

§ 13 Die Rechtsfortbildung

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2010. "§ 13 Die Rechtsfortbildung." In *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, edited by Karl Riesenhuber, 2., neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, 373–92. Berlin: de Gruyter.
<https://doi.org/10.1515/9783899498455.373>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Europäische Methodenlehre

Handbuch für Ausbildung und Praxis

Herausgegeben von

Karl Riesenhuber

2., neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage



De Gruyter

§ 13 Die Rechtsfortbildung

Jörg Neuner

Übersicht

	Rn.
I. Grundlagen	1–6
1. Zur Terminologie des Gemeinschaftsrechts	2–3
2. Zur Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts	4–5
3. Zur Besonderheit des Gemeinschaftsrechts	6
II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung	7–10
1. Die rechtsprechende Gewalt	8
2. Die gesetzgebende Gewalt	9
3. Die faktische Gewalt	10
III. Die Schranken der Rechtsfortbildung	11–25
1. Die Bindung an das Gesetz	12–21
a) Die kompetentielle Dimension	13–15
aa) Das institutionelle Gleichgewicht	14
bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit	15
b) Die inhaltliche Dimension	16–18
aa) Die Wortsinngrenze	17
bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht	18
c) Die zeitliche Dimension	19–21
aa) Die Vorwirkung	20
bb) Die Rückwirkung	21
2. Die Bindung an das Präjudiz	22–25
a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit	23
b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes	24–25
IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung	26–43
1. Die Rechtsfindung praeter legem	27–39
a) Die Lückenfeststellung	28–30
aa) Das externe System	29
bb) Das interne System	30
b) Die Maßstäbe der Lückenausfüllung	31–36
aa) Der Gleichheitssatz	32–33a
bb) Das Primärrecht	34–36
c) Die Grenzen der Lückenausfüllung	37–39
aa) Analogieverbote	38
bb) Unausfüllbare Lücken	39
2. Die Rechtsfindung contra legem	40–43
a) Die Feststellung der Nichtigkeit	41
b) Die Folgen der Nichtigkeit	42
c) Die Einzelfallgerechtigkeit	43
V. Schlussbetrachtung	44

2. Teil: Allgemeiner Teil

Literatur: *Larry Alexander/Emily Sherwin*, Demystifying Legal Reasoning (2008); *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (1997); *Anthony Arnall*, The European Union and its Court of Justice (2. Aufl. 2006); *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (1998); *Mariele Dederichs*, Die Methodik des EuGH (2004); *Wolfgang Dänzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: Ole Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I (1995), S. 205–221; *Ulrich Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217–227; *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber*, Die Auslegung des europäischen Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529–536; *Thomas Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode (2009); *Clemens Höpfner/Bernd Rütters*, Grundlagen einer Europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1–36; *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuZW 1997, 295–305; *Katja Langenbucher*, Vorüberlegungen zu einer Europarechtlichen Methodenlehre, in: Thomas Ackermann u.a. (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, JbJZ 1999, S. 65–83; *Axel Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009); *Jörg Neuner*, Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht, in: Johannes Hager u.a. (Hrsg.), Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung – Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag (2002), S. 83–112; *Oreste Pollicino*, Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint, GLJ 5 (2004), 283–317; *Frederick Schauer*, Thinking like a lawyer (2009); *Theodor Schilling*, Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte, ZEuP 2007, 754–784; *Werner Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem (2002); *Reiner Schulze* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999); *Reiner Schulze/Ulrike Seif* (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft (2003); *Jörg Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995); *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I (2001); *Konrad Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH (2009).

Rechtsprechung: EuGH v. 12.12.1985 – Rs. 165/84 *Krohn*, Slg. 1985, 3997; EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411; EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, Slg. 2003, I-13295; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg. 2006, I-4137; EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament .l. Kommission*, Slg. 2008, I-1649; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco* (noch nicht in Slg.); EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon* (noch nicht in Slg.); EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux* (noch nicht in Slg.); EuG v. 26.11.2002 – verb. Rs. T-74/00, T-76/00, T-83/00 bis T-85/00, T-132/00, T-137/00 und T-141/00 *Artgodan u.a. .l. Kommission*, Slg. 2002, II-4945; EuG v. 3.4.2003 – verb. Rs. T-44/01, T-119/01 und T-126/01 *Vieira und Vieira Argentina .l. Kommission*, Slg. 2003, II-1209.

I. Grundlagen

- 1 Die gemeinschaftsrechtliche Methodenlehre ist ein Unterfall der allgemeinen juristischen Methodenlehre. Sie bildet zu den nationalen Methodenlehren¹ kein *aliud*, sondern wird durch ihren speziellen Gegenstand in Form des Gemeinschaftsrechts geprägt. Demgemäß stellt sich auch im sekundären Gemeinschaftsrecht das Problem,

¹ Einen Überblick zu den verschiedenen Methoden der Rechtsfindung in den einzelnen europäischen Staaten gibt *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, S. 45 ff.

ob der Richter an den Wortlaut des Gesetzes strikt gebunden ist oder dieses über den Normtext hinaus fortbilden darf.

1. Zur Terminologie des Gemeinschaftsrechts

Nach dem überwiegenden deutschen Sprachgebrauch bildet der noch mögliche Wort- 2
sinn des Gesetzes die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.² Diese terminologische Unterscheidung ist vor allem deshalb sachgerecht, weil dem Normtext eine limitierende Funktion zum Schutz der Rechtsunterworfenen sowie zur Wahrung mitgliedstaatlicher Kompetenzen zufallen kann.³ Der Gerichtshof verwendet allerdings nicht den Begriff „Rechtsfortbildung“, sondern spricht im Anschluss an die französische Methodenlehre ganz pauschal von *interprétation*.⁴ Dies mag damit zusammenhängen, dass Französisch die Arbeitssprache des Gerichts bildet. Aber auch in der Sache ist die terminologische Gleichstellung nicht weiter schädlich, solange der Gerichtshof dem Normtext eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der Gesetzesinterpretation beimisst.⁵ Die Kritik am Gerichtshof reduziert sich daher im Wesentlichen auf den Vorhalt eines unpräzisen Sprachgebrauchs.

Präferiert man stattdessen die differenzierende deutsche Terminologie, gilt es vor 3
allem begriffsjuristische Fehlschlüsse zu vermeiden. Diese Gefahr besteht insbesondere bei der Übertragung der klassischen „Dreistufensystematik“⁶ von Gesetzesauslegung, Gesetzesergänzung und unzulässiger Gesetzesderogation auf die gemeinschaftsrechtliche Methodik. Die Qualifizierung einer Rechtsprechung als Auslegung besagt nur, dass sie sich innerhalb des möglichen Wortsinns bewegt, ist aber noch kein hinreichender Legitimationsnachweis. Auch der Lückenbegriff ist eine bloße Umschreibung der Zulässigkeitskriterien praeterlegaler Rechtsfindung und ersetzt nicht die erforderlichen gemeinschaftsrechtlichen Wertungen. Ebenso bleibt das Dogma

2 Vgl. BVerfG, NJW 2008, 3627 ff.; 2007, 1666 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 143; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 441, 467 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 614 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 90 ff. mwN; kritisch z.B. *Kudlich/Christensen*, ARSP 93 (2007), 128 ff.

3 Siehe speziell zur Erforderlichkeit der Wortsinnngrenze im Gemeinschaftsrecht auch *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze (2004), S. 25 f.; *Schilling*, ZEuP 2007, 754, 757 ff. (768: „Rang von Primärrecht“); *Schulte-Nölke*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angelegenen Rechts, S. 158; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 535.

4 Vgl. nur *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 289 ff., 394 f., 607; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 39; *Wank*, FS Stahlhacke (1995), S. 635; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 55 ff. mwN.

5 Eine Auswertung aller im Jahr 1999 veröffentlichten Entscheidungen des EuGH hat ergeben, dass die grammatische Auslegung die zweithäufigste Argumentationsform (nach dem Verweis auf die frühere Rechtsprechung) darstellt; vgl. *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, S. 64 ff.; *dies.*, EuR 2004, 345, 349 ff.; siehe zur Bedeutung des Normtextes ferner auch *Buck*, Auslegungsmethoden des EuGH, S. 168 ff. m.umf.N.

6 *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung (1969), S. 221.

vom Verbot des *contra-legem*-Judizierens begründungsdefizitär,⁷ solange nicht die maßgeblichen Sachgesichtspunkte zugunsten einer Gesetzesbindung benannt werden.

2. Zur Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts

- 4 Versucht man, die Voraussetzungen und Grenzen einer Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts näher zu bestimmen, ist zunächst der Begriff der „Autonomie“ von zentraler Bedeutung. Sowohl der Geltungsgrund⁸ als auch die Auslegung⁹ des Gemeinschaftsrechts werden vielfach mit dem Attribut „autonom“ gekennzeichnet, so dass es nahe liegt, die Fortbildungsoptionen des sekundären Gemeinschaftsrechts ebenfalls autonom, d.h. losgelöst von den mitgliedstaatlichen Standards, zu bestimmen. Diese Schlussfolgerung ist aufgrund des prinzipiellen Vorrangs sowie des besonderen Integrationstelos des Gemeinschaftsrechts im Ansatz zutreffend, doch sind einige Relativierungen veranlasst. Als Erstes ist in geltungstheoretischer Hinsicht hervorzuheben, dass das Gemeinschaftsrecht jedenfalls nach dem derzeitigen Legitimationsstand immer noch auf einem innerstaatlichen Anwendungsbefehl beruht,¹⁰ der seinerseits nach mitgliedstaatlichen Methodenstandards zu interpretieren ist. Zweitens ist in Bezug auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts signifikant, dass es eine *Lingua Franca*, eine eigene „EU-Sprache“ nicht gibt. Der Gerichtshof muss deshalb die offiziellen Landessprachen gem. Art. 55 Abs. 1 EUV/314 EG gleichwertig berücksichtigen und im Rahmen der grammatischen Interpretationsmethode einen entsprechenden Textvergleich vornehmen.¹¹ Materiellrechtlich kommt als Drittes hinzu, dass die Gemeinschaft in Art. 2 EUV/6 Abs. 1 EU die tradierten mitgliedstaatlichen Grundsätze der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit übernimmt sowie über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 EUV auf die in der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh) und der EMRK enthaltenen justitiellen Grundrechte verweist, was sich ebenfalls auf die Kompetenzen der Judikative auswirkt.¹²
- 5 Die Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung sind also primär aus dem Gemeinschaftsrecht herzuleiten, doch es gibt Parallelen und Interdependenzen zu den Methodenstandards sowie zu den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen in den Mitgliedstaaten.

7 Siehe z.B. *Calliess*, NJW 2005, 929, 932.

8 Vgl. nur EuGH v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 *Courage*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 19; EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 *Costa .l. E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251, 1269 ff.

9 Vgl. EuGH v. 18.1.1984 – Rs. 327/82 *Ekro*, Slg. 1984, 107 Rn. 11; zuletzt EuGH v. 16.7.2009 – Rs. C-208/07 *von Chamier-Glisczinski*, (noch nicht in Slg.) Rn. 48.

10 Vgl. BVerfG, NJW 2009, 2267 ff., 2284 ff. (Rn. 332 ff.); siehe zur Diskussion über den Geltungsgrund des Gemeinschaftsrechts auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 229 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 174 ff.

11 Siehe hierzu aus der neueren Literatur etwa *Arnulf*, The European Union and its Court of Justice, S. 608 ff.; *Vismara*, in: Pozzo/Jacometti (Hrsg.), Multilingualism and the Harmonization of European Law (2006), S. 61 ff.; *Mayer*, Der Staat 44 (2005), 367, 368 ff.; *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH (2008), S. 33 ff.

12 Vgl. auch *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), I, 8 mwN.

3. Zur Besonderheit des Gemeinschaftsrechts

Aus methodischer Sicht weist das Gemeinschaftsrecht vor allem zwei Eigenarten auf: Zum einen die Mehrsprachigkeit und zum anderen die begrenzte Regelungskompetenz. Beide Phänomene sind allerdings nicht neuartig, sondern bekannte rechtstheoretische Herausforderungen. So wird das Problem der Mehrsprachigkeit bereits in Art. 33 Abs. 4 WVK angesprochen und stellt sich gleichermaßen in Nationalstaaten mit verschiedenen Amtssprachen, wie etwa der Schweiz.¹³ Konkurrierende Rechtsordnungen und deren interpretatorische Abgrenzung sind ebenfalls kein Novum. Aus der Geschichte ist nur an das Verhältnis des *ius commune* zum Statutarrecht zu erinnern.¹⁴ Ein aktuelles Beispiel bildet der Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern gem. Art. 72, 74 GG. Mit der Diskussion über die Möglichkeiten einer Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts betritt man also kein methodisches „Neuland“, sondern kann auf breite rechtstheoretische Vorarbeiten aufbauen.

II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung

Ebenso wie die nationalen Gerichte ist auch der Gerichtshof prinzipiell zur Rechtsfortbildung legitimiert.¹⁵

1. Die rechtsprechende Gewalt

Die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung folgt sowohl aus den überlieferten Grundsätzen des Art. 2 EUV/6 Abs. 1 EU als auch aus der speziellen Regelung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV/220 EG, wonach der Gerichtshof die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge (sichert).“¹⁶ Flankierend dazu ist auf die entsprechende Intention der Gründungsmitglieder zu verweisen¹⁷ und hervorzuheben, dass das etablierte Richterrecht für Beitrittskandidaten gem. Art. 2 Abs. 1 Sps. 5, Art. 3 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 lit. c EU bzw. nunmehr e contrario Art. 20 Abs. 4 S. 2 EUV zum verbindlichen *acquis communautaire* zählt.¹⁸ An Überzeugungskraft verliert hingegen der Hinweis auf den dynamisch-evolutionären Integrations-

13 Siehe z.B. Kramer, Methodenlehre, S. 68 f.; Schübel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht (2004), S. 136 ff., 150 ff.; Schubarth, LeGes 2001, 49 ff., der die Mehrsprachigkeit als „große Chance“ und „echte Bereicherung“ betrachtet und betont, dass „sprachliche Minderheiten (nicht) ignoriert werden“ (aaO, S. 49).

14 Siehe näher Schröder, Recht als Wissenschaft (2001), S. 19 ff., 67 ff., 157 ff. mwN.

15 Zur nationalen Rechtslage siehe näher Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 47 ff. mwN.

16 Vgl. auch Everling, JZ 2000, 217, 221; Hummer/Obwexer, EuZW 1997, 295, 296; Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 91 ff.; siehe zudem unten bei Rn. 40.

17 Vgl. Riesenhuber, System und Prinzipien, S. 67 mwN.

18 Vgl. Stellungnahme der Kommission v. 19.1.1972 zu den Beitrittsanträgen Dänemarks, Irlands, des Königreichs Norwegen und Großbritanniens, ABl. 1972 L 73/3; Ott, EuZW 2000, 293 ff. mwN.

2. Teil: Allgemeiner Teil

ansatz des EG-Vertrages (jetzt Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union),¹⁹ da die Funktionsfähigkeit der Union mittlerweile als gesichert erscheint.²⁰

2. Die gesetzgebende Gewalt

- 9 Obgleich die Befugnis des Gerichtshofs zur Fortbildung des Rechts weitgehend anerkannt ist,²¹ folgt hieraus keine gesetzgeberähnliche Kompetenz. Wie insbesondere die Art. 19 EUV, 251 ff. AEUV/220 ff. EG belegen, beschränkt sich die Aufgabe des Gerichtshofs auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung.²² Funktionell ist kennzeichnend, dass der Gerichtshof über kein eigenes Initiativrecht verfügt²³ und auf den Dialog mit den Verfahrensbeteiligten angewiesen ist. Institutionell fehlt den Richtern eine unmittelbare demokratische Legitimation²⁴ und organisatorisch die Ausstattung, um legislative Aufgaben wahrnehmen zu können. Zu einer Rechtsetzung in Form abstrakt-genereller Regelungen ist der Gerichtshof somit nicht berufen.

3. Die faktische Gewalt

- 10 Trotz dieser grundsätzlichen Begrenzung der richterlichen Kompetenz auf die Einzelfallentscheidung entfaltet die Judikatur des Gerichtshofs im Rechtsleben eine sehr breite Wirkung und bildet eine faktische Rechtsquelle. Die Unionsbürger orientieren sich an den Urteilen des Gerichtshofs und erwarten Rechtssicherheit durch eine Gleichbehandlung ähnlicher Fälle.²⁵ Der Gerichtshof hat deshalb verallgemeinerbare Rechtsregeln auf einer „mittleren Abstraktionshöhe“ zwischen Norm und Fallentscheidung zu formulieren.²⁶ Um legitime Kontinuitätserwartungen der Rechtsunterworfenen nicht zu enttäuschen, sind auch gelegentliche *obiter dicta* zulässig. Im Grundsatz ist jedoch allein über den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Angesichts dieser regelmäßigen Beschränkung auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung besteht für nachfolgende Verfahren auch keine strenge Präjudizienbindung im Sinne der *stare decisis*-Doktrin, zumal sonst für jede Rechtsprechungsänderung ein aufwendiges Gesetzesänderungsverfahren²⁷ nötig wäre.²⁸ Wollen nationale Ge-

19 Vgl. *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295, 296 mwN.

20 Vgl. auch *Streinz*, ZEuS 2004, 387, 412; *Nessler*, RIW 1993, 206, 213.

21 Siehe z.B. auch BVerfGE 75, 223, 242 ff.

22 Siehe dazu auch *v. Danwitz*, EuR 2008, 769, 772; *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 208; *Dänzer-Vanotti*, FS Everling, Bd. I, S. 213.

23 Vgl. *Pollicino*, GLJ 5 (2004), 283, 291; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 172.

24 Vgl. nur *Everling*, JZ 2000, 217, 221; *Kirsch*, Demokratie und Legitimation in der Europäischen Union (2008), S. 74, 169 ff.

25 Hinzu kommt eine Begründungspflicht; vgl. näher *Bengoetxea*, Legal Reasoning, S. 116 f., 141 ff.; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 175 ff. mwN.

26 Vgl. *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien (1986), S. 123 ff.; *Schulze/Seif*, in: dies. (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 8.

27 Siehe zu den besonderen gemeinschaftstypischen Schwierigkeiten einer Gesetzesänderung *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 585 ff.

28 Vgl. *Seif*, FS Schlüchter (2002), S. 137 f.; siehe zudem auch unten bei Rn. 23.

richte von der Rechtsprechung des EuGH abweichen, wird allerdings die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV/234 Abs. 3 EG jeweils aktualisiert.²⁹

III. Die Schranken der Rechtsfortbildung

Ungeachtet seiner prinzipiellen Kompetenz zur Rechtsfortbildung unterliegt der Gerichtshof im Regelfall der Bindung an das Gesetz. Darüber hinaus können auch Präjudizien die Entscheidungsfreiheit des Gerichtshofs einschränken. 11

1. Die Bindung an das Gesetz

Die Gesetzesbindung hat eine kompetentielle, eine inhaltliche und eine zeitliche Dimension. 12

a) Die kompetentielle Dimension

Kompetentiell ist kennzeichnend, dass der Gerichtshof nicht nur an die Entscheidungen des Gemeinschaftsgesetzgebers gebunden ist, sondern zugleich auch dessen beschränkte Regelungszuständigkeit berücksichtigen muss. 13

aa) Das institutionelle Gleichgewicht

Das Prinzip des „institutionellen Gleichgewichts“ bildet das gemeinschaftsrechtliche Pendant zur klassischen Gewaltenteilung.³⁰ Es legt das Kompetenzgefüge der Gemeinschaftsorgane untereinander fest und wirkt sich zugleich auf die Freiheit der Unionsbürger sowie den Einflussbereich der Mitgliedstaaten aus. Für die dritte Gewalt folgt aus dem Prinzip des „institutionellen Gleichgewichts“, dass sowohl der Ermessensspielraum der Verwaltung zu respektieren ist,³¹ als auch die Entscheidungsprärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers, da Letzterer sonst als Rechtsbildungsinstanz funktionslos bliebe. 14

bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit

Im Unterschied zu den Mitgliedstaaten verfügt die EU nicht über eine Kompetenz-Kompetenz; vielmehr gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gem. 15

²⁹ Zu den Ausnahmen der Vorlagepflicht nach der „*acte clair*-Doktrin“ s. näher *Schmidt-Räntsch*, in diesem Band, § 23 Rn. 13, 28 ff.; *Arnulf*, *The European Union and its Court of Justice*, S. 626 f. mwN.

³⁰ Vgl. EuGH v. 6.5.2008 – Rs. C-133/06 *Parlament ./. Rat*, Slg. 2008, I-3189 Rn. 56 f.; EuGH v. 22.5.1990 – Rs. C-70/88 *Parlament ./. Rat*, Slg. 1990, I-2041 Rn. 21 ff.; zur Vergleichbarkeit mit der herkömmlichen Gewaltenteilung siehe näher *Häberle*, *Europäische Verfassungslehre* (6. Aufl. 2009), S. 422 ff.; *Goeters*, *Das institutionelle Gleichgewicht – seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (2008), S. 248 ff.

³¹ Vgl. nur *Borchardt*, *GS Grabitz* (1995), S. 41; *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, S. 412 f.

2. Teil: Allgemeiner Teil

Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV/5 Abs. 1 EG.³² Eine zusätzliche Einschränkung bewirkt das Prinzip der Subsidiarität gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV/5 Abs. 2 EG. Dem Gerichtshof obliegt die Aufgabe, die Einhaltung dieser Kompetenzregel durch die Exekutive und Legislative zu kontrollieren. Umstritten ist, ob der Gerichtshof im Rahmen rechtsfortbildender Judikate das Subsidiaritätsprinzip ebenfalls beachten muss.³³ Eine justitielle Bindung wird dabei insbesondere mit dem Argument verneint, dass die europäischen Gerichte für die ihnen zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten eine ausschließliche Kompetenz besitzen.³⁴ Diese Ansicht überzeugt nicht, da ein Urteilspruch, der das Subsidiaritätsprinzip missachtet, auf das Zuständigkeitsgefüge gleichermaßen einwirkt wie ein analoger Legislativakt. Die Judikative ist zwar kein „Ersatzgesetzgeber“, doch wird bei der konkret-individuellen Entscheidungsfindung unter eine abstrakte Norm subsumiert, für deren Erlass allein die Mitgliedstaaten zuständig sind. Auch wertungsmäßig macht es keinen Unterschied, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber beispielsweise den Anwendungsbereich einer Richtlinie unzulässig weit fasst oder ob der Gerichtshof eine entsprechende Extension richterrechtlich vornimmt. Insgesamt dürfen die europäischen Gerichte somit keine Rechtsfolge festlegen, die nicht auch der Gemeinschaftsgesetzgeber als Norm erlassen dürfte.³⁵

b) Die inhaltliche Dimension

- 16 Die kompetentielle Bindung des Gerichtshofs an das Gemeinschaftsrecht wirft die Anschlussfrage auf, was unter jener Verpflichtung im Detail zu verstehen ist. Diese Thematik gehört zwar im Kern zu dem Problemkreis der „Auslegung“, doch hängt die Feststellung einer Gesetzeslücke von der Methode der Gesetzesinterpretation ab. Ebenso setzt das Urteil über eine Normderogation eine Interpretation des Gesetzes voraus. Daher sind an dieser Stelle zumindest zwei knappe Bemerkungen zur Wortsinngrenze sowie zum Ziel der Auslegung geboten.

aa) Die Wortsinngrenze

- 17 Der Wortlaut des Gesetzes ist nicht nur Ausgangspunkt der Interpretation,³⁶ sondern es fällt ihm auch eine Begrenzungsfunktion zu. Namentlich bei Analogieverboten kann der noch mögliche Wortsinn eine Schranke zulässiger Rechtsfindung bilden. Darüber hinaus begründet der Normtext ganz generell einen Vertrauenstatbestand für die Rechtsunterworfenen, den es bei einer Rechtsfortbildung zu berücksichtigen gilt. Im Gemeinschaftsrecht besteht dabei die Besonderheit, dass es verschiedene

32 Siehe dazu näher *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas* (2001), S. 149 ff.

33 Vgl. *Hummer/Obwexer*, *EuZW* 1997, 295, 303.

34 Vgl. v. d. Groeben/Schwarze-Zuleeg, Art. 5 EG Rn. 34; Lenz/Borchardt-Langguth, Art. 5 EG Rn. 27; *Hirsch*, FS Odersky (1996), S. 200.

35 Vgl. auch *Franzen*, *Privatrechtsangleichung*, S. 66, 500 ff.; *Gruber*, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, S. 325; *M. Schmidt*, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht* (2009), S. 50.

36 Entsprechend verfährt auch der EuGH; vgl. *Colneric*, *EuZA* 2008, 212, 216; *dies.*, *ZEuP* 2005, 225, 226 f.; *Dederichs*, *Die Methodik des EuGH*, S. 77 mwN.

gleichwertige Vertragssprachen gibt. Diese Mehrsprachigkeit führt indes zu keiner prinzipiellen Verringerung der Begrenzungsfunktion des Wortlauts.³⁷ Entsprechend den Bedeutungsvarianten der verschiedenen Sprachfassungen existieren vielmehr zusätzliche Möglichkeiten einer Grenzziehung, die es im Einzelfall zu bewerten gilt. In Betracht kommen insbesondere ein Vorrang der Mehrheit der übereinstimmenden Sprachfassungen, ein Vorrang des gemeinsamen Minimums aller Sprachfassungen sowie die Maßgeblichkeit jener Sprachfassung, die den Unionsbürger am wenigsten belastet.³⁸ Weitere Varianten sind denkbar³⁹ und jeweils vor dem Hintergrund der konkreten Schutzbedürfnisse der Rechtsunterworfenen sowie unter Berücksichtigung des Kompetenzgefüges der Gemeinschaft als Schranke richterlicher Rechtsfortbildung in Erwägung zu ziehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss grundsätzlich bei Divergenzen der verschiedenen Sprachfassungen eines Gemeinschaftstextes „die fragliche Vorschrift nach dem Zusammenhang und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.“⁴⁰

bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht

Ebenso wie in der nationalen Methodendiskussion wird in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht die traditionelle Kontroverse über das Ziel der Auslegung geführt.⁴¹ Richtigerweise ist auch im sekundären Gemeinschaftsrecht primär die gesetzgeberische Regelungsabsicht maßgebend.⁴² Hierfür sprechen insbesondere die Prinzipien der Demokratie und des institutionellen Gleichgewichts. Auch im Interesse der Methodenklarheit ist ein zweistufiges Verfahren indiziert, das zunächst eine Rekonstruktion der gesetzgeberischen Regelungsabsicht verlangt und sodann eine Offenlegung und Gewichtung jener Gründe, die eine Abweichung legitimieren sollen. Die Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens wird dabei im sekundären Gemeinschaftsrecht insofern erleichtert, als nach Art. 296 Abs. 2 AEUV/253 EG eine Begründungspflicht für Rechtsakte besteht und zudem nach Art. 15 AEUV/207 Abs. 3, 255 EG die Dokumente des Rates der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind.⁴³

18

37 A.A. Schulte-Nölke, in: Schulze (Hrsg.), Die Auslegung europäischen Privatrechts und angelegenen nationalen Rechts, S. 157.

38 Vgl. Bengoetxea, Legal Reasoning, S. 234 ff.; Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 153 ff.; Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 64 ff. mwN.

39 S. etwa Schilling, ZEuP 2007, 754, 763 („die dem Bürger sprachlich zugängliche Norm müsse die für ihn maßgebliche sein“).

40 EuGH v. 1.4.2004 – Rs. C-1/02 Borgmann, Slg. 2004, I-3219 Rn. 25 mwN.; s. hierzu auch Seyr, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH (2008), S. 37 ff.

41 Vgl. Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529 mwN.

42 S. Riesenhuber, in diesem Band, § 11 Rn. 30 ff., 50; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 193; jetzt auch Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 13 ff.; a.A. z.B. Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode, S. 375 f.; zur Judikatur des EuGH s. Leisner, EuR 2007, 689 m.umf.N.

43 Einzelheiten bei Streinz-Hummer/Oberwexer, Art. 207 EG Rn. 59 ff.; Streinz-Gellermann, Art. 255 EG Rn. 1 ff.

c) *Die zeitliche Dimension*

- 19 Gesetze können des Weiteren auch schon vor ihrem Inkrafttreten eine Rechtsfortbildungsschranke begründen.⁴⁴

aa) *Die Vorwirkung*

- 20 Für den Gerichtshof ergibt sich die Pflicht zur Berücksichtigung von noch nicht in Kraft getretenen Gesetzen aus dem Prinzip der Gemeinschaftsverfassungsorgantreue.⁴⁵ Eine Sperrwirkung entsteht in der Regel erst mit der Veröffentlichung des zukünftigen Legislativakts im Amtsblatt der EU gem. Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 S. 1 AEUV/254 Abs. 1 EG.⁴⁶ Ein früherer Zeitpunkt scheidet grundsätzlich aus, weil es bis dahin noch zu Abänderungen kommen kann oder noch überhaupt kein Konsens erzielt wurde. Inhaltlich führt die Sperrwirkung zu keinem generellen Rechtsfortbildungsverbot, sondern nur zu dem Gebot, das intendierte gesetzgeberische Ziel nicht zu vereiteln. Der EuGH hat eine solche Sperrwirkung in seiner grundlegenden Entscheidung *Inter-Environnement Wallonie* für die Vorwirkung von Richtlinien auf nationale Gesetzgebungsverfahren bereits formuliert.⁴⁷ Dieser am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Maßstab ist sachgerecht und als generelle Rechtsfortbildungsschranke geeignet, zumal er eine Parallele im völkerrechtlichen Frustrationsverbot gem. Art. 18 WVK findet. Neben einer Sperrwirkung können zukünftige Normen eine Rechtsfortbildung auch positiv im Sinne einer „Rechtsgewinnungsquelle“⁴⁸ inspirieren sowie legitimieren, sofern sie Ausdruck eines Konsenses sind und damit zugleich Rechtssicherheit vermitteln.

bb) *Die Rückwirkung*

- 21 Im Unterschied zur Vorwirkung beruht die Rückwirkung auf dem Anwendungsbefehl eines in Kraft befindlichen Gesetzes. Dieses ist prinzipiell bindend, solange es nicht wegen eines Primärrechtsverstoßes für nichtig erklärt wurde.⁴⁹ Wie der Gerichtshof bereits in der Rechtssache *Racke* feststellte, verbietet der Grundsatz der Rechtssicherheit in der Regel eine (echte) Rückwirkung, es sei denn, die Rückwirkung

44 Siehe zur Vorwirkung von Gemeinschaftsrecht ausführlich *Neuner*, in: Johannes Hager u.a. (Hrsg.), *Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung*, S. 110 f. sowie *Hofmann*, in diesem Band, § 16.

45 Vgl. näher *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 213 ff.

46 Vgl. auch *Furrer*, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen (1994), S. 141 f.; *Messerschmidt*, ZG 1993, 11, 22 ff., 28 ff.

47 EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411 Rn. 35 ff., 44 f.; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 Rn. 68 (egal, ob die nationale Regelung die Umsetzung bezweckt oder nicht); EuGH v. 4.7.2006 – Rs. C-212/04 *Adeneler*, Slg. 2006, I-6057 Rn. 122 (Unterlassenspflicht gilt auch für nationale Gerichte); zuletzt EuGH v. 23.4.2009 – Rs. C-378/07 bis C-380/07 *Angelidaki u.a.*, Slg. 2009, I-3071 Rn. 206; s. dazu auch *Röthel*, ZEuP 2009, 34, 36 ff.

48 Ausdruck nach *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000), S. 9.

49 Siehe dazu auch unten Rn. 40 ff.

ist gemessen am angestrebten Ziel erforderlich und das berechnigte Vertrauen der Betroffenen wird gebührend beachtet.⁵⁰

2. Die Bindung an das Präjudiz

Die richterlichen Rechtsfortbildungsoptionen werden nicht nur durch legislative Vorgaben, sondern auch durch Präjudizien begrenzt. 22

a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit

Im Unterschied zum *common law* gibt es im Gemeinschaftsrecht keine strikte Präjudizienbindung im Sinne einer Rechtsfortbildungssperre.⁵¹ Dadurch wird der Gefahr einer Versteinigung der Rechtsprechung vorgebeugt und verbesserte Rechtserkenntnisse können sich durchsetzen. Folgerichtig sieht sich auch der Gerichtshof durch anders lautende Urteile nicht prinzipiell an einer Rechtsfortbildung gehindert.⁵² 23

b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes

In der Regel orientiert sich der EuGH indes an seiner früheren Rechtsprechung. Diese Selbstbindung ist im Interesse der Rechtsunterworfenen auch geboten, da Präjudizien, ebenso wie Legislativakte, einen herausragenden Vertrauenstatbestand bilden können.⁵³ Ein Vertrauenstatbestand kann dabei schon mit einem einzigen Urteil begründet werden und verfestigt sich im Rahmen einer ständigen Rechtsprechung. Er nimmt noch an Intensität zu, wenn die Rechtsprechung von der Wissenschaft weitgehend konsentiert wird. Ein Schutz des Vertrauens kann allerdings auch hinfällig sein,⁵⁴ wenn ein Urteil keinen Vertrauenstatbestand verkörpert, weil es zum Beispiel in sich widersprüchlich ist. Das Gleiche gilt, wenn Gründe in der Person des Vertrauenden entgegenstehen. Dies ist beispielsweise bei einem treuwidrigen Verhalten der Fall. Die von den Präjudizien des Gerichtshofs ausgehenden Kontinuitätserwartungen sind also keine feststehende, sondern eine variable Größe, die es gegen den konkurrierenden Anspruch auf die materiell an sich gebotene Entscheidung ab- 24

50 EuGH v. 25.1.1979 – Rs. 98/78 *Racke*, Slg. 1979, 69 Rn. 20; EuGH v. 15.7.2004 – Rs. C-459/02 *Gereken und Procola*, Slg. 2004, I-7315 Rn. 22 f.; zuletzt EuGH v. 19.3.2009 – Rs. C-256/07 *Mitsui*, Slg. 2009, I-1951 Rn. 32; siehe ferner auch Streinz-Kopp, Art. 34 EG Rn. 106 ff. mwN.

51 Vgl. auch Langenbucher, JbJZ 1999, S. 75 f.; Edward, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 76; Bengoetxea, Legal Reasoning, S. 69; siehe ferner auch oben Rn. 10; zum *common law* siehe aus neuerer Zeit Alexander/Sherwin, Demystifying Legal Reasoning, S. 53 ff.; Schauer, Thinking like a lawyer, S. 57 ff.

52 S. näher Arnulf, The European Union and its Court of Justice, S. 629 f.; Hager, Rechtsmethoden in Europa, S. 254 f.; Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 189 f. mwN.

53 Vgl. auch Hager, Rechtsmethoden in Europa, S. 255 ff.; Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 190 ff., 353.

54 Siehe näher Neuner, ZHR 153 (1993), 243, 280 ff.

zuwägen gilt.⁵⁵ In den seltenen Fällen, in denen der EuGH bislang seine eigene Judikatur abgeändert hat, geschah dies jeweils retroaktiv, d.h. rückwirkend und nicht nur für zukünftige Entscheidungen im Sinne eines bloßen *prospective overruling*.⁵⁶

- 25 Anders als bei einem Wandel seiner Rechtsprechung problematisiert der EuGH im Rahmen von Nichtigkeitsklagen die Rückwirkung. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet Art. 264 Abs. 2 AEUV/231 Abs. 2 EG, wonach der Gerichtshof von der grundsätzlich geltenden *ex-tunc*-Wirkung absehen kann, „falls er dies für notwendig hält“. Dieselbe Kompetenz nimmt der EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren in Anspruch, indem er sich teilweise auf eine Analogie zu Art. 264 Abs. 2 AEUV/231 Abs. 2 EG, teilweise auf den Grundsatz der Rechtssicherheit und teilweise kumulativ auf beide Aspekte stützt.⁵⁷ Dogmatisch geht es hierbei also nicht um das Abweichen von einem Präjudiz, sondern gleichsam um das Betreten „justitiellen Neulands“ im Wege (meist extensiver) Auslegung oder Rechtsfortbildung.⁵⁸ Nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH kann auch in einer solchen Konstellation die Rückwirkung nur ausnahmsweise beschränkt werden, was zudem in der betreffenden Vorabentscheidung selbst angeordnet sein muss.⁵⁹ Rein finanzielle Folgewirkungen werden als hinreichender Beschränkungsgrund nicht anerkannt, sondern es bedarf umfassender vertrauensrechtlicher Erwägungen.⁶⁰

IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung

- 26 Jenseits der Wortlautgrenze werden von der traditionellen deutschsprachigen Methodenlehre die Bereiche *praeter* und *contra legem* unterschieden.⁶¹ Contralegal kann allerdings auch innerhalb der Wortlautgrenze judiziert werden, wenn bei mehreren möglichen Bedeutungen jene gewählt wird, die nicht der gesetzgeberischen Zweckvorstellung entspricht. Mit der Differenzierung zwischen *praeter* und *contra legem* korrespondiert zudem eine unterschiedliche Wertung, je nachdem welchen Gesetzesbegriff man zugrunde legt. Nach der objektiven Auslegungstheorie lassen sich grundsätzlich alle inadäquat erscheinenden Ergebnisse durch eine „objektive“ Auslegung bereinigen, so dass mit der Kennzeichnung „*contra legem*“ zugleich ein normatives

55 Vgl. *Langenbucher*, JZ 2003, 1132, 1134 ff.; *dies.*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996), S. 121 ff.

56 Vgl. *Bydlinski*, JBl. 2001, 1, 26; *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (2009), S. 209 ff.

57 Siehe ausführlich *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (2009), S. 161 ff. mwN.

58 Vgl. auch *Weiß*, EuR 1995, 377, 386.

59 EuGH v. 6.3.2007 – Rs. C-292/04 *Meilicke*, Slg. 2007, I-1835 Rn. 36 mwN.

60 S. näher *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 265 ff.; *Pollicino*, GLJ 5 (2004), 283, 300 ff.; *Bydlinski*, JBl. 2001, 1, 24 mwN.

61 Siehe z.B. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 472 ff. mwN; nach *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 185 f. m. Fn. 116 stellt bereits jede Entscheidung gegen den Wortlaut des Gesetzes ein *contra-legal*-Judizieren dar, das aber nicht zwangsläufig unzulässig ist.

Unzulässigkeitsurteil verbunden ist.⁶² Folgt man hingegen der subjektiven Auslegungslehre, wird der *contra-legem*-Sektor lediglich durch erhöhte Begründungsanforderungen geprägt. Nach dieser vorzugswürdigen Ansicht ist eine Gesetzesderogation nicht *a priori* illegitim, sondern in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen zulässig und geboten.

1. Die Rechtsfindung *praeter legem*

Analysiert man zunächst die Voraussetzungen und Grenzen einer *praeterlegalen* Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts, bietet es sich an, auf das Bild der „Lücke“ als „planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (...) gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“⁶³ zurückzugreifen.⁶⁴ Es ist allerdings unschädlich, wenn der EuGH dieser Terminologie nur vereinzelt folgt,⁶⁵ solange er die maßgeblichen funktionalen Sachkriterien beachtet.

a) Die Lückenfeststellung

In Bezug auf die Feststellung einer Lücke besteht im Gemeinschaftsrecht die Besonderheit, dass nicht die Rechtsordnung als Ganzes, sondern nur die europäische Teilrechtsordnung den Vergleichsmaßstab bildet.⁶⁶ Im Anschluss an die Terminologie im internationalen Einheitsrecht kann man deshalb interne von externen Lücken unterscheiden⁶⁷ und beide Systeme entsprechend abgrenzen.

aa) Das externe System

Eine planwidrige Unvollständigkeit des Europarechts kann von vornherein nur in jenem Bereich auftreten, der kompetentiell der Gemeinschaft zugeordnet und nicht den Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Nach dem Plan des Gemeinschaftsrechts gelten die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität. Die Judikative darf deshalb keine Regelungslücke annehmen, sofern nicht auch der Gemeinschaftsgesetzgeber für diesen Fall zu einer Lückenfüllung befugt wäre.⁶⁸

62 Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 250 ff.

63 Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39, 198.

64 A.A. Flessner, JZ 2002, 14, 21; Vogenauer, ZEuP 2005, 234, 254.

65 Der Begriff der „Gesetzeslücke“ wird zum Beispiel verwandt in EuGH v. 19.6.1979 – Rs. 180/78 *Brouwer-Kaune*, Slg. 1979, 2111 Rn. 8; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, Slg. 2003, I-13295 Rn. 49; zuletzt EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, (noch nicht in Slg.) Rn. 35.

66 Vgl. Riesenhuber, System und Prinzipien, S. 68 ff. mwN.

67 Vgl. Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 605 ff.; entgegen Metzger, Extra legem, intra ius, S. 397 ff. erscheint diese Terminologie vor allem zur Abgrenzung der justitiellen Kompetenzen und zur Wahrung der mitgliedstaatlichen Interessen durchaus sachgerecht (auch im Vergleich zur *open-texture*-Konzeption). Unerheblich ist ferner, ob der Gesetzgeber quantitativ „eine (einigermaßen) vollständige Regelung angestrebt“ hat, da der Lückenbegriff funktional nur zum Ausdruck bringen soll, dass die Rolle der Legislative als Rechtsbildungsinstanz nicht in Frage gestellt wird; a.A. W.-H. Roth, in diesem Band, § 14 Rn. 49.

68 Siehe auch schon oben Rn. 15.

2. Teil: Allgemeiner Teil

bb) Das interne System

- 30** Eine Rechtsfortbildung *praeter legem* setzt zudem eine Planwidrigkeit im internen System des Sekundärrechts voraus. Diese Feststellung bemisst sich primär aus der Perspektive des Gemeinschaftsgesetzgebers und hängt davon ab, inwieweit jener eine abschließende Regelung treffen wollte oder nur unvollständig legifizierte. Eine gesetzestechnische Besonderheit bildet dabei im Bereich des Sekundärrechts das Instrumentarium der Richtlinie. Richtlinien können zwar ebenso wie Verordnungen Lücken aufweisen, doch gilt dies nicht, soweit die konkrete Auslegung ergibt,⁶⁹ dass den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen wird.⁷⁰ Räumt eine Richtlinie beispielsweise den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen mehreren Regelungsalternativen ein, liegt auf Seiten des Gemeinschaftsrechts keine planwidrige Unvollständigkeit vor.

b) Die Maßstäbe der Lückenausfüllung

- 31** Als Mittel zur Ausfüllung von Lücken im Sekundärrecht kommen im Wesentlichen der Gleichheitssatz sowie das Primärrecht in Betracht.

aa) Der Gleichheitssatz

- 32** Der positive Gleichheitssatz gebietet, dass gleichartige Tatbestände gleich zu behandeln sind, also die Rechtsfolge R nicht nur für den im Gesetz geregelten Tatbestand T₁, sondern analog auch für den gleich liegenden Tatbestand T₂ gilt.⁷¹ Solche Analogieschlüsse finden sich immer wieder in der Rechtsprechung des EuGH.⁷² Der Gerichtshof machte im Urteil *Krohn*⁷³ die Lückenausfüllung mittels Analogie allerdings noch von einem Verstoß gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht, insbesondere von einem Verstoß gegen Diskriminierungsverbote, abhängig.⁷⁴ Diese Bezugnahme ist zu restriktiv. Zum Primärrecht gehören nicht nur die expliziten Diskriminierungsverbote, sondern auch der induktiv aus diesen Verboten sowie nunmehr aus Art. 6 EUV iVm Art. 20 GRCh ableitbare allgemeine Gleichheitssatz, den man als wesentliches Element der Rechtsidee zudem den apriorischen Bestandteilen der Gemeinschafts-

69 Siehe näher I. Wolff, Die Verteilung der Konkretisierungskompetenz für Generalklauseln in privatrechtsgestaltenden Richtlinien (2002), S. 60 ff.

70 Vgl. auch EuGH v. 6.2.2003 – Rs. C-245/00 *Sena*, Slg. 2003, I-1251 Rn. 34; EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973 Rn. 48 f.; zuletzt EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, Slg. 2003, I-13295 Rn. 49; *Bultmann*, JZ 2004, 1100, 1103 f.

71 Vgl. nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 71; zum „Analogical Reasoning from Case to Case“ siehe näher *Alexander/Sherwin*, *Demystifying Legal Reasoning*, S. 66 ff.; *Schauer*, *Thinking like a lawyer*, S. 85 ff.; *Sunstein*, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996), S. 62 ff.

72 Siehe näher *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 321 ff. mwN.

73 EuGH v. 12.12.1985 – Rs. C-165/84 *Krohn*, Slg. 1985, 3997 Rn. 14, 23.

74 Siehe auch *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 318 ff. mwN.

rechtsordnung zurechnen kann.⁷⁵ Mittlerweile judiziert der EuGH ebenfalls ganz generell und in ständiger Rechtsprechung: „Jeder Gemeinschaftsrechtsakt ist insoweit im Einklang mit dem gesamten Primärrecht auszulegen, darunter auch mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung, der verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.“⁷⁶

Geradezu ein methodologisches Lehrstück einer Gleichbehandlung im Sinne des Analogieverfahrens enthält die Entscheidung *Sturgeon*⁷⁷ zu Entschädigungspflichten im Flugverkehr: Zunächst arbeitet der EuGH den Unterschied zwischen der Annullierung und der Verspätung eines Fluges heraus.⁷⁸ Als Zwischenergebnis hält er sodann fest, dass „sich aus dem Wortlaut der Verordnung Nr. 261/2004 nicht unmittelbar“ ein Entschädigungsanspruch bei Verspätungen ergibt (Rn. 41). In der weiteren Argumentation legt der EuGH dar, dass Art. 6 der Richtlinie über Unterstützungsleistungen bei Verspätungen wegen der Verschiedenartigkeit der Schäden und der erforderlichen Sofortmaßnahmen keine abschließende Regelung darstellt (Rn. 64 ff.). Zudem verweist er auf die Erwägungsgründe (Nr. 1 bis 4, vor allem auf die Gleichstellung von Verspätung und Annullierung in Nr. 15; vgl. Rn. 43 ff., 67) sowie objektiv-teleologisch auf den jeweiligen Zeitverlust, „der angesichts seines irreversiblen Charakters nur mit einer Ausgleichszahlung ersetzt werden kann“ (Rn. 52). Schließlich vergleicht der Gerichtshof beide Sachverhalte und kommt zu dem Ergebnis (Rn. 60): „Da die von den Fluggästen im Fall einer Annullierung und einer Verspätung erlittenen Schäden einander entsprechen, können die Fluggäste verspäteter Flüge und die annullierter Flüge nicht unterschiedlich behandelt werden, ohne dass gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde.“ Man mag diese Entscheidung im Hinblick auf die konkrete Feststellung einer Regelungslücke angreifen,⁷⁹ methodisch demonstriert sie gleichwohl den klassischen Analogieschluss.

Überdies vergleicht der EuGH auch einzelne Gesetzgebungsakte miteinander. So hat der Gerichtshof beispielsweise geprüft, ob die in einer bestimmten Richtlinie vorgesehene Ausnahme im Anwendungsbereich einer anderen Richtlinie analog anzuwenden ist.⁸⁰ Der Gerichtshof hat dies in concreto zwar unter Hinweis auf den unplausiblen Methodensatz, dass Ausnahmen strikt auszulegen sind,⁸¹ abgelehnt, das Ergebnis aber zudem in mehrfacher Hinsicht teleologisch abgesichert.⁸²

75 S. dazu näher *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 57, 71 mwN.

76 EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon*, (noch nicht in Slg.) Rn. 48 mwN.; s. auch schon EuGH v. 8.10.1980 – Rs. 810/79 *Überschär*, Slg. 1980, 2747 Rn. 16; EuGH v. 7.7.1993 – Rs. C-217/91 *Spanien .I. Kommission*, Slg. 1993, I-3923 Rn. 37; EuGH v. 12.10.2004 – Rs. C-313/02 *Wippel*, Slg. 2004, I-9483 Rn. 56; vgl. ferner Lenz/Borchardt-Wolfgang, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 553 ff.; v. d. Groeben/Schwarze-Beutler, Art. 6 EU Rn. 87.

77 EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon*, (noch nicht in Slg.).

78 Eine Verspätung liegt, ungeachtet der Dauer, vor, wenn der Flug „entsprechend der ursprünglichen Flugplanung des Luftfahrtunternehmens durchgeführt wird“; Rn. 39 des Urteils.

79 Die Vorinstanzen in Deutschland und Österreich hatten Ausgleichsansprüche verneint; vgl. Rn. 16, 24 des Urteils.

80 EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg. 2006, I-4137 Rn. 51.

81 S. zu dieser verfehlten Auslegungsregel auch ausführlich *Riesenhuber*, in diesem Band, § 11 Rn. 61 ff.

82 EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg. 2006, I-4137 Rn. 55, 53 f.

33 Der negative Gleichheitssatz verlangt, Ungleichartiges verschieden zu behandeln. Konsequenterweise kennt der EuGH daher nicht nur eine den Wortsinn übersteigende Rechtsfortbildung mittels Analogieschlusses, sondern auch in der Gegenrichtung eine restriktive Interpretation,⁸³ die man nach deutschem Sprachgebrauch als teleologische Reduktion bezeichnet, sofern der Normtext zu weit gefasst ist und eine erforderliche Einschränkung vermissen lässt. Der EuGH differenziert zwar nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung,⁸⁴ doch ist kennzeichnend, dass er eine restriktive Richtlinieninterpretation mit dem methodischen Prolegomenon einleitet: „Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden.“⁸⁵ Im Übrigen ist auch in diesem Kontext das Subsidiaritätsprinzip zu beachten, so dass die Argumentationslast für eine das Sekundärrecht erweiternde und zugleich das nationale Recht einschränkende Rechtsfortbildung höher ist als im umgekehrten Fall der teleologischen Reduktion des Gemeinschaftsrechts.⁸⁶

33a Der EuGH verlangt des Weiteren hinreichende Indizien für die Annahme eines allgemeinen ungeschriebenen Grundsatzes des Sekundärrechts. Im *Audiolux*-Urteil wird betont, „dass der bloße Umstand, dass es im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht verschiedene Vorschriften zum Schutz von Minderheitsaktionären gibt, für sich genommen noch nicht für den Nachweis der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts genügt, insbesondere wenn ihr Anwendungsbereich auf sehr genau festgelegte und bestimmte Rechte beschränkt ist.“⁸⁷ Einen Indizwert besitzen diese Vorschriften nur, „soweit sie zwingend formuliert sind und sich der genaue Inhalt des gesuchten Grundsatzes aus ihnen ergibt“.⁸⁸ In concreto lehnt der EuGH die induktive Gewinnung eines allgemeinen Grundsatzes vor allem deshalb ab, weil sich die maßgeblichen Vorschriften „nur auf ganz bestimmte Situationen beziehen“, es sich also lediglich um eine Reihe von Sondertatbeständen handelt.⁹⁰

bb) Das Primärrecht

34 Ebenso wie im nationalen Recht ist im Gemeinschaftsrecht das niederrangige Recht im Lichte des höherrangigen Rechts zu interpretieren. Im Stufenbau des Gemein-

83 Vgl. z.B. EuGH v. 1.4.2008 – Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament .I. Kommission*, Slg. 2008, I-1649 Rn. 65 ff., 71; EuGH v. 4.10.1991 – Rs. C-183/90 *van Dalfsen u.a.*, Slg. 1991, I-4743 Rn. 19 ff.; siehe ferner auch *Buck*, Auslegungsmethoden des EuGH, S. 217 ff. mwN.

84 S. bereits oben Rn. 2.

85 EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament .I. Kommission*, Slg. 2008, I-1649 Rn. 67 mwN.

86 Vgl. *Langenbucher*, ZGR 2010, 75, 84 f.

87 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux* (noch nicht in Slg.) Rn. 34 m. Anm. *Klöhn*, LMK 2009, 294692.

88 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux* (noch nicht in Slg.) Rn. 34 mwN.

89 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux* (noch nicht in Slg.) Rn. 35.

90 S. zur methodologischen Abgrenzung auch *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 97 ff.

schaftsrechts bildet dabei das Primärrecht die *lex superior* gegenüber dem Sekundärrecht. Diese Normenhierarchie folgt aus dem verfassungsähnlichen Charakter des Primärrechts, insbesondere aus der Regelung des Art. 288 AEUV/249 EG über die Rechtsetzungskompetenz auf der sekundären Ebene.⁹¹ Vor allem der Systemgedanke sowie die Autorität der Vertragsparteien gebieten es, das abgeleitete Gemeinschaftsrecht soweit als möglich primärrechtskonform auszulegen.⁹²

Hinsichtlich der materiellen Vorgaben ist kennzeichnend, dass zum Primärrecht alle rechtsstaatlichen Grundsätze, namentlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, gehören.⁹³ Daneben sind auch die Gemeinschaftsgrundrechte im Rahmen einer primärrechtskonformen Rechtsfindung mitzubersichtigen.⁹⁴ 35

Terminologisch kann man im Hinblick auf die Wortlautgrenze zwischen einer primärrechtskonformen Auslegung und einer primärrechtskonformen Rechtsfortbildung unterscheiden.⁹⁵ Eine primärrechtskonforme Interpretation kommt aber nur subsidiär in Betracht, wenn nach Ausschöpfung der herkömmlichen *canones* eine konkrete Regelungsabsicht nicht rekonstruierbar ist.⁹⁶ Verfolgt der Gesetzgeber einen primärrechtswidrigen Zweck, darf die rechtswidrige Norm nicht in eine primärrechtskonforme Regelung uminterpretiert werden. Der Gerichtshof hat vielmehr eine rechtswidrige Norm für nichtig zu erklären, und zwar entweder im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV/234 Abs. 1 lit. b) EG oder einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV/230 Abs. 1 EG.⁹⁷ Dieses Prozedere ist sachlich geboten, weil dem Gemeinschaftsgesetzgeber sonst potentielle Handlungsalternativen abgeschnitten würden und das institutionelle Gleichgewicht durch eine judikative Normsubstitution aus den Fugen geriete.⁹⁸ Bestehen hingegen mehrere Auslegungsoptionen, ist diejenige vorzuziehen, die mit dem Primärrecht vereinbar ist.⁹⁹ 36

c) Die Grenzen der Lückenausfüllung

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist seiner Natur nach nicht analogiefeindlich, obgleich es zum Teil einen Ausnahmecharakter aufweist. Ein Analogieschluss darf zwar ein Regel-Ausnahme-Verhältnis durch die Herausbildung eines allgemeinen Prinzips nicht auf den Kopf stellen, doch sind auch zwei rechtsähnliche Sondertatbestände 37

91 Vgl. auch Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 363 ff.; Müller/Christensen, Juristische Methodik II, Rn. 541 f.

92 Vgl. auch oben Leible/Domröse, in diesem Band, § 9 Rn. 22 ff.

93 Vgl. näher Müller/Christensen, Juristische Methodik II, Rn. 177 ff. mwN.

94 Vgl. näher Müller/Christensen, Juristische Methodik II, Rn. 180 ff. mwN.

95 Vgl. auch Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 197.

96 Siehe auch Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 194.

97 Vgl. auch Riesenhuber, System und Prinzipien, S. 63.

98 Vgl. auch unten Rn. 42.

99 Vgl. EuGH v. 13.12.1983 – Rs. 218/82 *Kommission ./. Rat*, Slg. 1983, 4063 Rn. 15.

grundsätzlich gleich zu behandeln.¹⁰⁰ Eine Lückenausfüllung scheidet im Wesentlichen nur in zwei Fällen aus:

aa) *Analogieverbote*

- 38** Der noch mögliche Wortsinn kann vor allem zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten der Unionsbürger eine Schranke zulässiger Rechtsfindung bilden. Dies gilt einmal für Regelungen, die eine Bestrafung anordnen oder zumindest einen strafähnlichen Charakter aufweisen (z.B. die Verhängung von Bußgeldern durch die EG-Kommission).¹⁰¹ Über den Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* hinaus ist ein Analogieverbot ganz generell bei belastenden Eingriffen indiziert.¹⁰² So lehnt auch der EuGH namentlich im Abgabenrecht eine analoge Anwendung von Regelungen ab, die den einzelnen Bürger belasten.¹⁰³

bb) *Unausfüllbare Lücken*

- 39** Neben Lücken, bei denen eine Ausfüllung aufgrund eines Analogieverbotes unzulässig ist, gibt es Lücken, bei denen eine Ausfüllung rechtlich nicht möglich ist.¹⁰⁴ Der EuGH sieht sich zu einer Lückenausfüllung außer Stande, wenn bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zu treffen sind. Das Gleiche gilt, wenn mehrere primärrechtskonforme Regelungsalternativen bestehen.¹⁰⁵ Der EuGH verweist zur Lückenausfüllung dann folgerichtig auf die nationalen Gerichte und Gesetzgeber¹⁰⁶ sowie die zuständigen Gemeinschaftsorgane.¹⁰⁷

2. Die Rechtsfindung *contra legem*

- 40** Mit dem Gebot richterlicher Gesetzesbindung korrespondiert ein grundsätzliches Verbot richterlicher Gesetzesderogation. Der EuGH ist sich dieser Einschränkung bewusst und betont ausdrücklich seine fehlende Kompetenz zur Normkorrektur bei

100 Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 181; *Schilling*, EuR 1996, 44, 52 f. mwN.

101 Vgl. EuGH v. 25.9.1984 – Rs. 117/83 *Könecké*, Slg. 1984, 3291 Rn. 11, 13, 16; *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 76 f.; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 289 ff. mwN.

102 Vgl. *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 402 f.; *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 77.

103 EuGH v. 15.12.1987 – Rs. 325/85, *Irland .I. Kommission*, Slg. 1987, 5041 Rn. 18.

104 Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 172.

105 Vgl. *Dänzer-Vanotti*, FS Everling, Bd. I, S. 221; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 324 ff.

106 EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973 Rn. 48 f.; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, (noch nicht in Slg.) Rn. 35; s. ferner auch schon EuGH v. 11.5.1983 – Rs. 87/82 *Rogers*, Slg. 1983, 1579 Rn. 21.

107 EuGH v. 23.3.2000 – verb. Rs. C-310/98 und C-406/98 *Met-Trans*, Slg. 2000, S. I-1797 Rn. 32; EuGH v. 19.10.1977 – verb. Rs. 117/76 und 16/77 *Ruckdeschel u.a.*, Slg. 1977, 1753 Rn. 13.

Bestimmungen, die er für unbefriedigend erachtet.¹⁰⁸ Wie bei jedem Prinzip gibt es allerdings auch in Bezug auf die richterliche Gesetzesbindung Ausnahmen.¹⁰⁹ Folgerichtig bestimmt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV/220 EG, dass der Gerichtshof das „Recht“ und nicht allein das „Gesetz“ zu wahren hat.¹¹⁰

a) Die Feststellung der Nichtigkeit

Im Gemeinschaftsrecht sind die grundsätzlichen rechtstheoretischen Relativierungen der richterlichen Gesetzesbindung insofern hinfällig, als der EuGH gem. Art. 263 Abs. 1, 267 Abs. 1 lit. b) AEUV/230 Abs. 1, 234 Abs. 1 lit. b) EG eine Norm für nichtig erklären kann.¹¹¹ Diese Verwerfungskompetenz umfasst alle Fälle, in denen eine Sekundärrechtsnorm mit dem Primärrecht kollidiert. Den Maßstab bilden dabei insbesondere auch die in den Mitgliedstaaten anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätze gem. Art. 2 EUV/6 Abs. 1 EU¹¹² sowie die gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 EUV einbezogenen Grundrechte der GRCh und der EMRK.

41

b) Die Folgen der Nichtigkeit

Eine Nichtigkeitsfeststellung bewirkt in der Regel eine erneute Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers. Dieser kann nunmehr anstelle der nichtigen Norm über rechtmäßige Alternativentscheidungen befinden. Angesichts dieser kompetentiellen Rückverlagerung erweist sich eine Nichtigkeitsfeststellung als der moderateste Eingriff in das Gewaltenteilungsgefüge. Dem trägt die subjektive Auslegungstheorie dadurch Rechnung, dass sie bei einer Abweichung von der gesetzgeberischen Regulationsabsicht grundsätzlich eine Nichtigkeitserklärung verlangt. Der objektiven Auslegungstheorie gelingt es zwar, eine Nichtigkeitserklärung tendenziell zu vermeiden, doch besteht die Gefahr, dass der Verzicht auf die Normkassation um den Preis einer richterlichen Normsetzung erkaufte wird. Der Gerichtshof ist nur ausnahmsweise zu

42

108 Siehe z.B. EuGH v. 26.4.1972 – Rs. 92/71 *Interfood*, Slg. 1972, 231 Rn. 5; weitere Nachweise bei *Borchardt*, GS Grabitz (1995), S. 41; kritisch zu einzelnen Entscheidungen namentlich *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 395 ff. mwN; aus steuerrechtlicher Sicht *Leitl*, UVR 2008, 138 ff.; aus arbeitsrechtlicher Sicht *Wank*, FS Birk (2008), S. 929 ff.

109 Siehe dazu näher *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 139 ff.

110 Analoge Formulierungen finden sich auch in den meisten anderen Textfassungen, vgl. *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 91 f. mwN; kritisch zur Interpretation von Art. 220 EG als Rechtsfortbildungskompetenz *Buerstedde*, Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts (2006), S. 145, der sich einerseits vom Normtext des Art. 220 EG löst, um andererseits die (bereits im nationalen Recht verfehlt) These von der notwendigen Rückführung richterlicher Entscheidungen auf Normtexte aufrechterhalten zu können.

111 Vgl. z.B. EuGH v. 21.1.2003 – Rs. C-378/00 *Kommission ./. Parlament und Rat*, Slg. 2003, I-937 Rn. 72; EuGH v. 12.11.1996 – Rs. C-84/94 *Vereinigtes Königreich ./. Rat*, Slg. 1996, I-5755 Rn. 37; siehe zur Kontrolle durch den Gerichtshof auch *Everling*, FG Gündisch (1999), S. 92 ff., mit krit. Anmerkungen zu dessen relativ weitgehender Zurückhaltung gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber.

112 Siehe dazu auch schon oben Rn. 35 sowie *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 458 ff. mwN.

2. Teil: Allgemeiner Teil

einer eigenen Lückenausfüllung befugt, falls das Primärrecht keine Alternativen eröffnet und eine bestimmte Regelung fordert.

c) Die Einzelfallgerechtigkeit

- 43 Ungeachtet der rechtsstaatlichen Standards des Primärrechts kann die sehr seltene Situation eintreten, dass das allgemein gefasste Sekundärrecht den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht wird. Eine Nichtigkeitserklärung durch den Gerichtshof scheidet in einer solchen Konstellation aus, denn wie bereits *Aristoteles* hervorhob, liegt der Fehler hier „weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache“.¹¹³ Ein *contra-legem*-Judizieren kommt also in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen in Betracht, wenn der konkrete Streitfall vom gesetzlich fixierten Normaltypus so eklatant abweicht, dass die Gesetzesbindung zu einem untragbaren Ergebnis führen würde.

V. Schlussbetrachtung

- 44 Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Gerichtshof auch im Sekundärrecht zur Rechtsfortbildung grundsätzlich befugt ist. Er hat dabei weder die Aufgabe eines „Integrationsmotors“, noch unterliegt er einem *judicial self-restraint*. Ersteres birgt die Gefahr der Kompetenzüberschreitung durch eine eigenständige Integrationspolitik, Letzteres die Gefahr der Kompetenzunterschreitung durch eine Missachtung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Hinsichtlich der Kompetenzausübung ist es nicht notwendig, dass der Gerichtshof eine bestimmte Methodenterminologie übernimmt, solange die maßgeblichen Sachkriterien beachtet werden.¹¹⁴ Dazu zählen vor allem die Grundsätze der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes. Es ist also auch bei der Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts in erster Linie auf eine sachgerechte Wertungsjurisprudenz zu achten.

113 Die Nikomachische Ethik (Übersetzung von *O. Gigon*), (6. Aufl. 1986), 1137a; siehe dazu auch *Schauer*, *Thinking like a lawyer*, S. 119 f.

114 Siehe i.Ü. die berechtigte Forderung von *Kühling/Lieth*, *EuR* 2003, 371, 384 nach einer behutsamen Übertragung nationaler dogmatischer Figuren auf gemeinschaftsrechtliche Fragestellungen.