

Karl Riesenhuber (Hrsg.)

Europäische Methodenlehre

Handbuch für Ausbildung und Praxis



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

§ 13 Die Rechtsfortbildung

Jörg Neuner

Übersicht

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

Literatur: *Anweiler, Jochen*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt a.M. u.a. 1997; *Buck, Carsten*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt a.M. u.a. 1998; *Dederichs, Mariele*, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004; *Dänzer-Vanotti, Wolfgang*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: Ole Due, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, Baden-Baden 1995, S. 205–221; *Everling, Ulrich*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217–227; *Grundmann, Stefan/Riesenhuber, Karl*, Die Auslegung des europäischen Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529–536; *Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuZW 1997, 295–305; *Langenbucher, Katja*, Vorüberlegungen zu einer Europarechtlichen Methodenlehre, in: Thomas Ackermann u.a. (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart u.a. 1999, S. 65–83; *Neuner, Jörg*, Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht, in: Johannes Hager u.a. (Hrsg.), Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris, München 2002, S. 83–112; *Schroeder, Werner*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, Tübingen 2002; *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Baden-Baden 1999; *Schulze, Reiner/Seif, Ulrike* (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2003; *Ukrow, Jörg*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, Baden-Baden 1995; *Vogenaier, Stefan*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, Tübingen 2001.

Rechtsprechung: EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, Slg. 2003, I-13295; EuG v. 3.4.2003 – verb. Rs. T-44/01, T-119/01 und T-126/01 *Vieira und Vieira Argentina .I. Kommission*, Slg. 2003, II-1209; 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 *Artegoda u.a. .I. Kommission*, Slg. 2002, II-4945; EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973; EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411; EuGH v. 12.12.1985 – Rs. 165/84 *Krohn*, Slg. 1985, 3997.

I. Grundlagen

Die gemeinschaftsrechtliche Methodenlehre ist ein Unterfall der allgemeinen juristischen Methodenlehre. Sie bildet zu den nationalen Methodenlehren kein *aliud*, sondern wird durch ihren speziellen Gegenstand in Form des Gemeinschaftsrechts geprägt. Demgemäß stellt sich auch im sekundären Gemeinschaftsrecht das Problem, ob der Richter an den Wortlaut des Gesetzes strikt gebunden ist oder dieses über den Normtext hinaus fortbilden darf. 1

1. Zur Terminologie des Gemeinschaftsrechts

Nach dem überwiegenden deutschen Sprachgebrauch bildet der noch mögliche Wort-sinn des Gesetzes die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.¹ Diese terminologische Unterscheidung ist vor allem deshalb sachgerecht, weil dem Normtext eine limitierende Funktion zum Schutz der Rechtsunterworfenen sowie zur Wahrung 2

¹ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 143; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 441, 467ff.; *Kramer*, Methodenlehre, S. 47ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 90ff. mwN.

mitgliedstaatlicher Kompetenzen zufallen kann.² Der Gerichtshof verwendet allerdings nicht den Begriff „Rechtsfortbildung“, sondern spricht im Anschluß an die französische Methodenlehre ganz pauschal von *interprétation*.³ Dies mag damit zusammenhängen, daß Französisch die Arbeitssprache des Gerichts bildet. Aber auch in der Sache ist die terminologische Gleichstellung nicht weiter schädlich, solange der Gerichtshof dem Normtext eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der Gesetzesinterpretation beimißt.⁴ Die Kritik am Gerichtshof reduziert sich daher im wesentlichen auf den Vorhalt eines unpräzisen Sprachgebrauchs.

- 3 Präferiert man stattdessen die differenzierende deutsche Terminologie, ist verstärkt auf die Vermeidung begriffsjuristischer Fehlschlüsse zu achten. Diese Gefahr besteht insbesondere bei der Übertragung der klassischen „Dreistufensystematik“⁵ von Gesetzesauslegung, Gesetzesergänzung und unzulässiger Gesetzesderogation auf die gemeinschaftsrechtliche Methodik. Die Qualifizierung einer Rechtsprechung als Auslegung besagt nur, daß sie sich innerhalb des möglichen Wortsinns bewegt, ist aber noch kein hinreichender Legitimationsnachweis. Auch der Lückenbegriff ist eine bloße Umschreibung der Zulässigkeitskriterien praeterlegaler Rechtsfindung und ersetzt nicht die erforderlichen gemeinschaftsrechtlichen Wertungen. Ebenso bleibt das Dogma vom Verbot des *contra-legem*-Judizierens begründungsdefizitär,⁶ solange nicht die maßgeblichen Sachgesichtspunkte zugunsten einer Gesetzesbindung benannt werden.

2. Zur Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts

- 4 Versucht man, die Voraussetzungen und Grenzen einer Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts näher zu bestimmen, ist zunächst der Begriff der „Autonomie“ von zentraler Bedeutung. Sowohl der Geltungsgrund⁷ als auch die Auslegung⁸ des Gemeinschaftsrechts werden vielfach mit dem Attribut „autonom“ gekennzeichnet,

2 Siehe speziell zur Erforderlichkeit der Wortsinnngrenze im Gemeinschaftsrecht auch *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze (2004), S. 25f.; *Schulte-Nölke*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts, S. 158; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 535.

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

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

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

6 Siehe z.B. *Callies*, NJW 2005, 929, 932.

7 Vgl. nur EuGH v. 21.5.1987 – Rs. 249/85 *Albako*, Slg. 1987, I-2345 Rn. 14; EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 *Costa .i. E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251, 1269ff.

8 Vgl. EuGH v. 18.1.1984 – Rs. 327/82 *Ekro*, Slg. 1984, 107 Rn. 11; zuletzt EuGH v. 17.3.2005 – Rs. C-170/03 *Feron*, Slg. 2005, I-2299 Rn. 26.

so daß es nahe liegt, die Fortbildungsoptionen des sekundären Gemeinschaftsrechts ebenfalls autonom, d.h. losgelöst von den mitgliedstaatlichen Standards, zu bestimmen. Diese Schlußfolgerung ist aufgrund des prinzipiellen Vorrangs sowie des besonderen Integrationstelos des Gemeinschaftsrechts im Ansatz zutreffend, doch sind einige Relativierungen veranlaßt. Als erstes ist in geltungstheoretischer Hinsicht hervorzuheben, daß das Gemeinschaftsrecht jedenfalls nach dem derzeitigen Legitimationsstand immer noch auf einem innerstaatlichen Anwendungsbefehl beruht,⁹ der seinerseits nach mitgliedstaatlichen Methodenstandards zu interpretieren ist. Zweitens ist in Bezug auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts signifikant, daß es eine separate „EU-Sprache“ nicht gibt.¹⁰ Der Gerichtshof muß deshalb die offiziellen Landessprachen gem. Art. 314 EG gleichwertig berücksichtigen und im Rahmen der grammatischen Interpretationsmethode einen entsprechenden Textvergleich vornehmen. Materiellrechtlich kommt als drittes hinzu, daß die Gemeinschaft in Art. 6 Abs. 1 EU die tradierten mitgliedstaatlichen Grundsätze der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit übernimmt, was sich ebenfalls auf die Kompetenzen der Judikative auswirkt.

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

3. Zur Besonderheit des Gemeinschaftsrechts

Aus methodischer Sicht weist das Gemeinschaftsrecht vor allem zwei Eigenarten auf: Zum einen die Mehrsprachigkeit und zum anderen die begrenzte Regelungskompetenz. Beide Phänomene sind allerdings nicht neuartig, sondern bekannte rechtstheoretische Herausforderungen. So wird das Problem der Mehrsprachigkeit bereits in Art. 33 Abs. 4 der Wiener Vertragsrechtskonvention angesprochen und stellt sich gleichermaßen in Nationalstaaten mit verschiedenen Amtssprachen, wie etwa der Schweiz.¹¹ 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.¹² Ein aktuelles Beispiel bildet der Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern gem. Art. 72, 74 GG. Mit der Diskussion über die Möglichkeiten einer Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts betritt man also kein methodisches „Neuland“, sondern kann auf breite rechtstheoretische Vorarbeiten aufbauen. 6

⁹ Vgl. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 174 ff.; siehe zur aktuellen Diskussion auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 229 ff.

¹⁰ Siehe hierzu auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, S. 44 f.

¹¹ Siehe z.B. *Kramer*, Methodenlehre, S. 68 f.; *Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht (2004), S. 136 ff., 150 ff.; *Schubarth*, LeGes 2001, S. 49 ff., der die Mehrsprachigkeit als „große Chance“ und „echte Bereicherung“ betrachtet und betont, daß „sprachliche Minderheiten (nicht) ignoriert werden“ (aaO, S. 49).

¹² Siehe näher *Schröder*, Recht als Wissenschaft (2001), S. 19 ff., 67 ff., 157 ff. mwN.

II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung

- 7 Ebenso wie die nationalen Gerichte ist auch der Gerichtshof prinzipiell zur Rechtsfortbildung legitimiert.¹³

1. Die rechtsprechende Gewalt

- 8 Die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung folgt sowohl aus den überlieferten Grundsätzen des Art. 6 Abs. 1 EU als auch aus der speziellen Regelung des Art. 220 EG, wonach die „Wahrung des Rechts“ dem Gerichtshof und dem Gericht erster Instanz obliegt.¹⁴ Flankierend dazu ist auf die entsprechende Intention der Gründungsmitglieder zu verweisen¹⁵ und hervorzuheben, daß das etablierte Richterrecht für die heutigen Beitrittskandidaten gem. Art. 2 Abs. 1 Sps. 5, Art. 3 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 lit. c EU zum verbindlichen *acquis communautaire* zählt.¹⁶ An Überzeugungskraft verliert hingegen der Hinweis auf den dynamisch-evolutionären Integrationsansatz des EG-Vertrages,¹⁷ da die Funktionsfähigkeit der Union mittlerweile als gesichert erscheint.¹⁸

2. Die gesetzgebende Gewalt

- 9 Obgleich die Befugnis des Gerichtshofs zur Fortbildung des Rechts weitgehend anerkannt ist,¹⁹ folgt hieraus keine gesetzgeberähnliche Kompetenz. Wie insbesondere die Art. 220 ff. EG belegen, beschränkt sich die Aufgabe des Gerichtshofs auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung.²⁰ Funktionell ist kennzeichnend, daß der Gerichtshof über kein eigenes Initiativrecht verfügt²¹ und auf den Dialog mit den Verfahrensbeteiligten angewiesen ist. Institutionell fehlt den Richtern eine unmittelbare demokratische Legitimation²² und organisatorisch die Ausstattung, um legislative Aufgaben wahrnehmen zu können. Zu einer Rechtsetzung in Form abstrakt-genereller Regelungen ist der Gerichtshof somit nicht berufen.

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

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

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

16 Vgl. Stellungnahme der Kommission v. 19.1.1972, ABl. 1972 Nr. L 73/3; *Ott*, EuZW 2000, 293 ff. mwN.

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

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

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

20 Siehe dazu auch *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 208; *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295, 297; *Dänzer-Vanotti*, FS Everling, Bd. I, S. 213.

21 Siehe näher *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 172.

22 Vgl. nur *Everling*, JZ 2000, 217, 221.

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.²³ Der Gerichtshof hat deshalb verallgemeinerbare Rechtsregeln auf einer „mittleren Abstraktionshöhe“ zwischen Norm und Fallentscheidung zu formulieren.²⁴ Um legitime Kontinuitätsersparungen der Rechtsunterworfenen nicht zu enttäuschen, sind auch gelegentliche *obiter dicta* zulässig. Im Grundsatz ist jedoch allein über den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Angesichts dieser regelmäßigen Beschränkung auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung besteht für nachfolgende Verfahren auch keine strenge Präjudizienbindung im Sinne der *stare decisis*-Doktrin, zumal sonst für jede Rechtsprechungsänderung ein aufwendiges Gesetzesänderungsverfahren²⁵ nötig wäre.²⁶

III. Die Schranken der Rechtsfortbildung

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

1. Die Bindung an das Gesetz

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

a) Die kompetentielle Dimension

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

aa) Das institutionelle Gleichgewicht

Das Prinzip des „institutionellen Gleichgewichts“ bildet das gemeinschaftsrechtliche Pendant zur klassischen Gewaltenteilung.²⁷ Es legt das Kompetenzgefüge der

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

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

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

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

27 Vgl. EuGH v. 10.5.2001 – Rs. C-345/00 *FNAB u.a.*, Slg. 2001, I-3811 Rn. 41f.; EuGH v. 22.5.1990 – Rs. C-70/88 *Parlament .I. Rat*, Slg. 1990, I-2041 Rn. 21ff.; zu den Unterschieden

Gemeinschaftsorgane untereinander fest und wirkt sich zugleich auf die Freiheit der Unionsbürger sowie den Einflußbereich der Mitgliedstaaten aus. Für die dritte Gewalt folgt aus dem Prinzip des „institutionellen Gleichgewichts“, daß sowohl der Ermessensspielraum der Verwaltung zu respektieren ist,²⁸ als auch die Entscheidungsprärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers, da letzterer sonst als Rechtsbildungsinstanz funktionslos bliebe.

bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit

- 15** Im Unterschied zu den Mitgliedstaaten verfügt die EU nicht über eine Kompetenz-Kompetenz; vielmehr gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.²⁹ Eine zusätzliche Einschränkung bewirkt das Prinzip der Subsidiarität gem. Art. 5 Abs. 2 EG. Dem Gerichtshof obliegt die Aufgabe, die Einhaltung dieser Kompetenzregel durch die Exekutive und Legislative zu kontrollieren. Umstritten ist, ob der Gerichtshof im Rahmen rechtsfortbildender Judikate das Subsidiaritätsprinzip ebenfalls beachten muß.³⁰ Eine justitielle Bindung wird dabei insbesondere mit dem Argument verneint, daß die europäischen Gerichte für die ihnen zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten eine ausschließliche Kompetenz besitzen.³¹ Diese Ansicht überzeugt nicht, da 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 eine abstrakte Norm subsumiert, für deren Erlaß allein die Mitgliedstaaten zuständig sind. Auch wertungsmäßig macht es keinen Unterschied, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber beispielsweise den Anwendungsbereich einer Richtlinie unzulässig weit faßt oder ob der Gerichtshof eine entsprechende Extension richterrechtlich vornimmt. Insgesamt dürfen die europäischen Gerichte somit keine Rechtsfolge festlegen, die nicht auch der Gemeinschaftsgesetzgeber als Norm erlassen dürfte.³²

b) Die inhaltliche Dimension

- 16** Die kompetentielle Bindung des Gerichtshofs an das Gemeinschaftsrecht wirft die Anschlußfrage auf, was unter jener Verpflichtung im Detail zu verstehen ist. Diese Thematik gehört zwar im Kern zu dem Problemkreis der „Auslegung“, doch hängt die Feststellung einer Gesetzeslücke von der Methode der Gesetzesinterpretation ab. Ebenso setzt das Urteil über eine Normderogation eine Interpretation des Gesetzes

zur herkömmlichen Gewaltenteilung siehe näher *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 353ff.; *Rodríguez Iglesias*, NJW 2000, 1889.

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

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

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

31 Vgl. von der Groeben/Schwarze-Zuleeg, Art. 5 EGV Rn. 34; Lenz/Borchardt-Langguth, EUV/EGV (3. Aufl. 2003), Art. 5 EG Rn. 27; *Hirsch*, FS Odersky (1996), S. 200.

32 Vgl. auch *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 66, 500ff.; *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, S. 325.

voraus. Es sind daher an dieser Stelle zumindest zwei knappe Bemerkungen zur Wortsinngrenze sowie zum Ziel der Auslegung geboten.

aa) *Die Wortsinnngrenze*

Der Wortlaut des Gesetzes ist nicht nur Ausgangspunkt der Interpretation,³³ sondern es fällt ihm auch eine Begrenzungsfunktion zu. Namentlich bei Analogieverboten kann der noch mögliche Wortsinn eine Schranke zulässiger Rechtsfindung bilden. Darüber hinaus begründet der Normtext ganz generell einen Vertrauenstatbestand für die Rechtsunterworfenen, den es bei einer Rechtsfortbildung zu berücksichtigen gilt. Im Gemeinschaftsrecht besteht dabei die Besonderheit, daß es verschiedene gleichwertige Vertragssprachen gibt. Diese Mehrsprachigkeit führt indes zu keiner prinzipiellen Verringerung der Begrenzungsfunktion des Wortlauts.³⁴ 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.³⁵ Weitere Varianten sind denkbar und jeweils vor dem Hintergrund der konkreten Schutzbedürfnisse der Rechtsunterworfenen sowie unter Berücksichtigung des Kompetenzgefüges der Gemeinschaft als Schranke richterlicher Rechtsfortbildung in Erwägung zu ziehen.

17

bb) *Die gesetzgeberische Regelungsabsicht*

Ebenso wie in der nationalen Methodendiskussion wird in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht die traditionelle Kontroverse über das Ziel der Auslegung geführt.³⁶ Richtigerweise ist auch im sekundären Gemeinschaftsrecht primär die gesetzgeberische Regelungsabsicht maßgebend. Hierfür sprechen insbesondere die Prinzipien der Demokratie und des institutionellen Gleichgewichts. Auch im Interesse der Methodenklaerheit ist ein zweistufiges Verfahren indiziert, das zunächst eine Rekonstruktion der gesetzgeberischen Regelungsabsicht verlangt und sodann eine Offenlegung und Gewichtung jener Gründe, die eine Abweichung legitimieren sollen. Die Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens wird dabei im sekundären Gemeinschaftsrecht insofern erleichtert, als nach Art. 253 EG eine Begründungspflicht für Rechtsakte besteht und zudem nach Art. 207 Abs. 3, 255 EG die Dokumente des Rates der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind.³⁷

18

33 Entsprechend verfährt auch der EuGH; vgl. *Colmeric*, ZEuP 2005, 225, 226f.; *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, S. 77 mwN.

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

35 Vgl. *Bengoetxea*, Legal Reasoning, S. 234ff.; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 153ff. mwN.

36 Vgl. *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529 mwN.

37 Einzelheiten bei *Streinz-Hummer/Oberwexer*, Art. 207 EGV Rn. 59ff.; *Streinz-Gellermann*, Art. 255 EGV Rn. 1ff.

c) *Die zeitliche Dimension*

- 19 Gesetze können des Weiteren auch schon vor ihrem Inkrafttreten eine Rechtsfortbildungsschranke begründen.³⁸

aa) *Die Vorwirkung*

- 20 Für den Gerichtshof ergibt sich die Pflicht zur Berücksichtigung von noch nicht in Kraft getretenen Gesetzen aus dem Prinzip der Gemeinschaftsverfassungsorgantreue.³⁹ Eine Sperrwirkung entsteht in der Regel erst mit der Veröffentlichung des zukünftigen Legislativakts im Amtsblatt der EG gem. Art. 254 Abs. 1 EG.⁴⁰ Ein früherer Zeitpunkt scheidet grundsätzlich aus, weil es bis dahin noch zu Abänderungen kommen kann oder noch überhaupt kein Konsens erzielt wurde. Inhaltlich führt die Sperrwirkung zu keinem generellen Rechtsfortbildungsverbot, sondern nur zu dem Gebot, das intendierte gesetzgeberische Ziel nicht zu vereiteln. Der EuGH hat eine solche Sperrwirkung in seiner grundlegenden Entscheidung *Inter-Environnement Wallonie* für die Vorwirkung von Richtlinien auf nationale Gesetzgebungsverfahren bereits formuliert.⁴¹ Dieser am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Maßstab ist sachgerecht und als generelle Rechtsfortbildungsschranke geeignet, zumal er eine Parallele im völkerrechtlichen Frustrationsverbot gem. Art. 18 Wiener Vertragsrechtskonvention findet. Neben einer Sperrwirkung können zukünftige Normen eine Rechtsfortbildung auch positiv im Sinne einer „Rechtsgewinnungsquelle“⁴² inspirieren sowie legitimieren, sofern sie Ausdruck eines Konsenses sind und damit zugleich Rechtssicherheit vermitteln.

bb) *Die Rückwirkung*

- 21 Im Unterschied zur Vorwirkung beruht die Rückwirkung auf dem Anwendungsbefehl eines in Kraft befindlichen Gesetzes. Dieses ist prinzipiell bindend, solange es nicht wegen eines Primärrechtsverstoßes für nichtig erklärt wurde.⁴³ 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.⁴⁴

38 Siehe zur Vorwirkung von Gemeinschaftsrecht ausführlich *Neuner*, in: *Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung*, S. 110f.

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

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

41 EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411 Rn. 35ff., 44f.; ebenso EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 Rn. 67; zustimmend *Langenbucher-Langenbucher*, § 1 Rn. 102.

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

43 Siehe dazu auch unten Rn. 40ff.

44 EuGH v. 25.1.1979 – Rs. 98/78 *Racke*, Slg. 1979, 69 Rn. 20; jüngst EuGH v. 15.7.2004 – Rs. C-459/02 *Gereken und Procola*, Slg. 2004, I-7315 Rn. 22f.; EuGH v. 22.11.2001 –

2. Die Bindung an das Präjudiz

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

a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit

Im Unterschied zum *common law* gibt es im Gemeinschaftsrecht keine strikte Präjudizienbindung im Sinne einer Rechtsfortbildungssperre.⁴⁵ Dadurch wird der Gefahr einer Versteinering der Rechtsprechung vorgebeugt und es können sich verbesserte Rechtserkenntnisse durchsetzen. Folgerichtig sieht sich auch der Gerichtshof durch anders lautende Urteile nicht prinzipiell an einer Rechtsfortbildung gehindert.⁴⁶ **23**

b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes

In der Regel orientiert sich der EuGH indes an seiner früheren Rechtsprechung. Diese Selbstbindung ist im Interesse der Rechtsunterworfenen auch geboten, da Präjudizien, ebenso wie Legislativakte, einen herausragenden Vertrauenstatbestand bilden können.⁴⁷ Ein Vertrauenstatbestand kann dabei schon mit einem einzigen Urteil begründet werden und verfestigt sich im Rahmen einer ständigen Rechtsprechung. Er nimmt noch an Intensität zu, wenn die Rechtsprechung von der Wissenschaft weitgehend konsentiert wird. Ein Schutz des Vertrauens kann allerdings auch hinfällig sein,⁴⁸ 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. **24**

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.⁴⁹ **25**

IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung

Jenseits der Wortlautgrenze werden von der traditionellen deutschsprachigen Methodenlehre die Bereiche *praeter* und *contra legem* unterschieden.⁵⁰ Contralegal kann allerdings auch innerhalb der Wortlautgrenze judiziert werden, wenn bei mehreren **26**

Rs. C-110/97 *Niederlande .I. Rat*, Slg. 2001, I-8763 Rn. 151; siehe ferner auch Streinz-Kopp, Art. 34 EGV Rn. 106ff. mwN.

45 Vgl. auch Langenbacher, JbJZ 1999, S. 75f.; Edward, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 76; Bengoetxea, Legal Reasoning, S. 69; siehe ferner auch schon oben Rn. 10.

46 Vgl. Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 189f. mwN.

47 Vgl. auch Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 190ff., 353.

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

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

50 Siehe z.B. Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 472ff. mwN.

2. Teil: Allgemeiner Teil

möglichen Bedeutungen jene gewählt wird, die nicht der gesetzgeberischen Zweckvorstellung entspricht. Mit der Differenzierung zwischen *praeter* und *contra legem* korrespondiert zudem eine unterschiedliche Wertung, je nachdem welchen Gesetzesbegriff man zugrunde legt. Nach der objektiven Auslegungstheorie lassen sich grundsätzlich alle inadäquat erscheinenden Ergebnisse durch eine „objektive“ Auslegung bereinigen, so daß mit der Kennzeichnung „*contra legem*“ zugleich ein normatives Unzulässigkeitsurteil verbunden ist.⁵¹ Folgt man hingegen der subjektiven Auslegungslehre, wird der „*contra-legem*“-Sektor lediglich durch erhöhte Begründungsanforderungen geprägt. Nach dieser vorzugswürdigen Ansicht ist eine Gesetzesderogation nicht *a priori* illegitim, sondern in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen zulässig und geboten.

1. Die Rechtsfindung *praeter legem*

- 27** Analysiert man zunächst die Voraussetzungen und Grenzen einer *praeter*legalen Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts, bietet es sich an, auf das Bild der „Lücke“ als „planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts ... gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“⁵² zurückzugreifen.⁵³ Es ist allerdings unschädlich, wenn der EuGH dieser Terminologie nur vereinzelt folgt,⁵⁴ solange er die maßgeblichen funktionalen Sachkriterien beachtet.

a) Die Lückenfeststellung

- 28** In Bezug auf die Feststellung einer Lücke besteht im Gemeinschaftsrecht die Besonderheit, daß nicht die Rechtsordnung als Ganzes, sondern nur die europäische Teilrechtsordnung den Vergleichsmaßstab bildet.⁵⁵ Im Anschluß an die Terminologie im internationalen Einheitsrecht kann man deshalb interne von externen Lücken unterscheiden⁵⁶ und beide Systeme entsprechend abgrenzen.

aa) Das externe System

- 29** Eine planwidrige Unvollständigkeit des Europarechts kann von vornherein nur in jenem Bereich auftreten, der kompetentiell der Gemeinschaft zugeordnet und nicht den Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Nach dem Plan des Gemeinschaftsrechts gelten die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität. Die Judikative darf deshalb keine Regelungslücke annehmen, sofern nicht auch der Gemeinschaftsgesetzgeber für diesen Fall zu einer Lückenfüllung befugt wäre.⁵⁷

⁵¹ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 250 ff.

⁵² *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39, 198.

⁵³ A.A. *Flessner*, JZ 2002, 14, 21; *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234, 254.

⁵⁴ Der Begriff der „Gesetzeslücke“ wird zum Beispiel verwandt in EuGH v. 19.6.1979 Rs. 180/78 *Brouwer-Kaune*, Slg. 1979, 2111 Rn. 8; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, Slg. 2003, I-13295 Rn. 49.

⁵⁵ Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 68 ff. mwN.

⁵⁶ Vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 605 ff.

⁵⁷ Siehe auch schon oben Rn. 15.

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 Gemeinschaftsgesetzgebers und hängt davon ab, inwieweit jener eine abschließende Regelung treffen wollte oder nur unvollständig legifizierte. Eine gesetzestechnische Besonderheit bildet dabei im Bereich des Sekundärrechts das Instrumentarium der Richtlinie. Richtlinien können zwar ebenso wie Verordnungen Lücken aufweisen, doch gilt dies nicht, soweit die konkrete Auslegung ergibt,⁵⁸ daß den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen wird.⁵⁹ Räumt eine Richtlinie beispielsweise den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen mehreren Regelungsalternativen ein, liegt auf Seiten des Gemeinschaftsrechts keine planwidrige Unvollständigkeit vor.

30

b) *Die Maßstäbe der Lückenausfüllung*

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

31

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 Tatbestand T₂ gilt.⁶⁰ Solche Analogieschlüsse finden sich immer wieder in der Rechtsprechung des EuGH.⁶¹ Der Gerichtshof machte im Urteil *Krohn*⁶² die Lückenausfüllung mittels Analogie allerdings von einem Verstoß gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht, insbesondere von einem Verstoß gegen Diskriminierungsverbote, abhängig.⁶³ In jüngeren Entscheidungen haben das EuG und der EuGH auf diese besondere Voraussetzung wieder verzichtet und einen Analogieschluß allein auf systematisch-teleologische Erwägungen⁶⁴ sowie den Gleichheitssatz⁶⁵ gestützt. Diese Auffassung erscheint auch folgerichtig, da eine

32

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

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

60 Vgl. nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 71.

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

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

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

64 Vgl. 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. / Kommission*, Slg. 2002, II-4945 Rn. 131 ff., 153 ff.

65 Vgl. EuG v. 3.4.2003 – verb. Rs. T-44/01, T-119/01 und T-126/01 *Vieira und Vieira Argentina / Kommission*, Slg. 2003, II-1209 Rn. 163; bestätigt von EuGH v. 13.1.2005 – Rs. C-254/03

Rückbindung an das Primärrecht dem Grunde nach nicht erforderlich ist, sofern man den Gleichheitssatz als ein wesentliches Element der Rechtsidee erachtet und damit zu den apriorischen Bestandteilen der Gemeinschaftsrechtsordnung zählt.⁶⁶ Im Ergebnis diese unterschiedlichen Begründungen eines Analogieschlusses allerdings indifferent bleiben, da zum Primärrecht nicht nur die expliziten Diskriminierungsverbote gehören, sondern auch der induktiv aus diesen Verboten ableitbare allgemeine Gleichheitssatz. Dieser wiederum besagt, daß vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen, es sei denn, daß eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.⁶⁷

- 33** Der negative Gleichheitssatz verlangt, Ungleichartiges verschieden zu behandeln. Konsequenterweise kennt der EuGH daher nicht nur eine den Wortsinn übersteigende Rechtsfortbildung mittels Analogieschlusses, sondern auch in der Gegenrichtung eine restriktive Interpretation,⁶⁸ die man nach deutschem Sprachgebrauch als teleologische Reduktion bezeichnet, sofern der Normtext zu weit gefaßt ist und eine erforderliche Einschränkung vermissen läßt.

bb) Das Primärrecht

- 34** Ebenso wie im nationalen Recht ist im Gemeinschaftsrecht das niederrangige Recht im Lichte des höherrangigen Rechts zu interpretieren. Im Stufenbau des Gemeinschaftsrechts 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. 249 EG über die Rechtssetzungskompetenz auf der sekundären Ebene.⁶⁹
- 35** Hinsichtlich der materiellen Vorgaben ist kennzeichnend, daß zum Primärrecht alle rechtsstaatlichen Grundsätze, namentlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, gehören.⁷⁰ Daneben sind auch die Gemeinschaftsgrundrechte im Rahmen einer primärrechtskonformen Rechtsfindung mit zu berücksichtigen.⁷¹
- 36** Terminologisch kann man im Hinblick auf die Wortlautgrenze zwischen einer primärrechtskonformen Auslegung und einer primärrechtskonformen Rechtsfort-

Eduardo Vieira .I. Kommission, Slg. 2005, I-237 Rn. 65; siehe ferner auch EuGH v. 4.3.2004 – Rs. C-130/02 *Krings*, Slg. 2004, I-2121 Rn. 34ff.

66 Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 57, 71 mwN.

67 St. Rspr. EuGH v. 8.10.1980 – Rs. 810/79 *Überschär*, Slg. 1980, 2747 Rn. 16; EuGH v. 7.7.1993 – Rs. C-217/91 *Spanien .I. Kommission*, Slg. 1993, I-3923 Rn. 37; EuGH v. 12.10.2004 – Rs. C-313/02 *Wippel*, Slg. 2004, I-9483 Rn. 56; vgl. ferner auch *Lenz/Borchardt-Zimmerling*, EUV/EGV (3. Aufl. 2003), Anh. zu Art. 6 EU Rn. 67f., 74; von der Groeben/Schwarze-Beutler, Art. 6 EUV Rn. 87.

68 Vgl. z.B. EuGH v. 4.10.1991 – Rs. C-183/90 *van Dalen u.a.*, Slg. 1991, I-4743 Rn. 19ff.; siehe ferner auch *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 217ff. mwN.

69 Vgl. auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 363ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, S. 323ff.

70 Vgl. näher *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, S. 127f. mwN.

71 Vgl. näher *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, S. 128ff. mwN.

bildung unterscheiden.⁷² Eine primärrechtskonforme Interpretation kommt aber nur subsidiär in Betracht, wenn nach Ausschöpfung der herkömmlichen *canones* eine konkrete Regelungsabsicht nicht rekonstruierbar ist.⁷³ Verfolgt der Gesetzgeber einen primärrechtswidrigen Zweck, darf die rechtswidrige Norm nicht in eine primärrechtskonforme Regelung uminterpretiert werden. Der Gerichtshof hat vielmehr eine rechtswidrige Norm für nichtig zu erklären, und zwar entweder im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 Abs. 1 lit. b EG oder einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 Abs. 1 EG.⁷⁴ Dieses Prozedere ist sachlich geboten, weil dem Gemeinschaftsgesetzgeber sonst potentielle Handlungsalternativen abgeschnitten würden und das institutionelle Gleichgewicht durch eine judikative Normsubstitution aus den Fugen geriete.⁷⁵

c) *Die Grenzen der Lückenausfüllung*

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist seiner Natur nach nicht analogiefeindlich, obgleich es zum Teil einen Ausnahmecharakter aufweist. Ein Analogieschluß darf zwar ein Regel-Ausnahme-Verhältnis durch die Herausbildung eines allgemeinen Prinzips nicht auf den Kopf stellen, doch sind auch zwei rechtsähnliche Sondertatbestände grundsätzlich gleich zu behandeln.⁷⁶ Eine Lückenausfüllung scheidet im wesentlichen nur in zwei Fällen aus:

37

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.⁷⁷ Über den Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* hinaus ist ein Analogieverbot ganz generell bei belastenden Eingriffen indiziert.⁷⁸ So lehnt auch der EuGH namentlich im Abgabenrecht eine analoge Anwendung von Regelungen ab, die den einzelnen Bürger belasten.⁷⁹

38

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.⁸⁰

39

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

73 Siehe auch *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 194.

74 Vgl. auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 63.

75 Vgl. auch unten Rn. 42.

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

77 Vgl. EuGH v. 25.9.1984 – Rs. 117/83 *Könecke*, Slg. 1984, 3291 Rn. 11, 13, 16; *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 76f. mwN.

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

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

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

Der EuGH sieht sich zu einer Lückenausfüllung außer Stande, wenn bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zu treffen sind. Das gleiche gilt, wenn mehrere primärrechtskonforme Regelungsalternativen bestehen.⁸¹ Der EuGH verweist zur Lückenausfüllung dann folgerichtig auf die nationalen Gerichte und Gesetzgeber⁸² sowie die zuständigen Gemeinschaftsorgane.⁸³

2. Die Rechtsfindung *contra legem*

- 40 Mit dem Gebot richterlicher Gesetzesbindung korrespondiert ein grundsätzliches Verbot richterlicher Gesetzesderogation. Der EuGH ist sich dieser Einschränkung bewußt und betont ausdrücklich seine fehlende Kompetenz zur Normkorrektur bei Bestimmungen, die er für unbefriedigend erachtet.⁸⁴ Wie bei jedem Prinzip gibt es allerdings auch in Bezug auf die richterliche Gesetzesbindung Ausnahmen.⁸⁵ Folgerichtig bestimmt Art. 220 EG, daß der Gerichtshof das „Recht“ und nicht allein das „Gesetz“ zu wahren hat.⁸⁶

a) Die Feststellung der Nichtigkeit

- 41 Im Gemeinschaftsrecht sind die grundsätzlichen rechtstheoretischen Relativierungen der richterlichen Gesetzesbindung insofern hinfällig, als der EuGH gem. Art. 230 Abs. 1, 234 Abs. 1 lit. b EG eine Norm für nichtig erklären kann.⁸⁷ 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. 6 Abs. 1 EU.⁸⁸

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

82 EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973 Rn. 48 f.; EuGH v. 11.5.1983 – Rs. 87/82 *Rogers*, Slg. 1983, 1579 Rn. 21.

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

84 Siehe z.B. EuGH v. 26.4.1972 – Rs. 92/71 *Interfood*, Slg. 1972, 231 Rn. 5; weitere Nachweise bei *Borchardt*, GS Grabitz (1995), S. 41; kritisch zu einzelnen Entscheidungen namentlich *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 395 ff. mwN.

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

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

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

88 Siehe dazu auch schon Rn. 35.

b) *Die Folgen der Nichtigkeit*

Eine Nichtigkeitsfeststellung bewirkt in der Regel eine erneute Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers. Dieser kann nunmehr anstelle der nichtigen Norm über rechtmäßige Alternativentscheidungen befinden. Angesichts dieser kompetentiellen Rückverlagerung erweist sich eine Nichtigkeitsfeststellung als der moderatere 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 erkaufte wird. Der Gerichtshof ist nur ausnahmsweise zu einer eigenen Lückenausfüllung befugt, falls das Primärrecht keine Alternativen eröffnet und eine bestimmte Regelung fordert.

42

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, wie bereits *Aristoteles* hervorhob, liegt der Fehler hier „weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache“. ⁸⁹ Ein *contra-legem*-Judizieren kommt also in exceptionellen Ausnahmekonstellationen in Betracht, wenn der konkrete Streitfall vom gesetzlich fixierten Normaltypus so eklatant abweicht, daß die Gesetzesbindung zu einem untragbaren Ergebnis führen würde.

43

V. **Schlußbetrachtung**

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß der Gerichtshof auch im Sekundärrecht zur Rechtsfortbildung grundsätzlich befugt ist. Er hat dabei weder die Aufgabe eines „Integrationsmotors“, noch unterliegt er einem *judicial self-restraint*. Ersteres birgt die Gefahr der Kompetenzüberschreitung durch eine eigenständige Integrationspolitik, Letzteres die Gefahr der Kompetenzunterschreitung durch eine Mißachtung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Hinsichtlich der Kompetenzausübung ist es nicht notwendig, daß der Gerichtshof eine bestimmte Methodenterminologie übernimmt, solange die maßgeblichen Sachkriterien beachtet werden. ⁹⁰ Dazu zählen vor allem die Grundsätze der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes. Es ist also auch bei der Fortbildung des sekundären Gemeinschaftsrechts in erster Linie auf eine sachgerechte Wertungsjurisprudenz zu achten.

44

⁸⁹ Die Nikomachische Ethik (Übersetzung von O. Gigon), 6. Aufl., 1986, 1137a.

⁹⁰ Siehe im übrigen die berechtigte Forderung von *Kühling/Lieth*, EuR 2003, 371, 384 nach einer behutsamen Übertragung nationaler dogmatischer Figuren auf gemeinschaftsrechtliche Fragestellungen.