwaltungsstreitigkeiten in Fällen zu entscheiden, in denen die Freiheitsrechte ernsthaft verletzt wurden.
546. Diese ursprüngliche Rechtfertigung ist mit den aufeinanderfolgenden Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit verschwunden. In einer dreistufigen Bewegung hat sich der Verwaltungsrichter seinem gerichtlichen Pendant angeglichen, um den Bürgern vergleichbare Garantien in Bezug auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu bieten. Zunächst verlieh das Gesetz vom 24. Mai 1872 dem Staatsrat einen gerichtlichen Status, indem es den Übergang von der vorbehaltenen zur delegierten Justiz besiegelte. Das Urteil *Cadot* vom 13. Dezember 1889 wird den gerichtlichen Status der Institution noch weiter festigen²²⁷¹. Zweitens verfügen die Verwaltungsrichter über einen Status, der ihre Unabhängigkeit garantiert. Die Mitglieder des Staatsrats genießen eine De-facto-Garantie. Zwar gibt es keinen Text, der formell ihre Unabsetzbarkeit verkündet, doch besteht diese dennoch "kraft eines jahrhundertealten Brauchs, der ebenso viel, wenn nicht sogar mehr Kraft hat als eine Gesetzesbestimmung"²²⁷². Die Mitglieder des Palais-Royal genießen einen Schutz, der "ihre Stellung innerhalb des Gremiums vor äußeren Einflüssen schützt" und "jeder junge Auditor zweiter Klasse weiß bei seinem Eintritt in den Staatsrat, in welchem Alter er Auditor erster Klasse, Maître des requêtes und schließlich Staatsrat wird; somit ist Regierungsdruck, der persönlichen Ehrgeiz nutzt, in diesem Stadium ausgeschlossen"²²⁷³. In Bezug auf die Richter in der Hauptverhandlung war die Situation lange Zeit unbefriedigend. Nicht nur, dass die Verwaltung des Gremiums vom Innenministerium

²²⁶⁶ M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, S. 169.

²²⁶⁷ B. PACTEAU, "Die Kontrolle der Verwaltung durch eine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif", *RA* 2000, Sondernummer 3, S. 91.

²²⁶⁸ J.-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle*, 1818, Neuauflage Phénix éditions, 2005, S. 484.

²²⁶⁹ Siehe bezeichnenderweise die Behauptungen von Dupin l'aîné und Béranger während der Restauration (zitiert von J. DONNEDIEU DE VABRES in "La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France", *EDCE* 1949, S. 30-31). Dupin der Ältere erklärte in der Chambre des Pairs: "Im Staatsrat findet alles hinter verschlossenen Türen statt. In diesem Palast wird derselbe Beamte zum Beklagten sagen "on n'entrée pas", wenn er ein armer Schlucker ist, und im selben Moment dem Kläger die Waffen präsentieren, wenn er von der Qualität derer ist, die Zugang zum Gericht haben. Meine Herren, bitte glauben Sie mir, und vielleicht wissen Sie es selbst, dass nichts die Verzweiflung des Klägers übertrifft, wenn man ihm mitteilt, dass er vom Staatsrat verurteilt wird. Im Unterhaus geißelte Béranger diese Institution mit folgenden Worten: "Der Staatsrat wird von der Charta nicht anerkannt, er stellt eine Art Usurpation dar, die unsere Freiheiten zu sehr bedroht, als dass sie nicht Gegenstand eines ständigen Protests sein könnte.

²²⁷⁰ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^{ème} ed., 1885-1886, t. VII, S. 409 f., zitiert von E. DESGRANGES, a. a. O., S. 154.

²²⁷¹ CE, 13. Dezember 1889, *Cadot*, *Lebon* S. 1148.

²²⁷² R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 372, zitiert von E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, These Montpellier I, 2002, S. 112.

²²⁷³ G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, Cujas, 1973, S. 22.

abhing, sondern auch, dass diese Richter nicht die Unabsetzbarkeit genossen, die den Richtern und Staatsanwälten zuerkannt wurde. So konnte Michel Debré 1958 erklären, dass "die Verwaltungsrichterschaft nicht existiert, es sind einfach Verwaltungsbeamte, die Richterfunktionen innehaben"²²⁷⁴. Das Gesetz vom 6. Januar 1986 schaffte hier Abhilfe, indem es den Status der Verwaltungsgerichtsrate an den ihrer gerichtlichen Kollegen anglich²²⁷⁵. Drittens sind die Existenz und die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit heute verfassungsrechtlich geschützt²²⁷⁶. Da der Verwaltungsrichter in Bezug auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit dem Gericht in nichts mehr nachsteht, war der Rechtsweg nur noch durch das Fehlen wirksamer Dringlichkeitsverfahren im Verwaltungsstreitrecht gerechtfertigt.

B. Die Unfähigkeit, die Freiheiten schnell und effektiv zu verteidigen

547. Infolge dieser Entwicklungen hing die Existenz der Rechtsdurchsetzung nur noch an einem - wenn auch starken - Faden, der in der Unzulänglichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich des dringenden Schutzes der Freiheiten bestand. Der Verwaltungsrichter verfügte weder über wirksame Dringlichkeitsverfahren noch über eine angemessene Anordnungsbefugnis²²⁷⁷. Der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen war dank seiner weitreichenden Befugnisse und flexiblen Verfahren als einziger in der Lage, den Opfern von Verwaltungswillkür einen effektiven Rechtsschutz zu bieten. So konnte man "die Nützlichkeit dieser unersetzlichen Theorie als "Notfalltechnik" für den Schutz der Grundrechte bestätigen, und zwar aus eminent praktischen Gründen"²²⁷⁸.
548. Mit der Einführung des Verfahrens der einstweiligen Verfügung hat der Gesetzgeber dem Verwaltungsrichter die Mittel an die Hand gegeben, ebenso schnell und effizient wie sein gerichtliches Pendant zu handeln, um Verletzungen der Grundfreiheiten zu beenden²²⁷⁹. Diese "profitieren nunmehr in der Person des Verwaltungsrichters von einem Beschützer, dessen Wirksamkeit der des Gerichtsrichters in nichts mehr nachsteht"²²⁸⁰. Mit dem Gesetz vom 30. Juni 2000 ist somit die letzte Rechtfertigung für die Rechtsbeugung zusammengebrochen. "Die Rechtswidrigkeit ist von Anfang an mit dem Trennungsprinzip unvereinbar und ihrer pragmatischen Rechtfertigung beraubt, da sie nicht mehr behaupten kann, eine Ohnmacht der

²²⁷⁴ M. DEBRE, in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 2, La documentation française, 1988, S. 164.

²²⁷⁵ Zu diesem Gesetz siehe L. RICHER, "Des droits du juge à ceux du justiciable", *AJDA* 1986, S. 278-283, spé S. 279-280; B. PACTEAU, "L'indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986", *RFDA* 1986, S. 783-791, Sp. S. 787; M. TOURDIAS, "Indépendance des membres des tribunaux administratifs. La loi du 6 janvier 1986", *AJDA* 1986, S. 275-277. Eine Annäherung an das Statut der Richter und Staatsanwälte wurde in zwei Punkten vorgenommen. Zum einen wird den Verwaltungsrichtern die Unabsetzbarkeit zuerkannt, da das Gesetz vorsieht, dass sie "ohne ihre Zustimmung keine neue Zuweisung, auch nicht in Form einer Beförderung, erhalten können". Andererseits wacht eine neue Instanz, der Conseil supérieur des tribunaux administratifs (nach dem Gesetz vom 31. Dezember 1987 zum Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel geworden), darüber, dass die Karriereplanung der Verwaltungsrichter ihre Unabhängigkeit nicht gefährden kann. Du fait de cette double garantie, "il n'est pas douteux que *les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel constituent un corps de magistrats indépendants*" (R. ABRAHAM, "Les magistrats des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel", *RFDA* 1988, S. 207. Unterstrichen).

²²⁷⁶ Siehe CC, Nr. 80-119 DC, 22. Juli 1980, Kons. 6, *Slg.* S. 46, *GDCC* Nr. 29. Der Verfassungsrat verankert auf der Grundlage der von den Gesetzen der Republik anerkannten Grundprinzipien die Existenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Unabhängigkeit von der Legislative und der Exekutive. In diesem Punkt gleicht er den Status der Verwaltungsgerichtsbarkeit an den der Justizbehörde an, deren Unabhängigkeit im Text der Verfassung von 1958 ausdrücklich anerkannt wird (Artikel 64). Es verleiht der Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Status, der es ihr ermöglicht, sich als vollwertige Gegenmacht zu behaupten, indem sie vor jeglichen Vergeltungsversuchen seitens der Behörden, die ihrer Kontrolle unterliegen, geschützt ist.

²²⁷⁷ Siehe *oben*, §§ 7-8.

²²⁷⁸ S. TSIKLITIRAS, La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, S. 87.

²²⁷⁹ Siehe jedoch die isolierte und in mancher Hinsicht anachronistische Position von M. Goyard. Der Autor verteidigt den Grundsatz einer ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichtsurteile mit dem Argument, dass die Zivilgerichte in diesem Bereich überlegen seien. Der Autor behauptet, dass "heute alles dafür spricht, dass die Streitigkeiten über administrative Verletzungen der Freiheiten den Gerichten der Gerichtsordnung übertragen werden, ohne sich in einem unsicheren und beweglichen Katalog irregulärer Verletzungen der Freiheiten zu verlieren, die nach dem hypothetischen Grad des Schutzes klassifiziert werden, von dem jede einzelne profitieren soll" (C. GOYARD, "Unité et plénitude de juridiction", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, S. 602).

²²⁸⁰ M. GUYOMAR und P. COLLIN, chron. unter CE, Sect., 18. Januar 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, S. 156.

Verwaltungsgerichtsbarkeit auszugleichen"2281 .

549. Der Verwaltungsrichter hat eine Unwirksamkeit behoben, die allein das Eingreifen des Justizrichters außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs rechtfertigte. Da die einzige und traditionelle Rechtfertigung für den Rechtsbruch weggefallen ist, stellt sich unweigerlich die Frage nach der Beibehaltung dieses gerichtlichen Zuständigkeitsgrundes. Denn seine Berufung, um dem Richter die Zuständigkeit zu übertragen, war nur durch praktische Erwägungen gerechtfertigt. Weil der Verwaltungsrichter nicht unabhängig war, ist er entstanden; weil er angesichts der Dringlichkeit nicht effizient war, hat er fortbestanden; weil der Verwaltungsrichter nunmehr unabhängig und effizient ist, muss man sich heute fragen, ob er beibehalten werden soll. Mit anderen Worten: Indem die Schaffung des *référé-liberté* dem Rechtsweg jede praktische Rechtfertigung nimmt, wirft sie die Frage auf, ob es nicht an der Zeit ist, um die berühmte Formulierung von Regierungskommissar Fournier in seinen Schlussfolgerungen zum *Voskresensky-Urteil* zu verwenden, das Totenglöckchen für den Rechtsweg zu läuten2282 .

III. Eine denkbare Abschaffung

550. Zunächst einmal sollte klargestellt werden, dass seine Abschaffung durch das Konfliktgericht rechtlich möglich ist. Das Gesetz vom 30. Juni 2000 war nämlich im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten neutral gehalten. Es stellte sich als ein Verfahrenstext dar, der den Rechtsweg weder abschaffen noch ihm einen gesetzgeberischen Status zuerkennen wollte. Vor und nach dem Inkrafttreten des Gesetzes verbleibt dieser Begriff in den Händen des Konfliktrichters. Wie Chapus betonte, hat das Gesetz "dem Begriff der Tätlichkeit nicht sein *Imprimatur* verliehen"2283 . Entgegen dem Wunsch der Senatoren, die die Aufnahme eines ausdrücklichen Verweises auf die Rechtsdurchsetzung oder die den Gerichten der gerichtlichen Ordnung in diesem Bereich zuerkannten Befugnisse in das Gesetz gefordert hatten2284 , wird dieser Grund für die gerichtliche Zuständigkeit weder ausdrücklich noch implizit im Gesetz vom 30. Juni 2000 erwähnt. Der Gesetzgeber hat diese rein rechtswissenschaftliche Ausnahme vom Grundsatz der Trennung von Verwaltungs- und Justizbehörden nicht legalisiert. Da sie keinen gesetzgeberischen Status besitzt, ist und bleibt der Rechtsweg eine "rechtswissenschaftliche Institution par excellence"2285 . Sie kann auch heute noch durch eine einfache Gerichtsentscheidung aufgegeben werden. Wie die Herren Rivero und Moutouh behaupten, "könnte der Richter, der sie geschaffen hat, morgen darauf verzichten; eine Entscheidung des Konfliktgerichts würde ausreichen, um sie aus dem französischen Recht zu streichen"2286 . Der Gesetzgeber hat in diesem Punkt nichts geändert und es dem verteilenden Richter überlassen, über die Beibehaltung oder Abschaffung dieses Verfahrens zu entscheiden. Streng genommen spricht nichts gegen die Abschaffung des Rechtswegs, insbesondere nicht Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes.
551. Schon vor der Reform vom 30. Juni 2000 haben einige Autoren das Verschwinden des Rechtsschutzes mit der Einführung wirklich wirksamer einstweiliger Verfügungsverfahren im Verwaltungsstreitrecht in Verbindung gebracht. Es stimmt, dass der Rechtsweg bei seiner Einführung als vorübergehendes Heilmittel gedacht war, mit dem die Unzulänglichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit behoben werden konnten, bis diese ihre Mängel beseitigt hatte. Aufgrund des anhaltenden Mangels der Verwaltungsgerichtsbarkeit, einen schnellen und wirksamen Schutz der Freiheiten in Fällen zu gewährleisten, in denen sich die Verwaltung schwerwiegender Handlungen schuldig gemacht hat, hat sich der Rechtsweg allmählich in der Rechtslandschaft verankert. Dies ging so weit, dass vergessen wurde, dass dieses Verfahren, das die Bestimmungen des Gesetzes vom 16. bis 24. August 1790 und des Dekrets vom 16. Fructidor An III frontal missachtet, ursprünglich nur eine Übergangslösung war. Kurz vor dem Urteil des Konfliktgerichts vom 12. Mai 1997 hatte Herr Abraham erklärt, dass "sobald die schwerwiegendste Lücke, unter der unser Verwaltungsstreitverfahren heute leidet, geschlossen ist, es an der Zeit sein wird, das Totenglöckchen zu läuten, um die vor dreißig Jahren im Palais-Royal ausgesprochene Formel der Theorie der Rechtsdurchsetzung zu wiederholen"2287 . Im gleichen Sinne hatte Rousset erklärt, dass es "ausreichen würde, dem Verwaltungsrichter Befugnisse zuzuerkennen, die denen entsprechen, über die der Richter im Falle eines Rechtsstreits verfügt, um sowohl die Nützlichkeit dieser Theorie als auch die praktischen Komplikationen, die

2281 P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN Hrsg.), Strasbourg, PUS, 2002, S. 107.

2282 J. FOURNIER, concl. sur CE, Sect., 9. Juli 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, S. 607.

2283 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, Nr. 1605.

2284 Siehe oben, §§ 321-322.

2285 J-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, 10^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 1996, S. 214.

2286 J. RIVERO und H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, Nr. 16.

2287 R. ABRAHAM, *a. a. O.*, S. 13.

ihre Anwendung mit sich bringt, verschwinden zu lassen" .2288

552. Die Idee einer Abschaffung der Tätlichkeit durch den verteilenden Richter wurde von Mitgliedern der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Zuge der Diskussion und Verabschiedung des Gesetzes vom 30. Juni 2000 in Betracht gezogen oder angesprochen. Als sich das Gesetz noch im Entwurfsstadium befand, erklärte Präsident Stirn: "Vielleicht wird es sogar das Ende der Tätlichkeit einläuten, die eines Tages durch eine effiziente Behandlung des Notfalls vor dem Verwaltungsrichter eingespart werden könnte"2289 . Am Vorabend der Anwendung von Artikel L. 521-2 der Verwaltungsgerichtsordnung äußerten sich Mitglieder der Verwaltungsgerichtsbarkeit deutlich kategorischer, wie der Präsident des Verwaltungsgerichts von Dijon, der erklärte, dass die Schaffung des *référé-liberté* "den Tod der Tätlichkeit" bedeute2290 . Eine solche Abschaffung würde viele Autoren und Mitglieder der Verwaltungsgerichtsbarkeit zufriedenstellen, die schon lange vor der Reform vom 30. Juni 2000 die Abschaffung dieser gerichtlichen Zuständigkeit gefordert hatten2291 . Die Frage der Abschaffung der Tätlichkeit war nach dem Inkrafttreten dieses Textes in aller Munde. In seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Mohamed aus dem* ersten Jahr der Anwendung des neuen Gesetzes behauptete Bachelier, dass in diesem Fall die dem Konfliktgericht vorgelegte Zuständigkeitsfrage gelöst werden konnte, "ohne dass man sich *heute* über die Aufgabe der Rechtsprechungstheorie des Rechtswegs aussprechen muss"2292 . Mit diesem Einschub wies der Regierungskommissar implizit darauf hin, dass sich die Frage nach der Abschaffung des Rechtswegs unweigerlich in der Zukunft stellen würde.

Die Abschaffung dieser Gerichtsbarkeit würde alle Schwierigkeiten beseitigen, die durch ihre Existenz entstanden sind, insbesondere die Störungen, die bei der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten zu beobachten sind. Es scheint, dass nichts wirklich gegen diese Abschaffung spricht, außer dem Gewicht der Tradition, die im Bereich des Schutzes der Freiheitsrechte besonders wichtig ist.

Abschnitt 2. Das Fehlen wirklicher Hindernisse für die Abschaffung der Zwangsvollstreckung

553. Vorerst bestätigte das Konfliktgericht die Beibehaltung des Tatbestands der Rechtsdurchsetzung nach dem Gesetz vom 30. Juni 2000. Nach der Anwendung dieses Gesetzes wollte das Konfliktgericht so schnell wie möglich seine Verbundenheit mit der Rechtsdurchsetzung und die Beibehaltung dieses Grundes der gerichtlichen Zuständigkeit zeigen. Der Wille, seine Existenz feierlich und so schnell wie möglich zu bekräftigen, veranlasste den Verteilungsrichter dazu, in der Entscheidung *Mohamed* vom 19. November 2001, die entgegen den Schlussfolgerungen des Regierungskommissars erging und von den Kommentatoren heftig kritisiert wurde, eine fragwürdige Argumentation zu entwickeln2293 . In diesem Fall musste das Konfliktgericht entscheiden, ob die Einbehaltung eines Reisepasses durch die Luft- und Grenzpolizei über die für die Überprüfung der Identität des Betroffenen unbedingt erforderliche Zeit hinaus den Charakter einer Rechtsverletzung aufweist, obwohl die Texte ihr ausdrücklich die Befugnis einräumen, diese Einbehaltung

2288 M. ROUSSET, *Droit administratif*, Band I, L'action administrative, PUG, 1994, S. 76.

2289 B. STIRN, "La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes", *RA* 1999, Sondernummer 7, S. 138.

2290 J.-M. LE GARS, Vortrag anlässlich der *Studententage über La mise en œuvre des procédures d'urgence devant les juridictions administratives*, Lyon, 11. Dezember 2001 (Association Justice et administration dir.), Université de Lille 2, 2001, S. 6.

2291 M. Chapus ist der Ansicht, dass die mit seiner Umsetzung verbundene "Situation der unkoordinierten Entgleisungen" "ausreichen sollte, um zu rechtfertigen, dass diese große Hauptrolle der juristischen Szene in den Ruhestand versetzt wird" (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, Nr. 1087; siehe auch P. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière*, thèse Paris, 1928; P. LAROQUE, note au *S.* 1935, 3, 97; P. WEIL, note sous CE, 15 février 1961, *Werquin*, *RDP* 1961, S. 657 f.; C. LECLERCQ, "Le déclin de la voie de fait", *RDP* 1961, S. 657-713; J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait?", *RRJ* 1998/1, S. 9-11). Diese Meinung ist nicht auf die akademische Gemeinschaft beschränkt. Die Idee einer Abschaffung der "voie de fait" wird regelmäßig von Regierungskommissaren geäußert (siehe insbesondere concl. G. BRAIBANT zu CE, 15. Februar 1961, *Werquin*, *AJDA* 1961, S. 197 ff.; concl. J. FOURNIER préc.; concl. N. QUESTIAUX zu CE, 4. November 1966, *Société le Témoignage chrétien*, *AJDA* 1967, S. 40 f.). Näher bei uns und auf der Linie der oben genannten Regierungskommissare erklärte M. Arrighi de Casanova in seinen Schlussfolgerungen zum Urteil *Préfet de Police de Paris c/ TGI de Paris*, "dass der Begriff selbst der Tätlichkeit heute nur noch eine *Anomalie* ist, auf die zu verzichten wünschenswert wäre" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, *RFDA* 1997, S. 522. Unterstrichen).

2292 G. BACHELIER, concl. sur TC, 19. November 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *D.* 2002, S. 1449. Nicht unterstrichen.

2293 TC, 19. November 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *Lebon* S. 755, *D.* 2002, S. 1446-1450, Schl. G. BACHELIER; *LPA* 23. Juli 2002, Nr. 146, S. 23-31, Anm. A. BORIES, "Le baroud d'honneur de la voie de fait"; *AJDA* 2002, S. 234-236, Anm. S. PETIT.

vorzunehmen, um sich der Staatsangehörigkeit des Inhabers zu vergewissern²²⁹⁴. Der Regierungskommissar schlug eine einfache und logische Lösung vor: Da die ursprüngliche Maßnahme der Einziehung des Reisepasses in die Befugnisse der Verwaltung fällt, ist die Aufbewahrung dieses Dokuments über das unbedingt Notwendige hinaus lediglich Ausdruck der weiteren Ausübung ihrer Befugnisse²²⁹⁵. Umgekehrt entschied das Konfliktgericht, dass, wenn die Dauer der Inhaftierung offensichtlich übermäßig lang ist, die Maßnahme nicht mehr mit den Befugnissen der Verwaltung in Verbindung gebracht werden kann und in den Bereich der Rechtsdurchsetzung fällt²²⁹⁶. Diese Lösung macht es erforderlich, für jede Situation zu bestimmen, ob die Dauer des Gewahrsams offensichtlich übermäßig ist oder nicht²²⁹⁷. Das Konfliktgericht entschied sich für diese Lösung nicht, weil sie ihm am kohärentesten oder logischsten erschien, sondern weil diese Entscheidung nach dem Gesetz vom 30. Juni 2000 die Gelegenheit bot, die Idee einer Abschaffung der Gewaltanwendung unmittelbar nach dem Inkrafttreten dieses Textes klar abzulehnen.

554. Es stimmt, dass drei Überlegungen dazu führen können, dass man zögert, ob seine Abschaffung sinnvoll ist. Erstens hat sich ihre störende Wirkung seit der Anwendung von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes erheblich verringert. Zweitens scheint seine Abschaffung dem Rechtssuchenden jeden schnellen und wirksamen Rechtsbehelf zu nehmen, wenn die Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse die Grundfreiheiten verletzt. Schließlich würde der Rechtsweg einen exemplarischen Charakter aufweisen, den der Rückgriff auf den *référé-liberté* nicht hat.

I. Die Rückkehr zur Orthodoxie bei der Anwendung des Tatbestands der Zwangsvollstreckung

555. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 30. Juni 2000 hat die Tätlichkeit nicht mehr die störende Wirkung, die sie früher hatte, oder zumindest eine störende Wirkung in demselben Ausmaß. Die Anwendungsmöglichkeiten der Tätlichkeit sind logischerweise durch zwei Faktoren eingeschränkt worden.

Der erste Grund für die Verknappung war das Verhalten der Rechtssuchenden. Die Kläger wenden sich in Fällen, in denen sie traditionell dazu neigten, sich an den Richter zu wenden, an den Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen. Es liegt nicht mehr in ihrem Interesse, den Zivilrichter für einstweilige Verfügungen auf der Grundlage von Rechtsverstößen anzurufen und noch mehr, das Vorliegen unwahrscheinlicher Rechtsverstöße zu behaupten²²⁹⁸. Einerseits wird der Richter für einstweilige Verfügungen ähnlich schnell und effizient tätig wie

²²⁹⁴ Der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen hatte einen Rechtsbruch anerkannt und die Verwaltung angewiesen, den Pass innerhalb von 48 Stunden nach Zustellung seiner Verfügung zurückzugeben (TGI Paris, Ord. 7. Februar 2001, *GP* 2001, 2, S. 481-483, Anm. S. PETIT).

²²⁹⁵ *Concl. préc.*, spé pp. 1447-1448.

²²⁹⁶ Durch die künstliche Aufspaltung des Verwaltungshandelns in zwei drei verschiedene Phasen wird eine komplizierte zeitliche Unterscheidung getroffen zwischen dem Zeitpunkt, an dem die Inhaftierung des Passes einfach nur rechtswidrig ist, und dem Zeitpunkt, an dem sie aufgrund einer offensichtlich überlangen Dauer zu einem Rechtsakt wird. Das Festhalten von Ausweispapieren, das in die Zuständigkeit der Luft- und Grenzpolizei fällt, darf nicht länger dauern als die "strikt" für die Überprüfung der Staatsangehörigkeit erforderliche Zeit, es sei denn, es wird ein Strafverfahren "wegen Verwendung gefälschter Dokumente und Identitätsmissbrauchs" eingeleitet. In Ermangelung einer strafrechtlichen Verfolgung "macht die Verwaltungsbehörde *von ihren Befugnissen rechtswidrig Gebrauch*, indem sie es unterlässt, der Person, die Gegenstand der Kontrolle war, ihren Pass zurückzugeben". Wenn die Dauer der Einbehaltung dieses Dokuments offensichtlich übermäßig lang ist, kann ein solches Verhalten nicht mehr mit der *Ausübung der Befugnisse der Verwaltung in Verbindung gebracht werden und stellt aufgrund* der bewussten und ungerechtfertigten Beeinträchtigung der Grundfreiheit, *sich frei zu bewegen und zu kommen*, eine Tätlichkeit dar.

²²⁹⁷ Da es keine Kriterien gibt, ist es nicht sicher, dass die beiden Rechtsprechungsorgane diese Dauer identisch bewerten werden. Daher ist es bedauerlich, dass die Schlussfolgerungen von Herrn Bachelier vom Konfliktgericht nicht befolgt wurden. Die Kommentatoren dieser Entscheidung haben die Lösung des Verteilungsrichters kritisiert. Zunächst verhehlte M. Petit nicht seine Verwunderung über diese Entscheidung: "Angesichts der neuen autonomen Handlungsmöglichkeiten, die dem Richter für verwaltungsrechtliche einstweilige Verfügungen in Bezug auf die Verletzung einer Grundfreiheit durch die öffentliche Behörde durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes verliehen wurden, schien es uns, dass der Konfliktbeschluss vom Konfliktgericht bestätigt würde, dessen Rechtsprechung einer extensiven Anwendung der Theorie des Rechtswegs kaum positiv gegenübersteht" (S. PETIT, a. a. O., S. 235). Er stellt fest, dass "paradoxerweise gerade in dem Moment, in dem der Verwaltungsrichter, der die Kenntnis der Verletzungen der Freiheitsrechte für sich beansprucht hat, mit Befugnissen ausgestattet wurde, die ihm die Mittel an die Hand geben, diese Verletzungen zu beenden, die Theorie der Rechtsbeugung aus der Asche aufersteht" (S. PETIT, a. a. O., S. 236). Der Richter des *référé-liberté* hätte in diesem Fall eingreifen und die Irreführung der Verwaltung wirksam sanktionieren können. "Las, le Tribunal des conflits n'a pas suivi les conclusions de son commissaire et a écouté les sirènes de ceux qui voyons encore la voie de fait comme une garantie contre les dérapages de l'administration" (A. BORIES, *op. cit.*, S. 29).

²²⁹⁸ Das Ziel der Verfasser des Textes war es, die Versuchung der Bürger zu begrenzen, sich auf dieser Grundlage missbräuchlich an den Zivilrichter für einstweilige Verfügungen zu wenden, indem sie die Wurzeln der Abwanderung von Streitigkeiten an den Richter bekämpfen. M. Garrec betonte: "Indem der vorliegende Gesetzentwurf dem Verwaltungsrichter

sein gerichtliches Pendant und kann sich mit Handlungen befassen, die traditionell als Tätlichkeiten gelten, ohne seine Unzuständigkeit geltend zu machen²²⁹⁹. Andererseits setzt die Anrufung des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen den Einzelnen Schwierigkeiten und einer Verlängerung des Verfahrens aus, die er bei der Anrufung des Verwaltungsrichters nicht hat. Das erste Risiko besteht darin, dass sich das Gericht für unzuständig erklärt, wenn die beanstandete Handlung oder das beanstandete Verhalten nicht die Voraussetzungen für einen Rechtsbruch erfüllt. Das zweite Risiko besteht darin, dass die Präfekturbehörde den Konflikt hochspielt und somit die Dauer des Verfahrens verlängert²³⁰⁰. Ein solches Risiko ist ausgeschlossen, wenn der Verwaltungsrichter angerufen wird²³⁰¹. Der Bürger, der sich an den Richter für einstweilige Verfügungen wendet, hat die Gewissheit, dass sein Antrag auf jeden Fall innerhalb einer sehr kurzen Frist von wenigen Tagen geprüft wird. Das Gesetz macht den - missbräuchlichen oder nicht missbräuchlichen - Rückgriff auf den Rechtsweg überflüssig. Dieses Verfahren hat seit der Reform vom 30. Juni 2000 an Attraktivität verloren. Da die Anrufung des Gerichts mit Hindernissen gespickt ist, stellt sich für den Bürger nicht die Frage, ob er sich für den Verwaltungs- oder den Justizrichter entscheiden soll, sondern vielmehr, ob er das Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Freiheit oder das Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen die Aussetzung der Vollstreckung anwenden soll.

Der zweite Grund für den Rückgang der Tätlichkeiten ist die Änderung des Verhaltens der Zivilrichter, die einstweilige Verfügungen erlassen, in Bezug auf die Annahme von Klagen von Bürgern. Vor der Reform vom 30. Juni 2000 gingen die Gerichte von einer extensiven Auslegung des Begriffs der Tätlichkeit aus. Diese Auslegung, die die Rechtsprechung des Konfliktgerichts missachtete, ließ sich nur durch die Unzulänglichkeiten der Verwaltungsgerichte und den Willen erklären, den Bürgern einen schnellen und wirksamen Schutz im Falle einer Verletzung der Grundfreiheiten zu bieten. Da das Gesetz vom 30. Juni 2000 die Unzulänglichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Bereich behoben hat, sind extensive Auslegungen dieses gerichtlichen Zuständigkeitsgrundes nicht mehr angebracht. Um die Bürger wirklich zu schützen, ist es nicht mehr notwendig, dass die Zivilgerichte den von den Bürgern eingereichten Klagen wegen Rechtsverletzungen nachsichtig stattgeben. Durch die Einführung des *référé-liberté* "erzwingt das Gesetz vom 30. Juni 2000 implizit eine orthodoxere Lesart des juristischen Konzepts der Tätlichkeit"²³⁰². Die Weigerung, einen Rechtsbruch festzustellen, ist nicht mehr gleichbedeutend mit dem Fehlen jeglicher Rechtssicherheit für das Opfer von freiheitsberaubenden Verwaltungshandlungen. Die Zeit der extensiven oder verfälschten Auslegungen der Rechtsverletzung ist vorbei. Der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen stellt höhere Anforderungen an die Feststellung von Tätlichkeiten als früher. Dies zeigt sich daran, dass die Zahl der Fälle von "falschen" Tätlichkeiten, mit denen sich der verteilende Richter seit Inkrafttreten der Reform vom 30. Juni 2000 befassen musste, zurückgegangen ist.

Wie Bachelier feststellte, "stellt das Gesetz vom 30. Juni 2000 das fehlende Instrument dar, um die Rechtsdurchsetzung wieder in das enge Bett zurückzuführen, das sie nie hätte verlassen dürfen"²³⁰³. Verwaltungrechtliche Streitigkeiten über Freiheitsrechte haben dank der Effizienz ihrer Dringlichkeitsverfahren den Weg zurück in den Gerichtssaal des Verwaltungsrichters gefunden. Die Situation des Ausländerrechts, das vor

für einstweilige Verfügungen Befugnisse verleiht, die denen des Zivilrichters für einstweilige Verfügungen entsprechen, würde er die Versuchung von Antragstellern begrenzen, für Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen, den Gerichtsrichter anzurufen" (R. GARREC, *Senatsbericht* Nr. 380, S. 52). Die Einführung dieses Rechtsbehelfs wäre somit geeignet, "den Missbrauch dieser Theorie zu begrenzen" (*a. a. O.*, S. 53). Wie M. PACTEAU am Tag nach der Reform sagte, soll der *référé-liberté* "den Opfern von Verwaltungshandlungen, die in ihren wesentlichen Rechten verletzt sind, einen Rechtsbehelf bieten, der in seiner Wirksamkeit und Strenge dem gerichtlichen *référé* entspricht, so dass die Theorie der Rechtsdurchsetzung für sie ihren Reiz und ihre Daseinsberechtigung verlieren würde" (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} ed., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2002, Nr. 278).

2299 Vgl. *oben*, §§ 326-333.

2300 Wenn die Präfekturbehörde der Justizbehörde eine Ablehnung der Zuständigkeit entgegenhält, ist diese verpflichtet, das Verfahren auszusetzen, bis das Konfliktgericht über die gerichtliche Zuständigkeit entschieden hat, wodurch sich die Lösung des Rechtsstreits um mehrere Monate verlängert. Sehr oft hält der repetitive Richter die Frist von drei Monaten nicht ein, die ihm für seine Entscheidung ab dem Eingang der Schriftstücke beim Justizministerium zur Verfügung steht (Artikel 7 Abs. 1^{er} der Verordnung vom 12. März 1831, Artikel 15 des Dekrets vom 26. Oktober 1849). Jede Überschreitung der Frist um mehr als einen Monat berechtigt den Richter, die Instanz wieder aufzunehmen und den Fall zu entscheiden (Art. 7 Abs. 2 der Verordnung vom 12. März 1831), doch diese Möglichkeit, die Langsamkeit des Konfliktrichters zu umgehen, wird nur selten genutzt. Dies führt zu einem erheblichen Zeitverlust für den Rechtsuchenden, der eine mögliche Zensur des Verwaltungshandelns in jedem Fall verzögert. Wenn das Deklinationsverfahren begründet war, muss der Einzelne das Verfahren erneut beginnen und den Verwaltungsrichter anrufen. Wurde der Konflikt zu Unrecht erhoben, verschafft die Einschaltung des Gerichts dem Kläger sehr oft nur eine verspätete, also rein platonische Befriedigung.

2301 Das "Anspruchsverfahren" ermöglicht es dem betroffenen Minister zwar, den Staatsrat durch das Konfliktgericht für unzuständig erklären zu lassen, wenn er die Verwaltungsgerichtsbarkeit für unzuständig hält (Artikel 26 des Gesetzes vom 24. Mai 1872), doch wurde dieses Verfahren nie angewandt.

2302 S. TRAORE, "Référé-injonction et voie de fait - Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait", *Dr. adm.* 2001, chron. Nr. 9, S. 14. Diese Absicht, die *voie de fait* innerhalb ihrer traditionellen Grenzen zu halten, war eines der Ziele, die von den Verfassern der Reform verfolgt wurden. Herr SUTOUR hatte insbesondere behauptet, dass die Schaffung des *référé-liberté* "sicherlich die Anwendung von Tätlichkeiten reduzieren wird". Auf jeden Fall sollten seine extensiven Interpretationen aufhören" (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 8. Juni 1999, S. 3749).

2303 G. BACHELIER, *Concl. préc.* S. 1449.

der Reform besonders von der Flucht aus dem Rechtsstreit betroffen war, ist in diesem Punkt aufschlussreich²³⁰⁴. Wie Pugeault feststellte, wurde "seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 30. Juni 2000 die Ausländerstreitigkeit, die bis dahin einen großen Teil der Streitigkeiten ausmachte, mit denen sich das Konfliktgericht befassen musste, um über das Vorliegen eines Rechtsmittels zu entscheiden, fast augenblicklich auf den Verwaltungsrichter für einstweilige Verfügungen übertragen (...)"²³⁰⁵. Diese Reform "hat dazu geführt, dass die Konflikterhöhung bei Verfahren, die sich auf die Situation von Ausländern beziehen, so gut wie verschwunden ist"²³⁰⁶.

556. Sind die Verwendungen der Tätlichkeit dennoch zu einer Randerscheinung geworden, wie man nach der Verabschiedung des Gesetzes vom 30. Juni 2000²³⁰⁷ annehmen konnte? Hat die störende Wirkung dieses gerichtlichen Zuständigkeitsgrundes völlig aufgehört, so dass die Frage nach seiner Abschaffung irrelevant geworden ist?

In der Praxis ist zu beobachten, dass die Rechtsstreitigkeiten über die Rechtsdurchsetzung zwar eingeschränkt wurden, aber nicht verschwunden sind. Er ist nicht versiegt; es gab kein Aussterben der Rechtsweggarantie²³⁰⁸. Folglich bestehen die Schwierigkeiten, die mit ihrer Existenz und Anwendung verbunden sind, immer noch fort. Unerwünschte Vorstöße der Gerichte in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte sind nicht völlig verschwunden²³⁰⁹. Die Beibehaltung dieses Zuständigkeitsbereichs birgt immer noch die Gefahr, dass er von

²³⁰⁴ Zur Wirksamkeit des Verwaltungsreferendariats in diesem Bereich, M. FOUQUET-ARMAND, "Le juge administratif, gardien effectif des droits et libertés des étrangers grâce à la loi du 30 juin 2000", *RRJ* 2002/2, S. 861-894; C. POULY, "Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers", *GP* 2005, 1, S. 2470-2476.

²³⁰⁵ S. PUGEAULT, "Le juge administratif des référés, gardien des libertés", in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, S. 414.

²³⁰⁶ Y. ROBINEAU, "Regard sur dix années d'activité du Tribunal des conflits (1994-2003)", *RFDA* 2004, S. 1169. Präsident Robineau stellt fest, dass der repetitive Richter zwischen 2001 und 2003 nur einen Fall von Tätlichkeiten gegen einen Ausländer bearbeitete, während es allein im Jahr 1994 vier Fälle waren.

²³⁰⁷ Autoren haben den Niedergang der Tätlichkeit nach der Verabschiedung der Reform vom 30. Juni 2000 prognostiziert, wie etwa Frau Fouletier, die die "Atrophie" oder "Marginalisierung" dieses Begriffs ankündigte (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, S. 973). Siehe in diesem Sinne S. TRAORE, *a. a. O.*, S. 10-14.

²³⁰⁸ Der Kassationshof bestraft Grundrichter, die ihre Zuständigkeit bei einem Verwaltungsakt, der "mit einer groben Unregelmäßigkeit behaftet ist", nicht wahrnehmen (Civ. 1^{ère}, 25. Januar 2005, *M. Picard und andere*, *Dr. adm.* 2005, comm. n° 52, Anm. M. LOMBARD). In diesem Fall waren die Eigentümer eines von einem Tor umschlossenen Hofes von einer Gemeinde unrechtmäßig enteignet worden. Die Verwaltung hatte zwar nicht in Ermangelung eines Titels gehandelt, da der Gemeinderat geglaubt hatte, einen Beschluss fassen zu können, mit dem das Grundstück als Gemeindefeld klassifiziert wurde, noch bevor ein Enteignungsverfahren eingeleitet wurde. Das Berufungsgericht hatte "vorsichtigerweise" (M. LOMBART, *a. a. O.*, S. 23) die gerichtlichen Gerichte für unzuständig erklärt, da "die Titel, auf die sich diese Körperschaft beruft, Verwaltungsakte sind, deren Rechtmäßigkeitskontrolle dem gerichtlichen Richter entzogen ist". Der Kassationshof hob dieses Urteil mit der Begründung auf, dass "die Einstufung eines privaten Hofes, der erst später Gegenstand einer Enteignung wurde, in die Gemeindefeld mit einer groben Unregelmäßigkeit behaftet ist". Es sei darauf hingewiesen, dass, wenn der Rechtsbruch in einer solchen Hypothese charakterisiert ist, seine Existenz erst *recht nicht zweifelhaft ist*, wenn die Verwaltung ein "Wiederaufnahmerecht" ausüben will, indem sie sich auf einen Text stützt, der nicht existiert (siehe *oben*, § 332, das Urteil *Abdallah* vom 2. Februar 2004). Der Kassationshof beabsichtigt, dass der gerichtliche Richter die volle Bandbreite seiner Befugnisse ausübt, wenn ein faktischer Rechtsbruch vorliegt. So muss das Urteil einer Gemeinde, die eine Kläranlage bauen ließ, aufgehoben werden, wenn sie sich weigert, den Abriss des Gebäudes, das in das Grundstück eindrang, anzuordnen und Schadensersatz zu leisten, wenn sie feststellt, dass der Richter nicht die Zerstörung eines öffentlichen Bauwerks anordnen kann, aber die Befugnis hat, demjenigen Schadensersatz zu leisten, der infolge eines Rechtsverstoßes einen Schaden erleidet (Civ. 1^{ère}, 28. Juni 2005, *Consorts Dabedeen und andere gegen Commune de Cayenne*, Nr. 03.14.165, *GP* 3-4 August 2005, S. 2721; siehe bereits in diesem Sinne: Civ. 3^{ème}, 30. April 2003, *Mourreau c/ Commune de Verdun-sur-Ariège*, *D.* 2003, pp. 1932-1934, note S. PÉTII). Ein Berufungsgericht verstößt gegen das Gesetz vom 16. bis 24. August 1790, wenn es zum Ausschluss des Rechtswegs feststellt, dass der Ehemann, bevor er seinen Kindern das nackte Eigentum schenkte, stillschweigend der Öffnung des streitigen Weges für den öffentlichen Verkehr zugestimmt hatte, obwohl eine solche Genehmigung nicht geeignet war, die Einrichtung einer Straße auf dem streitigen Grundstück zu ermöglichen (Civ. 1^{ère}, 3. Februar 2004, *Eoux Pellisier et autres c/ Commune de Saint-Paul le Froid*, *Bull. civ.* I, Nr. 39). Siehe auch *CA Nîmes*, 1^{ère} ch. civ. B, 28. Januar 2003, *SA Société immobilière de Caumont c/ SA Grands travaux de Marseille*, juris-data Nr. 2003-211247, *JCP G* 2003, IV, 1540: Das Gericht ist der Ansicht, dass das Tribunal de grande instance die von der Berufungsklägerin gegen die SNCF erhobene Klage, die darauf abzielte, die Rechtsverletzung festzustellen, deren Opfer sie beim Bau eines Tunnels auf ihrem Grundstück für den TGV SUD-EST war, für zulässig erklärte und seine Zuständigkeit für die Entscheidung darüber feststellte, aus relevanten Gründen, die es übernimmt.

²³⁰⁹ Siehe z. B. TGI Evry, Ord. 26. Juni 2002, *GP* 26. Juni 2002, S. 10. Zu dieser Entscheidung siehe den kritischen Kommentar von Serge Petit, *GP* 2002, 1, S. 1474-1475, und die Verteidigung der Lösung durch den Rechtsbeistand des Klägers: N. BARBIER, "L'administration pénitentiaire prise au piège de la voie de fait", *D.* 2002, S. 2614-2616. Trotz einer Entscheidung des Strafvollstreckungsrichters, mit der einem Häftling eine Halfreiheit gewährt wurde, hatte die Gefängnisverwaltung den Häftling in Haft behalten, weil es keine Plätze in einem Halffreiheitszentrum gab. Der von dem Betroffenen angerufene Zivilrichter für einstweilige Verfügungen erklärte sich für zuständig und stellte das Vorliegen eines Rechtsverstoßes fest. Er ist der Ansicht, dass die Verwaltung außerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs gehandelt hat, da sie

den Richtern der ersten Instanz missbraucht wird.

Darüber hinaus ist die zentrale Frage heute nicht so sehr die nach der orthodoxen oder fehlgeleiteten Anwendung der Rechtsdurchsetzung, sondern vielmehr die nach ihrer Existenz selbst, da sie im positiven Recht durch nichts mehr gerechtfertigt ist. Die Rückkehr zur Normalität erweist sich als sehr relativ, da der Richter weiterhin ohne rechtmäßigen Titel in eine Materie eingreift, die laut Gesetz und Verfassung dem Verwaltungsrichter vorbehalten ist. Eine gewöhnliche Rechtsprechung kann nicht über einen Grundsatz herrschen, der eine gesetzliche Grundlage und verfassungsrechtliche Fundamente hat. Schließlich ist, wie von den Autoren Ricci und Debbasch hervorgehoben, der Tatbeweis schon im Grundsatz fragwürdig. Wie diese Autoren feststellten: "Gibt es nicht eine gewisse Ungehörigkeit, einen Fall aufgrund seiner zu schweren Unregelmäßigkeit vom Richter behandeln zu lassen? Als ob das Privatrecht nur ein repressives Recht, nur der weltliche Arm des Verwaltungsrichters wäre; letzterer spielt Ponce-Pilate vor diesen Ungeheuern, die Verwaltungsakte sind, die als Rechtsverletzungen geltend gemacht werden"²³¹⁰. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Wortlaut von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes und der "exemplarische" Charakter der Tätlichkeit nicht ein Hindernis für die Abschaffung dieses Verfahrens darstellen.

II. Eine hilflose Rechtsperson in Fällen von Tätlichkeiten

557. Man hätte meinen können, dass der Rechtsweg durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 eine neue Nützlichkeit erlangt hat, da er zum einzigen Verfahren geworden ist, mit dem die Verletzung der Grundfreiheiten durch die Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse geahndet werden kann. Anstatt die Tätlichkeit zu töten, hätte das Gesetz ihr eine neue Bedeutung in den Bereichen verliehen, die durch dieses Gesetz der Zuständigkeit des Richters für einstweilige Verfügungen entzogen wurden. Paradoxerweise schien die Entstehung des *référé-liberté* das Verschwinden der Rechtsdurchsetzung zu verhindern.

Das Gesetz formuliert nämlich einen Vorbehalt, der es dem Richter für einstweilige Verfügungen untersagt, über Handlungen zu entscheiden, die von der Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse begangen werden, ein Fall, in dem der Richter der einzige zu sein schien, der eingreifen konnte. Unter diesen Umständen schien die Abschaffung des faktischen Rechtswegs eine unzweckmäßige Lösung zu sein, die dem Bürger den Zugang zu einem schnellen und effizienten Richter vorenthielt, an den er sich im äußersten Notfall bei Eingriffen wenden konnte, die von der Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse begangen wurden. Der Weg zum Richter für einstweilige Verfügungen schien ihm durch das Gesetz versperrt. Wenn ihm der Weg zum Richter genommen wurde, konnte sich der Antragsteller in Fällen, in denen die Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse in die Grundfreiheiten eingreift, offenbar nur an den Richter für einstweilige Verfügungen wenden, d. h. unter Bedingungen, die aufgrund des Erfordernisses einer vorherigen Entscheidung und seiner begrenzteren Vorrechte weniger wirksam sind. Hypothetisch hätte der Zivilrichter für einstweilige Verfügungen keinen Kompetenztitel mehr, um einzugreifen. Der Richter für einstweilige Verfügungen schien nicht in der Lage zu sein, dies zu wissen, da das Gesetz ihm verbietet, in einem solchen Fall einzugreifen. Da der Gesetzgeber anscheinend ausgeschlossen hat, dass der Richter für einstweilige Verfügungen über Handlungen entscheiden kann, die traditionell der Rechtsbeugung entsprechen, könnte man meinen, dass es noch einen nicht reduzierbaren Raum für die Zuständigkeit des Gerichts gibt, wenn die strittige Handlung offensichtlich nicht mit der Ausübung von

nicht die Macht besitzt, eine gerichtliche Entscheidung zu verhindern. Diese Lösung steht im Widerspruch zu einer ständigen Rechtsprechung des Konfliktgerichts. Denn seit einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1960 werden Handlungen im Zusammenhang mit dem Verwaltungsbetrieb des Strafvollzugsdienstes als von der Ausübung der Rechtsprechungsfunktion abtrennbar angesehen und unterliegen als solche der Rechtmäßigkeitskontrolle (TC, 22. Februar 1960, *Lebon* S. 855). Diese Bereitschaft, einen faktischen Rechtsweg anzuerkennen, der offensichtlich nicht existiert, wurde von Serge Petit heftig kritisiert. Der Autor behauptet: "A vouloir retenir à tous fins sa compétence et écarter les fins de non recevoir spécifiques au principe de séparation des juridictions, le juge des référés civil fragilise la crédibilité de sa jurisprudence dans les litiges mettant en cause l'administration; à l'heure où la compétence concurrente peut être exercée devant le juge administratif, il y va de la lisibilité même de ses décisions" (S. PEIT, *op. cit.*, S. 1475).

Der Kassationshof und das Konfliktgericht sind, wie schon vor dem Gesetz vom 30. Juni 2000, gezwungen, den Richter an die Grenzen zu erinnern, die ihm in diesem Bereich gesetzt sind. Siehe Civ. 1^{ère}, 8. März 2005, *Agent judiciaire du Trésor c/ Marcelin*, Bull. civ. I, Nr. 124, JCP G 2005, IV, 1890 (Kassation des Urteils eines Berufungsgerichts, das das Vorliegen einer Tätlichkeit feststellte, ohne einen materiellen Akt der Zerstörung der Wohnung festzustellen, der den Staatsbediensteten zuzuschreiben ist); Civ. 1^{ère}, 17. Februar 2004, *CHU de Fort de France c/ Gacon*, Bull. civ. I, Nr. 54, JCP A 2004, 1217, Anmerkung O. RENARD-PAYEN (Verstoß gegen das Gesetz vom 16. und 24. August 1790 durch ein Urteil, in dem festgestellt wird, dass die Maßnahmen des Direktors eines Universitätsklinikums, die einen Krankenhausarzt an der Wiederaufnahme seiner Tätigkeit hindern, eine Tätlichkeit darstellen, obwohl eine solche Entscheidung mit den allgemeinen Verwaltungsbefugnissen verbunden ist, die dem Generaldirektor der Einrichtung per Gesetz übertragen werden). Das Konfliktgericht bestätigt weiterhin Konflikturteile im Bereich der Rechtsdurchsetzung (siehe z. B. TC, 19. Januar 2004, *Société SLPK Aircraft funding c/ Aéroport de Paris*, *Lebon* S. 634; TC, 15. November 2004, *Préfet des Hauts-de-Seine*, Bull. civ. confl., Nr. 27; TC, 23. Mai 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, *Lebon* S. 659).

²³¹⁰ C. DEBBASCH und J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, Nr. 254.

Befugnissen der Verwaltung in Verbindung gebracht werden kann.

558. In der Praxis hat die Auslegung der Formel in Artikel L. 521-2 durch den Staatsrat jedoch dazu geführt, dass dieses Hindernis für die Beseitigung des Tatbestands der Rechtsverletzung vollständig verschwunden ist. Für den Verwaltungsrichter kann jede Beeinträchtigung so betrachtet werden, dass sie in irgendeiner Weise mit einer ordnungsgemäßen Befugnis der Verwaltungsbehörde zusammenhängt. Der Richter des *référé-liberté* kann daher durchaus im Falle eines Rechtsverstoßes durch Rechtsmangel eingreifen²³¹¹. Der gegen den Richter des *référé-liberté* formulierte Vorbehalt der Unzuständigkeit ist inhaltslos. Diese Formulierung stellt keineswegs ein Hindernis für eine Abschaffung des Rechtswegs dar. Der Verwaltungsrichter kann sinnvollerweise in den Bereichen tätig werden, die traditionell dem Richter als Rechtsweg zugewiesen sind. Eine Abschaffung dieses gerichtlichen Zuständigkeitsgrundes würde dem Bürger also nicht einen schnellen und wirksamen Rechtsbehelf vorenthalten, wenn die Verwaltung außerhalb der Ausübung ihrer Befugnisse handelt, da der Verwaltungsrichter sich in solchen Fällen für zuständig erklärt. Der Rechtsweg kann daher abgeschafft werden, ohne dass die Garantien für den Einzelnen geschwächt werden. Die Vereinfachung der Zuständigkeitsverteilung zwischen den beiden Rechtsprechungsorganen würde sowohl dem Interesse der Rechtsuchenden als auch dem Interesse einer guten Rechtspflege entsprechen.²³¹²

III. Der "exemplarische" Charakter der Tätlichkeit

559. Einige Autoren haben argumentiert, dass trotz der Schaffung des *référé-liberté* die Tätlichkeit im französischen Recht aufgrund der exemplarischen Kraft, die mit einer auf dieser Grundlage ausgesprochenen Verurteilung verbunden ist, beibehalten werden sollte. Diese exemplarische Sanktion würde allein schon die Beibehaltung dieses Grundes für die gerichtliche Zuständigkeit rechtfertigen.

560. Die Rechtslehre hat seit langem eine gewisse Vorbildfunktion der Verurteilung einer Verwaltungsbehörde wegen Tätlichkeit hervorgehoben. Charles Eisemann behauptete, dass die Tätlichkeit "ein Mittel ist, um bestimmte Handlungen zu stigmatisieren, die wirklich zu schwerwiegenden Folgen hatten"²³¹³. Laut Marcel Waline ist "der bloße Umstand, dass die Handlung von einem Gericht als Tätlichkeit eingestuft wurde, nicht an sich uninteressant. Diesem Begriff haftet in der Tat eine pejorative Bedeutung an, sodass seine Verwendung in einem Urteil bereits eine moralische Sanktion darstellt."²³¹⁴ In diesem Sinne erinnerte M. Auby an "einen allzu oft vergessenen Charakter der Theorie des Rechtsbehelfs, nämlich den, der mit der Idee einer Strafe verbunden ist, die der Verwaltung infolge einer besonders schwerwiegenden Unregelmäßigkeit auferlegt wird"²³¹⁵. Auch heute noch wird der Rechtsweg als "Rechtstheorie, die selbst in den begrenzten Fällen, in denen sie angewendet werden kann, ihre beispielhafte Kraft gegenüber der Verwaltung behält"²³¹⁶ dargestellt. Laut M. Moutouh besteht ihre wahre Funktion darin, "die Verwaltung nur dann zu verurteilen, wenn sie auf skandalöse Weise gehandelt hat (...)"²³¹⁷.

Diese These lässt sich in zwei Aussagen zusammenfassen: Einerseits stellt das Eingreifen eines Verwaltungsrichters für die öffentliche Gewalt ein Privileg dar; andererseits entzieht die Verurteilung wegen einer Tätlichkeit der Verwaltung ihre Privilegien und hat daher einen exemplarischen Charakter. Es ist zugegebenermaßen ein Vorteil für die Verwaltung, wenn sie von einem spezialisierten Richter beurteilt wird. Ein Richter, der ihre Methoden, die Besonderheit ihrer Aufgabe und die Schwierigkeiten kennt, denen sie ausgesetzt ist, um die Erfordernisse des allgemeinen Interesses mit dem Schutz der Rechte von Einzelpersonen in Einklang zu bringen. Insofern "stellt die Existenz einer Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Garantie für die Beibehaltung eines öffentlich-rechtlichen Systems als Rahmen für das Verwaltungshandeln dar, dessen spezifische und legitimerweise besondere Situation es rechtfertigt, dass es einem Rechtssystem unterliegt, das sich von demjenigen unterscheidet, das für die Beziehungen von Privatpersonen untereinander gilt"²³¹⁸. Die Garantien, die die Verwaltung genießt,

²³¹¹ Siehe *oben*, §§ 331-332.

²³¹² Zu diesem Thema siehe O. GABARDA, "L'intérêt d'une bonne administration de la justice". Etude de droit du contentieux administratif", *RDJ* 2006, S. 153-184, insbesondere S. 163-165 über die Vermeidung von Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Zuständigkeit.

²³¹³ C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, S. 12.

²³¹⁴ M. WALINE, note sous CE, Sect., 19 octobre 1969, *Consorts Muselier*, in Notes d'arrêtés de Marcel Waline, vol. 1, Urteil Nr. 89, Dalloz, 2004, S. 475.

²³¹⁵ J.-M. AUBY, "Emprise et voie de fait", *JCP G* 1955, I, 1259, Nr. 8.

²³¹⁶ J. SAINTE-ROSE, Concl. zu TC, 23. Oktober 2000, *D. 2001, Boussadar*, S. 2334.

²³¹⁷ H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés: la "folle du logis" enfin domestiquée?", *D. 1999*, Nr. 25, letzter Akt.

²³¹⁸ J.-H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *AJDA* 1999, Sondernummer Puissance

werden ihr jedoch nur aufgrund der Art ihrer Aufgaben zuerkannt. Sobald sie sich einer Tätlichkeit schuldig macht, muss sie keine angepasste öffentlich-rechtliche Regelung mehr beibehalten und muss eine härtere Strafe erleiden. Laut M. Jeol "kann sich die Verwaltung ab dem Zeitpunkt, an dem sie eine Tätlichkeit begeht, nicht mehr auf die Ausnahmegestimmungen berufen, die ihr das öffentliche Recht vorbehält; sie unterliegt in jeder Hinsicht dem allgemeinen Recht, ob es sich nun um die Zuständigkeit des Richters, das anwendbare Verfahren oder die materiellen Regeln handelt, von denen die Lösung des Rechtsstreits abhängt"²³¹⁹. Präsident Odent behauptete, dass "die Verwaltung sich durch eine Tätlichkeit außerhalb der Anwendung der Regeln des öffentlichen Rechts stellt; sie verliert den Vorteil der Vorrechte, die den Tätigkeiten des öffentlichen Dienstes zuerkannt werden"²³²⁰. Sie wird vor den Zivilgerichten wie ein gewöhnlicher Kläger auftreten und die Regeln des Privatrechts anwenden²³²¹. Nach dieser Darstellung ist es die Unterwerfung der Verwaltung unter die Regeln des Privatrechts, die der Rechtsverletzung ihren exemplarischen Charakter verleiht.²³²²

561. Heute wird dieser exemplarische Charakter von einigen Autoren als Rechtfertigung und sogar als einzige Rechtfertigung der Tätlichkeit dargestellt. Herr Serrand stellt fest: "Da die praktischen Rechtfertigungen der Tätlichkeit nunmehr unbegründet sind, beruht ihre Existenz nur noch auf der Tradition der Rechtsprechung, wobei der Richter vielleicht einen Begriff beibehalten möchte, der aufgrund seiner rechtlichen Folgen eine "erzieherische" Rolle gegenüber der Verwaltung haben könnte"²³²³. Ebenso erklärt Frau Guillon-Coudray: "Die Tragweite einer Verurteilung wegen einer Tätlichkeit bleibt unvergleichlich, und die Abschaffung einer solchen Theorie aus unserer Rechtsordnung würde das Spektrum der Mittel, die die Einhaltung der Legalität gewährleisten, weitgehend einschränken"²³²⁴.

Diese Argumentation ist zwar nicht uninteressant, es ist jedoch fraglich, ob sie allein die Beibehaltung des Rechtswegs rechtfertigen kann, und zwar aus zwei Hauptgründen. Erstens ist es fragwürdig und zumindest anachronistisch, heute zu argumentieren, dass die Existenz einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ein "Privileg" für die Verwaltung darstellt. Wie M. Melleray betont, "stellt die bloße Existenz des Verwaltungsrichters für die Verwaltung nicht eine Art Rechtsprechungsprivileg dar, anders gesagt ein Schutzvorrecht, eine Garantie für die Verwaltung"²³²⁵. Der Verwaltungsrichter zeugt nicht von der geringsten Nachgiebigkeit gegenüber der Verwaltung. Zweitens muss der exemplarische Charakter der Sanktion für Tätlichkeiten relativiert werden, oder er ist auf jeden Fall exemplarischer als eine Verurteilung durch den Richter auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Eine vom Richter für einstweilige Verfügungen ausgesprochene Zensur hat eine nicht zu vernachlässigende symbolische, ja sogar moralische Dimension, die genauso viel oder sogar mehr Kraft hat als eine vom Richter ausgesprochene Verurteilung. Unter diesen Umständen scheint es, dass die exemplarische Kraft der Tätlichkeit ein sehr schwacher Grund ist, um allein die Beibehaltung der Tätlichkeit zu begründen, angesichts der durch ihre Existenz verursachten Schwierigkeiten und vor allem in Anbetracht ihres Fehlens einer rechtlichen Rechtfertigung. "Wenn die Tätlichkeit eine moralische Verurteilung der Verwaltung bleibt, reicht dies nicht mehr aus, um sie rechtlich zu rechtfertigen und ihre Anwendung sinnvoll zu machen".²³²⁶

publique ou impuissance publique?, S. 60.

²³¹⁹ Concl. sur Com., 25. Februar 1992, D. 1992, S. 266, zitiert von S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, S. 261.

²³²⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981, S. 554.

²³²¹ C. GUETTIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), Nr. 22: "Dès lors que l'administration a commis une voie de fait, son action se trouve "dénaturée", et elle est déchue de tous les privileges qui lui sont accordées dans l'intérêt général. Dann kann sich der gerichtliche Richter das Recht anmaen, sie genauso zu behandeln wie einen gewöhnlichen Kläger in einem Rechtsstreit des bürgerlichen Rechts".

²³²² Für Guillon-Coudray kann "das Urteil eines Gerichts des gemeinen Rechts, das nicht auf Verwaltungsfragen spezialisiert ist, obwohl die Verwaltung nicht beabsichtigt hat, im Rahmen des Privatrechts zu handeln, unserer Meinung nach nur als eine Sanktion analysiert werden, die durch die Anwendung des gemeinen Rechts weitgehend verstärkt wird" (S. GUILLON-COUDRAY, a. a. O., S. 253). Die Idee, die auch von Doyen Vedel zum Ausdruck gebracht wurde, ist, dass "es bestimmte Missbräuche gibt, die der Richter nicht tolerieren kann und darf, die durch den Verfall des Rechtsprechungsvorrechts, das die Verwaltung normalerweise genießt, sanktioniert werden müssen" (G. VEDEL, "La juridiction compétente pour prevenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *JCP G* 1950, I, 851, Nr. 7. Unterstrichen). Regierungskommissar Guionin hatte im gleichen Sinne erklärt, dass die Folge der Feststellung einer Tätlichkeit "darin besteht, die Verwaltung ihrem natürlichen Richter zu entziehen, den öffentlichen Dienst seines Rechtsprechungsprivilegs zu berauben" (Concl. GUIONIN zu TC, 10. Dezember 1956, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres*, *Lebon*. S. 596).

²³²³ P. SERRAND, "Voie de fait", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND und S. RIALS, Hrsg.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, S. 1523.

²³²⁴ S. GUILLON-COUDRAY, a. a. O., S. 260.

²³²⁵ F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, S. 300.

²³²⁶ A. BORIES, "Le baroud d'honneur de la voie de fait", a. a. O., S. 31.

562. Somit scheint der Abschaffung des Tatbestands der Tötlichkeit nichts wirklich im Wege zu stehen. Zwar hat das Konfliktgericht bislang entschieden, sie beizubehalten, doch deutet nichts darauf hin, dass diese Lösung endgültig ist. Allerdings muss sich das Konfliktgericht noch von der Last der Tradition befreien, die in diesem Bereich besonders wichtig ist²³²⁷. Der Rechtsweg hat sich als wirksames Mittel zur Gewährleistung des Schutzes der Freiheiten erwiesen²³²⁸ - zu einer Zeit freilich, als der Verwaltungsrichter dazu noch nicht in der Lage war. Es ist daher verständlich, dass der verteilende Richter zögert, bevor er eine so weitreichende Änderung seiner Rechtsprechung vornimmt. Dennoch spricht alles für die Abschaffung dieses gerichtlichen Zuständigkeitsgrundes, da seine Rechtfertigungen weggefallen sind und seine störende Wirkung bestehen bleibt. Für den Bürger wäre die Situation dann einfach: Alle administrativen Eingriffe in die Grundfreiheiten würden in die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters fallen, ohne dass er sich in einem komplizierten Verfahren zur Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit verlieren müsste. Die einzige Frage, die sich dem Bürger stellen würde, wäre die Wahl des für seine Situation geeigneten einstweiligen Rechtsschutzes: entweder das allgemeine Dringlichkeitsverfahren nach Artikel L. 521-1 oder das besondere Dringlichkeitsverfahren nach Artikel L. 521-2.

Abschluss von Titel II

563. Wenn festgestellt wird, dass die Verwaltungsbehörde eine Grundfreiheit schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrig verletzt hat, verfügt der Richter über eine wirksame Reaktionsmöglichkeit, um die Situation zu beenden, die seine Anrufung gerechtfertigt hat. Er verfügt über eine breite Palette von Vorrechten, wählt die geeignete Lösung und sorgt dafür, dass sie von der Verwaltung durch Erklärung und Autorität eingehalten wird. Wenn möglich, legt er den Streit zwischen den Parteien durch Überzeugungsarbeit oder Schlichtung bei. Diese beiden Arten des Eingreifens gewährleisten die Wirksamkeit seines Eingreifens. Diese wird durch die in der Praxis endgültige Kraft der vom Richter der einstweiligen Verfügung angeordneten Maßnahmen noch verstärkt. Dieser Charakter und der Umstand, dass der Richter in der Hauptsache entscheidet, bringt das Verfahren nach Artikel L. 521-2 in die Nähe der Kategorie der einstweiligen Verfügungen in der Hauptsache. Aufgrund des rechtlich vorläufigen Charakters seiner Entscheidungen kann es jedoch nicht einfach mit einem Gerichtsverfahren gleichgesetzt werden. Darüber hinaus wird die Originalität dieses Verfahrens durch die Tatsache verstärkt, dass der Richter für einstweilige Verfügungen zwar nach der Logik der Überschreitung von Befugnissen handelt, jedoch mit einer deutlich ausgeprägten subjektiven Färbung. Letztendlich könnte, ja müsste die bemerkenswerte Wirksamkeit seiner Reaktion dazu führen, dass die Existenz des Rechtsweges in Frage gestellt wird, da diese gerichtliche Zuständigkeit nicht mehr gerechtfertigt ist.

²³²⁷ In seinen Schlussfolgerungen zum *Voskresensky-Urteil* erklärte Regierungskommissar Fournier das Fortbestehen der Rechtsweggarantie "nur durch das Gewicht der Tradition, ein Gewicht, das sicherlich respektabel ist, aber von dem Sie zweifellos eines Tages oder eines anderen annehmen werden, dass Sie sich davon entlasten müssen (...)" (Schlussfolgerungen J. FOURNIER zu CE, Sect., 9. Juli 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, S. 607).

²³²⁸ Sie wurde als "eine der wertvollsten Garantien für die öffentlichen Freiheiten und das Recht auf bewegliches und unbewegliches Eigentum" dargestellt (G. VEDEL und P. DELVOLLE, *Droit administratif*, 11^{ème} éd., PUF, 1990, t. II, S. 147).

Fazit des zweiten Teils: Ist der *référé-liberté* ein *Amparo-Rechtsbehelf*?

564. Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes stellt ein originelles Verfahren zum Schutz der Freiheitsrechte dar. Aufgrund seiner Merkmale stellt dieses Verfahren in vielerlei Hinsicht den Kanon des streitigen Verwaltungsverfahrens auf den Kopf. Seine ausgeprägten Besonderheiten führen zu der mehrfach erprobten Schwierigkeit, dieses Verfahren zu *qualifizieren* und zu bestimmen, welcher *Art* von Rechtsweg es zuzuordnen ist. Welcher Rechtskategorie gehört diese Klage über ihre Anleihen bei verschiedenen Verfahren hinaus an? Wie ist die einstweilige Verfügung angesichts der dem Richter übertragenen Befugnisse und der Modalitäten seines Eingreifens im Prozessrecht und insbesondere im Hinblick auf die anderen Mechanismen zum Schutz der Freiheiten natürlicher und juristischer Personen gegenüber den Akten und Handlungen der öffentlichen Gewalt einzuordnen?

Die Schwierigkeit, die einstweilige Verfügung in die klassische Struktur der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuordnen, und die Tatsache, dass sie die traditionellen Kategorien überschreitet, erklären sich durch die Besonderheit ihres Gegenstands, der darin besteht, im Eilverfahren die Grundfreiheiten zu schützen, die von der Verwaltung ernsthaft missachtet werden. Dennoch ist zu beobachten, dass alle Verfahren mit diesem Gegenstand die gleichen Merkmale aufweisen. Der *référé-liberté* ist zwar ein Verfahren, das sich den traditionellen Klassifizierungen entzieht, doch weist es die gleichen Merkmale auf wie alle anderen Rechtsbehelfe mit demselben Gegenstand. Dies führt zu der Überlegung, sie einer Rechtskategorie zuzuordnen, die sich den traditionellen Klassifizierungen entzieht, aber eine echte Einheit darstellt, da sie aus Verfahren mit bestimmten eigenen und konstanten Merkmalen besteht. Bei einem Blick ins Ausland drängt sich natürlich ein Vergleich mit dem lateinamerikanischen *Amparo* auf.

565. Die Verbindung zwischen dem grundlegenden *référé-liberty* und dem *Amparo-Rechtsbehelf* wurde von der Lehre schnell hergestellt²³²⁹. Allerdings ist die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit, anders als manchmal behauptet wird, nicht mit einem *Amparo* vergleichbar, wie es ihn in Europa gibt, d. h. einem subsidiären Rechtsbehelf, der sich hauptsächlich gegen gerichtliche Handlungen richtet und in die Zuständigkeit des Verfassungsrichters fällt²³³⁰. Wenn die einstweilige Verfügung mit einem *Amparo-Rechtsbehelf* gleichgesetzt werden kann, dann nicht in ihrer europäischen Variante, sondern in ihrer lateinamerikanischen Variante. Diese beiden Formen des *Amparo* müssen nämlich deutlich voneinander unterschieden werden²³³¹. Zwischen dem europäischen Verfassungsamparo und dem lateinamerikanischen gewöhnlichen *Amparo* bestehen grundlegende Unterschiede: "Diese Schutzinstrumente haben nur ihre Bezeichnung gemeinsam"²³³². In Anbetracht seiner Merkmale ähnelt der *référé-liberty* nicht einem verfassungsmäßigen, sondern einem gewöhnlichen *Amparo*.

Der référé-liberté ist nicht mit einem europäischen Amparo vergleichbar

2329 So erklärte Professor Ghévontian kurz nach der Einführung von Artikel L. 521-2, dass mit diesem Verfahren "ein Embryo der *Amparo-Klage* nach spanischem Vorbild entstehen könnte, was eine große Innovation im französischen Rechtssystem wäre, auch wenn der Richter im Gegensatz zum spanischen Modell hier nur im einstweiligen Rechtsschutz eingreift" (R. GHEVONTIAN, Anmerkung unter CE, Ord. 24. Februar 2001, *Tibéri*, D. 2001, S. 1751).

2330 In Europa ist der *Amparo* gleichbedeutend mit dem direkten Rechtsbehelf oder der Verfassungsbeschwerde. Bezeichnenderweise unterscheidet die spanische Verfassung sehr deutlich zwischen dem Schutz der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten durch den ordentlichen Richter einerseits und dem Schutz derselben Rechte und Freiheiten durch den Verfassungsrichter andererseits, wobei nur dem letzteren die Bezeichnung *Amparo* vorbehalten ist. Artikel 53 Absatz 2 besagt: "Jeder Bürger kann den Schutz der in Artikel 14 und Abschnitt 1 des Zweiten Kapitels anerkannten Freiheiten und Rechte vor den ordentlichen Gerichten durch ein Verfahren geltend machen, das auf den Grundsätzen der Priorität und der Dringlichkeit beruht, und durch die *Amparo-Klage* vor dem Verfassungsgericht". In der Lehre wird der erste *Amparo* manchmal als gerichtlicher oder ordentlicher *Amparo* bezeichnet, doch die Verfassung behält den Begriff *Amparo* ausschließlich für die Verfassungsbeschwerde vor.

2331 Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Formen des *Amparo* ist in der Lehre verankert. Siehe zum Beispiel: R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, S. 935-1167; A.-C. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", *V^e Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, 5 pp.

2332 A.-C. SEPULVEDA, *a. a. O.*, S. 5. Es sei darauf hingewiesen, dass sich die beiden Formen des *Amparo* nicht gegenseitig ausschließen und in derselben Rechtsordnung nebeneinander bestehen können. Siehe *oben* den Wortlaut von Artikel 53 Absatz 2 der spanischen Verfassung vom 27. Dezember 1978.

566. Die Grundfreiheitsreferenda erfüllt keines der Merkmale eines direkten Rechtsbehelfs. Sie ermöglicht es auch nicht, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes vor dem Verfassungsrichter in Frage zu stellen. Folglich kann er weder direkt noch indirekt mit einer Verfassungsbeschwerde gleichgesetzt werden.

Der référé-liberty ist kein direkter Rechtsbehelf

567. Die Direktklage²³³³ wurde von M. Pfersmann definiert als "eine Verfahrenshandlung, mit der eine (natürliche oder juristische) Person ohne Zwischenschaltung den Verfassungsrichter anruft, um die Verfassungsmäßigkeit eines Rechtsakts zu überprüfen"²³³⁴. Entstanden in den Ländern mit germanischer Tradition²³³⁵, ist diese Art der Klage heute in den europäischen Ländern als Technik zur *nachträglichen* Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit weit verbreitet²³³⁶. In sehr außergewöhnlichen Fällen und aufgrund der Dringlichkeit kann sie in einem beschleunigten Verfahren durchgeführt werden²³³⁷. Die Hauptmerkmale der direkten Beschwerde sind, dass sie ein subsidiärer Rechtsbehelf ist, der vor einem Verfassungsrichter ausgeübt wird.
568. Das europäische *Amparo* ist erstens ein Rechtsbehelf, der vor einem Verfassungsrichter eingelegt wird, d. h. einem Rechtsprechungsorgan, das die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu seinen Kompetenzen zählen muss²³³⁸. Das europäische *Amparo* ist zweitens ein subsidiärer Rechtsbehelf. Die

²³³³ Zu diesem Thema siehe insbesondere: *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel* (F. DELPEREE Hrsg.), Journées d'études du 9 février 2000, Louvain, Economica PUAM, coll. DPP, 1991, 221 S.; *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (F. DELPEREE et P. FOUCHER dir.), Bruylant, 1998, 201 S.; *L'accès au juge constitutionnel: modalités et procédures*, 2^{ème} Congrès des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Libreville, septembre 2000, ACCPUF, 2000, 823 S.; Dossier des CCC n° 10, 2001, *L'accès des personnes à la justice constitutionnelle. Droit, pratique, politique* (O. PFERSMANN Hrsg.).

²³³⁴ O. PFERSMANN, "Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective", CCC Nr. 10, 2001, S. 66. In Deutschland kann die Verfassungsbeschwerde gegen Akte der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Rechtsprechung eingelegt werden. In Spanien kann die *Amparo-Klage* gegen Verwaltungsakte und gerichtliche Akte erhoben werden. In Österreich ermöglicht das Bundesverfassungsrecht die Anfechtung von Verwaltungs- und Gesetzgebungsakten, nicht aber von Rechtsprechungsakten. In Belgien ist die Anfechtung nur gegen Normen mit Gesetzeskraft möglich.

²³³⁵ Das Verfahren wurde 1920 in das österreichische Verfassungsrecht eingeführt (siehe G. KUSKO-STADLMAYER, "Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", CCC n° 10, 2001, S. 82-89) und 1949 in das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland übernommen.

²³³⁶ In Spanien wurde er in der Verfassung von 1978 eingeführt. Auch die jüngsten Verfassungen in Mittel- und Osteuropa haben einen solchen Mechanismus eingeführt (siehe K. STERN, "Der Schutz der Grundrechte in den neuen Verfassungen Mittel- und Osteuropas", in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, S. 415-442, spé S. 437-438). Erwähnenswert ist auch die schweizerische staatsrechtliche Beschwerde. Sie existiert seit 1874 und hat die Besonderheit, dass sie vor dem obersten Gericht (dem Schweizer Bundesgericht) und nicht vor einem Verfassungsgericht eingelegt werden kann. Sie kann gegen Gesetze, Beschlüsse und gerichtliche und administrative Entscheidungen von kantonalen Behörden gerichtet werden (siehe P. SALADIN, "Rapport suisse", *AJFC* 1991/VII, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*. Colloque Aix-en-Provence, 12-13 juillet 1991, pp. 149-151; C. ROUILLE, "Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse", in *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.-P. MÜLLER Hrsg.), Schulthess, 2001, S. 677-690).

²³³⁷ In Deutschland ist das Verfassungsgericht befugt, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, mit der es in der Hauptsache vorgreift, wenn die Fristen für die Ausschöpfung des Rechtswegs zu lang sein könnten und ein wirksamer Schutz der Grundrechte des Beschwerdeführers unmöglich gemacht würde. Das Verfahren der einstweiligen Anordnung findet somit während eines Wahlkampfes Anwendung, wenn eine politische Partei von einer Debatte ausgeschlossen wird, die von einem öffentlichen audiovisuellen Dienst einige Tage vor der Wahl organisiert wird. Die Anordnung wird vom Verfassungsgericht aufgrund der Dringlichkeit auf der Grundlage des Rechts auf effektiven gerichtlichen Schutz seiner Grundrechte und des Grundsatzes der Gleichheit der Parteien während des Wahlkampfes getroffen (vgl. B. PETER, "Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand", *RDP* 1993, S. 185-214, spé S. 208-209). In ähnlicher Weise kann das spanische Verfassungsgericht von Amts wegen oder auf Antrag des Klägers "die Ausführung des Aktes der öffentlichen Gewalt, in Bezug auf den der Verfassungsmächtigkeitsanspruch gefordert wird" aussetzen (Artikel 56.1 des Organgesetzes des Verfassungsgerichts Nr. 2/1979). Siehe P. BON, "Le pouvoir de suspension du juge constitutionnel: l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol", in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labatouille*, Dalloz, 2007, S. 65-79, spé S. 73-76.

²³³⁸ Wie M. de Béchillon betont, wird "une seule donnée se vérifier totalement incontestable", um die Verfassungsgerichtsbarkeit zu identifizieren: "le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois" (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, S. 180). Die zeitgenössische Lehre hält sich mehrheitlich an diese Definition, die sich auf die Norm konzentriert, die Gegenstand der Kontrolle ist (siehe insbesondere L. FAVOREU und T.-S. RENOUX, "Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1992, S. 4; K. BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, These Aix-en-Provence, 2000, S. 126 ff.). Die klassische Definition, die insbesondere von Francine Batailler

Ausübung dieses Rechtsmittels ist im Vergleich zum Schutz, der durch die ordentlichen Gerichte gewährt wird, nur subsidiär²³³⁹. Er kann nur als letzter Ausweg genutzt werden, nur wenn der Antragsteller mit den anderen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht zufrieden gestellt werden konnte. Folglich muss der Kläger, der eine solche Klage gegen einen Verwaltungsakt einreichen will, dessen Auswirkungen zuvor vor den ordentlichen Gerichten angefochten haben. Aufgrund dieses Subsidiaritätserfordernisses und abgesehen von den seltenen Fällen, in denen der Kläger einen Gesetzgebungsakt anfechtet, richtet sich die *Amparo-Klage* eigentlich gegen die Entscheidung des Gerichts, das in letzter Instanz über die beanstandeten Maßnahmen zu urteilen hatte. Insofern "stellt sich die *Amparo-Klage* als ein Rechtsmittel zur Überprüfung der Urteile der Verwaltungsstreitgerichte dar"²³⁴⁰.

569. Der *référé-liberté* erfüllt keines der beiden Kriterien für einen direkten Rechtsbehelf. Sie ist kein subsidiärer Rechtsbehelf, der vor einem Verfassungsrichter eingelegt wird, sondern ein eigenständiger Rechtsbehelf, der bei einem ordentlichen Richter eingelegt wird. Zunächst einmal handelt es sich um einen autonomen Rechtsbehelf. Damit eine auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eingereichte Klage zulässig ist, muss der Kläger nicht zuvor die anderen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel nutzen. Darüber hinaus ist der Richter des *référé-liberté* kein Verfassungsrichter. Er sieht sich nicht als zuständig an, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder, im weiteren Sinne, die Verfassungsmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, der dessen direkte Anwendung darstellt, zu überprüfen²³⁴¹. Es sei darauf hingewiesen, dass der Richter für einstweilige Verfügungen gegen die Freiheit zwar kein Verfassungsrichter ist, aber auch kein Richter für die Anwendung der Verfassung, wie dies möglicherweise in Betracht gezogen wurde²³⁴². Denn nicht nur sind nicht alle Grundfreiheiten im Sinne von Artikel L. 521-2 Normen verfassungsrechtlichen Ursprungs, sondern darüber hinaus werden selbst Verfassungsnormen, die die Grundlage für Grundfreiheiten bilden, nicht streng genommen als solche vom Richter für einstweilige Verfügungen *angewendet*.²³⁴³

vertreten wurde, gründete Verfassungsrichter und Richter zur Anwendung der Verfassung unter einer einzigen Kategorie. Nach dieser Autorin ist "derjenige Verfassungsrichter, der die Verfassungsgesetze gemäß den Erfordernissen der Rechtsprechungsarten anwendet und auslegt". So "ist nicht der Gegenstand der Kontrolle wichtig - d. h. das Gesetz -, sondern die Bezugsregel, - d. h. die Verfassung" (F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, S. 18). Wie der Autor feststellte, erlaubt die gewählte Definition die Annahme, dass "alle Richter Verfassungsrichter sind" (a. a. O., S. 17). Diese breite, auf der Natur der angewandten Regel basierende Auffassung wurde von der Mehrheit der zeitgenössischen Autoren aufgegeben. Wie M. Favoreu betonte, "wäre es naiv (...), davon auszugehen, dass jeder Richter, der Verfassungsnormen anwendet, ein Verfassungsrichter ist" (L. FAVOREU, "La notion de Cour constitutionnelle", *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing und Lichtenhahn, 1996, S. 19).

2339 In Deutschland erinnerte das Karlsruher Gericht daran, dass es in erster Linie Aufgabe der ordentlichen Gerichte ist, "die Grundrechte zu schützen und ihre Wirksamkeit zu gewährleisten" (BVerfGE 49, 252, sqs. (258), zitiert von A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", CCC Nr. 10, 2001, S. 76). In Spanien stellte das Verfassungsgericht fest: "Der *Amparo-Rechtsbehelf* stellt sich als ein strikt subsidiäres Heilmittel dar (.../...). Der Schutz der legitimen Rechte und Interessen der Bürger, was die Grundrechte und -freiheiten einschließt, stellt sich als ein gerichtlicher Schutz dar, der ausdrücklich den Gerichten der Justiz zugewiesen wird" (Urteil vom 12. Mai 1994, Nr. 147/1994, Auszug abgedruckt in L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, Coll. Pages d'amphi, 2003, S. 39).

2340 R.A. BREWER CARIAS, a. a. O., S. 1072. Es stellt in der Praxis einen Rechtsbehelf gegen einen Rechtsakt dar, wodurch das Verfassungsgericht sozusagen zu einer "vierten Ebene" der Gerichtsbarkeit wird. Wie M. Pfersmann sagt: "Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist hier Verwaltungsjustiz oder außerordentliche Gerichtsbarkeit" (O. PFERSMANN, a. a. O., S. 69).

2341 Der Richter für einstweilige Verfügungen des Staatsrats bestätigte, dass "der Einwand, dass das Gesetz vom 27. Februar 2004 verfassungswidrig sei, nicht sinnvoll vor dem Verwaltungsrichter geltend gemacht werden kann" (CE, ord. 21. Mai 2004, *Hoffer*, Nr. 267792), dass "es nicht Sache des Verwaltungsrichters ist, die Verfassungskonformität eines Textes mit Gesetzeskraft zu überprüfen" (CE, ord. 20. Dezember 2004, *Gaiffe*, Nr. 275076; CE, ord. 23. Juni 2005, *Laurent X*, Nr. 281774) oder dass die Entscheidung des Gesetzgebers, den Ausnahmezustand zu verlängern, "dem Verwaltungsrichter auferlegt wird, dem es nicht zusteht, die Verfassungskonformität des Gesetzes zu beurteilen" (CE, ord. 9. Dezember 2005, *Allouache und andere*, *Lebon* S. 562). Diese Lösung stellt die Anwendung der traditionellen Rechtsprechung dar, die als *loi-écran* bezeichnet wird. Siehe das Grundsatzurteil CE, Sect., 6. November 1936, *Arrighi*, *Lebon* S. 966. Für eine neuere Analyse siehe insbesondere B. GENEVOIS, "Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution", *RFDA* 2000, S. 715-724.

2342 Autoren haben im *référé-liberté* eine konkrete und *nachträgliche* Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Verwaltungsakten und -verhalten gesehen, die, um die berühmte Formel von F. Werner zu verwenden, mit einer Hypothese des konkretisierten Verfassungsrechts gleichgesetzt werden kann (F. WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *DVBl* 1959, S. 527 f., zitiert von S. CASSESE, *La construction du droit administratif. Frankreich und das Vereinigte Königreich*, Montchrestien, Coll. Clefs, 2000, S. 11).

2343 Sie dienen als Stütze für die Grundfreiheit, treten aber nach ihrer Verankerung in den Hintergrund. Der Richter des *référé-liberté* konfrontiert einen Verwaltungsakt nicht unmittelbar mit einer Verfassungsnorm. Er übt *streng genommen keine* Prüfung der Verfassungsmäßigkeit aus. Der Schutz einer Grundfreiheit durch den Richter für einstweilige Verfügungen kann mit der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes durch den Richter für Überschreitung der Befugnisse verglichen werden. Sowohl die Grundfreiheit als auch der allgemeine Rechtsgrundsatz können ihre Quelle materiell in der Verfassung finden. Dennoch konfrontiert der Verwaltungsrichter den Verwaltungsakt nicht unmittelbar mit der Verfassung, sondern in

Somit stellt der *référé-liberté* keinen direkten Rechtsbehelf dar. Außerdem kann der *référé-liberté*, da er keine Auslösung der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch den Verfassungsrichter ermöglicht, nicht die Rolle eines direkten indirekten Rechtsbehelfs spielen.²³⁴⁴

Der référé-liberté ist kein indirektes direktes Rechtsmittel

570. In Frankreich ist die Befassung des Verfassungsrats mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze als "geschlossen" bezeichnet worden. Gemäß Art. 61 Abs. 2 der Verfassung kann diese Kontrolle nur von politischen Behörden ausgelöst werden, bei denen es sich um den Präsidenten der Republik, den Premierminister, den Präsidenten des Senats, den Präsidenten der Nationalversammlung und eine Gruppe von 60 Abgeordneten oder 60 Senatoren handelt. Privatpersonen haben in diesem Bereich keinen Zugang zum Verfassungsrichter²³⁴⁵. Da der Verfassungsgeber keinen direkten Rechtsbehelf vor dem Verfassungsrat eingeführt hat, haben natürliche und juristische Personen keinen Zugang zum Verfassungsrichter, der es ihnen ermöglichen würde, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes *a priori* oder *a posteriori* anzufechten. Da die Verfassung die zur Anrufung des Verfassungsrats berechtigten Behörden abschließend aufgezählt hat, schließt der Verfassungsrat logischerweise die von Privatpersonen eingereichten Klagen aus²³⁴⁶. Da natürliche und juristische Personen über die Rue de Montpensier keinen direkten Zugang zum Verfassungsrichter haben, überlegte ein Kläger auf sehr einfallsreiche Weise, sich über den Weg des Palais-Royal einen indirekten Zugang zu diesem zu verschaffen. Die Idee bestand nicht mehr und nicht weniger darin, aus dem *référé-liberté* einen indirekten direkten Rechtsbehelf zu machen, der den Zugang zum Verfassungsrichter über eine qualifizierte Anruferbehörde ermöglicht. Der auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 befassende Verwaltungsrichter würde die zuständige Behörde anweisen, das Gesetz, das Bestimmungen enthält, die gegen bestimmte verfassungsmäßige Grundfreiheiten verstoßen, dem Rat vorzulegen. Im Falle einer fehlenden Befassung, die eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit darstellt, könnte eine Anordnung erlassen werden.

Der Eingriff in die Grundfreiheiten wäre indirekt. Die befassende Behörde, die es unterlässt, das Gesetz vorzulegen, ermöglicht, indem sie sich nicht dagegen ausspricht, das Inkrafttreten eines Textes, der Bestimmungen enthält, die die Grundfreiheiten verletzen. Sie macht durch ihre Enthaltung das Eintreten einer Verletzung möglich. Damit ihre Unterlassung als offenkundig rechtswidrig angesehen werden konnte, musste sie eine Verpflichtung zum Handeln haben, genauer gesagt eine Verpflichtung, das verfassungswidrige Gesetz vorzulegen. Eine solche Verpflichtung kann für den Premierminister, den Präsidenten des Senats oder den Präsidenten der Nationalversammlung nicht festgestellt werden²³⁴⁷. Ihre Weigerung oder Unterlassung zu handeln kann daher

in einem Fall mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz und im anderen Fall mit der Grundfreiheit.

2344 Da die *référé-liberté* weder einen direkten Rechtsbehelf noch einen Ersatz für einen direkten Rechtsbehelf im Bereich der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen darstellt, bleiben die Bedingungen der Debatte über die Einführung eines solchen Rechtsbehelfs im französischen Verfassungsrecht unverändert. Zu dieser Frage siehe L. FAVOREU, "Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel", *CCC* n° 1, 2001, S. 99-102.

2345 Das Prätorium des Verfassungsrats steht ihnen nur in Wahlangelegenheiten offen. Siehe T.-S. RENOUX, "Le recours des particuliers devant le Conseil constitutionnel", in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op. cit.*, S. 79-99.

2346 CC, Nr. 82-146 DC, 18. November 1982, Kons. 1, *Slg. S.* 66; Nr. 84-178 DC, 30. August 1984, Kons. 1, *Slg. S.* 69. Der Verfassungsrat bekräftigt, dass Privatpersonen gemäß Art. 61 Abs. 2 der Verfassung nicht befugt sind, ihm die Prüfung der Verfassungskonformität des Textes eines vom Parlament verabschiedeten Gesetzes vor dessen Verkündung vorzulegen. Er behauptet, "dass diese Bestimmung der Behörden, die befugt sind, dem Rat die Prüfung der Verfassungskonformität des Textes eines vom Parlament verabschiedeten Gesetzes vor dessen Verkündung vorzulegen, diese Befassung jeder anderen Person untersagt". Höchstens ist es ihnen erlaubt, informell einzugreifen, wenn eine qualifizierte Behörde eine Befassung ausgelöst hat, entweder um die Schlussfolgerungen dieses Antrags zu unterstützen oder um die Verfassungsmäßigkeit des geprüften Gesetzes zu verteidigen. Diese Praxis, die nach dem Ausdruck von Doyen Vedel als "enge Tür" bezeichnet wird (G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", *La vie Judiciaire*, Nr. 2344, 11-17 März 1991, S. 1 und S. 13-14) hat sich ab 1991 nach dem gescheiterten Versuch, eine präjudizielle Verfassungsfrage einzuführen, am Rande des Verfassungstextes entwickelt. Sie wird definiert als "der empirisch vom Verfassungsrichter eröffnete Weg, der es jeder Person ermöglicht, schriftliche rechtliche Bemerkungen vorzulegen, die die Verfassungsmäßigkeit der dem Rat vorgelegten Norm unterstützen oder sie im Gegenteil - und allgemeiner - mit Hilfe von Verfassungswidrigkeitsvorwürfen in Frage stellen" (P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. BSCP, t. 93, 1999, S. 255). Diese Aufzeichnungen werden im Sekretariat des Verfassungsrats registriert und dem Berichterstatter sowie den anderen Ratsmitgliedern übermittelt. Diese Schriftstücke stellen informative Schriftsätze dar, die den Richter auffordern, von seiner Befugnis, sich von Amts wegen auf die kritisierte(n) Bestimmung(en) zu berufen, Gebrauch zu machen und diese zu zensieren.

2347 Die Frage stellte sich nicht für die Kategorie der 60 Abgeordneten oder 60 Senatoren, da eine Klage gegen diese befassende Behörde per se unmöglich ist. Denn diese Gruppe setzt sich bei jeder Befassung neu zusammen und besitzt als

aus rein rechtlicher Sicht nicht kritisiert werden. Im Gegensatz dazu heißt es in Artikel 5 der Verfassung, dass "der Präsident der Republik für die Einhaltung der Verfassung sorgt". Indem er dem Staatsoberhaupt diese Aufgabe der Verfassungsüberwachung überträgt, "verpflichtet ihn die Verfassung, sich jeder Handlung zu widersetzen, die gegen das Grundgesetz verstößt. (...). Der Artikel sieht keine rechtlichen Mittel für die Umsetzung seiner Aufgaben vor. Aber alle finden einen Widerhall, insbesondere in dem Verfahren zur Auslösung der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit internationaler Verpflichtungen und gewöhnlicher Gesetze"²³⁴⁸. Mit einer solchen Auslegung von Artikel 5 wäre es denkbar, dass die Enthaltung des Präsidenten der Republik die Anforderung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit erfüllen könnte. Was die Dringlichkeit anbelangt, so könnte sie sich aus der unmittelbar bevorstehenden Umsetzung des Gesetzes ergeben.

571. Die Wirksamkeit des Mechanismus wurde im November 2001 nach der Verabschiedung des Gesetzes über die tägliche Sicherheit auf die Probe gestellt²³⁴⁹. Mit einer Klageschrift, die am 6. November 2001 beim Sekretariat für Rechtsstreitigkeiten des Staatsrats registriert wurde, beantragte Herr Tabaka beim Richter für einstweilige Verfügungen, den Präsidenten der Republik anzuweisen, dieses Gesetz auf der Grundlage von Artikel 61 Absatz 2 der Verfassung dem Verfassungsrat vorzulegen. Sein Antrag wurde bereits am nächsten Tag in Anwendung des Tri-Verfahrens nach Artikel L. 522-3 als offensichtlich nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fallend zurückgewiesen²³⁵⁰. Unter Anwendung seiner Rechtsprechung zu "Regierungsakten"²³⁵¹ stellt der Richter für einstweilige Verfügungen fest, dass die Entscheidung, ein Gesetz an den Verfassungsrat zu verweisen, "die Beziehungen zwischen den verfassungsmäßigen öffentlichen Gewalten berührt (...) und daher nicht in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit fällt". Der present Kläger hatte sich gegen die Anwendung dieser Rechtsprechung schützen wollen, indem er argumentierte, dass die Entscheidung, den Rat zu befragen, "keinen (...) diskretionären und völlig politischen Charakter hat; dass sie von der Verfassung diktiert wird und eine rein rechtliche Natur hat (...)". Diese Argumentation musste zurückgewiesen werden, da die Befassung des Rates eine bloße Möglichkeit darstellt und untrennbar mit dem Gesetzgebungsverfahren verbunden ist.

Der Richter für einstweilige Verfügungen behauptet zunächst, dass die Anrufung des Verfassungsrats für das Staatsoberhaupt eine "Möglichkeit" darstellt. Der zweite Absatz von Artikel 61 der Verfassung, der durch die Bestimmungen der Organisationsverordnung vom 7. November 1958 ergänzt wird, schreibt in der Tat nur ein Recht und nicht eine Pflicht zur Anrufung des Verfassungsrichters vor. Durch die Verwendung des Verbs "pouvoir" wollte diese Bestimmung immer nur ein Vorrecht einführen, das der Präsident der Republik nach eigenem Ermessen ausüben kann. Der Richter für einstweilige Verfügungen behauptet dann, dass die Entscheidung, ein Gesetz an den Verfassungsrat zu verweisen, "untrennbar mit dem gesamten Gesetzgebungsverfahren verbunden" ist. Das Gesetzgebungsverfahren umfasst vier Etappen: die Initiative, die Beratung, die Kontrolle (eventuell bei einfachen Gesetzen) und die Verkündung. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes erfolgt vor dem Akt der Verkündung, der das Gesetzgebungsverfahren endgültig abschließt. Folglich ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ein integraler Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens²³⁵². Die Entscheidung, diese Kontrolle auszulösen oder nicht auszulösen, greift

solche keine Rechtspersönlichkeit.

²³⁴⁸ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit., S. 192-193.

²³⁴⁹ Der Text, der am 31. Oktober 2001 in letzter Lesung von der Nationalversammlung verabschiedet wurde, enthielt einige Bestimmungen, deren Verfassungsmäßigkeit zur Diskussion stand. Aus politischen Gründen hatte die parlamentarische Opposition öffentlich auf eine Klage vor dem Verfassungsrat verzichtet. Von der Regierungskoalition, dem Premierminister oder den Parlamentspräsidenten konnte vernünftigerweise keine Initiative erwartet werden. Was das Staatsoberhaupt betrifft, so bestand kein Zweifel daran, dass er davon absehen würde, die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vom Verfassungsrat prüfen zu lassen. ^è In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Staatspräsident in der Fünften Republik nie von seinem Vorrecht gegenüber Gesetzen Gebrauch gemacht hat.

²³⁵⁰ CE, ord. 7. November 2001, *Tabaka, Lebon T. S.* 789, S. 1125, RDP 2001, S. 1645-1657, Anm. P. JAN; *LPA* 22. März 2002, Nr. 59, S. 15-19, Anm. O. CURTIL.

²³⁵¹ Der Begriff des Regierungsakts wurde vom Staatsrat rein prätorisch geprägt. Er besteht aus einer Liste von Handlungen der Exekutive, die nach Ansicht des Verwaltungsrichters gerichtliche Immunität genießen sollten. Sobald die Exekutivbehörden eine verfassungsmäßige Zuständigkeit ausüben, die sie direkt oder indirekt mit anderen Institutionen, dem Volk (CE, 29. April 1970, *Comité des chômeurs de la Marne, Lebon S.* 279) oder dem Parlament (CE, 29. November 1968, *Tallagrand, Lebon S.* 607) in Verbindung bringt oder in Kontakt mit ihnen bringt, lehnt der Verwaltungsrichter seine Zuständigkeit für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Handlungen, die sich auf diese beziehen, ab. Ohne den Ausdruck "Regierungsakt" zu verwenden, dessen Gebrauch der Lehre und den Regierungskommissaren vorbehalten ist, stellt der Staatsrat in verschiedenen Umschreibungen fest, dass der Akt "jeder gerichtlichen Kontrolle entgeht" (CE, 30. Juni 1999, *Guichard, Lebon S.* 218), "dass es nicht Sache der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, über die Entscheidung zu befinden, durch die..." (CE, 9. April 1999, *Dame Ba*); dass die Handlung nicht geeignet ist, "Gegenstand einer streitigen Klage zu sein" (CE, 30. Juli 2003, *Société Crédit industriel et commercial*); etc. Siehe unter den jüngsten Arbeiten die Studie von P. SERRAND, *L'acte de gouvernement*, Thèse Paris II, 1996, 772 S., und F. MELLERAY, "L'immunité juridictionnelle des actes gouvernementaux en question", *RFDA* 2001, S. 1086 ff.

²³⁵² Die Gleichsetzung der Verfassungsmäßigkeitsprüfung als eigenständige Etappe des Gesetzgebungsverfahrens ist auch in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung verankert. Der Antrag des Präsidenten auf erneute Lesung eines Gesetzes, um Bestimmungen, die als verfassungswidrig eingestuft wurden, durch neue Bestimmungen zu ersetzen, die seiner

notwendigerweise in den Prozess der Gesetzesausarbeitung ein. Die Entscheidung, den Rat zu befassen oder nicht zu befassen, betrifft die Beziehungen zwischen den verfassungsmäßigen Staatsgewalten auf der vorletzten Stufe des Gesetzgebungsprozesses²³⁵³. Sie stellt somit einen Regierungsakt dar.²³⁵⁴

572. Der *référé-liberté* kann weder direkt noch indirekt mit einem verfassungsmäßigen *amparo* gleichgesetzt werden. Zwar sind die Normen, die durch den Rechtsbehelf geschützt werden, sehr ähnlich, doch gibt es grundlegende Unterschiede in Bezug auf die anfechtbaren Rechtsakte, das zuständige Gericht und das anwendbare Verfahren. Die einstweilige Verfügung ist zwar nicht mit dem europäischen *Amparo* vergleichbar, kann aber der lateinamerikanischen *Amparo-Familie* zugeordnet werden.

Die einstweilige Verfügung ähnelt einem lateinamerikanischen Amparo

573. In Lateinamerika ist der Oberbegriff für die Klage, die speziell zum Schutz der verfassungsmäßig garantierten Rechte und Freiheiten eingeführt wurde, *amparo*, was mit "Schutz" oder "Sicherung" übersetzt werden kann. Diese Klage hat in drei Ländern eine andere Bezeichnung: *accion de tutela* für Kolumbien, *accion de proteccion* für Chile (wo die Bezeichnung *amparo* für die *Habeas-Corpus-Klage* reserviert ist) und *mandado de segurança* für Brasilien²³⁵⁵. Hier geht es um Verfahren, die speziell und ausschließlich für den dringenden Schutz der Freiheitsrechte gegen die Verwaltungsbehörde geschaffen wurden. Einige ihrer Klagen können auch, nach unterschiedlichen Modalitäten, gegen gesetzgeberische oder gerichtliche Akte oder sogar gegen die Handlungen von Privatpersonen erhoben werden. Diese Rechtsbehelfe interessieren uns hier nur insofern, als sie gegen Verwaltungsakte und -verhalten ausgeübt werden. Das *Amparo-Verfahren* entstand in Mexiko²³⁵⁶; später wurde es in den meisten lateinamerikanischen Ländern eingeführt: El Salvador (1886), Honduras (1894), Nicaragua (1894), Guatemala (1921), Brasilien (1934), Panama (1941), Costa Rica (1949), Argentinien (1957), Venezuela (1961), Bolivien (1967), Chile (1976), Peru (1979), Uruguay (1988), Kolumbien (1991), Paraguay (1992) und Ecuador (1998).

Das *Amparo-Verfahren* weist ähnliche Merkmale auf wie die einstweilige Verfügung. "Es ist ein außergewöhnliches Verfahren, das durch Dringlichkeit gekennzeichnet ist"²³⁵⁷. Insbesondere in Argentinien "verkörpert sich der Leitgedanke der Beschleunigung von selbst in dem übergeordneten Ziel des *Amparos*: die

Entscheidung entsprechen, bedeutet "nicht die Verabschiedung eines neuen Gesetzes, sondern den Eingriff *in das laufende Gesetzgebungsverfahren* durch eine zusätzliche Phase, die sich aus der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ergibt" (CC, Nr. 85-197 DC, 23. August 1985, Kons. 23, *Slg.* S. 70). Der Verfassungsrat urteilte auch, dass "die Wirkung einer Befassung darin besteht, vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens die Überprüfung aller Bestimmungen des angefochtenen Gesetzes durch den Verfassungsrat in Gang zu setzen...". (CC, Nr. 96-386 DC, 30. Dezember 1996, Kons. 4, *Slg.* S. 154).

²³⁵³ Siehe P. JAN, Vorbemerkung, *spé* S. 1650.

²³⁵⁴ Nach ständiger Rechtsprechung müssen Maßnahmen der Exekutive, die die Ausübung der gesetzgebenden Funktion des Parlaments beeinträchtigen, als Regierungsakt bezeichnet werden. Zu dieser Kategorie gehören somit die Weigerung, dem Parlament einen Gesetzentwurf vorzulegen (CE, 29. November 1968, *Tallagrand, Lebon* S. 607), die Entscheidung, einen Gesetzentwurf einzubringen (CE, 9. Mai 1951, *Mutuelle nationale des étudiants de France, Lebon* S. 253), die Rücknahme eines Gesetzentwurfs (CE, Ass, 19. Januar 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet, Lebon* S. 98), die Weigerung, die für die rasche Verabschiedung eines Gesetzentwurfs erforderlichen Schritte zu unternehmen (CE, Sect, 25. Juli 1947, *Société l'Alfa, Lebon* S. 344), die Entscheidung, einen Gesetzentwurf einem Referendum zu unterziehen (CE, Ass., 19. Oktober 1962, *Brocas, Lebon* S. 553) oder auch das Dekret über die Verkündung eines Gesetzes (CE, Sect., 3. November 1933, *Desreumeaux, Lebon* S. 993). Diesen Rechtsakten ist gemeinsam, dass "sie ebenso viele Etappen des Gesetzgebungsverfahrens darstellen, die zwar in den Zuständigkeitsbereich der Regierung fallen, aber dennoch nicht von der Ausarbeitung des Gesetzes getrennt werden können. Weil sie zu diesem Ziel beitragen, stellen sie Regierungsakte dar" (chron. M. GUYOMAR und P. COLLIN, *AJDA* 2000, S. 120). Die Unterlassung des Präsidenten der Republik, ein Gesetz dem Verfassungsrat vorzulegen, kann nicht vom Gesetzgebungsverfahren abgetrennt werden und stellt daher einen Regierungsakt dar.

²³⁵⁵ Durch diesen Rechtsbehelf kann der Antragsteller eine gerichtliche Anordnung (ein "mandado") erhalten, die sein Recht garantiert. Dieser Rechtsbehelf stellt die Zusicherung (auf Portugiesisch "la segurança") dar, dass der Begünstigte eines Rechts dessen Einhaltung von der öffentlichen Behörde einfordern kann. Zur rechtlichen Regelung dieses Verfahrens siehe T. MORAIS-DA-COSTA, "Le droit constitutionnel: la protection des droits fondamentaux", in *Introduction au droit brésilien* (D. PAIVA DE ALMEIDA Hrsg.) L'Harmattan, 2006, S. 56-60.

²³⁵⁶ Zunächst in der Verfassung des Bundesstaates Yucatan von 1841 (Artikel 8, 9 und 62), dann in der Bundesverfassung vom 5. Februar 1857 (Artikel 101 und 102). Das erste *Amparo-Urteil* wurde am 13. August 1848 gefällt: Der Richter gab der Klage von Herrn Manuel Verastegui gegen eine Verbannungsanordnung des Gouverneurs eines der Unionsstaaten statt. Siehe A.-C. SEPULVEDA, a. a. O., S. 3.

²³⁵⁷ A.-C. SEPULVEDA, a. a. O., S. 4.

sofortige Wiederherstellung der Integrität des verletzten Verfassungsrechts"²³⁵⁸. Die Formulierung der Verfassungsbestimmungen, in denen die Existenz dieser Verfahren verankert ist, zeigt die Nähe des Mechanismus zu dem der einstweiligen Verfügung gegen die Grundfreiheit. In Venezuela heißt es in Artikel 49 der Verfassung: "Die Gerichte schützen jeden Einwohner der Republik im Genuss und in der Ausübung der verfassungsmäßigen Rechte und Garantien, die die Verfassung in Übereinstimmung mit dem Gesetz festlegt. Das Verfahren wird kurz und summarisch sein, und der zuständige Richter hat die Befugnis, die verletzte Rechtslage unverzüglich wiederherzustellen"²³⁵⁹. In Kolumbien heißt es in Artikel 86 der Verfassung: "Jedermann steht die Vormundschaftsklage zur Verfügung, um vor dem Richter zu jeder Zeit und an jedem Ort in einem privilegierten und summarischen Verfahren durch sich selbst oder durch jemanden, der in seinem Namen handelt, den sofortigen Schutz seiner Verfassungs- und Grundrechte unter allen Umständen zu verlangen, unter denen diese durch die Handlung oder Unterlassung irgendeiner öffentlichen Behörde verletzt oder bedroht werden (...)"²³⁶⁰. In Chile ist die Schutzklage in Artikel 20 der Verfassung verankert: "Wer aufgrund willkürlicher oder rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen in der rechtmäßigen Ausübung seiner Rechte und Garantien (...) beraubt, gestört oder bedroht wird, kann sich persönlich oder durch seine Vertreter an das jeweilige Berufungsgericht wenden, das unverzüglich die Bestimmungen erlässt, die es für notwendig erachtet, um das Recht wiederherzustellen und den legitimen Schutz des Betroffenen zu gewährleisten, unbeschadet aller anderen Rechte, die er vor der entsprechenden Behörde oder den entsprechenden Gerichten geltend machen kann"²³⁶¹. In Peru sieht Artikel 295 der Verfassung Folgendes vor: "Eine Handlung oder Unterlassung einer Behörde, eines Beamten oder einer anderen Person, die die persönliche Freiheit beeinträchtigt oder bedroht, führt zu einer *Habeas-Corpus-Klage*. Die *Amaroklage* schützt die anderen von der Verfassung anerkannten Rechte, die von einer Behörde, einem Beamten oder einer Person verletzt oder bedroht werden."²³⁶². Diese Bestimmungen werden durch unterverfassungsrechtliche Texte präzisiert, die die praktischen Modalitäten des Verfahrens organisieren. In Argentinien heißt es in Artikel 1^{er} des Gesetzes 16986: "Die *Amparo-Klage* ist zulässig gegen jede Handlung oder Unterlassung der öffentlichen Gewalt, die in gegenwärtiger oder drohender Form die Rechte oder Garantien, die von den nationalen Verfassungen ausdrücklich oder implizit anerkannt werden, mit Ausnahme der durch das *Habeas Corpus* geschützten persönlichen Freiheit, auf offensichtlich willkürliche oder rechtswidrige Weise verletzt, einschränkt, verändert oder bedroht."²³⁶³. In Uruguay sieht Artikel 1^{er} des Gesetzes Nr. 16011 Folgendes vor: "Jede natürliche oder juristische, öffentliche oder private Person kann die *Amparo-Klage* geltend machen, um sich gegen jede Handlung, Unterlassung oder jeden Sachverhalt von staatlichen oder mit dem Staat kollateralen Behörden sowie von Privatpersonen zu verteidigen, die, in gegenwärtiger und unmittelbar bevorstehender Form nach seinem Kriterium mit offensichtlicher Illegitimität eines seiner Rechte und Freiheiten, die ausdrücklich oder implizit von der Verfassung anerkannt sind, verletzt, einschränkt, verändert oder bedroht, mit Ausnahme der Fälle, in denen die Einlegung des *Habeas-Corpus-Rechtsmittels* zulässig ist"²³⁶⁴.

Außer in Chile und Costa Rica, wo das *Amparo* als paralleles Verfahren zu anderen Rechtsmitteln fungiert, das unbeschadet der anderen dem Antragsteller zur Verfügung stehenden Rechtsmittel ausgeübt werden kann, hat dieser Mechanismus subsidiären Charakter und kann nur angewandt werden, wenn es keinen anderen effektiven Schutzmechanismus gibt oder wenn die ordentlichen Gerichtsinstanzen erschöpft sind. Die Texte, die sie regeln, sehen jedoch vor, dass die Bedingung der Subsidiarität in dringenden und schwerwiegenden Fällen außer Kraft gesetzt wird und wenn die Verfahren des ordentlichen Rechts nicht zu einem ebenso zufriedenstellenden Ergebnis führen würden²³⁶⁵. In Bezug auf die anfechtbaren Maßnahmen wurde festgestellt: "Im Allgemeinen lassen alle

2358 P.M.E. SAMMARTINO, Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, S. 434. Unterstrichen.

2359 In diesem Land und gemäß Artikel 1^{er} des Organgesetzes *Amparo* über verfassungsmäßige Rechte und Garantien: "Jede natürliche Person, die im Hoheitsgebiet der Republik wohnt, oder jede juristische Person, die dort ihren Wohnsitz hat, kann bei den zuständigen Gerichten das in Artikel 49 der Verfassung vorgesehene *Amparo* beantragen, für den Genuss und die Ausübung der verfassungsmäßigen Rechte und Garantien, einschließlich derjenigen Grundrechte, die nicht ausdrücklich in der Verfassung enthalten sind, beantragen, damit die verletzte Rechtslage so weit wie möglich wiederhergestellt oder wiederhergestellt wird" (siehe R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, S. 1062-1063).

2360 Siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1073.

2361 Siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1081.

2362 Siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1068.

2363 Siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1067.

2364 Siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1069.

2365 In Argentinien ist es für eine *Amparo-Klage erforderlich*, dass alle gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft sind, um den Schutz des betreffenden Verfassungsrechts oder der Verfassungsgarantie zu erreichen. Wenn es diese gibt, ist das *Amparo* unzulässig, es sei denn, sie sind nicht geeignet, den Schaden zu beheben, und das Verfahren, das sie erfordern, könnte einen schweren und irreparablen Schaden verursachen (siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1067-1068). In Peru ist eine *Amparo-Klage* nur zulässig, wenn die zuvor bestehenden Wege ausgeschöpft wurden, so dass bei einer Verwaltungstätigkeit, die das Verfassungsrecht verletzt, zunächst die entsprechenden Verwaltungsverfahren ausgeschöpft werden müssen. Wenn jedoch die Gefahr besteht, dass die Erschöpfung des bereits bestehenden Weges den Angriff irreparabel macht, ist diese Bedingung der Erschöpfung der bereits bestehenden Wege nicht erforderlich (siehe R.A. BREWER CARIAS, *a. a. O.*, S. 1068). In Uruguay ist die *Amparo-Klage* nur zulässig, wenn es keine anderen gerichtlichen oder

Verfassungssysteme, die die Institution des *Amparo* etablieren, die *Amparo-Klage* gegen Verwaltungsakte und -tatsachen sowie gegen Unterlassungen der Verwaltung zu²³⁶⁶. Der Kreis der Rechtsuchenden ist weit offen: "Im Allgemeinen können sich alle natürlichen oder juristischen Personen der in den Verfassungsordnungen zum Schutz der Rechte und Freiheiten eingerichteten Rechtsbehelfe oder *Amparo-Klagen* bedienen"²³⁶⁷. Die Klage ist grundsätzlich autonom und wird vor dem territorial zuständigen Richter der ersten Instanz erhoben, mit Ausnahme von Chile und Costa Rica: Im ersten dieser Länder wird das *Amparo* direkt vor das Berufungsgericht, im zweiten vor den Obersten Gerichtshof gebracht. Die Verfassungstexte und Verfahrensgesetze sehen vor, dass der Richter den Fall mit äußerster Dringlichkeit untersuchen und sehr schnell entscheiden muss. In Kolumbien hat der Richter ab dem Zeitpunkt, an dem der Fall verhandlungsreif ist, fünf Tage Zeit, um eine Entscheidung zu treffen. Diese Frist wird für das Recht auf Leben und Unversehrtheit der Person, das Recht, von einem natürlichen Richter beurteilt zu werden, die Meinungsfreiheit und das Versammlungsrecht auf zwei Tage verkürzt²³⁶⁸. Die Befugnisse des Richters sind sehr weit formuliert und ermöglichen es ihm, die Handlung, die die Verletzung verursacht, zu neutralisieren oder Anordnungen an die öffentliche Behörde zu richten. In Mexiko, dem Land, in dem dieses Verfahren entwickelt wurde, heißt es beispielsweise: "Die Gewährung des *Amparo* führt zur Nichtanwendung der (besonderen oder allgemeinen) Norm, aber ihre Auswirkungen sind lediglich *inter partes*. Wenn die Verletzung auf eine positive Handlung zurückzuführen ist, können sie eine Anordnung an die beklagte Behörde darstellen, die Dinge wieder in den vorherigen Zustand zu versetzen, und wenn die Verletzung auf eine Unterlassung zurückzuführen ist, müssen die beklagten Behörden die gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Bestimmungen erfüllen."²³⁶⁹

574. Vergleichbare Verfahren wurden in Europa eingeführt. Die spanische Verfassung räumt dem Kläger das Recht ein, beim ordentlichen Richter Schutz zu beantragen, wobei er ein besonderes Verfahren anwenden kann, das auf den Grundsätzen der Priorität und Dringlichkeit - *preferencia y sumaria* - beruht, wenn es sich um ein sogenanntes erstrangiges Recht handelt. Das Gesetz 62/1978 vom 26. Dezember 1978 über den gerichtlichen Schutz der Grundrechte der Person, das als Übergangsregelung galt, enthielt in den Artikeln 6 bis 10 Regeln, die erheblich von den üblichen Regeln für Verwaltungsstreitigkeiten abwichen²³⁷⁰. Das Gesetz 29/1998 vom 13. Juli 1998 über die streitige Verwaltungsgerichtsbarkeit knüpft an diese Regelung an und bestätigt die Notwendigkeit, Streitigkeiten über schwere Verletzungen der Freiheitsrechte von den Regeln des allgemeinen Rechts auszunehmen²³⁷¹. In Portugal wurde mit dem Gesetz Nr. 15/2002 vom 22. Februar 2002 über die Verfahrensordnung der Verwaltungsgerichte ein autonomer Mechanismus eingeführt, der es ermöglicht, der Verwaltung ein positives oder negatives Verhalten aufzuerlegen, um die Ausübung der Rechte, Freiheiten und Grundgarantien zu gewährleisten²³⁷². In Fällen äußerster Dringlichkeit, d. h. bei einer unmittelbar bevorstehenden und unumkehrbaren Verletzung eines Rechts, einer Freiheit oder einer Garantie, können die Verfahrensfristen verkürzt werden oder es kann eine mündliche Anhörung beantragt werden, um innerhalb

administrativen Mittel gibt, mit denen das gleiche Schutz- oder *Amparo-Ergebnis* erzielt werden kann, oder wenn sie sich, falls es sie gibt, unter den gegebenen Umständen für den Schutz des verletzten Rechts als deutlich unwirksam erweisen (siehe R.A. BREWER CARIAS, a. a. O., S. 1069). Für *référé-liberty* gilt dieses Subsidiaritätserfordernis nicht. Dennoch ist die Situation dem gewöhnlichen *Amparo* sehr ähnlich, da der Antragsteller die Dringlichkeit der Situation und die Schwere der Verletzung geltend machen muss, um wirksam eingesetzt werden zu können - Bedingungen, die im *Amparo* die Aufhebung des Subsidiaritätserfordernisses ermöglichen.

2366 R.A. BREWER CARIAS, a. a. O., S. 1093.

2367 R.A. BREWER CARIAS, a. a. O., S. 1083.

2368 Nummer 6 des *autoacordado* vom 24. Juni 1992.

2369 C. RUIZ MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne: droit et politique", CCC Nr. 10, 2001, S. 91.

2370 Siehe P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, S. 35-67, insbesondere S. 66-67. Erstens: Während bei Verwaltungsstreitigkeiten nach allgemeinem Recht ein gerichtlicher Rechtsbehelf erst eingelegt werden kann, nachdem ein verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelf eingelegt wurde, wird dieses Erfordernis außer Kraft gesetzt und der gerichtliche Rechtsbehelf kann direkt eingelegt werden. Zweitens: "Während gerichtliche Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben, wird diese Regel außer Kraft gesetzt, wenn ein erstrangiges Recht betroffen ist: Sie wird automatisch außer Kraft gesetzt - d. h. der Rechtsbehelf setzt *de plano* die Anwendung des Verwaltungsakts aus -, wenn es sich bei dem angefochtenen Akt um eine Geldstrafe handelt, die in Anwendung des Gesetzes über die öffentliche Ordnung verhängt wird; sie wird in den anderen Fällen durch Entscheidung des Richters außer Kraft gesetzt, wobei dieser die Pflicht hat, Aussetzungen der Vollstreckung zu gewähren, außer wenn dies das Allgemeininteresse ernsthaft gefährden könnte" (P. BON, *op. cit.*, p. 67). Drittens verkürzt das Gesetz eine Reihe von Verfahrensfristen, um die Untersuchung und Entscheidung von Beschwerden zu beschleunigen, deren Dringlichkeit es proklamiert.

2371 Siehe J.G. PEREZ, *Commentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, 1998; P.P. TREMPES, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, 2004, 430 S.; L. ORTEGA et alii., "Spanien", *Towards a unified judicial protection of citizens in Europe (?)*. *Towards a common judicial protection of citizens in Europe (?)* (E. SPILIOPOULOS Hrsg.), Bruylant, European public Law series. Library of European Public Law, Vol. XIII, 2000, S. 647-666, Spez. S. 657; C. MIALOT, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en France et en Espagne*, Thèse Paris I, 2003, S. 99, S. 222-223.

2372 Siehe J. de CAMPOS AMORIM, "La nouvelle réforme du contentieux administratif portugais", *RFDA* 2005, S. 1159-1171, Spez. S. 1168.

von 48 Stunden ein Urteil zu erhalten²³⁷³. Die Anhörung des Klägers kann sogar über jedes andere Kommunikationsmittel erfolgen, wenn die besonderen Umstände dies erfordern.²³⁷⁴

Der *référé-liberté* weist ähnliche Merkmale wie diese Rechtswege auf. Aufgrund seines Gegenstands, seiner verfahrensrechtlichen Originalität und der Einzigartigkeit seines Mechanismus gehört er zweifellos zur Familie der gewöhnlichen *Amparo*.

²³⁷³ Artikel 111 Nr. 1 der Verfahrensordnung für Verwaltungsgerichte.

²³⁷⁴ Artikel 111 Nr. 2 der Verfahrensordnung für Verwaltungsgerichte.

Allgemeine Schlussfolgerung

"Die Möglichkeit für den Bürger, einen Richter zu finden, ist die erste der Freiheiten, weil sie die Garantie für alle anderen ist". 2375

575. Am Ende dieser Studie kann der Beitrag der grundlegenden einstweiligen Verfügung sowohl aus der Sicht des Einzelnen als auch aus der Sicht des Verwaltungsrichters beurteilt werden.

576. Die grundlegende einstweilige Verfügung gegen die Freiheit ist ein Erfolg. Zunächst einmal ist es ein Erfolg im Rechtsstreit, denn im Durchschnitt ist jede zehnte vor dem Verwaltungsgericht eingereichte einstweilige Verfügung eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit. Statistisch gesehen macht das Verfahren nach Artikel L. 521-2 1 % der Streitigkeiten aus, die jährlich bei den Verwaltungsgerichten anhängig sind²³⁷⁶. Dieser Anteil wird voraussichtlich deutlich sinken, da eine immer noch hohe Anzahl von Anträgen, die auf der Grundlage von Artikel L. 521-2 gestellt werden, offensichtlich nicht unter dieses Verfahren fallen. Der *référé-liberté* ist ein Erfolg, was die Wirksamkeit des Schutzmechanismus angeht. Innerhalb einer Frist von wenigen Tagen erreicht die Person, die Opfer eines schweren und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in die Grundfreiheiten ist, die sofortige und endgültige Einstellung der beanstandeten Handlungen.

Seine Wirksamkeit bei der Behebung unannehmbarer Situationen wird durch den in vielerlei Hinsicht exorbitanten und atypischen Charakter des eingeführten Verfahrens ermöglicht. Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes wurde entwickelt, um auf ernste Situationen zu reagieren, in denen sich die Verwaltung eines schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriffs in eine Grundfreiheit schuldig macht, der das Eingreifen eines Richters innerhalb von 48 Stunden erfordert. Sein strenger Anwendungsbereich - beschränkt auf die Grundfreiheiten - und seine drakonischen Anspruchsvoraussetzungen kennzeichnen eine Ausnahmesituation. Der Zugang zu diesem Rechtsweg muss denjenigen vorbehalten sein, die rechtmäßig nach einer Schutzmaßnahme suchen. Um schnell und effizient auf die besondere Situation, die durch Artikel L. 521-2 charakterisiert wird, zu reagieren und ihr die passende gerichtliche Antwort zu geben, wird die einstweilige Verfügung nach einem besonderen Verfahren organisiert, das sehr weitgehend vom allgemeinen Recht des Verwaltungsprozesses abweicht.

Dieser doppelte Ausnahmecharakter ist jedoch nichts als sehr normal. Sowohl in Frankreich als auch im Ausland weisen die Verfahren dieser Art alle die gleichen Merkmale auf: Verfahrensflexibilität für eine größere Schnelligkeit, erweiterte Befugnisse des Richters für eine größere Wirksamkeit, restriktive Bedingungen und Anwendungsbereich als Schutz vor einer Banalisierung. Alle Verfahren, die zur Familie des lateinamerikanischen *Amparo* oder gewöhnlichen *Amparo* gehören - zu der auch die einstweilige Verfügung gehört - weisen ähnliche Merkmale auf.

Die einstweilige Verfügung gegen die Grundfreiheit wird wenig genutzt, da die besonderen Situationen, für die sie konzipiert wurde, selten eintreten. Wenn sie jedoch eintreten, stellt die Existenz dieses Rechtsbehelfs eine wertvolle und unersetzliche Garantie für den wirksamen Schutz der Grundfreiheiten dar. Das von Maurice Hauriou vor mehr als einem Jahrhundert geforderte Verfahren existiert nun und macht den Rückgriff auf den Rechtsweg überflüssig, wenn nicht sogar die Existenz dieser Abweichung vom Grundsatz der Trennung von Verwaltungs- und Justizbehörden.

577. Innerhalb des streitigen Verwaltungsverfahrens ist die einstweilige Verfügung sozusagen zu einem *Modell* geworden. Nicht in dem Sinne, dass sie ein ideales Verfahren darstellt, auf das alle anderen Verfahren hinarbeiten sollten, sondern - wobei das Wort Modell hier im ursprünglichen Sinne gemeint ist - insofern, als sie eine eigene Art von Rechtsweg darstellt, dessen Verfahrensmerkmale als Referenz für die Definition anderer Verfahren herangezogen werden können. Dieser Modellcharakter kam 2005 bei der Festlegung des Verfahrensregimes für die "einstweilige Verfügung in Sachen Informatik und Freiheitsrechte" durch die Regulierungsbehörde zum Ausdruck. Die Existenz dieses Verfahrens ist im Grundsatz in Artikel 45 des geänderten Gesetzes Nr. 78-17 vom 6. Juli 1978 *über Informatik, Dateien und Freiheiten* vorgesehen, das aus Artikel 7 des Gesetzes Nr. 2004-801 vom 6. August 2004 hervorgegangen ist. Dieses Gesetz wurde mit zwei Zielen verabschiedet: zum einen die Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinie 95/46 vom 24. Oktober 1995 *zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr* in nationales Recht, zum anderen die Anpassung des Gesetzes

2375 J. DONNEDIEU DE VABRES, "La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France", *EDCE* 1949, S. 43.

2376 Siehe P. FOMBEUR, "Les Tribunaux administratifs dans la société française" (Die Verwaltungsgerichte in der französischen Gesellschaft), *AJDA* 2004, S. 628.

"Informatik und Freiheiten" an die sehr bedeutenden Umwälzungen, die die Informatik seit 1978 in der heutigen Gesellschaft erfahren hat. Zu diesem Zweck stärkt der neue Artikel 45 des Gesetzes von 1978 die Sanktionsbefugnisse der Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) im Rahmen ihrer Aufgaben der *nachträglichen* Kontrolle von Datenverarbeitungen²³⁷⁷. Vor allem aber, und das ist der Punkt, der uns interessiert, kann die CNIL im Falle einer schweren und unmittelbaren Verletzung der gesetzlich garantierten Rechte und Freiheiten den zuständigen Richter für einstweilige Verfügungen (Zivilrichter, wenn es sich um eine von einer Privatperson durchgeführte Verarbeitung handelt, Verwaltungsrichter bei von öffentlichen Diensten durchgeführten Verarbeitungen) anrufen, damit dieser, notfalls unter Zwangsgeld, die Sicherheitsmaßnahmen ergreift, die zum Schutz der Rechte von Personen erforderlich sind²³⁷⁸.

Da das Gesetz die Regelung dieses Rechtswegs nicht weiter präzisierete, war es Aufgabe der Verordnungsgeber, das Verfahren sowohl vor Verwaltungs- als auch vor Zivilgerichten im Einzelnen festzulegen. Bei der Festlegung der Verfahrensregeln wollte die Regierung dem eingeführten Rechtsweg bestimmte Merkmale verleihen, insbesondere - angesichts der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Interessen - eine extrem schnelle gerichtliche Intervention und die Möglichkeit, die betreffenden Handlungen sofort zu beenden. Anstatt ein neues Verfahren mit den entsprechenden Merkmalen zur Erreichung dieser Ziele einzuführen, entschied sich der Verordnungsgeber für das Referenzrecht, indem er beschloss, den neuen Rechtsbehelf einfach an den bereits erprobten und nachweislich schnellen und wirksamen Eingriff des Verwaltungsgerichts - den *référé-liberté* - anzulehnen. Daher wurde mit Artikel 81 des Dekrets Nr. 2005-1309 vom 20. Oktober 2005 im fünften Titel des Verwaltungsgerichtsgesetzes (Teil der Verordnung) ein Kapitel V mit dem Titel "Le référé en matière d'informatique et libertés" (Die einstweilige Verfügung in Sachen Informatik und Freiheiten) geschaffen, das einen Artikel R. 555-1 mit folgendem Wortlaut enthält: "Le référé en matière d'informatique et libertés" (Die einstweilige Verfügung in Sachen Informatik und Freiheiten): "Wenn der Verwaltungsrichter vom Präsidenten der nationalen Kommission für Informatik und Freiheiten auf der Grundlage von Artikel 45 III des Gesetzes Nr. 78-17 vom 6. Januar 1978 über Informatik, Dateien und Freiheiten mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung bezüglich der Durchführung einer Verarbeitung oder der Nutzung von personenbezogenen Daten durch den Staat, eine Gebietskörperschaft, jede andere öffentliche Person sowie jede private Person, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut ist, befasst wird, wird nach dem Verfahren der einstweiligen Verfügung gemäß den Bestimmungen von Artikel L. 521-2" - d. h. insbesondere, dass der Richter innerhalb von 48 Stunden entscheidet und jede Maßnahme anordnen kann, die zum Schutz der geschützten Rechte und Freiheiten erforderlich ist²³⁷⁹. Die beiden Hauptmerkmale des Verfahrens der einstweiligen Verfügung liegen in der Schnelligkeit des Eingreifens des Richters und - dank des Umfangs und der Flexibilität seiner Befugnisse - in der Wirksamkeit der gerichtlichen Reaktion. Indem der Text das für Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes geltende Verfahren eins zu eins übernimmt, stellt er sicher, dass der Richter der einstweiligen Verfügung "Informatik und Freiheiten" unter vergleichbar schnellen und wirksamen Bedingungen eingreifen wird.

578. Ist es nicht paradox, den einstweiligen Rechtsschutz als Vorbild zu betrachten, wo doch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, wie einige Kommentatoren meinen, diesen Rechtsbehelf verurteilt und, genauer gesagt, seine Wirksamkeit in der Entscheidung *Gebremedhin* vom 26. April 2007 in Frage gestellt hat²³⁸⁰. Auch wenn eine etwas voreilige Lektüre dieser Entscheidung zu einem solchen Urteil führen könnte, zeigt eine genauere Analyse, dass sie in Wirklichkeit nicht speziell die einstweilige Verfügung betrifft, sondern vielmehr eine Lücke im gesamten französischen Prozessrecht, nämlich die fehlende aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln, die einem Asylbewerber an der Grenze offen stehen, dessen Antrag von der Verwaltung als offensichtlich unbegründet eingestuft wird, während der Betreffende der Meinung ist, dass er im Land der Rückführung einer

²³⁷⁷ Die Skala der Vorrechte, die der unabhängigen Verwaltungsbehörde zuerkannt werden, wird erheblich verstärkt. Die Kommission kann wie unter dem Gesetz von 1978 Verwarnungen gegen Rechtsverletzer verhängen. Sie kann aber auch nach einem kontradiktorischen Verfahren und wenn eine vorherige Mahnung erfolglos geblieben ist, Geldstrafen verhängen oder zuvor erteilte Genehmigungen widerrufen. In dringenden Fällen kann der Ausschuss, wenn die Durchführung einer Verarbeitung eine Verletzung der gesetzlich garantierten Rechte und Freiheiten zur Folge hat, vorläufige Maßnahmen zur Unterbrechung der Verarbeitung oder zur Sperrung bestimmter Daten anordnen oder, wenn es sich um Verarbeitungen im Zusammenhang mit hoheitlichen Tätigkeiten handelt, den Premierminister befragen, damit dieser geeignete Maßnahmen ergreift.

²³⁷⁸ Artikel 45-III des Gesetzes vom 6. Juli 1978 in seiner geänderten Fassung: "Im Falle einer schwerwiegenden und unmittelbaren Beeinträchtigung der in Artikel 1 genannten Rechte und Freiheiten [d. h. der Achtung der menschlichen Identität, der Menschenrechte, des Privatlebens sowie der individuellen oder öffentlichen Freiheiten] kann der Vorsitzende der Kommission im Wege der einstweiligen Verfügung bei dem zuständigen Gericht beantragen, gegebenenfalls unter Androhung eines Zwangsgeldes alle Sicherheitsmaßnahmen anzuordnen, die für den Schutz dieser Rechte und Freiheiten erforderlich sind".

²³⁷⁹ Bezüglich der einstweiligen Verfügung, die gegen Beeinträchtigungen eröffnet wird, die Privatpersonen zuzurechnen sind, die nicht mit der Verwaltung eines öffentlichen Dienstes betraut sind, sieht Artikel 82 des Dekrets Folgendes vor: "Der Präsident des Landgerichts oder der von ihm beauftragte Richter entscheidet nach den Bedingungen der Artikel 484 ff. der Neuen Zivilprozessordnung" (Artikel R. 312-4 des Gerichtsverfassungsgesetzes).

²³⁸⁰ EGMR, 26. Apr. 2007, Nr. 25389/05, *Gebremedhin vs. Frankreich*, *Procédures* 2007, comm. n° 150, note S. DEYGAS; *Les cahiers juridiques* Nr. 112, Juni/Juli 2007, S. 24-26, Anm. D. PIÉ'TTE.

Gefahr der Art ausgesetzt ist, wie sie von Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention abgedeckt wird.

Es sei daran erinnert, dass sich ein Ausländer auf französischem Hoheitsgebiet befinden muss, um beim OFPRA einen Asylantrag zu stellen. Wenn er also an der Grenze auftaucht, kann er nur dann einen Asylantrag stellen, wenn ihm zuvor Zugang zum Hoheitsgebiet gewährt wurde. Wenn er nicht über die erforderlichen Dokumente verfügt, muss er einen Asylantrag stellen. Er wird dann so lange im "Wartebereich" festgehalten, bis das Innenministerium geprüft hat, ob der Asylantrag, den er stellen will, "offensichtlich unbegründet" ist oder nicht. Wenn die Verwaltung den Asylantrag für "offensichtlich unbegründet" hält, lehnt sie den Antrag des Betroffenen auf Einreise ab.

Die zentrale Frage, die dem Straßburger Gerichtshof im *Gebremedbin-Urteil* vorgelegt wurde, war, ob die Rechtsbehelfe, die einem abgelehnten Asylbewerber an der Grenze zur Verfügung stehen, wirksam sind, wenn der Staat beschließt, den Betroffenen in ein Land zurückzuschicken, in dem es ernsthafte Gründe für die Annahme gibt, dass er einem Risiko ausgesetzt ist, das nach Artikel 3 der Konvention qualifizierbar ist. In einem solchen Fall verlangt der Europäische Gerichtshof, dass die dem Antragsteller offen stehenden Rechtsbehelfe von Rechts wegen aufschiebenden Charakter haben.²³⁸¹

Der Gerichtshof stellt fest, dass das französische Prozessrecht diese Anforderung für den abgelehnten Grenzasyllbewerber, der die ministerielle Entscheidung über die Nichtzulassung anfechtet, nicht erfüllt. Keiner der Rechtsbehelfe, die dem Beschwerdeführer offen stehen, sei es die Klage wegen Überschreitung der Befugnisse, die einstweilige Verfügung gegen die Aufhebung oder die einstweilige Verfügung gegen die Freiheit, hat von Rechts wegen eine aufschiebende Wirkung. Auch wenn dem Asylbewerber an der Grenze mit der einstweiligen Verfügung "ein Verfahren zur Verfügung steht, das auf den ersten Blick ernsthafte Garantien bietet", stellt der Gerichtshof "dennoch fest, dass die Anrufung des Richters für einstweilige Verfügungen keine aufschiebende Wirkung von Rechts wegen hat, so dass der Betroffene völlig legal weitergeleitet werden kann, bevor der Richter entschieden hat (...)" (§ 65). Folglich kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass das französische Recht in diesem Punkt nicht konventionskonform ist: "Da der Beschwerdeführer in der "Wartezone" keinen Zugang zu einem Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung von Rechts wegen hatte, verfügte er nicht über einen "wirksamen Rechtsbehelf", um seine Beschwerde aus Artikel 3 der Konvention geltend zu machen. Es liegt daher eine Verletzung von Artikel 13 der Konvention in Verbindung mit dieser Bestimmung vor".

Welche Lehre lässt sich aus diesem Urteil ziehen? Nicht, wie einige Kommentatoren vermuten lassen, dass der *référé-liberté* generell ein nicht effektiver Rechtsbehelf ist.²³⁸² Wenn man zu dem Schluss kommen kann, dass der durch Artikel L. 521-2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes eröffnete Rechtsbehelf nicht effektiv ist, dann nur, wenn dieser Rechtsbehelf nicht nur von einem abgelehnten Grenzbewohner eingelegt wird, sondern wenn der Betroffene darüber hinaus begründet, dass er ein Risiko der Art eingeht, die von Artikel 3 der Konvention abgedeckt ist. Der Gerichtshof verurteilt die einstweilige Verfügung nicht außerhalb dieses speziellen Bereichs; außerdem verurteilt er, selbst in dieser sehr präzisen Hypothese, nicht speziell oder spezifisch dieses Verfahren, sondern allgemein das Fehlen der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln, die gegen eine ministerielle Entscheidung über die Verweigerung der Einreise eingelegt werden. Folglich verlangt dieses Urteil nicht an sich eine Reform dieses Verfahrens, sondern entweder die Einführung eines speziellen Verfahrens in diesem Bereich mit aufschiebender Wirkung oder, einfacher, die Anerkennung einer aufschiebenden Wirkung für alle in diesem Bereich eingelegten Rechtsmittel, unabhängig davon, ob es sich um eine Klage wegen Überschreitung der Befugnisse, eine einstweilige Verfügung gegen die Aussetzung oder eine einstweilige Verfügung gegen die Freiheit handelt.

579. Dieses Verfahren ist und bleibt ein Symbol. Anlässlich eines Kolloquiums vor dem Inkrafttreten der Reform sagte Professor Moderne: "Von allen durch das Gesetz vom 30. Juni 2000 eingeführten *référés* war das *référé-liberté* zweifellos das am meisten erwartete Verfahren. Es ist sehr wahrscheinlich, dass er in den Augen der öffentlichen Meinung am deutlichsten das tatsächliche Aggioramento der Verfahren für verwaltungsrechtliche einstweilige Verfügungen markieren und ihre Fähigkeit, den Bestrebungen der heutigen Gesellschaft nach einer die Freiheiten schützenden, schnellen und effizienten Verwaltungsjustiz angemessen zu entsprechen, bestätigen wird"²³⁸³. So wurde die *référé-liberté* am Vorabend ihrer Einführung präsentiert: das Emblem einer erneuerten

²³⁸¹ § 58 der Entscheidung. Dies ist auch die Position des Ausschusses der Vereinten Nationen gegen Folter (siehe Empfehlung CAT/C/FRA/CO/3 vom 3. April 2006, § 7; zugänglich unter <http://www.unhcr.ch>). Ebenso hat in Frankreich die Nationale Beratende Kommission für Menschenrechte eine Empfehlung verabschiedet, die besagt: "Gegen jede Verweigerung der Einreise in das Hoheitsgebiet, die eine Maßnahme zur Zurückweisung des Asylbewerbers nach sich zieht, muss innerhalb einer angemessenen Frist ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung vor dem Verwaltungsgericht eingelegt werden können" ("Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France", 29. Juni 2006, § 6; zugänglich unter <http://www.commission-droits-homme.fr>).

²³⁸² So ist es laut Dorian Piette das "Regime" des *référé-liberté* selbst, das "durch das Urteil vom 26. April 2007 in Frage gestellt wird" (*op. cit.*, S. 26).

²³⁸³ F. MODERNE, "Le *référé-liberté* devant le juge administratif", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, S. 131.

Verwaltungsjustiz, die den Bestrebungen der Bürger entspricht²³⁸⁴. Als Symbol dieser Erneuerung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren "letzter und notwendiger Teil" die Eilverfahren waren²³⁸⁵, ermöglichte die grundlegende *référé-liberté* dem Verwaltungsrichter, seine Legitimität wiederzuerlangen, die durch die Krise nach dem Urteil des Konfliktgerichts vom 12. Mai 1997 ausgehöhlt worden war. Diese Entscheidung hatte die Einigungsbestrebungen der Verfechter des Rechtsprechungs dualismus geweckt²³⁸⁶. Die unzureichenden Befugnisse des Verwaltungsrichters gegenüber der Verwaltung waren eines der Hauptargumente für den Angriff auf das Fortbestehen einer getrennten Verwaltungsgerichtsbarkeit²³⁸⁷. Daher musste die Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie schon in früheren Krisen, reformiert werden, da sie sonst zunehmend in Frage gestellt und schließlich in ihrer Existenz bedroht werden würde. Wie Frau Bechtel nach dem Urteil vom 12. Mai 1997 betonte, "wird die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht auf dem Gebiet der theoretischen Kontroverse, sondern auf dem Gebiet des Beweises ihrer Verdienste selbst entschieden werden"²³⁸⁸.

Die Schaffung des *référé-liberté* und ganz allgemein die Verbesserung der Behandlung von Dringlichkeitsfällen vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit war die beste Antwort auf die Kritiker des Gerichts dualismus. In diesem Sinne hatte Frau Lepage bemerkt: "Angesichts der zunehmenden Anfechtung der Existenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit versteht es sich von selbst, dass diese nur insoweit gerechtfertigt werden kann, als sie dazu berufen ist, den Verwaltungsbediensteten die gleichen Garantien zu geben, die ihnen durch das Gerichtsverfahren verliehen würden"²³⁸⁹. Professor Chapus selbst hatte lange vor dieser Krise erklärt, dass eine bessere Reaktion auf Dringlichkeit "sich auf die Institution der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst auswirken würde, deren Bedeutung sie erhöhen und gleichzeitig ihre Glaubwürdigkeit und Legitimität stärken würde"²³⁹⁰. Dank der Reform des einstweiligen Rechtsschutzes hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre Effizienz unter Beweis gestellt und gezeigt, dass sie in der Lage ist, die Grundfreiheiten unter sehr effizienten Bedingungen zu schützen. Wie M. Wachsmann feststellte: "Indem der Gesetzgeber dem Verwaltungsrichter, der im einstweiligen Rechtsschutz entscheidet, Befugnisse für ein schnelles Eingreifen im Fall der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und *erst recht* im Fall der Verletzung einer Grundfreiheit

2384 Die Modernisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit begann Ende der 1980er Jahre, um der schweren Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit entgegenzuwirken, die durch die Flut von Klagen immer mehr überlastet wurde und deren Langwierigkeit von den Bürgern immer weniger toleriert wurde. Diese Krise führte zu verschiedenen wichtigen Neuerungen: Umstrukturierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Schaffung von Berufungsgerichten und die Stärkung der regulierenden Rolle des Staatsrats, Ausweitung und Banalisierung von Summaryverfahren und Erweiterung der Befugnisse des Richters durch die Verwendung von Anordnungen und Substitutionen. Zu dieser Metamorphose der Verwaltungsgerichtsbarkeit siehe R. DRAGO, "Un nouveau juge administratif", in *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, S. 451-462.

2385 B. STIRN, "La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes", *RA* 1999, Sondernummer 7, S. 138.

2386 Vgl. oben, § 26. Für eine Darstellung dieses wiederkehrenden Themas siehe aus der umfangreichen Literatur A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 183, 1996, S. 310 ff.; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, LGDJ, 1999, 516 S.; B. PACTEAU, "Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif", *RA* 2000, Sondernummer 3, S. 91-105; *AJDA* 2005, S. 1760 ff., Sonderdossier "L'avenir du dualisme juridictionnel" (Die Zukunft des Gerichtsbarkeits dualismus).

2387 Die anderen Argumente, die gegen den Dualismus der Rechtsprechung vorgebracht wurden, waren nicht wirklich von Bedeutung. Das am häufigsten vorgebrachte Argument ist, dass die Existenz einer separaten Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Einzelnen unlösbare Schwierigkeiten bei der Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit mit sich bringen würde. Wie Präsident Woehrling jedoch betont, "handelt es sich hierbei in Wirklichkeit um ein Scheinproblem: Zwar widmen die Lehrbücher des Verwaltungsrechts dieser Frage endlose Ausführungen, doch statistisch gesehen ist sie nicht von erheblicher Bedeutung. In der täglichen Praxis der Rechtsstreitigkeiten sind Klagen, die ein schwieriges Problem der Zuständigkeit aufwerfen, selten. Au demeurant, supprimer la justice administrative aboutirait à transférer les difficultés de répartition de compétence au sein de la juridiction judiciaire, avec les mêmes inconvénients ou presque pour les justiciables, puisque ce transfert n'irait pas sans création de structures spéciales au sein de cette juridiction" (J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, S. 350-351). Zweitens wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit als eine Ausnahmejustiz dargestellt, deren Existenz keinem anderen Zweck als der Wahrung der Interessen der Verwaltung dient. Diese Darstellung mag in der Zeit der Gründung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Realität entsprochen haben, ist aber heute völlig anachronistisch. Wie Pacteau feststellt, hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit "die Eigenschaften verloren, die sie einst ablehnten und abstoßen ließen. Sie hat sich vom Instrument und Beschützer der Macht zur ersten unserer Gegenmächte entwickelt. Geboren, um den Staat zu beruhigen, lässt sie ihn heute zittern, seine Institutionen zittern, seine Menschen zittern, seine Handlungen zittern, seine Finanzen zittern" (B. PACTEAU, a. a. O., S. 93).

2388 M.-F. BECHTEL, "Le juge administratif, protecteur des droits et libertés", *RFAP* juillet-septembre 1997, n° 83, S. 530.

2389 C. LEPAGE, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *Coll. ter.* 2000, Chron. Nr. 7, S. 5.

2390 R. CHAPUS, "Le juge administratif face à l'urgence", in *L'administration et son juge*, PUF, Coll. Doctrine juridique, 1999, S. 292. Siehe in diesem Sinne auch: F. THIRIEZ und A. LYON-CAEN, "Pour un vrai 'référé' administratif", *Le Monde* 26. Februar 1998, S. 13; J.-P. COSTA, "L'image du Conseil d'Etat dans la société de demain", *RA* 1998, Nr. 301, S. 54-60; J.-P. COSTA, "L'effectivité de la justice administrative", *RA* 1999, Sondernummer 8, S. 137; M. GENTOT, "La réforme du contentieux administratif", *RFAP* Nr. 84, 1997, S. 609-617.

gibt, entwaffnet er diejenigen, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit bekämpfen, indem sie die Unzulänglichkeit der Garantien anprangern, die sie den Rechtsuchenden bietet"²³⁹¹. In Anbetracht der Befugnisse, über die er verfügt, und der Verfahrensbedingungen, unter denen er sie ausübt, entspricht der Verwaltungsrichter nun den Erwartungen der Gesellschaft.

580. "Von Natur aus zerbrechlich, verdienen die Freiheiten eine ständige Aufmerksamkeit"²³⁹². Der Verwaltungsrichter, der sich nicht selbst einschalten kann, hat nicht die Aufgabe, diese Aufgabe der Wachsamkeit selbst zu übernehmen. Diese Aufgabe obliegt in erster Linie den Bürgern und, allgemeiner, natürlichen und juristischen Personen, die sich als Opfer von Verletzungen durch die Verwaltung fühlen. Wenn sie sich jedoch an den Richter für einstweilige Verfügungen wenden und einen wirklich schwerwiegenden und offensichtlich rechtswidrigen Eingriff in die Grundfreiheiten begründen, finden sie in ihm einen bemerkenswert effektiven Verteidiger ihrer Freiheiten.

Alle Zutaten sind vorhanden, um dieses Verfahren langfristig zu etablieren. Zum einen ist das Verfahren der einstweiligen Verfügung ein flexibles Instrument. Dank einer besonders weit gefassten Formulierung der Bestimmungen, die sie regeln, und einer weit gefassten Formulierung der Befugnisse des Richters kann und wird sich das Verfahren nach Artikel L. 521-2 an die unterschiedlichsten Situationen, die auftreten können, anpassen. Seine Möglichkeiten sind beträchtlich und zum Teil noch unerforscht. Andererseits ist die einstweilige Verfügung zu einem unersetzlichen Instrument geworden, das seine Nützlichkeit und Wirksamkeit bei der Bewältigung der besonderen Situationen, für die es konzipiert wurde, unter Beweis gestellt hat. Sie hat ihren Platz in der Architektur der Rechtswege gefunden, die natürlichen und juristischen Personen gegen die Handlungen und Aktionen der öffentlichen Hand offen stehen: den eines flexiblen, schnellen und effizienten Verfahrens, das es ermöglicht, auch die unannehmbaren Situationen sofort zu beheben.

581. Georges Burdeau schrieb, dass "man die Wirksamkeit des Rechtsstaats am Grad der Perfektion der Verfahren, die ihn gewährleisten, messen kann"²³⁹³. Indem das Verfahren nach Artikel L. 521-2 die juristische Technik in den Dienst der Freiheiten stellt, wie es dies tut, leistet es einen bedeutenden Beitrag zur Festigung der Rechtsstaatlichkeit.

²³⁹¹ P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", a. a. O., S. 103.

²³⁹² B. STIRN, "L'état des libertés : bilan critique", *Pouvoirs* Nr. 84, 1998, S. 99.

²³⁹³ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1972, S. 78, zitiert von S. TSIKLITRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, S. 1.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	2
Einführung	4
I. Die Gründe für seine Annahme	6
A. Ein unbefriedigtes Bedürfnis nach Rechtsschutz	8
1. Die Ohnmacht der Verwaltungsgerichtsbarkeit	8
2. Die Attraktivität der gerichtlichen einstweiligen Verfügung	12
3. Ein altes Problem	14
B. Voraussetzungen für seine Gründung	15
1. Ein günstiger Kontext	15
2. Eine mögliche Erstellung	18
II. Die Schritte zu seiner Verabschiedung	20
A. Das auslösende Ereignis: Das Urteil vom 12. Mai 1997	20
B. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe: Die Alternative zwischen zwei Varianten der einstweiligen Verfügung	23
C. Die Entscheidung der Regierung: die Wahl des référé-liberté	25
D. Parlamentarische Verbesserungen	26
III. Die Schwerpunkte der Forschung	27
A. Die gewählte Formel und die Bezeichnung des Verfahrens	27
B. Ein beliebtes Verfahren	30
C. Die Philosophie des grundlegenden référé-liberté	31
Teil I Ein für Ausnahmesituationen konzipiertes Verfahren	34
Titel I Die Infragestellung einer "Grundfreiheit"	37
Kapitel 1 Ein nicht von vornherein festgelegter Anwendungsbereich: Der offene und formbare Charakter des Begriffs der Grundfreiheit	40
Abschnitt 1 Ein unbestimmter Rechtsbegriff	40
I. Ein hoher Unbestimmtheitskoeffizient	41
A. In der französischen Rechtsordnung	44
1. Die streitige Verwendung des Begriffs	44
2. Die symbolische Verwendung des Begriffs	45
B. Außerhalb der französischen Rechtsordnung	48
1. Übereinstimmung von Verfassungsmäßigkeit und Fundamentalität	48
2. Keine Übereinstimmung zwischen Verfassungsmäßigkeit und Fundamentalität	51
II. Ein vom Gesetzgeber nicht definierter Begriff	52
A. Ein abwesender Gesetzgeber	53
B. Bruchstückhafte Angaben	54
C. Ein dem Richter anvertrauter Begriff	57
Abschnitt 2. Ein Rechtsbegriff in den Händen des Richters	57
I. Der Wortlaut des Gesetzes	61
A. Das Prädikat "Freiheit"	62
B. Das Adjektiv "grundlegend"	64
1. Unverfügbare Freiheiten	65
2. Wesentliche Freiheiten	67
II. Die Gleichgültigkeit der rechtlichen und doktrinären Qualifikationen	69
III. Die Forderung nach konzeptioneller Kohärenz	71
IV. Eine unterschiedliche Bedeutung von verwandten Begriffen	72
A. Menschenrechte und individuelle Rechte und Freiheiten	73
B. Öffentliche Freiheiten	76
C. Grundlegende Freiheiten	79
Schlussfolgerung von Kapitel 1	79
Kapitel 2 Eine breite Definition des Begriffs der Grundfreiheit	81
Ein breiter, eigenständiger und kasuistischer Ansatz	81

Versuch einer Systematisierung	84
Abschnitt 1. Freiheit: ein subjektives öffentliches Recht	87
I. Eine rechtliche Verpflichtung zu Lasten der Verwaltung	88
A. Eine Rechtsnorm	88
B. Eine Rechtsnorm, die der Verwaltung direkt entgegengehalten werden kann	92
1. Das Erfordernis einer direkten Wirkung	93
2. Drei Situationen	95
a. Direkte Wirkung	95
b. Keine direkten Auswirkungen	96
c. Keine direkte Wirkung, legislative Umsetzung	99
II. Ein vororientiertes individuelles Interesse	103
A. Ein abstrakt identifiziertes Interesse	103
1. Das Vorhandensein eines individuellen Interesses	103
2. Die Überwindung klassischer Schemata	105
B. Der geschützte Gegenstand	106
1. Eine Aktivität (tun)	106
2. Eine Eigenschaft oder Position des Subjekts (sein)	109
3. Eine Leistung (haben)	110
C. Die Art der Verwirklichung der Freiheiten	111
III. Ein identifizierter Empfänger	112
A. Natürliche Person	113
B. Juristische Person	114
Abschnitt 2. Das Kriterium der Fundamentalität	117
I. Fundamentalität ist nicht an eine Quelle gebunden	117
A. Die Vielfalt der Quellen	117
B. Materielle Quellen	119
II. Fundamentalität ist eine Eigenschaft	120
A. Verfassungsnormen sind notwendigerweise fundamental (formale und materielle Fundamentalität)	121
B. Unterkonstitutionelle Freiheiten können grundlegend sein (ausschließlich materielle oder substantielle Fundamentalität)	124
Schlussfolgerung von Kapitel 2	127
Kapitel 3 Die Definition des Inhalts der verschiedenen Grundfreiheiten: ein bereichernder Ansatz	129
Abschnitt 1. Die definitorische Operation: Notwendigkeit und Zwänge	129
Abschnitt 2. Eine breite Definition	133
I. Eine Definition im Einklang mit dem geltenden Recht	133
II. Eine breite, konkrete und extensive Definition	135
Abschnitt 3. Das Gegenbeispiel der Zustimmung zu medizinischer Versorgung	140
I. Ein absolutes Prinzip für den Gesetzgeber	141
A. Die Unsicherheiten der klassischen Regulierung	141
B. Die Verankerung eines absoluten Prinzips im Jahr 2002	143
II. Ein relativer Grundsatz für den Richter	145
Abschluss von Titel I	149
Titel II Drakonische Bedingungen für die Gewährung	150
Kapitel 1 Die schwere und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung einer Grundfreiheit	153
Abschnitt 1 Eine Beeinträchtigung	154
I. Die Merkmale der Beeinträchtigung	154
A. Die Infragestellung des durch die Grundfreiheit geschützten Objekts (rationae materiae)	154
1. Ein Eingriff in den durch eine Grundfreiheit geschützten Bereich	155
2. Maßnahmen, die nicht geeignet sind, eine Grundfreiheit zu beeinträchtigen	157
B. Die Infragestellung des Nutznießers der Grundfreiheit (rationae personae)	160
C. Eine konstituierte Beeinträchtigung (rationae temporis)	161
II. Der Ursprung der Beeinträchtigung	163
Abschnitt 2. Eine schwere Beeinträchtigung	165
I. Das Erfordernis der Schwere: eine eigenständige Bedingung	165
II. Die Elemente, die die Schwere kennzeichnen können	166

A. Die Auswirkungen der Maßnahme	166
B. Die Haltung der Verwaltung	170
II. Elemente, die den Ernst der Lage mildern können	171
A. Das Verhalten des Antragstellers	171
B. Das rechtliche Umfeld	172
Abschnitt 3. Eine offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung	174
I. Die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung	175
A. Die Bedingungen für Rechtswidrigkeit	175
1. Die Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung	175
2. Eine ungerechtfertigte und/oder unverhältnismäßige Beeinträchtigung	176
B. Die Rechtswidrigkeit der Aktion	179
C. Die Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Enthaltung	184
II. Die Offenkundigkeit der Rechtswidrigkeit	190
A. Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit	190
B. Eine schwer zu erfüllende Forderung	194
Kapitel 2 Ein extremer Notfall	198
Abschnitt 1. Die Notwendigkeit einer Intervention nach 48 Stunden	199
I. Das anfängliche Fehlen der Einzigartigkeit des Begriffs	199
II. Die Bekräftigung einer besonderen Dringlichkeit	202
III. Das Erfordernis einer unmittelbar bevorstehenden Dringlichkeit	205
Abschnitt 2. Die Elemente, die die Dringlichkeit begründen können	208
I. Der schwere und offensichtlich rechtswidrige Eingriff in eine Grundfreiheit	209
II. Die Möglichkeit, Dringlichkeit zu qualifizieren, wenn es keine Verletzung einer Freiheit gibt	213
Abschnitt 3. Elemente, die eine Dringlichkeit ausschließen können	215
I. Das Verhalten des Antragstellers	216
II. Das vom Beklagten verfolgte allgemeine Interesse	218
Kapitel 3 Eine Verwaltung, die in Ausübung ihrer Befugnisse handelt	222
Abschnitt 1 Eine Bedingung, die die administrative Rechtsdurchsetzung schützen soll	222
I. Der Wille, den faktischen Rechtsweg zu erhalten	222
II. Der Bereich der administrativen Zwangsmaßnahmen	224
Abschnitt 2. Eine Bedingung ohne Konsistenz	225
I. Das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen in Fällen von Rechtsverletzungen durch Verfahrensmängel	226
II. Das Eingreifen des Richters für einstweilige Verfügungen in Fällen von Rechtsbeugung durch Rechtsmangel	227
Abschluss von Titel II	230
Schlussfolgerung des ersten Teils	231

Teil II Schneller und wirksamer Rechtsschutz **234**

Titel I Eine Möglichkeit zur sofortigen Intervention	238
Kapitel 1 Ein zugänglicher Richter	238
Abschnitt 1 Ein Richter, der dem Antragsteller nahe steht	238
I. Ein Verwaltungsrichter	239
A. Das Interesse an einem Verwaltungsrichter	239
B. Bestimmung der materiellen Zuständigkeit	241
II. Ein Richter aus der Praxis	243
Abschnitt 2. Eine erleichterte Antragstellung	246
I. Eine Vereinfachung des Formalismus bei der Einreichung der Klageschrift	246
II. Die Zulässigkeitsregeln bezüglich des Klägers und der Klagefrist	248
A. Eine klassische Beurteilung des Rechtsschutzinteresses	249
B. Eine liberale Beurteilung der Vertretungsregeln	251
C. Eine flexible Beurteilung der Klagefrist	252
III. Eine kohärente Gliederung mit anderen Gerichtsverfahren	254
A. Das begrenzte Spiel der Einrede der Parallelbeschwerde	255
1. Das Prinzip: Die Möglichkeit der Kumulierung	255
2. Die Ausnahme: Die Verpflichtung, den Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung einzulegen	256

B. Die Möglichkeit der Kumulierung von Klagen: das Erfordernis getrennter Anträge	258
IV. Der erweiterte Bereich anfechtbarer Handlungen und Verhaltensweisen	261
A. Der Richter der einstweiligen Verfügung, ein Richter der Rechtslage	261
B. Die Möglichkeit, negative Handlungen anzufechten, als Hebel für eine indirekte horizontale Wirkung der Grundfreiheiten	267
Kapitel 2 Ein schneller Richter	271
Abschnitt 1. Der Einzelrichter als unverzichtbares Instrument der Beschleunigung	271
I. Die Notwendigkeit des allein entscheidenden Richters	271
II. Die Eigenschaft als Richter für einstweilige Verfügungen	273
A. Ein erfahrener Einzelrichter	273
B. Die Unparteilichkeit des Richters in einstweiligen Verfügungen und die Frage der Ämterkumulation	275
Abschnitt 2. Die Ablehnung von aussichtslosen Anträgen ohne Untersuchung	277
I. Das Vorhandensein eines Vorfilters: das Verfahren zur Sortierung von Anträgen	277
II. Die Umsetzung der Sortierung	279
III. Die Beschwerde gegen Sortieranordnungen	284
A. Das Rechtsmittelverfahren	284
B. Gegenstand und Umfang der Kassationsprüfung	285
1. Die äußere Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses	286
2. Die interne Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses	286
C. Das Urteil des Kassationsrichters	289
Abschnitt 3. Die Entscheidung über Anträge von ernsthaftem Interesse innerhalb von 48 Stunden	290
I. Eine Urteilsfrist von 48 Stunden	290
A. Eine durch den Ernst der Lage bedingte Kürze	290
B. Anpassungen aufgrund der Forderung nach extremer Schnelligkeit	294
II. Eine ausdrückliche Anweisung	295
A. Die einleitende Phase der Beweisaufnahme	295
B. Die mündliche Phase der Beweisaufnahme	298
C. Der Abschluss der Untersuchung	300
III. Das Urteil	303
A. Der Inhalt der Entscheidung	303
B. Das Wirksamwerden der Entscheidung	306
Abschluss von Titel I	306
Titel II Eine wirksame Reaktionsfähigkeit	308
Kapitel 1 Effektivität aufgrund der Möglichkeit, die richtige Maßnahme zu wählen	308
Abschnitt 1 Eine sehr weit gefasste Definition der Befugnisse des Richters in einstweiligen Verfügungen	309
I. Eine Macht, die durch das Fehlen offensichtlicher Grenzen gekennzeichnet ist	309
A. Eine lediglich finalisierte Macht	309
B. Eine Entscheidungsbefugnis	310
II. Das Erfordernis der Vorläufigkeit der angeordneten Maßnahmen	314
A. Eine zum Prinzip erhobene Forderung	314
B. Eine Anforderung, die in Notfällen außer Kraft gesetzt wird	317
Abschnitt 2. Zwei Modalitäten der Intervention	321
I. Das überzeugende oder abschreckende Eingreifen des Richters in einstweiligen Verfügungen	322
A. Zufriedenheit vor der Anhörung: die abschreckende Rolle des Richters	322
B. Zufriedenheit während der Anhörung: die überzeugende und versöhnliche Rolle des Richters	324
II. Die Verhängung einer verbindlichen Maßnahme	329
A. Die Auswahl der richtigen Sicherungsmaßnahme	329
1. Die Aussetzung der Vollstreckung	330
2. Die bedingte Ablehnung	331
3. Die einstweilige Verfügung	334
a. Eine zutiefst neue Macht	334
b. Die Ausübung der Anordnungsbefugnis	338
B. Die Begleitung der Sicherungsmaßnahme	342

1. Die Erklärung _____	342
2. Die Behörde _____	347
Schlussfolgerung von Kapitel 1 _____	351
Kapitel 2 Wirksamkeit aufgrund der Dauerhaftigkeit der ergriffenen Maßnahmen _____	353
Abschnitt 1. Die Möglichkeit einer Infragestellung durch den Berufungsrichter _____	353
I. Das Prinzip der Berufung: eine parlamentarische Initiative _____	354
II. Die Regelung der Berufung _____	356
Abschnitt 2. Die unwahrscheinliche Anfechtung durch einen anderen Richter _____	359
I. Die Unmöglichkeit einer Infragestellung durch den Richter in der Hauptsache _____	360
A. Eine mögliche, aber äußerst seltene Befassung _____	360
B. Ein im Voraus bekanntes Ergebnis _____	362
II. Eine unwahrscheinliche Infragestellung durch den Richter für einstweilige Verfügungen _____	363
A. Das Überprüfungsverfahren _____	364
B. Die Ungeeignetheit der Überprüfung für das Verfahren des <i>référé-liberté</i> _____	366
Abschnitt 3. Die Auswirkungen der Dauerhaftigkeit von Maßnahmen auf die Art des Verfahrens _____	369
I. Ein Verfahren, das den einstweiligen Verfügungen in der Hauptsache ähnelt _____	369
II. Die verstärkte Autorität von Schutzmaßnahmen _____	371
Kapitel 3 Eine Wirksamkeit, die die Frage nach der Aufrechterhaltung der Rechtsdurchsetzung aufwirft _____	375
Abschnitt 1 Eine Abschaffung, die durch den Wegfall der traditionellen Rechtfertigungen der Tötlichkeit möglich wurde _____	376
I. Das völlige Fehlen einer rechtlichen Begründung _____	376
A. Die Denaturierungstheorie _____	377
B. Das Prinzip der Justizbehörde als Hüterin der Freiheiten und des Eigentumsrechts _____	378
II. Das Verschwinden der praktischen Rechtfertigungen _____	379
A. Die fehlende Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit _____	380
B. Die Unfähigkeit, die Freiheiten schnell und effektiv zu verteidigen _____	381
III. Eine denkbare Abschaffung _____	382
Abschnitt 2. Das Fehlen wirklicher Hindernisse für die Abschaffung der Zwangsvollstreckung _____	383
I. Die Rückkehr zur Orthodoxie bei der Anwendung des Tatbestands der Zwangsvollstreckung _____	384
II. Eine hilflose Rechtsperson in Fällen von Tötlichkeiten _____	387
III. Der "exemplarische" Charakter der Tötlichkeit _____	388
Abschluss von Titel II _____	390
Fazit des zweiten Teils: Ist der <i>référé-liberté</i> ein <i>Amparo-Rechtsbehelf</i> ? _____	391
Der <i>référé-liberté</i> ist nicht mit einem europäischen <i>Amparo</i> vergleichbar _____	391
Der <i>référé-liberty</i> ist kein direkter Rechtsbehelf _____	392
Der <i>référé-liberté</i> ist kein indirektes direktes Rechtsmittel _____	394
Die einstweilige Verfügung ähnelt einem lateinamerikanischen <i>Amparo</i> _____	396
Allgemeine Schlussfolgerung _____	400