

Vorlagepflichten als Auslegungsverbote

I. Paradoxien und Tautologien

Paradoxien bilden ein Grundthema „postmoderner“ oder „nachpositivistischer“ Rechtstheorie.

„Die Letztbegründung in einem Paradox gilt als eines der zentralen Merkmale postmodernen Denkens. Die Paradoxie ist die Orthodoxie unserer Zeit.“¹

Aus der Perspektive der Fremdbeobachtung des Rechts mag in der Tat manches widersprüchlich oder tautologisch erscheinen. An vielen Stellen läßt sich beobachten, daß in der Kommunikation Paradoxien (und Tautologien) auftauchen. Menschen reden zirkelhaft und widersprechen einander, manchmal auch sich selbst, oft, ohne es zu bemerken. In der Rechtstheorie als Selbstbeobachtung des Rechts haben Paradoxien und Tautologien jedoch keinen Platz².

Paradoxien sind im wahren Sinne des Wortes reizvoller als Tautologien. Deshalb finden sie allgemein größere Beachtung, obwohl beide logisch gleichwertig oder vielmehr gleichermaßen sinnlos sind. Ich möchte deshalb die Aufmerksamkeit hier auf rekursive Kommunikationsfiguren richten, die als reale Parallelphänomene zur Tautologie verstanden werden können. Prominente Beispiele für solche Rekursivität bilden selbstbezügliche Änderungsbestimmungen im Verfassungsrecht wie z. B. die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 III GG. Sie sind bereits vielfach erörtert worden³. Daher will ich hier die Aufmerksamkeit auf eine andere Gruppe selbstbezüglicher Vorschriften lenken, nämlich auf die Auslegungs- und Kommentierungsverbote. Auslegungsverbote sind nämlich nicht, wie man auf Anhieb meinen könnte, ein abgeschlossenes Kapitel der Rechtsgeschichte. Im modernen Recht verbergen sie sich hinter Vorlagepflichten und haben als solche eine große praktische Bedeutung. Tautologisch oder rekursiv sind Auslegungsverbote deshalb, weil ihr Vollzug immer schon Auslegung voraussetzt, denn

¹ Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft 1997, S. 1144.

² Dazu näher Röhl, Ist das Recht paradox? Über Schwierigkeiten mit der Lektüre von Luhmanns „Recht der Gesellschaft“ und mit postmoderner Rechtstheorie überhaupt, Festschrift für Erhard Blankenburg, hrsg. von Jürgen Brand und Dieter Stempel, Nomos Verlag Baden-Baden, 1998, im Druck.

³ Eugenio Bulygin, Das Paradoxon der Verfassungsreform, in: Werner Kranietz/Ota Weinberger, Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien 1988, 307; H. L. A. Hart, Self Referring Laws, in: Festschrift tillägnad Karl Olivecrona, Stockholm 1964, wieder abgedruckt in: ders., Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, 170; Norbert Hoerster, On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law, Mind 81, 1972, 422; Douglas R. Hofstadter, Nomic: ein Spiel, das die Rückbezüglichkeit im Rechtswesen auslotet, Spektrum der Wissenschaft, August 1982, 8, mit Ergänzungen wieder abgedruckt in: Hofstadter, Metamagicum, 1991, 75; Hans Huber, Die Gesamtrevision der Verfassung, in: Festschrift für Scheuner, 1973, 183 ff.; J. Raz, Professor A. Ross And Some Legal Puzzles, Mind 81, 1972, 415; Klaus F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1995, S. 100 ff.; Alf Ross, On Self-Reference as a Puzzle in Constitutional Law, Mind 78, 1969, 1; Hans-Peter Schneider, Die verfassungsgebende Gewalt, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 1992, 3 ff.; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 5; Peter Suber, The Paradox of Self-Amendment, 1990; Rolf Wank, Objektsprache und Metasprache, Rechtstheorie 13, 1982, 465

die Auslegungsbedürftigkeit selbst kann nur durch Auslegung ermittelt werden. Eindeutig und damit nicht auslegungsbedürftig ist ein Gesetz nur dann und solange, wie niemand, der ernst genommen wird, daran zweifelt. Im Zweifelsfall gibt es jedoch weder eindeutige noch eindeutig zweideutige Gesetze⁴.

II. Soziale Funktionen von Selbstreferenz

Mehr oder weniger gut versteckte Paradoxien oder Tautologien haben bemerkenswerte soziale Funktionen. Als Beispiel mag die „Paradoxie des Entscheidens“ dienen. Wenn eine Entscheidung zu treffen ist, so gibt es Wahlmöglichkeiten (Alternativen). Die Entscheidung selbst „ist, muß man deshalb vermuten, das durch die Alternativität der Alternative ausgeschlossene Dritte. Sie ist die Differenz, die diese Alternativität konstituiert; oder genauer: sie ist die Einheit dieser Differenz. Also ein Paradox. Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müßte nur ‚erkannt‘ werden“.⁵ Diese Formulierungen *Lubmanns* spielen auf die Vorstellung an, daß juristische Entscheidung Rechtserkenntnis sei. Wenn die Lösung jedoch schon vorgezeichnet ist und bloß erkannt zu werden braucht, gibt es nichts zu entscheiden. Ist sie dagegen nicht aus Regeln ableitbar, kann man nicht entscheiden. Darin liegt also das Paradox. Doch obwohl juristische Entscheidungen immer noch gerne als Rechtserkenntnis dargestellt werden, hat sich doch die Jurisprudenz längst von der Vorstellung verabschiedet, daß ihre Urteile kognitiver Natur seien. *Lubmann* beutet nur den Doppelsinn der Begriffe aus. Einmal verwendet er „Entscheidung“ für den kognitiven Vorgang der Deduktion, das andere Mal gleichbedeutend mit Dezision. Auch der Zirkel, „der sich ergeben würde, wenn man zugeben müßte, daß das Gericht das Recht erst ‚schafft‘, das es ‚anwendet‘“⁶, ist keiner. Ein Zirkel ergibt sich nur, wenn man sich über den Doppelsinn des Wortes „Recht“ als vorgegebene Regel und als Fortbildung der Regel täuschen läßt. Und tatsächlich ist es ja oft so, daß Entscheider unter „Recht“ etwas anderes verstehen als die Beschiedenen.

Der Doppelsinn solcher Begriffe wie „Entscheidung“ und „Recht“ läßt sich schnell aufklären. In der realen Kommunikation bleibt die Bedeutung der Begriffe aber meistens in der Schwebe. Das führt zu der Differenz von Herstellung und Darstellung der Entscheidung. So können den Betroffenen und einem weiteren Publikum Entscheidungen als bloße Ableitungen präsentiert und damit legitimiert werden.

Wenn ich mich jetzt den Auslegungsverboten zuwende, so interessiert mich weniger deren rechtstheoretische Einordnung oder rechtsdogmatische Entfaltung als vielmehr der Umstand, daß die mit solchen Auslegungsverboten verbundene Rekursivität die Verbote tendenziell wirkungslos macht, denn sie eröffnet den Juristen Freiräume, um sich ihnen zu entziehen. Und von diesen Freiräumen machen die Juristen auch Gebrauch. Abgesehen davon, daß Auslegungsverbote sich praktisch nur schwer durchhalten lassen, widersprechen sie dem Selbstverständnis der Juristen und ganz besonders Richter. Sie sehen in der selbständigen Auslegung des Rechts den Kernbereich ihrer Kompetenz. Juristen haben keine Probleme damit, wenn das Ergebnis ihrer eigenen Auslegung korrigiert wird. Anwälte müssen damit leben, daß ihre Auslegungen vor Gericht nicht stand halten. Autoren sind gewohnt, daß ihre Ansicht nicht ohne Widerspruch bleibt. Richter akzeptieren zwar, daß sie von der höheren Instanz aufgehoben werden. Aber sie akzeptieren nicht, daß sie sich kein

⁴ *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 1995, S. 625 ff.

⁵ *Niklas Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 308.

⁶ *Lubmann* a. a. O. S. 306.

eigenes Urteil bilden dürfen. Jedes Verbot, sich in diesem Kernbereich der Juristenkompetenz zu betätigen, stößt daher vermutlich auf Widerstand.

III. Auslegungsverbote und authentische Auslegung

Aus der Rechtsgeschichte sind verschiedene Fälle bekannt, in denen der Gesetzgeber einem Gesetz eine Bestimmung beifügte, die es untersagte, das Gesetz auszulegen und zu kommentieren⁷. Sie gehen in der Regel einher mit Vorkehrungen für eine authentische Auslegung. Diese wiederum wird durch eine Vorlagepflicht der Gerichte abgesichert. Im Falle des Zweifels oder bei Lücken im Gesetz haben die Richter beim Gesetzgeber Rückfrage zu halten⁸. Authentische Auslegung und Vorlagepflichten gehen immer mit Selbstauslegungsverboten einher. Diese sind doppelt rekursiv, denn man muß ein Gesetz immer schon auslegen, um zu wissen, ob es auslegungsbedürftig ist, und auch die Auslegungsregeln selbst sind wieder auslegungsfähig und auslegungsbedürftig.

Eine Vorschrift dieser Art erließ Kaiser *Justinian* im Anschluß an die Sammlung des römischen Rechts im *Corpus Juris Civilis*. Er verbot unter Androhung von Strafe jede Kritik und jeden Kommentar. Nur Übersetzungen ins Griechische, Auszüge (*indices*) und die Sammlung von Parallelstellen sollten erlaubt sein. Zweifelsfragen sollten die Richter dem Kaiser zur Entscheidung vorlegen. In der Vorrede § 28, IX zum „Project des *Codicis Fridericiani Marchici*“ von 1748, das vorläufig für alle Gerichte Preußens verbindlich war, heißt es:

„Und damit die Privati, insonderheit aber die Professores, keine Gelegenheit haben mögen, dieses Land-Recht durch eine eigenmächtige Interpretation zu korrumpieren, so haben Se. Königl. Majestät bey schwerer Strafe verboten, daß niemand, wer er auch sei, sich unterstehen solle, einen Commentarium über das ganze Land-Recht, oder einen Theil desselben zu schreiben.“

Ähnliche Bestimmungen gab es im französischen Recht aus der Zeit vor der Revolution. Daher stammt der international geläufige Ausdruck *référé législatif*. Auch *Napoleon* stellte die Abfassung von Kommentaren unter Strafe.

Aus der deutschen Rechtsgeschichte ist besonders die preußische Gesetzeskommission bemerkenswert, die einen wichtigen Bestandteil der fridericianischen Justizreform bildete. Dieser Gesetzeskommission, einer Erfindung *Johann Georg Schlossers*⁹, der selbst später zu ihrem schärfsten Kritiker wurde¹⁰, war während der zweieinhalb Jahrzehnte ihres Bestehens die authentische Auslegung von Gesetzen übertragen. Ursprünglich wurde die Kommission durch eine Kabinettsordre vom 14. 4. 1780 als Trägerin der Kodifikationsarbeiten eingerichtet. Die Auslegung des Gesetzes sollte ihr erst nach Abschluß der Kodifikation übertragen werden. Doch bereits durch das Errichtungspatent vom 29. 5. 1781 übertrug *Friedrich II.* der Kommission die bindende Auslegung der von den Gerichten einzureichenden streitigen Rechtsfragen. Die Voraussetzungen der Anfragepflicht der Gerichte und das hierbei einzuhaltende Verfahren wurden im selben Jahr im *Corpus Juris Fredericianum* geregelt, und zwar im „Ersten Buch von der Prozeßordnung“. Danach hatten die Obergerichte bei der Gesetzeskommission anzufragen,

⁷ *Hermann Conrad*, Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungstaat, Graz 1971; *Heinz Mohnhaupt*, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Regime, *Ius Commune* IV, 1997, S. 188-239, S. 220 ff.

⁸ *Hans Müller*, Zur Geschichte der bindenden Gesetzesauslegung, Berlin 1939.

⁹ Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuches, Leipzig 1777.

¹⁰ Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789 (Neudruck Glashütten im Ts. 1970).

1. wenn die Mehrheit des Kollegiums der Auffassung war, daß eine Rechtsfrage, über die gestritten wurde, in den vorhandenen Gesetzen nicht oder nicht deutlich genug entschieden sei,
2. wenn Referent und Korreferent über eine Rechtsfrage verschiedener Meinung waren und das Kollegium bei der Abstimmung geteilter Meinung blieb, und
3. wenn die Beweiserheblichkeit einer streitigen Tatsache von der Entscheidung einer zweifelhaften Rechtsfrage abhing.

Die unteren Gerichte waren gehalten, in Fällen dieser Art bei den Obergerichten anzufragen.

Das Allgemeine Landrecht von 1794 verbot zwar nicht mehr jede Auslegung. In Einleitung § 46 gestattete es eine wortlautnahe Interpretation:

„Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen anderen Sinn beylegen, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erbellet.“

Wollte das Gericht jedoch auf entfernter liegende Gründe abstellen, so war ein référé législatif vorgeschrieben. In Einleitung § 47 ALR hieß es:

„Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzescomission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.“

Grund für solche Auslegungs- und Kommentierungsverbote war der Wunsch nach Rechtssicherheit und das Mißtrauen gegen die Willkür von Juristen im allgemeinen und Richtern im besonderen. Der aufgeklärte Absolutismus an der Wende zum 19. Jahrhundert wollte mit Hilfe umfangreicher Gesetzeswerke klare Verhältnisse schaffen. Der Wortlaut des Gesetzes sollte möglichst für sich sprechen. In diesem Sinne bestimmte § 6 Einleitung ALR:

„Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder älterer Aussprüche der Richter, soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.“

Den Richter wollte man zum Sklaven des Gesetzes machen. Er sollte im Einzelfall nur noch nachvollziehen, was im Gesetz allgemein vorgeschrieben war.

Die Vorstellung von der Herrschaft des Gesetzes war ein großer Fortschritt. Sie war getragen von der Idee der Gewaltenteilung und der Allgemeinheit des Gesetzes. Auch wenn man insoweit damals noch optimistischer war als heute, so war doch immer schon klar, daß es nicht gelingen will, Gesetze so exakt und vollständig zu formulieren, daß Anwendungszweifel oder Lücken ausgeschlossen sind. Diesen prinzipiellen Mangel des Gesetzes sollte die authentische Interpretation ausgleichen. Die Voraussetzungen dafür waren zur Zeit des Absolutismus sicher besser als im demokratischen Verfassungsstaat, weil die Konzentration der Gesetzgebung in der Hand des Monarchen viel eher eine subjektive Auslegung und bei Bedarf auch eine Ergänzung des Gesetzes gestattete. Diese Auffassung kommt in II, 13 § 6 ALR zum Ausdruck:

„Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ist ein Majestätsrecht.“

Doch schon unter absolutistischen Verhältnissen funktionierte die authentische Auslegung kaum. Bereits die Zeitgenossen kritisierten die Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung und betonten den systematischen Unterschied zwischen der allgemeinen Gesetzgebung und der fallbezogenen Entscheidung¹¹. Solche

¹¹ von Rebeur, Über die neue preußische Justizreform oder Beleuchtung einer Stelle in der von dem Herrn Staatsminister von Herzberg dem 340. Jenner 1783 vor der Akademie der Wissenschaften zu

verfassungsdogmatischen Bedenken hätten allerdings kaum genügt, um dem Gesetzgeber den Gehorsam zu versagen, wenn nicht die rekursive Struktur der bedenklichen Bestimmungen der Praxis die Möglichkeit eröffnet hätte, sich der Anwendung zu entziehen.

Auslegungs- und Kommentierungsverbote können nicht auf dauerhafte Befolgung rechnen. Sie kommen einem Denkverbot gleich. Jede Stellungnahme zur Klarheit oder Lückenhaftigkeit eines Gesetzes, die irgendwelche Gründe anführt, ist selbst schon Auslegung. Die Auslegungsverbote hat man deshalb stillschweigend dahin ausgelegt, daß sie wegen praktischer Undurchführbarkeit unbeachtlich seien. Das gleiche Schicksal wäre einem Gesetz bestimmt, das die Bildung von Gewohnheitsrecht oder von Richterrecht verbieten wollte. Es wäre immer damit zu rechnen, daß dieses Gesetz seinerseits durch Gewohnheitsrecht und Richterrecht derogiert würde.

Aber auch die zur Absicherung der authentischen Auslegung eingeführten Vorlagepflichten der Gerichte stoßen auf Widerstand. Entweder wird der Gesetzgeber mit Wünschen nach authentischer Auslegung überflutet, oder die Gerichte verzichten auf die Rückfrage, auch wo sie angezeigt wäre. So hat die Rechtspraxis solche Bestimmungen früher oder später ignoriert. In Preußen wurde die Anfragepflicht schon durch Kabinettsordre vom 8. 3. 1798 wieder abgeschafft und damit die § 47 f. Einleitung ALR außer Kraft gesetzt. Die offizielle Begründung des Königs ging dahin, daß durch die rückwirkende Kraft der authentischen Auslegung die angestrebte Rechtssicherheit eher gefährdet werde, denn „durch solche Entscheidungen können manche Meiner Untertanen, ohne das allergeringste Verschulden, in dem sie im Grunde nach einem neuen Gesetze, das sie vorher nicht kennen konnten, gerichtet werden, in großen Schaden und Nachteil versetzt werden“. Ferner meinte der König: „Die Gesetzeskommission ist in Auslegung der Gesetze ebensogut dem Irrtum unterworfen, wie es die Gerichtshöfe bei ihren Entscheidungen sind. Dem ungeachtet aber findet gegen die ersteren gar kein Remedium statt, wenn der Irrtum auch noch so klar dargetan und der daraus entstehende Schade auch noch so groß sein sollte.“ Tatsächlich scheint es aber so gewesen zu sein, daß die Gerichte am Ende kaum noch vorlegten¹². Die mutmaßlichen Gründe hatte *Johann Georg Schlosser* in seinen „Briefen über die Gesetzgebung“ (1789) angesprochen, wenn er meinte, daß ein Auslegungsverbot als „Verbot den Verstand zu gebrauchen“ dem Geiste der Aufklärung widerspreche, und wenn er daher die Anfragepflicht für unvereinbar mit der Würde des Richters hielt, der es als niederschlagend empfinden müsse, wenn ihm von Seiten der Gesetzgebung und der Regierung so wenig Vertrauen entgegengebracht werde. Binnen kurzem, so fürchtete *Schlosser*, könnten die Richter des Fragens müde werden und die Gesetze bloß noch dem Worte nach anwenden¹³.

IV. Moderne Vorlagepflichten

Das moderne Recht kennt Auslegungsverbote nur noch in abgemilderter Form, und zwar als Kehrseite von Vorlagepflichten. Nach Art. 100 II GG sind Zweifel hinsichtlich der Geltung und Auslegung von Völkerrecht grundsätzlich dem Bundesverfassungsgericht zur Klärung zu überlassen. Dagegen impliziert die

Berlin gehaltenen Vorlesung über die Veränderungen des Staats. Aus dem Französischen übersetzt, Hannover 1789; differenzierter noch *Karl Ludwig Wilhelm Grolmann*, Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon, Bd. 1, Gießen 1810, S. 45 f. zu Art. 4 und 5 des Code Napoléon.

¹² Nach Auszählungen eines Bochumer Doktoranden (*Jens Schade*, Die Anfrage bei der Gesetzeskommission innerhalb des preußischen Zivilprozesses, 1998) wurden zwischen 1781 und 1798 insgesamt 251 Anfragen an die Gesetzeskommission gerichtet. In den letzten Jahren sank die Zahl bis auf vier.

¹³ A. a. O. S. 198 ff., 208 ff.

Vorlagepflicht bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG kein Auslegungsverbot, denn das vorlegende Gericht muß selbst über die Verfassungswidrigkeit des relevanten Gesetzes befinden, ihm fehlt nur die Verwerfungskompetenz.

Auch für die oberen Bundesgerichte gelten Auslegungsverbote. Will ein Senat des Bundesgerichtshofs in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen, so ist die Frage nach § 132 GVG einem Großen Senat oder dem Vereinigten Großen Senat vorzulegen. Will ein oberstes Bundesgericht bei der Entscheidung einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Bundesgerichts abweichen, so ist die Frage nach dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung dem Gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte vorzulegen.

In Strafvollstreckungssachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß ein Oberlandesgericht, daß von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen will, die Sache dem Bundesgerichtshof vorlegen (§ 121 II GVG, § 28 II FGG). Ähnliche Bestimmungen gibt es auch in anderen Zusammenhängen. Im Zivilprozeß muß ein Oberlandesgericht, das von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes abweichen will, die Revision zulassen (§ 446 I 2 Nr. 2 ZPO).

Die Vorlagepflichten haben gemeinsam, daß zunächst das Gericht, das für die Hauptsache zuständig ist, über die Notwendigkeit der Vorlage entscheidet, und daß diese Entscheidung nicht mehr mit einem regulären Rechtsmittel angefochten werden kann. Allerdings gibt es als außerordentlichen Rechtsbehelf die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Nr. 4a GG. Sie kann darauf gestützt werden, daß Art. 101 I 2 GG verletzt ist. Das Bundesverfassungsgericht geht nämlich davon aus, daß das Gericht, dem vorzulegen ist, der gesetzliche Richter im Sinne des Grundgesetzes sei mit der Folge, daß durch eine Verletzung der Vorlagepflicht die Entscheidung des Rechtsstreits dem gesetzlichen Richter entzogen wird.

Die modernen Vorlagepflichten unterscheiden sich von den älteren Auslegungsverböten nach Zweck und Konstruktion. Ihr Zweck liegt jeweils darin, die einheitliche Handhabung einer Rechtsordnung zu gewährleisten. Rechtstechnisch kanalisieren sie die Auslegung innerhalb des Justizsystems. Das ist wohl der Grund, daß die mit den Vorlegungspflichten verbundenen Selbstauslegungsverböte einigermaßen funktionieren. Jedenfalls wird ihre Verletzung eher selten beklagt¹⁴.

V. Die Vorabentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs

Größere Aufmerksamkeit hat die Vermeidung oder Umgehung der Vorlagepflicht zum Europäischen Gerichtshof (EuGH) gefunden¹⁵. Art. 177 III EGV¹⁶ verbietet den nationalen Gerichten letzter Instanz, das Gemeinschaftsrecht auszulegen, und verpflichtet sie statt dessen zur Vorlage beim EuGH. Hier eröffnen sich größere Ausweichmöglichkeiten. Zunächst haben der EuGH selbst und dann auch das

¹⁴ Z. B. von *Bernd Rütters*, Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten?, NJW 1998, 1434 f.

¹⁵ *Jürgen Basedow*, Vom Vorabentscheidungsverfahren zur Divergenzvorlage?, EuZW 1996, 97; *Manfred A. Dausen*, Vorabentscheidungsverfahren, in: *ders.* (Hrsg.) Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. 1998 (mit Statistik); *Ulrich Ebricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997; S. 11 ff.; *Hans Krück*, Artikel 177 - Vorabentscheidungen, Rn. 78 in: *Hans von der Groeben*, Kommentar zum EU-, EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Bd. 4.

¹⁶ Der EGV wird hier noch nach der alten Numerierung zitiert.

Bundesverfassungsgericht die aus der Rekursivität der Auslegung folgende Freiheit der vorlagepflichtigen Gerichte dadurch erweitert, daß sie einen großzügigeren Maßstab für die Auslegungsbedürftigkeit festgelegt haben. Außerdem können die Gerichte sich der Vorlagepflicht auch deshalb leichter entziehen, weil nationale Gerichte und EuGH nicht in einem einheitlichen Justizsystem verbunden sind.

Um die Flut der Vorlagen einzudämmen, hat der EuGH¹⁷ auf Vorlagen verzichtet,

- wenn Gemeinschaftsrecht nicht entscheidungserheblich ist,
- wenn das einschlägige Gemeinschaftsrecht bereits Gegenstand der Auslegung durch den Gerichtshof war („*acte éclairé*“),
- wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts „derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt“ („*acte clair*“ - der EuGH selbst vermeidet diesen Begriff aus der französischen Rechtsdogmatik),
- wenn nur ein Verfahrensbeteiligter Auslegungszweifel anmeldet und die Vorlage beantragt.

Damit hat der EuGH erheblichen Spielraum für die Auslegung der Auslegung geschaffen. Ein Gericht kann sich der Vorlagepflicht entziehen, indem es erklärt, es sei durch Auslegung zu dem Ergebnis gekommen, daß es keine Zweifel gebe, wie das Gemeinschaftsrecht zu verstehen sei, es halte das Gemeinschaftsrecht also nicht für auslegungsbedürftig.

Die Vorlagepflicht trifft nach Art. 177 III EGV das letztinstanzliche Gericht. Welches Gericht als letztinstanzliches anzusehen ist, hängt zunächst davon ab, ob man abstrakt auf den an sich gegebenen Instanzenzug oder konkret darauf abstellt, ob im Einzelfall ein Rechtsmittel gegeben ist. Vorgezogen wird die konkrete Betrachtungsweise mit der Folge, daß z. B. schon der Amtsrichter in einem Zivilprozeß mit einem Streitwert unter der Berufungssumme vorlagepflichtig ist. Aber die Frage ist noch immer nicht abschließend geklärt¹⁸. Komplizierter wird die Situation, wenn das Rechtsmittel von einer Zulassung abhängt, wie es neuerdings im Verwaltungsprozeß schon für die Berufung der Fall ist. Die Zulassung des Rechtsmittel ist regelmäßig geboten, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Grundsätzliche Bedeutung wird man annehmen müssen, wenn materiell Anlaß zur Vorlage besteht. Hat, wie nach § 124 VwGO, der *iudex ad quem* über die Zulässigkeit über die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu entscheiden, so schafft der *iudex a quo* durch Unterlassung der Vorlage erst die Anfechtungsmöglichkeit. Hätte er vorgelegt, wäre er letzte Instanz. Falls er, wie das OVG, noch eine Revisionsinstanz über sich hat, könnte er aber gerade auch deshalb die Berufung zulassen, um die Vorlagepflicht auf das Bundesverwaltungsgericht zu verschieben¹⁹. Aber auch der *iudex a quo*, der selbst über die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu entscheiden hat, befindet sich in einer Zwickmühle. Er kann kaum im Hinblick auf die Vorlagebedürftigkeit die grundsätzliche Bedeutung der Sache annehmen, denn würde er selbst vorlegen, wäre der Zulassungsgrund entfallen, denn, vorausgesetzt, es gibt sonst keine Zulassungsgründe, wäre er selbst wieder die letzte Instanz.

Auch der EuGH ist gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 I 2 GG, so daß auch bei Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 177 III EGV die Verfassungsbeschwerde

¹⁷ Slg. 1982, 3415 - Cilfit -.

¹⁸ Vgl. *Manfred A. Dausies*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 1995, S. 109 ff.

¹⁹ *Hans Arno Petzold*, Wechselwirkungen zwischen § 124 VwGO n. F. und Art. 177 EGV, NJW 1998, 123 ff., 125.

nach Art. 93 Nr. 4a GG gegeben ist²⁰. Soweit es die Auslegung von Gemeinschaftsrecht betrifft, ist das Bundesverfassungsgericht bei der Beurteilung der Vorlagepflicht jedoch milder als bei den Vorlagepflichten des deutschen Rechts. Auslegungsbedürftigkeit, die zur Vorlagepflicht führt, wird in beiden Fällen nur dann angenommen, wenn ihre Verneinung „willkürlich“ wäre. Geht es um die Auslegung von Völkerrecht, so begründen schon „objektiv ernstzunehmende Zweifel“ die Vorlagepflicht. Solche Zweifel sind anzunehmen, „wenn das Gericht abweichen würde von der Meinung eines Verfassungsorgans oder von den Entscheidungen hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autoren der Völkerrechtswissenschaft“²¹. Die Vorlagepflicht entfällt also nur bei „Evidenz“. Die Vorlagepflicht nach Art. 177 III EGV entsteht dagegen erst, wenn „die entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Norm in der Tat mehrere, für einen kundigen Juristen gleichermaßen mögliche Auslegungen zuläßt“²². Das Bundesverfassungsgericht nennt drei typische Willkürfälle:

- Das Hauptsachegericht hat Zweifel hinsichtlich der richtigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts, zieht aber eine Vorlage überhaupt nicht in Erwägung.
- Das Gericht will bewußt von der Rechtsprechung des EuGH abweichen, legt aber gleichwohl nicht vor.
- Mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts sind der Auffassung des Hauptsachegerichts *eindeutig* (Hervorhebung vom Bundesverfassungsgericht) vorzuziehen.

Damit liegt die Willkürschwelle so hoch, daß sie kaum je überschritten wird. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluß vom 13. 6. 1997 einem ungenannten Landesarbeitsgericht ins Stammbuch geschrieben, es habe als letztinstanzliches Fachgericht Art. 177 III EGV in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt²³. Die Verfassungsbeschwerde wurde dennoch nicht angenommen, da der EuGH selbst inzwischen seine Rechtsprechung im Sinne des LAG geändert hatte. Bemerkenswert ist die Begründung, mit der das LAG auf eine Vorlage verzichtete. Es meinte, der EuGH habe sein einschlägiges Urteil²⁴ nicht begründet; deshalb könne man sich nicht mit ihm auseinandersetzen; es habe nur für den seinerzeit konkret entschiedenen Fall Bedeutung. Deutlich zeigt diese Begründung die Verärgerung über den EuGH.

Nicht nur die Notwendigkeit der Auslegung der Auslegungsbedürftigkeit erzeugt eine Rekursivitätsschleife. Zusätzliche Rekursivität ist durch die Prüfungskompetenz der nationalen Gerichte eingebaut, die sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ergibt, wie es das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil²⁵ formuliert hat. Letztlich hängt die Bindung der nationalen Gerichte an europäisches Recht und damit auch die Vorlagepflicht von der Frage ab, ob sich das europäische Recht in den Grenzen der der Union übertragenen Hoheitsrechte hält²⁶.

²⁰ BVerfGE 73, 339/367.

²¹ BVerfGE 64, 1/15.

²² BVerfG NJW 1988, 1456.

²³ 1 BvR 2102/95, EuZW 1997, 575.

²⁴ U. vom 14. 4. 1994, Slg. I 1994, 1311 = EuZW 1994, 374 = NZA 1994, 545 = NJW 1994, 2343 - Christel Schmidt; dazu jetzt EuGH EuZW 1997, 244 = NZA 1997, 433 = NJW 1997, 2039 - Aysel Sözen.

²⁵ BVerfG E 89, 155/175.

²⁶ Vgl. *Günter Hirsch*, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, 2457-2466.

Ein wichtiger Unterschied zwischen Art. 100 II GG und Art. 177 III EGV liegt darin, daß das Bundesverfassungsgericht, auch wenn es außerhalb des Rechtszuges steht, doch mit der Antwort auf Urteilsverfassungsbeschwerden nach Art. 93 Nr. 4a GG das letzte Wort behält. Dem EuGH dagegen fehlt die Kompetenz-Kompetenz. Es gibt kein Rechtsmittel gegen Urteile nationaler Gerichte zum Europäischen Gerichtshof, mit dem die Verletzung der Vorlagepflicht oder die falsche Anwendung von Gemeinschaftsrecht geltend gemacht werden könnte. Art. 173 V EGV eröffnet den Rechtsweg für natürliche und juristische Personen nur gegen Entscheidungen von Organen der Gemeinschaft selbst, nicht jedoch gegen Entscheidungen der nationalen Gerichte.

Soweit wegen Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 177 III EGV Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Nr. 4a GG eingelegt werden kann, bleibt der Fall doch im deutschen Gerichtssystem. Gegebenenfalls ist auch das Bundesverfassungsgericht selbst zur Vorlage an den EuGH verpflichtet²⁷.

Das gilt allerdings nur in „normalen“ Verfahren, das heißt, in solchen, die nicht schon eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 177 III EGV in Verb. mit Art. 101 I 2 GG zum Gegenstand haben. Wird die Verletzung gerade des Art. 177 III EGV gerügt, so ist die Entscheidungssituation doppelt rekursiv. Um zu entscheiden, ob das Fachgericht Art. 177 III EGV verletzt hat, muß das Bundesverfassungsgericht sowohl das fachliche Rechtsproblem unter dem Gesichtspunkt erörtern, ob insoweit Europarecht auslegungsbedürftig ist, als auch Art. 177 III EGV im Hinblick darauf, ob die Auslegungszweifel ein Maß erreichen, das die Vorlagepflicht auslöst. Unter beiden Gesichtspunkten kommt eine Vorlage des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH in Betracht. Das Bundesverfassungsgericht hat aber wohl auch die Wahl der Aufhebung der Vorentscheidung mit der Maßgabe, daß das Fachgericht dem EuGH vorzulegen habe. So viel Rekursivität kann nicht mehr vorhersehbar funktionieren. Das Bundesverfassungsgericht kann tun und lassen, was es will. Es gibt für alles Begründungen.

Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht bislang selbst nicht vorgelegt, obwohl es dazu durchaus Anlaß gehabt hätte²⁸. Im Falle der Nichtvorlage kann der EuGH den Fall nicht an sich ziehen. Auch das Bundesverfassungsgericht fährt also in der Rekursivitätsschleife.

Letztlich geht es im Verhältnis zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH um einen „justiziellen Dialog“ oder, wie das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil²⁹ sagt, um ein Kooperationsverhältnis. Wenn die nationalen Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts nicht kooperieren, gibt es für die Beteiligten keine Möglichkeit, den konkreten Fall vor den EuGH zu bringen, denn ein immerhin denkbares Vertragsverletzungserfahren nach Art. 169 f. EGV kann nur von der Kommission eingeleitet werden; ein Individualanspruch auf Einleitung eines solchen Verfahrens besteht nicht³⁰. Die Kommission könnte zwar von Amts wegen ein

²⁷ *Konrad Feige*, Bundesverfassungsgericht und Vorabentscheidungskompetenz des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, AöR 1975, 531 ff.

²⁸ Zu einem Fall, in dem hätte vorgelegt werden sollen, vgl. *Ninon Colneric*, Vorlagepflicht nach EG-Recht bei Normenkontrolle über Frauenquote, Betriebs-Berater 1991, 1118; *Folkmar Koenigs*, Vorlagepflicht nach EG-Recht bei Normenkontrolle über Frauenquote, Betriebs-Berater 1991, 1634; *Monika Ende*, Nochmals: Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH bei Normenkontrolle über Frauenquote, Betriebs-Berater 1992, 489. Auch das Verfahren zur EG-Fernsichtlinie (BVerfG, U. v. 22. 3. 1995, EuGRZ 1995, 125) hätte wohl vorgelegt werden sollen; vgl. *Thomas Trautwein*, Zur Rechtsprechungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JuS 1997, 893.

²⁹ BVerfG E 89, 155/175.

³⁰ EuGH Slg. 89, 291/301 - Star Fruit -.

Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Aber darauf hat sie bisher verzichtet, obwohl es durchaus Anlaß gegeben hätte, und zwar mit gutem Grund, denn das Verfahren könnte wenig oder gar nichts helfen, weil dadurch nicht der konkrete Fall zum EuGH gelangt, und weil es den Mitgliedsstaaten durch den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit verwehrt ist, ihre Richter an der Auslegung von Normen zu hindern³¹. Unter diesen Umständen ist es bemerkenswert, daß es bisher keine wirklich gravierenden Konflikte zwischen den nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof gegeben hat. Es spricht für die politische Akzeptanz Europas gerade auch innerhalb der Justiz, daß Art. 177 III EGV nicht leer läuft. Die Zahl der Vorlagen ist zwischen 1990 und 1997 von 142 auf 256 gestiegen. Erstmals 1997 ist sie geringfügig auf 239 zurückgegangen. Die Kommission kann in ihrem jüngsten Bericht über die „Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Gerichte der Mitgliedstaaten“ auch keine flagrante Verletzung des Vorlegungsgebots benennen.

Es gibt keine Rechtsgemeinschaft ohne Rechtseinheit und keine Rechtseinheit ohne zentrale Gerichtsbarkeit³². Wenn Recht und Staat identisch sind, kann man keine Rechtseinheit haben, ohne die eigene Staatlichkeit aufzugeben. Erst ein hierarchisch organisiertes Gerichtssystem bietet einige Gewähr für Rechtseinheit, denn es verlegt die unvermeidbare Rekursivität in die Kompetenz-Kompetenz seiner Spitze und kommt ohne interne Rekursivitätsschleifen aus.

³¹ Im August 1990 hat die Kommission anscheinend bisher zum ersten und letzten Mal das Vorverfahren gemäß Art. 169 EGV gegen ein Mitgliedsland, in diesem Fall gegen die Bundesrepublik, Deutschland eingeleitet, weil der BGH die Revision gegen ein Urteil des OLG Köln nicht zugelassen hatte, so daß die Unterlassung der Vorlage durch die Berufungsinstanz nicht mehr zu korrigieren war (*Dausen*, Das Vorabentscheidungsverfahren, S. 120 bei Fn. 449; *Gert Meier*, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, *EuZW* 1991, S. 11 ff.).

³² *Hirsch* a. a. O. S. 2463.