

Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?

Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte

von

Thomas M. J. Möllers

Überblick

I. Einleitung: Problemstellung und Begriff der Rechtsfortbildung (contra legem) — II. Zur Kompetenz des EuGH zur Rechtsfortbildung — 1. „Francovich“ und die Pauschalreise-Richtlinie — 2. Kompetenzfragen — a) Das Verhältnis der EG zu den Mitgliedstaaten sowie des EuGH zum Rat und der Kommission — b) „Maastricht“: Prinzip der Einzelmächtigung, der Subsidiaritätsgrundsatz und die Unverbindlichkeit von EuGH-Entscheidungen? — c) Stellungnahme: Letztentscheidungsrecht des EuGH sowie implizite Kompetenzen der EG — III. Dogmatik der richterlichen Rechtsfortbildung des EuGH — 1. Art. 164 EGV — 2. Kriterien einer zulässigen Rechtsfortbildung durch den EuGH — a) Wortlaut und Gesetzeswille — b) Systematik und teleologische Überlegungen: Ziel- und Wertentscheidungen des EG-Vertrages — c) Abwägung und Folgenabwägung — 3. Grenzen der Rechtsfortbildung — IV. Fallgruppen der Rechtsfortbildung des EuGH — 1. Gemeinschaftsgrundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze — 2. Die Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts als allgemeine Wertentscheidung — 3. Grundfreiheiten — Zur Rechtsfortbildung des EuGH im Zivilrecht — a) Der EG-Vertrag: Drittwirkung von Grundfreiheiten in zivilrechtlichen Verträgen? — aa) Zum Streitstand — bb) „Bosman“ und eine eigene Ansicht: Spürbarkeit und Diskriminierung — b) Zivilrechtliche Richtlinien: Der Fehlerbegriff der Produkthaftungsrichtlinie — V. Rechtsfortbildung nationaler Gerichte zur Beachtung europarechtlicher Vorgaben — 1. Das BGB unter dem EG-Vertrag und die gemeinschaftskonforme Rechtsfortbildung — 2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung contra legem? — a) Die Richtlinie 76/207/EWG und § 611a BGB — b) Meinungsstand und Stellungnahme: Rechtsfortbildung in Übereinstimmung von objektiven Gesetzeswille und den Wertungen des Gesetzes

I. Einleitung: Problemstellung und Begriff der Rechtsfortbildung (contra legem)

Europarecht ist in Mode¹. Bei der Vorbereitung der heutigen Vorlesung fiel das Sammeln von Literatur nicht schwer, gibt es doch kaum eine juristische Zeitschrift, die nicht umfangreich über Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs berichtet. Europarecht weckt Emotionen: Die Frage zulässiger Rechtsfortbildung wurde jüngst als eine der zentralen Fragen des Ge-

* Im wesentlichen unveränderte Fassung meiner Antrittsvorlesung am 15. Mai 1997 an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg im Rahmen der Ringvorlesung: Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996.

1 U.a. Antrittsvorlesungen von *Schlachter*, Der Europäische Gerichtshof und die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1995; *Hirte*, Wege zu einem europäischen Zivilrecht, 1996; *Pernice*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27 ff.; von *Danwitz*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten, DVBl. 1997, 1 ff.

meinschaftsrechts bezeichnet²; Der EuGH als „Superrevisionsinstanz“ wird von *Canaris* beschworen³, Rechtsentwicklungen von *Steindorff* als „horror iuris“ bezeichnet⁴. „Doppelte Rechtsfindung oder Rechtsfortbildung contra legem? – Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH“ heißt das heutige Thema. Während man sich unter dem Untertitel: „Die Umgestaltung des BGB durch den EuGH“ noch etwas vorstellen kann, klingt der Obertitel: „Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?“ recht abstrus, hat doch selbst der versierte Dogmatiker alter Schule bis heute wenig, oder ehrlich gesagt: noch nichts über die doppelte Rechtsfindung contra legem gehört. Nach deutscher Dogmatik werden Gesetze nach Wortlaut, Systematik, den Willen des Gesetzgebers und nach Sinn und Zweck ausgelegt. Rechtsfortbildung liegt immer dann vor, wenn die Grenzen möglicher Auslegung, wie Wortsinn, der Regelungszusammenhang und Wille des Gesetzgebers überschritten werden⁵. Es geht um die Entwicklung neuer, im Gesetz nicht oder nur in Ansätzen enthaltenen Rechtssätzen⁶. Rechtsfortbildung contra legem ist nicht nur ein methodisches Problem, sondern in erster Linie ein staatsrechtliches⁷. Sie ist unzulässig, weil nach der Gewaltenteilung der Gesetzgeber, die Legislative, und nicht der Richter die Gerichte erläßt. Mit dem Begriff der doppelten Rechtsfortbildung ist einerseits die Rechtsfortbildung des EuGH gemeint. Diese soll zuerst erörtert werden (II.), bevor die Dogmatik der Rechtsfortbildung (III.) und einzelne Fallgruppen untersucht werden (IV.). Erst in diesem Rahmen ist das Zivilrecht zu behandeln. Auch deutsche Gerichte haben Europarecht zu beachten. Sie sind zur gemeinschaftskonformen und richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet? Wann diese Auslegung aufgrund europarechtlicher Vorgaben auch zur Rechtsfortbildung verpflichtet, ist noch wenig gesichert. Hier stellt sich andererseits die Frage der Rechtsfortbildung contra legem auf zweiter Ebene (V.).

2 *Schwarze*, Vorläufiger Rechtsschutz im Widerstreit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrens- und Prozeßrecht, in: Festschrift Börner, 1992, S. 389, 400.

3 *Canaris*, Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?, *EuZW* 1994, 417 ff.

4 *Steindorff*, Anmerkungen zur Allué II-Entscheidung, *JZ* 1994, 95, 97.

5 Ähnlich *Hillgruber*, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: von Danwitz u.a., Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 31. Umstritten ist, ob bereits der Wortlaut oder der Wille des Gesetzgebers die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung bilden, *Koch/Rißmann*, Juristische Methodenlehre, 1982, S. 248 f.; von *Bogdandy*, in: Gedächtnisschrift Everling, 1995, S. 17, 20.

6 S. genauer unten Fn. 49 und *Bleckmann*, Die Rolle der richterlichen Rechtsschöpfung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Gedächtnisschrift Constantinesco, 1983, S. 61; *Wank*, Die Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 635.

7 „Die Grenzen der Richterrechtsbildung sind in der Verfassung zu suchen.“, so *J. Ipsen*, Rechtsprechung im Grenzbereich zur Gesetzgebung, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1984, S. 435, 439; *Wank*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, *ZGR* 1988, 314, 319 ff.; *Hillgruber*, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: von Danwitz u.a., Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 31.

II. Zur Kompetenz des EuGH zur Rechtsfortbildung

1. *Francovich und die Pauschalreise-Richtlinie*

Das Recht des EuGH zur Rechtsfortbildung läßt sich an der *Francovich*-Entscheidung und seinen Folgeurteilen verdeutlichen. Nach Art. 189 Abs. 3 EG-Vertrag gelten EG-Richtlinien nicht unmittelbar, sondern müssen eigens durch ein eigenes Gesetz des jeweiligen Mitgliedstaates erst in nationales Recht umgesetzt werden. In der *Francovich*-Entscheidung hatte nun der EuGH erstmals die Haftung eines Mitgliedstaates bejaht, weil dieser Staat eine Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt hatte⁸. In einer Folgeentscheidung hat jüngst der EuGH Deutschland zu einer Staatshaftung verpflichtet, weil es die Pauschalreise-Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt hatte, welche Urlauber vor dem Konkurs des Reiseveranstalters schützen will. Weil der Reiseveranstalter MP Travel Line in Konkurs fiel, saßen im Sommer 1993 plötzlich Hunderte von Urlaubern in Spanien fest, weil die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie nicht bis zum 31. Dezember 1992, sondern erst zum 1. Juli 1994 in deutsches Recht umgesetzt hatte⁹. Mit dem Staatshaftungsanspruch erhalten die Urlauber nun ihren Schaden ersetzt. Dieser gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist nun deshalb besonders interessant, weil er im EG-Vertrag in keiner Vorschrift zu finden ist¹⁰. Es überrascht deshalb nicht, daß die *Francovich*- und seine Folgeentscheidungen zahlreiche Kritiker auf den Plan gerufen haben, die dem Urteil nicht nur „geistiger Diät“¹¹, sondern vor allem der Rechtsfortbildung *contra legem* bezichtigen¹².

8 EuGH v. 19.11.1991, Slg. 1991-I, 5357 = NJW 1992, 165 = EuZW 1991, 758 = EuR 1992, 75 = ZIP 1991, 1610 – *Francovich*.

9 EuGH v. 8.10.1996, Slg. 1996-I, 4845 = NJW 1996, 3141 = EuZW 1996, 654 = ZIP 1996, 1832 – Dillenkofer u.a. (Staatshaftung wegen Nichtumsetzung der Pauschalreise-RiL); hierzu *Streinz*, Staatshaftung wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, ZIP 1996, 1931 ff.; *Huff*, Eine erste Bewertung des EuGH-Urteils Dillenkofer, NJW 1996, 3190 ff.

10 Der Staatshaftungsanspruch stieß auch deshalb auf Unverständnis, weil es im deutschen Recht Staatshaftungsansprüche regelmäßig nicht gibt, soweit der Gesetzgeber untätig bleibt, *Wank*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 646.

11 *Ossenbühl*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, DVBl. 1992, 993, 994 f.; zustimmend von *Danwitz*, DVBl. 1997, 1, 2.

12 *Ossenbühl*, DVBl. 1992, 993, 997; *Karl*, Die Schadensersatzpflicht der Mitgliedstaaten bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts, RIW 1992, 440, 444; *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733; *ders.*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 205, 216; *Schlemmer-Schulte/Ukrow*, Haftung des Staates gegenüber dem Marktbürger für gemeinschaftswidriges Verhalten, EuR 1992, 82, 90 ff.; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, S. 312 ff.; *Häde*, Staatshaftung für legislatives Unrecht, BayVBl. 1992, 449, 455; *Triantafyllou*, Haftung der Mitgliedstaaten für Nichtumsetzung von EG-Recht, DÖV 1992, 564, 567; von *Danwitz*, JZ 1994, 335, 341; *ders.*, DVBl. 1997, 1; *Wank*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 646; *Zitscher*, Probleme eines Wandels des innerstaatlichen Rechts zu einem europäischen Rechtssystem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *RabelsZ* 60 (1996), 648, 659.

2. Kompetenzfragen

a) Das Verhältnis der EG zu den Mitgliedstaaten sowie des EuGH zum Rat und der Kommission

Vor der Dogmatik im engeren Sinne muß man sich der staats- und völkerrechtlichen Ausgangssituation vergegenwärtigen. Erst jüngst hat die deutsche Bundesregierung in einem dieser Folgeverfahren vor dem EuGH vorgetragen, dieser habe für den Staatshaftungsanspruch keine Zuständigkeit¹³. Die Rechtsfortbildung des EuGH auf der ersten Ebene kann zweierlei Kompetenzen berühren. Einmal geht es um die Zuständigkeitsverteilung von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, wie er in Art. N EUV angelegt ist. Zum anderen geht es um die Kompetenzen zwischen Gericht und Gemeinschaftsgesetzgeber¹⁴, also um das institutionelle Gleichgewicht der Gemeinschaftsorgane des Art. 4 EGV¹⁵. De facto fallen diese zwei Kompetenzfragen regelmäßig aber zusammen, weil im Rat die Repräsentanten der Mitgliedstaaten zusammenkommen und sich auch als Interessenhüter der Mitgliedstaaten betreiben¹⁶.

b) „Maastricht“: Prinzip der Einzelmächtigung, der Subsidiaritätsgrundsatz und die Unverbindlichkeit von EuGH-Entscheidungen?

Durch die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat das Kompetenzverhältnis zwischen der EG und den Mitgliedstaaten neue Nahrung bekommen, hatte das Bundesverfassungsgericht den EuGH doch vor einer exzessiven Wahrnehmung einer rechtsschöpferischen Kompetenz gewarnt¹⁷. Ausdrücklich sei der durch den Maastricht-Vertrag eingeführte Art. 3b EGV zu beachten. Nach dem in Abs. 1 genannten Prinzip der Einzelmächtigung sei die Europäische Gemeinschaft nur zuständig, wenn sie ausdrücklich hierzu ermächtigt worden ist¹⁸; nach Abs. 2 sei der Subsidiaritätsgrundsatz einzuhalten¹⁹. Beide Grundsätze sollen die *Mitgliedstaaten* vor

13 S. Nachweis in EuGH v. 5.3.1996, Slg. 1996-I, 1029 = NJW 1996, 1267 (24) = JZ 1996, 789 = EuZW 1996, 205 = DVBl. 1996, 427 – Brasserie du Pêcheur; der Kritik zustimmend von Danwitz, DVBl. 1997, 1, 2.

14 S. Nachweis in EuGH v. 5.3.1996, NJW 1996, 1267 (24) – Brasserie du Pêcheur.

15 Dänzer-Vanotti, RIW 1992, 734, 735.

16 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Loseblatt, 1983 ff., Art. 4 Rdnr. 20.

17 BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 209 f. unter C.II.3.b) = NJW 1993, 3047 = JZ 1994, 1110 = EuZW 1993, 667 = EuR 1993, 294 = EuGRZ 1993, 429 – Maastricht.

18 Zum Principe de compétence d'attribution, Nicolaysen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 43; Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, 2457, 2459.

19 S. auch Art. B Abs. 2 EUV. BVerfG v.12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 191 ff., 211 – Maastricht; zur Literatur s. Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, Kahl, Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, AöR 118 (1993), 414 ff.; Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, AöR 119 (1994), 170 ff.; Pescatore, Mit der Subsidiarität leben, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1071 ff.;

einer Aushöhlung ihrer Handlungsspielräume schützen und damit ihre nationale Identität sichern²⁰. Eine Auslegung von EG-Normen, die einer Vertrags-erweiterung gleichkäme, würde – so wörtlich das Bundesverfassungsgericht – „für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten“²¹. Diese Formel haben inzwischen einfache Instanzgerichte, wie das Finanzgericht Rheinland-Pfalz aufgenommen: Weil der EuGH europarechtliche Fragen unzutreffend geprüft habe, könne der Auffassung des EuGH nicht gefolgt werden²².

c) Stellungnahme: Letztentscheidungsrecht des EuGH sowie implizite Kompetenzen der EG

Für diese Ansicht ließe sich immerhin vortragen, daß irgend jemand den EuGH kontrollieren muß, könnte er ansonsten seine selbst geschaffene Rechtsfortbildung immer für rechtmäßig erklären²³. Hingegen wird man mit einer solchen Ansicht dem Verständnis des EG-Vertrages und der Europäischen Gemeinschaft nicht gerecht. Die Europäische Gemeinschaft hat keine Vollstreckungsbehörden; sie ist darauf angewiesen, daß europäisches Recht durch Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen nationaler Mitgliedstaaten angewendet wird²⁴; sie ist Rechtsgemeinschaft²⁵. Der EG-Vertrag hat deshalb auch unstrittig Vorrang vor dem nationalen Recht²⁶. Wäre es nun zulässig, daß sich das Bundesverfassungsgericht oder vielleicht sogar alle Gerichte der inzwischen 15 Mitgliedstaaten zu Superrevisionsinstanzen des EuGH aufschwingen dürften, um Urteile nach Gutdünken für unverbindlich erklären, würde jedes nationale Verfassungsgericht, ja im Zweifel jedes Amtsgericht, zum ei-

Hirsch, Das Subsidiaritätsprinzip, in: Festschrift Odersky, 1996, S. 197 ff. und die Nachweise bei *von Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), vor Art. 3b.

20 Vgl. Art. F Abs. 1 EUV: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten...“; BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 193, 211 – Maastricht; *von Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 3b Rdnr. 19. Zum Spannungsverhältnis zu Art. F Abs. 3 EUV s. *Beyer*, Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften, Der Staat 1996, S. 189, 208 ff.

21 BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 188, 210 – Maastricht; ebenso *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733, 742.

22 FG Rheinland-Pfalz v. 7.11.1984, EuZW 1995, 588 LS mit kritischen Anmerkungen von *Reiche*, Kompetenzwidrige EuGH-Rechtsprechung zu Art. 177 II EGV?, EuZW 1995, 569 ff.; die Auslegung des EuGH wurde auch geprüft von BGH v. 21.4.1994, BGHZ 125, 382, 393 = NJW 1994, 2607, 2609 – Rolling Stone; weitere Nachweise bei *Hirsch*, NJW 1996, 2457, 2461.

23 *Dänzer-Vanotti*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 205, 207.

24 Das entsprach dem Willen der Mitgliedstaaten, *Hirsch*, NJW 1996, 2457, 2463.

25 *Hallstein*, Die EWG – eine Rechtsgemeinschaft, Ansprache am 12.3.1962 aus Anlaß der Ehrenpromotion durch die Universität Padua, in: Europäische Reden, S. 341 ff.; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDSTR 50 (1991), 56, 57; *Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545 ff.; *Ulmer*, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, JZ 1992, 1; *Grimm*, JZ 1995, 581, 585; EuGH v. 23.4.1986, Slg. 1986, 1357 (23) – Les Verts; jetzt allgemeine Meinung.

26 EuGH v. 9.3.1978, Slg. 1978, 629 (17/18) – Simmenthal; BVerfG v. 22.10.1986, BVerfGE 73, 229, 375 – *Oppermann*, Europarecht, 1991, Rdnr. 524 ff.; *Pernice*, EuR 1996, 27, 28.

gentlichen Herr des EG-Vertrages²⁷. Ein solches Desintegrationspotential würde den Vertrag konterkarieren²⁸, ja die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft sprengen. Das Verhältnis von nationalen Gerichten zum EuGH wird deshalb durch Art. 177 EGV abschließend vorgegeben: Nationale Gerichte müssen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH Rechtsfragen zum Gemeinschaftsrecht und damit auch Kompetenzfragen vorlegen²⁹. Der EuGH hat ein Letztentscheidungsrecht, über Gemeinschaftsfragen zu urteilen³⁰.

Das schließt nicht aus, die Rechtsfortbildung des EuGH zu korrigieren: Sollte den Mitgliedstaaten eine Rechtsfortbildung des EuGH zu weit gehen, können die Mitgliedstaaten im Rat die Rechtsfortbildung des EuGH nach ihrem Gutdünken berichtigen, ein Verfahren, was jüngst nach der Christel Schmidt-Entscheidung angeregt wurde³¹. Zudem ist anerkannt ist, daß neben den im EG-Vertrag ausdrücklich niedergelegten Kompetenzen, die Europäische Union auch über sogenannte „implizite“³², sog. Vertragsabrundungskompetenzen verfügen muß, weil ansonsten die Gemeinschaft auf Dauer handlungsunfähig würde³³. Das Bundesverfassungsgericht ist, so schmerzlich das sein mag, eben nur eines von zahlreichen nationalen Gerichten im Systemgefüge der Europäischen Gemeinschaften. Aus der vielleicht etwas distanzierteren Perspektive des Zivilrechtlers erinnert das Maastricht-Urteil an die Rückzugsgefechte der deutschen Bundesbank und die Solange I und II-Beschlüsse.

27 Oder anders formuliert: das Finanzgericht Rheinland-Pfalz als europäische Super-Superrevisionsinstanz, s. auch *Schockweiler*, Zur Kontrolle der Zuständigkeitsgrenzen der Gemeinschaft, EuR 1996, 123, 133.

28 Kritisch folglich die ganz überwiegend Literatur *Steinberger*, Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 25, 3; *Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 1, 6; *Oppermann*, DVBl. 1994, 901, 906: „Germanozentriertheit“; *Hesse*, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, 265, 271; *MacCormick*, Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute, JZ 1995, 797, 800; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 1995, Rdnr. 43, 333; *Isensee*, Integrationsziel Europa-staat, in: Festschrift Everling, 1995, S. 567, 588. *Hirsch*, NJW 1996, 2457, 2463.

29 Nur wenn der Kernbestand des Grundgesetzes tangiert, der durch Art. 79 Abs. 3 GG unabänderbar geschützt ist, kann das Bundesverfassungsgericht eingreifen. Ein Fall, der aber reine Theorie ist, *Everling*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 57, 68; *A. Weber*, Zur Kontrolle grundrechts- bzw. Kompetenzwidriger Rechtsakte der EG durch nationale Verfassungsgerichte, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 1625, 1638; *Schockweiler*, EuR 1996, 123, 132.

30 *Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 489, 494; *Hirsch*, NJW 1996, 2457, 2466; s. auch *Everling*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 57, 71; *Schockweiler*, EuR 1996, 123, 130.

31 S. Richtlinienvorschlag der Kommission v. 8.9.1994 zum Betriebsübergang zur Änderung der RiL 77/187/EWG, ABl. Nr. C 274, 10 = DB 1994, 1979 ff. S. auch das Memorandum des Vereinigten Königreichs über den Europäischen Gerichtshof v. 23.7.1996, hierzu *Hummer/Obweser*, EuZW 1997, 295 ff.

32 *von Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 3b Rdnr. 9; *Oppermann* (Fn. 26), Rdnr. 439; *Hirsch*, NJW 1996, 2457, 2465.

33 Wie beispielsweise Art. 235 EGV, s. *Everling*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 57, 67; zur implied power Doktrin *Steinberger*, in: Hommelhoff/Kirchhof (Fn. 28), S. 25, 31.

Bekanntlich erkannte das Bundesverfassungsgericht erst im Solange II-Beschluß an, daß der EuGH die Grundrechte wahrh³⁴. Man mag das Maastricht-Urteil jetzt schon korrigierend auslegen: Eine vermeintlich unzulässige Rechtsfortbildung contra legem durch den EuGH führt mitnichten automatisch zur Unverbindlichkeit der EuGH-Entscheidung³⁵, würde das Bundesverfassungsgericht ansonsten doch gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit des Art. 5 EG-Vertrag verstoßen³⁶. Unabhängig davon sollte man mit einer gewissen Gelassenheit, auf eine „Maastricht II“-Entscheidung warten, in welcher dann, kraft höherer Rechtserkenntnis, einige der gerade genannten Übertreibungen zurückgenommen werden³⁷.

III. Dogmatik der richterlichen Rechtsfortbildung des EuGH

Nach diesen für einen Zivilrechtler schon viel zu ausführlichen staatsrechtlichen Ausführungen können wir uns endlich der Dogmatik der Rechtsfortbildung zuwenden.

1. Art. 164 EGV

Nach Art. 164 EGV sichert der EuGH „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages“. Mit dem Begriff „Recht“ ist unstrittig auch das Recht zur Rechtsfortbildung verbunden, bedeutet Recht doch nicht nur das durch den Gesetzgeber erlassene Gesetz, sondern immer auch die Gerichtsentscheidung, das Richterrecht³⁸. Selbst das Bundesverfassungsgericht hat dem EuGH in früheren Entscheidungen schon eindeutig dieses Recht zur Fortbildung des Rechts zugestanden, wenn es formuliert, der Richter sei nicht nur „la bouche qui prononce les paroles de la loi“, nicht nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht³⁹.

34 BVerfG v. 29.5.1974, BVerfGE 37, 271 – Solange I; BVerfG v.22.10.1986, BVerfGE 73, 339, 385 ff. – Solange II.

35 Kritisch *Everling*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 57, 68.

36 *Steinberger*, in: Hommelhoff/Kirchhoff (Fn. 27), S. 25, 33; *ders.*, in: Festschrift Bernhardt, 1995, S. 1313, 1333; ähnlich *Schockweiler*, EuR 1996, 123, 128, 135; *Oppermann*, DVBl. 1994, 901, 907; *Pernice*, Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 523, 530.

37 Nach wohl überwiegender Auffassung wollte das BVerfG in der Maastricht-Entscheidung nicht hinter die Grundsätze der Solange II-Entscheidung zurückgehen, BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 174 – Maastricht; *Everling*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 57, 62 ff.; *Pernice*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 523, 534, 545; *Steinberger*, Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, in: Festschrift Bernhardt, 1995, S. 1313, 1332. Zur aktuellen Relevanz s. jetzt den Vorlagebeschluß an das BVerfG durch VG Frankfurt a.M. v. 24.10.1996, EuZW 1997, 182 – EG-Bananenordnung m. kritischen Anm. *A. Weber*, EuZW 1997, 165 ff.; *Classen*, JZ 1997, 454 ff.

38 Insoweit vergleichbar mit der Formulierung in Art. 20 Abs. 3 GG: „Gesetz und Recht“, *Borchardt*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 1994, Rdnr.20 f.; *Dänzer-Vanotti*, in: Festschrift Everling, S. 205, 206.

39 „Der Richter war in Europa niemals lediglich „la bouche qui prononce les paroles de la loi“, das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht waren weithin

2. Kriterien einer zulässigen Rechtsfortbildung des EuGH

Wenn damit grundsätzlich dem EuGH das Recht zur Rechtsfortbildung zugestanden wird, ist nun zu fragen, nach welchen Kriterien die Rechtsfortbildung zulässig ist und wo vor allem die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung verläuft.

a) Wortlaut und Gesetzeswille

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, Rechtsfortbildung sei unzulässig, wenn der Wortlaut eine bestimmte Auslegung nicht zulasse oder sogar verbiete, weil ansonsten gegen den Willen des Gesetzgebers geurteilt würde⁴⁰. Ein solche Aussage kann schon deshalb nicht richtig sein, weil Rechtsfortbildung ja gerade die Wortlautgrenze der Norm überschreitet. Nach der herrschenden objektiven Auslegung ist zudem anerkannt, daß es nicht mehr auf den ursprünglichen subjektiven Willen des Gesetzgebers ankommt, sondern auf den heute objektiv aus dem Gesetz herauszulesenden Willen des Gesetzgebers, der sich im Laufe der Jahre gewandelt haben kann⁴¹. Pointiert formuliert: Das Gesetz kann schlauer sein, als der Gesetzgeber⁴². Entgegen dem früheren Wortlautes von Art. 173 Abs. 1 EG-Vertrag hat auch der EuGH beispielsweise dem Europäischen Parlament Beteiligtenfähigkeit zuerkannt⁴³.

b) Systematik und teleologische Überlegungen: Ziel- und Wertentscheidungen des EG-Vertrages

In welchem Umfang können nun Systematik und teleologische Überlegungen zur Rechtsfortbildung genutzt werden? Nach einer Ansicht ist Rechtsfortbildung nur zulässig, wenn eine planwidrige Unvollständigkeit einer einzelnen Norm vorliegt und der Normgeber sie beseitigt hätte, wenn sie von ihm erkannt worden wäre⁴⁴. Rechtsfortbildung sei hingegen unzulässig, wenn „allgemeine Rechtsprinzipien konkrete rechtliche Ableitungen nicht zulassen“⁴⁵.

richterliche Rechtsschöpfungen ebenso wie in jüngerer Zeit etwa in Frankreich die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts durch den Staatsrat oder in Deutschland das allgemeine Verwaltungsrecht, weite Teile des Arbeitsrechts oder die Sicherungsrechte im privatrechtlichen Geschäftsverkehr. Die Gemeinschaftsverträge sind auch im Lichte gemeinschaftseuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur zu verstehen.“, BVerfG v. 8.4.1987, 75, 223, 243 f. – Kloppenburg; formelhaft auch BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 209 – Maastricht; Geiger/Khan, Europarecht, 1996, S. 36.

40 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 4 Rdnr. 70.

41 Koch/Rießmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 176 ff.; Hassold, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes, ZfP 94 (1981), 192, 196 f.

42 Entgegen dem Wortlaut von § 253 BGB hat beispielsweise das Bundesverfassungsgericht bei einer Persönlichkeitsverletzung Schmerzensgeld zugesprochen, Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 248.

43 EuGH v. 23.4.1986, Slg. 1986, 1357 (25) – Les Verts; M. Schmidt, Privatrechtsangleichende EU-Rechtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 59 (1995), 569, 576.

44 Sog. Lücke im engeren Sinne. Ossenbühl, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 7; ders., DVBl. 1992, 993, 995; Dänzer-Vanotti, RIW 1992, 733, 737; ders., in: Festschrift Everling, 1995, S. 205, 212, 219.

45 Dänzer-Vanotti, in: Festschrift Everling, 1995, S. 201, 214 f.

Diese Formulierung, die auch schon vom Bundesverfassungsgericht verwendet wurde⁴⁶, ist jedoch aus zwei Gründen als untauglich abzulehnen. Zum einen liegt ein Zirkelschluß vor⁴⁷: Ob allgemeine Rechtsprinzipien konkrete Ableitungen zulassen, kann als Obersatz für eine Subsumtion nicht verwendet werden, weil die Unmöglichkeit einer Ableitung ja gerade zu beweisen ist. Auch lassen allgemeine Rechtsprinzipien durchaus Wertentscheidungen, des Gesetzgebers erkennen, die der Konkretisierung zugänglich sind. Überzeugender ist deshalb eine andere Umschreibung durch das Bundesverfassungsgericht: Zulässige Rechtsfortbildung setzt voraus, daß die Rechtsordnung, wie sie sich unter Einschluß des Rechtsprechungsrechts und allgemeiner Rechtsüberzeugung darbietet, *Wertentscheidungen, sei es auch nur in unvollkommener Form, für eine Lösung in einem bestimmten Sinne ergibt*⁴⁸. Umgekehrt darf Rechtsfortbildung den „Grundstrukturen des geschriebenen Rechts“ nicht widersprechen. Auch wird Rechtsfortbildung vom Bundesverfassungsgericht immer bereits dann für zulässig erachtet, wenn die Entscheidungen einzelner Fachgerichte, die aus den Wertungen der konkreten Gesetzesbücher abgeleitet werden, nicht gegen Grundrechte verstoßen⁴⁹. Mit dieser Definition lassen sich die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitute, wie Verschulden bei Vertragsverhandlungen, positive Forderungsverletzung, Wegfall der Geschäftsgrundlage oder das Allgemeine Persönlichkeitsrecht begründen. Damit ist nach deutscher juristischer Dogmatik auch eine Rechtsfortbildung anerkannt, die sich zwar nicht mehr an der ratio legis einer konkreten Norm, aber an einem über das Gesetz hinausgreifenden Rechtsgedanken orientiert⁵⁰.

46 BVerfG v. 27.12.1991, NJW 1992, 1219 = DStR 1992, 106, 107.

47 Den Fehlschluß der *petitio principii* begeht derjenige, der einen Satz den er beweisen möchte, schon als bewiesen voraussetzt, *Schneider*, Logik für Juristen, 3. Aufl., 1991, S. 175; *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl., 1990, S. 47; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl., 1992, Rdnr. 153.

48 BVerfG v. 19.10.1983, BVerfGE 65, 182, 190 f., 194 f. = NJW 1984, 475; BVerfG v. 14.5.1985, BVerfGE 69, 315, 371 f. = NJW 1985, 2395; BGH v. 19.9.1989, BGHZ 108, 305, 308 = NJW 1989, 3273, 3274; bestätigt durch BGH v. 21.12.1993, NJW 1994, 852, 855 – Keine Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung im Verhältnis zu außenstehenden Dritten. Beispiele für eine unzulässige Rechtsfortbildung beispielsweise BVerfG v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 304 – Haftung des Sachverständigen nach BGH v. 18.12.1973, BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312 m. Anm. *Hellmer*, 556 = JZ 1974, 548 m. Anm. *Hopt*; BVerfG v. 13.12.1978, BVerfGE 65, 182, 193 – Sozialplan. *Larenz/Canaris* (Fn. 42), S. 246f; Palandt/*Heinrichs*, BGB, 56. Aufl., 1996, Einl. Rdnr. 49. Den Ansatz der Lücke nutzt ebenfalls *Wank*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 635; s. auch *Bleckmann*, Die Rolle der richterlichen Rechtsschöpfung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Gedächtnisschrift Constantinesco, 1983, S. 61.

49 BVerfG v. 3.4.1990, BVerfGE 82, 6ff = NJW 1990, 1593 = JZ 1990, 811 m. Anm. *Roellecke* – § 569a für nichteheliche Lebensgemeinschaft sowie BGH v. 13.1.1993, BGHZ 121, 116 = NJW 1993, 999 = JZ 1993, 950 m. Anm. *Medicus*; a.A. *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 119, 122.

50 Dabei soll offen bleiben, ob eine Lücke vorliegen muß. Zur Rechtsfortbildung extra legem, aber intra ius und Lücke im weiteren Sinne, s. *Larenz*, Methodenlehre des Rechts, S. 413 f.; *Schmalz*, Rdnr. 315. kritisch zur Larenz'schen Unterscheidung *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 200; *Maasch*, Der EuGH und das Chaos, in: Festschrift Raisch, 1995, S. 417, 430 und oben Fn. 5.

Die Rechtsneuschöpfung gehört zum täglichen Brot des EuGH, weil der EG-Vertrag erhebliche Regelungslücken aufweist⁵¹. Überträgt man diese Dogmatik nun auf die Rechtsfortbildung durch den EuGH, so ist Rechtsfortbildung bereits dann zulässig ist, wenn sie dem jetzigen objektiven Willen des Gesetzgebers und den Wertentscheidungen des Gemeinschaftsrechts entspricht und zudem mit den Gemeinschaftsgrundrechten des einzelnen Marktbürgers vereinbar ist⁵².

c) Abwägung und Folgenabwägung

Das Abstellen auf die Wertentscheidungen des Gemeinschaftsrecht ist weiterer Präzision zugänglich. Der EuGH hat im Rahmen seiner Ermessensausübung⁵³ eine Abwägung vorzunehmen, denn Abwägung tritt an die Stelle von Subsumtion, wo der Syllogismus mangels zureichender Obersätze nicht funktioniert⁵⁴.

aa) Zum Teil wird die Ansicht vorgetragen, der Gerichtshof habe in einem Abwägungsprozeß die „beste und zweckmäßigste Lösung zu wählen“⁵⁵. Diese Voraussetzung erscheint aber recht formelhaft, weil damit zahlreiche rechtlich ungesicherte Momente in den Abwägungsvorgang einfließen können. Die Europäischen Gemeinschaften werden als integrativer Prozeß bezeichnet, vergleichbar mit einem Fahrrad, das umfällt, sobald es anhält⁵⁶. Richterliche Rechtsfortbildung, so wird vorgetragen, sei auch deshalb statthaft und

51 *Borchardt*, in: Gedächtnisschrift Everling, 1995, S. 29; das anerkennt auch *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733, 734.

52 Nach anderer Ansicht erlaubt Rechtsfortbildung auch die Anerkennung von Rechtssätzen, die zwar als notwendiger Mindestgehalt einer jeden Rechtsordnung enthalten sein müssen, aber keine ausdrücklich positiv-rechtliche Regelung im Gemeinschaftsrecht erfahren haben, so *Borchardt*, in: Gedächtnisschrift Everling, 1995, S. 29, 31.

53 Tatsächlich hat der EuGH in der Vergangenheit eine Reihe von Selbstbeschränkungen („judicial self-restraint“) sich selbst auferlegt und damit seine Rechtsfortbildung begrenzt. So erkennt er in zahlreichen Entscheidungen einen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, aber auch der Kommission an, *Krick*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., 1991, Art. 164 Rdnr. 60; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 164 Rdnr. 37 ff.; *Schockweiler*, Die richterliche Kontrollfunktion, EuR 1995, 191, 195 ff.; *Borchardt*, in: Gedächtnisschrift Everling, 1995, S. 29, 41 ff. Erst jüngst hat der EuGH in einem Gutachten die Zuständigkeit der EG zum Beitritt in die Menschenrechtskonvention abgelehnt. Die Leitsätze beginnen regelmäßig mit der Formulierung: „Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ...“, EuGH v.28.3.1996, EuzW 1996, 307 (30, 35) – Gutachten zur Menschenrechtskonvention; s. auch zur fehlenden unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien zwischen Privaten; s. unten Fn. 163. A.A. *Dänzer-Vanotti*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 205, 209.

54 Deutlich *Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht, in: Erbguth u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 25 ff.; s. auch *Koch*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Erbguth u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 9ff; *Bartlsperger*, Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit, in: Erbguth u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 79 ff.; für das Zivilrecht *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 ff.

55 *Kutscher*, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392, 401; *Wank*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 642 jeweils m.w. Nachw.

56 *Isensee*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 567, 568.

notwendig, weil die Mitgliedstaaten im Rat sich nur zu oft nicht einigen könnten⁵⁷. Weil der EuGH in der Vergangenheit ganz unzweifelhaft „Motor der Gemeinschaftsentwicklung“⁵⁸ war, erlaube dies eine „dynamische“ Auslegung des Gemeinschaftsrechts⁵⁹.

Richtet der Richter selbst zugleich über die Grenzen der Rechtsfortbildung, besteht die Gefahr, daß der Gerichtshof zu einer Regierung der Richter, einem „gouvernement des juges“ mutiert⁶⁰. Weder das Untätigbleiben des Gesetzgebers noch der Wunsch nach Integration gestatten per se die Rechtsfortbildung. Unabhängig davon, wie die Europäische Gemeinschaft oder genauer: Gemeinschaften völkerrechtlich zu qualifizieren sind⁶¹, ist dem Bundesverfassungsgericht zustimmen, daß nach jetzigem Recht noch kein unüberschaubarer Automatismus in Richtung Europäischer Bundesstaat besteht und die EG-Organen auch nicht von sich aus im Sinne von sog. Kompetenz-Kompetenzen immer mehr Macht an sich ziehen können⁶². Gerade weil die „Völker Europas“⁶³ freiwillig zusammenkommen, muß es den Mitgliedstaaten und damit in erster Linie dem Rat obliegen, den Prozeß des Zusammenwachsens zu steuern⁶⁴.

Erforderlich ist stattdessen die Bildung von Fallgruppen, wie sie sogleich versucht wird. In die Abwägung sind die Wertungen und Ziele des EG-Vertrages einzufließen, wie sie sich vornehmlich im ersten Teil des EG-Vertrages wiederfinden. Dabei sind die im EG-Vertrag angelegten *Zielkonflikte* herauszuarbeiten⁶⁵, wobei die Vorgaben des EG-Vertrages, wie einzelne Vorrangklauseln, zu berücksichtigen sind⁶⁶.

57 *Börner*, Der rechtliche Nutzen logischer Fehler, oder: Die Richtlinien des EGWV: oder: Rechtsanwendung v. Rechtssetzung, in Festschrift Kegel, 1987, S. 57, 68 f.; ähnlich *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), 192, 229; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16) Art. 164 Rdnr. 35; *Nessler*, Richterrecht wandelt EG-Richtlinien, *RIW* 1993, 206, 211.

58 *Stein*, in: Festschrift Heidelberg, 1986, S. 619, 622; *Streinz*, *Europarecht*, 2. Aufl., 1995, Rdnr. 494; *Ukrow* (Fn. 12), S. 156.

59 *Bleckmann*, in: Gedächtnisschrift Constantinesco, 1983, S. 61, 68; *von Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 3b Rdnr. 7; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16) Art. 164 Rdnr. 15: „Wahrung des Rechts im dynamischen Sinne“; *Nessler*, *RIW* 1993, 206, 211; ähnlich *Wacke*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 639.

60 *Colin*, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, 1966.

61 Das Bundesverfassungsgericht spricht von Staatenverbund, BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 185 – Maastricht; zustimmend *Steinberger*, in: Hommelhoff/Kirchhof (Fn. 28), S. 25, 28; zurückhaltender *ders.*, Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, in: Festschrift Bernhardt, 1995, S. 1313, 1322ff; s. auch *Isensee*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 576 ff.

62 BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 209 f. – Maastricht; ebenso *Steinberger*, in: Hommelhoff/Kirchhof (Fn. 28), S. 25, 28; *Isensee*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 567, 577.

63 Vgl. Art. A Abs. 1 EUV; Präambel, Art. 137 EGV.

64 Damit muß es auch möglich sein, den Integrationsprozeß zurückzudrehen oder zu verlangsamen, s. Fn. 73 f. A. A. *Bleckmann*, in: Gedächtnisschrift Constantinesco, 1983, S. 63, 69.

65 *Müller-Graff*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, 1996, A. II. Rdnr. 98; s. auch *Basedow*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Festschrift Everling, 1995, S. 49 ff.

66 Zu Art. 42 Abs. 1 EGV s. EuGH v. 5.10.1994, *NJW* 1995, 945 (61) = *EuZW* 1994, 688 – Bananenverordnung.

bb) Schließlich ist eine *Folgenabwägung* in zweifacher Weise vorzunehmen⁶⁷. Einerseits ist zu prüfen, ob durch die Rechtsfortbildung die Rechtssicherheit verstärkt wird, oder umgekehrt, ob durch ein Nichtbeurteilen des Rechtsproblems die Rechtsunsicherheit fortbesteht, die Rechtssicherheit also leidet⁶⁸. Der EuGH hat andererseits auch auf *Akzeptanz* zu achten. In der juristischen Dogmatik ist anerkannt, daß Gerichtsentscheidungen nur dann auch zu Gewohnheitsrecht führen, wenn das Gericht über eine längere Zeit in einem bestimmten Sinne entscheidet und – das ist das Entscheidende – sich eine Rechtsüberzeugung (in Rechtsprechung und Schrifttum) gebildet hat, daß es sich um eine bindende Norm handelt⁶⁹. Richterrecht entsteht erst aus einer Kette von Entscheidungen⁷⁰; umstrittene Urteile erstarken nicht zu Gewohnheitsrecht. Die Folgenabwägung hat damit Befriedigungsfunktion.

Die Entwicklung der Gemeinschaft verläuft faktisch in Wellen: einmal schneller, wie Ende der 80er Jahre, manchmal langsamer oder eher zäh, wie zur Zeit die Maastricht II-Verhandlungen⁷¹. Die Ressentiments in Großbritannien, aber auch bei Abstimmungen über den Maastricht-Vertrag in Frankreich und Dänemark bestätigen die Sinnhaftigkeit dieser Wellenbewegung: „Gut Ding braucht Weil“ ein Phänomen, das in ähnlicher Weise auch im Umweltschutz festzustellen ist⁷².

3. Grenzen der Rechtsfortbildung

In der Vergangenheit haben die meisten Urteile des EuGH über kurz oder lang Akzeptanz gefunden; auf Dauer nicht akzeptierte Urteile sind zu revidieren, wie die Keck-Entscheidung⁷³ oder die jüngste Korrektur des Christel Schmidt-Urteil verdeutlichen⁷⁴. Fehlende Akzeptanz macht insoweit Rechts-

67 S. bereits *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 206, 213.

68 Ähnlich *Würtenberger*, *Akzeptanz von Recht und Rechtsfortbildung*, in: Eisenmann/Rill (Hrsg.), 1987, 79, 94.

69 Ist dies der Fall, ist unerheblich, ob damals Rechtsfortbildung contra legem stattgefunden hat, *Larenz*, *Methodenlehre des Rechts*, S. 433. A.A. *Dänzer-Vanotti*, in: *Festschrift Everling*, 1995, S. 205, 209 ff., der eine solche Folgenbetrachtung ausdrücklich ablehnt. Ähnlich bereits *Börner*, *Der rechtliche Nutzen logischer Fehler, oder: Die Richtlinien des EGWV: oder: Rechtsanwendung v. Rechtssetzung*, in *Festschrift Kegel*, 1987, S. 57, 70.

70 *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 206, 212.

71 Der Mensch, der naturbedingt, gern am Status quo beharrt, darf mit Neuerungen nicht überfordert werden; oft ist erst die nächste Generation aufgrund besserer Sprachkenntnisse oder besseren Austausches in der Lage, einen Entwicklungsprozeß zu begrüßen.

72 Mit anderer Begründung im Ergebnis ebenso *Bleckmann*, in: *Gedächtnisschrift Constantinesco*, 1983, S. 61, 81; *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 213 f.; *Wank*, in: *Festschrift Stahlhacke*, 1995, S. 633, 642.

73 EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993-I, 6097 (16) = NJW 1994, 121 = JZ 1994, 358 m. Anm. *Fezer* 320 = EuZW 1993, 770 = EWS 1994, 25 = EuR 1994, 89 = ZIP 1993, 1815 m. Anm. *Reich* – Keck und Mithouard; s. auch EuGH v. 17.10.1990, Slg. 1990-I, 3711 (10) = NJW 1991, 626 = EuZW 1990, 545 – Hag II; ebenso *Meessen*, Maastricht nach Karlsruhe, NJW 1994, 549, 553.

74 EuGH v. 11.3.1997, NZA 1997, 433 – Ayse Süzen. Die Entscheidung wird allerdings unterschiedlich beurteilt; für eine Revision des Christel Schmidt-Urteils *Buchner*, *Lösung der Kontroverse um den Betriebsübergang – Eine konsensfähige Entscheidung des EuGH*,

fortbildung unzulässig. Rechtsfortbildung ist zudem unzulässig, wenn damit offen gegen Kompetenzen oder die Grundstrukturen der Gemeinschaft verstoßen wird. Weil der EuGH nach Art. 177 Abs. 1 lit. a EGV nur Gemeinschaftsrecht auslegen darf, ist ihm unzweifelhaft die Konkretisierung nationalen Rechts versagt⁷⁵. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist allerdings nur verletzt, wenn entgegen der Wertprinzipien des Gemeinschaftsrechts eine eindeutige „Vertragsweiterung“ zulasten mitgliedstaatlicher Entscheidungsbefugnisse⁷⁶ stattfindet. Daß die Verfassungsstruktur der Union, um deren Vervollständigung es bei Rechtsschöpfung geht, besser auf mitgliedstaatlicher Ebene geregelt werden kann, wird aber nur schwer nachzuweisen sein⁷⁷.

IV. Fallgruppen der Rechtsfortbildung des EuGH

Damit sind nun einzelne Fallgruppen zu prüfen, welche sich aus den Wertentscheidungen des EG-Vertrages herleiten lassen.

1. Gemeinschaftsgrundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze

Die ersten zwei Fallgruppen, die der EuGH rechtsfortbildend entwickelt hat, sollen nur kurz gestreift werden: Die Gemeinschaftsgrundrechte, wie die Berufsfreiheit oder das Recht auf Eigentum⁷⁸ sowie allgemeine Rechtsgrundsätze⁷⁹, wie beispielsweise den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁸⁰ oder das Prinzip von Treu und Glauben⁸¹. Daß diese eindeutig rechtssetzende Rechtsprechung kaum Kritik hervorgerufen hat, mag nicht überraschen, konnte sich der EuGH sowohl bei den Grundrechten als auch bei den Rechtsgrundsätzen im Sinne einer wertenden Rechtsvergleichung auf gemeinsame Wur-

NZA 1997, 408; *Heinze*, Der Betriebsübergang in der Rechtsprechung des EuGH, DB 1997, 677 ff.; a.A. *Lorenz*, Neuvergabe von Dienstleistungsaufträgen kein Betriebsübergang?, ZIP 1997, 531 ff.

75 EuGH v. 7.4.1995, Slg. 1995-I, 1023 – *Grau Gomis*; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 16) Art. 4 Rdnr. 27; *ders.*, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261, 287; *M. Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569, 591; *Dänzer-Vanotti*, in: *Festschrift Everling*, 1995, S. 205, 218.

76 BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 188, 210 – Maastricht.

77 *Beyer*, *Der Staat*, 1996, 189, 217; *Borchardt*, in: *Gedächtnisschrift Everling*, 1995, S. 29, 33 und oben Fn. 33.

78 EuGH v. 18.1.1990, Slg. 1990-I, 95. S. jetzt Art. F Abs. 2 sowie Präambel Erwägungsgrund 3, 4 EUV. Zu den Grundrechten beispielsweise *Rengeling*, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993; *Geiger*, EGV, 2. Aufl., 1995, Art. 164 Rdnr. 40.

79 Hierzu *Schulze*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, ZEuP 1993, 442 ff.; *Bleckmann*, in: *Dausen* (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrecht*, Loseblatt Stand 11/1996, B. I. Rdnr. 60 ff.

80 S. jetzt Art. 3b Abs. 3 EGV.

81 EuGH v. 20.5.1981, Slg. 1981, 1291.

zeln der europäischen Rechtskulturen berufen⁸². Damit ist ganz unstrittig der EuGH auf die Auslegung „dieses Vertrages“ nicht gebunden, sondern er darf Gemeinschaftsrecht mit nationalen Rechtstraditionen zu einem „jus commune europaeum“ verschmelzen⁸³.

2. Die Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts als allgemeine Wertentscheidung

Wesentlich umstrittener als die Schaffung von Gemeinschaftsgrundrechten ist der eingangs genannte Staatshaftungsanspruch der Francovich-Entscheidung. Das Recht auf Rechtsfortbildung wurde mit dem gewichtigen Argument bezweifelt, die Mitgliedstaaten hätten sich während der Verhandlungen in Maastricht in dem neu gefaßten Art. 171 Abs. 2 UA. 2 EGV ausdrücklich darauf geeinigt, daß ein Mitgliedstaat wegen Vertragsverletzung nur zu einem Zwangsgeld verpflichtet werden könne, wenn der EuGH die Vertragsverletzung in zwei Urteilen festgestellt habe. Eine Haftung des Mitgliedstaates, die der EuGH ohne solche Voraussetzungen erfinde, widerspräche nicht nur einem früheren, sondern vor allem dem jetzigen Willen der Mitgliedstaaten als Gesetzgeber⁸⁴ und würde den durch die Mitgliedstaaten mühsam gefundenen Kompromiß ad absurdum führen.

Dieses Argument scheint bestechend, stellt doch der jetzige objektive Wille des Gesetzgebers, wie gezeigt wurde, grundsätzlich die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung dar⁸⁵. Gleichwohl läßt sich die Auffassung mit zwei Argumenten entkräften. Zuerst das nicht unraffinierte, formale Argument: Das Francovich-Urteil wurde am 19. November 1991 durch den EuGH verkündet. Die Verhandlungen zum Vertrag von Maastricht dauerten aber noch weitere drei Monate bis zum 7. Februar 1992 an⁸⁶. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kannte also die Francovich-Entscheidung. Hätte er einen Staatshaftungsanspruch für die Zukunft ausschließen wollen, hätte er dies problemlos durch eine eindeutige Formulierung in Art. 171 EGV regeln können⁸⁷. Da die Mitgliedstaaten nicht handelten, haben sie den Staatshaftungsanspruch des EuGH also offensichtlich gebilligt⁸⁸. Das zweite Argument ist zugege-

82 S. genauer *Daig*, Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift Zweigert, 1981, S. 395 ff.; *Oppermann*, Europarecht, 1991, Rdnr. 405, 413; *Rengeling* (Fn. 78), S. 223ff; *Wank*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 641 f.

83 *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 164 Rdnr. 7. Kritik kam auch deshalb nicht auf, weil Gemeinschaftsgrundsätze im Sinne der oben genannten Dogmatik entwickelt und nicht etwa gegen Grundrechte verstoßen wurde.

84 *Karl*, RIW 1992, 440, 445; *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733, 740; *ders.*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 205, 216; *Wank*, in: Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 633, 646; *Ossenbühl*, DVBl. 1992, 993, 995; *Schlemmer-Schulte/Ukrow*, EuR 1992, 82, 91.

85 Für das bundesdeutsche Recht beispielsweise BGH v. 6.10.1990, BGHZ 109, 15 = NJW 1990, 186 = JZ 1990, 50 – Parteifähigkeit einer Siedlergemeinschaft.

86 S. *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl., 1996, Rdnr. 54.

87 Beispielsweise durch das Einfügen des Wortes „nur“.

88 *Gellermann*, Staatshaftung und Gemeinschaftsrecht, EuR 1994, 342, 352.

benenmaßen etwas eleganter. Der Staatshaftungsanspruch wird durch eine im EG-Vertrag angelegte Wertentscheidung legitimiert, die es so im nationalen Recht nicht gibt: Die Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts. Weil Richtlinien der EG erst durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden (Art. 189 Abs. 3 EGV), erlangt der Mitgliedstaat, der die Richtlinie nicht oder zu spät umsetzt, einen Wettbewerbsvorteil: die Unternehmen dieses Staates werden durch die Vertragsverletzung subventioniert⁸⁹, ausländische EG-Bürger und -Unternehmen dagegen benachteiligt. Dieser Mitgliedstaat verstößt gegen den Grundsatz der Gemeinschaftstreue, wie er in Art. 5 EGV allgemein formuliert ist. Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue soll dabei die Funktionsfähigkeit der Europäischen Gemeinschaft sicherstellen, denn die Europäische Union kann nur funktionieren, wenn sich die Mitgliedstaaten sicher sein können, daß die im Rat getroffenen Entscheidungen in allen Mitgliedstaaten mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit durchgesetzt werden⁹⁰. Treuepflicht und Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts durfte der EuGH als Wertentscheidung des EG-Vertrages nun konkretisieren⁹¹. Die bisherige Rechtsprechung zur vollen Wirksamkeit einzelner Vorschriften („*effet utile*“)⁹² und zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien gegenüber dem Staat (sog. vertikale Drittwirkung,) konnte der EuGH durch den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch ergänzen^{93, 94}.

89 *Pernice*, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 529, 549; hierzu auch *Spannowsky*, Wettbewerbsverzerrende Defizite des gemeinschaftsrechtlichen Sanktions- und Vollstreckungssystems, JZ 1994, 326 ff.; ähnlich auch *Emmert*, Europarecht, 1996, S. 159.

90 *Weiler*, Journey to an Unkown Destination, 31 Journal of Common Market Studies (1993), 417, 427 ff.; von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16) Art. 5 Rdnr. 7.

91 Ähnlich *Borchardt*, in: Gedächtnisschrift Everling, 1995, S. 29, 34; zur Funktionsfähigkeit bereits *Kutscher*, EuR 1981, 392, 401.

92 von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16) Art. 5 Rdnr. 2 weist darauf hin, daß sich der „*effet utile*“-Grundsatz auf die Auslegung beschränke.

93 Ebenfalls bejahend *Oppermann*, DVBl. 1994, 901, 903; *Gellermann*, EuR 1994, 342; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16) Art. 164 Rdnr. 40; *Borchardt*, in: Gedächtnisschrift Everling, 1995, S. 29, 34. *Tomuschat* hat aufgezeigt, wie sehr sich die „*beklagenswerte*“ – deutsche Europa-wissenschaft nur mit den eigenen nationalen Stimmen beschäftigte und nicht registriert habe, daß im europäischen Ausland die *Francovich*-Entscheidung durchweg positiv gewürdigt wurde, weil sie sich in die Linie der früheren Rechtsprechung einpasse, *Tomuschat*, Das *Francovich*-Urteil des EuGH – Ein Lehrstück zum Europarecht, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1585, 1586 ff., 1608. Das gilt im übrigen auch für Maastricht, s. *A. Weber*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1625, 1635 ff.

94 Dogmatisch gesehen, müssen die Mitgliedstaaten ihr nationales Staatshaftungsrecht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen anpassen; im Zweifel sind neue Haftungsregeln zu entwickeln. Es handelt sich um *gemeinschaftskonforme Rechtsfortbildung*, EuGH v. 5.3.1996, NJW 1996, 1267 (71, 79) – *Brasserie du Pêcheur*. *Maurer*, Staatshaftung im europäischen Kontext, in: Festschrift Boujong, 1996, S. 591, 599, 609 f., der allerdings von gemeinschaftskonformer Auslegung spricht; *Ehlers*, Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, JZ 1996, 776, 777.

3. Grundfreiheiten – Zur Rechtsfortbildung des EuGH im Zivilrecht

Auch im Zivilrecht, vor allem im Arbeitsrecht⁹⁵, wächst der Einfluß des Gemeinschaftsrechts⁹⁶ von Jahr zu Jahr. Der EuGH hat es nicht versäumt, neben den deutschen Staatsrechtlern auch den Zivilrechtlern Anlaß zur Kritik zu geben: Die Rede ist von „Kompetenzanmaßung“⁹⁷, „grotesker, ja katastrophaler“⁹⁸ Rechtsprechung⁹⁹, oder kurz und bündig: „Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter“¹⁰⁰. Wiederum sollen einige dogmatische Zweifelsfragen erörtert werden, wobei zwischen dem EG-Vertrag als Primärrecht sowie Richtlinien und Verordnungen als Sekundärrecht zu unterscheiden ist.

a) Der EG-Vertrag als Primärrecht: Drittwirkung von Grundfreiheiten zwischen Privaten?

aa) Zum Streitstand

Beginnen wir mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages als weitere Fallgruppe der Rechtsfortbildung durch den EuGH. Die Grundfreiheiten verpflichten regelmäßig nur die Mitgliedstaaten. Diese dürfen durch entsprechende Regelungen die Freizügigkeit von Waren, Dienstleistungen, Arbeitnehmern und dem Zahlungsverkehr nicht behindern. Spannend und letztlich noch wenig geklärt ist nun die Frage, ob die Grundfreiheiten unmittelbar auch zwischen Privaten wirken. Dies hätte weitreichende Folgen, weil dann bereits einfache zivilrechtlichen Verträge zwischen Privaten gegen den EG-Vertrag verstoßen könnten, sobald ein solcher Vertrag eine Grundfreiheit behinderte. Die Rechtsproblem ist weitgehend noch ungeklärt. Von der wohl noch herrschenden Ansicht wird eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheit zwischen Privaten ausdrücklich abgelehnt¹⁰¹. Eine systematische Aus-

95 Auch die Literatur zu diesen Rechtsproblemen ist inzwischen unüberschaubar s. nur *Buchner*, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Entwicklung des Arbeitsrechts, ZfA 1993, 279 ff.; *Preis*, Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, ZIP 1995, 891 ff.; *Zuleeg*, Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus europarechtlicher Sicht, RdA 1996, 71 ff.

96 Allgemein hierzu nur *Müller-Graff*, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2. Aufl., 1991; *ders.*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 13 ff.; *Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 71 ff.; *Ulmer*, JZ 1992, 1 ff.; *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993; *Hirte* (Fn. 1).

97 *A. Junker*, Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter, NJW 1994, 2527 f.; *Buchner*, Verlagerung betrieblicher Aufgaben als Betriebsübertragung i.S. von § 613a?, DB 1994, 1417, 1420; *Bauer*, Outsourcing out?, BB 1994, 1433, 1435.

98 *Henssler*, Aktuelle Probleme des Betriebsübergang, NZA 1994, 913, 916.

99 *Bauer*, BB 1994, 1433, 1435; *Lutter*, Quo vadis, EuGH? – oder – Die Putzfrau als Teilbetrieb, ZIP 1994, 1514, 1515.

100 *A. Junker*, NJW 1994, 2527 ff.; kritisch dagegen *Zuleeg*, Wege der Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf das Privatrecht, VersR 1995, 861; *ders.*, RdA 1996, 71.

101 *Mathies*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 30 Rdnr. 5; *Dausen*, in: Dausen (Fn. 79), C. I. Rdnr. 80; *Lux*, in: Lenz (Hrsg.) (Fn. 38), Art. 30 Rdnr. 16; *Hailbronner*, in: Handkommentar zum Vertrag über die EU, 1995, Art. 30 Rdnr. 3; ausdrücklich jüngst *W.H. Roth*, Drittwirkung

legung verdeutliche, daß die Ausnahmetatbestände, die eine Beschränkung der jeweiligen Grundfreiheit ausnahmsweise erlauben, wie beispielsweise nach Art. 48 Abs. 3 EGV die Berufung auf die öffentliche Ordnung, sich sinnvollerweise nur an die Mitgliedstaaten in ihrer Rolle als Staat wenden können. Nach dem Wortlaut würden sich nur die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages (Art. 85 ff. EGV), nicht aber die Grundfreiheiten sich an Private, nämlich an Unternehmen wenden¹⁰².

Steindorff bejaht dagegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheit auch für private Verträge¹⁰³. Schon der Wortlaut der Grundfreiheiten, wie in Art. 48 Abs. 1 EGV: „die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ... wird hergestellt“ nenne in seiner passivischen Form den verpflichteten Adressat nicht, ließe also auch den Privatmann zu. Art. 48 Abs. 2 EGV verdeutliche beispielsweise, daß sich Grundfreiheiten auch an Private wenden, weil die Gleichbehandlung bzgl. Entlohnung und sonstigen Arbeitsbedingungen jeden Arbeitgeber verpflichte¹⁰⁴.

bb) „Bosman“ und eine eigene Ansicht: Spürbarkeit und Diskriminierung

Interessanterweise ist die Rechtsprechung des EuGH geteilt, finden sich doch sowohl verneinende¹⁰⁵ als auch bejahende Urteile einer unmittelbaren Drittwirkung in Privatverhältnis¹⁰⁶. Daß die Grundfreiheiten auch Privatverhältnisse und nicht nur den Staat oder staatliche Rechtsnormen treffen können, verdeutlicht die *Bosman*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1996¹⁰⁷. Die Fußballfreunde unter Ihnen wissen, daß der EuGH in diesem Urteil gleich einen doppelten Verstoß gegen die Freizügigkeit von Arbeitnehmer festgestellt hatte. Zum einen verstießen die durch die UEFA¹⁰⁸ geregelten

der Grundfreiheiten?, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1231 ff.; *A. Weber*, Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in der EG nach der Entscheidung „Bosman“, RdA 1996, 107, 108.

102 S. die Überschrift Titel V, Kapitel 1, Abschnitt 1 EGV: Vorschriften für Unternehmen.

103 *Steindorff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 575, 579; *ders.*, JZ 1994, 95, 97; *ders.*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 277, 278 ff.; vorab schon *Schäfer*, Die unmittelbare Wirkung des Verbotes der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, 1987, S. 210; wohl auch *Schroeder*, Anmerkungen zur *Bosman*-Entscheidung, JZ 1996, 254, 255.

104 *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 277, 287; der Verweis auf *Randelshofer*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 16), Art. 48 Rdnr. 29 trägt allerdings nicht.

105 EuGH v. 17.9.1988, Slg. 1988, 5249 (11) – *Bayer/Süllhofer*. *Steindorff*, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 575, 580 spricht von einem obiter dictum.

106 EuGH v. 23.12.1982, Slg. 1982, 1095 (14) – *Nordsee/Reederei Mond*: „Wie der Gerichtshof (...) hervorgehoben hat, muß das Gemeinschaftsrecht auf dem Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten in vollem Umfang beachtet werden; *den Parteien eines Vertrages steht es daher nicht frei, davon abzuweichen.*“; EuGH v. 22.1.1981, Slg. 1981, 181 (17) – *Dansk Supermarked/Merco*; EuGH v. 12.12.1974, Slg. 1974, 1405 (19) – *Walrave*; EuGH v. 15.12.1995, Slg. 1995-I, 4921 (84) = NJW 1996, 505 = JZ 1996, 248 m. Anm. *Schroeder* 254 und *Palme* 238 = EuZW 1996, 82 m. Anm. *Wertenbruch* – *Bosman*.

107 EuGH v. 15.12.1995, Slg. 1995-I, 4921 (84) – *Bosman*.

108 Union des associations européennes de football als kontinentale Förderung der FIFA (Fédération Internationale de Football Association).

Transferzahlungen gegen die Arbeitnehmerfreiheit, weil dadurch Fußballer nur durch die Zahlung hoher Ablösesummen den Verein wechseln können. Zwar gelte diese Regelung gleichermaßen für In- und Ausländer; sie beschränke aber in besonderem Maße Ausländer¹⁰⁹. Zum anderen erklärte der EuGH die Ausländerklauseln, welche die Zahl der Ausländer in einer Fußballmannschaft grundsätzlich auf drei beschränkt, als eindeutig diskriminierend und deshalb mit der Arbeitnehmerfreiheit für unvereinbar¹¹⁰.

Die Problematik der Drittwirkung von Grundfreiheiten in zivilrechtlichen Verträgen kann an dieser Stelle nicht vollends ausgelotet werden¹¹¹. Wegen der gewichtigen systematischen Argumente, die gegen eine Drittwirkung zwischen Privaten angeführt werden, wird man auch hier von einer Rechtsfortbildung sprechen müssen. Gegen die Drittwirkung in Verträgen spricht, daß Verträge ebenso wie die Grundfreiheiten auf der Privatautonomie basieren, die Bestandteil der Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft ist¹¹². Die Grundfreiheiten des EG-Vertrag sind regelmäßig nur darauf gerichtet, die Grundfreiheiten einschränkende rechtliche Hindernisse zu beseitigen.

Es wird deshalb zum Teil angenommen, eine Wirkung der Grundfreiheiten zulasten Privater könne nur angenommen werden, wenn diese anstelle des Staates handeln¹¹³, so wenn sie Recht setzen oder sich quasi-staatliche Gewaltbefugnisse anmaßen¹¹⁴. Im Bosman-Fall könne man dies bejahen, weil die Sportverbände die Transfer- und Ausländerklausel quasi-rechtlich aufgestellt hätten. Eine Wirkung zulasten der Verbände sei interessensgerecht, weil es ansonsten der Staat in der Hand hätte, durch private Organisationsstrukturen die Grundfreiheiten zu umgehen. Diese Argumentation trifft zwar zu. Die Drittwirkung der Grundfreiheiten aber nur auf staatsähnliches Handeln ausdehnen zu wollen, ist als zu eng abzulehnen.

Nach einer Ansicht soll zwischen Privaten Art. 36 S. 2 EGV entsprechend gelten und damit nur willkürliche Beschränkungen der Grundfreiheiten untersagt werden¹¹⁵. Eine zweite Meinung möchte die Interessen der Parteien im Sinne der praktischen Konkordanz wie im Verfassungsrecht abwägen, weil

109 Der EuGH hat damit über das Diskriminierungsverbot hinaus Art. 48 Abs. 2 EGV rechtsfortbildend zu einem Beschränkungsverbot ausgedehnt, *Palme*, JZ 1996, 238, 240.

110 EuGH v. 15.12.1995, Slg. 1995-I, 4921 (137) – Bosman.

111 Nicht Stellung wird genommen zu dem Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, zu Art. 48 EGV – Art. 5 Abs. 3 GG im Fall Allué II, s. *Löwisch*, JZ 1994, 293 f.; zu Art. 48 EGV und Art. 9 GG, EuGH v. 15.12.1995, Slg. 1995-I, 4921 (72) – Bosman; zu privatrechtlichen Schutzvorschriften im Verhältnis zu Art. 52, *Steindorff*, JZ 1994, 95, 97.

112 *W.H. Roth*, Der rechtliche Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion, EuR 1994, Beiheft 1, 45, 47 ff.

113 So aber *W.H. Roth*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1231, 1237; *A. Weber*, RdA 1996, 107, 108 m.w. Nachw.

114 So aber *W.H. Roth*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1231, 1239.

115 *Steindorff*, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 575, 585; *ders.*, (Fn. 103), S. 296 mit dem Beispiel, daß in der Bosman-Entscheidung Nationalmannschaften mangels „willkürlicher“ Beschränkung gerade nicht verboten würden.

gerade nicht, wie sonst üblicherweise, Grundrechte des Bürgers gegen Eingriffsrechte des Staates stünden¹¹⁶. Gegen die erste Ansicht spricht, daß sie Fälle nicht umfaßt, in denen Personen auch ohne Diskriminierung von einer Leistung ausgeschlossen werden. Gegen die zweite Auffassung ist zu recht eingewendet worden, daß die praktische Konkordanz als Ausgleich zweier Grundrechte für das Privatverhältnis im europäischen Kontext nicht paßt, ist dieses doch noch viel komplexer: Es betrifft eben nicht nur zwei Gemeinschaftsgrundrechte der Privaten, die zum Ausgleich gebracht werden müssen, sondern darüber hinaus auf den Konflikt zwischen Grundfreiheit und Gemeinschaftsgrundrecht¹¹⁷. Mit einer praktischen Konkordanz ist es deshalb im Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten zu Grundfreiheiten nicht getan.

Statt nach juristischem Handwerkszeug ist nach einer Begründung für die Rechtsfortbildung zu suchen. Ist die Privatautonomie Gestaltungselement und Garant der Wirtschaftsverfassung der EG, so verstoßen Verträge zwischen Privaten dann gegen die Grundfreiheit, wenn diese *Privatautonomie massiv gestört* ist¹¹⁸. Die Grundfreiheiten entfalten insoweit eine Schutzfunktion¹¹⁹. Zwei Fallgruppen sollen hier genannt werden. Grundfreiheiten wirken auch zwischen Privaten, wenn die Grundfreiheit des Ausländers im Vergleich zum Inländer spürbar beschränkt wird. Eine solche spürbare Beschränkung liegt beispielsweise vor, wenn Privatpersonen unabhängig von irgendwelchen Normen Absprachen oder ein abgestimmtes Verhalten herbeiführen und damit die Privatautonomie und Grundfreiheit eines Dritten in Frage stellen. In Variation zur Bosman-Entscheidung wäre eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreiheit auch dann zu bejahen gewesen, wenn statt des Regelwerkes der UEFA allein durch ein abgestimmtes Verhalten zwischen einzelnen Vereinen die Wirkungen der Transferklauseln zustande gekommen wären¹²⁰. Die Grundfreiheiten müssen sich als zweite Fallgruppe dann durchsetzen, wenn der Ausländer gegenüber dem Inländer unmittelbar diskriminiert wird¹²¹. Art. 6 EGV tritt dann als *lex generalis* zurück¹²². Hier ist wiederum nicht ein normgebende Verband maßgeblich. Eine Absprache der Ausländerquote zwi-

116 *Schroeder*, JZ 1996, 254, 256.

117 *von Wilmsky*, JZ 1996, 590, 596 allerdings für das Verhältnis von Zivilrechtsnorm zur Grundfreiheit.

118 Daß die Grundfreiheiten die grenzüberschreitende Funktionsfähigkeit der wirtschaftlichen Privatinitiative und Privatautonomie sicherstellen sollen betont *Müller-Graff*, in: Dausen (Fn. 79), A. I. Rdnr. 104.

119 *Isensee*, HdbStR, Bd. 5, 1992, § 111 Rdnr. 97; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 213, 227; *ders.*, JuS 1989, 161, 162; *E. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633, 1339 f.; *Möllers*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, S. 148 ff.

120 Das gilt unabhängig, ob auch die Art. 85 ff. EGV eingreifen, EuGH v. 15.12.1995, Slg. 1995-I, 4921 (138) – Bosman; s. auch EuGH v. 8.6.1971, Slg. 1971, 487 (12) – DGG/Metro; EuGH v. 20.1.1981, Slg. 1981, 147 (14).

121 S. EuGH v. 20.10.1993, Slg. 1993-I, 5145 (32) = GRUR 1994, 280 – Phil Collins; EuGH v. 30.1.1981, Slg. 1981, 147 (24) – Musik-Vertrieb Membran/Gema.

122 EuGH v. 30.5.1989, Slg. 1989, 1461 (13) – Kommission/Griechische Republik; *Wölker*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn. 53), Art. 48 Rdnr. 14; *Steindorff* (Fn. 103), S. 286; *Zuleeg*, VersR 1995, 861, 863.

schen verschiedenen Vereinen wäre ebenso ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreiheit wie beispielsweise Zeitverträge, wenn diese typischerweise Ausländer treffen¹²³. Dogmatisch gesehen, führen diese beiden Fallgruppen nicht zu einem Systembruch mit dem deutschen Recht. Spürbare Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen führen schnell zum Monopol und beim Angewiesensein auf die Leistung zum Kontrahierungszwang, der seit Jahrzehnten im deutschen Recht anerkannt ist¹²⁴. Gleiches gilt für die Fallgruppe der Diskriminierung¹²⁵.

b) Richtlinien und Verordnungen als Sekundärrecht: Der Fehlerbegriff der Produkthaftungsrichtlinie

Neben dem Primärrecht kann der EuGH auch bei Richtlinien und Verordnungen Rechtsfortbildung betreiben. Bekanntlicherweise hat die Europäische Gemeinschaft das moderne Produkthaftungsrecht aus den USA übernommen¹²⁶. Die Produkthaftungsrichtlinie wurde 1985 erlassen¹²⁷; das Produkthaftungsgesetz trat als deutsches Umsetzungsgesetz am 1. Januar 1990 in Kraft¹²⁸. Nach Art. 6 Abs. 1 Produkthaftungsrichtlinie (bzw. § 3 Abs. 1 PHG) bestimmt sich der Fehler eines Produktes danach, welche „Sicherheit berechtigterweise erwartet werden kann“. In der Literatur wird dieses Kriterium der Verbrauchererwartung abgelehnt, weil damit „alles und nichts“ begründet werden kann und dies Rechtsunsicherheit¹²⁹ und vor allem einen relativen, geringen Sicherheitsstandard zur Folge hat¹³⁰. Ob ein Produkt sicher ist, entscheidet nicht der Verbraucher, sondern läßt sich besser durch einen Vergleich mit anderen Produkten beurteilen. In den USA ist diese Diskussion in den sechziger Jahren geführt worden¹³¹. Es muß also nicht verwundern, daß

-
- 123 EuGH v. 2.8.1993, Slg. 1993-I, 4309 = JZ 1994, 94 mit Anm. *Steindorff* – Allué II; EuGH v. 20.10.1993, Slg. 1993-I, 5185 = NJW 1994, 1718 = JZ 1994, 250 mit Anm. *Rupp* = EWS 1994, 173 = EuZW 1993, 451 – Spotti. In diesen Entscheidungen beruhte die Ungleichbehandlung allerdings schon auf Rechtsvorschriften.
- 124 Die Literatur zum Kontrahierungszwang ist uferlos s. nur *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag, 1920, S. 7 f.; *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1 ff.; *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47 ff.; *Larenz*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 4 I; *Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl. 1992, Rdnr. 86; *Medicus*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1996, Rdnr. 79 f.; *Schlechtriem*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 39.
- 125 *Bezzenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395 ff.
- 126 Instrukтив zur Rezeption US-amerikanischen Rechts *Wiegand*, Americanization of Law, in: *Friedman/Scheiber* (ed.), Legal Culture and the Legal Profession, 1996, S. 137 ff.; *Stürner*, Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift *Rebmann*, 1989, S. 839 ff.
- 127 Produkthaftungs-RiL v. 25.7.1985, ABl. Nr. L 210, 29.
- 128 BGBl. I 2198.
- 129 *Pfeifer*, Produktfehler oder Fehlverhalten des Produzenten, S. 236; *Borer*, Produkthaftung, 1986, S. 296, 300 f.; *Hollmann*, DB 1985, 2389, 2392; *Lorenz*, ZHR 151 (1987), 1, 28, 30; *Kötz*, Ist Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?, in FS *Lorenz*, 1991, S. 109, 117; *Meyer*, Instruktionenhaftung, 1992, S. 82.
- 130 Umfassend jetzt *Möllers* (Fn. 119), S. 259 ff.
- 131 S. nur *Prosser and Keeton on Torts*, 5. Aufl., 1984, S. 699.

amerikanische Autoren der Europäischen Gemeinschaft vorwerfen, die Produkthaftungsrichtlinie befände sich auf den Rechtsstand von 1960 und die Europäische Gemeinschaft würde die aktuelle Entwicklung verschlafen¹³², die z. Z. in den USA stattfindet¹³³.

Darf nun der EuGH Verkrustungen der Produkthaftungsrichtlinie so einfach modernisieren? Dagegen spricht, daß nach Art. 21 Produkthaftungsrichtlinie (§ 17 PHG) die Kommission bei Bedarf dem Rat Änderungsvorschläge alle fünf Jahre unterbreiten kann. Da sie von dieser Möglichkeit 1995 keinen Gebrauch gemacht hat, sollte, so könnte man argumentieren, die Richtlinie weiterhin mit unverändertem Inhalt gelten. Andererseits läßt sich aus dem Schweigen des Gesetzgebers nicht allzuviel ableiten. Oben wurde gezeigt, daß Wortlaut und historischer Wille einer Rechtsfortbildung nicht zwingend entgegenstehen¹³⁴. Maßgeblich sind die Wertentscheidungen des Gesetzes, wobei hier die Wertungen der Richtlinie nach dem objektiven Willen des Gesetzgebers im Lichte der Bestimmungen des EG-Vertrages auszulegen sind¹³⁵. Die Produkthaftungsrichtlinie will den freien Warenverkehr stärken, der durch einen unterschiedlichen Haftungsmaßstab beeinträchtigt ist¹³⁶; sie dient dem Schutz des Verbrauchers¹³⁷. Wenn in den Mitgliedstaaten die Verbrauchererwartung aber unterschiedlich und vor allem restriktiv ausgelegt wird, ist nicht nur der freie Warenverkehr, sondern auch die Sicherheit und Gesundheit des Verbrauchers gefährdet. Es entspricht damit dem Willen des Gesetzgebers, den Fehlerbegriff statt durch das unklare, der Rechtssicherheit abträgliche Kriterium der Verbrauchererwartung durch objektivere Kriterien zu präzisieren. Deshalb darf man prüfen, ob ein alternatives, sicheres Produkt auf dem Markt vorhanden ist, wie sich ein vernünftiger Hersteller verhalten hätte und Risiko und Nutzen des Produktes in Verhältnis setzen¹³⁸. Für einen solchen präziseren Fehlerbegriff sprechen schließlich systematische Überlegungen, finden sich diese Kriterien in ähnlicher Formulierung doch auch in

132 Vor allem *Schwartz*, *Product Liability and Medical Malpractice in Comparative Context*, in: Huber/Litan (ed.), *The Liability Maze, The Impact of Liability Law on Safety and Innovation*, 1995, S. 28, 42 ff.; *Henderson/Twersky*, *Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warn*, 65 N.Y.U.L.Rev. 1990, 265 ff.; zum niederländischen Recht s. *Teulings*, 110 D.E.S. and Market Share Liability in the Netherlands (1994), 228 ff.

133 S. vor allem *Restatement third of Torts*, Draft no. 2 v. 13.3.1995.

134 S. oben III.2.a).

135 Allgemein EuGH v. 2.2.1994, Slg. 1994-I, 317 (12) = NJW 1994, 1207 = EuZW 1994, 148 – Clinique. Zur Auslegung des Sekundärrechts s. *Bleckmann*, in: Dausen (Fn. 79), B.I. Rdnr. 26.

136 Art. 30 ff. EGV; Erwägungsgrund 2 der Produkthaftungs-RiL.

137 Art. 129a EGV; Erwägungsgrund 5 der Produkthaftungs-RiL.

138 BGH v. 17.10.1989, NJW 1990, 906 – Pferdebox; s. auch *Restatement third of Torts*. Draft no. 2 v. 13.3.1995. Chap. 1 sec. 2 (b) 2. s. 1 (b) a product is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a *reasonable alternative design* by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe; *Möllers* (Fn. 119), S. 275 ff.

der Produktsicherheitsrichtlinie, die ebenfalls den Schutz des Verbrauchers sicherstellen möchte¹³⁹.

Von unzulässiger Rechtsfortbildung *contra legem* wird man dagegen sprechen müssen, wenn der EuGH die Produkthaftungsrichtlinie in einer Weise nachbessern wollte, die auch dem eindeutigen, heutigen Willen des Gesetzgebers widerspricht. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der EuGH die Gefährdungshaftung deutlich weiter ausdehnte, indem er die Verjährungsfrist verlängerte, den Produzenten auch für fehlerhafte Medikamente haften ließe oder dem Verbraucher ein Schmerzensgeld zuspräche¹⁴⁰.

V. Rechtsfortbildung nationaler Gerichte zur Beachtung europarechtlicher Vorgaben

Nach diesem Überblick über die Rechtsfortbildung durch den EuGH soll abschließend noch die Rechtsfortbildung durch nationale Gerichte untersucht werden, da *auch diese Gerichte* das Bürgerlichen Gesetzbuch aufgrund europarechtlicher Vorgaben umgestalten können. Anerkanntermaßen haben die Gerichte bei der Anwendung nationalen Rechts Europarecht zu beachten. Sie sind zur gemeinschaftskonformen und richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet.

1. Das BGB unter dem EG-Vertrag und die gemeinschaftskonforme Rechtsfortbildung

Zur Sicherung der Warenverkehrsfreiheit fiel beispielsweise das deutsche Reinheitsgebot für Bier¹⁴¹. Bisher standen immer nur Normen des öffentlichen Recht auf dem Prüfstand der Grundfreiheiten. Daß aber auch das Zivilrecht durch Grundfreiheiten betroffen sein kann, verdeutlichen zahlreiche Entscheidungen, die das deutsche Wettbewerbs-, das sog. Lauterkeitsrecht, massiv verändern, geht der EuGH doch vom mündigen Verbraucher aus: So fiel der frühere § 6e UWG, der Preisgegenüberstellungen untersuchte, einem EuGH Urteil vom Opfer¹⁴², oder es darf sich die Kosmetiklinie „Clinique“ nennen, ohne als Arzneimittel verwechselt zu werden¹⁴³. Konsequenz ist es

139 Nach Art. 2 lit. b) ist ... ein „sicheres Produkt“, jedes Produkt, das bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung, was auch die Gebrauchsdauer einschließt, keine oder nur geringe, mit seiner Verwendung zu vereinbarende und unter Wahrung eines hohen Schutzniveaus für die Gemeinschaft und Sicherheit von Personen vertretbare Gefahren birgt, ...; Möllers (Fn. 119), S. 252.

140 Art. 2 Produkthaftungs-RiL (§ 15 PHG) und Art. 9 Produkthaftungs-RiL (§§ 7, 8 PHG)

141 EuGH v. 12.3.1987, Slg. 1987, 1227 – Reinheitsgebot für Bier.

142 EuGH v. 7.3.1990, Slg. 1990-I, 691, 709 – GB-INNO-BM; EuGH v. 18.5.1993, Slg. 1993-I, 2361 = EuZW 1993, 420 = WRP 1993, 6125 = GRUR 1993, 748 – Yves Rocher.

143 EuGH v. 2.2.1994, Slg. 1994-I, 317 – Clinique. Auch in der Spotti-Entscheidung erklärte der EuGH beispielsweise § 57b Abs. 3 HRG als unvereinbar mit der Arbeitnehmerfreiheit, weil nach dieser Vorschrift Fremdsprachenlektoren nur befristete Arbeitsverträge erhalten, EuGH v. 20.10.1993, Slg. 1993-I, 5185 = NJW 1994, 1718 = JZ 1994, 250 mit Anm. Rupp = EWS 1994, 173 = EuZW 1993, 451 – Spotti.

deshalb nur, auch Normen, die direkt im Bürgerlichen Gesetzbuch stehen und Schuldverhältnisse zwischen Privaten regeln, an den Grundfreiheiten zu messen. Denn solche Normen sind vom Gesetzgeber erlassen und können Grundfreiheiten beschränken. Wie weit dies gehen kann, ist aber gänzlich ungewiß. Zahlreichen Autoren ist der Gedanke, daß zivilrechtliche Normen durch primäres Gemeinschaftsrecht für unanwendbar erklärt werden, nur schwer erträglich¹⁴⁴, befürchten sie doch Systembrüche für das deutsche Zivilrecht¹⁴⁵. Deshalb sollen an dieser Stelle nur die zweifelsfreie Fälle erörtert werden. Ebensovienig wie zivilrechtliche Normen von einer verfassungsrechtlichen Kontrolle ausgenommen werden können, kann das BGB als Reservat betrachtet werden¹⁴⁶, in welchem die Grundfreiheiten nicht zur Geltung kommen. Die Grundfreiheiten gelten unzweifelhaft dann, wenn sie den EG-Ausländer mittelbar oder unmittelbar diskriminieren. Wenn § 239 BGB einen Bürgen nur dann für tauglich erklärt, wenn er seinen allgemeinen Rechtsstand im Inland hat, diskriminiert diese Norm den EG-Ausländer und verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit¹⁴⁷. Dasselbe gilt, wenn nach herrschender Auffassung mangels Gleichartigkeit nicht mit einer Forderung aus einer ausländischen Währung aufgerechnet werden darf¹⁴⁸. Wenn der BGH im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung dem Alleinimporteur eine eigene Produktbeobachtungspflicht auferlegt, so trifft und diskriminiert diese Pflicht unmittelbar den EG-Ausländer¹⁴⁹. Zu prüfen wäre dann, ob die Sicherheit des Verbrauchers die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigt. Die gemeinschaftskonforme Auslegung verpflichtet in diesen Fällen unmittelbar zur Beachtung des EG-Rechts. Es gilt ein strenger Anwendungsvorrang: die entsprechende Grundfreiheit verdrängt das nationale Recht; dieses kommt nicht zur Anwendung¹⁵⁰. Dogmatisch genau gesprochen, handelt es sich nicht mehr um Auslegung, sondern um *gemeinschaftskonforme*

144 *Remien*, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277, 280; *ders.*, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, JZ 1994, 349 ff.; *ders.*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union?, Legislative oder gerichtliche Wege, ZfRV 1995, 116, 129 ff.; *Armbrüster*, Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach „Maastricht“ und „Keck“, RabelsZ 60 (1996), 72, 74 ff.

145 *Mülberr*, Privatrecht, die EG-Freiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), 2, 7.

146 *S. von Wilmsowsky*, JZ 1996, 590, 592; a.A. *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35, 54 ff.

147 *Ehrlicke*, Der „taugliche Bürge“ gem. § 239 BGB auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, EWS 1994, 259ff.; *ders.*, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftskonforme Auslegung nationalen Rechts, RabelsZ 59 (1995), 598, 634; *Mülberr*, ZHR 159 (1995), 2, 29; jetzt auch OLG Koblenz v.29.3.1995, RIW 775; OLG Hamburg v. 4.5.1995, RIW 1995, 775.

148 Die h.M. wird wiedergegeben bei *K. Schmidt*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl., 1983, § 244 Rdnr. 49.

149 BGH v. 7.12.1993, JZ 1994, 574, 576 – Importeur; zu diesen Beispiel *Mülberr*, ZHR 159 (1995), 2, 24.

150 EuGH v. 4.2.1988, Slg. 1988, 629 – Murphy; BVerfG v. 28.1.1992, BVerfGE 85, 191, 204 = NJW 1992, 964 = JZ 1992, 913 – Nachtarbeitsverbot; *Ehrlicke*, RabelsZ 59 (1995), 598, 627 ff.

Rechtsfortbildung: Sie erlaubt, sich über die Grenzen des Wortlautes hinwegzusetzen¹⁵¹. Der Begriff „Inland“ in § 239 BGB ist beispielsweise so fortzubilden, daß auch Bürgen aus dem EG-Ausland taugliche Bürgen sind.

2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung *contra legem*?

Abschließend sollen Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung geprüft werden. Dies ist deshalb so wichtig, weil in den letzten Jahren zahlreiche Richtlinien erlassen wurden, welche das deutsche Zivilrecht verändern. Genannt seien nur Produkthaftungs-, Haustürwiderrufs-, Verbraucher-kreditrichtlinie oder die jüngst erlassene Richtlinie über mißbräuchliche Verträge. Die richtlinienkonforme Auslegung verpflichtet grundsätzlich nationale Gerichte, nationales Recht im Rahmen des Wortlautes und des Willens des Gesetzgebers richtlinienkonform auszulegen, soweit ein Beurteilungsspielraum besteht. Umstritten ist nun, wie weit die Auslegung gehen darf.

a) Die Richtlinie 76/207/EWG und § 611a BGB

Die Rechtsfrage wird am besten an einem Klassiker sichtbar, der Gerichte und Wissenschaftler seit nunmehr zwanzig Jahren beschäftigt – die unendliche Geschichte, gespielt inzwischen in sechs Akten, Fortsetzung garantiert. Im Jahre 1976 erließ die EG die Richtlinie 76/207/EWG, um sicherzustellen, daß Frauen und Männer bei einer Bewerbung um einen Arbeitsplatz gleichbehandelt werden; bei einem Verstoß war nach Art. 6 der Richtlinie der Rechtsweg zu eröffnen¹⁵² – der erste Akt. Immerhin schon 1980 setzte der bundesdeutsche Gesetzgeber die Richtlinie um: Der neu geschaffene § 611a BGB gab dem diskriminierten Bewerber angemessenen Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses. Das negative Interesse umfaßt regelmäßig nur die entstandenen Bewerbungskosten. Es war also nicht verwunderlich, daß § 611a BGB schnell als „Portoparagraph“ berühmt wurde, umfassen die Bewerbungskosten doch nicht selten nur Briefmarke und Briefpapier in Höhe von etwa 1,10 DM¹⁵³. Nach diesem zweiten Teil ließ der dritte Akt nicht lange auf sich warten. *Sabine von Colson* und *Elisabeth Kamann* klagten gegen das Land Nordrhein-Westfalen auf angemessenen Schadensersatz wegen Diskriminierung. Der EuGH entschied nun 1984, daß § 611a BGB die Richtlinie nicht ausreichend umsetze. Zwar sehe Art. 6 der Richtlinie keine konkrete Entschädigung vor; der Zugang zu den Gerichten verpflichte aber zu einem Schadensersatz, der über den rein symbolischen Schadensersatz hinausgehe, damit die Wirksamkeit und abschreckende Wirkung der Vorschriften ge-

151 *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995), 598, 633. *Steindorff* (Fn. 104), S. 113 verlangt, daß der nationale Gesetzgeber solche Normen ändern aus eigener Initiative ändern muß.

152 *RiL* 76/207/EWG v. 9.2.1976, *ABl.* Nr. L 39, 40.

153 Eingefügt durch *Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz* v. 12.8.1980, *BGBI.* I 1308; s. *Begründung der Bundesregierung* abgedruckt in *RDA* 1980, 52 ff.

währleistet ist¹⁵⁴. Die Bundesregierung hatte sich in dem Verfahren damit verteidigt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch trotz des § 611a BGB genug Möglichkeiten vorsehe, dem diskriminierten Bewerber Schadensersatz zuzusprechen¹⁵⁵. Es erschien deshalb nur konsequent, daß in einem vierten Akt das Bundesarbeitsgericht 1989 einer diskriminierten Bewerberin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von immerhin schon einem Monatsgehalt wegen Persönlichkeitsverletzung nach § 847 BGB zusprach¹⁵⁶. Zehn Jahre nach dem Urteil des EuGH wurde dann 1994 als fünfter Teil § 611a BGB vom Gesetzgeber geändert und der Schadensersatz auf maximal drei Monatsgehälter festgelegt, soweit der Arbeitgeber die Diskriminierung zu vertreten hat, ihn also ein Verschulden trifft¹⁵⁷. Im März 1997 ging der Vorhang wieder auf, der unendlichen Geschichte sechster Akt: Der Hamburger Nils Draehmpaehl hatte sich auf eine Zeitungsanzeige beworben, in der eine „versierte Assistentin“ gesucht wurde und die u.a. lautete: „Wenn Sie mit den Chaoten eines vertriebsorientierten Unternehmens zurechtkommen können, diesen Kaffee kochen wollen, wenig Lob erhalten und viel arbeiten können, sind sie bei uns richtig.“ Die Diskriminierung war offensichtlich, weil sich Ausschreibungen nach § 611b BGB nicht nur an ein Geschlecht richten dürfen. Aufgrund eines Vorlageverfahrens des Arbeitsgerichts Hamburg¹⁵⁸ hatte der EuGH nun über verschiedene Rechtsfragen zu entscheiden.

Erstens hatte der EuGH schon 1991 festgestellt, daß ein Schadensersatzanspruch nicht von einem Verschulden des Arbeitgebers abhängig gemacht werden darf¹⁵⁹. Folglich hatte der deutsche Gesetzgeber auch in dem überarbeiteten § 611a BGB von 1994 die Richtlinie wiederum fehlerhaft umgesetzt. Und zweitens verstößt eine Begrenzung des Schadenersatzanspruches auf drei Monatsgehälter gegen die Verpflichtung zur angemessenen Sanktion, wenn der diskriminierte Bewerber die Stelle eigentlich bekommen hätte, weil er der am besten Geeignete gewesen ist. Weil Herr Draehmpaehl wohl gut Kaffee kochen konnte, hatte ihm das Arbeitsgericht Hamburg genau diese Bestqualifikation bescheinigt¹⁶⁰.

154 EuGH v. 10.4.1994, Slg. 1984, 1891 (23) = NJW 1984, 2021 = DB 1984, 1042 = EuR 1984, 311 – von Colson u. Kamann; EuGH v. 10.4.1984, Slg. 1984, 1921 – Harz.

155 EuGH v. 10.4.1994, Slg. 1984, 1891, 1897, 1901, (11, 25) – von Colson u. Kamann.

156 BAG v. 14.3.1989, BAGE 61, 209 = NJW 1990, 67 = JZ 1991, 43 = DB 1989, 2279 = AP Nr. 5 zu § 611a BGB = BB 1989, 2187 = AP § 611a Nr. 5 und 6 – § 611a und Persönlichkeitsverletzung.

157 Zweites Gleichberechtigungsgesetz v. 1.9.1994, BGBl. I 1406.

158 ArbG Hamburg v. 22.5.1995, DB 1995, 1234 ff.; die Rechtmäßigkeit der Rechtslage von 1994 bezweifelnd auch BAG v. 5.3.1996, NJW 1996, 2529, 2533 = EuZW 1996, 474 – Kallanke; *Mauer*, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, DB 1994, 1283, 1285; *Rosengarten*, NJW 1996, 1935, 1937.

159 EuGH v. 8.11.1990, Slg. 1990-I, 3941 (24) = NJW 1991, 628 = EuZW 1991, 89 – Dekker.

160 EuGH v. 22.4.1997, NJW 1997, 1839 = ZIP 1997, 798 = DB 1997, 983 = EuZW 1997, 340 – Draehmpaehl.

b) Meinungsstand und Stellungnahme: Rechtsfortbildung in
Übereinstimmung von Gesetzeswille und den Wertung des Gesetzes

Die Rechtsfrage lautet nun, wie weit die richtlinienkonforme Auslegung gehen darf. Erlaubt sie Rechtsfortbildung und vor allem Rechtsfortbildung *contra legem*? Diese liegt dann vor, wenn Rechtsfortbildung dem Willen des Gesetzgebers und den Wertungen des Gesetzes widerspricht, ja zu Systembrüchen im BGB führt¹⁶¹. Solche Systembrüche wurden bereits bei der Anerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs behauptet¹⁶²; sie scheinen erst recht naheliegend, wenn ein deutsches Arbeitsgericht aufgrund der Draehmpaehl-Entscheidung des EuGH dem diskriminierten Bewerber einen Schadensersatzanspruch zusprechen würde, der das Verschulden des Arbeitgebers nicht voraussetzt und drei Monatsgehälter übersteigt.

aa) Die wohl überwiegende Meinung lehnt eine solche Rechtsfortbildung über den Wortlaut eines Gesetzes hinaus mit folgenden Argumenten ab: Richtlinien wenden sich nur an die Mitgliedstaaten; im Gegensatz zum EG-Vertrag als Primärrecht haben Richtlinien deshalb keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten, sie entfalten keine sog. horizontale Drittwirkung¹⁶³. Es sei nicht Aufgabe der Rechtsprechung, durch eine Uminterpretation des Privatrechts anstelle des Gesetzgebers die Umsetzung der Richtlinie vorzunehmen, würde dem nationalen Gesetzgeber doch dadurch der Spielraum genommen, denn er bei der Umsetzung der Richtlinie habe¹⁶⁴. Auch der EuGH könne eine Rechtsfortbildung nicht vornehmen, sei er doch zur Auslegung des nationalen Rechts nicht befugt¹⁶⁵. Eine Rechtsfortbildung widerspreche schließlich den Grundsätzen der Rechtsklarheit und -sicherheit, die der EuGH bei der Umsetzung von Richtlinien verlange¹⁶⁶. Folglich seien für das deutsche Recht nur die nationalen, also deutsche Auslegungsmethoden

161 S. oben III.2. und 3.

162 *Scholz*, Anmerkung zu AP § 611a Nr. 5 und 6; *Wiese*, Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, JuS 1990, 357 ff.; *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71, 97 f.; *Ehmann*, in: Erman, BGB, 9. Aufl., 1993, Anh. zu § 12 Rdnr. 372 ff.; *Hanau*, in: Erman, BGB, 9. Aufl. 1993, § 611a Rdnr. 16; zweifelnd auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II 2, 13. Aufl., 1994, S. 502; *Herrmann*, Die Abschlußfreiheit – ein gefährdetes Prinzip, ZfA 1996, 19, 44 ff.; *Adomeit*, Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW 1996, 1710, 1712; dem Urteil zustimmend dagegen *Beyer/Möllers*, Europäisierung des Arbeitsrechts, JZ 1991, 24, 28 ff.; *Iglesias/Riechenberg*, Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1213, 1217.

163 EuGH v. 26.2.1986, Slg. 1986, 723 (48) – Marshall; deutlich EuGH v. 14.7.1994, Slg. 1994-I, 3325 (30) = NJW 1994, 2473 = JZ 1995, 149 m. Anm. *Heß* – Faccini Dorri; zum Streitstand *Grabitz*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 16), Art. 189 Rdnr. 61a; *Ukrow* (Fn. 12), S. 309 Fn. 307.

164 *M. Schmidt*, RabelsZ 59 (1995), 569, 585; *Heß*, JZ 1995, 150, 151; *Rohe*, Binnenmarkt oder Interessenverband?, RabelsZ 1997, 1, 8 f.; ähnlich *Steindorff* (Fn. 104), S. 452: Staatliche Gerichte brauchen dem Staat die Last seiner Verantwortung nicht durch Korrektur seines Rechts abzunehmen.

165 S. oben Fn. 75.

166 *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261, 284.

entscheidend¹⁶⁷. Eine richtlinienkonforme Auslegung sei nur möglich, wenn dem Richter ein Beurteilungsspielraum verbliebe, mithin eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich, wenn der Wortlaut eindeutig wäre¹⁶⁸. Konsequenz hat deshalb das Bundesarbeitsgericht entschieden, auch in Diskriminierungsfällen verlange der Schmerzensgeldanspruch wegen Persönlichkeitsverletzung ein Verschulden; eine richtlinienkonforme Auslegung, wonach kein Verschulden erforderlich wäre, sei nicht möglich¹⁶⁹.

bb) Eine solche Ansicht ist durchaus vertretbar und ist sicherlich die beste Lösung, wenn der Gesetzgeber Richtlinien ordnungsgemäß umsetzt – doch scheint das, wie der Fall verdeutlicht, graue Theorie zu sein. Auch der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch wird den Gesetzgeber nicht zu einer richtlinienkonformen Umsetzung zwingen, weil die Voraussetzungen einer Haftung nur zu oft nicht vorliegen¹⁷⁰. Sicherlich ist das Vorabentscheidungsverfahren der beste Weg, um offene Rechtsfragen zu klären¹⁷¹; es versagt aber dann, wenn, wie in dem geschilderten Fall, die Rechtsfrage durch den EuGH geklärt wurde. Richtlinien wirken zwar nicht zwischen Privaten. Bereits in der Colson-Entscheidung zu § 611a BGB hat aber der EuGH gefordert, daß der Richter „das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums ... in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“ hat¹⁷². Weil nach dem von Frankreich geprägten Verständnis der EuGH unter Auslegung auch Rechtsfortbildung versteht und damit nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet¹⁷³, geht diese Verpflichtung über den bestehenden nationalen Anwendungskanon hinaus¹⁷⁴, denn anders wäre die Verpflichtung bei dem eindeutigen Wortlaut des frü-

167 *Di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip, NJW 1990, 947, 953; *Gellermann*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 1994, S. 107 ff.; *Heß*, JZ 1995, 150, 151; *Jarass*, Grundfragen des innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 93 ff.; *Zöckler*, Probleme der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Zivilrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftlicher, 1992, S. 141, 150 ff.; *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 266 ff.; *Steindorff* (Fn. 104), S. 451.

168 *Scherzberg*, Die innerstaatliche Wirkung von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225, 232; *E. Klein*, Objektive Wirkung von Richtlinien, in: Festschrift Everling, 1995, S. 641, 646; *Steindorff*, EG-Richtlinien und Illusionen, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1455, 1458; *Basedow*, Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht, in: Festschrift Brandner 1996, S. 651, 658; *Reich*, Der Schutz subjektiver Gemeinschaftsrechte durch Staatshaftung, EuZW 1996, 709, 710; *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121, 126 und Fn. 167.

169 BAG v. 5.3.1996, NJW 1996, 2529, 2533 und Ls. 3 = EuZW 1996, 474 – Kalanke allerdings ohne Begründung.

170 A.A. wohl die Einschätzung bei *Steindorff* (Fn. 104), S. 452.

171 Nachdrücklich *Basedow*, in: Festschrift Brandner 1996, S. 651, 660 ff.

172 EuGH v. 10.4.1994, Slg. 1984, 1891 (28) = NJW 1984, 2021 von Colson u. Kamann; s. auch EuGH v. 13.11.1990, Slg. 1990-I, 4135 – Marleasing.

173 *Knick*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Fn. 53), Art. 164 Rdnr. 51; *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733, 734; *Brandt*, Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und das Europäische Gericht erster Instanz (EuG), Aufbau, Funktionen und Befugnisse, JuS 1994, 300, 303.

174 *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 412.

heren § 611a BGB (Stichwort: Portoparagraph) nicht zu verstehen gewesen¹⁷⁵. Wie „falsch“ darf aber nun Rechtsfortbildung contra legem sein? *Grundmann* hat jüngst dargetan, daß Rechtsfortbildung contra legem dann zulässig sein müsse, wenn sie dem Willen des nationalen Gesetzgebers entspreche. Denn der objektive Wille des Gesetzes sei entscheidender Maßstab für eine zulässige Rechtsfortbildung. Von dem Willen des Mitgliedstaates zur richtlinienkonformen Umsetzung sei aber praktisch immer auszugehen¹⁷⁶.

cc) Der Gesetzeswille allein ist entgegen der Ansicht von *Grundmann* zur Rechtfertigung zulässiger Rechtsfortbildung aber allein noch nicht ausreichend für eine Rechtsfortbildung. Noch wichtiger ist es, daß Rechtsfortbildung den Wertungen des Gesetzes entspricht¹⁷⁷. Erforderlich war, so hatten wir gesagt, daß die „Rechtsordnung ... Wertentscheidungen, sei es auch nur in unvollkommener Form, für eine Lösung in einem bestimmten Sinne ergibt¹⁷⁸. Umgekehrt darf Rechtsfortbildung den „Grundstrukturen des geschriebenen Rechts“ nicht widersprechen. Bei der richtlinienkonformen Auslegung oder besser: der *richtlinienkonformen Rechtsfortbildung* muß man sich bewußt machen, daß der Richter zwar eine nationale Vorschrift auslegt, diese aber ihren Ursprung im europäischen Recht hat; er ist zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts aufgerufen; auch er unterliegt der Loyalitätspflicht des Art. 5 EGV¹⁷⁹. Der deutsche Richter ist in dieser Rolle europäischer Richter¹⁸⁰. Das muß besonders dann gelten, wenn die Richtlinie Gemeinschaftsgrundrechte, wie hier die Sicherstellung der Gleichberechtigung, gewährleisten will. Solche bereits vor mehr als zwanzig Jahren geschaffenen Gemeinschaftsgrundrechte nur wegen unzureichender Umsetzung durch den deutschen Gesetzgebers wirkungslos zu belassen, wäre als Argumentation treuwidrig¹⁸¹, weil sie den Rechtsschutz des Betroffenen deutlich verkürzt. Bei Berücksichtigung der Grundstrukturen hat der Richter die anzuwendende Norm immer auch im Gesamtzusammenhang mit der Richtlinie zu lesen. Selbst wenn die Richtlinie nicht unmittelbar zwischen Privaten wirkt, bleibt ihre Zielvorstellung¹⁸² und ihr Umsetzungsbefehl doch erhalten. Wird eine Richtlinie nur unzureichend umgesetzt, so *findet sich die Wertentscheidung der Richtlinie doch in der umgesetzten Norm, wenn auch in unvollkommener Form*. Dies ist nicht etwa Tautologie, sondern durch die Umsetzungsnorm

175 A.A. *Jarass*, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211, 217; Everling, ZGR 1992, 381; *E. Klein*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 641, 646. *Zöckler*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Fn. 167), S. 141, 156; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 126.

176 *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 420 ff. Er übersieht dabei, daß der Gesetzgeber 1994 trotz Kenntnis der Dekker-Entscheidung das Verschulden in § 611a BGB (und § 847 BGB) belassen hat.

177 S. oben III.2.

178 S. oben Fn. 48.

179 EuGH v. 10.2.1983, Slg. 1983, 255 (37) – Luxemburg/Parlament; EuGH v. 10.4.1984, Slg. 1984, 1891 (26) = NJW 1984, 2021 von Colson u. Kamann.

180 *Pernice*, EuR 1996, 27, 33; *Zuleeg*, JZ 1994, 1, 2; *ders.*, RdA 1996, 71.

181 Zum estoppel-Einwand, s. *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 410.

182 *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 410.

wird die Wertentscheidung auf die Systematik und den Wertungszusammenhang der Richtlinie erweitert. Es liegt in der Terminologie von *Larenz* eine planwidrige Lücke vor¹⁸³. Im Ergebnis blockiert damit der Wortlaut der umgesetzten Norm nicht eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung¹⁸⁴. Die *Wertentscheidungen* finden sich in unvollkommener Form in der umgesetzten Norm, hier im § 611a BGB. Bei der Auslegung des EG-Vertrages hatten wir festgestellt, daß ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten deutsches Zivilrecht dazu zwingt, beispielsweise das Tatbestandsmerkmal „Inland“ bei § 239 BGB auf EG-Ausländer nicht anzuwenden. Auch bei der richtlinienkonformen Auslegung ist im Ergebnis das Tatbestandsmerkmal „Verschulden“ im Rahmen des § 611a oder § 847 BGB bei einem diskriminierten Bewerber nicht mehr anzuwenden¹⁸⁵; es wird darauf verzichtet. Schließt man sich dieser Argumentation an, dann handelt es sich nicht mehr um eine Rechtsbildung *contra legem*.

183 Deutlich bereits *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71, 97.

184 Dafür spricht auch, daß der nationale Gesetzgeber oft andere Begriffe als die der Richtlinie verwendet, *Grundmann*, Richtlinie und nationales Privatrecht, JZ 1996, 274, 285; *ders.*, ZEuP 1996, 399, 417; *Möllers*, JZ 1996, 787 f.; *ders.*, Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht – Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigen Recht, ZGR 1997, 334, 347.

185 S. auch BAG v. .10.1991, AP zu § 1 LohnFG. Noch weitergehend auch einen Einstellungsanspruch bejahend s. beispielsweise *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297, 1298; *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 422. Dieser Weg erscheint auch überzeugender, als nach Ansicht von *Oetker* die culpa in contrahendo zu bejahen und dann auf das Verschuldenserfordernis der culpa in contrahendo zu verzichten, so aber *Oetker*, Anmerkung zu *Draehmpfaehl*, ZIP 1997, 802, 804; *Worzalla* (Die Haftung des Arbeitgebers wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bei Einstellung nach der neuen Rechtsprechung des EuGH, NJW 1997, 1809, 1812) möchte den Anspruch aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 611a BGB zusprechen. Dem steht entgegen, daß der eindeutige Wortlaut des § 823 Abs. 2 S. 2 BGB „Verschulden“ voraussetzt.