

§ 12 Die Rechtsfortbildung

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2021. "§ 12 Die Rechtsfortbildung." In *Europäische Methodenlehre*, edited by Karl Riesenhuber, 4., neu bearbeitete Auflage, 351–76. Berlin: de Gruyter.
<https://doi.org/10.1515/9783110614305-012>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

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

Deutsches Urheberrecht

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

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



§ 12

Die Rechtsfortbildung

Literatur: *Rebecca Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012); *Larry Alexander/Emily Sherwin*, Demystifying Legal Reasoning (2008); *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (1997); *Anthony Arnulf*, The European Union and its Court of Justice (2. Aufl. 2006); *Christian Baldus/Thomas Raff*, Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts, in: *Martin Gebauer/Christoph Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (2016), § 3, S. 153–221; *Gunnar Beck*, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU (2012); *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (1998); *Gerard Conway*, The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice (2012); *Mariele Dederichs*, Die Methodik des EuGH (2004); *Wolfgang Dünzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: *Ole Due* u. a. (Hrsg.), Festschrift für *Ulrich Everling*, Bd. I (1995), S. 205–221; *Ulrich Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, *JZ* 2000, 217–227; *Nils Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht (2011); *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber*, Die Auslegung des europäischen Schuldvertragsrechts, *JuS* 2001, 529–536; *Thomas Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode (2009); *Clemens Höpfner/Bernd Rüthers*, Grundlagen einer Europäischen Methodenlehre, *AcP* 209 (2009), 1–36; *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, *EuZW* 1997, 295–305; *Stefanie Jung/Peter Krebs*, Europäische Rechtsmethodik, in: *Stefanie Jung* u. a. (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa (2019), S. 47–126; *Katja Langenbucher*, Vorüberlegungen zu einer Europarechtlichen Methodenlehre, *JbJZ* 1999, S. 65–83; *Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez-Fons*, To say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *EUI Working Papers AEL* 2013/9; *Axel Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009); *Jörg Neuner*, Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht, in: *Johannes Hager* u. a. (Hrsg.), Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung – Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag (2002), S. 83–112; *Oreste Pollicino*, Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality between Judicial Activism and Self-restraint, *GL* 5 (2004), 283–317; *Timo Rademacher*, Reading Up and Down EU Legislation: A Plea for a Principled Approach to an Extraordinary Judicial Power, *EPL* 23 (2017), 319–346; *Robert Rebhahn*, Zur Methodenlehre des Unionsrechts – insbesondere im Privatrecht, *ZFPW* 2016, 281–306; *Frederick Schauer*, Thinking like a lawyer (2009); *Theodor Schilling*, Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte, *ZEUP* 2007, 754–784; *Wolfgang Schön*, Die Analogie im Europäischen (Privat-)Recht, 2. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (2017), S. 147–180; *Werner Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem (2002); *Reiner Schulze* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999); *Reiner Schulze/Ulrike Seif* (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft (2003); *Jörg Ukkow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995); *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I (2001); *Konrad Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH (2009).

Rechtsprechung: EuGH v. 12.12.1985 – Rs. 165/84 *Krohn*, EU:C:1985:507; EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, EU:C:1997:628; EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, EU:C:2000:469; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u. a.*, EU:C:2003:604; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, EU:C:2005:709; EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308; EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament ./ Kommission*, EU:C:2008:176; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, EU: C:2009:380; EuGH v. 16.7.2009 – Rs. C-5/08 *Infopaq International*, EU:C:2009:465; EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u. a.*, EU:C:2009:626; EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon*, EU:C:2009:716; EuGH v. 14.9.2010 – Rs. C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals Ltd u. a.*, EU:C:2010:512;

Neuner

EuGH v. 5.5.2011 – verb. Rs. C-201/10 und C-202/10 *Ze Fu Fleischhandel und Vion Trading*, EU:C:2011:282; EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr*, EU:C:2013:613; EuGH v. 8.11.2016 – Rs. C-41/15 *Dowling*, EU:C:2016:836; EuGH v. 5.6.2018 – Rs. C-673/16 *Coman*, EU:C:2018:385; EuG v. 26.11.2002 – verb. Rs. T-74/00, T-76/00, T-83/00 bis T-85/00, T-132/00, T-137/00 und T-141/00 *Artegodan u. a.*, EU:T:2002:283; EuG v. 3.4.2003 – verb. Rs. T-44/01, T-119/01 und T-126/01 *Vieira und Vieira Argentina*, EU:T:2003:98.

Systematische Übersicht

I. Grundlagen — 1–6	
1. Zur Terminologie des Unionsrechts — 2–3	a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit — 23
2. Zur Eigenständigkeit des Unionsrechts — 4–5	b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes — 24–26
3. Zur Besonderheit des Unionsrechts — 6	
II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung — 7–10	IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung — 27–52
1. Die rechtsprechende Gewalt — 8	1. Die Rechtsfindung <i>praeter legem</i> — 28–48
2. Die gesetzgebende Gewalt — 9	a) Die Lückenfeststellung — 29–31
3. Die faktische Gewalt — 10	aa) Das externe System — 30
III. Die Schranken der Rechtsfortbildung — 11–26	bb) Das interne System — 31
1. Die Bindung an das Gesetz — 12–21	b) Die Maßstäbe der Lückenfüllung — 32–45
a) Die kompetentielle Dimension — 13–15	aa) Der Gleichheitssatz — 33–42
aa) Das institutionelle Gleichgewicht — 14	bb) Das Primärrecht — 43–45
bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit — 15	c) Die Grenzen der Lückenfüllung — 46–48
b) Die inhaltliche Dimension — 16–18	aa) Analogieverbote — 47
aa) Die Wortsinnengrenze — 17	bb) Unaufüllbare Lücken — 48
bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht — 18	2. Die Rechtsfindung <i>contra legem</i> — 49–52
c) Die zeitliche Dimension — 19–21	a) Die Feststellung der Nichtigkeit — 50
aa) Die Vorwirkung — 20	b) Die Folgen der Nichtigkeit — 51
bb) Die Rückwirkung — 21	c) Die Einzelfallgerechtigkeit — 52
2. Die Bindung an das Präjudiz — 22–26	V. Schlussbetrachtung — 53

I. Grundlagen

Die unionsrechtliche Methodenlehre ist ein Unterfall der allgemeinen juristischen Methodenlehre. Sie bildet zu den nationalen Methodenlehren¹ kein *aliud*, sondern wird durch ihren speziellen Gegenstand in Form des Unionsrechts geprägt. Demgemäß stellt sich auch im sekundären Unionsrecht das Problem, ob der Richter an den Wortlaut des Gesetzes strikt gebunden ist oder dieses über den Normtext hinaus fortbilden darf.

1. Zur Terminologie des Unionsrechts

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

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

² Vgl. BVerfG, NJW 2018, 3091 (Rn. 21); 2015, 3641 (Rn. 11); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 143; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 441, 467 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 614 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 90 ff. m. w. N.; kritisch z.B. *Kudlich/Christensen*, ARSP 93 (2007), 128 ff.

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

⁴ Ausnahme: EuGH v. 9.9.2014 – Rs. C-488/13 *Parva Investitionsbanka*, EU:C:2014:2191 Rn. 34: „um die festgestellte Lücke im Wege der Rechtsfortbildung (...) zu schließen“; ferner zahlreiche Schlussanträge, s. zuletzt GA *Pitruzzella*, Schlussanträge v. 30.1.2020 – Rs. C-786/18 *Ratiopharm*, EU:C:2020:57 Rn. 19.

⁵ Vgl. nur *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 289 ff., 394 f., 607; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 39; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 55 ff. mwN; zur französischen Tradition der „Auslegung“ eingehend *Babusiaux*, in diesem Band, § 22.

Gesetzesinterpretation beimisst.⁶ Die Kritik am Gerichtshof reduziert sich daher im Wesentlichen auf den Vorhalt eines unpräzisen Sprachgebrauchs.

3 Präferiert man stattdessen die differenzierende deutsche Terminologie, gilt es vor allem begriffsjuristische Fehlschlüsse zu vermeiden. Diese Gefahr besteht insbesondere bei der Übertragung der klassischen „Dreistufensystematik“⁷ von Gesetzesauslegung, Gesetzesergänzung und unzulässiger Gesetzesderogation auf die unionsrechtliche Methodik. Die Qualifizierung einer Rechtsprechung als Auslegung besagt nur, dass sie sich innerhalb des möglichen Wortsinns bewegt, ist aber noch kein hinreichender Legitimationsnachweis. Auch der Lückenbegriff ist eine bloße Umschreibung der Zulässigkeitskriterien *praeterlegaler* Rechtsfindung und ersetzt nicht die erforderlichen unionsrechtlichen Wertungen. Ebenso bleibt das Dogma vom Verbot des *contra-legem*-Judizierens begründungsdefizitär,⁸ solange nicht die maßgeblichen Sachgesichtspunkte zugunsten einer Gesetzesbindung benannt werden.

2. Zur Eigenständigkeit des Unionsrechts

4 Versucht man, die Voraussetzungen und Grenzen einer Fortbildung des sekundären Unionsrechts näher zu bestimmen, ist zunächst der Begriff der „Autonomie“ von zentraler Bedeutung. Sowohl der Geltungsgrund⁹ als auch die Auslegung¹⁰ des Unionsrechts werden vielfach mit dem Attribut „autonom“ gekennzeichnet, sodass es nahe liegt, die Fortbildungsoptionen des sekundären Unionsrechts ebenfalls autonom, d.h. losgelöst von den mitgliedstaatlichen Standards, zu bestimmen. Diese Schlussfolgerung ist aufgrund des prinzipiellen Vorrangs sowie des besonderen Integrationstelos des Unionsrechts im Ansatz zutreffend, doch sind einige Relativierungen veranlasst. Als Erstes ist in geltungstheoretischer Hinsicht hervorzuheben, dass das Unionsrecht, jedenfalls nach dem derzeitigen Legitimationsstand, im-

6 Eine Auswertung aller im Jahr 1999 veröffentlichten Entscheidungen des EuGH hat ergeben, dass die grammatische Auslegung die zweithäufigste Argumentationsform darstellt (nach dem Verweis auf die frühere Rechtsprechung); vgl. Dederichs, Die Methodik des EuGH, S. 64ff.; *dies.*, EuR 2004, 345, 349ff.; siehe zur Bedeutung des Normtextes auch Buck, Auslegungsmethoden des EuGH, S. 168ff.; Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode (2015), S. 221ff. m.umf.N.

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

8 S. z.B. Calliess, NJW 2005, 929, 932.

9 Vgl. nur EuGH v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 *Courage*, EU:C:2001:465 Rn. 19; EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 *Costa ./. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66 S. 1259, 1269ff.

10 Vgl. EuGH v. 18.1.1984 – Rs. 327/82 *Ekro*, EU:C:1984:11 Rn. 11; zuletzt EuGH v. 25.6.2020 – Rs. C-36/20 *Ministerio Fiscal*, EU:C:2020:495 Rn. 53.

mer noch auf einem innerstaatlichen Anwendungsbefehl beruht,¹¹ der seinerseits nach mitgliedstaatlichen Methodenstandards zu interpretieren ist. Zweitens ist in Bezug auf die Auslegung des Unionsrechts signifikant, dass es eine *Lingua Franca*, eine eigene „EU-Sprache“, nicht gibt. Der Gerichtshof muss deshalb die offiziellen Landessprachen gem. Art. 55 Abs. 1 EUV gleichwertig berücksichtigen und im Rahmen der grammatischen Interpretationsmethode einen entsprechenden Textvergleich¹² vornehmen.¹³ Materiellrechtlich kommt als Drittes hinzu, dass die Union in Art. 2 EUV die tradierten mitgliedstaatlichen Grundsätze der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit übernimmt sowie über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 EUV auf die in der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh) und der EMRK enthaltenen justitiellen Grundrechte verweist, was sich ebenfalls auf die Kompetenzen der Judikative auswirkt.¹⁴

Die Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung sind also primär aus dem Unionsrecht herzuleiten, doch gibt es Parallelen und Interdependenzen zu den Methodenstandards sowie zu den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen in den Mitgliedstaaten. 5

3. Zur Besonderheit des Unionsrechts

Aus methodischer Sicht weist das Unionsrecht vor allem zwei Eigenarten auf: Zum einen die Mehrsprachigkeit und zum anderen die begrenzte Regelungskompetenz. Beide Phänomene sind allerdings nicht neuartig, vielmehr bekannte rechtstheoretische Herausforderungen. So wird das Problem der Mehrsprachigkeit bereits in Art. 33 6

11 Vgl. BVerfGE 126, 286, 302; BVerfG, NJW 2009, 2267 (Rn. 332ff.); zuletzt BVerfG, NJW 2020, 1647 (Rn. 101ff.); siehe zur Diskussion über den Geltungsgrund des Unionsrechts auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 229ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 174ff.

12 Siehe am Beispiel des Begriffs „fortgesetzte Zuwiderhandlung“ EuG v. 17.5.2013 – verb. Rs. T-147/09 und T-148/09 *Trelleborg ./ Kommission*, EU:T:2013:259 Rn. 72ff.; s. aber auch *Baaij*, in: ders., The Role of Legal Translation in Legal Harmonization (2012), S. 1ff. (15f.): „Between 1960 and 2010, the Court acknowledged discrepancies in only about 170 judgments. And in only about 110 judgments, the Court considered these to cause an interpretation problem. However, contrary to its stance that the interpretation of EU law requires a comparison of language versions, the Court itself did not explicitly compare language versions in more than about 245 judgments, which, when counting the judgments in the Eur-Lex website, is about 3% of all judgments between 1960 and 2010.“; ähnlich für den Zeitraum 2004–2008 *Zedler*, Mehrsprachigkeit und Methode (2015), S. 172 („knapp drei Prozent“).

13 Siehe *Arnulf*, The European Union and its Court of Justice, S. 608ff.; *Vismara*, in: *Pozzo/Jacometti* (Hrsg.), Multilingualism and the Harmonization of European Law (2006), S. 61ff.; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To say What the Law of the EU is, S. 8ff.; *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH (2008), S. 33ff.

14 Vgl. auch *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 8 mwN.

Abs. 4 WVK angesprochen und stellt sich gleichermaßen in Nationalstaaten mit verschiedenen Amtssprachen, wie etwa der Schweiz.¹⁵ Konkurrierende Rechtsordnungen und deren interpretatorische Abgrenzung sind ebenfalls kein Novum. Aus der Geschichte ist nur an das Verhältnis des *ius commune* zum Statutarrecht zu erinnern.¹⁶ Ein aktuelles Beispiel bildet der Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern gem. Art. 72, 74 GG. Mit der Diskussion über die Möglichkeiten einer Fortbildung des sekundären Unionsrechts betritt man also kein methodisches „Neuland“, sondern kann auf breite rechtstheoretische Vorarbeiten aufbauen.

II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung

7 Ebenso wie die nationalen Gerichte ist auch der Gerichtshof prinzipiell zur Rechtsfortbildung legitimiert.¹⁷

1. Die rechtsprechende Gewalt

8 Die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung folgt sowohl aus den überlieferten Grundsätzen des Art. 2 EUV als auch aus der speziellen Regelung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, wonach der Gerichtshof die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge (sichert).“¹⁸ Flankierend dazu ist auf die entsprechende Intention der Gründungsmitglieder zu verweisen¹⁹ und hervorzuheben, dass das etablierte Richterrecht für Beitrittskandidaten zum verbindlichen *acquis communautaire* zählt.²⁰ An Überzeugungskraft verliert hingegen der Hinweis auf den dynamisch-evolutionären Integrationsansatz des Primärrechts,²¹ da die Funktionsfähigkeit der Union mittlerweile als gesichert erscheint.²²

¹⁵ Siehe z.B. *Kramer*, Methodenlehre, S. 89ff.; *Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht (2004), S. 136ff., 150ff.; *Schubarth*, LeGes 2001, 49 ff., der die Mehrsprachigkeit als „große Chance“ und „echte Bereicherung“ betrachtet und betont, dass „sprachliche Minderheiten (nicht) ignoriert werden“ (a. a. O., S. 49).

¹⁶ Siehe näher *Schröder*, Recht als Wissenschaft (2. Aufl. 2012), S. 19ff., 67ff., 158ff. mwN.

¹⁷ Zur nationalen Rechtslage siehe näher *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 47 ff. mwN.

¹⁸ Vgl. nur *W.-H. Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 821ff. (mit zusätzlichem Verweis auf Art. 340 Abs. 2 AEUV für den Bereich der außervertraglichen Haftung); *Everling*, JZ 2000, 217, 221; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 91ff.; siehe zudem unten bei Rn. 49.

¹⁹ Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 67 mwN.

²⁰ Vgl. Stellungnahme der Kommission v. 19.1.1972 zu den Beitrittsanträgen Dänemarks, Irlands, des Königreichs Norwegen und Großbritanniens, ABl. 1972 L 73/3; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Ohler*, Art. 49 EUV Rn. 45; *Ott*, EuZW 2000, 293ff. mwN.

²¹ Vgl. *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295, 296 mwN.

²² Vgl. auch *Streinz*, ZEuS 2004, 387, 412; *Nessler*, RIW 1993, 206, 213.

2. Die gesetzgebende Gewalt

Obgleich die Befugnis des Gerichtshofs zur Fortbildung des Rechts weitgehend anerkannt ist,²³ folgt hieraus keine gesetzgeberähnliche Kompetenz. Wie insbesondere die Art. 19 EUV, 251ff. AEUV belegen, beschränkt sich die Aufgabe des Gerichtshofs auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung.²⁴ Funktionell ist kennzeichnend, dass der Gerichtshof über kein eigenes Initiativrecht verfügt²⁵ und auf den Dialog mit den Verfahrensbeteiligten angewiesen ist. Institutionell fehlt den Richtern eine unmittelbare demokratische Legitimation²⁶ und organisatorisch die Ausstattung, um legislative Aufgaben wahrnehmen zu können. Zu einer Rechtsetzung in Form abstrakt-genereller Regelungen ist der Gerichtshof somit nicht berufen.

3. Die faktische Gewalt

Trotz dieser grundsätzlichen Begrenzung der richterlichen Kompetenz auf die Einzelfallentscheidung entfaltet die Judikatur des Gerichtshofs im Rechtsleben eine sehr breite Wirkung und bildet eine faktische Rechtsquelle. Die Unionsbürger orientieren sich an den Urteilen des Gerichtshofs und erwarten Rechtssicherheit durch eine Gleichbehandlung ähnlicher Fälle.²⁷ Der Gerichtshof hat deshalb verallgemeinerbare Rechtsregeln auf einer „mittleren Abstraktionshöhe“ zwischen Norm und Fallentscheidung zu formulieren.²⁸ Um legitime Kontinuitätserwartungen der Rechtsunterworfenen nicht zu enttäuschen, sind auch gelegentliche *obiter dicta* zulässig. Im Grundsatz ist jedoch allein über den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Angeichts dieser regelmäßigen Beschränkung auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung besteht für nachfolgende Verfahren auch keine strenge Präjudizienbin-

23 Siehe nur BVerfGE 142, 123 (Rn. 161); 126, 286, 305; 75, 223, 242ff.; *Horsley*, CML Rev. 50 (2013), 931, 931ff. m.umf.N. (einschließlich kritischer Stimmen).

24 Siehe dazu auch v. *Danwitz*, EuR 2008, 769, 772; *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 208; *Dänzer-Vannotti*, FS Everling, Bd. I, S. 213; speziell in Abgrenzung zur Rechtskraftbindung *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union (2009), S. 404 ff.

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

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

27 Hinzu kommt eine Begründungspflicht; s. näher *Bengoetxea*, Legal Reasoning, S. 116 f., 141ff.; *W.-H. Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 838 ff.; *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281, 288ff.; *Lochmann*, EuR 2019, 61, 76ff. (mit Kritik an EuGH v. 8.9.2015 – Rs. 105/14 *Taricco*, EU:C:2015:555).

28 Vgl. *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien (1986), S. 123ff.; *Schulze/Seif*, in: dies. (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 8; *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 241.

dung im Sinne der *stare-decisis*-Doktrin, zumal sonst für jede Rechtsprechungsänderung ein aufwendiges Gesetzesänderungsverfahren²⁹ nötig wäre.³⁰ Wollen nationale Gerichte von der Rechtsprechung des EuGH abweichen, wird allerdings die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV jeweils aktualisiert.³¹

III. Die Schranken der Rechtsfortbildung

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

1. Die Bindung an das Gesetz

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

a) Die kompetentielle Dimension

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

14 aa) **Das institutionelle Gleichgewicht.** Das Prinzip des „institutionellen Gleichgewichts“ bildet das unionsrechtliche Pendant zur klassischen Gewaltenteilung.³² Es legt das Kompetenzgefüge der Unionsorgane untereinander fest und wirkt sich zugleich auf die Freiheit der Unionsbürger sowie den Einflussbereich der Mitgliedstaaten aus. Für die dritte Gewalt folgt aus dem Prinzip des „institutionellen Gleichge-

29 Siehe zu den besonderen unionstypischen Schwierigkeiten einer Gesetzesänderung *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 585ff.

30 Vgl. *Seif*, FS Schlüchter (1998), S. 137f.; siehe zudem auch unten bei Rn. 23.

31 Zu den Ausnahmen der Vorlagepflicht nach der „*acte-clair*-Doktrin“ (klarer Fall; unzweifelhafte Auslegung) und der „*acte-éclairé*-Doktrin“ (bereits geklärte Konstellation; gesicherte Rechtsprechung) ausführlich *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950ff.; *Arnulf*, The European Union and its Court of Justice, S. 626f.; *Schmidt-Räntsche*, in diesem Band, § 21 Rn. 23ff.

32 Vgl. EuGH v. 6.5.2008 – Rs. C-133/06 *Parlament ./ Rat*, EU:C:2008:257 Rn. 56f.; EuGH v. 22.5.1990 – Rs. C-70/88 *Parlament ./ Rat*, EU:C:1990:217 Rn. 21ff.; zur Vergleichbarkeit mit der herkömmlichen Gewaltenteilung siehe näher *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre (8. Aufl. 2016), Rn. 1119ff.; *Goeters*, Das institutionelle Gleichgewicht – seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2008), S. 248ff.; *Conway*, The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice, S. 194ff.

wichts“, dass sowohl der Ermessensspielraum der Verwaltung zu respektieren ist,³³ als auch die Entscheidungsprärogative des Unionsgesetzgebers, da Letzterer sonst als Rechtsbildungsinstantz funktionslos bliebe.

bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit. Im Unterschied zu den Mitglied- 15 staaten verfügt die EU nicht über eine Kompetenz-Kompetenz; vielmehr gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV.³⁴ Eine zusätzliche Einschränkung bewirkt das Prinzip der Subsidiarität gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV. Dem Gerichtshof obliegt die Aufgabe, die Einhaltung dieser Kompetenzregel durch die Exekutive und Legislative zu kontrollieren. Umstritten ist, ob der Gerichtshof im Rahmen rechtsfortbildender Judikate das Subsidiaritätsprinzip ebenfalls beachten muss.³⁵ Eine justitielle Bindung wird dabei insbesondere mit dem Argument verneint, dass die europäischen Gerichte für die ihnen zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten eine ausschließliche Kompetenz besitzen.³⁶ Diese Ansicht überzeugt nicht, weil ein Urteilsspruch, der das Subsidiaritätsprinzip missachtet, auf das Zuständigkeitsgefüge gleichermaßen einwirkt wie ein analoger Legislativakt. Die Judikative ist zwar kein „Ersatzgesetzgeber“, doch wird bei der konkret-individuellen Entscheidungsfindung unter einer abstrakte Norm subsumiert, für deren Erlass allein die Mitgliedstaaten zuständig sind. Auch wertungsmäßig macht es keinen Unterschied, ob der Unionsgesetzgeber beispielsweise den Anwendungsbereich einer Richtlinie unzulässig weit fasst oder ob der Gerichtshof eine entsprechende Extension richterrechtlich vornimmt. Insgesamt dürfen die europäischen Gerichte somit keine Rechtsfolge festlegen, die nicht auch der Unionsgesetzgeber als Norm erlassen dürfte.³⁷

b) Die inhaltliche Dimension

Die kompetentielle Bindung des Gerichtshofs an das Unionsrecht wirft die Anschluss- 16 frage auf, was unter jener Verpflichtung im Detail zu verstehen ist. Diese Thematik ge-

³³ Vgl. nur *Borchardt*, GS Grabitz (1995), S. 41; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 412f.

³⁴ Siehe dazu näher BVerfG, NJW 2020, 1647 (Rn. 101ff.); BVerfGE 126, 286, 302ff.; *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas (2001), S. 149ff.

³⁵ S. bereits *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295, 303; generell kritisch zur mangelnden Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips *Huber*, in: Kirchhof u.a., Europa: In Vielfalt geeint! (2020), S. 143ff. (154: „zahnloser Tiger“).

³⁶ Vgl. v.d. *Groeben/Schwarze/Hatje-Kadelbach*, Art. 5 EUV Rn. 32; *Lenz/Borchardt-Langguth*, Art. 5 EUV Rn. 28; *Hirsch*, FS Odersky (1996), S. 200.

³⁷ Vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 66, 500ff.; *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, S. 325; *M. Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (2009), S. 50; *Jung/Krebs*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Rn. 166; *Horsley*, JCMS 50 (2011), 267, 273ff.; *Schön*, 2. FS Canaris, S. 147, 153.

hört zwar im Kern zu dem Problemkreis der „Auslegung“, doch hängt die Feststellung einer Gesetzeslücke von der Methode der Gesetzesinterpretation ab. Ebenso setzt das Urteil über eine Normderogation eine Interpretation des Gesetzes voraus. Daher sind an dieser Stelle zumindest zwei knappe Bemerkungen zur Wortsinngrenze sowie zum Ziel der Auslegung geboten.

17 **aa) Die Wortsinngrenze.** Der Wortlaut des Gesetzes ist nicht nur Ausgangspunkt der Interpretation,³⁸ sondern es fällt ihm auch eine Begrenzungsfunktion zu. Namentlich bei Analogieverboten kann der noch mögliche Wortsinn eine Schranke zulässiger Rechtsfindung bilden. Darüber hinaus begründet der Normtext ganz generell einen Vertrauenstatbestand für die Rechtsunterworfenen, den es bei einer Rechtsfortbildung zu berücksichtigen gilt. Im Unionsrecht besteht dabei die Besonderheit, dass es verschiedene gleichwertige Vertragssprachen gibt. Diese Mehrsprachigkeit führt in des zu keiner prinzipiellen Verringerung der Begrenzungsfunktion des Wortlauts.³⁹ Entsprechend den Bedeutungsvarianten der verschiedenen Sprachfassungen existieren vielmehr zusätzliche Möglichkeiten einer Grenzziehung, die es im Einzelfall zu bewerten gilt. In Betracht kommen insbesondere ein Vorrang der Mehrheit der übereinstimmenden Sprachfassungen, ein Vorrang des gemeinsamen Minimums aller Sprachfassungen sowie die Maßgeblichkeit jener Sprachfassung, die den Unionsbürger am wenigsten belastet.⁴⁰ Weitere Varianten sind denkbar⁴¹ und jeweils vor dem Hintergrund der konkreten Schutzbedürfnisse der Rechtsunterworfenen sowie unter Berücksichtigung des Kompetenzgefüges der Union als Schranke richterlicher Rechtsfortbildung in Erwägung zu ziehen. Nach der Rechtsprechung muss grundsätzlich bei Divergenzen der verschiedenen Sprachfassungen eines Unionstextes „die fragliche Vorschrift anhand des Zusammenhangs und des Zwecks der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.“⁴²

18 **bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht.** Ebenso wie in der nationalen Methodendiskussion wird in Bezug auf das Unionsrecht die traditionelle Kontroverse über

38 Entsprechend verfährt auch der EuGH; vgl. nur exemplarisch EuGH v. 23.3.1982 – Rs. 53/81 *Levin*, EU:C:1982:105 Rn. 9; s. ferner *Colneric*, EuZA 2008, 212, 216; *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, S. 77; *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 3 Rn. 99 mwN.

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

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

41 Siehe etwa *Schilling*, ZEuP 2007, 754, 763 („die dem Bürger sprachlich zugängliche Norm müsse die für ihn maßgebliche sein“); *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, S. 151 f. („klarste Fassung“, „Vorrang des Urtextes“).

42 EuGH v. 12.9.2019 – Rs. C-709/17 *Kolachi Raj Industrial*, EU:C:2019:717 Rn. 88; EuGH v. 1.4.2004 – Rs. C-1/02 *Borgmann*, EU:C:2004:202 Rn. 25 mwN.; s. hierzu auch *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH (2008), S. 37 ff.

das Ziel der Auslegung geführt.⁴³ Richtigerweise ist auch im sekundären Unionsrecht primär die gesetzgeberische Regelungsabsicht maßgebend.⁴⁴ Hierfür sprechen insbesondere die Prinzipien der Demokratie und des institutionellen Gleichgewichts. Auch im Interesse der Methodenklarheit ist ein zweistufiges Verfahren indiziert, das zunächst eine Rekonstruktion der gesetzgeberischen Regelungsabsicht verlangt und sodann eine Offenlegung und Gewichtung jener Gründe, die eine Abweichung legitimieren sollen. Die Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens wird dabei im sekundären Unionsrecht insofern erleichtert, als nach Art. 296 Abs. 2 AEUV eine Begründungspflicht für Rechtsakte besteht und zudem nach Art. 15 Abs. 3 AEUV die Dokumente des Rates der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind.⁴⁵ Mittlerweile berücksichtigt daher auch der EuGH zunehmend die Gesetzesmaterialien.⁴⁶

c) Die zeitliche Dimension

Gesetze können schon vor ihrem Inkrafttreten eine Rechtsfortbildungsschranke be- **19** gründen.⁴⁷

aa) Die Vorwirkung. Für den Gerichtshof ergibt sich die Pflicht zur Berücksichti- **20** gung von noch nicht in Kraft getretenen Gesetzen aus dem Prinzip der Unionsverfassungsorgantreue.⁴⁸ Eine Sperrwirkung entsteht in der Regel erst mit der Veröffentlichung des zukünftigen Legislativakts im Amtsblatt der EU gem. Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 S. 1 AEUV.⁴⁹ Ein früherer Zeitpunkt scheidet grundsätzlich aus, weil es bis dahin noch zu Abänderungen kommen kann oder noch überhaupt kein Konsens erzielt wurde. Inhaltlich führt die Sperrwirkung zu keinem generellen Rechtsfortbildungsverbot, sondern nur zu dem Gebot, das intendierte gesetzgeberische Ziel nicht zu ver-

43 Vgl. Conway, The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice, S. 247ff.; *Grundmann/Riesenhuber*, Jus 2001, 529 mwN.

44 Siehe *Riesenhuber*, in diesem Band, § 10 Rn. 11, 32ff., 53; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 193; aus neuerer Zeit *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 13ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 383ff.; a. A. z. B. *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, S. 375f.

45 Einzelheiten bei *Streinz-Gellermann*, Art. 15 AEUV Rn. 8ff.; *Calliess/Ruffert-Wegener*, Art. 15 AEUV Rn. 6ff.

46 Vgl. etwa EuGH v. 28.5.2020 – Rs. C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, EU:C:2020:395 Rn. 33; EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr*, EU:C:2013:613 Rn. 43ff.; EuGH v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08 *Pammer*, EU:C:2010:740 Rn. 43; EuGH v. 10.9.2009 – Rs. C-199/08 *Eschig*, EU:C:2009:538 Rn. 57f.; s. zur Judikatur des EuGH auch *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To say What the Law of the EU is, S. 22ff.; *W.-H. Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 800; *Leisner*, EuR 2007, 689 m.umf.N.

47 Siehe zur Vorwirkung von Unionsrecht ausführlich *Neuner*, in: *Hager u. a. (Hrsg.)*, Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, S. 110f. sowie *Hofmann*, in diesem Band, § 15.

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

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

eiteln. Der EuGH hat eine solche Sperrwirkung in seiner grundlegenden Entscheidung *Inter-Environnement Wallonie* für die Vorwirkung von Richtlinien auf nationale Gesetzgebungsverfahren bereits formuliert.⁵⁰ Dieser am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Maßstab ist sachgerecht und als generelle Rechtsfortbildungsschranke geeignet, zumal er eine Parallele im völkerrechtlichen Frustrationsverbot gem. Art. 18 WVK findet. Neben einer Sperrwirkung können zukünftige Normen als Ausdruck eines legislativen Konsenses eine Rechtsfortbildung auch positiv im Sinne einer „Rechtsgewinnungsquelle“⁵¹ inspirieren sowie legitimieren und damit zugleich für Rechtssicherheit sorgen.

21 **bb) Die Rückwirkung.** Im Unterschied zur Vorwirkung beruht die Rückwirkung auf dem Anwendungsbefehl eines in Kraft befindlichen Gesetzes. Dieses ist prinzipiell bindend, solange es nicht wegen eines Primärrechtsverstoßes für nichtig erklärt wurde.⁵² Wie der Gerichtshof bereits in der Rechtssache *Racke* feststellte, verbietet der Grundsatz der Rechtssicherheit in der Regel eine (echte) Rückwirkung, es sei denn, die Rückwirkung ist gemessen am angestrebten Ziel erforderlich und das berechtigte Vertrauen der Betroffenen wird gebührend beachtet.⁵³

2. Die Bindung an das Präjudiz

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

a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit

23 Im Unterschied zum *Common Law* gibt es im Unionsrecht keine strikte Präjudizienbindung im Sinne einer Rechtsfortbildungssperre.⁵⁴ Dadurch wird der Gefahr einer Versteinerung der Rechtsprechung vorgebeugt und verbesserte Rechtserkenntnisse kön-

⁵⁰ EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, EU:C:1997:628 Rn. 35ff., 44f.; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, EU:C:2005:709 Rn. 68 (egal, ob die nationale Regelung die Umsetzung bezieht oder nicht); EuGH v. 4.7.2006 – Rs. C-212/04 *Adeneler u.a.*, EU:C:2006:443 Rn. 122 (Unterlassenspflicht gilt auch für nationale Gerichte); EuGH v. 23.4.2009 – Rs. C-378/07 bis C-380/07 *Angelidaki u.a.*, EU:C:2009:250 Rn. 206; s. dazu auch *Röthel*, ZEuP 2009, 34, 36ff.

⁵¹ Ausdruck nach *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000), S. 9.

⁵² Siehe dazu auch unten Rn. 49ff.

⁵³ EuGH v. 25.1.1979 – Rs. 98/78 *Racke*, EU:C:1979:14 Rn. 20; ferner EuGöD v. 13.3.2013 – Rs. F-125/11 *Isabel Mendes*, EU:F:2013:35 Rn. 72; siehe hierzu auch *Latzel*, EuR 2015, 415, 419 ff. mwN.

⁵⁴ Vgl. *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 75f.; *Edward*, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 76; *Bengoetxea*, Legal Reasoning, S. 69; *Rosenkranz*, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (2015),

nen sich durchsetzen. Folgerichtig sieht sich auch der Gerichtshof durch anders lautende Urteile nicht prinzipiell an einer Rechtsfortbildung gehindert.⁵⁵

b) Der Grundsatz des Vertrauenschutzes

In der Regel orientiert sich der EuGH indes an seiner früheren Rechtsprechung.⁵⁶ Die Selbstbindung ist im Interesse der Rechtsunterworfenen auch geboten, da Präjudizien, ebenso wie Legislativakte, einen herausragenden Vertrauenstatbestand bilden können.⁵⁷ Ein Vertrauenstatbestand kann schon mit einem einzigen Urteil begründet werden und verfestigt sich im Rahmen einer ständigen Rechtsprechung. Er nimmt noch an Intensität zu, wenn die Rechtsprechung von der Wissenschaft weitgehend konsentiert wird. Ein Schutz des Vertrauens kann allerdings auch hinfällig sein,⁵⁸ wenn ein Urteil keinen Vertrauenstatbestand verkörpert, weil es zum Beispiel in sich widersprüchlich ist. Das Gleiche gilt, wenn Gründe in der Person des Vertrauenden entgegenstehen. Dies ist beispielsweise bei einem treuwidrigen Verhalten der Fall. Die von den Präjudizien des Gerichtshofs ausgehenden Kontinuitätserwartungen sind also keine feststehende, sondern eine variable Größe, die es gegen den konkurrierenden Anspruch auf die materiell an sich gebotene Entscheidung abzuwägen gilt.⁵⁹ In den seltenen Fällen, in denen der EuGH bislang seine eigene Judikatur abgeändert hat, geschah dies jeweils retroaktiv, d.h. rückwirkend und nicht nur für zukünftige Entscheidungen im Sinne eines bloßen *prospective overruling*.⁶⁰

Der EuGH legt Rechtsprechungsänderungen freilich nur selten offen.⁶¹ Er grenzt insbesondere das Abweichen von einer bereits bestehenden Rechtsprechung nicht hinreichend von einer erstmaligen Interpretation ab, bei der gleichsam „justitiales Neuland“ im Wege (extensiver) Auslegung oder Rechtsfortbildung betreten wird.⁶²

S. 21f.; siehe ferner auch schon oben Rn. 10; zum *Common Law* siehe u.a. *Alexander/Sherwin, Demystifying Legal Reasoning*, S. 53ff.; *Schauer, Thinking like a lawyer*, S. 57ff.

55 Siehe dazu näher GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 28.3.2007 – Rs. C-331/05 *Internationaler Hilfsfonds*, EU:C:2007:191 Rn. 84ff.; *Arnulf, The European Union and its Court of Justice*, S. 629f.; *Hager, Rechtsmethoden in Europa*, S. 254f.; *Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, S. 189f. mwN.

56 Zum „Distinguishing“ in der Rechtsprechung des EuGH s. näher *Beck, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, S. 243ff., 257ff.

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

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

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

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

61 Vgl. *Rosenkranz, ZfPW* 2016, 351, 357; *Düsterhaus, EuR* 2017, 30, 35.

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

Nach Ansicht des EuGH kann in diesen Konstellationen, in denen „eine objektive, bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Tragweite der Unionsbestimmungen bestand, zu der eventuell auch das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Europäischen Kommission beigetragen hatte“⁶³, die Rückwirkung nur ausnahmsweise beschränkt werden, wenn zwei grundlegende Kriterien erfüllt sind, „nämlich guter Glaube der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen.“⁶⁴ Als Legitimationsgrundlage solcher Rückwirkungsbeschränkungen im Rahmen von „Interpretationsentscheidungen“ dient dem EuGH der allgemeine primärrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit.⁶⁵

26 Bei Nichtigkeitserklärungen kann der Gerichtshof nach Art. 264 Abs. 2 AEUV von der grundsätzlich geltenden *ex tunc*-Wirkung absehen, „falls er dies für notwendig hält“. Der Gerichtshof beruft sich hierauf, „wenn zwingende Erwägungen der Rechtsicherheit, die mit allen betroffenen öffentlichen wie privaten Interessen zusammen (hängen), es geraten erscheinen (lassen), die Erhebung oder Zahlung von Geldbeträgen, die auf der Grundlage dieser Regelung erfolgt waren, für den Zeitraum vor Verkündung des Urteils nicht in Frage zu stellen.“⁶⁶

IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung

27 Jenseits der Wortlautgrenze werden von der traditionellen deutschsprachigen Methodenlehre die Bereiche *praeter* und *contra legem* unterschieden.⁶⁷ Gegen das Gesetz kann allerdings auch innerhalb der Wortlautgrenze judiziert werden, wenn bei mehreren möglichen (normtextuellen) Bedeutungen jene gewählt wird, die nicht der gesetzesgeberischen Zweckvorstellung entspricht. Mit der Differenzierung zwischen *praeter* und *contra legem* korrespondiert zudem eine unterschiedliche Wertung, je nachdem welchen Gesetzesbegriff man zugrunde legt. Nach der objektiven Auslegungstheorie

63 EuGH v. 13.12.2018 – Rs. C-385/17 *Hein*, EU:C:2018:1018 Rn. 58; EuGH v. 28.2.2018 – Rs. C-672/16 *Imofloresmira-Investimentos Imobiliários*, EU:C:2018:134 Rn. 59.

64 EuGH v. 23.4.2020 – Rs. C-401/18 *Herst*, EU:C:2020:295 Rn. 56; EuGH v. 3.10.2019 – Rs. C-274/18 *Schuch-Ghannadan*, EU:C:2019:828 Rn. 61 mwN.; s. hierzu auch *Düsterhaus*, EuR 2017, 30, 39 ff.; Fenyves/Kerschner/Vonkilch-*Rebhahn*, Klang-Kommentar zum ABGB (3. Aufl. 2014), Nach §§ 6 und 7 Rn. 17 sowie *Rosenkranz*, in diesem Band, § 16 Rn. 21 ff.

65 Ausführlich *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (2009), S. 161ff. m. w. N.

66 EuGH v. 9.2.2017 – Rs. C-585/15 *Raffinerie Tirlemontoise*, EU:C:2017:105 Rn. 38 mwN.; ausführlich hierzu sowie zur analogen Rechtslage bei Feststellung der Ungültigkeit von Sekundärrechtsakten nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) Alt. 1 AEUV *Rosenkranz*, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (2015), S. 3ff.

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

ist mit der Kennzeichnung einer Rechtsfindung als „*contra legem*“ ein normatives Unzulässigkeitsurteil verbunden, das freilich davon abhängt, was der Interpret jeweils als „objektives“ Auslegungsergebnis annimmt.⁶⁸ Folgt man hingegen der subjektiven Auslegungslehre, wird der *contra-legem*-Sektor nicht stigmatisiert, sondern lediglich durch erhöhte Begründungsanforderungen geprägt. Nach dieser vorzugswürdigen Ansicht ist eine Gesetzesderogation nicht *a priori* illegitim, sondern in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen zulässig und geboten.

1. Die Rechtsfindung *praeter legem*

Analysiert man zunächst die Voraussetzungen und Grenzen einer *praeterlegalen* Fortbildung des sekundären Unionsrechts, bietet es sich an, auf das Bild der „Lücke“ als „planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (...)“ gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“⁶⁹ zurückzugreifen.⁷⁰ Es ist allerdings unschädlich, wenn der EuGH dieser Terminologie nur vereinzelt folgt,⁷¹ solange er die maßgeblichen funktionalen Sachkriterien transparent darlegt und beachtet.

a) Die Lückenfeststellung

In Bezug auf die Feststellung einer Lücke besteht im Unionsrecht die Besonderheit, dass nicht die Rechtsordnung als Ganzes, sondern nur die europäische Teilrechtsordnung den Vergleichsmaßstab bildet.⁷² Im Anschluss an die Terminologie im internationalen Einheitsrecht kann man deshalb interne von externen Lücken unterscheiden⁷³ und beide Systeme entsprechend abgrenzen.

⁶⁸ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 250ff.

⁶⁹ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39, 198.

⁷⁰ A. A. Flessner, JZ 2002, 14, 21; Vogenauer, ZEuP 2005, 234, 254; Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 109ff.

⁷¹ Der Begriff der „Gesetzeslücke“ bzw. „Lücke“ wird z. B. verwandt in EuGH v. 19.6.1979 – Rs. 180/78 *Brouwer-Kaune*, EU:C:1979:156 Rn. 8; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u. a.*, EU:C:2003:604 Rn. 49; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, EU:C:2009:380 Rn. 35; s. auch GA *Tanchev*, Schlussanträge v. 14.11.2019 – Rs. C-454/18 *Baltic Cable*, EU:C:2019:973 Rn. 34f.

⁷² Vgl. Riesenhuber, System und Prinzipien, S. 68ff. mwN.

⁷³ Vgl. Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 605ff.; Fleischer, RabelsZ 75 (2011), 700, 713f.; entgegen Metzger, Extra legem, intra ius, S. 397ff. erscheint diese Terminologie vor allem zur Abgrenzung der justitiellen Kompetenzen und zur Wahrung der mitgliedstaatlichen Interessen durchaus sachgerecht (auch im Vergleich zur *open-texture*-Konzeption). Unerheblich ist ferner, ob der Gesetzgeber quantitativ „eine (einigermaßen) vollständige Regelung angestrebt“ hat, da der Lückenbegriff funktional nur zum Ausdruck bringen soll, dass die Rolle der Legislative als Rechtsbildungsinstanz nicht in Frage gestellt wird; a. A. W.-H. Roth/Jopen, in diesem Band, § 13 Rn. 56.

30 **aa) Das externe System.** Eine planwidrige Unvollständigkeit des Europarechts kann von vornherein nur in jenem Bereich auftreten, der kompetentiell der Union zugeordnet und nicht den Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Nach dem Plan des Unionsrechts gelten die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität. Die Judikative darf deshalb keine Regelungslücke annehmen, sofern nicht auch der Unionsgesetzgeber für diesen Fall zu einer Lückenfüllung befugt wäre.⁷⁴

31 **bb) Das interne System.** Eine Rechtsfortbildung *praeter legem* setzt zudem eine Planwidrigkeit im internen System des Sekundärrechts voraus. Diese Feststellung bemisst sich primär aus der Perspektive des Unionsgesetzgebers und hängt davon ab, inwieweit jener eine abschließende Regelung treffen wollte oder nur unvollständig legiferierte.⁷⁵ Eine gesetzestechnische Besonderheit bildet dabei im Bereich des Sekundärrechts das Instrumentarium der Richtlinie. Richtlinien können zwar ebenso wie Verordnungen Lücken aufweisen, doch gilt dies nicht, soweit die konkrete Auslegung ergibt,⁷⁶ dass den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen wird.⁷⁷ Räumt eine Richtlinie beispielsweise den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen mehreren Regelungsalternativen ein, liegt auf Seiten des Unionsrechts keine planwidrige Unvollständigkeit vor.

b) Die Maßstäbe der Lückenausfüllung

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

33 **aa) Der Gleichheitssatz.** Der *positive* Gleichheitssatz gebietet, dass gleichartige Tatbestände gleich zu behandeln sind, also die Rechtsfolge R nicht nur für den im Gesetz geregelten Tatbestand T₁, sondern analog auch für den gleich liegenden Tat-

74 Siehe auch schon oben Rn. 15.

75 Siehe zum *Umkehrschluss*, der die Annahme einer Lücke grundsätzlich ausschließt, weil das Gesetz eine negative Regelung enthält (die Rechtsfolge R soll nur für den Tatbestand T₁ und nicht für T₂ gelten, um Ungleiches ungleich zu behandeln) aus der jüngeren Rechtsprechung: EuGH v. 11.3.2020 – Rs. C-192/19 *Rensen Shipbuilding*, EU:C:2020:194 Rn. 33; EuGH v. 23.5.2019 – Rs. C-634/17 *ReFood*, EU:C:2019:443 Rn. 55; aus dem Schrifttum: *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, S. 173f.; *Beck*, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, S. 221f.; *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 3 Rn. 161ff.; abgrenzend zum Analogieverbot (Ähnlichkeitsfall, aber keine Gleichbehandlung wegen Rechtssicherheit) *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 47.

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

77 Vgl. auch EuGH v. 6.2.2003 – Rs. C-245/00 *Sena*, EU:C:2003:68 Rn. 34; EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, EU:C:2000:469 Rn. 48f.; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, EU:C:2003:604 Rn. 49; *Bultmann*, JZ 2004, 1100, 1103f.

bestand T₂ gilt.⁷⁸ Solche *Analogieschlüsse* finden sich immer wieder in der Rechtsprechung des EuGH.⁷⁹ Der Gerichtshof machte im Urteil *Krohn*⁸⁰ die Lückenausfüllung mittels Analogie allerdings noch von einem Verstoß gegen höherrangiges Unionsrecht, insbesondere von einem Verstoß gegen Diskriminierungsverbote, abhängig.⁸¹ Diese Bezugnahme war zu restriktiv. Zum Primärrecht gehören nicht nur die expliziten Diskriminierungsverbote, sondern auch der induktiv aus diesen Verboten sowie aus Art. 6 EUV iVm Art. 20, 21 GRCh ableitbare allgemeine Gleichheitssatz, der überdies als wesentliches Element der Rechtsidee zu den apriorischen Bestandteilen der Unionsrechtsordnung gerechnet werden kann.⁸² Mittlerweile interpretiert der EuGH den Grundsatz der Gleichbehandlung daher ebenfalls als einen „allgemeine(n) Grundsatz des Unionsrechts, der (...) nach ständiger Rechtsprechung verlangt (...), dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist.“⁸³

Geradezu ein methodologisches Lehrstück einer Gleichbehandlung im Sinne des Analogieverfahrens enthält die Entscheidung *Sturgeon*⁸⁴ zu Entschädigungspflichten im Flugverkehr: Zunächst arbeitet der EuGH den Unterschied zwischen der Annulierung und der Verspätung eines Fluges heraus.⁸⁵ Als Zwischenergebnis hält er sodann fest, dass „sich aus dem Wortlaut der Verordnung Nr. 261/2004 nicht unmittelbar“ ein Entschädigungsanspruch bei Verspätungen ergibt (Rn. 41). In der weiteren Argumentation legt der EuGH dar, dass Art. 6 der Richtlinie über Unterstützungsleistungen bei Verspätungen wegen der Verschiedenartigkeit der Schäden und der erforderlichen Sofortmaßnahmen keine abschließende Regelung darstellt (Rn. 64ff.). Zudem verweist er auf die Begründungserwägungen (Nr. 1 bis 4, vor allem auf die Gleichstellung von Verspätung und Annulierung in Nr. 15; vgl. Rn. 43ff., 67) sowie objektiv-teleologisch auf den jeweiligen Zeitverlust, „der angesichts seines irreversiblen Charakters nur mit einer Ausgleichszahlung ersetzt werden

⁷⁸ Vgl. nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 71; zum „*Analogical Reasoning from Case to Case*“ siehe näher *Alexander/Sherwin*, Demystifying Legal Reasoning, S. 66ff.; *Schauer*, Thinking like a lawyer, S. 85ff.; *Sunstein*, Legal Reasoning and Political Conflict (1996), S. 62ff.

⁷⁹ Siehe näher *Schön*, 2. FS *Canaris*, S. 147, 150ff.; *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 3 Rn. 180ff.; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 321ff. mwN.

⁸⁰ EuGH v. 12.12.1985 – Rs. 165/84 *Krohn*, EU:C:1985:507 Rn. 14, 23.

⁸¹ Siehe auch *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 318ff. mwN.

⁸² Siehe dazu näher *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 57, 71 mwN.

⁸³ EuGH v. 14.9.2010 – Rs. C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals Ltd u.a.*, EU:C:2010:512 Rn. 54f. (unter Berufung auf Art. 20, 21 GRCh); EuGH v. 20.6.2019 – Rs. C-682/17 *ExxonMobil*, EU:C:2019:518 Rn. 90.

⁸⁴ EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon*, EU:C:2009:716; zur Verspätung aufgrund verpasster Anschlussflüge EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-11/11 *Air France ./ Folkerts*, EU:C:2013:106 Rn. 25ff.; s. zu dieser analogiebildenden Rspr. auch *Wendehorst*, 2. FS *Canaris*, S. 681, 701.

⁸⁵ Eine Verspätung liegt, ungeachtet der Dauer, vor, wenn der Flug „entsprechend der ursprünglichen Flugplanung des Luftfahrtunternehmens durchgeführt wird“; Rn. 39 des *Sturgeon*-Urteils.

kann“ (Rn. 52). Schließlich vergleicht der Gerichtshof beide Sachverhalte und kommt zu dem Ergebnis (Rn. 60): „Da die von den Fluggästen im Fall einer Annullierung und einer Verspätung erlittenen Schäden einander entsprechen, können die Fluggäste verspäteter Flüge und die annulierter Flüge nicht unterschiedlich behandelt werden, ohne dass gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößen würde.“ Man mag diese Entscheidung im Hinblick auf die konkrete Feststellung einer Regelungslücke angreifen,⁸⁶ methodisch demonstriert sie gleichwohl den klassischen Analogieschluss.⁸⁷

35 Mitunter wird ein Ähnlichkeitsschluss auch zu früheren Judikaten gezogen.⁸⁸ Einzelne Gesetzgebungsakte werden ebenfalls miteinander verglichen. So hat der Gerichtshof im Fall „Coman“ hervorgehoben, dass aus der Freizügigkeitsrichtlinie (2004/38/EG) zwar kein Aufenthaltsrecht des gleichgeschlechtlichen Ehegatten hergeleitet werden kann, als Grundlage jedoch Art. 21 Abs. 1 AEUV in Betracht kommt und die Voraussetzungen dabei nicht strenger sein dürfen als diejenigen nach der Freizügigkeitsrichtlinie.⁸⁹ In einem anderen Fall hat der Gerichtshof geprüft, ob die in einer bestimmten Richtlinie vorgesehene Ausnahme im Anwendungsbereich einer anderen Richtlinie analog anzuwenden ist.⁹⁰ Dies wurde *in concreto* zwar unter Hinweis auf den unplausiblen Methodensatz, dass Ausnahmen strikt auszulegen sind,⁹¹ abgelehnt, das Ergebnis aber zusätzlich in mehrfacher Hinsicht teleologisch abgesichert.⁹²

36 Gelegentlich verwendet der EuGH auch ein *argumentum a fortiori*, mit dem dargelegt wird, dass die Gründe einer Norm in noch stärkerem Maße auf einen nicht explizit geregelten Fall zutreffen.⁹³ So hat der EuGH beispielsweise in der Entscheidung *Marra*

86 Die Vorinstanzen in Deutschland und Österreich hatten Ausgleichsansprüche verneint, vgl. Rn. 16, 24 des Urteils; siehe auch kritisch *Riesenhuber*, in: Karakostas/Riesenhuber (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung (2011), S. 55ff.

87 Weiteres Beispiel: EuGH v. 2.7.2009 – Rs. C-302/08 *Davidoff*, EU:C:2009:422 Rn. 24f.: „Ihrem Wortlaut nach ermöglicht es diese Vorschrift nur dem ‚Rechtsinhaber einer Gemeinschaftsmarke‘ (...) das Tätigwerden der Zollbehörden eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten herbeizuführen. Jedoch ist wegen der Gleichstellung international registerter Marken mit Gemeinschaftsmarken der Schluss zwingend, dass gemäß der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers, der die Verordnung Nr. 1992/2003 erließ, die Anwendung des Art. 5 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1383/2003 auch vom Inhaber einer international registrierten Marke beansprucht werden kann.“; zur bestehenden Gesetzeslücke *Jung/Krebs*, in: *Jung u. a.* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Rn. 168.

88 EuGH v. 2.4.2020 – Rs. C-897/19 *Russische Föderation*, EU:C:2020:262 Rn. 75; EuGH v. 21.9.2016 – Rs. C-478/15 *Radgen*, EU:C:2016:705 Rn. 47: „analog die Grundsätze heranzuziehen, die in der (...) angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelt wurden.“

89 EuGH v. 5.6.2018 – Rs. C-673/16 *Coman*, EU:C:2018:385 Rn. 25, 39.

90 EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308 Rn. 51.

91 Siehe zu dieser verfehlten Auslegungsregel ausführlich *Riesenhuber*, in diesem Band, § 10 Rn. 62ff.; *Herberger*, „Ausnahmen sind eng auszulegen“ (2017).

92 EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308 Rn. 55, 53f.

93 Siehe hierzu auch *Beck*, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, S. 220f. mwN.

ausgeführt: „Da Art. 23 dem Parlament (...) das Recht verleiht, schriftliche Erklärungen in Fällen abzugeben, in denen es um die Gültigkeit oder die Auslegung einer vom Parlament als Mitgesetzgeber erlassenen Handlung geht, ist ein solches Recht erst recht dann anzuerkennen, wenn es sich um ein Vorabentscheidungsersuchen handelt, das die Auslegung einer von diesem Organ als alleinigem Urheber erlassenen Handlung wie etwa der Geschäftsordnung betrifft.“⁹⁴ Mitunter bezieht sich die Rechtsprechung mit einem *argumentum a fortiori* auch auf frühere Urteile, wie etwa in der Entscheidung *Région Nord-Pas-de-Calais*: „Der Gerichtshof hat (...) den Organen der Union das Recht zuerkannt, eine Entscheidung, mit der ihrem Adressaten ein Vorteil gewährt worden war, wegen ihrer Rechtswidrigkeit zurückzunehmen. Dieses Recht zur Rücknahme einer rechtswidrigen Entscheidung muss den Organen der Union *a fortiori* zustehen, wenn es wie bei der angefochtenen Entscheidung um einen nicht begünstigenden Akt geht, der sich als rechtswidrig erweist.“⁹⁵

Der *negative* Gleichheitssatz verlangt, Ungleichtartiges verschieden zu behandeln, 37 d.h. die für den Tatbestand T1 bestimmte Rechtsfolge R darf nicht auf den ungleich liegenden Tatbestand T2 entsprechend angewandt werden. Der EuGH demonstriert dies beispielhaft im Urteil „*ÖBB-Personenverkehr*“: „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die jeweilige Lage der in den verschiedenen Verkehrssektoren tätigen Unternehmen nicht miteinander vergleichbar ist (...). Demnach können die im Unionsrecht für die anderen Beförderungsformen vorgesehenen Ausschlussgründe nicht analog auf die Beförderung im Eisenbahnverkehr angewandt werden.“⁹⁶

Das Gebot der Ungleichbehandlung gilt auch dann, wenn der Normtext zu weit 38 gefasst ist und eine erforderliche Einschränkung vermissen lässt, also eine restriktive Interpretation erforderlich ist,⁹⁷ die man nach deutschem Sprachgebrauch als *teleologische Reduktion* bezeichnet.⁹⁸ Der EuGH differenziert zwar nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung,⁹⁹ reflektiert jedoch restriktive Norminterpretationen und leitet diese oftmals mit dem methodischen Prolegomenon ein: „Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung einer Unionsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern

⁹⁴ EuGH v. 21.10.2008 – Rs. C-200/07 und C-201/07 *Alfonso Luigi Marra ./ Eduardo De Gregorio u.a.*, EU:C:2008:579 Rn. 22; s. ferner z.B. EuGH v. 27.10.1971 – Rs. 6/71 *Rheinmühlen Düsseldorf ./ Einfuhr- und Vorratsstelle*, EU:C:1971:100 Rn. 5.

⁹⁵ EuG v. 12.5.2011 – verb. Rs. T-267/08 und T-279/08 *Région Nord-Pas-de-Calais u.a.*, EU:T:2011:209 Rn. 189f.

⁹⁶ EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr*, EU:C:2013:613 Rn. 47f.

⁹⁷ Vgl. z.B. EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament ./ Kommission*, EU:C:2008:176 Rn. 65ff., 71; EuGH v. 4.10.1991 – Rs. C-183/90 *van Dalsen u.a.*, EU:C:1991:379 Rn. 19ff.; siehe ferner auch *Buck*, Auslegungsmethoden des EuGH, S. 217ff. mwN.

⁹⁸ Einige Generalanwälte/innen verwenden allerdings bereits den Terminus „teleologische Reduktion“; s. GA *Kokott*, Schlussanträge v. 1.3.2018 – Rs. C-118/16 *X Denmark AS*, EU:C:2018:146 Rn. 94; GA *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 14.9.2017 – Rs. C-372/16 *Sahyouni*, EU:C:2017:686 Rn. 81; GA *Bobek*, Schlussanträge v. 22.6.2016 – Rs. C-177/15 *Nelsons*, EU:C:2016:474 Rn. 37.

⁹⁹ Siehe bereits oben Rn. 2.

auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden.“¹⁰⁰

39 Zur Veranschaulichung einer teleologischen Reduktion bietet sich eine aktuelle Entscheidung zu Art. 25 Abs. 1 S. 1 der 2. RL 77/91/EWG (= Art. 29 Abs. 1 S. 1 RL 2012/30/EU) an. Die Vorschrift lautet: „Jede Kapitalerhöhung muss von der Hauptversammlung beschlossen werden.“ Gleichwohl erhielt der irische Finanzminister in der Wirtschaftskrise 2008 ohne Beschluss der Hauptversammlung gegen eine Kapitaleinlage neue Aktien einer Gesellschaft. Nach Ansicht des EuGH erstreckt sich „der den Aktionären und Gläubigern einer Aktiengesellschaft durch die Zweite Richtlinie verliehene Schutz in Bezug auf das Gesellschaftskapital der Aktiengesellschaft (...) nicht auf eine derartige, in der Situation einer gravierenden Störung der Wirtschaft und des Finanzsystems eines Mitgliedstaats getroffene nationale Maßnahme, die eine aus der unzureichenden Eigenkapitalausstattung der betroffenen Aktiengesellschaft resultierende systemische Bedrohung der finanziellen Stabilität der Union beseitigen soll.“¹⁰¹

40 Wie bei anderen rechtsfortbildenden Urteilen ist auch bei einer teleologischen Reduktion das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Die Argumentationslast für eine das Sekundärrecht erweiternde und zugleich das nationale Recht einschränkende Rechtsfortbildung ist folglich höher als im umgekehrten Fall der teleologischen Reduktion des Unionsrechts.¹⁰²

41 Für die Annahme eines allgemeinen ungeschriebenen Grundsatzes des Sekundärrechts verlangt der EuGH hinreichende Indizien.¹⁰³ Im *Audiolux*-Urteil wird betont, „dass der bloße Umstand, dass es im abgeleiteten [Unions-]recht verschiedene Vorschriften zum Schutz von Minderheitsaktionären gibt, für sich genommen noch nicht für den Nachweis der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des [Unions-]rechts genügt, insbesondere wenn ihr Anwendungsbereich auf sehr genau festgelegte und bestimmte Rechte beschränkt ist.“¹⁰⁴ Einen Indizwert besitzen diese Vorschriften nur, „soweit sie zwingend formuliert sind und sich der genaue Inhalt des gesuchten Grundsatzes aus ihnen ergibt“.¹⁰⁵ *In concreto* lehnt der EuGH die induktive Gewinnung eines allgemeinen Grundsatzes vor allem deshalb ab, weil sich die maßgeb-

100 EuGH v. 12.9.2019 – Rs. C-709/17 *Kolachi Raj Industrial*, EU:C:2019:717 Rn. 82; EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament ./ Kommission*, EU:C:2008:176 Rn. 67 mwN.

101 EuGH v. 8.11.2016 – Rs. C-41/15 *Dowling*, EU:C:2016:836 Rn. 50; s. hierzu auch *Jung/Krebs*, in: *Jung u.a. (Hrsg.)*, *Gesellschaftsrecht in Europa*, Rn. 106, 175: „Weil der Fall allerdings eine Umwertung des Normzweckes vornahm, ist er zugleich zumindest im Grenzbereich zur Rechtsfortbildung *contra legem*.“ Die Einordnung als contralegal würde eine Missachtung der gesetzgeberischen Zweckvorstellung voraussetzen, könnte aber als exzeptioneller Ausnahmefall gerechtfertigt sein; s. unten Rn. 52.

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

103 Siehe zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Maßstab der Lückenfüllung auch *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, S. 168ff. mwN.

104 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, EU:C:2009:626 Rn. 34 m. Anm. *Klöhn*, LMK 2009, 294692; zurückhaltend auch GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 8.9.2011 – Rs. C-282/10 *Dominguez ./ Centre informatique*, EU:C:2011:559 Rn. 140.

105 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, EU:C:2009:626 Rn. 34 mwN.

lichen Vorschriften „nur auf ganz bestimmte Situationen beziehen“,¹⁰⁶ es sich also lediglich um eine Reihe von Sondertatbeständen handelt.¹⁰⁷ Als (positives) Beispiel eines induktiv gewonnenen Standards gilt die „*Infopaq*“-Entscheidung¹⁰⁸ zur „Informationsgesellschaftsrichtlinie“ (2001/29/EG), in der aus verschiedenen Richtlinien ein allgemeiner europäischer „Werbegriff“ abgeleitet wurde.¹⁰⁹

Enthält eine Richtlinie oder Verordnung kein ausdrückliches Umgehungsverbot, **42** kann mitunter bereits eine restriktive oder extensive Auslegung eine Gesetzesumgehung ausschließen. Über die Wortlautgrenze hinaus kommt eine Analogie oder teleologische Reduktion in Betracht, falls die Parteien den Zweck eines gesetzlich nicht erlaubten Geschäfts mit Hilfe eines anderen, nicht explizit verbotenen zu erreichen suchen.¹¹⁰

bb) Das Primärrecht. Ebenso wie im nationalen Recht ist im Unionsrecht das niederrangige Recht im Lichte des höherrangigen Rechts zu interpretieren.¹¹¹ Im Stufenbau des Unionsrechts bildet dabei das Primärrecht die *lex superior* gegenüber dem Sekundärrecht. Diese Normenhierarchie folgt aus dem verfassungähnlichen Charakter des Primärrechts, insbesondere aus der Regelung des Art. 288 AEUV über die Rechtssetzungskompetenz auf der sekundären Ebene.¹¹² Vor allem der Systemgedanke sowie die Autorität der Vertragsparteien gebieten es, das abgeleitete Unionsrecht soweit als möglich primärrechtskonform auszulegen.¹¹³

Zu den materiellen Vorgaben des Primärrechts gehören alle rechtsstaatlichen **44** Grundsätze, namentlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip.¹¹⁴ Daneben sind auch die

106 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, EU:C:2009:626 Rn. 35.

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

108 EuGH v. 16.7.2009 – Rs. C-5/08 *Infopaq International*, EU:C:2009:465 Rn. 35, 37: „Ebenso sind gemäß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 91/250, Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/9 und Art. 6 der Richtlinie 2001/116 Werke wie Computerprogramme, Datenbanken oder Fotografien nur urheberrechtlich geschützt, wenn sie Originale in dem Sinne sind, dass es sich bei ihnen um eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers handelt. (...). Unter diesen Umständen kann das Urheberrecht im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 nur in Bezug auf ein Schutzobjekt angewandt werden, bei dem es sich um ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt.“

109 Siehe näher *Metzger*, ZEuP 2017, 836, 849ff.; *Roder*, Die Methodik des EuGH im Urheberrecht (2016), S. 8ff., 359ff., 496.

110 Siehe *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, Rn. 117; *von Lackum*, Die Gesetzesumgehung im Europarecht (2009), insbes. S. 196ff. zur Umgehungsrechtsprechung des EuGH.

111 Siehe nur EuGH v. 7.9.2017 – Rs. C-559/16 *Bossen u.a.*, EU:C:2017:644 Rn. 19; EuGH v. 5.10.2016 – Rs. C-32/16 *Wunderlich*, EU:C:2016:753 Rn. 26 mwN.

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

113 Vgl. *Leible/Domröse*, in diesem Band, § 8 Rn. 22ff.; *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 895ff.

114 Siehe EuGH v. 30.1.2019 – Rs. C-220/17 *Planta Tabak-Manufaktur*, EU:C:2019:76 Rn. 50ff.; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265ff.; *Tridimas*, The General Principles of EU Law (2. Aufl. 2006), S. 136ff. mwN.

Unionsgrundrechte im Rahmen einer primärrechtskonformen Rechtsfindung mitzubürgern.¹¹⁵

45 Terminologisch kann man im Hinblick auf die Wortlautgrenze zwischen einer primärrechtskonformen Auslegung und einer primärrechtskonformen Rechtsfortbildung unterscheiden.¹¹⁶ Eine primärrechtskonforme Interpretation kommt aber nur *subsidiär* in Betracht, wenn nach Ausschöpfung der herkömmlichen *canones* eine konkrete Regelungsabsicht nicht rekonstruierbar ist.¹¹⁷ Anderenfalls missachtet das Gericht das institutionelle Gleichgewicht.¹¹⁸ Verfolgt der Gesetzgeber einen primärrechtswidrigen Zweck, darf die rechtswidrige Norm ebenfalls nicht im Lichte des Primärrechts uminterpretiert werden. Der Gerichtshof hat vielmehr eine rechtswidrige Norm für nichtig zu erklären, und zwar entweder im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV oder einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV.¹¹⁹ Dieses Prozedere ist sachlich geboten, weil dem Unionsgesetzgeber sonst potentielle Handlungsalternativen abgeschnitten würden und das institutionelle Gleichgewicht durch eine judikative Normsubstitution aus den Fugen geriete.¹²⁰ Besteht hingegen mehrere Auslegungsoptionen, ist diejenige vorzuziehen, die mit dem Primärrecht vereinbar ist.¹²¹

c) Die Grenzen der Lückenausfüllung

46 Das sekundäre Unionsrecht ist seiner Natur nach nicht analogiefeindlich, obgleich es zum Teil einen Ausnahmeharakter aufweist. Ein Analogieschluss darf zwar ein Regel-Ausnahme-Verhältnis durch die Herausbildung eines allgemeinen Prinzips nicht auf den Kopf stellen, doch sind zwei rechtsähnliche Sondertatbestände grundsätzlich gleich zu behandeln.¹²² Eine Lückenausfüllung scheidet im Wesentlichen nur in zwei Fällen aus:

47 aa) **Analogieverbote.** Der noch mögliche Wortsinn kann vor allem zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten der Unionsbürger eine Schranke zulässiger Rechtsfindung bilden. Dies gilt einmal für Regelungen, die eine Bestrafung anordnen oder zumindest einen strafähnlichen Charakter aufweisen (z.B. die Verhängung von Buß

115 Siehe näher Müller/Christensen, Juristische Methodik II, Rn. 180ff.; Fenyves/Kerschner/Vonkilch-Rebhahn, Klang-Kommentar zum ABGB (3. Aufl. 2014), Nach §§ 6 und 7 Rn. 66ff. mwN.

116 Vgl. Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 197.

117 Siehe Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 194.

118 Insofern kritisch zur EuGH-Rechtsprechung im Bereich des Arbeitsrechts Wank, RdA 2020, 1, 3ff.

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

120 Vgl. auch unten Rn. 51.

121 Vgl. EuGH v. 13.12.1983 – Rs. 218/82 *Kommission ./ Rat*, EU:C:1983:369 Rn. 15; EuG v. 9.7.2009 – verb. Rs. T-246/08 und T-332/08 *Melli Bank*, EU:T:2009:266 Rn. 76; Jung/Krebs, in: Jung u.a. (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Rn. 132 mwN.

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

geldern durch die EU-Kommission).¹²³ Über den Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* hinaus ist ein Analogieverbot grundsätzlich bei belastenden Eingriffen indiziert.¹²⁴ Deshalb lehnt der EuGH namentlich im Abgabenrecht eine analoge Anwendung von Regelungen prinzipiell ab, die den einzelnen Bürger belasten.¹²⁵ Ebenso müssen nach ständiger Rechtsprechung gerichtliche Zuständigkeitsregeln vorhersehbar sein, so dass „eine Auslegung über die ausdrücklich in der Verordnung (EG 44/2001) vorgesehenen Fälle hinaus unzulässig (ist).“¹²⁶

bb) Unausfüllbare Lücken. Neben Lücken, bei denen eine Ausfüllung aufgrund eines Analogieverbotes unzulässig ist, gibt es Lücken, bei denen eine Ausfüllung rechtlich nicht möglich ist.¹²⁷ Der EuGH sieht sich zu einer Lückenausfüllung außer Stande, wenn bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zu treffen sind. Das Gleiche gilt, wenn mehrere primärrechtskonforme Regelungsalternativen bestehen.¹²⁸ Der EuGH verweist zur Lückenausfüllung dann folgerichtig auf die nationalen Gerichte und Gesetzgeber¹²⁹ sowie die zuständigen Unionsorgane.¹³⁰

123 Vgl. EuGH v. 25.9.1984 – Rs. 117/83 *Könecke*, EU:C:1984:288 Rn. 11, 13, 16; EuGH v. 29.3.2011 – Rs. C-352/09 *ThyssenKrupp*, EU:C:2011:191 Rn. 80: „(...) verlangt, dass eine unionsrechtliche Regelung klar die Zu widerhandlungen und die Sanktionen definiert (...); *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 76f.; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 289 ff. mwN.

124 Vgl. *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 402f.; *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 77; einschränkend nach Maßgabe des „no surprise effect approach“ *Rademacher*, EPL 23 (2017), 319, 343ff.

125 EuGH v. 15.12.1987 – Rs. 325/85 *Irland ./ Kommission*, EU:C:1987:546 Rn. 18; siehe auch EuGH v. 5.5.2011 – Rs. C-201/10 und C-202/10 *Ze Fu Fleischhandel und Vion Trading ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, EU:C:2011:282 Rn. 52: „Dürfte ein nationales Gericht in einer solchen Situation (...) eine bisher angewandte bestimmte Verjährungsfrist verkürzen, um sie auf ein mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbarendes Maß zu bringen, obwohl ihm jedenfalls in seiner Rechtsordnung eine unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Verjährungsvorschrift zur Verfügung steht, liefe dies den Grundsätzen zu wider, dass zum einen eine Verjährungsfrist, um ihren Zweck, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, zu erfüllen, im Voraus festgelegt sein muss (...) und dass zum anderen jede ‚analoge‘ Anwendung einer Verjährungsfrist für den Betroffenen hinreichend vorhersehbar sein muss (...).“

126 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-616/10 *Solvay*, EU:C:2012:445 Rn. 21; EuGH v. 1.12. 2011 – Rs. C-145/10 *Painer*, EU:C:2011:798 Rn. 74f. mwN; s. hierzu auch *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 3 Rn. 70f.

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

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

129 EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, EU:C:2000:469 Rn. 48f.; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, EU:C:2009:380 Rn. 35; s. ferner auch schon EuGH v. 11.5.1983 – Rs. 87/82 *Rogers*, EU:C:1983:131 Rn. 21.

130 EuGH v. 23.3.2000 – verb. Rs. C-310/98 und C-406/98 *Met-Trans*, EU:C:2000:154 Rn. 32; EuGH v. 19.10.1977 – verb. Rs. 117/76 und 16/77 *Ruckdeschel u.a.*, EU:C:1977:160 Rn. 13.

2. Die Rechtsfindung *contra legem*

49 Mit dem Gebot richterlicher Gesetzesbindung korrespondiert ein grundsätzliches Verbot richterlicher Gesetzesderogation. Der EuGH ist sich dieser Einschränkung bewusst und betont ausdrücklich seine fehlende Kompetenz zur Normkorrektur bei Bestimmungen, die er für unbefriedigend erachtet.¹³¹ Wie bei jedem Prinzip gibt es allerdings auch in Bezug auf die richterliche Gesetzesbindung Ausnahmen.¹³² Folgerichtig bestimmt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, dass der Gerichtshof das „Recht“ und nicht allein das „Gesetz“ zu wahren hat.¹³³

a) Die Feststellung der Nichtigkeit

50 Im Unionsrecht sind die grundsätzlichen rechtstheoretischen Relativierungen der richterlichen Gesetzesbindung insofern hinfällig, als der EuGH gem. Art. 263 Abs. 1, 267 Abs. 1 lit. b) AEUV eine Norm für nichtig erklären kann.¹³⁴ Diese Verwerfungskompetenz umfasst alle Fälle, in denen eine Sekundärrechtsnorm mit dem Primärrecht kollidiert. Den Maßstab bilden dabei insbesondere auch die in den Mitgliedstaaten anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätze gem. Art. 2 EUV¹³⁵ sowie die gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 EUV einbezogenen Grundrechte der GRCh und der EMRK.

131 Siehe z. B. EuGH v. 26.4.1972 – Rs. 92/71 *Interfood*, EU:C:1972:30 Rn. 5; weitere Nachweise bei *Borchardt*, GS Grabitz (1995), S. 41; kritisch zu einzelnen Entscheidungen namentlich *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 395ff. mwN; aus steuerrechtlicher Sicht *Leitl*, UVR 2008, 138ff.; aus arbeitsrechtlicher Sicht *Wank*, FS Birk (2008), S. 929ff.

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

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

134 Vgl. z. B. EuGH v. 21.1.2003 – Rs. C-378/00 *Kommission ./. Parlament und Rat*, EU:C:2003:42 Rn. 72 (Verstoß gegen die Begründungspflicht); EuGH v. 5.10.2000 – Rs. C-376/98 *Deutschland ./. Parlament und Rat*, EU:C:2000:544 Rn. 115ff. (fehlende Rechtsgrundlage); EuGH v. 9.11.2010 – Rs. C-92/09 und C-93/09 *Schecke u.a. ./. Hessen*, EU:C:2010:662 Rn. 53ff. (Grundrechte/Datenschutz); der EuGH erklärt eine Norm aber nur äußerst selten für nichtig; in aller Regel wird die Gültigkeit bestätigt, wie etwa in: EuGH v. 17.10.2013 – Rs. C-101/12 *Schaible ./. Baden-Württemberg*, EU:C:2013:661 Rn. 76ff., wonach der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz gem. Art. 20 GRCh nicht zulasten von Schaf- gegenüber Rinderhaltern verletzt wird, weil die eingeführte elektronische Kennzeichnung schrittweise erfolgen darf und erst zukünftig anhand der erworbenen Erfahrung zu überprüfen ist; siehe zur Kontrolle durch den Gerichtshof auch *Everling*, FG Gündisch (1999), S. 92ff., mit Kritik an dessen relativ weitgehender Zurückhaltung gegenüber dem Unionsgesetzgeber; *Huber*, in: *Kirchhof u.a.*, Europa: In Vielfalt geeint! (2020), S. 143, 151ff.

135 Siehe dazu auch schon oben Rn. 44 sowie *Metzger*, Extra *legem*, *intra ius*, S. 458 ff. mwN.

b) Die Folgen der Nichtigkeit

Eine Nichtigkeitsfeststellung bewirkt in der Regel eine erneute Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers. Dieser kann nunmehr anstelle der nichtigen Norm über rechtmäßige Alternativentscheidungen befinden. Angesichts dieser kompetentiellen Rückverlagerung erweist sich eine Nichtigkeitsfeststellung als der moderate Eingriff in das Gewaltenteilungsgefüge. Dem trägt die subjektive Auslegungstheorie dadurch Rechnung, dass sie bei einer Abweichung von der gesetzgeberischen Regelungsabsicht grundsätzlich eine Nichtigkeitserklärung verlangt. Der objektiven Auslegungstheorie gelingt es zwar, eine Nichtigkeitserklärung tendenziell zu vermeiden, doch besteht die Gefahr, dass der Verzicht auf die Normkassation um den Preis einer richterlichen Normsetzung erkauft wird. Der Gerichtshof ist nur ausnahmsweise zu einer eigenen Lückenausfüllung befugt, falls das Primärrecht keine Alternativen eröffnet und eine bestimmte Regelung fordert.

c) Die Einzelfallgerechtigkeit

Ungeachtet der rechtsstaatlichen Standards des Primärrechts kann die sehr seltene Situation eintreten, dass das allgemein gefasste Sekundärrecht den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht wird. Eine Nichtigkeitserklärung durch den Gerichtshof scheidet in einer solchen Konstellation aus, denn der Fehler liegt hier „weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache“.¹³⁶ Ein *contra-legem*-Judizieren kommt also in exzessionellen Ausnahmekonstellationen in Betracht, wenn der konkrete Streitfall vom gesetzlich fixierten Normaltypus so eklatant abweicht, dass die Gesetzesbindung zu einem untragbaren Ergebnis führen würde.

V. Schlussbetrachtung

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Gerichtshof auch im Sekundärrecht zur 53 Rechtsfortbildung grundsätzlich befugt ist. Er hat dabei weder die Aufgabe eines „Integrationsmotors“, noch unterliegt er einem *judicial self-restraint*. Ersteres birgt die Gefahr der Kompetenzüberschreitung durch eine eigenständige Integrationspolitik, Letzteres die Gefahr der Kompetenzunterschreitung durch eine Missachtung unionsrechtlicher Vorgaben. Der Gerichtshof muss bei seiner Kompetenzausübung auch keiner bestimmten Methodenterminologie folgen, solange die maßgeblichen Sachkriterien beachtet werden.¹³⁷ Dazu zählen vor allem die Grundsätze der horizontalen und

¹³⁶ Aristoteles, Die Nikomachische Ethik (Übersetzung von O. Gigon) (7. Aufl. 2006), 1137b 18f.; siehe dazu auch Schauer, Thinking like a lawyer, S. 119f.

¹³⁷ Siehe i.Ü. die berechtigte Forderung von Kühling/Lieth, EuR 2003, 371, 384 nach einer behutsamen Übertragung nationaler dogmatischer Figuren auf unionsrechtliche Fragestellungen.

vertikalen Gewaltenteilung sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes. Der Gerichtshof ist deshalb in seiner Methodenwahl nicht frei.¹³⁸ Er hat vielmehr auch bei der Fortbildung des sekundären Unionsrechts in erster Linie die Wertungen des Primärrechts zu achten.

138 A.A. *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To say What the Law of the EU is, S. 4: „(...) the ECJ is, in principle, free to choose which of the methods of interpretation at its disposal best serves the EU legal order“; kritisch hierzu Fenyves/Kerschner/Vonkilch-Rebhahn, *Klang-Kommentar zum ABGB* (3. Aufl. 2014), Nach §§ 6 und 7 Rn. 28; siehe auch BVerfG, NJW 2020, 1647 (Rn. 112); BVerfGE 142, 123 (Rn. 160): „Eine offenkundige Außerachtlassung der im europäischen Rechtsraum überkommenen Auslegungsmethoden (...) ist vom Mandat des Art. 19 I 2 EUV nicht umfasst.“