

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

3/2013

72. Ausgabe | 15. Jahrgang

Redaktion: Jürgen Wagner, LL.M.
WAGNER & JOOS, RECHTSANWÄLTE
Konstanz (verantwortlich)

Kirsten Bäuml,
Aachen

Dr. Jennifer Dikmen,
Bonn

81 **Editorial**

Wagner

Beiträge

- 82 Katzung/Noel **Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – „Der unbekannteste Ermittler“**
- 88 Knepper/Dornbusch **Umsatzsteuerbefreiung von Privatkliniken – ein Filetstück steuerlichen Wahnsinns**
- 92 Beul **« Renvoi préjudiciel substitutif » Die „Ersatzvorlage“ an den Europäischen Gerichtshof bei unterlassener Vorlage durch das letztinstanzliche Gericht in gewillkürter Vertretung**
- 105 Dinkgraeve **Die Auswirkungen des geplanten § 15 AStG-E nach dem JStG 2013 (Teil 1)**
- 114 **Termine**

www.steuerrecht.org

„Für alle privatrechtlichen Einrichtungen haben außerdem die gleichen Bedingungen für ihre Anerkennung in Bezug auf die Erbringung vergleichbarer Leistungen zu gelten. In diesem Sinne entschied der EuGH, daß die 40 v.H.-Grenze grundsätzlich nicht zu beanstanden ist“ (EuGH – Urt. v. 08.06.2006 C-106/05, SLG 2006, I-05123). Dies bedeutet im Umkehrschluß, daß eine Einrichtung des privaten Rechts dann mit einer Einrichtung des öffentlichen Rechts in sozialer Hinsicht vergleichbar ist, wenn sie – aus den o.g. Gründen wie die Klägerin – die Grenze eingehalten hat.“

Diese Formulierung hebt noch einmal hervor, daß jedenfalls bis zu einer ggf. weitergehenden Feststellung der Verfassungs- oder Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer sol-

chen Bezugnahme auf die 40%-Grenze durch die Umsatzsteuerbefreiungsnorm des § 4 Nr. 16 b UStG a.F. und der hierauf – auch in Ansehung der Neuregelung des § 4 Nr. 14 UStG – noch aufbauenden Billigkeitslösung des BMF die 40%-Grenze derzeit das maßgebliche Abgrenzungskriterium ist. Es ist daher vorläufig davon auszugehen, daß die 40%-Grenze oder ein möglicherweise zukünftig anderes gemeinschaftskonformes Eingrenzungskriterium eingehalten sein muß. Denn auch nach Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 77/388/EWG sind die Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich gehindert, für andere Einrichtungen als solche des öffentlichen Rechts soziale Vergleichbarkeitskriterien zu bestimmen.

« Renvoi préjudiciel substitutif » Die „Ersatzvorlage“ an den Europäischen Gerichtshof bei unterlassener Vorlage durch das letztinstanzliche Gericht in gewillkürter Vertretung

Dr. Carsten René Beul RA/StB/WP/FAfStR/Revisore Contabile (I)/Reviseur d'Entreprises (L)/Revisionsexperte (CH)/Lehrbeauftragter an der Universität Koblenz-Landau; Neuwied/Mailand/Luxemburg*

1. Problemstellung

Nach herrschender Auffassung ist es für den Einzelnen – soweit er nicht Adressat eines Rechtsakts der Union, d.h. von einem solchen unmittelbar und individuell betroffen ist – nicht zulässig, den Europäischen Gerichtshof unmittelbar anzurufen.¹ Bei der Neufassung der Verträge sollte hieran erklärtermaßen auch festgehalten werden², insbesondere habe das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEU (ex-Artt. 234 EG bzw. 177 EWGV) – nach dem Recht vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags – primär die objektive Funktion, die Rechtseinheit bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts zu wahren, nicht das vorrangige Ziel, Individualrechtsschutz zu gewähren.³ Es stellt sich daher die Frage, ob bei unterlassener Anrufung durch nationale Gerichte ein „mittelbarer Ausweg“ aus dem Dilemma gefunden werden kann, daß zwar eine Vorlageverpflichtung dieser nationalen Gerichte besteht, allerdings die Blockade des nationalen Gerichts zur Verweigerung des Rechtsschutzes führt. Dies ist dann der Fall, wenn ein letztinstanzliches Gericht entgegen der Vorlageverpflichtung des Art. 267 III AEU (ex-Artt. 234 EG bzw. 177 EWGV) eine Anrufung des EuGH unterlassen hat.

* Der Autor ist Vorsitzender des Ausschusses „Berufsrecht“ der Wirtschaftsprüferkammer und Vorstand des Verbandes wp.net, gibt nachfolgend allerdings ausschließlich seine persönliche Meinung wieder, betrachtet dies jedoch auch als Diskussionsgrundlage für die Meinung des Berufsstands im anstehenden Gesetzgebungsverfahren.

1 EuGH v. 06.10.1982, Rs. 283/81, CILFIT, Slg. 1982, 3415 Rn. 9: „Keinen Rechtsbehelf für die Parteien eines bei einem innerstaatlichen Gerichts anhängigen Rechtsstreits“; Schwarze in Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. (2012), Art. 267 AEU, Rn. 5; Art. 263 AEU, Rn. 2 m.w.N.; EuGH v. 25.7.2002, UPA, Slg. 2002, I-6677; die erforderliche individuelle Betroffenheit entfällt nunmehr nach Art. 263 IV AEU bei solchen Verordnungen, die keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen; vgl. auch *Karpenstein* in Grabitz/Hilf/Nettesheim (GHN), (Stand August 2011), Art. 267 Rn. 1 (Instrument der Zusammenarbeit) und Rn. 2 (Gegensatz zur direkten); Schwarze in Schwarze (a.a.O.) Art.263 AEU Rn. 50 f.

2 Schwarze in Schwarze, a.a.O. (Fn. 1), Art. 263 AEU, Rn. 1; ausführlich hierzu *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2009 (Diss. Bonn 2007), 124 ff. m.w.N.

3 Vgl. v. *Danwitz*, NJW 1993, 1108, 1110 ff; *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2009 (Diss. Bonn 2007), 81 f., m.w.N.

4 EuGH v. 06.10.1982, Rs. 283/81, CILFIT, Slg. 1982, 3415 ff. 3436; vgl. auch *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 f., m.w.N.

2. Verpflichtung zur Vorlage an den Gerichtshof nach der CILFIT-Doktrin

Nach der CILFIT-Doktrin des EuGH⁴ besteht Vorlagepflicht, wenn Zweifel an der europarechtlichen Auslegung bestehen. Dabei reichen objektive Zweifel aus, keinesfalls kann diesen die „subjektive Gewissheit“ des Gerichts entgegengehalten werden.⁵ Von einer Vorlage kann ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht nach der acte-claire-Doktrin nur dann absehen, wenn objektiv sicher ist, daß der EuGH und alle Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten gleicher Auffassung sind.⁶ Diese EuGH-Rechtsprechung wird inhaltlich von Seiten deutscher Gerichte eher nach Gutdünken gehandhabt.⁷ Die Großzügigkeit der Handhabung führt zu unterlassenen Anrufungen des EuGH und damit letztlich oft zur Abschottung der nach Art. 267 AEU einzig zur Auslegung der Verträge berufenen Instanz. Hierin liegt ein deutliches Mißverhältnis zwischen den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH und der Sicherung der Vorlage durch die nationalen Gerichte, insbesondere durch das Bundesverfassungsgericht⁸, das im Rahmen der Überprüfung nur die Verletzung des Art. 101 I 2 GG, mithin den Entzug des gesetzlichen Richters prüft. Dies setzt nach der Rechtsprechung des BVerfG Willkür voraus, d.h. gegen die Vorlagepflicht muß offensichtlich unhaltbar verstoßen worden sein.⁹ Die bislang hierzu ergangenen Kammerentscheidungen¹⁰ wurden durch die Mangold-Entscheidung des 2. Senats¹¹ ausdrücklich wieder relativiert. Allerdings scheint ein Konflikt durch eine weitere Kammerentscheidung des 1. Senats¹² vorprogrammiert, der im Ergebnis an der weiten Auslegung festhält. Auch eine Klage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung des Art. 6 I EMRK, des Rechts auf ein faires Verfahren, erscheint wenig erfolgversprechend, da der EGMR in den bisher entschiedenen Fällen¹³ ebenfalls auf die Frage der Willkür abstellt. Die Lösung, den betroffenen Unionsbürger entsprechend der Rechtsprechung des EuGH¹⁴ auf Schadensersatzansprüche¹⁵ zu verweisen, erscheint unbefriedigend, da in erster Linie die Vermeidung des Schadens angestrebt werden sollte.¹⁶

3. Vertragsverletzungsverfahren

Die Verletzung der Vorlagepflicht dürfte grundsätzlich durch ein Vertragsverletzungsverfahren überprüfbar sein.¹⁷ Allerdings sind nur die Kommission oder die Mitgliedstaaten gemäß Artt. 258, 259 AEU (ex-Artt. 226, 227 EG bzw. 169, 170 EWG) antragsberechtigt. Die Kommission hat hiervon bislang aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten abgesehen.¹⁸ Dieses Recht kann einem Unionsbürger auch nicht entsprechend eingeräumt werden, da es ins Ermessen der Antragsberechtigten gemäß Artt. 258, 259 AEU gestellt ist und keine Verpflichtung besteht, dieses Verfahren einzuleiten. Ansonsten könnte eine Untätigkeitsklage gemäß

Art. 265 AEU (ex-Artt. 232 EG bzw. 175 EWG) zu einer Verpflichtung der Kommission führen, was jedoch – mangels Klagebefugnis und wegen des eingeräumten Ermessens – abzulehnen ist.¹⁹

- 5 Ein Schulbeispiel, wie es nicht gehen darf: BFH VII R 119/94 v. 02.04.1996, DStR 1996, 1245: „Der Senat hat in fester Rechtsprechung....die Auffassung vertreten,....Dabei ist der Senat stets davon ausgegangen, dass keinerlei Zweifel an der richtigen Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Zolltarifrechtes blieb...“. Diese Begründung ist lediglich vorgeschoben, um eine Aufhebung der Entscheidung durch das BVerfG zu verhindern (vgl. BVerfG 2 BvL 12/88 u.a. Beschluss v. 31.05.1990 BVerfGE 82, 159 Rn. 28 „...obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt[grundsätzliche Verknennung der Vorlagepflicht]*“).
- 6 Zur acte-claire-doctrine, vgl. *Pescatore*, Le recours préjudiciel de l'article 177 du traité CEE et la coopération de la Cour avec les juridictions nationales, 1986, 27 f. Fn. 42.
- 7 Wie *Schön* DStJG 19 (1996), 195 treffend formuliert – „mit äußerster Großzügigkeit gehandhabt“, man könnte auch von „Gutssherrenart“ sprechen, die die Auffassung des EuGH foutiert; vgl. auch *Last*, a.a.O. (Fn. 2), 222 ff. m.w.N.
- 8 BVerfG, NJW 1988, 1456; BVerfGE 82, 159, 195; BVerfG RIW 1994, 519; BVerfG EuZW 1997, 575; BVerfG v. 09.01.2001, BvR 1036/99, Rn 20; nach dieser Rechtsprechung muß das Gericht, das die Vorlage unterläßt, den Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten haben (vgl. *Schwarze* in *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 1), Art. 267 AEU, Rn 54); wie man sich diesen Anforderungen entziehen kann, zeigt der BFH im o.a. Beispiel (s. o. Fn. 5).
- 9 BVerfG, NJW 1988, 1456; BVerfGE 82, 159, 195; BVerfG RIW 1994, 519; BVerfG EuZW 1997, 575; BVerfG v. 09.01.2001, BvR 1036/99, Rn 20; nach dieser Rechtsprechung muss das Gericht, das die Vorlage unterläßt, den Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten haben (vgl. *Schwarze* in *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 1), Art. 267 AEU, Rn 54); wie man sich diesen Anforderungen entziehen kann, zeigt der BFH im o.a. Beispiel (s. o. Fn. 5).
- 10 Vgl. BVerfGE 8, 401, 405; 10, 19, 31; BVerfG, Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 09.01.2001, 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267, 1268; Beschlüsse der 3. Kammer des Ersten Senats vom 14.05.2007, 1 BvR 2036/05, NVwZ 2007, 942, 945, vom 20.02.2008, 1 BvR 2722/06, NVwZ 2008, 780, 781 und vom 25.02.2010, 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268, 1269.
- 11 BVerfG Beschluß vom 06.07.2010, 2 BvR 2661/06 „Mangold“: „Das Bundesverfassungsgericht ist unionsrechtlich nicht verpflichtet, die Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht voll zu kontrollieren und an der dazu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszurichten (anders BVerfG, Beschluß der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25.02.2010 – 1 BvR 230/09 –, NJW 2010, S. 1268 f.)“.
- 12 BVerfG, Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30.08.2010, 1 BvR 1631/08, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100830_1bvr163108.html: „Nach der ständigen Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat das Fachgericht Gründe anzugeben, die zeigen, ob es sich hinsichtlich des europäischen Rechts ausreichend kundig gemacht hat und die so dem Bundesverfassungsgericht eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ermöglichen...“.
- 13 Vgl. *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633, 637 m.w.N. in Fn. 46.
- 14 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239; so bereits *Beul*, EuZW 1996, 748.
- 15 *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633, 637 ff. m.w.N.
- 16 S.u. 4.
- 17 *Schneider*, AöR 119 (1994), 294, 310f; *Braun/Kentner*, DÖV 2003, 58, 66; *Wölker*, DÖV 2003, 570, 577; *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633, 640 m.w.N.
- 18 Vgl. *Schwarze* in *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 1), Art. 267 AEU, Rn. 52 m.w.N.; *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633, 640.
- 19 Vgl. *Schwarze* in *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 1), Art. 265, AEU Rn. 5, Art. 263 AEU Rn. 38 „nichtprivilegierte Kläger“.

4. Rechtsfortbildung und Auslegung der Verträge

Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung mehrmals vergleichbare Problematiken behandelt, so etwa bei der unmittelbaren Geltung von Richtlinien oder der Staatshaftung sowie der Parteifähigkeit des Europäischen Parlaments.²⁰ Die Frage nach der rechtlichen Grundlage hat der EuGH im Zusammenhang mit der Staatshaftung bei Verstoß gegen Primärrecht²¹ aus der Einordnung der Verträge hergeleitet, die als quasi konstitutionelle Verbriefung von Grundfreiheiten und den hieraus resultierenden Ansprüchen zuerst auf Unterlassung²², sodann auf Folgenbeseitigung²³ und zuletzt – sollte eine Folgenbeseitigung nicht möglich sein – auf Wiedergutmachung²⁴ gerichtet ist. Denn die Verträge finden nicht nur eine gesetzliche Grundlage im Recht der Mitgliedstaaten, sondern – und gerade auch – eine vertragliche zwischen demselben. Daher muß die Auslegung selbst über die Werkzeuge der Gesetzesauslegung hinaus auch auf vertragliche Auslegungskriterien rekurrieren, um gegebenenfalls eine Rechtsfortbildung zu begründen. Hierzu zählt insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben.

Es ist daher verständlich, wenn insoweit als Rechtfertigungsgrund der „effet utile“, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, in ständiger Rechtsprechung zur Begründung für die Durchsetzung vereitelter Rechte von Unionsbürgern herangezogen und in diesem Zusammenhang regelmäßig der Grundsatz von Treu und Glauben mit angeführt wird, meist in seiner Ausprägung als „venire contra factum proprium“²⁵, dem Grundsatz der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens. Genauso naheliegend wäre aber die Argumentation mit der *exceptio doli*.²⁶

Entsprechende Begründungen finden sich bei der Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien²⁷ und der „unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung“.²⁸ Vertragsbegünstigter – zivilrechtlich vergleichbar dem Vertrag zugunsten Dritter – ist jeder Adressat der Grundfreiheitsrechte (Drittbegünstigter). Allerdings resultiert aus der Vorlagepflicht auch ein Anspruch des Unionsbürgers auf eine Entscheidung des zuständigen Gerichts, d.h. des EuGH, gerade auch im Hinblick auf den wirksamen Schutz der Grundfreiheiten. Verpflichtungsadressat der Verträge ist nicht isoliert der nationale Gesetzgeber, die Verwaltung oder die Jurisdiktion des Mitgliedstaates, sondern der Mitgliedstaat selbst. Dies gründet sich nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere auf Art. 4 III EU (ex-Art. 10 EG bzw. 5 EGV)²⁹, der sich grundsätzlich an die Mitgliedstaaten als solche richtet, aber zusätzlich und unmittelbar an alle innerstaatlichen Stellen, die funktional angesprochen sind, insbesondere an Behörden und Gerichte, die damit verpflichtet sind, das Unionsrecht durchzusetzen.³⁰ Aus dem normierten Gebot des unionsfreundlichen Verhaltens folgt zuerst gemäß Art. 4 III S. 3, 2. Alt. EU die Unterlassungspflicht³¹ und die Verpflichtung, „die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das EU-Recht zu beheben“.³² Insoweit

ist der Vorläufer des Art. 4 III EU, Art. 10 EG als Gebot der „Unionstreue“³³ bezeichnet worden. Hier schwingt die zutreffende Ansicht mit, daß Art. 4 III EU letztlich den Grundsatz von Treu und Glauben beinhaltet.³⁴

20 S.u. 5.

21 Für sogenanntes legislatives Unrecht: EuGH v. 05.03.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, Slg. 1996, I-01029; hierzu Ehlers, JZ 1996, 776, m.w.N., 776, Streinz, EuZW 1996, 201; Rainer, IStR 1996, 282; im Zusammenhang mit judikativem Unrecht vgl. Beul, EuZW 1996, 748; EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239; unter Fortführung der Rechtsprechung; vgl. EuGH v. 19.11.1991, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357; der Streit, ob eine zulässige Rechtsfortbildung vorliegt (vgl. Ehlers JZ 1996, 776 ff. m.w.N.), dürfte durch die Ratifizierung der Verträge in der Fassung des Lissabon-Vertrags erledigt sein, da die Ratifizierung in Kenntnis der ständigen Rechtsprechung erfolgte.

22 Siehe v. Bogdany/Schill, in GH, a.a.O. (Fn. 1), Art. 4 EU (Stand Juli 2010), Rn. 47, 55 m.w.N., speziell zu Art. 4 III 3. UAbs; Ehlers, JZ 1996, 776 ff. m.w.N.

23 EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-453/00, Kühne & Heitz, Slg. 2004, I-837, Rn.25; vgl. Ehlers, JZ 1996, 776 ff. m.w.N.

24 EuGH v. 19.11.1991, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357, Rn. 36, hier allerdings als Unterfall des Folgenbeseitigungsanspruchs.

25 EuGH v. 05.04.1979, Rs. 148/78, Ratti, Slg. 1979, 1629, mit Rn. 7 der Schlußanträge Generalanwalt Reischl, Slg. 1979, 1650, vgl. Bierwert in Schwarze, a.a.O. (Fn. 1), Art. 249, Rn. 28; dabei beruht das widersprüchliche Verhalten darauf, daß der Staat dem Rechtsakt zugestimmt hat, ihn nachher jedoch nicht umsetzt.

26 S.u. Fn. 36.

27 EuGH v. 04.12.1974, Rs. 41/74, van Duyn, Slg. 1974, 1337; v. 05.04.1979, Rs. 148/78, Ratti, Slg. 1979, 1629.

28 S.o. Fn. 21.

29 Art. 4 III EU: „Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

30 EuGH v. 10.04.1984, Rs. 79/83, Harz, Slg. 1984, 1921, LS. 1, Rn. 8; v. 10.04.1984, Rs. 14/83, von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; v. 26.02.1986, Rs. 152/84, Marshall I, Slg. 1986, 723; v. 20.09.1988, Rs. 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635; v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, 4135, Rn. 8; v. 16.12.1993, Rs. C-334/92, Wagner-Miret, Slg. 1993, I-6911 Rn. 20; v. 14.07.1994 Rs. C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, 3325 Rn. 26; v. 05.03.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, Slg. 1996, I-01029, Rn. 39; vgl. auch v. Bogdany/Schill, in GH, a.a.O. (Fn. 1), Art. 4 EU (Stand Juli 2010), Rn. 58 f. m.w.N.

31 v. Bogdany/Schill, in GH, a.a.O. (Fn. 1), Art. 4 EU (Stand Juli 2010), Rn. 59 m.w.N.; Ehlers, JZ 1996, 776 ff. m.w.N.

32 EuGH v. 19.11.1991, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357, Rn. 36.

33 Bleckmann, DVBl 1976, 483; Blanquet, L'article 5 du Traité CEE, 1994, 19, 371 ff. „fidelité communautaire“; Kahl in Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2006, Art. 10 Rn. 6; kritisch in Bezug auf die Begriffsbildung v. Bogdany in GH, a.a.O. (Fn. 1), Art. 10 EGV (Stand August 2002) Rn. 6, durch die Fassung des Art. 4 III EU sei diese terminologische Unschärfe überwunden (vgl. v. Bogdany/Schill, in GH, a.a.O. (Fn. 1), Art. 4 EUV (Stand Juli 2010), Rn. 47.

34 Ausdrücklich normiert Art. 4 III EU den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Dieser Grundsatz, im Sinne der Loyalitätsverpflichtungen, geht im Ursprung auf die altrömische *fides* zurück, vgl. hierzu Beul, Si mentor falsum modum dixerit. Untersuchungen zu D. 11,6 zu den Artes liberales und zum Dolus malus, 1998 (Diss. Bonn 1996), § 4 II 5 a, b, IV, § 5 II 3 jeweils m.w.N., *fides* als ursprünglich sakraler Schutz in Nahverhältnissen und daraus resultierenden Loyalitätsverpflichten, die später auch gerichtlich eingefordert werden konnten.

Wesentlich ist dabei, daß die Verträge ein „Vertrags“-Gesetz darstellen, also alle Anforderungen an ein Gesetz erfüllen, ihnen aber zusätzlich alle Eigenheiten eines Vertrages immanent sind. Hieraus ergibt sich auch die Rechtfertigung für Ansprüche zugunsten des „Drittbegünstigten“. Wenn ein Mitgliedstaat – durch welches Organ auch immer – den Drittbegünstigten in seinen durch den Vertrag verliehenen Rechten verletzt, kann dies nicht ohne Konsequenzen bleiben. Eine solche Konsequenz stellt der Schadenersatz dar. So hat der Gerichtshof zutreffend darauf verwiesen, daß „eine Ausprägung der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Grundsätze eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht“.³⁵ Diese Argumentation basiert auf dem Prinzip von Treu und Glauben³⁶ und der generellen Einrede der „exceptio doli“.³⁷ Der Mitgliedstaat unterliegt der Verpflichtung aus den Verträgen grundsätzlich zwar nur im Verhältnis zu den anderen Vertragsparteien, sie zeitigt jedoch auch unmittelbare Rechte zugunsten der Unionsbürger, insoweit vergleichbar einem Vertrag zugunsten Dritter. Dolus wäre es daher, wenn ein Mitgliedstaat, der die Verträge – durch welches seiner Organe auch immer – verletzt, bei einer Rechtsfortbildung, die die Durchsetzung der vertraglichen Verpflichtung sicherstellen soll, auf Hürden nationalen Rechtes verweise. Es kann daher auch nicht darum gehen, ob der EuGH seine ihm verfassungsrechtlich übertragenen Grenzen überschreitet, solange er nur im Rahmen der ihm übertragenen Kompetenz – der Vertragsauslegung und der hieraus begründeten Rechtsfortbildung – verbleibt.³⁸

5. Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs

Im Folgenden soll auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die eine Rechtsfortbildung beinhaltet, exemplarisch eingegangen werden.

5.1. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Eine wesentliche Rechtsfortbildung stellt die Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien dar. Gemäß Art. 288 AEU (ex-Art. 249 Abs. 3 EG bzw. 189 EWG) ist Adressat der Richtlinie grundsätzlich der jeweilige Mitgliedstaat, die Schaffung unmittelbar geltenden Rechts in den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist nicht Ziel einer Richtlinie. Allerdings sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Richtlinien umzusetzen und entgegenstehende Regelungen des innerstaatlichen Rechts zu beseitigen sowie gegebenenfalls neue Bestimmungen zu schaffen. Die Einzelnen können sich daher grundsätzlich nicht auf die Bestimmungen der Richtlinien berufen, um hieraus Ansprüche oder Kompetenzen herzuleiten. Art. 288 AEU normiert keine weitere Geltungswirkung. Nach dem Wortlaut

tritt eine Rechtswirkung für die einzelnen Bürger erst nach Umsetzung einer Richtlinie in Kraft. Aus dem Dilemma, daß den Mitgliedstaat einerseits die Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie trifft, und andererseits die Ohnmacht des Unionsbürgers betrachtend, der sich bei rechtzeitiger oder zutreffender Umsetzung der Richtlinie gegenüber dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist, auf Rechte berufen könnte, welche ihm aber infolge der Nichtumsetzung verwehrt sind, formulierte der Gerichtshof schon früh³⁹ die Prämisse, daß der Richtlinie in bestimmten Fällen eine unmittelbare Wirkung zukomme. So könne eine Richtlinienbestimmung Rechte des Einzelnen begründen, welche die innerstaatlichen Gerichte zu beachten haben.⁴⁰

35 EuGH v. 05.03.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, Slg. 1996, I-01029, Rn 29.

36 Hierzu soll beispielhaft auf die Entstehungsgeschichte der exceptio doli (Gai. 4, 119) verwiesen werden (vgl. Kaser, Das Römische Privatrecht; Bd. 1, 2.Aufl., München 1971, § 59 IV, 2; § 114 V m.w.N.). Überliefert ist die Einführung der actio de dolo als Klage durch Gaius Aquilius Gallus (vgl. Cicero de off., 3, 58 ff. [60]). Deren Grundsätze werden beschrieben mit „nam esset aliud simulatum, aliud actum“ (Cic. de off. 3,60) – etwas anderes vorspiegeln als tun. Auf demselben Prinzip basierte die exceptio doli, die als Einrede bei Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben angewandt wurde, wobei exceptio doli inhaltlich weiter als die deutsche Übersetzung „Arglisteinrede“ geht; da dolus im römischen Recht im weiteren Sinn als Gegenbegriff zur bona fides verstanden wurde (zum historischen Hintergrund vgl. Beul, Si mensor falsum modum dixerit. Untersuchungen zu D. 11, 6 zu den Artes liberales und zum Dolus malus, 1998 [Diss. Bonn 1996], § 4 IV, § 5 II 3 jeweils m.w.N. [dolus im Sinne einer Verletzung der fides als sakral geschützter Verhaltensnorm, die ins ius rezipiert zur Haftung für eine bewusste fides-Verletzung führt]). Entsprechend verschaffte die exceptio doli dem Richter bei strengrechtlichen Klagen eine auf die bona fides gestützte Ermessensfreiheit (vgl. Kaser a.a.O. § 114 V); Paul. D.17,2,3,3 für die societas, also in einem Vertragsverhältnis das auf Dauer angelegt ist und insoweit dauerhafter Loyalität bedarf, wie sie auch die Verträge (vgl. EuGH v. 13.07.1990, Rs. C-2/88, Zwartfeld, Slg. 1990, I-3365) von den Vertragspartnern fordern.

37 Cass. Ulp. D. 44,4,4,33 bezeichnen die exceptio doli als allgemeine Einrede (exceptio generalis).

38 Wobei die hier vorliegende „Rechtsfortbildung“ in ihrer Grundlage bereits auf das stolze Alter von mehr als zwei Jahrtausenden zurückblicken kann.

39 EuGH v. 04.12.1974, Rs. 41/74, van Duyn, Slg. 1974, 1337; v. 5.4.1979, Rs. 148/78, Ratti, Slg. 1979, 1629.

40 EuGH v. 06.10.1970, Rs. 9/70, Leberpfennig, Slg. 1970, 825; v. 17.12.1970, Rs. 33/70 (SACE) Slg. 1970, 1213, 1224) und v. 04.12.1974 Rs. 41/74, van Duyn, Slg. 1974, 1337, Rn. 12: „Zwar gelten nach Artikel 189 (heute Art. 288 AEU, ex-Art. 249 EG) Verordnungen unmittelbar und können infolgedessen schon wegen ihrer Rechtsnatur unmittelbare Wirkung erzeugen. Hierzu folgt indessen nicht, daß andere in diesem Artikel genannte Kategorien von Rechtsakten niemals ähnliche Wirkung erzeugen können. Mit der den Richtlinien durch Art. 189 zuerkannten verbindlichen Wirkung wäre es unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, daß betroffene Personen sich auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Insbesondere in den Fällen, in denen etwa die Unionsbehörden die Mitgliedstaaten durch Richtlinien zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, über die nützliche Wirkung („effet utile“) zu einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die Einzelnen sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Unionsrechts berücksichtigen könnten“; weitere Nachw. bei Nettesheim in GHN, a.a.O. (Fn 1), Art. 288 AEU (Stand August 2012), Rn. 137.

Nach anfänglicher Ablehnung in einigen Mitgliedstaaten⁴¹ ist die Direktwirkung von Richtlinien inzwischen anerkannt. Demnach „können sich die Einzelnen in Ermangelung von fristgemäß erlassenen Ausführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheint, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; Einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“.⁴² Zur Begründung wird einerseits das Prinzip der einheitlichen Wirksamkeit des Unionsrechts angeführt.⁴³ Insoweit wäre das Anliegen einer Richtlinie, dem Einzelnen eine Rechtsposition zu verleihen, erheblich beeinträchtigt, möglicherweise sogar unmöglich gemacht, wenn Mitgliedstaaten den Umsetzungsbefehl unbeachtet lassen könnten. Die Hilfsmittel des Vertragsverletzungsverfahrens, des Zwangsgeldverfahrens oder aber Schadensersatzansprüche für den betroffenen Bürger, der aufgrund der Nichtumsetzung einen Schaden erlitten hat, sind nicht geeignet, die Nachteile zu beheben, die eintreten können. Priorität muß die Verhinderung eines Schadens haben.⁴⁴ Dem liegt letztlich, wie ausgeführt⁴⁵, der Rechtsgedanke aus Treu und Glauben zugrunde. Der Mitgliedstaat, der aufgrund der unionsrechtlichen Richtlinien verpflichtet ist, diese umzusetzen, und dadurch seinem Bürger eine Rechtsposition verleihen muß, kann sich diesem gegenüber nicht wirksam auf seine pflichtwidrige Unterlassung berufen. Hierin läge ein treuwidriges Verhalten.⁴⁶ Als Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung der Richtlinien sieht der EuGH die folgenden drei Vorgaben:

- Die Richtlinie ist nicht frist- bzw. ordnungsgemäß umgesetzt worden. Dabei ist es unerheblich, warum die Umsetzung unterblieben ist. Der einzelne Mitgliedstaat kann sich nicht darauf berufen, daß andere Mitgliedstaaten die Richtlinie ebenfalls nicht umgesetzt haben⁴⁷, oder darauf, daß die Umsetzung der Richtlinie aufgrund besonderer verfassungsrechtlicher Bestimmungen oder Übungen unterblieben ist.⁴⁸

- Die Richtlinie muß inhaltlich unbedingt sein. Dies ist dann gegeben, wenn die Richtlinie vom Umsetzungswillen des Mitgliedstaates unabhängig ist und keine weitere Einschaltung von Entscheidungsträgern mit Entscheidungsermessern folgen kann.⁴⁹

- Die Richtlinie muß hinreichend bestimmt sein. Eine solche hinreichende Regelung liegt vor, wenn entweder das Ziel genau festgelegt ist oder aber die zu ergreifenden Mittel genau bezeichnet sind.⁵⁰ Soweit den Mitgliedstaaten ein Beurteilungs-, Ermessens- oder Gestaltungsspielraum verbleibt, in dessen Rahmen sie besondere Voraussetzungen regeln können, ist eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht möglich.⁵¹

Abzustellen ist auf die jeweilige Norm der Richtlinie, d.h. auch wenn Spielräume bei der Umsetzung einer Richtlinie bleiben, ist bei Vorliegen unbedingter Einzelrege-

lungen oder der Festlegung eines unbedingten Ziels die unmittelbare Anwendung der Richtlinie möglich.⁵² Dies gilt auch bei Festlegung eines Mindeststandards, den die Mitgliedstaaten nicht unterschreiten dürfen.

5.2. Unionsrechtliche Staatshaftung

Eine vergleichbare Problematik hat den Gerichtshof auch dazu bewogen, dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch Durchbruch zu verschaffen.⁵³ Dem liegt im Wesentlichen ein Verstoß gegen Art. 4 III EU (ex-Artt. 10 EG bzw. 5 EWG)⁵⁴ zugrunde. Die Rechtslage bei unterlassener Vorlage an den Gerichtshof entgegen der CILIFT-Doktrin und dem Anspruch auf Staatshaftung ist vergleichbar mit der Situation des Einzelnen, der sich auf die Nichtumsetzung einer Richtlinie beruft. Streng nach dem Wortlaut des Vertrags, ohne Berücksichtigung des Telos, wären dem Einzelnen jegliche Rechte abgeschnitten. Die durch den Mitgliedstaat gesetzte Verletzung des Unionsrechts müßte auf anderem Wege beseitigt werden. Dabei sollte jedoch der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch subsidiär bleiben, da in erster Linie Unterlassung vertragswidrigen Verhaltens und sodann Folgenbeseitigung, d.h. Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, anzustreben ist.⁵⁵ Die Rechtsprechung des EuGH postuliert für den unionsrechtlich begründeten Staatshaftungsanspruch drei Voraussetzungen:⁵⁶

41 Vgl. *Nettesheim* in GHN, a.a.O. (Fn 1), Art. 288 AEU (Stand August 2012), Rn. 138 m.w.N.

42 EuGH v. 19.01.1982, Rs. 8/81, Becker, Slg. 1982, 53, 71.

43 Vgl. *Nettesheim* in GHN, a.a.O. (Fn 1), Art. 288 AEU (Stand August 2012), Rn. 139 f. m.w.N.

44 S.o. 4 m. Fn. 22-24.

45 S.o. 4.

46 S.o. 4.

47 EuGH v. 26.02.1976, Rs. 52/75, Gemüse-RL, Slg. 1976, 277, 284 Rn. 11 ff.

48 EuGH v. 01.03.1983, Rs. 301/81, Kommission/Belgien, Slg. 1983, 467, 477 Rn. 6; Rs. 49/86, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2995, 3002 Rn. 6.

49 EuGH v. 19.01.1982, Rs. 8/81, Becker, Slg. 1982, 53, 71, Rn. 25, 29 f.; v. 04.12.1986, Rs. 71/85, Niederlande/Federatie, Slg. 1986, 3855, Rn. 13; vgl. auch *Jarras* NJW 1990, 2420, 2424 m.w.N.

50 EuGH v. 19.01.1982, Rs. 8/81, Becker, Slg. 1982, 53, 71, Rn. 25; v. 04.12.1986, Rs. 71/85, Niederlande/Federatie, Slg. 1986, 3855, Rn. 13; vgl. auch *Jarras* NJW 1990, 2420, 2424 m.w.N.

51 EuGH v. 23.02.1994, Rs. C-236/92; Comitato di coordinamento per la difesa della cava, Slg. 1994, I-483 Rn. 9: „wenn sie eine Verpflichtung begründet, die weder an eine Bedingung geknüpft ist noch zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit einer Maßnahme der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf.“

52 *Jarras* NJW 1990, 2420, 2423 f.

53 S.o. Fn. 21.

54 S.o. 4.

55 S.o. 4.

Der Verstoß gegen eine drittschützende Unionsnorm, die offenkundige und erhebliche Überschreitung des unionsrechtlich bestehenden Ermessens und die Kausalität des Verstoßes für den Schaden. Der Einzelne muß sich daher auf inhaltlich hinreichend bestimmte Rechte berufen. Dies betrifft sowohl Verstöße gegen Sekundärrecht⁵⁷ als auch Verstöße gegen Primärrecht.⁵⁸ Dabei gilt als Gesichtspunkt für ein offenkundiges und erhebliches Überschreiten der Befugnis⁵⁹ insbesondere die Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschriften des Unionsrechts.⁶⁰

Dies ist eingehend zu prüfen, da ein solcher Maßstab auch im Rahmen der Haftung eines Mitgliedstaates für die Verletzung des EU-Rechts durch höchstrichterliche Entscheidungen gilt.⁶¹ Bei einer derartigen Haftung für Verletzung im Zusammenhang mit Schäden des EU-Rechts durch höchstrichterliche Rechtsprechung ist der hinreichend qualifizierte Verstoß dann gegeben, „wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt“,⁶² d. h. der „Staat haftet für eine solche gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung nur in dem Ausnahmefall, daß das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat“.⁶³ Damit wird seitens des EuGH eine graduell gesteigerte, qualifizierte Rechtsverletzung gefordert, die grundsätzlich den objektiven Anforderungen, die der Gerichtshof in der CILFIT-Doktrin fordert, entgegensteht.⁶⁴

5.3. Parteifähigkeit des Europäischen Parlaments bei der Nichtigkeitsklage

Ein weiteres anschauliches Beispiel liefert die Entwicklung der Rechtsprechung zur Parteifähigkeit des Europäischen Parlaments (EP). Diese früh begonnene und wegweisende – wenngleich zeitweilig uneinheitliche⁶⁵ – Rechtsprechung rührte daher, daß die Verträge für das EP ursprünglich keine Parteifähigkeit vorsahen. Erst mit dem Vertrag von Maastricht wurde die Parteifähigkeit des EP ausdrücklich in Art. 230 III EGV (Art. 263 III AEU) anerkannt, vorher nur richterlich.⁶⁶ Bereits bei der Entscheidung Roquette Frères-Isoglucose⁶⁷ deutete sich die Möglichkeit an, daß die Verletzung der Rechte des Parlaments als Teil des institutionellen Gleichgewichts nicht ohne Folgen bleiben kann, allerdings war das Parlament in diesem Verfahren nur Streithelfer. In der Entscheidung Verkehrspolitik ging es um die Frage der Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage des Parlaments⁶⁸, in der die Zulässigkeit mit Hinweis auf die „gewollte institutionelle Stellung“ bejaht wurde. Diese institutionelle Stellung wurde in der Tschernobyl-Entscheidung⁶⁹ weiter hervorgearbeitet und um den Aspekt der wirksamen Kontrolle durch den Gerichtshof ergänzt. Danach muß der Gerichtshof, dessen Aufgabe es nach den Verträgen ist, „über die Wahrung des Rechts bei deren Auslegung und Anwendung zu wachen ... in der Lage sein, ... die richterliche Kontrolle ... durch einen Rechtsbehelf sicherzustellen, der ihm die Erfüllung seiner Aufgabe ermöglicht“.⁷⁰

6. Notwendigkeit der Lückenschließung

Wenn demnach alle Mittel des mitgliedstaatlichen Rechtsweges ausgeschöpft sind und eine Vorlage an den EuGH trotzdem nicht erfolgt, bleiben dem Unionsbürger keinerlei Rechte mehr. Eine weitere Einschränkung dieser Rechte ergäbe sich, wenn generell verlangt würde, daß in einem zweiten Verfahren die unterlassene Vorlage gerügt und hieraus Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Unterbleibt auch hier wiederum die Vorlage an den EuGH, werden hierdurch auch die unionsrechtlichen Schadensersatz-

56 EuGH v. 08.10.1996, Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845 Rn. 21 ff.

57 EuGH v. 08.10.1996, Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845 Rn. 22.

58 EuGH v. 08.10.1996, Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845 Rn. 21.

59 EuGH v. 05.03.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, Slg. 1996, I-01029.

60 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239 Rn. 55.

61 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239.

62 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239 Rn. 56.

63 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239 Rn. 53

64 S. o. 2.

65 Vgl. Zur Entwicklung *Triantafyllou*, DÖV 1990, 1040 ff., der die Frage aufwarf, ob seinerzeit die Nichtigkeitsklage des EP eine Klage sui generis sei.

66 Zuletzt EuGH Rs. C-70/88, Tschernobyl, Parlament/Rat, Slg. 1990, I-2041.

67 EuGH v. 29.10.1980, Rs. 138/79, Roquette Frères-Isoglucose, Slg. 1980, 3333, Rn. 32: „Nach Auffassung der Klägerin und des Parlaments als Streithelfer ist die Verordnung Nr. 111/77 in ihrer geänderten Fassung wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften für nichtig zu erachten, weil der Rat sie ohne Einhaltung des in Artikel 43 Absatz 2 EWG-Vertrag vorgesehenen Anhörungsverfahrens erlassen habe“.

68 EuGH v. 22.05.1985, Verkehrspolitik, Parlament/Rat, Slg. 1985, 1513, Rn. 17 „..... Man würde die vom Vertrag und insbesondere von Artikel 4 Absatz 1 gewollte institutionelle Stellung eines Organs beeinträchtigen, wollte man es in der Ausübung dieser Befugnis einschränken“.

69 EuGH Rs. C-70/88, Tschernobyl, Parlament/Rat, Slg. 1990, I-2041 Rn. 21 ff:

„21 Diese Befugnisse sind jedoch Bestandteil des von den Verträgen gewollten institutionellen Gleichgewichts. Die Verträge haben nämlich ein System der Zuständigkeitsverteilung zwischen den verschiedenen Organen der Gemeinschaft geschaffen, das jedem Organ seinen eigenen Auftrag innerhalb des institutionellen Gefüges der Gemeinschaft und bei der Erfüllung der dieser übertragenen Aufgaben zuweist.

22 Die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts gebietet es, daß jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt. Sie verlangt auch, daß eventuelle Verstöße gegen diesen Grundsatz geahndet werden können“.

70 EuGH Rs. C-70/88, Tschernobyl, Parlament/Rat, Slg. 1990, I-2041 Rn. 23: „Dem Gerichtshof obliegt es nach den Verträgen, über die Wahrung des Rechts bei deren Auslegung und Anwendung zu wachen. Er muß daher in der Lage sein, die Aufrechterhaltung des institutionellen Gleichgewichts und folglich die richterliche Kontrolle der Beachtung der Befugnisse des Parlaments, wenn dieses ihn zu diesem Zweck anruft, durch einen Rechtsbehelf sicherzustellen, der ihm die Erfüllung seiner Aufgabe ermöglicht“.

satzansprüche vereitelt. Die derzeitige Rechtsprechung des EuGH ist in sich nicht konsequent, da ein wesentlicher Aspekt wirksamen Rechtsschutzes ausgehebelt wird. Grundsätzlich ist „Abwehr“ der Folgenbeseitigung und notwendigerweise der Schadensersatzklage vorgreiflich. Der Grundsatz „Dulde und liquidiere“⁷¹ ist letztlich unbefriedigend und kann nicht als Argument herangezogen werden. Die derzeitige Rechtsprechung des EuGH leidet unter dem Mangel, daß einerseits die richterliche Durchsetzbarkeit nicht mehr gegeben ist, da entgegen der CILFIT-Entscheidung⁷² Vorlagen unterbleiben, andererseits im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen möglicherweise höhere Anforderungen für das Vorliegen einer unionsrechtswidrigen richterlichen Entscheidung gestellt werden. Insoweit muß die Lücke dringend geschlossen werden, die zwischen dem Primat der alleinigen Auslegung europarechtlicher Normen durch den EuGH und der Vorlageverpflichtung durch die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten entstanden ist. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt diese Tendenz auch bei der Frage der Rechtskraftdurchbrechung.⁷³

Jede unterlassene Vorlage trotz bestehender Vorlageverpflichtung stellt auch einen Verstoß gegen Art. 4 III EU (ex-Art. 10 EG bzw. 5 EWG) dar.⁷⁴ Daher ist zur Durchsetzung der Rechte des Bürgers Art. 267 AEU dadurch zur Wirksamkeit zu verhelfen, daß bei unterlassener Vorlage durch das letztinstanzliche Gericht und Ausschöpfung aller Rechtsbehelfe des nationalen Rechts eine Partei des Ausgangsverfahrens selbst, vertreten durch den Verfahrensbevollmächtigten im Rahmen der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, stellvertretend für das Gericht, das die Vorlage unterlassen hat, die Vorlagefrage stellen kann.

Auch der Einwand, Art. 267 AEU gewähre nicht vorrangig Individualrechtsschutz⁷⁵, kann dem nicht entgegengehalten werden. Denn wenn auch nicht vorrangig, so bezweckte die Norm doch auch den Individualrechtsschutz.⁷⁶ Dies hat sich nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nunmehr deutlich vermehrt in Richtung des Individualrechtsschutzes verschoben.

Primärrechtlich ergibt sich ein gewichtiges Argument aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes. Wirksam ist ein Rechtsschutz im Rahmen des Verfahrens nach Art. 267 AEU nur dann, wenn entsprechend der CILFIT-Doktrin⁷⁷ auch eine Vorlage an den Gerichtshof erfolgt.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf Art. 19 EU⁷⁸ zu rekurrieren. Danach läßt sich durch den Hinweis auf die Gewährleistung eines „effektiven Rechtsschutzes“ die Tendenz des europäischen Gesetzgebers erkennen, seinen Bürgern und Zivilrechtssubjekten (einschließlich der Unternehmen) weitgehende Rechtsschutzmöglichkeiten einzuräumen.⁷⁹ In Art. 19 EU ist dieses Prinzip normiert, gleichfalls gemäß Art. 47⁸⁰ i.V.m. Art. 51 I Grundrechtecharta (GRC), die das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vorsehen. Derzeit ist die Einordnung der entsprechenden Normen der GRC strittig.⁸¹ Die Rechtsverbindlichkeit der GRC war in der Vergangenheit bei der

Frage, ob ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muß, nicht relevant, weil dieses Prinzip bereits als Ausdruck der Verfassungstraditionen in der Rechtsprechung des EuGH⁸² anerkannt ist.⁸³ Zwar wird abgelehnt, daß die GRC selbst als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts oder Ausdruck der Verfassungstraditionen anzusehen ist.⁸⁴ Sie wird aber in der Rechtsprechung des EuGH⁸⁵, ebenso bereits seit längerem in den Schlußanträgen der Generalanwälte⁸⁶ sowie in den Entscheidungen des Gerichts erster Instanz⁸⁷, zur Auslegung herangezogen. Die Regelung des Art. 19 I 2 EU führt nunmehr jedoch dazu, daß die Intention des Art. 47 GRC unmittelbar geltendes Recht geworden ist. Damit ist der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes

71 Vgl. *Haratsch/Hensel* JZ 2008, 144, 146.

72 S.o. 2.

73 EuGH, Urteil v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, Lucchini, Slg. 2008, I-06199; vgl. *Haratsch/Hensel* JZ 2008, 144, 146.

74 S.o. 4.

75 *Karpenstein* in GHN (Fn. 1) Art. 267 AEU Rn. 2 m.w.N.

76 v. *Danwitz*, NJW 1993, 1108, 1110 f.; *Karpenstein* in GHN (Fn. 1) Art. 267 AEU Rn. 3.

77 Vgl. *Eser* in Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2006, Art. 47 GRC Rn. 15 m.w.N.

78 Ähnlich auch *Blume*, JZ 2011, 325 ff zur Frage des Zugangs zum EuGH als Gebot europäischer Justizgewährleistung.

79 Ausführlich hierzu *Last*, a.a.O. (Fn. 2), 124 ff. m.w.N.; EuGH s.u. Fn. 82.

80 Ausführlich hierzu *Last*, a.a.O. (Fn. 2), 124 ff. m.w.N.; EuGH s.u. Fn. 82.

81 Vgl. *Hatje* in Schwarze, a.a.O. (Fn. 1), Art. 6 EU, Rn. 5 ff. m.w.N.; *Knecht* in Schwarze, a.a.O. (Fn. 1), Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

82 EuGH v. 15.10.1987, Rs. 226/86, Unectef/Heylens, Slg. 1987, 4097; v.13.03.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Slg. 2007, I-02271, Rn. 37: „Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, in den Art. 6 und 13. verankert ist (....) und auch von Art. 47 der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364, S. 1) bekräftigt worden ist“ m.w.N.

Rn. 43.: „Dabei dürfen die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität)...“

Rn. 44.: „Im Übrigen sind die nationalen Gerichte gehalten, die Verfahrensmodalitäten für die bei ihnen anhängigen Klagen, wie zum Beispiel das Erfordernis eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Staat, so weit wie möglich dahin auszulegen, dass sie zur Erreichung des in Rdnr. 37 des vorliegenden Urteils genannten Ziels beitragen, einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten.“

83 Vgl. *Hatje*, in Schwarze, a.a.O., Art. 6 EU, Rn. 31 m.w.N.

84 *Schmitz*, JZ 2001, 833, 835; *Knecht, Matthias H.*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Stuttgart 2005, 219.

85 S.o. Fn. 82.

86 *Knecht* in Schwarze, a.a.O., Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

87 *Knecht* in Schwarze, a.a.O., Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

ausdrücklicher Bestandteil des Unionsrechts und über Art. 4 III EU (ex-Artt. 10 EG bzw. 5 EGV)⁸⁸ hinaus im Hinblick auf das Unionsrecht eine weitere ausdrückliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten.

Auch die Vorbehalte des Vereinigten Königreichs und Polens im Zusatzprotokoll Nr. 30, nach denen weder der EuGH noch ein nationales Gericht befugt sein soll, die Unvereinbarkeit einer innerstaatlichen Vorschrift mit der Charta festzustellen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn einerseits handelte es sich bei diesem Grundrecht nicht um nationales Recht, sondern um Unionsrecht, andererseits bereits um geltendes Recht. Insoweit gelten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze als „acquis communautaire“ weiter, da diese als ungeschriebenes Recht bereits über Art. 6 EU (ex-Art. 6 EUV) vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Bestandteil der Rechtsordnung waren. Der Vorbehalt gemäß Nr. 30 kann sich daher nur auf Art. 6 I EU und die dort enthaltene Bezugnahme auf die GRC beziehen. Die Regelungen des Art. 6 III EU entsprechen der bisherigen Formulierung in ex-Art. 6 II EUV a.F.

Zwar sieht Art. 51 II GRC vor, daß weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet werden noch festgelegte Zuständigkeiten und Aufgaben geändert werden. Insbesondere sollte die Einführung einer „europäischen Grundrechtsbeschwerde“ zum EuGH verhindert werden.⁸⁹ Dies steht jedoch der vorliegenden Argumentation nicht entgegen. Denn die CILFIT-Doktrin war bereits Bestandteil der europäischen Rechtsordnung. Vorliegend wird gerade nicht eine allgemeine Anrufungsmöglichkeit des EuGH durch den Bürger vertreten, sondern vielmehr die Möglichkeit eingeräumt, unter engen Voraussetzungen der Verpflichtung des Mitgliedstaates und seiner Gerichte aus Art. 4 III EU i.V.m. Art. 267 AEU Wirksamkeit zu verleihen, um das pflichtwidrige Unterlassen einer Vorlagefrage zu vermeiden respektive zu heilen.

Als weiteres Argument – zumindest in zivil- und strafrechtlichen Verfahren – kann der Rechtsgedanke aus Art. 6 III 1. Alt. EU i.V.m. Artt. 6 und 13 EMRK angeführt werden, die bereits vor Einfügung des Art. 6 III EU und auch vor Einfügung des Art. 6 II EUV a.F. in allen Mitgliedstaaten verbindlich waren und sind⁹⁰, daher auch die Rechtsprechung des EuGH binden.⁹¹

Zuletzt ist Art. 19 I 2 EU als Verpflichtung der Mitgliedstaaten wie folgt formuliert: „Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“

Art. 19 ist als Präzisierung des Art. 4 III EU zu sehen, mit der Zielsetzung, die Voraussetzungen für einen effektiven Rechtsschutz zu schaffen. Soweit diese Voraussetzungen nicht zu einem solchen Rechtsschutz entsprechend der CILFIT-Doktrin führen, ist, entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 4 III EU, die Regelung des Art. 19 I 2 EU als Rechtfertigung des Instruments der Ersatzvorlage anzusehen.

Eine wesentliche Begründung ergibt sich auch, wenn man die Tschernobyl-Entscheidung⁹² transponiert, indem man die institutionelle Stellung des Parlaments durch den verstärkt in den Vordergrund tretenden Individualrechtsschutz ersetzt und um den Aspekt der wirksamen Kontrolle durch den Gerichtshof ergänzt. Danach muß der Gerichtshof, dessen Aufgabe es nach den Verträgen ist, „über die Wahrung des Rechts bei deren Auslegung und Anwendung zu wachen ... in der Lage sein, ... die richterliche Kontrolle ... durch einen Rechtsbehelf sicherzustellen, der ihm die Erfüllung seiner Aufgabe ermöglicht“⁹³, auch den Individualrechtsschutz gewährleisten können.

7. Rechtskraftdurchbrechung

In der Vergangenheit hat der EuGH immer wieder den rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen betont, eine Rechtskraftdurchbrechung abgelehnt⁹⁴ und Folgenbeseitigung⁹⁵ sowie Wiedergutmachung

88 Art. 4 III EU: „Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

89 Die GRC sollte nicht darauf abzielen, das in den Verträgen vorgesehene Rechtssystem und insbesondere die Bestimmungen über die Zulässigkeit direkter Klagen beim EuGH zu ändern (Erl. Zur Charta der Grundrechte ABl. 2007 C 303/29).

90 Vgl. *Hatje* in Schwarze, a.a.O., Art. 6 EU, Rn. 15 ff. m.w.N.

91 EuGH v. 15.10.1987, Rs. 226/86, *Unectef/Heylens*, Slg. 1987, 4097, Rn. 14; v. 15.05.1986, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1663, Rn. 18; v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, *Unibet*, Slg. 2007, I-02271 (s. o. Fn. 64); v. 26.07.2007, Rs. C-305-05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, Slg. 2007, I-5305, Rn. 31.

92 EuGH Rs. C-70/88, *Tschernobyl*, Parlament/Rat, Slg. 1990, I-2041.

93 EuGH Rs. C-70/88, *Tschernobyl*, Parlament/Rat, Slg. 1990, I-2041 Rn. 21 ff.: (kursiv Originaltext, unterstrichen Einfügung des Verfassers: „21 Diese Befugnisse sind jedoch Bestandteil des von den Verträgen gewollten Individualrechtsschutzes (statt: institutionellen Gleichgewichts).“

22 *Die Wahrung des Individualrechtsschutzes (statt: institutionellen Gleichgewichts) gebietet es, daß jedes Gericht (statt: Organ) seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Gerichte (statt: Organe) ausübt. Sie verlangt auch, daß eventuelle Verstöße gegen diesen Grundsatz geahndet werden können.*

23 *Dem Gerichtshof obliegt es nach den Verträgen, über die Wahrung des Rechts bei deren Auslegung und Anwendung zu wachen. Er muß daher in der Lage sein, die Aufrechterhaltung Individualrechtsschutzes (statt: institutionellen Gleichgewichts) und folglich die richterliche Kontrolle ..., durch einen Rechtsbehelf sicherzustellen, der ihm die Erfüllung seiner Aufgabe ermöglicht“.*

94 EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-126/97, *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055 Rn. 46; v. 16.03.2006, Rs. C-234/04, *Kapferer*, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20 f.

95 So z.B. EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-453/00, *Kühne&Heitz*, Slg. 2004, I-837; *Schwarze* in Schwarze, a.a.O. (Fn. 1), Art. 267, AEU Rn. 52 m.w.N.

chung⁹⁶ in den Vordergrund gestellt. Dies hat der EuGH in der Lucchini-Entscheidung⁹⁷ deutlich relativiert und den Vorrang des Primärrechtsschutzes wieder stärker betont.⁹⁸ Der Spagat – um nicht zu sagen Eiertanz – zwischen Rechtskraftdurchbrechung und Wiedergutmachung manifestiert sich deutlich in der Köbler-Entscheidung⁹⁹, mit dem Versuch, zwischen Rechtskraftdurchbrechung und Schadenersatz hin- und herzulavieren.¹⁰⁰ Die Diskussion, ob es sich hierbei um eine Rechtskraftdurchbrechung handelt¹⁰¹, erscheint eher akademisch, da alles, was zu einer Haftung für richterliche Fehlentscheidung führt, im Ergebnis notwendigerweise eine Rechtskraftdurchbrechung darstellt. Bei allem Verständnis für die Kritik¹⁰² an der Begründung der Lucchini-Entscheidung stellt sich die Frage, ob es Aufgabe des EuGH sein kann, die nationalen Systeme der Rechtskraft und die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze in Einklang zu bringen.¹⁰³

Die Rechtsfolge ist dem geltenden Unionsrecht auch nicht fremd. Wenn es um den Anwendungsvorrang des Unionsrechts geht, kann dies im Ergebnis für rechtskräftige Gerichtsentscheidungen nicht anders beantwortet werden, als für die Anwendbarkeit eines Gesetzes, d.h. wenn der Anwendungsvorrang für Gesetze gilt, muß er erst recht für die Rechtsprechung gelten. Der Anwendungsvorrang ist inzwischen allgemein anerkannt.¹⁰⁴ Die Rechtskraftdurchbrechung ist nur eine andere Facette des Anwendungsvorrangs. Dies ergibt sich aus der Zusammenschau der in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen. So wurde der Anwendungsvorrang auf Verwaltungsentscheidungen¹⁰⁵ erstreckt. In der Folge wurde er erweitert auf Verwaltungsentscheidungen, die sich – infolge späterer EuGH-Entscheidungen – als europarechtlich nicht mehr haltbar erwiesen, wobei insoweit bereits Bestandskraft eingetreten war¹⁰⁶, was als „Rechtskraftdurchbrechung“ eingeordnet wurde.

Auch in der Lucchini-Entscheidung¹⁰⁷ handelt es sich nicht in erster Linie um eine Frage der Rechtskraftdurchbrechung, sondern um die Frage des Anwendungsvorrangs. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung, „daß einer Entscheidung eines innerstaatlichen Gerichts Wirkungen beigelegt werden, die über die Grenzen der Zuständigkeit des fraglichen Gerichts, wie sie sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, hinausgehen“¹⁰⁸, und aus der Anknüpfung an die Verpflichtung der nationalen Gerichte, für die Wirksamkeit der europarechtlichen Normen Sorge zu tragen und „erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entschei-

96 S. o. 5.2.

97 EuGH, Urteil v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, Lucchini, Slg. 2008, I-06199.

98 So auch *Haratsch/Hensel* JZ 2008, 144, 146.

99 EuGH v. 30.09.2003, Rs. 224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239.

100 EuGH v. 30.09.2003, Rs. 224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239, Rn. 43, 48 ff.: „43 Zum Vorbringen, die Autorität eines letztinstanzlichen Gerichts könnte dadurch geschmälert werden, daß seine rechtskräftigen Entscheidungen implizit in einem Verfahren gerügt werden könnten, das die Feststellung der Haftung des Staates für diese Entscheidungen ermöglicht, ist zu bemerken, daß das Bestehen eines Rechtswegs, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergutmachung der nachteiligen Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung ermöglicht, auch als Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative angesehen werden kann.“

48 Hinzu kommt, dass Erwägungen im Zusammenhang mit der Achtung des Grundsatzes der Rechtskraft oder der richterlichen Unabhängigkeit in den nationalen Rechtsordnungen zwar zu – bisweilen erheblichen – Beschränkungen der Befugnis, die Haftung des Staates für durch fehlerhafte Gerichtsentscheidungen verursachte Schäden feststellen zu lassen, geführt haben, daß diese Erwägungen diese Befugnis aber nicht völlig ausschließen konnten. Die Geltung des Grundsatzes der Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen ist nämlich – wie der Generalanwalt in den Nummern 77 bis 82 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – in der einen oder anderen Form den meisten Mitgliedstaaten bekannt, wenn auch unter engen und verschiedenartigen Voraussetzungen.

49 Weiter kann auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte insbesondere nach Artikel 41 EMRK einen Staat, der ein Grundrecht verletzt hat, zur Entschädigung der Verletzten Partei verpflichtet. Nach der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs kann er eine solche Entschädigung auch zusprechen, wenn die Verletzung auf einer Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts beruht (vgl. EGMR, Urteil *Dulaurans/Frankreich* vom 21. März 2000, noch nicht veröffentlicht).

50 Nach alledem ist der Grundsatz, daß die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht. Es ist Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadenersatz zuständig ist.“

101 Vgl. auch *Haratsch/Hensel*, JZ 2008, 144, 145.

102 Vgl. *Haratsch/Hensel*, JZ 2008, 144, die allerdings die Entscheidung dogmatisch hervorragend einordnen konnten! Zwar monieren sie zuerst die „unzureichende Begründung“, um sie später selbst, gleich den *haruspicien*, den Gründen zu entnehmen.

103 Vgl. zu den verschiedenen Rechtskraftdogmatiken *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union (Diss. Berlin 2008), 2009.

104 Std. Rspr. seit EuGH v. 15.07.1964, Rs. 6/64, *Costa/Enel*, Slg. 1964, 1251; v. 09.03.1978, *Simmenthal*, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 21–24; v. 08.03.1979, *Salumificio di Cornuda*, Rs. 130/78, Slg. 1979, 867, Rn. 23–27; v. 19. Juni 1990, *Factortame u.a.*, C-213/89, Slg. 1990, I-2433, Rn. 19–21, vgl. auch *Gänswein*, Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts, 2009, 244 ff. m.w.N.

105 Vgl. auch *Haratsch/Hensel*, JZ 2008, 144, 145.

106 EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-453/00, *Kühne&Heitz*, Slg. 2004, I-837; EuGH v. 12.02.2008, Rs. C-2/06, *Kemptner*, Slg. 2008, I 00411 Rn. 35.

107 EuGH, Urteil v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, Lucchini, Slg. 2008, I-06199.

108 EuGH, Urteil v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, Lucchini, Slg. 2008, I-06199 Rn. 59: „Eine solche Auslegung der genannten Vorschrift kann insbesondere zur Folge haben, daß einer Entscheidung eines innerstaatlichen Gerichts Wirkungen beigelegt werden, die über die Grenzen der Zuständigkeit des fraglichen Gerichts, wie sie sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, hinausgehen. Wie das vorliegende Gericht ausgeführt hat, würde die Anwendung dieser Vorschrift, wird sie so ausgelegt, offenkundig im vorliegenden Fall die Anwendung des Gemeinschaftsrechts vereiteln, weil sie die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht gewährten Beihilfe unmöglich machen würde.“

dungsbefugnis unangewendet“ zu lassen¹⁰⁹, somit aus der Rechtsprechung zum Anwendungsvorrang.

Die Entscheidung knüpft außerdem an die Offenkundigkeit des Verstoßes an¹¹⁰, was die Anknüpfung an die unionsrechtliche Staatshaftung¹¹¹ nahelegt.

Daher geht die Kritik fehl, der EuGH begründe nicht ausreichend.¹¹² Vielmehr ist die Rechtsprechung im Gesamtzusammenhang¹¹³ zu sehen, woraus sich zusätzliche Argumente für die hier vertretene Auffassung ergeben.

8. Voraussetzungen und Begründungserfordernisse

8.1. Voraussetzungen und Begründungserfordernisse im Allgemeinen

In Anlehnung an die Anforderungen des Gerichtshofes zur unionsrechtlichen Staatshaftung und der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien muß auch bei der Ersatzvorlage der Verstoß hinreichend qualifiziert sein, d.h. die Vorlageverpflichtung muß aus dem Verfahren heraus offenkundig verletzt worden sein.

Hierzu ist entsprechend der CILFIT-Doktrin zu verlangen, daß die europarechtliche Frage bereits im Verfahren aufgeworfen wurde. Sollte das Gericht dann nicht vorgelegt haben, käme eine „Ersatzvorlage“ in gewillkürter Vertretung des Gerichts durch den betroffenen Unionsbürger in Frage.

Die Voraussetzungen müssen jedoch restriktiv gehandhabt werden. Die Möglichkeit, die Ersatzvorlagefrage zu stellen, ist nur dann gegeben, wenn diese auch für das Verfahren vor dem nationalen Gericht entscheidungserheblich ist.

Damit der hinreichend qualifizierte Verstoß durch den Gerichtshof geprüft werden kann, ist dieser zu begründen.

Die Vorlageverpflichtung muß klar und eindeutig greifbar und dadurch seitens des zur Entscheidung berufenen Gerichts verletzt sein. Dies setzt voraus, daß im Verfahren vor dem letztinstanzlichen nationalen Gericht die unionsrechtlichen Grundlagen herausgearbeitet und idealerweise auch Vorlagefragen angeregt werden.

Da nur das letztinstanzliche Gericht nach Art. 267 AEU zur Vorlage verpflichtet ist, muß gefolgert werden, daß erst nach Ausschöpfung aller Mittel des innerstaatlichen Rechts eine Vorlage erfolgen kann.

Grundsätzlich sollte nach deutschem Recht auch die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des gesetzlichen Richters eingelegt worden sein – dies insbesondere deshalb, um z.B. in Deutschland dem BVerfG die Gelegenheit zu geben, die Vertragsverletzung zu verhindern, damit nicht der Vorwurf des ausbrechenden Rechtsakts erhoben werden kann.¹¹⁴ Einzuschränken ist dies jedoch angesichts der Rechtsprechung des BVerfG, solange dieses sich nicht als vorlageverpflichtet ansieht.¹¹⁵ Außerdem kann nicht ver-

langt werden, eine von vornherein aussichtslose Verfassungsbeschwerde zu erheben.

Im Übrigen erscheint es möglich, daß zuerst im Rahmen des nationalen Rechts der unionsrechtliche Schadenersatzanspruch reklamiert wird¹¹⁶, in dessen Verlauf nunmehr die Vorlagefragen erneut geklärt werden müßten.

Soweit auch in diesem Verfahren entgegen der CILFIT-Doktrin keine Vorlage erfolgt, dürfte spätestens dann – möglicherweise erneut nach Anrufung des Bundesverfassungsgerichts – die Vorlage durch den betroffenen Unionsbürger möglich sein. Allerdings ist ein solches Verfahren nicht zwingend erforderlich, da die „Abwehr“ dem Schadensersatz vorgreiflich ist.¹¹⁷

Eine Verletzung muß ausreichend gerügt sein, d.h. insbesondere nicht erst im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, denn die Verpflichtung trifft grundsätzlich das letztinstanzliche Gericht, nicht das Bundesverfassungsgericht.¹¹⁸ Da Voraussetzung für die Vorlageverpflichtung die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage ist, ist diese zur Begründung der Verletzung der Vorlagepflicht darzulegen. Insoweit ist ausführlich darzulegen, warum und inwieweit es sich um eine notwendige Vorfrage für die Entscheidung handelt.¹¹⁹

8.2. Voraussetzungen und Begründungserfordernisse im Speziellen

Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien und zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch sind daher folgende Voraussetzungen notwendig:

109 EuGH, Urteil v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, Lucchini, Slg. 2008, I-06199 Rn. 61: „Außerdem ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, dass das innerstaatliche Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet läßt (vgl. u.a. Urteile vom 9. März 1978, Simmenthal, 106/77, Slg. 1978, 629, Randnm. 21 bis 24, vom 8. März 1979, Salumificio di Cornuda, 130/78, Slg. 1979, 867, Randnm. 23 bis 27, und vom 19. Juni 1990, Factortame u.a., C-213/89, Slg. 1990, I-2433, Randnm. 19 bis 21) 62. Infolge des Grundsatzes des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gilt diese Regel in der innerstaatlichen Rechtsordnung.“

110 EuGH, Urteil v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, Lucchini, Slg. 2008, I-06199 Rn. 59.

111 S.o. 5.2.

112 Haratsch/Hensel, JZ 2008, 144.

113 S.o. 5.

114 Was allerdings nicht zutreffend sein kann (s.u. 9).

115 BVerfG, 1 BvF 1/05 v. 13.03.2007 Rn. 71 f; BVerfG, 2 BvR 2419/06 v. 06.05.2008, Rn. 32.

116 S.o. 2. a.E.

117 S.o. 6, a.A.

118 BVerfG, 1 BvF 1/05 v. 13.03.2007 Rn. 71 f; BVerfG, 2 BvR 2419/06 v. 06.05.2008, Rn. 32.

119 S.u. 8.2.

8.2.1. Offenkundiger Verstoß

Der Verstoß muß offenkundig sein. Offenkundig ist ein Verstoß dann, wenn er objektiv und für das Gericht vorhersehbar gegen die CILFIT-Doktrin des EuGH verstößt. Auf die subjektive Würdigung des Gerichts kann es dabei nicht ankommen.

Hierzu ist es notwendig, daß die Rechtsfrage im Verfahren spätestens vor dem letztinstanzlichen Gericht aufgeworfen wird. Hilfreich wäre es, wenn bereits eine konkrete Rechtsfrage formuliert und als Vorlagefrage dem letztinstanzlichen Gericht vorgeschlagen wurde. Dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich, ausreichend erscheint es vielmehr, wenn die europarechtliche Frage als solche vorgebracht wurde. Nicht offenkundig in diesem Sinne wäre die Angelegenheit dann, wenn im Ausgangsverfahren bis zum letztinstanzlichen Gericht die unionsrechtliche Frage keine Rolle gespielt hätte.

Daher ist in der Begründung der Ersatzvorlage ausdrücklich dazu Stellung zu nehmen, daß die entscheidungserhebliche Rechtsfrage bereits spätestens im Verfahren vor dem letztinstanzlichen Gericht aufgeworfen wurde. Soweit sie bereits früher aufgeworfen wurde, ist eine erneute ausführliche Darlegung vor dem letztinstanzlichen Gericht nicht erforderlich, es dürfte vielmehr als selbstverständlich anzunehmen sein, daß das letztinstanzliche Gericht die Akte liest und Ausführungen mit ausdrücklichem Verweis auf das vorherige Vorbringen ausreichen. Insbesondere sind im Hinblick auf die Vorlagepflicht keine allzu strengen Zulässigkeitsanforderungen, wie etwa im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde, akzeptabel.¹²⁰

Weiter ist allerdings zu fordern, daß die entsprechenden Schriftsätze an das letztinstanzliche Gericht genau bezeichnet werden und auch der Vortrag vor diesem Gericht in der Ersatzvorlage selbst wiedergegeben wird.

8.2.2. Erheblichkeit des Verstoßes

Des Weiteren muß der Verstoß erheblich sein. Ansonsten wäre kein Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Daher ist in der weiteren Begründung anzugeben, inwieweit die unionsrechtliche Vorlagefrage für die Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichts entscheidungsrelevant war, d.h. inwieweit die positive Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH zu einer anderen Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichts hätten führen können. Allerdings kann nicht verlangt werden, daß das letztinstanzliche nationale Gericht dann mit Sicherheit eine andere Entscheidung getroffen hätte; darzulegen ist lediglich die Möglichkeit einer anderen Entscheidung unter dem Blickwinkel der unionsrechtlichen Vorlagefrage.

Die Frage des Verschuldens oder eines möglicherweise entschuldbaren Rechtsirrtums kann in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen, da die CILFIT-Doktrin von objektiven Kriterien ausgeht. Allein die Zweifelhaftigkeit der uni-

onsrechtlichen Frage hat die Verpflichtung zur Vorlage zur Folge. Daher können Fehlentscheidungen, die objektiv der CILFIT-Doktrin widersprechen, auch nicht mehr durch ausdrücklich geäußerte Überzeugung des Gerichts konterkariert werden.¹²¹ Dies betrifft insbesondere den Fall, daß das letztinstanzliche nationale Gericht sich auf die acte-claire-Rechtsprechung des EuGH berufen sollte. Hier müssen objektiv und eindeutig die Kriterien der acte-claire-Doktrin erfüllt sein.

Des Weiteren ist zu fordern, daß der Antragsteller sich auf Rechte beruft, die ihm durch Primär- oder Sekundärrecht verliehen wurden, und er durch die unterlassene Vorlage in diesen Rechten verletzt wurde. Auch dies ist in der Begründung darzulegen, da ansonsten die Erheblichkeit des Verstoßes nicht ausreichend dargelegt wäre.

8.2.3. Ausschöpfung aller Möglichkeiten des innerstaatlichen Rechts

Als weitere Voraussetzung ist aus der Subsidiarität und der Herleitung der Ersatzvorlage zu fordern, daß alle Mittel des innerstaatlichen Rechts ausgeschöpft wurden, um eine Korrektur¹²² der gerichtlichen Entscheidung mit dem Ziel einer Vorlage zu erreichen. Dies ergibt sich daraus, daß nur das letztinstanzliche Gericht gemäß Art. 267 AEU zur Vorlage verpflichtet ist. Wer danach den Rechtsweg nicht ausschöpft, der kann sich auch nicht auf die Verletzung der Vorlagepflicht stützen, da unterinstanzliche Gerichte zwar vorlegen können, aber nicht müssen.

Dabei ist durch den Kläger des Ausgangsverfahrens darzulegen, welche Rechtsmittel oder außerordentliche Rechtsbehelfe es nach nationalem Recht gegeben hat und wie diese beschieden wurden.

Daneben muß weiter ausgeführt werden, daß die Rechtsmittel des nationalen Rechts nicht durch ein Verschulden im Ausgangsverfahren abgewiesen wurden. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß ein Rechtsmittel als unzulässig abgewiesen wurde.

Hierbei ist allerdings zu differenzieren. Wurde das Rechtsmittel etwa wegen Fristversäumnis abgewiesen, beruht dies auf Verschulden bei der Prozeßführung. Erfolgt die Abweisung in Bezug auf das Vorliegen europarechtlicher Zweifel jedoch auf einer Überstrapazierung eventueller im nationalen Recht angelegter Begründungszwänge – mit der Folge der Unzulässigkeit nach nationalem Recht¹²³

¹²⁰ S. u. 8.2.3.

¹²¹ S. o. Fn. 5.

¹²² Vgl. hierzu EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-453/00, Kühne & Heitz, Slg. 2004, I-837, Rn. 26; *Haratsch/Hensel* JZ 2008, 144, 145, sehen das Kriterium der Rechtswegerschöpfung bei der Rechtskraftdurchbrechung grundsätzlich als verallgemeinerungsfähig.

¹²³ Vgl. hierzu *Pott*, steueranwaltsmagazin 2011, 220 f. zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs.

–, so beruht dies nicht auf dem Verschulden bei der Prozeßführung im Ausgangsverfahren. Vielmehr folgt dann bereits aus der Vorlageverpflichtung, daß eine Darlegung der unionsrechtlichen Fragestellung im Rahmen der Rechtsmittel ausreichend sein muß, um die Ersatzvorlage zu begründen. Es kann nicht Aufgabe des EuGH sein, Begründungserfordernisse des nationalen Rechts im Einzelnen zu untersuchen, wenn die unionsrechtliche Problematik gegenüber dem Gericht aufgeworfen wurde. Dann ist es Pflicht des angerufenen Gerichts, diese zu prüfen und gegebenenfalls der eigenen Vorlagepflicht nachzukommen.

Im Rahmen der Ersatzvorlage ist daher lediglich entscheidend, daß die unionsrechtlich relevante Zweifelsfrage dargelegt wurde. Wird trotzdem das ansonsten form- und fristgerechte Rechtsmittel als unzulässig oder unbegründet verworfen, muß diese Darlegung ausreichen; keinesfalls kann sich das Gericht, das die Vorlage unterlassen hat, auf überspannte Begründungserfordernisse des nationalen Rechts berufen.

8.2.4. Formulierung der Rechtsfrage

Sodann ist die eigentliche Vorlagefrage durch die Partei des Ausgangsverfahrens selbst zu formulieren. Die Vorlage an den Gerichtshof könnte daher wie folgt formuliert werden: „In Wahrnehmung der Verpflichtung des Z-Gerichts (Bezeichnung des letztinstanzlichen Gerichts), den Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache XY anzurufen, werden dem Gerichtshof in Stellvertretung des Z-Gerichts folgende entscheidungserhebliche Fragen zur Auslegung des Unionsrechts gemäß Art. 267 AEU vorgelegt: ...“ Dabei sind die Vorlagefragen zu formulieren und eine Vorlage entsprechend Art. 267 AEU zu begründen. Im Übrigen gelten die für die Vorlagefrage relevanten Regelungen.¹²⁴

8.2.5. Frist

Es stellt sich die Frage, in welcher Frist die Ersatzvorlage erfolgen muß. Hier könnte auf die Emmott-Entscheidung des EuGH¹²⁵ zurückgegriffen werden. Dort hat der EuGH entschieden, bei unzureichender Umsetzung einer Richtlinie komme es für den Einzelnen auf den Zeitpunkt der Kenntnis seines Rechtes an. Diese Kenntnis bestehe ab zutreffender Umsetzung der Richtlinie, nicht bereits mit der Entscheidung des EuGH zu der zugrundeliegenden unionsrechtlichen Frage der ordnungsmäßigen Umsetzung. Erst zu diesem Zeitpunkt könne von dem Einzelnen verlangt werden, seine Rechte geltend zu machen. Streng genommen begänne damit die Frist erst dann, wenn der EuGH die Ersatzvorlage als möglich annimmt.

Für eine Befristung ab diesem Zeitpunkt wäre nach der Rechtsprechung des EuGH auf das nationale Recht abzustellen.¹²⁶ Bezüglich der Frage der zeitlichen Begrenzung der Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung zu stellen, hat der EuGH in der Rechtssache Kühne & Heitz¹²⁷ einen An-

trag innerhalb von drei Monaten nach Kenntniserlangung von der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht als zu spät angesehen hat, insbesondere sei sowohl der Zeitrahmen, innerhalb dessen der Überprüfungsantrag gestellt worden war, zu berücksichtigen, als auch die übrigen vom vorlegenden Gericht angegebenen Umstände. Dabei müsse ein Überprüfungsantrag nicht unbedingt sofort, nachdem der Antragsteller Kenntnis von der Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hatte, auf die sich der Antrag stützte, gestellt werden.¹²⁸ Das Gemeinschaftsrecht setze keine genaue Frist für die Einreichung eines Überprüfungsantrags. Eine Verpflichtung, den betreffenden Antrag innerhalb bestimmter Zeit zu stellen, nachdem der Antragsteller Kenntnis von der Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hatte, auf die sich der Antrag selbst stützte, bestehe daher nicht.¹²⁹

Allerdings ist nach ständiger Rechtsprechung mangels einer einschlägigen unionsrechtlichen Regelung die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, wobei diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz).¹³⁰ Daher ist die Festsetzung angemessener Ausschlußfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Unionsrecht vereinbar.¹³¹

¹²⁴ S. u. 8.2.6.

¹²⁵ EuGH v. 25.07.1991, Rs. C-208/90, Emmott, Slg. 1991, I-4269.

¹²⁶ EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-2/06, Kühne&Heitz, Slg. 2004, I-837; EuGH v. 12.02.2008, Rs. C-2/06, Kempster, Slg. 2008, I-411 zu Verwaltungsakten: „Die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung zu stellen, wird durch das Gemeinschaftsrecht in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt. Die Mitgliedstaaten können jedoch im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz angemessene Rechtsbehelfsfristen festlegen“.

¹²⁷ EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-2/06, Kühne&Heitz, Slg. 2004, I-837.

¹²⁸ EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-2/06, Kühne&Heitz, Slg. 2004, I-837; EuGH v. 12.02.2008, Rs. C-2/06, Kempster, Slg. 2008, I-411 Rn. 55.

¹²⁹ EuGH v. 13.01.2004, Rs. C-2/06, Kühne&Heitz, Slg. 2004, I-837; EuGH v. 12.02.2008, Rs. C-2/06, Kempster, Slg. 2008, I-411 Rn. 56.

¹³⁰ EuGH v. 12.02.2008, Rs. C-2/06, Kempster, Slg. 2008, I-411 Rn. 57 unter Verweis auf EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Slg. 2007, I-2271, Rn. 43, sowie v. 07.06.2007, Rs. C-222/05 bis C-225/05, Van der Weerd u.a., Slg. 2007, I-4233, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹³¹ EuGH v. 12.02.2008, Rs. C-2/06, Kempster, Slg. 2008, I-411 Rn. 58 unter Verweis auf EuGH vom 16.12.1976, Rs. 33/76, Rewe, Slg. 1976, 1989, Rn. 5, sowie v. 16.12.1976, Rs. 45/76, Comet, Slg. 1976, 2043, Rn. 17 und 18; v. 27.03.1980, Rs. 61/79, Denkavit italiana, Rn. 23; v. 25.07.1991, Emmott, Rs. C-208/90, Slg. 1991, I-4269, Rn. 16; v. 10.07.1997, Rs. C-261/95, Palmisani, Slg. 1997, I-4037, Rn. 28; v. 17.07.1997, Rs. C-90/94, Haahr Petroleum, Slg. 1997, I-4085, Rn. 48; und v. 24.09.2002, Rs. C-255/00, Grundig Italiana, Slg. 2002, I-8003, Rn. 34.

Nach diesen Grundsätzen wäre zu folgern, daß die Ersatzvorlage innerhalb angemessener Frist eingereicht werden kann, wobei diese Frist wohl mindestens drei Monate betragen sollte, um die Ersatzvorlage nicht übermäßig zu erschweren.

8.2.6. Vollständigkeit der Vorlage

Die Vorlage muß die zwingenden Inhalte aufweisen, denen die Vorlage des Gerichts auch selbst gerecht werden muß.¹³² Sie muß aus sich heraus verständlich sein. Sie kann – und muß – auf Schriftsätze und Akteninhalte verweisen. Dabei muß es dem EuGH bereits aus der Vorlage selbst möglich sein, alle relevanten Informationen zu entnehmen, um die Rechtsfragen und ihre Erheblichkeit beurteilen zu können. Auch dies ist als formale Zulässigkeitsvoraussetzung zu folgern.

9. Ausbrechender Rechtsakt

Sollte die Frage aufgeworfen werden, ob die Ersatzvorlage als ausbrechender Rechtsakt im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹³³ zu werten ist, ist dies zu verneinen. Das Bundesverfassungsgericht selbst sieht die Frage der Vorlageverpflichtung als eine solche des einfachen Rechts und die verfassungsrechtliche Relevanz nur bei Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG (gesetzlicher Richter)¹³⁴ als gegeben an. Liegt wegen der bestehenden Vorlageverpflichtung durch das nationale Gericht objektiv eine Verletzung des einfachen Rechts vor, muß es dem EuGH gestattet sein, im Wege der Rechtsfortbildung das Unionsrecht – als einfaches Recht – auch einfachrechtlich auszulegen.

Soweit sich ein Mitgliedstaat dann gegen eine solche Rechtsfortbildung mit dem Argument zur Wehr setzt, es handele sich um einen ausbrechenden Rechtsakt, handelt dieser treuwidrig. Denn er ist seiner Pflicht aus den Verträgen nicht nachgekommen, indem er eine Vertragspflicht des Mitgliedstaates, die Vorlageverpflichtung, verletzt hat. Dem Einwand des ausbrechenden Rechtsakts stünde daher die klassische *exceptio doli*¹³⁵ entgegen.

10. Mißbrauchsgefahr

Um einer Mißbrauchsgefahr zu begegnen, sollte nicht der Betroffene selbst, sondern nur ein Verfahrensbevollmächtigter, der aufgrund seiner beruflichen Qualifikation als Prozeßbevollmächtigter des Ausgangsverfahrens auftreten kann – etwa aufgrund seiner Qualifikation als Anwalt oder gegebenenfalls als Hochschullehrer – die Vorlagefrage formulieren können. Dies entspricht am ehesten der Diktion des Art. 267 AEU, der ja nur die Vorlage durch ein Gericht zuläßt, wodurch eine zusätzliche Unterscheidung zum „Jedermann-Recht“ der Verfassungsbeschwerde bestünde. Zu-

sätzlich sollte der Vorlegende die Kosten im Falle der Abweisung tragen. Da der Gerichtshof nach Art. 38 seiner Satzung über die Kosten entscheidet, könnten darüber hinaus dem Verfahrensbevollmächtigten die Kosten dann auferlegt werden, wenn er mißbräuchlich handelt. Hinzu kommen müßte allerdings ein Verbot, diese Mißbrauchsgebühr auf den Mandanten abzuwälzen.

11. Zusammenfassung

Aus dem unionsrechtlichen Gebot des *effet utile* – als in Art. 4 III EU normierter Ausprägung von Treu und Glauben –, der Notwendigkeit einer Gewährung effektiven Rechtsschutzes, mit der ausdrücklichen Verpflichtung aus Art. 19 I 2 EU ist zu entnehmen, daß bei einer objektiven und vorhersehbaren Verpflichtung des nationalen Gerichts zu einer Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 III AEU dem Betroffenen des Ausgangsverfahrens die Möglichkeit eröffnet sein muß, in gewillkürter Stellvertretung des letztinstanzlichen Gerichts die Vorlage selbst formulieren und begründen zu lassen. Dabei sind allerdings an die Begründung höhere Anforderungen zu stellen als für den Fall der Vorlage durch das Gericht selbst.

¹³² Vgl. hierzu die Hinweise des EuGH (Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte) v. 28.05.2011, ABl. 2011, C 160/1.

¹³³ BVerfG, 2 BvR 2134/92 v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (Maastricht) Rn. 106; BVerfG, 2 BvE 2/08 v. 30.06.2009 (Lissabon), BVerfGE 123, 267 Rn. 240.

¹³⁴ S. o. 2.

¹³⁵ S. o. 4.