

Das Vorabentscheidungsverfahren in der Zivilgerichtsbarkeit

**4. Österreichische Assistententagung zum
Zivil- und Zivilverfahrensrecht der
Karl-Franzens-Universität Graz**

herausgegeben von

Lecturer Mag. Selena Clavora

und

Ass.-Prof. Mag. Dr. Thomas Garber

Karl-Franzens-Universität Graz
Institut für Österreichisches und Internationales
Zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht



R E C H T

Wien · Graz 2014

Vorabentscheidungsverfahren und prozedurale Voraussetzungen richterrechtlicher Systembildung

Inhaltsübersicht

I.	Systembildung durch den EuGH.....	74
A.	Vorabentscheidungsersuchen und Systembildung?.....	74
B.	Systembildungsversuche des EuGH	75
1.	Richterrecht im Urlaubsrecht.....	75
2.	Richterrecht zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	77
II.	Zweck richterrechtlicher Systembildung.....	78
A.	Systembildung und Legal Judgement.....	79
B.	Systembildung aus Sicht der Richter.....	80
III.	Systembildung durch Vorabentscheidungen.....	81
A.	Abhängigkeit von Vorlagen.....	81
1.	Vorlage-Lethargie.....	82
2.	Selektive und zufällige Fallauswahl.....	84
3.	Zu wenig Sachverhalt.....	86
4.	Rücknahme von Vorlagen	86
B.	Bearbeitung von Vorabentscheidungsersuchen am EuGH	88
1.	Spruchkörper im Vorabentscheidungsverfahren	88
2.	Geschäftsverteilung am EuGH	88
3.	Rotationsverfahren.....	91
4.	Große Kammer als beschränkte Kohärenzhilfe.....	92
IV.	Systembildungspotentiale	92
A.	Systembildung durch Spezialisierung.....	93
1.	Kontinuität und Spezialisierung	93
2.	Spezialisierungsmöglichkeiten am EuGH.....	93
a.	Fachgerichte	94
b.	Übertragung von Vorabentscheidungen an das EuG.....	94
c.	Bessere Systembildung durch Fachkammern.....	95
B.	Systembildung durch Diskurs	97
1.	Diskurs mit anderen Gerichten	97
a.	Diskurs mit vorlegenden Gerichten	97
b.	Diskurs mit nicht-vorlegenden Gerichten	98

2. Diskurs mit der Wissenschaft	99
3. Diskurs mit Generalanwälten	99
V. Fazit	100

I. Systembildung durch den EuGH

A. Vorabentscheidungsersuchen und Systembildung?

Gemeinhin wird das Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV als Instrument gesehen, um die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sicherzustellen¹ – jedenfalls sei es insofern von zentraler Bedeutung². Zweifelsohne sorgt das Vorabentscheidungsverfahren insofern für *einheitliche* Rechtsprechung, als ein Gericht *allein* verbindlich über die Auslegung des Unionsrechts entscheidet, weil seine Entscheidungen für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten.

Eine andere Frage ist, ob das Vorabentscheidungsverfahren – als *die* rechtsprechungsprägende Verfahrensart am EuGH³ – auch für eine kohärente, schlüssige, systematische Auslegung des Unionsrechts sorgt, ob also die EuGH-Richter bei ihren Entscheidungen über die ihnen von nationalen Gerichten vorgelegten Fragen auf Systembildung achten. Die Frage nach richterrechtlicher Systembildung stellt sich sowohl bei der Auslegung des primären wie des sekundären Unionsrechts⁴ – die gelegentliche Differenzierung in Verfassungs- und Fachgerichtsrechtsprechung des EuGH⁵ spielt insofern keine Rolle.

Oft ist der Vorwurf zu vernehmen, die Rechtsprechung des EuGH sei willkürlich, zufällig, schlicht „pointillistische Rechtsangleichung ohne System und Konzept“⁶. Gerade der Jurist kontinentaleuropäischer Prägung vermisst bisweilen ein inneres System in der Rechtsprechung des EUGH bzw. sucht danach und findet es nicht. Es gilt zu untersuchen, inwiefern das Vorabentscheidungsverfahren *formell* dazu beitragen kann, dass die EuGH-Rechtsprechung *materiell* systematischer wird.

1 W. Schroeder, Grundkurs Europarecht³ (2013), § 9 Rn 72, der auch auf die individuelle Rechtschutzkomponente hinweist; ebenso Niestedt in Gsell/Hau (Hrsg), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), 11 (16); Hess in Gsell/Hau (Hrsg), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), 181 (186 f).

2 Herdegen, Europarecht¹⁶ (2014), § 9 Rn 25.

3 Rund 64 % der 2013 beim EuGH neu eingegangenen Rechtssachen waren Vorabentscheidungsersuchen, EuGH-Jahresbericht 2013, Tabelle D2. (abrufbar unter: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/de_version_provisoire_web.pdf [16.5.2014]).

4 Für prinzipielle Methodenkongruenz im Primär- und Sekundärrecht: Herresthal in Arnold (Hrsg), Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts (2014), 49 (62 ff).

5 G. Hager, Rechtsmethoden in Europa (2009), 250.

6 Junker, Der EuGH im Arbeitsrecht - Die schwarze Serie geht weiter, NJW 1994, 2527 (2528).

B. Systembildungsversuche des EuGH

Eines systembildenden Richterrechts bedarf es vor allem in denjenigen Rechtsgebieten, in denen das Unionsrecht große praktische Bedeutung entfaltet, also vielfach angewandt wird. Das trifft neben dem Gesellschaftsrecht etwa auch auf das europäische Arbeitsrecht zu⁷, das beginnend mit Bestrebungen zur Gleichstellung von Mann und Frau alsbald den grenzüberschreitenden Wanderarbeitnehmer zum Prototypen des Unionsbürgers erkor und damit begann, die rechtlichen Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten abzuschleifen. Heute spielt im Bereich des Zivilrechts auch der Verbraucherschutz eine große Rolle⁸.

1. Richterrecht im Urlaubsrecht

Systematische Defizite lassen sich in der Rechtsprechung vor allem dort ausmachen, wo der EuGH mit wenig geschriebenem Recht auskommen muss, wie etwa im Urlaubsrecht. Aus einem einzigen Artikel der Arbeitszeitrichtlinie (Art 7 RL 2003/88/EG) muss hier der Gerichtshof, getrieben von vielen Vorabentscheidungsersuchen vornehmlich deutscher Instanzgerichte⁹, ein gesamtes Teilrechtsgebiet ausdifferenzieren – und lässt dabei kaum systembildende Ansätze erkennen. Wiederkehrend sind nur programmsatzartige Phrasen, wie dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ein „besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union“ sei, der nicht restriktiv ausgelegt werden dürfe¹⁰. Immerhin hat sich der Gerichtshof zu der Aussage hinreißen lassen, „dass die Inanspruchnahme des Jahresurlaubs zu einer späteren Zeit als dem Bezugszeitraum in keiner Beziehung zu der in dieser späteren Zeit vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitszeit steht“¹¹. Das ist freilich keine Rechtsprechungslinie, mit der die nationalen Gerichte alltägliche Detailfragen des Urlaubsrechts lösen können, ohne abermals den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen¹².

Dem EuGH selbst scheinen indes mehr dogmatische Leitsätze bekannt zu sein, als er in seinen Vorabentscheidungen offenbart. Das würde zu-

7 Vgl. *Hakenberg*, Vorabentscheidungsverfahren und europäisches Privatrecht, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (369).

8 *Hakenberg*, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (370 f.).

9 Auf Vorlage des LAG Düsseldorf: EuGH 20.1.2009 – C-350/06, C-520/06 (*Schultz-Hoff*) – NJW 2009, 495; auf Vorlage des ArbG Wuppertal: EuGH 7.4.2011 – C-519/09 (*May*) – Slg 2011, I-2761; auf Vorlage des LAG Hamm: EuGH 22.11.2011 – C-214/10 (*KHS*) – NJW 2012, 290; auf Vorlage des VG Frankfurt aM: EuGH 3.5.2012 – C-337/10 (*Neidel*) – NVwZ 2012, 688; auf Vorlage des ArbG Passau: EuGH 8.11.2012 – C-229/11, C-230/11 (*Heimann*) – NZA 2012, 1273; auf Vorlage des ArbG Nienburg: EuGH 13.6.2013 – C-415/12 (*Brandes*) – NZA 2013, 775.

10 Nur EuGH 22.4.2010 – C-486/08 (*Tirol*) – NZA 2010, 557 (Rn 28 f) mit Nachweisen zur ständigen Rechtsprechung.

11 EuGH 22.4.2010 – C-486/08 (*Tirol*) – NZA 2010, 557 (Rn 32); EuGH 13.6.2013 – C-415/12 (*Brandes*) – NZA 2013, 775 (Rn 30).

12 Etwa zum Schicksal von Urlaubsansprüchen beim Wechsel von Voll- in Teilzeit (und umgekehrt): *Latzel*, Urlaub von Teilzeitbeschäftigten, *EuZA* 2014, 80 ff.

mindest erklären, warum der Gerichtshof seine allgemeinen Programmsätze in *ständiger*, damit aber keineswegs klarerer Rechtsprechung wiederholt¹³ und dann der Schluss auf die Lösung der Detailfrage gleichwohl unvermittelt, nicht selten quasi „aus heiterem Himmel“ folgt. Dieser Urteilsstil wird als apodiktisch und eher autoritär als argumentativ verstanden und der französischen Rechtstradition¹⁴ sowie dem Zwang zur gerichtshof-internen Konsensfindung¹⁵ zugeschrieben.

Dadurch entsteht freilich der Eindruck, die Antwort auf die vorgelegte Frage sei ja klar. Passend dazu verzichtet der Gerichtshof dann auch regelmäßig auf Schlussanträge der Generalanwälte, weil in seinen Augen offenbar die Rechtssachen keine neuen Fragen aufwerfen (Art 20 Abs 5 EuGH-Satzung). Das scheint ein genereller Trend zu sein¹⁶ wie auch der Anteil der Entscheidungen durch nur mit Gründen versehenen Beschluss zunimmt¹⁷, was sich auch im Urlaubsrecht zeigt¹⁸. Das bedeutet gemäß Art 99 EuGH-VerfO, dass die vorgelegten Fragen entweder mit einer Frage übereinstimmen, über die der Gerichtshof bereits entschieden hatte, oder die Antworten auf die Fragen klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden konnten oder die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen keinen Raum für vernünftige Zweifel ließ.

Die nationalen Gerichte schätzen freilich die Klarheit der Unionsrechtslage meist völlig anders ein und werden dadurch bestätigt, dass die Antworten des EuGH auf vermeintlich bereits beantwortete Fragen nicht selten für Verwunderung, Kopfschütteln und vor allem Rechtsunsicherheit sorgen, obwohl sie das Gegenteil bewirken sollen. Manche resignieren darüber und predigen „Nicht alles gehört nach Luxemburg“¹⁹; das ist freilich der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts abträglich.

13 Der Verweis auf die eigene Rechtsprechung ist die häufigste Argumentationsform des EuGH, *Dederichs*, Die Methodik des EuGH (2004), 22 ff, 37 ff.

14 *Ahlit* in *Gsell/Hau* (Hrsg), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), 31 (35); *Hopt*, Reform der europäischen Gerichtsbarkeit, *RabelsZ* 66 (2002), 589 (598); *Kaiser*, Entzweiung von europäischem und deutschem Arbeitsrecht - Abschied vom Systemdenken?, *NZA* 2000, 1144 (1147), unter Verweis auf *Everling*, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, *EuR* 1994, 127 (140) und *Buchner*, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Entwicklung des Arbeitsrechts, *ZfA* 1993, 279 (285).

15 *Ahlit* (Fn 14), 35; *Albers*, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, *VVDStRL* 2012, 257 (281).

16 2010 ergingen rund 50 %, 2011 rund 46 %, 2012 rund 53 % und 2013 rund 48% aller Urteile ohne Schlussanträge, vgl EuGH-Jahresbericht 2013 (Fn 3), 4, EuGH-Jahresbericht 2012 (abrufbar unter: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_98428/ [16.5.2014]), EuGH-Jahresbericht 2011 (abrufbar unter: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_88221/ [16.5.2014]), 11.

17 2010: 18,1 %, 2011: 18,4 %, 2012: 22,4 %, 2013: 20,8%, EuGH-Jahresbericht 2013 (Fn 3), Tabelle D8.

18 EuGH 13.6.2013 – C-415/12 (*Brandes*) – *NZA* 2013, 775 (Rn 22 f); ohne Schlussanträge ergingen etwa EuGH 22.4.2010 – C-486/08 (*Tirol*) – *NZA* 2010, 557 und EuGH 8.11.2012 – C-229/11, C-230/11 (*Heimann*) – *NZA* 2012, 1273.

19 *Thüsing*, *BB* 2006, Heft 23, Die erste Seite; *ders*, *BB* 2007, Heft 25, Die erste Seite.

2. Richterrecht zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Auch wer auf grundlegende Fragen zum *Primärrecht* eine systematische Antwort in der Rechtsprechung des EuGH sucht, die plausible Lösungen im Einzelfall ohne Vorlage ermöglicht, kann enttäuscht werden: So harren etwa die Unionsgrundrechte einer richterrechtlichen Dogmatik über apodiktische Randbemerkungen hinaus²⁰. Und wann eine grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit hinreichend unattraktiv gemacht wird, sodass die Grundfreiheiten aktiviert werden, lässt sich nach wie vor *ex ante* kaum beantworten. Immerhin veranschaulicht die dazugehörige Rechtsprechungslinie von *Dassonville* bis *Keck*, wie der EuGH von Fall zu Fall systembildend tätig wird und seine Präjudizien weiterentwickelt:

- Erst wurde die *Dassonville*-Formel aufgestellt²¹, wonach jede nationale Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellt (Art 34 AEUV)²². Mit diesem unpräzisen und weiten Maßstab²³ hat der EuGH die Warenverkehrsfreiheit zunächst zum *umfassenden* Verbot jeglicher Handelsbeschränkungen gemacht²⁴.
- Die erste Einschränkung kam mit der Rechtssache *Cassis de Dijon*²⁵. Danach sind unterschiedslos auf in- wie ausländische Produkte anwendbare Handelsbeschränkungen *gerechtfertigt*, soweit sie „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“²⁶.
- Schließlich wurden mit der *Keck*-Formel solche Beschränkungen aus dem Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit ganz ausgenommen, die keinen hinreichenden Bezug zum *Marktzugang* aufweisen²⁷.

Doch auch wenn dieser Lehrbuch-Klassiker gern als Beispiel für gelungene Systembildung beim EuGH angeführt wird²⁸, kann das nicht darüber hinwegtäuschen, dass systematische Grundüberlegungen und Folgenabschätzung in der *Dassonville*-Entscheidung fehlten und es gut 19 Jahre brauchte, um die damit gerufenen Geister wieder in halbwegs geordnete Bahnen zu lenken. Gerade der vermeintliche „Schlusspunkt“, die *Keck*-Entscheidung, hat sich mit ihrer Differenzierung zwischen Verkaufs- und Produktmodalitäten schnell als unpraktisch entpuppt²⁹. In der Folge hat

20 Kingreen, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801 (809), unter Verweis auf EuGH 9.11.2010 – C-92/09 (*Schecke*) – EuZW 2010, 939 (Rn 81 ff).

21 EuGH 11.7.1974 – 8/74 (*Dassonville*) – NJW 1975, 515.

22 Dazu Leible/T. Streinz in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Recht der Europäischen Union, 42. EL (9/2010), Art 34 AEUV Rn 60 ff.

23 Leible/T. Streinz (Fn 22), 42. EL (9/2010), Art 34 AEUV Rn 60.

24 G. Hager (Fn 5), 255.

25 EuGH 20.2.1979 – 120/78 (*Cassis de Dijon*) – NJW 1979, 1766.

26 EuGH 20.2.1979 – 120/78 (*Cassis de Dijon*) – NJW 1979, 1766 (Rn 8); dazu Leible/T. Streinz (Fn 22), 42. EL (9/2010), Art 34 AEUV Rn 67 ff.

27 EuGH 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91 (*Keck, Mithouard*) – NJW 1994, 121; dazu Leible/T. Streinz (Fn 22), 42. EL (9/2010), Art 34 AEUV Rn 72 ff.

28 G. Hager (Fn 5), 254 ff.

29 Leible/T. Streinz (Fn 22), 42. EL (9/2010), Art 34 AEUV Rn 80 ff.

der Gerichtshof zwar verschiedene Ansätze verfolgt, um für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten eine Erheblichkeitsschwelle aufzustellen³⁰, doch schließlich hat der EuGH seine dogmatischen Bemühungen mit dem Diktum von den *sonstigen* Marktzugangsbehinderungen³¹ offenbar aufgegeben³².

II. Zweck richterrechtlicher Systembildung

Hinter „Systembildung“ verbirgt sich die Sehnsucht nach einer übergeordneten Systematik, in die sich die meisten, am besten *alle* Fälle einordnen lassen und die damit auch die Lösung neuer, noch nicht vom EuGH entschiedener Konstellationen ermöglicht. Systembildung will schlicht, dem Gebot der Gerechtigkeit folgend, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln – Folgerichtigkeit nach übergeordneten Prinzipien ist das Ziel³³. Schon *Immanuel Kant* sah in einem „System“ die „Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee“³⁴. Ein Rechtssystem wirkt gerade dann sinnstiftend, wenn „sich seine Grundprinzipien wechselseitig ergänzen und beschränken“³⁵.

Es geht also um holistische³⁶ Systembildung³⁷, bei der die einzelnen Entscheidungen des EuGH idealerweise Elemente eines übergeordneten Systems in einem Rechtsgebiet bilden und Produkt der von diesem System vorgegebenen Strukturen sind. Das *geschriebene* Unionsrecht kann gerade im Bereich des Zivilrechts das übergeordnete System nicht vollständig abbilden, wirft doch das Leben fortwährend neue Fragen auf, die der Rechtsetzer nicht bedenken konnte und auf die er nicht rechtzeitig – nämlich zur Lösung des konkreten Falles – eine Antwort geben kann.

Die Tatsache, dass das Unionsrecht infolge des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung notwendig fragmentarisch ist und daher schon aus materiellen Gründen eher „strukturelle Eindimensionalität“³⁸ als tiefgreifende Systemerwägungen die Rechtsprechung prägen, verfängt insofern nicht. Auch in kleinen Rechtsräumen, wie sie Richtlinien oder Verordnungen umreißen, kann systematische Rechtsauslegung betrieben werden³⁹.

30 Eingehend *Thomas*, Die Relevanzregel in der europäischen Grundfreiheiten-dogmatik - Zur Frage eines Spürbarkeitserfordernisses bei der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten, NVwZ 2009, 1202 ff.

31 EuGH 10.2.2009 – C-110/05 (*Kommission/Italien*) – EuZW 2009, 173 (Rn 37); EuGH 26.4.2012 – C-456/10 (*ANETT*) – EuZW 2012, 508 (Rn 35).

32 Anders die Literatur: *Leible/T. Streinz* (Fn 22), 42. EL (9/2010), Art 34 AEUV Rn 83 f; eingehend *Dietz/T. Streinz*, Das Marktzugangskriterium im System der Grundfreiheiten (Aufsatz im Erscheinen).

33 *C. Wolf*, JA 9/2011, 1 (Editorial); eingehend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983).

34 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (1781), 832.

35 *Kaiser*, NZA 2000, 1144 (1148 f).

36 Griech. ὅλος *holos* „ganz“.

37 Ebenso für die Bildung völkerrechtlicher Grundsätze: *Gärditz*, Ungeschriebenes Völkerrecht durch Systembildung, AVR 45 (2007), 1 (31 f).

38 *Kaiser*, NZA 2000, 1144 (1149), unter Verweis auf *Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109 (117).

39 *Herresthal* (Fn 4), 68 f; relativierend *ders* (Fn 4), 75 f.

A. Systembildung und Legal Judgement

Systembildung entlastet als dogmatische Auslegungshilfe die Rechtsanwendung, „indem sie Rationalität und Transparenz im Rahmen der Rechtskenntnis herstellt“⁴⁰. Sind die Prinzipien bekannt, ist Detailkenntnis entbehrlich (das weiß jeder Jura-Student zu schätzen⁴¹) und es können auch Fälle gelöst werden, die noch von keinem Gericht entschieden wurden – und im Idealfall auch nie entschieden werden zu brauchen, weil das System nicht nur bekannt, sondern auch *überzeugend* ist. Das setzt freilich eine objektive und nachvollziehbare Rechtsgewinnung durch den EuGH voraus⁴². Mit Systembildung wird auch der rechtspolitische Wunsch verbunden, der (legislative wie judikative) Rechtsetzer möge die Binnenrationalität eines Rechtsgebietes erkennen und sich davon leiten lassen⁴³.

Das Ziel wurde im kontinentaleuropäischen Zivilrecht seit jeher verfolgt, droht aber durch die Europäisierung insofern konterkariert zu werden, als die Rechtsprechung des EuGH weit hinter dem Differenzierungs- und Komplexitätsniveau der nationalen Zivilrechtssysteme zurückbleibt⁴⁴. Zum Zwecke kohärenter Rechtserkenntnis und -fortentwicklung kann indes gerade eine Mischung aus Gesetzesrecht und Richterrecht, wie sie dem Unionsrecht eigen ist, an irgendeiner Form systematischen Zugriffs nicht vorübergehen⁴⁵. Dabei bilden Leitmaximen wie *effet utile* oder das Verhältnismäßigkeitsgebot allenfalls *Prämissen* richterrechtlicher Systembildung, denn:

„Der judikative Rückgriff auf hochabstrakte, nicht näher ausdifferenzierte Rechtsprinzipien im Zuge der judikativen Rechtsgewinnung ist [...] mit einer geringen Vorhersehbarkeit der Rechtsgewinnung und der korrespondierend hohen Rechtsunsicherheit verbunden“⁴⁶.

Je mehr sich nationale Gerichte – unter Provokation und Motivation der Rechtswissenschaft – vom nationalen Tellerrand lösen, desto häufiger ersuchen sie den EuGH um Vorabentscheidung. Es bildet sich *case law* und der Dogmatiker versucht, die Luxemburger Rechtsprechung zu abstrahieren und zu systematisieren. Er sucht nach Prinzipien, mithilfe derer nicht nur das geschriebene Unionsrecht, sondern auch die dazugehörige Rechtsprechung des EuGH plausibel erklärt werden kann.

Der tiefere Grund für die Suche nach dem übergeordneten System, das vieles – wenn nicht gar *alles* – erklärt, ist also schlicht die Sehnsucht nach Rechtssicherheit. Denn nur durch Systembildung werden Gerichts-

40 Gärditz, AVR 45 (2007), 1.

41 Zutreffend C. Wolf, JA 9/2011, I (Editorial): „Jura, welches uns zwingt, nur noch Fakten auswendig zu lernen, ohne ein System erkennen zu können, verstößt nicht nur gegen die Gerechtigkeitsidee, es macht auch keinen Spaß mehr“.

42 Herresthal (Fn 4), 53; für das Verhältnis von Grundfreiheiten und -rechten: Kahl/Schwind, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre, EuR 2014, 170 ff.

43 Gärditz, AVR 45 (2007), 1.

44 C. Wolf, JA 9/2011, I (Editorial).

45 Herresthal (Fn 4), 68; Gsell, Zivilrechtsanwendung im europäischen Mehrebenensystem, AcP 214 (2014), 99 (113); ebenso für die Systembildung im ungeschriebenen Völkerrecht: Gärditz, AVR 45 (2007), 1.

46 Herresthal (Fn 4), 71.

entscheidungen vorhersehbar und Rechtsunsicherheiten im Sinne eines *Legal Judgement* kalkulierbar⁴⁷. Freilich wird es immer „Überraschungsentscheidungen“ geben, weil neue Meilensteine („Paukenschläge“) gerade bei der Auslegung neuen Unionsrechts notwendig gesetzt werden müssen. Dass diese bisweilen als „Eingriffe“ des EuGH in das „gewachsene deutsche Recht“ begriffen werden⁴⁸, ist unvermeidbare Begleiterscheinung schrittweiser Integration. Generell muss eine systembildende Rechtsprechung aber an *Konkretisierungen* allgemeiner Prinzipien anknüpfen bzw. solche Konkretisierungen zunächst schaffen, denn der unmittelbare Rückgriff auf sehr abstrakte Prinzipien hat allenfalls geringes argumentatives Gewicht⁴⁹.

B. Systembildung aus Sicht der Richter

Auch wenn die EuGH-Richter aus unterschiedlichen Rechtstraditionen stammen, sollten ihnen die Vorteile einer dogmatischen Systembildung einleuchten, erleichtert sie doch die Entscheidungsfindung, wenn sich Vorlagefragen nach systematischen Gesichtspunkten einordnen und beantworten lassen. Letztlich trägt richterrechtliche Systembildung zur Entlastung des EuGH bei, wenn nationale Gerichte nicht jeden Einzelfall vorlegen müssen, sondern selbständig nach der Dogmatik des EuGH lösen können.

Freilich gibt es nicht *den* EuGH, seit der Grundsatz der Plenarentscheidung zugunsten einer Gliederung in Kammern mit dem Vertrag von Nizza offiziell aufgegeben wurde⁵⁰. Um keine Präjudizien zu schaffen, die das ganze Gericht nach dem Grundsatz *stare decisis* binden, ist es verständlich, wenn über den Einzelfall hinausreichende Systemerwägungen beim Abfassen der Urteile vermieden werden, wie auch der deutsche EuGH-Richter *Thomas von Danwitz* unumwunden zugibt:

„Wir bemühen uns, einen vermittelnden Rechtsstandpunkt zu finden, mit dem möglichst viele Mitgliedstaaten regelmäßig gut leben können. Das geht manchmal vielleicht auf Kosten der dogmatischen Geradlinigkeit, die vielleicht eine ‚radikalere‘ Entscheidung verlan-

47 Zur Legal Judgement Rule instruktiv *Bicker*, Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, 8 (10 f); eingehend *Buck-Heeb*, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, BB 2013, 2247 ff; *Bürkle*, Aufsichtsrechtliches Legal Judgment: Sachlicher Anwendungsbereich und prozedurale Voraussetzungen, VersR 2013, 792 (793 ff).

48 *Kaiser*, NZA 2000, 1144.

49 *Herresthal* (Fn 4), 71.

50 *Karpenstein* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, 51. EL (9/2013), Art 251 AEUV Rn 7. In der Praxis wurden aber bereits zuvor kaum noch Entscheidungen vom Plenum gefällt (bereits 1997 entschied das Plenum weniger als 10 % der Fälle, Rechtsprechungsstatistik des Gerichtshofes 1997, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-10/st97cr_2008-10-10_14-24-42_699.pdf [16.5.2014], 6); dazu: *Puttler*, Binnendifferenzierung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und das Recht auf den gesetzlichen Richter, EuR 2008, Beiheft 3, 133 (134 ff); kritisch zur Abkehr vom Plenarentscheidungsgrundsatz *Rasmussen* in *Haltern/Bergmann* (Hrsg), der EuGH in der Kritik (2012), 113 (169 ff).

gen würde. Aus demselben Grund versuchen wir auch, nicht mehr zu entscheiden, als jeweils nötig ist. Gerade Rechtsgelehrte sind davon bisweilen enttäuscht, weil sie sich ein Grundsatzurteil erhofft hätten. Wir folgen da aber tendenziell einer Philosophie der kleinen Schritte, sehen uns erst einmal an, wie unsere Entscheidungen aufgefasst und umgesetzt werden und klären weitere Fragen, sofern nötig, in einem folgenden Verfahren“⁵¹.

Indes kann sich auch der EuGH nicht ganz auf die bloße Entscheidung von Einzelfällen zurückziehen, weil jede Entscheidung zugleich auch ein Präjudiz bildet und deshalb jede Fallentscheidung von vornherein – bei gehöriger Folgenabschätzung – auch in den Kontext anderer Fallgestaltungen gestellt werden muss⁵². Im Idealfall wenden sich Urteilsgründe „in der Tendenz der verallgemeinernden Rechtsbildung für künftige Fälle zu. Sie sind in besonderer Weise janusköpfig, weil sie zugleich rechtfertigend auf die getroffene Entscheidung zurückblicken und bereits ähnliche Konstellationen in der Zukunft mitbedenken müssen“⁵³. *Distinguishing* und *overruling* spielen deshalb bei einer Systembildung kontinentaleuropäischer Tradition allenfalls eine untergeordnete Rolle⁵⁴.

III. Systembildung durch Vorabentscheidungen

Das Vorabentscheidungsverfahren trägt selbst mit Schuld, dass sich gerade im Zivilrecht eine einheitliche, richterrechtliche Systematik nur schwer herausbildet⁵⁵. Von den möglichen Ursachen seien hier zwei näher beleuchtet: Zum einen die Abhängigkeit des EuGH von den Vorlagen (dazu A.) und zum anderen die Geschäftsverteilung am EuGH in Vorabentscheidungsverfahren (dazu B.).

A. Abhängigkeit von Vorlagen

Der EuGH kann nur über Fragen entscheiden, die ihm von den Gerichten der Mitgliedstaaten vorgelegt werden. Im Unterschied zu externen Abgabepflichten und Vorlagerechten, die aus nationalen Prozessordnungen zum Zwecke der Vereinheitlichung der nationalen Rechtsordnung bekannt sind⁵⁶, sind Vorabentscheidungsersuchen nicht auf Fälle divergierender oder umzubildender Rechtsprechung beschränkt. Der EuGH kann prinzipiell voraussetzungslos von jedem nationalen Gericht gleich welchen Ranges mit Fragen zur *Gültigkeit* und vor allem zur *Auslegung* des Unions-

51 Von Danwitz, Richter am EuGH: Ein (fast) unerreichbares Amt, Legal Tribune Online, 25.11.2013, abrufbar unter: www.lto.de/persistent/a_id/10149 [16.5.2014].

52 Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 2012, 296 (305 mit Fn 23); Gsell, AcP 214 (2014), 99 (126).

53 Schönberger, VVDStRL 2012, 296 (306).

54 Schönberger, VVDStRL 2012, 296 (317).

55 Ebenso Hakenberg, RabelsZ 66 (2002), 367 (377).

56 Eingehend Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterrechtlicher Rechtsfortbildung (1995), 32 ff.

rechts angerufen werden. Auch wenn der EuGH eine Rechtsfrage – aus seiner Sicht – bereits entschieden hat, kann sie abermals an den Gerichtshof gerichtet werden⁵⁷. Nur die im Prozessrecht ausnahmslos geforderte Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage⁵⁸ ist auch Zulässigkeitskriterium beim EuGH. Freilich *vermutet* der Gerichtshof die Entscheidungserheblichkeit und weist Vorlagefragen nur selten als unzulässig ab⁵⁹.

1. Vorlage-Lethargie

Indes legen nationale Gerichte trotz unionsrechtlicher Prägung „ihres“ Rechtsbereichs dann nicht dem EuGH vor, wenn sie sich selbst für ausreichend kompetent halten, die Frage zu beantworten, insbesondere wenn die Frage schon vor Inkrafttreten unionsrechtlicher Vorgaben in einer bestimmten Weise von der nationalen Rechtsprechung und Literatur beantwortet wurde⁶⁰. Dass das überkommene nationale Rechtsverständnis keineswegs mit dem unionsrechtlichen übereinstimmen muss, spielt keine Rolle. Ebenso nicht die Maßgaben der *Acte-(e)claire*-Doktrin, auch wenn die insoweit maßgebliche CILFIT-Entscheidung des EuGH⁶¹ wohl von den nationalen Gerichten am häufigsten von allen EuGH-Entscheidungen zitiert wird⁶² – stets eine willkommene Referenz, um die eigene Vorlage-Lethargie⁶³ zu rechtfertigen⁶⁴. Der unverständige, ja bisweilen ignorante

57 Grundlegend EuGH 27.3.1963 – 28/62 (*Costa*) – JZ 1964, 226.

58 *Hergenröder* (Fn 56), 49 f.

59 *Latzel/T. Streinz*, Das richtige Vorabentscheidungsersuchen, NJOZ 2013, 97 (105 f).

60 *Hakenberg*, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (371); *Gsell*, *AcP* 214 (2014), 99 (131 f); betrüblich etwa *Bepler*, *Tarifverträge im Betriebsübergang*, *RdA* 2009, 65 (73 f); dagegen *Latzel*, *Unternehmerische Freiheit als Grenze des Arbeitnehmer-schutzes – vom Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang – Zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 18.7.2013 – Rs C-426/11 – Alemo-Herron u.a.*, *RdA* 2014, 110 (118).

61 EuGH 6.10.1982 – C-283/81 (*CILFIT*) – NJW 1983, 1257 (Rn 12 ff); dazu etwa *Calliess*, *Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes – Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?*, NJW 2013, 1905 (1906 f).

62 Aus jüngerer Zeit nur: BVerwG 19.12.2013 – 4 C 14/12 – juris (Rn 23), 20.6.2013 – 8 C 39/12 – juris (Rn 40), 16.5.2013 – 8 C 35/12 – juris (Rn 37), 16.5.2013 – 5 C 22/12 – NJW 2013, 2919 (Rn 28), 25.4.2013 – 3 C 1/12 – NVwZ-RR 2013, 937 (Rn 17), 10.1.2013 – 5 C 19/11 – NVwZ-RR 2013, 515 (Rn 25); BAG 15.10.2013 – 3 AZR 10/12 – juris (Rn 38 f), 17.9.2013 – 3 AZR 686/11 – juris (Rn 27), 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – juris (Rn 55), 28.5.2013 – 3 AZR 235/11 – juris (Rn 31 f), 16.5.2012 – 5 AZR 268/11 – NZA 2012, 974 (Rn 22), 20.4.2011 – 5 AZR 200/10 – NZA 2011, 917 (Rn 31), 27.1.2011 – 6 AZR 526/09 – NZA 2011, 1361 (Rn 56); BGH 16.5.2013 – II ZB 7/11 – NJW 2013, 2674 (Rn 47), 8.3.2012 – I ZR 124/10 – juris (Rn 41), 21.12.2011 – I ZR 190/10 – NJW 2012, 2276 (Rn 26), 17.8.2011 – I ZR 18/09 – juris (Rn 6), 5.5.2011 – I ZR 157/09 – juris (Rn 29), 18.11.2010 – I ZR 137/09 – NJW-RR 2011, 1130 (Rn 29); BSG 10.7.2012 – B 13 R 17/11 R – juris (Rn 43), 8.11.2011 – B 1 KR 20/10 R – juris (Rn 28); BFH 12.7.2011 – VII R 13/10 – juris (Rn 13), 1.4.2011 – XI B 75/10 – juris (Rn 18), 16.9.2010 – V R 57/09 – NVwZ 2011, 253 (Rn 56).

63 *Hakenberg*, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (372).

64 Ebenso *Niestedt* (Fn 1), 20 f.

Umgang der nationalen Gerichte mit unionsrechtlichen Vorgaben⁶⁵ und die damit einhergehende nationale Selbstgewissheit führten in der Vergangenheit sogar dazu, dass Vorlagefragen aus anderen Mitgliedstaaten unter Verweis auf die eigene Auffassung diskreditiert wurden⁶⁶.

Wie der Präsident des EuGH, *Vasilios Skouris*, betont, ist ohne unionsrechtsbewusste nationale Gerichte die volle Entfaltung des Unionsrechts gehemmt:

„Es ist daher kein Spiel mit Worten, wenn der EuGH wiederholt zum Ausdruck gebracht hat, dass er sich nicht als allein für die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zuständig ansieht, sondern diese Aufgabe – fast möchte man sagen: zuallererst – den mitgliedstaatlichen Gerichten zukommt“⁶⁷.

Indes ist es nur die halbe Wahrheit, wenn *Skouris* das „gemeinsame Streben“ von nationalen Gerichten und EuGH darauf beschränkt, „dem europäischen Recht Geltung in der Lebenswirklichkeit der Unionsbürgerinnen und -bürger zu verschaffen“⁶⁸. Auch nationale Gerichte, die Unionsrecht *richtig* anwenden und zu diesem Zwecke den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen wollen, werden rasch ernüchtert, wenn sie auf einen Wust disparater Einzelfallentscheidungen ohne erkennbare Systematik stoßen. Auch bei nationalen Gerichten ist die Neigung zur *Rechtserforschung* gering⁶⁹. Richter sind – wie auch *Skouris* betont – zur *Auslegung* und *Anwendung* des Unionsrechts berufen. Soweit die EuGH-Rechtsprechung nur aus ängstlichen Trippelschritten besteht⁷⁰ und keine systembildenden Ansätze erkennen lässt, wird die unionsrechtskonforme Rechtsanwendung gehemmt. Wer einen Vorlagebeschluss formulieren will, muss vorher die Rechtsprechung des EuGH wenigstens im Hinblick darauf auswerten, ob und inwiefern sie für das Ausgangsverfahren relevant ist⁷¹.

Die Parteien des Ausgangsverfahrens können *von Unionsrechts wegen* eine Vorlage auch in den Fällen des Art 267 Abs 3 AEUV nicht erzwingen⁷². Die Kommission leitet bei Verstößen gegen die Vorlagepflicht bislang auch keine Vertragsverletzungsverfahren ein⁷³, weswegen die Ein-

65 *Hakenberg*, RabelsZ 66 (2002), 367 (380 f).

66 *Hakenberg*, RabelsZ 66 (2002), 367(371), unter Verweis auf Vorlage eines griechischen Gerichts zur Auslegung der RL 85/577/EWG mit Stellungnahme der deutschen Regierung: EuGH 12.12.1996 – C-104/95 (*Kontogeorgas*) – Slg 1996, 6643 (Rn 15, 23).

67 *Skouris*, Höchste Gerichte an ihren Grenzen - Bemerkungen aus der Perspektive des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in FS Starck (2007), 991 (1003).

68 *Skouris*, FS Starck (Fn 67) 1003.

69 Das OLG München hat noch 1988 gestützt auf § 293 ZPO bei einem Institut für Völkerrecht ein Gutachten zum „fremden“ Gemeinschaftsrecht eingeholt, Beschluss 22.6.1988 – 15 U 6478/87 – EuR 1988, 409.

70 Zu *von Danwitz*s „Philosophie der kleinen Schritte“ oben II.B. (80).

71 *Latzell/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (105).

72 *Lipp* in *Gsell/Hau* (Hrsg.), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), 103 (110 f); *Wegener*, Rechtsstaatliche Vorzüge und Mängel der Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten, EuR 2008, Beiheft 3, 45 (53 f).

73 *Wegener*, EuR 2008, Beiheft 3, 45 (54 f).

führung einer individuellen Nichtvorlagebeschwerde gefordert wird⁷⁴. In Deutschland ist die Vorlagepflicht zum EuGH zwar vom Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (Art 101 Abs 1 Satz 2 GG) umfasst⁷⁵, doch zumindest der *Zweite Senat* des BVerfG kontrolliert Nichtvorlagen nur noch auf *willkürlichen* Entzug des gesetzlichen Richters⁷⁶ und der *Erste Senat* hat bezüglich Vorabentscheidungsersuchen derzeit ohnehin selbst einen Balken im Auge⁷⁷.

2. Selektive und zufällige Fallauswahl

Gleichwohl gehen beim EuGH pro Jahr immerhin um die 400 Vorabentscheidungsersuchen ein⁷⁸. Bleibt der Gerichtshof seiner liberalen Auffassung hinsichtlich der Zulässigkeit, insbesondere Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Fragen treu, muss er alles entscheiden, was ihm vorgelegt wird⁷⁹. Grundlegende und grundsätzliche Fragen erlauben dem EuGH zwar eher systembildende Entscheidungen⁸⁰, doch sind grundlegende Fragen nicht immer entscheidungserheblich – jedenfalls kann sich der EuGH auf eine Einzelfallentscheidung zurückziehen oder – im bekannten Stil – den systembildenden Teil zwischen politischen Programmsätzen und konkreter Einzelfallentscheidung unterschlagen.

Ins Leere geht die Forderung, die *nationalen* Gerichte mögen doch „ein besseres Gefühl dafür entwickeln, welche Auslegungsfragen in privatrechtlichen Materien einheitlich geklärt werden sollten und welche nicht“⁸¹. Davon abgesehen, dass der EuGH doch recht willkürlich manche Auslegungsfragen an die nationalen Gerichte zurückverweist („Rückpass“⁸²) und an-

74 *Brück*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof als Bestandteil des deutschen Zivilprozesses (2001), 187 ff; *Wegener*, EuR 2008, Beiheft 3, 45 (58); in diese Richtung auch *Bork*, RabelsZ 66 (2002), 327 (354 ff); für *fachgerichtlichen* Rechtsschutz gegen die willkürliche Missachtung der Vorlagepflicht: *Gsell* in *dies/Hau* (Hrsg), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), 123 (150 f); eingehend zu Verbesserungsmöglichkeiten des Individualrechtsschutzes durch Vorabentscheidungen: *Thorny*, Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren (2009), 252 ff.

75 *Calliess*, NJW 2013, 1905 (1097 ff); *Lipp* (Fn 72), 114 ff.

76 BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*) – NZA 2010, 995 (Rn 87 ff); BVerfG (*Kammer*) 15.12.2011 – 2 BvR 148/11 – NJW 2012, 1202 (Rn 35); strenger hingegen noch BVerfG (*Kammer*) 25.2.2010 – 1 BvR 230/09 (*Massenentlassung*) – NZA 2010, 439 (Rn 20 f): Kontrollintensität wie EuGH zu Art 267 Abs 3 AEUV. Neuerdings soll aber auch eine *Vorlage* an den „unzuständigen“ EuGH des gesetzlichen Richter entziehen: BVerfG 28.1.2014 – 2 BvR 1561 u.a. (*Filmförderung*) – JZ 2014, 396 (Rn 177); dagegen *Latzel*, Kein Vorlageverbot, JZ 2014, 292 ff.

77 BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*) – NJW 2013, 1499 (Rn 88 ff), gegen EuGH 26.2.2013 – C-617/10 (*Fransson*) – EuZW 2013, 302 (Rn 17 ff); dazu *Latzel*, Eine misslungene Karlsruher Trotzreaktion, FAZ 3.5.2013, 7.

78 2010: 385, 2011: 423, 2012: 404, 2013: 450, EuGH-Jahresbericht 2013 (Fn 3), Tabelle D2.

79 *Hakenberg*, RabelsZ 66 (2002), 367 (373).

80 Vgl *Hakenberg*, RabelsZ 66 (2002), 367 (373 f).

81 *Hakenberg*, RabelsZ 66 (2002), 367 (373).

82 *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (102).

dere bis in die kleinste Verästelung selbst beantwortet, dürfen die nationalen Gerichte auch nur Fragen vorlegen, die in ihrem Ausgangsverfahren entscheidungserheblich sind. Dass der Gerichtshof die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit großzügig ins Ermessen der vorlegenden Gerichte stellt, ist nicht nur ein weiser Akt der Selbstbeschränkung und ein Respektserweis an das vorlegende Gericht, sondern erlaubt auch, möglichst viel zu entscheiden und damit Systembildung wenigstens mosaikartig zu betreiben⁸³.

Wird alles entschieden, was vorgelegt wird, können nicht – wie bei den Supreme Courts des Common Law – gezielt solche Fälle zur Entscheidung ausgewählt werden, die für eine systematische Rechtsfortbildung geeignet erscheinen⁸⁴. Von außen betrachtet scheinen deshalb *prima facie* alle Entscheidungen gleich wichtig. Das begründet die Gefahr, aus Einzelfallentscheidungen überbewertete Leitsätze („Weichenstellungen“) zu destillieren, während grundlegende Entscheidungen untergehen. Freilich ist die Trennung zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem vornehmste Aufgabe eines jeden Juristen und bieten sowohl der entscheidende Spruchkörper, die Existenz von Schlussanträgen, die Anzahl der Stellungnahmen von Mitgliedstaaten und die Länge des Urteils wichtige Indizien für die Bedeutung des Urteils.

Gleichwohl kann der Gerichtshof nicht verhindern, dass seine Rechtsprechung im Ganzen betrachtet wird und auch (womöglich etwas unbedachten) Beschlüssen kleiner Spruchkörper ohne Schlussanträge systemprägende Bedeutung beigemessen wird, insbesondere weil die Beurteilung, welche Fragen selbstverständlich sind und welche nicht, in Luxemburg und den Mitgliedstaaten bisweilen auseinandergehen. So bewirkt etwa die Urlaubsrechtsprechung des EuGH eine Fallgruppenbildung nach zufälligen Ausgangsverfahren. Weil der EuGH einen Tarifvertrag gebilligt hat, der zufälligerweise einen Übertragungszeitraum für Resturlaub von 15 Monaten vorsah⁸⁵, hat das BAG daraus eine generelle Verfallsgrenze von 15 Monaten entnommen⁸⁶. Ohnehin betrifft ein Großteil der Urlaubsrechtsprechung des EuGH nur solchen Urlaub, den der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig nehmen konnte⁸⁷ – eine Einschränkung, die nicht selten übersehen wird⁸⁸.

Ist ein nationales Gericht einmal wirklich an einer systematischen Klärung einer Rechtsfrage durch den EuGH interessiert, aber in seinem Ausgangsverfahren nur ein Teilaspekt entscheidungserheblich, bleibt auch die Bitte um ein Obiter Dictum des EuGH unerhört: So erging es etwa dem Arbeitsgericht Nienburg, dass wissen wollte, wie die Urlaubsansprüche von Arbeitnehmern zu berechnen sind, die von Vollzeit in Teilzeit wech-

83 Dazu auch unten IV.B.1.b. (98).

84 Vgl. Schönberger, VVDStRL 2011, 296 (310).

85 EuGH 22.11.2011 – C-214/10 (KHS) – NJW 2012, 290 (Rn 13).

86 BAG 7.8.2012 – 9 AZR 353/10 – NJW 2012, 3529 ; dazu Höpfner, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz, RdA 2013, 16 (23 f).

87 EuGH 20.1.2009 – C-350/06, C-520/06 (Schultz-Hoff) – Slg 2009, I-179 = NZA 2009, 135 (Rn 43); EuGH 10.9.2009 – C-277/08 (Pereda) – EuZW 2009, 784 (Rn 19); EuGH 22.4.2010 – C-486/08 (Tirol) – NZA 2010, 557 (Rn 34); EuGH 13.6.2013 – C-415/12 (Brandes) – NZA 2013, 775 (Rn 35 ff).

88 Etwa von F. Bayreuther, Kurzarbeit, Urlaub und der EuGH, DB 2012, 2748.

seln. In seinem Vorlagebeschluss stellte das Gericht sogleich unter Auswertung der bisherigen EuGH-Rechtsprechung Systemerwägungen an, die auch für den umgekehrten Fall (Wechsel von Teilzeit in Vollzeit) gelten sollten⁸⁹. Vom EuGH dazu kein Kommentar – die Rechtsfrage ist offen⁹⁰.

3. Zu wenig Sachverhalt

Hinzu kommt, dass der EuGH generell über zu wenig Sachverhalt verfügt und auf Nachfrage (Art 101 EuGH-VerfO) bei den vorlegenden Gerichten auch meist nur wenig Ergänzung bekommt, um die tatsächliche nationale Rechtspraxis und ihre Auswirkungen überschauen und dementsprechend das Unionsrecht gestalten zu können⁹¹. Außerdem entscheidet der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren als reinem Zwischenverfahren nicht die ihm vorgelegten Fälle endgültig und unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten⁹².

Doch auch zu wenig Sachverhalt entbindet nicht von systematischen Erwägungen und Folgenabschätzung. So wird dem EuGH etwa bei der Berechnung des Urlaubsentgelts⁹³ zu Recht angekreidet, dass er keine systematische Erfassung *aller* praktisch relevanten Entgeltbestandteile vorgenommen hat,

„so dass den Mitgliedstaaten eine Überprüfung ihrer nationalen Urlaubsentgeltberechnungssysteme unschwer möglich gewesen wäre. Stattdessen hat der EuGH Kategorien gebildet, die sich nicht aus systematischen Erwägungen ergeben, sondern durch diejenigen Entgeltbestandteile, welche zufällig Gegenstand von EuGH-Entscheidungen geworden sind, geformt werden“⁹⁴.

4. Rücknahme von Vorlagen

Schließlich können auch zur Systembildung geeignete Unionsrechtsfragen dem EuGH dadurch entzogen werden, dass das vorlegende Gericht sein Vorabentsuchungsersuchen zurücknimmt – etwa weil im Ausgangsverfahren ein Vergleich geschlossen wurde. Die Rücknahme seines Ersuchens steht dem vorlegenden Gericht bis zur Bekanntgabe des Termins zur Urteilsverkündung frei (Art 100 Abs 1 EuGH-VerfO). Der EuGH kann dann nicht mehr entscheiden, wenn sich die Sache *vor* Bekanntgabe des Verkündungstermins erledigt hat (vgl. Art 100 Abs 2 EuGH-VerfO) oder bis zu diesem Zeitpunkt das Ersuchen zurückgenommen wurde. Immerhin sollen Schlussanträge, die bis dahin bereits ergangen sind, noch veröffentlicht werden können⁹⁵.

Hingegen kann etwa das deutsche BVerfG auch dann noch über eine zurückgenommene oder erledigte Verfassungsbeschwerde entscheiden,

89 ArbG Nienburg 4.9.2012 – 2 Ca 257/12 Ö – BB 2012, 3080 (Rn 78).

90 Lösungsvorschlag bei Latzel, EuZA 2014, 80 (91 f).

91 Vgl. Ahlt (Fn 14), 33 f.

92 Skouris, FS Starck (Fn 67), 996.

93 EuGH 15.9.2011 – C-155/10 (Williams) – NZA 2011, 1167.

94 Sutschet, Die Berechnung des Urlaubsentgelts nach der Arbeitszeitrichtlinie, EuZA 2012, 399 (408).

95 Karpenstein (Fn 50), 50. EL (5/2013), Art 267 AEUV Rn 41.

wenn das Gericht die Verfassungsbeschwerde wegen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung zur Entscheidung angenommen hat (§ 93a Abs 2 lit a BVerfGG), über sie mündlich verhandelt worden ist und die *allgemeine* Bedeutung des Rechtsbehelfs auch in der Zeit bis zur Verkündung des Urteils nicht entfallen ist⁹⁶. Gerechtfertigt wird das mit der Funktion der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen; auch ohne individuelles Rechtsschutzbedürfnis kann es im *öffentlichen* Interesse geboten erscheinen, den Ausgang des Verfahrens nicht von Verfahrenshandlungen des Beschwerdeführers abgänglich zu machen, sondern zur Sache zu entscheiden⁹⁷.

Solche Fälle kann es auch beim EuGH geben. Etwa hätte der Kläger im irischen Ausgangsverfahren zur *Pringle*-Entscheidung⁹⁸ seine Klage bis zur Bekanntgabe des Verkündungstermins zurücknehmen können und damit eine zentrale Entscheidung des EuGH zum Stabilitätsmechanismus ESM vereiteln können. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH über Rechtsfragen von öffentlichem Interesse⁹⁹ und zugleich grundlegender Bedeutung für die EU als solche – ebenso wie das BVerfG – auch dann noch entscheidet, wenn die Vorlage zurückgenommen wurde oder sich erledigt hat¹⁰⁰, nachdem über sie bereits mündlich verhandelt und die Schlussanträge gestellt wurden. Als Kriterium für die dafür nötige Bedeutung der Rechtsfrage kann die Zuständigkeit des Plenums dienen (Art 16 Abs 5 EuGH-Satzung), das seit der Abkehr vom Plenargrundsatz in Vorabentscheidungsverfahren¹⁰¹ bislang einzig in der Rechtssache *Pringle* entschieden hat. Freilich antwortet der EuGH in diesen äußerst seltenen Fällen im Grunde auf eine nicht (mehr) gestellte Frage, obwohl er zur Abgabe von Rechtsgutachten eigentlich nur in den Fällen des Art 218 Abs 11 AEUV ermächtigt ist. Doch einerseits ist Wahrung des Unionsverfassungsrechts, um das es in solchen Fällen meistens gehen wird, von fundamentaler Bedeutung für die europäische Rechtsgemeinschaft¹⁰², und andererseits durchbricht der EuGH selbst seine Bindung an die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage für das Ausgangsverfahren, wenn er Fragen zur Auslegung von Richtlinien jenseits ihres Anwendungsbereichs beantwortet¹⁰³.

96 Hömig in *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg), BVerfGG, 31. EL (10/2009), § 95 Rn 63, unter Verweis auf BVerfG 31.10.2002 – 1 BvF 1/96 ua – BVerfGE 106, 210 (213).

97 Hömig (Fn 96), § 95 Rn 63.

98 EuGH 27.11.2012 – C-370/12 (*Pringle*) – NJW 2013, 29.

99 Zum öffentlichen Interesse an einer Rechtsfrage als relative Grenze der Dispositionsbefugnis: *Hergenröder* (Fn 56), 284.

100 Zur Verhinderung von Grundsatzentscheidungen als »prozessuale Arglist«: *Hergenröder* (Fn 56), 276 ff.

101 Fn 50.

102 Auf die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens für die objektive Kontrolle des Unionsrechts weisen auch *Niestedt* (Fn 1), 16, und *Hess* (Fn 1), 188 f, hin.

103 EuGH 8.11.2012 – C-271/11 (*TEE*) – juris (Rn 34); *Karpenstein* (Fn 50), 50. EL (5/2013), Art 267 AEUV Rn 21; eingehend *Gsell* (Fn 74), 123 ff.

B. Bearbeitung von Vorabentscheidungsersuchen am EuGH

Eine zweite Ursache für defizitäre Systembildung in der Rechtsprechung des EuGH ist die Bearbeitung von Vorabentscheidungsersuchen seitens des Gerichtshofs. Der EuGH entscheidet auch nach der neuen, am 1. November 2012 in Kraft getretenen Verfahrensordnung über alle Vorabentscheidungsersuchen selbst. Bis heute wurde nicht von der Möglichkeit nach Art 256 Abs 3 AEUV Gebrauch gemacht, dem EuG Vorabentscheidungsersuchen in „besonderen“ Sachgebieten zu übertragen¹⁰⁴.

1. Spruchkörper im Vorabentscheidungsverfahren

Der EuGH bildet Spruchkörper in Form von *Kammern* zu je drei und fünf Richtern, einer *Großen Kammer* mit 15 Richtern und dem *Plenum* mit allen (derzeit) 28 Richtern (Art 251 AEUV i.V.m. Art 16 EuGH-Satzung). Für Vorabentscheidungen stehen prinzipiell alle Spruchkörper zur Verfügung, doch werden die allermeisten Ersuchen den Kammern mit fünf oder mit drei Richtern zugeteilt, sofern nicht die „Schwierigkeit oder die Bedeutung der Rechtssache“ oder besondere Umstände eine Verweisung an die Große Kammer erfordern oder die Entscheidung durch die Große Kammer von einem am Verfahren beteiligten Mitgliedstaat oder Unionsorgan beantragt worden ist (Art 60 Abs 1 EuGH-VerfO, Art 16 Abs 3 EuGH-Satzung). An das Plenum wird eine Rechtssache nur überwiesen, wenn sie von außergewöhnlicher Bedeutung ist (Art 16 Abs 5 EuGH-Satzung). Seit der offiziellen Abkehr vom Plenargrundsatz mit dem Vertrag von Nizza¹⁰⁵ wurde bislang nur einmal ein Vorabentscheidungsersuchen vom Plenum entschieden: die Rechtssache *Pringle* zum ESM-Vertrag¹⁰⁶.

Von *allen* beim EuGH im Jahr 2013 erledigten 701 Rechtssachen (davon 413 Vorabentscheidungsersuchen)¹⁰⁷ entschieden 59 Prozent Fünfer-Kammern, 32 Prozent Dreier-Kammern und 8 Prozent die Große Kammer¹⁰⁸. Derzeit gibt es fünf Fünfer-Kammern, denen jeweils eine Dreier-Kammer in gleicher Besetzung aber ohne Kammerpräsidenten (also mit einem Richter überbesetzt) zugeordnet ist, die in unterschiedlichen Zusammensetzungen tagt (Art 28 EuGH-VerfO)¹⁰⁹.

2. Geschäftsverteilung am EuGH

Welches Vorabentscheidungsverfahren vor welche der (derzeit) zehn Kammern kommt, liegt prinzipiell im Ermessen des Gerichtspräsidenten, der den Berichtersteller bestimmt (Art 15 VerfO-EuGH) und damit faktisch auch die Rechtssache schon einer der (beiden) Kammern zuweist, deren

104 Dazu unten IV.A.2.b. (94).

105 Fn 50.

106 Fn 98.

107 Laut EuGH-Jahresbericht 2013 (Fn 3), Tabelle D5.

108 EuGH-Jahresbericht 2013 (Fn 3), Tabelle D7 – Prozentangaben gerundet.

109 *Kokott/Sobotta*, Der EuGH - Blick in eine Werkstatt der Integration, EuGRZ 2013, 465 (468).

Mitglied der Berichterstatter ist¹¹⁰, obwohl darüber formal die wöchentliche Generalversammlung entscheidet¹¹¹. Dabei gilt der ungeschriebene Grundsatz, dass Berichterstatter nicht für solche Fälle zuständig sind, die aus ihrem Heimatland kommen oder dieses betreffen¹¹². *Offiziell* gibt es freilich *keinen* Geschäftsverteilungsplan¹¹³ und *keine* Differenzierung nach Rechtsmaterien¹¹⁴ – nur für Eilvorlagen und Überprüfung von Rechtsmittelentscheidungen des EuG ist jeweils eine feste Fünfer-Kammer eingeteilt (Art 11 Abs 2, Art 113 EuGH-VerfO).

Im Übrigen sind alle Kammern und alle Richter für alles sachlich zuständig. Wer heute noch über Beihilfenrecht entschieden hat, kann morgen die Unionsbürgerschaft und übermorgen Lebensmittelrecht auszulegen haben¹¹⁵. Selbstredend geht mit den ständig wechselnden Rechtsmaterien ein hoher Einarbeitungsaufwand einher¹¹⁶. Bisweilen wird sogar konstatiert, dass die Richter am EuGH mit ihrer „fachlichen Allzuständigkeit“ für das gesamte Unionsrecht „immer mehr überfordert sind“¹¹⁷.

Immerhin lässt sich in der jüngeren Praxis beobachten, dass der Präsident mitunter die *berichterstattenden* Richter nach fachlichen Gesichtspunkten aussucht¹¹⁸, um wenigstens eine gewisse „Spezialisierung“ zu erreichen¹¹⁹. Damit einher geht im seltenen Idealfall auch die Zuweisung

110 Huber in R. Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012), Art 251 AEUV Rn 6; Karpenstein (Fn 50), 51. EL (9/2013), Art 251 AEUV Rn 17; Klinke, Entwicklungen in der EU-Gerichtsbearbeitung, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (73); Puttler, EuR 2008, Beiheft 3, 133 (143).

111 Klinke, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (73).

112 Drews, Der Gerichtshof der Europäischen Union – Organisation und Arbeitsweise, BDVR-Rundschreiben 1/2012, 19 (21); Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 12 Rn 45; Skouris, FS Starck (Fn 67) 998. Außerdem soll der Generalanwalt nicht aus demselben Mitgliedstaat kommen, wie der Berichterstatter, Kokott/Sobotta, EuGRZ 2013, 465 (468).

113 Drews, BDVR-Rundschreiben 1/2012, 19 (21). Zur vornehmlich deutschen Sorge um den „gesetzlichen Richter“: Huber (Fn 110), Art 251 AEUV Rn 7; Karpenstein (Fn 50), 51. EL (9/2013), Art 251 AEUV Rn 19; Puttler, EuR 2008, Beiheft 3, 133 ff.

114 Ahl (Fn 14), 32; Kokott/Sobotta, EuGRZ 2013, 465 (468).

115 Erhellend ist insofern, die curia.eu-Datenbank nach Entscheidungen einzelner Kammern zu befragen.

116 Hopt, RabelsZ 66 (2002), 589 (597), unter Verweis auf Everling, Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in einer erweiterten Europäischen Union, EuR 1997, 398 (415).

117 Brück (Fn 74), 220 f; Schmid, Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, JZ 2001, 674 (678); R. Streinz/Leible, Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaft - Reflexionen über Reflexionspapiere, EWS 2001, 1 (6).

118 Kokott/Sobotta, EuGRZ 2013, 465 (469), rechnen das dem Präsidenten Skouris vor allem wegen der damit verkürzten Dauer der Vorabentscheidungsverfahren hoch an.

119 Drews, BDVR-Rundschreiben 1/2012, 19 (21); Hess (Fn 112), § 12 Rn 45 mit Fn 185; aA Karpenstein (Fn 50), 51. EL (9/2013), Art 251 AEUV Rn 17: Spezialisierung wird vermieden – unter Verweis auf Skouris, FS Starck (Fn 67) 998 ff.

der Generalanwältinnen nach Themengebieten¹²⁰, was in den Händen des Ersten Generalanwalts liegt (Art 16 Abs 1 EuGH-VerfO).

- Das Tandem aus berichterstattendem Richter *Egils Levits*¹²¹ und Generalanwältin *Verica Trstenjak*¹²² prägte die Rechtsprechung des EuGH zum Urlaubsrecht von der zentralen *Schultz-Hoff*-Entscheidung 2009 bis zur *ANGED*-Entscheidung 2012¹²³.
- Die Auslegung der Fluggastrechteverordnung (EG) Nr. 261/2004 wurde bislang meist *Jiří Malenovský*¹²⁴ als Berichterstatter und *Eleanor Sharpston* als Generalanwältin übertragen¹²⁵ – in letzter Zeit ist die Regel-Zuständigkeit offenbar auf *Daniel Šváby*¹²⁶ als Berichterstatter und *Yves Bot*¹²⁷ als Generalanwalt übergegangen¹²⁸.
- Für die Auslegung der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG wird in letzter Zeit meist Richter *Aindrias Ó Caoimh*¹²⁹ als Berichterstatter einge-teilt¹³⁰, wobei die Generalanwältinnen wechseln. *Caoimh* ist ferner in aller Regel berichterstattender Richter in Verfahren, die die Auslegung der

-
- 120 Hingegen haben *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469), Bedenken wegen der geminderten Kontrollfunktion der Generalanwältinnen gegenüber dem Gerichtshof.
- 121 Lettischer Richter am EuGH vom 11.5.2004 bis heute, derzeit Mitglied der Ersten und der Sechsten Kammer (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029 [16.5.2014]).
- 122 Slowenische Generalanwältin am EuGH vom 7.10.2006 bis zum 28.11.2012; 2004-2006 Richterin am EuG (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7014 [16.5.2014]).
- 123 *Levits* war als Berichterstatter und *Trstenjak* als Generalanwältin zuständig zur Auslegung von Art 7 RL 2003/88/EG in den Rechtssachen C-350/06, C-520/06 (*Schultz-Hoff*), C-277/08 (*Vincente Pereda*), C-519/09 (*May*), C-155/10 (*Williams ua*), C-229/11, C-230/11 (*Heimann und Toltschin*), C-214/10 (*KHS*), C-282/10 (*Dominguez*), C-337/10 (*Neidel*) und C-78/11 (*ANGED*).
- 124 Tschechischer Richter am EuGH vom 11.5.2004 bis heute, derzeit Mitglied der Vierten und der Neunten Kammer (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029 [16.5.2014]).
- 125 *Malenovský* war Berichterstatter in den Rechtssachen C-344/04 (*IATA und ELFAA*), C-581/10 (*Nelson*), C-11/11 (*Folkerts*) – mit *Sharpston* in den Rechtssachen C-173/07 (*Emirates Airlines*), C-549/07 (*Wallentin-Hermann*), C-402/07 (*Sturgeon*), C-294/10 (*Egltis, Ratnieks*), C-83/10 (*Sousa Rodriguez*).
- 126 Slowakischer Richter am EuGH vom 7.10.2009 bis heute, derzeit Mitglied der Fünften und der Zehnten Kammer (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029 [16.5.2014]).
- 127 Französischer Generalanwalt am EuGH seit 7.10.2006 (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7026 [16.5.2014]).
- 128 *Svaby* war Berichterstatter und *Bot* Generalanwalt in den Rechtssachen C-12/11 (*McDonagh*), C-139/11 (*Cuadrench Moré*), C-22/11 (*Finnair*) – *Svaby* mit GA *Trstenjak* in der Rechtssache C-321/11 (*Rodriguez Cachafeiro, Martínez-Reboredo Varela-Villamor*).
- 129 Irischer Richter am EuGH 13.10.2004 bis heute, derzeit Mitglied der Dritten und der Achten Kammer (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029 [16.5.2014]).
- 130 *Caoimh* war Berichterstatter in den Rechtssachen C-290/12 (*Della Rocca*), C-556/11 (*Lorenzo Martínez*), C-393/11 (*Bertazzi ua*), C-251/11 (*Huet*), C-161/11 (*Vino*), C-157/11 (*Sibilio*), C-586/10 (*Kücük*), C-393/10 (*O'Brien*), C-273/10 (*Montoya Medina*), C-272/10 (*Berkizi-Nikolakaki*).

- Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG betreffen¹³¹.
- Die Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG wird meist ebenfalls *Jiří Malenovský* als berichterstattenden Richter aufgegeben¹³², wobei auch hier die Generalanwälte changieren.
 - Die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nach der Richtlinie 2000/78/EG wird in der Regel durch Entscheidungen vom Berichterstatter *Alexander Arabadjiev*¹³³ im Zusammenspiel mit wechselnden Generalanwälten ausgelegt¹³⁴.

Freilich sind das nur beispielhafte Tendenzen und ist der Berichterstatter stets nur einer von drei, fünf oder 15 Richtern der entscheidenden Kammer. Die übrigen Kammermitglieder haben andere Spezialisierungen, sodass der Berichterstatter als einziger mit überschießender Expertise in die Beratungen geht¹³⁵. Indes entziehen sich die internen Beratungsvorgänge dem empirischen Zugriff (Art 35 EuGH-Satzung, Art 32 Abs 1 EuGH-VerfO), doch ist dank der fachöffentlichen Diskussion über den Einfluss der Berichterstatter auf die Rechtsprechung der Strafsenate am Bundesgerichtshof bekannt¹³⁶, dass auch Richter nur Menschen sind und Entscheidungsvorschlägen des Berichterstatters gern zu folgen bereit sind, insbesondere wenn ihnen entsprechende (dort Akten-, hier Fach-)Kenntnis fehlt.

3. Rotationsverfahren

Obzwar eine gewisse fachliche „Ansteckung“ der Kammern durch die Spezialisierung ihrer Berichterstatter theoretisch denkbar ist¹³⁷, werden entsprechende Effekte aber dadurch gehemmt, dass die Kammermitglieder häufig wechseln¹³⁸ und deshalb auch kaum Gelegenheit bleibt, vom

-
- 131 *Caoimh* war Berichterstatter in den Rechtssachen C-460/06 (*Paquay*), C-506/06 (*Mayr*), C-63/08 (*Pontin*), C-471/08 (*Parviainen*), C-194/08 (*Gassmayr*), C-232/09 (*Danosa*), C-586/10 (*Kücük*).
- 132 *Malenovský* war Berichterstatter in den Rechtssachen C-466/07 (*Klarenberg*), C-151/09 (*UGT-FSP*), C-386/09 (*Briot*), C-242/09 (*Albron Catering*), C-463/09 (*CLECE SA*), C-426/11 (*Alemo-Herron ua*).
- 133 Bulgarischer Richter am EuGH vom 12.1.2007 bis heute, derzeit Mitglied der Zweiten und der Siebten Kammer (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029 [16.5.2014]).
- 134 *Arabadjiev* war Berichterstatter in den Rechtssachen C-132/11 (*Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*), C-141/11 (*Hörnfeldt*), C-152/11 (*Odar*), C-335/11 (*HK Danmark*), C-546/11 (*Dansk Jurist- og Økonomforbund*), C-476/11 (*HK Danmark*).
- 135 *Klinke*, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (73).
- 136 Eindrücklich *T. Fischer*, Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren, NSTZ 2013, 425 ff; dagegen 5. *Strafsenat*, Zur Beratung von Revisionsentscheidungen im Beschlussverfahren, NSTZ 2013, 563 f; replizierend *T. Fischer/Eschelbach/Krehl*, Erwiderung auf Basdorf u.A., NSTZ 2013, 563 (564 f).
- 137 *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469), unter Verweis auf Spezialisierungseffekte bei Auslegung des Naturschutzrechtes und des Übereinkommens von Aarhus.
- 138 *Klinke*, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (72).

fachspezifischen Berichterstatter und seinen Fällen zu lernen, geschweige denn eine eigene Expertise zu entwickeln. Der damit bewirkte ständige Kooperationszwang hindert richterrechtliche Systembildung insofern, als sich im Ergebnis eher „gemeinsame Minimalpositionen“ durchsetzen¹³⁹, statt das mutige Eckpfeiler gesetzt werden¹⁴⁰.

4. Große Kammer als beschränkte Kohärenzhilfe

Divergierende Rechtsprechung der Kammern verhindert die Große Kammer. Sie sorgt zumindest personell für ein Mindestmaß an Kohärenz, weil ihr von Amts wegen neben dem Präsidenten sowie dem Vizepräsidenten des EuGH auch drei Präsidenten von Fünfer-Kammern angehören (Art 27 Abs 1 EuGH-VerfO). Die Kammerpräsidenten bilden zwar eine „feste Bank“, sind aber in der Minderheit und können von den gem. Art 27 Abs 2-4 EuGH-VerfO ständig wechselnden „Beisitzern“ überstimmt werden (Art 32 Abs 4 EuGH-VerfO)¹⁴¹. Immerhin hat sich bei der letzten Spruchkörper-Reform die Kommission gegen den Vorschlag des EuGH durchgesetzt und nicht nur *einen* Kammerpräsidenten von Amts wegen in die Große Kammer gesetzt, sondern *drei* von ihnen¹⁴². Offenbar verspürt der EuGH selbst weniger das Bedürfnis nach kohärenter Rechtsprechung als die Kommission.

Die personelle Stärke der Großen Kammer gibt ihren Mitgliedern mehr Autorität, grundlegend und ausführlicher zu entscheiden, als die Dreier- und Fünfer-Kammern. Deswegen – und wegen ihrer Zuständigkeitsvoraussetzungen (Art 60 Abs 1 EuGH-VerfO, Art 16 Abs 3 EuGH-Satzung) – verwundert es nicht, dass vor allem Große Kammern Entscheidungen treffen, die nicht nur den Einzelfall betreffen, sondern darüber hinausreichende Grundsätze aufstellen¹⁴³. Ein Beispiel dafür war etwa die Große Kammer im Fall *Mangold*, die den allgemeinen, primärrechtlichen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung aufstellte¹⁴⁴.

IV. Systembildungspotentiale

Im Folgenden sollen zwei Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie die richterrechtliche Systembildung im Vorabentscheidungsverfahren verbessert werden kann: (A.) Systembildung durch Spezialisierung und (B.) Systembildung durch Diskurs.

139 *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (472).

140 Das gibt auch *von Danwitz* (oben II.B. (80)) zu.

141 *Klinke*, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (72) – noch zu Art 11b § 1 EuGH-VerfO aF, wonach die Präsidenten *aller* Fünfer-Kammern der Großen Kammer angehörten.

142 *Klinke*, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (73 f).

143 Eingehend zur Rechtsfortbildung durch besondere Spruchkörper (Große Senate, Gemeinsame Senate): *Hergenröder* (Fn 56), 88 ff.

144 EuGH 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – EuZW 2006, 17 (Rn 74 ff).

A. Systembildung durch Spezialisierung

Wie soeben aufgezeigt gibt es beim EuGH nur eine rudimentäre Spezialisierung der Richter auf einzelne Fachgebiete¹⁴⁵. Hier liegt das größte Systembildungspotential.

1. Kontinuität und Spezialisierung

Richterrechtliche Systembildung setzt Kontinuität und Kohärenz voraus. Prozedural ist das am besten zu erreichen, wenn *ein* Spruchkörper für seine Rechtsgebiete *exklusiv* zuständig ist. Personelle Diskontinuitäten (Richterwechsel) werden innerhalb des Spruchkörpers kompensiert, so dass in der Praxis nur der Wechsel im Vorsitz eines Spruchkörpers einen grundlegenden Wandel der Rechtsprechung bewirken wird. Indem alle drei Jahre nur eine teilweise Neubesetzung der Richterstellen am EuGH stattfindet (Art 253 Abs 2 AEUV), wird bereits eine Grundkontinuität der Rechtsprechung gewährleistet¹⁴⁶.

Es ist bekannt, dass mit einer Spezialisierung auch die Chancen einer Professionalisierung verbunden sind¹⁴⁷, weswegen etwa an deutschen Landgerichten Spezialekammern für komplexe Rechtsgebiete (etwa Arzthaftungs- oder Bauvertragsrecht) eingerichtet werden können¹⁴⁸, wenn die zu behandelnden Fälle besondere Einarbeitung, Kenntnisse und Erfahrung erfordern¹⁴⁹. „Die gesteigerte Sachkunde, die sich bei den Mitgliedern einer Spezialekammer einstellt, gleicht nämlich die generelle Schwierigkeit der Spezialsachen wieder aus“, weshalb auch schon Einzelrichter aus der Spezialekammer hinreichend kompetent sein können¹⁵⁰.

2. Spezialisierungsmöglichkeiten am EuGH

Schon längere Zeit wird gefordert, Fachkammern am EuGH einzurichten, um nicht nur die Rüstzeit beim Wechsel von einem Fall auf den nächsten zu minimieren, sondern auch die Spezialisierungstiefe der Rechtsprechung zu verbessern¹⁵¹. Dafür gibt es drei Wege:

- Einrichtung von Fachgerichten als erste von drei Instanzen der Unionsgerichtsbarkeit (Art 257 AEUV)
- Delegation von bestimmten Vorabentscheidungsersuchen an das EuG (Art 256 Abs 3)
- Einrichtung von Fachkammern am EuGH kraft Geschäftsverteilung

145 Dazu oben III.B.2. (88).

146 Kokott/Sobotta, EuGRZ 2013, 465.

147 Brück (Fn 74), 220 f.

148 Auch § 348 Abs 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO erzwingt keine Geschäftsverteilung nach Fachgebieten, Deubner in Münchener Kommentar zur ZPO⁴ (2013), § 348 ZPO Rn 38.

149 BT-Drs 14/4722, 87; Wittschier in Musielak, Zivilprozessordnung¹⁰ (2013), § 348 ZPO Rn 6.

150 Deubner in MüKo-ZPO (Fn 148), § 348 ZPO Rn 5.

151 Hakenberg, RabelsZ 66 (2002), 367 (382).

a. Fachgerichte

Der Weg über Art 257 AEUV zur Errichtung erstinstanzlicher Fachgerichte (etwa für „Europäisches Privatrecht“¹⁵² oder Patent- und Markensachen¹⁵³) führt schon deshalb nicht zum Ziel, weil Fachgerichte *de lege lata* nicht über Vorabentscheidungsersuchen entscheiden können, wie sich aus dem Wortlaut von Art 257 Abs 1 Satz 1 AEUV („Klagen“) sowie Art 256 Abs 3 AEUV *e contrario* ergibt, und Individualrechtsschutz bis auf Art 263 Abs 4 AEUV in der Unionsgerichtsbarkeit bislang nicht vorgesehen ist¹⁵⁴. Außerdem ist die Errichtung eines Fachgerichts aufgrund des dafür durchzuführenden ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beschwerlich. Wohl auch deshalb gibt es neben dem Gericht für den öffentlichen Dienst noch kein weiteres Fachgericht. Hinzu kommt, dass mit Fachgerichten zugleich ein europäischer Instanzenzug einhergeht, was nicht nur den Kosten- und Verwaltungsaufwand erhöht, sondern auch der Zersplitterung der Rechtsprechung Vorschub leistet, obgleich Rechtsmittel existieren¹⁵⁵. Denn wie auch der Präsident des Gerichtshofs, *Skouris*, betont, gefährdet jedes Fachgericht die Kohärenz der Rechtsprechung¹⁵⁶.

„Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Rechtsmittelinstantz für die gerichtlichen Kammern unterhalb des EuGH angesiedelt ist und sich der EuGH damit noch weiter von den Materien entfernt, die in den gerichtlichen Kammern behandelt werden“¹⁵⁷.

Wie *Thomas Riehm* zutreffend herausgearbeitet hat, müssten also die Fachgerichte im Wege der Vertragsänderung (!) für bestimmte Vorabentscheidungsersuchen zuständig gemacht und die obligatorischen Rechtsmittelmöglichkeiten zum EuG durch eine Kohärenzprüfung durch den EuGH (vgl. Art 256 Abs 2 UAbs 2 AEUV) ersetzt werden – das ist rechtspolitisch „derzeit nicht realistisch“¹⁵⁸.

b. Übertragung von Vorabentscheidungen an das EuG

Aus dem gleichen Grund ist auch die Übertragung von Vorabentscheidungen in „besonderen“ Sachgebieten an das EuG abzulehnen¹⁵⁹, auch wenn das

152 *Hopt*, *RabelsZ* 66 (2002), 589 (599); *Leible*, Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht - Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?, *EWS* 2001, 471 (480); *Schmid*, *JZ* 2001, 674 (683).

153 *Klinke*, *EuR* 2012, Beiheft 1, 61 (68 ff); in diese Richtung auch *Hakenberg*, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (384); zur (einstweilen) gescheiterten Einführung einer dezentralen europäischen Patentgerichtsbarkeit: *Hess* (Fn 1), 195 ff.

154 *Luzide Riehm* in *Gsell/Hau* (Hrsg), *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem* (2012), 203 (216 ff).

155 *Brück* (Fn 74), 222 f; differenzierend *Hess* (Fn 1), 191 ff.

156 *Skouris*, *FS Starck* (Fn 67) 999.

157 *Skouris*, *FS Starck* (Fn 67) 1000; ebenso *Klinke*, *EuR* 2012, Beiheft 1, 61 (68 f).

158 *Riehm* (Fn 154), 223.

159 *Bork*, *RabelsZ* 66 (2002), 327 (352 f); hingegen für den Rückbau des EuGH zum bloßen Verfassungsgericht: *Kotzur*, *Neuerungen auf dem Gebiet des Rechtsschutzes durch den Vertrag von Lissabon*, *EuR* 2012, Beiheft 1, 7 (13).

Art 256 Abs 3 AEUV ausdrücklich durch Satzungsänderung¹⁶⁰ erlaubt¹⁶¹: Zum einen soll zwar die Verlagerung „einfacher“ Vorabentscheidungsersuchen in Teilrechtsgebieten ohne grundlegende Bedeutung vornehmlich der *Entlastung* des EuGH dienen, führte aber automatisch zur *Überlastung* des EuG¹⁶². Zum anderen wird betont, „dass das Vorabentscheidungsverfahren zu einer verbindlichen Auslegung des Unionsrechts führen soll und durch eine Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen EuGH und EuG Gefahren für die Einheit und Kohärenz des Unionsrechts entstehen“¹⁶³. Diese Gefahr haben auch die Vertragsparteien gesehen und deshalb in Art 256 Abs 3 Satz 2 AEUV angeordnet:

„Wenn das Gericht der Auffassung ist, dass eine Rechtssache eine Grundsatzentscheidung erfordert, die die Einheit oder die Kohärenz des Unionsrechts berühren könnte, kann es die Rechtssache zur Entscheidung an den Gerichtshof verweisen“.

Es ist also ein primärrechtlich anerkanntes Ziel, Gefahren für die Einheit oder die Kohärenz des Unionsrechts möglichst zu verhindern¹⁶⁴.

c. *Bessere Systembildung durch Fachkammern*

Ein Meilenstein wäre indes die Etablierung von Fachkammern beim EuGH selbst¹⁶⁵. Eine Spezialisierung einzelner Kammern hat der EuGH zwar bislang abgelehnt¹⁶⁶, gleichwohl ist – wie aufgezeigt¹⁶⁷ – eine Spezialisierung teilweise bei den Berichterstattern zu beobachten. Ein Spruchkörper, der alle Vorabentscheidungsersuchen zu einer bestimmten Richtlinie exklusiv zu entscheiden hat, kann viel leichter eine einheitliche Spruchpraxis entwickeln¹⁶⁸ und so die Qualität der Rechtsprechung steigern¹⁶⁹. Auch muss er keine Rücksicht auf andere Spruchkörper nehmen und kann das Unionsrecht in seinem alleinigen Zuständigkeitsbereich systembildend auslegen, also auch einmal den „großen Wurf“ wagen, statt der von *von Dan-*

160 Die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist als Protokoll zum EUV dessen Bestandteil (Art 281 UAbs 1 AEUV iVm Art 51 EUV), genießt also den Rang des Primärrechts, *Klinke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, 50. EL (5/2013), Art 281 AEUV Rn 3.

161 Der Weg dazu führt prinzipiell über das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Art 281 UAbs 2 Satz 1 iVm Art 294 AEUV) allerdings mit der Besonderheit, dass nicht nur die Kommission eine Satzungsänderung vorschlagen kann, sondern auch der Gerichtshof selbst (Art 281 UAbs 2 Satz 2 AEUV).

162 *Bork*, *RabelsZ* 66 (2002), 327 (353); *Karpenstein* (Fn 50), 50. EL (5/2013), Art 256 AEUV Rn 67.

163 *Karpenstein* (Fn 50), 50. EL (5/2013), Art 256 AEUV Rn 67.

164 *Schwarze*, 20 Jahre Gericht erster Instanz in Luxemburg - Der Zugang zur Justiz, *EuR* 2009, 717 (724).

165 Ebenso *Brück* (Fn 74), 223 f; *Riehm* (Fn 154), 224, der sich auch für spezialisierte Generalanwälte ausspricht, was schon teilweise zu beobachten ist, dazu oben III.B.2. (88).

166 *Klinke*, *EuR* 2012, Beiheft 1, 61 (72).

167 Dazu oben III.B.2. (88).

168 Vgl *Klinke*, *EuR* 2012, Beiheft 1, 61 (71).

169 *Hopt*, *RabelsZ* 66 (2002), 589 (597).

witz postulierten „Philosophie der kleinen Schritte“¹⁷⁰ folgen zu müssen.

Die Befürchtung unkontrollierbarer, ja womöglich sogar inkompetenter Rechtsprechung, wenn eine Dreier- oder Fünfer-Kammer weitgehend allein ein Rechtsgebiet prägt, ist unbegründet. Zum einen sind als EuGH-Richter nur Persönlichkeiten auszuwählen, die in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind (Art 253 Abs 1 AEUV)¹⁷¹. Seit dem Vertrag von Lissabon prüft außerdem ein Bewerberausschuss die Eignung der von den Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Richter und Generalanwälte (Art 255 Abs 1 AEUV) und hat immerhin schon fünf von 43 Vorschlägen abgelehnt, woraufhin die Mitgliedstaaten ihren Kandidaten zurückgezogen haben¹⁷². Zum anderen kann jeder verfahrensbeteiligte Mitgliedstaat und jedes Unionsorgan beantragen, dass eine Rechtssache vor der Großen Kammer verhandelt wird (Art 60 Abs 1 EuGH-VerfO, Art 16 Abs 3 EuGH-Satzung). Damit wird auch dem Einwand entgegengewirkt, die Geschäftsverteilung nach Fachbereichen könnte die Einheit der EuGH-Rechtsprechung gefährden¹⁷³. Schließlich werden ja bereits heute bisweilen Rechtsgebiete nur von bestimmten Berichterstattern bestritten¹⁷⁴, obgleich sie in unterschiedlichen Kammerbesetzungen ihre Voten verteidigen müssen.

Langfristig wird die interne Spezialisierung des EuGH auch den Rechtsdialog mit den nationalen Gerichten verbessern, die typischerweise nach Fachgebieten gegliedert und daher entsprechend professionalisiert sind; die Aussicht auf einen fachkundigen Spruchkörper könnte die Vorlagefreude gerade nationaler Obergerichte beträchtlich steigern¹⁷⁵.

Um eine fachgebietsorientierte Geschäftsverteilung am EuGH einzuführen, muss der Präsident nur nach Art 15 Abs 1 EuGH-VerfO dazu übergehen, fortan stets einen Berichterstatter aus der für das Vorabentscheidungsersuchen sachlich „zuständigen“ Fachkammer auszuwählen¹⁷⁶. Mittelfristig ist die EuGH-VerfO den Verfahrensordnungen des EuG und des EuGÖD anzupassen: Der Präsident weist das Vorabentscheidungsersuchen der zuständigen Kammer zu, deren Kammerpräsident schlägt dem Präsidenten einen Berichterstatter aus dem Kreis der kammerangehörigen Richter vor, der dann bestimmt wird¹⁷⁷. Weil Vorlagen sich nicht immer auf ein Rechtsgebiet beschränken, aber eine materielle Aufteilung von Vorabentscheidungsersuchen nicht nur meist schwer möglich, sondern vor allem auch einem zügigen und kohärenten Rechtsschutz abträglich ist, muss außerdem bei drohender Rechtsprechungsdivergenz zwischen den Kammern das Verfahren zwingend an die Große Kammer abgegeben werden.

170 Dazu oben II.B. (80).

171 Außerdem müssen sie jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten, Art 19 Abs 2 UAbs 3 EUV.

172 *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (466 f).

173 Zu diesem Einwand etwa *Hopt*, *RabelsZ* 66 (2002), 589 (596).

174 Dazu oben III.B.2. (88).

175 *Hopt*, *RabelsZ* 66 (2002), 589 (597 f); vgl. *Herresthal* (Fn 4), 72: Der EU fehlt ein „Kompetenzgericht“; *Hess* (Fn 1), 193.

176 *Riehm* (Fn 154), 224.

177 Dazu *Puttler*, *EuR* 2008, Beiheft 3, 133 (141 f).

Die Änderung seiner Verfahrensordnung kann der EuGH selbst beschließen; sie muss aber durch den Rat genehmigt werden (Art 253 Abs 6 AEUV)¹⁷⁸.

B. Systembildung durch Diskurs

Während bei Instanzgerichten der Dialog mit den *Parteien* die richterliche Entscheidungsfindung maßgeblich prägt, setzen sich Obergerichte eher mit der *Rechtsprechung* anderer Gerichte sowie mit Ansichten der *Wissenschaft* auseinander¹⁷⁹. Beim EuGH ist der Parteidiskurs zwar nicht völlig ausgeschlossen, doch mehr als eine Stellungnahme können Parteien des Ausgangsverfahrens meist nicht abgeben¹⁸⁰ und die mündliche Verhandlung wird mit der neuen Verfahrensordnung weiter an Bedeutung verlieren¹⁸¹. Dem EuGH bleibt also der Diskurs mit anderen Gerichten, der Wissenschaft sowie den Generalanwälten.

1. Diskurs mit anderen Gerichten

a. Diskurs mit vorlegenden Gerichten

Die selektive und bisweilen auch zufällige Fallauswahl¹⁸² und der Sachverhaltsmangel in Vorabentscheidungsverfahren¹⁸³ ließen sich durch einen intensiveren Dialog zwischen EuGH und vorlegenden Gerichten teilweise kompensieren. Die nationalen Gerichte sind dazu aufgerufen, mehr Fragen dem EuGH vorzulegen, statt sich hinter Acte-(e)claire-Doktrinen oder ständiger nationaler Rechtsprechung zu verstecken¹⁸⁴. Mehr Vorabentscheidungsersuchen bedeuten mehr Vorabentscheidungen; je mehr Rechtsprechung, desto eher wird eine Systematik zu erkennen sein. Das steht insbesondere beim derzeitigen *terra incognita* der Grundrechtecharta zu erwarten¹⁸⁵.

Dass der EuGH einer Vorlageflut ohne materielle Konzessionen standhalten wird, darf bezweifelt werden. Ein neuer „Keck-Effekt“ ist nicht ausgeschlossen, d.h. der EuGH kann die materielle Reichweite des Unionsrechts (seinerzeit beim Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit)¹⁸⁶ oder zumindest die Harmonisierungstiefe stutzen, indem er etwa die Beantwortung tiefergehender Fragen den nationalen Gerichten anheimstellt. Solche „Rückpässe“ sind vor allem beim Effektivitäts- und Äquivalenzgebot sowie beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beobachten¹⁸⁷.

Freilich können die zur Vorlage nach Art 267 Abs 3 AEUV *verpflichteten* letztinstanzlichen Gerichte auch nur vorlegen, was bei *ihnen* ankommt. Selbst wenn also die typischerweise letztinstanzlichen Obergerichte trick-

178 *Klinke*, EuR 2012, Beiheft 1, 61 (65 f).

179 *Schönberger*, VVDStRL 2011, 296 (305).

180 *Latzell/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (107).

181 *Latzell/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (108).

182 Dazu oben III.A.2. (84).

183 Dazu oben III.A.3. (86).

184 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (809); *Latzell/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (100 ff).

185 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (809).

186 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (809), dazu oben I.B.2. (77).

187 *Latzell/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (102).

reich versuchen wollen, den EuGH mit gezielt ausgesuchten Fällen verschiedener Fallgruppen zur Systembildung zu drängen, setzt das voraus, dass sie auch über entsprechende Fälle verfügen. Typischerweise lassen die nationalen Prozessordnungen aber nur Divergenzfälle und Fälle mit grundsätzlicher Bedeutung bis zu den vorlagepflichtigen Gerichten vordringen¹⁸⁸. Deswegen appelliert *Waltraud Hakenberg* zu Recht:

„Auch unterinstanzliche Gerichte, oder sogar vor allem sie, die ein weitaus größeres Spektrum an Verfahren zu beurteilen haben als oberste Gerichte, sollten sich darüber im klaren sein, daß sie die Herbeiführung wichtiger integrativer Entscheidungen des EuGH beeinflussen und damit einer Herausarbeitung vernünftiger Auslegungsprinzipien des harmonisierten Rechts dienen können. Insoweit kommt ihnen in hohem Grade Verantwortlichkeit zu“¹⁸⁹.

b. Diskurs mit nicht-vorlegenden Gerichten

Zur Systembildung kann auch der Diskurs mit Gerichten beitragen, die den EuGH nicht um Vorabentscheidung ersuchen können oder (bislang) nicht wollen. Das gegenseitige Lernen findet hier über die Kenntnisnahme, Adaption oder begründete Ablehnung der Urteile des jeweils anderen statt. Die positiven Seiten des zwischengerichtlichen Diskurses, wie etwa die Übernahme von einer national bewährten Grundrechtsdogmatik bei der Auslegung der Grundrechtecharta¹⁹⁰, werden freilich bisweilen überschattet von Machtkämpfen oder „Auslegungshoheiten“. Bekannt ist vor allem der Kampf um das „letzte Wort“ zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, insbesondere dem deutschen BVerfG – eine Kontroverse, die hier nicht nachgezeichnet werden soll¹⁹¹.

Hingewiesen sei auch nur auf den Diskurs zwischen dem EuGH und anderen internationalen Gerichten¹⁹², insbesondere auf die Auseinandersetzung mit dem EGMR¹⁹³. Dessen Entscheidungen werden auf jeden Fall

188 Eingehend *Hergenröder* (Fn 56), 52 ff.

189 *Hakenberg*, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (380); anschaulich der Erfahrungsbericht des erstinstanzlichen Richters *Sickerling* in *Gsell/Hau* (Hrsg), *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem* (2012), 63 ff, über seine Vorlage im Verfahren C-296/10 (*Purrucker II*) – entschieden vom EuGH am 9.11.2010, *NJW* 2011, 363; zu parallelen und konkurrierenden Vorlagen in gleichen Rechtsfragen: *Hau* in *Gsell/Hau* (Hrsg), *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem* (2012), 83 ff; kontraproduktiv hingegen das unionswidrige „Vorlageverbot“ des BVerfG, dazu oben (Fn 76).

190 Dazu *Lenaerts*, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, *EuR* 2012, 3 (14 f).

191 Dazu etwa *Möllers/Redcay*, Das Bundesverfassungsgericht als europäischer Gesetzgeber oder als Motor der Union?, *EuR* 2013, 409 (410 ff); *Latzel*, *JZ* 2014, 392 (393); vgl Fn 77.

192 *Baudenbacher/Bergmann* in *Haltern/Bergmann* (Hrsg), der EuGH in der Kritik (2012), 191 (236 f); eingehend *Lock*, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten (2010); speziell zum Verhältnis zum EFTA-Gerichtshof: *Baudenbacher* in *Hilf/Kämmerer/König* (Hrsg), *Höchste Gerichte an ihren Grenzen* (2007), 87 ff.

193 *Lock* (Fn 192), 243 ff.

die Auslegung der Grundrechtecharta beeinflussen, wie es Art 6 Abs 3 EUV und Art 52 Abs 3 GRC verlangen. Bislang hat der EuGH die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR aber eher den Generalanwälten überlassen¹⁹⁴. Der EMRK-Beitritt der EU verspricht hier, dem EuGH mit dem EGMR einen weiteren Konterpart neben den nationalen Verfassungsgerichten entgegen zu setzen¹⁹⁵.

2. Diskurs mit der Wissenschaft

Aus Sicht einer vom Systemstreben beseelten Rechtswissenschaft ist natürlich auch die mangelnde Auseinandersetzung des EuGH mit Literaturmeinungen ein Grund für defizitäre Systembildung¹⁹⁶. Auch wenn die interne Befassung mit wissenschaftlichen Aufsätzen behauptet wird¹⁹⁷, ja der EuGH einen eigenen wissenschaftlichen Dienst unterhält, ist ein gegenseitig befruchtender Rechtsdialog freilich nicht möglich, wenn die Bezug- und Stellungnahme auf Literatur in den Urteilsgründen ausbleibt, ja schon bei der Urteilsfindung offenbar keine Rolle spielt:

„Die wissenschaftliche Rezeption ist natürlich wichtig, aber darüber machen wir uns bei der Urteilsfindung nicht zu viele Gedanken“¹⁹⁸.

Freilich ist der Diskurs mit der Wissenschaft keine *prozedurale* Voraussetzung richterrechtlicher Systembildung¹⁹⁹, weshalb hier die Frage nicht weiter vertieft werden soll.

3. Diskurs mit Generalanwälten

Die Generalanwälte können das Scharnier zwischen Wissenschaft und Rechtsprechung bilden. Sie sind keinen richterlichen Kooperationszwängen unterworfen, sondern können dank ihrer „natürlichen Außenseiterrolle“ den Blick weg vom Einzelfall hin zur Systematik im Ganzen wenden und

194 Etwa zur Koalitionsfreiheit (Art 11 EMRK, Art 12 GRC): GA *Villalón*, Schlussanträge 19.2.2013 – C-426/11 (*Alemo-Herron ua*) – curia.eu (Rn 43), unter Verweis auf EGMR 30.6.1993 – 24/1992/369/443 (*Sigurjónsson/Island*) – ÖJZ 1994, 207, EGMR 25.4.1996 – 18/1995/524/610 (*Gustafsson/Schweden*) – AuR 1997, 408 und EGMR 27.4.2010 – 20161/06 (*Ólafsson/Island*) – <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98443> [16.5.2014].

195 *Lock* (Fn 192), 288 ff; *Polakiewicz*, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2013, 472 ff; eingehend *Spiekermann*, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis des EuGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz (2013).

196 Ebenso C. *Wolf*, JA 9/2011, I (Editorial); eingehend *Hatje/Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“, EuR 2014, 155 ff.

197 Vgl *Ahl* (Fn 14), 35; *Hakenberg*, RabelsZ 66 (2002), 367 (375), meint, dass Literatur vom EuGH wenn überhaupt nur in englischer oder französischer Sprache berücksichtigt wird.

198 *Von Danwitz* (Fn 51).

199 Anders im Völkerrechtsgewohnheitsrecht (Art 38 Abs 1 lit d IGH-Statut: „Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“), *Gärditz*, AVR 45 (2007), 1 (30 f).

den Gerichtshof entsprechend zu überzeugen versuchen²⁰⁰. Freilich müssen sie dafür bisweilen einen langen Atem haben²⁰¹.

Zweifelsohne sind die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen bestrebt, die zu entscheidende Rechtsfrage in den Kontext bisheriger Judikatur wie auch des geschriebenen Unionsrechts zu stellen und Systembildung zu betreiben. So lobenswert es dabei ist, dass sie auch über die Ansichten der Verfahrensbeteiligten hinaus systematische Erwägungen treffen, so sehr wird es bedauert, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens auf die Schlussanträge nicht erwidern können²⁰² und der EuGH nur gelegentlich die Systemgedanken der Generalanwälte explizit aufgreift.

Gleichwohl ist die Bedeutung der Generalanwälte, die durch ihre Schlussanträge und Stellungnahmen dem EuGH unmittelbar „ins Gewissen reden“ können, für die richterrechtliche Systembildung nicht zu unterschätzen, wie *Karpenstein* zutreffend konstatiert:

„Indem sich die Generalanwälte im Rahmen ihrer gutachterlichen Tätigkeit mit der Rspr. und den Lehrmeinungen kritisch auseinandersetzen, entsteht schließlich eine gewisse Rückkoppelung der Schlussanträge auf Rechtsprechung und Doktrin und damit eine stärkere Kohärenz und Transparenz der Rechtsprechung insgesamt. Damit schlägt der Generalanwalt die Brücke zwischen Einzelfallentscheidung und Forschung und Lehre. Gegebenenfalls kann damit einer Erstarrung der Rechtsprechung des Gerichtshofes entgegengewirkt werden“²⁰³.

V. Fazit

Der EuGH hat noch viel Potential in Sachen richterrechtlicher Systembildung. Die prozeduralen Voraussetzungen dafür sind vor allem eine EuGH-interne Geschäftsverteilung nach Fachgebieten sowie möglichst vielfältige Vorabentscheidungsersuchen von nationalen (Instanz-)Gerichten, um den EuGH auch mit hinreichend Fällen für eine systematische Rechtsprechung zu versorgen. Je mehr sich der Gerichtshof auf einen Diskurs mit anderen Gerichten, den Generalanwälten sowie der Wissenschaft einlässt, desto eher wird seine Rechtsprechung an Dogmatik, argumentativer Schärfe und Berechenbarkeit gewinnen und damit der Rechtssicherheit in Europa dienlich sein.

Freilich ist das Unionsrecht (noch) keine vollständige Rechtsordnung, in der sich die EuGH-Richter so frei bewegen können wie ihre Kollegen in den Mitgliedstaaten. Doch auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist kein Verbot richterrechtlicher Systembildung – soweit das Unionsrecht reicht. Wenn nach der Rechtsprechung des EuGH der gesamte

200 *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (472).

201 *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (472), unter Verweis GA *Jacobs*, Schlussanträge 21.3.2001 – C-500/00 P (*Unión de Pequeños Agricultores/Rat*) – EUGRZ 2002, 420, die sogar in Art 263 Abs 4 AEUV aufgenommen wurden.

202 *Hakenberg*, *RabelsZ* 66 (2002), 367 (376); *Niestedt* (Fn 1), 28 f.

203 *Karpenstein* (Fn 50), 50. EL (5/2013), Art 252 AEUV Rn 16; kritisch hingegen *Niestedt* (Fn 1), 26.

von einer Richtlinie geregelte Lebenssachverhalt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt²⁰⁴ und insoweit die alleinige Rechtsauslegungs- und Rechtsanwendungskompetenz der Mitgliedstaaten ausgeschaltet ist, muss der EuGH diese Lücke soweit ausfüllen. Wo über Jahrzehnte von nationalen Gerichten und Rechtswissenschaftlern Dogmatiken entwickelt und etabliert wurden, darf durch Übertragen der Kompetenz auf den EuGH nicht traurige Case-Law-Leere eintreten. Freilich gilt insofern auch heute noch das Fazit von *Lorenz Fastrich*: „Dogmatische Ausdifferenzierung ist ein Reifeprozess. Das Europäische Recht steht in vielem erst am Anfang“²⁰⁵.

204 EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (*Kücükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn 25).

205 *Fastrich*, Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, 65 (78).