

Hindernislauf zum gesetzlichen Richter

Plädoyer für die Vollendung des Rechtsstaates im europäischen Gemeinschaftsrecht*

von Dr. Wienand Meilicke, Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Bonn

Nach Art. 177 Abs. 3 EWGV ist jedes nationale Gericht, welches letztinstanzlich mit einer Frage des europäischen Gemeinschaftsrecht befaßt wird, verpflichtet, den Rechtsstreit dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Nur wenn an der Beantwortung der Frage kein vernünftiger Zweifel besteht, darf das nationale Gericht von einer Vorlage absehen. Theoretisch hat der EuGH damit das Auslegungsmonopol für das europäische Gemeinschaftsrecht. Die Praxis sieht freilich anders aus. In einer Vielzahl von Fällen sehen die nationalen Gerichte - mit oft fadenscheinigen Gründen - von der an sich gebotenen Vorlage an den EuGH ab. Damit drängt sich die Frage auf, wie die Hindernisse auf dem Weg zum gesetzlichen Richter im europäischen Gemeinschaftsrecht beseitigt werden können. Im Hinblick auf die von der Kommission beabsichtigte grundsätzliche Überarbeitung der europäischen Institutionen ist die Frage besonders aktuell.

I. Illustration der Problematik

Die aus der Nichtvorlage resultierende Problematik sei zunächst an einigen Beispielfällen illustriert.

1. Forderungsverzicht als Sacheinlage oder Bareinlage

Im Rahmen eines der IBH-Verfahren stellte sich dem BGH die Frage, ob ein Forderungsverzicht anlässlich einer Erhöhung des Grundkapitals einer AG eine Bareinlage oder eine Sacheinlage darstellt. Davon hängt u. a. ab, ob die deutsche Theorie von der "verschleierte Sacheinlage" mit der 2. Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vereinbar ist; denn nur für Sacheinlagen sieht Art. 10 der Richtlinie das Wertprüfungs-verfahren vor, welches die in Deutschland h. M. auf Forderungsverzichte, die im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einer Barkapitalerhöhung vorgenommen werden, anwenden will. Obwohl dem BGH bekannt war, daß die Frage in den Mitgliedstaaten der EG unterschiedlich behandelt wird, und obwohl ihm die Zweifel an der Mindestnormtheorie vorgetragen waren, unterließ er die gebotene Vorlage, wobei er acht Seiten der Urteilsgründe benötigte allein um darzulegen, daß die Fragestellung nicht ernstlich zweifelhaft sei. Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des gesetzlichen Richters blieb erfolglos.

Nachdem der EuGH sich in anderem Zusammenhang mit der Vereinbarkeit der Theorie von der verschleierte Sacheinlage mit der 2. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (im folgenden: 2. EG-Richtlinie) befaßt und sein Generalanwalt *Tesauro* dabei ebenfalls die vom BGH als offensichtlich abwegig behandelte Auffassung vertreten hat, ist auch bei Richtern im II. Zivilsenat des BGH nicht mehr zweifelhaft, daß im Urteil vom 15.1.1990 die Vorlage an den EuGH zu Unrecht unterlassen worden ist.

Durch das damalige Unterlassen ist die Klärung einer für die gesamte europäische Praxis wichtigen Rechtsfrage versäumt worden. Obwohl die interessierte Fachwelt seitdem für die Frage sensibilisiert ist, hat sich bisher auch kein anderes Gericht gefunden, welches dem EuGH die Frage vorgelegt hätte. Der in der 2. EG-Richtlinie enthaltene Harmonisierungsauftrag ist deshalb seit fast einem weiteren Jahrzehnt unerfüllt.

2. Diskriminierende Besteuerung von beschränkt Steuerpflichtigen

Seit der *Avoir-Fiscal*-Entscheidung des EuGH ist bekannt, daß inländische Betriebsstätten von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten bei sonst gleichen Voraussetzungen gegenüber Steuerinländern nicht deshalb diskriminiert werden dürfen, weil ihre Inhaber nur beschränkt steuerpflichtig sind. In der Literatur war auf die Unzulässigkeit der Diskriminierung von Betriebsstätten beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaften durch die Versagung des vermögensteuerlichen Schachtelprivilegs bereits hingewiesen worden. Die EG-Kommission hatte deswegen sogar bereits ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Dennoch hat der BFH noch im Urteil vom 31.10.1990 einer italienischen Kapitalgesellschaft mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Italien und einer deutschen Betriebsstätte das vermögensteuerliche Schachtelprivileg für eine durch die Betriebsstätte gehaltene Beteiligung an einer deutschen GmbH versagt und eine Vorlage an den EuGH abgelehnt. Dadurch hat der BFH die Diskriminierung deutscher Betriebsstätten von beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften aus einem anderen Mitgliedstaat, bis zur Abschaffung der Vermögensteuer u. a. durch Nichtgewährung des vermögensteuerlichen Schachtelprivilegs, perpetuiert. Erst mit Beschluß vom 30.6.1997 hat das FG Köln dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die unterschiedliche Behandlung von inländischen Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften und von inländischen Kapitalgesellschaften gegen EG-Recht verstößt. Erwartungsgemäß hat der EuGH die Ausländerdiskriminierung durch das deutsche Steuerrecht als unzulässig verworfen. Durch die pflichtwidrige Nichtvorlage des BFH hat Deutschland zehn weitere Jahre lang an der verbotenen Diskriminierung von beschränkt Steuerpflichtigen festhalten können.

3. Die Wegzugsbeschränkung des § 6 Abs. 1 AStG

Im Beschluß vom 17.12.1997 hat der BFH sich mit der schon seit längerem kontrovers diskutierten Frage auseinandergesetzt, ob die nach § 6 Abs. 1 AStG erhobene "Bundesfluchtsteuer" mit den Freizügigkeitsregeln des EWG-Vertrages vereinbar ist.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die nationalen Gerichte in Eilverfahren, auf welche noch ein Hauptsacheverfahren folgt, zur Vorlage an den EuGH nach Art. 177 Abs. 2 EWGV berechtigt, aber nicht nach Abs. 3 verpflichtet. Anstatt die ihm zustehenden Ermessenserwägungen für und gegen eine Vorlage im Aussetzungsverfahren anzustellen, reißt der BFH durch seine Äußerung zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts die Aufgabe des EuGH an sich. Eine Vorlage sei nicht geboten, weil ein Deutscher sich nach dem Werner-Urteil des EuGH gegenüber Deutschland auf die Verletzung des EWG-Vertrages nicht berufen könne, wenn seine einzige Auslandsberührung aus dem Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat beruht. Das Werner-Urteil sei entgegen den Ausführungen von *Herzig/Dautzenberg* schon deshalb nicht überholt, weil der EuGH die Auffassung bisher nicht aufgegeben habe. Dabei läßt der BFH unerwähnt, daß sein Auswanderungsfall sich 1995 und damit zu einem Zeitpunkt abspielte, als Art. 52 EWG-Vertrag, auf welchen das Werner-Urteil gestützt ist, bereits durch Art. 8 a des Vertrages von Maastricht, der für *jeden* Unionsbürger die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft vorsieht, ergänzt worden war. Bei der Anwendung des § 6 AStG im Jahr 1995 ging es also gar nicht um die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von in der Literatur erhobenen Einwendungen gegen das Werner-Urteil, sondern es ging um die Auslegung des Art. 8 a des EWG-Vertrages in der Fassung des Vertrages von Maastricht, über den der EuGH bisher überhaupt nicht befunden hat.

Es ist abwegig zu behaupten, das Werner-Urteil des EuGH befasse sich mit Art. 8 a des Vertrages von Maastricht. Abwegig ist auch die These, der Gesetzgeber habe nicht durch Abänderung des EWG-Vertrages die Rechtsaussage des Werner-Urteils ändern können. Deshalb kam es allein auf die Frage an, ob die Rechtsaussage des Werner-Urteils unter dem Vertrag von Maastricht noch gilt. Dagegen sprechen Argumente, die jeder "vernünftige Jurist" i. S. der C.I.L.F.I.T.-Entscheidung des EuGH nachvollziehen kann. Die Vorlage an den EuGH hätte deshalb nicht mit dem Hinweis auf das Werner-Urteil unterlassen werden dürfen.

Nicht über jeden Zweifel eines "vernünftigen" Juristen erhaben ist auch die These des BFH, Art. 8 a EWGV schütze nicht vor einer Besteuerung aus Anlaß des Wegzuges aus dem bisherigen Wohnsitzstaat. Schon die Richtigkeit der Prämisse des BFH, Art. 8 a garantiere die Freizügigkeit nur unter gleichzeitiger Wahrung der finanziellen Interessen des bisherigen Ansässigkeitsstaates, ist zweifelhaft. Die vom BFH herangezogene Präambel zur Fusionsrichtlinie ist nicht einschlägig, weil eine natürliche Person aus Deutschland weggezogen war, während die Fusionsrichtlinie nur für Kapitalgesellschaften gilt. Eher hätte der BFH sich auf das Bachmann-Urteil berufen können, weil einiges für die Annahme spricht, daß die Systematik des deutschen Einkommensteuerrechts und der von Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen eine Besteuerung der beim Wegzug vorhandenen stillen Reserven rechtfertigt. Dies zu beurteilen liegt jedoch nicht in der Kompetenz des BFH, sondern des allein für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständigen EuGH.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Fraglich ist vor allem aber auch, ob die Steuer auf die im Zeitpunkt des Wegzugs vorhandenen stillen Reserven im Zeitpunkt des Wegzugs bereits erhoben werden darf oder ob es zur Wahrung der finanziellen Interessen des bisherigen Ansässigkeitsstaates nicht ausreichen würde, wenn die Bezahlung der dem bisherigen Ansässigkeitsstaat zustehenden Steuer im Zeitpunkt der Veräußerung des betreffenden Wirtschaftsgutes sichergestellt wird. Dadurch könnten die finanziellen Interessen des bisherigen Ansässigkeitsstaates nämlich ohne Pönalisierung des Wegzugs gewahrt werden. Da der EuGH in seiner Rechtsprechung auch sonst dazu neigt, Beschränkungen der Grundfreiheiten nur insoweit hinzunehmen, als dies zum Wohle des Allgemeininteresses erforderlich ist, sprechen vernünftige Gründe für die Annahme, daß § 6 Abs. 1 AStG über das zulässige Ausmaß einer zur Wahrung der finanziellen Interessen des bisherigen Ansässigkeitsstaates gerechtfertigten Wegzugsbeschränkung hinausgeht. Deshalb hätte der BFH auch diesen Fall dem EuGH vorlegen müssen, wenn er nicht wegen der Vorläufigkeit des Aussetzungsverfahrens die Aussetzung gewähren wollte.

Die pflichtwidrige Nichtvorlage führt dazu, daß weiterhin zahlreiche Deutsche von ihrem Grundrecht auf Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union nicht Gebrauch machen können, weil sie über die Rechtmäßigkeit der von Deutschland erhobenen "Bundesfluchtsteuer" im Ungewissen gelassen werden.

4. Diskriminierung ausländischer Privatschulen

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG können 30 % des Entgelts, das der Steuerpflichtige für sein Kind für den Besuch einer gemäß Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigten oder nach Landesrecht erlaubten Ersatzschule sowie einer nach Landesrecht anerkannten allgemeinbildenden Ergänzungsschule entrichtet, als Sonderausgaben vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden. Da der EuGH das Unterrichtsangebot von Privatschulen in ständiger Rechtsprechung als Dienstleistung i. S. d. Art. 59 ff. EWGV ansieht, wenn eine Schule überwiegend aus privaten Mitteln finanziert wird und versucht, einen Gewinn zu erzielen, und da ausländische Dienstleister gegenüber inländischen Dienstleistern nicht dadurch benachteiligt werden dürfen, daß die steuerliche Abzugsfähigkeit beim Dienstleistungsempfänger davon abhängig gemacht wird, daß der Dienstleister sich im Inland befindet, war die Unvereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit EG-Recht geltend gemacht worden. Durch eine Reihe von Urteilen vom 11. Juni 1997 hat der X. Senat des BFH die Vereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit EG-Recht bejaht und eine Vorlage an den EuGH abgelehnt. Zwar räumt der BFH ein, daß die Dienstleistungsfreiheit eingreift, wenn eine Schule im wesentlichen aus privaten Mitteln finanziert wird und versucht einen Gewinn zu erzielen, und daß der Empfänger einer Dienstleistung auch steuerlich nicht deshalb benachteiligt werden darf, weil er eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch nimmt. Die nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG begünstigten Privatschulen seien mit ihrer Unterrichtstätigkeit jedoch in der Regel nicht erwerbswirtschaftlich tätig und würden überwiegend aus dem Staatshaushalt finanziert. Wenn einige Schulen nach den jeweiligen landesrechtlichen Fördervoraussetzungen geringere Zuschüsse erhielten und deswegen ein höheres Schulgeld erheben müßten, sei dies unerheblich. Unter Berufung auf EuGH 1988, 5365, 5379 (Urteil vom 27.9.1988 - Rs. 263/86, Humbel und Edel) und EuGH 1985, 593, 603 (Urteil vom 13.2.1985 - Rs. 293/83, Gravier) behauptet der BFH, derartige Sonderfälle änderten an der Beurteilung nichts.

Liest man die Zitate nach, stellt man fest, daß sie zu der These des BFH über die Behandlung von Sonderfällen keinerlei Aussage machen. Bei EuGH 1988, 5379 handelt es sich um eine Aussage des Generalanwalts, die Zahlung einer Abgabe, die gewöhnlich unbedeutend ist, ausnahmsweise aber auch einmal die Kosten der Leistung nahezu decken kann, mache die überwiegend vom Staat finanzierte Bildungseinrichtung nicht zu einer solchen, die überwiegend entgeltliche Dienstleistungen erbringt. Der Satz, daß Sonderfälle "daran" nichts ändern, bezieht sich auf die Qualifizierung der Bildungsinstitution als unentgeltlich tätiger Dienstleister, der die Dienstleistungsfreiheit nicht in Anspruch nehmen kann. Dagegen stützen die Ausführungen des Generalanwalts nicht die These des BFH, inländische Dienstleister, die insgesamt überwiegend entgeltlich tätig sind, bräuchten sich im Wettbewerb mit vergleichbaren ausländischen Dienstleistern nicht an der Dienstleistungsfreiheit messen zu lassen, wenn sie in ein inländisches Subventionssystem eingebettet sind, welches in der Regel nur Dienstleister erfaßt, die überwiegend unentgeltlich tätig werden, so daß die Diskriminierung zwischen dem EG-Vertrag unterliegenden Dienstleistern sich als Ausnahmefall darstellt.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Auch bei der vom BFH für seinen Rechtssatz zitierten Stelle EuGHE 1985, 603 handelt es sich um Ausführungen des Generalanwalts, die nicht das Geringste für die These hergeben, eine Privatschule, die sich überwiegend aus privatem Schulgeld finanziert und die deshalb "in der Regel" entgeltlich finanziert wird, dürfe durch inländische Regelungen gegenüber vergleichbaren ausländischen Dienstleistern bevorzugt und die ausländischen Dienstleister dürften infolgedessen benachteiligt werden, wenn nur die nationale Regelung bei der diskriminierenden Subventionierung keinen Unterschied zwischen entgeltlich und unentgeltlich tätigen inländischen Dienstleistern macht.

Dagegen hat der EuGH, was der BFH geflissentlich verschweigt, wiederholt entschieden, daß das europarechtliche Diskriminierungsverbot auch dann verletzt ist, wenn die verbotene Diskriminierung nur in wenigen Fällen eintritt. So heißt es bereits im Urteil vom 17.2.1976 zu Art. 95 Abs. 1 EWGV, es sei untersagt, das eingeführte Erzeugnis nach anderen Berechnungsmethoden und Bestimmungen zu belasten als das gleichartige inländische Erzeugnis mit dem Ergebnis einer höheren Belastung des eingeführten Erzeugnisses, selbst wenn sich dieser Unterschied *nur in einer geringen Anzahl von Fällen* ergibt. Im Urteil vom 26.6.1991 heißt es, daß eine verbotene Diskriminierung vorliegt, wenn das eingeführte Erzeugnis - sei es auch nur in bestimmten Fällen - höher belastet wird. Im Urteil vom 2.4.1998 heißt es erneut, daß eine verbotene Diskriminierung vorliegt, wenn das eingeführte Erzeugnis - sei es auch nur in bestimmten Fällen - höher belastet wird.

Die vorbezeichneten Entscheidungen sind zwar zum Diskriminierungsverbot bei der Einfuhr von Waren ergangen; es besteht jedoch keine Veranlassung zu der Annahme, daß bei der Diskriminierung ausländischer Dienstleister andere Kriterien angelegt werden könnten und daß die Diskriminierung ausländischer Dienstleister nur dann verboten ist, wenn sie in der Regel oder der Mehrzahl der Fälle vorliegt. Da der EuGH seine Rechtsprechung zu den vier Grundfreiheiten des EWG-Vertrages weitgehend analog anwendet, sprechen zahlreiche und m.E. die besseren Argumente für die Annahme, daß es für die Unvereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit Art. 59 ff. EWGV genügt, daß einige durch § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG begünstigte inländische Privatschulen sich überwiegend aus privaten Schulgeldern finanzieren und mit Gewinnerzielungsabsicht arbeiten, so daß jedenfalls sie durch die Vorschrift unzulässig begünstigt und ihnen gegenüber alle ausländischen, als Dienstleister i. S. d. EWG-Vertrages anzusehenden Privatschulen unzulässig diskriminiert werden.

Da § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG nicht danach unterscheidet, ob das als Sonderausgabe abzugsfähige Schulgeld an Privatschulen gezahlt wird, die als Dienstleister i. S. d. Rechtsprechung des EuGH anzusehen sind, da die Rechtsprechung des EuGH nichts dafür hergibt, daß europarechtswidrige Diskriminierungen zulässig sind, wenn sie nur Sonderfälle betreffen, und da der BFH selbst von der Existenz solcher Sonderfälle ausgeht, ist die Vorlageverweigerung durch den X. Senat des BFH nicht haltbar.

Die pflichtwidrige Nichtvorlage durch den BFH führt dazu, daß bis auf weiteres ausländische Privatschulen, die nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien als Dienstleister anzusehen sind, gegenüber inländischen Privatschulen, die nach denselben Kriterien Dienstleister sind und sich deshalb dem Wettbewerb stellen müßten, diskriminiert werden. Diskriminiert werden auch in Deutschland wohnhafte Ausländer, die ihre Kinder auf Privatschulen ihres Heimatlandes schicken wollen, weil sie das Schulgeld nicht als Sonderausgaben abziehen können, während Deutschen, die ihre Kinder auf vergleichbare inländische Privatschulen schicken, diese Vergünstigung gewährt wird.

5. Sitztheorie

Bei der Behandlung ausländischer Gesellschaften gibt es seit langem einen Meinungsstreit zwischen der Sitztheorie und der Gründungstheorie. Während die Vertreter der Gründungstheorie jede nach ausländischem Recht wirksam gegründete Gesellschaft in Deutschland als rechtsfähig anerkennen, wollen die Vertreter der Sitztheorie die Anerkennung nur unter der Bedingung gewähren, daß die nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft nicht den Sitz ihrer Hauptverwaltung in Deutschland hat. Nimmt die nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft in Deutschland Tätigkeiten auf, die hier als Tätigkeiten einer Hauptverwaltung eingestuft werden, so soll die Gesellschaft in Deutschland ihre Rechtsfähigkeit verlieren. Besonders perfide war dabei, daß ausländische Gesellschaften, die in Deutschland

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

tätig sind, ohne ihre Hauptverwaltung in Deutschland zu haben, steuerlich unter dem Vorwand der beschränkten Steuerpflicht diskriminiert wurden.

Da die Sitztheorie die in Art. 52, 58 EWGV verankerte Niederlassungsfreiheit aushebelt, war seit langem geltend gemacht worden, daß sie auf Gesellschaften aus anderen EG-Mitgliedstaaten nicht angewendet werden könne. Ein obiter dictum in der Daily-Mail-Entscheidung des EuGH wurde von Vertretern der Sitztheorie jedoch als willkommenes Argument benutzt, um sich über die Niederlassungsfreiheit hinwegzusetzen. Obwohl von vorneherein darauf hingewiesen wurde, daß die Daily-Mail-Entscheidung sich nur mit dem Wegzugsrecht befaßt und daß ihr deshalb keine Aussage zur Rechtfertigung von Zuzugsbeschränkungen entnommen werden kann, weigerte das BayObLG sich perpetuierlich, seiner Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EWGV nachzukommen. Anstatt der ihm nach der C.I.L.F.I.T.-Entscheidung des EuGH obliegenden Aufgabe nachzugehen und zu untersuchen, welche unterschiedlichen Auffassungen es gibt und ob vernünftige Juristen in den verschiedenen Mitgliedstaaten darüber in Zweifel geraten können, unterläßt das BayObLG, die von seiner eigenen Meinung abweichenden Auffassungen auch nur zu zitieren - immer schon die beliebteste Methode der Gerichte, sich über abweichende Auffassungen hinwegzusetzen. Erst die auf Vorlage eines dänischen Gerichts ergangene Centros-Entscheidung wird wohl dazu führen, daß auch in Deutschland die Niederlassungsfreiheit ausländischen Gesellschaften nicht mehr unter dem Vorwand der Sitztheorie verweigert wird. Durch die rechtswidrige Vorlageverweigerung ist es den Vertretern der Sitztheorie 15 weitere Jahre lang gelungen, nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften vom Wettbewerb mit deutschen Unternehmen fernzuhalten.

II. Kontrolle des gesetzlichen Richters durch das Bundesverfassungsgericht

Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hat jedermann Anspruch auf den gesetzlichen Richter. Die Verletzung kann durch die Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Da das BVerfG jedoch nicht jeden Zuständigkeitsstreit letztinstanzlich entscheiden kann, nimmt es eine verfassungswidrige Entziehung des gesetzlichen Richters nur an, wenn ein Gericht seine Zuständigkeit willkürlich bejaht oder verneint. Für den Begriff der Willkür stellt das BVerfG grundsätzlich darauf ab, ob eine Maßnahme des entscheidenden Richters auf unsachlichen Erwägungen beruht oder offensichtlich unhaltbar oder gar ohne Bezug auf den gesetzlichen Maßstab ist. Der Willkürvorwurf ist nicht weit entfernt vom Vorwurf der vorsätzlichen Rechtsbeugung, wo es ebenfalls darauf ankommt, daß die Auffassung des Richters nicht einmal mehr vertretbar erscheint. Innerhalb seiner Entscheidungsgewalt steht dem Richter aber ein breiter Beurteilungsspielraum zu. So ist es nicht als Rechtsbeugung gewertet worden, daß eine Richterin einem Stromkunden ein Minderungsrecht zugestand, weil der gelieferte Strom mit Atomkraftwerken hergestellt war. Richter am Finanzgericht durften, ohne daß ihnen ein Vorwurf gemacht wurde, das Erlassen von Gerichtsentscheidungen verweigern mit der Begründung, sie seien nicht genügend bezahlt, und deshalb sei das Gericht, in dessen Namen sie tätig sind, nicht ordnungsgemäß besetzt.

Gesetzlicher Richter i. S. v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist auch der EuGH. Würde das BVerfG nach den sonst üblichen Kriterien die Willkür der Nichtvorlage an den EuGH überprüfen, müßte es in den oben dargestellten Beispielfällen jeweils zu dem Ergebnis kommen, daß der gesetzliche Richter willkürlich vorenthalten worden ist. Das Kriterium, um dessen willkürliche Verletzung es geht, ist nämlich nicht die richtige Auslegung der 2. EG-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts, die richtige Anwendung der Niederlassungsfreiheit oder die richtige Anwendung des EG-rechtlichen Diskriminierungsverbots. Hätten die Fachgerichte über diese Fachfragen zu entscheiden gehabt, so stünde ein Willkürvorwurf nicht ernstlich zur Debatte; denn es ist natürlich vertretbar, die 2. EG-Richtlinie als Mindestnorm zu interpretieren, das Diskriminierungsverbot bei der Dienstleistungsfreiheit nur dann als verletzt anzusehen, wenn eine diskriminierende nationale Vorschrift mehr als nur in Einzelfällen diskriminiert, beschränkt Steuerpflichtige vom vermögensteuerlichen Schachtelprivileg auszuschließen, anläßlich des Wegzugs eine sofort fällige Steuer auf die im bisherigen Ansässigkeitsstaat angesammelten stillen Reserven zu erheben oder nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften von der Niederlassungsfreiheit auszunehmen, wenn sie ihre Hauptverwaltung von Deutschland aus betreiben. Das mag alles falsch sein, aber es ist nicht unvertretbar und damit nicht willkürlich.

Auf die vertretbare Auslegung des europäischen Rechts durch die deutschen Fachgerichte kommt es aber nicht an, weil die deutschen Fachgerichte dafür nicht zuständig sind. Nach der C.I.L.F.I.T.-Entscheidung des

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

EuGH dürfen die nationalen Gerichte aus eigener Zuständigkeit lediglich prüfen, ob die Beantwortung der zu entscheidenden Frage des Gemeinschaftsrechts für irgendein Gericht innerhalb der Gemeinschaft einen vernünftigen Zweifel läßt. Zweifel an der Auslegung einer Norm sind vernünftig begründet, wenn sie nach der vom EuGH angewendeten Auslegungsmethode, die wesentlich auf den Wortlaut und die Ziele einer Norm abstellt, begründbar sind.

Wenn man die fünf Entscheidungen an diesem Kriterium mißt, spricht einiges für die Annahme der willkürlichen Fällung eines falschen Urteils. Richter sind Volljuristen, die seit ihrem ersten Semester an der Universität darauf gedrillt worden sind, zu jeder Rechtsfrage möglichst viele mögliche Antworten zu erkennen: Drei Juristen - vier Meinungen. Einem Richter an einem obersten deutschen Gericht kann deshalb nicht ernstlich abgenommen werden, er habe nicht erkannt, daß die Argumente, die ihm zum europäischen Recht vorgetragen werden, bei einem anderen Gericht innerhalb der Gemeinschaft vernünftige Zweifel erwecken könnten. So kann den Richtern des X. Senats des BFH nicht abgenommen werden, sie hätten nicht erkannt, daß der EuGH das Diskriminierungsverbot bereits dann eingreifen läßt, wenn die Benachteiligung nur in wenigen Fällen eintritt, und daß es deshalb höchst zweifelhaft ist, ob § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit der Begründung gehalten werden kann, eine gegen Gemeinschaftsrecht verstoßende Bevorzugung inländischer Privatschulen, die als Dienstleister im Sinne der Rechtsprechung des EuGH anzusehen sind, betreffe nur Sonderfälle, und Sonderfälle änderten an der Beurteilung nichts. Den Richtern des I. Senats des BFH kann auch schwerlich abgenommen werden, sie hätte nicht erkannt, daß das Werner-Urteil durch Art. 8 a des Maastricht-Vertrages überholt sein kann und daß eine sofortige Besteuerung der im bisherigen Ansässigkeitsstaat angesammelten stillen Reserven im Zeitpunkt des Wegzugs über das hinausgeht, was zur Wahrung der finanziellen Interessen des bisherigen Ansässigkeitsstaates erforderlich ist. Ob den Richtern des II. Senats des BFH, als sie der inländischen Betriebsstätte einer italienischen Kapitalgesellschaft das vermögensteuerliche Schachtelprivileg versagten, bekannt war, daß die EG-Kommission deswegen gegen Deutschland bereits ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte, oder ob die Nichtvorlage an den EuGH auf bloß fahrlässiger Unkenntnis des von ihm nicht zitierten Avoir-Fiscal-Urteils des EuGH und der dazu bereits erschienenen Literatur beruhte, läßt sich den Entscheidungsgründen nicht entnehmen. Ein vorsätzliches Hinwegsetzen über vernünftige Zweifel liegt aber jedenfalls dem Lemmerz-Urteil des BGH und den Entscheidungen des BayObLG zur Nichtvorlage der Sitztheorie zugrunde. In all diesen Fällen waren den Richtern die Zweifel bekannt, und ihnen war auch bekannt, daß die Argumente für den Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht nicht schwächer waren als z.B. die Argumente des BFH für seine These, ein Finanzgericht sei nicht ordnungsgemäß besetzt, wenn die Finanzrichter nicht hinreichend bezahlt werden. Würde das BVerfG bei der Überprüfung der Frage, ob der Weg zum EuGH als gesetzlichem Richter willkürlich entzogen wurde, auf den auch sonst von ihm benutzten Willkürbegriff abstellen, so würden alle fünf genannten Entscheidungen wegen willkürlicher Vorenthaltung des gesetzlichen Richters aufzuheben sein.

Das BVerfG hat für die Überprüfung der Frage, ob der EuGH als gesetzlicher Richter vorenthalten worden ist, aber andere Kriterien angewendet: Die Nichtvorlage an den EuGH sei verfassungsgemäß, wenn die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch das deutsche Gericht vertretbar und die gegenteilige Auffassung nicht eindeutig vorzuziehen ist. Damit legt das BVerfG indes einen ganz anderen Prüfungsmaßstab an die Vorlagepflicht als der EuGH. Während nach der Rechtsprechung des EuGH die Feststellung einer ernstzunehmenden Auslegungsunsicherheit Prüfungsmaßstab ist, will das BVerfG in eine inhaltliche Prüfung darüber einsteigen, welche Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorzuziehen ist. Damit begibt das BVerfG sich auf ein Terrain, für welches es nicht sachkundig ist und auf dem es das Auslegungsmonopol des EuGH verletzt. Außerdem ist das Prüfungskriterium des BVerfG ohne sachlichen Bezug zu dem vom EuGH in der C.I.L.F.I.T.-Entscheidung verbindlich gesetzten Maßstab und damit nach den Kriterien von BVerfG, 16.1.1957 - 1 BvR 134/56 (BVerfGE 6, 45 (53), BB 1957, 89) selbst willkürlich.

Der einzige Fall, in dem eine Verfassungsbeschwerde wegen Nichtvorlage an den EuGH Erfolg hatte, betraf die Entscheidung des BFH, der mit einer durchaus als sorgfältig zu bezeichnenden Begründung die Auffassung vertrat, der EuGH habe seine Kompetenzen überschritten, als er die 6. USt-Richtlinie trotz fehlender Umsetzung in deutsches Recht für in Deutschland unmittelbar anwendbar erklärte. Das Gesetzesrecht sagt nichts darüber, ob und unter welchen Umständen die nationalen Gerichte dem EuGH die Gefolgschaft verweigern dürfen, wenn der EuGH seine Kompetenzen überschreitet. Deshalb war die Entscheidung des BFH, der sich diese Verwerfungskompetenz selbst anmaßte, nicht weniger vertretbar als zahlreiche andere rechtsfortbildende Entscheidungen unserer obersten Gerichte, und sie war deshalb nicht

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

willkürlich in dem Sinne, wie dieser Begriff sonst verstanden wird. Die Billigung des BFH-Urteils zum Umsatzsteuerrecht durch das BVerfG hätte aber bedeutet, daß Deutschland sich aus einem wesentlichen Bereich des europäischen Rechtsstaates, nämlich der Verbindlichkeit der Entscheidungen des EuGH, verabschiedet. Daß jeder der zahlreichen Senate eines der fünf obersten Gerichte des Bundes sich aus dem Gemeinschaftsrecht mit der Begründung verabschieden kann, der EuGH habe seine Kompetenzen überschritten, erschien dem BVerfG mit Recht unerträglich.

Das bedeutet aber nicht, daß das BVerfG dem EuGH unbedingte Gefolgschaft geschworen hätte. Im Gegenteil, das BVerfG hat im Maastricht-Urteil sich selbst die Verwerfungskompetenz für Entscheidungen des EuGH vorbehalten, sollte das BVerfG dermaleinst zu der Meinung gelangen, der EuGH habe seine Kompetenzen überschritten. Die Entscheidung des BVerfG vom 8.4.1987 stellt deshalb letztlich nur eine Kompetenzzuweisung zwischen BVerfG und Fachgerichten für die Kontrolle von Kompetenzüberschreitungen durch den EuGH dar. Mit dem hier behandelten Problem der willkürlichen Anmaßung der deutschen Gerichte, Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts selbst zu entscheiden und dadurch willkürlich den Weg zum EuGH als gesetzlichem Richter zu versperren, hat sie nichts zu tun.

Vermutlich fürchtet das BVerfG, zur Oberkontrollinstanz für den Zugang zum EuGH zu werden, wenn es eine Entscheidung eines Fachgerichts aufhebt, welches sich nicht offen einer Entscheidung des EuGH widersetzt, sondern lediglich scheinheilig offensichtlich zweifelhafte Fragen für unzweifelhaft erklärt und mit dieser Begründung die an sich gebotene Vorlage an den EuGH verweigert. Das BVerfG mag sich in seiner Meinung dadurch bestärkt fühlen, daß andere Mitgliedstaaten eine Verfassungsbeschwerde wegen Entziehung des gesetzlichen Richters nicht kennen und daß deren Gerichte infolgedessen ebenfalls in der Lage sind, sich ihrer in Art. 177 Abs. 3 EWGV statuierten Vorlagepflicht nach Belieben zu entziehen. M. E ist es nicht nur verfassungsrechtlich geboten, sondern auch rechtspolitisch wünschenswert, daß das BVerfG die Fachgerichte an den Kriterien des C.I.L.F.I.T.-Urteils des EuGH mißt und Entscheidungen der Fachgerichte verwirft, die sich, wie die fünf obengenannten, über vernünftige Zweifel bei der Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts bewußt und gewollt hinwegsetzen und dadurch den Rechtssuchenden seinem gesetzlichen Richter entziehen. Bis auf weiteres ist jedoch davon auszugehen, daß Verfassungsbeschwerden gegen die Nichtvorlage an den EuGH wenig Aussicht auf Erfolg haben, wenn das deutsche Gericht sich nicht offen über eine Auffassung des EuGH hinwegsetzt, sondern seine europarechtliche Auffassung wider besseres Wissen als unzweifelhaft darstellt.

III. Restitutionsverfahren wegen Rechtsbeugung?

Nach § 580 Nr. 5 ZPO ist ein sonst rechtskräftiges Urteil aufzuheben, wenn ein daran mitwirkender Richter im Hinblick auf dieses Urteil wegen Rechtsbeugung rechtskräftig verurteilt worden ist. Damit stellt sich die Frage, ob die Vorlage an den EuGH dadurch erzwungen werden kann, daß die Richter, welche letztinstanzlich eine Vorlage pflichtwidrig unterlassen, wegen Rechtsbeugung angezeigt und bestraft werden.

Der objektive Tatbestand der Rechtsbeugung wird durch jedes objektiv im Widerspruch zu Recht und Gesetz stehende Gerichtsurteil und somit leicht erfüllt. Auch den Vorwurf, sich bewußt und gewollt über die Vorlagekriterien der C.I.L.F.I.T.-Entscheidung hinweggesetzt und damit das Recht vorsätzlich zugunsten einer Prozeßpartei falsch angewendet zu haben, werden die Vorlageverweigerer sich gefallen lassen müssen (siehe oben II.).

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die für die Verurteilung wegen Rechtsbeugung zuständigen Gerichte einen Fall der strafbaren Rechtsbeugung als gegeben annehmen würden. Der geschriebene Straftatbestand enthält zwar neben der vorsätzlich unrichtigen Anwendung des Rechts durch den Richter keine weiteren Tatbestandsmerkmale; die Strafpraxis ist bei der Anwendung des § 336 StGB aber verständlicherweise sehr zurückhaltend. Obwohl er derartige Tatbestandsmerkmale nicht enthält, ist § 336 StGB wohl in erster Linie auf den Fall zugeschnitten, in dem ein Richter zum eigenen Vorteil oder zum gezielten Vorteil bestimmter Personen das Recht bricht. Während diese Konstellation als Fall des "Dorfrichter Adam" aus der Literatur jedermann gegenwärtig ist, sind entsprechende Gerichtsentscheidungen, soweit ersichtlich, nicht bekannt geworden, und das gereicht der deutschen Richterschaft und ihrem Berufsethos zur Ehre. Gelegentlich haben Verkehrsrichter durch übermäßige Milde den Unwillen der Staatsanwälte erregt und wurden wegen

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Rechtsbeugung angeklagt; soweit Instanzgerichte wegen Rechtsbeugung verurteilt haben, hatten die Verurteilungen jedoch keinen Bestand. Soweit ersichtlich, sind Verurteilungen wegen Rechtsbeugung überwiegend nur dann ernsthaft diskutiert und gelegentlich ausgesprochen worden, wenn ein politischer Umbruch aus der Diktatur stattgefunden hat und die Demokraten im Namen des Rechts gefällte Entscheidungen als das entlarvten, was sie waren, nämlich Willkürakte einer Obrigkeit, welche eine Gewaltenteilung nicht kannte. Die Richter des deutschen Rechtsstaates, welche Art. 177 Abs. 3 EWGV unter fadenscheinigen Vorwänden nicht anwenden, handeln jedoch nicht aus vergleichbarer politischer Willkür und nicht mit vergleichbar drastischen Konsequenzen. Eine Handlung zum eigenen Vorteil kann allenfalls indirekt darin gesehen werden, daß diese Richter mit der Nichtvorlage um ihre eigene Macht über das fragliche Rechtsgebiet kämpfen, die sie nicht mit den Richtern in Luxemburg teilen oder gar an diese abgeben wollen. Das Unwerturteil dieser Kompetenzanmaßung ist sicherlich ein ganz anderes als in den bisher zu § 336 StGB diskutierten Fällen und sicher auch ganz anders als im Fall des "Dorfrichter Adam". Auch wenn den handelnden Bundesrichtern schwerlich entgangen sein kann, daß die willkürliche Nichtvorlage eine willkürliche Bevorzugung von Inländern gegenüber ihren ausländischen Wettbewerbern darstellt und daß eine willkürliche Nichtvorlage deshalb in die Kategorie der Bevorzugung bestimmter Personen oder Personengruppen gehört, rechtfertigt dies grundsätzlich keine strafrechtliche Verurteilung wegen Rechtsbeugung. Außerdem wird die Beugung des europäischen Gemeinschaftsrechts (in der Regel zu Lasten von Ausländern) bei Staatsanwälten kaum jemals so starke Emotionen auslösen wie die Verhängung zu milder Verkehrsstrafen. In der öffentlichen Meinung finden Bundesrichter, die sich im Interesse "ihres" Nationalstaates über europäisches Gemeinschaftsrecht hinwegsetzen, immer auch Verteidiger. Wenn ein mit fünf Bundesrichtern besetzter Senat eine Rechtsfrage als unzweifelhaft erklärt hat, so wird sich deshalb schwerlich ein Staatsanwalt finden, der ein Ermittlungsverfahren wegen Rechtsbeugung einleitet, und noch viel weniger ein Strafgericht, das eine Verurteilung ausspricht. Deshalb ist die Bestrafung unserer obersten Richter wegen Rechtsbeugung und ein anschließendes Restitutionsverfahren kein praktisch gangbarer Weg, um die Vorlagepflicht des Art. 177 Abs. 3 EWGV durchzusetzen.

IV. Kontrolle des gesetzlichen Richters durch die Europäische Menschenrechtskonvention?

Art. 6 der EMRK sieht ebenfalls ein Recht auf den gesetzlichen Richter vor, und nach dem Urteil vom 9. Oktober 1979 kann auch die willkürliche Verweigerung eines zuständigen Gerichts durch Anrufung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gerügt werden. Dogmatisch wäre deshalb vertretbar, eine Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 177 Abs. 3 EWGV durch Einlegung einer Beschwerde nach der EMRK zu rügen. Die Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hätten den Vorteil, nicht in den Denkkategorien eines bestimmten nationalen Rechts gefangen zu sein. Wenn schon das BVerfG die Einhaltung des Art. 177 Abs. 3 EWGV nicht erzwingt, so kann dies aber erst recht nicht vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erwartet werden. Zum einen ist die EG nicht Mitglied der EMRK. Zum anderen stehen mehrere Mitgliedstaaten der EMRK außerhalb der EU, so daß nicht einzusehen ist, warum diese Institution die Unzulänglichkeiten des EWGV reparieren sollte.

V. Änderung des Art. 177 EWGV

Art. 177 Abs. 3 EWGV erweist sich damit als *lex imperfecta*, welche mangels Sanktion kaum besser durchsetzbar ist als die Bezahlung einer verjährten Verbindlichkeit durch einen Schuldner. Dabei ist durchaus anzuerkennen, daß gerade die Möglichkeit, daß das europäische Gemeinschaftsrecht durch jeden Bürger mittels Anrufung der Gerichte und Vorlage an den EuGH individuell durchgesetzt werden kann, *den* entscheidenden Fortschritt darstellte, der den Erfolg der Europäische Wirtschaftsgemeinschaft und ihrer Nachfolger im Vergleich zu allen anderen ähnlichen Bemühungen ausgemacht hat. Nur durch Art. 177 EWGV wurde die europäische Gemeinschaft zu einer *Rechtsgemeinschaft*. Insbesondere konnte nur dadurch erreicht werden, daß die Mitgliedstaaten das gemeinschaftlich beschlossene Recht auch einheitlich anwenden. Hätte man, wie beim Internationalen Gerichtshof in Den Haag, das Klagerecht den Mitgliedstaaten und der Kommission vorbehalten, so wäre es zu dieser weitgehenden Beachtung des Gemeinschaftsrecht nie gekommen, da politische Institutionen allzuviel Rücksicht nehmen, bevor sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Eine Wirtschaftsgemeinschaft ohne ein Recht, welches nicht nur theoretisch einheitlich anzuwenden, sondern dessen einheitliche Anwendung auch praktisch durchsetzbar ist, kann nie zu einem gemeinsamen Binnenmarkt zusammenwachsen.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Art. 177 EWGV war ein Fortschritt, solange der EuGH sich als Wahrer des europäischen Rechts noch etablieren mußte. So ist erst 1964 (in einem Vorabentscheidungsverfahren) der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht etabliert worden.

Der Fortschritt von gestern erweist sich aber oft als das reaktionäre Hemmnis von heute. So ist es auch bei Art. 177 EWGV. Das Vorlagemonopol der nationalen Gerichte ist aus mehreren Gründen nicht mehr zeitgemäß:

1. Wachsende Bedeutung des Gemeinschaftsrechts

Das europäische Recht hat inzwischen einen Umfang angenommen, der bei Abschluß der römischen Verträge wohl von niemandem vorausgesehen wurde. Das europäische Recht erstreckt sich inzwischen fast auf alle Lebensbereiche. Je größer die vom europäischen Gemeinschaftsrecht abgedeckten Lebensbereiche werden, desto schwerer ist es für die nationalen Gerichte, die Bedeutung und Reichweite des Gemeinschaftsrechts richtig abzuschätzen, desto mißlicher ist aber auch die in der Nichtvorlage liegende Entziehung des gesetzlichen Richters.

2. Steigerung des Wettbewerbs durch die Währungsunion

Die Währungsunion führt nicht nur zu weiteren gemeinschaftlichen Rechtsbereichen, sondern auch zu einer Verstärkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen der verschiedenen Mitgliedstaaten. Wettbewerb erfordert gleiche Wettbewerbsbedingungen. Gleiche Wettbewerbsbedingungen erfordern gleiche Anwendung des Gemeinschaftsrechts im ganzen Gebiet der Gemeinschaft. Der Wettbewerb kann auch nicht warten, bis die nationalen Gerichte sich zu einer Vorlage an den EuGH bequemen oder ob sie es vorziehen, durch Nichtvorlage so lange wie möglich für die Bewohner ihres Mitgliedstaates Wettbewerbsvorteile durch diskriminierende nationale Regelungen zu erhalten. Im Wettbewerb entscheidet oft ein vorübergehender rechtswidriger Wettbewerbsvorteil darüber, wer überlebt.

3. Osterweiterung der Europäischen Union

Die EU steht vor einer erneuten Erweiterung der Gemeinschaft durch Aufnahme von Staaten jenseits des früheren Eisernen Vorhangs. Diese Staaten haben aufgrund ihrer unglücklichen Geschichte eine weniger stabile, weniger erfahrene und weniger unabhängige Richterschaft. Je mehr Mitgliedstaaten und je unterschiedlicher das Niveau ihrer Richter, desto größer die Gefahr, daß die in Art. 177 Abs. 3 EWGV statuierte Vorlagepflicht nicht beachtet wird. Ohne Änderung des Art. 177 Abs. 3 EWGV droht mit jedem Mitgliedstaat eine weitere Zersplitterung in der tatsächlichen Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts. Gerade im Interesse der deutschen Industrie, die dort überdurchschnittlich investiert, kann es nicht liegen, daß die zukünftigen Mitgliedstaaten sich durch das faktische Vorlageverweigerungsrecht des Art. 177 Abs. 3 EWGV nach Belieben aus der Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts ausklinken können.

4. Lösungsvorschlag

Anläßlich der ohnehin anstehenden Revision der europäischen Verträge sollte deshalb nicht nur im Ministerrat die Reichweite der Mehrheitsentscheidungen verstärkt, sondern durch eine Reform des Art. 177 EWGV sichergestellt werden, daß das - mit welcher Mehrheit auch immer beschlossene - Gemeinschaftsrecht auch tatsächlich angewendet wird. Die USA wären wohl nie ein einheitlicher Binnenmarkt geworden, wenn die Federal Courts nicht die einheitliche Anwendung des amerikanischen Bundesrechts sichergestellt hätten. Auch in Deutschland wäre es um die einheitliche Anwendung des deutschen Bundesrechts schlecht bestellt, wenn es keine zulassungsfreie Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde wegen Verletzung von Bundesrecht gäbe, sondern wenn die deutschen obersten Bundesgerichte darauf angewiesen wären, daß die Gerichte der Länder die Revision zulassen. Deshalb sollte Art. 177 EWGV durch einen Abs. 4 ergänzt werden, welcher jeder Partei, die vor einem letztinstanzlichen nationalen Gericht mit ihrem Antrag auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

unterlegen ist, eine Nichtvorlagebeschwerde unmittelbar an den EuGH einräumt. Die Nichtvorlagebeschwerde könnte nur mit der unrichtigen Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts begründet werden, ähnlich wie eine Revision zu einem deutschen obersten Bundesgericht grundsätzlich nur mit der Verletzung von Bundesrecht begründet werden kann. Dadurch würde sichergestellt, daß der EuGH korrigierend eingreifen kann, wenn ein nationales Gericht entgegen Art. 177 Abs. 3 EWGV seiner Vorlagepflicht nicht nachkommt. Jeder Investor oder andere Wettbewerber aus einem Mitgliedstaat könnte darauf vertrauen, daß das europäische Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten korrekt angewendet wird, und er hätte eine ernsthafte Chance, dieses sein Recht durch Anrufung der örtlichen Gerichte auch tatsächlich durchzusetzen, weil er sich notfalls an den EuGH wenden könnte. Schließlich hätte das Institut der Nichtvorlagebeschwerde zweifellos auch eine disziplinierende Wirkung auf die letztinstanzlichen Gerichte der Mitgliedstaaten, die es nicht mehr wagen würden, mit an den Haaren herbeigezogenen Gründen die Vorlage an den EuGH zu verweigern.

Die Einführung einer Nichtvorlagebeschwerde unmittelbar an den EuGH würde allerdings zu einer zusätzlichen Arbeitsbelastung führen, die durch die bisherige Anzahl der EuGH-Richter kaum noch zu bewältigen wäre. In einem "Reflexionspapier" haben die Richter am EuGH deshalb umgekehrt den Vorschlag gemacht, über eine "Dezentralisierung" des EU-Gerichtssystems nachzudenken und nationale Gerichtsinstanzen mit Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte zu betrauen. Vermutlich stellen die Richter am EuGH sich vor, nur noch im Falle einer Divergenz mit Vorlagen belästigt zu werden. Der Vorschlag hieße jedoch, den Bock zum Gärtner zu machen: Die nationalen Richter, die in ihrem nationalen Rechtsdenken gefangen sind, würden noch mehr Vorwände finden können, um ihre nationalen Gewohnheiten zu pflegen und gegen gemeinschaftsrechtliches Denken zu verteidigen. Es würden sich notwendig nationale Rechtsprechungen zum Gemeinschaftsrecht entwickeln. Der Vorteil des Zusammentreffens mehrerer Richter aus unterschiedlichen Rechtssystemen ginge verloren. Da die nationalen Rechtssysteme noch so unterschiedlich sind, würde es selten zu eindeutigen Divergenzen kommen. Bei den meisten Rechtsfragen ließe sich ein Unterschied herausargumentieren, der eine Divergenz zu der Rechtsprechung der nationalen Vorlageinstanz eines anderen Mitgliedstaates vermeidet. Der Reformvorschlag in dem "Reflexionspapier" der Richter am EuGH ist deshalb in diesem Punkte abzulehnen.

Die von den Richtern am EuGH beklagte zunehmende Arbeitsbelastung ist die Konsequenz des eigenen Erfolges, nämlich der zunehmenden Ausbreitung, Vertiefung und Akzeptanz des europäischen Gemeinschaftsrechts. Dieses Problem kann aber nicht durch eine Beschränkung des Zugangs zum Gemeinschaftsrecht, sondern nur durch eine Anpassung der Richterkapazitäten an die gestiegenen Anforderungen gelöst werden.

Außerdem ist eine vertiefte Fachkompetenz dringend erforderlich. Während die Richter am EuGH die Autorität des Gemeinschaftsrecht meisterhaft etabliert haben, erscheinen manche Entscheidungen zum sekundären Gemeinschaftsrecht noch unbeholfen. Bei dem inzwischen erreichten Umfang insbesondere des sekundären Gemeinschaftsrecht kann nicht erwartet werden, daß so wenige Richter alle Rechtsbereiche gleich gut beherrschen. Undurchdachte Entscheidungen kratzen aber an der Autorität des Europäischen Gerichtshofs. Deshalb ist Spezialisierung angesagt, die nur durch eine personelle Erweiterung und eine Vervielfältigung des Europäischen Gerichtshofs zu erreichen ist.

Zusammenfassung

Die Vorlagepflicht der nationalen Gerichte ist in Art. 177 Abs. 3 EWGV unzureichend geregelt, weil sie nicht erzwungen werden kann und weil die nationalen Gerichte mit oft fadenscheinigen Argumenten die Vorlage an den EuGH verweigern. Im Rahmen der Verhandlungen über die Revision des Gemeinschaftsrechts ist deshalb die Einführung einer Nichtvorlagebeschwerde durch die unterlegene Prozeßpartei unmittelbar an den EuGH dringend erforderlich.

4.1.1.12