

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle)

Von Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs* und Dr. Markus Ludwigs**, Bonn

Fordert das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung eine richterliche Rechtsfortbildung über den Wortlaut der Norm hinaus? Wenn ja, wer bestimmt über ihre Grenzen, das Europarecht oder das nationale Recht? Und schließlich: Kann der deutschen Methodenlehre hier überhaupt noch eine substantielle Bedeutung zukommen? Grundlegende Fragen, die sich bei der Bewertung der Quelle-Entscheidung des BGH vom 26.11.2008 stellen. Das oberste deutsche Zivilgericht hat hier erstmals Umfang und Grenzen einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des nationalen Rechts geprägt. Anlass genug, die neue Rechtsfigur in das Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen einzuordnen. Hierzu sind in einem ersten Teil des Beitrags zunächst die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der richtlinienkonformen Auslegung zu beleuchten, bevor der Fokus im zweiten Teil auf ihre Implementierung im nationalen Recht gerichtet wird.

1. Teil: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

I. Der Fall „Quelle“

Gegenstand der Entscheidung des BGH in der Rechtssache „Quelle“ war die Klage eines Verbraucherverbandes (i.S.v. § 4 UKlaG) gegen das Versandhandelsunternehmen „Quelle“ auf Rückzahlung von geleistetem Nutzungersatz in Höhe von 67,86 € nebst Zinsen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.¹ Gestützt auf eine entsprechende Ermächtigung vertrat der Kläger dabei die Interessen einer Verbraucherin, die von der Beklagten ein „Herd-Set“ zum Preis von 524,90 € für ihren privaten Gebrauch erworben hatte. Nach Feststellung eines unbehebbar Mangels des Geräts wurde dieses ausgetauscht. Im Gegenzug verlangte die Beklagte Nutzungersatz gem. § 439 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, § 100 BGB, den die Käuferin in der Folge auch zahlte. Die mit der Sache befassten Instanzgerich-

te² gaben dem Antrag auf Rückzahlung des geleisteten Betrages – in Übereinstimmung mit einer Literaturmeinung, wonach der Käufer für die Nutzung einer mangelhaften Sache nicht zum Ersatz verpflichtet sein soll³ – zunächst statt. Der BGH setzte das Verfahren durch Beschluss vom 16.8.2006⁴ dagegen aus und ersuchte den EuGH gem. Art. 234 EG um Vorabentscheidung. Die Vorlage zielte auf Klärung der Frage, ob die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 i. V. mit Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 oder Art. 3 Abs. 3 S. 3 der Richtlinie 1999/44/EG⁵ (im Folgenden: VerbrGKRL) dahin auszulegen sind, dass sie eine nationale Regelung ausschließen, wonach der Verkäufer bei einer Ersatzlieferung vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung der zunächst gelieferten mangelhaften Sache verlangen kann.

Mit Urteil vom 17.4.2008 entschied der EuGH, dass Art. 3 der VerbrGKRL einer nationalen Regelung entgegenstehe, die dem Verkäufer „gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen“.⁶ Die deutsche Regelung zum Nutzungersatz bei Nachlieferung in § 439 Abs. 4 BGB konnte damit als richtlinienwidrig gelten.⁷ Zur Begründung führte der EuGH aus, Art. 3 VerbrGKRL statuiere eine „Garantie der Unentgeltlichkeit“, die jeder finanziellen Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts, auf das sich der Vertrag beziehe, entgegenstehe.⁸ Der Verbraucher solle auf diese Weise vor drohenden finanziellen Belastungen

² Vgl. LG Nürnberg-Fürth NJW 2005, 2558; OLG Nürnberg NJW 2005, 3000.

³ Vgl. dazu im Einzelnen *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1970 ff.), dabei insbesondere auf die Unterschiede zum Rücktrittsrecht verweisend; *dies.*, JuS 2006, 203 (204); kritisch auch *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 BGB Rn. 19; *Weidenkaff* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 439 BGB Rn. 25. Anders aber die h.M., die einen Anspruch auf Nutzungersatz im Rahmen von § 439 Abs. 4 BGB bejahte. Vgl. dazu die umfangreichen Nachweise bei BGH NJW 2006, 3200 (3201).

⁴ Vgl. BGH NJW 2006, 3200.

⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171, S. 12.

⁶ EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 43 (Quelle) = NJW 2008, 1433; vgl. hierzu z.B. *Staudinger*, ZJS 2008, 309.

⁷ Vgl. in diesem Sinne schon vor der Entscheidung des EuGH z. B. *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1973); *Lorenz* (Fn. 3), Vor § 474 BGB Rn. 19; *Roth*, JZ 2001, 474 (489).

⁸ EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 33 f. (Quelle) = NJW 2008, 1433; z.T. kritisch hierzu *Herresthal*, NJW 2008, 2475 (2476 f.).

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht, Prof. Dr. *Nina Dethloff*, LL.M., Universität Bonn.

** Der Autor ist Akademischer Rat und Habilitand am Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl Prof. Dr. *Matthias Schmidt-Preuß*, Universität Bonn.

¹ Daneben hatte der Kläger den Antrag gestellt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, Verbrauchern im Falle der Ersatzlieferung Beträge für die Nutzung der mangelhaften Ware in Rechnung zu stellen. Auf diesen Antrag wird im Folgenden mangels eigenständiger Relevanz für die Thematik der richtlinienkonformen Auslegung nicht näher eingegangen.

geschützt werden, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.⁹

Der BGH war in seinem Urteil vom 26.11.2008 zwar an das Auslegungsergebnis des EuGH gebunden. Klärungsbedürftig blieb aber, inwieweit den Vorgaben mit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB entsprochen werden konnte. Diesbezüglich verneinte der BGH zunächst die Möglichkeit einer richtlinienkonformen „Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts“¹⁰ (sog. Auslegung im engeren Sinne). In einem weiteren Schritt stellte sich ihm die Frage nach der Möglichkeit einer *richtlinienkonformen Rechtsfortbildung*. Der BGH bejahte eine solche und entschied sich für die teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB „auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt“.¹¹ Danach sei die Vorschrift für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs dahingehend anzuwenden, dass „die in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen, hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen“.¹²

Inzwischen hat auch der Gesetzgeber auf die Entscheidung des EuGH reagiert und das nationale Recht richtlinienkonform ausgestaltet¹³: Nach dem neu gefassten § 474 Abs. 2 S. 1 BGB ist § 439 Abs. 4 BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf nunmehr mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.

II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen der richtlinienkonformen Auslegung

1. Entwicklung und Geltungsgrund

Die Figur der richtlinienkonformen Auslegung gehört spätestens seit den Entscheidungen von *Colson* und *Kamann* sowie *Harz* zum Standardrepertoire des EuGH.¹⁴ Sie dient der Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts¹⁵ und stellt auf diese Weise eine – im Grundsatz außer Streit stehende¹⁶ – Sonderform der gemeinschaftsrechtskon-

formen Auslegung dar.¹⁷ Den normativen Anknüpfungspunkt bildet neben dem Umsetzungsbefehl gemäß Art. 249 Abs. 3 EG und der Loyalitätspflicht aus Art. 10 EG auch die jeweilige Richtlinie selbst.¹⁸ Eine – von Teilen der Literatur vertretene¹⁹ – Herleitung aus dem normtheoretischen Vorrang der Richtlinie vor nationalem Recht ist demgegenüber abzulehnen. Gegen sie spricht, dass die richtlinienkonforme Auslegung – anders als der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – gerade nicht die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinie voraussetzt.²⁰ Vorrangwirkung entfaltet freilich Art. 249 Abs. 3 EG, der die Zielverbindlichkeit der Richtlinie anordnet. Daraus folgt, dass die Richtlinie bei der Auslegung des nationalen Rechts maßgeblich und vorrangig zu berücksichtigen ist.²¹ In diesem Sinne lässt sich auch von der richtlinienkonformen Auslegung als „interpretatorischer Vorrangregel“ sprechen.²²

2. Inhalt der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung

Inhaltlich statuiert das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung die an alle Träger öffentlicher Gewalt gerichtete *Verpflichtung*, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu ergreifen, um das mit der Richtlinie vorgegebene Ziel zu erreichen.²³ Angesprochen sind damit neben den Verwaltungsbehörden auch und gerade die nationalen Gerichte. Sie haben „unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles [zu] tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten

Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EG Rn. 116 mit Fn. 411; aus der Lit.: *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (59); kritisch dagegen etwa noch *Scherzberg*, JURA 1993, 225 (231 f.), der nur ein Gebot der richtlinienkonformen Auslegung *kraft nationalen Rechts* anerkennt, dabei aber die Bindung von Gerichten und Behörden an die Zielvorgaben der Richtlinie negiert.

⁹ EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 34 (Quelle) = NJW 2008, 1433.
¹⁰ Vgl. *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (81).
¹¹ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 21.
¹² BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 26.
¹³ Vgl. BGBI. I S. 2399; zur Begründung der Neuregelung siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 15.10.2008, BT-Drs. 16/10607, S. 5 f.
¹⁴ EuGH, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26 (von Colson und Kamann), wo erstmals eine *Verpflichtung* zur richtlinienkonformen Auslegung formuliert wird; EuGH, Slg. 1984, S. 1921 (Harz); zur Entwicklung der Rspr. des EuGH siehe *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 31 ff., 46 ff., 66 ff.
¹⁵ EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 114 (Pfeiffer u.a.) m.w.N.
¹⁶ BVerfGE 75, 223 (237 ff.); vgl. auch die Nachweise aus der Rspr. von BAG, BGH, BFH und BVerwG bei *Ruffert*, in:

Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EG Rn. 116 mit Fn. 411; aus der Lit.: *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (59); kritisch dagegen etwa noch *Scherzberg*, JURA 1993, 225 (231 f.), der nur ein Gebot der richtlinienkonformen Auslegung *kraft nationalen Rechts* anerkennt, dabei aber die Bindung von Gerichten und Behörden an die Zielvorgaben der Richtlinie negiert.

¹⁷ EuGH, NZA 2008, 581 Rn. 101 (Impact); Slg. I 2004, S. 835 Rn. 114 ff. (Pfeiffer u.a.); aus der Lit.: *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 102 ff. m.w.N.; für eine strikte terminologische Trennung zwischen *richtlinienkonformer* Auslegung und – „auf dem Primat des EG-Rechts [beruhender]“ – *gemeinschaftsrechtskonformer* Auslegung dagegen *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (49).

¹⁸ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 113 (Adeneler); EuGH, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26 (von Colson und Kamann); zu unterschiedlichen Begründungsansätzen: *Brechmann* (Fn. 14), S. 127 ff.; 247 ff.
¹⁹ Vgl. z.B. GA *Cosmas*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 1997, S. 6843 Rn. 22 (Daihatsu); aus der Lit. zuletzt *Wölker*, EuR 2007, 32 (43).
²⁰ Vgl. nur *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die EG, 1999, S. 294, 297 m.w.N.
²¹ *Herrmann* (Fn. 17), S. 133.

²² Ausführlich hierzu im 2. Teil unter III. 1.
²³ StRspr. seit EuGH, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26 (von Colson und Kamann).

und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt²⁴. Dies beinhaltet auch die ständige Aufgabe, die Rechtsprechung des EuGH zum Richtlinienrecht im Rahmen der Auslegung des nationalen Rechts nachzuvollziehen.²⁵

Richtet man den Blick auf den Fall „Quelle“, so wird deutlich, dass der BGH als vorlegendes Gericht bei der Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB an die Interpretation des EuGH im Hinblick auf Art. 3 VerbrGKRL gebunden war. Über den konkreten Rechtsstreit hinaus ergibt sich auch die Verpflichtung jedenfalls der letztinstanzlichen Gerichte, vor einem Abweichen von der Auslegung des EuGH erneut vorzulegen.²⁶

3. Gegenstand

Gegenstand des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung ist das gesamte nationale Recht²⁷, einschließlich der Verfassungen der Mitgliedstaaten.²⁸ Mit Blick auf die „volle Wirksamkeit“ und die Zielverbindlichkeit der Richtlinie kann es dabei nicht darauf ankommen, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt.²⁹ Ebenso wenig ist entscheidend, ob die innerstaatlichen Bestimmungen spezifisch zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie erlassen wurden.³⁰

Unterwirft ein Mitgliedstaat Sachverhalte, die *nicht* von der Richtlinie erfasst werden, bewusst den richtlinienrechtlichen Regelungen, so spricht man von einer „überschießenden Umsetzung“.³¹ Eine klare Antwort auf die sich stellende Frage, ob die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung dann auch für das „überobligatorisch angeglichene Recht“³² gilt, hat der EuGH in seiner Recht-

sprechung³³ bislang nicht gegeben. In der Sache erscheint maßgeblich, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht weiter reichen kann, als der durch den Anwendungsbereich der Richtlinie begrenzte Umsetzungsbefehl.³⁴ Daraus folgt, dass sich die Entscheidung über eine einheitliche oder gespaltene Auslegung allein nach nationalem Recht bestimmt. Etwas anderes wird man allenfalls dann annehmen können, wenn bei einer gespaltenen Auslegung die Wirksamkeit der Richtlinienvorschrift beeinträchtigt würde.³⁵

Die Frage nach einer überschießenden Umsetzung beschäftigte auch den BGH in seinem *Quelle*-Urteil. Insoweit war einerseits zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber in § 13 BGB einen Verbraucherbegriff geschaffen hat, der über die Vorgaben des Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL hinausgeht.³⁶ Andererseits ist eine überschießende Umsetzung auch dahingehend vorgenommen worden, dass § 439 Abs. 4 BGB nicht nur für die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Verbrauchsgüterkäufe gilt. Vielmehr ist die Vorschrift unterschiedslos für sämtliche Kaufverträge, also z. B. auch solche zwischen Unternehmern, konzipiert worden. Das Gemeinschaftsrecht macht hier indes, wie gezeigt, keine Vorgaben hinsichtlich einer einheitlichen Auslegung auch des jeweils überschießend umgesetzten Teils. Auf die Frage, inwieweit sich eine derartige Verpflichtung aus dem *nationalen Recht* ergibt, wird zurückzukommen sein.³⁷

4. Qualitative Voraussetzungen

Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung unterliegt *als solches* keinen qualitativen Anforderungen.³⁸ Insbesondere setzt es – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung³⁹ – nicht die inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Bestimmtheit der Richtlinie voraus. Einer Übertragung dieser für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien geltenden Kriterien steht entgegen, dass die richtlinienkonforme Auslegung stets an das *nationale Recht* anknüpft. Auf die inhaltliche

²⁴ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 111 (Adeneler) m.w.N.

²⁵ Roth, EWS 2005, 385 (re. Sp.).

²⁶ Siehe dazu allgemein Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 861; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 234 EG Rn. 38.

²⁷ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 111 (Adeneler); Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 115 f., 118 f. (Pfeiffer u.a.). Zur Auslegung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats aufgrund einer kollisionsrechtlichen Verweisung vgl. Roth, EWS 2005, 385 f.

²⁸ Statt vieler Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 298 f.; kritisch Di Fabio, NJW 1990, 947 (948 ff.). Neben der richtlinienkonformen Auslegung verbleibt Raum für eine *verfassungskonforme Auslegung*, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum einräumt (darauf hinweisend Schroeder, in: Streinz [Hrsg.], EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rn. 128 mit Fn. 408 m.w.N.).

²⁹ Vgl. aus der Rspr.: EuGH, Slg. I 1990, S. 4135 Rn. 8 (Marleasing); Slg. I 2000, S. 4941 Rn. 30, 32 (Océano).

³⁰ EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 115 (Pfeiffer u.a.).

³¹ Vgl. Herrmann (Fn. 17), S. 127; grundlegend Habersack/Mayer, JZ 1999, 913.

³² Leible, Wege zu einem einheitlichen Privatrecht, 2003, S. 308 (zitiert nach Herrmann [Fn. 17], S. 127).

³³ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-48/07 Rn. 27 (État belge); Slg. I 1997, S. 4161 Rn. 32 ff. (Leur-Bloem); in der Literatur wird die Frage überwiegend verneint, vgl. z.B. Habersack/Mayer, JZ 1999, 913 (919); Hommelhoff, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, 889 (913 ff.); Lutter, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 571 (574 f.); Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545 (548 f.); anders aber Roth, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. II, 2000, S. 847 (883 ff.); s. auch Büdenbender, ZEuP 2004, 36 (47 f.).

³⁴ Statt vieler: Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545 (548 f.); Mörsdorf, ZIP 2008, 1409 (1416).

³⁵ Ebenso Remien, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 14 Rn. 34, unter Rekurs auf EuGH, Slg. I 1998, S. 4695 Rn. 34 (ICI).

³⁶ Vgl. dazu Heinrichs in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 13 BGB Rn. 3.

³⁷ Ausführlich dazu im 2. Teil unter III. 3.

³⁸ Eingehend Herrmann (Fn. 17), S. 113 f.

³⁹ Rüffler, ÖJZ 1997, 121 (124 f.); Scherzberg, JURA 1993, 225 (232); undeutlich EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 102 ff. (Pfeiffer u.a.), hierzu aber Roth, EWS 2005, 385 (387).

Unbedingtheit und hinreichende Bestimmtheit der *Richtlinie* kann es dann aber nicht ankommen.⁴⁰

Zu beachten ist freilich, dass die sachlich inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie entscheidend für die Bestimmung der *Reichweite* des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung sind: Wird den Mitgliedstaaten darin etwa ein Umsetzungsspielraum eingeräumt, dann muss sich die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens bewegen.⁴¹

5. Maßgeblicher Zeitpunkt

In zeitlicher Hinsicht beginnt die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung mit Ablauf der Umsetzungsfrist.⁴² Dies folgt schon daraus, dass erst mit Fristende die Herstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage geboten ist.⁴³ Zwar ist es den Mitgliedstaaten auch schon vorher untersagt, die Verwirklichung der Richtlinienziele durch nationale Maßnahmen in Frage zu stellen.⁴⁴ Die *nationalen Gerichte* müssen es soweit wie möglich unterlassen, „das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde“.⁴⁵ Dieses „Frustrationsverbot“⁴⁶ bezieht sich aber allein auf das effektive Wirksamwerden der Richtlinie *nach Fristablauf*.⁴⁷

Der Ablauf der Umsetzungsfrist bildet im Übrigen selbst dann den maßgeblichen Zeitpunkt für die Aktivierung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung, wenn der nationale Gesetzgeber die Richtlinie schon vor Fristablauf (ganz oder teilweise) umgesetzt hat.⁴⁸ Denn der Inhalt der *gemeinschaftsrechtlichen* Pflicht wird durch den nationalen Umsetzungsakt nicht modifiziert.⁴⁹ Eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung vorfristi-

ger Umsetzungsmaßnahmen wird sich aber regelmäßig *aus dem nationalen Recht* ergeben: Sie folgt aus dem Kanon der nationalen Auslegungsregeln, insbesondere dem Umsetzungswillen des Gesetzgebers.⁵⁰

Von der Pflicht der nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung vor Fristablauf ist die Frage zu unterscheiden, ob die Richtlinienvorgaben in diesem Stadium zumindest berücksichtigt werden *dürfen*. Praktisch ist dies dann relevant, wenn der nationale Gesetzgeber noch nicht tätig geworden ist. Das Gemeinschaftsrecht enthält für diesen Fall keine Vorgaben, so dass die Antwort erneut im nationalen Recht zu suchen ist.⁵¹ Als problematisch erweist sich dabei der drohende Eingriff der Gerichte in den Kompetenzbereich des (Umsetzungs-)Gesetzgebers. Dem Rechnung tragend hat der *BGH* im „Testpreis-Angebot“-Urteil einen differenzierenden Ansatz gewählt. Danach ist eine „richtlinienkonforme Auslegung“ zulässig, „solange sich die Konformität mittels [einfacher] Auslegung im nationalen Recht [...] herstellen lässt und soweit dem Gesetzgeber ohnehin kein Spielraum bei der Umsetzung bleibt“.⁵² Sollte damit gemeint sein, dass die Richtlinie bei einer „interpretatorischen Gesamtabwägung“ als eines unter mehreren Auslegungselementen berücksichtigt werden kann⁵³, ist dem zuzustimmen.

6. Abgrenzung zur unmittelbaren Wirkung

Zwischen den Instituten der „unmittelbaren Wirkung von Richtlinien“ und der „richtlinienkonformen Auslegung“ besteht ein *kategorialer Unterschied*: Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bedeutet gerade nicht, dass einer Richtlinienbestimmung „irgendeine unmittelbare Wirkung zwischen den Einzelnen verliehen würde“.⁵⁴ Vielmehr kommt eine Direktwirkung hier allein den richtlinienkonform ausgelegten *nationalen Vorschriften* selbst zu.⁵⁵ Dementsprechend rückt bei der richtlinienkonformen Auslegung die Spannungslage zwischen (nationaler) Legislative und (nationaler) Judikative in den Fokus, während Fragen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien allein das Rangverhältnis zwischen der nationalen Rechtsordnung und der Gemeinschaftsrechtsordnung betreffen.⁵⁶

In Betracht kommt eine richtlinienkonforme Auslegung vor allem dann, wenn eine Richtlinie – wie regelmäßig – *keine* unmittelbare Wirkung entfaltet. Dies ist insbesondere

⁴⁰ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50).

⁴¹ Näher *Herrmann* (Fn. 17), S. 113 ff. m.w.N.

⁴² EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 115 (Adeneler); undeutlich noch EuGH, Slg. 1987, S. 3969 Rn. 16 (Kolpinghuis Nijmegen); aus der Lit. statt vieler: *von Danwitz*, JZ 2007, 697 (699); *Götz*, NJW 1992, 1849 (1854); für ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens dagegen: GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 44 ff. (Adeneler); *Steindorff*, AG 1988, 57 (58); differenzierend *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (52).

⁴³ *Schroeder* (Fn. 28), Art. 249 EG Rn. 130; vgl. auch schon *Lutter*, JZ 1992, 593 (605).

⁴⁴ EuGH, Slg. I 1997, S. 7411 Rn. 40 ff. (Inter-Environnement Wallonie); Slg. I 2003, S. 4431 (ATRAL); Slg. I 2005, S. 9981 Rn. 67 (Mangold).

⁴⁵ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 123 (Adeneler).

⁴⁶ So in Anlehnung an die Terminologie des allgemeinen Völkervertragsrechts (Art. 18 WVK): *Weiß*, DVBl. 1998, 568 (572 f.); zur normativen Verankerung dieser „Vorwirkung“ der Richtlinie im Gemeinschaftsrecht vgl. *Schroeder* (Fn. 28), Art. 249 EG Rn. 83 einerseits (Art. 249 Abs. 3 EG) und *Roth*, EWS 2005, 385 (387) andererseits (Art. 10 EG).

⁴⁷ *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 119.

⁴⁸ A.A. *Herrmann* (Fn. 17), S. 120.

⁴⁹ Überzeugend *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (397 f.).

⁵⁰ *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (75); *Ehrlicke*, EuZW 1999, 553 (554); *Leible/Sosnitzka*, NJW 1998, 2507 (2508); *Roth*, ZIP 1992, 1054 (1056).

⁵¹ *Roth*, EWS 2005, 385 (387); vgl. auch *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, § 9 Rn. 40.

⁵² BGHZ 138, 55 (59 ff.); zustimmend *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 458; kritisch A. *Staudinger*, JR 1999, 198 (199 f.); ausführlich *Herrmann* (Fn. 17), S. 195 ff. m.w.N.

⁵³ Näher *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (75 f.); „Rechtsgewinnungsquelle“; ähnlich *Leible/Sosnitzka*, NJW 1998, 2507.

⁵⁴ GA *van Gerven*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 1990, S. 4135 Rn. 7 (Marleasing).

⁵⁵ *Herrmann* (Fn. 17), S. 93; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50).

⁵⁶ *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261 (283).

dann der Fall, wenn die Richtlinienbestimmung nicht hinreichend bestimmt oder nicht inhaltlich unbedingt gefasst ist oder wenn sie rechtliche Verpflichtungen für Einzelpersonen enthält. Damit kommt der richtlinienkonformen Auslegung gerade im Bereich horizontaler Rechtsbeziehungen besondere Bedeutung zu. Im Bürger-Bürger-Verhältnis ist eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nämlich – aufgrund der individuellen Belastungen – ausgeschlossen.⁵⁷

Auch eine Differenzierung zwischen *positiver* und *negativer* Wirkung von Richtlinien kann nicht überzeugen.⁵⁸ Abzulehnen ist daher die von mehreren Generalanwälten⁵⁹ und Teilen der Literatur⁶⁰ vertretene These, wonach das nationale Gericht im Falle der Unmöglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung „die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts dadurch [...] gewährleiste[t], dass es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt [...]“.⁶¹ Das soll selbst dann gelten, wenn die nicht (ordnungsgemäß) umgesetzten Richtlinien „wegen fehlender Genauigkeit oder weil sie in ‚horizontalen‘ Beziehungen nicht unmittelbar wirksam sind, dem Einzelnen keine gerichtlich einforderbaren Rechte verleihen“.⁶² Gegen diesen Ansatz ist mit Recht eingewandt worden, dass die Reichweite der Suspensivwirkung der Richtlinie dann von der – aus Sicht des Gemeinschaftsrechts – zufälligen Ausgestaltung des einschlägigen nationalen Gesetzes abhängen würde.⁶³ In rechtspraktischer Hinsicht ist zudem auf das drohende „rechtliche Vakuum“ hinzuweisen.⁶⁴ Dementsprechend war es auch

der Verbraucherin im Fall „Quelle“ verwehrt, ihren Rückzahlungsanspruch unmittelbar auf die von Art. 3 VerbrGKRL geforderte „Unentgeltlichkeit“ und die daraus resultierende Unanwendbarkeit der entgegenstehenden nationalen Vorschrift (§ 439 Abs. 4 i.V. mit §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) zu stützen.

Das *Verbot der horizontalen Direktwirkung* wird im Übrigen auch weder durch die *Mangold*- noch durch die *Unilever*-Rechtsprechung des EuGH in Frage gestellt.⁶⁵ Was die Rechtssache *Mangold* betrifft, so leitet der EuGH das hier in Rede stehende unmittelbar wirksame Verbot der Altersdiskriminierung letztlich nicht aus der einschlägigen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG⁶⁶ selbst, sondern aus einem allgemeinen (primärrechtlichen) Grundsatz des Gemeinschaftsrechts her.⁶⁷ In der Entscheidung *Unilever* geht der EuGH zwar von der Unanwendbarkeit bestimmter – unter Verstoß gegen eine richtlinienrechtliche Mitteilungspflicht erlassener – technischer Vorschriften des nationalen Rechts in privatrechtlichen Streitigkeiten aus.⁶⁸ Insoweit handelt es sich indes nicht um einen Fall der horizontalen Direktwirkung. Es geht hier nämlich nicht um eine Umsetzung von Richtlinien durch den Gesetzgeber, sondern um die Erfüllung einer spezifischen Verfahrenspflicht (Mitteilung technischer Vorschriften) der Mitgliedstaaten.⁶⁹

Ist in der Beziehung zwischen einem Privaten und dem Staat eine Berufung auf die Richtlinie möglich, so stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von unmittelbarer Wirkung und richtlinienkonformer Auslegung. Beide Rechtsinstitute schließen einander nicht aus: Vielmehr sprechen sowohl der vom nationalen Richter zu beachtende *Umsetzungsbefehl* des Art. 249 Abs. 3 EG als auch der Gedanke der Schonung der mitgliedstaatlichen Souveränität für einen Vorrang des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung.⁷⁰ Nur wenn eine Auslegung des nationalen Rechts in Übereinstimmung mit den Richtlinienanforderungen ausscheidet, hat die zuständige nationale Stelle „das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang

⁵⁷ Grundlegend EuGH, Slg. 1986, S. 723 Rn. 48 (Marshall) (zur Kritik an dieser Rechtsprechung *Ruffert* [Fn. 16], Art. 249 EG Rn. 94 ff. m.w.N.); vgl. für das Staat-Bürger-Verhältnis (sog. umgekehrt vertikale Direktwirkung): EuGH, Slg. 1987, S. 3969 Rn. 6 ff. (Kolpinghuis Nijmegen). Zur – insbesondere im Umweltrecht diskutierten – unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in öffentlich-rechtlichen Dreiecksverhältnissen *Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 2005, S. 244 ff., 795 ff., 799 f. m.w.N.; vgl. aus der Rspr. insbes. EuGH, Slg. I 2004, S. 723 Rn. 56 f. (Delena Wells).

⁵⁸ Die Frage offen lassend BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 35.

⁵⁹ Z.B. GA *Saggio*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2000, S. 4941, Rn. 30 ff. (Océano); GA *Léger*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2000, S. 6917 Rn. 50 ff. (Linster); GA *Colomer*, Schlussanträge v. 27.4.2004 zu EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 15 ff. (Pfeiffer u.a.); GA *Mengozzi*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2007, S. 4307 Rn. 53 mit Fn. 22.

⁶⁰ Vgl. eingehend *Herrmann* (Fn. 17), S. 78 ff. m.w.N.

⁶¹ GA *Colomer*, Schlussanträge v. 27.4.2004 zu EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 15 (Pfeiffer u.a.).

⁶² GA *Saggio*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2000, S. 4941, Rn. 30 (Océano).

⁶³ Überzeugend *Herresthal*, *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen*, 2005, S. 78 ff.; *Osterloh-Konrad*, CR 2008, 545 (547 f.); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911).

⁶⁴ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (53); vgl. auch *Herresthal*, NJW 2008, 2475 (2477); gegen die Lehre von der negativen Direktwirkung auch GA *Mazák*, Schlussanträge zu

EuGH, Slg. I 2005, S. 8531 Rn. 123 ff., 126 (Félix Palacios de la Villa); *Canaris*, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41 (44); *von Danwitz*, JZ 2007, 697 (703).

⁶⁵ Ausführlich *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 83 ff. m.w.N.

⁶⁶ ABl. 2000 L 303 S. 16.

⁶⁷ EuGH, Slg. I 2005, S. 9981 Rn. 74 ff. (*Mangold*); vgl. auch BAG NZA 2007, 1101 (1102); aus der Lit. statt vieler: *Heiderhoff*, ZJS 2008, 25 (29); *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2008, § 1 Rn. 30.

⁶⁸ EuGH, Slg. I 2000, S. 7535 Rn. 31 ff. (*Unilever*); s. auch schon EuGH, Slg. I 1996, S. 2201 Rn. 32 ff. (*CIA Security International*).

⁶⁹ Überzeugend *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 84 mit Fn. 266 unter Verweis auf EuGH, Slg. I 2000, S. 7535 Rn. 50 f. (*Unilever*).

⁷⁰ Aus der Lit. *Höpfner* (Fn. 28), S. 231 ff.; *Roth*, EWS 2005, 385 (387); *Schroeder* (Fn. 28), Art. 249 EG Rn. 125; in diese Richtung jetzt wohl auch EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-414/07, Rn. 44 (*Magoora*); a.A. *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (55).

anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen, indem [sie] notfalls jede Bestimmung unangewandt lässt, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftswidrigen Ergebnis führen würde“.⁷¹

7. Gemeinschaftsrechtliche Schranken

a) Auslegungsbegriff

Mit Blick auf die Grenzen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung stellt sich zunächst die Frage, wie der *gemeinschaftsrechtliche Begriff* der „Auslegung“ zu verstehen ist. In der deutschen Methodenlehre wird ganz überwiegend der *Wortlaut* der Norm als Trennlinie zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung anerkannt.⁷² Auf den ersten Blick erscheint es daher überzeugend, wenn von Teilen der Literatur der Wortlaut der *Umsetzungsvorschrift* auch als absolute Grenze der richtlinienkonformen „Auslegung“ bestimmt wird.⁷³ Für den Fall „Quelle“ würde dies bedeuten, dass eine richtlinienkonforme Auslegung am eindeutigen Wortlaut von § 439 Abs. 4 BGB, wonach die Rückgewähr einer mangelhaften Sache im Falle der Nachlieferung nach „Maßgabe der §§ 346 bis 348“ verlangt werden kann, scheitern müsste. Auch nach Ansicht des BGH sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass damit nur die Herausgabe der Sache selbst, nicht dagegen der Ersatz gezogener Nutzungen gemeint ist.⁷⁴ Dies macht insbesondere der Verweis auf § 347 BGB deutlich, der andernfalls bedeutungslos wäre.⁷⁵

Bei einem derart engen Verständnis des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs der Auslegung bliebe allerdings unberücksichtigt, dass der EuGH – im Anschluss an die französische Doktrin – in ständiger Rechtsprechung auch dann von „Auslegung“/„interprétation“ spricht, wenn es der Sache nach um richterliche Rechtsfortbildung geht.⁷⁶ Im Übrigen würde

der Ausschluss einer – im deutschen Recht grundsätzlich anerkannten – richterlichen Rechtsfortbildung mit dem gemeinschaftsrechtlichen *Grundsatz der Äquivalenz* kollidieren. Zur Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse hat sich der nationale Richter nämlich desselben methodischen Instrumentariums zu bedienen, das ihm auch bei der Entscheidung von Fällen im Rahmen des autonom nationalen Rechts zu Gebote steht.⁷⁷ In der Rechtssache *Pfeiffer*⁷⁸ verlangt der EuGH sogar, dass zur Vermeidung eines Konflikts mit Richtlinienrecht die Methoden zur Lösung innerstaatlicher Normkollisionen entsprechend anzuwenden sind.⁷⁹ Im deutschen Recht zählt hierzu insbesondere die verfassungskonforme Auslegung. Zwar ließe sich im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung einwenden, dass eine Normenkollision nur dann zu bejahen wäre, wenn die Richtlinie auch unmittelbare Wirkung entfaltet. Gleichwohl erscheint die Sichtweise des Gerichtshofs konsequent, wenn man das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung im Verhältnis zu den nationalen Auslegungskanonens als „interpretatorische Vorrangregel“ begreift.⁸⁰

Nach Vorstehendem erhellt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB nicht am Wortlaut der Norm enden darf. Vielmehr sind die in der deutschen Methodenlehre entwickelten Grundsätze der richterlichen Rechtsfortbildung zu berücksichtigen.⁸¹ Eine solche Auslegung im *weiteren Sinne* ist gemeinschaftsrechtlich geboten.

b) Ausschluss von Belastungen Privater?

Die Frage, inwieweit eine richtlinienkonforme Auslegung auch Belastungen Privater zur Folge haben darf, wurde im Schrifttum zunächst kontrovers erörtert.⁸² Durchgesetzt hat sich – jedenfalls für privatrechtliche Streitigkeiten⁸³ – eine befürwortende Sichtweise, die auch der Gerichtshof u. a. in den Rechtssachen *Marleasing* und *Pfeiffer* zugrunde gelegt hat.⁸⁴ Maßgeblich erscheint dabei, dass Verpflichtungen Privater bei der richtlinienkonformen Auslegung nicht unmittelbar aufgrund Gemeinschaftsrechts, sondern nur mittelbar, aufgrund nationalen, richtlinienkonform ausgelegten Rechts entstehen.⁸⁵ Der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB im *Quelle*-Urteil des BGH standen demnach

Rechtsfindung“; für einen rechtsvergleichenden Überblick zur Methodenlehre vgl. *Prechal*, *Directives in European Community Law*, 2. Aufl. 2006, S. 180 ff.

⁷¹ Roth, EWS 2005, 385 (390).

⁷² EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 116 (Pfeiffer u.a.).

⁷³ Vgl. auch *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 115 m.w.N.; kritisch *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2304 f.).

⁷⁴ Siehe oben unter II. 1. und ausführlich im 2. Teil unter III. 1.

⁷⁵ Ausführlich hierzu im 2. Teil unter III. 2.

⁷⁶ Ablehnend noch z.B. *Scherzberg*, JURA 1993, 225 (232).

⁷⁷ Für einen Ausschluss der richtlinienkonformen Auslegung im Bereich strafrechtlicher Vorschriften *Roth*, EWS 2005, 385 (391) m.w.N.

⁷⁸ EuGH, Slg. I 1990, S. 4135 (Marleasing); Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 110 ff. (Pfeiffer u.a.).

⁷⁹ *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 120 m.w.N.

⁷¹ EuGH, Slg. I 2000, S. 7321 Rn. 40 (Engelbrecht) für die primärrechtskonforme Auslegung; s. auch schon EuGH, Slg. 1988, S. 673 Rn. 11 (Murphy).

⁷² *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 441; *Canaris* (Fn. 64), S. 41 (51); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 322 f.; kritisch z.B. *Rüthers*, JZ 2006, 53 (57 f.).

⁷³ *Ehricke*, ZIP 2004, 1025 (1029 f.); *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253 (256); *Hummel*, EuZW 2007, 268 f.; wohl auch GA *Léger*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2005, S. 9215 Rn. 84 ff. (Schulte); anders aber die h.M. in der Literatur: vgl. statt vieler *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (81 ff.); *Roth*, EWS 2005, 385 (389); *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2305).

⁷⁴ In diesem Sinne auch BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 20.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 20 a.E.

⁷⁶ Vgl. insb. EuGH, Slg. I 1996, S. 1029 Rn. 24–26 (*Brasserie du Pêcheur/Factortame*); ausführlich *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, 2001, S. 289 ff., 365 f., 394 f., 606 ff. m.w.N.; *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 231 (232); kritisch zur Terminologie des EuGH z.B. *Riesenhuber/Domröse*, EWS 2004, 47: „richtlinienkonforme

auch nicht die hiermit verbundenen Belastungen des Verkäufers – Wegfall des Nutzungsersatzanspruchs – entgegen.

c) Allgemeine Rechtsgrundsätze und contra-legem-Grenze

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unterliegt die Verpflichtung des nationalen Richters zur richtlinienkonformen Auslegung in zweierlei Hinsicht Beschränkungen:

Eine *erste Begrenzung* bilden die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere das Prinzip der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot.⁸⁶ Hieraus hat der *EuGH* etwa gefolgert, dass eine Richtlinie „für sich allein und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften [...] nicht die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften der Richtlinie verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen“.⁸⁷

Eine zweite Grenze folgt aus der Feststellung des *EuGH*, wonach die mitgliedstaatlichen Gerichte „nicht gezwungen werden [sollen, ihr] nationales Recht *contra legem* auszulegen“.⁸⁸ Daraus folgt, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur nach Maßgabe der nationalen Methodenlehre besteht. Es bleibt dem nationalen Recht überlassen, die Grenze seiner Auslegbarkeit zu bestimmen.⁸⁹ Im deutschen Recht sind insoweit vor allem die Verfassungsgrundsätze der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) und der richterlichen Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) einschlägig.⁹⁰

Die Verpflichtung des *BGH* zur richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB bestand demnach nur insoweit, als sie nicht „*contra legem* des nationalen Rechts“ war. Zu beachten waren also die in der nationalen Methodenlehre anerkannten Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung. Diese sind dann erreicht, wenn neben dem eindeutigen Wortlaut auch der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte klar erkennbare Wille des Gesetzgebers entgegensteht.⁹¹ Für die damit entscheidende Frage, wie der Gesetzes-

zweck einer Umsetzungsvorschrift zu bestimmen ist, wird einerseits auf den generellen Willen des Gesetzgebers zur Umsetzung der Richtlinie, andererseits auf die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Bestehens eines Nutzungsersatzanspruchs abgestellt. Der *BGH* wählte im *Quelle*-Urteil einen vermittelnden Ansatz, indem er auf die konkret geäußerte, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragene Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers abstellte.⁹² Hierauf wird im 2. Teil des Beitrags näher einzugehen sein.⁹³

d) Konsequenzen bei Unmöglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung

Kann das Ziel der Richtlinie nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung erreicht werden, so ist zu prüfen, ob das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten zum Ersatz der dem Einzelnen durch die Nichtumsetzung der Richtlinie verursachten Schäden verpflichtet.⁹⁴ Liegen die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen der *Francovich*-Rechtsprechung⁹⁵ des *EuGH* nicht vor, kommt nur die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 ff. EG) in Betracht. Wollte man – entgegen dem *BGH* im *Quelle*-Urteil – die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB verneinen, bliebe mithin die Frage nach einem Staatshaftungsanspruch der Verbraucherin. Als problematisch dürfte sich hier freilich das vom *EuGH* in ständiger Rechtsprechung⁹⁶ geforderte Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes erweisen.⁹⁷

8. Richtlinienkonforme Auslegung als Umsetzungsersatz?

Wie bereits hervorgehoben wurde, hat auch der deutsche Gesetzgeber auf die Entscheidung des *EuGH* in der Rechtsache *Quelle* reagiert und mit § 474 Abs. 2 S. 1 BGB die Verbrauchsgüterkäufe von der Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB insoweit ausgenommen, als Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Hierdurch sollte eine „klare, richtlinienkonforme Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gewährleistet [werden]“.⁹⁸

⁸⁶ *EuGH*, NZA 2008, 581 Rn. 100 (Impact); Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 (Adeneler); Slg. I 2005, S. 3565 Rn. 66 ff. (Berlusconi); Slg. 1987, S. 3969 Rn. 13 (Kolpinghuis Nijmegen). Vgl. für die „rahmenbeschlusskonforme Auslegung“ in der „Dritten Säule“ auch *EuGH*, Slg. I 2005, S. 5285, Rn. 44 und 47 (Pupino); kritisch hierzu *Hillgruber*, JZ 2005, 841.

⁸⁷ *EuGH*, Slg. 1987, S. 3969 Rn. 13 (Kolpinghuis Nijmegen); vgl. z.B. auch *EuGH*, Slg. I 1996, S. 4705 Rn. 42 (Arcaro); Slg. I 2005, S. 3565 Rn. 74 (Berlusconi).

⁸⁸ *EuGH* NZA 2008, 581 Rn. 103 (Impact) [Hervorhebung im Original]; s. auch schon *EuGH*, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 (Adeneler); Slg. I 2005, S. 5285, Rn. 44 und 47 (Pupino); weitergehend noch *Lutter*, JZ 1992, 593 (607); vgl. auch *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (52).

⁸⁹ Statt vieler: *Auer*, NJW 2007, 1106 (1007); *Jarass/Beljin*, JZ 2003, 768 (775).

⁹⁰ Ausführlich *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1928 ff.); s. auch *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860 (874 ff.).

⁹¹ Vgl. insoweit *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (92). So auch die Rspr., etwa BVerfGE 101, 312 (319); 98, 17 (45); 18, 97 (111) (zur verfassungskonformen Auslegung); BAG NJW 2006, 3161 (3164); *BGH* NJW 2006, 3200 (3201).

⁹² *BGH*, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 25.

⁹³ Vgl. dazu im 2. Teil unter III. 2.

⁹⁴ *EuGH*, Slg. I 1994, S. 3325 Rn. 27 (Faccini Dori); Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 112 (Adeneler). An eine Haftung der Mitgliedstaaten ist im Übrigen auch bei einer Missachtung des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung durch die nationalen Gerichte zu denken. Zur Verantwortlichkeit für judikatives Unrecht vgl. zuletzt *EuGH*, Slg. I 2006, S. 5177 Rn. 30 ff. (Traghetti del Mediterraneo [Staat haftet nur in dem Ausnahmefall, dass ein letztinstanzliches nationales Gericht „offenkundig“ gegen das geltende Recht verstoßen hat]).

⁹⁵ *EuGH*, Slg. I 1991, S. 5357 Rn. 28 ff. (Francovich).

⁹⁶ Vgl. für die Richtlinienumsetzung erstmals *EuGH*, Slg. I 1996, S. 1631 Rn. 37 ff. (British Telecommunications).

⁹⁷ Näher *Staudinger*, ZJS 2008, 309 (310 f.).

⁹⁸ Vgl. insoweit die Begründung des Rechtsausschusses v. 15.10.2008, BT-Drs. 16/10607, S. 6.

Angesichts der vom BGH bejahten Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB stellt sich freilich die Frage nach einer *Verpflichtung* des deutschen Gesetzgebers zum Tätigwerden. Eine solche ist zu bejahen.⁹⁹ Der EuGH hat nämlich gerade im Bereich des Verbraucherschutzes betont, dass „eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinn auslegt, der als den Anforderungen einer Richtlinie entsprechend angesehen wird, nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen“.¹⁰⁰ Die richtlinienkonforme Auslegung kann mithin nicht als vollwertiger und dauerhafter Umsetzungsersatz fungieren¹⁰¹, sie ist „kein Surrogat für die Umsetzung des Richtlinieninhalts durch Rechtsnormen“.¹⁰² Immerhin aber lässt sie sich einem Staatshaftungsanspruch des durch die richtlinienkonforme Auslegung Belasteten entgegenhalten.

9. Zwischenfazit

Mit Blick auf den Fall „Quelle“ bleibt festzuhalten, dass das Urteil des BGH den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung Rechnung trägt. Dies gilt insbesondere für die vom BGH vorgenommene richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB. Voraussetzungen und Umfang dieser neuen Rechtsfigur bleiben freilich klärungsbedürftig. Zu diskutieren ist hier u. a., ob sich der BGH innerhalb der vom EuGH anerkannten Grenzen der nationalen Methodenlehre – vor allem der *contra legem*-Grenze – bewegt. Hierauf wird im 2. Teil des Beitrags näher einzugehen sein.

⁹⁹ In diesem Sinne bereits *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 919 (921); *Staudinger*, ZJS 2008, 309 (311).

¹⁰⁰ EuGH, Slg. I 2001, S. 3541 Rn. 17, 21 (Kommission/Niederlande); vgl. auch EuGH, Slg. I 2008, S. 3787 Rn. 79 (Kommission/Österreich); Slg. I 1996, S. 4459 Rn. 12 ff. (Kommission/Griechenland).

¹⁰¹ Überzeugend *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1926 f.); *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 121; vgl. auch GA *Tizzano*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2001, S. 3541 Rn. 32 ff. (Kommission/Niederlande); ausführlich zur Problematik *Herrmann* (Fn. 16), S. 207 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

¹⁰² S. insoweit *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1926 f.), mit Verweis auf die Parallele zum richtlinienkonformen Verwaltungshandeln.