

weise, wenn nicht gar überwiegend durch die Leistungen aus der Staatskasse zu finanzieren. Eine solche Auslegung

ergibt keinen Sinn, sondern ist im wahrsten Sinne des Wortes „Unsinn“.

ZUR RECHTSPRECHUNG

Prof. Dr. Peter Hilpold*

Stärkung der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte

I. Einleitung

[1] Am 6.10.2021 hat der *EuGH*¹ ein Urteil erlassen, das mit Spannung erwartet worden ist, und zwar weniger in Bezug auf den nicht wirklich spektakulären Ausgangsrechtsstreit als aufgrund der prozessrechtlichen Ausführungen von Generalanwalt *Bobek* in seinen Schlussanträgen vom 15.4.2021.² *Bobek* hat dabei mit seinen Überlegungen und Vorschlägen nicht weniger als eine Revolution bei der Auslegung und Anwendung der Vorlagepflicht gemäß Art. 267 AEUV in die Wege zu leiten versucht. Mit der Annahme dieser Position durch den *EuGH* wäre nicht nur die berühmte C.I.L.F.I.T.-Rechtsprechung, die zu Beginn der 1980er Jahre die Ausübung und die Grenzen der Vorlagepflicht zu regeln versuchte, zu Grabe getragen worden, sondern es wäre damit eine Schwerpunktverlagerung des Rechtsschutzsystems der EU erfolgt, deren Konsequenzen kaum überschaubar wären. Erste Kurzstellungnahmen zu den genannten Schlussanträgen von Generalanwalt *Bobek* auf den immer zahlreicher werdenden juristischen Blogs³ ließen erste Alarmglocken schrillen. Die ganze Dimension der damit – insbesondere aus der Perspektive des Individualrechtsschutzes in der EU – verbundenen Gefahren war in der Literatur, wohl auch aufgrund der kurzen Zeit zwischen der Veröffentlichung der Schlussanträge und jener des Urteils – noch nicht erfasst und kommentiert worden.

[2] Das Urteil hat diese Gefahr abgewendet und – wie es auf den ersten Blick scheint – die C.I.L.F.I.T.-Rechtsprechung bestätigt, wobei nur geringfügige Nuancen geändert worden sind. Tatsächlich könnte in diesem Urteil aber noch weit mehr stecken als eine bloße Bestätigung der bewährten Rechtsprechung, die erste Kommentare zu dieser Entscheidung wahrnahmen.⁴ Der Individualrechtsschutz wurde damit vielmehr entscheidend gestärkt, nicht nur in Bezug auf das Vorlageverfahren, sondern auch in Bezug auf mögliche Staatshaftungsklagen. Insgesamt wurde dadurch die Bedeutung des EU-Rechtsschutzsystems nicht nur für die Wahrung der Einheit der EU-Rechtsordnung bestätigt, sondern auch in seiner Funktion als Rechtsschutzinstrument für den Einzelnen. Die hier – wiederum – zutage getretenen widerstreitenden Positionen verdienen auf jeden Fall eine nähere Betrachtung auch in Hinblick auf die aktuell vorgetragenen Forderungen und laufenden Bemühungen, das EU-Rechtsschutzsystem generell zur Stärkung des Rechtsschutzes des Einzelnen zu reformieren.

II. Die Schlussanträge von Generalanwalt Bobek vom 15.4.2021

1. Ausgangsüberlegungen

[3] Die Schlussanträge von Generalanwalt *Bobek* in der Rs. C-561/19 sind durchaus ein literarischer Lesegenuss – voller Pointen, aber auch Zuspitzungen.⁵

[4] Für Generalanwalt *Bobek* ist das Vorlageverfahren bzw. die konkrete Auslegung der in Art. 267 III geregelten Vorlagepflicht höchstinstanzlicher Gerichte dringend reformbedürftig. Die Ausnahmen von dieser Vorlagepflicht sind für den Generalanwalt „schlafende Hunde“, die nach allgemeinem Dafürhalten nicht geweckt werden dürften, da – wenn einmal geweckt – niemand wisse, wen sie beißen könnten.⁶ Nun aber sei die Zeit dafür gekommen – im Interesse der Rechtssicherheit und auch weil das Rechtsschutzsystem der EU überlastet sei. In der Substanz plädiert Generalanwalt *Bobek* also für eine Ausweitung der Ausnahmen von der Vorlagepflicht gemäß den 1982 vom *EuGH*

* Der Autor ist Professor für Völkerrecht, Europarecht und Vergleichendes Öffentliches Recht an der Universität Innsbruck. – Besprechung von *EuGH* Urte. v. 6.10.2021 – C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 = NJW 2021, 3303 (unter Nr. 1 in diesem Heft) – Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi und Catania Multiservizi.

1 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:799 = NJW 2021, 3303.

2 GA *Bobek* Schlussanträge v. 15.4.2021, ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014.

3 Siehe EULawLive v. 15.4.2021, <https://eulawlive.com/ag-bobek-advices-court-of-justice-to-revisit-its-cilfit-case-law-on-the-duty-to-make-references-for-preliminary-rulings/> und *Guastaferrro*, CILFIT „l'immobile Titano“: la proposta dell'Avvocato generale Bobek di rivisitare le eccezioni all'obbligo di rinvio pregiudiziale, v. 30.6.2021, abrufbar unter <https://www.eublog.eu> (ital.).

4 Vgl. *Claassen*, The National Courts' Obligation to Refer Preliminary Questions to the CJEU after Consorzio Italian Management, auf: Verfassungsblog v. 12.10.2021, <https://verfassungsblog.de/in-the-courts-the-cjeu-does-not-trust/> sowie *Krommendijk*, Celebrating CILFIT while changing course, albeit slightly and subtly, EULawLive v. 7.10.2021, <https://eulawlive.com/op-ed-celebrating-cilfit-while-changing-course-albeit-slightly-and-subtly-by-jasper-krommendijk/>.

5 Während einige Generalanwälte am *EuGH* in ihren Ausführungen stets sehr technisch-nüchtern bleiben, haben andere geradezu eine eigene Literaturgattung begründet. S. dazu unerreicht *Ruiz-Jarabo Colomer*. Darauf bezugnehmend *Hilpold* in *Roth/Hilpold*, Der *EuGH* und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, 2008, 11–53.

6 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 2 und 174 ff.

entwickelten C. I. L. F. I. T.-Kriterien bzw. für ihre Aufgabe zugunsten weit breiter definierter Ausnahmen.

[5] Während Art. 267 III AEUV die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte unbedingt formuliert, hat der *EuGH* im erwähnten C. I. L. F. I. T.-Urteil Ausnahmen für folgende (sich auf die Auslegung, nicht auf die Gültigkeit des EU-Recht beziehenden) Fälle zugelassen:

[6] Wenn eine vor dem nationalen Gericht aufgeworfene Frage nicht entscheidungserheblich ist („*acte clair*“);

[7] Wenn die betreffende Vorschrift des Unionsrechts bereits Gegenstand einer Auslegung durch den *EuGH* war („*acte éclairé*“) oder

[8] die richtige Auslegung des Unionsrechts (auch im EU-weiten Vergleich der nationalen Rechtsprechung) derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt.

[9] Für Generalanwalt *Bobek* ist die C. I. L. F. I. T.-Rechtsprechung ein „unbeweglicher Titan eines längst vergangenen Zeitalters“⁷ und sollte somit überwunden werden. Nun ist es durchaus denkbar, dass eine vor 40 Jahren geschaffene prätorische Rechtsprechung nicht mehr den aktuellen Bedürfnissen genügt, sondern neuen Ansätzen Platz machen sollte. Bei näherer Betrachtung gelingt es Generalanwalt *Bobek* aber nicht, einen überzeugenden Beleg für diese behauptete Änderung der Umstände zu liefern. So behauptet er, dass „das System gereift“ sei und ein „ursprünglich als Verfahren einer Partnerschaft und justiziellen Zusammenarbeit unter Gleichen verstandenes Verfahren“ sich „schrittweise und wohl auch unausweichlich zu einem solchen entwickelt [habe], das stärker das Aufstellen von Leitentscheidungen im Sinne einer systematischen Einheitlichkeit in den Vordergrund“ rücke.⁸ Ob dies tatsächlich so ist, dafür bleibt der Generalanwalt jeden Beweis schuldig. Vielmehr drängt sich hier der Verdacht auf, dass eine subjektive Ausgangsprämisse gewählt worden ist, die einen Syllogismus hin zu einer ebenso subjektiv gewünschten Reform des EU-Justizsystems schaffen soll.

[10] Wenn der Generalanwalt schreibt, nunmehr seien die nationalen Gerichte mit dem Unionsrecht im Allgemeinen und mit dem Vorabentscheidungsverfahren im Besonderen viel besser vertraut⁹ (als früher), so stellt sich nicht nur die Frage, an welchem empirischen Maßstab dies gemessen werden sollte. Viel grundsätzlicher noch wäre dies als Beleg dafür zu sehen, dass sich der C. I. L. F. I. T.-Ansatz bewährt hat und fortgeführt werden sollte. Denn dann wäre davon auszugehen, dass auf immer breitere Teile des Unionsrechts der „*acte clair*“- bzw. der „*acte éclairé*“-Ansatz anwendbare wäre, sohin die Notwendigkeit einer Vorlage entfallen und damit auch keine unzumutbare Belastung des *EuGH* (soweit dies der eigentliche Grund für den angestrebten Paradigmenwechsel sein sollte, was aber, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, anzuzweifeln ist) eintreten sollte. Tatsächlich zeigen aber die anhaltenden Anregungen zur Vorlage den fortbestehenden Klärungsbedarf in Bezug auf eine verbindliche Auslegung des Unionsrechts, um diesem unionsweit zu praktischer und einheitlicher Wirksamkeit zu verhelfen. Ebenso zeigt die fortbestehende Zurückhaltung der nationalen Gerichte, Vorlageanträgen nachzukommen, dass dieser „Transmissionsriemen“ nach wie vor nur eingeschränkt funktioniert und dass der 1982 vom *EuGH* eingeführte Selektionsmechanismus keineswegs zu schwach wirkt, sondern eher eine zu starke Barriere im Kommunikationsprozess zwischen der nationalen und der EU-Gerichtsbarkeit schafft.

[11] Interessanterweise ist das Argument der angeblich unzumutbaren Belastung des *EuGH* durch Vorlageanträge nicht neu, sondern über Jahrzehnte hin als ständiger Wegbegleiter jeder Diskussion rund um eine mögliche Reform des Vorabentscheidungsverfahrens anzutreffen.¹⁰ Der *EuGH* hat aber ganz offensichtlich dieser Herausforderung sehr gut entsprochen, ohne dass es nötig gewesen wäre, auf *EuGH*-Ebene einen entsprechenden Filter zu schaffen.

2. Vorabentscheidungsverfahren – bloße Suche nach „Leitentscheidungen“

[12] Generalanwalt *Bobek* verlangte in seinen Schlussanträgen eine Neuausrichtung der Vorlagepflicht auf eine „Makro“- (oder öffentliche) Funktion,¹¹ es gehe um die „einheitliche Auslegung“, nicht um die „richtige Anwendung“ des Unionsrechts,¹² nicht um die subjektiven Zweifel bei der Anwendung des Unionsrechts im Einzelfall, sondern um Abweichungen in der Rechtsprechung in einem Mitgliedstaat bzw. in der Union insgesamt.¹³

[13] Insgesamt würde der *EuGH* mit einem solchen Ansatz nur mehr breitere Direktiven für die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten vorgeben, bei größeren Abweichungen steuernd eingreifen und Einzelabweichungen, ja auch die evidenten Verletzung von Unionsrecht durch Mitgliedstaaten in Einzelfällen (achselzuckend) hinnehmen.

[14] Generalanwalt *Bobek* ist bemüht darzulegen, dass diese neue, von ihm vorgeschlagene Weichenstellung nicht als (rechts)politische Wertentscheidung erscheint, sondern als logische Konsequenz der vom *EuGH* selbst getroffenen Festlegungen, wenn er das Wesen der Vorlagepflicht – bezugnehmend auf das Urteil *Hoffman-Laroche* – ausschließlich darin identifiziert, „die einheitliche Auslegung der Rechtsprechung überall in der Union zu gewährleisten“.¹⁴

[15] Damit verschweigt Generalanwalt *Bobek* aber einen ganz wesentlichen Aspekt der Vorlagepflicht, der gleichsam die „zweite Seite“ dieser Pflicht darstellt, nämlich die Funktion des Individualrechtsschutzes. Es ist unbestritten, dass das Vorlageverfahren nicht nur der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten dient, sondern unmittelbar auch dem Individualrechtsschutz,¹⁵ was im Übrigen auch nahezu durchgängig der Judikatur des *EuGH* zu entnehmen ist. Dieser Individualrechtsschutz ist im Rechtssystem der Union ungenügend ausgeprägt und bspw. auch gegenwärtig Thema von Diskussionen zur Reform der EU-Verträge.¹⁶

7 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 123.

8 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 124.

9 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 127.

10 Vgl. nur *Hess* RabelsZ 2002, 470-502 (471).

11 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 176.

12 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 132.

13 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 132.

14 GA *Bobek* ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 129.

15 Vgl. *Karpenstein* in *Leible/Terhechte*, Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2020, Rn 6; *Hess* RabelsZ 2002, 472; v. *Danwitz* NJW 1993, S. 1108-1115 (1110f. unter Verweis auf die Ausführungen von GA *Roemer* Schlussanträge v. 16.12.1963 ECLI:EU:C:1963:62 Rn. 37, 47■ – Internationale Crediet- en Handelsvereniging Rotterdam u.a./Minister van Landbouw en Visserij) sowie *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2020, Rn 560 (die darauf hinweisen, dass das neue Eilverfahren einen besonders ausgeprägten Individualrechtsschutzcharakter aufweist).

16 So, in eher literarischer Form, in dem 2021 von *Ferdinand von Schirach*

[16] Zu beachten ist, dass bei internationalen Gerichten ähnliche Tendenzen weg von einer subjektiv fokussierten Einzelfallrechtsprechung hin zu einer „objektiven“ Gesamtsteuerungsorientierung selbst in einem Bereich festzustellen ist, der von der Sachaufgabe ganz zentral dem Individualrechtsschutz gewidmet ist, nämlich jenem des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. So kann nicht nur die geringe Zulässigkeitsrate von ca. 5 % als Ausdruck einer solchen Schwerpunktsetzung gesehen werden;¹⁷ auch das am 1. August 2021 in Kraft getretene 15. Zusatzprotokoll, das in der Präambel der EMRK das Subsidiaritätsprinzip sowie den nationalen Ermessensspielraum („margin of appreciation“) verankert hat, verstärkt diese Tendenz in Richtung hin zu einer Prinzipienrechtsprechung sowie der objektiven Wahrung der Rechtsstaatlichkeit.¹⁸ In Bezug auf das System der EMRK kann diese Tendenz in der Arbeitsüberlastung und der damit verbundenen Notwendigkeit einer Konzentration auf Schwerpunkte den Versuch einer Rechtfertigung finden (wenngleich auch hier eine „first-best“-Lösung in der Bereitstellung der notwendigen Ressourcenausstattung bestünde); für das Rechtssystem der Union gilt diese Rechtfertigung jedoch – wie gezeigt – nicht.

[17] Die Umsetzung der von Generalanwalt Bobek vorgeschlagenen Reformen hätte damit primär als Versuch interpretiert werden können, den Charakter des EuGH als „europäisches Verfassungsgericht“ zu stärken, und zwar in dem Sinne, dass dieses Gericht Leitentscheidungen in Form einer „Makrosteuerung“ vorgeben sollte, die dann die „Mikrosteuerung“ den nationalen Gerichtssystemen überlassen hätte. Eine solche radikale Richtungsänderung hätte aber nicht nur, wie aufgezeigt, das individualrechtliche Rechtsschutzdefizit im europäischen Grundrechtsschutz weiter verschärft, ohne dass ersichtlich wäre, welche Instanz diese Lücke kurzfristig schließen sollte, sondern eine solche Reform wäre auch – selbst bei besten Intentionen – kaum umsetzbar gewesen.

[18] Insbesondere der Vorschlag von Generalanwalt Bobek, zwischen Auslegung und Anwendung von Unionsrecht zu differenzieren und allein Auslegungsfragen im engeren Sinne in Vorabentscheidungsfragen zuzulassen, ist kaum praktikabel.¹⁹ Die konkrete Gestalt einer Rechtsfrage äußert sich häufig erst im Anwendungskontext einer Norm; die gesamte Vorabentscheidungspraxis ist geprägt von Entscheidungen, die nur über den Hintergrund des nationalen Anwendungsrahmens verständlich werden.²⁰ Eine strikte Trennung von Anwendung und Auslegung wäre damit – wenn überhaupt – nur zu dem Preis der Beschränkung der Vorlage auf völlig abstrakte Fragen möglich. Damit würde aber das Vorlageverfahren nicht nur in seiner Natur völlig umgestaltet, sondern in konkreten Streitfällen weitgehend nutzlos werden.

III. Die Entscheidung des EuGH vom 6.10.2021

[19] Wie gezeigt, hält der EuGH an der C.I.L.F.I.T.-Rechtsprechung fest, wobei er marginale Zugeständnisse macht, die kaum praktische Relevanz entfalten dürften. So entfällt nun explizit die (ohne nicht umsetzbare, von vornherein illusorische) Notwendigkeit, Auslegungszweifel vorab über einen Vergleich aller 24 Sprachfassungen des Unionsrechts zu prüfen, sondern der EuGH richtet nun die primäre Aufmerksamkeit auf die Unterschiede zwischen den dem

nationalen Gericht bekannten Sprachfassungen der betreffenden Vorschrift, „insbesondere wenn diese Abweichungen von den Parteien vorgetragen werden und erwiesen werden.“²¹

[20] Damit schränkt der EuGH allerdings weniger die praktische Anwendung der C.I.L.F.I.T.-Regelung ein, sondern verhindert allein, dass diese Regel durch einen Verweis auf ein abstraktes Schulbeispiel als Grenzfall ad absurdum geführt wird.²²

[21] Dennoch könnte dieses Urteil eine große Tragweite entfalten, und zwar auch außerhalb der eigentlichen Vorabentscheidungsthematik i. e. S.

[22] Der EuGH verlangt nämlich – in diesem Punkt den Schlussanträgen des Generalanwalts folgend²³ eine detaillierte Begründung, weshalb das jeweilige nationale Gericht das Vorliegen einer Ausnahme von der grundsätzlichen Vorlagepflicht als gegeben erachtet.²⁴

[23] In diesem Zusammenhang verweist der EuGH erstmals auf Art. 47 II GRCh Diese Vorgabe kann nun als wichtiger Beitrag zur überlegten, transparenten Entscheidungsfindung und auch als individualrechtsschützende Vorgabe interpretiert werden, die unmittelbar auch die Funktionsfähigkeit des Vorlagemechanismus stärken soll. Tatsächlich reicht dieses neu eingeführte Element aber weit über diesen Kontext hinaus und führt zu einem weiteren prätorisch geschaffenen Rechtsschutzinstrument, das bislang nur unzureichende Wirkung entfalten konnte, zur Staatshaftungsklage im Falle judiziellen Unrechts gemäß der Köbler-Rechtsprechung.²⁵ Das Rechtssystem der EU war bislang aus individualschutzrechtlicher Sicht auch deshalb unbefriedi-

vorgelegten Reformkatalog „Jeder Mensch – Für neue Grundrechte in Europa“ (der in Art. 6 seines Katalogs eine direkte Grundrechtsklage fordert) sowie im Rahmen der gegenwärtig ablaufenden „Konferenz über die Zukunft Europas“ (in Hinblick auf eine möglicherweise anschließende Vertragsrevision), <https://www.jeder-mensch.eu/informationen/>

17 S. dazu Hilpold, Europas Menschenrechte werden 70 – und werfen Licht und Schatten, Wiener Zeitung v. 21.8.2020, 11; Web, Ein Geniestreich mit immer schwächerer Rechtsdurchsetzung, Wiener Zeitung v. 4.9.2020, 11 und Hollaender, Gute Ziele – mangelhafte Durchsetzung, Wiener Zeitung v. 11.9.2020, 13. Vgl. dazu auch die Ausführungen in St. Greer Europe, in Moeckli et al. International Human Rights Law 3 (2018) 441–464 (447 ff.).

18 Vgl. dazu auch jüngst Madsen European Convention of Human Rights Law 2 (2021) 180–208.

19 Wie GA Bobek selbst andeutet (er verwendet das von GA Wahl zuvor ins Spiel gebrachte Bild der Suche nach dem „Einhorn“), könnte ein solcher Versuch die Gefahr heraufbeschwören, die „C.I.L.F.I.T.-Illusion“ (dass es einen „acte clair“ gibt) durch die „Trennungs-Illusion“ (dass Auslegung und Anwendung klar unterscheidbar sind) zu ersetzen. S. GA Bobek ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 149.

20 So auch Krommendijk, EULawLive v. 7.10.2021, 4 (s. Fn. 4), der ebenfalls darauf verweist, dass der EuGH in diesem Zusammenhang stark variierende Schwerpunkte gesetzt hat.

21 EuGH ECLI:EU:C:2021:799 = NJW 2021, 3303 Rn 43 u 44. In Rn 48 hebt der EuGH zudem hervor, dass die bloße Möglichkeit unterschiedlicher Auslegungen, ohne dass diese dem Gericht insbesondere im Hinblick auf den Zusammenhang und die Ziele der Vorschrift sowie der zugehörigen Regelung plausibel erscheint, noch keinen hinreichend begründeten Auslegungszweifel darstellt.

22 So im Wesentlichen auch Krommendijk, EULawLive v. 7.10.2021, 4 (s. Fn. 4), der in diesen Ausführungen im Wesentlichen einen Appell des EuGH zu einer bona-fides-Interpretation der Vorlagenpflicht samt ihren durch den EuGH entwickelten Ausnahmen sieht.

23 Siehe GA Bobek ECLI:EU:C:2021:291 = BeckRS 2021, 8014 Rn 166 ff.

24 EuGH ECLI:EU:C:2021:799 = NJW 2021, 3303 Rn 51.

25 Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2003:513 = NJW 2003, 3539 – Köbler.

gend, da die Verletzung der Vorlageverpflichtung letztinstanzlicher Gerichte nur unzureichend sanktioniert worden ist. So kennen einige, aber nicht alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nationale Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Nichtvorlage, die aber häufig an sehr hohe Hürden geknüpft sind.²⁶ Mit einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich hat die Europäische Kommission im Jahr 2017 einen mutigen Schritt gegen die Verletzung der Vorlagepflicht durch Mitgliedstaaten gesetzt und im darauffolgenden Jahr vom *EuGH* mit Urteil vom 4.10.2018 Recht erhalten.²⁷ In wie weit dieses Urteil nachhaltige Wirkungen zeitigen wird, ist allerdings noch offen. Am ehesten ist darin wohl ein Appell zu sehen, die Vorlagepflicht ernst zu nehmen. Dass die Europäische Kommission in Zukunft verstärkt in diesem Zusammenhang individualrechtsschützend tätig wird, ist nicht zu erwarten. Gerade für die Europäische Kommission gelten nämlich hinsichtlich ihrer Aufsichtsfunktion jene Grundsätze, die hier versucht worden sind, (systemwidrig) auch auf das Vorabentscheidungsverfahren generell zu übertragen: So kann sich der Bürger zwar mit Beschwerden an dieses EU-Organ wenden, wenn er sich durch EU-rechtswidrige Maßnahmen der Mitgliedstaaten in seinen Individualrechten verletzt sieht. Die Wahrscheinlichkeit aber, dass die Europäische Kommission auf dieser Grundlage tätig wird, ist äußerst gering, denn diese sieht sich eben nur in einer generellen Steuerungsrolle und wird ihr Tätigwerden von einer Vielzahl – auch politischen Erwägungen – abhängig machen, ohne dass eine „Untätigkeit“ in irgendeiner Form rechtlich beanstandet werden könnte.²⁸

[24] Die Verletzung der Vorlagepflicht durch die nationalen Gerichte wird dann in qualifizierter Form rechtlich relevant, wenn gleichzeitig auch die Begründungspflicht verletzt wird. In diesem Zusammenhang könnte der Einzelne Beschwerde beim *EGMR* einbringen, und zwar wegen Verletzung des gesetzlichen Richters gem. Art. 6 EMRK. Der *EGMR* hat entsprechende Verletzungen wiederholt beanstandet.²⁹ Die oben erwähnte, äußerst geringe Zulässigkeitsrate von *EGMR*-Beschwerden hat aber zur Folge, dass die Bedeutung dieses Rechtsschutzinstruments stark relativiert wird.

[25] Vom System des EU-Rechts her muss das zentrale Rechtsschutzinstrument bei Verletzung der Vorlagepflicht durch mitgliedstaatliche Gerichte die Staatshaftungsklage wegen judiziellen Unrechts sein. Diese kann allerdings nicht mit der Verletzung von Art. 6 EMRK begründet werden, da diese Norm außerhalb des EU-Rechtssystems liegt. Die hier relevante, zentrale Bestimmung ist Art. 47 GRCh. Bis zum vorliegenden Streitfall hat sich der *EuGH* dazu jedoch noch nie geäußert. In der Literatur wurde wiederholt und auch jüngst wieder betont, dass die Herstellung dieses Zusammenhangs zwischen Art. 47 GRCh und einem Staatshaftungsanspruch bei Verletzung der Begründungspflicht den entscheidenden Quantensprung darstellen muss, um der Köbler-Rechtsprechung an einem zentralen Punkt zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen.³⁰ Dies ist mit dem hier besprochenen *EuGH*-Urteil geschehen: Wenngleich diese Entscheidung nicht unmittelbar im Kontext der Staatshaftungsklage ergangen ist, so schafft sie für diese Klage eine entscheidende Basis, um entsprechenden Verfahren vor nationalen Gerichten zum Durchbruch zu verhelfen.³¹

[26] So liegt der wesentliche Wert des Urteils weniger in der (weitgehenden) Bestätigung der C. I. L. F. I. T.-Rechtspre-

chung (diese war zu erwarten gewesen) als in der Einführung einer Begründungspflicht im Falle der Nichtvorlage. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass diese Begründung eine ordnungsgemäße sein muss und allen Kriterien gerecht werden muss, die Rechtsprechung und Judikatur in diesem Zusammenhang ausgearbeitet haben.³²

[27] Diese Begründungspflicht wird damit – anders als die Befürworter einer Einschränkung oder Aufgabe der C. I. L. F. I. T.-Rechtsprechung befürchten mögen – keineswegs zu einem erhöhten Fallaufkommen vor dem *EuGH* oder zu mehr Staatshaftungsklagen führen, sondern es ist sogar das Gegenteil zu erwarten: Die Begründungspflicht zwingt die nationalen Gerichte zu einer intensivierten Auseinandersetzung mit dem immer wichtiger werden EU-rechtlichen Kontext und kann damit in einer Vielzahl an Fällen die nationalen Gerichte dazu bewegen, unmittelbar anwendbares EU-Recht auch unmittelbar anzuwenden.³³ In der Folge wird damit auch der Bedarf an Staatshaftungsklagen wegen judiziellen Unrechts zum Wegfall gebracht. Damit bewahrheitet sich erneut, was in der Literatur schon vor geraumer Zeit sehr anschaulich formuliert worden ist: Die hartnäckige Verteidigung nationaler Rechtsprechungsansätze am EU-Recht vorbei mag menschlich verständlich bzw. erklärbar sein. Sie stellt aber letztlich einen Bärendienst für die jeweilige nationale Gerichtsbarkeit selbst dar,³⁴ denn diese kann sich dem Wirken des EU-Rechts ohnehin nicht auf Dauer widersetzen. Das Urteil bringt zum Ausdruck,

26 So in Deutschland die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 101 I 2 GG, die aber Willkür voraussetzt, dh die Verletzung muss „in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt worden [sein]. Vgl. *Karpenstein in Leible/Terhechte*, Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 3, 254, unter Verweis auf zuletzt *BVerfG* NJW 2010, 3422.

27 *EuGH* ECLI:EU:C:2018:811 = *EuZW* 2018, 1038 – Kommission/Frankreich.

28 Vgl. dazu im Detail Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_de.

29 So hat der *EGMR* erst kürzlich im Fall *Baydar/NL* Urt. v. 24.4.2018 erneut (s. zuvor bspw. *EGMR* Urt. v. 21.7.2015 – *Schipani/I*) festgestellt, dass die Ablehnung eines Vorlageersuchens ohne angemessene Begründung durch das nationale Gericht einen Verstoß gegen Art. 6 darstellt.

30 Vgl. dazu kürzlich *Varga*, *The Effectiveness of the Köbler Liability in National Courts*, 2020.

31 Das Urteil liest sich damit in seinem zentralen Teil als Umsetzung der abschließenden Forderung im vorgenannten Werk, die folgendermaßen lautet: „[...] it seems appropriate that the ECJ consider also the requirements from the ECHR when interpreting the duty to refer a preliminary ruling request to the ECJ. That means, that, at the very least, the national judicial decisions rejecting a request of one of the parties to submit a referral to the ECJ must state adequate reasons for this decision. This is a requirement resulting directly from EU law.“ *Varga*, *The Effectiveness of the Köbler Liability in National Courts*, 218.

32 Das Begründungserfordernis richtet sich zwar nach den Erfordernissen des Einzelfalles; die Begründung muss aber grundsätzlich ausreichen, die Überprüfbarkeit und rechtliche Kontrolle von Entscheidungen zu gewährleisten. Vgl. *Sander in Holoubek/Lienbacher*, *GRC* Kommentar, 2019. Gerade bei letztinstanzlichen Entscheidungen muss aufgrund der beschränkten Verteidigungsmöglichkeiten, zur Vermeidung von Willkür und im Sinne der Einheitlichkeit und Transparenz der Rechtsordnung ein besonders hoher Qualitätsmaßstab an die Begründung angelegt werden. Damit genügen also weder pauschale Behauptungen, EU-Recht sei im gegebenen Fall nicht entscheidungserheblich noch kann die Vorlagepflicht dadurch umgangen werden, dass der streitige nationale Sachverhalt rein nach nationalem Recht interpretiert wird und damit eine fehlende Entscheidungserheblichkeit konstruiert wird.

33 Letztlich ist dies auch ein maßgeblicher Beitrag zur Stärkung der Effektivität des Unionsrechts. Vgl. dazu umfassend *Piva*, *Il principio di effettività della tutela giurisprudenziale del diritto dell'Unione europea*, 2012.

34 So treffend formuliert von *Kübling* *EuZW* 2013, 641.

dass der Weg zu größerer EU-Rechtskonformität der nationalen Rechtsprechung besser früher denn später zu beschreiben ist. ■

BERICHT

Richter am BGH a. D. Dr. Detlev Fischer*

Die Entwicklung des Maklerrechts im ersten Halbjahr 2021

Die Darstellung gibt im Anschluss an D. Fischer NJW 2021, 1202 einen Überblick über die im Berichtszeitraum eingetretenen oder sich abzeichnenden Änderungen der gesetzlichen Grundlagen der Maklertätigkeit und über die wesentlichen Entscheidungen des BGH sowie der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Maklerrechts. Alle nicht gesondert gekennzeichneten Judikate des BGH stammen von dem für das Maklerrecht zuständigen Zivilsenat; seit 1.1.2014 ist dies der I. Zivilsenat.

I. Gesetzliche Grundlagen

[1] Bei der Einführung des „Bestellerprinzips“ für das Wohnungsvermittlungsrecht (WoVermittG) im Jahr 2015 wurde beschlossen, fünf Jahre später eine Evaluation der neuen Regelungen durchzuführen.¹ Nunmehr hat die DIW Econ GmbH, das Consulting-Unternehmen des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW), im Auftrag des BMJV eine rechtstatsächliche Begutachtung der Regelungen durchgeführt und unter dem 24.6.2021 einen abschließenden, 86 Seiten umfassenden Bericht vorgelegt.² Danach ist das mit dem Bestellerprinzip verfolgte Ziel der Entlastung der Mieter von der Maklerprovision überwiegend erreicht worden. Da viele Vermieter keine Makler mehr einschalten, ist als Nebeneffekt ein deutlicher Rückgang der Maklertätigkeit im Wohnungsvermietungsbereich eingetreten. Dies hat auch dazu geführt, dass nicht wenige Maklerunternehmen sich mit diesem Geschäftsbereich überhaupt nicht mehr befassen. Wohnungssuchende, die gerne einen Makler beauftragen würden, finden daher mitunter keine geeigneten Unternehmen mehr.

II. Rechtsprechung

1. Begründung, Inhalt und Auflösung des Maklervertrags

a) Zustandekommen des Maklervertrags

[2] Der Maklervertrag unterliegt grundsätzlich keinem Formerfordernis³ und kann daher auch mündlich oder konkludent abgeschlossen werden. Ein Interessent, der in Kenntnis eines eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers entgegennimmt, gibt damit in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags annehmen will.⁴ Eine Inanspruchnahme von Diensten des Maklers liegt etwa vor, wenn der Interessent eine Reservierungsbestätigung wünscht. Gleiches gilt für die Anforderung von Zusatzinfor-

mationen über das Objekt oder die Vereinbarung eines Besichtigungstermins.⁵

[3] Kommt zunächst ein Maklervertrag konkludent zustande, dann ist es, worauf das *OLG Hamm*⁶ mit Urteil vom 29.3.2021 hingewiesen hat, unschädlich, wenn im weiteren Verlauf die Vertragsparteien ein schriftliches Provisionsversprechen vereinbaren. Es ist zwar grundsätzlich denkbar, dass es sich hierbei um eine Novation (Schuldersetzung) handelt, mithin das neue Schuldverhältnis an die Stelle des alten tritt. Hierfür ist aber ein eindeutiger Wille notwendig, der dann nicht angenommen werden kann, wenn nur dasjenige wiederholt und konkretisiert wird, was bereits Gegenstand des konkludenten Vertrags gewesen ist. Unter derartigen Umständen dient die Verschriftlichung ersichtlich reinen Beweis Zwecken.⁷

[4] Mit Urteil vom 7.1.2021 hat das *OLG Hamm*⁸ betont, dass bei Beendigung eines Maklervertrags ein Neuabschluss nach den Grundsätzen über den konkludenten Vertragsabschluss dann in Betracht kommt, wenn die Parteien ihre Geschäftsbeziehungen fortsetzen und namentlich der Kunde in Kenntnis des Provisionsverlangens des Maklers dessen Dienste weiter in Anspruch nimmt. Der Neuabschluss kommt dann auf der Grundlage des bisherigen Maklervertrags zustande.⁹

* Der Autor war von 2005 bis 2015 Mitglied des IX. Zivilsenats des BGH.

1 Vgl. D. Fischer IMR 2016, 446 (450).

2 Vgl. auch FD-MietR 2021, 440895.

3 Ausnahmen für den Immobilienmakler: § 2 I S. 2 WoVermittG sowie § 656 a BGB, jeweils Textform.

4 *OLG Hamm* ErbbauZ 2021, 109.

5 *OLG Hamm* ErbbauZ 2021, 109.

6 *OLG Hamm* ErbbauZ 2021, 109.

7 *OLG Hamm* ErbbauZ 2021, 109.

8 *OLG Hamm* NJW-RR 2021, 441.

9 *OLG Hamm* NJW-RR 2021, 441.