

# **Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil einer modernen Methodenlehre – Zur Neubestimmung der Contra-legen-Grenze bei der Berücksichtigung europäischen Rechts**

*Thomas M. J. Möllers*

- 1. Einleitung: Relevanz, Begriff und allgemeine Zulässigkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung**
  - 1.1. Der Umfang der richtlinienkonformen „Interpretation“ als Dauerbrenner der Methodenlehre
  - 1.2. Zum Begriff der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung
    - 1.2.1. Begriffswirrwarr
    - 1.2.2. Der Begriff der Rechtsfortbildung
    - 1.2.3. Die im Vordringen befindliche begriffliche Differenzierung zwischen richtlinienkonformer Auslegung und richtlinienkonformer Rechtsfortbildung
  - 1.3. Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nach der Rechtsprechung des EuGH und BVerfG
    - 1.3.1. Die konkretisierungsbedürftigen Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung
    - 1.3.2. Die konkretisierungsbedürftigen Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts
- 2. Die enge traditionelle Grenze zulässiger Rechtsfortbildung**
  - 2.1. Argumentationsfiguren zur Ablehnung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung
  - 2.2. Vor- und Nachteile der traditionellen Perspektive
    - 2.2.1. Argumente für eine enge Contra-legen-Grenze
    - 2.2.2. Rechtsfortbildung und die Methodik als Legitimationslehre im europäischen Mehrebenensystem: das europäische Parlament, das nationale Parlament und der EuGH

### **3. Die neue, moderne Linie der Rechtsprechung zur Grenze zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung**

- 3.1. **Interessenorientierte Überlegungen bei der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung**
  - 3.1.1. Der interessengerechte Paternalismus zugunsten des Willens des nationalen Parlaments
  - 3.1.2. Die Interessen des Klägers
  - 3.1.3. Die Erwartung der Allgemeinheit und des EuGH
  - 3.1.4. Das geschützte Vertrauen des Beklagten
- 3.2. **Der Wille des nationalen Gesetzgebers**
  - 3.2.1. Der generelle Wille zur korrekten Umsetzung der Richtlinie
  - 3.2.2. Der Widerspruch zwischen konkretem und generellem Umsetzungswillen – weitere Konkretisierungen durch die Rechtsprechung
  - 3.2.3. Stellungnahme
- 3.3. **Die Ausrichtung methodischer Argumentationsfiguren auf das Telos der Richtlinie**
  - 3.3.1. Unzureichende Begründungsansätze in der Literatur
  - 3.3.2. Der Geltungsanspruch der Richtlinie als Grundlage für rechtliche Relevanz im Mitgliedstaat
  - 3.3.3. Das Telos („im Lichte“) der Richtlinie als Bezugsgröße der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung
  - 3.3.4. Die neueste Entwicklung von BGH und BVerwG – das Telos der Richtlinie als Bezugsgröße der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung
- 3.4. **Rechtsdogmatische Stimmigkeit des Systems**
  - 3.4.1. Stimmigkeit mit dem nationalen System – die verfassungskonforme Rechtsfortbildung
  - 3.4.2. Die Stimmigkeit des europäischen Systems bei der Durchsetzung europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten

### **4. Folgerungen**

- 4.1. **Rechtsfortbildung des EuGH als Überraschungsakt**
- 4.2. **Die Verschiebung der Contra-legem-Grenze**
  - 4.2.1. Ein bewegliches System der klassischen Auslegungsfiguren zur Neubestimmung der Grenze zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung
  - 4.2.2. Die drei Ausgangsentscheidungen und die Einbettung der EuGH-Vorgaben in das deutsche BGB
- 4.3. **Die Contra-legem-Grenze als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung**
  - 4.3.1. Die Neudefinition der Contra-legem-Grenze
  - 4.3.2. Der klar erkennbar entgegenstehende konkrete Wille des nationalen Gesetzgebers

- 4.3.3. Bruch mit der grundlegenden Systematik und den grundlegenden Wertungen des nationalen Zivilrechts
- 4.3.4. Allgemeine Rechtsprinzipien, insbesondere Vertrauensschutz des belasteten Bürgers

## **5. Ausblick**

- 5.1. Ein potenzielles Minenfeld für BVerfG und EuGH mit noch offenem Ausgang
- 5.2. Subsidiarität und Umsetzungspflichten
- 5.3. Principles of European Interpretation – zum Streit zwischen Kramer und Riesenhuber

## **6. Zusammenfassende Thesen**

# 1. Einleitung: Relevanz, Begriff und allgemeine Zulässigkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

## 1.1. Der Umfang der richtlinienkonformen „Interpretation“ als Dauerbrenner der Methodenlehre

Die Juristische Methodenlehre versucht, das Recht mit zahlreichen Argumentationsfiguren zu erschließen: Sie ist Legitimations- und Begründungslehre. So sehr sich unser Recht im Zuge der europäischen Einigung in zahlreichen Teilbereichen unserer Rechtsordnung gewandelt hat, so sehr verlangt die Europäisierung von der klassischen Methodenlehre eine Öffnung, ein „Update“ ihrer teilweise jahrhundertealten Traditionen.<sup>1</sup>

Das lässt sich anhand eines knapp 30 Jahre alten Beispiels aufzeigen. Es war nämlich die methodische Arbeit des BAG in der *Harz*-Entscheidung, die schon im Jahr 1989 den in der europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinie geregelten Arbeitnehmerschutzrechten in Deutschland entscheidend zum Durchbruch verhalf: Die Richtlinie sah vor, dass ein Bewerber um einen Arbeitsplatz im Falle der Diskriminierung Zugang zu den Gerichten haben müsse. Der deutsche Gesetzgeber hatte dem Bewerber in der alten Fassung des § 611a BGB ausschließlich den Ersatz der Bewerbungskosten zugestanden, was der EuGH als nicht ausreichend – da zu wenig effektiv und zu wenig abschreckend – für den Schutz des Bewerbers vor Diskriminierung ansah.<sup>2</sup> Das BAG hatte daraufhin § 823 Abs 1 BGB als „kleine Generalklausel des Deliktsrechts“ geprüft, die Diskriminierung des Bewerbers wegen des Geschlechts als Persönlichkeitsverletzung gewertet und der Klägerin Schadensersatz zugesprochen.<sup>3</sup> Dieses Urteil ist wegen seiner Methodik heftig angegriffen worden,<sup>4</sup> insbesondere sei die Diskriminierung nur als hinzunehmende „Benachteiligung“ anzusehen.<sup>5</sup>

Inzwischen sind 30 Jahre ins Land gegangen und die Rechtsprechung hat sich *expressis verbis* mit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung auseinandergesetzt: In der *Quelle*-Entscheidung war zu prüfen, ob der Käufer eine Nutzungs-

1 Wien und seine Universitäten haben große Denker der Juristischen Methodenlehre hervorgebracht, wie etwa *Hans Kelsen* oder *Franz Bydliński*. Ganz herzlich bedanken darf ich mich bei dem Kollegen *Ulrich Torggler* für die Initiative zu dieser Konferenz und dem Hofrat *Georg Nowotny* für die Umsetzung dieser spannenden Idee.

2 EuGH 10.4.1984, C-79/83, *Harz*, Slg 1984, I-1921, Rn 21 ff, 28. Am selben Tag erging auch die Entscheidung EuGH 10.4.1984, C-14/83, *von Colson und Kamann*, Slg 1984, I-1891, Rn 21 ff, 28.

3 BAG 8 AZR 447/87, *Harz*, BAGE 61, 209, 212 ff.

4 *Wiese*, Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, JuS 1990, 357 (362); *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydliński (2002) 47 (97 f); *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft (1999) 409 ff, 441 f; *Heß*, Anmerkung zu EuGH, 14.7.1994, C-91/92, JZ 1995, 149 – *Faccini Dori*, JZ 1995, 150 (151 f). Dem BAG zustimmend allerdings *Beyer/Möllers*, Europäisierung des Arbeitsrechts, JZ 1991, 24 (28 ff); *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung (1994) 270.

5 *Canaris in Larenz* (Hrsg), Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, II/2<sup>13</sup>(1994) 502.

entschädigung zu zahlen hat, wenn er eine mangelhafte Sache erst nach einiger Zeit dem Käufer zurückgibt. Im deutschen Recht gab es bis dato jahrzehntelang Entschädigung für die Nutzung einer mangelhaften Sache. Der EuGH verneinte dagegen einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz gegenüber dem Verbraucher, weil die Mängelgewährleistungsansprüche gem Art 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL unentgeltlich seien.<sup>6</sup> Der BGH änderte daraufhin seine Rechtsprechung. Er übernahm erstmals die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Auslegung, die schon in den 1990er-Jahren entwickelt worden war<sup>7</sup>, und bejahte gegen den Wortlaut des Gesetzes eine teleologische Reduktion des § 439 Abs 4 BGB aF, um den bisher in Deutschland anerkannten Nutzungersatzanspruch auszuschließen.<sup>8</sup> Dieses Vorgehen wurde in der Literatur heftig kritisiert. So schreibt Lorenz:

*„Sämtliche Auslegungskriterien des deutschen Rechts einschließlich des ausdrücklichen Willens des deutschen Gesetzgebers sprachen für eine entsprechende Verpflichtung des Verbrauchers.“*<sup>9</sup>

Im *Fliesen-Fall* erwarb der Kläger mangelhafte Fliesen und baute diese in sein Haus ein. Nachdem der Mangel erkannt worden war, forderte der Käufer nicht nur Lieferung mangelfreier Fliesen, sondern zudem die Zahlung der Ausbaurkosten der alten und der Kosten für den Einbau der neuen Fliesen iHv 5.830 €. Auch hier lehnte die Rechtsprechung in der Vergangenheit entsprechende Ansprüche ab<sup>10</sup> bzw bejahte diese nur, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hatte.<sup>11</sup> Der EuGH stellte dann aber zweierlei fest: Zum einen umfasse die Verbrauchsgüterkauf-RL auch die Verpflichtung des Verkäufers zum Ein- und Ausbau einer fehlerhaften Sache unabhängig vom Verschulden.<sup>12</sup> Zum anderen – für den vorliegenden Beitrag bedeutsamer – verstoße das Recht des Verkäufers gem § 439 Abs 3 S 3 BGB aF, die Nachlieferung wegen Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, gegen Art 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL, wonach die Nacherfüllung unentgeltlich zu erfolgen habe; allenfalls könne die Kostenübernahme durch den Verkäufer in einem solchen Fall auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden.<sup>13</sup> Wo der BGH die erste Vorgabe noch ohne Überschreitung der Wortlautgrenze des § 439 Abs 1, Abs 2 BGB im Wege der richtlinienkonformen Auslegung umsetzen konnte,<sup>14</sup> war dies im Rahmen des § 439 Abs 3 S 3 BGB aF auf-

6 EuGH 17.4.2008, C-404/06, *Quelle*, Slg 2008, I-02685 Rn 31 ff.

7 Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze? ZEuP 1996, 399 (420); Möllers, Doppelte Rechtsfindung contra legem? – Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte, EuR 1998, 20 (45).

8 BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27, Rn 26.

9 Lorenz in Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2016) vor § 474 Rn 3.

10 BGH VIII ZR 211/07 NJW 2008, 2837 Rn 23 ff.

11 BGH VIII ZR 46/13 NJW 2014, 2183 Rn 23 ff. Ebenso war die Rechtslage in Österreich, s *Zöchling-Jud*, Der Einfluss des Europarechts auf das Privatrecht, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1757 (1771).

12 EuGH 16.6.2011, C-65/09 ua, *Gebr Weber GmbH/Jürgen Wittmer*, Slg 2011 I-05257 Rn 62.

13 EuGH 16.6.2011, C-65/09 ua, *Gebr Weber GmbH/Jürgen Wittmer*, Slg 2011 I-05257 Rn 78.

14 BGH VIII ZR 70/08, *Fliesen*, BGHZ 192, 148 Rn 26.

grund des insoweit klaren Wortlauts nicht mehr möglich. Hier musste der BGH deswegen gegen den Wortlaut der nationalen Vorschrift **rechtsfortbildend** tätig werden, um den Vorgaben des EuGH gerecht zu werden: Bekanntermaßen begründete er eine teleologische Reduktion des § 439 Abs 3 S 3 BGB aF für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs.<sup>15</sup> Auch hier protestierten Teile der Literatur: Die *Fliesen*-Entscheidung des BGH sei eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem*, weil das absolute Leistungsverweigerungsrecht des § 439 Abs 3 S 3 BGB aF das Ergebnis einer Abwägung der widerstreitenden Parteiinteressen darstelle.<sup>16</sup> Eine planwidrige Unvollständigkeit läge nicht vor, weil Wortlaut, Gesetzesgeschichte, Systematik und *Telos* bei absoluter Unverhältnismäßigkeit eindeutig zur Verweigerung der Nacherfüllung berechtigen würden.<sup>17</sup>

Inzwischen gibt es zahlreiche weitere Urteile in Deutschland<sup>18</sup> und Österreich<sup>19</sup>, die zu den Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung Stellung nehmen – das Thema, wie weit die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich ist und ab wann die *Contra-legem*-Grenze überschritten wird, gehört zu den aktuellsten Problemen der juristischen Methodenlehre.

Um sich dieser anspruchsvollen Materie zu nähern, ist vorab die Klärung hilfreich, was unter richtlinienkonformer Rechtsfortbildung überhaupt zu verstehen ist (1.2.). Es zeigt sich, dass der EuGH und das BVerfG zwar Vorgaben zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung machen, es aber letztlich den nationalen Gerichten überlassen, die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung zu bestimmen (1.3.).

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung erlaubt eine nationale, aber auch eine europäische Perspektive. Fraglich und umstritten ist nun, ob eine den Status quo wahrende Perspektive oder eine stärker pro-europäische Perspektive vorzuzugungswürdig ist. Zum Teil werden die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung eher **eng** gezogen, weil vermeintliche Auslegungsfiguren dem entgegenstehen würden. Auf diese Überlegungen ist zuerst einzugehen (2.). Es wird gezeigt, dass aber deutlich mehr Argumente für den **modernen, europäischen**

15 Die Kosten werden allerdings auf einen angemessenen Betrag begrenzt, s BGH VIII ZR 70/08, *Fliesen*, BGHZ 192, 148 Rn 28 ff, 54.

16 So bereits angelegt in BT-Drucks 14/6040, 232. *Höpfner*, Anmerkung zu BGH, Urt v 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 (*Bodenfliesen*), JZ 2012, 473 (475); ablehnend auch *Lorenz* in MünchKomm BGB<sup>7</sup> (2016) vor § 474 Rn 3.

17 *Kaiser*, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, JZ 2011, 978 (986); *Lorenz*, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241 (2244); *Gsell*, Entscheidungsbesprechung BGH, Urt v 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, ZJS 2012, 369 (374).

18 ZB BAG 9 AZR 983/07 BAGE 130, 119 Rn 57 ff; BGH V ZB 137/12, NSW AufenthG § 11 (BGH-intern) Rn 10 ff; BGH IV ZR 76/11 BGHZ 201, 101 Rn 22 ff; BGH VIII ZR 158/11 BGHZ 207, 209 Rn 34 ff; BVerwG 6 C 2. 16 BVerwGE 157, 249 Rn 26 ff; BVerfG 2 BvR 2216/06 ua, NJW 2012, 669 Rn 51 ff = BVerfGK 19, 89; BVerfG 1 BvR 121/11 ua ZIP 2013, 924 Rn 33.

19 OGH 4 Ob 120/10s RdW 2010, 779 unter 1.1.; OGH 4 Ob 208/10g JBl 2011, 738, 741 unter 3.; OGH 4 Ob 15/13d wbl 2013, 351 unter 1.5.; OGH 9 Ob 64/13x ÖJZ 2014, 612.

Ansatz streiten, der eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in **weiterem** Umfang zulässt und zu einer sachgerechteren Begründung der *Contra-legem*-Grenze führt (3.). In der Literatur wird zudem davor gewarnt, nationale Methoden mit dem europäischen Recht zu vermengen: Eine solche Gemengelage bliebe hinter dem zurück, was die europäische Methodenlehre in den letzten Jahren erreicht habe.<sup>20</sup> Es drohe eine „*kaum zu bewältigende Rechtsunsicherheit*“.<sup>21</sup> Nur ist dem so? Im Folgenden ist zu diskutieren, welche Vor- und Nachteile entstehen, wenn man den Umfang der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung enger oder weiter definiert, weil die *Contra-legem*-Grenze entsprechend enger oder weiter gezogen wird.

## 1.2. Zum Begriff der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

### 1.2.1. Begriffswirrwarr

Neben dem Begriff der richtlinienkonformen Auslegung<sup>22</sup> werden die Begriffe der richtlinienkonformen Rechtsfindung<sup>23</sup>, der richtlinienkonformen Anwendung<sup>24</sup> und der richtlinienkonformen Interpretation<sup>25</sup> verwendet. Schließlich wurde in der Vergangenheit mit dem Begriff der richtlinienkonformen Auslegung auch die Rechtsfortbildung gemeint und der Begriff damit weit verstanden.<sup>26</sup> Traditionell kennt der EuGH die strikte Unterscheidung zwischen einer Wortlautgrenze und ergänzender richterlicher Rechtsfortbildung nicht.<sup>27</sup> Er verwendet den Begriff der Auslegung im weiteren Sinne oder spricht im Original von dem französischen Begriff der „*interprétation*“, der insoweit keine scharfe Grenze zwischen Auslegung und den Wortlaut überschreitende Rechtsfortbildung kennt.<sup>28</sup> Sollte man diese weite Begriffsbildung jetzt auch für die eigene nationale Methodik übernehmen und künftig nur noch von Interpretation, Anwendung oder Auslegung im weiteren Sinne sprechen?

20 *Baldus/Raff*, Unionsrechtliche Überformung mitgliedstaatlicher Methodik? GPR 2016, 71 (75).

21 *Kainer*, Privatrecht zwischen Richtlinien und Grundrechten, GPR 2016, 262 (265), der *Baldus/Raff*, GPR 2016, 75 ausdrücklich zustimmt.

22 *Kodek in Rummel/Lukas* (Hrsg.), ABGB<sup>4</sup> § 6 Rn 237 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

23 *Riesenhuber/Domröse*, Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, RIW 2005, 47, 50; *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 77.

24 *Rebhahn in Fenyves/Kerschner/Vonkölch* (Hrsg.), Klang ABGB<sup>3</sup> (2014) nach §§ 6, 7 Rn 136 ff.

25 *Etwas Jud*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521; *Zöchling-Jud* in FS 200 Jahre ABGB 1762; *Hayden*, Richtlinienkonforme Interpretation und Methodenautonomie, ZfRV 2016, 244; *Perner*, EU-Richtlinien 77.

26 So etwa noch BGH XI ZR 429/04, *Heininger*, BGHZ 150, 248, 254, der teleologische Reduktion als „*einschränkende Auslegung*“ bezeichnet; kritisch das BVerfG 2 BvR 2216/06 ua BVerfGK 19, 89, 103.

27 EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 110 f. S auch BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27 Rn 21; *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht (2007) 137 f; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht<sup>4</sup> (2016) Rn 107; *Möllers*, EuR 1998, 44; *Canaris* in FS Bydlinski, 81.

28 *Schroeder*, Grenzen der Rechtsprechungsbefugnis des EuGH in FS G. Roth (2011) 735 (739); eine strikte Trennung sei auch nicht möglich lt *Borchardt*, Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in GS Grabitz (1995) 29 (37).

## 1.2.2. Der Begriff der Rechtsfortbildung

In Deutschland und Österreich ist die begriffliche Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung weitestgehend anerkannt. Die Auslegung i.e.S. verbleibt innerhalb des äußersten möglichen Wortsinns, die Rechtsfortbildung überschreitet den Wortsinn des Gesetzes.<sup>29</sup> Diese begriffliche Unterscheidung ist auch sinnvoll, denn sie erhöht die Begründungspflicht für die Rechtsfortbildung. Der moderne Rechtsstaat kennt seit *Locke* und *Montesquieu* die Gewaltenteilung und Machtverschränkung.<sup>30</sup> Juristische Methodenlehre wird heutzutage als Legitimationslehre verfassungsrechtlich begründet. Ein tragender Gedanke ist damit die Machtbegrenzung des Juristen, vor allem des Richters. Dieser Gedanke lässt sich in zwei Varianten durchspielen. Er gilt einmal im Verhältnis von Judikative zur Legislative. Der Richter ist nach den Art 20 Abs 3, 97 Abs 1 GG an Gesetz und Recht gebunden. Für ihn und die Verwaltung gilt der Gesetzesvorrang.<sup>31</sup> Es gilt die „*Erstzuständigkeit des Gesetzgebers*“.<sup>32</sup> Es ist grundsätzlich Aufgabe des Parlaments, über das Sachziel zu entscheiden.<sup>33</sup> Juristische Methodenlehre bindet zweitens den Richter gegenüber dem Bürger. Das Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips im Strafrecht besagt, dass keine Strafe ohne gesetzliche Grundlage erfolgen darf („*nullum crimen, nulla poena sine lege*“). Das Gericht soll die Erwägungen beider Seiten zur Kenntnis nehmen und in seine Erwägungen einbeziehen.<sup>34</sup> Konsequenterweise folgt aus der Berücksichtigungs- und Erwägungspflicht auch eine verfassungsrechtliche Begründungspflicht.<sup>35</sup> Damit wird eine diskursive Entscheidung vor Gericht gewährleistet<sup>36</sup> („*audiatur et altera pars*“<sup>37</sup>). Nur durch eine Begründung der Entscheidung kann der Betroffene beurteilen, ob sein Vorbringen berücksichtigt worden ist. Die juristische Methodenlehre ist damit auch Begründungslehre. Vor diesem Hintergrund sollte man weiterhin zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheiden. Mit dem Begriff der „*Interpretation*“ würde man leichtfertig Scheinbegründungen Vorschub leisten und die Gefahr vergrößern, dass der Rechtsanwender auf den für die Rechtsfortbildung gerade genannten erforderlichen höheren Begründungs-

29 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991) 366; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 467 ff. Man kann die Rechtsfortbildung noch weiter verstehen und darunter auch die Rechtsprechungsänderung und Bereiche der Konkretisierung umfassen, s. *Möllers*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> (2019) § 13 Rn 21 ff.

30 *Locke*, The Second Treatise of Government (1689) 7. Kap § 93; *Montesquieu*, De l'esprit des lois (1748) 11. Buch, 6. Kap.

31 *Schulze-Fielitz* in *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz Kommentar II<sup>3</sup> (2015) Art 20 Rn 101 mwN.

32 BVerfG 2 BvF 2/98 ua BVerfGE 101, 158, 217 f; *Hermes*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 61 (2002) 119 (129).

33 *Flume*, Richter und Recht, 46. DJT (1967) K 18.

34 *Schulze-Fielitz* in *Dreier*, Grundgesetz Kommentar III<sup>1</sup> (2018) Art 103 I Rn 20, 60 ff.

35 BVerfG 2 BvR 731/80 BVerfGE, 64, 135, 143 ff; BVerfG 2 BvR 207/92 InfAuslR 1992, 300 Ls 1.

36 *Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie (1974) 265; *Schulze-Fielitz* in *Dreier*, GG<sup>3</sup> Art 103 I Rn 12.

37 *Wacke*, Audiatur et altera pars: Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß, in FS Waldstein (1993) 369 ff.



aufwand verzichtet. *In concreto* muss also der Rechtsanwender nachweisen, warum er gegen den Wortlaut, gegen die Gesetzesgeschichte oder sogar gegen Systematik oder *Telos* eine Rechtsfortbildung begründen will.

### 1.2.3. Die im Vordringen befindliche begriffliche Differenzierung zwischen richtlinienkonformer Auslegung und richtlinienkonformer Rechtsfortbildung

Von richtlinienkonformer Rechtsfortbildung<sup>38</sup> spricht man, wenn der nationale Richter nationales Recht im Lichte einer europäischen Richtlinie nicht mehr nur auslegt, sondern den Wortlaut des nationalen Begriffs überschreitet und damit fortbildet oder ggf im Rahmen des Wortlautes neue Fallgruppen schafft oder die Rechtsprechung korrigiert. Inzwischen sind die höchsten deutschen Gerichte bereit, die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung auch als solche zu bezeichnen.<sup>39</sup> Auch in Österreich wird inzwischen immer häufiger der Begriff der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung verwendet.<sup>40</sup> Sogar der EuGH hat inzwischen seine methodische Terminologie geschärft und spricht von Rechtsfortbildung und kennt Rechtsfiguren wie Lücke, Analogie<sup>41</sup> oder Rechtsfortbildung *contra legem*.<sup>42</sup>

## 1.3. Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nach der Rechtsprechung des EuGH und BVerfG

### 1.3.1. Die konkretisierungsbedürftigen Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

Im Mehrebenensystem spielt die Kompetenz zwischen höherer und niedrigerer Ebene eine große Rolle wie beispielsweise das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Bund und der Europäischen Union. In zahlreichen Urteilen hat der EuGH

38 Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 12 Rn 55 ff.

39 S oben Fn 18. Auch das BVerfG spricht jetzt klar von Rechtsfortbildung und verwendet den ursprünglich vom BGH verwendeten Begriff der „einschränkende Auslegung“ kritisch nur mit Anführungszeichen, BVerfG 2 BvR 2216/06 ua NJW 2012, 669 Rn 58. Dies entbehrt nicht einer gewissen Ironie, weil das BVerfG selbst im Bereich des Verfassungsrechts nicht sauber zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung trennt, sondern auch den Begriff der verfassungskonformen Rechtsfortbildung für den Bereich der klaren Wortlautüberschreitung verwendet. Kritisch folglich Dreier, Die Verwaltung 36 (2003) 105 (111 Fn 43); Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 11 Rn 65 ff. Hierzu unten 3.1.1.

40 So OGH 4 Ob 15/13d wbl 2013, 351 unter 1.5. Vorher schon *Zöchling-Jud* in FS 200 Jahre ABGB II, 1763. Gelegentlich werden aber noch die weniger scharfen Begriffe richtlinienkonforme Interpretation (etwa OGH 4 Ob 15/13d wbl 2013, 351 unter 1.5.) und richtlinienkonforme Auslegung (OGH 4 Ob 208/10g JBl 2011, 738, 741 unter 3.) verwendet.

41 ZB EuGH 12.12.1985, C-165/84, *Krohn/Balm*, Slg 1985 I-03997 Rn 14, 29; s auch EuGH 26.10.2006, C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Consun UA*, Slg 2006 I-10211 Rn 40; EuGH 11.7.1978, C-6/78, *Union française de céréales/HZA Hamburg Jonas*, Slg 1978, 1675 Rn 4.

42 S unten Fn 47.

zu wichtigen Argumentationsfiguren der richtlinienkonformen Interpretation Stellung genommen. Allerdings sind die Vorgaben des EuGH nicht immer homogen. Im Rahmen des **Gesetzgebungswillens** geht der EuGH davon aus, dass der Mitgliedstaat bei der Umsetzung von Richtlinien prinzipiell „*die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen*“.<sup>43</sup> Dies müsse „*ungeachtet entgegenstehender Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zu den nationalen Regelungen ergeben könnten*“, gelten.<sup>44</sup> Im Rahmen der **Systematik** stellte der EuGH auf die Richtlinie ab, so dass die Mitgliedstaaten im Rahmen ihres nationalen Beurteilungsspielraumes die nationale Norm „*im Lichte der Richtlinie*“ auszulegen hätten.<sup>45</sup> Das *Telos* der Richtlinie sei zu berücksichtigen.<sup>46</sup> „*Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung [besser: richtlinienkonformen Interpretation, Anm des Verfassers] verlangt [...], dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt.*“<sup>47</sup> Zudem hat der EuGH betont, dass eine bisherige Rechtsprechung einer richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegenstehen dürfe.<sup>48</sup>

Allerdings hat der EuGH diese Vorgaben **deutlich eingeschränkt**, weil die Mitgliedstaaten **nur den Beurteilungsspielraum des nationalen Rechts** voll auszuschöpfen haben.<sup>49</sup> Dazu müsse das nationale Gericht entscheiden, ob es die in Rede stehende nationale Vorschrift unangewendet lassen möchte.<sup>50</sup> Zudem würde die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen.<sup>51</sup>

43 EuGH 16.12.1993, C-334/92, *Wagner Miret*, Slg 1993 I-06911 Rn 20; in ähnlicher Formulierung EuGH 5.10.2004, C-397/01 ua, *Pfeiffer*, Slg 2004 I-08835 Rn 112.

44 EuGH 29.4.2004, C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier AB*, Slg 2004 I-05791 Rn 13.

45 EuGH 10.4.1984, C-14/83, *von Colson und Kamann*, Slg 1984, I-1891 Rn 26; EuGH 8.10.1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg 1987 I-03969 Rn 12.

46 EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 110 f.

EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 110 f.

47 EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 111; s auch EuGH 16.7.2009, C-12/08, *Mono Car Styling*, Slg 2009 I-06653 Rn 61; EuGH 27.2.2014, C-351/12, *OSA*, Slg GRUR 2014, 473 Rn 45.

48 EuGH 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri*, ZIP 2016, 1085 Rn 33 f.

49 EuGH 10.4.1984, C-14/83, *von Colson und Kamann*, Slg 1984, I-1891 Rn 28.

50 EuGH 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri*, ZIP 2016, 1085 Rn 37.

51 EuGH 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri*, ZIP 2016, 1085 Rn 33 f.

### 1.3.2. Die konkretisierungsbedürftigen Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts

In Deutschland wird zwar im Grundsatz unstrittig anerkannt, dass Unionsrecht auf das nationale Recht einwirkt und von deutschen Gerichten anzuwenden ist.<sup>52</sup> Zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung gibt es bisher allerdings nur einige erste noch nicht homogene Kammerbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts. Es erkennt die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Argumentationsfigur ausdrücklich an und akzeptiert auch die Rechtsfigur, dass der Wille des nationalen Gesetzgebers dahin gehe, im Zweifel nicht gegen seine Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie gem Art 288 Abs 3 AEUV zu verstoßen.<sup>53</sup> Daraus ergebe sich auch die planwidrige Lücke und damit die Eröffnung der Möglichkeit der Rechtsfortbildung.<sup>54</sup> Zudem seien die Grundsätze des Vertrauensschutzes *in concreto* nicht verletzt.<sup>55</sup>

Allerdings betont das BVerfG auch, dass **alleine die nationalen Gerichte** über die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung entscheiden.<sup>56</sup> Zudem sei eine verfassungsrechtlich unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dadurch gekennzeichnet, so wörtlich, „*dass sie, ausgehend von einer teleologischen Interpretation, den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird.*“<sup>57</sup> „*Richterliche Rechtsfortbildung überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen, wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft.*“<sup>58</sup>

Diese Ausführungen sind zurzeit noch zu tastend, um die Rolle der richterlichen Rechtsfortbildung im Verhältnis zum europäischen Recht richtig zu verorten. Unklar und damit wenig hilfreich ist etwa die Aussage, ob mit der Rückbindung an die „gesetzlichen Aussagen“ ausschließlich das nationale Recht oder aber vielmehr das europäische Recht der Richtlinie gemeint ist. Darauf wird zurückzukommen sein.

52 BVerfG 1 BvR 248/63 ua BVerfGE 22, 293, 296; BVerfG 2 BvR 225/69, *Milchpulver*, BVerfGE 31, 145, 173 f; BVerfG 2 BvR 687/85 BVerfGE 75, 223, 240 f; BVerfG 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, 375; BVerwG 11 C 47/92 BVerwGE 92, 81, 83, 85 ff; BGH I ZR 211/95 BGHZ 138, 55, 59 ff.

53 BVerfG 2 BvR 2216/06 ua NJW 2012, 669 Rn 51 = BVerfGK 19, 89; BVerfG 1 BvR 121/11 ua ZIP 2013, 924, 926 Rn 33.

54 BVerfG 1 BvR 121/11 ua ZIP 2013, 924, 926 Rn 33.

55 BVerfG 2 BvR 2216/06 ua NJW 2012, 669 Rn 62 ff.

56 BVerfG 2 BvR 2216/06 ua NJW 2012, 669 Rn 48; BVerfG 2 BvR 1131/16 NJW-RR 2018, 305 Rn 36 f.

57 BVerfG 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05 BVerfGE 118, 212, 243.

58 BVerfG 2 BvR 2216/06 NJW 2012, 669 Rn 56.

## 2. Die enge traditionelle Grenze zulässiger Rechtsfortbildung

### 2.1. Argumentationsfiguren zur Ablehnung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

Für viele Autoren sind die Ausführungen des EuGH reine „fakultative“ Hilfestellungen<sup>59</sup>; entscheidend bleibe die nationale Methodik.<sup>60</sup> Das ist auch die Perspektive im österreichischen Recht.<sup>61</sup> Zudem gibt es weiterhin eine prominente Ansicht, die vehement die Grenzen zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung sehr eng zieht und dabei zahlreiche Argumente vorträgt: Maßgeblich sei ausschließlich der Wertungsplan des nationalen Rechts.<sup>62</sup> Der Richter sei zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nur dann berechtigt, wenn sich aus dem nationalen Recht ein Beurteilungsspielraum ergebe.<sup>63</sup> Die Richtlinie sei nicht unmittelbar anwendbar, der Richter griffe in das Gestaltungsrecht des nationalen Gesetzgebers ein, wenn er das Recht gegen den Wortlaut fortbilden würde; der Hinweis auf den hypothetischen Willen des nationalen Gesetzgebers sei Fiktion und unbeachtliches Motiv<sup>64</sup>, der Vergleich mit dem Altern einer Kodifikation absurd, weil dann das Gesetz bei Zustandekommen schon veraltet sei.<sup>65</sup> Fehle ein nationaler Umsetzungsakt, könne man die Richtlinie nicht zur Interpretation heranziehen.<sup>66</sup> Folglich dürfe eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung das Gesetz nicht derogieren<sup>67</sup> oder „verbiegen“<sup>68</sup>; konsequenterweise sei auch eine teleologische Reduktion auf null eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra*

59 So die Formulierung von *Hayden*, ZfRV 2016, 249.

60 *W.H. Roth/Jopen in Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> (2015) § 13 Rn 48; *Kramer*, Duplik zu *Riesenhuber*, Methodendivergenzen ertragen, GPR 2016, 210.

61 OGH 4 Ob 120/10s RdW 2010, 779 unter 1.2.: Richtlinienkonforme Interpretation wird durch die nationalen Auslegungsregeln begrenzt; *Rebhahn in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> nach §§ 6, 7 Rn 139.

62 *Baldus/Becker*, Haustürgeschäfte und richtlinienkonforme Auslegung – Probleme bei der Anwendung angeglichenen europäischen Privatrechts, ZEuP 1997, 874 (882); *Höpfner*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009 (2010) 73 (85); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie<sup>10</sup> (2018) Rn 912: „Die Zulässigkeit einer ‚richtlinienkonformen Auslegung‘ bemisst sich allein am Wertungsplan der nationalen Gesetzgebung“; in diese Richtung auch *Gsell*, JZ 2009, 525.

63 *Höpfner*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 85; für das österreichische Recht s OGH 4 Ob 120/10s RdW 2010, 779 unter 1.2.; zustimmend *Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rn 139; *Rebhahn in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> nach §§ 6, 7 Rn 140.

64 *Herdegen*, Richtlinienkonforme Auslegung im Bankrecht: Schranken nach Europa- und Verfassungsrecht, WM 2005, 1921 (1923); *Schürnbrand*, Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, JZ 2007, 910 (913); *Canaris in FS Bydlinski*, 99; *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBl 2015, 2 (8).

65 *Baldauf*, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legen-Grenze im Privatrechtsverhältnis (2013) 220.

66 *Perner*, EU-Richtlinien 108 ff.

67 *Canaris in FS Bydlinski*, 94.

68 *Heß*, JZ 1995, 151; *Canaris in FS Bydlinski*, 97.

*legem*.<sup>69</sup> Und schließlich: Die richterliche Rechtsfortbildung käme einer unzulässigen horizontalen Drittwirkung gleich.<sup>70</sup> Da die richtlinienkonforme Auslegung und ihre Grenze Argumentationsfiguren des nationalen Rechts seien, dürfe der Richter den normativen Gehalt der nationalen Regelung nicht grundlegend neu bestimmen<sup>71</sup> oder ihr einen anderen Sinn geben.<sup>72</sup>

Der BGH betonte, bei einem eindeutigen Wortlaut sei eine „richtlinienkonforme Auslegung“ – gemeint ist offenbar eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung – nicht möglich.<sup>73</sup> Das BVerfG und der OGH betonen, dass die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht erlaube, der nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung einen abweichenden oder entgegengesetzten Sinn zu geben.<sup>74</sup> Unzulässig sei damit eine normative Neubestimmung der Norm. Zweifelhafte sei auch, in welchem Umfang Tatbestandsmerkmale neu begründet werden können.<sup>75</sup>

## 2.2. Vor- und Nachteile der traditionellen Perspektive

### 2.2.1. Argumente für eine enge *Contra-legem*-Grenze

Eine Reihe von Argumenten spricht für eine solche traditionell eng verstandene *Contra-legem*-Grenze: Die Beibehaltung des gerade genannten Argumentationskanons erscheine methodisch stimmig, weil Art 288 Abs 3 AEUV nun einmal die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erlaube und deshalb auch die Sinnerschließung durch die juristischen Methoden sich ausschließlich national erschließe.<sup>76</sup> Der Richter müsste keine methodischen „Verrenkungen“ machen.

69 Etwa OLG München 14 U 103/13 VersR 2013, 1025 (1028); für das österreichische Recht *Klamert*, Richtlinienkonforme teleologische Reduktion bis zur Gegenstandslosigkeit – Methodologische Anmerkungen zur Zugabeverbot-Entscheidung des OGH 4 Ob 208/10g, JBl 2011, 738 (741).

70 *Zöckler*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1992 (1993) 141, 157; *Franzen*, JZ 2003, 327; *Schürnbrand*, JZ 2007, 913; *Gsell*, JZ 2009, 522, 524; *dies*, Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, AcP 2014, 99 (138).

71 OGH 8 ObS 13/05b ZIK 2006, 35; OGH 9 ObA 106/06p ZIK 2008, 22; OGH 7.2.2008, 9 ObA 161/07b; *Rebhahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang AGBG<sup>3</sup> nach §§ 6, 7 Rn 140; *P. Bydlinski*, JBl 2015, 10.

72 *Rebhahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang AGBG<sup>3</sup> nach §§ 6, 7 Rn 140; *Perner*, EU-Richtlinien 94; s auch die Autoren in Fn 149.

73 BGH XI ZR 134/02 NJW 2004, 154 (155 f); BGH XI ZR 54/04 BeckRS 2005, 01615. Ebenso die Ansicht für die primärrechtskonforme Auslegung, etwa bei der Frage der Anwendung der Deutschen Grundrechte für EU-Mitbürger, s *Bauer/Kahl*, Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen Grundrechten? JZ 1995, 1077 (1085); *Scholz* in *Maunz/Dürig* (Hrsg), Grundgesetz, 81. EL Sep. 2017 Art 12 Rn 104; *Dreier* in *Dreier*, GG<sup>3</sup> Vorb Rn 116; ausdrücklich offengelassen von BVerfG 2 BvR 282/13 ua NJW 2016, 1436 Rn 8 ff.

74 BVerfG 2 BvR 2216/06 ua NJW 2012, 669 Rn 56; für Österreich s OGH 4 Ob 120/10s RdW 2010, 779 unter 1.2.

75 Angesprochen bei *Staudinger*, Entscheidungsanmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.4.2008 – Rs. C-404/06, ZJS 2008, 309 (310), indem er zwischen der positiven Begründung eines Anspruchs und dem Ausschluss von nationalem Recht durch eine Richtlinie unterscheidet.

76 *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 882.

Vor allem kann der Richter mit der nationalen Perspektive das überraschende „*ausbrechende Auslegungsergebnis*“<sup>77</sup> des EuGH zurückweisen und muss sich keine Gedanken machen, wie er ein solches rechtsfortbildend noch in das nationale Recht hineinlesen kann. Und schließlich kann die konkrete Sachentscheidung des nationalen Gesetzgebers Vorrang vor dem vermeintlich allgemeinen Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers haben, richtlinienkonform zu handeln.<sup>78</sup>

### 2.2.2. Rechtsfortbildung und die Methodik als Legitimationslehre im europäischen Mehrebenensystem: das europäische Parlament, das nationale Parlament und der EuGH

Oben wurde die juristische Methodenlehre als Legitimationslehre zur Begrenzung der Macht des Richters gegenüber dem Parlament und dem Bürger beschrieben.<sup>79</sup> Der Richter hat nicht zu prüfen, ob eine gesetzliche Lösung die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste ist.<sup>80</sup> Es ist allerdings fraglich, ob diese Frage zulässiger Rechtsfortbildung als Legitimationsfrage des Richters gegenüber dem Parlament oder dem Bürger hier wirklich passt. Denn es geht mitnichten darum, dass sich der nationale Richter Kompetenzen anmaßt, die dem Parlament zustehen, und er sich zum gesetzgebenden Richter aufschwingt. Er ist nicht Pianist<sup>81</sup>, sondern muss gleich drei Herren dienen:<sup>82</sup>

1. auf europäischer Ebene erlassen Kommission, Rat und Parlament die Richtlinie, die einen Geltungsanspruch erhebt und damit auf nationaler Ebene gilt.<sup>83</sup>
2. Der nationale Gesetzgeber hat die europäische Richtlinie umzusetzen. Der nationale Richter ist an die Umsetzungsvorgaben gebunden.
3. Und schließlich konkretisiert der EuGH, dem der nationale Richter typischerweise in einem Vorabentscheidungsverfahren eine Auslegungsfrage zur europäischen Richtlinie vorlegt, das europäische Recht.

Zeitlich darauffolgend muss der nationale Richter entscheiden, **wie er dieses mehrpolige Spannungsverhältnis auflöst**, ob er richtlinienkonform den Vorgaben des EuGH folgen kann oder aber dies verneinen und den Umsetzungsauftrag an das nationale Parlament weitergeben muss. Es geht hier nicht um Rechtsgestaltung des Richters zulasten der Legislative, sondern der nationale Richter versucht bestmöglich, allen drei Herren gerecht zu werden.

---

77 So die Formulierung v OGH 9 Ob 64/13x EvBl 2014, 612 Rn 4.10.

78 S unten 4.3.2.

79 S oben 1.2.3.

80 Ständige Rechtsprechung, etwa BVerfG 1 BvR 323/51 ua BVerfGE 3, 162, 182; BVerfG 1 BvR 121/76 ua BVerfGE 54, 11, 26.

81 *Hirsch*, Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, 161.

82 Zum Bild des Richters als Diener des Gesetzgebers, *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 1914, 1 (19 ff).

83 S sogleich unter 3.3.2.

### 3. Die neue, moderne Linie der Rechtsprechung zur Grenze zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung

Wie lassen sich die Urteile des BAG<sup>84</sup>, des BGH<sup>85</sup> und des OGH<sup>86</sup> rechtfertigen, die den Anwendungsbereich einer Norm ausschließen und dies mit einer teleologischen Reduktion der jeweiligen Norm begründen, um diese dann *in concreto* nicht anzuwenden? Im Folgenden ist entgegen der unter II. dargestellten traditionell engen Perspektive zu zeigen, dass zahlreiche Argumentationsfiguren für eine **weitere, moderne** Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung sprechen. Dazu lassen sich interessenorientierte (3.1.), historische (3.2.), teleologische (3.3.) und systematische (3.4.) Argumente anführen.

#### 3.1. Interessenorientierte Überlegungen bei der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

##### 3.1.1. Der interessengerechte Paternalismus zugunsten des Willens des nationalen Parlaments

Bei der Lösung eines Rechtsproblems sind insbesondere auch die Interessen und Wertungen des Gesetzes zu berücksichtigen.<sup>87</sup> Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung entspricht zuvörderst dem **Willen des nationalen Parlaments**. Wenn das nationale Parlament irrt, kann die Rechtsprechung den Fehler durch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung heilen. Bejaht man die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in einem weiteren Umfang, erlaubt dies dem Mitgliedstaat, zur Umsetzung mit dem damit verbundenen Risiko schadlos Fehler zu machen. Mit anderen Worten: Jetzt nutzt das nationale Parlament seinen **Ermessensspielraum**, die Richtlinie so umzusetzen, dass möglichst wenig an bisheriger nationaler Dogmatik aufgegeben werden muss.<sup>88</sup> Das zeigen die Fälle zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf das Beste.<sup>89</sup> Würde man umgekehrt dem nationalen Richter dieses Instrument nehmen, dem nationalen Parlament damit die Staatshaftung androhen, könnte man künftig dem Parlament nur anraten, auf jede Umsetzung in nationale Kodifikationen zu verzichten und die Richtlinie dann nach Ablauf der Umsetzungsfrist einfach als verbindliches nationales Gesetz zu erklären. Damit hätte man sich jeden Gestaltungsspielraum genommen. Damit wäre die Idee der Richtlinie, dass sie weniger stark als die Verordnung in das nationale Recht eingreift und „*innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel*“ gem Art 288 Abs 3 AEUV überlässt, aber hinfällig.

84 ZB BAG 9 AZR 983/07 BAGE 130, 119 Rn 64.

85 BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27, 25 ff; BGH VIII ZR 70/08 BGHZ 192, 148 Rn 30 ff; BGH IV ZR 76/11 BGHZ 201, 101 Rn 22 ff.

86 OGH 4 Ob 208/10g JBl 2011, 738 unter 3.

87 Zu Interessens- und Wertungsjurisprudenz s Möllers, *Juristische Methodenlehre*<sup>2</sup> § 5 Rn 19 ff.

88 Hierzu bereits Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration* (1999) 72.

89 Sogleich 3.2.2.

Zudem greift das Gericht nur vorübergehend in die Zuständigkeit des Gesetzgebers ein, weil das vom EuGH entwickelte **Transparenzgebot** mittelfristig die klare Regelung im nationalen Gesetz verlangt.<sup>90</sup> In allen drei oben genannten Fällen<sup>91</sup> hatte der deutsche Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung zur Umsetzung der EuGH-Vorgaben geschaffen.<sup>92</sup> Auch steht es dem Gesetzgeber jederzeit frei, die Lösung des Gerichts zu korrigieren. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 439 Abs 3 BGB nF gilt die *Fliesen*-Rechtsprechung nunmehr nicht nur für B2C-Geschäfte, sondern auch für B2B-Geschäfte. Die frühere, gegenteilige Rechtsprechung des BGH wird damit durch den Gesetzgeber aufgehoben.<sup>93</sup> Das ist dann Gewaltenteilung *par excellence*.

Würde man die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eng interpretieren, würde man den Kläger zwingen, Ansprüche wegen unzureichender Umsetzung der Richtlinie gegen die Bundesrepublik Deutschland geltend zu machen. Letztlich hätte der EuGH zu entscheiden, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das nationale Recht vorliegt, der einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch begründen kann.<sup>94</sup>

### 3.1.2. Die Interessen des Klägers

Der EuGH hat die ausschließliche Kompetenz, europäisches Recht auszulegen, Art 19 Abs 3 lit b EUV. Der Bürger erhebt Klage, das nationale Gericht fragt den EuGH, der EuGH gibt dem Kläger Recht oder nicht. Vorabentscheidungsverfahren dauern lange. Als Zwischenverfahren werden sie regelmäßig erst von den höchsten nationalen Gerichten, also nach teilweise langwierigem Instanzenzug, gestartet. So dauern die Verfahren oft sechs, acht, zehn Jahre. Und selbst dann, wenn der EuGH zugunsten des Klägers entscheidet, bedeutet das nicht automatisch, dass dies auch das zuständige nationale Gericht tut. Wenn das nationale Gericht die Grenzen seiner methodischen Möglichkeiten als überschritten ansieht, versagt es dem Zivilkläger den Anspruch, weil die Richtlinie nicht unmittelbar unter Privaten wirkt und damit der Anwendungsvorrang nicht eingreifen kann. In Frage stehen aber immer Rechte des Bürgers, welche das europäische Recht hergibt und welche die inkorrekte Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht

90 EuGH 10.5.2001, C-144/99 Slg 2001 I-03541 Rn 21; hierzu *Micklitz*, EWS-Kommentar, EWS 2001, 486 (487).

91 S oben unter 1.1.

92 Nach dem *Draehmpaehl*-Urteil des EuGH hatte der deutsche Gesetzgeber in § 611a BGB aF einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch eingeführt, BGBl 2002 I, 42, 156. Die *Quelle*-Entscheidung des BGH nahm der Gesetzgeber zum Anlass, um bei einem Verbrauchsgüterkauf Nutzungsansprüche des Verkäufers auszuschließen, § 474 Abs 5 BGB, BT-Drucks 16/10607 5 f. Die Umsetzung der *Fliesen*-Entscheidung erfolgt in § 439 Abs 3 BGB, BGBl 2017 I, 969 f.

93 So ausdrücklich BT-Drucks 18/8486, 27. Zum früheren Recht BGH VIII ZR 226/11 BGHZ 195, 135 Rn 17 ff.

94 EuGH 19.11.1991, C-6/90 ua, *Francovich*, Slg 1991 I-05357 Rn 11, 16 ff. Es kann wohl kaum im Interesse der Mitgliedstaaten sein, dem EuGH Fallmaterial für solche Fallkonstellationen zu geben.



verweigert. Gerade für den Anwendungsvorrang und der unmittelbaren Geltung war der Umstand, dass europäisches Recht dem Bürger Rechte verleiht, aber ein wichtiger Topos.<sup>95</sup> Kurzum: Wer möchte in der Haut des Anwaltes stecken, der der Partei erzählen muss, man habe in der Sache vor dem EuGH als höchstem europäischem Gericht gewonnen, aber leider ließe die deutsche Methodik die Durchsetzung der Ansprüche nicht zu? Nicht angenehmer ist die Situation, dem Kläger sagen zu müssen, dass man nun eine neue Klage gegen Staat auf Staatshaftung empfehle. Der Staatshaftungsanspruch mag ein scharfes Schwert sein, wenn der nationale Gesetzgeber die Richtlinie nicht umsetzt, wie der *Francovich*-Fall zeigt. Ansonsten sind die Voraussetzungen eines „qualifizierten Verstoßes“ eher nicht gegeben, vor allem, wenn der nationale Gesetzgeber nicht vorsätzlich handelt, sondern sich schlicht irrt.<sup>96</sup> Es entsteht dann eine **Rechtsschutzlücke**.<sup>97</sup>

### 3.1.3. Die Erwartung der Allgemeinheit und des EuGH

Solange der nationale Gesetzgeber die Vorgaben des EuGH nicht umsetzt, existiert ein Schwebezustand, der die Rechtsunsicherheit perpetuiert. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ermöglicht schneller als der nationale Gesetzgeber, auf die Vorgaben des EuGH zu reagieren, ohne dass die Staatshaftung droht. Durch die Rechtsfortbildung entwickelt das nationale Gericht das Recht fort, indem es die Sache positiv entscheidet. Damit schafft es Rechtssicherheit.<sup>98</sup>

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung entspricht der Erwartung des EuGH und der Allgemeinheit. Der EuGH entscheidet; seine Vorgaben binden die Parteien und die Ausgangsgerichte.<sup>99</sup> Oft irrt nicht nur der nationale Gesetzgeber, sondern auch das nationale Gericht. Wenn das nationale Gericht eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ablehnt, gewinnt man den Eindruck, es wäre resistent und würde die Vorgaben des EuGH ignorieren wollen. Für den Glauben an den Rechtsstaat wäre es der Allgemeinheit kaum vermittelbar, ihm nach acht oder zehn Jahren in der Sache Recht zu geben, die Klage dann aber doch abweisen zu müssen.

### 3.1.4. Das geschützte Vertrauen des Beklagten

Letztendlich wird auch die Position des Beklagten berücksichtigt, weil das Rückwirkungsverbot und der Vertrauensschutz ausdrücklich als Schranke der Rechtsfortbildung anerkannt werden.<sup>100</sup>

95 EuGH 5.2.1963, C-26/62, *van Gend*, Slg 1963 I-00003 Rn 7, 24, 27.

96 EuGH 5.3.1996, C-46/93 ua, *Brasserie du Pêcheur*, Slg 1996 I-01029 Rn 55 f. *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 52; ähnlich *P. Bydlinski*, JBl 2015, 5: „steiniger Weg“.

97 Das müssen auch die Gegner einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung anerkennen, s etwa *Schulte-Noelke/Busch*, Direktwirkung von umgesetzten EG-Richtlinien, in FS Canaris (2007) 795 (806); *Gsell*, JZ 2009, 525; *Baldauf*, Richtlinienverstoß 249 ff.

98 Zu diesem Topos s *Möllers*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 13 Rn 63.

99 EuGH 3.2.1977, C-52/76, *Benedetti*, Slg 1977 I-00163 Rn 26 f; BAG 9 AZR 983/07 BAGE 130, 119 Rn 47.

100 S unten 4.3.4.

## 3.2. Der Wille des nationalen Gesetzgebers

### 3.2.1. Der generelle Wille zur korrekten Umsetzung der Richtlinie

Die Vermutung, dass der Gesetzgeber die Richtlinie richtig umsetzen wollte, kann der EuGH als Prämisse nicht aufstellen.<sup>101</sup> Denn wenn die Frage der Reichweite richtlinienkonformer Auslegung auf nationalem Recht beruht, kann nur das nationale Recht eine solche Prämisse begründen. Folglich muss der Wille des nationalen Gesetzgebers, richtlinienkonform zu handeln, autonom aus dem Recht des Mitgliedstaates begründet werden. So lässt sich argumentieren, dass der deutsche Gesetzgeber nicht gegen seine Umsetzungspflicht aus Art 288 Abs 3 AEUV verstoßen wollte,<sup>102</sup> weil er ansonsten riskiert, sich schadensersatzpflichtig zu machen.<sup>103</sup> Einen solchen generellen Umsetzungswillen zu bejahen widerspricht auch nicht der Gewaltenteilung, sondern stellt sie gerade sicher, weil mit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung das Ziel des nationalen Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, erreicht wird.<sup>104</sup> Wenn folglich das BVerfG den konkreten Umsetzungswillen des nationalen Parlamentes bejaht, eine richtlinienkonforme Regelung schaffen zu wollen,<sup>105</sup> ist dem zuzustimmen.

### 3.2.2. Der Widerspruch zwischen konkretem und generellem Umsetzungswillen – weitere Konkretisierungen durch die Rechtsprechung

Problematisch ist nun der Fall, dass die konkrete Umsetzungsabsicht falsch ist. In diesem Fall hat der generelle Umsetzungswille des Gesetzgebers Vorrang gegenüber der konkreten Regelungsabsicht, soweit der Gesetzgeber unbewusst von der Richtlinie abweicht, weil er irrt, also von einem Fehlverständnis der Richtlinie ausgeht. In der *Quelle*-Entscheidung hielt der BGH den subjektiven Willen des

101 Kritisch zu dieser europäischen Vermutungsregel folglich *Schürnbrand*, JZ 2007, 916; *W. H. Roth/Jopen in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*<sup>3</sup> § 13 Rn 29 f.

102 BVerfG 2 BvR 2216/06 ua BVerfGK 19, 89, 101: „[...] weil es sich um ein Umsetzungsgesetz zu einem unionalen Rechtsakt wie einer Richtlinie handelt, kann innerstaatlich durch die Annahme Rechnung getragen werden, dass der mietgliedstaatliche Gesetzgeber im Zweifel nicht gegen seine Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV das Ziel der Richtlinie fristgemäß umzusetzen, verstoßen wollte.“

103 Auch im österreichischen Recht wird hervorgehoben, dass der allgemeine Wille des Gesetzgebers, die Richtlinie umsetzen zu wollen, zur Rechtsfortbildung berechtigen kann. S OGH 4 Ob 208/10g JBl 2011, 738 unter 2.3.(a); *Perner*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: OGH folgt *Quelle*-Rsp des BGH, ÖJZ 2011, 621; *Zöchling-Jud*, in FS 200 Jahre ABGB 1763 f.

104 *Möllers/Möhrling*, Über Sinn und Unsinn der sogenannten „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung“, JZ 2008, 919 (922); *Möllers*, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Beschluss des BVerfG vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, JZ 2009, 405 (406); *Schulte-Nölke/Busch* in FS Canaris 800 ff; *Pfeiffer*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die *Quelle*-Folgeentscheidung des BGH, NJW 2009, 412; *Leenen*, Die Auslegung von Richtlinien und die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, Jura 2012, 753 (760 f); *W. H. Roth/Jopen in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*<sup>3</sup> § 13 Rn 57.

105 S oben Fn 53.

Gesetzgebers zur richtigen Umsetzung der Richtlinie für beachtlich und bejahte folglich eine planwidrige Lücke, die zur Rechtsfortbildung in Form der teleologischen Reduktion des § 439 Abs 4 BGB aF im B2C-Verhältnis berechtige.<sup>106</sup> Auch in Österreich ist anerkannt, dass der konkrete Umsetzungswille ein gewichtiges Argument für eine zulässige Rechtsfortbildung bilden kann, etwa wenn der Gesetzgeber bei der Novelle des österreichischen UWG davon ausgeht, dass er eine in „*jeder Hinsicht richtlinienkonformen Regelung*“ schaffe.<sup>107</sup>

Definiert man die Grenze der Rechtsfortbildung als Interpretation, die ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird,<sup>108</sup> so kommt diesem Willen des Gesetzgebers eine entscheidende Komponente zu. Einfach sind die Fälle, in denen ein Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers nachweisbar ist. Die Rechtsprechung hat nun versucht, mit zwei Formeln diesen Umsetzungswillen zu konkretisieren: Erstens wird gefragt, ob durch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht verändert wird, sondern die **Rechtsfortbildung seinem Willen noch entspricht**.<sup>109</sup> Zum Zweiten ließe sich der allgemeine Umsetzungswille leicht modifizieren, indem man fragt, was der Gesetzgeber **getan hätte, wenn er seinen Verstoß gegen die Richtlinie bemerkt hätte**.<sup>110</sup> Die Rechtsprechung hat inzwischen eine Lücke für den Fall bejaht, dass ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise getroffen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass sie nicht richtlinienkonform ist.<sup>111</sup> Zugebenermaßen sind solche Fragen sehr hypothetisch und deren Beantwortung spekulativ. Hier wird nicht mehr die subjektive *Ex-ante*-Perspektive, sondern eine objektive *Ex-post*-Perspektive eingenommen.

### 3.2.3. Stellungnahme

Statt zu spekulieren, lässt sich recht einfach unterscheiden: Wenn sich der nationale Gesetzgeber bewusst über das europäische Recht hinwegsetzt, ist eine richt-

106 BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27, 38 f. Vorher schon *Grundmann*, ZEuP 1996, 420; ähnlich *Herresthal*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung im Kaufrecht, WM 2007, 1354 (1356 f); *Dänzer-Vanotti*, StVj 1991, 5 ff.

107 OGH 4 Ob 208/10g JBl 2011, 738 (741) unter 2.3.(a); s auch *Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rn 141.

108 S oben Fn 57.

109 BGH VIII ZR 158/11 BGHZ 207, 209 Rn 43. Die Hinweise auf weiterführende Rechtsprechung tragen allerdings nicht!

110 So bereits *Rott*, Austausch der fehlerhaften Kaufsache nur bei Herausgabe von Nutzungen? BB 2004, 2478 (2479); *Schulte-Nölke*, Alter Herd ist Geldes wert? – Das neue Schuldrecht auf dem Prüfstand des Europarechts, ZGS, 2006, 321; *Witt*, Nutzungersatz bei Nachlieferung – BGH-Vorlage an den EuGH, NJW 2006, 3322 (3324 Fn 30 im Widerspruch zu S 3324 im Text); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung (1996) 227, 298.

111 BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27 Rn 25; BGH VIII ZR 70/08 BGHZ 192, 148 Rn 34; BVerwG 6 C 2. 16 BVerwGE 157, 249 Rn 29.

linienkonforme Rechtsfortbildung nicht möglich.<sup>112</sup> Gleiches gilt, wenn der Gesetzgeber die Fallkonstellation nicht regeln wollte.<sup>113</sup> Dann setzt sich der klare Wille des nationalen Gesetzgebers durch und ein Gericht darf sich nicht darüber hinwegsetzen. Ansonsten sperrt der historische Wille eine Rechtsfortbildung aber nicht, weil das historische Argument selten besonders stark ist. Oft ist der historische Wille mehrdeutig.<sup>114</sup> Zudem kann der damals gültige Wille durch eine objektive Auslegung außer Kraft gesetzt werden.<sup>115</sup> Der hypothetische Wille ist per definitionem hypothetisch und damit oft spekulativ. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers etwas ableiten zu wollen, ist schwierig, oft ist es irrelevant, ein juristisches „*nullum*“.<sup>116</sup> Eine große Anzahl von Stimmen hat deshalb Zweifel, den generellen Umsetzungswillen immer durchgreifen zu lassen.<sup>117</sup> Schließlich versagt er, wenn der nationale Gesetzgeber die Richtlinie noch gar nicht umgesetzt hat. Wird die Richtlinie überhaupt nicht umgesetzt, kann mit dem Willen zur Umsetzung kaum argumentiert werden.<sup>118</sup> Allerdings soll dann wohl die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation weiterhin gelten.<sup>119</sup> Gerade weil die Rechtsfortbildung stärker als die Auslegung das geltende Recht ändert, sollte die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung neben dem Willen des nationalen Gesetzgebers mit weiteren Argumentationsfiguren abgestützt werden.<sup>120</sup>

### 3.3. Die Ausrichtung methodischer Argumentationsfiguren auf das Telos der Richtlinie

Neben der Folgenorientierung und dem historischen Willen ist schließlich das *Telos* der Richtlinie heranzuziehen, um die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zu bestimmen. Allerdings sind die Begründungsansätze in der Rechtsliteratur zum Teil unzureichend.

112 BAG 2 AZR 343/05 BAGE 117, 281, 289; *Canaris* in FS Bydliński 85; *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 923; *W. H. Roth/Jopen* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 13 Rn 66. Diskutiert auch von s BAG 9 AZR 983/07 BAGE 130, 119 Rn 69 ff.

113 Dazu wird weiter unten Stellung genommen, s unten 4.3.2.

114 *Seibert* in *Fleischer* (Hrsg), *Mysterium „Gesetzgebungsmaterialien“* (2013) 111 (116); kritisch folglich das Sondervotum *Schluckebier* und *Hermanns* in BVerfG 1 BvR 471/10 ua, *Kopftuch II*, BVerfGE 138, 296 Rn 23; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*<sup>2</sup> § 6 Rn 42 ff.

115 BVerfG 2 BvH 2/52 BVerfGE 1, 299, 312; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>3</sup> (1995) 137 f; *Honsell* in *Staudinger* (Hrsg), *BGB* (2013) Einl zum BGB Rn 137; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*<sup>5</sup> (2016) 143 f; *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*<sup>3</sup> (2008) 632; ausführlich *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*<sup>2</sup> § 6 Rn 60 ff.

116 Hierzu *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*<sup>2</sup> § 13 Rn 39 ff.

117 *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang ABGB*<sup>3</sup> §§ 6 ,7, Rn 141; *Kodek in Rummel/Lukas*, *AGBG*<sup>4</sup> § 6 Rn 246.

118 Kritisch auch *Gsell*, JZ 2009, 523: „*Es fehlt dem Kriterium aber die sachliche Überzeugungskraft*“. Kritisch wohl *Kodek in Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup> § 6 Rn 246; *Perner*, *EU-Richtlinien* 109 f.

119 Das übersieht *Perner*, *EU-Richtlinien* 109 f.

120 Zur erhöhten Begründungs- und Legitimationspflicht im Rahmen der Rechtsfortbildung s bereits oben 1.2.3.

### 3.3.1. Unzureichende Begründungsansätze in der Literatur

Eine Ansicht legt die deutsche Rechtsnorm im Lichte der Richtlinie aus, betrachtet also die deutsche Norm im Kontext der Gesamtrechtsordnung, die sich aus nationalem Recht und Richtlinie zusammensetzt.<sup>121</sup> Daran ist kritisiert worden, die Richtlinie sei ein eigenes Regelungsgebäude, ohne aber unmittelbar in Deutschland für jedermann zur Anwendung zu kommen. Würde man diesen systematischen Überlegungen folgen, würde der innerstaatliche Normbefehl zu einer dynamischen Verweisung auf die Richtlinie in ihrer jeweils vom EuGH propagierten Fassung degradiert.<sup>122</sup> Zudem widerspräche eine solche Auslegung den Grundsätzen des Vertrauensschutzes, insbesondere den Anforderungen an Normenklarheit und Normenbestimmtheit.<sup>123</sup> Eine zweite Ansicht will die Höherrangigkeit der Richtlinie ausreichen lassen, um sie als „objektiv-teleologisches Kriterium“ zu berücksichtigen.<sup>124</sup> Dem wird zu Recht vorgeworfen, dass die Höherrangigkeit als solche noch keine Verpflichtung begründen kann.<sup>125</sup> Es bedarf deshalb einer anderen Begründung, um die Relevanz der Richtlinie bei der Auslegung des nationalen Rechts zu begründen.

### 3.3.2. Der Geltungsanspruch der Richtlinie als Grundlage für rechtliche Relevanz im Mitgliedstaat

Der EuGH hat ein Zweistufenkonzept entwickelt und unterscheidet zwischen unmittelbarer Geltung und dem Anwendungsvorrang. Eine europäische Norm gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, ohne dass es einer konkreten Zustimmung des Mitgliedstaates bedarf.<sup>126</sup> Der EuGH begründet diese unmittelbare Geltung<sup>127</sup> des europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten damit, dass die Rechtsetzungskompetenzen schon durch die Unterzeichnung des EWG-Vertrages von den Mitgliedstaaten auf die EU übergegangen sind. Die Europäische Union bildet, wie der EuGH in der *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung festgestellt hat, eine eigene Rechtsordnung, welche die Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten beschränkt hat. Zudem stellt der EuGH auf den Grundsatz des *effet utile* ab, der die Durchsetzbarkeit und Wirksamkeit des Europarechts sicherstellen soll.<sup>128</sup> Die Geltungs-

121 Auer, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, 1106 (1108); Mörsdorf, Verpflichtung des Käufers zur Zahlung eines Nutzungsentgelts im Rahmen der Neulieferung einer mangelhaften Kaufsache, ZIP 2008, 1409 (1415).

122 Herdegen, WM 2005, 1928 f.; Schürnbrand, JZ 2007, 913; Lorenz in MünchKomm BGB<sup>7</sup> Vor § 474 Rn 5; Schulze, Kein Nutzungersatz bei Ersatzlieferung: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17.4.2008, C-404/06 – Quelle, GPR 2008, 128 (131).

123 Herdegen, WM 2005, 1929; Schürnbrand, JZ 2007, 916; Franzen, „Heininger“ und die Folgen: ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 321 (327).

124 Canaris in FS Bydliniski, 47, 87 ff.

125 Perner, EU-Richtlinien 108 f.

126 Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, 60. EL Okt 2016 Art 288 AEUV Rn 41; Franz, Europarecht<sup>2</sup> (2016) Rn 9.

127 „direct applicability“; „applicabilité directe“.

128 S vorher auch schon EuGH 15.7.1964, C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964 I-01195.

wirkung findet sich für Verordnungen in Art 288 Abs 2 AEUV und lässt sich mit einem Erst-Recht-Schluss auch auf das Primärrecht übertragen.<sup>129</sup> Diese Geltung bezieht sich auf alle Rechtsquellen des Unionsrechts einschließlich europäischer Richtlinien. Diese Grundsätze wurden in der *Simmenthal-II*-Entscheidung weiterentwickelt. Einer monistischen Sichtweise folgend gelten europäische Normen unmittelbar in den Mitgliedstaaten.<sup>130</sup> Dass bereits die unmittelbare Geltung einer Richtlinie die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auslöst, zeigt sich auch daran, dass eine Vorwirkung der Richtlinie anerkannt wird, die bereits dann einsetzt, wenn die Richtlinie in Kraft, aber die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist.<sup>131</sup>

Dogmatisch bilden damit nationales Recht und die Richtlinie eine **Gesamtrechtsrechtsordnung**.<sup>132</sup> Auch wenn die Richtlinie selbst keine unmittelbare Drittwirkung zwischen den Bürgern entfaltet, kann sie aber Geltung beanspruchen, denn nach Art 288 Abs 3 AEUV ist sie für jeden Mitgliedstaat verbindlich. Erst daraus lässt sich Verpflichtung ableiten, das nationale Recht teleologisch im Lichte der Richtlinie auszulegen.

### 3.3.3. Das Telos („im Lichte“) der Richtlinie als Bezugsgröße der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

Schon vor gut zwanzig Jahren wurde dogmatisch die Verpflichtung des Mitgliedstaates begründet, dass sich die Wertentscheidung der Richtlinie in unvollkommener Form auch im nationalen Recht wiederfinden muss.<sup>133</sup> Dazu lässt sich

129 EuGH 15.7.1964, C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964 I-01195; *Schroeder in Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>2</sup> (2012) Art 288 AEUV Rn 38. AA für Richtlinien *Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht (1988) 11; *Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte (2015) 52; *P. Bydlinski*, JBl 2015, 7. Von Beachtungsvorrang spricht *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen (2006) 168.

130 EuGH 9.3.1978, C-106/77, *Simmenthal II*, Slg 1978 I-00629 Rn 8 ff: „**Unmittelbare Geltung bedeutet unter diesem Blickwinkel, daß die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen. Diese Bestimmungen sind somit unmittelbare Quellen von Rechten und Pflichten für alle diejenigen, die sie betreffen, einerlei ob es sich um die Mitgliedstaaten oder um solche Einzelpersonen handelt, die an Rechtsverhältnissen beteiligt sind, welche dem Gemeinschaftsrecht unterliegen. Diese Wirkung erstreckt sich auch auf jedes Gericht, das, angerufen im Rahmen seiner Zuständigkeit, als Organ eines Mitgliedstaats die Aufgabe hat, die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen verleiht.**“

131 EuGH 18.12.1997, C-129/96, *Inter-Environnement*, Slg 1997 I-07411 Rn 48; EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 121; hierzu *Schroeder in Streinz*, EUV/AEUV<sup>2</sup> Art 288 AEUV Rn 83 f.

132 *Canaris in FS Bydlinski*, 85, 87 ff; *W. H. Roth/Jopen in Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 13 Rn 50; *Herresthal*, Rechtsfortbildung 224, *Drexler*, Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich (2012) 176.

133 So bereits *Möllers*, EuR 1998, 45; *ders*, Die Rolle des Rechts 72; *ders/Möhrling*, JZ 2008, 921 ff; zustimmend *Schnorbus*, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationalen Privatrecht: Eine Untersuchung zur europarechtlich bedingten Lücke im Gesetz, AcP 2001, 860 (896); *W. H. Roth/Jopen in Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 13 Rn 57; ähnlich *Herresthal*, EuZW 2007, 400; *ders*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289 (292).

das Bild vom „Hin- und Herwandern des Blickes“ nutzen.<sup>134</sup> **Teleologisch ist entscheidend, ob das nationale Recht im Lichte des europäischen Rechts ausgelegt werden kann.** Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung verharret somit nicht in der bisherigen nationalen Systematik und erzwingt nicht das Auslegungsergebnis der Richtlinie. Dogmatisch ist die Übereinstimmung von Richtlinie und nationaler Norm als Auslegungsziel und damit bereits auf der Ebene der Inhaltsbestimmung der nationalen Norm zu berücksichtigen.

Die teleologische Auslegung ist zweistufig, weil zunächst die Prämisse, die Zweckbehauptung, mit Argumenten verteidigt werden muss, um dann die Konsequenzen für die Interpretation zu entwickeln.<sup>135</sup> Man kann insoweit auch von einem normsystemimmanenten *Telos* sprechen.<sup>136</sup> Damit ist die Suche nach dem *Telos* nur eine Prämisse, die durch weitere Argumentationsfiguren gestärkt werden muss.<sup>137</sup> Wenn aber die Richtlinie Teil der Gesamtrechtsordnung ist und die richtlinienkonforme Auslegung das Hin- und Herwandern zwischen nationalem Recht und Richtlinie erfordert, dann ist **maßgebliches Regelungsziel nicht mehr die nationale Norm, sondern die Richtlinie.** Die Frage nach der Lücke, dem Beurteilungsspielraum oder dem Normzweck muss deshalb die Richtlinie in die Argumentation mit einbeziehen. Es kommt zwar zu einer Neuinterpretation der Norm, aber unter Hinzuziehung des Auslegungsergebnisses der geltenden Richtlinie durch den EuGH.

Wenn man den obigen Überlegungen folgt, dass nationales Recht und die Richtlinie eine Gesamtrechtsordnung darstellen, dann führt dies mangels unmittelbarer horizontaler Drittwirkung mitnichten dazu, dass die Regelungen des europäischen Rechts automatisch zu beachten sind. Vielmehr gilt weiterhin die *Contra-legem*-Grenze, allerdings mit eingeschränktem Umfang. Unrichtig ist dann aber die noch weit verbreitete These, dass sich die richtlinienkonforme Auslegung ausschließlich nach dem Wertungsplan des nationalen Rechts richtet.<sup>138</sup>

### 3.3.4. Die neueste Entwicklung von BGH und BVerwG – das *Telos* der Richtlinie als Bezugsgröße der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

Erfreulicherweise übernehmen inzwischen verschiedene höchste Gerichte – wenn auch noch tastend und vorsichtig – die Perspektive, die der Autor bereits

134 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung<sup>3</sup> (1963) 15; zustimmend etwa *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung<sup>2</sup> (1976) 197; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl<sup>2</sup> (1972) 79; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> 421 f.; ähnlich auch *Canaris* in FS *Bydliński* 97; *Pfeiffer*, NJW 2009, 413; Pendelblick zwischen nationalem Recht und dem maßgebenden Richtlinienrecht.

135 *Morlok* in *Gabriel/Gröschner* (Hrsg.), Subsumtion (2012) 179 (204). Eine Folgerung ist die Rechtsfortbildung durch Analogie oder teleologische Reduktion, um den Normzweck zu verwirklichen.

136 *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005) 160 ff.; vorher schon *Stern* in *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2 (1994) 1663.

137 *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik II<sup>3</sup> (2013) Rn 103; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 457, 461.

138 S die Autoren in Fn 62.

vor 20 Jahren vorgetragen hat.<sup>139</sup> So schreiben etwa das BVerwG und der BGH: „Eine planwidrige Regelungslücke ist *nicht* nur dann gegeben, wenn Wertungswidersprüche zwischen zwei innerstaatlichen Normen bestehen“.<sup>140</sup> Und noch deutlicher: „Die Richtlinie dient damit zugleich als Maßstab der Lückenfeststellung sowie der Lückenschließung.“<sup>141</sup> Und schließlich: „Strebt der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Umsetzung an, ist diesem – wenn auch möglicherweise unvollkommen verwirklichten – Zweck Vorrang vor der mit der Einzelnorm verfolgten Zielrichtung zu geben.“<sup>142</sup> Damit wird man fragen müssen, in welchem Umfang das nationale Recht durch die Wertungen der Richtlinie „um-“ oder „neuinterpretiert“ werden kann. Die Lücke ergibt sich danach aus der unzureichenden Umsetzung des europäischen Rechts durch den nationalen Gesetzgeber.<sup>143</sup>

### 3.4. Rechtsdogmatische Stimmigkeit des Systems

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ist rechtsdogmatisch stimmig: Sie passt einerseits zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung und andererseits in die europäische Trias zwischen richtlinienorientierter Auslegung und primärrechtskonformer Rechtsfortbildung. Die Richtlinie wurde mit den Stimmen des Mitgliedstaates im Rat und dem Europäischen Parlament beschlossen; sie ist ohne Zweifel demokratisch ausreichend legitimiert. Akzeptiert man diesen Umstand und das Bild der drei Herren, erscheint es auch folgerichtig, die Rechtsdogmatik und nationale Methodik den Grenzen der Rechtsfortbildung zur Auflösung des Spannungsverhältnisses anzupassen.

#### 3.4.1. Stimmigkeit mit dem nationalen System – die verfassungskonforme Rechtsfortbildung

Auch im Verfassungsrecht kann höherrangiges Recht zu einer Rechtsfortbildung gegen den Wortlaut zwingen, so dass die **verfassungskonforme Rechtsfortbildung** statthaft ist.<sup>144</sup> Am deutlichsten wird die verfassungskonforme Rechtsfortbildung heute immer noch mit der Entscheidung des BGH über den Schmerzensgeldanspruch bei Persönlichkeitsverletzung, in welcher der BGH gegen Wortlaut und Willen des Gesetzgebers<sup>145</sup> einen Schmerzensgeldanspruch bei einer Persön-

139 S oben Fn 4.

140 BGH IV ZR 76/11 BGHZ 201, 101 Rn 23.

141 BGH IV ZR 76/11 BGHZ 201, 101 Rn 23; zustimmend BVerwG 6 C 2. 16 BVerwGE 157, 249 Rn 26.

142 BGH IV ZR 76/11 BGHZ 201, 101 Rn 26.

143 Herresthal, Rechtsfortbildung 225; Drexler, richtlinienkonforme Interpretation 181 ff.

144 Ausführlich Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 11 Rn 55 ff, ders, Die Trias von verfassungsorientierter und verfassungskonformer Auslegung sowie der verfassungskonformen Rechtsfortbildung – Ein Beitrag zu mehr Methodenehrlichkeit beim Streit zwischen den beiden Senaten des BVerfG, in FS Vedder (2017) 721.

145 Prot II, 573 f, 640 f; im Unterschied zum § 704 Abs 2 des 1. Entwurfs eines BGB; RG I 638/07 RGZ 69, 401, 403: „Ein allgemeines subjektives Persönlichkeitsrecht ist dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd“; s instruktiv Wagner in Kötz (Hrsg), Deliktsrecht<sup>13</sup> (2016) 365 ff.



lichkeitsverletzung entwickelte. In der Literatur wurde diese Rechtsprechung als unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* kritisiert und gefordert, dass stattdessen das BVerfG die jeweils zu prüfende Norm hätte verwerfen müssen.<sup>146</sup> In der *Soraya*-Entscheidung hatte sich das BVerfG ausdrücklich zu einem Wertewandel und dem geänderten Verständnis der Normen bekannt.<sup>147</sup> Auch im Rahmen von Generalklauseln zwingt das deutsche BVerfG die Zivilgerichte, ihre Rechtsprechung zu korrigieren: Prominentes Beispiel ist die Rechtsprechung zur Bürgerschaft gegenüber Angehörigen, in welchem das BVerfG gerade nicht am Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ festhielt.<sup>148</sup>

### 3.4.2. Die Stimmigkeit des europäischen Systems bei der Durchsetzung europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten

Die richtlinienkonforme Interpretation bewegt sich zwischen primärrechtskonformer und richtlinienorientierter Auslegung. Sie ist mehr als die richtlinienorientierte Interpretation, weil der Anwendungsbereich der Richtlinien zwingend vom Mitgliedstaat umgesetzt werden muss, während dies im überschießenden Bereich außerhalb des Anwendungsbereichs gerade nicht gilt.<sup>149</sup> Folglich konnte der OGH diskutieren, ob das „ausbrechende Auslegungsergebnis“ des EuGH auch dem Willen des nationalen Gesetzgebers entsprach.<sup>150</sup> Die richtlinienkonforme Interpretation ist aber methodisch weniger als der Anwendungsvorrang und die primärrechtskonforme Interpretation, weil dieser zur Folge hat, dass das europäische Recht unmittelbar angewendet werden muss. Entscheidend ist die Prämisse, dass die europäischen Richtlinienvorgaben mit dem *Telos* und dem System des nationalen Rechts kompatibel sind. In weiten Bereichen kommt es durchaus zu einer faktischen horizontalen Drittwirkung. Der nationale Richter muss sein Recht unter den Vorgaben des EuGH neu interpretieren. Das ist Rechtsfortbildung. Gegebenenfalls sind Tatbestandsmerkmale zu derogieren, wie dies im deutschen Recht beim Staatshaftungsanspruch<sup>151</sup> und der Rückforderung rechtswidrig erhaltener Beihilfen<sup>152</sup> der Fall ist.

146 Konsequenz kritisch zu dieser verfassungskonformen Rechtsfortbildung Larenz, Methodenlehre<sup>6</sup> 426 ff; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz<sup>2</sup> (1983) 187 f; Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (119 ff); Hermes, VVDStRL 61, 119, 131 f; Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*<sup>2</sup> (2005) 130 f; Diederichsen, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Jura 1997, 57 (59 ff).

147 BVerfG I BvR 112/65, *Soraya*, BVerfGE 34, 269, 288.

148 BVerfG I BvR 567/89 ua BVerfGE 89, 214, 231 ff. Zur früheren Rechtsprechung s etwa BGH IX ZR 124/88 BGHZ 106, 269, 272; BGH XI ZR 98/92 BGHZ 120, 272 ff; Canaris in Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II/2<sup>13</sup> (1994) 9 f; s ausführlich Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 11 Rn 57 ff.

149 Habersack/Mayer in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 14 Rn 45 ff; Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 12 Rn 90 ff.

150 OGH 9 Ob 64/13x ÖJZ 2014, 612 unter 4.10.

151 BGH X ZR 134/00, BGHZ 149, 165, 173.

152 BVerwG 11 C 47/92, BVerwGE 92, 81.

Die hier vertretene Ansicht setzt auch nicht die Wirkung einer Richtlinie mit einer horizontalen Drittwirkung gleich,<sup>153</sup> weil weiterhin die *Contra-legem*-Grenze und die nationale Dogmatik zur Anwendung kommen.

## 4. Folgerungen

### 4.1. Rechtsfortbildung des EuGH als Überraschungsakt

Rechtsfortbildung ist immer überraschend und kündigt sich grundsätzlich nicht an.<sup>154</sup> Das gilt auch für die Entscheidungen des EuGH, die ggf den nationalen Richter zwingen, seine bisherige Rechtsansicht aufzugeben. Die Rechtsfortbildung passt oft nicht in die bisherige Dogmatik des nationalen Rechts; der nationale Gesetzgeber hofft, bestimmte Rechtsinstitute zu erhalten. Die Rechtsfortbildung erzwingt nun einen „Schwenk um 180 Grad“, ein typisches Element der Rechtsfortbildung.<sup>155</sup> Dieses Phänomen ist aber, wie gerade bei der verfassungskonformen Rechtsfortbildung gesehen, nicht vollständig unbekannt.

### 4.2. Die Verschiebung der *Contra-legem*-Grenze

#### 4.2.1. Ein bewegliches System der klassischen Auslegungsfiguren zur Neubestimmung der Grenze zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung

Nach der hier vertretenen Ansicht sind bei der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung historische, systematische und teleologische Argumente im nationalen und europäischen Kontext zu verbinden. Dies erlaubt eine Weiterentwicklung der nationalen Rechtsfiguren, die zu den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung entwickelt wurden.<sup>156</sup> Zu Lasten und gegen die Rechtsfortbildung sprechen im Strafrecht und in der Eingriffsverwaltung der **Wortlaut**. Der **Wille** des nationalen Gesetzgebers ist nur beachtlich, wenn er eine Umsetzung ablehnt; dies hat er deutlich zum Ausdruck zu bringen.<sup>157</sup> Ansonsten bildet der Wortlaut gerade keine unzulässige Grenze der Rechtsfortbildung. Wie gezeigt, ist die ganze Diskussion zur Gewaltentrennung von Legislative und Judikative im europäischen Mehrebenensystem wenig überzeugend.<sup>158</sup> **Systematische Überlegungen** haben das europäische Recht zu berücksichtigen. Beurteilungsspielräume sind also europäisch zu beantworten.

153 So aber *Franzen*, JZ 2003, 327; *Schürnbrand*, JZ 2007, 913; *Gsell*, JZ 2009, 522, 524; *dies*, AcP 2014, 138.

154 Eine Ausnahme sind die gewandelten Lebensverhältnisse, die Anlass zur Rechtsfortbildung geben, etwa beim Schutz des Persönlichkeitsrechts oder der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, s *Möllers*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 13 Rn 44 ff.

155 Zur Definition s oben 1.2.2.

156 Für eine Grafik der einschlägigen Argumentationsfiguren s *Möllers*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 13 Rn 118.

157 S sogleich 1.3.2.

158 S oben 2.3.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist das *Telos* einer Richtlinie entscheidend, das zunächst als Prämisse durch Argumentationsfiguren bestätigt werden muss.<sup>159</sup> Bezieht man dieses mit ein, lassen sich unschwer Argumentationsfiguren wie Beurteilungsspielraum, Lücke etc begründen. Entscheidend ist vor allem die Überlegung, dass erst ein Zusammenspiel mehrerer Argumentationsfiguren zum überzeugenden Ergebnis führt. Bezieht man das *Telos* der Richtlinie mit ein, nähert sich die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung an: Wenn es das Ziel ist, den Regelungszweck der Richtlinie zu erreichen, treten die formalen Argumentationsfiguren zur Begrenzung der Rechtsfortbildung in den Hintergrund. Logischerweise ist dann die Derogation von Tatbestandsmerkmalen<sup>160</sup> ebenso möglich wie die teleologische Reduktion auf null<sup>161</sup> oder die Begründung einer Analogie.<sup>162</sup>

**Folgenorientiert** ist zu berücksichtigen, dass der nationale Gesetzgeber nicht alle Konkretisierungsschritte des EuGH voraussehen konnte.<sup>163</sup> Zudem will er wohl nur ausnahmsweise ein Vertragsverletzungsverfahren und einen Staatshaftungsanspruch riskieren. Folgenorientiert lässt sich fragen, in welchem Umfang die Richtlinie Rechte des Bürgers gewährt und umgekehrt durch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung Ansprüche der Gegenseite tangiert werden. Gegebenenfalls kann das berechtigte Vertrauen die Rechtsfortbildung begrenzen.<sup>164</sup>

#### 4.2.2. Die drei Ausgangsentscheidungen und die Einbettung der EuGH-Vorgaben in das deutsche BGB

Die obigen drei Entscheidungen<sup>165</sup> lassen sich durchaus mit dem deutschen Recht in Einklang bringen. Wortlaut, Geschichte, Systematik und *Telos* des deutschen Gesetzes sind nicht entscheidend, weil es auf das *Telos* der Richtlinie ankommt. In der *Harz*-Entscheidung konnte das BAG auf den Schmerzensgeldanspruch wegen Persönlichkeitsverletzung zurückgreifen, da dieser seit Jahrzehnten durch die Rechtsprechung anerkannt ist.<sup>166</sup> Zwar ist das Persönlichkeitsrecht ein Rahmenrecht, sodass für die Rechtsgutsverletzung grundsätzlich eine Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall stattzufinden hat.<sup>167</sup> Ein Vergleich mit den Ehrverletzungsdelikten, etwa negativen Äußerungen über Rasse, Religion oder parteiliche Zugehörigkeit,

159 S oben 3.3.

160 *W. H. Roth/Jopen* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 13 Rn 65.

161 BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27, 38 f Rn 29; BGH VIII ZR 70/08 BGHZ 192, 148 Rn 26; OGH 4 Ob 208/10g ÖJZ 2011, 603 unter 2.2.(b); zust *W. H. Roth/Jopen* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 13 Rn 65.

162 BVerwG 6 C 2. 16 BVerwGE 157, 249 Rn 29.

163 S oben 3.1.1.

164 S sogleich 4.3.4. Zu einer vergleichbaren Abwägung im Rahmen klassischer Rechtsfortbildung s *Möllers*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 13 Rn 67 ff.

165 S oben 1.1.

166 BVerfG 1 BvR 112/65, *Soraya*, BVerfGE 34, 269, 281 ff (§ 7 Rn 74 ff).

167 *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht<sup>11</sup> (2017) Rn 1584 ff.

führt aber **ohne Weiteres** zur Rechtswidrigkeit einer Diskriminierung.<sup>168</sup> Es passt damit auch in das deutsche System einen Schadensersatzanspruch zu bejahen. Im Ergebnis war damit die Rechtsfortbildung durch das BAG zulässig.<sup>169</sup>

In der *Quelle*-Entscheidung lässt sich neben dem Willen des Gesetzgebers<sup>170</sup> mit dem *Telos* der Richtlinie, aber auch mit dem *Telos* des BGB argumentieren: Durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das BGB **ändert sich die Perspektive gegenüber dem früheren Recht**: Es ist deshalb zu fragen, ob das **jetzige System** des BGB, das den Perspektivenwechsel einschließt, rechtsdogmatisch stimmig die Lückenschließung durch die Rechtsfortbildung erlaubt. Im Fall *Quelle* war entscheidend, dass die Mängelansprüche nach Wortlaut und Gesetzeszweck der Richtlinie „unentgeltlich“ geltend gemacht werden können, da der Verbraucher ansonsten von der Geltendmachung dieser Ansprüche abgeschreckt wird. Ein solcher **Regelungszweck** ist mit dem deutschen Schuldrecht durchaus vereinbar. Der EuGH gab hier schon das entscheidende Argument: Weil der Käufer nie eine Sache mangelfrei erworben hatte<sup>171</sup>, schied ein Nutzungsersatzanspruch auch deshalb aus, weil der Käufer nicht bereichert war.<sup>172</sup>

Bezieht man in der *Fliesen*-Entscheidung wiederum die Wertungen der Verbrauchsgüterkauf-RL mit ein, eine unentgeltliche Nachbesserung zu erreichen, würde dieses Ziel durch einen Einwand der Unverhältnismäßigkeit konterkariert. Der BGH diskutierte nun verschiedene Lösungsansätze, welche in der Rechtsliteratur entwickelt wurden, und entschied sich für einen „in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht“.<sup>173</sup>

### 4.3. Die Contra-legem-Grenze als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung

Noch nicht vollständig geklärt ist, was die *Contra-legem*-Grenze nach der hier vertretenen europäischen Perspektive eigentlich bedeutet. Auch im österreichischen Recht greift man die EuGH-Rechtsprechung auf und betont die *Contra-legem*-Grenze als Grenze zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung.<sup>174</sup>

168 Beyer/Möllers, JZ 1991, 28; aA Canaris in Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II/2<sup>13</sup> 502 (s oben Fn 5). Zur Vergleichsfallmethode s Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 7 Rn 44 ff.

169 Beyer/Möllers, JZ 1991, 28 ff; Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung (1994) 270; wohl auch Langenbacher in Langenbacher (Hrsg), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2017) § 1 Rn 99.

170 S oben 3.2.

171 Für die vergleichbare Diskussion in Österreich s Zöchling-Jud in FS 200 Jahre ABGB II 1771 mwN.

172 EuGH 17.4.2008, C-404/06, *Quelle*, Slg 2008, I-02685 Rn 40 f. Zu demselben Ergebnis kommt Gsell, JZ 2009, 525, die diesen Anspruch allerdings rein „binnennational“ ableitet. AA aber Herrler/Tomasic, Keine Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neulieferung, BB 2008, 1245 ff, die sich mit diesem Argument allerdings nicht auseinandersetzen.

173 So die Vorgaben des BVerfG 1 BvR 92/97 ua BVerfGE 37, 67, 81; BGH VIII ZR 70/08 BGHZ 192, 148 Rn 37 ff.

174 Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rn 139; Rebhahn in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> nach §§ 6, 7 Rn 139.

### 4.3.1. Die Neudefinition der Contra-*legem*-Grenze

Eine Rechtsfortbildung *contra legem* soll zum Teil schon bei einer Überschreitung des Wortlautes bestehen.<sup>175</sup> Dem steht entgegen, dass die ganz herrschende Ansicht die Wortlautgrenze nicht als Grenze unzulässiger Rechtsfortbildung ansieht.<sup>176</sup> Nach anderer Ansicht sollen der eindeutige Wortlaut und der eindeutig feststellbare Zweck des nationalen Rechts die *Contra-*legem**-Grenze bilden.<sup>177</sup> Wenn aber europäisches Recht einzubeziehen ist, ist das wenig überzeugend.<sup>178</sup> Nach *Larenz* liegt die *Contra-*legem**-Grenze erst dann vor, wenn eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung nicht mehr mit spezifisch rechtlichen Erwägungen begründet werden kann.<sup>179</sup> Allerdings können nach seiner Ansicht selbst dann sehr schwerwiegende (rechtliche) Gründe eine solche Rechtsfortbildung rechtfertigen.<sup>180</sup> *Neuner* weitet den Bereich zulässiger Rechtsfortbildung *contra legem* weiter aus. Sie soll zulässig sein bei Rechtsnotstand<sup>181</sup> oder Verstößen gegen das Willkürverbot, Änderungen der Normsituation, Wandlungen im Wertungsgefüge der Rechtsordnung oder krassen Beeinträchtigungen der Individualgerechtigkeit.<sup>182</sup>

Eine Rechtsfortbildung als *contra legem* zu bezeichnen, sie dann aber doch für ausnahmsweise zulässig zu erklären, ist irreführend. Denklogisch stört schon, eine *Contra-*legem**-Grenze zu postulieren, dann aber so viele Ausnahmen zuzulassen, dass von der Regel kaum noch etwas übrig bleibt: Die erstrebte Verbesserung der Methodenklarheit und Methodenehrlichkeit gelingt so schwerlich.<sup>183</sup> In Abgrenzung zu *Larenz* und *Neuner* soll der Begriff der Rechtsfortbildung *contra legem* deshalb nur verwendet werden, wenn die **Rechtsfortbildung ausnahmslos unzulässig** ist.<sup>184</sup> Sie ist insoweit neu zu bestimmen und liegt nur vor, wenn eine der folgenden Fallgruppen eingreift.

175 GA Bot 25.11.2015, Rs C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2015:776 Rn 68.

176 *Kainer*, GPR 2016, 265; s *Möllers*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 13 Rn 22 ff.

177 *Canaris* in FS Bydlinski 92.

178 Zu dem Versuch, Ausnahmen zu definieren, s *Grundmann*, ZEuP 1996, 420; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 53.

179 *Larenz*, Methodenlehre<sup>6</sup> 427; s auch *Canaris* in *Larenz*, Methodenlehre<sup>3</sup> 251.

180 *Larenz*, Methodenlehre<sup>6</sup> 367, 427 f; *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem*<sup>2</sup> 139 ff, 187 ff Fn 31.

181 *Canaris* in *Larenz*, Methodenlehre<sup>3</sup> 251.

182 *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem*<sup>2</sup> 148 ff.

183 So die Kritik von *F. Bydlinski* in *Koller et al*, Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken (1998) 27 (32) mit zahlreichen weiteren Argumenten.

184 So etwa die Definition von *F. Bydlinski* in *Koller et al*, Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, 28; *Möllers*, EuR 1998, 42 ff; *ders*, Ein Vierstufen-System zur Rationalisierung der Grenze zulässiger Rechtsfortbildung, in FS G. Roth, 478; *Schwacke*, Juristische Methodik<sup>5</sup> (2011) 123; *Meier/Jocham*, Rechtsfortbildung – Methodischer Balanceakt zwischen Gewaltenteilung und materieller Gerechtigkeit, JuS 2016, 392 (394); in diese Richtung auch *Schulte-Nölke/Busch* in FS *Canaris*, 808; so wohl auch der EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 110 f. Zu einer funktionalen Bestimmung der *Contra-*legem**-Grenze s auch BAG 9 AZR 983/07 BAGE 130, 119 Rn 65.

### 4.3.2. Der klar erkennbar entgegenstehende konkrete Wille des nationalen Gesetzgebers

Wenn sich der nationale Gesetzgeber bewusst über das europäische Recht hinwegsetzt, ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht möglich. Gleiches gilt, wenn der Gesetzgeber die Fallkonstellation nicht regeln wollte.<sup>185</sup> Der 8. Senat des BGH, der die *Quelle*- und die *Fliesen*-Entscheidung zu verantworten hat, hat jüngst eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung abgelehnt. Der EuGH hatte festgestellt, dass das deutsche Preisänderungsrecht der Gasversorger gegen die Transparenzanforderungen der Richtlinie verstoße.<sup>186</sup> Der 8. Senat erwog eine Rechtsfortbildung zu verneinen, weil der Gesetzgeber die Transparenzregelungen nicht selber regeln, sondern die Regelung dem Verordnungsgeber überlassen wollte.<sup>187</sup> Im Ergebnis kam er aber durch eine ergänzende Vertragsauslegung zum selben Ergebnis. An dem Urteil lässt sich kritisieren, dass der BGH bei konsequenter Anwendung der obigen Formel, „*dass ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise getroffen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass sie nicht richtlinienkonform ist,*“<sup>188</sup> zu einem gegenteiligen Ergebnis hätte kommen müssen.<sup>189</sup>

In solchen Fällen ist dann auch die Bejahung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs sachgerecht, weil sich der nationale Gesetzgeber gegen die Vorgaben des demokratisch legitimierten Unionsgesetzgebers stellt und bei einem vorsätzlichen Handeln auch ein hinreichend schwerer Verstoß gegen die Umsetzungspflicht vorliegt.<sup>190</sup>

### 4.3.3. Bruch mit der grundlegenden Systematik und den grundlegenden Wertungen des nationalen Zivilrechts

Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ist zudem nicht möglich, wenn sich der Wille, europäisches Recht umzusetzen, nicht als Wertentscheidung im nationalen Gesetz wiederfindet und eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationalen Recht zu einem erheblichen Systembruch führen würde.<sup>191</sup>

185 S oben 3.2.3.

186 EuGH 23.10.2014, C-359/11 ua ZIP 2014, 2192 Rn 53.

187 BGH VIII ZR 158/11 NJW 2016, 1718, 1722 Rn 44; zust BVerfG 2 BvR 1131/16 NJW-RR 2018, 305 Rn 38.

188 BGH VIII ZR 200/05, *Quelle*, BGHZ 179, 27 Rn 25; BGH VIII ZR 70/08 BGHZ 192, 148 Rn 34; BVerwG, 6 C 2. 16 BVerwGE 157, 249 Rn 29.

189 Kritisch wohl auch *Riesenhuber*, Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, LMK 2016, 375867: Der Senat hätte aber zuvor prüfen müssen, ob er das in der Vorschrift des § 4 I und II AVBGasV begründete Preisanpassungsrecht derogieren kann.

190 *Herresthal* in *Langenbucher*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> § 2 Fn 577; *Möllers/Möhrling*, JZ 2008, 923. Dieselbe Fallgruppe wird auch im österreichischen Recht gebildet, s *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rn 141; *Rebhahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> nach §§ 6, 7 Rn 139.

191 Auch diese Fallgruppe findet sich im österreichischen Recht, s *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rn 139.

Dann spricht man von einem geschlossenen System, und eine Rechtsfortbildung würde die Grundkonzeption des Gesetzgebers ändern. Beispiele bilden etwa Trennung zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung im deutschen Zivilrecht.<sup>192</sup>

Nachdem das BAG in der *Harz*-Entscheidung einen Schmerzensgeldanspruch wegen Persönlichkeitsverletzung gem § 823 Abs 1 BGB anerkannt hatte,<sup>193</sup> stellte sich die Frage, ob auch auf das Verschuldensmerkmal in § 823 Abs 1 BGB verzichtet werden könnte. Dies lehnte das BAG in der *Kalanke*-Entscheidung mit deutlichen Worten ab.<sup>194</sup> Das war auch sachgerecht und hätte eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* bedeutet, weil dem BGB als Generalklausel ein allgemeiner Gefährdungstatbestand fremd ist.<sup>195</sup> Eine Streichung des Verschuldensmerkmals wäre systemfremd gewesen und hätte das Haftungsregime des BGB gesprengt.

#### 4.3.4. Allgemeine Rechtsprinzipien, insbesondere Vertrauensschutz des belasteten Bürgers

Bereits in der *Kolpinghuis Nijmegen*-Entscheidung hatte der EuGH festgestellt, dass auch bei der Umsetzung einer Richtlinie die allgemeinen Grundsätze zu beachten seien, sodass eine Richtlinie ohne Umsetzungsakt keine strafrechtlichen Sanktionen hervorrufen kann.<sup>196</sup> In der *Adeneler*-Entscheidung hatte der EuGH als Grenze der Rechtsfortbildung noch das Rückwirkungsverbot und den Vertrauensschutz angesprochen.<sup>197</sup> Tatsächlich können die beiden Prinzipien dazu führen, dass die Gerichte Änderungen ihrer Rechtsprechung erst ankündigen oder aber nur für die Zukunft (*ex nunc*) aussprechen.<sup>198</sup> Grundsätzlich muss sich der Bürger darauf einstellen, dass sich die Rechtsprechung ändern kann; denkbar ist aber ein Vertrauensschutz, wenn Grundrechte massiv beeinträchtigt würden. In einer Entscheidung zum irischen Recht hatte der EuGH akzeptiert, dass eine Rückwirkung zulasten des Bürgers nicht möglich sei.<sup>199</sup>

192 Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 13 Rn 29 ff.

193 BAG 8 AZR 447/87, *Harz*, BAGE 61, 209, 212 ff.

194 BAG 1 AZR 590/92, *Kalanke*, BAGE 82, 211, 230: „Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der §§ 823, 847 BGB [jetzt: §§ 823, 253 Abs. 1 BGB], wonach in Fällen der Diskriminierung auf ein Verschulden zu verzichten wäre, ist nicht möglich.“

195 RG VI 86/11 RGZ 78, 171, 172; BGH VI ZR 113/59 NJW 1960, 1345, 1346 (Analogie zum HaftPflG verneinend); *Canaris in Lorenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II/2<sup>13</sup> 602; *Wagner in MünchKomm BGB*<sup>7</sup> vor § 823 Rn 25 f.

196 EuGH 8.10.1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg 1987 I-03969 Rn 13.

197 EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006 I-06057 Rn 110; BVerfG 2 BvR 2216/06 ua BVerfGK 19, 89, 104: *in concreto* verneinend; Möllers, Die unionskonforme und richtlinienkonforme Interpretation, in GS Wolf (2011) 669 (682); *W. H. Roth/Jopen in Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 13 Rn 59.

198 Möllers, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> § 3 Rn 39 f.

199 EuGH 5.4.2008, C-268/06, *Impact*, Slg 2008 I-02483 Rn 102 f. Zu einer umfangreichen Diskussion des Vertrauensschutzes s BAG 9 AZR 983/07 BAGE 130, 119 Rn 71 ff.

## 5. Ausblick

Der Umfang der richtlinienkonformen Interpretation ist weiterhin offen: Wer den Status quo und die nationale Fahne hochhält, wird jede Rechtsfigur nutzen, um eine weitere Rechtsfortbildung zu verneinen. Wenn man die richtlinienkonforme Interpretation im europäischen Kontext liest, hilft sie dem Gesetzgeber bei seiner unzureichenden Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht. Sie ist einfach und auch stimmig im Vergleich zu den anderen Argumentationsfiguren des höher-rangigen Verfassungs- und Europarechts. Sie verdrängt im Zweifel entgegenstehende Argumentationsfiguren, weil es darum geht, den Willen des nationalen Gesetzgebers optimal zu berücksichtigen, europäisches Recht richtig anzuwenden. Dazu ist der Zweck der Richtlinie in das nationale Recht „soweit wie möglich“ hineinzulesen, soweit die Wertungen mit denen des nationalen Rechts noch kompatibel sind. Mit einer eng verstandenen *Contra-legem*-Grenze erlaubt sie dem Richter weiterhin, auf die Besonderheiten des nationalen Rechts einzugehen.<sup>200</sup>

### 5.1. Ein potenzielles Minenfeld für BVerfG und EuGH mit noch offenem Ausgang

Methodenfragen sind auch immer Machtfragen.<sup>201</sup> Zugegebenermaßen ist der Ausgang offen und es könnte sich eine weitere Front auftun: Das deutsche BVerfG könnte die Figur nutzen, um den nationalen Handlungsspielraum und damit den traditionellen Ansatz zu betonen, etwa eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nur im nationalen Kontext oder mit tradierten Argumentationsfiguren eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung begrenzen. Es ist allerdings fraglich, ob sich das BVerfG damit einen Gefallen täte. Denn neben der Zunahme von Klagen auf Staatshaftung gegenüber Deutschland<sup>202</sup> könnte der EuGH mit einem Federstrich die Rechtsprechung zur fehlenden horizontalen Bindung aufgeben und seine frühere Rechtsprechung „*overrulen*“, dh aufgeben, und wie bei der vertikalen Drittwirkung auch eine horizontale Drittwirkung von Richtlinien bejahen. Dann hätte sich die ganze Diskussion erledigt, weil dann nur zu prüfen wäre, ob die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Norm vorliegen.<sup>203</sup> Oder noch wahrscheinlicher: Er könnte seine *Mangold*-Rechtspre-

200 Zur deliktsrechtlichen Generalklausel in BGB, s gerade 4.3.4.

201 Rühers, Wer schafft Recht? Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfragen, JZ 2003, 996 (996): „*Methodenfragen sind Machtfragen und Verfassungsfragen*“; ders, Fortgesetzter Blindflug oder Methoden-dämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, 446 (447).

202 S oben 3.1.1.

203 Zu den vergleichbaren Voraussetzungen der vertikalen Drittwirkung von Richtlinien s etwa EuGH 19.1.1982, C-8/81, Becker, Slg 1982 I-00053 Rn 23 f; EuGH 26.2.1986, C-152/84, Marshall I, Slg 1986 I-00723 Rn 49; EuGH 14.7.1994, C-91/92, Faccini Dori, Slg 1994 I-03325 Rn 22 f; EuGH 4.12.1974, C-41/74, van Duyn, Slg 1974 I-01337 Rn 12; EuGH 5.4.1979, C-148/78, Ratti, Slg 1979 I-01629 Rn 21.



chung fortsetzen; sollte eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung scheitern, gilt subsidiär die Grundrechtecharta, hier der Schutz gegen Diskriminierung gem Art 21, die auf diese Weise zur unmittelbaren Anwendbarkeit des europäischen Rechts verpflichtet.<sup>204</sup>

## 5.2. Subsidiarität und Umsetzungspflichten

Wem der hohe methodische Aufwand der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nicht gefällt, muss früher ansetzen. Zwei Möglichkeiten tun sich insoweit auf: Erstens hat der Brexit bisher noch nicht zu der erforderlichen Diskussion über die Zukunft von Europa geführt. Statt Vertiefung und Erweiterung sollte viel stärker diskutiert werden, in welchem Gebiet das **Prinzip der Subsidiarität** konkret umgesetzt werden kann. Die Umsetzung der europäischen Richtlinien führt zu einer Gemengelage von autonomem nationalem Recht, europäischem Recht, einer komplexen Prüfungsfolge, Systembrüchen und der Gefahr von Richtlinienverstößen. Auch Verordnungen sind nicht der Königsweg, soweit die erforderliche Begrifflichkeit und Systematik fehlt.<sup>205</sup> Fehlt es schließlich an einem angemessenen europäischen Rechtssystem, bleibt das Vorabentscheidungsverfahren doch träge. Nur wo der Binnenmarkt wirklich berührt ist, rechtfertigt die Rechtsharmonisierung die hohen Transaktionskosten, die mit einer Rechtsanpassung des nationalen Rechts verbunden sind. Vielleicht wäre weniger Europa mehr – eine Konzentration auf wirkliche Hürden eines Binnenmarktes<sup>206</sup> statt eine Rechtsharmonisierung bis hin zu den letzten Verästelungen feinsinniger Schutzinstrumente zugunsten des Verbrauchers.

Und zweitens: Das Recht der Mitgliedstaaten, europäische Richtlinien umzusetzen, sollte viel besser genutzt werden als bisher üblich. Der methodische und rechtsdogmatische Begründungsaufwand von nationalem Recht, das von europäischen Richtlinien beeinflusst ist, ist außerordentlich hoch. Das BGB ist durch zahlreiche Verbraucherschutzrichtlinien europäisiert worden.<sup>207</sup> Die professoralen Begleiter der Schuldrechtsreform waren Experten des Schuldrechts, nicht aber des Europarechts und haben die *Quelle-* oder *Fliesen-*Entscheidung kaum vorgesehen oder vorhersehen können. Ob es so weise war, nahezu alle europäischen Verbraucher-

204 EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold/Helm*, Slg 2005 I-09981 Rn 75; kritisch ua *Jans*, 34 L.I.E.E.I. 53, 65 (2007); *Basedow*, *Mangold*, *Audiolux* und die allgemeinen Grundsätze des europäischen Privatrechts, in FS Hopt (2010) 27 (34); *ders*, Hundert Jahre Rechtsvergleichung – Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, JZ 2016, 269 (275 ff); EuGH 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri*, ZIP 2016, 1085 Rn 35 ff; EuGH 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, NJW 2018, 1869 Rn 75–82.

205 Kritisch im Bereich des Kapitalmarktrechts Möllers, ZEuP 2016, 352 ff.

206 In diese Richtung Möllers, Marktmanipulationen durch Leerverkaufsattacken und irreführende Finanzanalysen, NZG 2018, 649 (656 ff).

207 Möllers, Europäische Richtlinien des bürgerlichen Rechts, JZ 2002, 121 ff; *Herresthal* in *Langenbacher*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> § 2 Rn 35 ff; *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss<sup>2</sup> (2010) insbesondere 143 ff.

schutzrichtlinien in das BGB zu integrieren, mag dahinstehen.<sup>208</sup> In Österreich sind die meisten europäischen Verbraucherschutzrichtlinien in das Konsumenschutzgesetz umgesetzt worden, immerhin aber die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>209</sup> und weite Teil der Zahlungsverzugsrichtlinie<sup>210</sup> in das ABGB integriert worden. In Frankreich existiert der *Code de la consommation* und in Italien der *Codice del consumo*, mit welchem zahlreiche Verbraucherrichtlinien umgesetzt wurden.<sup>211</sup> Interessant ist, dass man in Österreich deshalb vor einer weiteren Umsetzung von europäischen Richtlinien in das ABGB warnt,<sup>212</sup> auch weil der liberale Geist des Zivilgesetzbuches sich mit der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers beißt.<sup>213</sup>

### 5.3. Principles of European Interpretation – zum Streit zwischen Kramer und Riesenhuber

Schließen möchte ich mit einem Meinungsstreit, der jüngst zwischen den Kollegen *Ernst A. Kramer* und *Karl Riesenhuber* entstanden ist. *Kramer* hatte bedauert, dass die Grenzen zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung sich ausschließlich nach dem nationalen Methodenkanon bestimmen. Weil dies die europäische Rechtseinheit in Frage stelle, hatte er gemeinsame „*Principles of European Interpretation*“ gefordert.<sup>214</sup> *Riesenhuber* hatte mit der Überlegung widersprochen, man könne eine solche theoretische Methodendivergenz ertragen,<sup>215</sup> weil kaum anzunehmen sei, dass es in der Praxis zu einem methodischen Dissens zwischen den Mitgliedstaaten käme.<sup>216</sup> Wenn *Riesenhuber* meint, unterschiedliche Methoden in den verschiedenen Mitgliedstaaten seien hinzunehmen, fordert er zu wenig: Die hier vorgetragene Frage nach den Grenzen zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung stellt sich in allen (bald nur noch) 27 Mitgliedstaaten, sodass es schön wäre, wenn in den verschiedenen Mitgliedstaaten, etwa in Deutschland und Österreich, ein Dialog hierüber entstünde. Die Methodendifferenz wider-

208 Zweifelnd *Wendehorst* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 153 (184).

209 In die § 922 ff ABGB; s *Zöchling-Jud* in FS 200 Jahre ABGB II 1767 ff; *Wendehorst* in *Kodek* (Hrsg), 200 Jahre ABGB und Europäisches Vertragsrecht, 23. Europäische Notarentage, 2011 (2012) 107.

210 *Zöchling-Jud* in FS 200 Jahre ABGB II 1771 ff.

211 Abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>; hierzu *Szönyi*, Das französische Werbe- und Verbraucherrecht – Bemerkungen zum Code de la consommation, GRUR Int 1996, 83; von *Vogel*, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht (2006) 239 ff.

212 *Wendehorst* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts 184; *dies* in *Kodek*, 200 Jahre ABGB 121.

213 *Dehn* in FS 200 Jahre ABGB II 1683 f.

214 *Kramer*, Die Methode bestimmt den Inhalt: eine weiterhin offene Grundsatzfrage des Unionsrechts, GPR 2015, 262 sowie *ders*, GPR 2016, 210.

215 *Riesenhuber*, Methodendivergenzen ertragen! GPR 2016, 158; in diese Richtung auch *Hatje/Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“, EuR 2014, 155 (166 ff).

216 *Riesenhuber*, GPR 2016, 159.

spricht dem Binnenmarkt und dem Gedanken der Rechtsharmonisierung, wenn eine EuGH-Entscheidung in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu ganz unterschiedlichen Entscheidungen führt, etwa weil sie davon abhängt, wie weit die Grenzen des nationalen Recht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung gezogen werden. *Kramer*, der einer europäischen Methodenlehre das Wort redet, überfordert zurzeit noch die Mitgliedstaaten, gehört doch zum nationalen Recht auch die verfassungsrechtliche Fragestellung, wo die Grenze der Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative liegt.<sup>217</sup>

Vorzugswürdig erscheint ein vermittelnder Weg: In zahlreichen Entscheidungen hat der EuGH gewichtige Eckpunkte zu einer europäischen Methodenlehre rechtsfortbildend entwickelt, nicht nur beim Anwendungsvorrang und der vertikalen Drittwirkung von Richtlinien, sondern auch in dem horizontalen Verhältnis zu den Bürgern. Selbst wenn man noch davon ausgeht, dass die Grenzen dieser richtlinienkonformen Interpretation rein national zu bestimmen sind, ist der nationale Richter zugleich europäischer Richter.<sup>218</sup> Als solcher muss er europäisches Recht autonom, dh unabhängig von seinem nationalen Normverständnis auslegen und diesem zur Durchsetzung verhelfen. Die autonome Auslegung kann dazu führen, dass sie nationalem Recht widerspricht, aber als höherrangiges Recht dem nationalen Recht vorgeht. Gegebenenfalls hat er rechtsvergleichend zu arbeiten. Zudem ist das nationale Recht unionsrechtskonform und richtlinienkonform auszulegen. Dass methodische Rechtsfiguren vor einem europäischen Hintergrund weiterentwickeln sind, zeigt etwa Großbritannien. Im Gegensatz zu früher betrachtet man inzwischen die Gesetzgebungsgeschichte<sup>219</sup> und stellt auf den „*purpose*“, das *Telos* der Norm ab.<sup>220</sup> Die nationale Methodenlehre schließt es nicht aus, dass sich juristischen Methoden in einzelnen Mitgliedstaaten **annähern und weiterentwickeln**. Höchste Gerichte sind, wie gezeigt, zu diesem modernen, europäischen Ansatz bereit. Im Idealfall wächst Europa auch in seinen juristischen Methoden zusammen.<sup>221</sup> Der Beitrag wollte diese Entwicklung nachzeichnen.

217 Zu den Herausforderungen an eine europäische Methodenlehre s bereits *Möllers*, Die Rolle des Rechts, § 3; *Vogenaue*r, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, 234 ff.

218 *Pernice*, Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27 (33); *Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 1 (2); *Möllers*, Die Rolle des Rechts 73; *ders*, Juristische Methodenlehre § 1 Rn 85.

219 Eine Kehrtwende fand durch die Entscheidung *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* (1993) A.C. 593, 634 f statt; hierzu *Kavanagh*, 121 LQ Rev 98, 106 f (2005); *Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009), 2. Kap Rn 140 ff; *Fleischer*, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, AcP 2011, 317 (336 f).

220 Zur früheren *mischief rule*, die ausschließlich einem Missstand einer Regelung abhelfen sollte, *Maunsell v. Olins* (1975) A.C. 373 at 393 per *Lord Simon*.

221 *S von Bar*, Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, ZfRV (1994) 221, 231 (§ 3 Rn 85); *Möllers*, Die Rolle des Rechts, 87 f; *Fleischer*, RabelsZ 75 (2011), 700 ff; deutlich bereits *Vogenaue*r, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent II (2001) 1300: „*Tatsächlich lässt sich eine fundamentale Einheit der europäischen Auslegungspraxis feststellen.*“

## 6. Zusammenfassende Thesen

1. Die **Auslegung** bewegt sich innerhalb des Wortlautes, die **Rechtsfortbildung** überschreitet die Wortlautgrenze. Eine sprachliche Differenzierung ist sinnvoll, weil der Begründungsaufwand für eine Rechtsfortbildung höher ist als bei der Auslegung. Methodenlehre ist auch Legitimationslehre, indem sie die Macht der Gerichte gegenüber den Parlamenten, aber auch gegenüber dem Bürger begrenzt.

2. Deutsche Gerichte haben ihre Rechtsprechung in jüngerer Zeit immer häufiger aufgrund der Vorgaben des EuGH korrigiert. Sie haben dazu auch gegen den Wortlaut des Gesetzes das Recht fortgebildet und dies mit einer Pflicht zur **richtlinienkonformen Rechtsfortbildung** begründet.

3.a) Der EuGH fordert einerseits eine Rechtsanwendung, welche das *Telos* der Richtlinie berücksichtigt, und unterstellt den Mitgliedstaaten den **Willen** zu einer korrekten Umsetzung der Richtlinie. Allerdings sind die Vorgaben nur **im Rahmen des Beurteilungsspielraums** des nationalen Rechts vorzunehmen.

b) Diese Vorgaben werden auch vom BVerfG übernommen, wobei es ausdrücklich die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung übernimmt. Die Grenze der Rechtsfortbildung soll allerdings erreicht sein, wenn ohne „Rückbindung an gesetzliche Aussagen“ Rechtsfortbildung betrieben wird.

4. Die bisher noch herrschende Ansicht sieht die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung kritisch und sieht nur einen engen Anwendungsbereich: So sei der Hinweis auf den **nationalen Umsetzungswillen** oft reine Fiktion, der Gehalt einer **nationalen Norm dürfe nicht neu** bestimmt werden, ansonsten käme man zu einer **horizontalen Drittwirkung**, welche auch der EuGH ablehnt. Im Ergebnis wäre der nationale Richter nicht gezwungen, dass oft überraschende Ergebnis des EuGH umzusetzen.

5.a) Die Gegenansicht lässt eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in weiterem Umfang zu, weil dafür interessenorientierte, historische und systematische Argumente streiten.

b) Das nationale Gericht ist gezwungen, mit dem Spannungsfeld umzugehen, das sich aus dem europäischen Mehrebenensystem ergibt. Der EuGH konkretisiert eine europäische Richtlinie in einer Weise, die der nationale Gesetzgeber nicht gesehen hat. Das Gericht bessert das unzureichende nationale Gesetz nach und vermeidet damit einen Staatshaftungsanspruch, den ein Bürger gegen das nationale Parlament geltend machen kann. Das nationale Gericht maßt sich somit nicht Kompetenzen zulasten des nationalen Parlamentes an, sondern hilft diesem. Naheliegenderweise wird mit der richtlinienkonformen Auslegung auch dem Kläger unmittelbar geholfen, weil das nationale Gericht ihm den Anspruch (gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes) zubilligt. Es handelt somit im **Interesse** des nationalen Gesetzgebers und im Interesse des betroffenen Klägers.

b) Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung entspricht damit auch regelmäßig dem generellen **Umsetzungswillen** des nationalen Parlaments, die Richtlinie korrekt in das nationale Recht umzusetzen, damit der Umsetzungspflicht des Art 299 Abs 3 EUV nachzukommen und sich nicht schadensersatzpflichtig zu machen. Die Rechtsprechung spekuliert und fragt beim historischen Willen danach, was der Gesetzgeber gemacht hätte, wenn der die Interpretation des EuGH gekannt hätte. Statt zu spekulieren, lässt sich recht einfach unterscheiden: Wenn sich der nationale Gesetzgeber bewusst über das europäische Recht hinwegsetzt, ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht möglich. Gleiches gilt, wenn der Gesetzgeber die Fallkonstellation nicht regeln wollte. Dann setzt sich der klare Wille des nationalen Gesetzgebers durch und ein Gericht darf sich nicht darüber hinwegsetzen. Ansonsten sperrt der historische Wille eine Rechtsfortbildung aber nicht.

c) Richtlinien sind zwar nicht unmittelbar anwendbar, gelten aber unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Nationales Recht und die Richtlinie bilden eine Gesamtrechtsordnung. **Teleologisch** ist zu fragen, ob das nationale Recht im Lichte des europäischen Rechts ausgelegt werden kann. Jüngste Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichte folgen diesen Überlegungen, wonach die Richtlinie zugleich als Maßstab der Lückenfeststellung als auch der Lückenschließung dient.

6. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ist **rechtsdogmatisch stimmig**: Sie passt einerseits zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung und andererseits in die europäische Trias zwischen richtlinienorientierter Auslegung und primärrechtskonformer Rechtsfortbildung. Es erscheint deshalb folgerichtig, die Rechtsdogmatik und nationale Methodik den Grenzen der Rechtsfortbildung anzupassen.

7. Die *Contra-legem*-Grenze ist eng zu ziehen und erfasst nicht jede Form der Wortlautüberschreitung. Eine **richtlinienkonforme Rechtsfortbildung** ist in drei Fällen **nicht möglich**: Der Gesetzgeber setzt sich bewusst über die Vorgaben der Richtlinie hinweg; ein Ergebnis widerspricht fundamental dem bisherigen System des nationalen Rechts und das Vertrauen des Bürgers ist erheblich verletzt.

8.a) Die Weiterentwicklung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist noch offen. Sie könnte durch nationale Verfassungsgerichte begrenzt werden. Umgekehrt könnte der EuGH sie erzwingen, indem er eine horizontale Drittwirkung von Richtlinien bejaht oder stärker auf die Grundrechtecharta und damit auf eine unmittelbare Anwendbarkeit europäischen Rechts abstellt.

b) Mitgliedstaaten, denen ein solch starker Eingriff nicht gefällt, müssten schon im Rahmen der Gesetzgebung aktiv werden. Rechtsharmonisierung sollte nur stattfinden, wenn dies der Binnenmarkt erfordert. Die Umsetzung von Richtlinien muss nicht in das nationale Zivilgesetzbuch erfolgen, wenn damit sein liberaler Geist konterkariert würde.

c) *European Principles of European Interpretation* (Kramer) sind heute noch ebenso wenig überzeugend wie der Status quo von 27 verschiedenen Interpretationsmodellen aller Mitgliedstaaten (Riesenhuber). Die Methodenlehre ist Argumentationslehre und muss den aktuellen Lebensverhältnissen gerecht werden. Das verlangt eine Weiterentwicklung bestehender Argumentationsfiguren, wie etwa die Neubestimmung der *Contra-legem*-Grenze.