Stud. jur. Tobias Zern, Kiel*

Kontrollmaßstab bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Vorlagepflicht an den EuGH

(zugleich Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 22.09.2011 – 2 BvR 947/11)

Seit der Solange-II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vor gut 25 Jahren ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) als gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anerkannt. Bei der Überprüfung der fachgerichtlichen Nichtvorlage entscheidungserheblicher Fragen des Unionsrechts beschränkt sich das BVerfG traditionell auf eine bloße Willkürkontrolle. Der insofern anzulegende Prüfungsmaßstab scheint zwischen den Kammern der beiden Senate jedoch nicht mehr unumstritten zu sein. Eine aktuelle Entscheidung des Zweiten Senats vertieft diesen Befund und wirft bezüglich des Verhältnisses des BVerfG zum EuGH neue Fragen auf.

I. Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Mit nahezu der Hälfte aller vor dem BVerfG eingelegten Verfassungsbeschwerden werden Verletzungen von Justiz- und Verfahrensgrundrechten geltend gemacht.[1] Der

* Der Autor studierte Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt Völker- und Europarecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Kolloquiums zu aktuellen examensrelevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Wintersemester 2011/2012.

1 *Klaus Schlaich/Stefan Korioth,* Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl. 2010, Rn. 321.

Rechtsprechung des Gerichts zu den grundrechtsgleichen Rechten in Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 1, Art. 104 sowie Art. 19 Abs. 4 GG kommt insoweit entscheidende Bedeutung zu. Dies gilt umso mehr, als der EuGH seit nunmehr einem Vierteljahrhundert vom BVerfG als gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anerkannt ist.[2] Die willkürliche Nichtvorlage eines letztinstanzlichen Fachgerichts an den EuGH in einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts ist damit verfassungsbeschwerdefähig.[3]

Hinsichtlich des insofern anzulegenden Prüfungsmaßstabs ist seit einiger Zeit ein gewisser Dissens zwischen den beiden Senaten des BVerfG zu konstatieren.[4] Im sog. „Honeywell"-Beschluss hatte der Zweite Senat zunächst einer Kammer des Ersten Senates vorgeworfen, vom Willkürmaßstab abzuweichen.[5] Hierauf hatte der Erste Senat wiederum mit der Ankündigung reagiert, bei EU-Grundrechtseingriffen künftig nicht mehr auf eine bloße Willkürkontrolle beschränkt zu sein.[6] Die Kontroverse findet ihre Fortsetzung in einer neueren Entscheidung der 2. Kammer des Zweiten Senats[7] betreffend die Auslegung der Richtlinie 2006/126/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über den Führerschein (3. Führerscheinrichtlinie)[8]. Dieser Kammerbeschluss soll zunächst in seinen wesentlichen Grundzügen sowie im Kontext der mit ihm in direktem oder indirektem Zusammenhang stehenden Entscheidungen dargestellt werden (II.). Daran anknüpfend werden Funktion und Umfang des unionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV sowie die sich hieraus für entsprechende Rechtsbehelfe zur Kontrolle der Vorlagepflicht ergebenden Vorgaben skizziert (III.). In diesem Lichte soll der Frage nachgegangen werden, ob sich die Entscheidung des Zweiten Senats in die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zur Vorlagepflicht einreiht und inwieweit Diskrepanzen festzustellen sind (IV.). Abschließend wird der Versuch einer Gesamtwürdigung der Entscheidung unter unions- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unternommen (V.) sowie ein kurzes Fazit gezogen (VI.).

II. Sachverhalt und Entscheidungen

Der Beschwerdeführer war wiederholt wegen Alkoholdelikten im Straßenverkehr belangt worden. Das zuständige Amtsgericht verhängte gegen ihn wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis eine isolierte Sperre für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis nach § 69 Abs. 1 S. 3 StGB. Nach Ablauf der neunmonatigen Sperre, jedoch noch vor deren Tilgung im Verkehrszentralregister, erwarb der Beschwerdeführer eine Fahrerlaubnis in der Tschechischen Republik, in welcher sein tschechischer Zweitwohnsitz eingetragen war. Da er von dieser Fahrerlaubnis fortan auch in der Bundesrepublik Deutschland Gebrauch machte, wurde der Beschwerdeführer wegen vorsätzlichen Fahrens ohne gültige Fahrerlaubnis nach § 21 StVG in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Monaten verurteilt.[9] Die dagegen eingelegten Rechtsmittel der Berufung und Revision wurden als unbegründet verworfen.[10] § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 der Fahrerlaubnisverordnung (FeV), so das Oberlandesgericht Nürnberg (OLG Nürnberg), versage das Recht, von einer ausländischen EU-Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen, wenn eine isolierte Sperre für die Erteilung der Fahrerlaubnis im Inland verhängt worden sei. Zum Zeitpunkt des Erwerbs der Fahrerlaubnis in der Tschechischen Republik sei die verhängte Sperre zwar bereits abgelaufen gewesen; entscheidend komme es jedoch darauf an, dass diese gem. § 28 Abs. 4 S. 3 FeV i. V. m. § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StVG weiterhin im Verkehrzentralregister eingetragen und noch nicht tilgungsreif sei. Dies habe zur Folge, dass die Anerkennung der in der Tschechischen Republik erworbenen Fahrerlaubnis versagt werden müsse. Da diese Auslegung auch mit dem Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union, insbesondere Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2 der 3. Führerscheinrichtlinie vereinbar sei, würde eine Vorlage an den EuGH sich erübrigen.

Nach Auffassung des Zweiten Senats des BVerfG hatte das OLG Nürnberg damit dem Beschwerdeführer entgegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG seinen gesetzlichen Richter entzogen. Das OLG habe den ihm hinsichtlich einer Vorlage an den EuGH zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten und eine Auslegung der 3. Führerscheinrichtlinie vorgenommen, die weder auf vertretbare rechtliche noch tatsächliche Anhaltspunkte gestützt werden könne. Der Zweite Senat verwies zur Begründung auf seine eigene Rechtsprechung zum Kriterium der Vertretbarkeit[11] und untersuchte folglich nicht die fachgerichtliche Nichtvorlage als solche, sondern vielmehr das vom OLG entwickelte Entscheidungsergebnis in materieller Hinsicht. Der Europäische Normgeber habe im Hinblick auf die Bedeutung der Verkehrssicherheit gegenüber der Freizügigkeit der Unionsbürger keinen Paradigmenwechsel vollzogen; eine restriktivere Auslegung der 3. Führerscheinrichtlinie zur Bekämpfung des Führerscheintourismus sei daher nicht geboten. Vielmehr besitze der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Führerscheinen in der Europäischen Union seit Inkrafttreten der Richtlinie 91/439/

2 BVerfGE 73, 339 (366 f.); 75, 223 (233 f.); 82, 159; BVerfG, Beschl. v. 04.11.1987 – 2 BvR 876/85; BVerfG, Beschl. v. 09.11.1987 – 2 BvR 808/82.

3 *Matthias Herdegen*, Europarecht, 13. Aufl. 2011, § 9 Rn. 36; *Edin Šarčević*, Der EuGH als gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), DÖV 2000, 941 (945 f.).

4 *Matthias Bäcker*, Der EuGH als gesetzlicher Richter, NJW 2011, 270 f.

5 BVerfG, NJW 2010, 3422 (3427).

6 BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, Rn. 88 f.

7 BVerfG, Beschl. v. 22.09.2011 – 2 BvR 947/11.

8 ABl. L 403/18.

9 AG Erlangen, Urt. v. 20.05.2010 – 6 Ds 915 Js 140982/10.

10 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 08.11.2010 – 15 Ns 915 Js 140982/10; OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.03.2011 – 1 St OLG Ss 42/11.

11 BVerfG, Beschl. v. 22.09.2011 – 2 BvR 947/11, Rn. 14.

EWG (2. Führerscheinrichtlinie)[12] unverändert Geltung. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH stelle allein auf die Sperrfrist ab, welche zum Zeitpunkt des Erwerbs des Führerscheins durch den Beschwerdeführer bereits abgelaufen war. Die Möglichkeit, sonstige Fristen vorzusehen, wie etwa eine zehnjährige Tilgungsfrist von Einträgen im Verkehrszentralregister nach § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StVG, werde von Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2 der 3. Führerscheinrichtlinie nicht erfasst. § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 i. V. m. S. 3 FeV führe zu einer Ungleichbehandlung von Kraftfahrern, die eine neue ausländische und solchen, die eine neue inländische Fahrerlaubnis erworben haben und verstoße selbst bei sekundärunionsrechtskonformer Auslegung gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Die Rechtssache wurde unter Aufhebung des Beschlusses an das OLG zurückverwiesen. Nach Ansicht des Zweiten Senats wäre entweder die Initiierung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH oder die Aussetzung des Revisionsverfahrens bis zur Entscheidung über eine entsprechende Vorlagefrage des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs[13] bezüglich der Vereinbarkeit von § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 FeV mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie angezeigt gewesen.

Der EuGH hat mit Urteil vom 26.04.2012[14] über diese Vorlagefrage befunden und darin den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Führerscheinen im Wesentlichen bestätigt sowie eine restriktivere Auslegung der 3. Führerscheinrichtlinie verneint. Aus den Schlussanträgen des Generalanwalts *Yves Bot*[15] wird jedoch eine hiervon abweichende Rechtsauffassung deutlich. Ziel der Richtlinie, so der Generalanwalt, sei es gerade nicht, den Führerschein in einem benachbarten Mitgliedstaat zu beantragen, um von den dort möglicherweise weniger strengen Voraussetzungen für dessen Ausstellung Gebrauch zu machen.[16] Die Richtlinie ziele nicht nur auf die Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung von Führerscheinen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten ab, sondern bezwecke auch die Gewährleistung der Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer auf dem Gebiet der Union.[17] Aus den Vorarbeiten zur Richtlinie ergebe sich, dass der Unionsgesetzgeber verstärkt gegen den Führerscheintourismus und damit auch gegen die Unsicherheit im Straßenverkehr vorgehen wolle.[18] Daher seien Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2 der Richtlinie dahingehend auszulegen, dass ein Mitgliedstaat die Anerkennung der Gültigkeit eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins ablehnen muss, sobald ein früherer Führerschein des Inhabers in dem erstgenannten Mitgliedstaat eingeschränkt, ausgesetzt oder entzogen wurde.[19]

12 ABl. L 237, 1.

13 BayVGH, DAR 2010, 596 (597).

14 EuGH, 26.04.2012, Rs. C-419/10 – *Hofmann/Freistaat Bayern*.

15 Generalanwalt *Yves Bot*, Schlussanträge, EuGH, 10.11.2011, Rs. C-419/10 – *Hofmann/Freistaat Bayern*.

16 GA *Bot* (Fn. 15), Rn. 24, 63.

17 GA *Bot* (Fn. 15), Rn. 63.

18 GA *Bot* (Fn. 15), Rn. 43 ff.

19 GA *Bot* (Fn. 15), Rn. 65.

III. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV

1. Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens

Um die Entscheidung des Zweiten Senats näher zu beleuchten, sind zunächst die unionsrechtlichen Grundlagen der Vorlagepflicht in den Blick zu nehmen. So liegt die Verantwortung für die Wahrung und Durchsetzung des Unionsrechts nicht allein auf den Schultern des Unionsrichters,[20] sondern erfolgt in einer Kooperation zwischen dem EuGH und den nationalen Fachgerichten, die insoweit funktional als Unionsgerichte tätig werden.[21] Da das Unionsrecht von nationalen Organen vollzogen wird, gegen deren Rechtsakte vor nationalen Gerichten Rechtsschutz gewährt wird, kommt den deutschen Gerichten aus dem in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Prinzip der effektiven Zusammenarbeit grundsätzlich die Aufgabe zu, über die Einhaltung des Unionsrechts zu wachen.[22] Nach der Rechtsprechung des EuGH resultiert aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts daher auch eine Nichtanwendungs- und Verwerfungskompetenz mitgliedstaatlicher Gerichte gegenüber unionsrechtswidrigem nationalen Recht.[23] Auch das BVerfG anerkennt dies als notwendige Folge der Übertragung von Hoheitsrechten und überlässt die Lösung des Normenkonflikts zwischen Unionsrecht und nationalem Gesetzesrecht ebenso ausdrücklich den Instanzgerichten.[24] Wenn ein deutsches Gericht eine nationale Vorschrift für unionsrechtswidrig hält, so ist es mithin von Amts wegen verpflichtet, diese im konkreten Fall nicht anzuwenden und gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten – unabhängig davon, ob es sich bei der einschlägigen Norm um eine untergesetzliche Vorschrift oder um ein Parlamentsgesetz handelt.[25] Hierdurch soll die einheitliche Auslegung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sowie die Kontrolle des sekundären Unionsrechts durch den EuGH sichergestellt werden.[26] Der Gerichtshof befindet im Verfahren nach Art. 267 AEUV über die Auslegung und die Gültigkeit des Unionsrechts; über dessen Vereinbarkeit mit nationalem Recht haben die nationalen Gerichte im Lichte der ergehenden Vorabentscheidung

20 *Ernst-Werner Fuß*, Die Verantwortung der nationalen Gerichte für die Wahrung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Roland Bieber et al. (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation, Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, 1981, 171 (196).

21 *Herdegen*, EuR (Fn. 3), § 9 Rn. 26.

22 *Fuß*, GS Sasse (Fn. 20), 171 ff.

23 EuGH, 09.03.1978, Rs. 106/77 – *Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal*, Slg. 1978, 629 ff.

24 BVerfGE 31, 145 (174 f.); 85, 191 (204 f.).

25 EuGH, 19.06.1990, Rs. C-213/89 – *Factortame I*, Slg. 1990, I-2433.

26 EuGH, 16.01.1974, Rs. 166/73 – *Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel*, Slg. 1974, 38, Rn. 2.

jedoch selbst zu befinden.[27] Als „Kohärenzwächter“[28] des Unionsrechts kann der Gerichtshof einem Rechtsanwendungschaos insoweit vorbeugen, als sein Spruch aufgrund seines Auslegungs- und Verwerfungsmonopols[29] über das Unionsrecht für alle Mitgliedstaaten verbindlich ist.[30]

2. Vorlageberechtigung nach Art. 267 Abs. 2 AEUV

Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV ist jedes mitgliedstaatliche Gericht dazu berechtigt, eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts dem EuGH vorzulegen. Dem nationalen Richter steht hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Vorlage ein Beurteilungsspielraum zu.[31] Eine Kontrolle durch den Gerichtshof findet insofern nur in Bezug auf die Annahme nicht entscheidungserheblicher oder nicht ausreichend begründeter Auslegungsfragen statt.[32] Der Beurteilungsspielraum des nationalen Gerichts bezüglich einer Vorlage ist jedoch dann auf Null reduziert, wenn es eine Vorschrift des Unionsrechts oder eine sonstige Handlung eines Unionsorgans für ungültig erachtet und außer Anwendung lassen will; in diesem Fall ist stets eine Klärung durch den EuGH herbeizuführen.[33] Dies folgt zwingend aus der „Foto-Frost“-Rechtsprechung des EuGH, wonach die Verwerfungskompetenz über das Unionsrecht beim Gerichtshof monopolisiert ist und nationale Gerichte nicht befugt sind, die Ungültigkeit von Handlungen der Unionsorgane festzustellen.[34]

3. Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV

a) Vorlagepflicht der Fachgerichtsbarkeit

Anders liegen die Dinge, wenn in einem anhängigen Verfahren vor einem letztinstanzlichen Gericht eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts gestellt wird.[35] Ein solches Gericht ist dann nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anrufung des EuGH verpflichtet. Als letztinstanzlich werden nach der abstrakt-institutionellen Theorie[36] diejenigen Gerichte angesehen, die unabhängig vom konkreten Rechtsstreit in dem jeweiligen Rechtsweg die letzte Instanz bilden; in der Bundesrepublik Deutschland sind dies die fünf obersten Gerichtshöfe des Bundes.[37] Für diese Ansicht wird angeführt, dass die mit dem Vorabentscheidungsverfahren bezweckte Sicherung der Rechtseinheit durch eine alleinige Vorlagepflicht der gerichtsverfassungsrechtlich letztinstanzlichen Gerichte in hinreichendem Maße gewährleistet ist und die europäische Gerichtsbarkeit im Übrigen entlastet werden soll.[38] Nach der konkreten Theorie[39] sind dagegen all diejenigen Gerichte als letztinstanzlich zu qualifizieren, deren Entscheidungen im jeweiligen Einzelfall nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn gegen eine erstinstanzliche Entscheidung bereits erfolglos Berufung und Revision eingelegt wurde, sondern auch, wenn Rechtsmittel gegen ein Urteil unzulässig sind, weil der dafür erforderliche Streitwert nicht erreicht wird. Für die konkrete Theorie spricht der Zweck des Verfahrens nach Art. 267 AEUV, der nicht nur in der Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung, sondern auch in der Leistung wirksamen Individualrechtsschutzes[40] zu erblicken ist. Der EuGH geht mit der herrschenden Lehre implizit von einer konkreten Betrachtungsweise aus,[41] nach der prinzipiell jedes nationale Gericht letztinstanzlich i. S. d. Art. 267 Abs. 3 AEUV sein kann.[42]

b) Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts

Umstritten ist, in welchem Maße auch für das BVerfG selbst eine Bindung an die Vorlagepflicht besteht. Nach der abstrakt-institutionellen Betrachtungsweise wird das Gericht als generell letztinstanzlich qualifiziert.[43] Dies hätte zur Folge, dass das BVerfG auch bei außerordentlichen Rechtsbehelfen wie konkreten Normenkontrollen und auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerden Fragen bezüglich der Anwendbarkeit

27 EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251/1269 ff.; EuGH, 15.12.1993, Rs. C-292/92 – *Hünermund*, Slg. 1993, I-6787/6820, Rn. 8; EuGH, 13.03.1984, Rs. 16/83 – *Prantl*, Slg. 1984, 1299/1324, Rn. 10; *Herdegen*, EuR (Fn. 3), § 9 Rn. 27.

28 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, 473 (477).

29 EuGH, 22.10.1987, Rs. 314/85 – *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Slg. 1987, 4199, Rn. 11 ff.

30 *Klaus Möller*, Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter, 1987, S. 141; BVerfGE 52, 187 (200).

31 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415 ff.

32 EuGH, 16.12.1981, Rs. 244/80 – *Foglia/Novello*, Slg. 1980, 3045/3062 Rn. 18 ff.; EuGH, 08.07.1998, Rs. C-9/98 – *Agostini*, Slg. 1998, I-4261/4262, Rn. 4 ff.; EuGH, 25.05.1998, Rs. C-361/97 – *Nour/Burgenländische Gebietskrankenkasse*, Slg. 1998, I-3101/3106, Rn. 12 ff.

33 *Bernhard W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Kommentar), 4. Aufl. 2011, Art. 267 AEUV Rn. 28.

34 EuGH, 22.10.1987, Rs. 314/85 – *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Slg. 1987, 4199, Rn. 11 ff.

35 *Juliane Kokott* et al., Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, 633 (634).

36 *Christian Tomuschat*, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften, 1964, S. 44.

37 *Alexander Thiele*, Europäisches Prozessrecht – Verfahrensrecht vor dem EuGH. Ein Studienbuch, 4. Aufl. 2007, § 9 Rn. 61.

38 *Albert Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 921.

39 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 33), Art. 267 AEUV Rn. 27; *Markus Warnke*, Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG im Vergleich zu den Verfassungsgerichtsbarkeiten der EG-Mitgliedstaaten, 2004, S. 39; *Thomas Oppermann* et. al., Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 9 Rn. 57.

40 *Ulrich Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV (Kommentar), 45. EL 2011, Stand: August 2011, Art. 267 AEUV Rn. 3.

41 EuGH, 04.06.2002, Rs. C-99/00 – *Lyckeskog*, Slg. 2000, I-4839, Rn. 14 ff.

42 *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 40), August 2011, Art. 267 AEUV Rn. 52.

43 *Thiele*, EuProzessR (Fn. 37), § 9 Rn. 61.

von Unionsrechtsakten dem EuGH vorlegen müsste.[44] Nach der konkreten Betrachtungsweise hingegen kann dem BVerfG nur in wenigen der in Art. 93 Abs. 1 GG bzw. § 13 BVerfGG aufgeführten Verfahren eine Vorlagepflicht zukommen, namentlich in Bund-/Länder-, Organstreit- und Parteiverbotsverfahren sowie bei abstrakten Normenkontrollen.[45]

Obwohl das Gericht seine eigene Bindung an das Vorabentscheidungsverfahren durchaus anerkennt[46], hat es selbst – im Unterschied zu den meisten obersten nationalen Gerichten anderer Mitgliedstaaten[47] – noch nie von Art. 267 AEUV (sowie den entsprechenden Vorgängervorschriften) Gebrauch gemacht und besitzt insoweit keine Erfahrung in der Zusammenarbeit mit dem EuGH.[48] Soweit es Auslegungsfragen zu klären gilt, bedient es sich vielmehr regelmäßig der vertraglich nicht vorgesehenen Befragung von Beamten der Europäischen Kommission.[49]

4. Ausnahmen von der Vorlagepflicht

Eine Vorlagepflicht an den EuGH besteht nach der sog. „CILFIT"-Rechtsprechung[50] dann nicht, wenn die betreffende Rechtsfrage durch eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH gelöst wurde[51], die gestellte Frage in einem gleich gelagerten Fall bereits entschieden wurde (sog. *acte éclairé*)[52] oder die richtige Anwendung des Unionsrechts so offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel an der gestellten Frage kein Raum bleibt (sog. *acte clair*).[53] Die Beurteilung des Vorliegens einer Offenkundigkeit und Zweifelsfreiheit der richtigen Anwendung obliegt zwar primär dem nationalen Gericht,[54] wird jedoch durch die Aufstellung für die Mitgliedstaaten kaum erfüllbarer Kriterien durch den EuGH wieder konterkariert:[55] Nachdem der französische Conseil d'Etat im Jahre 1979 entgegen einer schon lange gefestigten Rechtsprechung des EuGH[56] eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien verneinte,[57] verlangt der Gerichtshof für das Vorliegen eines *acte clair* eine strenge Verobjektivierung des betreffenden Rechtsakts unter einer umfassenden Berücksichtigung verschiedener Sprachen, Terminologien sowie ihres unionsrechtlichen Gesamtkontextes.[58] Diesen hohen Anforderungen können mitgliedstaatliche Gerichte nicht immer Rechnung tragen, so dass das mit der *acte-clair*-Doktrin verfolgte Ziel einer effektiven Entlastung des EuGH ein Stück weit leer läuft.[59]

Von einer Vorlage absehen dürfen letztinstanzliche Gerichte zudem in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, soweit die Auslegung des Unionsrechts in Rede steht.[60] Die Vorabentscheidung des EuGH wird dann im Hauptsacheverfahren nachgeholt, wobei das von einer Vorlage absehende Gericht im Interesse des mit Art. 267 Abs. 3 AEUV bezweckten Individualrechtsschutzes darauf hinzuweisen hat.[61] Wird dagegen die Gültigkeit eines Unionsrechtsaktes in Zweifel gezogen, so ist diese Frage noch in demselben Verfahren dem EuGH vorzulegen;[62] ein auf dem suspendierten Rechtsakt beruhender nationaler Vollzugsakt darf nur dann ausgesetzt werden, wenn die Entscheidung dringlich ist, dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden droht und das Interesse der Union an der effektiven Umsetzung des Unionsrechts angemessen berücksichtigt wird.[63]

5. Rechtswirkungen der Vorabentscheidung

Bei Entscheidungen des Gerichtshofs über die verbindliche Auslegung[64] bindet das Urteil im Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich *inter partes* nur das vorlegende Gericht sowie die im Ausgangsverfahren entscheidenden Instanzgerichte.[65] Gleichwohl können die vorgenommenen Auslegungen unionsrechtlicher Vorschriften mittelbar auch Auswirkungen auf ähnlich gelagerte Verfahren haben.[66] Anders verhält es sich jedoch in

44 *Rudolf Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht – Die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht, 1989, S. 157; *Šarčević* (Fn. 3), DÖV 2000, 941 (946).

45 *Jan Bergmann/Ulrich Karpenstein*, Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, ZEuS 2009, 529 (541).

46 BVerfGE 45, 142 (162); 75, 223 (234).

47 *Franz C. Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 559 (564 f.)

48 *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 40), August 2011, Art. 267 AEUV Rn. 5; *Thomas Trautwein*, Zur Rechtsprechungskompetenz des BVerfG auf dem Gebiet des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JuS 1997, 893 (896).

49 *Bergmann/Karpenstein* (Fn. 45), ZEuS 2009, 529 (541).

50 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415.

51 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415, 3429, Rn. 14.

52 So bereits EuGH, 27.03.1963, Rs. 28-30/62 – *Da Costa*, Slg. 1963, 63, 81.

53 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415, 3429, Rn. 16.

54 EuGH, 15.09.2005, Rs. C-495/03 – *Intermodal Transports*, Slg. 2005, I-8151, Rn. 37.

55 *Katharina Hummert*, Neubestimmung der acte-clair-Doktrin im Kooperationsverhältnis zwischen EG und Mitgliedstaat, 2006, S. 34 f.

56 EuGH, 06.10.1970, Rs. 9/70 – *Franz Grad/Finanzamt Traunstein; „Leberpfennig"*, Slg. 1970, 825 ff.; EuGH, 21.10.1970, Rs. 20/70 – *Lesage/Hauptzollamt Freiburg*, Slg. 1970, 861 ff.

57 Conseil d'Etat, EuGRZ 1979, 251 – *Cohn Bendit*.

58 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415, 3429, Rn. 20.

59 *Hummert* (Fn. 55), S. 40 f.

60 EuGH, 24.05.1977, Rs. 107/76 – *Hoffmann/La Roche/Centrafarm*, Slg. 1977, 958, Rn. 5.

61 OVG Saarlouis, Beschl. v. 22.01.2007 – 3 W 14/06.

62 EuGH, 09.11.1995, Rs. C-465/93 – *Atlanta*, Slg. 1995, I-3761 Rn. 30, 33, 51; EuGH, 06.12.2005, Rs. C-461/03 – *Gaston Schul*, Slg. 2005, I-10513, Rn. 18.

63 EuGH, 21.02.1991, Rs. C-143/88 u. 92/89 – *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Slg. 1991, I-415, Rn. 33.

64 EuGH, 03.02.1977, Rs. 52/76 – *Benedetti/Munari*, Slg. 1977, 163, 193 f.

65 EuGH, 24.06.1969, Rs. 29/68 – *Deutsche Milchkontor/Hauptzollamt Saarbrücken*, Slg. 1969, 165, Rn. 3.

66 *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 40), August 2011, Art. 267 AEUV Rn. 99.

den Fällen, in denen gem. Art. 267 Abs. l lit. b) AEUV die Ungültigkeit sekundären Unionsrechts festgestellt wurde: Hier entfaltet die Entscheidung des Gerichtshofs eine über die im Ausgangsverfahren Beteiligten hinausgehende allgemeine Bindungswirkung *erga omnes*.[67] Sowohl Gerichte als auch sonstige mitgliedstaatliche Stellen sind aufgrund des Ungültigkeitsverdikts gehalten, ihren Entscheidungen keine ungültigen Unionsrechtsakte mehr zugrunde zu legen.[68] Dann ist für den Fachrichter die Anwendung der ursprünglich entgegenstehenden nationalen Norm angezeigt; bezüglich des weiterhin gültigen innerstaatlichen Umsetzungs- oder Durchführungsakts des für ungültig erklärten Sekundärunionsrechts kann zudem eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in Betracht kommen.[69]

IV. Rechtsschutz gegen unterbliebene Vorlagen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV

1. Unions- und verfassungsrechtliche Kontrolle der Vorlagepflicht

Unionsrechtlich verletzt die objektiv willkürliche Nichtvorlage eines mitgliedstaatlichen Gerichts Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 267 AEUV; daher können die Kommission und die Mitgliedstaaten diese im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens sanktionieren.[70] Da jedoch nach Auffassung der Kommission Art. 258 AEUV und Art. 259 AEUV nicht zur Überprüfung nationaler Gerichtsentscheidungen konzipiert sind, kommt ein Vertragsverletzungsverfahren nur bei systematischer und vorsätzlicher Nichtbeachtung der Vorlagepflicht in Betracht.[71] Jeder Einzelne kann zudem im Wege der Geltendmachung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruches gegen Verletzungen der Vorlagepflicht durch ein nationales Gericht vorgehen.[72] Im deutschen Verfassungsrecht ist der EuGH als gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anerkannt. Ein solcher innerstaatlicher Rechtsbehelf ist im Zusammenhang mit der Verletzung der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte zunächst im Schrifttum gefordert worden,[73] entspricht aber mittlerweile auch der seit gut einem Vierteljahrhundert ständigen Judikatur des BVerfG.[74] Wenn ein letztinstanzliches Fachgericht es unterlässt, in einem anhängigen Verfahren eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts dem Gerichtshof vorzulegen, kann der dadurch Betroffene unter Umständen eine Verletzung seines grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Wege der Verfassungsbeschwerde rügen.

Für einen originären Rechtsbehelf im innerstaatlichen Verfassungsrecht zur Überprüfung der Vorlagepflicht existieren keine unionsrechtlichen Vorgaben.[75] Im deutschen Verfassungsrecht ist aber Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG die Ausgangsnorm für die Kontrolle von Vorlagepflichten deutscher Gerichte[76]; etwaige Vorlagepflichten gegenüber dem EuGH sind davon nicht ausgenommen.[77] Dabei gebietet der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV, sich bei der Ausgestaltung einer solchen Überprüfung möglichst eng an den vom EuGH im Zusammenhang mit Art. 267 Abs. 3 AEUV aufgestellten Kriterien[78] zu orientieren.

2. Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts

Der Kontrollmaßstab des BVerfG ist nicht deckungsgleich mit dem des EuGH. Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG liegt nur dann vor, wenn das letztinstanzliche Fachgericht spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat und nicht schon allein bei fehlerhafter Anwendung einfachen Verfahrensrechts, dem bloßen *error in procedendo*[79]. So prüft das BVerfG nicht vollumfänglich die Anforderungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV, sondern beschränkt sich auf eine bloße Willkürkontrolle. Das Gericht hat dafür eine Trias von Fallgruppen aufgestellt, in denen eine fehlende Vorlage an den EuGH willkürlich ist und damit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt: Das letztinstanzliche Gericht hat

- seine Vorlagepflicht grundsätzlich verkannt,
- ist bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs abgewichen und hat gleichwohl nicht vorgelegt oder
- hat bei einer fehlenden oder nicht vollständigen Rechtsprechung des EuGH den ihm zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten.[80]

Während die ersten beiden Fallgruppen mit der „CILFIT"-Rechtsprechung des EuGH konform gehen, wird in der letzten Konstellation ein vom BVerfG selbst entwickelter Maßstab herangezogen. Hier ist seit einiger Zeit hinsichtlich des anzulegenden Kontrollmaßstabs eine unterschiedliche Handhabung der Vorlagepflichtkontrolle durch die beiden Senate zu konstatieren, die auch in der vorliegenden Kammerentscheidung offenkundig wird. Zwar gehen beide Senate von der tradierten Rechtsprechung der drei Fallgruppen aus und sprechen übereinstimmend von der Beschränkung des Prüfungsumfangs auf eine bloße *Vertretbarkeitskontrolle*.[81] Hinter diesem Begriff verbergen sich jedoch unterschiedliche Prüfungs-

67 EuGH, 13.05.1981, Rs. 66/80 – *International Chemical Corporation*, Slg. 1981, 1191, Rn. 13.

68 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 33), Art. 267 AEUV Rn. 48; *Herdegen*, EuR (Fn. 3), § 10 Rn. 38.

69 BVerfGE 118, 79 (97 f.).

70 *Wolfgang Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Kommentar), 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV Rn. 81.

71 ABl. 1983 C 268/25.

72 *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 4 EUV Rn. 81.

73 *Möller* (Fn. 30), S. 11, 120 ff.

74 BVerfGE 73, 339 (366 ff.).

75 *Kokott* (Fn. 35), JZ 2006, 633 (635).

76 BVerfGE 19, 38 (42 f.); 101, 331 (359 f.).

77 *Bäcker* (Fn. 4), NJW 2011, 270 (272).

78 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415, 3429, Rn. 20.

79 *Bodo Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar), 11. Aufl. 2011, Art. 101 Rn. 11.

80 BVerfG, Beschl. v. 22.09.2011 – 2 BvR 947/11, Rn. 14.

81 Ebda. Rn. 18.

intensitäten: Nach Auffassung des Ersten Senats liegt Unvertretbarkeit vor, wenn die vom Fachgericht entwickelte Lösung der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts formell weder einer eindeutigen Rechtslage entspricht noch auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeführt werden kann.[82] Der Zweite Senat untersucht demgegenüber die vom Fachgericht vorgenommene Auslegung des materiellen Unionsrechts sowie das hieraus entwickelte Entscheidungsergebnis. Demnach liegt Unvertretbarkeit vor, wenn mögliche Gegenauffassungen gegenüber der vom Gericht vertretenen Auslegung des Unionsrechts eindeutig vorzuziehen sind.[83] Hierauf verweist der Senat auch in der vorliegenden Kammerentscheidung und unterstreicht damit den gewollten und prononcierten Gegensatz zur Handhabung der Willkürprüfung durch den Ersten Senat.[84]

V. Stellungnahme

Der Zweite Senat nimmt in der vorliegenden Kammerentscheidung eine Erörterung der entscheidungserheblichen unionsrechtlichen Fragen vor und zieht dazu in einer umfassenden Gesamtschau Bestimmungen des primären und sekundären Unionsrechts sowie einschlägige Rechtsprechung des EuGH heran. Er kommt dabei nicht nur zu dem Ergebnis, dass Gegenauffassungen zu der vom OLG vertretenen Ansicht dieser eindeutig vorzuziehen sind und deswegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt ist, sondern auch, dass § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 i. V. m. S. 3 FeV nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden kann und damit gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verstößt. Bedenken gegen diesen Ansatz ergeben sich sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive.

1. Begrenzter Umfang der Willkürprüfung

Zunächst findet eine Ausdehnung der Willkürprüfung auf das materielle Unionsrecht weder im Primär- und Sekundärunionsrecht noch in der Rechtsprechung des EuGH eine Grundlage. Vielmehr ist im Sinne des Gebots der Effektivität und Unionstreue i. S. d. Art. 4 Abs. 3 EUV gerade gefordert, dass nationale Verfassungsgerichte eng an die unionsrechtlichen Vorlagekriterien des Art. 267 AEUV anknüpfen und nach Möglichkeit von der Einführung nicht sachgerechter Bezugsnormen absehen.[85] Dabei besteht der Zweck nicht etwa darin, dass eine besonders intensive Prüfung der Nichtvorlagepraxis der nationalen Fachgerichtsbarkeit gewährleistet würde. Das BVerfG will gerade eine Vollkontrolle vermeiden und nicht entgegen seiner Kompetenz zu einem „obersten Vorlagenkontrollgericht“[86] avancieren. Welcher von beiden Senaten im Ergebnis strenger prüft, ist darüber hinaus ohnehin fraglich. Es ließe sich zwar annehmen, dass der Erste Senat mit der Fokussierung auf die vertretbare Handhabung der Vorlagepflicht einen eher großzügigen Maßstab anlegt, während die vom Zweiten Senat praktizierte Untersuchung des Entscheidungsergebnisses nebst Vergleich mit möglichen Gegenauffassungen vom Umfang her einer weitergehenden *Vollkontrolle* gleichkommt.[87] Ebenso lässt jedoch der vom Zweiten Senat gezogene Beurteilungsrahmen zwischen „nicht offenkundig richtig im Sinne der CILFIT-Kriterien“[88] einerseits und „nicht offensichtlich unrichtig im Sinne des Willkürmaßstabs“[89] andererseits ein gewisses Spektrum vertretbarer Entscheidungsergebnisse zu, während bei einer Direktanknüpfung an Art. 267 Abs. 3 AEUV nach Maßgabe der vom EuGH aufgestellten Kriterien für eine Nichtvorlage außerhalb des *acte clair*-Phänomens kein Raum bleibt. An das Vorliegen einer solchen „Offenkundigkeit und Zweifelsfreiheit der richtigen Anwendung des Unionsrechts“ werden vom EuGH aber hohe Anforderungen gestellt.[90] Die von ihm insoweit geforderte strenge Verobjektivierung des betreffenden Unionsrechtsakts kann insbesondere von den erstinstanzlichen Gerichten regelmäßig nur schwer erfüllt werden.

Jedenfalls wäre bei konsequenter Anwendung der bisherigen Linie des Ersten Senats auf den Beschluss des OLG Nürnberg[91] zu berücksichtigen gewesen, dass das OLG seine Rechtsauffassung immerhin auf das Unionsgrundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, eindeutige Wortlautänderungen im Art. 11 Abs. 4 S. 2 der 3. Führerscheinrichtlinie gegenüber Art. 8 Abs. 4 der 2. Führerscheinrichtlinie sowie zahlreiche Erwägungsgründe bezüglich der gewachsenen Bedeutung der Verkehrssicherheit gestützt hat. Eine an die tatsächliche Unionsrechtslage anknüpfende Begründung liegt damit vor. Demzufolge hätte der Erste Senat im Hinblick auf das materielle Auslegungsergebnis des OLG – mag dieses auch in Schrifttum und Rechtsprechung kontrovers diskutiert werden[92] – von einer Nachprüfung abgesehen und im Ergebnis keine Vorlagepflichtverletzung

82 BVerfG, Beschl. v. 25.02.2010 – 1 BvR 230/09; BVerfG, NJW 2010, 1268 (1269); 2011, 288 f.

83 BVerfG, NJW 2010, 3422 (3427).

84 BVerfG, Beschl. v. 22.09.2011 – 2 BvR 947/11 Rn. 14.

85 *Kokott* et al. (Fn. 35), JZ 2006, 633 (636).

86 BVerfG, Beschl. v. 06.05.2007 – 2 BvR 2419/06, Rn. 20.

87 *Bäcker* (Fn. 4), NJW 2011, 270 (271).

88 BVerfG, Beschl. v. 06.05.2007 – 2 BvR 2419/06, Rn. 19.

89 Ibid.

90 *Hummert* (Fn. 55), S. 34 f.; EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – *C. I. L. F. I. T.*, Slg. 1982, 3415, 3429, Rn. 20.

91 OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.03.2011 – 1 St OLG Ss 42/11.

92 Für die Vereinbarkeit von § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 i. V. m. S. 3 FeV mit Art. 11 Abs. 4 UAbs. 3 der Richtlinie 2006/126/EG etwa *Helmut Janker*, Das vorläufige Ende des Führerscheintourismus, DAR 2009, 181 (184); *Andreas Mosbacher/Jenny Gräfe*, Die Strafbarkeit von „Führerscheintourismus“ nach neuem Recht, NJW 2009, 801 (804); OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.08.2010 – 12 ME 57/10, Rn. 11 ff.; OLG Stuttgart, NJW 2010, 2818 (2819); a. A.: *Kay Hailbronner*, Anerkennung der in anderen EU-Mitgliedstaaten erworbenen Fahrerlaubnisse, NZV 2009, 361 (366); *Michael Pießkalla/Stephan Leitgeb*, § 28 IV 1 Nr. 3 FeV – Anerkennungspflicht auch für nach dem 18.01.2009 ausgestellte EU-Führerscheine?, NZV 2010, 329 (335); OVG Saarlouis, SVR 2010, 392 (396).

durch das OLG festgestellt. Die Handhabung der Vertretbarkeitskontrolle durch den Ersten Senat ist insofern wohl nicht zwingend als restriktiver[93] anzusehen. Doch ist diese näher an den Vorgaben des EuGH sowie an dem vom BVerfG auch in den sonstigen Vorlagefällen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG seit jeher favorisierten Idealmodell der *Vertretbarkeitskontrolle*[94] orientiert, da sich hier umfassende Erörterungen des materiellen Unionsrechts erübrigen. Gerade unter Verweis auf diesen ökonomischen Aspekt ließe sich auch den Bedenken des Gerichts, durch eine ausufernde Prüfung materieller Auslegungsergebnisse womöglich in die Rolle eines „obersten Vorlagenkontrollgerichts“[95] gedrängt zu werden, ein Stück weit Rechnung tragen.

2. Kooperationsverhältnis zum Europäischen Gerichtshof

Der Senat lässt sich ferner auf eine umfassende Erörterung der richtigen Auslegung des Unionsrechts ein und erweckt damit den Anschein, eine autoritative Auslegung der entscheidungserheblichen Richtlinie zu beanspruchen; an den diese Auslegung tragenden Gedankengang ist das betreffende Instanzgericht letztlich nach § 31 Abs. 1 BVerfGG gebunden.[96] Derartige Ausführungen im Hinblick auf das materielle Unionsrecht überschreiten jedoch die Grenzen der Kompetenz des BVerfG, welchem ausschließlich für das nationale Verfassungsrecht das Normprüfungsmonopol[97] zukommt; für die letztverbindliche Auslegung des sekundären Unionsrechts ist dagegen gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV der EuGH zuständig. Zwar darf auch der nationale Fachrichter primäres und sekundäres Unionsrecht auslegen, ja muss dies sogar tun, um mögliche Zweifel und Auslegungsfragen hinsichtlich einer Vorschrift des Unionsrechts überhaupt ermitteln zu können.[98] Wenn jedoch das BVerfG selbst derartige Erörterungen des Unionsrechts vornimmt, so ist dies hier in zweierlei Hinsicht misslich:

a) Da das Gericht in der vorliegenden Entscheidung die von ihm vorgenommene Auslegung des Unionsrechts als eindeutig vorzugswürdig erachtet, erklärt es in diesem Lichte § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 i. V. m. S. 3 FeV für unionsrechtswidrig[99]; der Senat ist bei der Begründung seines Auslegungsergebnisses von der Unvereinbarkeit der Bestimmung der FeV mit dem materiellen Unionsrecht scheinbar überzeugt. Dabei ist eine so weitgehende rechtliche Stellungnahme hinsichtlich einer Norm des Unionsrechts gar nicht gefordert. Denn anders als etwa im Rahmen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG braucht bei der Vorlagepflicht gerade keine richterliche Überzeugung von der Nichtigkeit einer Norm nachgewiesen zu werden; vielmehr genügt es, wenn der Fachrichter Zweifel bezüglich Auslegung und Gültigkeit einer Norm des EU-Rechts anmeldet.[100] Wäre der EuGH den Schlussanträgen von Generalanwalt *Bot*[101] gefolgt, so hätte der Zweite Senat durch die Intensität seiner Prüfung voreilig eine für das OLG verbindliche, aber zu der letztverbindlichen Auslegung durch den EuGH in Widerspruch stehende Rechtsauffassung zementiert.

b) Bei auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerden verweist das BVerfG die Rechtssache stets nach § 95 Abs. 2 BVerfGG zurück an das Instanzgericht, anstatt selbst eine Klärung durch den EuGH herbeizuführen.[102] Dies verwundert zunächst insofern, als das BVerfG seine eigene Bindung an Art. 267 Abs. 3 AEUV mehrfach ausdrücklich betont hat.[103] Unionsrechtlich ist das Gericht auch im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zur Kooperation und zum gerichtlichen Dialog mit dem EuGH verpflichtet.[104] Dies betrifft im deutschen Verfassungsrecht allerdings nur die Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1–3 sowie Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG, da Entscheidungen hier nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können, so dass das BVerfG insoweit als letztinstanzliches Gericht i. S. d. Art. 267 Abs. 3 AEUV anzusehen ist.[105] Das Verfassungsbeschwerdeverfahren ist dagegen ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der das BVerfG nicht zu einer „zusätzlichen letzten Instanz“ werden lässt.[106] Generell hat das Gericht dem EuGH aber bislang in keinem Fall Gelegenheit dazu gegeben, sich mit seinen Zweifeln in einer unionsrechtlichen Frage auseinandersetzen zu können.[107] Vor diesem Hintergrund ließe sich die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in das nationale Verfassungsprozessrecht – etwa in Form eines § 13a BVerfGG – diskutieren, die das Gericht bei anhängigen Verfahren über Gültigkeit und Auslegung entscheidungserheblicher Fragen des Unionsrechts zur Direktvorlage an den EuGH verpflichtet.[108] Hierdurch könnte nicht nur auf nationaler Ebene die Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV im Sinne eines positiv verstandenen „Kooperationsverhältnisses“[109] sinnvoll ergänzt, sondern auch das BVerfG in seinem Bestreben, durch eine zu weite Ausdehnung des Prüfungsumfangs bedingte Überlastungen zu vermeiden,[110] effektiv unterstützt werden.

93 So aber *Bäcker* (Fn. 4), NJW 2011, 270 (272).

94 BVerfGE 4, 1 (7); 19, 38 (42 f.).

95 BVerfG, Beschl. v. 06.05.2007 – 2 BvR 2419/06, Rn. 20.

96 *Rüdiger Zuck*, in: Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar), 6. Aufl. 2011, § 31 Rn. 31.

97 BVerfGE 2, 124 (131); 22, 373 (378).

98 *Thiele*, EuProzessR (Fn. 37), § 9 Rn. 55.

99 BVerfG, Beschl. v. 22.09.2011 – 2 BvR 947/11, Rn. 41.

100 *Thiele*, EuProzessR (Fn. 37), § 9 Rn. 56.

101 GA *Bot* (Fn. 15), Rn. 63.

102 *Šarčević* (Fn. 3), DÖV 2000, 941 (946).

103 BVerfGE 37, 271 (282); 52, 187 (200 f.).

104 *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 4 EUV Rn. 81, 83.

105 *Bergmann/Karpenstein* (Fn. 45), ZEuS 2009, 529 (540).

106 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 33), Art. 267 AEUV Rn. 26.

107 *Mayer*, in: Bogdandy (Fn. 47), 559 (564).

108 Vgl. den als Reaktion auf das Lissabon-Urteil des BVerfG von über 30 Juristen aus Wissenschaft, Justiz und Anwaltschaft gestarteten Appell zur Aufnahme einer ausdrücklichen Vorlageverpflichtung in das BVerfGG, http://www.europa-union.de/fileadmin/files_eud/Appell_Vorlagepflicht_BVerfG.pdf (Abruf v. 23.04.2012).

109 BVerfGE 89, 155 (175 f.).

110 *Schlaich/Korioth*, BVerfG (Fn. 1), Rn. 324.

VI. Fazit und Ausblick

Die Handhabung der Willkürprüfung durch den Zweiten Senat verträgt sich nicht mit den prozessualen Vorgaben des Art. 267 Abs. 3 AEUV und läuft im Ergebnis auf eine Auslegung des materiellen Unionsrechts durch das BVerfG hinaus. Aus unionsrechtlicher Sicht ist dieser Ansatz daher problematisch, aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich zumindest unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten über bessere Alternativen diskutieren. In Anbetracht der Schlussanträge des Generalanwalts *Bot*[111] drängt sich darüber hinaus die Frage auf, ob künftig nicht auch im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens eine stärkere Zusammenarbeit zwischen BVerfG und EuGH wünschenswert wäre. Dass die vom OLG Nürnberg vorgenommene Auslegung der entscheidungserheblichen Normen des Unionsrechts zwar vielleicht nur schlecht vertretbar, jedoch nicht schlechterdings unvertretbar war, könnte den Zweiten Senat jedenfalls dazu veranlassen, künftig weniger umfängliche Erörterungen des materiellen Unionsrechts vorzunehmen und wieder die Rückbesinnung auf die prozessualen Vorgaben des Art. 267 Abs. 3 AEUV zu suchen. Hierfür spricht nicht nur das Gebot der loyalen Zusammenarbeit des Art. 4 Abs. 3 EUV, sondern nicht zuletzt auch der im Lissabon-Urteil vom Zweiten Senat selbst aufgestellte Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.[112]

111 GA *Bot* (Fn. 15), Rn. 43 f.

112 BVerfGE 123, 267 (353).