

# Europäische Methodenlehre

---

Handbuch für Ausbildung und Praxis

Herausgegeben von  
Karl Riesenhuber

3., neu bearbeitete Auflage

**DE GRUYTER**

# § 12

## Die Rechtsfortbildung

Jörg Neuner

### 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 Arnall*, The European Union and its Court of Justice (2. Aufl. 2006); *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); *Mariële Dederichs*, Die Methodik des EuGH (2004); *Wolfgang Dänzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: Ole Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I (1995), S. 205–221; *Ulrich Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft 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 Rütters*, Grundlagen einer Europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1–36; *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuZW 1997, 295–305; *Katja Langenbacher*, 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, EU 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, GLJ 5 (2004), 283–317; *Frederick Schauer*, Thinking like a lawyer (2009); *Theodor Schilling*, Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte, ZEuP 2007, 754–784; *Werner Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem (2002); *Reiner Schulze* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999); *Reiner Schulze/Ulrike Seif* (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft (2003); *Jörg Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995); *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I (2001); *Konrad Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH (2009).

### Rechtsprechung

EuGH v. 12.12.1985 – Rs. 165/84 *Krohn*, Slg. 1985, 3997; EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411; EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973; EuGH v. 6.11.2003 – verb. Rs. C-78/02 bis C-80/02 *Karageorgou u.a.*, Slg. 2003, I-13295; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg. 2006, I-4137; EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament ./. Kommission*, Slg. 2008, I-1649; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, Slg. 2009, I-5295; EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon*, Slg. 2009, I-10923; EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, Slg. 2009, I-9823; EuGH v. 14.9.2010 – Rs. C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals Ltd u.a.*, Slg. 2010, I-8301; EuGH v. 5.5.2011 – verb. Rs. C-201/10 und C-202/10 *Ze Fu Fleischhandel und Vion Trading*, Slg. 2011, I-3545; EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr*; 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 *Artogodan u.a.*, Slg. 2002, II-4945; EuG v. 3.4.2003 – verb. Rs. T-44/01, T-119/01 und T-126/01 *Veira und Vieira Argentina*, Slg. 2003, II-1209.

## Übersicht

- I. Grundlagen — 1–6
  - 1. Zur Terminologie des Unionsrechts — 2–3
  - 2. Zur Eigenständigkeit des Unionsrechts — 4–5
  - 3. Zur Besonderheit des Unionsrechts — 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 — 26–45
  - 1. Die Rechtsfindung *praeter legem* — 27–41
    - a) Die Lückenfeststellung — 28–30
      - aa) Das externe System — 29
      - bb) Das interne System — 30
    - b) Die Maßstäbe der Lückenausfüllung — 31–38
      - aa) Der Gleichheitssatz — 32–35
      - bb) Das Primärrecht — 36–38
    - c) Die Grenzen der Lückenausfüllung — 39–41
      - aa) Analogieverbote — 40
      - bb) Unausfüllbare Lücken — 41
  - 2. Die Rechtsfindung *contra legem* — 42–45
    - a) Die Feststellung der Nichtigkeit — 43
    - b) Die Folgen der Nichtigkeit — 44
    - c) Die Einzelfallgerechtigkeit — 45
- V. Schlussbetrachtung — 46

## I. Grundlagen

- 1 Die unionsrechtliche Methodenlehre ist ein Unterfall der allgemeinen juristischen Methodenlehre. Sie bildet zu den nationalen Methodenlehren<sup>1</sup> 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

- 2 Nach dem überwiegenden deutschen Sprachgebrauch bildet der noch mögliche Wortsinn des Gesetzes die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Der Gerichtshof verwendet allerdings nicht den Begriff „Rechtsfortbil-

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

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2011, 3020 ff. (Rn. 21); 2008, 3627 ff. (Rn. 9 ff.); Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 143; Bydliński, Juristische Methodenlehre, S. 441, 467 ff.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 614 ff.; Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, S. 90 ff. mwN; kritisch z.B. Kudlich/Christensen, ARSP 93 (2007), 128 ff.

<sup>3</sup> Siehe speziell zur Erforderlichkeit der Wortsinnngrenze 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 angeleglichen Rechts, S. 158; Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 535.

dung“<sup>4</sup>, sondern spricht im Anschluss an die französische Methodenlehre ganz pauschal von *interprétation*.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Die Kritik am Gerichtshof reduziert sich daher im Wesentlichen auf den Vorhalt eines unpräzisen Sprachgebrauchs.

Präferiert man stattdessen die differenzierende deutsche Terminologie, gilt es vor allem begriffsjuristische Fehlschlüsse zu vermeiden. Diese Gefahr besteht insbesondere bei der Übertragung der klassischen „Dreistufensystematik“<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> solange nicht die maßgeblichen Sachgesichtspunkte zugunsten einer Gesetzesbindung benannt werden.

## 2. Zur Eigenständigkeit des Unionsrechts

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 Geltungsgrund<sup>9</sup> als auch die Auslegung<sup>10</sup> des Unionsrechts werden vielfach mit dem Attribut „autonom“ gekennzeichnet, so dass 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, immer noch auf einem innerstaatlichen Anwendungsbefehl beruht,<sup>11</sup> der seinerseits nach mitgliedstaatlichen Methodenstandards

<sup>4</sup> Anders gelegentlich die Schlussanträge der Generalanwältinnen; s. zuletzt GA Mengozzi v. 5.12.2013 – Rs. C-571/12; *Freight Services Latvia*, Tz. 69.

<sup>5</sup> 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, § 24.

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

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

<sup>8</sup> S. z.B. Calliess, NJW 2005, 929, 932.

<sup>9</sup> Vgl. nur EuGH v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 *Courage*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 19; EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 *Costa* ./ *E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251, 1269 ff.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH v. 18.1.1984 – Rs. 327/82 *Ekro*, Slg. 1984, 107 Rn. 11; zuletzt EuGH v. 16.1.2014 – Rs. C-45/13 *Kainz* ./ *Pantherwerke*, Rn. 19.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 126, 286 ff. (302); BVerfG, NJW 2009, 2267 ff., 2284 ff. (Rn. 332 ff.); siehe zur Diskussion über den Geltungsgrund des Unionsrechts auch Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 229 ff.; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 174 ff.

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 Textvergleich<sup>12</sup> vornehmen.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

- 5 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.

### 3. Zur Besonderheit des Unionsrechts

- 6 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 Abs. 4 WVK angesprochen und stellt sich gleichermaßen in Nationalstaaten mit verschiedenen Amtssprachen, wie etwa der Schweiz.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Siehe am Beispiel des Begriffs „fortgesetzte Zuwiderhandlung“ EuG v. 17.5.2013 – verb. Rs. T-147/09 und T-148/09 *Trelleborg ./. Kommission*, Rn. 72ff.; s. aber auch *Baaij*, in: ders., *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization* (2012), S. 1 ff. (15 f.): „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.“

<sup>13</sup> Siehe hierzu aus der neueren Literatur etwa *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.; *Le-naerts/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.

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

<sup>15</sup> Siehe z.B. *Kramer*, *Methodenlehre*, S. 79ff.; *Schübel-Pfister*, *Sprache und Gemeinschaftsrecht* (2004), S. 136ff., 150ff.; *Schubarth*, *LeGes* 2001, 49ff., der die Mehrsprachigkeit als „große Chance“ und „echte Bereicherung“ betrachtet und betont, dass „sprachliche Minderheiten (nicht) ignoriert werden“ (aaO, S. 49).

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

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

## 1. Die rechtsprechende Gewalt

Die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung folgt sowohl aus den überlieferten Grundsätzen 8 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).“<sup>18</sup> Flankierend dazu ist auf die entsprechende Intention der Gründungsmitglieder zu verweisen<sup>19</sup> und hervorzuheben, dass das etablierte Richterrecht für Beitrittskandidaten zum verbindlichen *acquis communautaire* zählt.<sup>20</sup> An Überzeugungskraft verliert hingegen der Hinweis auf den dynamisch-evolutionären Integrationsansatz des Primärrechts,<sup>21</sup> da die Funktionsfähigkeit der Union mittlerweile als gesichert erscheint.<sup>22</sup>

## 2. Die gesetzgebende Gewalt

Obgleich die Befugnis des Gerichtshofs zur Fortbildung des Rechts weitgehend anerkannt ist,<sup>23</sup> 9 folgt hieraus keine gesetzgeberähnliche Kompetenz. Wie insbesondere die Art. 19 EUV, 251 ff. AEUV belegen, beschränkt sich die Aufgabe des Gerichtshofs auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung.<sup>24</sup> Funktionell ist kennzeichnend, dass der Gerichtshof über kein eigenes Initiativrecht verfügt<sup>25</sup> und auf den Dialog mit den Verfahrensbeteiligten angewiesen ist. Institutionell fehlt den Richtern eine unmittelbare demokratische Legitimation<sup>26</sup> 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 Einzelfallent- 10 scheidung 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.<sup>27</sup> Der Gerichtshof hat deshalb verallgemeinerbare Rechtsregeln auf einer „mittleren Abstraktions-

18 Vgl. nur *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 75 (2011), 787, 821 ff. (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. 91 ff.; siehe zudem unten bei Rn. 42.

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, 293 ff. mwN.

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

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

23 Siehe auch insbesondere *BVerfGE* 126, 286, 305; 75, 223, 242 ff.

24 Siehe dazu auch v. *Damwitz*, *EuR* 2008, 769, 772; *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 208; *Dänzer-Vanotti*, *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, 169 ff.

27 Hinzu kommt eine Begründungspflicht; s. näher *Bengoetxea*, *Legal Reasoning*, S. 116 f., 141 ff.; *Ukrow*, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, S. 175 ff.; *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 75 (2011), 787, 838 ff. mwN.

höhe“ zwischen Norm und Fallentscheidung zu formulieren.<sup>28</sup> Um legitime Kontinuitätserwartungen der Rechtsunterworfenen nicht zu enttäuschen, sind auch gelegentliche *obiter dicta* zulässig. Im Grundsatz ist jedoch allein über den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Angesichts dieser regelmäßigen Beschränkung auf die konkret-individuelle Entscheidungsfindung besteht für nachfolgende Verfahren auch keine strenge Präjudizienbindung im Sinne der *stare decisis*-Doktrin, zumal sonst für jede Rechtsprechungsänderung ein aufwendiges Gesetzesänderungsverfahren<sup>29</sup> nötig wäre.<sup>30</sup> Wollen nationale Gerichte von der Rechtsprechung des EuGH abweichen, wird allerdings die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV jeweils aktualisiert.<sup>31</sup>

### 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 Entscheidungsfreiheit 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.<sup>32</sup> 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 Gleichgewichts“, dass sowohl der Ermessensspielraum der Verwaltung zu respektieren ist,<sup>33</sup> als auch die Entscheidungsprärogative des Unionsgesetzgebers, da Letzterer sonst als Rechtsbildungsinstanz funktionslos bliebe.

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

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

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

31 Zu den Ausnahmen der Vorlagepflicht nach der „*acte-clair*-Doktrin“ s. näher Schmidt-Räntsch, in diesem Band, § 23 Rn. 26 ff.; Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, S. 626 f. mwN.

32 Vgl. EuGH v. 6.5.2008 – Rs. C-133/06 *Parlament ./. Rat*, Slg. 2008, I-3189 Rn. 56 f.; EuGH v. 22.5.1990 – Rs. C-70/88 *Parlament ./. Rat*, Slg. 1990, I-2041 Rn. 21 ff.; zur Vergleichbarkeit mit der herkömmlichen Gewaltenteilung siehe näher Häberle, *Europäische Verfassungslehre* (7. Aufl. 2011), S. 422 ff.; Goeters, *Das institutionelle Gleichgewicht – seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (2008), S. 248 ff.; Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, S. 194 ff.

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

**bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit.** Im Unterschied zu den Mitgliedstaaten 15 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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> Eine justitielle Bindung wird dabei insbesondere mit dem Argument verneint, dass die europäischen Gerichte für die ihnen zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten eine ausschließliche Kompetenz besitzen.<sup>36</sup> 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 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.<sup>37</sup>

#### b) Die inhaltliche Dimension

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

**aa) Die Wortsinngrenze.** Der Wortlaut des Gesetzes ist nicht nur Ausgangspunkt der Interpretation,<sup>38</sup> 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 Vertrauensstatbestand 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 indes zu keiner prinzipiellen Verringerung der Begrenzungsfunktion des Wortlauts.<sup>39</sup> 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 übereinstimmen-

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

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

36 Vgl. v.d. Groeben/Schwarze-Zuleeg, Art. 5 EG Rn. 34; *Lenz/Borchardt-Langguth*, Art. 5 EUV Rn. 28; *Hirsch*, FS Odersky (1996), S. 200.

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

38 Entsprechend verfährt auch der EuGH; vgl. nur exemplarisch EuGH v. 23.3.1982 – Rs. 53/81 *Levin*, Slg. 1982, 1035 Rn. 9; s. ferner *Colneric*, EuZA 2008, 212, 216; *dies.*, ZEuP 2005, 225, 226 f.; *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, S. 77 mwN.

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

den Sprachfassungen, ein Vorrang des gemeinsamen Minimums aller Sprachfassungen sowie die Maßgeblichkeit jener Sprachfassung, die den Unionsbürger am wenigsten belastet.<sup>40</sup> Weitere Varianten sind denkbar<sup>41</sup> 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 nach dem Zusammenhang und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.“<sup>42</sup>

- 18 **bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht.** Ebenso wie in der nationalen Methodendiskussion wird in Bezug auf das Unionsrecht die traditionelle Kontroverse über das Ziel der Auslegung geführt.<sup>43</sup> Richtigerweise ist auch im sekundären Unionsrecht primär die gesetzgeberische Regelungsabsicht maßgebend.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> Mittlerweile berücksichtigt daher auch der EuGH zunehmend die Gesetzesmaterialien.<sup>46</sup>

### c) Die zeitliche Dimension

- 19 Gesetze können schon vor ihrem Inkrafttreten eine Rechtsfortbildungsschranke begründen.<sup>47</sup>
- 20 **aa) Die Vorwirkung.** Für den Gerichtshof ergibt sich die Pflicht zur Berücksichtigung von noch nicht in Kraft getretenen Gesetzen aus dem Prinzip der Unionsverfassungsorgantreue.<sup>48</sup> Eine Sperrwirkung entsteht in der Regel erst mit der Veröffentlichung des zukünftigen Legisla-

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 S. 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. 151f. („klarste Fassung“, „Vorrang des Urtextes“).

42 EuG v. 17.5.2013 – verb. Rs. T-147/09 und T-148/09 *Trelleborg ./. Kommission*, Rn. 73; EuGH v. 1.4.2004 – Rs. C-1/02 *Borgmann*, Slg. 2004, I-3219 Rn. 25 mwN.; s. hierzu auch *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH (2008), S. 37 ff.

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

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

45 Einzelheiten bei *Streinz-Gellermann*, Art. 15 AEUV Rn. 7 ff.; *Calliess/Ruffert-Wegener*, Art. 15 AEUV Rn. 6 ff.

46 Vgl. etwa EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr*, Rn. 43 ff.; EuGH v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08 *Pammer*, Slg. 2010, I-12527 Rn. 43; EuGH v. 10.9.2009 – Rs. C-199/08 *Eschig*, Slg. 2009, I-8295 Rn. 57 f.; s. zur Judikatur des EuGH auch *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To say What the Law of the EU Is, S. 22 ff.; *W.-H. Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 800; *Leisner*, EuR 2007, 689 m.umf.N.

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

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

tivakts im Amtsblatt der EU gem. Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 S. 1 AEUV.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> 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“<sup>51</sup> inspirieren sowie legitimieren und damit zugleich für Rechtssicherheit sorgen.

**bb) Die Rückwirkung.** Im Unterschied zur Vorwirkung beruht die Rückwirkung auf dem 21 Anwendungsbefehl eines in Kraft befindlichen Gesetzes. Dieses ist prinzipiell bindend, solange es nicht wegen eines Primärrechtsverstoßes für nichtig erklärt wurde.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup>

## 2. Die Bindung an das Präjudiz

Die richterlichen Rechtsfortbildungsoptionen werden nicht nur durch legislative Vorgaben, son- 22 dern auch durch Präjudizien begrenzt.

### a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit

Im Unterschied zum *Common Law* gibt es im Unionsrecht keine strikte Präjudizienbindung im 23 Sinne einer Rechtsfortbildungssperre.<sup>54</sup> Dadurch wird der Gefahr einer Versteinigung der Rechtsprechung vorgebeugt und verbesserte Rechtserkenntnisse können sich durchsetzen. Folgerich-

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

<sup>50</sup> EuGH v. 18.12.1997 – Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411 Rn. 35 ff., 44 f.; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 Rn. 68 (egal, ob die nationale Regelung die Umsetzung bezweckt oder nicht); EuGH v. 4.7.2006 – Rs. C-212/04 *Adeneler u.a.*, Slg. 2006, I-6057 Rn. 122 (Unterlassenspflicht gilt auch für nationale Gerichte); EuGH v. 23.4.2009 – Rs. C-378/07 bis C-380/07 *Angelidaki u.a.*, Slg. 2009, I-3071 Rn. 206; s. dazu auch *Röthel*, ZEuP 2009, 34, 36 ff.

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

<sup>52</sup> Siehe dazu auch unten Rn. 42 ff.

<sup>53</sup> EuGH v. 25.1.1979 – Rs. 98/78 *Racke*, Slg. 1979, 69 Rn. 20; zuletzt EuGöD v. 13.3.2013 – Rs. F-125/11 *Isabel Mendes*, Rn. 72; siehe ferner auch *Streinz-Kopp*, Art. 40 AEUV Rn. 106 ff. mwN.

<sup>54</sup> Vgl. auch *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 75 f.; *Edward*, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 76; *Bengoetxea*, Legal Reasoning, S. 69; siehe ferner auch schon oben Rn. 10; zum *Common Law* siehe aus neuerer Zeit *Alexander/Sherwin*, Demystifying Legal Reasoning, S. 53 ff.; *Schauer*, Thinking like a lawyer, S. 57 ff.

tig sieht sich auch der Gerichtshof durch anders lautende Urteile nicht prinzipiell an einer Rechtsfortbildung gehindert.<sup>55</sup>

### b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes

- 24 In der Regel orientiert sich der EuGH indes an seiner früheren Rechtsprechung.<sup>56</sup> Diese Selbstbindung ist im Interesse der Rechtsunterworfenen auch geboten, da Präjudizien, ebenso wie Legislativakte, einen herausragenden Vertrauenstatbestand bilden können.<sup>57</sup> 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,<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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*.<sup>60</sup>
- 25 Anders als bei einem Wandel seiner Rechtsprechung problematisiert der EuGH im Rahmen von Nichtigkeitsklagen die Rückwirkung. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet Art. 264 Abs. 2 AEUV, wonach der Gerichtshof von der grundsätzlich geltenden *ex-tunc*-Wirkung absehen kann, „falls er dies für notwendig hält“. Dieselbe Kompetenz nimmt der EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren in Anspruch, indem er sich teilweise auf eine Analogie zu Art. 264 Abs. 2 AEUV, teilweise auf den Grundsatz der Rechtssicherheit und teilweise kumulativ auf beide Aspekte stützt.<sup>61</sup> Dogmatisch geht es hierbei also nicht um das Abweichen von einem Präjudiz, sondern gleichsam um das Betreten „justitiellen Neulands“ im Wege (meist extensiver) Auslegung oder Rechtsfortbildung.<sup>62</sup> Nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH kann auch in einer solchen Konstellation die Rückwirkung nur ausnahmsweise beschränkt werden, wenn zwei grundlegende Kriterien erfüllt sind, „nämlich guter Glaube der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen.“<sup>63</sup> Rein finanzielle Folgewirkungen werden als hinreichender Be-

55 S. dazu näher GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 28.3.2007 – Rs. C-331/05 *Internationaler Hilfsfonds*, Slg. 2007, I-5475 Tz. 84 ff.; *Arnulf*, *The European Union and its Court of Justice*, S. 629 f.; *Hager*, *Rechtmethoden in Europa*, S. 254 f.; *Ukrow*, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, S. 189 f. mwN.

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

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

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

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

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

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

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

63 EuGH v. 19.12.2013 – Rs. C-262/12 *Association Vent de Colère Fédération nationale u.a.*, Rn. 40; EuGH v. 10.5.2012 – verb. Rs. C-338/11 bis 347/11 *Santander Asset Management u.a.*, Rn. 59 mwN.; s. hierzu auch *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.

schränkungsgrund nicht anerkannt, vielmehr bedarf es umfassender vertrauensrechtlicher Erwägungen.<sup>64</sup>

## IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung

Jenseits der Wortlautgrenze werden von der traditionellen deutschsprachigen Methodenlehre die Bereiche *praeter* und *contra legem* unterschieden.<sup>65</sup> Gegen das Gesetz kann allerdings auch innerhalb der Wortlautgrenze judiziert werden, wenn bei mehreren möglichen (normtextuellen) 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 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.<sup>66</sup> Folgt man hingegen der subjektiven Auslegungslehre, wird der *contra-lemem*-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“<sup>67</sup> zurückzugreifen.<sup>68</sup> Es ist allerdings unschädlich, wenn der EuGH dieser Terminologie nur vereinzelt folgt,<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> Im Anschluss an die Terminologie im internationalen Einheitsrecht kann man deshalb interne von externen Lücken unterscheiden<sup>71</sup> und beide Systeme entsprechend abgrenzen.

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

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

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

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

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

69 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; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, Slg. 2009, I-5295 Rn. 35; s. auch GA *Sharpston* v. 26.9.2013 – Rs. C-366/12 *Finanzamt Dortmund-West ./.* *Klinikum Düsseldorf*, Tz. 57.

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

71 Vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 605 ff.; *Fleischer*, *RebelsZ* 75 (2011), 700, 713 f.; entgegen *Metzger*, *Extra legem, intra ius*, S. 397 ff. erscheint diese Terminologie vor allem zur Abgrenzung der justitiellen Kompetenzen

- 29 **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 Lückenausfüllung befugt wäre.<sup>72</sup>
- 30 **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 legifizierte.<sup>73</sup> 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,<sup>74</sup> dass den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen wird.<sup>75</sup> 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

- 31 Als Mittel zur Ausfüllung von Lücken im Sekundärrecht kommen im Wesentlichen der Gleichheitssatz sowie das Primärrecht in Betracht.
- 32 **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 T<sub>1</sub>, sondern analog auch für den gleich liegenden Tatbestand T<sub>2</sub> gilt.<sup>76</sup> Solche Analogieschlüsse finden sich immer wieder in der Rechtsprechung des EuGH.<sup>77</sup> Der Gerichtshof machte im Urteil *Krohn*<sup>78</sup> die Lückenausfüllung mittels Analogie allerdings noch von einem Verstoß gegen höherrangiges Unionsrecht, insbesondere von einem Verstoß gegen Diskriminierungsverbote, abhängig.<sup>79</sup> Diese Bezugnahme war zu restriktiv. Zum Primärrecht gehören nicht nur die

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. 51.

72 Siehe auch schon oben Rn. 15.

73 Siehe zum Umkehrschluss näher *Ahmeling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, S. 173 f.; *Beck*, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, S. 221 f. mwN.

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

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

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

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

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

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

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.<sup>80</sup> 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.“<sup>81</sup>

Geradezu ein methodologisches Lehrstück einer Gleichbehandlung im Sinne des Analogieverfahrens enthält die Entscheidung *Sturgeon*<sup>82</sup> zu Entschädigungspflichten im Flugverkehr: Zunächst arbeitet der EuGH den Unterschied zwischen der Annullierung und der Verspätung eines Fluges heraus.<sup>83</sup> Als Zwischenergebnis hält er sodann fest, dass „sich aus dem Wortlaut der Verordnung Nr. 261/2004 nicht unmittelbar“ ein Entschädigungsanspruch bei Verspätungen ergibt (Rn. 41). In der weiteren Argumentation legt der EuGH dar, dass Art. 6 der Richtlinie über Unterstützungsleistungen bei Verspätungen wegen der Verschiedenartigkeit der Schäden und der erforderlichen Sofortmaßnahmen keine abschließende Regelung darstellt (Rn. 64 ff.). Zudem verweist er auf die Begründungserwägungen (Nr. 1 bis 4, vor allem auf die Gleichstellung von Verspätung und Annullierung in Nr. 15; vgl. Rn. 43 ff., 67) sowie objektiv-teleologisch auf den jeweiligen Zeitverlust, „der angesichts seines irreversiblen Charakters nur mit einer Ausgleichszahlung ersetzt werden kann“ (Rn. 52). Schließlich vergleicht der Gerichtshof beide Sachverhalte und kommt zu dem Ergebnis (Rn. 60): „Da die von den Fluggästen im Fall einer Annullierung und einer Verspätung erlittenen Schäden einander entsprechen, können die Fluggäste verspäteter Flüge und die annullierter Flüge nicht unterschiedlich behandelt werden, ohne dass gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde.“ Man mag diese Entscheidung im Hinblick auf die konkrete Feststellung einer Regelungslücke angreifen,<sup>84</sup> methodisch demonstriert sie gleichwohl den klassischen Analogieschluss.

Umgekehrt argumentiert der EuGH beispielsweise 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.“<sup>85</sup> Zudem vergleicht der EuGH auch einzelne Gesetzgebungsakte miteinander. So hat der Gerichtshof etwa geprüft, ob die in einer bestimmten Richtlinie vorgesehene Ausnahme im Anwendungsbereich einer anderen Richtlinie analog anzuwenden ist.<sup>86</sup> Der Gerichtshof hat dies *in concreto* zwar unter Hinweis auf den unplausiblen Methodensatz, dass Ausnahmen strikt auszulegen sind,<sup>87</sup> abgelehnt, das Ergebnis aber zusätzlich in mehrfacher Hinsicht teleologisch abgesichert.<sup>88</sup>

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.<sup>89</sup> So hat der EuGH beispielsweise in der Entscheidung *Marra* ausgeführt: „Da Art. 23 dem Parlament (...) das Recht verleiht, schrift-

<sup>80</sup> S. dazu näher *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 57, 71 mwN.

<sup>81</sup> EuGH v. 14.9.2010 – Rs. C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals Ltd u.a.*, Slg. 2010, I-8301 Rn. 54 f. mwN (unter Berufung auf Art. 20, 21 GRCh); s. ferner v. d. Groeben/Schwarze-Beutler, Art. 6 EU Rn. 87.

<sup>82</sup> EuGH v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 *Sturgeon*, Slg. 2009, I-10923; zur Verspätung aufgrund verpasster Anschlussflüge EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-11/11 *Air France* ./ *Folkerts*, Rn. 25 ff.

<sup>83</sup> Eine Verspätung liegt, ungeachtet der Dauer, vor, wenn der Flug „entsprechend der ursprünglichen Flugplanung des Luftfahrtunternehmens durchgeführt wird“; Rn. 39 des *Sturgeon*-Urteils.

<sup>84</sup> Die Vorinstanzen in Deutschland und Österreich hatten Ausgleichsansprüche verneint, vgl. Rn. 16, 24 des Urteils; s. auch kritisch *Riesenhuber*, in: Karakostas/Riesenhuber (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung (2011), S. 55 ff.

<sup>85</sup> EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr*, Rn. 47 f.

<sup>86</sup> EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg. 2006, I-4137 Rn. 51.

<sup>87</sup> S. zu dieser verfehlten Auslegungsregel auch ausführlich *Riesenhuber*, in diesem Band, § 10 Rn. 62 ff.

<sup>88</sup> EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg. 2006, I-4137 Rn. 55, 53 f.

<sup>89</sup> S. hierzu auch *Beck*, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, S. 220 f. mwN.

liche 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.<sup>90</sup> 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.“<sup>91</sup>

- 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,<sup>92</sup> die man nach deutschem Sprachgebrauch als teleologische Reduktion bezeichnet, sofern der Normtext zu weit gefasst ist und eine erforderliche Einschränkung vermissen lässt. Der EuGH differenziert zwar nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung,<sup>93</sup> doch ist kennzeichnend, dass er restriktive Richtlinieninterpretationen mit dem methodischen Prolegomenon einleitet: „Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung einer Unionsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden.“<sup>94</sup> Im Übrigen ist auch in diesem Kontext das Subsidiaritätsprinzip zu beachten, so dass die Argumentationslast für eine das Sekundärrecht erweiternde und zugleich das nationale Recht einschränkende Rechtsfortbildung höher ist als im umgekehrten Fall der teleologischen Reduktion des Unionsrechts.<sup>95</sup>
- 34 Der EuGH verlangt des Weiteren hinreichende Indizien für die Annahme eines allgemeinen ungeschriebenen Grundsatzes des Sekundärrechts.<sup>96</sup> 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.“<sup>97</sup> Einen Indizwert besitzen diese Vorschriften nur, „soweit sie zwingend formuliert sind und sich der genaue Inhalt des gesuchten Grundsatzes aus ihnen ergibt“.<sup>98</sup> *In concreto* lehnt der EuGH die induktive Gewinnung eines allgemeinen Grundsatzes vor allem deshalb ab, weil sich die maßgeblichen

90 EuGH v. 21.10.2008 – Rs. C-200/07 und C-201/07 *Alfonso Luigi Marra ./. Eduardo De Gregorio u.a.*, Slg. 2008, I-7929 Rn. 22; s. ferner z.B. EuGH v. 27.10.1971 – Rs. 6/71 *Rheinmühlen Düsseldorf ./. Einfuhr- und Vorratsstelle*, Slg. 1974, 823 Rn. 5.

91 EuG v. 12.5.2011 – verb. Rs. T-267/08 und T-279/08 *Région Nord-Pas-de-Calais u.a.*, Slg. 2011, II-1999 Rn. 189 f.

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

93 S. bereits oben Rn. 2.

94 EuGH v. 1.4.2008 – verb. Rs. C-14/06 und C-295/06 *Parlament ./. Kommission*, Slg. 2008, I-1649 Rn. 67 mwN.; zuletzt EuGH v. 7.11.2013 – Rs. C-442/12 *Sneller ./. DAS Nederlandse Rechtsbijstand*, Rn. 21.

95 Vgl. *Langenbacher*, ZGR 2010, 75, 84 f.

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

97 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, Slg. 2009, I-9823 Rn. 34 m. Anm. *Klöhn*, LMK 2009, 294692; zurückhaltend auch GA *Trstenjak* v. 8.9.2011 – Rs. C-282/10 *Dominguez ./. Centre informatique*, Tz. 140.

98 EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, Slg. 2009, I-9823 Rn. 34 mwN.

Vorschriften „nur auf ganz bestimmte Situationen beziehen“,<sup>99</sup> es sich also lediglich um eine Reihe von Sondertatbeständen handelt.<sup>100</sup>

Enthält eine Richtlinie oder Verordnung kein ausdrückliches Umgehungsverbot, 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.<sup>101</sup>

**bb) Das Primärrecht.** Ebenso wie im nationalen Recht ist im Unionsrecht das niederrangige Recht im Lichte des höherrangigen Rechts zu interpretieren. Im Stufenbau des Unionsrechts bildet dabei das Primärrecht die *lex superior* gegenüber dem Sekundärrecht. Diese Normenhierarchie folgt aus dem verfassungsähnlichen Charakter des Primärrechts, insbesondere aus der Regelung des Art. 288 AEUV über die Rechtsetzungskompetenz auf der sekundären Ebene.<sup>102</sup> Vor allem der Systemgedanke sowie die Autorität der Vertragsparteien gebieten es, das abgeleitete Unionsrecht soweit als möglich primärrechtskonform auszulegen.<sup>103</sup>

Hinsichtlich der materiellen Vorgaben ist kennzeichnend, dass zum Primärrecht alle rechtsstaatlichen Grundsätze, namentlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, gehören.<sup>104</sup> Daneben sind auch die Unionsgrundrechte im Rahmen einer primärrechtskonformen Rechtsfindung mitzubetrachten.<sup>105</sup>

Terminologisch kann man im Hinblick auf die Wortlautgrenze zwischen einer primärrechtskonformen Auslegung und einer primärrechtskonformen Rechtsfortbildung unterscheiden.<sup>106</sup> Eine primärrechtskonforme Interpretation kommt aber nur subsidiär in Betracht, wenn nach Ausschöpfung der herkömmlichen *canones* eine konkrete Regelungsabsicht nicht rekonstruierbar ist.<sup>107</sup> Verfolgt der Gesetzgeber einen primärrechtswidrigen Zweck, darf die rechtswidrige Norm nicht in eine primärrechtskonforme Regelung uminterpretiert werden. Der Gerichtshof hat vielmehr eine rechtswidrige Norm für nichtig zu erklären, und zwar entweder im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV oder einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV.<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup> Bestehen hingegen mehrere Auslegungsoptionen, ist diejenige vorzuziehen, die mit dem Primärrecht vereinbar ist.<sup>110</sup>

<sup>99</sup> EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *Audiolux u.a.*, Slg. 2009, I-9823 Rn. 35.

<sup>100</sup> S. zur methodologischen Abgrenzung auch *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 97 ff.

<sup>101</sup> S. *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, Rn. 109; *von Lackum*, Die Gesetzesumgehung im Europarecht (2009), insbes. S. 196 ff. zur Umgehungsrechtsprechung des EuGH.

<sup>102</sup> Vgl. auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 363 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II, Rn. 541 f.

<sup>103</sup> Vgl. auch *Leible/Domröse*, in diesem Band, § 8 Rn. 22 ff.; *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 895 ff.

<sup>104</sup> S. näher *Trstenjak/Beysen*, *EuR* 2012, 265 ff.; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik II*, Rn. 177 ff.; *Tridimas*, *The General Principles of EU Law* (2. Aufl. 2006), S. 136 ff. mwN.

<sup>105</sup> S. näher *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik II*, Rn. 180 ff.; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch-Rebhahn*, *Klang-Kommentar zum ABGB* (3. Aufl. 2014), Nach §§ 6 und 7 Rn. 66 ff. mwN.

<sup>106</sup> Vgl. auch *Ukrow*, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, S. 197.

<sup>107</sup> Siehe auch *Neuner*, *Privatrecht und Sozialstaat*, S. 194.

<sup>108</sup> Vgl. auch *Riesenhuber*, *System und Prinzipien*, S. 63.

<sup>109</sup> Vgl. auch unten Rn. 44.

<sup>110</sup> Vgl. EuGH v. 13.12.1983 – Rs. 218/82 *Kommission ./ Rat*, Slg. 1983, 4063 Rn. 15; EuG v. 9.7.2009 – verb. Rs. T-246/08 und T-332/08 *Melli Blank*, Slg. 2009, II-2629 Rn. 76.

### c) Die Grenzen der Lückenausfüllung

- 39 Das sekundäre Unionsrecht 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.<sup>111</sup> Eine Lückenausfüllung scheidet im Wesentlichen nur in zwei Fällen aus:
- 40 **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 Bußgeldern durch die EU-Kommission).<sup>112</sup> Über den Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* hinaus ist ein Analogieverbot ganz generell bei belastenden Eingriffen indiziert.<sup>113</sup> So lehnt auch der EuGH namentlich im Abgabenrecht eine analoge Anwendung von Regelungen prinzipiell ab, die den einzelnen Bürger belasten.<sup>114</sup>
- 41 **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.<sup>115</sup> Der EuGH sieht sich zu einer Lückenausfüllung außer Stande, wenn bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zu treffen sind. Das Gleiche gilt, wenn mehrere primärrechtskonforme Regelungsalternativen bestehen.<sup>116</sup> Der EuGH verweist zur Lückenausfüllung dann folgerichtig auf die nationalen Gerichte und Gesetzgeber<sup>117</sup> sowie die zuständigen Unionsorgane.<sup>118</sup>

## 2. Die Rechtsfindung *contra legem*

- 42 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 unbefrie-

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

112 Vgl. EuGH v. 25.9.1984 – Rs. 117/83 *Könecke*, Slg. 1984, 3291 Rn. 11, 13, 16; EuGH v. 29.3.2011 – Rs. C-352/09 *ThyssenKrupp*, Slg. 2011, I-2359 Rn. 80: „(...) verlangt, dass eine unionsrechtliche Regelung klar die Zuwiderhandlungen und die Sanktionen definiert (...)“; *Langenbucher*, JbJZ 1999, S. 76f.; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 289 ff. mwN.

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

114 EuGH v. 15.12.1987 – Rs. 325/85, *Irland ./. Kommission*, Slg. 1987, 5041 Rn. 18; s. auch EuGH v. 5.5.2011 – Rs. C-201/10 und C-202/10 *Ze Fu Fleischhandel und Vion Trading ./. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Slg. 2011, I-3545 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 zuwider, 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 (...)“

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

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

117 EuGH v. 19.9.2000 – Rs. C-454/98 *Schmeink & Cofreth und Strobel*, Slg. 2000, I-6973 Rn. 48f.; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-566/07 *Stadeco*, Slg. 2009, I-5295 Rn. 35; s. ferner auch schon EuGH v. 11.5.1983 – Rs. 87/82 *Rogers*, Slg. 1983, 1579 Rn. 21.

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

digend erachtet.<sup>119</sup> Wie bei jedem Prinzip gibt es allerdings auch in Bezug auf die richterliche Gesetzesbindung Ausnahmen.<sup>120</sup> Folgerichtig bestimmt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, dass der Gerichtshof das „Recht“ und nicht allein das „Gesetz“ zu wahren hat.<sup>121</sup>

### a) Die Feststellung der Nichtigkeit

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.<sup>122</sup> Diese Verwerfungskompetenz umfasst alle Fälle, in denen eine Sekundärrechtsnorm mit dem Primärrecht kollidiert. Den Maßstab bilden dabei insbesondere auch die in den Mitgliedstaaten anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätze gem. Art. 2 EUV<sup>123</sup> sowie die gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 EUV einbezogenen Grundrechte der GRCh und der EMRK.

### 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 moderateste 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.

### 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

<sup>119</sup> 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 *Vogenaue*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 395ff. mwN; aus steuerrechtlicher Sicht *Leith*, UVR 2008, 138ff.; aus arbeitsrechtlicher Sicht *Wank*, FS Birk (2008), S. 929ff.

<sup>120</sup> Siehe dazu näher *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 139ff.

<sup>121</sup> 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 verfehlt) These von der notwendigen Rückführung richterlicher Entscheidungen auf Normtexte aufrechterhalten zu können.

<sup>122</sup> Vgl. z.B. EuGH v. 21.1.2003 – Rs. C-378/00 *Kommission ./. Parlament und Rat*, Slg. 2003, I-937 Rn. 72; EuGH v. 12.11.1996 – Rs. C-84/94 *Vereinigtes Königreich ./. Rat*, Slg. 1996, I-5755 Rn. 37; siehe zur Kontrolle durch den Gerichtshof auch *Everling*, FG Gündisch (1999), S. 92ff., mit krit. Anmerkungen zu dessen relativ weitgehender Zurückhaltung gegenüber dem Unionsgesetzgeber.

<sup>123</sup> Siehe dazu auch schon oben Rn. 37 sowie *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 458ff. mwN.

in der Natur der Sache“.<sup>124</sup> Ein *contra-legem*-Judizieren kommt also in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen in Betracht, wenn der konkrete Streitfall vom gesetzlich fixierten Normaltypus so eklatant abweicht, dass die Gesetzesbindung zu einem untragbaren Ergebnis führen würde.

## V. Schlussbetrachtung

- 46 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 unionsrechtlicher Vorgaben. Der Gerichtshof muss bei seiner Kompetenzausübung auch keiner bestimmten Methodenterminologie folgen, solange die maßgeblichen Sachkriterien beachtet werden.<sup>125</sup> Dazu zählen vor allem die Grundsätze der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes. Der Gerichtshof ist deshalb in seiner Methodenwahl nicht frei.<sup>126</sup> Er hat vielmehr auch bei der Fortbildung des sekundären Unionsrechts in erster Linie die Wertungen des Primärrechts zu achten.

<sup>124</sup> Aristoteles, Die Nikomachische Ethik (Übersetzung von O. Gigon) (7. Aufl. 2006), 1137b 18f.; siehe dazu auch Schauer, Thinking like a lawyer, S. 119f.

<sup>125</sup> Siehe i.Ü. die berechnete Forderung von Kühling/Lieth, EuR 2003, 371, 384 nach einer behutsamen Übertragung nationaler dogmatischer Figuren auf unionsrechtliche Fragestellungen.

<sup>126</sup> 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 zu dieser Einschätzung des Vizepräsidenten des EuGH Fenyves/Kerschner/Vonkilch-Rebhahn, Klang-Kommentar zum ABGB (3. Aufl. 2014), Nach §§ 6 und 7 Rn. 28.