

Rechtsgutachtliche Stellungnahme
zur
Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens
nach Art. 267 AEUV bei der Auslegung
des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB

von
Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier

unter
Mitwirkung von Sabine Schäufler

im Auftrag der
Steuerberater Kammer
München

Februar 2018

Inhaltsverzeichnis

I. Vorstellung des rechtlichen Problems	1
II. Einführung: Das Vorabentscheidungsverfahren.....	3
1. Die Vorlageberechtigung nationaler Gerichte	3
2. Die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens	4
III. Die Vorlagepflicht im Vorabentscheidungsverfahren.....	5
1. Letztinstanzliche Gerichte	5
2. Vorlagegegenstand	6
3. Entscheidungserheblichkeit	7
4. Ausnahme von Vorlagepflicht.....	8
IV. Folgen bei rechtswidriger Nichtvorlage.....	10
1. Rechtsfolgen auf Unionsebene	10
a) Vertragsverletzungsverfahren	11
b) Individualklage vor dem EGMR	13
c) Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	15
2. Verfassungsbeschwerde.....	17
a) Herleitung	17
b) Voraussetzungen der Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	18
c) Die Fallgruppe der Unvollständigkeit der Rechtsprechung.....	20
V. Vorlagepflicht des BGH im Verfahren Az. IX ZR 285/14	20
1. Der BGH als letztinstanzliches Gericht.....	23
2. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage	24
a) Anwendungsbereich eröffnet	25
b) Frage hinsichtlich Auslegung des Unionsrechts.....	26
3. Tauglicher Vorlagegegenstand	34
4. Keine Ausnahme von der Vorlagepflicht	34
VI. Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde.....	36
1. Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	36
a) Fallgruppe 1: Grundsätzliches Verkennen der Vorlagepflicht	36
b) Fallgruppe 2: Unvollständigkeit der Rechtsprechung	36
2. Beschwerdebefugnis.....	39
3. Beschwerdefrist	40
V. Weitere Rechtsbehelfe gegen die Nichtvorlage	40
Ergebnis.....	42

I. Vorstellung des rechtlichen Problems

Gemäß §§ 242 ff., 264 ff. HGB haben Unternehmen eine ordnungsgemäße Jahresbilanz aufzustellen. Mit der Vierten Bilanzrichtlinie 78/660/EWG vom 25.7.1978 hatte der Unionsgesetzgeber für weite Teile des Bilanzrechts Regelungen getroffen. Diese Richtlinie ist später von der Richtlinie 2013/34/EU¹ vom 26.6.2013 (BilanzRL) abgelöst worden. Ziel der Richtlinie ist dabei jeweils das Schaffen gleichwertiger rechtlicher Mindestanforderungen² sowie die Vereinheitlichung und Harmonisierung der Vorgaben in den Mitgliedstaaten,³ um vergleichbare und gleichwertige Informationen zu gewährleisten.⁴ Vor allem sollen grenzüberschreitende Investitionen erleichtert und die unionsweite Vergleichbarkeit und das öffentliche Vertrauen in Abschlüsse und Berichte verbessert werden.⁵ Die Richtlinie ist vom deutschen Gesetzgeber mit dem Bilanzrichtliniengesetz (BiRiLiG) vom 19.12.1985⁶ beziehungsweise dem Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BilRUG)⁷ vom 17.7.2015 umgesetzt worden.

In der Praxis wird die Erstellung der Jahresbilanz von den bilanzpflichtigen Unternehmen oftmals von einem beauftragten Steuerberater vorgenommen. Dieser erhält sämtliche notwendigen Unterlagen und nimmt die Bilanzerstellung anhand der gesetzlichen Vorgaben gemäß §§ 242 ff., 264 ff. HGB vor.

Problematisch sind dabei Fälle, in denen die Insolvenz des Unternehmens droht. Der BGH hatte sich bereits in mehreren Entscheidungen mit der Frage beschäftigt, inwieweit den Steuerberater, der mit dem Verfassen der Jahresbilanz beauftragt ist, im Rahmen seines Mandats

¹ RICHTLINIE 2013/34/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 182, 19; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. EU Nr. L 330, 1.

² Siehe Erwägungsgrund 8 der Richtlinie.

³ Siehe Erwägungsgrund 10 der Richtlinie.

⁴ Siehe Erwägungsgrund 16 der Richtlinie.

⁵ Siehe Erwägungsgrund 55 der Richtlinie.

⁶ Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (*Bilanzrichtlinien-Gesetz – BiRiLiG*) vom 19.12.1985, BGBl. I, 2355.

⁷ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, BGBl. I, S. 1245.

Hinweispflichten auf einen Insolvenzgrund treffen und ob bei falschen Angaben oder einem unterbliebenen Hinweis eine Haftung wegen eines Insolvenzverschleppungsschadens begründet werden kann.⁸ Dabei hatte der BGH betont, dass eine derartige Haftung nur in Betracht komme, wenn der Steuerberater ausdrücklich mit der Prüfung der Insolvenzreife des Unternehmens beauftragt war.⁹

Mit Urteil vom 26.1.2017¹⁰ hat der BGH diese Rechtsprechung teilweise aufgegeben¹¹ und eine Haftung wegen Insolvenzverschleppungsschadens aus dem Gewährleitungsrecht gemäß §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4 BGB abgeleitet. Der BGH ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Bilanz dann mangelhaft ist und also Haftungsansprüche des Steuerberaters ausgelöst werden können, wenn dieser angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv zu Unrecht von der Unternehmensfortsetzung ausgeht. Der Steuerberater hat nämlich die Bilanz entsprechend den handelsrechtlichen Vorgaben zu erstellen. Dabei ist gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB von der Unternehmensfortsetzung auszugehen, wenn nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und ihm sonst bekannter Umstände hat der Steuerberater zu prüfen, ob solche Gegebenheiten vorliegen, die der Unternehmensfortführung entgegenstehen. Werden der erstellten Bilanz Fortführungswerte zugrunde gelegt, obwohl die Unternehmensfortführung widerlegt ist, ist die Bilanz mangelhaft, der Steuerberater haftet für den Insolvenzverschleppungsschaden. Dies bedeutet eine erhebliche Erweiterung des Prüfungsumfanges sowie einer möglichen Haftung des Steuerberaters.

Der Bewertungsgrundsatz der Unternehmensfortsetzung ist auch in der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU vom 26. Juni 2013¹² beziehungsweise der Vierten Bilanzrichtlinie 78/660/EWG vom 25.7.1978 festgelegt. In der BilanzRL ist die Fortführungsannahme in Art. 6 Abs. 1 lit. a) (beziehungsweise Art. 31 Abs. 1 lit. a Vierten Bilanzrichtlinie 78/660/EWG vom 25.7.1978) normiert. Es ist fraglich, ob die Entscheidung des BGH mit der unionsrechtlichen Vorgabe vereinbar ist. Der BGH hat zwar in seiner Entscheidung diese Richtlinie erwähnt, ist aber bei

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 7. 3. 2013 – IX ZR 64/12 (OLG Köln) = NZI 2013, 438 und BGH, Urt. v. 6. 6. 2013 – IX ZR 204/12 (OLG Köln) = NZI 2013, 793.

⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2013, 983 Rn. 19; BGH NJW 2013, 2345 Rn. 13.

¹⁰ BGH, Urteil vom 26.1.2017 – IX ZR 285/14 = DStR 2017, 942 = NJW 2017, 1611.

¹¹ Abweichung von BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DStRE 2013, 1081 = DStR 2013, 1151 mAnm *Meixner/Schröder*.

¹² RICHTLINIE 2013/34/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 182, 19.

seiner Auslegung und Anwendung des § 252 HGB nicht näher auf sie eingegangen. Es stellt sich daher die Frage, ob der BGH bei der Bestimmung des Prüfungsumfangs bezüglich der Fortführungsannahme das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV hätte einleiten müssen und – sollte dies zu bejahen sein – welche rechtlichen Konsequenzen sich bei einer dennoch unterbliebenen Vorlage ergeben. Von Interesse ist dabei vor allem die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des BGH. Diese Fragen stellen sich insbesondere mit Blick auf zukünftige Verfahren vor dem BGH oder einem letztinstanzlich entscheidenden Fachgericht mit einem vergleichbaren Entscheidungsgegenstand, in dem das Gericht mit der Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB befasst ist.

Hierzu soll zunächst das Vorabentscheidungsverfahren im Gefüge des Unionsrechts dargestellt sowie die unionsrechtlichen Voraussetzungen der Vorlagepflicht und die Folgen einer rechtswidrigen Nichtvorlage näher erläutert. Hieran anschließend wird die Vorlagepflicht des BGH sowie die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde untersucht.

II. Einführung: Das Vorabentscheidungsverfahren

1. Die Vorlageberechtigung nationaler Gerichte

Gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV sichert der Gerichtshof der Europäischen Union die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge, ihm kommt das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol des primären sowie des sekundären Unionsrechts zu.¹³ Verfahrensrechtlich wird dies über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV gesichert. Gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und die Auslegung von Handlungen der Organe der EU. Vorlageberechtigt sind gemäß Art. 267 Abs. 2, 3 AEUV die Gerichte der Mitgliedstaaten, wenn sie eine Entscheidung über die vorlegte Frage zum Erlass seines Urteils für erforderlich halten.

Der Begriff des Gerichts ist dabei unionsrechtlich autonom zu bestimmen. Der EuGH hat hierfür eine Reihe von Kriterien aufgestellt. Erfasst sind solche Spruchkörper, die auf gesetzlicher Grundlage des Mitgliedstaats gebildet wurden und denen nach nationalem Recht eine streitentscheidende Funktion zukommt. Der Rechtsstreit muss dabei nach einem geordneten, gesetzlich vorgesehenen Verfahren entschieden werden, das rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht und die richterliche Unabhängigkeit wahrt. Die Gerichtsbarkeit muss

¹³ Vgl. *Pescatore*, BayVBl. 1987, 33; *Ehricke* in: *Streinz, EUV/AEUV*, 2. Auflage 2012, Art. 267 Rn. 6.

ständigen und obligatorischen Charakter aufweisen, also insbesondere bindende Kraft entfalten und der potentiell der Rechtskraft fähig sein.¹⁴ Nicht notwendig muss der Spruchkörper Teil des regulären Gerichtssystems sein, sodass auch beispielsweise der Vergabeausschuss des Bundes vom EuGH als Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV angesehen wurde.¹⁵

Die Vorlage des nationalen Gerichts kann in jedem anhängigen Verfahren, unabhängig von der Klageart, und in jedem Stadium des Verfahrens erfolgen.¹⁶ Dies gilt auch für Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz.¹⁷

Das Vorlagerecht darf durch nationales Recht weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.¹⁸ Auch eine innerstaatliche Norm, wonach die Vorlage von der Vorabbeurteilung eines nationalen Ober- oder Verfassungsgerichts abhängig gemacht wird, ist unionsrechtswidrig.¹⁹

2. Die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens

Das Vorabentscheidungsverfahren dient im Wesentlichen drei Funktionen: der Sicherung der Einheitlichkeit des Unionsrechts, dem Individualrechtsschutz und der Rechtsfortbildung.²⁰ Besondere Bedeutung kommt dabei der Sicherung der Einheitlichkeit des Unionsrechts zu.

Soweit dem Unionsrecht unmittelbare Wirkung zukommt, ist dieses durch die nationalen Gerichte anzuwenden.²¹ Dem Unionsrecht kommt dabei ein Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht zu.²² Der nationale Richter hat daher Unionsrecht in eigener Verantwortung auszulegen und anzuwenden, das entgegenstehende nationale Recht außer Anwendung zu lassen und dem Unionsrecht so zu seiner vollen Wirksamkeit zu verhelfen. Auf diese Weise kommt es zu einer funktionellen Verschränkung der Gerichtsbarkeit der Europäischen Union

¹⁴ Vgl. *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 19 m. zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

¹⁵ EuGH, Rs C-54/96, Slg 1997, I-4961 Rn. 22 ff. (Dorsh Consult/Bundesbaugesellschaft Berlin).

¹⁶ EuGH, Rs. C-470/03, Slg. 2007, I-2749, Rn. 45 (A. G. M.-COS.MET)

¹⁷ Vgl. EuGH, Rs. 107/76, Slg. 1977, 957, Rn. 4 (Hoffmann-La Roche); verb. Rs. 35/82 und 36/82, Slg. 1982, 3723, Rn. 6 ff. (Morson); EuG, Rs. T-181/02 R, Slg. 2002, II-5081, Rn. 107 f. (Neue Erba Lautex)

¹⁸ Vgl. beispielsweise EuGH, Rs. 166/73, Slg. 1974, Rn. 3 f. (Rheinmühlen I).

¹⁹ EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 (Simmenthal) betreffend die Rechtsprechung des italienischen Corte Costituzionale, wonach Unionsrechtsverstoß zugleich einen Verfassungsverstoß darstelle und damit eine (vorrangige) Vorlagepflicht an das Verfassungsgericht bestehe; EuGH, verb. Rs. C-188 u. 189/10, Urte. v. 22. 6. 2010, Slg. 2010, I-5667 (Melki u. Abdeli), betreffend eine Vorschrift des französischen einfachen Rechts, wonach das betroffene Gericht verfassungsrechtliche Fragen zunächst dem französischen Conseil Constitutionnel vorzulegen hat.

²⁰ Vgl. nur *Ehrlicke* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 267 Rn. 5.

²¹ Grundlegend EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 Rn. 14/16 (Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal); verb. Rs. C-6 und 9/90, Slg. 1991, I-5357 Rn. 32 (Francovich u. a./Italienische Republik).

²² Grundlegend EuGH, 15.07.1964 - 6/64, Slg. 1964, 1251 (Costa/ENEL).

und der Mitgliedstaaten, der nationale Richter ist zugleich Unionsrichter im funktionellen Sinn.²³ Um divergierenden Entscheidungen und unterschiedlichen Interpretationen des Unionsrechts entgegen zu wirken und so dem Unionsrecht zu seiner praktischen Wirksamkeit zu verhelfen, schafft Art. 267 AEUV ein vor das nationale Verfahren geschaltetes Zwischenverfahren.²⁴ Dies entspricht auch der Vorgabe des Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, wonach es zuvorderst Aufgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union ist, die Wahrung des (Unions)Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Dem dezentralen Vollzug weiterer Teile des Unionsrechts entspricht spiegelbildlich eine zentrale gerichtliche Kontrolle seiner Anwendung, Auslegung und Einhaltung.²⁵

Gleichzeitig ist das Vorabentscheidungsverfahren bedeutendes Instrument der richterlichen Zusammenarbeit auf nationaler und unionaler Ebene und Ausdruck des Kooperationsverhältnisses zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH.²⁶ Zwischen ihnen besteht kein hierarchisches Verhältnis, sondern ein Kooperationsverhältnis auf gleicher Ebene mit horizontaler Aufgabenverschränkung.²⁷ Während das nationale Gericht Herr des Verfahrens bleibt, obliegt dem EuGH das Monopol in Fragen der Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts. Das Vorabentscheidungsverfahren ermöglicht so einen „Dialog der Richter“.²⁸

III. Die Vorlagepflicht im Vorabentscheidungsverfahren

1. Letztinstanzliche Gerichte

Art. 267 Abs. 2 AEUV normiert eine Vorlageberechtigung der nationalen Gerichte. Sie sind damit grundsätzlich zur Vorlage ermächtigt, jedoch nicht verpflichtet. Ob ein nationales Gericht tatsächlich vorlegt, ist in sein Ermessen gestellt. Nur in Ausnahmefällen kann sich die Vorlageberechtigung zu einer Vorlagepflicht verdichten. Dies betrifft zum einen Fälle, in denen der nationale Richter einen Unionsrechtsakt oder eine sonstige Handlung der Unionsorgane für

²³ Vgl. *Ehricke* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 267 Rn. 6 m.w.Nachw..

²⁴ Dazu EuGH, Rs. 166/73, Slg. 1974, 33, Rn. 2 (Rheinmühlen/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Rs. 107/76, Slg. 1977, 957, Rn. 5 (Hoffmann La Roche/Centrafarm)

²⁵ Vgl. *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 1. m.w.Nachw.

²⁶ Vgl. dazu nur EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 8 (Preussen Elektra); Rs. 35/99, Slg. 2002, I-1529, Rn. 24 (Arduino und Compagnia); EuGH, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Rn. 40 ff. (Adeneler u. a./ELOG); aus Sicht des BVerfG im Hinblick auf den Grundrechtsschutz BVerfGE 89, 155 (175,178) – Maastricht.

²⁷ Vgl. *Ehricke* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 267 Rn. 7 m.w.Nachw.

²⁸ *Ehricke*, Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, S. 9 ff.; *Dausen*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 1995, S. 47 f.; *Hubertus*, DVBl. 1994, 674; *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl., 2011, Rn. 748 ff.; v. *Danwitz*, Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa, ZRP 2010, 143.

ungültig erachtet und außer Anwendung lassen will. Denn im Hinblick auf die Einheitlichkeit sowie die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts kommt den nationalen Gerichten keine Verwerfungskompetenz zu.²⁹ Diese widerspricht auch dem Grundsatz der Rechtssicherheit und der Stellung des EuGHs im europäischen Rechtssystem nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV. Eine solche Vorlagepflicht dürfte sich zum anderen dann ergeben, wenn ein Fachgericht eine nationale Norm für unionsrechtswidrig erachtet, jedoch gleichwohl aus Rechtssicherheitsgründen anwenden möchte.³⁰

Dagegen begründet Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Vorlagepflicht. Demnach ist ein mitgliedstaatliches Gericht, dessen Entscheidung selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet. Noch nicht abschließend geklärt ist, was mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts gemeint ist. Nach einer abstrakt-institutionellen Betrachtungsweise sind allein die obersten Gerichte angesprochen, die nach der nationalen Gerichtsverfassungsordnung die letzte Instanz darstellen.³¹ Dagegen stellt die konkrete Betrachtungsweise auf dasjenige Gericht ab, das im Einzelfall, beispielsweise weil die Berufungssumme nicht erreicht wird, die tatsächlich letzte Instanz ist. Die überwiegende Ansicht folgt der zweiten Auffassung unter Hinweis auf den Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens.³² Auch der EuGH folgt eher der konkreten Betrachtungsweise.³³ Dabei ist Rechtsmittel nicht nur die Berufung und Revision, sondern auch die Nichtzulassungsbeschwerde.³⁴

2. Vorlagegegenstand

Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens können gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV Fragen nach der Auslegung beziehungsweise der Gültigkeit des Unionsrechts sein. Gemäß Art. 267

²⁹ Vgl. EuGH, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199, Rn. 11 ff. (Foto Frost); EuGH, Rs. C-99/00, Slg. 2002, I-4839, Rn. 15 (Lyckeskog).

³⁰ Dafür plädierend *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 30.

³¹ Vgl. *Dausen*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 1995, S. 111.

³² Zustimmung *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 28; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, Art. 267 AEUV, Rn. 40 f.; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 267, Rn. 62; Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Auflage 2011, Rn. 826 f.; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2017, Art. 267 AEUV, Rn. 52; *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 267 Rn. 43; *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Rechtsschutz in der EU, 3. Auflage 2014, § 10, Rn. 61; *Ehricke*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 267, Rn. 41; *Brober/Fenger*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2014, S. 201 ff.; *Streinz*, Europarecht, 11. Auflage 2017, Rn. 702.

³³ EuGH, Rs. C-99/00, Slg. 2002, I-4839, Rn. 14 ff. (Lyckeskog); Rs. C-495/03, Slg. 2005, I-8151, Rn. 30.

³⁴ Vgl. BVerfGE 82, 159 (1996); BVerfG, NVwZ 1993, 883 f.; NVwZ-RR 2008, 611 f.; dies ist auch vom EuGH anerkannt, vgl. EuGH, Rs. C-99/00, Slg. 2002, I-4839, Rn. 16 (Lyckeskog); Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 75 ff. (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.).

Abs. 1 lit. a) AEUV in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 lit. b) Alt. 1 EUV sind zulässige Fragen solche über die Auslegung der Verträge. Angesprochen ist damit das unionale Primärrecht, also der EU-Vertrag und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie die gemäß Art. 51 EUV in den Primärrechtsrang erhobenen Anhänge und Protokolle und Verträge zu deren Änderung oder Ergänzung und die Verträge über den Beitritt neuer Mitgliedstaaten. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV erfasst Fragen über die Gültigkeit und die Auslegung von Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Handlungen der Organe sind dabei insbesondere Rechtsakte gemäß Art. 288 AEUV. Demnach ist auch das unionale Sekundärrecht in Form von Verordnungen, Richtlinien, Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen zulässiger Vorlagegegenstand.³⁵

Vorlagefähig sind dabei allein Fragen zur Gültigkeit und Auslegung des Unionsrechts. Nationales Recht kann nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens sein. Der EuGH prüft daher nicht die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht (oder umgekehrt), sondern beschränkt sich allein auf die Auslegung des Unionsrechts und ob dieses – abstrakt gesehen – einer nationalen Norm mit dem jeweiligen Inhalt entgegensteht.³⁶ Die Anwendung des ausgelegten Rechts auf die nationale Vorschrift ist allein Aufgabe des vorliegenden nationalen Gerichts. In ständiger Rechtsprechung formuliert der EuGH jedoch unvollkommen formulierte Fragen in ordnungsgemäße Vorlagefragen um.³⁷

3. Entscheidungserheblichkeit

Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage bestimmt sich maßgeblich nach der Auffassung des vorliegenden nationalen Gerichts. Im Hinblick auf den Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens setzt dies voraus, dass eine unionsrechtliche Norm im Einzelfall Anwendung findet und hinsichtlich der richtigen Anwendung und Auslegung, aber auch der Gültigkeit einer unionsrechtlichen Norm Unsicherheit besteht. Derartige Fragen können sich stellen sowohl bei der Anwendung und Auslegung unmittelbar geltenden Unionsrechts, als auch insbesondere bei der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Unionsrecht.

³⁵ Vgl. *Wegener* in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV* 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 10.

³⁶ Vgl. nur EuGH, Rs. 222/78, Slg. 1979, 1163, Rn. 10 ff. (ICAP), st. Rspr.

³⁷ Vgl. *Latzel/Strein*, *Das richtige Vorabentscheidungsersuchen*, NJOZ 2013, 97.

Der EuGH prüft die Entscheidungserheblichkeit sehr zurückhaltend und beschränkt sich auf eine bloße Missbrauchskontrolle.³⁸ Er geht dabei von einer Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit aus.³⁹ Die Vorlage ist dann missbräuchlich, wenn die Vorlage nicht die Auslegung oder Gültigkeit von Unionsrecht betrifft oder wenn sie lediglich konstruiert oder offensichtlich hypothetisch ist und dabei den EuGH lediglich zur Abgabe eines Rechtsgutachtens bewegen soll.⁴⁰ Auch dann, wenn zwischen der Vorlagefrage und dem Gegenstand des nationalen Verfahrens offensichtlich kein Zusammenhang besteht, ist die Entscheidungserheblichkeit zu verneinen.⁴¹ So hat der EuGH beispielsweise im Falle der Vorlagefrage betreffend die Auslegung einer Richtlinie die Entscheidungserheblichkeit verneint, da der zur Entscheidung anhängige Rechtsstreit gar nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fiel.⁴² Auch wenn das Verfahren abgeschlossen ist, ist eine Vorlage nicht mehr möglich.⁴³

Wenngleich der EuGH die Entscheidungserheblichkeit nur eingeschränkt überprüft, hat das nationale Gericht dennoch hinreichend zu begründen, weshalb es die Beantwortung der Vorlagefrage für entscheidungserheblich hält. Denn nur dann ist eine Missbrauchskontrolle des EuGHs überhaupt möglich.⁴⁴

4. Ausnahme von Vorlagepflicht

Der EuGH lässt in seiner ständigen Rechtsprechung Ausnahmen von der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV zu. Besondere Bedeutung kommt der Rechtssache CILFIT⁴⁵ zu, in der der EuGH wesentliche Ausnahmen von der Vorlagepflicht definiert hat.⁴⁶

³⁸ Vgl. dazu zusammenfassend EuGH, verb. Rs. C-297/88 und C-197/89, Slg. 1990, I-3763, Rn. 33 f. (Dzodi); Rs. C-231/89, Slg. 1990, I-4003, Rn. 18 f. (Gmurzynska-Bscher/Oberfinanzdirektion Köln); Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161, Rn. 24 ff. (Leur-Bloem).

³⁹ EuGH, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 67 (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.); Rs. C-56/09, Slg. 2010, I-4517, Rn. 15 (Zanotti); Rs. C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241, Rn. 16 ff. (ANETT).

⁴⁰ EuGH, Rs. 104/79, Slg. 1980, 745, Rn. 10 ff. (Foglia I); Rs. 244/80, Slg. 1981, 3045, Ls. 2 (Foglia II); Rs. 149/82, Slg. 1983, 171, Ls. 3 (Robards); Rs. C-83/91, Slg. 1992, I-4919, Rn. 25 ff. (Meilicke); Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, Rn. 12 (Leclerc-Siplec); Rs. C-451/99, Slg. 2002, I-3193, Rn. 26 (Cura Anlagen).

⁴¹ EuGH, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 17 (Bronner).

⁴² Vgl. EuGH, 02.03.2017 - C-97/16, NZA 2017, 407 (Pérez Retamero).

⁴³ EuGH, Rs. 338/85, Slg. 1988, 2041 Rn. 11 (Pardini),

⁴⁴ Vgl. Zurückweisung aufgrund unsubstanziierter Vorlage EuGH, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549 (Deliege).

⁴⁵ EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 (CILFIT).

⁴⁶ Darüber hinaus besteht auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, in denen die Vorlage noch im Hauptsacheverfahren erhoben werden kann, keine Vorlagepflicht, vgl. EuGH, verb. Rs. 35/82 und 36/82, Slg. 1982, 3723, Rn. 8 ff. (Morson); vgl. zuletzt OVG Münster, Beschl. v. 22.6.2017 – 13 B 238/17, das im Rahmen des Verfahrens zum einstweiligen Rechtsschutz gerade nicht vorlegte.

Eine Vorlagepflicht besteht demnach nicht, wenn die gestellte Frage bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens gewesen ist (*acte éclairé*).⁴⁷ Sie entfällt auch dann, wenn eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofes besteht, durch die die betreffende Rechtsfrage abschließend geklärt ist, gleich in welcher Art und in welchem Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat, und auch wenn die gestellten Fragen nicht vollkommen identisch sind.⁴⁸

Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht besteht schließlich, wenn die Beantwortung der Auslegungsfrage offenkundig ist (*acte clair*).⁴⁹ Ein solcher *acte clair* setzt voraus, dass „die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig (ist), daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt“.⁵⁰ Das nationale Gericht darf von einer solchen Offenkundigkeit nur dann ausgehen, „wenn es überzeugt ist, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde.“⁵¹ Dabei hat das nationale Gericht die Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts (nunmehr: des Unionsrechts) und die besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung zu berücksichtigen.⁵² Angesprochen sind damit die unterschiedlichen Sprachfassungen, zudem die Autonomie des Unionsrechts in seiner Terminologie und Dogmatik und schließlich die unterschiedlichen Zielsetzungen, Systematik sowie der Entwicklungsstand des Unionsrechts.⁵³ Gerade die Abfassungen in mittlerweile 24 unterschiedlichen Amtssprachen, die gleichermaßen verbindlich sind,⁵⁴ stellen dabei eine besondere Herausforderung dar, weichen die Fassungen doch oftmals deutlich voneinander ab.⁵⁵ Auch das nationale Verständnis gleichlautender Rechtsbegriffe kann auf das Unionsrecht nicht übertragen werden. Bei der Annahme eines *acte clair* ist daher besondere Zurückhaltung geboten. Das nationale Gericht hat substantiiert darzulegen, dass es sich mit den unterschiedlichen Sprachfassungen, der Unionsrechtsordnung

⁴⁷ EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 13 (CILFIT). unter Hinweis auf EuGH verb. Rs. 28/62 bis 30/62, Slg. 1963, 63, S. 80 f. (Da Costa).

⁴⁸ EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 14 (CILFIT).

⁴⁹ EuGH, ebenda Rn. 16.

⁵⁰ EuGH, ebenda, Rn. 16.

⁵¹ EuGH, ebenda, Rn. 16.

⁵² EuGH, ebenda, Rn. 17.

⁵³ Vgl. EuGH, ebenda, Rn. 18 ff.; siehe auch *Schröder*, Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive, EuR 2011, 808 (809); *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 33.

⁵⁴ Vgl. schon Art. 4 VO [EWG] 1/1958

⁵⁵ Der EuGH hat mittlerweile auf das Kriterium der Sprachfassung überwiegend verzichtet, vgl. EuGH, 15. 9. 2005 – Rs. C-495/03 Slg. 2005, I-8151, Rn. 33 (Intermodal Transports). Hierauf hinweisend: *Kühling/Drechsler*, Alles „*acte clair*“? – Die Vorlage an den EuGH als Chance, NJW 2017, 2950, 2952; *Broberg/Fenger*, Theorie und Praxis der *Acte-clair*-Doktrin des EuGH, EuR 2010, 835 ff.; *Schröder*, EuR 2011, 808 (809).

im Gesamten sowie der auszulegenden unionsrechtlichen Norm einschließlich der vom EuGH und von den anderen Mitgliedstaaten vertretenen Rechtsauffassungen auseinandergesetzt hat.⁵⁶

Letztlich steht hinter der Bejahung eines *acte clair* und damit einer Ausnahme von der Vorlagepflicht eine Abwägungsentscheidung. Einerseits soll das innerstaatliche Gerichtsverfahren nicht verzögert und der EuGH unnötig mit Vorabentscheidungsverfahren überlastet werden. Andererseits sollen Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, nämlich die Sicherung der Einheitlichkeit und der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts, sowie das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol des EuGHs nicht einseitig durch die Nichtvorlage nationaler Gerichte unterwandert werden.⁵⁷ Die Kriterien eines *acte clair* sind daher derart hoch, dass sie im Ergebnis kaum erfüllbar sein dürften. Im Zweifelsfall ist daher ein *acte clair* und damit die Ausnahme zur Vorlagepflicht eher abzulehnen.⁵⁸

Der EuGH hält in seiner Rechtsprechung trotz zahlreicher Kritik⁵⁹ an diesen strengen Kriterien fest. In der Praxis wird von einer sicheren Ausnahme zur Vorlagepflicht daher vielfach nur bei einem *acte éclairé* auszugehen sein.⁶⁰

IV. Folgen bei rechtswidriger Nichtvorlage

Kommt ein letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht nach, stehen den Parteien sowohl auf nationaler als auch auf Unionsebene verschiedene Rechtsbehelfe zur Hand.

1. Rechtsfolgen auf Unionsebene

Die Parteien des Ausgangsverfahrens können ein Vorabentscheidungsverfahren lediglich anregen, nicht aber erzwingen. Auch wenn das Vorabentscheidungsverfahren für den Individualrechtsschutz von Bedeutung ist,⁶¹ was auch der EuGH im Ansatz anerkennt,⁶² kann der Einzelne ein Vorabentscheidungsverfahren auf Unionsebene nicht von sich aus beantragen.

⁵⁶ Vgl. auch *Schröder*, EuR 2011, 808 (809).

⁵⁷ *Kühling/Drechsler*, Alles „*acte clair*“? – Die Vorlage an den EuGH als Chance, NJW 2017, 2950 (2953).

⁵⁸ *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950 (2953); *Schober*, NJW 1966, 2252 (2253); heute *Broberg/Fenger*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2014, 213 f. („Kriterium [...] ist praktisch unmöglich zu erfüllen“); *Schröder*, EuR 2011, 808 (809); tendenziell auch *Kokott/Henze/Sobotta*, Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, 633 (635); siehe auch *Ehricke*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 267, Rn. 47, wonach die Kriterien in der Praxis oftmals leerlaufen.

⁵⁹ Siehe nur *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 32; *Broberg*, *Acte Clair Revisited: Adapting the Acte Clair Criteria to the Demands of the Times*, CMLR 45 (2008), S. 1383 ff.

⁶⁰ So auch *Schröder*, EuR 2011, 808 (809f.).

⁶¹ Siehe nur *Ehricke*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 267 Rn. 8 m.w.Nachw.; *Schröder*, EuR 2011, 808 (810).

⁶² Vgl. beispielsweise EuGH, Rs. C-6/99, Slg. 2000, I-1651, Rn. 54 (Greenpeace France).

Denn das nationale Gericht entscheidet nach Art. 267 AEUV in eigener Verantwortung und selbstständig über eine Vorlage an den EuGH.⁶³ Dem Einzelnen steht auf Unionsebene auch keine unmittelbare Beschwerdemöglichkeit gegen eine unterbliebene Vorlage zu. Art. 263 Abs. 4 AEUV bietet nur einen Rechtsschutz gegen rechtswidrige Maßnahmen der Unionsorgane, nicht des einzelnen Mitgliedstaates.

a) Vertragsverletzungsverfahren

In Betracht kommt die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 258 AEUV. Der einzelne Unionsbürger hat hierauf keinen Anspruch,⁶⁴ kann jedoch durch eine Bürgerbeschwerde an die Kommission ein solches Verfahren anregen. Die Kommission hat anerkannt, dass der Bürgerbeschwerde im Hinblick auf die Effektivierung des Vertragsverletzungsverfahrens eine besondere Bedeutung zukommt und ist daher gewisse Selbstverpflichtungen eingegangen. So hat die Kommission mittlerweile ein Formblatt zur einfacheren Einlegung der Beschwerde erstellt. Die Beschwerde wird in einem standardisierten Registrierungsverfahren aufgenommen, die Kommission hat jede Beschwerde zu prüfen und den Beschwerdeführer über den Gang des Verfahrens zu informieren. Bei Ablehnung der Einleitung des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Gründe mitzuteilen.⁶⁵ Die Einhaltung dieses Verfahrens wird zwar nicht vom Gerichtshof der Europäischen Union überprüft, jedoch besteht eine Beschwerdemöglichkeit beim Europäischen Bürgerbeauftragten.⁶⁶

Die Pflicht zur Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV stellt eine Verpflichtung aus den Verträgen dar. Die Nichteinhaltung ist dem Mitgliedstaat zuzurechnen, denn auch Handlungen und Unterlassungen der Gerichte sind nach den Grundsätzen des Völkerrechts nach außen hin Handlungen des Staates.⁶⁷ Die Kommission kann daher gemäß Art. 258 AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten.

⁶³ Vgl. nur *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 22.

⁶⁴ EuGH, Rs. 247/87, Slg. 1989, 291, Rn. 11 (Star Fruit/Kommission) und Rs. C-422/97 P, Slg. 1998, I-4913, Rn. 42 (Sateba/Kommission).

⁶⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Aktualisierung der Mitteilung über die Beziehungen zu Beschwerdeführern in Fällen der Anwendung von Unionsrecht, KOM (2012) 154 endg; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, ABl. 2002 C 244, 5 ff.

⁶⁶ Siehe beispielsweise Entscheidung des Bürgerbeauftragten v. 30.1.2001 zur Beschwerde 995/98/OV (Makedoniko Metro, Punkt 1).

⁶⁷ Vgl. beispielsweise Rs. C-129/00, Slg. 2003, I-14637 (Kommission/Italien); EuGH, 11. 8. 1995 – Rs. C-431/92 Slg. 1995, I-2189, Rn. 22 (Kommission/Deutschland [Groß-Krotzenburg]); Rs. C-365/97, Slg. 1999, I-7773, Rn. 60 (Kommission/Italien [San Rocco]); siehe auch *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 35.

Als Vertragsverletzung kommt jedoch auch ein Verstoß gegen Art. 47 Abs. 2 GrCH (gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK) in Betracht. Demnach hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Dies beinhaltet das Recht auf den gesetzlichen Richter. Aufgrund der funktionellen Verschränkung der unionsrechtlichen und nationalen Gerichtsbarkeit (s.o.) muss der EuGH im Falle einer Vorlageverpflichtung als ein solcher gesetzlicher Richter gelten. Legt das nationale Gericht trotz Vorlageverpflichtung nicht vor, so entzieht es dem Einzelnen dessen gesetzlichen Richter und verletzt Art. 47 Abs. 2 GrCH.⁶⁸

Voraussetzung ist ein Vorverfahren nach Art. 258 Abs. 1 AEUV. Die Kommission hat zunächst dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Hiernach übersendet die Kommission dem Mitgliedstaat eine begründete Stellungnahme und setzt eine angemessene Frist zur Umsetzung der Vorgaben. Erst wenn der Mitgliedstaat innerhalb dieser Frist der Stellungnahme nicht nachkommt, kann die Kommission den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen.

Der Kommission kommt nach Art. 258 AEUV ein Ermessen zu, ob sie das Aufsichtsverfahren einleitet oder nicht. Hinsichtlich der Verletzung der Vorlagepflicht ist die Kommission traditionsgemäß jedoch aus Opportunitätsgründen äußerst zurückhaltend. Denn ein solches Verfahren stünde der richterlichen Unabhängigkeit – ein Rechtsgrundsatz, der auch von der Union anerkannt ist – entgegen. Insbesondere im Hinblick auf den innerstaatlichen Vollzug einer derartigen Stellungnahme der Kommission gemäß Art. 258 Abs. 1 AEUV würde diese Unabhängigkeit in Zweifel gezogen. Denn das nationale Gericht würde möglicherweise verpflichtet, das Verfahren wieder aufzunehmen und nunmehr vorzulegen.⁶⁹ Doch auch das angestrebte Kooperationsverhältnis zwischen nationaler Gerichtsbarkeit und EuGH könnte

⁶⁸ Vgl. zur Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK *Lenksi/Mayer*, Vertragsverletzung wegen Nichtvorlage durch oberste Gerichte?, EuZW 2005, 225; *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (637).

⁶⁹ Vgl. *Breuer*, Urteile mitgliedstaatlicher Gerichte als möglicher Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG?, EuZW 2004, 199, 200; *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (640); aA Generalanwalt *Geelhoed*, der die richterliche Unabhängigkeit nicht als beeinträchtigt ansieht, da der Richter weiterhin seine Entscheidung frei von der Einflussnahme anderer Staatsorgane treffen könne und zudem die richterliche Entscheidung stets innerhalb der Grenzen der nationalen Verfassung und der nationalen Gesetzgebung erfolge, die gerade das Gemeinschaftsrecht umzusetzen habe, vgl. EuGH, 09.12.2003 - C-129/00, Slg. 2003, I-14637 Schlussanträgen des Generalanwalts Rn. 56.

durch ein Vertragsverletzungsverfahren beeinträchtigt werden.⁷⁰ So kommt nach Auffassung der Kommission ein Aufsichtsverfahren nur in Betracht bei "offensichtlicher Unkenntnis oder (aufgrund) einer bewußten Haltung"⁷¹ oder bei systematischer und bewusster Nichtberücksichtigung des Gemeinschaftsrechts.⁷² Bisher hat die Kommission jedoch noch kein Vertragsverletzungsverfahren aufgrund unterlassener Vorlage eingeleitet. Ein Vertragsverletzungsverfahren erscheint unter diesem Gesichtspunkt eher unwahrscheinlich.⁷³

b) Individualklage vor dem EGMR

Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren vor einem durch Gesetz eingerichteten Gericht. Erfasst ist dabei auch das Recht auf den gesetzlichen Richter. Aufgrund der funktionellen Verschränkung der unionsrechtlichen und nationalen Gerichtsbarkeit (s.o.) muss der EuGH im Falle einer Vorlageverpflichtung als ein solcher gesetzlicher Richter gelten. Dem Einzelnen ist daher die Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK gegen die unterbliebene Vorlage an den EuGH eröffnet.⁷⁴ Der EGMR hat jedoch betont, dass die EMRK kein Recht auf eine Vorlage nach Art. 267 AEUV garantiere.⁷⁵ Der EGMR solle nicht zu einer obersten Kontrollinstanz für Nichtvorlagen stilisiert werden. Art. 6 Abs. 1 EMRK kann jedoch verletzt sein, wenn die Vorlage willkürlich unterbleibt.⁷⁶ Bei der Bestimmung einer solchen Willkürlichkeit wendet der EGMR ähnliche Kriterien wie das BVerfG im Rahmen des Art. 101 Abs.1 S. 2 GG an.⁷⁷ Der EGMR fordert zudem eine Begründung für die Nichtvorlage durch das nationale Gericht.⁷⁸

⁷⁰ *Breuer*, Urteile mitgliedstaatlicher Gerichte als möglicher Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG?, *EuZW* 2004, 199, 200; *Lenksi/Mayer*, *EuZW* 2005, 225; vgl. auch die Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage 526/83, wonach sie zwar grundsätzlich die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nicht ausschließt, dieses Verfahren jedoch im Hinblick auf die Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH als problematisch ansieht, Antwort von Herrn *Thorn* im Namen der Kommission, *ABl.* 1983 C 268/25.

⁷¹ Antwort der Kommission auf die Frage Nr. 608/78 von Krieg, *ABIEG* 1979 Nr. C 28, S. 8.

⁷² Antwort der Kommission auf die Anfrage Nr. 526/83 des Abgeordneten Tyrrell, *ABl.* 1983 C 268, S. 25.

⁷³ Siehe auch *Ehrlicke*, in: Streinz, *EUV/AEU*, 2. Auflage 2012, Art. 267 Rn. 50 der ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtvorlage als „Pyrrhussieg“ bezeichnet.

⁷⁴ *Lenksi/Mayer*, *EuZW* 2005, 225; *Kokott/Henze/Sobotta*, *JZ* 2006, 633 (637); *Wegener* in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEU* 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 39.

⁷⁵ Vgl. beispielsweise EGMR, *Beschl. v. 13.2.2007*, Nr. 15073/03, – John/ Deutschland.

⁷⁶ Vgl. *Beschlüsse des EGMR in den Sachen Societe Divagsa v. Spain* Nr. 20 631/92, D. R. 74, S. 279; *Moosbrugger v. Austria*, Nr. 44 861/98, 25. 1. 2000; *Canela Santiago v. Spain*, Nr. 60 350/00, 4. 10. 2001; *Pedersen und Pedersen v. Dänemark*, Nr. 68 693/01, 12. 6. 2003; EGMR, *EuGRZ* 2008, 274 (276)

⁷⁷ *Kokott/Henze/Sobotta*, *JZ* 2006, 633 (637); *Wegener* in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEU* 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 39.

⁷⁸ EGMR, *Urt. v. 20. 9. 2011*, Nr. 3.989/07 und 38.353/07, Ziff. 61 (*Ullens de Schooten und Rezabek gg. Belgien*).

In der Bundesrepublik Deutschland ist die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag gemäß Art. 59 Abs. 2 GG einem einfachen Bundesgesetz gleichgestellt.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Grundgesetz jedoch im Einklang mit der EMRK einschließlich der Rechtsprechung des EGMR auszulegen.⁸⁰ Faktisch kommt der EMRK einschließlich der Entscheidungen des EGMR damit eine gewisse Vorrangstellung zu. Ein Urteil des EGMR bewirkt jedoch keine Kassation des innerstaatlichen Urteils. Eine Verpflichtung zur Umsetzung eines Urteils des EGMR folgt aus der allgemeinen Pflicht des Art. 46 EMRK. Auf welche Weise diese Umsetzung erfolgt, ist demnach den Mitgliedsstaaten überlassen. Denkbar ist eine Entschädigung gemäß Art. 41 EMRK oder auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens und hieran anschließend eine Vorlage.⁸¹ Eine solche Wiederaufnahme ist mittlerweile in § 580 Nr. 8 ZPO für das zivilrechtliche, in § 359 Nr. 6 StPO für das strafrechtliche sowie über die Verweisungsnorm in § 153 Abs. 1 VwGO für das verwaltungsgerichtliche Verfahren vorgesehen. Erzwingen lässt sich damit eine Vorlage jedoch nicht, denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus dem Urteil des EGMR lediglich eine Berücksichtigungspflicht. Deutsche Behörden und Gerichte sind verpflichtet, die EMRK einschließlich der Entscheidungen des EGMR zur Kenntnis zu nehmen und in die Willensbildung einfließen zu lassen.⁸² Sind für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des EGMR einschlägig, so sind grundsätzlich die Erwägungen des EGMR in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen.⁸³ Bei entsprechender nachvollziehbarer Begründung ist jedoch eine Abweichung von der Auffassung des EGMR zulässig.⁸⁴ Möglich ist schließlich die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde, gestützt auf das der EMRK korrespondierende Grundrecht in der Auslegung des EGMR, wenn das jeweilige Fachgericht die Entscheidung des EGMR nicht hinreichend berücksichtigt oder missachtet hat.⁸⁵

Zu beachten ist jedoch der in Art. 35 Abs. 1 EMRK normierte Subsidiaritätsgrundsatz. Demnach kann die Individualbeschwerde erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe erhoben werden, zu denen auch die Verfassungsbeschwerde zum

⁷⁹ BVerfG 111, 307 (318f.).

⁸⁰ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); 131, 268 (296ff.).

⁸¹ Dazu *Lenksi/Mayer*, EuZW 2005, 225; *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (637); *Wegener* in: Callies/Ruffert, EUV/AEU 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 39.

⁸² BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (332); BVerfG EuGRZ 2004, 317 (319).

⁸³ Vgl. BVerfG, EuGRZ 2004 S. 317 (319); BVerfGE 111, 307 (324).

⁸⁴ Siehe BVerfGE 111, 307 (324).

⁸⁵ BVerfG 111, 307 (329f.).

Bundesverfassungsgericht gerechnet wird.⁸⁶ Andernfalls wird die Individualbeschwerde bereits als unzulässig verworfen.

c) Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

Nach dem allgemeinen Grundsatz des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs kann dem Einzelnen ein Amtshaftungsanspruch gegen den Mitgliedstaat zustehen, wenn ihm durch die Nichtvorlage tatsächlich ein Schaden entstanden ist und zwischen dieser Pflichtverletzung und dem Schaden ein kausaler Zusammenhang besteht.

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist in den Unionsverträgen nicht ausdrücklich geregelt, er ist jedoch vom EuGH als ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts entwickelt worden.⁸⁷ Denn durch das Unionsrecht wurde eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die dem Einzelnen Rechte verleiht. Um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu garantieren, muss dem Einzelnen die Möglichkeit eingeräumt sein, bei einer Rechtsverletzung aufgrund von Verstößen gegen das Unionsrechts eine Entschädigung zu erlangen. Auch Rechtsverstöße von letztinstanzlichen Gerichten können nach der Rechtsprechung des EuGHs einen Haftungsanspruch begründen.⁸⁸ Ein Richterprivileg, wie ihn § 839 Abs.2 BGB vorsieht, ist auf Unionsrechtsebene nicht anerkannt. Denn im Völkerrecht wird der Staat als Einheit betrachtet, auf die innerstaatliche Gewaltenteilung kommt es nicht an. Zudem kommt den nationalen Gerichten bei der Umsetzung und Anwendung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte des Einzelnen besondere Bedeutung zu. Die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts wäre gemindert, wenn bei Rechtsverletzungen durch die mitgliedstaatlichen Gerichte kein Haftungsanspruch des Einzelnen bestünde. Die richterliche Unabhängigkeit und Autorität ist nicht bedroht, da nicht der einzelne Richter, sondern der Staat in seiner Gesamtheit haftet.

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch hat drei Voraussetzungen: die Verletzung einer Rechtsnorm, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, ein hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht sowie ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Rechtsverstoß durch den Mitgliedstaat und dem der geschädigten Person entstandenen Schaden.⁸⁹ Auf ein Verschulden kommt es dagegen nicht an.

⁸⁶ Vgl. ausführlich *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 6. Auflage 2016, § 13 Rdnr. 26.

⁸⁷ Grundlegend EuGH, verb. Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich ua/Italien*, Slg. 1991, I-5357; st. Rspr, siehe auch EuGH, verb. Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pecheur/BR Deutschland und Factortame*, Slg 1996, I-1029.

⁸⁸ Grundlegend EuGH, Rs C-224/01, *Kölber/Republik Österreich*, Slg 2003, I-10239, Rn. 30 ff.

⁸⁹ Vgl. EuGH, verb. Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich ua/Italien*, Slg. 1991, I-5357 Rn. 43.

Wann ein solch qualifizierter Verstoß gegen die Vorlagepflicht besteht, hat der EuGH nicht abschließend geklärt. Dies bestimmt sich wesentlich nach den Umständen des Einzelfalls unter Heranziehung einzelner vom EuGH allgemein aufgestellter Kriterien.⁹⁰ Eine Nichtvorlage erscheint jedenfalls willkürlich, wenn das nationale Gericht bei der Anwendung der Kriterien des Urteils CILFIT in unvertretbarer Weise zu der Auffassung gelangt, vernünftige Zweifel an der von ihm bevorzugten Auslegung des Gemeinschaftsrechts seien auszuschließen.⁹¹ Ein qualifizierter Verstoß liegt insbesondere vor, wenn das nationale Gericht von der gefestigten Rechtsprechung der Gerichte anderer Mitgliedstaaten⁹² oder der des EuGH ohne eine Vorlagebereitschaft abweicht.⁹³ Auf das Vorbringen der Parteien kommt es nicht an. Vieles spricht dafür, bei einem Haftungsanspruch aufgrund Verstoßes gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV die im Rahmen des Verstoßes nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entwickelten Grundsätze einer willkürlichen Nichtvorlage auf den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zu übertragen.⁹⁴

Der Haftungsanspruch ist vor den Gerichten des Mitgliedstaates geltend zu machen. Dogmatisch wird er im deutschen Recht an § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG aufgehängt.⁹⁵ Er ist jedoch allein auf die finanzielle Kompensation des entstandenen Schadens beschränkt, eine Erzwingung der Vorlage kann hierdurch nicht erreicht werden.⁹⁶

Ein solcher Haftungsanspruch setzt zudem voraus, dass dem Einzelnen durch die Nichtvorlage tatsächlich ein finanzieller Schaden entstanden ist. Dies ist bei ungünstigem Ausgang des mitgliedstaatlichen Verfahrens denkbar, insbesondere wenn die Entscheidung des mitgliedstaatlichen Gerichts zu einer Verurteilung des im Ausgangsverfahren Beteiligten führt.

Notwendig ist darüber hinaus eine haftungsbegründende Kausalität zwischen diesem Schaden und der unterbliebenen Vorlage. Da es sich um ein pflichtwidriges Unterlassen handelt, liegt eine solche Kausalität, jedenfalls nach der allgemeinen Auffassung im deutschen Recht, nur dann vor, wenn der Schaden bei pflichtgemäßem Handeln mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre.⁹⁷ Eine gewisse Wahrscheinlichkeit oder gar bloße Möglichkeit reicht nicht aus. Mit anderen Worten müsste der EuGH die streitgegenständliche

⁹⁰ EuGH, verb. Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pecheur/BR Deutschland und Factortame*, Slg 1996, I-1029 Rn. 56; EuGH, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10 239, Rn. 55 (Köbler).

⁹¹ *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (638).

⁹² Vgl. die Urteile *Gomes Valente* (Fn. 24, Randnr. 17) und *Intermodal Transports* (Fn. 3, Randnr. 29).

⁹³ EuGH, Rs C-224/01, *Kölber/Republik Österreich*, Slg 2003, I-10239, Rn. 56.

⁹⁴ *Streinz*, *Europarecht*, 11. Auflage 2017, Rn. 465.

⁹⁵ BGHZ 146, 153 = NVwZ 2001, 465 (468); siehe auch *Papier/Shirvani* in: MüKO, 2017, § 839 Rn. 103 mwN.

⁹⁶ *Ehricke* in: *Streinz*, *EUV/AEUV*, 2. Auflage 2012, Art. 267 Rn. 50.

⁹⁷ BGH NVwZ 1994, 823 (825) mwN; vgl. auch *Papier/Shirvani* in: MüKO, 7. Auflage 2017, § 839 Rn. 279.

unionsrechtliche Norm mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit so auslegen, dass dem Einzelnen kein Schaden entsteht. Einer solcher Grad an Wahrscheinlichkeit dürfte kaum begründbar sein. Eine haftungsbegründende Kausalität mag daher nur dann feststehen, wenn der EuGH tatsächlich in einem Vorlageverfahren mit der Auslegung der Unionsrechtsnorm befasst wird und eine Auslegung wählt, die einer Verurteilung des Einzelnen im Ausgangsverfahren beziehungsweise einem für ihn ungünstigen Ausgang des Verfahrens entgegensteht.

Praktisch durchsetzbar und der in jedem Fall effektivere Rechtsbehelf gegen eine pflichtwidrige Nichtvorlage erscheint nach all dem die Verfassungsbeschwerde. Vor allem auf sie wird daher im Folgenden näher eingegangen.

2. Verfassungsbeschwerde

Auf Verfassungsebene steht den Parteien nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG offen, gestützt auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG aufgrund der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter.

a) Herleitung

Gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darf niemandem der gesetzliche Richter entzogen werden. Der EuGH ist zwar nicht Organ der Bundesrepublik Deutschland, sondern Unionsorgan gemäß Art. 13 Abs. 1 EUV. Jedoch ist er aufgrund der funktionellen Verschränkung von nationalem Recht und Unionsrecht sowie der nationalen und Unionsgerichtsbarkeit als ein solcher gesetzlicher Richter anzusehen.⁹⁸ Aufgrund des Rechtsanwendungsbefehls des Art. 23 Abs. 1 GG wird das primäre Unionsrecht sowie nach Maßgabe des Art. 288 AEUV auch das sekundäre Unionsrecht Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung. Der nationale Richter hat das Unionsrecht in der Auslegung des EuGHs anzuwenden, entgegenstehendes nationales Recht außer Anwendung zu lassen. Damit ist auch Art. 267 AEUV unmittelbar anzuwendendes Recht und von den nationalen Gerichten zu beachten.⁹⁹ Nach Art. 267 AEUV, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, obliegt allein dem EuGH das Auslegungsmonopol des Unionsrechts. Kommt ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht nach, liegt also ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsbestimmung vor. Die Entscheidung ergeht durch ein nicht zuständiges Gericht. Es stellt daher einen Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

⁹⁸ BVerfGE 73, 339 (366 f.) – Solange II.

⁹⁹ BVerfGE 73, 339 (367) – Solange II.

dar, wenn ein letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht nachkommt.¹⁰⁰

Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg, stellt gemäß § 95 Abs. 1 BVerfGG das Bundesverfassungsgericht zunächst fest, dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die Entscheidung des BGH verletzt wurde. Gemäß § 95 Abs. 2 S. 2 BVerfGG hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf und verweist an das zuständige Gericht zurück. Dabei kommt dem Bundesverfassungsgericht ein Entscheidungsspielraum zu. Es kann daher auch an einen anderen Spruchkörper des Fachgerichts verweisen.¹⁰¹ Das Fachgericht entscheidet nunmehr erneut über die Frage der Vorlagepflicht unter Berücksichtigung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰² Dabei ist es nicht zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet. Es darf zwar dem Feststellungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis nicht widersprechen. Dies gilt jedoch nur bei unveränderter Sach- und Rechtslage. Daher ist es möglich, dass, beispielsweise wenn es sich überhaupt nicht mit der Vorlagepflicht auseinandergesetzt hat, das nunmehr entscheidende Fachgericht nach Prüfung der Vorlagepflicht mit entsprechender Begründung zur (korrekten) Verneinung einer Vorlagepflicht kommt.

b) Voraussetzungen der Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

In ständiger Rechtsprechung prüft das BVerfG im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nicht die richtige Anwendung des einfachen Rechts, es beschränkt sich auf die Überprüfung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.¹⁰³ Denn Prüfungsmaßstab ist allein das Grundgesetz, das Bundesverfassungsgericht ist nicht zur Prüfung des einfachen Rechts berufen. Es stellt demnach allein fest, ob die Entscheidung des Gerichts „bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist“.¹⁰⁴ Dieser Grundsatz gilt auch bei einer entgegen den Vorschriften des Art. 267 Abs. 3 AEUV unterbliebenen Vorlage. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung immer wieder betont, es sei nicht oberstes Vorlagenkontrollgericht.¹⁰⁵ Denn

¹⁰⁰ St. Rspr., vgl. BVerfGE 73, 339 (366 ff.); 75, 223, 233 ff.; 82, 159, 192 ff.; 126, 286 (315 ff.); 128, 157 (186 f.); 129, 78 (105); siehe zuletzt: BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1367) Rn. 27.

¹⁰¹ Von Ungern-Sternberg in: BeckOK, BVerfGG, 2017, § 95 Rn. 26.

¹⁰² Vgl. nur BVerfGK 8, 211; BVerfG NVwZ 2017, 65 Rn. 9f.; diese Bindungswirkung wird in der Literatur auf § 31 I BVerfGG gestützt, vgl. *Schnapp/Henkenötter*, Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG, JuS 1994, 121; *Ziekow*, Die Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG, Jura 1995, 522.

¹⁰³ St. Rspr., vgl. vgl. BVerfGE 126, 286 (316); BVerfGK 13, 506 (512); 14, 230 (233), 16, 328 (336).

¹⁰⁴ BVerfGE 29, 198 (207).

¹⁰⁵ So im Wortlaut vgl. BVerfG NJW 1988, S. 1456 (1457); siehe auch BVerfGE 126, 286 (316) – Honeywell.

Art. 267 Abs. 3 AEUV stellt eine Zuständigkeitsregelung dar, die vorrangig von den Fachgerichten anzuwenden und auszulegen ist.¹⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht wendet nur einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab an. Hierdurch behalten die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung, der demjenigen bei der Handhabung einfachrechtlicher Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung entspricht. Das Bundesverfassungsgericht wacht allein über die Einhaltung der Grenzen dieses Spielraums.¹⁰⁷ Es prüft demnach nur, „ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist“.¹⁰⁸ Dagegen prüft es nicht, ob eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bestanden hätte, sondern allein, ob die Vorlage willkürlich unterblieben ist.

In Präzisierung dieser Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht für die Bestimmung einer willkürlichen Nichtvorlage drei Fallgruppen entwickelt, die jedoch nicht abschließend sind¹⁰⁹: die grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht, das bewusste Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH ohne eine Vorlagebereitschaft sowie die Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH.¹¹⁰ Die letzte Fallgruppe ist betroffen, wenn zu der entscheidungserheblichen Frage noch keine oder noch keine erschöpfende Rechtsprechung des EuGH ergangen ist oder bei Vorliegen einer solchen Rechtsprechung eine Fortentwicklung der Rechtsprechung nicht nur eine entfernte Möglichkeit darstellt und jeweils das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.¹¹¹ In seiner Kasuistik hält das Bundesverfassungsgericht diese Kriterien nicht ganz konsequent ein. Die einzelnen Fallgruppen wendet es in Terminologie und Voraussetzungen nicht immer trennscharf an, auch hat es bereits verschiedene Ausnahmen und Gegenausnahmen angenommen.¹¹²

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 126, 286 [315 f.]; 128, 157 [187]; 129, 78 [106]

¹⁰⁷ BVerfGE 126, 286 (316) m.w.N.

¹⁰⁸ St. Rspr., vgl. BVerfGE 82, 159 (194f.); 126, 286 (315); 128, 157 (188); 129, 78 (106 f.); 135, 155 (230 ff.); BVerfG NVwZ 2014, 646 Rn. 177 ff.; BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1367) Rn. 28 f.

¹⁰⁹ BVerfGE 29, 198 (207); 82, 159 (194).

¹¹⁰ BVerfGE 82, 159 (195); vgl. auch BVerfG NVwZ 1993, 883.

¹¹¹ BVerfGE 82, 159 (195).

¹¹² *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 35f.; *Schröder*, EuR 2011, 807 (814ff.) m.w.Nachw.

c) Die Fallgruppe der Unvollständigkeit der Rechtsprechung

Zunächst nicht ganz eindeutig war in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Voraussetzungen der letztgenannten Fallgruppe.¹¹³

So hat der Zweite Senat in seiner Ausgangsentscheidung hierzu eine unvertretbare Nichtvorlage dann angenommen, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen unionsrechtlichen Frage gegenüber der vom nationalen Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen ist.¹¹⁴ Maßgeblich ist demnach, ob das letztinstanzliche Gericht die streitentscheidende materielle Unionsnorm in einer vertretbaren Weise ausgelegt und angewendet hat.

Dagegen ist der Erste Senat zunächst in einigen Kammerentscheidungen, denen sich schließlich der gesamte Erste Senat anschloss, einen etwas anderen Weg gegangen und hat auf die Vertretbarkeit der Beurteilung der prozessualen Vorlagepflicht abgestellt.¹¹⁵ Bei der Bestimmung, ob das letztinstanzliche Gericht den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum überschritten hat, „kommt es für die Prüfung einer Verletzung von Art. 101 I 2 GG nicht in erster Linie auf die Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung des für den Streitfall maßgeblichen materiellen Unionsrechts an, sondern auf die Vertretbarkeit der Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV“.¹¹⁶ Entgegen der Formulierung des Zweiten Senats ist nicht maßgeblich, ob die Auslegung der materiellen unionsrechtlichen Norm vertretbar erscheint.¹¹⁷ Entscheidend ist vielmehr, ob das nationale Gericht in willkürlicher Weise von einer fehlenden prozessualen Verpflichtung zur Vorlage ausgegangen ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Fachgericht in unvertretbarer Weise eine Ausnahme von der Vorlagepflicht

¹¹³ Vgl. hierzu ausführlich *Calliess*, Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?, NJW 2013, 1905ff.; *Fastenrath*, Partielle Verschärfung der Vorlagen-Kontrolldichte des BVerfG zugunsten des EuGH als „gesetzlichem Verfassungsrichter“, JZ 2013, 229ff.; *Michael*, Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle des Art 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG, JZ 2012, 870ff.; *Schröder*, aaO., EuR 2011, 807 (815ff.); *Thomale*, Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsgerichtsverbund, EuR 2016, 510 (513 ff.); *Wegener* in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 35f.;

¹¹⁴ BVerfGE 135, 155 (233) Rn. 183; BVerfGK 17, 108 Rn. 26.

¹¹⁵ Vgl. BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2010, 1268 (1269) Rn. 20 = BVerfGK 17, 108 ; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2011, 288 (288 f.) Rn. 51 = BVerfGK 17, 533; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], ZUM 2011, 236 (238) Rn. 36 = BVerfGK 18, 211; diesen schloss sich der gesamte Erste Senat mit Beschluss vom 25.1.2011 an, vgl. BVerfG NJW 2011, 1427 (1431) Rn. 104 = BVerfGE 128, 157; siehe auch BVerfGE 135, 155 (233).

¹¹⁶ BVerfG NJW 2011, 1427 (1431) Rn. 104.

¹¹⁷ Vgl. BVerfGK 17, 108 = NJW 2010, 1268 (1269) Rn. 20; BVerfG NJW 2011, 288 (288f.) Rn. 48; BVerfG ZUM 2011, 236 Rn. 23; diesen Kammerentscheidungen schloss sich der gesamte Erste Senat mit Beschluss vom 25.1.2011 an, vgl. BVerfG NJW 2011, 1427 (1431) Rn. 104; siehe auch BVerfGE 135, 155 (233).

angenommen hat. Denn – so der Erste Senat – das Gericht hat stets seiner Vorlagepflicht nachzukommen, wenn sich eine entscheidungserhebliche unionsrechtliche Frage stellt. Eine Ausnahme von dieser Pflicht besteht nur dann, wenn „das Gericht (...) festgestellt, dass die betreffende Bestimmung des Gemeinschaftsrechts bereits Gegenstand einer Auslegung des EuGH war oder dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“.¹¹⁸ Der Erste Senat nimmt dabei Bezug auf die CILFIT-Rechtsprechung des EuGH und verneint eine unvertretbare Nichtvorlage jedenfalls dann, wenn das letztinstanzliche Gericht in vertretbarer Weise einen *acte clair* bzw. eine *acte éclairé* angenommen hat. Dabei ist es jedoch weniger streng als der EuGH, denn es kommt nicht auf das objektive Nichtvorliegen eines *acte clair* an.¹¹⁹ Vielmehr steht die subjektive Auffassung des Fachgerichts im Vordergrund, sodass selbst bei fehlerhafter Annahme eines *acte clair* jedenfalls dann keine Willkür vorliegt, wenn das Gericht dies auf eine vertretbare Begründung stützen kann.¹²⁰ Im Ergebnis schien der Erste Senat so zu einer intensiveren Prüfung der Vorlagepflicht zu kommen und die Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unter strengeren Voraussetzungen zu bejahen.¹²¹

Der Zweite Senat hielt in der Rechtssache Honeywell zunächst an seiner alten Formulierung fest. Er verneinte dort eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, „wenn das Gericht die entscheidungserhebliche (materielle) Frage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat“.¹²²

Mit zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2014¹²³ hat schließlich der Zweite Senat diese rechtliche Unsicherheit beendet.¹²⁴ Im Urteil vom 28.1.2014¹²⁵ hat auch der Zweite Senat – entgegen seiner bisherigen Formulierung – darauf abgestellt, ob die Annahme einer Ausnahme von der Vorlagepflicht in vertretbarer Weise begründet wurde, und damit die willkürliche Nichtvorlage ebenso wie der Erste Senat prozessual begründet. Dabei hat er jedoch auch die Auslegung des

¹¹⁸ BVerfG NJW 2010, 1268 (1269) Rn. 21.

¹¹⁹ Dies ist zulässig. Da ein nationaler Rechtsbehelf wegen der Verletzung der Vorlagepflicht unionsrechtlich nicht geboten ist, kann konsequenterweise unionsrechtlich auch keine Vorgabe hinsichtlich des Kontrollmaßstabes erfolgen, vgl. BVerfGE 126, 286 (316) – *Honeywell*; ebenso *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (635, 637).

¹²⁰ Vgl. *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (636).

¹²¹ Vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267 Rn. 36.

¹²² BVerfGE 126, 286 (317 f.) – *Honeywell*.

¹²³ BVerfGE 135, 155ff.; BVerfG, Beschl. v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 = NZA 2015, 375 (376).

¹²⁴ Ebenso *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267, Rn. 37; *Thomale*, EuR 2016, 510 (515) „zumindest in rechtsrealistischer Sicht“; aA *Finck/Wagner*, NVwZ 2014, 1286 (1289).

¹²⁵ BVerfGE 135, 155ff.

materiellen Rechts mit einbezogen. Es lässt sich so eine Harmonisierung der Auffassungen feststellen.¹²⁶ Auf die Rechtsprechungslinie des Ersten Senats Bezug nehmend, formuliert der Zweite Senat im Hinblick auf den Willkürmaßstab: Von einer willkürlichen Nichtvorlage ist auszugehen, „wenn die Fachgerichte das Vorliegen eines "acte clair" oder eines "acte éclairé" willkürlich bejahen“.¹²⁷ Dabei muss sich das Fachgericht jedoch hinsichtlich der materiellen unionsrechtlichen Frage hinreichend kundig machen, eine etwaige einschlägige Rechtsprechung des EuGH auswerten und seine Entscheidung hieran orientieren.¹²⁸ Anhand der Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts muss das Fachgericht die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vorne herein eindeutig oder durch die Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt.¹²⁹ Eine willkürliche Nichtvorlage ist dann anzunehmen, wenn das Fachgericht einen *acte clair* oder einen *acte éclairé* ohne sachlich einleuchtende Begründung bejaht.¹³⁰ Um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu ermöglichen, hat es die Gründe für seine Entscheidung über die Vorlagepflicht anzugeben.¹³¹ Der Zweite Senat bejaht seither diese Formel in ständiger Rechtsprechung.¹³² Dem hat sich auch der Erste Senat angeschlossen.¹³³

Im Hinblick auf die bisherigen Formulierungen der Senate hat der Zweite Senat mit Urteil vom 29.4.2014¹³⁴ zudem klargestellt: „Ein strengerer Prüfungsmaßstab ist nicht angezeigt und wird auch weder vom Ersten noch vom Zweiten Senat des BVerfG zu Grunde gelegt. Zwar hat die unterschiedliche Terminologie, in die beide Senate ihr Prüfungsprogramm mitunter eingekleidet haben, in der Literatur zu der Kontroverse geführt, ob ihre Prüfungsmaßstäbe übereinstimmen (...) und ob der Erste Senat von der Rechtsprechung des Zweiten Senats abgewichen ist (...). Solche Unterschiede in der praktischen Anwendung der Maßstäbe bestehen tatsächlich jedoch nicht. Beide Senate stimmen – unbeschadet zum Teil abweichender Formulierungen – in der Sache überein (...).“¹³⁵

¹²⁶ So auch *Wegener* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 267, Rn. 37.

¹²⁷ BVerfG 135, 155 (233).

¹²⁸ BVerfG 135, 155 (233) unter Hinweis auf BVerfGE 82, 159 (196); 128, 157 (189).

¹²⁹ BVerfG 135, 155 (233) m.w.Nachw.

¹³⁰ BVerfG 135, 155 (234).

¹³¹ BVerfG, Beschl. v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 = NZA 2015, 375 (376) Rn. 21; Beschl. v. 19.7.2016 – 2 BvR 470/08 = NJW 2016, 3153 (3157) Rn. 56; Beschl. v. 6.10.2017 – 2 BvR 987/16 = NVwZ 2017, 615 (616) Rn. 9.

¹³² Vgl. nur BVerfG NJW 2015, 1294 ; BVerfG, Beschl. 15.12.2016 - 2 BvR 221/11; zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 6.10.2017 - 2 BvR 987/16 Rn. 9; BVerfG, 17.11.2017 - 2 BvR 1131/16; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2017 - 2 BvR 424/17 Rn. 43.

¹³³ Vgl. nur BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 20.2.2017 – 2 BvR 63/15 = NVwZ 2017, 615 (616) Rn. 9.

¹³⁴ BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 29.4.2014 – 2 BvR 1572/10 = NJW 2014, 2489ff.

¹³⁵ BVerfG NJW 2014, 2489 (2491) Rn. 24.

V. Vorlagepflicht des BGH im Verfahren Az. IX ZR 285/14

Unter Anwendung der erläuterten Kriterien war der BGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage verpflichtet. Diese Vorlagepflicht dürfte auch in ähnlich gelagerten Verfahren mit einem vergleichbaren Entscheidungsgegenstand bestehen. Künftig wird daher ein letztinstanzliches Gericht, das mit einer vergleichbaren Fragestellung der Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB befasst ist, diese dem EuGH vorlegen müssen, es sei denn, es vermag hinreichend und in verständiger Weise zu begründen, weshalb es eine solche nicht für erforderlich erachtet.

1. Der BGH als letztinstanzliches Gericht

Der BGH ist letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV. Die Entscheidungen des BGH können nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden. Sowohl nach der abstrakt-institutionellen als auch der konkreten Betrachtungsweise besteht grundsätzlich eine Vorlagepflicht. Dies gilt auch dann, wenn das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat. Denn im Rahmen des Art. 267 Abs. 3 AEUV hat der EuGH auch die Nichtzulassungsbeschwerde als Rechtsmittel angesehen.

Auch eine Rückverweisung an das Berufungsgericht im Rahmen der Revisionsentscheidung vermag an der Vorlagepflicht des BGH nichts zu ändern, wenn und soweit sich der BGH in seiner Revisionsentscheidung nicht mit der unionsrechtlichen Fragestellung auseinandergesetzt hat.

Das Berufungsgericht ist auch nach Rückverweisung zwar nicht zur Vorlage verpflichtet, wohl aber nach Art. 267 Abs. 2 AEUV berechtigt. Denn das Berufungsgericht ist an die Rechtsausführungen des Revisionsgerichts gemäß § 563 Abs. 2 ZPO nur gebunden, soweit diese tragend für die Entscheidung waren.¹³⁶ Im Übrigen ist das Berufungsgericht, an das zurückverwiesen worden ist, in seiner Rechtsbeurteilung frei. Das Revisionsgericht hat jedoch zur Frage des Unionsrechts keine Aussage getroffen. Damit kann das OLG eine unionsrechtliche Bewertung eigenständig und also auch nach einer Rückverweisung vornehmen. Doch selbst wenn das OLG insoweit gebunden sein sollte, steht dies einer Vorlage nicht entgegen. Denn die Bindungswirkung des § 563 Abs. 2 ZPO darf das Berufungsgericht nicht daran hindern, ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einzuleiten.¹³⁷ Denn das

¹³⁶ Vgl. *Krüger* in: MüKo ZPO, 5. Auflage 2016, § 563 Rn. 9 m.w.N.

¹³⁷ So für den Fall der Berufung EuGH (Große Kammer), Urt. v. 15. 1. 2013 – C-416/10 (Križan u. a./Slovenská inšpekcia životného prostredia) = NVwZ 2013, 347 ff. Rn. 62 ff., der auf die Revision übertragbar sein dürfte.

nationale Recht darf die nach Art. 267 AEUV begründete Vorlageberechtigung eines innerstaatlichen Gerichtes nicht behindern. Zudem würde andernfalls das Kooperationsverhältnis zwischen nationaler und unionaler Gerichtsbarkeit beeinträchtigt.¹³⁸ Hieraus folgt, dass das Berufungsgericht auch nach Rückverweisung Unionsrecht zu prüfen hat und bei Auslegungs- und Anwendungszweifeln diese Fragen dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV vorlegen kann.

Eine *Vorlageverpflichtung* ergibt sich jedoch allein nach Maßgabe des Art. 267 Abs. 3 AEUV, das Berufungsgericht müsste also ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV sein. Das Berufungsgericht wäre dann allerdings nicht als ein solches anzusehen. Denn die Entscheidung des Berufungsgerichts nach Rückverweisung unterliegt erneut den allgemeinen Regeln der Revision nach §§ 542 ff. ZPO. Soweit es nicht bereits Gegenstand der vorherigen Revision war,¹³⁹ kann es also erneut angefochten werden.¹⁴⁰ Hinsichtlich der unionsrechtlichen Fragen ist damit die Entscheidung des Berufungsgerichts nach Rückverweisung der Revision fähig, wenn der BGH in seinem Urteil auf unionsrechtliche Aspekte nicht eingegangen ist. Insoweit sind dann nämlich die unionsrechtlichen Fragestellungen nicht Gegenstand des Urteils des BGH gewesen, sie sind nicht tragende Erwägungsgründe der Revisionsentscheidung. Die zweite Berufungsentscheidung des OLG ist daher erneut der Revision fähig. Im konkreten Verfahren wäre daher – wiederum – der BGH als letztinstanzliches Gericht anzusehen und gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV vorlageverpflichtet, wenn es mit einer Revision erneut angegriffen werden sollte. Dies gilt auch dann, wenn im Urteil des OLG die Revision nicht zugelassen werden sollte, da auch die Nichtzulassungsbeschwerde vom EuGH als ein Rechtsmittel im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV angesehen wird.

2. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage

Zweifel an der richtigen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts rechtfertigen dann eine Vorlage, wenn die unionsrechtliche Frage für die Entscheidung von Bedeutung ist. Dies setzt

¹³⁸ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 15. 1. 2013 – C-416/10 (Križan u. a./Slovenská inšpekcia životného prostredia), = NVwZ 2013, 347 (350) Rn. 64 ff.; siehe auch EuGH, Rs. 166/73, Slg. 1974, Rn. 3 f. (Rheinmühlen I), in der der EuGH eine nationale Vorschrift für unionsrechtswidrig erklärte, nach der ein nicht-letztinstanzliches Gericht an die rechtliche Beurteilung einer möglichen Vorlage durch ein übergeordnetes Gericht gebunden ist.

¹³⁹ Nach § 563 Abs. 2 ZPO analog ist das Revisionsgericht selbst an seine frühere Rechtsauffassung gebunden, vgl. *Kessal-Wulf* in: BeckOK ZPO, 2017, § 563 Rn. 8.

¹⁴⁰ *Ball* in: Musielak/Voit, ZPO 14. Auflage 2017, § 563, Rn. 17; *Krüger* in: MüKo ZPO, 5. Auflage 2016, § 563 Rn. 16.

voraus, dass unionsrechtliche Normen im Einzelfall einschlägig sind und eine tatsächliche Unsicherheit im Hinblick auf die richtige Anwendung und Auslegung des Unionsrechts besteht.

Wesentlich in dem Rechtsstreit, den der BGH zu entscheiden hatte, war die Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Dieser beruht auf der Bilanzrichtlinie (a). Hinsichtlich der Anwendung und Auslegung stellt sich sowohl die Frage, ob die deutsche Gesetzesnorm überhaupt mit dieser Richtlinie vereinbar ist, als auch, ob die Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB durch den BGH mit der Richtlinie im Einklang steht (b). Auch soweit ein letztinstanzliches Gericht in einem zukünftigen Verfahren mit vergleichbarem Entscheidungsgegenstand mit der Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB befasst ist, ist die Entscheidungserheblichkeit einer Vorlagefrage daher zu bejahen.

a) Anwendungsbereich eröffnet

Gemäß Art. 1 Abs. 1 Bilanzrichtlinie gelten die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Koordinierungsmaßnahmen für die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Rechtsformen von Unternehmen, die in Anhang I oder die in Anhang II genannt sind und bei denen alle unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter des Unternehmens mit ansonsten unbeschränkter Haftung tatsächlich nur beschränkt haftbar sind, weil diese Gesellschafter über eine in Anhang I aufgeführte Rechtsform verfügen oder nicht den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen, aber über eine Rechtsform verfügen, die einer in Anhang I genannten vergleichbar ist. In Deutschland sind erfasst die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Anhang I) sowie die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft (Anhang II). In Art. 3 Bilanzrichtlinie wird zwischen Kleinstunternehmen, Kleinunternehmen, mittleren Unternehmen und große Unternehmen differenziert. Diese Einteilung hat jedoch nur Auswirkungen auf verschiedene Ausnahmebestimmungen in der BilanzRL¹⁴¹ oder zusätzliche Pflichten für bestimmte Unternehmenskategorien¹⁴². Der allgemeine Grundsatz der Unternehmensfortsetzungsprämisse in Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL ist hiervon nicht erfasst, er gilt für alle Unternehmen unabhängig von deren Größe. Ziel der Richtlinie ist, den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen zu vereinheitlichen.¹⁴³

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise Art. 36 BilanzRL.

¹⁴² Vgl. beispielsweise Art. 18 BilanzRL, der zusätzliche Angaben für große Unternehmen und Unternehmen im öffentlichen Interesses normiert.

¹⁴³ Vgl. Erwägungsgründe 10, 19 und 21 der Richtlinie.

Die Bilanzierungspflichten im deutschen Recht sind in den §§ 238 ff. HGB geregelt. Der im vorliegenden Fall maßgebliche § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB beruht auf dem Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985.¹⁴⁴ § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB dient dabei der Umsetzung der Vierten Richtlinie 78/660/WEG vom 25.7.1978,¹⁴⁵ die nunmehr in der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU vom 26.6.2013¹⁴⁶ aufgegangen ist. Die Unternehmensfortführungsprognose ist in Art. 6 Abs. 1 lit. a) RL 2013/34/EU (BilanzRL) beziehungsweise Art. 31 Abs. 1 lit. a) RL 78/660/EG geregelt. Damit fällt § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie.¹⁴⁷

b) Frage hinsichtlich Auslegung des Unionsrechts

Dabei ist bereits fraglich, ob das nationale Gesetz der Umsetzungspflicht des Art. 288 Abs. 2 AEUV genügt (aa). Jedenfalls ist zweifelhaft, ob die vom BGH vorgegebene Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit der Richtlinie vereinbar ist (bb).

aa) Vereinbarkeit des Umsetzungsgesetzes mit der Richtlinie

Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Die Mitgliedstaaten trifft somit eine Umsetzungspflicht.¹⁴⁸ Sie haben dabei diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die die praktische Wirksamkeit der Richtlinie am besten zu garantieren geeignet sind.¹⁴⁹ Verbindlich ist die Richtlinie im Hinblick auf ihr Ergebnis, die Mitgliedstaaten haben den von der Richtlinie bezweckten Rechtszustand herzustellen. Wie weit der jeweilige Umsetzungsspielraum reicht, hängt von der konkreten Regelungsdichte der Richtlinie und dem verfolgten Regelungszweck ab.¹⁵⁰ Bei einer über das Ziel hinausgehenden, strengeren gesetzlichen nationalen Normierung, der sog. überschießende

¹⁴⁴ Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (*BilanzRLn-Gesetz – BiRiLiG*) vom 19.12.1985, BGBl. I, 2355.

¹⁴⁵ Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. Nr. L 222 S. 11.

¹⁴⁶ RICHTLINIE 2013/34/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 182, 19.

¹⁴⁷ Vgl. auch *Mader/Seitz*, Hinweispflichten bei der Jahresabschlussbilanzerstellung – BilanzRL(n) und „Fortführungsprognose“, DStR 2018, Beiheft 2, 1 (6f.).

¹⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-741 Rn. 40 (Inter-Environment Wallonie); Rs. C-318/98, Slg. 2000, I-4785 Rn. 41 (Fornasar); Rs. 147/77, Slg. 1978, 1307 Rn. 1 (Kommission/Italien); Rs. C-507/04, Slg. 2007, I-5939 Rn. 344 (Kommission/Österreich).

¹⁴⁹ St. Rspr., vgl. nur EuGH Rs. 168/85, Slg. 1986, 2945 Rn. 13 (Kommission/Italien).

¹⁵⁰ *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV5. Auflage 2016, Art. 288 Rn. 25.

Umsetzung¹⁵¹, ist zu unterscheiden: Regelt die Richtlinie nur Mindestvorgaben, ist eine Übererfüllung zulässig, hat die Richtlinie dagegen eine Vollharmonisierung zum Ziel, ist eine weitergehende nationale Regelung unionsrechtswidrig.¹⁵² In jedem Fall darf das nationale Gesetz nicht hinter dem Ziel der Richtlinie zurückbleiben.

Während Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL normiert „Es wird eine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit unterstellt“, formuliert die deutsche Umsetzungsnorm in § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB „Bei der Bewertung ist von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.“ Der Wortlaut des deutschen Gesetzes unterscheidet sich also von dem der Richtlinie. So geht das deutsche Gesetz von einer widerlegbaren Vermutung aus, die durch entgegenstehende tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten widerlegt werden kann. Implizit erweitert sie damit das Prüfungsprogramm bei der Erstellung einer ordnungsgemäßen Bilanz. Der mit der Bilanzerstellung Beauftragte hat zugleich zu klären, ob der Unternehmensfortsetzung keine tatsächlichen oder rechtlichen Umstände entgegenstehen. Im Ergebnis ist damit die deutsche Regelung strenger als die Vorgabe der BilanzRL.

Ob die deutsche Gesetzesnorm mit der Richtlinie vereinbar ist, ist durchaus zweifelhaft (1). Zudem ist nicht eindeutig, ob die Richtlinie strengere einzelstaatliche Vorgaben überhaupt zulässt (2).

(1) Die Vereinbarkeit bestimmt sich nach der Zielvorgabe der Richtlinie. Hierzu ist die Richtlinie nach Wortlaut und Zweck auszulegen. Hinsichtlich des Wortlauts ist zu beachten, dass auch die Fassungen der anderen Amtssprachen verbindlich sind und über den deutschen Wortlaut hinaus den Inhalt der Richtlinie bestimmen können.¹⁵³

Ob die Unternehmensfortsetzung eher eine widerlegliche Vermutung oder eine fiktive Prämisse ist und ob und unter welchen Voraussetzungen sie widerlegbar oder „entkräftbar“ ist, ist in der Richtlinie ausdrücklich nicht geregelt. Allein in den Erwägungsgründen 16 und 24 wird auf die Unternehmensfortführung Bezug genommen. Demnach sollen die Angaben der Berechnungsmethode mit dem Konzept der Unternehmensfortführung übereinstimmen. Die

¹⁵¹ Der Begriff wird nicht ganz einheitlich verwendet. So wird er teilweise herangezogen, wenn lediglich der Anwendungsbereich der Regelung erweitert wird, teilweise beschreibt er den hier vorliegenden Fall, dass die nationale Regelung strengere Vorgaben als das Unionsrecht macht, vgl. zum ersten Fall *Mittwoch*, Richtlinienkonforme Auslegung bei überschießender Umsetzung, JuS 2017, 296 ff.; zum zweiten Fall *Riehm*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035 ff.

¹⁵² Vgl. dazu ausführlich *Riehm*, JZ 2006, 1035 ff.

¹⁵³ Vgl. auch ausführlich zur Auslegung der Richtlinie *Mader/Seitz*, DStR 2018, Beiheft 2, 1 (8ff.).

Jahresbilanz soll auch unter dem Aspekt der Unternehmensfortführung der wirtschaftlichen Realität zu entsprechen.

Doch auch aus dem Ziel der Richtlinie lässt sich nicht entnehmen, ob und wie die Fortsetzungsprämisse widerlegt werden kann. Zweck der Richtlinie ist ausweislich den Entstehungsmaterialien die Reduzierung des Verwaltungsaufwands vor allem für kleine Unternehmen sowie eine verbesserte Vergleichbarkeit der Abschlüsse derjenigen Kategorien von Unternehmen, für die dies angesichts einer intensiveren grenzübergreifenden Tätigkeit und einer größeren Zahl externer Akteure von Bedeutung ist. Hierdurch soll auch den Bedürfnissen der mit der Erstellung der Bilanzen Beauftragten Rechnung getragen werden, indem ihnen sämtliche benötigte Rechnungslegungsinformationen zur Verfügung gestellt werden und die Transparenz der Bilanzen erhöht wird.¹⁵⁴ Bei der Erstellung von Abschlüssen sollen Mindestanforderungen vorgeschrieben werden, um die EU-weite Vergleichbarkeit von Abschlüssen zu verbessern. Dies soll zu einem besseren Funktionieren des Binnenmarkts beitragen, indem der Zugang zu Finanzierungsmöglichkeiten verbessert und die Kapitalkosten gesenkt werden. Der grenzüberschreitende Handel soll so ausgeweitet und die Zahl grenzübergreifender Fusionen und Übernahmen erhöht werden.¹⁵⁵ Es wird eine weitgehend harmonisierte Regelung für die Erstellung des Abschlusses kleiner Unternehmen eingeführt, der aus der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und einem begrenzten Anhang zu bestehen hat. Die Mitgliedstaaten sollten keine weiteren Informationen verlangen.¹⁵⁶ Mit Art. 5 der Richtlinie, der auch den Grundsatz der Unternehmensfortsetzung regelt, soll die Verpflichtung eingeführt werden, die wirtschaftliche Realität eines Geschäfts, und nicht nur seine Rechtsform, im Abschluss darzustellen. Durch die Festlegung gemeinsamer allgemeiner Grundsätze wird eine EU-weite Harmonisierung angestrebt.¹⁵⁷ Hieraus lässt sich jedenfalls nicht ableiten, ob überhaupt und unter welchen Bedingungen die Fortführungsprämisse widerlegbar sein kann.

Auch ein Vergleich der unterschiedlichen Sprachfassungen führt in der fraglichen Hinsicht zu keinem eindeutigen Ergebnis. So heißt es in der englischen Fassung „the undertaking shall be presumed to be carrying on its business as a going concern“, in der französischen Fassung „l’entreprise est présumée continuer ses activités“, in der italienischen „si presume la continuità aziendale dell’impresa“ sowie in der spanischen Fassung „se presumirá que la sociedad

¹⁵⁴ Vgl. Vorschlag der Kommission, KOM(2011) 684 final, S. 1.

¹⁵⁵ AaO., S. 2.

¹⁵⁶ AaO., S. 12.

¹⁵⁷ AaO., S. 12.

continúa sus actividades como empresa en funcionamiento“. Auch hieraus ist nicht eindeutig erkennbar, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Vermutung widerlegbar ist. Im französischen Code de commerce heißt es in Article L123-20 dazu „Les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence. Pour leur établissement, le commerçant, personne physique ou morale, est présumé poursuivre ses activités.“. Das italienische Gesetz normiert insoweit in Artikel 2423bis (Principi di redazione del bilancio) „...die Bewertung erfolgt vorsichtig und unter Annahme der Fortführung der Tätigkeit“. Auch aus diesem Vergleich lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen nicht von der Unternehmensfortführung ausgegangen werden kann.

(2) Ob die Richtlinie nur Mindestvorgaben enthält oder eine Vollharmonisierung bezweckt, die strengeren nationalen Vorgaben entgegensteht, lässt sich ebenfalls nicht ganz eindeutig beantworten. Im Hinblick auf die erstrebte weitgehende Harmonisierung durch die Richtlinie dürften einzelne mitgliedstaatliche Anforderungen wohl ausgeschlossen sein. Andererseits soll die Richtlinie Mindeststandards schaffen, sodass zumindest eine strengere nationalstaatliche Regelung zulässig sein könnte.

Auch unter Heranziehung der Erwägungsgründe kann der erstrebte Harmonisierungsgrad nicht abschließend beurteilt werden. Nach den Erwägungsgründen 10, 19, 21 ist wesentliches Ziel der Richtlinie das Schaffen einheitlicher Standards im Sinne einheitlicher und damit vergleichbarer Mindestvorgaben.¹⁵⁸ Ziel ist es, dass die Anforderungen für kleine Unternehmen innerhalb der Union weitgehend harmonisiert werden.¹⁵⁹ Im Interesse der Vergleichbarkeit sollte ein gemeinsamer Rahmen für Ansatz, Bewertung und Darstellung erfolgen.¹⁶⁰ Hieraus lässt sich nicht zwingend entnehmen, welche Art der Harmonisierung bezweckt wird.

Letztlich bleiben Zweifel, wie die Richtlinie auszulegen ist. Die konkrete Auslegung der Richtlinie kann jedoch weder durch den nationalen Gesetzgeber noch durch das mitgliedstaatliche Gericht abschließend geklärt und entschieden werden. Die Auslegung der Richtlinie obliegt allein dem EuGH, dem daher gemäß Art. 267 Abs. 1 Nr. 2 AEUV die Frage nach der Vereinbarkeit der deutschen Regelung mit der Unionsvorgabe vorzulegen ist.

bb) Richtlinienkonforme Auslegung

¹⁵⁸ Siehe bereits *Elmendorff*, Wpg 1967, 62, 622 zur Siebten Richtlinie vom 29.6.1983

¹⁵⁹ Erwägungsgrund 10.

¹⁶⁰ Erwägungsgrund 21.

Doch selbst wenn die formal-abstrakte Regelung im deutschen Recht dem Umsetzungsgebot entspricht, so ist dennoch fraglich, ob die vom BGH gewählte konkrete Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit der Richtlinie vereinbar ist.

Bei der Auslegung des nationalen Umsetzungsrechts ist das Gericht des Mitgliedstaates zu einer richtlinienkonformen Auslegung gehalten. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung ist der Umsetzungspflicht in Bezug auf die BilanzRL nach Art. 288 Abs. 3 AEUV zu entnehmen. Denn entsprechend der Umsetzungspflicht sind alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten verpflichtet, die volle Wirksamkeit der Richtlinie zu garantieren. Diese Pflicht trifft nicht nur den Gesetzgeber, sondern gerade auch Behörden und Gerichte, die im Rahmen der Rechtsanwendung in besonderer Weise die Einhaltung der Ziele der Richtlinie gewährleisten und an der Erfüllung der Umsetzungspflicht mitwirken sollen.¹⁶¹ Das nationale Recht ist so auszulegen, dass die Ziele der Richtlinie bestmöglich erreicht werden. Dies betrifft sowohl die Auslegung des Umsetzungsgesetzes als solche als auch die der sonstigen nationalen Rechtsnormen, die nicht zur Umsetzung der Richtlinie erlassen wurden. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung kommt auch unabhängig davon zum Tragen, ob die nationale Norm jünger oder älter ist als die maßgebliche Richtlinie.¹⁶² Dies ist als Folge des Rechtsanwendungsbefehls des Art. 23 GG auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt worden.¹⁶³

Auch soweit § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB über den Anwendungsbereich der BilanzRL, die nur Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften erfasst, hinausgeht und sämtliche Kaufleute betrifft, steht dies dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen.¹⁶⁴ Denn auch bei einer überschießenden Umsetzung kann im Einzelfall eine richtlinienkonforme Auslegung geboten sein. Ob eine solche „Hybridnorm“, die sich aus einem unionsrechtlich vorgegebenen und einem eigenständigen nationalen Teil zusammensetzt, einer einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung oder einer gespaltenen Auslegung unterworfen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.¹⁶⁵ Eine Pflicht zur umfassenden richtlinienkonformen Auslegung einer solchen Norm, also auch des überschießenden Teils begegnet zwar Bedenken

¹⁶¹ Vgl. nur EuGH, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057 Rn. 115 (Adeneler ua/ELOG).

¹⁶² Vgl. EuGH, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135 (Marleasing).

¹⁶³ BVerfGE 75, 223 (237); NJW 2012, 669.

¹⁶⁴ Eine derartige überschießende Umsetzung ist zulässig, vgl. nur *Nettesheim* in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 61. EL April 2017, Art. 288 Rn. 131; zur überschießenden Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber siehe auch *Mader/Seitz*, DStR 2018, Beiheft 2, 1 (10) m.w.Nachw.

¹⁶⁵ Vgl. BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 Rn. 20, 26; *Mittwoch*, JuS 2017, 296 (298ff.).

im Hinblick auf den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 EUV. Jedoch kann der gesetzgeberische – also nationale – Wille einer einheitlichen unionsrechtlichen Auslegung eine umfassend richtlinienkonforme Auslegung rechtfertigen.¹⁶⁶ Eine einheitliche Auslegung kann auch dann geboten sein, wenn andernfalls Kohärenz, Systematik und Regelungszweck der Norm nicht mehr erreicht werden könnten.¹⁶⁷ § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB kann nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber für Kapitalgesellschaften beziehungsweise Personengesellschaften und sonstige Kaufleute unterschiedliche Standards schaffen wollte. Vielmehr sollen die Grundsätze des § 252 HGB einheitlich gelten.¹⁶⁸ Dies folgt letztlich auch aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber die Vierte Bilanzrichtlinie möglichst weitgehend und unabhängig von der Größe beziehungsweise der Rechtsform des Unternehmens umsetzen wollte. In § 252 HGB ist auch keine Ausnahme für bestimmte Unternehmen normiert.

Nach dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung sind die nationalen Normen soweit wie möglich im Lichte des Wortlauts und Zwecks der zu Grunde liegenden Richtlinie auszulegen.¹⁶⁹ Das nationale Gericht darf keine Auslegung wählen, die mit dem Wortlaut und dem Ziel der Richtlinie nicht vereinbar ist.

Es bestehen Zweifel, ob die vom BGH im Urteil vom 26.1.2017 aus § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB entwickelten Prüfungsgrundsätze mit der Richtlinie vereinbar sind.

Nach der Entscheidung des BGH ist eine Jahresbilanz fehlerhaft gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB, wenn Fortführungswerte in die Bilanz eingestellt werden, obwohl feststeht, dass der Fortführung des Unternehmens tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.¹⁷⁰ Grundsätzlich wird die Unternehmensfortführung vermutet. Diese Vermutung wird jedoch gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB widerlegt, wenn ex ante Umstände sichtbar werden, die die Fortführung als unwahrscheinlich erscheinen lassen oder wenn eine zweifelsfreie Kenntnis von der Unmöglichkeit der Fortführung besteht.¹⁷¹ Liegt ein Insolvenzgrund vor, da das Unternehmen überschuldet oder zahlungsunfähig ist, liegen regelmäßig Gegebenheiten im

¹⁶⁶ Vgl. BGHZ 150, 248 (246); BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 (222); *Mittwoch*, JuS 2017, 296 (299) m.w.N.

¹⁶⁷ Insoweit ist der (mutmaßliche) gesetzgeberische Wille nicht allein entscheidendes Kriterium, worauf *Mittwoch*, JuS 2017, 296 (300) zutreffend hinweist.

¹⁶⁸ So auch siehe auch *Mader/Seitz*, DStR 2018, Beiheft 2, 1 (10f.).

¹⁶⁹ Vgl. EuGH, C-428/11, GRUR 2012, 1269 Rn. 41 (Purely Creative), mAnm *Klamert*, EuZW 2013, 66; BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rn. 21 (mAnm Pfeiffer, NJW 2009, 412, u. Höpfner, EuZW 2009, 155); BGH, NJW 2012, 1073 Rn. 24; BGH, NJW 2012, 2276 Rn. 21.

¹⁷⁰ BGH Urteil vom 26.1.2017, IX ZR 285/14 Rn. 25.

¹⁷¹ BGH, a.a.O., Rn. 25.

Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB vor.¹⁷² Jedoch führt ein Insolvenzgrund nicht zwingend zur Aufgabe des Fortführungsprinzips, denn auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist es möglich, dass das Unternehmen fortgeführt wird. Entscheidend ist, ob aus der ex ante Sicht mit der alsbaldigen Stilllegung des Unternehmens vor dem Insolvenzantrag, im Eröffnungsverfahren oder nach Insolvenzeröffnung zu rechnen ist.¹⁷³ Dies erfordert eine komplexe Prognose. Um also trotz Vorliegen eines Insolvenzgrundes von der Unternehmensfortführung ausgehen zu können, bedarf es einer konkreten (positiven) Fortbestehensprognose und Begründung im Einzelfall.¹⁷⁴

Hieraus leitet der BGH ab, dass die Bilanz mangelhaft ist, wenn auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Informationen die Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB widerlegt ist oder ernsthafte Zweifel an der Unternehmensfortsetzung bestehen.¹⁷⁵ Bei Vorliegen von ernsthaften Anhaltspunkten, die der Unternehmensfortsetzung entgegenstehen, wie beispielsweise bilanzielle Überschuldung oder das Bestehen eines Insolvenzgrundes, erweitern sich die Prüfungspflichten des Steuerberaters.¹⁷⁶ So hat der Steuerberater zu prüfen, ob diese Indizien der Unternehmensfortsetzung jedenfalls nicht entgegenstehen.¹⁷⁷ Andernfalls hat er dafür Sorge zu tragen, dass die Gesellschaft eine explizite Fortführungsprognose in Form einer umfassenden Untersuchung und Analyse des Unternehmens erstellt.¹⁷⁸ Dabei muss er die vom Mandanten abgegebenen Erklärungen daraufhin prüfen, ob diese stichhaltig und hinreichend substantiiert sind; auf die bloße Versicherung des Mandanten darf er sich nicht verlassen.¹⁷⁹ Der Steuerberater haftet allein dann nicht, wenn er die Gesellschaft auf die konkreten Umstände hingewiesen hat, derentwegen keine ausreichende Grundlage zur Einschätzung der Fortführungsprognose zur Verfügung stand, die Gesellschaft ihn jedoch dennoch ausdrücklich zur Erstellung der Bilanz mit Fortführungswerten angewiesen hat.¹⁸⁰ Aus § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ergibt sich die Pflicht, anhand der dem Steuerberater zur Verfügung gestellten Informationen und sonst bekannter Umstände zu untersuchen, ob sich hieraus ernsthafte Anhaltspunkte für einen möglichen Insolvenzgrund ergeben, die Zweifel an der

¹⁷² BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹⁷³ BGH, a.a.O. Rn. 27.

¹⁷⁴ BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹⁷⁵ BGH, a.a.O., Rn. 29.

¹⁷⁶ BGH, a.a.O., Rn. 32f.

¹⁷⁷ BGH, a.a.O., Rn. 35f.

¹⁷⁸ BGH, a.a.O., Rn. 35f.

¹⁷⁹ BGH, a.a.O., Rn. 36.

¹⁸⁰ BGH, a.a.O., Rn. 38.

Fortführungsprognose wecken können.¹⁸¹ Bei Vorliegen derartiger Umstände treffen den Steuerberater gemäß § 675 BGB Hinweis- und Warnpflichten gegenüber dem Mandanten, sofern sich dieser der Gefahr nicht bewusst ist.¹⁸²

Im Ergebnis sieht der BGH die Vermutung § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bereits bei Bestehen von ernsthaften Zweifeln an der Unternehmensfortsetzung als widerlegt an.¹⁸³ Solche Zweifel bestehen insbesondere bei Bestehen eines Insolvenzgrundes. Bei Vorliegen solcher Anhaltspunkte ist die Unternehmensfortsetzung genauer zu untersuchen, also negativ zu prüfen, ob von dieser nicht auszugehen ist. Um die Einhaltung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zu gewährleisten, muss der mit der Bilanzerstellung Beauftragte also stets prüfen, ob anhand der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen konkrete Indizien vorliegen, die eine Unternehmensfortführung widerlegen, ihn trifft also auch eine negative Prüfungspflicht. Die Bilanz kann jedoch dann nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zutreffend sein, wenn nach einer positiven Fortführungsuntersuchung die Unternehmensfortsetzung im maßgeblichen Prognosezeitraum feststeht.

Ob diese Anforderungen mit dem Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL vereinbar sind, ist ungewiss. Der Wortlaut der Richtlinienbestimmung gibt dies jedenfalls nicht her. Denn er unterstellt die Unternehmensfortführung. Wann und unter welchen Umständen diese Unterstellung widerlegbar oder „entkräftbar“ ist, ist nicht erkennbar.¹⁸⁴ Es erscheint zweifelhaft, ob der Vermutung der Unternehmensfortsetzung eine negative Prüfungspflicht des Nichtvorliegens von Umständen, die der Fortsetzung entgegenstehen, entnommen werden kann. Schließlich kann auf den Wortlaut der Richtlinie auch nicht gestützt werden, dass bei Vorliegen entgegenstehender Umstände sich eine positive Fortführungsprüfungspflicht anzuschließen hat. Darüber hinaus stellt sich die Frage, was im Rahmen der Bilanzerstellung durch Dritte zu gelten hat.

Schließlich ist fraglich, ob die Auslegung des BGH mit dem Zweck der Richtlinie vereinbar ist. Ziel der Richtlinie ist es, einheitliche Standards und eine Vergleichbarkeit der Bilanzen in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu schaffen. Dass den mit der Bilanz Beauftragten innerhalb

¹⁸¹ BGH, a.a.O. Rn. 46.

¹⁸² BGH, a.a.O. Rn. 46.

¹⁸³ Vgl. auch Anm. *Meixner/Schröder* DStR 2017, 956 (958) sowie Anm. *Schädlich* DStR NZI 2017, 312 (318).

¹⁸⁴ Siehe auch *Mader/Seitz*, DStR 2018, Beiheft 2, 1 (8ff.), wonach sich dies auch nicht dem – auch vom EuGH anerkannten – „true and fair view“-Prinzip entnehmen lässt.

Deutschlands umfassendere Prüfungspflichten im Rahmen der Unternehmensfortsetzung treffen, ist im Hinblick auf diese bezweckte Einheitlichkeit äußerst zweifelhaft.

Es bleiben letztlich erhebliche rechtliche Unsicherheiten, wie die Richtlinie in diesen Punkten zu verstehen ist. Dies kann allein durch den EuGH verbindlich geklärt werden.

3. Tauglicher Vorlagegegenstand

Als Vorlagegegenstand kommen daher zwei wesentliche Fragen in Betracht: Erstens ist fraglich, ob § 252 Abs. 1 Nr. 2 HBG mit der Richtlinie überhaupt vereinbar ist. Zweitens ist unklar, ob die Auslegung dieser Vorschrift durch den BGH, insbesondere im Hinblick auf das Vorliegen eines Insolvenzgrundes, mit der Richtlinie vereinbar ist.

Hinsichtlich des erstgenannten Vorlagegegenstands ist zu beachten, dass – wie ausgeführt – Gegenstand des Vorlageverfahrens allein das Unionsrecht ist, Fragen nach dem nationalen Recht sind unzulässig.

Die zulässigen Vorlagefragen könnten daher sinngemäß folgendermaßen formuliert werden:

Steht Art. 6 Abs. 1 a) BilanzRL einer nationalen Norm entgegen, die bestimmt, dass bei der Bewertung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen?

Ist des Weiteren Art. 6 Abs. 1 a) BilanzRL so auszulegen, dass bei Vorliegen ernsthafter Zweifel eine Vermutung der Unternehmensfortführung widerlegt werden kann und sich eine positive Prüfung der Fortführungsprognose anzuschließen hat und kann das Vorliegen von Insolvenzgründen solche Zweifel auslösen? Erfordert die Prämisse der Unternehmensfortführung stets die negative Prüfung von Insolvenzgründen, die der Fortführungsprämisse entgegenstehen? Kann Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL so ausgelegt werden, dass im Falle einer Beauftragung durch einen Dritten diesen eine Gewährleistungshaftung wegen einer fehlerhaften Bilanzerstellung trifft, wenn dieser aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen weder geprüft hat, ob Insolvenzgründe bestehen, noch im Fall des Vorliegens eines Insolvenzgrundes eine positive Fortführungsprognose anregt hat?

4. Keine Ausnahme von der Vorlagepflicht

Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht besteht nicht.

Eine Rechtsprechung des EuGH zu diesen Fragen ist bislang nicht ergangen. Ein *acte éclairé* scheidet damit aus.

Doch auch von einem *acte clair* kann nicht ausgegangen werden. Die Auslegung der Fortführungsunterstellung in Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL ist nicht offenkundig. Dabei sind, wie erwähnt, an die Offenkundigkeit besonders hohe Anforderungen zu stellen. Die Auslegung muss derart offenkundig sein, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt. Dabei ist zudem notwendig, dass die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten sowie der Gerichtshof von derselben Eindeutigkeit der Auslegung ausgehen. Diese Anforderungen dürften hier nicht erfüllt sein.

Die Unternehmensfortführung ist in Art. 6 a I lit a) BilanzRL unterstellt, es besteht also eine gesetzliche Vermutung der Unternehmensfortführung, die den Regelfall darstellt. Es ist schon aus dem Wortlaut nicht klar, ob diese Unterstellung eine Fiktion beziehungsweise strikte Prämisse oder nur eine Vermutung ist und ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen diese widerlegbar ist. Auch ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen führt – wie gezeigt – nicht zu einem eindeutigen Ergebnis.

Jedenfalls dürften, sollte von einer widerlegbaren Vermutung auszugehen sein, an die Widerlegung – aufgrund der gesetzlichen Regelentscheidung – hohe Anforderungen zu stellen sein. Dass bereits Umstände ausreichen, die an der Unternehmensfortführung ernsthaft zweifeln lassen, erscheint insoweit ungewiss. Zudem bleibt ungeklärt, ob der Verpflichtete nach Art. 6 I a lit. a) BilanzRL damit stets Ausschlussgründe wie das Vorliegen von Insolvenzgründen zu prüfen hat. Unsicherheiten bei der Auslegung ergeben sich schließlich, soweit der BGH die Verpflichtung der Prüfung einer positiven Fortführungsprognose anschließt, wenn hinreichende Anhaltspunkte bestehen, die ernsthaft an der Fortführungsprämisse zweifeln lassen. Es ist in der Richtlinie nicht geregelt, ob bei Vorliegen bloßer Zweifel zumindest noch eine positive Fortsetzungsprognoseprüfung erfolgen kann oder gar muss.

Ein *acte clair* liegt damit nicht vor.

Daher hat der BGH mit seiner Entscheidung vom 26.1.2017 gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV verstoßen. Eine solche Verletzung europäischen Rechts wäre auch dann gegeben, wenn der BGH künftig in einem neuen Verfahren mit vergleichbarem Entscheidungsgegenstand bei gleicher entscheidungserheblicher Fragestellung von einer Vorlage an den EuGH absieht.

VI. Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG könnte demnach Aussicht auf Erfolg haben. Dies dürfte auch in einem zukünftigen Verfahren gelten, in dem der BGH bei vergleichbarem Entscheidungsgegenstand und einer ähnlichen Entscheidungsbegründung die Vorlage der in diesem Verfahren entscheidungserheblichen Fragestellung an den EuGH unterlässt.

1. Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die Entscheidung des BGH vom 26.1.2017 ist im Ergebnis zu bejahen. Eine solche Verletzung dürfte auch für Entscheidungen des BGH beziehungsweise eines letztinstanzlich entscheidenden Instanzgerichts mit gleichgelagerter Entscheidungsgrundlage in Betracht kommen, wenn in vergleichbarer Weise eine Vorlage an den EuGH unterbleibt.

a) Fallgruppe 1: Grundsätzliches Verkennen der Vorlagepflicht

In Bezug auf die Entscheidung des BGH vom 26.1.2017 erscheint bereits ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Hinblick auf die erstgenannte Fallgestaltung des BVerfG möglich. Die erstgenannte Fallgruppe ist gegeben, wenn das Fachgericht bei einer sich aufdrängenden Vorlagepflicht diese erkennbar nicht geprüft hat.¹⁸⁵

Dies dürfte hier der Fall sein. Denn der BGH nimmt zwar auf die Richtlinie Bezug, äußert sich aber im Weiteren in keiner Weise zur unionsrechtlichen Erheblichkeit seiner Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Der BGH hat sich damit noch nicht einmal mit der unionsrechtlichen Fragestellung, die hier entscheidungserheblich war, auseinandergesetzt. Die Zweifel bei der Auslegung, die eine Vorlage erforderlich gemacht hätten, hat der BGH nicht angesprochen. Auch die offensichtliche Diskrepanz im Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL einerseits und des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB andererseits wird nicht thematisiert.

b) Fallgruppe 2: Unvollständigkeit der Rechtsprechung

Zudem kommt im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 26.1.2017 auch eine Vorlagepflicht aufgrund der Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGHs in Betracht. Diese Fallgruppe dürfte auch in einem künftigen Verfahren des BGH mit vergleichbarem Entscheidungsgegenstand zum Tragen kommen, in dem der BGH zu einer der Entscheidung vom 26.1.2017 ähnlichen Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit einer vergleichbaren Begründung gelangt. Einschlägige Rechtsprechung des EuGHs zur Auslegung des Art. 6 Abs.

¹⁸⁵ BVerfG, NJW 2011, 288, Rn. 49 ff.

1 lit. a) BilanzRL liegt nicht vor. Der BGH hat in seiner Entscheidung zudem den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten.

Wie ausgeführt, ist dies nach der nunmehr verwendeten Formel des Bundesverfassungsgerichts der Fall, wenn das Fachgericht bei der Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts in nicht vertretbarer Weise zu der Überzeugung gelangt, die Rechtslage sei entweder von herein eindeutig oder durch die Rechtsprechung in einer Weise geklärt, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bestünde.¹⁸⁶ Eine willkürliche Nichtvorlage ist anzunehmen, wenn das Fachgericht einen *acte clair* oder einen *acte éclairé* ohne sachlich einleuchtende Begründung bejaht.¹⁸⁷ Um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu ermöglichen, hat es die Gründe für seine Entscheidung über die Vorlagepflicht anzugeben.¹⁸⁸ Fehlt eine solche Begründung, setzt das letztinstanzlich entscheidende Gerichts also implizit eine Ausnahme von seiner Vorlagepflicht voraus, so liegt jedenfalls dann eine willkürliche Nichtvorlage vor, wenn Zweifel am Vorliegen von Ausnahmegründen bestehen.¹⁸⁹ Derartige Zweifel liegen hinsichtlich der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL vor.

Es fehlt bereits an einer substantiierten Begründung des BGH im Hinblick auf eine etwaige Vorlagepflicht. Der BGH erwähnt die Richtlinie,¹⁹⁰ geht aber auf die Vereinbarkeit des Wortlauts und der konkreten Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit dem Unionsrecht und einer möglichen Vorlagepflicht überhaupt nicht ein. Der BGH legt die entscheidungserhebliche materielle unionsrechtliche Norm überhaupt nicht aus und lässt nicht einmal erkennen, ob er die Rechtslage für derart eindeutig hält, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt. Weder setzt der BGH sich mit dem Wortlaut der Richtlinie noch mit deren Zweck auseinander.

Der BGH geht im Ergebnis offensichtlich und implizit davon aus, dass Wortlaut und konkrete Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit dem Unionsrecht offenkundig vereinbar ist. Diese wohl implizite Annahme eines *acte clair* ist jedoch nicht haltbar und daher willkürlich.

So mag es vielleicht noch vertretbar erscheinen, dass die in Art. 6 Abs. 1 lit a) BilanzRL unterstellte Unternehmensfortführung lediglich eine Vermutung darstellt, die grundsätzlich widerlegt werden kann. Bei der Beantwortung, unter welchen Voraussetzungen eine solche Widerlegung möglich ist, überschreitet der BGH jedoch den ihm zuerkannten

¹⁸⁶ BVerfG 135, 155 (233) m.w.Nachw.

¹⁸⁷ BVerfG 135, 155 (234).

¹⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 = NZA 2015, 375 (376) Rn. 21; Beschl. v. 19.7.2016 – 2 BvR 470/08 = NJW 2016, 3153 (3157) Rn. 56; Beschl. v. 6.10.2017 – 2 BvR 987/16 = NVwZ 2017, 615 (616) Rn. 9.

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 50, 115 (124); 55, 205 (206); zuletzt BVerfG, Beschl. v. 19.12.2017 - 2 BvR 424/17 Rn. 49.

¹⁹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 25.

Beurteilungsspielraum. So geht er davon aus, dass bereits ernsthafte Zweifel an der Fortführung die Vermutung ausschließen. Um eine Haftung wegen der Erstellung einer gesetzeswidrigen Bilanz auszuschließen, leitet der BGH im Ergebnis die Pflicht ab, stets auch konkreten Anhaltspunkten, die der Unternehmensfortsetzung entgegenstehen könnten, nachzugehen und die Unternehmensfortführung näher zu prüfen. Liegen derartige ernsthafte Zweifel an der Tragfähigkeit der Fortsetzungsprämisse vor, ist nach der Rechtsprechung des BGH eine positive Analyse und Untersuchung der Unternehmensfortführung anzuschließen.

Eine Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu diesen Fragen gibt es nicht. Auch ein Rechtsprechungsvergleich der Gerichtsbarkeit der anderen Mitgliedstaaten zu dieser Frage liegt nicht vor. Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL normiert ausschließlich die Unterstellung der Unternehmensfortsetzung. Sollte diese überhaupt widerlegbar sein, so wären an diese Widerlegung, die den Ausnahmefall darstellen muss, erhebliche Anforderungen zu stellen. Dass bloße ernsthafte Zweifel ausreichen, erscheint fraglich. Zur Gewährleistung einer fehlerfreien Bilanz muss der Bilanzbeauftragte nach dem BGH konkreten Anhaltspunkten nachgehen, die der Fortführungsprämisse entgegenstehen können. Dies widerspricht der Fortführungsunterstellung der Richtlinienbestimmung; selbst ein richtlinienkonformes Regel-Ausnahme-Verhältnis wäre dadurch erheblich relativiert.

Auch überschreitet der BGH den ihm zuerkannten Beurteilungsspielraum, soweit er den mit der Jahresbilanz Beauftragen bei Vorliegen entgegenstehender Umstände, wie dem Vorliegen eines Insolvenzgrundes, ohne europarechtliche Klärung zu einer positiven Prüfung der Fortführungsprognose verpflichtet. Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL normiert die Unterstellung der Unternehmensfortsetzung. Positive Prüfungspflichten bestehen nach dem Wortlaut gerade nicht.

Schließlich kann der Richtlinie auch nicht entnommen werden, was zu gelten hat, wenn ein Dritter mit der Erstellung der Bilanz beauftragt ist. Der Wortlaut der Richtlinie differenziert nicht zwischen dem Unternehmer beziehungsweise der im Unternehmen zuständigen Person oder einem beauftragten Dritten. Mit Blick auf den Zweck der Richtlinie, die Vereinheitlichung der Standards bei der Erstellung einer Bilanz, dürften hier wohl gleiche Anforderungen zu stellen sein. Gleichzeitig darf die Haftung der beauftragten Person nicht durch mitgliedstaatliche Rechtsprechung einseitig erweitert werden, weil auch dies mittelbar dem Harmonisierungszweck der Richtlinie widerstreitet.

Insgesamt überschreitet der BGH den ihm zuerkannten Beurteilungsspielraum und geht in unhaltbarer Weise von einem **acte clair** aus. Die Rechtslage ist gerade nicht derart offensichtlich, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt. Hiervon durfte der BGH auch nicht ausgehen. Am Vorliegen von Ausnahmegründen bestehen erhebliche Zweifel.¹⁹¹

Im Ergebnis ist ein willkürliches Absehen von einer Vorlage gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu bejahen und der gesetzliche Richter in nicht zu rechtfertigender Weise entzogen. Von einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist auszugehen. Daher wird auch künftig ein letztinstanzliches Gericht, das in einem vergleichbaren Verfahren mit der Frage der Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB befasst ist, diese Fragestellungen dem EuGH vorlegen oder doch zumindest eine hinreichende überzeugende Begründung liefern müssen, weshalb es im konkreten Einzelfall sich nicht zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet hält. Andernfalls besteht die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde, die gestützt auf eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durchaus Aussicht Erfolg hat.

2. Beschwerdebefugnis

Die Verfassungsbeschwerde kann gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG von jedermann mit der Behauptung erhoben werden, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein. Beschwerdebefugt ist derjenige, der hinreichend substantiiert behauptet, in einem Grundrecht beziehungsweise grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein. Der Beschwerdeführer muss dabei selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.¹⁹² Eine Verletzung in eigenen Rechten kommt dabei grundsätzlich nur in Betracht, wenn der Beschwerdeführer Adressat des angegriffenen Aktes staatlicher Gewalt ist. Ausnahmsweise kann auch ein Dritter beschwerdebefugt sein, wenn zwischen der angegriffenen staatlichen Maßnahme und seiner Grundrechtsposition eine hinreichende Nähebeziehung besteht.¹⁹³ Mit der Verfassungsbeschwerde können dagegen nicht fremde Rechte im eigenen Namen geltend gemacht werden. Im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht besteht kein Raum für eine

¹⁹¹ Zu diesem Ergebnis kommen auch *Mader/Seitz*, DStR 2018, Beiheft 2, 1 (12f.).

¹⁹² St. Rspr., vgl. BVerfGE 1, 97 (101); 53, 30 (48)

¹⁹³ Vgl. beispielsweise BVerfGE 85, 191 (205ff.) zum Nachtarbeitsverbot, in der das BVerfG auch eine Grundrechtsverletzung der indirekt betroffenen Arbeiterinnen annahm; sowie BVerfGK NJW 2012, 1062, wonach das Verbot der Nutzung von Solarien durch Minderjährige sowohl die Rechte der Betreiber aus Art. 12 I GG als auch die Rechte der Minderjährigen aus Art. 2 I GG berührt.

Prozessstandschaft, es sei denn, es könnte andernfalls niemand gegen den grundrechtsverletzenden Akt vorgehen.¹⁹⁴

Die Kammer der Steuerberater ist demnach nicht beschwerdebefugt. Denn Adressat sind allein die Beteiligten des fachgerichtlichen Ausgangsverfahrens, diese können die Grundrechtsverletzung auch selbst geltend machen. Dies gilt auch für künftige Verfahren mit einem vergleichbaren Entscheidungsgegenstand.

3. Beschwerdefrist

Die Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 93 Abs. 1 BVerfGG innerhalb eines Monats zu erheben. Fristbeginn ist die Bekanntgabe der letzten und abschließenden Entscheidung. In einem künftigen Verfahren mit ähnlichem Entscheidungsgegenstand könnte dies also die Zustellung der Entscheidung des BGH sein. Denkbar ist jedoch auch die Bekanntgabe einer zweiten Revisionsentscheidung, wenn das Berufungsgericht nach einer Zurückverweisung nicht selbst gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV vorlegt und der BGH erneut von einer Vorlage an den EuGH absieht.

V. Weitere Rechtsbehelfe gegen die Nichtvorlage

Darüber hinaus stehen dem Betroffenen wie ausgeführt gegen die willkürliche Nichtvorlage grundsätzlich das Vertragsverletzungsverfahren, der Staatshaftungsanspruch und die Individualklage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Verfügung. Eine Erfolgsaussicht besteht wohl am ehesten für den Staatshaftungsanspruch. Dieser ist vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geltend zu machen, in der Bundesrepublik Deutschland erfolgt dies gemäß Art. 34 S. 2 GG vor den ordentlichen Gerichten. Der Einzelne muss dabei von dem Urteil selbst betroffen sein, überdies muss ihm tatsächlich ein Schaden entstanden sein. Ein solcher kommt jedoch allein für die im Ausgangsverfahren Beteiligten in Betracht, in einschlägigen Fällen also für einen beklagten und zum Schadensersatz verurteilten Steuerberater. Ein Schaden könnte etwa entstehen, wenn der Steuerberater entsprechend der gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV verstoßenden Entscheidung des BGH oder eines letztinstanzlich entscheidenden Instanzgerichts zum Ersatz des Insolvenzverschleppungsschadens verpflichtet worden ist, er gemäß dem rechtskräftigen Titel geleistet hat oder gegen ihn aus dem Urteil vollstreckt worden ist. Zwischen der Rechtsverletzung aufgrund der unterbliebenen Vorlage und dem eingetretenen Schaden muss darüber hinaus ein Kausalzusammenhang bestehen. Wie

¹⁹⁴ Dies wurde beispielsweise bejaht für den Fall der Testamentsvollstreckung, BVerfGE 21, 139 (143) sowie für den Fall der Insolvenzverwaltung, BVerfGE 65, 182 (190).

ausgeführt liegt eine haftungsbegründende Kausalität aufgrund des Absehens von der Vorlage nur dann vor, wenn bei einer pflichtgemäßen Vorlage der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Eine haftungsbegründende Kausalität kann daher nur dann mit hinreichender Sicherheit angenommen werden, wenn der EuGH tatsächlich in einem (möglicherweise aufgrund einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde erfolgten) Vorlageverfahren mit der fraglichen Unionsrechtsnorm, dem Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL, befasst wird und eine Auslegung wählt, die im Ergebnis bei Anwendung auf das Ausgangsverfahren durch das jeweilige Fachgericht zu einer Nichthaftung des verurteilten Steuerberaters führt oder geführt hätte.

Die bloße abstrakte Möglichkeit einer erweiterten Haftung von Steuerberatern aufgrund denkbarer Folgeentscheidungen gleichgelagerter Fälle reicht zur Begründung eines Schadens potentiell Betroffener nicht aus.

Ergebnis

- I. Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 26.1.2017 (Az: IX ZR 285/14) die Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV verletzt. Ein solcher Verstoß kommt auch in einem künftigen Verfahren mit vergleichbarem Entscheidungsgegenstand in Betracht, wenn der BGH beziehungsweise ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht die Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB in ähnlicher Weise vornehmen sollte, ohne ein Vorabentscheidungsverfahren durchzuführen.
- II. Es bestehen klärungsbedürftige Fragen zur Auslegung des Unionsrechts. Die streitentscheidende Norm, § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB, beruht auf Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL. Es ist bereits unklar, ob die nationale Umsetzungsnorm des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB überhaupt mit der Richtlinie vereinbar ist. Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel, ob der BGH in seiner Entscheidung vom 26.1.2017 die nationale Umsetzungsnorm des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB richtlinienkonform im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL ausgelegt hat.
- III. Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht besteht nicht. Weder ist der Fall bereits vom EuGH entschieden worden (*acte éclairé*), noch ist die Beantwortung der Auslegungsfrage offenkundig (*acte clair*).
- IV. Eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hat in einem zukünftigen Verfahren mit gleichgelagertem Entscheidungsgegenstand für die Verfahrensbeteiligten Aussicht auf Erfolg, wenn und soweit der BGH beziehungsweise das letztinstanzlich entscheidende Fachgericht der Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB in der Entscheidung des BGH vom 26.1.2017 folgen, ohne sich mit der Vorlagepflicht auseinanderzusetzen.
 1. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 26.1.2017 die Vorlagepflicht in unvertretbarer und willkürlicher Weise ignoriert. Bei der Auslegung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB hat der BGH die Vorlagepflicht grundsätzlich verkannt. Darüber hinaus hat der BGH in seiner Entscheidung wegen der Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGHs in der in Rede stehenden unionsrechtlichen Frage den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten.

2. Die Befugnis zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde steht nur den am fachgerichtlichen Ausgangsverfahren unmittelbar Beteiligten zu, die durch die letztinstanzliche Entscheidung selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind. Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG zu erheben, die Frist beginnt mit der Zustellung der vollständig abgefassten Entscheidung (§ 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG).
- V. Auch ein Staatshaftungsanspruch kommt grundsätzlich in Betracht. Er setzt jedoch eine unmittelbare Betroffenheit des Geschädigten durch das letztinstanzliche Urteil und eine Kausalität zwischen der Verletzung der Vorlagepflicht und dem entsprechenden Vermögensschaden eines am Ausgangsverfahren Beteiligten voraus. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Ein Kausalitätsnachweis wird wohl nur gelingen, wenn der EuGH Art. 6 Abs. 1 lit. a) BilanzRL in einer solchen Weise auslegt, die zu einer Nichthaftung des verurteilten Steuerberaters im Ausgangsverfahren führt.

(Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier)