

*Gerhard Kuras, Wien*

## **Vorlagepflicht und Sinnhaftigkeit von Vorlagen**

### **Übersicht:**

- I. Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens
- II. Voraussetzungen und Ablauf der Vorabentscheidungsverfahren
- III. Verpflichtung zur Einholung von Vorabentscheidungsersuchen
  - A. „Letztinstanzlich“
  - B. „Gültigkeit“
  - C. Auslegung und nicht Anwendung von Unionsrecht
    - 1. Denkmodell „Gemischte Fragen“
    - 2. Unterschiede nach Art der Unionsrechtsquellen, Kompetenzen und Tatbestand
      - a) Beispiel „Arbeitnehmerbegriff“
    - 3. Einwirkung des Unionsrechts – „objektive Rechtfertigung“ nationaler Regelungen
    - 4. Konkretisierungsschranken bei Richtlinien
    - 5. EuGH hält Freiräume der Mitgliedstaaten fest
    - 6. Feststellung des Sachverhalts im üblichen Sinn
  - D. Vorentscheidungen des EUGH
  - E. Beurteilung des Vorliegens von „Zweifel“ an Auslegung
    - 1. Offenkundigkeit
    - 2. Absicherung durch Rechtsvergleichung mit anderen Mitgliedstaaten
    - 3. Abweichende Rechtsansicht anderer Gerichte steht „Offenkundigkeit“ nicht entgegen, wohl aber wenn generelles Problem in unterschiedlichen Mitgliedstaaten
  - F. Zur Relevanz der Vorlagefrage
    - 1. Günstigkeit oder Vollharmonisierung
      - a) Keine Vorlage, weil schon nach nationalem Recht günstiges Ergebnis
      - b) Keine Vorlage, weil unter Berücksichtigung des Unionsrechts günstiges Ergebnis
      - c) Keine Vorlage, weil unter Heranziehung des Unionsrechts günstiges Ergebnis
    - 2. Keine Relevanz weil Ergebnis unabhängig von Beantwortung der Frage feststeht
    - 3. Mangelnde Relevanz bei Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation
  - G. Qualifikation der Entscheidung über die Einholung einer Vorabentscheidung
  - IV. Sinnhaftigkeit von Vorabentscheidungsersuchen – Zwischen Anfrageberechtigung, Anfrageverpflichtung und Haftungsrisiken
    - A. Praktische Erfahrungen
    - B. Strukturfragen
  - V. Resümee

## I. Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens

Beim Gemeinschaftsrecht einerseits und dem „nationalen Recht“ andererseits handelt es sich um zwei grundsätzlich **selbstständig** entstehende **Rechtsordnungen** mit teilweise überschneidenden Kompetenzen, die bei der **Gerichtsentcheidung** zu einer konkreten Anordnung **verbunden** werden müssen. Die **Gerichte** sind jenes **Band** zwischen den Rechtsordnungen, dessen Flexibilität, aber auch Professionalität entscheidet, inwieweit die Botschaften des Gemeinschaftsrechts sich in die gewachsenen Strukturen des nationalen Rechts so einfügen, dass sie auch breite Akzeptanz finden.

Beim **Gemeinschaftsrecht** fallen als Besonderheiten nicht nur die sehr unterschiedlichen Entstehungsmechanismen, sondern auch die **unterschiedlichen Wirkungsweisen** der verschiedenen generellen Rechtsnormen ins Gewicht. Neben unmittelbar wirksamen Vertragsbestimmungen, Verordnungen und teilweise auch Grundrechten kommt gerade den Richtlinien im Rahmen der Zivilgerichtsbarkeit besondere Bedeutung zu. Zwar müssen sie, um im Verhältnis zwischen den einzelnen Staatsbürgern wirksam zu werden, regelmäßig durch nationale Gesetze umgesetzt werden, jedoch sind diese Gesetze nach dem Grundsatz der „richtlinienkonformen Interpretation“ so auszulegen, dass sie möglichst der Richtlinie entsprechen.<sup>1)</sup>

Nicht nur diese Normenvielfalt, sondern auch die **Menge der Normen** der Europäischen Union (EU) ist ein stets strapaziertes Problem. Berühmt ist dabei der Ausspruch wonach das „Vaterunser“ mit 56 Worten und die 10 Gebote mit 297 Worten auskommen, aber die Verordnung der Kommission über bestimmte Ausführerstattungen<sup>2)</sup> 24.348 Worte benötigt. Diese „Gesetzesflut“ in der EU lässt sich teilweise daraus erklären, dass jedes „gesetzte“ **Recht** auch „**Anwortcharakter**“ hat, also im Rahmen einer Gemeinschaft auf konkrete politische Fragestellungen eine Antwort gibt. **Je vielfältiger die Gemeinschaft** ist und je geringer der Bereich ist, der wegen seiner Selbstverständlichkeit auch gar keiner rechtlichen Regelung bedarf, **desto** umfassender und **vielfältiger** müssen die „**Antworten**“ und damit auch die „Gesetze“ sein.

Bei dem Versuch, das Unionsrecht zu verstehen und in die Rechtsordnung des Mitgliedstaates einzupassen, fällt besonders schwer ins Gewicht, dass eine einheitliche Rechtsdogmatik oder Rechtstradition zum Gemeinschaftsrecht nicht besteht, sondern sich dieses in einem komplizierten Verhandlungsprozess mit nunmehr 28 verschiedenen Mitgliedstaaten entwickelt. **Nur der EuGH** kann die Entwicklung einer **einheitlichen Dogmatik** gestalten und zusammenhalten. Der Reiz für die nationalen Gerichte liegt nun in der Möglichkeit, durch **Vorabentscheidungsersuchen** dabei **mitzuwirken**.

---

<sup>1)</sup>) SZ 71/174 oder SZ 74/15; RIS Justiz RS0102121 uva.

<sup>2)</sup>) Verordnung (EG) 1043/2005 der Kommission v. 30. 6. 2005 zur Durchführung der Verordnung (EG) 3448/93 des Rates im Hinblick auf die Gewährung von Ausführerstattungen und die Kriterien zur Festsetzung des Erstattungsbetrags für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse, die in Form von nicht unter Anhang I des Vertrags fallenden Waren ausgeführt werden, ABl L v. 5. 7. 2005, 2005/172, 24 – 75.

Erschwert wird dies dadurch, dass auch korrekt übersetzte Begriffe im Hinblick auf die unterschiedliche Gestaltung der Rechtssysteme der verschiedenen Mitgliedstaaten einen **unterschiedlichen Begriffsinhalt** haben. Daher können die Aussagen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu solchen Begriffen im Rahmen eines Verfahrens in einem anderen Mitgliedstaat oft nicht einfach auf den eigenen Mitgliedstaat übertragen werden. Es kann der **gleiche Problembereich**, wie etwa die Frage der Entgeltfortzahlungsansprüche eines Arbeitnehmers im Krankheitsfall, in einem Mitgliedstaat im Rahmen von **öffentlich-rechtlichen** Ansprüchen gegen eine Behörde gelöst sein, in einem anderen Mitgliedstaat aber als **privater arbeitsrechtlicher** Anspruch gegen den Arbeitgeber, was bei der Anwendung „zwischenstaatlicher“ Koordinationsregelungen zu großen Schwierigkeiten geführt hat.<sup>3)</sup>

Eine der wesentlichen Funktionen des Vorabentscheidungsverfahrens liegt darin, durch die zentrale Kompetenz des EuGH eine **einheitliche Auslegung** des ja weit überwiegend von den Behörden der Mitgliedstaaten **dezentral vollzogenen** Gemeinschaftsrechts über alle Mitgliedstaaten hinweg zu gewährleisten.<sup>4)</sup> Der Schutz des einzelnen Bürgers durch das Vorabentscheidungsersuchen wird auch dadurch offensichtlich, dass allfällige Verstöße von Verordnungen oder Richtlinien gegen primäres Gemeinschaftsrecht über das Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH herangetragen werden können, weshalb dieses auch als **Nichtigkeitsklage des kleinen Mannes** bezeichnet wird.<sup>5)</sup>

Da das Vorabentscheidungsverfahren nur von Gerichten eingeleitet werden kann, bedeutet dies umgekehrt auch eine Art **Funktionsgarantie** für die Gerichte für alle Fragen der Anwendung von Gemeinschaftsrecht. Aber nicht nur insoweit hat sich die innerstaatliche **Stellung der Gerichte** gegenüber dem Gesetzgeber **geändert**. Jedes einzelne Gericht, sei es nun der OGH oder ein Bezirksgericht, hat die Möglichkeit, aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts ein österreichisches Gesetz im konkreten Fall unangewendet zu lassen.<sup>6)</sup>

<sup>3)</sup> In den gemeinschaftsrechtlichen Koordinationsregeln sind Bestimmungen vorgesehen, wonach ein Sozialversicherungsträger – eine „staatliche“ Behörde – auch die Krankenstandsbestätigungen des anderen Sozialversicherungsträger anerkennen muss. Dies hat für den privaten Bereich, also bei der Bindung des einzelnen Arbeitgebers, zu großen Schwierigkeiten geführt – EuGH 3. 6. 1992, C-45/90, *Paletta 1*, EU:C:1992:2236 und 2. 5. 1996, C 206/94, *Paletta 2*, EU:C:1996:182, NJW 1996, 1881.

<sup>4)</sup> EuGH 16. 1. 1974, C-166/73, *Rheinmühl II*, EU:C:1974:3.

<sup>5)</sup> Vgl zum „Verwerfungsmonopol“ des EuGH etwa EuGH 22. 10. 1987, C- 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452; zur Einschränkung dieses Grundsatzes für „Provisionialverfahren“ EuGH 21. 2. 1991, C-143/88, *Süderithmarschen*, EU:C:1991:65.

<sup>6)</sup> Etwa EuGH 27. 6. 1991, C-348/89, *Mitalurga da Lagoa*, EU:C: 1991:278; zuletzt etwa EuGH 4. 6. 2015, C-5/14, *Kernkraftwerk Lippe-Ems*, EU:C:2015:35; OGH 17. 1. 1995, EvBl 1995/94; 21. 12. 1994, EvBl 1995/116 uva; auch die zahlreichen sekundärrechtlichen Richtlinien gehen als Gemeinschaftsrecht selbst dem österreichischen Verfassungsrecht vor – Adria-Wien Pipeline Fall – VfSlg 15.216; zur Datenschutzrichtlinie EuGRZ 2001, 83 und EuGRZ 2003, 232.

## II. Voraussetzungen und Ablauf der Vorabentscheidungsverfahren

Die wesentlichen **Rechtsgrundlagen** auf Ebene der EU sind Art 267 AEUV, die Satzung des EuGH und dessen Verfahrensordnung sowie in Österreich § 90a GOG.

Die in Art 267 AEUV dem EuGH zugewiesenen Kompetenzen zur Beantwortung von Fragen der Gerichte der Mitgliedstaaten können in zwei Bereiche mit durchaus unterschiedlichen Rahmenbedingungen gegliedert werden. Einerseits geht es um **Auslegungsfragen** sowohl hinsichtlich der Verträge als auch des daraus abgeleiteten Sekundärrechts, wie Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen oder Empfehlungen von EU-Organen. Andererseits geht es aber auch um **Gültigkeitsfragen**, aber insoweit nur hinsichtlich des Sekundärrechts, das am Maßstab des Primärrechts, insbesondere auch den in der Europäischen Grundrechtecharta verankerten Grundrechten – deren Anwendungsbereich aber weit darüber hinaus geht<sup>7)</sup> – zu prüfen ist.<sup>8)</sup>

Anfrageberechtigt ist jedes „**Gericht**“ iSd Art 267, wobei der Gerichtsbe- griff hier ein umfassender im Sinn jedes unabhängigen dauernd eingerichteten „Tribunals“ ist.<sup>9)</sup> Nicht erfasst sind allerdings die – in ihrer Bedeutung stark im Vormarsch befindlichen – privaten Schiedsgerichte<sup>10)</sup> und nicht – streitige administrative Verfahren, wie etwa bloße Eintragungsverfahren.<sup>11)</sup>

Grundsätzlich liegt eine weitere Voraussetzung für die Einholung eines Vorabentscheidungsverfahrens darin, dass das Gericht die Entscheidung der Auslegungsfrage für die Entscheidung der anhängigen Rechtstreitigkeit benötigt, diese quasi „**präjudiziel**“ ist. Der den Gerichten der Mitgliedstaaten dabei vom EuGH eingeräumte **Einschätzungsspielraum** ist sehr weit, sodass im Wesentlichen nur bei offensichtlicher Unanwendbarkeit der betroffenen unionsrechtlichen Regelung eine Antwort verweigert wird.<sup>12)</sup> Wenn gleich es immer um gemeinschaftsrechtliche Normen gehen muss, die von der Auslegungs- und Gültigkeitsfrage betroffen sind, kann die „Erforderlichkeit“ der Frage auch daraus abgeleitet werden, dass zwar in der **konkreten Fallgestaltung keine unionsrechtliche** Regelung betroffen ist, aber der Gesetzgeber des Mitgliedstaates die konkret anzuwendende gesetzliche Regelung nach dem Vorbild einer unionsrechtlichen Regelung schaffen wollte und die **parallele einheitliche Anwendung** gewährleistet werden soll.<sup>13)</sup> So hat der OGH etwa bei der Entscheidung, ob eine Frau im Rahmen einer „in vitro“-Fertilisation bereits als „schwanger“ iSd § 10 Abs 1 MSchG gelten kann, wenn ihre Eizelle mit der Samenzelle des Partners befruchtet wurde,<sup>14)</sup> den

<sup>7)</sup> Vgl etwa EuGH 26. 2. 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, EU:C:2013:280.

<sup>8)</sup> Diese Unterscheidung erinnert ein bisschen an die Aufgabenverteilung zwischen dem VfGH und dem OGH vor dem Beitritt zur EU.

<sup>9)</sup> Vgl zum Gerichtsbergriff *B. Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH<sup>3</sup> (2015) 322 ff.

<sup>10)</sup> *B. Schima*, Vorabentscheidungsverfahren 46.

<sup>11)</sup> *B. Schima*, Vorabentscheidungsverfahren 40.

<sup>12)</sup> *B. Schima*, Vorabentscheidungsverfahren 89, 93 mwN.

<sup>13)</sup> EuGH 11. 10. 2001, C-267/99, *Adam*, EU:C:2001:534 mwN.

<sup>14)</sup> OGH 23. 11. 2006, 8 ObA 39/06b ARD 5740/3/07.

EuGH nach der Auslegung des Begriffs der „schwangeren Arbeitnehmerin“ in Art 2 lit a der MutterschutzRL 92/85/EWG gefragt, obwohl die Arbeitnehmerin die in der Richtlinie für den Schutz vorgesehene Verständigung des Arbeitgebers von der Schwangerschaft nicht vorgenommen hatte und sie insoweit unstrittig nicht den Kündigungsschutz der Richtlinie für sich in Anspruch nehmen konnte. Der OGH hat sich aber darauf gestützt, dass der Begriff der Schwangerschaft insoweit doch einheitlich auszulegen ist.

Vom **praktischen** Ablauf ist zu erwähnen, dass nach den Vorstellungen des EuGH die Vorabentscheidungsersuchen möglichst **einfach, klar und präzise** sein und tunlichst nicht mehr als zehn Seiten umfassen sollen.<sup>15)</sup> Sie werden dem EuGH regelmäßig mit einer eigenen Note samt den Kopien der wesentlichen Aktenbestandteile übermittelt. Die Rahmenbedingungen für die Beurteilung der Frage können wohl am Besten dadurch eingebracht werden, dass das anfragende Gericht auch klar die eigene Position zu diesen Fragen darstellt und damit die Argumente aus der nationalen Rechtordnung und den faktischen Verhältnissen umfassend einbringt.<sup>16)</sup>

Im **Hauptverfahren** in Österreich darf nach § 90a GOG während der Dauer des beim EuGH anhängigen Zwischenverfahrens – soweit der Verfahrensgegenstand betroffen ist – keine Entscheidung getroffen werden. Im Übrigen, also etwa hinsichtlich solcher Ansprüche, für die die Beurteilung der Vorabentscheidungsfrage nicht erforderlich ist, kann das Verfahren weitergeführt und auch durch Teilurteil beendet werden.

Der **EuGH** bestätigt den Eingang und die Registrierung. Nach der Übersetzung und Zuteilung an einen Berichterstatter haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, aber auch die Mitgliedstaaten, die Kommission und der Rat die Möglichkeit einer Äußerung binnen zwei Monaten. Nach dem Vorbericht des Berichterstatters und der Zuteilung zu einem Spruchkörper in der Generalversammlung ist grundsätzlich eine mündliche Verhandlung vorgesehen. Die im Anschluss erstatten Schlussanträge des Generalanwalts sind juristisch zumeist sehr ergiebig, weil sie eine umfassende Aufarbeitung der bisherigen Rechtsprechung enthalten. Die Antwortvorschläge sind unverbindlich und auch nicht gesondert anfechtbar.

Nach der Erstellung des Urteilsentwurfs durch den Berichterstatter, entsprechenden Bemerkungen der anderen Richter und der Beratung und Entscheidungsfindung wird das Urteil gefällt und ist regelmäßig unverzüglich im Internet abrufbar.

Die Vorabentscheidung hat für das vorlegenden Gericht **bindende Wirkung**, bei **Ungültigerklärung** eine Rechtsakte des sekundären Gemeinschafts-

<sup>15)</sup> ABl C 2005/143, 1.

<sup>16)</sup> In der Entscheidung EuGH 9. 12. 2004, C- 19/02, *Hlozek*, EU:C:2004:779 – Sozialplan für gekündigte Arbeitnehmer – „Überbrückungsgeld“ Frauen ab 50 und Männern ab 55, hat der OGH nicht nur alte Judikaturketten des EuGH kritisch auf ihre Anwendbarkeit hinterfragt, sondern auch klar Stellung zur Funktion des „Überbrückungsgeldes“ als soziale Abfederung für Arbeitslosigkeit und das unterschiedliche Risiko für Männern und Frauen bezogen sowie die Beschränktheit des „Topfes“ aufgezeigt. Diese Entscheidung wirkt etwa in der Entscheidung EuGH 6. 12. 2012, C-152/11, *Odar*, EU:C:2012:772 fort.

rechts wirkt die Entscheidung grundsätzlich **erga omnes** und auch **zurück**.<sup>17)</sup> Die Rückwirkung der Urteile wird vom EuGH teilweise aus Gründen der Rechtssicherheit eingeschränkt, wenn die Begünstigten auf eine andere Auslegung oder die Wirksamkeit vertrauen konnten und im guten Glauben gehandelt haben.<sup>18)</sup>

Gerichtskosten fallen beim EuGH für dessen Zwischenverfahren nicht an. Als Ansatz für die Anwaltskosten gebührt für das Verfahren vor dem EuGH das Doppelte des Ansatzes des Tarifpostens 3C. Für die eingehend rechtlich begründete Anregung der Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens in einem Rechtsmittel sieht das RATG einen Zuschlag von 50 % vor.<sup>19)</sup>

Aus praktischer Sicht ist zu erwähnen, dass im Intranet der Justiz eine Liste aller eingeholten Vorabentscheidungsersuchen vorhanden ist und die Gerichte dann, wenn in einem weiteren Verfahren diese Frage zu klären ist, nicht ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen stellen, sondern das weitere Verfahren bis zur Entscheidung des ersten Vorabentscheidungsersuchens unterbrechen.<sup>20)</sup>

Sonderfälle der Vorabentscheidungsverfahren sind die sogenannten **Beschlussverfahren** und die **Eilverfahren**. Die Beschlussverfahren kommen zur Anwendung, wenn eine Frage bereits beantwortet, oder deren Antwort aus der bisherigen Rechtsprechung ableitbar ist oder kein Raum für Zweifel an der Beantwortung besteht. Davon werden dann das vorlegende Gericht und die Parteien unterrichtet und das Verfahren vereinfacht durchgeführt, in dem die Schlussanträge des Generalanwalts und die mündliche Verhandlung entfallen. Das Eilverfahren wird vom vorlegenden Gericht dann zu beantragen sein, wenn eine Partei in einem gerichtlichen Verfahren des Mitgliedstaates inhaftiert ist.<sup>21)</sup> Dieses Verfahren, bei dem weder schriftliche Stellungnahmen der anderen Mitgliedstaaten noch Schlussanträge vorgesehen sind, ist binnen drei Monaten abzuwickeln.

### **III. Verpflichtung zur Einholung von Vorabentscheidungsersuchen**

Nach Art 267 AEUV sind die „**letztinstanzlichen** Gerichte“ zur Vorlage von Fragen zur Auslegung der Verträge und zur **Auslegung**, aber auch zur **Gültigkeit** von „Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen<sup>22)</sup>) **verpflichtet**. Eine Prozesspartei hat nach ständiger Rechtsprechung keinen verfahrensrechtlichen Anspruch, die Einholung einer Vorabentscheidung zu beantragen. Ein solcher Antrag ist zurückzuweisen.<sup>23)</sup> Es besteht auch kein Rechtsmittel an den EuGH gegen die Verweigerung der Einholung einer Vorabentscheidung.

<sup>17)</sup> B. Schima, Vorabentscheidungsverfahren 111 ff.

<sup>18)</sup> B. Schima, Vorabentscheidungsverfahren 117 ff.

<sup>19)</sup> Anm TP 3 C Z 5.

<sup>20)</sup> RIS-Justiz RS0110583 mwN.

<sup>21)</sup> Art 267 Abs 4 AEUV, Art 104b VerFO, Art 23a Satzung.

<sup>22)</sup> Zu den Rechtsakten der Union vgl auch Art 288 AEUV.

<sup>23)</sup> RIS-Justiz RS0058452.

Allerdings hat der EGMR<sup>24)</sup> ausgesprochen, dass das Unterlassen der Einholung eines Vorbabentscheidungsersuchens einer Begründungspflicht unterliegt. Ferner steht es nicht nur der Kommission, sondern auch jedem anderen Mitgliedstaat frei, vor dem EUGH ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich einzuleiten, wenn die österreichischen Gerichte das Gemeinschaftsrecht nicht beachten. Unter dem Aspekt der „Staatshaftungsansprüche“<sup>25)</sup> hat der EuGH darüber hinaus postuliert, dass der einzelne Bürger des Mitgliedstaates vor den jeweiligen Gerichten des Mitgliedstaates wegen der Verletzung des Gemeinschaftsrechts selbst aus höchstgerichtlichen Entscheidungen dieses Mitgliedstaates wieder Schadenersatzansprüche ableiten kann.<sup>26)</sup> Dass die „**Staatshaftung für Höchstgerichte**“ – vgl dazu das Folgereferat – zwischen den **Höchstgerichten** zu Schwierigkeiten führen muss und bei Mitgliedstaaten, die überhaupt nur ein einziges Höchstgericht haben, dieses zum **Richter in eigener Sache** macht, ist offensichtlich.<sup>27)</sup>

Die sogenannte C.I.L.F.I.T.-Entscheidung des<sup>28)</sup> EuGH hat ausgesprochen, dass keine Vorlageverpflichtung besteht, wenn bei einer **noch nicht entschiedenen** Frage keinerlei Raum für einen vernünftigen **Zweifel an der Entscheidung der Rechtsfrage (Auslegung)** besteht oder wenn die Entscheidung der Rechtsfrage nicht für die Entscheidung des Falles **relevant** ist.

<sup>24)</sup> EGMR 8. 7. 2014, 17120/09, *Dhabhi*.

<sup>25)</sup> Allgemein zur Entwicklung *Kucska-Stadlmayer*, Voraussetzungen der Staatshaftung, in *ÖJK* (Hrsg), Staatshaftung (2004) 7 ff; *Dossi*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung am Beispiel Österreichs, in *ÖJK* (Hrsg), Staatshaftung (2004) 25 ff; *Schoißwohl*, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung: Anspruchsgrundlage und materielle Voraussetzungen (2002), und *Schwarzenegger*, Staatshaftung. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht (2001); *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht (2001); *Schwarzenegger*, Ausgewählte Probleme der Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, *JBl* 2001, 161; *Funk*, Staatshaftung auf der Grundlage von Gemeinschaftsrecht, *ecolex* 1997, 553, uva.

<sup>26)</sup> EuGH 30. 9. 2003, C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, EuZW 2003, 718 (Anm *Obwexer*); *Dobrowz*, Rechtssache Köbler – Neues zur Staatshaftung in Österreich, *wbl* 2003, 566; *Gundel*, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht – Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche „Richterprivileg“ (§ 839 Abs 2 BGB), *EWS* 2004, 8; *Wilhelm*, Staatshaftung für judikatives Unrecht oder die Saturnalien des Schadenersatzes, *ecolex* 2003, 733.

<sup>27)</sup> Zur Bereinigung der umstrittenen Kompetenzfragen für Staatshaftungsansprüche aus höchstgerichtlichen Entscheidungen wurde die Schaffung eines „**Gemeinsamen Senats**“ der drei Höchstgerichte diskutiert. Dieser setzte sich einerseits nicht dem Vorwurf aus, dass der betroffene Gerichtshof wieder quasi „Richter in eigener Sache“ sei und gewährleistete andererseits aber, dass die fachspezifischen Kenntnisse aus dem jeweiligen Bereich eingebracht werden. Dass die an der betroffenen Entscheidung, aus der die Staatshaftungsansprüche abgeleitet werden, mitwirkenden Richter ausgeschlossen sind, wäre auf einfacher gesetzlicher Ebene festzulegen. Der „Gemeinsame Senat“ kann sich sowohl auf internationale (Art 95 Abs 3 des deutschen Grundgesetzes) als auch historische („Austrägal senat“ *RGBl* 37/1875 – je vier Richter) Vorbilder stützen. Derzeit entscheidet der VfGH auch über die Haftung aus seinen eigenen Entscheidungen *VfSlg* 19.757 vgl insoweit kritisch EuGH 9. 9. 2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*, EU:C:2015:565.

<sup>28)</sup> EuGH 6. 10. 1982, C-283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335.

Es geht also im Kern um die Fragestellungen:

1. „Letztinstanzliche“ Gerichte
2. „Gültigkeit“
3. Auslegung und nicht nur Anwendung des Gemeinschaftsrechts
4. Vorentscheidung
5. „Zweifel“
6. Relevanz
7. Qualifikation der Entscheidung über die Vorabentscheidungspflicht

### A. „Letztinstanzlich“

Der Begriff des „letztinstanzlichen“ Gerichts wird **konkret funktionell** und nicht organisatorisch ausgelegt.<sup>29)</sup> Es ist also nicht nur der OGH letztinstanzliches Gericht, sondern jedes Gericht, das diese Frage in letzter Instanz zu entscheiden hat.

Der Umstand, dass etwa im Rahmen einer außerordentlichen Revision oder eines außerordentlichen Revisionsrekurses der Nachweis einer **erheblichen Rechtsfrage** iSd § 502 Abs1 bzw § 528 Abs 1 ZPO für die Annahme des Rechtsmittels durch den OGH als dritte Instanz erforderlich ist, macht die Gerichte zweiter Instanz in diesen Verfahren noch nicht zu „letztinstanzlichen“ Gerichten.

Bei funktioneller Betrachtung ist davon auszugehen, dass sich die „Letztinstanzlichkeit“, also die Unanfechtbarkeit, auf die jeweils zu beurteilende Rechtsfrage bezieht. Das kann bei **materiellrechtlichen** Fragen bereits das Gericht erster Instanz sein, etwa bei Entscheidungen der **Erstgerichte** betreffend die Festlegung der Elternteilzeit,<sup>30)</sup> aber noch viel häufiger die **zweite** Instanz, wenn die konkreten – betragsmäßig festgelegten – Rechtsmittelausschlüsse des § 502 Abs 2, aber auch Abs 3 ZPO greifen.

In **Verfahrensfragen** sind teilweise schon **erstinstanzliche** Beschlüsse **unbekämpfbar**,<sup>31)</sup> teilweise können Beschlüsse aber auch bloß **nicht abgesondert bekämpft** werden.<sup>32)</sup> Im ersten Fall wird wohl von einer letztinstanzlichen (iSd Art 267 AEUV) Entscheidung auszugehen sein, nicht aber im Fall der mangelnden abgesonderten Bekämpfbarkeit. Noch viel häufiger finden sich Rechtsmittelausschlüsse gegen Entscheidungen der **zweiten Instanz**. In allen Bereichen des § 528 Abs 2 ZPO ist die zweite Instanz bereits als letzte Instanz iSd Art 267 AEUV anzusehen.

Komplexer sind die Fragestellungen, die sich aus der differenzierten Struktur des Rechtsmittelverfahrens im Zivilprozess ergeben. Im Rahmen des Rechtsmittels werden die Entscheidungen und das Verfahren der Vorinstanzen nur nach bestimmten Rechtsmittelgründen überprüft. Praktisch bedeutet dies, dass etwa vom Berufungsgericht **erneinte Verfahrensmängel oder Nichtigkeiten** im

<sup>29)</sup> EuGH 4. 6. 2002, C-99/00, *Lyckeskog*, EU:C:2002:329.

<sup>30)</sup> Vgl zum Rechtsmittelausschluss § 15k Abs 6 MSchG.

<sup>31)</sup> Etwa Enthebung eines Sachverständigen § 366 Abs 2 ZPO, Bewilligung der Wiedereinsetzung § 153 ZPO, Bejahung der sachlichen Zuständigkeit § 45 JN.

<sup>32)</sup> § 366 ZPO – Verwerfung der Ablehnung eines Sachverständigen.

Verfahren vor dem OGH nicht mehr geltend gemacht werden können.<sup>33)</sup> Insofern wird wohl das Berufungsgericht bereits „letztinstanzlich“ entscheiden.

Der Begriff „letztinstanzlich“ wird vom EuGH auch in Sinn von „**endgültig**“ interpretiert. Dementsprechend sind etwa Entscheidungen im **Provisorialverfahren** und wohl auch „**Aufhebungsbeschlüsse**“ des Höchstgerichts<sup>34)</sup> keine „letztinstanzlichen“ Entscheidungen.

## B. „Gültigkeit“

Eine eigene Rechtsprechungslinie des EuGH weitet die Vorlageverpflichtung insoweit deutlich aus, als sie bei Gültigkeitsfragen (sekundäres Gemeinschaftsrecht) immer von einer Vorlagepflicht ausgeht, wenn ein – auch nicht letztinstanzliches – Gericht des Mitgliedstaates von der Unwirksamkeit dieses Gemeinschaftsrechtsaktes wegen Verstoßes etwa gegen im Primärrecht verankerte Grundrechte ausgehen will.<sup>35)</sup> Auch hier besteht bei gravierenden Bedenken und der Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens für die Partei unter Beachtung der Interessen der Union eine Ausnahme für provisorische Entscheidungen.<sup>36)</sup>

## C. Auslegung und nicht Anwendung von Unionsrecht

Wie bereits betont betrifft das Vorabentscheidungsverfahren nur Fragen zur „**Auslegung**“, aber **nicht** zur **Anwendung** des Unionsrechts.<sup>37)</sup> Die Beurteilung der Abgrenzung zwischen Auslegung des Unionsrechts und dessen Anwendung ist für die Beurteilung der Auslegungskompetenz – EuGH oder Höchstgerichte der Mitgliedstaaten – und im Ergebnis auch für die **rechtspolitischen Freiräume** der **Mitgliedstaaten** essentiell. Verfahrensrechtliche Bestimmungen und Zuständigkeitsverteilungen beeinflussen selbst wieder die Rechtsfindung.<sup>38)</sup>

Im **österreichischen Recht** und der österreichischen Rechtswissenschaft dominiert der Gedanke der „**reinen Rechtslehre**“. Rechtsanwendung, -konkretisierung werden im Sinn einer Erzeugung einer niederereren Norm (etwa dem Urteil) aus der höheren Norm (dem Gesetz) verstanden.<sup>39)</sup> Damit werden tendenziell alle Rechtsanwendungen im Bereich des Unionsrechts als Fragen des

<sup>33)</sup> RIS-Justiz RS0043111; RIS-Justiz RS0042963 uva.

<sup>34)</sup> Der OGH ist zwar selbst an seinen Aufhebungsbeschluss gebunden, kann jedoch aufgrund einer abweichenden Entscheidung eines verstärkten Senats abgehen.

<sup>35)</sup> EuGH 22. 10. 1987, C-314/85, *Foto-Frost*; 22. 6. 2010, C-188/10, *Melki* und C-189/10, *Abdeli*, EU:C:2010:363.

<sup>36)</sup> EuGH 21. 12. 1991, C 143/88 und C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarischen*, EU:C:1991:65; 9. 11. 1995, C-465/93, *Atlanta*, EU:C:1995:369.

<sup>37)</sup> B. Schima, Vorabentscheidungsverfahren 24.

<sup>38)</sup> Vgl dazu etwa Kuras, Überlegungen zur Wirkungsmacht des Verfahrensrechts – „Arbeitnehmerähnliche“ im ASGG, in Kietabl/Schörghofer/Schrammel (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde 45 ff.

<sup>39)</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> (1960) 240; allgemein auch Müller/Christensen, Juristische Methodik<sup>10</sup> 275 ff. Mit der Kompetenz zur rechtsverbindlichen Regelung wird ja gerade bei den unbestimmten Wertungsbegriffen ein erheblicher Entscheidungsspielraum geschaffen (Zippelius, Juristische Methodenlehre<sup>11</sup> [2012] 3, 10; zur in weiter Folge beste-

Unionsrechts verstanden. Das Modell juristischer Tätigkeit stellt bei der **Anwendung** den **Norm-** und den **Faktenkomplex** einander gegenüber und unterzieht beide einer **aufeinander bezogenen Analyse**.<sup>40)</sup> Der Richter wird nach Analyse der Norm und der dazu durch die Rechtsprechung bereits herausgearbeiteten „Rechtsätze“ einerseits und des konkret festgestellte Sachverhalts und dessen Besonderheiten andererseits, vorweg für diese Norm irrelevante Sachverhalts-elemente ausblenden (bei Entscheidung zu BetriebsübergangsRL etwa das Ver-hältnis der Anzahl der betroffenen Frauen zu der Anzahl der Männer; anders bei der GleichbehandlungsRL). Dann wird er unter Analyse der Fakten entscheiden, ob deren Besonderheiten gegenüber den bisher gebildeten „Rechtssätzen“ und der betroffenen Norm die Bildung eines neuen Rechtssatzes erfordern, oder be-reits die „Anwendung“ der vorhandenen Rechtssätze ausreicht. Die Trennlinien zwischen Auslegung und Anwendung zeigen sich teilweise in der Urteilstechnik (Feststellung, rechtliche Beurteilung) und im Rechtsmittelverfahren bei der Be-kämpfbarkeit der Entscheidung gemischter Fragen. Im **Unionsrecht** stellt oft die gesamte nationale Rechtsordnung und deren Wirkung Teil des unionsrechtlich zu beurteilenden Sachverhalts dar. Dem Prinzip des „**effet utile**“ – praktische **Wirksamkeit, Funktionsfähigkeit** und **einheitliche Wirkung** des Unionsrechts – wird große Bedeutung zuerkannt.<sup>41)</sup> So bedeutet etwa der Grundsatz des gleichen Entgelts nach Art 157 AEUV im Kern ein Verbot der diskriminierenden Berücksichtigung des Geschlechts im konkreten Entscheidungsprozess für die Festlegung des Entgelts, mag dies nun auf vertraglicher, kollektivvertraglicher oder gesetzlicher Ebene erfolgen. Die „Quelle“ einer allfälligen Diskriminierung kann durchaus unterschiedlich sein.<sup>42)</sup> Diese Fragen können regelmäßig nur aus der Gesamtbetrachtung der nationalen Rechtsordnung und deren Wirkungen beantwortet werden.

Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts erinnert nur aufs erste an jene zwischen **rechtlicher Beurteilung** und **Sachverhaltsfeststellung sowie Subsumtion** im nationalen Recht. Bei näherer Betrach-tung zeigen sich erhebliche **Unterschiede**. Es bietet sich aber zur **Annäherung** an dieses Problem vorweg an, eine im Ansatz ähnliche Frage der Abgrenzung der Entscheidungskompetenz im innerstaatlichen Verfahrensrecht, und zwar die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage bei den sogenannten „gemischten Fragen (questio mixta)“, heranzuziehen und dann die Unterschiede zum Ge-meinschaftsrecht und dessen Besonderheiten bewusst zu machen.

---

henden subsidiären Bindungskraft *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre<sup>2</sup> [2011] 108 ff.).

<sup>40)</sup> *Handstanger*, Die Entscheidung als dialektische Schnittstelle zwischen Gesetz und Fall, in FS Souhrada (2015) 98.

<sup>41)</sup> *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 731, 2930.

<sup>42)</sup> Vgl dazu *Kucska-Stadlmayer/Kuras* in *Mayer/Stöger* (Hrsg) EU- und EG-Vertrag, Art 141 Rz 70. Dieses Problem habe ich im Übrigen auch in der Anfrage des OLG Wien, die der Entscheidung des EuGH 26. 6. 2001, C-381/99, *Brunnhöfer*, EU:C:2001:358, zu-grunde lag, behandelt.