



Dr. Clemens Latzel, Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Leichtere Rechtsfindung mithilfe des EuGH

Dr. Clemens Latzel

Vorlagen an den EuGH werden als mühsam empfunden und deshalb gern vermieden – vor allem von deutschen Arbeitsgerichten, die im Jahr 2015 vier, 2014 sogar nur ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet haben. Davon entfielen auf das BAG drei und auf das LAG Hessen und das ArbG Verden jeweils eine Vorlage. Das ist bei einer dermaßen unionsrechtlich geprägten Materie wie dem Arbeitsrecht viel zu wenig. Zum Vergleich: Die Finanzgerichtsbarkeit kam 2014 auf 29, 2015 auf 16 Vorlagen. Dabei bedeutet es keinen großen Aufwand, um vom EuGH die Unionsrechtslage erklärt zu bekommen. Obendrein ist es effizient: Der EuGH klärt die Unionsrechtslage verbindlich und sorgt damit für Rechtssicherheit, sodass spätere (rückwirkende) Überraschungen vermieden werden.

I. Vorlagemöglichkeiten und Vorlagepflichten

Während vor allem Bundesgerichte bisweilen große Anstrengungen unternehmen, um ihre Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV abzustreiten¹, wird hier die umgekehrte Perspektive eingenommen: Wann bietet es sich an, den EuGH um eine Vorabentscheidung zu ersuchen²?

1. Wann kann vorgelegt werden?

In jedem Gerichtsverfahren gleich welcher Instanz, in dem eine unionsrechtliche Frage entscheidungserheblich ist oder sein könnte, kann der EuGH um Auslegung und Gültigkeitsprüfung des primären wie sekundären Unionsrechts ersucht werden (Art. 267 Abs. 1, Abs. 2 AEUV).

a) Unionsrecht entscheidungserheblich

Entscheidungserheblich ist Unionsrecht vor allem, wenn nationales Recht unionsrechtskonform auszulegen ist. Das deutsche Arbeitsrecht beruht in nicht geringen Teilen auf EU-Richtlinien und ist in deren Lichte auszulegen sowie fortzubilden – auch über den Wortlaut hinaus³. Auch das primäre Unionsrecht (Grundfreiheiten, Grundrechte, allgemeine Rechtsgrundsätze)

kann die Auslegung des deutschen Rechts bestimmen. Außerdem ist Unionsrecht selbstredend dann entscheidungserheblich, wenn es ohne nationales Umsetzungsrecht direkt angewandt wird, also der zu beurteilende Sachverhalt etwa unmittelbar unter eine EU-Verordnung, die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) oder das Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 21 GRC i. V. m. RL 2000/78/EG) zu subsumieren ist. Dazu zählen auch die Fälle, in denen nationales Recht nicht unionsrechtskonform ausgelegt oder fortgebildet werden kann, und folglich unangewendet zu bleiben hat. Die Grenze des Möglichen bildet der vom Gesetzgeber ursprünglich verfolgte Normzweck⁴.

b) Anwendungsbereiche des Unionsrechts

Damit Unionsrecht entscheidungserheblich ist, muss es in der Regel⁵ überhaupt anwendbar sein. Das lässt sich nicht immer leicht feststellen. Es gibt nämlich nicht *den einen* Anwendungsbereich des Unionsrechts, der nach der Faustformel „Entweder ist eine Richtlinie anwendbar oder es liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor“ bestimmt wird⁶:

- ◆ Es gibt den *formellen* Anwendungsbereich, der eröffnet ist, sobald die Mitgliedstaaten *irgendeine* unionsrechtliche Pflicht trifft – entweder aus dem Sekundärrecht (konkreter Inhalt und ggf. Umsetzungspflicht), aus einem grenzüberschreitenden Bezug (wirtschaftlich oder rechtlich genügt),

1 Betrüblich einerseits BVerwG v. 26. 1. 2011 – 8 C 46/09, NZA-RR 2011, 233 Rn. 32 ff., und andererseits BVerwG v. 1. 2. 2012 – 8 C 24/11, NJW 2012, 1018 Rn. 23 ff. (in selber Sache jeweils ohne Vorlage).

2 Instrukтив EuGH, Empfehlungen an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen, ABl. C 2012, S. 338; Latzel/Streinz, Das richtige Vorabentscheidungsersuchen, NJOZ 2013, 97 ff. (Zusammenfassung: NJW 2013, 271 f.); eingehend Broberg/Fenger, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (2014).

3 BGH v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, EuZW 2009, 155 Rn. 21; BAG v. 5. 12. 2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 37; vgl. EuGH (Gr. Kammer) v. 4. 7. 2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), ZESAR 2007, 373 Rn. 109 ff.

4 BVerfG (Kammer) v. 23. 5. 2016 – 1 BvR 2230/15 u. a., WM 2016, 1431, Rn. 39, 49; BGH v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, EuZW 2009, 155 Rn. 22 ff.; Höpfner, EuZW 2009, 159 (160).

5 Zu den Ausnahmen sogleich c).

6 Eingehend auch zum Folgenden Latzel, Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, EuZW 2015, 658 ff.

aus der Unionsbürgerschaft (eingeschränkt) oder aus Art. 157 AEUV (unterstellt prinzipiell alle Arbeitsverhältnisse dem Unionsrecht). Der formelle Anwendungsbereich ist zwar sehr weit, bringt aber nur die universellen Grundsätze und Grundrechte des Unionsrechts zur Anwendung (elementare Menschenrechte und Rechtsstaatsprinzipien wie Verhältnismäßigkeit und Rechtssicherheit), die nationalen Standards Untergrenzen setzen. Deswegen unterliegt das deutsche Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfrecht trotz Art. 153 Abs. 5 AEUV prinzipiell auch dem Unionsrecht, wenn bei der Umsetzung von Richtlinien Sozialpartner einbezogen werden (etwa durch tarifdispositive Regeln)⁷, Arbeitskämpfe die Grundfreiheiten beeinträchtigen⁸ oder Tarifverträge dem Kartellverbot unterfallen⁹.

- Der *materielle* Anwendungsbereich wird in Weite und Tiefe maßgeblich vom Sekundärrecht geprägt und variiert nach dem Harmonisierungsstand der jeweiligen Materie, bringt insofern aber auch alle spezifischen Unionsgrundrechte zur Anwendung. So ist etwa bislang nur die Kettenbefristung sekundärrechtlich geregelt, weswegen für Erstbefristungen Art. 30 GRC (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung) nicht gilt¹⁰. Erstbefristungen stellen aber gleichwohl allgemeine Beschäftigungsbedingungen dar, die an den Antidiskriminierungsrichtlinien zu messen sind. Und weil bislang kein Sekundärrecht die Einkommensteuer regelt, unterfällt die Rentenbesteuerung selbst dann nicht dem materiellen Unionsrecht, wenn die Anwartschaften durch Arbeitseinkommen i. S. d. Art. 157 AEUV verdient wurden¹¹. Weil indes jedes Sekundärrecht allen Unionsgrundrechten entsprechen muss, ist auch jedes Sekundärrecht im Lichte der gesamten Grundrechtecharta auszulegen und von dem nationalen Gericht entsprechend anzuwenden¹². So ist bei der Auslegung von Art. 3 RL 2001/23/EG (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang) auch die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC) zu beachten und gelten folglich dynamische Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang nur noch statisch, sofern der Betriebserberwerber nicht die „erforderlichen Anpassungen“ vornehmen kann¹³. Freilich ist auch die primärrechtskonforme Auslegung des sekundären Unionsrechts Domäne des EuGH, weshalb insofern besonderer Vorlagebedarf besteht, den selbst das BVerfG anmahnt¹⁴.

Ist im konkreten Fall nicht ganz klar, ob oder inwiefern Unionsrecht anwendbar ist, muss das die erste Vorlagefrage sein¹⁵! Der EuGH prüft prinzipiell (außer bei evidenten Zweifeln) die Anwendbarkeit des Unionsrechts im Ausgangsverfahren nicht¹⁶. Nur wer über jeden Zweifel erhaben ist, kann ein Kopftuch-Verbot für Lehrer (Arbeitnehmer) an Art. 4 GG messen¹⁷, ohne zu erwägen oder gar den EuGH zu fragen, inwiefern die RL 2000/78/EG („Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion“, Art. 1) überhaupt Raum für nationale Grundrechte lässt¹⁸.

c) Entscheidungserhebliches Unionsrecht jenseits seines Anwendungsbereichs

Unionsrecht kann übrigens auch außerhalb seines Anwendungsbereichs entscheidungserheblich sein, wenn nationales Recht unionsrechtliche Maßgaben überschießend, d. h. über ihren Anwendungsbereich hinaus, umsetzt und seine gespaltene Auslegung (unionsrechtlich im Umsetzungsteil, einzelstaatlich im überschießenden Teil) vermieden werden soll. Davon ist bei überschießendem Umsetzungsrecht prinzipiell auszugehen, sofern nicht der gegenteilige Wille des Gesetzgebers erkennbar ist¹⁹. Der EuGH goutiert das und beantwortet Vorlagen auch dann, wenn im Ausgangsverfahren Unionsrecht nur im übertragenen Sinne anwendbar und entscheidungserheblich ist²⁰.

d) Keine Hemmungen!

Ist im Ausgangsverfahren möglicherweise Unionsrecht nicht nur formell (Kündigung eines Arbeitnehmers), sondern materiell anwendbar (altersdiskriminierende Kündigung) und hängt die Entscheidung des Verfahrens von der Auslegung des Unionsrechts ab (Rechtfertigung durch diskriminierende Kundenerwartungen²¹), kann der EuGH nach der richtigen Auslegung des einschlägigen Unionsrechts gefragt werden. Ist Unionsrecht im Ausgangsverfahren nicht anwendbar, wird das die Antwort des EuGH sein und auch dadurch für Rechtsklarheit sorgen. Eine Zurückweisung wegen Unzulässigkeit steht insoweit²² nicht zu befürchten.

Ein Vorlageverbot existiert nicht. Wenn sich das BVerfG dazu versteigt, eine Vorlage an den EuGH außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts als *Entzug* des gesetzlichen Richters i. S. d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu apostrophieren²³, geht es ihm offenkundig nur darum, trotz der zur Selbstentlastung etablierten Zuständigkeitsfilter noch an Ver-

7 EuGH v. 8. 9. 2011, Rs. C-297/10 u. a. (Hennigs u. a.), ZESAR 2012, 234 Rn. 62 ff.

8 EuGH v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05 (Viking), ZESAR 2008, 140 Rn. 41 ff.; EuGH v. 18. 12. 2007, Rs. C-341/05 (Laval), NZA 2008, 159 Rn. 87 ff.

9 EuGH v. 4. 12. 2014, Rs. C-413/13 (Kunsten), EuZW 2015, 313 Rn. 22 ff.; dazu Rieble, ZWeR 2016, 165 ff.

10 EuGH v. 5. 2. 2015, Rs. C-117/14 (Poclava), EuZW 2015, 439 Rn. 41.

11 EuGH v. 2. 6. 2016, Rs. C-122/15 (C), NZA 2016, 753 Rn. 24 ff.

12 EuGH v. 11. 10. 2007, Rs. C-117/06 (Möllendorf), EuZW 2007, 737 Rn. 74 ff.

13 EuGH v. 18. 7. 2013, Rs. C-426/11 (Alema-Herron), ZESAR 2014, 132 Rn. 30 ff.; dazu Vorlage des BAG v. 17. 6. 2015 – 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373, anhängig beim EuGH als Rs. C-681/15 (Asklepios).

14 BVerfG v. 31. 5. 2016 – 1 BvR 1585/13 (Sampling), NJW 2016, 2247, Rn. 123: „Das verlangt [...] das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, insbesondere Grundrechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit dem jeweils anwendbaren Grundrecht des Grundgesetzes [...]).“

15 Alternativ kann der EuGH auch inzident um Stellungnahme gebeten werden, EuGH (Gr. Kammer) v. 16. 5. 2015, Rs. C-83/14 (CHEZ RB), EuGRZ 2015, 482 Rn. 28, 38 ff.

16 EuGH v. 8. 11. 2012, Rs. C-271/11 (TEE), juris Rn. 42.

17 BVerfG v. 27. 1. 2015 – 1 BvR 471/10 u. a., NJW 2015, 1359 Rn. 83 ff.

18 Latzel, EuZW 2015, 658 (663); vgl. GA Kokott v. 31. 5. 2016, Rs. C-157/15 (Achbita), Rn. 29 ff., 125; Rothballer, Berufliche Anforderungen im AGG (2016), S. 38 ff.

19 BGH v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, EuZW 2009, 155 Rn. 26 ff.

20 EuGH v. 4. 12. 2014, Rs. C-413/13 (Kunsten), EuZW 2015, 313 Rn. 18.

21 Eingehend Rothballer, Berufliche Anforderungen im AGG (2016), S. 193 ff.

22 Zu den Zulässigkeitsanforderungen unten II.

23 BVerfG v. 28. 1. 2014 – 2 BvR 1561/12 u. a. (Filmförderung), JZ 2014, 396 Rn. 177; BVerfG (Kammer) v. 2. 2. 2015 – 2 BvR 2437/14, NJW 2015, 1294 Rn. 22.

fahren zu gelangen, um den EuGH bei „Übergriffen“ in Karlsruher Hoheitsgebiet zeitnah Paroli bieten zu können²⁴. Dabei ist in der Sache längst geklärt, dass jede Einschränkung der Vorlagemöglichkeit unionsrechtswidrig ist und unangewendet zu bleiben hat²⁵. Keine nationale Vorschrift oder Verfassungsgerichtsentscheidung kann ein nationales Gericht daran hindern, den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen²⁶. Sollte der EuGH einmal auf eine Vorlage aus Deutschland hin den Anwendungsbereich des Unionsrechts für Karlsruher Geschmack zu weit ziehen, ist jedenfalls die *Vorlage* nicht verfassungswidrig²⁷.

2. Wann sollte vorgelegt werden?

Weil das BVerfG Nichtvorlagen faktisch nur noch auf willkürliche Handhabung der Vorlagepflicht prüft²⁸, also eine halbwegs begründete Auseinandersetzung mit den vermutlich einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben unter Zitierung von zwei bis drei EuGH-Entscheidungen (gerne auch älteren Datums) in aller Regel für Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG genügt²⁹, ist durch eine Nichtvorlage wesentlich früher die unionsrechtliche Pflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV verletzt, als der gesetzliche Richter entzogen³⁰ (außer bei Gültigkeitsvorlagen³¹). Alle Fachgerichte, die ihre Aufgaben als „ordentliche Unionsgerichte“³² verstanden haben und sich der Rechtssicherheit wie Rechtsklarheit verpflichtet fühlen, fragen indes ohnehin nicht, wann sie vorlegen müssen, sondern, wann sie vorlegen *sollen*.

a) Rechtsprechungslücken und Rechtsprechungsdefizite

Der EuGH sollte immer dann um Auslegung des Unionsrechts ersucht werden, wenn das einschlägige Unionsrecht trotz der bisher dazu ergangenen Rechtsprechung noch Fragen offenlässt. Hat der EuGH eine einschlägige Norm noch nie ausgelegt, besteht also faktischer Vorlagezwang, auch wenn das geschriebene Unionsrecht noch so eindeutig sein mag. Überraschungen gibt es immer wieder, wie etwa die erste EuGH-Entscheidung zu Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG („Verbot“ von Beschränkungen der Leiharbeit) gezeigt hat³³. Lässt die bisherige EuGH-Rechtsprechung Auslegungsspielräume, sollte

ebenfalls unbedingt vorgelegt werden, denn hier lauert die Gefahr, dass die bisherige Rechtsprechung (auch mit guten Argumenten) in einem Maße verallgemeinert wird, dem der – doch leider unverändert pointilistisch judizierende – EuGH nicht gerecht werden kann³⁴. Das hat die Relativierung der Ruffert-Doktrin zum Sonderarbeitsrecht bei der Ausführung öffentlicher Aufträge jüngst wieder gezeigt³⁵.

Scheint die einschlägige EuGH-Rechtsprechung unverständlich oder gar sachlich unrichtig, ist ebenfalls unbedingt vorzulegen! Das gilt selbst dann, wenn der EuGH in einem Verfahren bereits angerufen wurde, aber seine Antwort das vorlegende Gericht nicht befriedigt. „Es ist Sache der nationalen Gerichte, zu beurteilen, ob sie sich durch eine Vorabentscheidung für hinreichend unterrichtet halten oder ob es ihnen erforderlich erscheint, den Gerichtshof erneut anzurufen“ (Art. 104 Abs. 2 EuGH-VerfO). Es ist niemandem geholfen, wenn unklare EuGH-Entscheidungen wortreich in eine bestimmte (gewünschte) Richtung interpretiert werden und sich später herausstellt, dass der EuGH diese Richtung gar nicht einschlagen wollte³⁶. Weil Auslegungsentscheidungen des EuGH auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des maßgeblichen Unionsrechts zurückwirken³⁷, droht den Rechtsunterworfenen mitunter großer Schaden, wenn sich (Bundes-)Gerichte das Unionsrecht einseitig nach Gusto „zurechtbiegen“³⁸.

b) Nicht aussitzen!

Einen schlechten Kompromiss aus Vorlageobliegenheit und Vorlagetragheit stellt die von den Bundesgerichten gebilligte und selbst geübte Praxis dar, Verfahren auszusetzen *ohne vorzulegen*, weil „die Rechtsfrage“ bereits beim EuGH anhängig sei³⁹. Wenn die Aussetzung wegen Vorgreiflichkeit⁴⁰ die mehrfache Prüfung derselben Frage in verschiedenen Verfahren und somit im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit einander widersprechende Entscheidungen vermeiden sollen⁴¹, können diese Ziele durch bloßes Aussitzen nicht erreicht werden:

◆ Eine Überlastung des EuGH steht nicht zu befürchten. Der EuGH bündelt zusammenpassende Vorlagen (Art. 54 VerfO-EuGH) und kann aus seiner Sicht „klare Fälle“ rasch durch begründeten Beschluss ohne mündliche Verhandlung und Schlussanträge des Generalanwalts entscheiden (Art. 99 VerfO-EuGH).

24 Latzel, JZ 2014, 392 f.; jüngst BVerfG v. 31. 5. 2016 – 1 BvR 1585/13 (Sampling) NJW 2016, 2247, Rn. 116: Gehen Fachgerichte von vollständiger unionsrechtlicher Bindung aus, ohne den EuGH zu fragen, „unterliegt dies wegen der Bedeutung dieser Frage für die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte in vollem Umfang der Überprüfung durch das BVerfG“

25 Grundlegend EuGH v. 16. 1. 1974, Rs. C-166/73 (Rheinmühlen I), NJW 1974, 440.

26 Jüngst EuGH (Gr. Kammer) v. 5. 4. 2016, Rs. C-689/13 (PFE), EuZW 2016, 431 Rn. 32, 34.

27 Latzel, JZ 2014, 392 (394).

28 BVerfG v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), ZESAR 2011, 41 Rn. 89; BVerfG v. 28. 1. 2014 – 2 BvR 1561/12 u.a. (Filmförderung), JZ 2014, 396 Rn. 184; Wolff, AöR 141 (2016), 40 (44 ff., 102 ff.).

29 Vgl. BVerfG v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), ZESAR 2011, 41 Rn. 90; BVerfG (Kammer) v. 27. 4. 2016 – 1 BvR 2996/13.

30 Sagan, NZA 2015, 341 (343); ehrlich BVerfG (Kammer) v. 15. 10. 2015 – 1 BvR 2329/15, NJW 2016, 1010 Rn. 11.

31 Wolff, AöR 141 (2016), 40 (86 f.); vgl. EuGH (Gr. Kammer) v. 6. 12. 2005, Rs. C-461/03 (Gaston Schul), HFR 2006, 416 Rn. 17 ff.

32 EuGH (Plenum) v. 8. 3. 2011 – Gutachten 1/09, EuR 2011, 567 Rn. 80.

33 EuGH v. 17. 3. 2015, Rs. C-533/13 (AKT), ZESAR 2015, 344.

34 Zur Systembildung durch Vorabentscheidungen: Latzel in Clavara/Garber (Hg.), Das Vorabentscheidungsverfahren in der Zivilgerichtsbarkeit (2014), S. 73 ff.

35 EuGH v. 17. 11. 2015, Rs. C-115/14 (RegioPost), ZESAR 2016, 176.

36 Wie bei der Fortgeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, dazu EuGH v. 18. 7. 2013, Rs. C-426/11 (Alemo-Herron), ZESAR 2014, 132 nachfolgende Vorlage des BAG v. 17. 6. 2015 – 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373, anhängig beim EuGH als Rs. C-681/15 (Asklepios), und Latzel, RdA 2014, 110 ff.

37 Dazu unten III. 2. b).

38 Etwa das BAG die altersdiskriminierende Betriebsrentenberechnung nach § 2 Abs. 1 BetrAVG, dazu nun Vorlage des ArbG Verden v. 20. 6. 2016 – 1 Ca 32/15 B, ZESAR 2016, 371 ff. mit Anm. Latzel

39 Nur BGH v. 27. 1. 2016 – I ZR 68/14, PharmR 2016, 187 Rn. 8; BAG v. 20. 5. 2010 – 6 AZR 481/09, NJW 2011, 1836 (1837).

40 § 148 ZPO, § 94 VwGO, § 114 SGG, § 74 FGO, § 21 FamFG, § 262 Abs. 2 StPO, § 33 Abs. 1 BVerfGG.

41 BAG v. 2. 6. 2010 – 7 AZR 904/08 (A), juris Rn. 5.

- Die Parteien haben Beteiligungsrechte im schriftlichen wie mündlichen Teil des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 23 EuGH-Satzung, Art. 96 f., Art. 57 f. bzw. Art. 76 ff. VerFO-EuGH)⁴². Aussetzen ohne vorzulegen bringt also nicht nur das nationale Gericht, sondern auch die Parteien um ihre Einflussmöglichkeiten auf die EuGH-Rechtsprechung und entzieht ihnen subjektive Rechte⁴³.
- Die Vorgreiflichkeit ist selten abschließend. In dem Verfahren, in dem der EuGH um Vorabentscheidung ersucht wurde, mögen ähnliche Rechtsfragen entscheidungserheblich sein wie im eigenen Verfahren, aber nicht unbedingt die gleichen. Kann der eigene Rechtsstreit nach einer bejahenden wie verneinenden Antwort des EuGH wirklich ohne Weiteres „durchentschieden“ werden? „Schau'n mer mal, dann seh'n mer scho“ (Franz Beckenbauer) ist weder mit Art. 19 Abs. 4 GG noch Art. 6 Abs. 1 EMRK (faïres Verfahren) vereinbar.
- Schließlich verbessert jede Vorlage die EuGH-Rechtsprechung. Weil selten zwei Fälle wirklich identisch sind, kann jede Nuance den EuGH zu einer ausgewogeneren Rechtsprechung bewegen.

Solange das BVerfG keinen Grund sieht, dem EuGH durch eine strengere Kontrolle der hiesigen Nichtvorlagepraxis (etwa durch eine gesonderte Nichtvorlagebeschwerde) mehr „Schützenhilfe“ zukommen zu lassen⁴⁴, ist kein Ende der rechtswidrigen Aussätzpraxis abzusehen. Die Aussetzung ist eine Ermessensentscheidung, bei der die mögliche Verfahrensverzögerung (einschl. der Gesamtdauer des Verfahrens) mit der Verfahrensökonomie und Rechtsprechungskohärenz abgewogen werden muss⁴⁵. Das BVerfG lässt zwar selbstständige Verfassungsbeschwerden gegen Aussetzungsentscheidungen wegen der irreversiblen Verfahrensverzögerung – dank Druck aus Straßburg (Art. 6 Abs. 1 EMRK)⁴⁶ – zu⁴⁷. Sie sind aber nur begründet, wenn die Aussetzung zu einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung führt⁴⁸. Das steht bei der Aussetzung im Hinblick auf anhängige Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH (Verfahrensdauer im Durchschnitt 15 Monate⁴⁹) nicht zu befürchten.

c) Rechtsfindung statt Rechtverweigerung!

Rechtsfindung im Unionsrecht führt nur über Luxemburg. Der Aufwand, der betrieben wird, um darzulegen, dass an der richtigen (?) Auslegung des Unionsrechts „keine vernünftigen Zweifel“ bestehen, ist besser in ein Vorabentscheidungsersuchen

investiert. Alle CILFIT-Zitate und Acte-clair- wie Acte-éclairé-Doktrinen helfen nicht, wenn der EuGH später (dank Vorlage hiesiger Instanzgerichte oder ausländischer Fachgerichte) die Rechtslage schließlich doch anders klärt. Wer in der europäischen Rechtsentwicklung nicht nur Getriebener sein will, muss vorlegen, denn wer nicht vorlegt, für den legen andere vor⁵⁰.

II. Zulässigkeit einer Vorlage

Ein Vorabentscheidungsersuchen ist schlicht eine Frage nach der Rechtslage, kein wissenschaftlicher Aufsatz und kein drittes Staatsexamen. Behauptungen, das Verfahren sei ähnlich aufwändig wie eine konkrete Normenkontrolle zum BVerfG⁵¹, sind mehr als irreführend.

1. EuGH als Kooperationspartner

Der EuGH sieht im Vorabentscheidungsverfahren ein Instrument der „Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof“ und ist bemüht, jedem vorlegenden Gericht eine „sachdienliche Antwort“ für die Entscheidung des bei diesem anhängigen Rechtsstreits zu geben⁵². Eine Vorlage an den EuGH ist deshalb mitnichten so mühsam wie eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG, die – so das BVerfG die verfassungsrechtlichen Bedenken des vorlegenden Gerichts nicht teilt – regelmäßig mangels hinreichender Begründung⁵³ als unzulässig abgewiesen werden⁵⁴ (die damit verbundene Abschreckung darf als beabsichtigt gelten). Die Zulässigkeitschürden für ein Vorabentscheidungsersuchen sind hingegen sehr niedrig (auch das ist beabsichtigt). Der EuGH beantwortet fast alles, was ihm vorgelegt wird, sofern die vorlegende Institution „Gericht eines Mitgliedstaats“ i. S. d. Art. 267 AEUV ist⁵⁵.

2. Begründung

Vorabentscheidungsersuchen müssen dem EuGH nur die nötigen Informationen geben, damit er eine sachdienliche Antwort geben kann⁵⁶. Außer einer Vorlagefragen verlangt Art. 94 VerFO-EuGH⁵⁷:

42 Latzel/Streinz, NJOZ 2013, 97 (107 f.).

43 A. A. Wolff, AöR 141 (2016), 40 (72).

44 BVerfG v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), ZESAR 2011, 41 Rn. 89; BVerfG (Kammer) v. 27. 4. 2016 – 1 BvR 2996/13, juris Rn. 6.

45 BVerfG (Kammer) v. 5. 8. 2013 – 1 BvR 2965/10, NJW 2013, 3432 Rn. 20 (zu § 148 ZPO).

46 Verfahrensaussetzungen können trotz Parteimaxime gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen, EGMR v. 1. 4. 2010 – 12852/08 (N/Deutschland), juris Rn. 44.

47 BVerfG (Kammer) v. 22. 9. 2008 – 1 BvR 1707/08, juris Rn. 15.

48 BVerfG (Kammer) v. 22. 9. 2008 – 1 BvR 1707/08, juris Rn. 16 ff.: Abschluss der vorgreiflichen Verfahren auch nach zehn Jahren noch nicht absehbar.

49 2014: 15,0 Monate, 2015: 15,3 Monate, EuGH-Jahresbericht 2015, S. 92.

50 Jüngst etwa für den BGH das LG Berlin v. 30. 9. 2015 – 20 O 203/14, N&R 2016, 53; für das BAG das ArbG Verden v. 20. 6. 2016 – 1 Ca 32/15 B, ZESAR 2016, 371 ff.

51 Sternal in Keidel (Hg.), FamFG, 18. Aufl. 2014, § 21 Rn. 65.

52 EuGH (Gr. Kammer) v. 21. 6. 2016, Rs. C-15/15 (New Valmar), juris Rn. 28.

53 Die Hürden des § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG sind hoch, BVerfG (Kammer) v. 15. 2. 2016 – 1 BvL 8/12, HFR 2016, 492 Rn. 16 ff.

54 Seit 1990 hat das BVerfG 39 Vorlagen für begründet erachtet, aber nur fünf zulässige Vorlagen für unbegründet: BVerfG v. 31. 5. 1990 – 2 BvL 12/88 u. a. (Absatzfonds), BVerfG v. 9. 3. 1994 – 2 BvL 43/92 u. a. (Cannabis), BVerfG v. 21. 7. 2010 – 1 BvL 11/06 u. a. (Fremdrenten), BVerfG v. 17. 1. 2012 – 2 BvL 4/09 (Beamtenbesoldung), BVerfG v. 15. 12. 2015 – 2 BvL 1/12 (Treaty Over-ride).

55 Vorlageberechtigt sind auch die hiesigen Vergabekammern, EuGH v. 18. 9. 2014, Rs. C-549/13 (Bundesdruckerei), ZESAR 2015, 176 Rn. 21 f.; auch Schiedsgerichte mit gesetzlicher Zuständigkeit, EuGH v. 13. 2. 2014, Rs. C-555/13 (Merck), EuZW 2014, 301 Rn. 15 ff.; nicht hingegen rein verwaltende Institutionen wie Registergerichte, EuGH (Gr. Kammer) v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 (Cartesio), NZG 2009, 61 Rn. 57; auch nicht Einigungsstellen, Wißmann in ErkK, 16. Aufl. 2016, Art. 267 AEUV, Rn. 17.

56 EuGH-Empfehlungen, ABl. C 2012, S. 338, Nr. 20.

57 Dazu noch unten III. 2. b).

- ◆ kurze Darstellung des Streitgegenstands und des maßgeblichen Sachverhalts;
- ◆ Wortlaut des auf das Ausgangsverfahren anwendbaren nationalen Rechts (einschl. nationaler Rspr.), soweit für die Vorlagefragen relevant;
- ◆ kurze Darstellung der Gründe, die das Gericht zur Vorlage bewegt haben (Zweifel an Auslegung oder Gültigkeit von Unionsrecht einschl. EuGH-Rspr.) und Bezug zum Ausgangsverfahren (einschl. nationalem Recht).

3. Entscheidungserheblichkeit

Es kommt zwar oft vor, dass insbesondere der Mitgliedstaat des vorliegenden Gerichts den vorgelegten Fragen die Entscheidungserheblichkeit abspricht. Der EuGH weist Vorlagen mangels Entscheidungserheblichkeit aber nur zurück, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht oder das Problem hypothetischer Natur ist⁵⁸. Die Prämissen, mit denen das vorliegende Gericht die Entscheidungserheblichkeit begründet, prüft der EuGH nicht, auch wenn sie unionsrechtlich wie nationalrechtlich zweifelhaft scheinen⁵⁹.

III. Formulierung der Vorlagefragen

Bei der Formulierung der Vorlagefragen⁶⁰ kann das vorliegende Gericht formal wenig falsch machen, denn der EuGH formuliert sich die Vorlagefragen ohnehin so um, dass sie zu den Antworten passen, die er für das Ausgangsverfahren als geeignet ansieht. Vorlagefragen müssen deswegen vor allem inhaltliche Missverständnisse über das nationale Recht vermeiden.

1. Fragestellung

Vorlagefragen sind so zu stellen, dass nach der Auslegung (bzw. der Gültigkeit) des *Unionsrechts* gefragt wird, nicht der Unionsrechtskonformität oder gar Auslegung des nationalen Rechts. Der EuGH entscheidet nur über die Auslegung des Unionsrechts und das nationale Gericht über dessen Anwendung im Ausgangsverfahren (einschl. Auswirkungen auf nationales Recht). Deswegen beginnt jede Frage am besten mit der Wendung:

„Ist das Unionsrecht, insbesondere [das vom vorlegenden Gericht für einschlägig gehaltene Sekundär- und Primärrecht], dahin auszulegen, dass ...“.

Das für einschlägig gehaltene Unionsrecht ist möglichst präzise, aber knapp zu zitieren (z. B. „Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/78/EG“). Die Angabe vollständiger Richtlinien Titel samt Fundstelle stört nicht nur in Vorlagefragen unnötig den Lesefluss.

Vorlagefragen müssen aus sich heraus verständlich sein (keine Bezugnahme auf Verfahrensakte oder Begrün-

dung)⁶¹ und sollten als Entscheidungsfragen formuliert sein, sodass der EuGH darauf mit „Ja“ oder „Nein“ antworten könnte. Der EuGH formuliert fast alle Vorlagefragen in dieses Schema um, beantwortet hin und wieder aber auch offene Fragen („Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen, welche Tragweite die Begriffe [...] im Sinne von Art. [...] haben“⁶²). Für den Standardfall eventuell unionsrechtswidrigen nationalen Rechts empfiehlt sich folgendes Fragemuster:

„Ist das Unionsrecht, insbesondere [...], dahin auszulegen, dass es einer nationalen Regelung – wie der im Ausgangsverfahren anwendbaren – entgegensteht, wonach [abstrakte Umschreibung]?“.

2. Fragetaktik

a) Fragekünste unter Umdeutungsvorbehalt

Weil der Vorlagebeschluss die Gelegenheit zur Einflussnahme auf die Rechtsprechung des EuGH ist, ist die Versuchung groß, den EuGH mittels geschickter Vorlagefragen zu einem bestimmten Auslegungsergebnis oder zumindest in ein bestimmtes Prüfprogramm zu drängen. Ob sich der EuGH davon leiten lässt, hängt davon ab, wie sehr aus seiner Sicht die Fragelogik der *unionsrechtlichen* Sachlogik entspricht. Auch lässt sich kaum abstreiten, dass eine prägnante und stringente Vorlagebegründung den Gerichtshof eher von der „Richtigkeit“ der vorgelegten Fragen (samt ihrer Reihenfolge und etwaiger Konditionierungen) überzeugt und ihn zu weniger Umdeutungen verleitet.

Die Vorlagefragen sollten stets gut lesbar und verständlich sein. Auch wenn der EuGH nach wie vor zu Ein-Satz-Antworten neigt, ist bei komplexen Konstellationen mit Teil- und Zusatzfragen zu arbeiten, die etwa alternative Auslegungsmethoden andeuten („... oder bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ...“⁶³). Die Lesbarkeit kann außerdem deutlich verbessert werden, wenn rechtliche Varianten durch Kleinbuchstaben oder Spiegelstriche abgesetzt werden, die vom Allgemeinen zum Konkreten voranschreiten⁶⁴. Das führt bisweilen zu regelrechten Fragegebirgen mit konditionierten Nach- und Unterfragen sowie alternativen Konstellationen, die freilich auch im Ausgangsverfahren entscheidungserheblich sein müssen.

Bei alledem gilt es allerdings Maß zu halten. 13 Vorlagefragen⁶⁵ werden nur in extremen Ausnahmefällen gerechtfertigt sein und der EuGH wird die seiner Meinung nach zusammenhängenden Aspekte dann höchstwahrscheinlich bündeln und umformulieren⁶⁶. Zur Vermeidung von Missverständnissen und unbefriedigenden Antworten gilt es deshalb, die Vorlagefra-

61 EuGH-Empfehlungen, ABl. C 2012, S. 338, Nr. 26.

62 EuGH (Gr. Kammer) v. 16. 5. 2015, Rs. C-83/14 (CHEZ RB), EuGRZ 2015, 482 Rn. 92.

63 ArbG Verden v. 6. 5. 2014 – 1 Ca 35/13, NZA 2014, 665 (Frage 2).

64 Latzel/Strein, NJOZ 2013, 97 (102 f.).

65 Wie im Verfahren EuGH v. 8. 11. 2012, Rs. C-271/11 (TEE), juris Rn. 27.

66 In EuGH v. 8. 11. 2012, Rs. C-271/11 (TEE), hat sich der EuGH aus den 13 vorgelegten Fragen sieben gebaut und beantwortet.

58 EuGH v. 8. 11. 2012, Rs. C-271/11 (TEE), juris Rn. 31.

59 EuGH (Gr. Kammer) v. 21. 6. 2016, Rs. C-15/15 (New Valmar), juris Rn. 22 ff.

60 Eingehend Latzel/Strein, NJOZ 2013, 97 (101 ff.).

gen einerseits nur so komplex wie gerade nötig und andererseits so präzise und verständlich wie möglich zu formulieren.

b) Weiterdenken!

Wer den EuGH nur einmal anrufen und eine für das Ausgangsverfahren abschließende Antwort erhalten will, muss sich in Folgenabschätzung üben. Nur wenn eine schon etablierte Rechtsprechungslinie um eine neue Facette ergänzt werden soll, wird es mit einer Vorlagefrage getan sein. Im Übrigen stellen sich über die eigentliche Kernfrage hinaus nicht selten unionsrechtlich determinierte Folgeprobleme (etwa bei der Umsetzung der Vorabentscheidung ins nationale Recht). Hier helfen konditionierte Nach- und Folgefragen, insbesondere hinsichtlich der praktisch gar nicht seltenen Sonderkonstellationen des Rechtsmissbrauchs und des Scheingeschäfts. Mit provokanten Folgefragen kann auch versucht werden, den EuGH zu einer bestimmten Primärantwort zu drängen (*argumentum ad absurdum*)⁶⁷.

Stets zu bedenken ist auch, dass der EuGH prinzipiell davon ausgeht, das ohnehin geltende Unionsrecht nur auszulegen, und die teils verheerenden Folgen der Rückwirkung ausblendet⁶⁸. Der EuGH sieht sich nur dazu in der Lage, Vertrauensschutz in der Entscheidung zu gewähren, die erstmals eine bestimmte Auslegung vornimmt und das auch nur, wenn die Betroffenen bis dahin in gutem Glauben an eine andere Auslegung waren, deren rückwirkende Änderung mit schwerwiegenden Störungen einherginge⁶⁹. Weil das bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeitsverhältnis nicht selten der Fall ist, müssen Vertrauensschutzfragen das *ceterum censeo* der Vorlagen aller Arbeitsgerichte sein⁷⁰.

c) Rückpässe vermeiden

Der EuGH beantwortet – einem Revisionsgericht nicht unähnlich – prinzipiell nur Rechtsfragen, weshalb alle entscheidungserheblichen Tatsachen vor der Vorlage geklärt sein sollten, um unnötige „Rückpässe“ („Es ist Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob ...“) zu vermeiden. So geht der Gerichtshof nicht pauschal davon aus, dass Teilzeitbeschäftigte überwiegend Frauen sind, wenn die in Rede stehende nationale Maßnahme nur bestimmte Teilzeitbeschäftigte betrifft. Insofern empfiehlt es sich, in der Vorlagefrage bereits einzubauen (und in der Begründung kurz auszuführen), dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Maßnahme überwiegend Teilzeitbeschäftigte weiblichen Geschlechts betrifft⁷¹.

Weil die Rechtsauslegung mit zunehmender Detailtiefe der Rechtsanwendung nahekommend, beschränkt der EuGH seine Auslegungstiefe etwa beim Effektivitäts- und Äquivalenzgebot und bei Verhältnismäßigkeitsvorbehalten ohnehin auf eine mittlere Prinzipientiefe. Auch wenn es prinzipiell dem nationalen Gericht obliegt, unter diese Prinzipien zu subsumieren, gibt der EuGH meist „Segelanweisungen“, welche Anhaltspunkte des Ausgangsverfahrens das vorlegende Gericht bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen haben wird⁷². Das kann so weit gehen, dass der EuGH das Unionsrecht „unter Berücksichtigung“ der ihm vorgelegten Akten des Ausgangsverfahrens auslegt und bei hinreichender Evidenz (Vorlage antizipiert Rückpassmöglichkeiten) die naheliegende Subsumtion des Ausgangsverfahrens selbst vornimmt⁷³.

IV. Begründung des Vorabentscheidungsersuchens

Die Begründung der Vorlage ist einfach, klar und präzise zu halten, nicht nur weil klaren Formulierungen klare Gedanken vorausgehen müssen, sondern auch weil jede Vorlage in alle Amtssprachen der EU übersetzt werden muss⁷⁴.

1. Länge und Gliederung

Nach den Empfehlungen des EuGH reicht ein Text „von nicht mehr als ungefähr zehn Seiten“ oft aus, um den tatsächlichen wie rechtlichen Rahmen der Vorlage zu erläutern⁷⁵. Das kann sogar unterboten werden, wenn das nationale Gericht den Vorlagebeschluss zutreffend als reine Bitte um Rechtsauskunft versteht und der Versuchung widersteht, anlässlich der Vorlage mit unliebsamer Bundesgerichts- oder auch EuGH-Rechtsprechung abzurechnen oder sich für die Vorlage an sich (vor allem gegenüber Kollegen) zu rechtfertigen.

Es bietet sich an, die Begründung von Vorabentscheidungsersuchen (der Tenor enthält die Aussetzungs- wie Vorlageentscheidung samt Vorlagefragen) wie folgt zu gliedern (Überschriften sind zu benennen)⁷⁶:

- A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens
 - I. Streitgegenstand
 - II. Sachverhalt
 - III. Nationaler Rechtsrahmen
- B. Vorlagefragen und Entscheidungserheblichkeit
 - I. Unionsrechtlicher Rahmen
 - II. Zweifel an Auslegung/Gültigkeit des Unionsrechts
 - III. Entscheidungsvorschläge des vorlegenden Gerichts
 - IV. Entscheidungserheblichkeit für das Ausgangsverfahren
- (C. Aussetzung des Verfahrens)

67 Legendär BAG v. 27. 4. 1994 – 5 AZR 747/93 (A), NJW 1994, 683 (Frage 3) – zum Rechtsmissbrauch bei ital. Krankschreibungen (Paletta).

68 Dazu auch unten juris IV. 2.

69 EuGH v. 21. 3. 2013, Rs. C-92/11 (RWE), EuZW 2013, 461 (Rn. 59).

70 Vorbildlich BAG v. 20. 5. 2010 – 6 AZR 319/09 (A), NZA 2010, 768 (Frage 5); ArbG Nienburg v. 15. 6. 2012 – 2 Ca 472/11, juris (Frage 7); ArbG Verden v. 20. 6. 2016 – 1 Ca 32/15 B, juris Rn. 137 ff.

71 EuGH v. 22. 11. 2012, Rs. C-385/11 (Elbal Moreno), ZESAR 2013, 85 Rn. 18, 28, 31.

72 Etwa EuGH (Gr. Kammer) v. 16. 5. 2015, Rs. C-83/14 (CHEZ RB), EuGRZ 2015, 482 Rn. 81 ff.

73 EuGH (Gr. Kammer) v. 16. 5. 2015, Rs. C-83/14 (CHEZ RB), EuGRZ 2015, 482 Rn. 71, 107.

74 EuGH-Empfehlungen, ABl. C 2012, S. 338, Nr. 21.

75 EuGH-Empfehlungen, ABl. C 2012, S. 338, Nr. 22.

76 Latzel/Strein, NJOZ 2013, 97 (101).

2. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

Streitgegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens sind darauf zu beschränken, was für die Subsumtion unter die unionsrechtlich determinierten Rechtsfragen erforderlich ist. Fühlt sich der EuGH nicht hinreichend unterrichtet, wird er beim vorlegenden Gericht nachfragen (Art. 101 VerfO-EuGH). Prozessgeschichte und Rechtsansichten der Parteien sind in der Regel obsolet, zumal die Parteien dem EuGH ohnehin eigene Stellungnahmen übermitteln können (Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung).

Wichtig ist, das einschlägige nationale Recht möglichst richtig und zugleich auf seine unionsrechtlichen Implikationen beschränkt darzustellen. Dazu gehört auch die Wiedergabe einschlägiger Normen im Wortlaut, doch sind zur besseren Lesbarkeit die irrelevanten Teile langer Normen auszuklammern. Bei der Erläuterung des nationalen Rechtsrahmens sind Besonderheiten, die sich einem juristisch gebildeten, aber mit der konkreten Rechtsordnung nicht vertrauten Betrachter nicht auf Anhieb erschließen, kurz zu erläutern. Um Irrtümer über das nationale Recht zu vermeiden, sind zwar selten lehrbuchartige Ausführungen notwendig, doch können ein paar Hintergründe zu Mechanismen des nationalen Rechts für ihre unionsrechtliche Rechtfertigung wichtig werden. Nationale Meinungsstreits sind nicht wiederzugeben, sondern nur die einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung und ggf. die vom Gericht für vorzugswürdig gehaltene Literaturansicht.

3. Vorlagefragen und Entscheidungserheblichkeit

Die Vorlagefragen sind nur insoweit rechtlich zu erörtern, dass ihr Bezug zum Ausgangsverfahren einerseits und dem Unionsrecht andererseits deutlich wird. Die für maßgeblich erachteten Unionsrechtsvorschriften sind nur zu benennen, nicht wörtlich wiederzugeben (*iura novit curia*). Welches Unionsrecht für die Beantwortung der Vorlagefragen einschlägig ist, entscheidet der Gerichtshof unabhängig von den „Vorschlägen“ in der Vorlageentscheidung, selbst wenn das vorlegende Gericht seine Fragen auf die Auslegung einer bestimmten Norm beschränkt hat⁷⁷. So kann aus einer vermeintlichen Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit eine Prüfung der Warenverkehrsfreiheit werden⁷⁸ und wenn Teilzeitbeschäftigte für eine Altersrente längere Beitragszeiten zurücklegen müssen als Vollzeitbeschäftigte, entwirrt der EuGH die denkbaren Prüfungsmaßstäbe von Amts wegen⁷⁹.

Die Darstellung der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung (vorzugsweise aus jüngerer Zeit) kann knapp ausfallen, weil der unionsrechtliche Status quo ohnehin meist noch vom Generalanwalt aufbereitet wird. Es genügt darzustellen, inwiefern die bisherige Unionsrechtslage keine zweifelsfreie Entscheidung im Ausgangsverfahren ermöglicht. Unzulässigkeit droht freilich selbst dann nicht, wenn der EuGH der Meinung sein sollte, dass er dafür bereits alles Erforderliche gesagt habe

– dann sagt er es schlicht noch einmal⁸⁰. Das kann dem vorlegenden Instanzgericht das nötige Autoritätsargument geben, um unionsrechtswidrige obergerichtliche Rechtsprechung zu überwinden.

Nach alledem wird es dem vorlegenden Gericht selten schwerfallen, einer bestimmten Antwort auf seine Fragen das Wort zu reden. Notwendig ist das aber nicht⁸¹. Ungleich wichtiger ist es, die Entscheidungserheblichkeit jeder Vorlagefrage (einschl. Folgefragen) gesondert zu begründen, indem die unterschiedlichen Folgen einer bejahenden und verneinenden Antwort für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens jeweils kurz benannt werden. Lassen sich solche Unterschiede nicht benennen, ist die Vorlagefragen offenbar hypothetisch und damit unzulässig⁸². Mangels Entscheidungserheblichkeit erhört der EuGH auch regelmäßig nicht die Bitte um obiter dicta, wobei hinzukommt, dass aus Sicht der EuGH-Richter jede über den Einzelfall hinausreichende Stellungnahme die weitere Rechtsprechung des ganzen Gerichtshofs unnötig determiniert⁸³.

V. Umsetzung der EuGH-Entscheidung

1. Anwendung des verbindlich geklärten Unionsrechts

Urteile des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren binden das vorlegende Gericht hinsichtlich der Auslegung bzw. Gültigkeit des in Rede stehenden Unionsrechts bei der Entscheidung des Ausgangsverfahrens⁸⁴. Das Gericht muss „selbst alles Erforderliche tun“, damit die vom EuGH getroffene Auslegung des Unionsrechts umgesetzt wird⁸⁵. Deswegen muss gegebenenfalls von nationaler unionsrechtswidriger Rechtsprechung gleich welcher Instanz abgewichen werden⁸⁶.

Wenn das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, heißt das nicht automatisch, dass sie unangewendet zu bleiben hat⁸⁷. Unionsrechtswidrig ist meist nur ein Teilaspekt einer nationalen Regelung. Das führt in Diskriminierungsfällen zur scheinbar automatischen Anpassung „nach oben“, weil etwa bei einer altersdiskriminierenden Urlaubsstafel nur die Altersdiskriminierung und nicht der über das gesetzliche Minimum hinausreichende Mehrurlaub zu streichen ist.

2. Anwendung des übrigen Unionsrechts – Vertrauensschutz

Das nationale Gericht hat bei seiner Entscheidung des Ausgangsverfahrens das *gesamte* Unionsrecht anzuwenden, auch wenn der EuGH dazu nichts gesagt hat. Weil erst beim nationalen Gericht alle Fäden zusammenlaufen, stellen sich regel-

77 EuGH v. 26.9.2013, Rs. C-476/11 (HK Danmark), EuZW 2013, 951 Rn. 56.

78 EuGH (Gr. Kammer) v. 21.6.2016, Rs. C-15/15 (New Valmar), juris Rn. 29 ff.

79 EuGH v. 22.11.2012, Rs. C-385/11 (Elbal Moreno), ZESAR 2013, 85 Rn. 19 ff.

80 Vgl. oben I. 2. a).

81 EuGH-Empfehlungen, ABl. C 2012, S. 338, Nr. 24.

82 Dazu oben II. 3.

83 Latzel in Clavara/Garber (Hg.), Das Vorabentscheidungsverfahren in der Zivilgerichtsbarkeit (2014), S. 73, 80 f.

84 EuGH v. 5.10.2010, Rs. C-173/09 (Elchinov), ZESAR 2011, 482 Rn. 29; EuGH (Gr. Kammer) v. 5.4.2016, Rs. C-689/13 (PFE), EuZW 2016, 431 Rn. 38.

85 EuGH (Gr. Kammer) v. 5.4.2016, Rs. C-689/13 (PFE), EuZW 2016, 431 Rn. 42.

86 EuGH v. 5.10.2010, Rs. C-173/09 (Elchinov), ZESAR 2011, 482 Rn. 30; EuGH (Gr. Kammer) v. 5.4.2016, Rs. C-689/13 (PFE), EuZW 2016, 431 Rn. 38.

87 Zur unionsrechtskonformen Auslegung oben I. 1. a).

mäßig hier Fragen nach Grundrechten und Vertrauensschutz. Soweit damit verbundene Unklarheiten nicht bereits im Vorlagebeschluss, am besten als eigenständige Folgefrage angesprochen wurden⁸⁸, ist eine abermalige Vorlage ratsam.

Insbesondere der Vertrauensschutz ist eine ständige Baustelle⁸⁹. So hat der EuGH den nationalen Gerichten jüngst den Weg verbaut, aufgrund des unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit eine nationale unionsrechtswidrige Rechtspraxis für die Vergangenheit bestehen zu lassen⁹⁰: „Die Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes [...] liefe nämlich in Wirklichkeit darauf hinaus, die zeitlichen Wirkungen der vom EuGH vorgenommenen Auslegung zu begrenzen, da diese Auslegung dann im Ausgangsverfahren keine Anwendung fände“⁹¹. Das umschreibt ziemlich gut Sinn und Zweck von Vertrauensschutz, wie ihn der EuGH selbst bei anderen Gelegenheiten betont hat⁹², scheint aber den nationalen Gerichten nach Luxemburger Geschmack zu viel Macht zugeben. Sie sollen selbst dann nicht das Vertrauen in unionsrechtswidriges nationales Recht schützen dürfen, wenn sonst unionsrechtliche Schadensersatzansprüche drohen⁹³. Ob „dulde und liquidiere“ angesichts des faktisch nie gegebenen

„hinreichend qualifizierten“ Unionsrechtsverstoßes⁹⁴ nicht den unionsrechtlichen Vertrauensschutz ausschaltet oder der EuGH nur prospektiven und retrospektiven Vertrauensschutz vermengt hat⁹⁵, bedarf dringender Klärung durch weitere Vorlagen.

VI. Fazit

Die Vorlagelethargie deutscher Arbeitsgerichte ist nicht nur rechtswidrig, sondern auch wirtschaftsschädlich. Wenige unionsrechtlich determinierte Rechtsfragen sind vom EuGH so weit geklärt, dass sie keiner weiteren Klärung bedürfen. Viele Fragen sind nur teilweise oder noch gar nicht geklärt. Wer hier *CILFIT* zitiert und „durchentscheidet“, schürt nur Rechtsunsicherheit und verpasst *die* Gelegenheit, die Rechtsprechung des EuGH mit zu prägen, statt sich von ihr widerwillig treiben zu lassen. Dabei ist es ein Leichtes, den EuGH nach der für das Ausgangsverfahren richtigen Unionsrechtsauslegung zu fragen, und eine Antwort ist innerhalb von 15 Monaten zu erwarten.

88 Dazu oben III. 2. b).

89 Vgl. Sagan, NZA 2015, 341 (343 f.).

90 EuGH (Gr. Kammer) v. 19. 4. 2016, Rs. C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 38; a. A. Latzel, EuR 2015, 415 (431 ff.); Sagan, NZA 2015, 341 (343 f.).

91 EuGH (Gr. Kammer) v. 19. 4. 2016, Rs. C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 39.

92 Latzel, EuR 2015, 415 (426 ff.).

93 EuGH (Gr. Kammer) v. 19. 4. 2016, Rs. C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 42.

94 EuGH (Gr. Kammer) v. 13. 3. 2007, Rs. C-524/04 (Thin Cap Group), RfW 2007, 469 Rn. 118; vgl. BGH v. 18. 10. 2012 – III ZR 196/11, EuZW 2013, 194 (Rn. 15 ff.).

95 Dafür spricht zumindest EuGH (Gr. Kammer) v. 19. 4. 2016, Rs. C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 38: Keine Legitimation um „weiterhin“ unionsrechtswidriges nationales Recht anzuwenden.