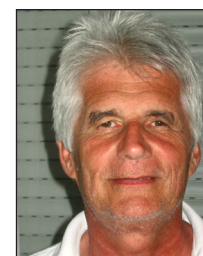


# Monopolkompetenz des EuGH in Fragen der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht vs. Kompatibilitätsprüfungsmonopol nationaler Höchstgerichte: Grundbedingungen für ein Harmonisierungsmodell



ALFRED GROF

## Abstract

In ständiger Judikatur betont der EuGH, dass einerseits ausschließlich ihm die Befugnis zur verbindlichen Auslegung des Unionsrechts zukommt und andererseits alle nationalen Gerichte dem vom EuGH solcherart konkretisierten Unionsrecht effektive Geltung verschaffen müssen. In der Praxis entstehen vor diesem Hintergrund vornehmlich dann Probleme, wenn bezüglich der Interpretation des Unionsrechts selbst oder darauf basierend hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht entweder innerstaatliche Höchstgerichte die Rechtsmeinung des

EuGH oder unterinstanzliche Gerichte die Ansicht ihnen übergeordneter nationaler Gerichte nicht teilen. Für diese Fragen sowie für die Problematik, ob und inwieweit die Institutionalisierung eines Kompatibilitätsprüfungsmonopols zugunsten eines nationalen Höchstgerichts aus europarechtlicher Sicht zulässig ist, versucht die vorliegende Abhandlung entsprechende Lösungsansätze bzw aus Sicht des Unionsrechts und der EMRK jeweils resultierende Mindestbedingungen aufzuzeigen.

## Schlagworte

Auslegungsmonopol; Letztentscheidungsbefugnis; Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht; Unionsrechtskompatibilität; Vorabentscheidungsverfahren; Vorlageantrag; Judikaturdivergenz; Bindungskonflikt; nationale Verfassungsidentität; Menschenwürde; europäischer Haftbefehl; Bedarfsprüfung; angemessene Verfahrensdauer; gesetzliche Entscheidungsfristen; Absolutmodell; Relativmodell; Gleichheit, Klarheit und Rechtsunsicherheit; absolute Nichtigkeit; lückenlose Bindungswirkung; faires Verfahren; Sachverhaltsfeststellung (Fakten- und Beweislage), Beweiswürdigung; kontradiktorisches Verfahren; Neuerungsverbot; kassatorische – reformatorische Entscheidungsbefugnis

## Rechtsquellen

Art 3 EMRK; Art 6 EMRK; Art 13 EMRK; Art 1 GRC; Art 47 GRC; Art 267 AEUV RL 89/665/EWG (Vergaberichtlinie); RB 2002/584/JI (Europäischer Haftbefehl); Art 1 GG; Art 79 GG; § 95 BVerfGG; § 10 ApG

## Inhaltsübersicht

I.	Paradigmatische höchstgerichtliche Entscheidungen zu einem vertrauten Themenkreis .....	108
II.	»Absolut nichtiges Unionsrecht« als Primäraspekt .....	112
III.	»Faires Verfahren« iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC als weitere Determinante .....	113
IV.	Keine rechtliche Bindungswirkung; keine zwingende, sondern bloß fakultative Vorlage .....	115
V.	Ergebnis .....	115

In ständiger Judikatur betont der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: EuGH) sein Auslegungsmonopol – bzw präziser: seine Letztentscheidungsbefugnis – hinsichtlich des Unionsrechts; in Bindung daran haben die Gerichte der Mitgliedstaaten darüber zu befinden, ob eine spezifische innerstaatliche Norm dem Unionsrecht entspricht oder nicht. Verfahrensrechtlich wird diese Letztkompetenz dadurch sichergestellt, dass die nationalen Gerichte die innerstaatliche Norm bei offenkundiger Unvereinbarkeit unangewendet zu lassen, in Zweifelsfällen hingegen gemäß Art 267 AEUV einen Vorabentscheidungsantrag an den EuGH zu stellen haben. Die diese Konzeption tragende rechtspolitische Absicht nach einer möglichst gleichförmigen Geltung des Unionsrechts in sämtlichen Mitgliedstaaten auf allen instanzmäßigen Ebenen begegnet in praxi allerdings – bedenkt man allein die Gesamtzahl von vorlageberechtigten bzw -verpflichteten Gerichten – nicht unerheblichen Schwierigkeiten va während jenes relativ langen Zeitraumes, der regelmäßig zwischen der Einbringung eines Vorlageantrages und der Entscheidung über diesen durch den EuGH liegt. Dazu kommt allenfalls noch, dass die Vorlagefrage vom EuGH missverständlich oder unklar<sup>1</sup> beantwortet wurde oder die nationalen Gerichte hinsichtlich der Auslegung des EuGH-Urteils geteilter Meinung sind, sodass uU ein neuerlicher Vorlageantrag<sup>2</sup> ins Auge zu fassen ist. Um

diese Phase der Rechtsunsicherheit zu verkürzen bzw gar die Entstehung eines »Interregnums« hintanzuhalten, gab es vor allem seitens nationaler Höchstgerichte immer wieder Versuche, sich selbst als eine Art »zentrale Vorprüfungsinstanz« zu institutionalisieren: Dies mit der Konsequenz, dass die anderen Gerichte weder aus eigenem die Unionsrechtswidrigkeit einer innerstaatlichen Norm feststellen und diese folglich unangewendet lassen noch (bei Zweifelsfällen) aus einem solchen Grund autonom einen Vorlageantrag an den EuGH stellen dürfen, sondern in derartigen Konstellationen zuvor jeweils das nationale Höchstgericht mit dieser Frage zu befassen haben. Der EuGH ist solchen Versuchen bislang allerdings stets konsequent entgegengetreten. Im Folgenden sollen diese gegensätzlichen Positionen zunächst stellvertretend anhand einiger jüngerer Entscheidungen dargestellt werden (I.); anschließend soll unter besonderer Berücksichtigung des Zeitfaktors, aber auch des Aspekts der Machtverteilung zwischen Höchstgerichten nach – zumindest theoretisch gangbaren – Wegen gesucht werden, die im Interesse eines funktionierenden Rechtsstaates eine weitest mögliche Harmonisierung dieser gegensätzlichen Positionen ermöglichen (II. bis IV.).

## I. Paradigmatische höchstgerichtliche Entscheidungen zu einem vertrauten Themenkreis

- 1 Vgl zB jüngst EuGH v. 9.6.2016, C-25/15 (Balogh), RN 56: »Art 1 Abs 1 der Richtlinie 2010/64 ist dahin auszulegen, dass die Richtlinie nicht auf ein besonderes innerstaatliches Verfahren für die Anerkennung, durch das Gericht eines Mitgliedstaats, einer rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats anzuwenden ist, mit der eine Person wegen der Begehung einer Straftat verurteilt wurde.«; einigermassen verständlich wird dieser Rechtssatz nur nach folgenden orthographischen und syntaktischen Modifikationen: »Art 1 Abs 1 der Richtlinie 2010/64 ist dahin auszulegen, dass die Richtlinie nicht auf ein besonderes innerstaatliches Verfahren zur Anerkennung einer rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats, mit der eine Person wegen der Begehung einer Straftat verurteilt wurde, anzuwenden ist.«
- 2 Wenn H. Eberhard – Ch. Ranacher – M. Weinhandl – K. Wallnöfer, Rechtsprechungsbericht: Landesverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof, ZfV 2016, 232, FN 218, bei Judikaturdivergenzen zwischen innerstaatlichen Gerichten eine »neuerliche Vorlage« an den EuGH gleichsam als »Patentlösung« empfehlen, übersehen diese allerdings grundlegend, dass sowohl die Urteile als auch die Beschlüsse des EuGH in Rechtskraft erwachsen (vgl Art 91 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25.9.2012 idGF vom 18.6.2013) und somit in jenen Fällen, in denen sich der EuGH bereits – wenngleich möglicherweise interpretationsbedürftig – zur Sache geäußert hat (wie eben bspw. mit Urteil vom 13.2.2014, C-367/12 [Sokoll-Seebacher I], zur Frage der Bedarfsprüfung nach § 10 des Apothekengesetzes, RGBl 5/1907 idGF BGBl I 30/2016, im Folgenden: ApG), eine wiederholte Vorlage wegen res iudicata prinzipiell ausscheidet; dass der EuGH im Beschluss vom 30.6.2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II), die von ihm selbst kreierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eine neuerlichen Vorlage als gegeben erachtet hat (vgl RN 19 und 20 dieses Beschlusses), kann freilich keineswegs als Regelfall angesehen werden.

### a. *EuGH vom 5.4.2016, C-689/13 (PFE)*

Der diesem Urteil zu Grunde liegende Ausgangsrechtsstreit betrifft die Beschwerde eines übergangenen Bieters gegen eine öffentliche Auftragsvergabe über die nach nationalem Recht (bloß) ein Teilspruchkörper eines letztinstanzlichen Gerichts, nämlich eine Kammer desselben, zu entscheiden und die hierbei die sog Vergaberichtlinie (89/665/EWG) samt hierzu ergangener Judikatur auszulegen hatte. Insoweit war auch eine innerstaatliche Verfahrensvorschrift zu beachten, wonach die einzelnen Kammern an bestehende, vom Plenum dieser Höchstinstanz festgelegte Rechtsgrundsätze gebunden sind. Weil diese Bestimmung generell – und somit auch für Fragen der Anwendung von Unionsrecht – als maßgeblich erachtet wird, war die einzelne Kammer im Falle der Notwendigkeit der Stellung eines Vorlageantrages (wozu sie dann als letztinstanzliches Gericht nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen wäre) im Ergebnis stets an einer Vorgangsweise gemäß Art 267 AEUV dann gehindert, wenn und soweit die von ihr vertretene bzw als zweifelhaft angesehene Auslegung des Unionsrechts nicht einer bereits vom Plenum

festgesetzten Richtlinie entsprach; denn die erforderliche Zustimmung des Plenums war faktisch v.a. deshalb nicht zu erlangen, weil eine solche zugleich auch eine jeweilige Judikaturänderung des Höchstgerichts bedingt hätte<sup>3</sup>.

Somit hatte der EuGH ua die Frage zu klären, ob eine nationale Regelung mit Unionsrecht vereinbar ist, die einen Teilspruchkörper eines oberstinstanzlichen Gerichts, der intendiert, einen Vorlageantrag zu stellen, auch dann dazu verpflichtet, diesen Antrag zuvor dem Plenum dieses Gerichts zur Beschlussfassung vorzulegen, wenn dieser auf einer Rechtsauffassung fußt, die mit den vom Plenum hierzu aufgestellten Leitlinien nicht konform geht.

Unter Berufung auf seine schon seit längerem gefestigte Judikatur, wonach das Recht bzw die Pflicht zur Vorlage zwecks Auslegung der anlassfallbezogen relevanten Bestimmungen des Unionsrechts umfassend besteht und durch keine nationale Vorschrift eingeschränkt werden kann, stellte der EuGH fest dass jene innerstaatliche Bestimmung, nach der eine Kammer im Zuge der Stellung eines Vorlageantrages an die vorangehende Zustimmung des Plenums des Gerichts gebunden wird, mit Art 267 AEUV unvereinbar ist<sup>4</sup>.

b. *BVerfG vom 15. 12. 2015, 2 BvR 2735/14*<sup>5</sup>

Dieser Entscheidung lag ein Europäischer Haftbefehl zu Grunde, mit dem Italien von der BRD die Auslieferung eines von einem italienischen Gericht in Abwesenheit verurteilten Straftäters – eines US-Bürgers – begehrt wurde. In seiner gegen die stattgebende Entscheidung eines OLG eingebrachten Verfassungsbeschwerde stützte sich der Rechtsmittelwerber insbesondere darauf, dass im Falle seiner Auslieferung nicht gewährleistet sei, dass ihm in Italien ein faires gerichtliches Verfahren, in dem dann die Tatvorwürfe in seiner Anwesenheit erneut – und zwar sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht – überprüft werden, gewährt werden wird.

Hierzu stellte das deutsche Bundesverfassungsgericht (im Folgenden: BVerfG) in der Sache (jeweils mit ausführlicher Begründung) fest, dass der strafrechtliche Schuldgrundsatz als Teilaspekt der Garantie der Menschenwürde zu der nach Art 79

Abs 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität des Grundgesetzes zählt<sup>6</sup>; unter dem Aspekt, dass die deutsche Hoheitsgewalt nicht ihre Hand zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen darf<sup>7</sup>, ist daher auch im Auslieferungsverfahren durch vorangehende sachadäquate gerichtliche Ermittlungen sicherzustellen, dass der Schuldgrundsatz gewahrt bleibt<sup>8</sup>. Aus – hier vorrangig interessierender – verfahrensrechtlicher Perspektive wurde bekräftigt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur soweit reicht, als das GG und das nationale Recht die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Union und deren Organe erlauben oder vorsehen, wobei die Verfassungsidentität des GG jedenfalls eine unübersteigbare Grenze für die Öffnung deutscher Staatlichkeit bildet<sup>9</sup>; zu überprüfen und zu entscheiden, ob diese Grenze im Einzelfall überschritten wurde, bleibt ausschließlich dem BVerfG vorbehalten, wobei diese Kontrolle allenfalls – wenngleich nur in eng begrenzten Einzelfällen – auch dazu führen kann, dass Unionsrecht in der BRD für unanwendbar erklärt werden muss<sup>10</sup>.

c. *EuGH vom 15. 10. 2015, C-581/14 (Naderhim)*<sup>11</sup>

Bereits mit Urteil vom 13. 2. 2014, C-367/12 (Sokoll-Seebacher I), hatte der EuGH eine spezifische Auslegung des Art 56 AEUV in Bezug auf die im österreichischen Recht im Zuge der Erteilung von Bewilligungen zum Betrieb öffentlicher Apotheken vorgesehene sog »Bedarfsprüfung«<sup>12</sup> vorgenommen. Da in der Folge zwischen den innerstaatlichen Gerichten eine Meinungsverschiedenheit über die konkrete Bedeutung dieser Interpretation entstan-

3 Zum dem Art 6 Abs 1 EMRK inhärenten Prinzip der Rechtssicherheit und dessen Verletzung durch leichtfertige höchstgerichtliche Judikaturänderungen vgl zB EGMR vom 30. 7. 2015, 30123/10 (Ferreira Santos Pardal).

4 Vgl RN 32 bis 36 dieses Urteils (mwN).

5 Auch abgedruckt in EuGRZ 2016, 33 ff.

6 Vgl RN 53 dieses Beschlusses.

7 RN 92.

8 RN 109 ff.

9 RN 40.

10 RN 43. Anzumerken ist, dass der EuGH ex post in seinem Urteil vom 5. 4. 2016, C-404/15 (Aranyosi), im Hinblick auf den Europäischen Haftbefehl zu einer – freilich nur im Ergebnis – gleichartigen Beurteilung kommt: »Insoweit geht aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass Art 3 EMRK den Behörden des Staates, in dessen Hoheitsgebiet eine Person inhaftiert ist, eine positive Verpflichtung auferlegt, sich zu vergewissern, dass jeder Häftling unter Bedingungen untergebracht ist, die die Wahrung der Menschenwürde gewährleisten« (RN 90); kann das Vorliegen der Gefahr einer ernsthaften Beeinträchtigung derselben »nicht innerhalb einer angemessenen Frist ausgeschlossen werden, muss die vollstreckende Justizbehörde darüber entscheiden, ob das Übergabeverfahren zu beenden ist« (RN 104).

11 Auch abgedruckt in EuGRZ 2015, 660 ff.

12 Nach § 10 ApG darf einem potentiellen Interessenten eine Konzession nur dann erteilt werden, wenn ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht; ein solcher Bedarf ist jedoch ex lege insbesondere dann nicht gegeben, wenn infolge der beantragten Neuerrichtung die Zahl der von einer bereits bestehenden öffentlichen Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen voraussichtlich weniger als 5.500 betragen wird (§ 10 Abs 2 Z 3 ApG).

den war, wurde ein neuerlicher Vorlageantrag gestellt, mit dem primär die Frage der Bindungswirkung von untergeordneten Gerichten an die von Höchstgerichten in unionsrechtlichen Fragen vertretene Rechtsauffassung aufgeworfen wurde.

Vor diesem Hintergrund sprach der EuGH in seinem Beschluss<sup>13</sup> vom 15.10.2015, C-581/14, unter Heranziehung seiner bisherigen Rechtsprechung aus, dass sämtliche Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeiten alle erforderlichen allgemeinen oder besonderen Maßnahmen zu ergreifen haben, um die Unvereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit dem Unionsrecht zu beheben und für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem sie erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen, ohne dass die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragt oder abgewartet werden müsste. Dies gilt zum einen dann, wenn es keine innerstaatlichen Vorschriften gibt, die regeln, wie ein nationales Gericht dieser Verpflichtung nachzukommen hat; zum anderen sind aber auch innerstaatliche Vorschriften, nach denen ein Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein übergeordnetes nationales Gericht gebunden ist und diese Interpretation nicht dem Unionsrecht entspricht, aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet zu lassen<sup>14</sup>.

13 Über Vorabentscheidungsersuchen entscheidet der EuGH in der Regel in Form eines Urteils; nach Art 99 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25.9.2012 i.d.G.F. vom 18.6.2013 kann hierüber jedoch – nach Abschluss des schriftlichen Vorverfahrens und unter Absehung der sich ansonsten anschließenden öffentlichen Verhandlung – ua auch dann durch einen mit Gründen versehenen Beschluss entschieden werden, wenn die Antwort auf die Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann (vgl RN 27 dieses Beschlusses).

14 Vgl RN 30 bis 37 dieses Beschlusses. Anders als dies *H. Eberhard – Ch. Ranacher – M. Weinhandl – K. Wallnöfer*, aaO (FN 2), 232, glauben machen wollen, wurden bereits im Vorlageantrag zu C-581/14 (Naderhirn) – und nicht erst in jenem zu C-634/15 (Sokoll-Seebacher II) – durchaus die »richtigen« Fragen gestellt und der EuGH hat in seinem Beschluss vom 15.10.2015, C-581/14 (Naderhirn), auch genau die »richtigen« Antworten gegeben, denn es ging dem vorlegenden Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich – wie auch schon zuvor dem Obersten Gerichtshof (im Folgenden: OGH) im Verfahren zu C-112/13 (A gegen Österreich) – dezidiert um die Klärung der prozessualen Problematik der Bindung an die Rechtsauffassung anderer (nicht nur instanzmäßig gleichgeordneter, sondern auch übergeordneter) nationaler Gerichte in Konstellationen, in denen die Unionsrechtskompatibilität innerstaatlicher Normen zur Diskussion steht; die Frage der Unionsrechtskonformität der Bedarfsprüfungsregelung des § 10 ApG spielte hingegen in diesem Verfahren bloß eine untergeordnete Rolle. Zu

Im Ergebnis soll damit also nach der Vorstellung des EuGH offenbar an die Stelle eines – wie bisher – durch »Führungsabhängigkeit und unreflektierte Verantwortungsdelegation nach oben« geprägten Vollzugssystems zumindest im Bereich der (unabhängigen) Gerichtsbarkeit ein solches treten, das durch »eigenverantwortliche Entscheidungskompetenz und inhaltliche Überzeugung der Begründung« gekennzeichnet ist.

d. *EGMR vom 23.5.2016, 17502/07 (Avotins)*

In dieser Entscheidung, in der es um die Frage ging, inwieweit es einem Gericht zukommt, im Zuge der Vollstreckung eines rechtskräftigen, allerdings in einem anderen Vertragsstaat der EMRK erlassenen Urteils dieses wieder (zumindest teilweise) überprüfen zu können, betonte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) neuerlich, dass die Auslegung des Unionsrechts dem EuGH und den Mitgliedstaaten der EU obliegt, während der EGMR ausschließlich zu prüfen hat, ob und inwieweit in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung der EMRK erfolgte<sup>15</sup>. Allerdings sind die nationalen Gerichte grundsätzlich zur Vorlage an den EuGH verpflichtet; und weil diese Vorlagepflicht als Ersatz für die fehlende Individualbeschwerdebefugnis fungiert, liegt eine Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK insbesondere dann vor, wenn das nationale Gericht im Einzelfall seine Entscheidung zur Nichtvorlage an den EuGH nicht nachvollziehbar zu begründen vermag<sup>16</sup>.

Ein Versuch, diese die Entscheidungen des EuGH tragende Grundposition bspw. mit jener des BVerfG – die paradigmatisch für die Auffassung der Höchstgerichte mehrerer Mitgliedstaaten steht<sup>17</sup> – im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu harmonisieren<sup>18</sup>, muss auf den ersten Blick vergeblich erscheinen, stehen sich doch jeweils im Kern diametrale Ausgangspositionen gegenüber:

eng begrenzten Ausnahmen von der Verpflichtung, dem Unionsrecht effektive Geltung zu verschaffen, vgl jüngst EuGH vom 28.7.2016, C-379/15 (Association France Nature Environnement).

15 Vgl RN 99f dieses Urteils.

16 Vgl RN 104, 109 und 110.

17 Vgl insbesondere die Nachweise in RN 47 des Beschlusses des BVerfG vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14; sa *K. Herzmann*, Das spanische Verfassungsgericht und der Fall Melloni, EuGRZ 2015, 445 ff, sowie jüngst »Schweizer Ängste vor EU-Richtern – Mit einer Volkabstimmung will die SVP schweizerisches Recht generell über EU-Recht stellen. Geht das durch, ist die Anbindung an den Binnenmarkt erneut in Gefahr«, Die Presse (Printausgabe) vom 18.8.2016, 5.

18 Vgl dazu *G. Britz*, Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275 ff, und auch *M. Ludwigs*, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, 273 ff.



Auf der einen Seite vertritt der EuGH – zusammengefasst – eine umfassende und unbedingte Vorrangwirkung des Unionsrechts; gleichzeitig kommt ihm das Monopol zu dessen verbindlicher Auslegung zu. Den aus diesem Blickwinkel undifferenzierten, dh hinsichtlich unionsrechtlicher Fragen deren jeweilige Stellung im Instanzenzug irrelevant werden lassenden Gegenpart bilden die nationalen Gerichte: Bei Zweifeln (also ausgenommen die *acte-clair*-Fälle oder Konstellationen, in denen die Frage der Unionsrechtskompatibilität vom EuGH bereits beurteilt wurde) über die Bedeutung und den Inhalt von Unionsrecht haben diese – unterschiedslos und unmittelbar – die genannte EuGH-Maxime prozessual (*ex ante*) im Wege der Stellung von Vorlageanträgen gemäß Art 267 AEUV bzw (*ex post*) durch effektive, den Feststellungen des EuGH entsprechende Nichtanwendung des dem Unionsrecht entgegenstehenden nationalen Rechts umzusetzen. In unionsrechtlichen Fragen sind daher nur die Aussagen des EuGH normativ, eine Bindung an diesbezügliche Feststellungen nationaler (Höchst-)Gerichte kommt hingegen – in welcher Form auch immer – nicht in Betracht.

Auf der anderen Seite gehen nationale Höchstgerichte – wie eben das BVerfG – von einem schon a priori bloß bedingten Vorrang des Unionsrechts aus, sodass dem EuGH nur soweit eine Kompetenz zur letztverbindlichen Auslegung zukommt, wie die Vorrangwirkung des Unionsrechts überhaupt reicht. Aber auch im Übrigen soll der innerstaatliche Instanzenzug und damit das Prüfungsmonopol der nationalen Höchstinstanzen bestehen bleiben, wobei dies gegebenenfalls so weit führt, dass sich weder eine Notwendigkeit noch eine Befugnis zur Nichtanwendung von Unionsrecht widersprechendem nationalen Recht durch unterinstanzliche Gerichte, sondern vielmehr – wenn und soweit durch innerstaatliche Vorschriften geboten – deren Verpflichtung zu einer entsprechenden Vorlage an ein nationales Höchstgericht ergibt. Kurz gefasst obliegt also nach diesem Modell dem innerstaatlichen Höchstgericht im Wege eines nationalen Prüfungsmonopols (in zeitlicher Hinsicht »vor« dem bzw in sachlicher Hinsicht »anstelle« des EuGH) die Kontrolle der Kompatibilitätstauglichkeit.

In der Mitte zwischen diesen beiden Antipoden entsteht dadurch für die »Rechtspraxis« in Gestalt der Verwaltungsbehörden und der erst- bzw mittelinstantzlichen Gerichte (und mit diesen zugleich auch für die Bürger) ein Dilemma: Solange noch keine Entscheidung der jeweils letztkompetenten Höchstinstanz vorliegt haben sich diese jedenfalls in (quantitativ eher wenigen, rechtspolitisch besehen dafür aber durchaus bedeutsamen) Konstellationen, in denen bspw die nationale Verfassungsidentität tangiert ist oder unter innerstaatlichen Gerichten eine Meinungsdivergenz hin-

sichtlich der Auslegung von Unionsrecht besteht oÄ, zwischen einer (allenfalls nochmaligen) Vorlage an den EuGH oder einer Vorlage an das nationale Höchstgericht, zwischen einer Bindung an die Auffassung eines instanzenmäßig übergeordneten Gerichts oder einer eigenständigen Auslegung/Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität etc zu entscheiden. Verschärft wird diese Problematik noch dadurch, dass die vorstehende Darstellung der gegensätzlichen Zugänge jeweils durch die Brille von Höchstgerichten besehene idealtheoretisch-statische bzw in diesem Sinne gleichsam »punktuelle« Modellbeschreibungen verkörpern; für die an gesetzliche Erledigungsfristen sowie an eine generelle innerstaatlich-organisationsrechtliche Über- und Unterordnung gebundenen Vorinstanzen<sup>19</sup> ist demgegenüber als maßgeblicher Faktor auch der Zeitraum bis zum Ergehen einer höchstgerichtlichen Entscheidung (bzw in Fällen einer Meinungsdivergenz in gleicher Weise auch der danach liegende zeitliche Rahmen) von essentieller Relevanz.

Unbestreitbar haben beide Modelle jeweils ihre Vorzüge: So liegt der – idealtypische – Hauptvorteil eines Systems des unbedingten Anwendungsvorranges des Unionsrechts in Verbindung mit einer ausschließlichen Monopolkompetenz des EuGH (im Folgenden auch kurz: »Absolutmodell«) ersichtlich in der weitest möglichen Sicherstellung, dass das Unionsrecht tatsächlich in sämtlichen Mitgliedstaaten in gleicher Art und Weise seine effektive Geltung entfaltet; zugleich geht dies mit einer quantitativen Überbeanspruchung des zentralen Entscheidungsorgans und einer damit verbundenen langwährenden Phase der zwischenzeitlichen Rechtsunsicherheit einher. Dem gegenüber werden bei einer Konzeption, die von einem (in welchem Umfang auch immer) bloß beschränkten Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Verbindung mit einem nationalen Kompatibilitätsprüfungsmonopol ausgeht (im Folgenden auch kurz: »Relativmodell«), die Entscheidungen der nationalen (Höchst-)Instanzen regelmäßig zwar innerhalb vergleichsweise kürzerer Zeit erlassen; allerdings kommt danach dem Unionsrecht schon systembedingt – nämlich infolge der materiell divergierenden nationalen Verfassungsidentitäten – nicht in allen Mitgliedstaaten gleiche Geltung zu. Je nachdem, welche Konzeption man rechtsdogmatisch als maßgeblich festlegen will, scheint damit unausweichlich verbunden, sich (neben anderen Begleitfaktoren) entweder

<sup>19</sup> Vgl neben § 73 Abs 1 AVG (für das Behördenverfahren) und § 34 Abs 1 VwGGV (für das Verfahren der Verwaltungsgerichte) für die BRD insbesondere auch die mit dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011, dBGB I 60/2011, vorgenommenen Novellierungen zahlreicher Verfahrensordnungen.

für eine Bevorzugung von mehr Gleichheit (bei Inkaufnahme temporärer Rechtsunsicherheit) oder von rascherer Rechtsklarheit (bei partieller Ungleichheit) entscheiden zu müssen. Angesichts dieses kaum zufriedenstellenden Befundes drängt sich daher gleichsam die Frage auf, ob – wenn sich die beiden diametralen Ansätze schon nicht gänzlich zu einem gemeinsamen Modell verbinden lassen – zumindest eine praktikable »Vermittlungslösung« denkbar ist.

## II. »Absolut wichtiges Unionsrecht« als Primäraspekt

Als Ausgangspunkt könnte hierfür zunächst die Beachtung auf ein grundlegendes rechtsdogmatisches Axiom dienen: So geht nämlich sowohl die traditionelle öffentlich-rechtliche Lehre<sup>20</sup> als auch der EuGH nach seiner eigenen Rechtsprechung davon aus, dass nicht nur der Typus einer fehlerhaften und insoweit bloß vernichtbaren Norm des Unionsrechts, sondern auch die Rechtsfigur des absolut wichtigen, also ex ante inexistenten Unionsrechtsaktes denkbar ist<sup>21</sup>. Wenn gleich nach Ansicht des EuGH die Qualifikation einer unionsrechtlichen Norm als inexistent im Interesse der Rechtssicherheit stets nur den extremen Ausnahmefall bilden darf, folgt daraus aber dennoch, dass solche Vorschriften systemlogisch besehen schon von vornherein nicht vom Anwendungsvorrang erfasst sein können bzw anders gewendet: Rechtsdogmatisch betrachtet kann der Grundsatz des Anwendungsvorranges jedenfalls keine absolute Geltung beanspruchen; zur Disposition steht vielmehr nur – wie es auch dem Denkansatz des BVerfG entspricht – der Umfang seiner Einschränkung. Dies bedeutet: Von der systemtheoretischen Unvertretbarkeit einer Absolutheit des Anwendungsvorranges ausgehend wird mit dessen Relativierung systemlogisch zugleich auch das gedankliche Feld für noch weiter (dh über die Fälle absoluter Wichtigkeit hinaus) reichende Differenzierungen desselben eröffnet. Im Ergebnis könnte dieser Weg bspw in einen »abgestuften Anwendungsvorrang« münden, der zwischen generell-abstrakten einerseits und individuell-konkreten Unionsrechtsnormen andererseits deshalb unterscheidet, weil die Fehleranfälligkeit Letzterer – bedenkt man allein die Vielzahl von Behörden und Gerichten in den einzelnen Mitgliedstaaten – vergleichsweise wesentlich höher ist. Der EuGH ist bislang solchen relativierenden Ansätzen allerdings – soweit ersichtlich – noch nicht nähergetreten; in der Diktion seiner Entscheidungen wird vielmehr

im Gegenteil stets<sup>22</sup> der Eindruck einer (in letzter Konsequenz aber eben schon systembedingt nicht vollständig durchzuhaltenden) lückenlosen Bindungswirkung vermittelt, die vor allem auch durch nationales Verfassungsrecht nicht konterkariert werden kann<sup>23</sup>.

Insbesondere lässt sich dieses Einfallstor des inexistenten und deshalb keine Bindungswirkung auslösenden Unionsrechts aber dem eingangs angeführten Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, als rechtssystematische Stütze dienstbar machen: Davon ausgehend, dass für den Unionsrechtsgesetzgeber eine Kompetenz, die einen Eingriff in die in Art 79 Abs 3 GG festgelegte Verfassungsidentität der BRD nach sich ziehen würde, schon von vornherein nicht konstituiert wurde, würde sich nämlich Unionsrecht – einerlei, ob in generell-abstrakter (wie zB eines Rahmenbeschlusses) oder in individuell konkreter Form (wie zB eines Europäischen Haftbefehls) –, das eine solche Beeinträchtigung nach sich zieht, (anders formuliert) schon als ex ante absolut wichtig bzw rechtlich inexistent erweisen und damit auch nicht in den Geltungsbereich des Anwendungsvorranges fallen können<sup>24</sup>. Im Übrigen darf angemerkt werden, dass sich – soweit es dem gegenüber nicht inexistentes, sondern rechtmäßiges einerseits oder bloß (nicht gravierend) fehlerhaftes, aber bis zu dessen Aufhebung (Vernichtung) oder Abänderung gültiges Unionsrecht andererseits betrifft (und dieses jeweils nicht die Verfassungsidentität des GG tangiert) – aus dem in Rede stehenden Beschluss ableiten lässt, dass die diesbezügliche Letztentscheidungskompetenz des EuGH auch vom BVerfG nicht in Frage gestellt wird. Im Ergebnis weist dieser Beschluss daher – von der bereits angesprochenen, intentional darauf abzielenden Qualifikation von Unionsrecht, das einen Eingriff in Art 79 Abs 3 GG bewirkt, als inexistentes und daher einer Bindungswirkung ermangelndes Unionsrecht durch das BVerfG abgesehen (dieser Aspekt steht

22 Vgl FN 21.

23 Vgl zB EuGH v 26.2.2013, C-399/11 (Melloni), RN 58 ff; kritisch dazu auch K. Herzmann, aaO (FN 16).

24 Freilich wäre aber die Frage, ob die Normsetzungsbefugnis der Europäischen Union tatsächlich als dahin eingeschränkt anzusehen ist, keine Regelung erlassen zu dürfen, die die deutsche Verfassungsidentität gemäß Art 79 Abs 3 GG – oder eine andere nationale Verfassungsidentität – tangiert, in erster Linie wohl nicht nach EU-Recht, sondern anhand der einschlägigen Regelungen des Vertragsvölkerrechts zu beurteilen; im Besonderen wäre daher zu belegen, ob diesbezüglich anlässlich der Gründung der Europäischen Union bzw deren Rechtsvorgänger seitens der BRD ein entsprechender Vorbehalt zumindest implizit artikuliert wurde; trifft dies nicht zu, mag das nationale deutsche Ermächtigungsgesetz zwar im Widerspruch zu Art 79 Abs 3 GG stehen, aber eine in diesen Identitätsbereich eingreifende Unionsrechtsnorm wäre jedenfalls nicht rechtlich inexistent (ja vielleicht nicht einmal fehlerhaft). Vgl zum Verhältnis zwischen BVerfG und der Gerichtsbarkeit der EU allgemein E. Klein, in: E. Benda – E. Klein – O. Klein (Hrsg), Verfassungsprozessrecht<sup>3</sup> (2012), 43, RN 84 ff, jeweils mwN.

20 Vgl zB W. Frenz, Europarecht (2011), 43, RN 140.

21 Vgl insbesondere EuGH v 15.6.1994, C-137/92 (BASF), RN 48 ff.

aus rechtspolitischem Blickwinkel freilich im Focus stellt jedoch vorrangig keine dogmatische sondern vielmehr eine Wertungsfrage dar) – aus rechtssystematischer Sicht lediglich insofern eine Unvereinbarkeit mit der Judikatur des EuGH auf, als dadurch die Befugnis zur Prüfung der Vereinbarkeit von Unionsrecht mit nationalem (Verfassungs-)Recht den anderen innerstaatlichen Organen entzogen und stattdessen in Form einer Vorlagepflicht, die zugleich eine Vorlage an den EuGH gemäß Art 267 AEUV ausschließt, beim BVerfG monopolisiert wird<sup>25</sup>. Diesbezüglich hat der EuGH jedoch zuletzt in Entscheidungen<sup>26</sup>, die vom BVerfG im vorliegenden Beschluss allerdings nicht thematisiert wurden, explizit Gegenteiliges festgestellt.

Nach den bisherigen Überlegungen lässt sich somit ein entsprechendes Monopol zugunsten des BVerfG nur für den Bereich des inexistenten Unionsrechts rechtfertigen, nicht jedoch auch in Bezug auf bloß fehlerhafte unionsrechtliche Normen, erst recht nicht, wenn das BVerfG – wie im Anlassfall – die (am Maßstab der unionalen Rechtserzeugungsregeln zu beurteilende) Rechtmäßigkeit eines Rahmenbeschlusses selbst gar nicht in Frage stellt. Will man einen diametralen Widerspruch zur EuGH-Judikatur vermeiden, bedarf die Verankerung eines nationalen Kompatibilitätsprüfungsmonopols sohin noch zusätzlicher Rechtfertigung bzw. Rahmenbedingungen.

### III. »Faires Verfahren« iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC als weitere Determinante

Gewissermaßen als Katalysator könnten sich hierfür die europarechtlichen Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK bzw deren Entsprechung in Art 47 EGRC erweisen, und zwar aufgrund folgender Überlegungen:

Eine für höchstgerichtliche, insbesondere für Verfahren zur Geltendmachung der Verletzung subjektiver Rechte durch die öffentliche Gewalt typische Regelung enthält – neben anderen Verfahrensordnungen – auch das BVerfGG insoweit, als danach das BVerfG beim Haupttypus der Verfassungsbeschwerden nicht zu einer reformatorischen, sondern lediglich zu einer kasuistischen Entscheidung ermächtigt ist (vgl § 95 Abs 2 BVerfGG)<sup>27</sup>. In diesem Zusammenhang besteht von Gesetzes wegen zwar keine Bindung an den von den Un-

terinstanzen als erwiesen angenommenen Sachverhalt<sup>28</sup>, im Gegenteil: Gemäß § 26 Abs 1 BVerfGG erhebt das BVerfG »den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis« selbst. Allerdings geht das BVerfG im praktisch häufigsten Fall der Urteils-Verfassungsbeschwerde nach ständiger Rechtsprechung im Regelfall davon aus, dass die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes Sache der Fachgerichte ist und diese dann jeweils vom BVerfG übernommen wird<sup>29</sup>.

Rechtsdogmatisch ist aus dieser Sachverhaltsbindung konsequenterweise zu folgern, dass das Höchstgericht dann, wenn es die Sachverhaltsfeststellungen der Unterinstanz(en) dem Grunde nach unbeanstandet lässt, eine andersartige Würdigung dieser solcherart feststehenden Beweis- und Faktenlage nur dann vornehmen darf, wenn und soweit dies auf Grund dessen eigenständig-modifizierter Sachverhaltsfeststellungen entsprechend indiziert und gerechtfertigt ist. Bedingt wird diese einfachgesetzlich-innerstaatliche Konzeption, wonach eine darüber hinaus reichende Umdeutung bzw Umkehrung der gerichtlichen Beweiswürdigung grundsätzlich nicht in Betracht kommt, durch die verfassungsrechtlich<sup>30</sup>-supranationale Garantie des Art 6 Abs 1 EMRK: Denn der in dieser Bestimmung garantierte Grundsatz des fairen (insbesondere unmittelbaren gerichtlich-kontradiktorischen) Verfahrens würde sich – gesamthaft besehen<sup>31</sup> – als zweifelsfrei verletzt erweisen, wenn die in einem dem Art 6 Abs 1 EMRK entsprechenden (und in diesem Sinne »gerichtlichen«) Verfahren gewonnene (Sachverhaltsfeststellung und/oder) Beweiswürdigung durch eine solche, die in einem den Ansprüchen dieser Garantie nicht bzw nicht in vollem Umfang gerecht werdenden (und in diesem Sinne »nicht-gerichtlichen«) Verfahren vorgenommen wurde, ersetzt wird.

Diese Sichtweise gilt auch für das Unionsrecht – jedenfalls seit für dieses die zentralen Garantien des Art 6

25 Vgl BVerfG v 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, RN 43, mit weiteren Judikaturnachweisen.

26 Vgl neben den eingangs unter I.a) und I.c) angeführten Entscheidungen zB auch das Urteil des EuGH vom 11.9.2014, C-112/13 (A gegen Österreich) = NLMR 2014, 446 ff.

27 Vgl näher O. Klein, in: E. Benda – E. Klein – O. Klein (Hrsg), Verfassungsprozessrecht<sup>3</sup> (2012), 257, RN 615.

28 So zB § 137 Abs 2 VwGO in Bezug auf das Revisionsverfahren vor dem (deutschen) Bundesverwaltungsgericht.

29 Vgl E. Klein, aaO (FN 24), 139, RN 308, mwN.

30 Nur in Österreich, nicht hingegen auch in der BRD, steht die EMRK im Verfassungsrang.

31 Art 6 Abs 1 EMRK gewährleistet zwar kein subjektives Recht auf ein Rechtsmittelverfahren; wenn jedoch ein Staat ein Rechtsschutzsystem mit mehreren gerichtlichen Instanzen einrichtet, muss gleichzeitig sichergestellt sein, dass vor sämtlichen dieser Gerichte – und damit auch in toto – die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK effektiv gewährleistet werden (vgl zB schon EGMR vom 31.7.2007, 38736/04 (FC Mretebi), RN 39: »Where appeal procedures are available, Contracting States are required to ensure that physical and legal persons within their jurisdictions continue to enjoy the same fundamental guarantees of Article 6 before the appellate courts as they do before the courts of first instance«; sa Ch. Grabenwarter – K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016), 505, RN 63, mwN, und A. Grof, Unionsrechtskompatibilität: Keine Bindung an Höchstgerichte – insb nicht bei Judikaturdivergenz (zB Glücksspielmonopol)?!, ecolo 2016, 740f.



Abs 1 EMRK durch Art 47 EGRC nicht nur übernommen, sondern sogar noch ausgebaut wurden. Dazu kommt, dass nach Art 52 Abs 3 EGRC die Mindestgewährleistungen des Art 6 Abs 1 EMRK nicht unterschritten werden dürfen und Art 267 AEUV gerade im Zusammenhang mit Vorlageanträgen auf die instanzmäßige Gliederung nach nationalem Recht abstellt. Insgesamt folgt daher aus dem insoweit als modifiziert anzusehenden Gerichtsbegriff des Art 267 AEUV: Wenn man – entgegen dem BVerfG in seinem Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, RN 43 – die Institutionalisierung bzw das Bestehen einer gleichermaßen zentralen wie exklusiven Zuständigkeit eines nationalen Gerichts zur (Vor-)Prüfung der Kompatibilität von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht als mit dem Vorrang des Unionsrechts unvereinbar erachtet, so ist damit zugleich aber auch ein nationales Rechtsmittelsystem vorausgesetzt, nach dem jeweils auch den übergeordneten Instanzen die Qualität eines Gerichtes iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC zukommen muss<sup>32</sup>. Jedenfalls in diesem Sinne müsste sich künftig auch der EuGH quasi »kompromissbereit« zeigen bzw künftig sein von ihm propagiertes »Absolutmodell« näher präzisieren (und damit über die Fälle der absoluten Nichtigkeit hinaus weiter relativieren).

E contrario bedeutet dies, dass nationale Höchstgerichte – im Sinne eines gegenseitigen aufeinander Zugehens – ihrerseits akzeptieren müssten, dass die Verankerung einer innerstaatlichen Kompatibilitätsmonopolisierung gleichsam als eine erste Mindestbedingung schon a priori voraussetzt, dass auch sie selbst – um den Anforderungen der genannten Bestimmungen zu entsprechen – entweder unmittelbar ein *faides* insbesondere kontradiktorisches Verfahren das weder eine Bindung an die Sachverhaltsannahmen der Unterinstanzen noch ein Neuerungsverbot etc. kennt

32 In diesem Sinne sind wohl bspw. auch die RN 52 bis 55 des EuGH-Urteils vom 30.4.2014, C-390/12 (Pfleger), zu verstehen, wonach »das« – nämlich im Sinne von: jedes – »nationale Gericht eine Gesamtwürdigung der Umstände vornehmen« muss, »unter denen eine restriktive Regelung, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede steht, erlassen worden ist und durchgeführt wird. Im vorliegenden Fall haben die nationalen Behörden nach Ansicht des vorliegenden Gerichts nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten. Das Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das wahre Ziel der fraglichen restriktiven Regelung nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in einer bloßen Maximierung der Staatseinnahmen, obwohl der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen kann .... Diese Regelung erscheine, so das Gericht, jedenfalls unverhältnismäßig, da sie nicht geeignet sei, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geforderte Kohärenz zu garantieren, und über das hinausgehe, was zur Erreichung der angeführten Ziele erforderlich sei. Sollte das vorliegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.«.

durchführen oder sich – bei einem System einer nur kasatorischen Entscheidungsbefugnis – bloß auf die (in Unionsrechtsfragen dann allerdings nicht bindende) Entscheidung von Rechtsfragen beschränken müssen. Denn es erschiene als mit einem derartigen System jedenfalls unvereinbar, dass ohne eigenständige Sachverhaltsfeststellungen und/oder ohne Durchführung eines in jeder Beziehung dem Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC entsprechenden Verfahrens (nicht bloß eine andersartige rechtliche Beurteilung, sondern) eine Modifikation der Beweiswürdigung (und in der Folge eine darauf fußende Änderung der rechtlichen Beurteilung) des unterinstanzlichen Gerichtes vorgenommen wird, weil dann, wie bereits angesprochen, summarisch betrachtet nämlich kein den Ansprüchen dieser europarechtlichen Grundrechtsgewährleistungen genügendes *faides*<sup>33</sup>, insbesondere kontradiktorisches bzw dem Grundsatz der Unmittelbarkeit entsprechendes Verfahren mehr vorliegen würde<sup>34</sup>.

33 Vgl zB schon EGMR vom 26.5.1988, 10563/83, RN 31ff (Ekbatani): »The Court has on a number of occasions held that, provided that there has been a public hearing at first instance, the absence of 'public hearings' before a second or third instance may be justified by the special features of the proceedings at issue. Thus, leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to questions of fact, may comply with the requirements of Article 6 (...), although the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court (...). However, ..., the underlying reason was that the courts concerned did not have the task of establishing the facts of the case, but only of interpreting the legal rules involved. Here, the Court of Appeal was called upon to examine the case as to the facts and the law. In particular, it had to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence (...). The only limitation on its jurisdiction was that it did not have the power to increase the sentence imposed by the City Court. .... The limitations on the Court of Appeal's powers as a result of the prohibition of *reformatio in pejus* related only to sentencing. They cannot be considered to be relevant to the principal issue before the Court of Appeal, namely the question of guilt or innocence. Neither can the fact that the case-file was available to the public. Having regard to the entirety of the proceedings before the Swedish courts, to the role of the Court of Appeal, and to the nature of the issue submitted to it, the Court reaches the conclusion that there were no special features to justify a denial of a public hearing and of the applicant's right to be heard in person. Accordingly, there has been a violation of Article 6 § 1«; ebenso EGMR vom 8.4.2010, 20508/03, RN 32 (Sinichkin); vom 8.3.2007, 53897/00, RN 35 (Danila); vom 29.9.2009, 23782/06 und 46629/08, RN 60 (Constantin and Stoian); vom 29.9.2009, 26958/05, RN 22 (Kiss); vom 24.11.2009, 75300/01 und 4637/02, RN 28ff (Ieremeiov 1 und Ieremeiov 2); sowie vom 13.3.2012, 24082/03 (Zarafim), RN 42; sa zusammenfassend Ch. Grabenwarter – K. Pabel, aaO (FN 31), 512, RN 73 (»Das Rechtsmittelgericht darf kein unterinstanzliches Urteil aufheben und eine neue Beweiswürdigung vornehmen, ohne die Betroffenen zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.«) und A. Grof, aaO (FN 31), 740f). Die vom VwGH bezüglich § 24 VwGVG aufgestellten Kriterien für die Notwendigkeit einer öffentlichen Verhandlung (vgl zB VwGH vom 2.8.2016, Ra 2014/05/0058) gelten daher wohl in gleicher Weise auch für alle höchstgerichtlichen, eine reformatorische Entscheidung intertierenden Verfahren.

34 Hinzu kommt, dass speziell in Bezug auf Strafverfahren die Garantie des Art 2 erster Satz des 7.ZPMRK (Rechtsmittel in Strafsachen) ersichtlich gerade von einer derartigen Grund-



#### IV. Keine rechtliche Bindungswirkung; keine zwingende sondern bloß fakultative Vorlage

Last but not least ist auch noch zu beachten, dass der EuGH zur Absicherung seines Auslegungsmonopols in Fragen der Interpretation des Unionsrechts weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Bindung an Entscheidungen von (bloß) nationalen Gerichten – ungeachtet ihrer jeweiligen Stellung im Instanzenzug – akzeptiert<sup>35</sup>. Deshalb kann die Institutionalisierung eines Kompatibilitätsprüfungsmonopols zugunsten eines nationalen (Höchst-)Gerichts einerseits – im Sinne einer zweiten Mindestbedingung – nur derart erfolgen, dass mit diesem keine rechtliche Bindungswirkung an die jeweils getroffene Leitentscheidung einhergeht; andererseits darf – als dritte Grundbedingung – die Initialisierung dieser nationalen Kontrollkompetenz nicht derart ausgestaltet sein, dass dadurch die Vorlagebefugnis gemäß Art 267 AEUV (und zwar auch nicht einmal bloß vorläufig) ausgeschaltet wird bzw anders formuliert: Die Normierung einer Vorprüfung durch ein nationales Höchstgericht, die eine parallele Vorlage gemäß Art 267 AEUV ausschließt, erwiese sich als unionsrechtswidrig. Bestimmungen, die diesen beiden letzteren Prämissen explizit oder implizit zuwiderlaufen, wären vom unterinstanzlichen Gericht jedenfalls unangewendet zu lassen, darüber hinaus aber – im Interesse der Rechtsklarheit – von den hierfür kompetenten Normsetzungsorganen auch entweder für nichtig zu erklären oder explizit dahingehend zu modifizieren, dass sich eine gesetzlich allenfalls generell festgelegte Bindungswirkung nicht auf Fragen der Auslegung des Unionsrechts bezieht.

Die Verpflichtung zur eigenständigen Sachverhaltsfeststellung bzw zur Beschränkung auf die Entscheidung bloßer Rechtsfragen mag ja noch hinnehmbar sein, aber: Muss ein nationales Kompatibilitätsprüfungsmonopol ohne exklusive Vorlagepflicht und Bindungswirkung nicht schon von vornherein als unzumutbar erscheinen?

Trotz dieser europarechtlichen Schranken sprechen aus rechtspolitischer Sicht dennoch einige Überlegungen für die Implementierung bzw Beibehaltung eines »Relativmodells«, das auch im Lichte der jüngsten EuGH-Judikatur keinen unionsrechtlichen Bedenken begegnet:

So wurde bereits zuvor auf den Hauptvorteil, solcherart vergleichsweise rascher eine oberstgerichtliche Leitentscheidung erreichen zu können, hingewiesen; Rechtsunsicherheiten, Verfahrensverzögerungen

und die Entstehung von divergierenden Standpunkten auf unter- und mittelinstantzlicher Ebene können dadurch vergleichsweise effektiver hintangehalten werden. Dem Aspekt, dass solchen Leiturteilen gerade in Bezug auf die Auslegung von Unionsrecht im Besonderen hinsichtlich der Frage von dessen Vereinbarkeit mit nationalem Recht keine rechtliche Bindungswirkung zukommt, steht gegenüber, dass es sich immerhin um eine höchstinstanzliche Entscheidung handelt, dh, dass die damit einhergehende Autorität in der Praxis (wenn schon nicht de iure so zumindest) de facto in aller Regel durchaus Bindungswirkung gegenüber den unterinstanzlichen Gerichten sowie gegenüber Behörden erzeugen wird. Dazu kommt, dass die höchstgerichtlichen Entscheidungen in aller Regel auch überzeugend begründet sein werden, sodass die Möglichkeit, eine vertretbare Gegenposition einnehmen zu können, ohne zugleich amtschaftsrechtliche Folgen zu riskieren, auf rare Ausnahmesituationen beschränkt bleiben wird<sup>36</sup>. Und schließlich besteht – wenn und solange diesbezüglich keine explizite gesetzliche Klarstellung erfolgt – auch keine rechtliche Verpflichtung dahin, den Umstand, dass eine Bindungswirkung bzw Vorlagepflicht nicht besteht, aktiv propagieren zu müssen.

Ob diese beispielhaft aufgezeigten Gründe für die Einführung bzw Aufrechterhaltung eines nationalen Kompatibilitätsprüfungsmonopols hinreichen, verkörpert allerdings – wie erwähnt – keine rechtsdogmatische Problemstellung, sondern deren Lösung fällt in den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des innerstaatlichen Gesetzgebers.

#### V. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich aus den vorstehenden Ausführungen ableiten:

- ▷ Hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts kommt dem EuGH wenn schon nicht ein allumfas-

konzeption getragen zu sein scheint; vgl in diesem Sinne *Ch. Grabenwarter – K. Pabel*, aaO (FN 31), 571, RN 171.

35 Siehe oben, I. a) und c).

36 »Bindung kraft Autorität (Kompetenz)« wird also durch »Bindung kraft Überzeugung« ergänzt, was freilich nicht immer gelingt (vgl zB die vehemente Kritik an der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes v 1.7.2016, W I 6/2016 [Wiederholung der Bundespräsidenten-Stichwahl], von *H. Mayer*; Eine klare Fehlentscheidung, *Falter* 34/2016, 10 f). Würde dies bspw für den Bereich des Glücksspielrechts vom OGH und/oder vom VfGH nicht akzeptiert werden, dann würden diese beiden Höchstgerichte gleichzeitig Gefahr laufen, ihre materielle Leitkompetenz ebenso zu verlieren wie etwa bereits der Verwaltungsgerichtshof in der Frage der Bedarfsprüfung nach dem ApG (vgl zB *H. Eberhard – Ch. Ranacher – M. Weinhandl – K. Wallnöfer*, aaO [FN 2], 233: »Damit scheint nicht nur der differenzierenden Auslegung der *Rs Sokoll-Seebacher* durch den VwGH der Boden entzogen, sondern auch evident, dass die jüngste *Novellierung des§ 10 ApG ...*, die sich an der *Folgejudikatur* des VwGH zur *Rs Sokoll-Seebacher* orientierte, das Ziel der *Herstellung einer unionsrechtskonformen Rechtslage nicht erreicht haben dürfte.*«.

sendes Monopol, so doch eine nahezu lückenlos bindende Prärogative zu. Dieser Maxime haben die Gerichte der Mitgliedstaaten – ohne Ansehung ihrer national-vertikalen Stellung im Instanzenzug – dadurch Rechnung zu tragen, dass sie bei Unklarheiten hinsichtlich der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht (allenfalls auch mehrfach, dh, so lange, bis die Frage eindeutig geklärt ist<sup>37</sup>) ein Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art 267 AEUV an den EuGH richten und davon ausgehend sowie im Übrigen (acte-clair-Fälle) jedoch unionsrechtswidriges innerstaatliches Recht effektiv unangewendet lassen müssen.

- ▷ Dadurch ist die Implementierung bzw Beibehaltung eines Kompatibilitätsprüfungsmonopols nationaler Höchstgerichte jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen, wenn und soweit in diesem Zusammenhang zumindest die drei folgenden Mindestvoraussetzungen erfüllt sind:
- ▷ Das vom Höchstgericht geführte Verfahren beschränkt sich entweder bloß auf die (bezüglich Unionsrecht dann allerdings nicht bindende) Entscheidung von Rechtsfragen (Kassationsmodell); ansonsten muss es in vollem Umfang den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC entsprechen<sup>38</sup>
- ▷ das unterinstanzliche Gericht ist hinsichtlich der Auslegung von Unionsrecht rechtlich nicht (sondern allenfalls bloß de facto) an die Entscheidung des Höchstgerichts gebunden und
- ▷ durch seine Pflicht zur Vorlage an das nationale Höchstgericht wird das unterinstanzliche Gericht durch nationale Normen effektiv weder daran gehindert, parallel dazu ein Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art 267 AEUV an den EuGH zu richten, noch innerstaatliches Recht aus eigenem unangewendet zu lassen, wenn es dieses als mit Unionsrecht unvereinbar ansieht.

### *Korrespondenz:*

*Dr. Alfred Grof  
Richter und Leiter der Wissenschafts-,  
Evidenz- und Dokumentationsstelle  
Verwaltungsgericht des Landes OÖ  
Volksgartenstraße 14  
4021 Linz  
E-Mail: [www.lvwg-ooe.gv.at](http://www.lvwg-ooe.gv.at)*

37 Bspw ist der EuGH in seinen Urteilen vom 16.12.1992, C-169/91 (»Council of the City of Stoke-on-Trent«), und vom 21.9.1999, C-124/97 (»Läärä«), jeweils obiter dictum davon ausgegangen, dass die nach Art 91 Abs 1 und 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25.9.2012 idGF vom 18.6.2013 eintretende Rechtskraft eines früheren EuGH-Urteils einem neuen Vorlageantrag gemäß Art 267 AEUV nicht entgegensteht; Gleiches lässt sich auch aus RN 28 des Beschlusses vom 15.10.2015, C-581/14 (Naderhirm), und aus dem Beschluss vom 30.6.2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II), RN 19, ableiten; sa schon oben, FN 2; ob die Kriterien für die Zulässigkeit eines neuerlichen Vorlageantrages erfüllt sind oder ein solcher wegen (bereits) entschiedener Sache gehindert ist, unterliegt allerdings der Einzelfallbeurteilung durch den EuGH und stellt somit für das vorlegende Gericht gleichsam jeweils ein gewisses »Risiko« dar.

38 Vgl jüngst EGMR vom 21.6.2016, 55391/13, RN 86 ff (Ramos Nunes).