

Zur Amtspflicht von Gerichten, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstößendes nationales Recht nicht anzuwenden

Dr. Klaus – R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar . Fachanwalt für Steuerrecht

I. Vorbemerkung

Zum Grundsatz des *iura novit curia*¹⁾ (= von Amts wegen das Recht zutreffend anzuwenden) gehört für Gerichte bzw. Richter, auch Europäisches Gemeinschaftsrecht beachten zu müssen. Daher soll im folgenden aufgezeigt werden, wie Gerichte mit zwei damit zusammenhängenden Fragen umzugehen haben:

- Welche für den Ausgang des konkreten Rechtsstreits entscheidungserheblichen Rechtsfragen gebieten es warum, seitens des Gerichts von Amts wegen primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht zur Anwendung zu bringen?²⁾
- Hat dann das nationale Gericht die Befugnis, diese gemeinschaftsrechtliche Frage selbst zu entscheiden oder darf bzw. muss es dieserhalb dem EuGH vorlegen?

II. Umsetzung von Richtlinienvorgaben im deutschen Recht

Richtlinien sind für jeden Mitgliedstaat bezüglich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Nur die Wahl und Form der Umsetzung der Richtlinie ist den Mitgliedstaaten selbst überlassen (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Die Richtlinie muß nicht wortgleich transformiert werden, aber die vollständige Anwendung der Richtlinie muß hinreichend klar und bestimmt gewährleistet sein.³⁾ Folglich muß die Umsetzung nicht unbedingt durch ein nationales Gesetz erfolgen, es können im Einzelfall auch Verwaltungsvorschriften reichen, sofern nur die vorgenannten Anforderungen erfüllt werden und dadurch gewährleistet ist, daß die von der Richtlinie begünstigten in die Lage versetzt werden, von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor nationalem Gerichten geltend zu machen.⁴⁾ Zu allgemein gehaltene Rechts- bzw. Verwaltungsvorschriften des nationalen Rechts bergen mithin das Risiko, daß eine vollständige Anwendung der Richtlinie nicht gewährleistet ist und folglich keine effektive Umsetzung der Richtlinie gegeben ist.⁵⁾

-
- 1) BVerfG 25.06.1992 – 1 BvR 600/92, NJW-RR 1993, 383; BVerfG 14.10.1998 – 2 BvR 205/91, WuM 1999, 383
 - 2) Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zum nationalen Recht, zum primären und sekundären Gemeinschaftsrecht und zur Erläuterung einer Richtlinie im Hinblick auf Erwägungsgründe, Richtlinien text und Anhang siehe Wagner ZfBR 2004, 317 – 322 m.w.N.
 - 3) EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 21 m.w.N.; EuGH 30.11.2006 – Rs. C-32/05 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2006, I-11323 Rdn. 32
 - 4) EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 24; EuGH 30.11.2006 – Rs. C-32/05 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2006, I-11323 Rdn. 34; EuGH 05.07.2007 – Rs. C-321/05 (Kofod), Slg. 2007, I-5795 Rdn. 44
 - 5) EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 27 f.

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich
Wiesbadener Volksbank (BLZ 510 900 00) Konto-Nr. 234 710 (Rechtsanwalt) · Konto-Nr. 253 200 (Notar)

Von der *Umsetzung* von Gemeinschaftsrecht in nationales Recht durch den Mitgliedstaat zu trennen ist die *Amtspflicht* nationaler Gerichte, Gemeinschaftsrecht anzuwenden und davon wiederum getrennt die Frage, ob bzw. wann dem EuGH vorzulegen ist.⁶⁾ Nationale Gerichte - auch Instanzgerichte⁷⁾ - sind von Amts wegen verpflichtet, europäischem Recht zur Geltung zu verhelfen.⁸⁾ Die Begründungen dafür sind uneinheitlich:

Einerseits wird die Bindung an Richtlinien mit Art. 20 Abs. 3 GG begründet, indem Richtlinien zu Gesetzen i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG gezählt werden.⁹⁾ Dies wird aber teilweise eingeschränkt, indem EU-Richtlinien nur insoweit Art. 20 Abs. 3 GG unterfallen sollen wie eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung per Gesetzesauslegung bzw. Rechtsfortbildung besteht und diese sich im Rahmen der Zuständigkeit nationaler Gerichte bewegt.¹⁰⁾ Andererseits wird das Institut der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts den klassischen Auslegungsmethoden deutschen Rechts zugeordnet.¹¹⁾ Schließlich wird auf die richtlinienkonforme Auslegung als Vorrangsregel in der Rechtsprechung des EuGH verwiesen.¹²⁾ Für die Verbraucherschutzrichtlinie (93/13/EWG) hat der EuGH dies z.B. in seiner *Oceano Grupo*-Entscheidung wie folgt formuliert:¹³⁾

„26. Das Ziel des Art. 2 Richtlinie, nach dem die Mitgliedstaaten vorsehen, dass mißbräuchliche Klauseln für Verbraucher unverbindlich sind, könnte nicht erreicht werden, wenn die Verbraucher die Mißbräuchlichkeit solcher Klauseln selbst geltend machen müssten. Infolgedessen kann ein wirksamer Schutz des Verbrauchers nur erreicht werden, wenn dem nationalen Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, eine solche Klausel von Amts wegen zu prüfen.“

Dies hat der EuGH u.H.a. seine *Oceano Grupo*-Entscheidung ferner in seiner *Cofidis* - Entscheidung wiederholt und darauf hingewiesen, ein nationales Gericht habe diese Befugnis als „notwendig“¹⁴⁾ anzusehen, um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten.¹⁵⁾ Gemeinschaftsrecht geht dem nationalem Recht vor.¹⁶⁾ Denn die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitgliedsstaat verpflichtet, mit allen Trägern öffentlicher Gewalt dafür zu sorgen, dass die mit einer

6) Zur Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte *Pache/Knauff* NVwZ 2004, 16 m.w.N..

7) Nach *Tramon/Tüllmann* NVwZ 2004, 43, 45 wurden z.B. in 1998 3/4 aller Vorlagefragen an den EuGH von unterinstanzlichen Gerichten gestellt.

8) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 9

9) *Herdegen* WM 2005, 1921, 1926; *Roth* EWS 2005, 385, 391 f.

10) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 36; EuGH 22.05.2003 – Rs. C-105/03 (*Connect Austria*), Slg. 2003, I-5197 Rdn. 38; EuGH 16.06.2005 – Rs. C-105/03 (*Pupino*), EWS 2005, 405 Rdn. 23; *Herdegen* WM 2005, 1921, 1925 f.

11) Nachweise bei *Roth* EWS 2005, 385, 392

12) *Roth* EWS 2005, 385, 392

13) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Oceano Grupo*), NJW 2000, 2571 Rdn. 26

14) Kursivsetzung durch den Autor

15) EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (*Cofidis*), EuZW 2003, 27 Rdn. 32 - 33

16) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (*Wagner Miret*), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (*Marks & Spencer*), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749; *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 2

Richtlinie verfolgten Ziele in den Mitgliedsstaaten erreicht werden.¹⁷⁾ Folglich müssen sich alle Träger öffentlicher Gewalt bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts daran ausrichten, entsprechend dem Wortlaut und dem Zweck einer Richtlinie den mit der Richtlinie verfolgten Zweck umzusetzen.¹⁸⁾

„Zwar kann der Gerichtshof nicht seine Beurteilung an die Stelle der Beurteilung des nationalen Gerichts setzen, die für die Feststellung des Sachverhalts der Rechtssache, mit der sie befasst sind, allein zuständig sind; jedoch darf die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift zur Vermeidung von Mißbräuchen nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Insbesondere dürfen die nationalen Gerichte nicht die Zwecke vereiteln, die mit der betreffenden Richtlinie verfolgt werden (in diesem Sinne Urteil vom 12.05.1998 in der Rechtssache C-367/96, Kefalas u.a. Slg. 1998, I-2843, Rdn. 22).“¹⁹⁾

Folglich tut ein Prozessanwalt gut daran, zu dieser Amtspflicht des Gerichts vorzutragen, nachdem er zuvor verdeutlicht hat, welche Rechtsfrage mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug für den Ausgang des Rechtsstreites entscheidungserheblich ist. Dies sollte bereits im 1. instanzgerichtlichen, sodann im Berufungs- und schließlich nochmals im Nichtzulassungsbeschwerde/ Revisionsverfahren erfolgen. Die Thematisierung von Gemeinschaftsrecht kann entweder darauf zielen, das Gericht zur Beachtung des primären oder des sekundären Gemeinschaftsrechts zu veranlassen, wenn es um eine *Anwendung* des Gemeinschaftsrechts geht bzw. eine Vorlage zum EuGH anzuregen, wenn es um eine in die Zuständigkeit des EuGH fallende *Auslegung* einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts geht.

Diese Darlegung des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht ist deshalb für den Prozessanwalt geboten, weil es nicht eindeutig ist, ob und inwieweit ein Prozessgericht von Amts wegen und damit unabhängig vom Parteivortrag solchen Verstößen nachzugehen hat. Einerseits deutet einiges darauf hin, daß nationale Gerichte Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht von Amts wegen und damit unabhängig vom Parteivortrag nachzugehen haben.²⁰⁾ Andererseits iudiziert der EuGH,²¹⁾ das Gemeinschaftsrecht verlange von nationalen Gerichten grundsätzlich nicht, von Amts wegen Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht aufzugreifen, wenn die Prüfung dieser Fra-

17) EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (BP Soupergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4705 Rdn. 41); EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24, 27

18) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; OLG Stuttgart 23.11.2004 – 6 U 82/03, WM 2005, 972, 973; *Wagner ZfBR* 2004, 317, 318

19) EuGH 11.09.2003 – Rs. C-201/01 (Walcher), EWS 2003, 480 Rdn. 37

20) EuGH 04.06.2002 – Rs. C-99/00 (Kenny Roland Lyckeskog) Rdn. 14 – 18: „Stellt sich aber eine Frage nach der Auslegung oder der Gültigkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, so ist das oberste Gericht nach Artikel 234 Absatz 3 EG verpflichtet, dem Gerichtshof entweder im Stadium der Zulassungsprüfung oder in einem späteren Stadium eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen.“ Folglich hat das oberste Bundesgericht auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Amts wegen europäisches Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen und ggf. nach Zulassung der Revision dem EuGH vorzulegen. Zu der Frage, ob der BGH im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Amts wegen Europäisches Gemeinschaftsrecht auch dann zu berücksichtigen hat, wenn der Beschwerdeführer dies nicht zum Gegenstand seiner Beschwerdebegründung gemacht hat, siehe *Vorwerk* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS für Thode, 2005, Seite 645; *Wolf WM* 2005, 1345, 1350.

Dazu, daß der BGH auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren die Vorlagefrage prüft, BGH 24.11.2005 – III ZR 04/05, DStR 2006, 1424, 1425

21) EuGH 17.12.2009 – Rs. C-227/08 (Martin), EWS 2010, 57 Rdn.19

ge die Grenzen des Rechtsstreites überschreiten würden. Dies jedenfalls dort, wo die Initiative im Prozess den Parteien zustehe,²²⁾ wie dies in Deutschland beim Zivilprozess mit der dort geltenden Parteimaxime der Fall ist. Und davon hat der EuGH²³⁾ wieder eine Rückausnahme gemacht, wonach auch dort, wo die Initiative im Prozess den Parteien zusteht, das nationale Gericht von Amts wegen einen Gemeinschaftsrechtsverstoß prüfen muß, wenn das Einschreiten des nationalen Gerichts im Interesse der öffentlichen Ordnung geboten ist.

III. Anwendungsvorrang von Gemeinschaftsrecht vor nationalem Recht

Der *Vorrang* des europäischen Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht - nicht die Nichtigkeit nationalen Rechts²⁴⁾ - verpflichtet die Mitgliedstaaten und ihre Organe, wozu auch Gerichte gehören, zu zweierlei: Einerseits das mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare nationale Recht, sofern es sich nicht zulässigerweise um eine im Vergleich zur Richtlinie strengere nationale Vorschrift handelt,²⁵⁾ nicht anzuwenden²⁶⁾ und andererseits dem Gemeinschaftsrecht im nationalen Recht zum Durchbruch zu verhelfen.²⁷⁾ Der Vorrang kann sich wie folgt stellen: Einerseits im Falle der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtskreis (Anwendungsvorrang i.e.S.)²⁸⁾ und andererseits im Falle der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts (Anwendungsvorrang i.w.S.).²⁹⁾ Im Falle der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtskreis wird das nationale Recht verdrängt,³⁰⁾ dagegen im Falle der richtlinienkonformen Auslegung genutzt.³¹⁾

22) EuGH 17.12.2009 – Rs. C-227/08 (Martin), EWS 2010, 57 Rdn. 20

23) EuGH 17.12.2009 – Rs. C-227/08 (Martin), EWS 2010, 57 Rdn. 20

24) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4: Durch den Anwendungsvorrang bleibt das nationale Recht wirksam und gilt für die Fälle weiter, die nicht im Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. Ferner: Gebauer/Wiedemann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 2 Rdn. 45 f., 55 ff.; Langenbacher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 3

25) EuGH 02.06.2005 – Rs. C-282/02 (Kommission/Irland), Slg. 2005, I-4653 Rdn. 10

26) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4 f.

27) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1; a.A. Herrmann EuZW 2006, 69, 70, der wie folgt unterscheidet:

- Anwendungsvorrang der Richtlinie vor nationalem Recht: Die Richtlinie wird vorrangig angewandt, das nationale Recht nicht.
- Unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen in horizontalen Rechtsverhältnissen: Richtlinienbestimmungen werden direkt angewandt, nationale Rechtsbestimmungen nicht, wenn richtlinienkonforme Auslegung in den Grenzen der nationalen Methodenlehre nicht (mehr) möglich ist.

28) Nach *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 3 f. ist dafür Voraussetzung: Die Rechtswirksamkeit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, zugleich aber ein Widerspruch zwischen beidem oder eine Anwendungskollision.

29) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 2 f.; Wagner ZfBR 2004, 317 f.

30) Gebauer/Wiedemann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 2 Rdn. 55 f.; Roth EWS 2005, 385, 387

31) Langenbacher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 86

1. Richtlinienkonforme Auslegung

In einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen gleichberechtigten Rechtssubjekten (Horizontalverhältnis)³²⁾ hat eine Richtlinie nicht unmittelbar Geltung.³³⁾ Daher ist das *nationale* Recht stets im Lichte der dazugehörigen Richtlinie zu lesen und gegebenenfalls richtlinienkonform auszulegen.³⁴⁾ Normadressat der Richtlinie ist der Mitgliedstaat mit allen seinen Institutionen, wozu auch die Gerichte gehören. Für diese sind die mit der Richtlinie verfolgten Ziele verbindlich.³⁵⁾ Mithin hat der Mitgliedstaat mit allen seinen Institutionen die Verpflichtung, in seiner nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.³⁶⁾ Und deshalb richtet sich das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung an die nationalen Gerichte als eine der Institutionen des Mitgliedstaates und ist für den Normalfall die Kompensation für die für Privatrechtsverhältnisse fehlende Direktwirkung einer Richtlinie.³⁷⁾ Und die richtlinienkonforme Auslegung muß dabei das zuvor Ausgeführte berücksichtigen.

Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es um die Auslegung einer Vorschrift des nationalen Rechts und nicht um die Auslegung einer Vorschrift einer Richtlinie.³⁸⁾ Ziel der richtlinienkonformen Auslegung ist, betreffend einer entscheidungserheblichen Vorschrift des nationalen Rechts unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen, die sich mit dem einschlägigen europarechtlichen Richtlinienrecht am besten vereinbaren läßt.³⁹⁾ Man muss dabei aber differenzieren:

Zunächst gilt es die Vorgabe der Richtlinie zu klären. Dazu gehört, zu ermitteln, ob die Richtlinie eine genaue Bestimmung enthält oder ob dort nur eine allgemeine Vorgabe enthalten ist. Wäre letzteres der Fall, so daß zunächst ein konkreter Aussagegehalt der Richtlinie erforderlich wäre, ehe man zu einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts schreitet, dann ist durch das nationale Gericht zunächst eine Vorlage an den EuGH erforderlich. Denn alleine der EuGH ist als gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) dafür zuständig, den Inhalt einer allgemein gehaltenen Vorschrift einer Richtlinie zu konkretisieren. Und erst nachdem dies geschehen ist, ist dann erst eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts möglich.⁴⁰⁾

32) Anders ist dies im öffentlichrechtlichen Vertikalverhältnis, in welchem sich der Bürger gegenüber dem Staat direkt auf die Richtlinie berufen kann.

33) EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 20; EuGH 26.09.2000 – Rs. C-443/98 (Unilever), Slg. 2000, I-7535 Rdn. 50; EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), n.V. Rdn. 56; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 (Pfeiffer), n.V. Rdn. 108; *Guendel* EuZW 2001, 143

34) *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 315

35) EuGH 08.05.2008 – Rs. C-491/01 (Danske Svineproducenter), EuZW 2008, 411 Rdn. 27

36) EuGH 08.05.2008 – Rs. C-491/01 (Danske Svineproducenter), EuZW 2008, 411 Rdn. 28 m.w.N.

37) *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 315

38) *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316

39) *Auer* NJW 2007, 1106; *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316

40) Daß das nationale Gericht nicht eine Konkretisierung einer allgemein gehaltenen Richtlinienbestimmung oder eines dort vorhandenen Begriffes selbst durchführen darf, um dann mit dieser eigenen "Vorlage" eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen, wurde oben am Beispiel der rechtsfehlerhaften Vorgehensweise des BFH verdeutlicht.

Ist (jedoch) eine genaue Richtlinienbestimmung vorhanden, dann kann das nationale Gericht darauf eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts aufbauen. Denn gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV (= Art. 249 Abs. 3 EG, Art. 10 EG a.F.) sind die Mitgliedstaaten mit ihren Institutionen (Legislative, Judikative und Exekutive) zur effektiven Umsetzung von Richtlinien verpflichtet. Dazu gehört, das gesamte nationale Recht „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“ und zwar

„soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.“⁴¹⁾

Falls die deutsche Rechtslage mit einer Richtlinienbestimmung im Widerspruch steht, ist zu klären, ob dieser Widerspruch durch eine richtlinienkonforme Auslegung der deutschen Rechtsvorschrift behoben werden kann. Dies jedenfalls dann, wenn das nationale Recht bezgl. des Gesetzeswortlautes unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und aller Auslegungsmethoden eine richtlinienkonforme Auslegung zuläßt.⁴²⁾ Und auch ein einer Richtlinienvorschrift entgegenstehender nationaler Gesetzeswortlaut steht einer richtlinienkonformen Auslegung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn z.B. der nationale Gesetzgeber sich in Übereinstimmung mit den Richtlinienvorgaben wähnt.⁴³⁾

Ein eindeutiger deutscher Gesetzeswortlaut kann jedoch einer richtlinienkonformen Auslegung entgegenstehen,⁴⁴⁾ dies nämlich dann, wenn der nationale Gesetzgeber bewußt vor Richtlinienvorgaben abweicht. Es kann sich dann jedoch für den BGH (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) bzw. den Großen Senat des BGH (§ 132 Abs. 4 GV) nach nationalem Recht die Frage der Rechtsfortbildung stellen. U.a. deshalb ist der Gesetzeswortlaut einer nationalen Norm nicht zwingend die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung,⁴⁵⁾ vielmehr wird man wie folgt differenzieren müssen:

Hat der nationale Gesetzgeber mit dem Wortlaut der nationalen Vorschrift sich nicht bewußt gegen die Vorgabe einer Richtlinie stellen wollen, dann stellt der Gesetzeswortlaut keine zwingende Grenze für eine richtlinienkonforme Auslegung dar. Vielmehr ist dann das innerstaatliche Recht soweit wie möglich im Lichte des Wortlautes und des Zwecks der betreffenden Richtlinie auszulegen, um der entsprechenden Richtlinie im nationalen Recht möglichst effektiv zum Durchbruch zu verhelfen.⁴⁶⁾ Wollte jedoch der nationale Gesetzgeber sich mit dem Gesetzeswortlaut ganz bewußt zum Nachteil des durch eine Richtlinie Begünstigten gegen die Richtlinienvorgabe stellen, dann endet die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung am Wortlaut des nationalen Gesetzes, sofern nicht der BGH sich über den Gesetzeswortlaut bei Vorliegen

41) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; *Mörsdorf* ZIP 2008, 1409, 1413

42) EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 111

43) *Mörsdorf* ZIP 2008, 1409, 1415

44) EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 110: „Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird zwar durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf es sich nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.“ Zuvor schon EuGH 16.06.2005 – Rs. C-105/03 (Pupino), NJW 2005, 2839. Dazu *Mörsdorf* ZIP 2008, 1409, 1414

45) *Hummel* EuZW 2007, 268, 269

46) EuGH 13.07.2000 – Rs. C-456/98 (Centrosteel), EuZW 2000, 671, 672; EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler), NJW 2006, 2465 Rdn. 124; *Hummel* EuZW 2007, 268, 271

entsprechender Voraussetzungen⁴⁷⁾ per Rechtsfortbildung hinwegsetzt. Denn was die Frage der richtlinienkonformen bzw. gemeinschaftskonformen Auslegung betrifft, geht es dabei nicht alleine um Gesetzesauslegung im Sinne der deutschen Methodenlehre,⁴⁸⁾ sondern kann Rechtsfortbildung mit umfassen,⁴⁹⁾ wobei unklar ist, inwieweit der Wortlaut der Richtlinienbestimmung einerseits bzw. der deutschen gesetzlichen Regelung andererseits eine Grenze sein kann.⁵⁰⁾ Roth⁵¹⁾ schlägt daher vor, statt von richtlinienkonformer Auslegung eher von richtlinienkonformer Rechtsfindung zu sprechen.

Bezüglich des *zeitlichen* Anwendungsbereichs ist zu beachten, dass die richtlinienkonforme Auslegung sich für die Zeit ab Inkrafttreten der Richtlinie auch auf nationale Regelungen erstrecken kann, die zeitlich vor der Richtlinie erlassen wurden.⁵²⁾ Dies deshalb, weil nur auf diese Weise Gerichte ihrer aus Art. 288 Abs. 3 AEUV (= Art. 249 Abs. 3 EG a.F.) folgenden Verpflichtung entsprechen können, die von einer Richtlinie verfolgten Ziele durchzusetzen.⁵³⁾ Hinzu kommt, daß eine richtlinienkonforme Auslegung auch schon vor Ablauf der Transformationsfrist jedenfalls dann geboten ist, wenn ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht bzw. nicht effektiv bzw. nicht fristgerecht transformiert hat. Davon zu unterscheiden, ab wann Gerichte *spätestens* zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet sind und dies ist bei verspäteter Transformation mit dem EuGH der Zeitpunkt der abgelaufenen Transformationsfrist.⁵⁴⁾

Soweit in einem Rechtsstreit i.S. einer richtlinienkonformen Auslegung vorzutragen ist, kann man sich an folgendem orientieren:

- Zunächst Beschreibung, warum eine richtlinienkonforme Auslegung einer deutschen Rechtslage/Rechtsnorm entscheidungserheblich ist und nicht durch deutsche Gesetzesauslegung „gelöst“ werden kann.⁵⁵⁾
- Sodann Beschreibung der Richtlinienvorgabe, gemessen am Wortlaut und Zweck der Richtlinie.⁵⁶⁾ Es ist folglich durch den Prozessanwalt schriftsätzlich aufzuzeigen, dass das Gericht sich des Inhalts der Richtlinienvorgabe zu vergewissern hat und welches diese Vorgaben sind.⁵⁷⁾

47) BVerfG 22.08.2006 – 1 BvR 1168/04, NJW 2006, 3409: (1) Gerichte dürfen sich durch Rechtsfortbildung nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes entziehen. (2) Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse bei zunehmendem zeitlichen Abstand von Gesetzesbefehl und Zeitpunkt richterlicher Entscheidung. (3) Das materielle Recht muß aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen abgeleitet werden, die für die betreffenden Rechtsbeziehungen maßgeblich sind.

48) Dazu Mörsdorf ZIP 2008, 1409, 1415

49) Roth EWS 2005, 385, 388; Sperber EWS 2009, 358

50) Nachweise bei Roth EWS 2005, 385, 388 f.

51) Roth EWS 2005, 385, 389

52) EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 115; Roth EWS 2005, 385, 388; Auer NJW 2007, 1106, 1109

53) EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg 1994, I-3325 Rdn. 26; Gebauer AnwBl 2007, 314, 317; Roth EWS 2005, 385, 388

54) EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2002, 2465 Rdn. 115

55) EuGH 10.04.1984 – Rs. 14/83 (von Colson), Slg. 1984, 1891 Rdn. 28; Roth EWS 2005, 385, 389

56) Roth EWS 2005, 385, 389

57) Roth EWS 2005, 385, 390

- Dem schließt sich die Auslegung des nationalen Rechts am Wortlaut und Zweck der Richtlinie an, wobei der Auslegung der Vorzug zu geben ist, die dem Ziel der Richtlinie dient.⁵⁸⁾
- In diesem Zusammenhang ist für das Gericht aufzuzeigen, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber richtlinienkonform transformieren wollte. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber seinem Transformationsauftrag nach kommen möchte.⁵⁹⁾
- Es ist weiter aufzuzeigen, dass sich ein deutsches Gericht bei der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts der gleichen Methoden bedienen muss wie bei der normalen Gesetzesauslegung (z.B. teleologische Extension oder Reduktion bzw. Analogie etc.).⁶⁰⁾
- In der schriftsätzlichen Darlegung ist zu verdeutlichen, dass dann, wenn es zu einer scheinbaren Kollision von deutschem Recht und Gemeinschaftsrecht kommt, nach der neueren Rechtsprechung des EuGH diese vom Gericht in vergleichbarer Weise aufzulösen ist, wie bei Normenkollisionen im deutschen Rechtskreis, allerdings im Zweifel zu Gunsten der Richtlinie.⁶¹⁾

2. Schranken richtlinienkonformer Auslegung

Die Frage nach den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung einer deutschen Norm kann sich allenfalls dann stellen, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung einer deutschen Norm entscheidungserheblich ist.⁶²⁾ Voraussetzung einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts ist eine eindeutige Aussage in der entsprechenden Richtlinienvorschrift. Ist dies nicht der Fall, so ist zunächst eine Klärung des Inhalts der entscheidungserheblichen Richtlinienvorschrift mittels eines durch ein Instanzgericht oder den BGH eingeleiteten Vorlageverfahrens durch den EuGH herbeizuführen, da dieser für die Inhaltsbestimmung von Richtlinien zuständig ist.⁶³⁾ Folglich kann die Richtlinienvorgabe bzw. ihre Inhaltsbestimmung durch den EuGH eine erste Schranke sein, von der eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschrift auszugehen hat.⁶⁴⁾

Allerdings kann der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht sehr wohl *zu Gunsten* der von einer Richtlinie Begünstigten von der Richtlinienvorgabe abweichen (sog. überschießende Richtlinienumsetzung)- In diesen Fällen ist eine richtlinienkonforme Auslegung des überschießenden Rechts nicht geboten.⁶⁵⁾ Es stellt sich dann die Frage, ob eine gespaltene Auslegung zu erfolgen hat, indem die Bereiche des nationalen Rechts, das trans-

58) Roth EWS 2005, 385, 389

59) Roth EWS 2005, 385, 389. Dass allerdings auch das Gegenteil gegeben sein kann, s.o. Rdn. 62 ff. zur vom deutschen Gesetzgeber unterlassenen Transformation der Mißbrauchskontrolle zur Sicherung der Vertragsanschlussfreiheit.

60) Roth EWS 2005, 385, 389 f.; Gebauer AnwBl 2007, 314, 318

61) EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 116; Roth EWS 2005, 385, 390

62) Gebauer AnwBl 2007, 314, 316

63) Gebauer AnwBl 2007, 314 f., 316; s.o. Rdn. 7, 40

64) Roth EWS 2005, 385, 390

65) Gebauer AnwBl 2007, 314, 316

formiert wurde, richtlinienkonform auslegbar wäre, der darüberhinausschießende Teil jedoch nicht. Dies wird jedoch abgelehnt, indem transformiertes nationales Recht und überschießendes Recht gemeinsam ausgelegt werden sollen und sich dabei dieses Auslegungsergebnis an den Zielen der Richtlinie orientieren soll.⁶⁶⁾

Eine weitere Schranke kann das deutsche Verfassungsrecht sein,⁶⁷⁾ das allenfalls durch eine gemeinschaftskonforme Auslegung überwunden werden kann.

3. Grenzen richtlinienkonformer Auslegung durch Wortlaut deutscher gesetzlicher Regelungen ?

Wie schon ausgeführt, ist eine Transformation einer Richtlinie in nationales Recht im Wege der überschießenden Transformation zulässig, wenn es darum geht, die von einer Richtlinie vorgesehene Begünstigung von Personen zu erweitern. Eine von einer Richtlinienvorgabe abweichende richtlinienkonforme Auslegung einer nationalen Norm ist auch dann möglich, wenn sich aus den Materialien ergibt, daß der Gesetzgeber bei einer nationalen Vorschrift sich nicht bewußt gegen die Richtlinienvorgabe wenden wollte. Auch in diesem Fall ist der Gesetzeswortlaut einer nationalen Norm keine Grenze für eine richtlinienkonforme Auslegung. Zur richtlinienkonformen Auslegung kann gehören, das nationale Recht richtlinienkonform fortzubilden, wozu auch die Möglichkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion gehört,⁶⁸⁾ wenn eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes gegeben ist.⁶⁹⁾

Anders ist dies dann, wenn sich aus den Materialien ergibt, daß der nationale Gesetzgeber ganz bewußt die Richtlinienvorgabe einschränken wollte, so daß keine planwidrige Regelungslücke sondern eine plangemäße Unvollständigkeit gegeben ist. Dann scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung gegen den eindeutigen Wortlaut des nationalen Gesetzes aus.⁷⁰⁾

Ist eine deutsche gesetzliche Regelung nach ihrem Wortlaut eindeutig, so darf nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Auslegung gegen den Gesetzeswortlaut nicht erfolgen.⁷¹⁾ Bei eindeutigem Wortlaut ist der Rückgriff auf *Auslegungsmethoden* gesperrt.⁷²⁾ Aber *Roth*⁷³⁾ weist darauf hin, dass deshalb Rechtsfortbildung⁷⁴⁾ nicht gesperrt ist (sog. richtlinienkonforme Rechtsfortbildung). Stößt man mithin auf einen eindeutigen deutschen Gesetzeswortlaut, so ist schriftsätz-

66) Gebauer AnwBl 2007, 314, 316; Mörsdorf ZIP 2008, 1409, 1416 f.

67) Roth EWS 2005, 385, 391

68) BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 Rdn. 21; Lorenz LMK 2009, 273611 zu 2.; Pfeiffer NJW 2009, 412

69) BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 Rdn. 22; Pfeiffer NJW 2009, 412

70) Gebauer AnwBl 2007, 314, 318; Pfeiffer NJW 2009, 412

71) z.B. BVerfG 11.06.1980 – 1 PBvU 01/79, BVerfGE 54, 277, 299; BVerfG 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105

72) BVerfG 08.02.1983 – 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131, 148; BVerfG 16.10.1984 – 2 BvL 20/82, BVerfGE 67, 369, 380 f.; BVerfG 15.01.1985 – 2 BvR 1163/82, BVerfGE 69, 92, 104 f.; BVerfG 12.03.1985 – 1 BvL 25, 45, 52/83, BVerfGE 69, 209, 219; BVerfG 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105

73) Roth EWS 2005, 385, 292

74) S.o. Rdn. 21, 202, 208, 222

lich darzulegen, dass und warum das angerufene deutsche Gericht gehalten ist, richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zu betreiben.⁷⁵⁾ Die Grenze dieser Rechtsfortbildung sind der im Wortlaut und Sinn einer Norm *eindeutig* zum Ausdruck gekommene Wille der Gesetzgebers sowie der Gleichheitssatz.⁷⁶⁾ Da aber auch die Richtlinie Gesetz i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG ist, ist auch deren Vorgabe als Bestandteil der Gesamtrechtsordnung mit zu berücksichtigen. Voraussetzung ist einer Rechtsfortbildung nach deutschem Recht ist aber eine Regelungslücke im Sinne einer *planwidrigen* Unvollständigkeit.⁷⁷⁾ Dies kann auch der Fall sein, wenn eine Anpassung der deutschen Rechtsordnung versehentlich nicht umfassend genug erfolgte.⁷⁸⁾ Es kann folglich der Fall sein, daß eine EU-Richtlinie die Mehrdeutigkeit dadurch indiziert, daß eine nach nationalem Recht und dort nach Sinn bzw. Zweck und Wortlaut eindeutige gesetzliche Regelung dadurch mehrdeutig wird, daß ihre Richtlinienkonformität mit zu berücksichtigen ist.⁷⁹⁾

Indem auf diese Weise innerstaatliche Gesetze ihre Regelungsfunktion verlieren können, stellt sich die Frage, wie dies über das zuvor Ausgeführte hinaus mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar sein soll. Diese Vereinbarkeit wird mit dem zuvor Ausgeführten dadurch hergestellt, daß

- die richtlinienkonforme Auslegung in Form der Gesetzesauslegung oder Rechtsfortbildung durch z.B. deutsche Gerichte im Rahmen der Befugnisse deutscher Gerichte dazu erfolgt und
- das deutsche Gericht seine richtlinienkonforme Auslegung einerseits innerhalb dieser Grenzen aber andererseits auch so weit wie möglich am Wortlaut der Richtlinie vornehmen muss.⁸⁰⁾

Folglich wird vertreten, das nationale Recht gebe den Rahmen vor, in dem sich die richtlinienkonforme Auslegung entfalten könne. Und in diesem Zusammenhang seien die nationalen verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten, die der im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck gebrachte Gesetzeswille vorgebe.⁸¹⁾ Dem steht die Auffassung entgegen, wonach die richtlinienkonforme Auslegung sich auch gegen den nationalen Gesetzeswortlaut durchsetzen müsse. Nach ersterer Auffassung ist eine richtlinienkonforme Auslegung über den Wortlaut des deutschen Gesetzes hinweg nicht möglich,⁸²⁾ nach letzterer Auffassung sehr wohl. Die erstere Auffassung leitet dies aus der Gesetzesbindung des deutschen Gerichts an den Wortlaut des deutschen Gesetzes, die letztere Auffassung versteht unter Gesetz i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG eben nicht nur das deutsche Gesetz sondern bezieht die Richtlinie mit ein.⁸³⁾ Andere wiederum sehen in einer den Gesetzeswortlaut überwindenden Auslegung eine gemeinschaftskonforme Auslegung mit Anwendungsvorrang der Richtlinie. Alternativ wird hier die direkte Anwendung der Richtlinie im nationalen Recht vertreten, wenn eine unzureichende Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gegeben ist, weil es sonst mißbräuchlich wäre, wenn der Staat sich auf seine eigene unzureichende Umset-

75) Roth EWS 2005, 385, 393 f.; Gebauer AnwBl 2007, 314, 317

76) Roth EWS 2005, 385, 393

77) Gebauer AnwBl 2007, 314, 318

78) Roth EWS 2005, 385, 394

79) Herdegen WM 2005, 1921, 1922 f.

80) Herdegen WM 2005, 1921, 1926

81) Herdegen WM 2005, 1921, 1928; s.o. Rdn. 99

82) Herdegen WM 2005, 1921, 1929; s.o. Rdn. 99

83) Pfeiffer NJW 2009, 412, 413

zung berufen dürfte.⁸⁴⁾ Diese letztere Möglichkeit im Rahmen des Primärrechtsschutzes dürfte vorrangig zu beachten sein, ehe man erst dann und nur dann, wenn auch diese ausscheiden würde, dann erst den Weg des Sekundärrechtsschutzes mittels eines EU- gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungs-Klageverfahrens beschreiten kann.

Für eine direkte Anwendung der Richtlinie im nationalen Recht an Stelle des nationalen Rechts werden folgende Voraussetzungen gefordert:⁸⁵⁾

- (1) Es muß ein vertikales Rechtsverhältnis vorliegen.
- (2) Unbedingtes Ziel der Richtlinie muß die Begründung subjektiver Rechte des Bürgers sein.
- (3) Für eine direkte Anwendung der Richtlinie müssen in dieser hinreichend bestimmte und genaue Anhaltspunkte gegeben sein.
- (4) Es muß der Fall einer fehlenden, nicht fristgemäßen oder unzulänglichen Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gegeben sein.

All das zuvor Ausgeführte hat seine Grundlage in dem Spannungsverhältnis zwischen der Anwendbarkeit der Richtlinie und einer vermeintlichen Grenze durch den Wortlaut des deutschen Gesetzes, dessen Auslegungsgrenze der Gesetzeswortlaut ist, falls nicht der Fall der Rechtsfortbildung gegeben ist. Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages am 01.12.2009 und der darin enthaltenen Grundrechtscharta wird numehr jedoch diskutiert, ob die Auslegung deutscher Gesetze nicht auch im Lichte der objektiven europäischen Werteordnung und des Systems europäischer Wertnormen durchgeführt werden müsse.⁸⁶⁾ Dies vergleichbar in dem Sinne wie seit dem Lüth-Urteil des BVerG die Grundrechtsnormen bei der Auslegung des Privatrechts zu berücksichtigen sind, da diese nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat bilden, sondern zugleich auch objektive Prinzipien sind, die auch für die Privatrechtsordnung maßgebend sind.⁸⁷⁾ Die Wortlautgrenze deutscher Gesetze würde dann erfordern, daß zuvor deutsche Gesetze im Lichte im Lichte der objektiven europäischen Werteordnung und des Systems europäischer Wertnormen ausgelegt werden müßten. Dies würde dann sogar soweit führen können, daß auch das BVerfG Gesetzesauslegung im Sine des Grundsatzes der Eurpafreundlichkeit und der „Akzessorietät“ deutscher Grundrechte vornehmen müßte.⁸⁸⁾

IV. Vorgehensweise bei gescheiterter richtlinienkonformer Auslegung

Falls eine richtlinienkonforme Auslegung nicht gelingt, ist *subsidiär* zu klären, ob dies deshalb nicht gelingt, weil es an einer effektiven Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht fehlt.⁸⁹⁾ Falls dies so ist, ist weiter zu klären, ob die Richtlinienbestimmung gegen den deutschen Gesetzeswortlaut im Wege gemeinschaftskonformer Auslegung zur Anwendung gebracht werden

84) Pfeiffer AnwBl 2009, 488, 490

85) Pfeiffer AnwBl 2009, 488, 490

86) Ritter NJW 2010, 1110

87) Ritter NJW 2010, 1110, 1111

88) Ritter NJW 2010, 1110, 1111

89) Roth EWS 2005, 385, 287

kann.⁹⁰⁾ Dies setzt allerdings voraus, dass die entsprechende Richtlinienbestimmung nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt wurde und sie inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt ist, so dass sich einzelne Personen darauf berufen können,⁹¹⁾ wobei allerdings das sich darauf Berufen nicht im Verhältnis von Privaten untereinander gilt, da die EU Privatpersonen per Richtlinien keine Verpflichtungen auferlegen darf (Verbot der horizontalen Drittwirkung⁹²⁾).⁹³⁾ Auch darf ein Gericht einer Prozeßpartei keine Richtlinienvorschrift entgegenhalten, um daraus den Einzelnen verpflichtende Rechtsfolgen abzuleiten.⁹⁴⁾ Sehr wohl aber kann eine Behörde oder ein Gericht Einzelnen eine richtlinienkonforme *Auslegung* des nationalen Rechts entgegenhalten.⁹⁵⁾

Dies ist aber für das Zivilrecht nicht unbestritten. So wird darauf verwiesen, daß der EuGH in seiner neuen Rechtsprechung⁹⁶⁾ den Unterschied zwischen Anwendungsvorrang und richtlinienkonformer Auslegung nicht mehr ganz genau erkennen lasse.⁹⁷⁾ Andererseits wird konstatiert, daß der EuGH in seiner Rechtsprechung daran festgehalten habe, daß dann, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung wegen der Eindeutigkeit des dem entgegenstehenden Gesetzeswortlautes und aufgrund ineffektiver Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht aus vorgenannten Gründen nicht möglich sei, so daß für den davon Betroffenen nur die Möglichkeit verbleibe, gegen die Bundesrepublik Deutschland seinen dadurch bedingten Nachteil im Wege des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches geltend zu machen,⁹⁸⁾ wenn dessen Voraussetzungen im übrigen gegeben sind.⁹⁹⁾

-
- 90) EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2002, 2465 Rdn. 110: „Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird zwar durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf es sich nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.“
- 91) EuGH 19.11.1991 – Rs. C-06/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357 Rdn. 11; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 25; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8835 Rdn. 103; EuGH 17.07.2008 – Rs. C-226/07 (Flughafen Köln/Bonn GmbH), Beilage zu BFH/NV 10/2008, 265 Rdn. 23; *Hummel* EuZW 2007, 268, 270
- 92) EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 24; EuGH 07.03.1996 – Rs. C-192/94 (Corte Ingles), SLG. 1996, I-1281 Rdn. 17; *Gebauer* AnwBl 2005, 314, 315; *Herdegen* WM 2005, 1921, 1927
- 93) EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 109; EuGH 05.07.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795 Rdn. 442 m.w.N.; *Roth* EWS 2005, 385, 387
- 94) *Herrmann* EuZW 2006, 69, 70
- 95) EuGH 05.07.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795 Rdn. 45
- 96) *Hummel* EuZW 2007, 268, 270 u.H.a. EuGH 30.04.1996 – Rs. C-194/94 (CIA), EuZW 1996, 379 ff.; EuGH 26.09.2000 – Rs. C-443/98 (Unilever Italia), EuZW 2001, 153 ff.; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 (Pfeiffer), BB 2004, 2353; EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold), EuZW 2006, 17 ff.; EuGH 16.02.2006 – Rs. C-131/04 (Robinso-Steele), EuZW 2006, 244
- 97) *Hummel* EuZW 2007, 268, 271
- 98) *Hummel* EuZW 2007, 268, 271 u.H.a. EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Hannl + Hofstetter), NJW 1994, 2473 Rdn. 24; EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler), NJW 2006, 2465 Rdn. 110, 112, 124
- 99) EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 112: Voraussetzungen müssen sein: (1) Richtlinie muß dem Einzelnen Rechte verleihen. (2) Inhalt dieser Rechte muß sich aus der Richtlinie ergeben. (3) Kausalzusammenhang zwischen Verstoß des Mitgliedstaates und dem entstandenen Schaden. *Gebauer* AnwBl 2005, 314, 316

V. Vorlage zum EuGH

Geht es um eine Frage der Inhaltsbestimmung einer Richtlinie, die in die alleinige Zuständigkeit des EuGH fällt, dann bietet es sich für den Prozessbevollmächtigten an, schriftsätzlich dem nationalen Gericht gegenüber einen Vorlageantrag auszuformulieren bzw. anzuregen, wobei folgende Angaben zu beachten sind:¹⁰⁰⁾

Beschreibung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens der gemeinschaftsrechtlich entscheidungserheblichen Frage sowie Erläuterung, warum das vorliegende Gericht es für erforderlich halten sollte, daß es auf die als entscheidungserheblich angesehene Frage der Inhaltsbestimmung der Richtlinie für den Ausgang des Rechtsstreites ankomme.¹⁰¹⁾ Was also seitens des nationalen Gerichts für ein Vorabentscheidungsverfahren per Vorlage zum EuGH für notwendig und entscheidungserheblich erachtet wird, gehört alleine zum Verantwortungsbereich des nationalen Gerichts.¹⁰²⁾ Ist vom nationalen Gericht eine Vorlage erst einmal vorgenommen worden, besteht dann für den EuGH die Vermutung der Entscheidungserheblichkeit, deren Richtigkeit der EuGH nicht mehr überprüft.¹⁰³⁾ Denn der EuGH ist nur befugt, auf der Grundlage des vom nationalen Gericht unterbreiteten Sachverhaltes sich zur Auslegung oder zur Gültigkeit einer Gemeinschaftsvorschrift zu äußern.¹⁰⁴⁾ Dabei hat er Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen, auch wenn diese in den vorgelegten Fragen nicht ausdrücklich genannt worden sind¹⁰⁵⁾ und kann in diesem Zusammenhang auch Vorlagefragen erweitern, um eine möglichst vollständige Antwort auf die Vorlagefragen zu geben.¹⁰⁶⁾ Ggf. kann der EuGH die Vorlagefrage umformulieren.¹⁰⁷⁾ Eine Zurückweisung der Vorlage durch den EuGH erfolgt nur unter folgenden Voraussetzungen:¹⁰⁸⁾

- Die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts steht mit der Realität der dem Rechtsstreit offensicht in keinem Zusammenhang;
- das in der Vorlagefrage angesprochene Problem ist hypothetischer Natur;
- der EuGH verfügt nicht über alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben, um die in der Vorlage gestellte(n) Fragen(n) zweckdienlich beantworten zu können.

100) EuGH 17.02.2005 – Rs. C-134/03 (Genova-Voltri), Beilage zu BFH/NV 4/2005, 81 Rdn. 22 f.

101) EuGH 18.03.2004 – Rs. C-314/01 (Siemens und ARGE Telecom), Slg. 2004, I-2549 Rdn. 34; EuGH 06.12.2005 – Rs. C-453/03 u.a. (ABNA U.A.), Slg. 2005, 10423 Rdn. 45 f.

102) EuGH 16.02.2006 – Rs. C-500/04 (Proxxon), Slg. 2006, I-1545 Rdn. 17 m.w.N.; EuGH 08.05.2008 – Rs. C-491/06 (Danske Svineproducenter), EuZW 2008, 411 Rdn. 23

103) EuGH 01.12.2005 – Rs. C-213/04 (Burtscher), Slg. 2005, 10309 Rdn. 35; EuGH 04.10.2007 – Rs. C-429/05 (Rampion / Franfinance), EuZW 2008, Rdn. 23;

104) EuGH 08.05.2008 – Rs. C-491/06 (Danske Svineproducenter), EuZW 2008, 411 Rdn. 23; EuGH 26.06.2008 – Rs. C-329 und 343/06 (Wiedemann), NJW 2008, 2403 Rdn. 76

105) EuGH 26.06.2008 – Rs. C-329 und 343/06 (Wiedemann), NJW 2008, 2403 Rdn. 45

106) EuGH 26.06.2008 – Rs. C-329 und 343/06 (Wiedemann), NJW 2008, 2403 Rdn. 46

107) EuGH 04.10.2007 – Rs. C-429/05 (Rampion / Franfinance), EuZW 2008, Rdn. 27; EuGH 26.06.2008 – Rs. C-329 und 343/06 (Wiedemann), NJW 2008, 2403 Rdn. 45

108) EuGH 04.10.2007 – Rs. C-429/05 (Rampion / Franfinance), EuZW 2008, Rdn. 24; EuGH 26.06.2008 – Rs. C-329 und 343/06 (Wiedemann), NJW 2008, 2403 Rdn. 77

Bezüglich des tatsächlichen Rahmens muss die Beschreibung alle die Angaben enthalten, die es dem EuGH ermöglichen soll, dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort geben zu können, ob und inwieweit dieser Sachverhalt aufgrund EU-Gemeinschaftsrecht zu würdigen ist und die Vorlage eine entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage zum Gegenstand hat. Auch muss der EuGH bei einer Vorlage bezüglich der eigenen Zuständigkeit untersuchen können, nicht als Gutachter mißbraucht zu werden und auch nicht zu hypothetischen Fragen Stellung nehmen zu sollen.¹⁰⁹⁾

Also wäre z.B. der BGH gehalten, auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren unabhängig vom Vortrag der Prozessbevollmächtigten des Beschwerdeführers von Amts zu prüfen, ob eine für die *Anwendung* des EU-Gemeinschaftsrechts entscheidungserhebliche Frage vom OLG nicht beachtet wurde, um bejahendenfalls im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde § 543 Abs. 2 ZPO dahingehend auszulegen, die Revision stets zuzulassen, wenn aus Sicht des Revisionsgerichts das Berufungsgericht das Gemeinschaftsrecht falsch angewandt hat.¹¹⁰⁾

1. Zur Vorlagepflicht

Liegen die Vorlagevoraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) für ein nationales letztinstanzliches Gericht vor, so besteht mit der Rechtsprechung des EuGH eine Vorlagepflicht,¹¹¹⁾ es sei denn

- der EuGH stellt fest, daß die Vorlagefrage nicht entscheidungserheblich ist,¹¹²⁾
- die entsprechende EU-gemeinschaftsrechtliche Bestimmung war bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH oder
- die richtige Anwendung des EU-Gemeinschaftsrechts sei so offenkundig, daß für vernünftige Zweifel kein Raum bleiben.¹¹³⁾

Selbst wenn der EuGH entsprechende Bestimmungen in anderen Verordnungen bzw. Richtlinien bereits für ungültig erklärt hat, ändert dies nichts an der Vorlagepflicht im konkreten Fall, wenn diesbezüglich der EuGH noch nicht entschieden hat.¹¹⁴⁾

109) EuGH 18.03.2004 – Rs. C-314/01 (Siemens und ARGE Telecom), Slg. 2004, I-2549 Rdn. 35; EuGH 06.12.2005 – Rs. C- 453/03 u.a. (ABNA U.A.), Slg. 2005, 10423 Rdn. 46

110) *Wolf* WM 2005, 1345, 1350 vertritt die Auffassung, dass im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde § 543 Abs. 2 ZPO dahingehend auszulegen sei, dass die Revision stets zuzulassen sei, wenn aus Sicht des Revisionsgerichts das Berufungsgericht das Gemeinschaftsrecht falsch *angewandt* hat.

111) EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul DouaneneExpedituer), Slg. 2005, I-10513 Rdn. 3, 15

112) In EuGH 01.12.2005 – Rs. C-213/04 (Burtscher), Slg. 2005, 10309 Rdn. 35 hat dagegen der EuGH iudiziert, die Vorlage eines nationalen Gerichts trage die Vermutung der Entscheidungserheblichkeit in sich, so daß der EuGH die entscheidungserheblichkeit nicht mehr feststelle

113) EuGH 15.09.2005 – Rs. C-495/03 (Intermodal Transports), Slg. 2005, I-8151 Rdn. 33; EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul DouaneneExpedituer), Slg. 2005, I-10513 Rdn. 16

114) EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul DouaneneExpedituer), slg. 2005, I-10513 Rdn. 25

Zur Vorlagepflicht eines deutschen letztinstanzlichen Gerichts hat ferner das BVerfG in seiner Entscheidung vom 09.01.2001¹¹⁵⁾ u.a. folgendes ausgeführt: Der nationale Gesetzgeber sei bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht zwar an die Vorgaben des GG gebunden.

„Soweit im Übrigen die Normsetzung zwingend dem Gemeinschaftsrecht folgt, ist sie ebenso wie das sekundäre Gemeinschaftsrecht selbst nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, sondern unterliegt dem auf Gemeinschaftsrechtsebene gewährleisteten Grundrechtsschutz.“

Und ferner: Bereits in der Entscheidung des EGMR vom 16.04.2002¹¹⁶⁾ wurde eine Ablehnung einer Staatshaftung für gemeinschaftswidrige Gerichtsurteile als unverhältnismäßiger Eingriff in die Eigentumsgarantie der EMRK bewertet.¹¹⁷⁾

Aber die Amtspflicht zur Anwendung von Gemeinschaftsrecht und einer daraus sich ergebenden Vorlagepflicht kann nicht nur für letztinstanzliche Gerichte sondern auch für Instanzgerichte bestehen. Mit oben Ausgeführtem kann Art. 267 Abs. 2 AEUV (= Art. 234 Abs. 2 EG a.F.) nicht dahingehend verstanden werden, dass die gemeinschaftsrechtliche Vorlage zum EuGH auch eine *verfassungsrechtliche* Wahlfreiheit für Instanzgerichte beinhaltet, so dass z.B. ein Instanzgericht eine Vorlage zum EuGH selbst dann unterlassen könne, wenn sie in der Sache geboten wäre.¹¹⁸⁾ Hinzu kommt folgendes:

Richtlinien haben die Mitgliedstaaten als Adressaten und auferlegen diesen Gemeinschaftsverpflichtungen (Art. 288 Abs. 3 AEUV = Art. 249 Abs. 3 EG a.F.). Folglich hat ein Mitgliedstaat die Verpflichtung, die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele so in die nationale Rechtsordnung umzusetzen, dass die mit der Richtlinie verfolgten Ziele erreicht werden. Dafür hat der Mitgliedstaat mit allen seinen Institutionen einzustehen, also auch mit Instanzgerichten.¹¹⁹⁾ Generalanwalt *Geelhoed*¹²⁰⁾ beschreibt dies wie folgt:

„Gerade in Verbindung mit dieser zentralen Funktion der höchsten Gerichte bei der richtigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts innerhalb der nationalen Rechtsordnung ist es äußerst wichtig, dass die Verpflichtungen, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht für die Mitgliedstaaten ergeben, erkennen und wahren. Dies ändert nichts daran, dass auch die unteren nationalen Gerichte Verantwortung für die vollständige Durchführung und ordnungsgemäße Anwendung des Gemeinschaftsrechts tragen, auch wenn ihre Entscheidungen im nationalen Rechtssystem korrigiert werden können.“¹²¹⁾

Über die Grundsätze der unmittelbaren Wirkung der dafür in Frage kommenden Bestimmungen des EG-Vertrages und des abgeleiteten Rechts, des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor entgegenstehendem nationalen Recht, der Verantwortung des Mitgliedstaates – unter bestimmten Voraussetzungen – für die Verletzung von Gemeinschaftspflichten und der Verpflichtung zur Auslegung des nationalen Rechts im Licht der maßgebenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts sorgen die nationalen Gerichte dafür, dass die Einzelnen die Rechte geltend machen können, die ihnen nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen. Auf

115) BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 74 9, 750 f.

116) EGMR 16.04.2002 – Req. Nr. 36677/97 (Dangeville/Frankreich), n. V.

117) *Gundel* EWS 2004, 8, 9

118) *Breuer* EuZW 2004, 199, 201

119) Generalanwalt *Geelhoed* in EuGH 03.06.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 51 f., 56 f., 59

120) Generalanwalt *Geelhoed* in EuGH 03.06.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 59

121) Kursivsetzungen durch den Autor.

diese Weise bilden sie zugleich eine Garantie und eine Gegenkraft innerhalb eines Mitgliedstaates, falls andere Staatsorgane ihre Pflichten aus dem Vertrag nicht erfüllen.“

Dies bedeutet z.B. für den Prozessbevollmächtigten im Primärrechtsstreit: Er ist zunächst einmal gehalten, in dem instanzgerichtlichen Verfahren

- vorzutragen, dass und warum eine gemeinschaftsrechtliche Norm bzw. Regelung einer Richtlinie *entscheidungserheblich* ist.
- Des weiteren ist vorzutragen, dass das Instanzgericht vom Amts wegen verpflichtet ist, sich deshalb mit diesem gemeinschaftsrechtlichen Vortrag zu befassen.
- Ferner ist zu verdeutlichen, dass und warum das Instanzgericht diese gemeinschaftsrechtliche entscheidungserhebliche Frage selbst entscheiden kann, sei es durch Normensubstitution oder richtlinienkonforme Auslegung oder warum eine Vorlage zum EuGH (= Art. 267 Abs. 2 AEUV = Art. 234 Abs. 2 EG a.F.) angezeigt ist. In diesem Zusammenhang wäre z.B. im Berufungsverfahren auch ein gestellter Hilfsantrag zu begründen, dass und warum jedenfalls dieserhalb die Revision zugelassen werden sollte. Hier kann es hilfreich sein, seitens des Prozessbevollmächtigten formulierungsmäßig einen Vorlagebeschluss dem Gericht als Vorschlag an die Hand zu geben,¹²²⁾ in welchem folgendes enthalten sein sollte: Die tatsächlichen und rechtlichen Angaben, die der EuGH für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts – nicht des nationalen Rechts – benötigt.¹²³⁾

2. Unterlassene Vorlage trotz Vorlagepflicht

Würde das Instanzgericht dies alles negieren, könnte dieser Vortrag im Anschluss an ein erfolgloses Berufungsverfahren zum Gegenstand eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens gemacht werden, wenn dieserhalb die Revision vom Instanzgericht nicht zugelassen worden wäre.¹²⁴⁾ Der BGH wäre dann verpflichtet, sich mit diesen Fragen im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zu befassen.¹²⁵⁾ Würde sich der BGH in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren mit dem gemeinschaftsrechtlichen Vortrag nicht befassen und der Nichtzulassungsbeschwerde nicht entsprechen, so könnte folgendes in Erwägung gezogen werden:

Führte der gemeinschaftsrechtliche Vortrag dazu, dass der BGH als letztinstanzliches Gericht ggf. nach Zulassung der Revision gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV (=Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) dem EuGH hätte vorlegen müssen,¹²⁶⁾ würde er dies aber unterlassen, so läge darin ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und eine Verfassungsbeschwerde könnte darauf gestützt werden, wobei aber folgendes zu beachten ist:

122) *Kokott/Henze* AnwBl 2007, 309, 310 u.H.a. „Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte“, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/de/instit/txtdocfr/autrestxts/txt8.pdf>

123) *Kokott/Henze* AnwBl 2007, 309, 310

124) *Langenbacher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 27

125) *Vorwerk* in: *Kniffka/Quack/Vogel/Wagner* (Hrsg.), FS Thode, 2005, Seite 645

126) Zur Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte gem. Art. 234 Abs. 3 EG in der Rechtsprechung des EuGH siehe *Kenntner* EuZW 2005, 235, 237 f.

Da der EuGH gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs.1 Satz 2 GG ist¹²⁷⁾ und das letztinstanzliche Gericht einer Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) unterliegt, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von der klärungsbedürftigen Auslegung von EU-Gemeinschaftsrecht abhängt, kann eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) in Frage kommen. Dies dann, wenn eine Vorlage geboten war, vom letztinstanzlichen Gericht aber unterlassen wurde. Das BVerfG hat jedoch die Voraussetzungen für eine solche Verfassungsbeschwerde weiter eingegrenzt:

- Ø Die unterlassene Vorlage wurde in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt.¹²⁸⁾ Dies ist dann der Fall, wenn das letztinstanzliche Gericht von einer Entscheidungserheblichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Frage ausgeht und trotzdem eine Vorlage nicht in Erwägung zieht. Dies ist auch dann der Fall, wenn ein letztinstanzliches Gericht bewußt von einer Rechtsprechung des EuGH abweicht.¹²⁹⁾
- Ø Wenn zu einer entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfrage EuGH-Rechtsprechung noch nicht vorliegt oder der EuGH diese noch nicht abschließend beantwortet hat, so liegt nach Meinung des BVerfG eine Verletzung der Vorlagepflicht dann vor, wenn eine Fortentwicklung der Rechtsprechung durch den EuGH keine entfernte Möglichkeit ist *und* das letztinstanzliche Hauptsachegericht seinen Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet.¹³⁰⁾ Dies alleine reicht jedoch nicht, um eine Verfassungsbeschwerde auf Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu stützen, wenn eine Verletzung trotz bestehender Vorlagepflicht gegeben ist. Vielmehr relativiert dies das BVerfG dadurch, daß zusätzlich die unterlassene Vorlage bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint oder offensichtlich unhaltbar ist.¹³¹⁾

3. Möglichkeiten nach erfolglosem Verfassungsbeschwerdeverfahren

Ist das Verfassungsbeschwerdeverfahren wegen Verletzung der Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) erfolglos verlaufen, weil nicht alle vorgenannten Voraussetzungen erfüllt waren, dann bedeutet dies lediglich, daß das BVerfG keinen Grundrechtsverstoß gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angenommen hat. Dies bedeutet aber nicht, daß deshalb nicht doch eine Verletzung der Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) gegeben war. Da nach einer erfolglos verlaufenen Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg des Primärrechtsschutzes erschöpft ist, kann sich nun die Frage stellen, ob nicht in folgender Weise verfahren werden sollte:

- Führt der gemeinschaftsrechtliche Vortrag dazu, dass der BGH als letztinstanzliches Gericht ebenso wie zuvor schon das LG und OLG sich von Amts wegen damit hätte befassen müssen und die gemeinschaftsrechtliche Frage hätte selbst entscheiden müssen, würde er

127) BVerfG 11.01.2008 – 2 BvR 1812/06, Beilage zu BFH/NV 4/2008, 156, 158

128) BVerfG 11.01.2008 – 2 BvR 1812/06, Beilage zu BFH/NV 4/2008, 156, 158

129) BVerfG 11.01.2008 – 2 BvR 1812/06, Beilage zu BFH/NV 4/2008, 156, 158

130) BVerfG 11.01.2008 – 2 BvR 1812/06, Beilage zu BFH/NV 4/2008, 156, 158; BVerfG 21.05.2008 – 2 BvR 893/08, NZBau 2008, 725, 726

131) BVerfG 21.05.2008 – 2 BvR 893/08, NZBau 2008, 725, 726

dies aber unterlassen und der Nichtzulassungsbeschwerde nicht entsprechen, dann blieben 3 Wege:

- (1) Zum einen den der Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, denn der EuGH ist für gemeinschaftsrechtliche Fragen der Inhaltsbestimmung bzw. Auslegung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und würde dies erfolglos verlaufen, so daß der Rechtsweg incl. Verfassungsbeschwerdeverfahren erschöpft wäre (*Primärrechtsschutz*),
- (2) den des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches wegen gemeinschaftswidriger Entscheidung (*Sekundärrechtsschutz*), sofern der BGH mit Nachfolgendem *hinreichend qualifiziert* gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstoßen würde.
- (3) Und schließlich könnte nach Erschöpfung des Rechtsweges incl. einer erfolglos erhobenen Verfassungsbeschwerde (*Primärrechtsschutz*) der EGMR angerufen werden,¹³²⁾ denn die Nichtvorlage eines Bundesgerichts an den EuGH würde, wenn dies gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.) verstoßen würde, gegen das durch Art. 6 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf ein faires Verfahren verstoßen.¹³³⁾ Beklagte wäre dann die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei der EMRK.

Inzwischen ist aufgrund § 580 Nr. 8 ZPO¹³⁴⁾ eine zivilprozessuale Restitutionsklage statthaft, wenn der EGMR im Hinblick auf das angegriffene rechtskräftige Urteil eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat.¹³⁵⁾ Nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges incl. einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde – wenn zugleich eine Grundrechtsverletzung vorgelegen hat – kann der Betroffene den EGMR anrufen, um im Falle des Obsiegens dort nunmehr im Wege des Primärrechtsschutzes das Restitutionsklageverfahren durchführen¹³⁶⁾

Oder der Betroffene kann nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges incl. einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde – wenn zugleich eine Grundrechtsverletzung vorgelegen hat – den Wege des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches (*Sekundärrechtsschutz*) einschlagen.¹³⁷⁾ Der Betroffene hat nunmehr folglich nach der Rechtswegerschöpfung eine Wahlmöglichkeit.

Entscheidet er sich für den Gang zum EGMR und stellt der EGMR eine Konventionsverletzung durch das belastende rechtskräftige Urteil fest, dann soll die Restitutionsklage auch dann zulässig sein, wenn dem Betroffenen vom EGMR eine Entschädigung zugesprochen wurde.¹³⁸⁾ Und zu diesem Restitutionsklageverfahren im Rahmen

132) Zu den Zulässigkeitsanforderungen siehe *Odendahl* JuS 2005, 537,538 f.

133) So *Lenski/Mayer* EuZW 2005, 225, die aber zugleich darauf hinweisen, dass bisher ein solcher Fall vom EGMR noch nicht entschieden wurde. Ähnlich *Kenntner* EuZW 2005, 235, 236

134) Seit 31.12.2006 (BGBl. I 3416, 3421)

135) Dazu *Braun* NJW 2007, 1620

136) EGMR 08.04.2004 – 71503/01, NJW 2005, 2207, 2208; *Odendahl* JuS 2005, 537,538 f.

137) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3411

138) *Braun* NJW 2007, 1620

des Primärrechtsschutzes paßt die Entscheidung des BVerfG¹³⁹⁾, dass alle staatlichen Organe – also auch ein deutsches Gericht – an die Entscheidung des EGMR (aus dem ersten Verfahrensgang) gebunden seien. Folglich hätten – so das BVerfG – deutsche Gerichte Entscheidungen des EGMR zu beachten, denn gemäß Art. 46 EMRK seien die Vertragsstaaten verpflichtet, endgültige Urteile des EGMR zu befolgen. Und Urteile des EGMR seien für die beteiligten Parteien des Verfahrens verbindlich und hätten eine begrenzte Rechtskraft¹⁴⁰⁾

Unabhängig davon, dass in diesem zweiten Verfahrensgang das deutsche Gericht¹⁴¹⁾ – wie auch alle anderen staatlichen Organe¹⁴²⁾ – mit dem BVerfG an besagte Entscheidung des EGMR gebunden wäre(n), sind deutsche Gerichte mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG¹⁴³⁾ zudem an die EMRK gebunden, die dank Zustimmungsgesetz Teil der in Deutschland geltenden Rechtsordnung ist.¹⁴⁴⁾ Denn die EMRK nebst ihren Zusatzprotokollen stehen im Range eines Bundesgesetzes.¹⁴⁵⁾ Folglich bezieht sich die in Art. 20 Abs. 3 GG vorgegebene Bindung an Recht und Gesetz auch auf die EMRK und Entscheidungen des EGMR dienen der Gesetzesauslegung der EMRK.¹⁴⁶⁾ Und in Art. 1 EMRK haben sich die Vertragsstaaten verpflichtet, die EMRK in der Gestalt anzuwenden, wie sie in der Rechtsprechung des EGMR konkretisiert worden ist.¹⁴⁷⁾

Bedenkt man, welche Schwierigkeiten bestehen, die Hürden eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches im Rahmen des *sekundären* Rechtsschutzes erfolgreich zu meistern, so kann es durchaus erwägenswert sein, den *primären* Rechtsschutz – wenn die Voraussetzungen dies erlauben – bis zum EGMR zu verlängern, um im Falle eines erfolgreichen Urteils vor dem EGMR einen zweiten Verfahrensgang vor einem deutschen Gericht im *primären* Rechtsschutz mit einem entsprechend das deutsche Gericht bindenden Urteil des EGMR im Rücken anzutreten.

Begleitet werden kann dies durch eine parallel bei der EU-Kommission zu tätige Vorlage, für die es den Grundsatz der Rechtswegerschöpfung nicht gibt.

139) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3409 (dazu *Sachs* JuS 2005, 164); BVerfG 05.04.2005 – 1 BvR 1664/04, NJW 2005, 1765

140) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3409; ferner *Pernice* EuZW 2004, 705

141) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3409

142) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407; BVerfG 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 1105; *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 17; *Pernice* EuZW 2004, 705

143) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407; BVerfG 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 1105; *Pernice* EuZW 2004, 705

144) So schon *Wagner*, Die Praxis des Steuerprozesses, 2002, Rdn. 607, 611. Auf die Frage, ob aus den Entscheidungen des BVerfG vom 14.10.2004 und 28.12.2004 herausgelesen werden könne/müsse, die Bindung deutscher Gerichte an Entscheidungen des EGMR bzw. an die EMRK habe nur so lange zu erfolgen, als sie mit der nationalen Rechts- und Verfahrensordnung vereinbar sind, wird hier nicht eingegangen. Dazu siehe *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 16 f.

145) BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3408

146) BVerfG 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 1105, 1107

147) BVerfG 05.04.2005 – 1 BvR 1664/04, NJW 2005, 1765, 1766; *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 19

Es wird folglich deutlich, dass man die Rechtslage nicht ausschließlich und nicht primär nach dem nationalen Recht beurteilen sollte, sondern das europäische Recht stets dort im Blickfeld haben sollte, wo es auf das nationale Recht Einfluß nimmt, selbst und gerade wenn das nationale Recht vom Europäischen Recht abweicht. Dies auch deshalb, weil das europäische Gemeinschaftsrecht mit oben Ausgeführtem Vorrang vor dem nationalen Recht hat, die nationalen Gerichte von Amts wegen verpflichtet sind, dem europäischen Recht im nationalen Rechtskreis zum Durchbruch zu verhelfen¹⁴⁸⁾ und das BVerfG eine Grundrechtsverletzung darin sieht, wenn ein letztinstanzliches deutsches Gericht eine entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage dem EuGH als gesetzlichem Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vorlegt, obwohl dies geboten gewesen wäre.

Schließlich sind nationale Gerichte Bestandteile der Gemeinschaftsordnung, die an der Anwendung und Weiterentwicklung des europäischen Integrationsprozesses beteiligt sind.¹⁴⁹⁾

Und folglich haben nationale Gerichte nicht nur nationales Recht anzuwenden, sondern in Fällen der Einschlägigkeit von Gemeinschaftsrecht dieses nationale Recht so weit auszulegen, dass es zu keinen Kollisionen mit dem Gemeinschaftsrecht kommt.¹⁵⁰⁾ Generalanwalt *Leger* beschreibt dies treffend wie folgt:

„Es [das nationale Gericht] hat vielmehr sein innerstaatliches Recht kritisch zu würdigen, um sich vor dessen Anwendung zu vergewissern, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Hält es eine mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare Auslegung seines innerstaatlichen Rechts nicht für möglich, so hat es dessen Anwendung auszuschließen und sogar an Stelle seines innerstaatlichen Rechts im Wege einer Normensubstitution die Bestimmung des Gemeinschaftsrechts anzuwenden, es sei denn - wiederum -, daraus ergibt sich eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Einzelnen.“¹⁵¹⁾

Und diese Pflicht besteht von Amts wegen, auch wenn sich keine Partei eines Rechtsstreites darauf berufen hat.¹⁵²⁾ Ist dem nationalen Gericht eine gemeinschaftskonforme Auslegung bzw. Normsubstitution nicht möglich, so ist es gehalten, die entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage dem EuGH vorzulegen (Art. 267 Abs. 3 AEUV = Art. 234 Abs. 3 EG a.F., 101 Abs. 1 Satz 2 GG), wenn oben beschriebene Vorlagevoraussetzungen gegeben sind. Und diese Pflicht besteht auch schon vor Erschöpfung des Rechtsweges.¹⁵³⁾ Dafür muß der Betroffene bei Gericht keinen Vorlageantrag gestellt haben, da das System des Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG a.F.), das die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten soll,

148) EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Nr. 32 u.H.a. EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 16 und EuGH 19.06.1990 – Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2433 Rdn. 19

149) EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 16; Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 53, 66

150) EuGH 10.04.1984 – Rs. 14/83 (Von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891 Rdn. 26; EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 26; EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 34 – 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 49, 57

151) Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 59; *Wagner ZfBR* 2004, 317, 320

152) EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 65; EuGH 12.02.2008 – Rs. C-02/06 (Willy Kempter KG), NVwZ 2008, 870 Rdn. 43

153) EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 24 i.V.m. Rdn. 16; Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 57 ff.

der Parteiherrschaft entzogen ist und die unmittelbare Zusammenarbeit zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten vor Augen hat.¹⁵⁴⁾ Entzieht sich ein nationales höchstes Gericht dieser Vorlagepflicht, dann kann dies zur Haftung des Mitgliedstaates führen.¹⁵⁵⁾

Diese Entwicklung zeigt, dass die Sensibilität (auch) deutscher Gerichte erheblich wachsen wird, sich mit Fragen des Gemeinschaftsrechts zu befassen und Gemeinschaftsrecht eigenen Entscheidungen zu Grunde zu legen.¹⁵⁶⁾ Dann aber sollte man sich als Prozessanwalt bereits bei seinem schriftsätzlichen Vortrag auf gemeinschaftsrechtliche Erfordernisse einstellen und mit dem Mandanten dann, wenn eine entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage vom Instanzgericht bzw. dem BGH nicht berücksichtigt wurde, überlegen, ob und inwieweit im Rahmen des *Primärrechtsschutzes* dem eine Verfassungsbeschwerde und ein Gang zu dem EGMR angeschlossen werden sollte oder im Rahmen des *Sekundärrechtsschutzes* eine gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsklage in Erwägung zu ziehen ist.

VI. Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz

Das Grundrecht des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Recht bedeutet:

Das BVerfG leitet bei bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten den Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG sondern aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip ab.¹⁵⁷⁾ Dazu gehört auch, daß dann, wenn das Prozessrecht eine weitere Instanz eröffnet, ein von der Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel durch das Rechtsmittelgericht nicht ineffektiv gemacht werden darf und für den Beschwerdeführer nicht „leerlaufen“ lassen darf.¹⁵⁸⁾ Dieses Grundrecht erlangt insbesondere dann Bedeutung, wenn ein Berufungsgericht die Berufung im Beschlusswege wegen mangelnder Erfolgsaussicht gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zurückweist, obwohl im Hinblick auf § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bzw. 3 ZPO ein Urteil des Berufungsgerichts geboten wäre.¹⁵⁹⁾

Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes besteht auch im EU-Gemeinschaftsrecht. Der EuGH hat sich z.B. im Falle Schweden mit der Frage befasst, ob gegen diesen Grundsatz verstoßen wird, wenn die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates einen eigenständigen Rechtsbehelf nicht vorsieht, mit dem die Prüfung der Vereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit einer EU- gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift als Vorfrage für ein Gerichtsverfahren herbeigeführt

154) EuGH 12.02.2008 – Rs. C-02/06 (Willy Kempter KG), NVwZ 2008, 870 Rdn. 41

155) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539 Rdn. 30 – 59; ferner Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 144 ff.

156) Davon ungerührt und ohne jede Auseinandersetzung mit dieser Rechtsentwicklung BFH 06.06.2003 – III B 98/02, BFH/NV 2003, 1214, 1215, indem der BFH meint, im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gehe es nur um die Zulassung zum BFH, so dass über ein Vorabentscheidungsersuchen zum EuGH nicht zu entscheiden sei.

157) BVerfG 29.05.2007 – 1 BvR 624/03, NJW 2007, 3118, 3119 m.w.N.; Gaier NZBau 2007, 289, 290

158) BVerfG 17.03.1988 – 2 BvR 233/84, BVerfGE 78, 88, 99; BVerfG 30.04.1997 – 2 BvR 817/90 u.a., BVerfG 96, 27, 39; BVerfG 09.10.2006 – 1 BvR 2665/03, WM 2007, 182 m.w.N.

159) Zu § 522 Abs. 2 ZPO: BVerfG 26.04.2005 – 1 BvR 1924/04, NJW 2005, 1931; BVerfG 29.05.2007 – 1 BvR 624/03, NJW 2007, 3118

werden kann.¹⁶⁰⁾ Eine vergleichbare Situation haben wir in Deutschland. Der EuGH hat dabei folgendes entschieden:

- Der Grundsatz des gemeinschaftsrechtlichen effektiven Rechtsschutzes sei in Art. 6 und 13 EMRK verankert.¹⁶¹⁾
 - Die nationalen Gerichte müßten aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht aus Art. 10 EG den Schutz der Rechte *gewährleisten*, die dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht zustehen.¹⁶²⁾
 - Es sei Sache der Mitgliedstaaten und ihres innerstaatlichen Rechts, „die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen.“¹⁶³⁾ Der EuGH spricht auch nicht von dem Ermöglichen sondern von dem *Gewährleisten* der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte.
 - Deshalb habe der EG-Vertrag Privatpersonen nicht neue Klagemöglichkeiten der direkten Klage zu den Gemeinschaftsgerichten quasi parall zu bestehenden Rechtsbehelfen nach nationalem Recht geschaffen.¹⁶⁴⁾
 - „*Etwas anderes würde nur gelten, wenn es nach dem System der betreffenden Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf gäbe, mit dem wenigstens inzident die Wahrung der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleistet werden könnte.*“¹⁶⁵⁾ Auch hier spricht der EuGH wiederum von Gewährleisten und nicht von Ermöglichen.
 - Die Verfahrensmodalitäten für Klagen nach nationalem Recht, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte *gewährleisten* sollten, müßten gleichwertig zu Klagen nach nationalem Recht sein (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und dürften „*die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).*“¹⁶⁶⁾
- Umgekehrt verstößt es gegen den Effektivitätsgrundsatz, wenn eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert.¹⁶⁷⁾
- Nationale Gerichte seien gehalten, ihre Verfahrensmodalitäten so weit wie möglich dahin auszulegen, daß sie zur Erreichung des effektiven gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzes

160) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn.36

161) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 37

162) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 38

163) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 39 m.w.N.

164) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 40

165) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 41

166) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 43; EuGH 06.10.2009 – Rs. C-40/08 (Asturcom), EWS 2009, 476 Rdn. 39

167) EuGH 07.06.2007 – Rs. C-225/05 (van der Weerd u.a.), Slg. 2007, 4233-I Rdn. 33; EuGH 06.10.2009 – Rs. C-40/08 (Asturcom), EWS 2009, 476 Rdn. 39

beitragen, um „einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten.“¹⁶⁸⁾

Über all dies verfügt die Bundesrepublik Deutschland nicht. Einerseits gibt es keine eigenständige nationale Klagemöglichkeit, die es ermöglichen würde, die Gemeinschaftswidrigkeit einer deutschen gesetzlichen Regelung feststellen zu lassen, so daß der Einzelne spezifisch seine aus dem EU-Gemeinschaftsrecht resultierenden Rechte durchsetzen kann. Und eine Inzidentprüfung durch Gerichte ist zwar möglich. Wenn diese sich aber weigern, die Inzidentprüfung durchzuführen, kann man nur auf den Instanzenzug hoffen. Mit einer *Gewährleistung* der dem Einzelnen aus der Gemeinschaftsordnung zustehenden Rechte hat dies jedoch nichts zu tun.

Es ist derzeit offen, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind. Soll für solche Fälle doch der Weg eröffnet sein, direkt den EuGH anrufen zu können oder bleibt der Betroffene darauf angewiesen, die von deutschen Gerichten unterlassene Inzidentprüfung der Gewährleistung der dem Betroffenen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zum Gegenstand eines EU-gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches zu machen ? Zu dieser Unsicherheit kommt hinzu, über Jahre mit kostenträchtigen Prozessen befaßt zu sein.

Ein Ausweg könnte sich in folgendem anbieten: Derzeit stellt das auf ein Rechtsverhältnis anzuwendende Recht nach der h.M. im deutschem Prozessrecht kein Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO dar und kann daher nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein.¹⁶⁹⁾ Da aber wie zuvor aufgezeigt, die deutsche Rechtsordnung im Hinblick auf die *Gewährleistung* der dem Einzelnen aus der Gemeinschaftsordnung zustehenden Rechte Defizite ausweist, ist es geboten, aus Gründen des gemeinschaftsrechtlichen effektiven Rechtsschutzes die (Zwischen-) Feststellungsklage auf Feststellung der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte im deutschen Prozessrecht zuzulassen.¹⁷⁰⁾ Denn der EuGH verweist darauf, daß der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes durch Gerichte ein nationales Gericht zu gewährleisten habe.¹⁷¹⁾ Wenn eine nationale Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf vorsehe, der dem Einzelnen nicht wenigstens inzident die Wahrung des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Gericht *gewährleiste*, dann seien Mitgliedstaaten verpflichtet,

„ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung dieses Rechts *gewährleistet* werden kann ..“¹⁷²⁾

Dies bedeutet mit dem EuGH.

168) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 44

169) BGH 15.10.1956 – III ZR 226/55, BGHZ 22, 43, 48; BGH BGH 03.05.1977 – VI ZR 36/74, BGHZ 68, 331, 332; BGH 02.10.1991 – VIII ZR 21/91, NJW-RR 1992, 252; OLG München 15.09.1994 – 6 U 1650/94, NJW-RR 1995, 485; OLG Düsseldorf 18.07.1997 – 22 U 271/96, NJW-RR 1998, 283; Zöller/*Greger*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 256 Rdn. 5; a.A. OLG Frankfurt 25.02.2000 – 5 UF 11/99, OLGR 2000, 195, 197, wonach die Feststellung des anzuwendenden Rechts sehr wohl Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage sein kann.. Ähnlich Münchener Kommentar/*Becker-Eberhard*, ZPO, 3. Aufl. 2008, § 256 Rdn. 10, 24

170) Ähnlich Münchener Kommentar/*Becker-Eberhard*, ZPO, 3. Aufl. 2008, § 256 Rdn. 22, 25. Ähnlich auch OLG Frankfurt 25.02.2000 – 5 UF 11/99, OLGR 2000, 195, 197 bezüglich der Feststellung der dem IPR unterfallenden Recht.

171) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 37 – 38 m.w.N.

172) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 42

- Die Verfahrensmodalitäten für Klagen, mit denen für den Einzelnen dessen Rechte aus EU-Gemeinschaftsrecht gewährleistet werden sollen, müssen dem *Grundsatz der Gleichwertigkeit* entsprechen. Sie dürfen folglich nicht ungünstiger ausgestaltet sein, als innerstaatliche Klagen.¹⁷³⁾
- Ferner müssen Klageverfahren dem *Grundsatz der Effektivität* entsprechen. Sie dürfen folglich gemeinschaftsrechtliche Rechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren.¹⁷⁴⁾
- Schließlich müssen Gerichte alles tun, damit sie mit dem Urteil zu dem Ziel beitragen „einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten.“¹⁷⁵⁾

Das deutsche Recht sieht keinen *eigenständigen* Rechtsbehelf vor, mit dem der Verstoß gegen übergeordnete EU-gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gerügt werden könnte. Dies beanstandet der EuGH – dort für eine vergleichbare Situation in Schweden - noch nicht als Verstoß gegen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes, solange in laufenden Verfahren inzident behauptete Verstöße gegen EU-gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gerügt werden können.¹⁷⁶⁾ Erfolgt eine solche Inzidentprüfung des nationalen Gerichts jedoch nicht, dann kann darin zugleich ein Verstoß gegen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes gegeben sein.

Diese Notwendigkeit gemeinschaftsrechtlicher Inzidentprüfung des nationalen Gerichts im Rahmen des Primärrechtsschutzes ist in Deutschland auch deshalb gegeben, weil der deutsche Gesetzgeber nicht nur keinen eigenständigen Rechtsbehelf vorgesehen hat, mit dem der Verstoß gegen übergeordnetes EU-gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gerügt werden könnte, sondern der deutsche Gesetzgeber hat auch kein Abänderungs- bzw. Restitutionsklageverfahren gegen ein rechtskräftiges Urteil für den Fall zugelassen, daß der EuGH in einem anderen Fall eine vergleichbare entscheidungserhebliche Rechtsfrage entschieden hat, die für den Betroffenen günstig wäre.¹⁷⁷⁾ Deshalb wurde zuvor dafür ein Lösungsvorschlag angesprochen.

Des weiteren hat sich der EuGH mit der Frage befaßt, ob der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes erfordere, daß die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates vorsehen müsse, daß im Wege des *vorläufigen Rechtsschutzes* nationale Bestimmungen ausgesetzt werden können, bis das Gericht im Rahmen seiner Inzidentprüfung im Hauptsacheverfahren zu einem Ergebnis gelangt sei.¹⁷⁸⁾ Dazu hat der EuGH ausgeführt:

173) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 43

174) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 43

175) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 44

176) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 47, 49, 61

177) Zur Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des EU-Gemeinschaftsrechts *Ger-melmann* EWS 2007, 392; *Poelzig* JZ 2007, 858

178) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 66

- Ein nationales Gericht müsse in der Lage sein, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, „um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen“¹⁷⁹⁾ selbst wenn es ungewiss ist, ob der Anspruch begründet ist.¹⁸⁰⁾ Und auch hier müssen der *Grundsatz der Gleichwertigkeit* und der *Grundsatz der Effektivität* beachtet werden.¹⁸¹⁾
- Ein Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz kann jedoch nicht auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes gestützt werden, wenn der Antrag auf diesen vorläufigen Rechtsschutz unzulässig ist, sofern das Gemeinschaftsrecht in seiner Auslegung beim Urteil in der Hauptsache dem nicht entgegensteht.¹⁸²⁾

VII. Fazit

Das Thema dieses Beitrages „Zur Amtspflicht von Gerichten, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden“ zeigt anspruchsvolle Möglichkeiten für diejenigen auf, die von den Möglichkeiten des Gemeinschaftsrechts Gebrauch machen möchten. Da deutsche Gerichte dem (noch) nicht durchgehend Rechnung tragen, ist es Sache der Betroffenen selbst, in Gerichtsverfahren diesbezüglich entsprechend vorzutragen.

179) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 67, 75, 79 m.w.N.

180) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 72

181) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 82

182) EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 73, 75