

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Wahlfreiheit und Subsidiarität zwischen Richtervorlagen an das BVerfG bzw. an den EuGH

1. Die Vorlage eines Gesetzes, das Recht der Europäischen Union umsetzt, nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG an das Bundesverfassungsgericht ist unzulässig, wenn das vorliegende Gericht nicht geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Gesetz in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist.

2. Das vorliegende Gericht muss hierfür gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren zum Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 1 AEUV einleiten, unabhängig davon, ob es ein letztinstanzliches Gericht ist. (Leitsätze)

GG Art. 100 Abs. 1, 101 Abs. 1 S. 2
AEUV Art. 267

BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08 – Investitionszulagengesetz¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

Der Beschluss betrifft das Verhältnis zwischen dem Verfassungsrecht und dem Unionsrecht. Das ist ein schwierig zu durchdringendes Problem, das nicht nur Studierenden Kopfzerbrechen bereitet. Indes handelt es sich nicht um eine exotische Spezialfrage, sondern um eine Grundfrage des heutigen Rechts. Nur wer unsere Rechtsordnung als Mehrebenensystem begreift, ist ihr heute noch gewachsen. Die zeitgerechte Beherrschung der Rechtsordnung ist das Ziel der juristischen Ausbildung. Zu Recht sagt z.B. § 11 Abs. 3 Juristenausbildungsgesetz NRW über die Gegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung: „Zu den Pflichtfächern gehören ihre europarechtlichen Bezüge unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des europäischen Rechts zum nationalen Recht [...]“.

Dieses Verhältnis wird maßgeblich durch Entscheidungen des BVerfG geprägt. Zumindest einige wenige davon muss jeder Jurist heute kennen (z.B. „Solange II“²). Aus diesen Weichenstellungen ergeben sich dann Konsequenzen für Einzelfragen. In der vorliegenden Entscheidung ging es im Kern um Konsequenzen für das Verfassungsprozessrecht. Es handelt sich um eine stringente Fortentwicklung bereits angelegter Rechtsprechungslinien. Umso mehr eignet sich das Thema für Examensprüfungen, zumal das Verfassungsprozessrecht seinerseits zum gängigen Pflichtfachstoff gehört. Das gilt noch mehr, als der Fall weitere klassische Themen zumindest am Rande berührt – so das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot. Daraus ließe sich ein Examensfall über die Entscheidung hinaus leicht konstruieren. Das BVerfG hat sich

zwar aus prozessualen Gründen hier nicht damit beschäftigt. Wer den Sachverhalt jedoch zum Anlass nehmen mag, sich mit diesen Fragen des materiellen Verfassungsrechts auseinanderzusetzen, möge die Zusammenfassung der Ausführungen des FG und der erwiderten Stellungnahme der Bundesregierung in den Entscheidungsgründen nachlesen.³

Jenseits der Examensrelevanz ist die Entscheidung zumindest ein praktisch wichtiger und wissenschaftlich bemerkenswerter Baustein in der zur Frage des Zusammenspiels zwischen EuGH und BVerfG.

II. Inhalt und Bewertung der Entscheidung

1. Sachverhalt

Die Entscheidung des BVerfG erging im Rahmen einer Richtervorlage des Finanzgerichts Sachsen-Anhalt. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens betrifft einen Mühlenbetrieb in den neuen Bundesländern. Für seine Investitionen aus dem Jahr 1998 begehrt der Betrieb über 5 Mio. € staatliche Investitionszulage. Die hierfür maßgebliche Rechtsgrundlage im Investitionszulagengesetz von 1996 wurde jedoch durch den Gesetzgeber mit Gesetz v. 24.12.1998 gestrichen – und zwar rückwirkend. Genauer gesagt wurden von der entsprechenden Förderung landwirtschaftliche Betriebe ausgeschlossen, nachdem die Kommission eine derartige Förderung mit Entscheidung vom 20.5.1998 als unzulässige Beihilfe im Verfahren nach Art. 93 Abs. 2 EGV (heute Art. 108 Abs. 2 AEUV) gerügt hatte.

Die Klägerin des Ausgangsfalls, der als GmbH geführte Mühlenbetrieb, und mit ihr das FG halten die rückwirkende Streichung des gesetzlichen Förderanspruchs für einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsgebot. Deshalb hat das FG das Verfahren ausgesetzt und das Änderungsgesetz dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt.

2. Entscheidungsgründe

Die Richtervorlage wurde als unzulässig verworfen. Mit den Fragen einer gegebenenfalls verfassungswidrigen Rückwirkung hat sich das BVerfG also (vorläufig) gar nicht beschäftigt.

Die Richtervorlage scheiterte bereits an der nach Art. 100 Abs. 1 GG und § 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erforderlichen und vom vorlegenden Fachgericht darzulegenden⁴ Entscheidungserheblichkeit. Letztere hängt hier mit dem Verhältnis des nationalen Rechts zum Unionsrecht zusammen und damit, dass Fragen des Unionsrechts gegebenenfalls vorrangig zu klären sind, bevor sich verfassungsrechtliche Fragen überhaupt stellen (können).

Das BVerfG stellt klar, dass vorrangig zu klären ist, ob eine Norm des nationalen Rechts auf einer zwingenden Vorgabe des Unionsrechts beruht. Denn davon, ob der deutsche Gesetzgeber gegebenenfalls Umsetzungsspielräume hatte, hängt sehr vieles rechtlich ab. Wenn kein solcher Umsetzungs-

¹ Abrufbar unter:
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20111004_1bvl0003_08.html (zuletzt abgerufen am 29.5.2011)

² BVerfGE 73, 339.

³ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 26 ff., 36 ff.; Leseempfehlung aus der Literatur: *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 101 ff.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 60 ff.

spielraum existiert, übt das BVerfG seine Gerichtsbarkeit nicht aus, weil die gegebenenfalls bestehenden Eingriffe in das nationale Verfassungsrecht nicht auf der deutschen Norm, sondern auf dem Unionsrecht beruhen.⁵ Das gelte für Verordnungen der EU ebenso wie für Richtlinien und Entscheidungen (heute Beschlüsse) der Kommission.⁶ Das BVerfG könnte dann gegebenenfalls ohnehin nicht in der Sache entscheiden.

Ob solche unionsrechtlichen Umsetzungsspielräume bestehen und die deutsche Norm somit ein geeigneter Prüfungsgegenstand für das BVerfG sein kann, ist von dem vorlegenden Fachgericht zu klären.⁷ Soweit bei dieser unionsrechtlichen Frage Ungewissheiten bestünden, müsse das Fachgericht diese notfalls durch eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 1 AEUV klären – und zwar vor einer Vorlage an das BVerfG. Auch wenn das Fachgericht nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage verpflichtet sei, ergebe sich die Vorlagepflicht gleichsam mittelbar aus Art. 100 Abs. 1 GG.⁸ Im vorliegenden Fall habe das FG die eventuelle Bindungswirkung der Kommissionsentscheidung für den deutschen Gesetzgeber nicht hinreichend geprüft.⁹ Die Frage eines Umsetzungsspielraumes sei keinesfalls offenkundig i.S.d. *acte clair*-Doktrin des EuGH und hätte deshalb vorrangig dem EuGH vorgelegt werden müssen.¹⁰ Offenbar habe hier der deutsche Gesetzgeber selbst eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Streichung der Subvention angenommen.¹¹

III. Einordnung und kritische Würdigung der Entscheidung

1. Zulässigkeitshürden einer Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen konkreter Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG werden vom BVerfG sehr streng ausgelegt und gehandhabt. Diese konstante Praxis des BVerfG ist nicht unumstritten¹². Die Standardprobleme seien an dieser Stelle in Erinnerung gerufen.

Ein Problem ist bereits der *Gegenstand* einer konkreten Normenkontrolle. Der Begriff des „Gesetzes“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG ist auslegungsbedürftig. Nach der Rechtsprechung ist der Begriff „Gesetz“ – anders als i.S.d. Art. 93 Abs. 1

Nr. 4b GG¹³ – eng auszulegen. Das BVerfG erkennt als Gegenstand konkreter Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG nur nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze an. Die vorliegend in Frage gestellte, geänderte Norm des Investitionszulagengesetzes ist unproblematisch ein solches nachkonstitutionelles Parlamentsgesetz. Außerdem gibt es Zulässigkeitsprobleme, wenn eine Richtervorlage (auch) das Unionsrecht betrifft. So gilt seit der Solange II-Entscheidung des BVerfG, deren 2. Leitsatz wörtlich lautet: „Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die *Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht*, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende *Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig*.“¹⁴ Auch diese Restriktion ist hier allenfalls mittelbar betroffen, da das deutsche Investitionszulagengesetz zwar Gemeinschaftsrecht (nach heutiger Terminologie: Unionsrecht) umsetzt, seinerseits aber ein nationales Gesetz ist, das von der Solange II-Formel nicht gemeint ist. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn ein solches Gesetz Unionsrecht umsetzt.

Obwohl vorliegend also ein nach Art. 100 Abs. 1 GG grundsätzlich vorlagefähiges, d.h. ein deutsches, nachkonstitutionelles Parlamentsgesetz vorliegt, kommt das BVerfG zu einer weiteren Einschränkung der Zulässigkeit. Gemäß Leitsatz 1 der Entscheidung muss das vorlegende Gericht außerdem prüfen, ob das deutsche Gesetz „in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist“. Damit führt der *Senat* seine Rechtsprechung zum Nationalen Zuteilungsplan für den Emissionshandel fort, die damals eine abstrakte Normenkontrolle betraf, die sich ebenfalls auf ein nationales Umsetzungsgesetz bezog.¹⁵ Seinerzeit hat das BVerfG die hier aufgeworfenen Fragen allerdings nicht in der Zulässigkeit, sondern in der Begründetheit erörtert.¹⁶

Es lohnt sich aus zwei Gründen, im Zusammenhang der vorliegenden Entscheidung über das Problem des zulässigen Gegenstandes konkreter Normenkontrollen nachzudenken.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 44.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 46 (so bereits BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05): In solchen Fällen wäre aus Sicht des BVerfG allenfalls der *Ultra vires*- bzw. der Verfassungsidentitätsmaßstab anzulegen.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 49.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 53.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 66.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 70.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 71.

¹² Leseempfehlung den Problemen der Zulässigkeit konkreter Normenkontrollen: *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 140 ff.; *Gersdorf*, Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, 3. Aufl. 2010, Rn. 167 ff.

¹³ Beachte, dass die Kommunalverfassungsbeschwerde nur gegen Normen gerichtet ist, der Sache nach also eine Normenkontrolle darstellt. Dass Gesetz hier weit ausgelegt wird, liegt daran, dass es sich für Gemeinden um die einzige Möglichkeit handelt, das BVerfG anzurufen, es also keine kommunale Urteilsverfassungsbeschwerde gibt.

¹⁴ BVerfGE 73, 339 (Leitsatz 2).

¹⁵ BVerfGE 118, 79 = BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05; dazu *Cornils*, ZJS 2008, 69.

¹⁶ Kritisch *Cornils*, ZJS 2008, 69 (70, dort Fn. 4).

Erstens ist bemerkenswert, dass der Begriff des Gesetzes i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG vorliegend sogar besonders weit verstanden wird. Im Ergebnis könnte Leitsatz 1 der Entscheidung auch so gelesen werden: Ein Gesetz, das Recht der Europäischen Union umsetzt, *kann nur dann Gegenstand einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG sein*, wenn es in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist. Das BVerfG hat im Leitsatz aber gerade nicht den Gegenstand der konkreten Normenkontrolle beschränkt, sondern die Zulässigkeitsvoraussetzungen insgesamt verschärft. In den Gründen¹⁷ wird deutlich, dass das BVerfG nicht den Gegenstand der Kontrolle, sondern die *Entscheidungserheblichkeit* eingeschränkt wird. Im Ergebnis mag es irrelevant sein, an welcher Zulässigkeitsvoraussetzung eine solche Vorlage scheitert. Dass das BVerfG nicht gleich am Gegenstand der Vorlage anknüpft, ist umso bemerkenswerter, als es im Rahmen der Entscheidungserheblichkeit ein zusätzliches Problem zu lösen galt. Denn für die Entscheidungserheblichkeit ist grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorlegenden Fachgerichts maßgeblich. Das BVerfG überprüft und korrigiert dies in der Regel allenfalls, wenn die Entscheidungserheblichkeit vom Fachgericht offensichtlich unhaltbar angenommen wird.¹⁸ In der vorliegenden Konstellation hingegen verschärft der *Erste Senat* die Kontrolldichte. Denn es geht um die Frage der Grenzen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung, die in der Hand des BVerfG verbleiben müsse.¹⁹ Zudem sah sich der *Erste Senat* veranlasst, diese Verschärfung von der im Rahmen von Verfassungsbeschwerden auf Grund von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzulegenden, ebenfalls bloßen Willkürkontrolle (dazu noch unter 5.) abzugrenzen. Diese Umwege lassen sich so deuten, dass der *Erste Senat* zwar einerseits die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG verschärfen, sich die Möglichkeiten einer Grundrechtskontrolle im Zusammenspiel mit dem Unionsrecht aber für den Fall eines Versagens effektiver Kontrolle durch den EuGH letztlich vorbehalten möchte. Das entspricht der Linie, die mit der Solange II-Entscheidung eingeschlagen und vom BVerfG konsequent fortgesetzt wurde. Auch Rechtsakte der EU selbst könnten danach im Grundsatz als Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG begriffen werden. Auch die Solange-Formel ließe sich als Modifizierung der Entscheidungserheblichkeit deuten.

Zweitens fällt auf, dass das BVerfG bei seiner so strengen Rechtsprechung zur Zulässigkeit konkreter Normenkontrollen im Blick behält, dass dadurch keine größeren Lücken in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers insgesamt entstehen. Das gilt zunächst für die o.g. „klassischen“ Problemfälle, in denen z.B. ein vorkonstitutionelles Gesetz oder aber eine bloße Rechtsverordnung nicht Gegenstand einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG sein kann, aber auf dem Rechtsweg vor den Fachgerichten sowie mit der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 S. 2 GG ebenso wie mit

der Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG (sei es als Rechtssatzverfassungsbeschwerde oder inzident im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde) angreifbar ist.²⁰ Das gilt aber vor allem auch im Zusammenspiel mit dem Unionsrecht. Hier sollen Verfahren vor dem EuGH, insbesondere nach Art. 267 AEUV die Lücke füllen, die die Zurücknahme einer Kontrolle durch das BVerfG lässt. Das Funktionieren des Ineinandergreifens dieser beiden Gerichte in einem europäischen „Verfassungsgerichtsverbund“²¹ wird über die Brücke des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sogar verfassungsrechtlich garantiert. Auch hierfür ist die Solange II-Entscheidung grundlegend. Deren erster Leitsatz beginnt: „Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.“²² Danach sind die nationalen Fachgerichte auch verfassungsrechtlich verpflichtet, den EuGH gegebenenfalls anzurufen. Verletzungen einer unionsrechtlichen Vorlagepflicht werden danach verfassungsbeschwerdefähig, weil Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ausdrücklich auch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als grundrechtsgleiches Recht anerkennt, auf dessen Verletzung eine Verfassungsbeschwerde gestützt werden kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Dass das BVerfG die Zulässigkeitsvoraussetzungen einzelner Verfahrensarten stark im Zusammenspiel mit anderen Verfahrensarten interpretiert, ist umso bedeutsamer, als die Verfahren vor dem BVerfG – anders als jene vor den Verwaltungsgerichten – einem Numerus clausus folgen. Für verfassungsgerichtliche Streitigkeiten existiert keine Generalklausel nach dem Vorbild des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

2. Obligatorische und fakultative Vorlagen an den EuGH nach Art. 267 Abs. 1 AEUV und nach Art. 100 Abs. 1 GG

Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH ist in Art. 267 AEUV (vormals Art. 177 EWGV, Art. 234 EGV) geregelt. Nach dem Unionsrecht ist zwischen fakultativen Vorlageoptionen und obligatorischen Vorlagepflichten zu unterscheiden.²³ Aus der Perspektive der Zulässigkeit einer solchen Vorlage ist diese Unterscheidung irrelevant. Da die Parteien keine Möglichkeit haben, eine Nichtvorlage selbst vor dem EuGH geltend zu machen, ist die unionsrechtliche Vorlagepflicht weitgehend auf die Beachtung durch die nationalen Gerichte bzw. auf ihre Durchsetzung nach nationalem Prozessrecht (in Deutschland auf dem Wege der Verfassungsbeschwerde gestützt auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) angewiesen.

Das ändert nichts daran, dass die Unterscheidung zwischen fakultativer und obligatorischer Vorlage im Unionsrecht selbst geregelt ist: Während alle Gerichte unter den Vo-

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 45.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 57 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 58.

²⁰ Insgesamt macht die restriktive Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 1 GG Normen nicht weniger, sondern mehr angreifbar. Anders ausgedrückt haben nur nachkonstitutionelle Parliamentsgesetze das Privileg, nur vom BVerfG und nicht auch von den Fachgerichten verworfen werden zu können.

²¹ *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1.

²² BVerfGE 73, 339 (Leitsatz 1).

²³ Leseempfehlungen zu den unionsrechtlichen Fragen: *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 686 ff.

raussetzungen des Art. 267 Abs. 1 und 2 AEUV berechtigt sind, dem EuGH Fragen der Gültigkeit bzw. der Auslegung des Unionsrechts vorzulegen, sind letztinstanzliche Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, dies zu tun. Was ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht ist, entscheidet sich nicht nach der abstrakten, institutionellen Existenz verschiedener Instanzen, sondern nach der Angreifbarkeit gerichtlicher Entscheidungen im Einzelfall. Also sind in Deutschland nicht nur die obersten Bundesgerichte vorlageverpflichtet nach Art. 267 Abs. 3 AEUV, sondern gegebenenfalls auch Instanzgerichte, wenn deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.

Von dieser unionsrechtlichen Differenzierung sind zwei verfassungsrechtliche Fragestellungen zu unterscheiden. Erstens stellt sich bei der Verletzung einer unionsrechtlichen Vorlagepflicht nach deutschem Recht die Anschlussfrage, ob daraus auch ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgt. Das ist keinesfalls automatisch der Fall, wird aber unter qualifizierten Voraussetzungen tatsächlich vom BVerfG überprüft (dazu unter 5.). Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG begründet keine Vorlagepflichten an den EuGH, sondern macht deren Verletzung gegebenenfalls verfassungsbeschwerdefähig.

Zweitens – und das ist das Neue an der hier zu besprechenden Entscheidung des BVerfG – kann die Vorlagepflicht selbst aus dem deutschen Verfassungsrecht hergeleitet werden, aber eben nicht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, sondern aus Art. 100 Abs. 1 GG. Dadurch wird Art. 100 Abs. 1 GG zu einer Norm, die nicht nur Vorlagepflichten an das BVerfG und an die Landesverfassungsgerichte ausdrücklich regelt, sondern die mittelbar auch Vorlagepflichten deutscher Fachgerichte an den EuGH begründen kann.²⁴ Das ist auf den ersten Blick überraschend, auf den zweiten Blick aber eine sehr konsequente Weiterentwicklung der Verzahnung des Unions- mit dem Verfassungsrecht. Die Einbeziehung des EuGH in den Rechtsschutz ist nicht nur unionsrechtlich geboten, sondern auch verfassungsrechtlich. Die Vorlagepflicht an den EuGH und die Kontrolldichte ihrer Durchsetzung durch das BVerfG folgt eigenen, verfassungsrechtlichen Maßstäben.

3. Geltung europäischer und/oder nationaler Grundrechte bei der Ausfüllung von unionsrechtlichen Umsetzungsspielräumen durch die Mitgliedstaaten

Das Zusammenspiel der europäischen mit der nationalen Rechtsetzung ist in vielen Bereichen davon geprägt, dass das Unionsrecht Rechtsbereiche meist nicht abschließend regelt, sondern mehr oder weniger detaillierte Vorgaben macht, die z.T. zwingend sind und z.T. mehr oder weniger große Spielräume belassen und dass die Mitgliedstaaten diese Vorgaben in nationales Recht umsetzen und dabei die Spielräume ausfüllen. Das gilt vor allem für die gesetzliche Umsetzung von EU-Richtlinien.

Bei solcher zweistufiger Mehrebenen-Rechtsetzung stellt sich die Frage der Bindung an die Grundrechte. Längst unstrittig ist, dass die Union mit ihrer Rechtsetzung an die europäischen Grundrechte gebunden ist. Dazu kann heute auf

die förmliche Anerkennung der Grundrechte-Charta als mit dem Primärrecht gleichrangiges Recht nach Art. 6 EUV verwiesen werden. Danach sind für die EU-Rechtsetzung die Organe der EU i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh grundrechtlich gebunden. Die EU ist hingegen nicht an nationales Verfassungsrecht gebunden (an welches auch?). Jedoch wurden die EU-Grundrechte nicht nur vom EuGH prätorisch als ungeschriebenes Primärrecht aus den gemeinsamen Überlieferungen des Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten entwickelt. Letztere behalten auch bei der Auslegung der GRCh nach Art. 51 Abs. 4 GRCh dauerhaft eine mittelbare unionsrechtliche Bedeutung als Rechtserkenntnisquellen.

Komplizierter und z.T. umstritten ist hingegen die Grundrechtsbindung des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung von EU-Recht. Auch hierzu enthält Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eine Regelung. Danach gelten die europäischen Grundrechte auch für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts. Wenn man Durchführung des Unionsrechts nicht nur als exekutiven Vollzug insbesondere der Grundfreiheiten und des Ordnungsrechts versteht, sondern auch die legislative Umsetzung von Richtlinien und Beschlüssen, ergibt sich daraus die Bindung des deutschen Gesetzgebers an die EU-Grundrechte in der vorliegenden Konstellation. Darauf, dass der Fall vor In-Kraft-Treten der GRCh spielt, soll hier nicht näher eingegangen werden, zumal im Ergebnis für die ungeschriebenen Grundrechte der EU nichts anderes gilt. Umstritten und in der vorliegenden Konstellation auch potentiell relevant ist hingegen die Frage der Reichweite solcher Bindung. Es ließe sich vertreten, dass die Bindung der Mitgliedstaaten an die GRCh den Ausnahmefall darstellt und nicht weiter reicht, als das Unionsrecht zwingende Vorgaben macht.²⁵ Das hätte zur Konsequenz, dass die GRCh dort nicht greift, wo das Unionsrecht Spielräume lässt. Diese Auffassung lässt zumindest keine Lücken im Grundrechtsschutz, da gleichsam komplementär die deutschen Grundrechte dort greifen, wo das Unionsrecht Spielräume belässt. Letzteres hat das BVerfG mehrfach bestätigt.²⁶ Während das BVerfG nach der Solange II-Rechtsprechung seine Grundrechtskontrolle insoweit zurücknimmt, als das Unionsrecht Vorrang beansprucht und als der EuGH letzteres an den europäischen Grundrechten effektiv misst, bleibt es bei der uneingeschränkten Geltung und Kontrolle der deutschen Grundrechte in den Bereichen, in denen das Unionsrecht gar nichts zwingend vorgibt.

Nach hier vertretener Auffassung ist hingegen eine grundrechtsfreundliche, weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh vorzugswürdig, wonach auch innerhalb unionsrechtlicher Spielräume die GRCh die Mitgliedstaaten binden kann. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Unionsrecht zur Ausfüllung solcher Spielräume grundsätzlich verpflichtet und nur

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 53.

²⁵ Kingreen, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 51 GRCh Rn. 12.

²⁶ BVerfGE 113, 273 (300) – Europäischer Haftbefehl einerseits und BVerfGE 118, 79 = BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05 andererseits.

deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlässt.²⁷ Im Rahmen solcher unionsrechtlich geprägter Spielräume kommt es zu einer Doppelbindung des nationalen Gesetzgebers an die deutschen und die europäischen Grundrechte.²⁸

Die vorliegende Entscheidung des BVerfG sagt hierüber nichts. Aber sie zieht prozessuale Konsequenzen, die einer solchen Doppelbindung gerecht werden: Durch die Pflicht zur Vorlage an den EuGH, die hier durch Art. 100 Abs. 1 GG begründet wird, bekommt der EuGH die Gelegenheit, gegebenenfalls auch die Grundrechte gegenüber dem Sekundärrecht durchzusetzen. Das gilt unabhängig davon, ob Spielräume bestehen oder nicht. Kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass Spielräume der Mitgliedstaaten verbleiben, kann das nationale Fachgericht und gegebenenfalls das BVerfG bei der Ausfüllung dieser Spielräume durch den Gesetzgeber wiederum die Grundrechte in Ansatz bringen. Sollte der EuGH Ausführungen zu den Grundrechten innerhalb verbleibender Spielräume gemacht haben, bleibt das deutsche Recht offen, die Konsequenzen zu ziehen.

4. Nichtausübung der Grundrechtskontrolle des BVerfG gegenüber zwingendem Unionsrecht

Auch und vor allem für die umgekehrte Konstellation gewährleistet die Entscheidung Verfahren wirksamer Grundrechtskontrolle. Vordergründig geht es zwar in Leitsatz 1 um Umsetzungsspielräume. Im Blick hat das BVerfG – insbesondere auch in dem entschiedenen Fall – Konstellationen, in denen solche Spielräume gerade nicht bestehen. Dann beansprucht das Unionsrecht seinen Vorrang vor nationalem Recht und das BVerfG nimmt seine Grundrechtskontrolle insoweit zurück. Die theoretische Bindung des deutschen Gesetzgebers an Art. 1 Abs. 3 GG auch insoweit wird praktisch allenfalls relevant, wenn es um einen ausbrechenden ultra vires-Akt des Unionsrechts oder die Verfassungsidentität geht oder der Europäische Grundrechtsschutz grundsätzlich versagt.²⁹ Hier muss gewährleistet werden, dass der EuGH verfahrensrechtlich die Möglichkeit hat, es soweit gar nicht kommen zu lassen. Für die Kontrolle dieser Maßstäbe überlässt das BVerfG dem EuGH freilich erhebliche Spielräume.

Die vorliegende Entscheidung des BVerfG ist ein weiterer Baustein dazu, einen Grundrechtsschutz durch den EuGH verfassungsrechtlich zwar nicht in der Sache, aber prozessual zu gewährleisten. Der prozessuale Hebel über Art. 100 Abs. 1 GG tritt neben den des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

²⁷ Z.B. BVerfGE 95, 173 (181) – Tabakwarnungen; E 113, 273 (292) – Europäischer Haftbefehl.

²⁸ Zu der umstrittenen Doppelbindung an deutsche und europäische Grundrechte *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 74, 86, 88. Wie hier: *Ehlers*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 51.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 46 mit Verweis auf BVerfGE 123, 267 (353 f.) einerseits sowie BVerfGE 73, 339 (387) andererseits.

5. Zum Verhältnis fachgerichtlicher Vorlagen an den EuGH bzw. an das BVerfG: Grundsatz der Wahlfreiheit und Ausnahme der Subsidiarität

Die Leitsätze der vorliegenden Entscheidung suggerieren einen Grundsatz der Subsidiarität von Richtervorlagen an das BVerfG gegenüber solchen an den EuGH. Denn nach dem Leitsatz 1 ist die Vorlage an das BVerfG „unzulässig, wenn das vorliegende Gericht nicht geklärt hat...“ und nach dem Leitsatz 2 muss das Fachgericht „hierfür gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren zum europäischen Gerichtshof“ einleiten. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass dieser Vorrang des „Wegs nach Luxemburg“ nur für die Konstellation gilt, in denen die unionsrechtliche Spielraumfrage zu klären ist. Diese Spielraumfrage ist nicht leicht zu beantworten. Ob das Sekundärrecht Umsetzungsspielräume belässt, ist auch im Zusammenspiel mit dem Primärrecht zu beantworten, also insbesondere mit den Grundfreiheiten und Grundrechten.³⁰ Nochmal: Es geht hier um eine besondere Konstellation des Grundrechtsschutzes und darum, dass einerseits der EuGH in den Grundrechtsschutz prozessual eingebunden wird und andererseits das BVerfG aus der Möglichkeit, diese Einbindung (und inhaltlich theoretisch auch den Letztvorbehalt) zu überprüfen, nicht ausgeschlossen wird.

Im Übrigen bleibt es dabei, dass die Fachgerichte eine Vorlage-Wahlfreiheit haben: Ist ein Fachgericht der Auffassung, dass eine entscheidungserhebliche Norm sowohl gegen das Unionsrecht als auch gegen das Verfassungsrecht verstößt, kann es diese entweder dem EuGH oder dem BVerfG vorlegen. Das Fachgericht kann dies je nach Zweckmäßigkeit entscheiden.³¹

Insgesamt gilt also ein Grundsatz der prozessualen Wahlfreiheit, der in bestimmten Konstellationen durch einen Grundsatz der Subsidiarität eingeschränkt wird.

6. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Einhaltung von Vorlagepflichten an den EuGH nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und nunmehr auch nach Art. 100 Abs. 1 GG

Die Entscheidung³² nimmt auch Bezug auf die inzwischen äußerst³³ umstrittene³⁴ Handhabung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das BVerfG. Wie schon ausgeführt, ist der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anerkannt.³⁵ Das führt dazu, dass die Verletzung der objektiven Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV in Deutschland mit der Verfassungsbeschwerde durchgesetzt

³⁰ Zutreffend *Cornils*, ZJS 2008, 69 (73).

³¹ BVerfGE 116, 202 (214); ausdrücklich bestätigt in BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 56.

³² BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 59.

³³ Sogar Willkür wird dem BVerfG vorgeworfen: *Fastenrath*, NJW 2009, 272; im Ergebnis ebenso kritisch *Roth*, NVwZ 2009, 345; maßvoller in der Kritik *Bäcker*, NJW 2011, 270; vgl. auch *Jäger*, EuGRZ 2005, 193 (196 f.).

³⁴ Dazu *Vofskuhle*, JZ 2001, 924; *Britz*, JA 2001, 573; *Füßer*, DVBl. 2001, 1574; *Kube*, JuS 2001, 858; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG III, 6. Aufl. 2010, Art. 101 Rn. 53, 58.

³⁵ BVerfGE 73, 339.

werden kann. Ob das im Ergebnis Erfolg hat, hängt allerdings von der Kontrolldichte des BVerfG ab. Nicht jede unionsrechtliche Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist automatisch auch eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Vielmehr prüft das BVerfG nur, ob das deutsche Fachgericht, seine Vorlagepflicht *willkürlich* verletzt. Das ist aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts konsequent, weil das BVerfG auch und gerade bei der Kontrolle der Prozessgrundrechte nicht zur Revisionsinstanz werden möchte. Das gilt auch in anderen Zusammenhängen, z.B. bei der Geltendmachung von Vorlagepflichten nach deutschem Recht oder bei Rügen des richterlichen Gehörs. Klar ist, dass etwa eine bewusste Missachtung der Vorlagepflicht willkürlich wäre. Besteht hingegen eine unklare Rechtslage, insbesondere wenn die Rechtsprechung des EuGH zu der unionsrechtlichen Frage unvollständig ist, ist zwischen den beiden *Senaten* des BVerfG inzwischen umstritten, worauf sich die Willkürkontrolle nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Bezug auf eine Verletzung des Art. 267 Abs. 3 AEUV bezieht.

Der *Erste Senat* sieht das inzwischen so: „Dabei kommt es für die Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 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 Abs. 3 AEUV.“³⁶

Der *Zweite Senat* verfolgt hingegen konsequent seine schon im Absatzfonds-Beschluss³⁷ eingeschlagene Linie: „Dies [Willkür bei der Verletzung des Art. 267 Abs. 3 AEUV] kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind. Zu verneinen ist in diesen Fällen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG deshalb bereits dann, wenn das Gericht die entscheidungserhebliche Frage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat.“³⁸

Also richtet der *Erste Senat* seine Vertretbarkeitskontrolle auf die Ablehnung der prozessualen Vorlagepflicht, während sich die Vertretbarkeitskontrolle nach dem *Zweiten Senat* auf die entscheidungserhebliche, materielle Frage selbst beziehen soll. Ob das im Ergebnis je relevant wird, hängt freilich wiederum von der Handhabung der jeweiligen Ansätze ab. Besonderes Augenmerk verdienen deshalb weiter gehende Tendenzen der Rechtsprechung des *Ersten Senats* in diesem Zusammenhang. Der *Erste Senat* fordert vor allem eine hinreichende Begründung der Fachgerichte dafür, warum sie eine unionsrechtliche Frage selbst beantwortet und nicht dem EuGH vorgelegt haben. Dabei wiederum soll die Rechtsprechung des EuGH zu den Ausnahmen einer Vorlagepflicht zu

berücksichtigen sein. Diese Rechtsprechung ist allerdings äußerst restriktiv: Nach der *Acte clair*-Doktrin des EuGH muss für eine Ausnahme von der Vorlagepflicht „die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig sein, daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt.“³⁹

Würde man diese Rechtsprechung des EuGH beim Wort nehmen, bleibt für einen Spielraum der deutschen Fachgerichte gerade kein Platz. Jedoch stellt der *Erste Senat*⁴⁰ hier abermals klar, dass sich der verfassungsrechtliche Kontrollmaßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG weiterhin grundsätzlich auf die „auch sonst nur in weiten Grenzen überprüfbare Handhabung des Prozessrechts durch die Gerichte“ beschränkt. Also bleibe es bei der Willkür- und Vertretbarkeitskontrolle, die nur „eine unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV“ erfasst. Die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH führt also nicht zur Übernahme der Maßstäbe. Aus der Anforderung einer Offenkundigkeit durch den EuGH wird eine Kontrolle der Vertretbarkeit der Offenkundigkeit, die ihrerseits Spielräume impliziert. Während der EuGH jeglichen Spielraum der nationalen Gerichte negiert, postulieren beide *Senate* des BVerfG Auslegungsspielräume der Fachgerichte als „notwendig“⁴¹. Dahinter verbirgt sich die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, mit denen sich eine strenge Präjudizienbindung der deutschen Gerichte nicht verträgt. Das hat das BVerfG auch gegenüber Judikaten des EGMR klargestellt: „Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische ‚Vollstreckung‘ können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.“⁴² Diese „weiche“ Integration⁴³ der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR bewahrt die Eigenständigkeit des nationalen Verfassungsrechts. Diese wiederum ist die Grundlage für das „Kooperationsverhältnis“⁴⁴ zwischen dem BVerfG, dem EuGH und auch dem EGMR.

Dabei ist allerdings klarzustellen, dass damit nicht der Vorrang des Unionsrechts in Frage gestellt wird, der sich – in den Grenzen der Letztvorbehalte – gegebenenfalls auch „hart“ gegenüber dem deutschen Verfassungsrecht durchsetzen kann. Dieser Vorrang beschränkt sich aber auf das, was das Unionsrecht zwingend gebietet. In der vorliegenden Konstellation kennt das Unionsrecht selbst kein praktisch wirksames Verfahren zur Durchsetzung des Art. 267 Abs. 3 AEUV und gebietet auch nicht, dass die Mitgliedstaaten ihrerseits eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Einhal-

³⁶ So zunächst die 3. Kammer des *Ersten Senats*: BVerfG, Beschl. v. 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, Abs.-Nr. 20; wiederholt bestätigt durch den *Senat*: BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, Abs.-Nr. 104; BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09, Abs.-Nr. 98.

³⁷ BVerfGE 82, 159 (194 ff.).

³⁸ BVerfGE 126, 286 (317).

³⁹ EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – C-283/81 = Slg. 1982, 3415, Rn. 16 – C.I.L.F.I.T.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 59.

⁴¹ Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09, Abs.-Nr. 98 unter Berufung auf BVerfGE 82, 159 (195 f.); BVerfGE 126, 286 (316 f.).

⁴² BVerfGE 111, 307 (Leitsatz 1).

⁴³ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 116, 127; *Michael*, NJW 2010, 3537.

⁴⁴ BVerfGE 89, 155, 175 – Maastricht.

tung des Art. 267 Abs. 3 AEUV praktizieren.⁴⁵ Danach war bereits die Anerkennung des EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine „unionsrechtskonforme“ Mindestanforderung, sondern ein „unionsrechtsfreundlicher“ Mehrwert des deutschen Verfassungsrechts. Hinter dieser Anerkennung stecken verfassungsrechtliche Gründe und auch die Reichweite und Konsequenzen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bleiben an verfassungsrechtlichen Maßstäben ausgerichtet.

Das schließt nicht aus, dass aus verfassungsrechtlichen Erwägungen auch eine Verschärfung der Kontrolle der Vorlagepflichten an den EuGH folgen kann. Das führt wieder zum Kern der Entscheidung. Diese bezieht sich auf Konstellationen, in denen nicht unbedingt auch unionsrechtlich eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht, sondern setzt nur voraus, dass ein Gericht vorlageberechtigt nach Art. 267 Abs. 2 AEUV ist. Soweit zugleich eine unionsrechtliche Pflicht zur Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht, bleibt es dabei, dass das BVerfG eine Verletzung dieser Pflicht am Willkürmaßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG überprüfen könnte. Unabhängig davon ist aber das Fachgericht gegebenenfalls nach Art. 100 Abs. 1 GG rein verfassungsrechtlich verpflichtet, dem EuGH vorzulegen. Das gilt für unionsrechtlich vorlageverpflichtete und vorlageberechtigte Gerichte gleichermaßen. Diese verfassungsrechtliche Vorlagepflicht ist zwar nicht mit der Verfassungsbeschwerde einklagbar, weil Art. 100 Abs. 1 GG eine objektive Pflicht der Gerichte begründet, die aber kein subjektives Recht der Parteien des Rechtsstreits begründet.

Allerdings prüft das BVerfG die Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG im Rahmen der Zulässigkeit einer konkreten Normenkontrolle an strengen Maßstäben, die ihrerseits nicht auf eine Willkürkontrolle beschränkt sind.⁴⁶ Das wird damit begründet, dass die „Frage der Ausübung der eigenen Gerichtsbarkeit [...] in der Hand des Bundesverfassungsgerichts verbleiben“⁴⁷ müsse. Dem ist zuzustimmen. Damit begründet die Entscheidung eine doppelte Ausnahme: Erstens ist eine Vorlage an den EuGH – anders als im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG – ausnahmsweise streng zu kontrollieren.⁴⁸ Zweitens wird die Frage der Entscheidungserheblichkeit, für die die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts normalerweise maßgebend ist, hier⁴⁹ vom BVerfG selbst und streng überprüft.

IV. Fazit und Ausblick: Konsequenzen für eine denkbare Verfassungsbeschwerde – partielle Verschärfung der Kontrolldichte auch bei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Es bleibt die Frage, wie das BVerfG denselben Fall entscheiden hätte, wenn das Fachgericht weder die unionsrechtliche Frage nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorgelegt hätte, noch

die verfassungsrechtliche Frage nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG. Hätte das Fachgericht die grundrechtlichen Bedenken gegen die rückwirkende Änderung des deutschen Investitionszulagengesetzes aus materiellen Gründen zurückgewiesen, wäre eine Verfassungsbeschwerde denkbar gewesen. Dazu wäre der Rechtsweg zu erschöpfen gewesen. Für das letztinstanzliche Gericht hätte sich auch die Frage einer obligatorischen Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV gestellt.

Die Verfassungsbeschwerde hätte dann also sowohl auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als auch auf die materiellen Grundrechte, also auf Art. 12, Art. 14 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG⁵⁰ gestützt werden können. Nach der bisherigen Rechtsprechung würde das BVerfG seine Kontrolle des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf einen Willkürmaßstab begrenzen. Angenommen, das Fachgericht würde seine Nichtvorlage an den EuGH in noch vertretbarer Weise begründen, bliebe dem BVerfG nur die Möglichkeit, selbst dem EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorzulegen. Denn die unionsrechtliche Frage des verbleibenden Spielraums ist ja Vorfrage für die Überprüfbarkeit des deutschen Gesetzes am Maßstab der deutschen Grundrechte. Eine solche Vorlage wäre denkbar und nach Unionsrecht zulässig. Dieser Weg würde aber dem Grundsatz der Subsidiarität zuwider laufen, den das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung betont. Danach ist es eben primär Aufgabe der Fachgerichte, die Spielräume des Unionsrechts auszuleuchten und gegebenenfalls den EuGH anzurufen. Es würde eine echte Lücke im Grundrechtsschutz entstehen, würde das BVerfG zulasten eines Beschwerdeführers aus diesem Grunde eine entsprechende Verfassungsbeschwerde für unbegründet oder gar wegen der Subsidiarität für unzulässig halten. Wenn der EuGH die Lücke vollständig füllen können soll, die die Solange II-Rechtsprechung im deutschen Grundrechtsschutz aufbaut, dann darf sich das BVerfG bei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in dieser Konstellation nicht auf einen Willkürmaßstab beschränken. Das gilt freilich nur, wenn eine Vorlage an den EuGH zum Schutz der Grundrechte zwingend erscheint.

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf

⁴⁵ BVerfGE 126, 286 (316) unter Berufung auf *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (635).

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 59.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 58.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 59.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, Abs.-Nr. 57 f.

⁵⁰ So für die unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung: BVerfGE 72, 200 (254).