

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen

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

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Kathrin Kroll-Ludwigs*** und Akad. Rat Dr. **Markus Ludwigs****, Bonn

In seiner Quelle-Entscheidung vom 26.11.2008 hat der BGH die neue Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung geprägt. Ihre gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind im 1. Teil des Beitrags (ZJS 2009, 7 ff.) entfaltet worden. Dabei wurde festgestellt, dass das EG-rechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung im deutschen Recht auch eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende richterliche Rechtsfortbildung verlangt. Freilich anerkennt der EuGH zugleich die sich aus der nationalen Methodenlehre ergebenden Grenzen. Auf die Frage, ob sich der BGH bei der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB im Rahmen seiner Zuständigkeiten bewegt hat oder ob eine Rechtsfortbildung „contra legem des nationalen Rechts“ vorliegt, ist im Folgenden einzugehen.

2. Teil: Implementierungsmöglichkeiten im nationalen Recht

III. Einordnung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Auslegung in die deutsche Methodenlehre

1. Richtlinienkonforme Auslegung als interpretatorische Vorrangregel

a) Einordnung in die nationale Methodik

Die Implementierung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung in das nationale Recht wirft zunächst die Frage nach dem Verhältnis zu den klassischen Auslegungsmethoden nach *v. Savigny* auf. Grundsätzlich ist der deutschen Methodenlehre ein striktes Rangverhältnis zwischen grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten fremd.¹ Vielmehr werden die Auslegungskriterien im Rahmen einer „interpretatorischen Gesamtabwägung“ gewichtet und – im Konfliktfall

– gegeneinander abgewogen.² Dagegen ist bei der verfassungskonformen Auslegung eine interpretatorische Vorrangregel anerkannt³: Hier folgt aus dem Grundsatz der Normerhaltung (*favor legis*)⁴, dass bei mehreren möglichen Auslegungsvarianten die Norm allein in der verfassungskonformen Deutung Bestand haben kann.⁵ Für eine interpretatorische Gesamtabwägung besteht dann weder Raum noch Bedürfnis.⁶

Ist nationales Recht am Maßstab des *Gemeinschaftsrechts* zu messen, ergibt sich eine interpretatorische Vorrangregel zunächst für die *primärrechtskonforme* Auslegung.⁷ Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts besteht hier eine vergleichbare Ausgangslage wie bei der verfassungskonformen Auslegung: Kommen mehrere Auslegungsergebnisse in Betracht, müssen diejenigen ausscheiden, die im Widerspruch zum Primärrecht stehen.⁸ Scheitert die primärrechtskonforme Auslegung, so muss die fragliche Norm unangewendet bleiben.⁹ Die entstehende Lücke ist in gemeinschaftsrechtskonformer Weise zu schließen.¹⁰

Anders als bei der verfassungs- bzw. primärrechtskonformen Auslegung liegt der *richtlinienkonformen* Auslegung keine Normkollision zu Grunde.¹¹ Aufgrund der regelmäßig fehlenden Suspensivwirkung dient sie nicht dem Normerhalt,

* 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 Ausführlich *Canaris*, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41 (45), *ders.*, in: Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 25 (58). Kritisch zur Gleichrangigkeit *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1964, S. 117 (121 ff.). Nach *Vogenaier* (Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, 2001, S. 50 f.) kann im Rahmen der interpretatorischen Gesamtabwägung ein „prima facie-Vorrang“ eines Auslegungskriteriums bestehen.

² Zu diesem Vorgehen *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (64 ff.); *ders.*, in: Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 25 (58 f.).

³ Zu weiteren Vorrangregeln im Rahmen der nationalen Methodenlehre siehe *Canaris*, Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 25 (50 ff.).

⁴ Zur Legitimationsgrundlage im Einzelnen *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 24 ff.; *Canaris*, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41 (42 f.); *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (182 ff.).

⁵ StRspr., vgl. etwa BVerfGE 8, 28 (34); 19, 1 (5); 30, 129 (148); 69, 1 (55); 118, 212 (243).

⁶ Vgl. insoweit *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (67); *ders.* (Fn. 3), S. 25 (59).

⁷ Ausführlich zur primärrechtskonformen Auslegung vgl. *Leible*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 116 (117 f., 126 ff.).

⁸ Vgl. insoweit *Leible* (Fn. 7), S. 116 (130). Gleiches muss für die primärrechtskonforme Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts gelten, vgl. dazu im Einzelnen *Domröse*, in: Riesenhuber (Fn. 7), S. 139 (144).

⁹ Für ein konkretes Beispiel vgl. etwa *Kroll-Ludwigs*, JZ 2009, 153 (154 f.).

¹⁰ Siehe dazu *Domröse* (Fn. 8), S. 139 (154 f.).

¹¹ Zu dieser Problematik vgl. *Roth*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 842 (875).

sondern „nur“ der Normdurchsetzung.¹² Vor diesem Hintergrund ist klärungsbedürftig, ob auch im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung von einer interpretatorischen Vorrangregel¹³ gesprochen werden kann. Herleiten lässt sich ein solches Verständnis jedenfalls nicht aus dem normtheoretischen Vorrang der Richtlinie vor nationalem Recht.¹⁴ Vorrangwirkung entfaltet aber, wie gezeigt¹⁵, die in Art. 249 Abs. 3 EG geregelte Pflicht des nationalen Gesetzgebers zur Umsetzung von Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist.¹⁶ Es erscheint daher folgerichtig, die Richtlinie bei der Auslegung des nationalen Rechts maßgeblich und vorrangig zu berücksichtigen.¹⁷

Gestützt wird die Annahme einer interpretatorischen Vorrangregel auch durch die Ausführungen des EuGH im Urteil *Pfeiffer*. Danach ist das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts dem EG-Vertrag „immanent“.¹⁸ Dem nationalen Gericht werde es dadurch ermöglicht, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, indem es über den anhängigen Rechtsstreit entscheide.¹⁹ Kann der Auftrag aus Art. 249 Abs. 3 EG also mithilfe richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts erfüllt werden, muss ihr in der Konsequenz Vorrang vor den übrigen Auslegungskanonens zukommen.²⁰

b) Methodisches Vorgehen

Im Hinblick auf die methodische Umsetzung des Vorrangs der richtlinienkonformen Auslegung macht das Gemeinschaftsrecht keine Vorgaben. In der Literatur wird überwiegend eine zweistufige Prüfung vorgeschlagen²¹: Auf der *ersten Stufe*, dem *Auslegungsvorgang*, soll zunächst eine

Interpretation allein mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden erfolgen.²² Die Richtlinie kann hier nur insoweit Berücksichtigung finden als dies etwa im Rahmen der historischen oder der teleologischen Auslegung möglich ist. Die auf dieser Grundlage ermittelten *Auslegungsergebnisse* sind dann in einem *zweiten Schritt* mit den Vorgaben der Richtlinie abzugleichen.²³ Stimmt zumindest *ein* Auslegungsergebnis mit der Richtlinie überein, dann ist dieses im Hinblick auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung vorzugswürdig. Andernfalls ist erneut in eine Prüfung der *ersten Stufe* einzutreten, wobei hier nunmehr das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung (vorrangig) zu berücksichtigen ist.²⁴ Als gleichwertige Alternative zur vorgenannten „Zweistufenlösung“ ist freilich auch ein *einstufiges* Vorgehen denkbar. Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung wäre dann von vornherein beim Auslegungsvorgang zu beachten.²⁵

c) Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung

Die methodische Einordnung der richtlinienkonformen Auslegung als „interpretatorische Vorrangregel“ wirft im Weiteren die Frage nach den Grenzen der richterlichen Auslegungstätigkeit auf. Hierzu wurde bereits ausgeführt, dass die nationalen Gerichte – nach Ansicht des EuGH²⁶ – nicht gezwungen sind, ihr Recht „contra legem“ auszulegen.²⁷ Die Grenzen der Auslegung bestimmen sich mithin nach der nationalen Methodenlehre. Für die Auslegung im engeren Sinne ist im deutschen Recht insoweit der Wortlaut der Norm als Schranke anerkannt. Dementsprechend hat auch der BGH im *Quelle*-Urteil – in einem ersten Schritt – eine richtlinienkonforme Auslegung (im engeren Sinne) des § 439 Abs. 4 BGB wegen des entgegenstehenden eindeutigen Wortlauts der Vorschrift abgelehnt.²⁸

Zu beachten ist allerdings, dass die richtlinienkonforme Auslegung nicht am Gesetzeswortlaut enden darf. Als Ausfluss des Äquivalenzgebots umfasst der gemeinschaftsrechtliche Begriff der „Auslegung“ vielmehr, wie gezeigt²⁹, die Verwendung sämtlicher dem nationalen Gericht zur Verfügung stehender Methoden. Im deutschen Recht zählt dazu neben der „Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts“³⁰ auch die richterliche Rechtsfortbildung (Auslegung im weiteren Sinne). Die vom EuGH postulierte „contra legem“-Grenze ist somit immer erst dann erreicht, wenn die Grenzen der Rechtsfortbildung überschritten sind.³¹ Vor diesem Hin-

¹² Sanktionsmöglichkeiten bestehen allein im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 ff. EG) sowie der Staatshaftung, vgl. insoweit *Canaris* (Fn. 4), S. 41 (44). Zum Ausnahmefall der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien siehe oben I. Teil, II. 6.

¹³ Grundlegend *Canaris*, Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (68 ff.); siehe auch *Schürmbrand*, JZ 2007, 910 (911). Kritisch zur missverständlichen Begrifflichkeit *Roth* (Fn. 11), S. 842 (875). Vgl. zur teils divergierenden Terminologie auch *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1414 mit Fn. 40).

¹⁴ Siehe dazu ausführlich im I. Teil, II. 1.

¹⁵ Vgl. im Einzelnen I. Teil, II. 1.

¹⁶ Insoweit ist die richtlinienkonforme Auslegung von der völkerrechtsfreundlichen Auslegung (vgl. hierzu *Herdegen*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2008, § 22 Rn. 10 f.), bei der es an einem Vorrangverhältnis fehlt, zu unterscheiden.

¹⁷ In diesem Sinne *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 133; *Langenbucher* (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 85.

¹⁸ EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 114 (*Pfeiffer* u.a.).

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ So auch *Langenbucher* (Fn. 17), § 1 Rn. 85.

²¹ Siehe etwa *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 259 ff.; *Canaris*, (Fn. 13), S. 47 (80 f.); *Langenbucher* (Fn. 17), § 1 Rn. 89.

²² Vgl. dazu *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (80).

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (80) spricht von einem „Hin-und-Herwandern des Blickes“.

²⁵ Zu diesem Vorgehen vgl. im Einzelnen *Herrmann* (Fn. 17), S. 133 f.

²⁶ EuGH NZA 2008, 581 Rn. 103 (Impact); siehe auch schon EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 (*Adeneler*).

²⁷ Siehe oben I. Teil, II. 7. c).

²⁸ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 20.

²⁹ Vgl. dazu schon oben im I. Teil, II. 7. a).

³⁰ Definition von *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (81).

³¹ Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (91).

tergrund erscheint es folgerichtig, wenn auch der BGH bei seiner Interpretation des § 439 Abs. 4 BGB nicht beim Wortlaut der Norm stehen bleibt, sondern – in einem zweiten Schritt – das Mittel der Rechtsfortbildung anwendet.³²

Freilich ist die Abgrenzung zwischen richtlinienkonformer Auslegung im engeren Sinne und richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung nicht immer konsequent durchgeführt worden. So hatte der BGH in der Rechtssache *Quelle* noch in seinem Vorlageschluss keine klare Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung vorgenommen. In der Sache lehnte er eine „einschränkende Auslegung“ des § 439 Abs. 4 BGB mit der Begründung ab, ein solches Vorgehen widerspräche „[...] dem Wortlaut und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers“³³. Ein weiteres Beispiel bildet die Rechtssache *Heininger*. In der Vorlage war der BGH hier – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur³⁴ – davon ausgegangen, der Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG (wie auch der Wille des Gesetzgebers) sei im Hinblick auf den Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 1 HWiG für Realkreditverträge eindeutig.³⁵ Nach der Entscheidung des EuGH³⁶ erkannte der BGH dann aber die Mehrdeutigkeit des Gesetzeswortlauts und verhalf auf diese Weise dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zur Durchsetzung.³⁷ Ein solches Vorgehen erscheint indes in methodischer Hinsicht fragwürdig: Folgte man die Mehrdeutigkeit des Normtextes allein aus dem Widerspruch zur Richtlinie, wäre die Wortlautgrenze bei richtlinienkonformer Auslegung faktisch ihrer Funktion beraubt.³⁸ Blicke es dagegen – wie im Vorlageschluss – beim Ergebnis der

Eindeutigkeit, erfolgte die richtlinienkonforme Auslegung im Wege der Rechtsfortbildung³⁹. Deren Elemente wären dann im Einzelnen zu entfalten gewesen.

2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

a) Voraussetzung der „planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes“

Als Voraussetzung der richtlinienkonformen Fortbildung des nationalen Rechts anerkennt der BGH im *Quelle*-Urteil – im Einklang mit der überkommenen Methodenlehre⁴⁰ – das Bestehen einer Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.⁴¹

aa) Unvollständigkeit des Gesetzes

An einer Unvollständigkeit des Gesetzes fehlt es zunächst bei der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien. In diesem Fall verfügt das nationale Gericht über eine den in Rede stehenden Sachverhalt gestaltende Rechtsnorm, nämlich die jeweilige Richtlinienbestimmung selbst.⁴² Anders liegen die Dinge, wenn die richtlinienrechtlichen Vorgaben, wie regelmäßig, nicht unmittelbar innerstaatlich anwendbar sind. Hier ist von einer Unvollständigkeit des Gesetzes insoweit auszugehen, als die innerstaatliche Rechtslage dem Normbefehl der Richtlinie nicht entspricht. Grund hierfür ist die Vorrangwirkung der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 249 Abs. 3 EG. Diese bildet die Legitimation dafür, dass die Richtlinie als *Maßstab* für die Feststellung der Unvollständigkeit des Gesetzes herangezogen werden kann. Die Richtlinie wird dadurch freilich – entgegen einer anderslautenden Auffassung in der Literatur⁴³ – nicht selbst Bestandteil der Gesamtrechtsordnung.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist es im Ergebnis folgerichtig, wenn es der BGH im *Quelle*-Urteil für die Annahme der Unvollständigkeit des Gesetzes genügen lässt, dass „die Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht in Einklang steht“⁴⁴.

bb) Planwidrigkeit

Die Frage nach der Planwidrigkeit der Unvollständigkeit des Gesetzes ist in erster Linie vom Standpunkt des Gesetzes selbst, d.h. der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht und der mit ihm verfolgten Zwecke zu beantworten.⁴⁵ Zur Bestimmung des gesetzgeberischen Regelungsplans bei der

³² BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 21.

³³ BGH NJW 2006, 3200 (3201). In der Literatur ist insoweit die Ansicht vertreten worden, dass die Vorlage mangels Entscheidungserheblichkeit unzulässig war (vgl. etwa *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, § 9 Rn. 49). Der EuGH hat sich dieser Bewertung freilich nicht angeschlossen und auf den Beurteilungsspielraum der mitgliedstaatlichen Gerichte hinsichtlich der Entscheidung über eine Vorlagefrage rekurriert; siehe EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 18 ff. (Quelle) = NJW 2008, 1433.

³⁴ Vgl. insoweit etwa *Edelmann* BKR 2002, 801 (802); *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253 (257); *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, 529 (531); *Piekenbrock/Schulze* WM 2002, 521 (524); *Sauer*, BB 2002, 431 (432); anders dagegen schon z.B. *Köndgen*, *Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite*, 3. Aufl. 1994, S. 32; *Staudinger*, NJW 2002, 653 (655).

³⁵ BGH NJW 2000, 521 (522).

³⁶ EuGH, Slg. I 2001, S. 9945 (*Heininger*), zur Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABL. L. 372, S. 31.

³⁷ Danach gehören Kreditverträge insoweit nicht zu den Geschäften, die i.S. des § 5 Abs. 2 HWiG die „Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem VerbrKrG“ erfüllen, als das VerbrKrG kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das HWiG einräumt. Vgl. BGH NJW 2002, 1881 (1882).

³⁸ Kritisch insoweit *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1922).

³⁹ Ähnlich *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1415 f.).

⁴⁰ Vgl. etwa *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl. 1983, S. 31 ff.; *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 10. Aufl. 2005, S. 180 ff.

⁴¹ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 22.

⁴² Vgl. *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999, S. 415.

⁴³ Siehe *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85). Kritisch hierzu auch *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (913).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

⁴⁵ Vgl. insoweit *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 358.

Richtlinienumsetzung stellen Teile der Literatur⁴⁶ – außerhalb des Straf- und Eingriffsrechts⁴⁷ – maßgeblich auf den „generellen, d.h. allgemein formulierten Umsetzungswillen“⁴⁸ ab.⁴⁹ Nach diesem Verständnis liegt eine planwidrige Unvollständigkeit immer dann vor, wenn das Gesetz in objektiver Hinsicht ein „richtlinienwidriges Defizit“ aufweist⁵⁰; die Feststellung der Unvollständigkeit indiziert damit also bereits die Planwidrigkeit. Etwas anderes soll nur im Falle einer bewussten Gehorsamsverweigerung durch den nationalen Gesetzgeber gelten.⁵¹

In der Rechtssache „Quelle“ würde die Planwidrigkeit der „Regelungslücke“ in § 439 Abs. 4 BGB nach dieser Ansicht somit bereits aus dem (unbewussten) Verstoß gegen Art. 3 VerbrGKRL folgen. Ausreichend wäre insoweit, dass der deutsche Gesetzgeber bei Schaffung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Jahre 2001 mit einem allgemeinen Willen zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben gehandelt hat.⁵² Auf seine Motive im Hinblick auf die spezifische Regelung des Nutzungsersatzes in § 439 Abs. 4 BGB käme es dagegen nicht an.

Die Begründung der Planwidrigkeit der Unvollständigkeit mit einem derartigen „generellen“ Umsetzungswillen begegnet indes Bedenken, wenn damit eine konkret geäußerte Regelungsabsicht des Gesetzgebers konterkariert wird.⁵³ Dies

⁴⁶ Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85); *Franzen* (Fn. 42), S. 419 f.; *Krieger*, Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts, 2005, S. 288; *Langenbacher* (Fn. 17), § 1 Rn. 92; *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 72 f.; *Roth*, EWS 2005, 385 (395); *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 861 (896).

⁴⁷ Siehe dazu *Roth*, EWS 2005, 385 (395).

⁴⁸ Zur Definition vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

⁴⁹ Noch weitergehend *Herrmann* (Fn. 17), S. 138 ff. (141), der allein auf den Willen der Gemeinschaftsinstitutionen abstellt und die (entgegenstehende) Absicht des nationalen Gesetzgebers nach Ablauf der Umsetzungsfrist als unbeachtlich ansieht. Ein solcher Ansatz erscheint freilich nur dann überzeugend, wollte man den aus Art. 249 Abs. 3 EG resultierenden Vorrang nicht nur im Sinne einer prozeduralen Verpflichtung zur Umsetzung der Zielvorgaben der Richtlinie, sondern als *inhaltlichen* Vorrang des Richtlinienziels selbst verstehen. Dem steht indes entgegen, dass Ziel und Ergebnis der Richtlinie nicht zu trennen sind, was auch ein Vergleich der unterschiedlichen Sprachfassungen des Art. 249 Abs. 3 EG belegt (z.B. „result“, „résultat“, „resultado“, „risultato“; grundlegend *Ipsen*, in: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls, 1965, S. 67 [73 f.]). Vor diesem Hintergrund liefe die vollständige Negierung des Willens des nationalen Gesetzgebers auf eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien hinaus.

⁵⁰ Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85); *Franzen* (Fn. 42), S. 416 (419).

⁵¹ Zu dieser Ausnahme *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85 f.); *Roth*, EWS 2005, 385 (396).

⁵² Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 79.

⁵³ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 258 f.

war in der Rechtssache „Quelle“ der Fall: Hier hatte sich der deutsche Gesetzgeber in Ansehung von Art. 3 VerbrGKRL in der Sache *bewusst* für die Einführung eines Anspruchs auf Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung entschieden.⁵⁴ Würde man das Spannungsverhältnis zwischen konkreter Regelungsabsicht und generellem Umsetzungswillen nun einseitig zugunsten des Letzteren auflösen, liefe dies – jedenfalls de facto – auf die Anerkennung einer unmittelbaren (Horizontal-)Wirkung von Richtlinien hinaus. Zudem käme es zu einer nachhaltigen Verschiebung der verfassungsrechtlich fundierten (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) Funktionsteilung zwischen Judikative und Legislative.⁵⁵ Andererseits würde auch ein gänzliches Außerachtlassen des gesetzgeberischen Umsetzungswillens zu kurz greifen. Denn die konkrete Regelungsabsicht im Hinblick auf § 439 Abs. 4 BGB ist gerade aus Anlass der Richtlinienumsetzung entstanden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es in der Sache überzeugend, wenn sich der BGH in seinem *Quelle*-Urteil für einen Mittelweg entscheidet: Danach soll es für die Bestimmung der Planwidrigkeit auf den Widerspruch zwischen der konkreten Regelungsabsicht und der „konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers [ankommen]“⁵⁶. Mit diesem vermittelnden Ansatz anerkennt der BGH, dass der Gesetzgeber die Beachtung der konkret getroffenen Sachregelung – Nutzungsersatz auch in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs – nur für den Fall der Richtlinienkonformität gewollt hat. Wäre ihm bekannt gewesen, dass die Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB nicht im Einklang mit der Richtlinie steht, ist auszuschließen, dass er diese in gleicher Weise erlassen hätte.⁵⁷ In rechtstatsächlicher Hinsicht erfährt diese These nunmehr durch die Änderung des § 474 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. Bestätigung.⁵⁸

Unter methodischen Gesichtspunkten ist indes im Blick zu behalten, dass die Aufspaltung in einen Umsetzungswillen einerseits und eine konkrete Regelungsabsicht andererseits rein hypothetischen Charakter hat. Insbesondere darf nicht außer Acht gelassen werden, dass bei Erlass der nationalen Umsetzungsnorm immer nur ein (Sach-)Wille gebildet wird. Allein hierauf kommt es zur Bestimmung der Teleologie des Gesetzes an. Bei der Umsetzung von Richtlinien kann der gesetzgeberische Wille freilich unter dem Vorbehalt der Richtlinienkonformität stehen. Hiervon ist dann auszugehen, wenn sich – wie im Fall *Quelle* – aus der Entstehungsgeschichte zweifelsfrei ergibt, dass der Gesetzgeber die Norm nicht in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass diese nicht im Einklang mit der Richtli-

⁵⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 232 f. (Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz).

⁵⁵ *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1929).

⁵⁶ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Das gesetzgeberische Vorgehen war schon insofern angezeigt, als die richtlinienkonforme Auslegung nicht als dauerhafter Umsetzungsersatz dienen kann. Vgl. dazu oben I. Teil, II. 8.

nie steht.⁵⁹ Ein generell formulierter Umsetzungswille kann für die Annahme eines solchen „Vorbehalts der Richtlinienkonformität“ freilich *nicht* ausreichen. Insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber die drohende Richtlinienwidrigkeit einer nationalen Umsetzungsnorm nicht erkannt hat, bleibt nämlich offen, ob er für diesen Fall den Gehorsam verweigert oder eine richtlinienkonforme Regelung erlassen hätte. Die Antwort darauf obliegt nicht dem Richter, sondern allein dem Gesetzgeber selbst.

Auch die Rechtsprechung des EuGH lässt sich für ein vorrangiges Abstellen auf den generellen Umsetzungswillen – im Verhältnis zur konkreten Regelungsabsicht – nicht heranziehen⁶⁰: Zwar stellt der Gerichtshof in den Urteilen *Wagner Miret*⁶¹ und *Pfeiffer*⁶² fest, dass die nationalen Gerichte bei der Auslegung und Anwendung umgesetzten Rechts davon auszugehen haben, „dass der Staat die Absicht hatte, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“. Im Urteil *Björnekulla Fruktindustrier AB* betont der Gerichtshof zudem, dass die richtlinienkonforme Auslegung auch „ungeachtet entgegenstehender Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zu der nationalen Regelung ergeben könnten“, zu erfolgen habe.⁶³ Wollte man diesen Urteilen nun im Wege einer *Zusammenschau*⁶⁴ einen Vorrang des generellen Umsetzungswillens vor der konkreten Regelungsabsicht entnehmen und dies auch auf die Rechtsfortbildung übertragen⁶⁵, wäre dem zu widersprechen: Ein solches Verständnis liefe dem klaren Bekenntnis des EuGH zuwider, wonach die Gerichte nicht zu einer richtlinienkonformen Auslegung „contra legem des nationalen Rechts“ gezwungen sind. Die vom Gerichtshof explizit anerkannte Maßgeblichkeit der nationalen Methodenlehre⁶⁶ würde konterkariert. In gemeinschaftsrechtlicher Perspektive drohte zudem eine Umgehung des Verbots der horizontalen Direktwirkung.

cc) Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass für die Bestimmung der Planwidrigkeit ein generell formulierter Umsetzungswille des Gesetzgebers keine Rolle spielen kann. Für die Bestimmung des gesetzgeberischen Plans ist vielmehr die konkret geäußerte Regelungsabsicht entscheidend. Diese kann bei der Umsetzung von Richtlinien freilich unter dem Vorbehalt der Richtlinienkonformität stehen. Für den Fall „Quelle“ ergibt sich insoweit aus der Gesetzesbegründung zu § 439 Abs. 4 BGB eindeutig, dass der Gesetzgeber gerade auch im Hinblick auf den Nutzungsersatz eine richtlinienkon-

forme Regelung schaffen wollte. Hieraus folgte die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit des Gesetzes.

b) Instrumente der Lückenfüllung

Liegt im Einzelfall eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes vor, sind die Gerichte beauftragt, diese „nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“⁶⁷ zu schließen. Klassische Instrumente der Lückenfüllung sind neben der Analogie auch die teleologische Extension bzw. Reduktion der Norm. Handelt es sich um die Ausfüllung einer richtlinienbedingten Unvollständigkeit des Gesetzes, muss der Rechtsanwender erneut die Vorgaben der Richtlinie beachten.⁶⁸ Der richterliche Spielraum ist dabei zugunsten einer mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmenden Lösung auszuüben.⁶⁹ Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung wirkt demnach – ebenso wie die richtlinienkonforme Auslegung im engeren Sinne – als *Vorrangregel*.⁷⁰

Zentrales Instrument⁷¹ der Lückenausfüllung im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist die teleologische Reduktion einer Norm.⁷² Hierdurch kann den Richtlinienvorgaben durch eine einschränkende Anwendung der fraglichen Vorschrift des nationalen Rechts entsprochen werden. Dementsprechend hat der BGH im *Quelle*-Urteil eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB im Lichte von Art. 3 VerbrGKRL vorgenommen: Die Vorschrift sei für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs einschränkend dahingehend anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Rücktrittsvorschriften nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen.⁷³ Dagegen müsse ein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz ausscheiden.⁷⁴

c) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung contra legem

aa) Grundsätze

Als Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung anerkennt der EuGH, wie gezeigt⁷⁵, neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Rückwirkungsverbot, auch die sich allein aus nationalem Recht ergebenden Auslegungsschranken. Nach nationaler Methodenlehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt ein Fall unzulässiger Rechtsfortbildung allgemein dann

⁵⁹ BVerfGE 9, 338 (349); 34, 269 (287).

⁶⁰ *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (89).

⁶¹ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (915).

⁶² *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (914).

⁶³ Siehe für Beispiele einer Analogie bzw. teleologischen Reduktion *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (397 m. Fn. 19).

⁶⁴ Dadurch wird eine nach ihrem eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Norm auf den ihr nach dem Regelungszweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt. Zur Definition siehe *Larenz* (Fn. 45), S. 391.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 26.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Dazu bereits oben I. Teil, II. 7. c).

⁵⁹ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

⁶⁰ In diesem Sinne aber *Roth*, EWS 2005, 385 (389).

⁶¹ Vgl. EuGH, Slg. I 1993, S. 6911 Rn. 20 (*Wagner Miret*).

⁶² EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 112 (*Pfeiffer* u.a.).

⁶³ EuGH, Slg. I 2004, S. 5791 Rn. 13 (*Björnekulla Fruktindustrier AB*).

⁶⁴ Vgl. dazu im Einzelnen *Roth*, EWS 2005, 385 (389).

⁶⁵ Für die Auslegung im engeren Sinne erscheinen die Aussagen des EuGH „wenig spektakulär“. Siehe insoweit *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (912).

⁶⁶ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 f. (*Adeneler*).

vor, wenn neben dem eindeutigen Wortlaut auch der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte klar erkennbare Wille des Gesetzgebers entgegensteht. Ein Contra-Legem-Judizieren ist demnach dann gegeben, wenn es bereits an der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes fehlt. In diesem Fall sind die Voraussetzungen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nicht erfüllt bzw. die „internen“ Grenzen dieser Rechtsfigur erreicht.

Besteht nach den o.g. Grundsätzen dagegen eine planwidrige Regelungslücke, so sind die „externen“ Grenzen maßgeblich. Danach ist eine Korrektur der nationalen Vorschrift im Wege der Rechtsfortbildung dann „contra legem des nationalen Rechts“, wenn sie zum vollständigen Funktionsverlust der Norm bzw. eines ihrer Tatbestandsmerkmale führen würde.⁷⁶ In Rede stünde dann nämlich nicht mehr eine teleologische Reduktion, sondern eine außerhalb der Kompetenz der Rechtsprechung liegende, dem Grundsatz der Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)⁷⁷ zuwiderlaufende faktische Derogation der Norm.

bb) Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB

Die im *Quelle*-Urteil vorgenommene teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB bewegt sich innerhalb der „externen“ Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung. Der BGH argumentierte hier zunächst damit, dass die Regelung einen Anwendungsbereich in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs hinsichtlich der Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften über die Rückgewähr der mangelhaften Sache behalten habe.⁷⁸ Zwar ließ sich hiergegen einwenden, dass es für den Verbrauchsgüterkauf zu einem Funktionsverlust des Verweises auf den Nutzungsersatzanspruch in § 346 Abs. 1 BGB kam. Eine vollständige Derogation dieses „Tatbestandsmerkmals“ war damit aber nicht verbunden. Vielmehr blieb § 439 Abs. 4 BGB für Kaufverträge außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs *insgesamt* weiterhin anwendbar. Dies betonte auch der BGH.⁷⁹

Im Übrigen entspricht das Urteil des BGH auch den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Rechtlich geschützte Positionen der Parteien, in die durch richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eingegriffen würde, waren hier angesichts der vielfältigen Kritik an der Regelung des § 439 Abs. 4 BGB nicht ersichtlich. Seitens des Schrifttums war bereits im Vorfeld der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Quelle* eine teleologische Reduktion der Vorschrift vorgeschlagen bzw. ihre Richtlinienkonformität in

⁷⁶ Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (94); offen gelassen von BGH, Ur. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 29. Weitergehend *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 321 ff., der für eine Erweiterung des Aufgabenbereichs der nationalen Gerichte plädiert. Hiergegen aber überzeugend *Canaris* (Fn. 4), S. 41 (58 mit Fn. 61); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917).

⁷⁷ Ausführlich *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1928 ff.); s. auch *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860 (874 ff.).

⁷⁸ BGH, Ur. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 Rn. 29.

⁷⁹ *Ibidem*.

Zweifel gezogen worden.⁸⁰ Dem BGH ist daher beizupflichten, wenn er betont, dass eine uneingeschränkte Anwendung des § 439 Abs. 4 BGB vor diesem Hintergrund nicht als gesichert angesehen werden konnte.⁸¹

3. Auslegung und Rechtsfortbildung bei überschießender Richtlinienumsetzung

a) Einheitliche oder gespaltene Auslegung?

Abschließend bleibt die Frage zu klären, ob die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung auch für den Bereich überschießender Richtlinienumsetzung zum Tragen kommt. Gemeinschaftsrechtlich existieren hierzu, wie gesehen⁸², keine Vorgaben. Vielmehr richtet sich die Entscheidung, ob eine einheitliche oder gespaltene Auslegung vorzunehmen ist, grundsätzlich allein nach nationalem Recht.⁸³ Der Richter muss dabei die Vorgaben der Richtlinie auch außerhalb ihres Anwendungsbereichs im Rahmen einer interpretatorischen Gesamt abwägung als „eines von mehreren Kriterien“⁸⁴ berücksichtigen.⁸⁵ Im Einzelfall kann sich aus dem „Einheitlichkeitswillen“⁸⁶ des nationalen Gesetzgebers ein Gebot der richtlinienkonformen Auslegung *kraft nationalen Rechts* ergeben. Abzulehnen ist dagegen eine – aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende – verfassungsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung.⁸⁷ Dass das Gebot der Normbestimmtheit und Normklarheit durch eine gespaltene Auslegung nicht zwangsläufig beeinträchtigt wird⁸⁸, zeigt sich gerade am Beispiel der Rechtsfortbildung: Hier ist die unterschiedliche Behandlung von Anwendungsfällen der Norm etwa notwendige Folge einer teleologischen Reduktion.

b) Einheitliche Auslegung des Verbraucherbegriffs

In Anwendung der zuvor genannten Grundsätze war im *Quelle*-Urteil zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber bei der

⁸⁰ Siehe dazu die Nachweise im 1. Teil unter I.

⁸¹ BGH, Ur. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 Rn. 33.

⁸² Vgl. dazu oben I. Teil, II. 3.

⁸³ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn bei einer gespaltenen Auslegung die Wirksamkeit der Richtlinienvorschriften beeinträchtigt würde.

⁸⁴ So *Hommelhoff*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 888 (916); vgl. auch *Canaris*, JZ 2003, 831 (837).

⁸⁵ Vgl. dazu *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (74); *Hommelhoff* (Fn. 84), S. 888 (915 f.: „quasi-richtlinienkonforme Auslegung“); *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545 (549).

⁸⁶ Zu diesem jetzt BGH, Ur. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 27. Nach Ansicht von *Roth* (Fn. 11), S. 847 (883) ist ein Einheitlichkeitswille regelmäßig zu vermuten. Siehe insoweit auch *Lutter*, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 571 (576 f.).

⁸⁷ So auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zum EG-Vertrag, 21. EL, 2003, Art. 249 EG Rn. 151; a.A. *Bärenz*, DB 2003, 375 f.; *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1408 (1416).

⁸⁸ Exemplarisch für einen Ausnahmefall siehe BVerfG NJW 2005, 2363 (2371) (Staat-Bürger-Verhältnis). Die Entscheidung generalisierend *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1408 (1416).

Umsetzung der VerbrGKRL in § 13 BGB einen einheitlichen nationalen Verbraucherbegriff schaffen wollte.⁸⁹ Dabei umfasst § 13 BGB – anders als der enge Verbraucherbegriff in Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL – auch solche Rechtsgeschäfte, die vom Verbraucher im Rahmen einer unselbständigen beruflichen Tätigkeit vorgenommen werden.⁹⁰ Dieser Wille des Gesetzgebers in Bezug auf einen einheitlichen Verbraucherbegriff rechtfertigt es nach Ansicht des BGH, auch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB auf *sämtliche* Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs, d.h. auch solche, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL fallen, zu erstrecken.⁹¹ Hiermit wurde für den Bereich der überschießenden Umsetzung der Richtlinie insoweit ein einheitliches Verständnis des § 439 Abs. 4 BGB erreicht.

Überzeugen kann ein derartiges Zurücktretlassen der konkreten Regelungsabsicht des Gesetzgebers – Nutzungersatz bei Nachlieferung – hinter seinen Einheitlichkeitswillen freilich nur aufgrund der faktischen Unteilbarkeit der Verbrauchereigenschaft. Eine gespaltene Auslegung würde hier nicht nur zur unterschiedlichen Behandlung von Sachverhalten innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, sondern zu einer divergierenden Auslegung des Verbraucherbegriffs an sich führen. Im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr einer „Rückwirkung“ auf das Gemeinschaftsrecht⁹² steht die effektive Durchsetzung der Wirksamkeit der Richtlinienvorschriften in Frage. Vor diesem Hintergrund erschiene es vertretbar, im vorliegenden Fall sogar von einer *gemeinschaftsrechtlichen* Pflicht zur einheitlichen Auslegung auszugehen.

c) Keine einheitliche Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB für sämtliche Kaufverträge

Über die einheitliche Auslegung des Verbraucherbegriffs hinaus stellte sich der BGH im *Quelle*-Urteil die weitergehende Frage nach einer möglichen Erstreckung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB auf diejenigen Fälle, in denen kein Verbrauchsgüterkauf i.S.v. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorlag. Insoweit war zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2001 die Vorgaben der VerbrGKRL bewusst auf sämtliche Arten von Kaufverträgen übertragen hatte.⁹³ Die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB galt demnach nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe, sondern auch für Verträge zwischen Verbrauchern bzw. Unternehmern. Auch in

diesen Bereichen lag mithin eine überschießende Umsetzung der Richtlinie vor.

Eine einheitliche Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus musste hier allerdings an der entgegenstehenden konkreten Regelungsabsicht des Gesetzgebers im Hinblick auf die Gewährung von Nutzungersatz scheitern. Anders als bei § 13 BGB konnte insoweit auch nicht auf einen, von dem Gedanken der Unteilbarkeit getragenen, Einheitlichkeitswillen abgestellt werden.⁹⁴ Vielmehr hatte der deutsche Gesetzgeber lediglich die generelle Absicht bekundet, aus Anlass der Richtlinienumsetzung auch eine umfassende Modernisierung des Schuld- und Verjährungsrechts vorzunehmen.⁹⁵ Wollte man nun annehmen, der Gesetzgeber habe für den Fall, dass ihm die Richtlinienwidrigkeit des § 439 Abs. 4 BGB bewusst gewesen sei, auch für den überschießend umgesetzten Teil eine „richtlinienkonforme“ Lösung gewollt, liefe dies auf die Ermittlung eines rein *hypothetischen* Willens hinaus.⁹⁶ Ein solches Vorgehen ist abzulehnen. Vielmehr wahrt allein das Abstellen auf die konkret geäußerte Regelungsabsicht die Funktionsteilung zwischen Legislative und Judikative.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, wenn auch der BGH im *Quelle*-Urteil – im Wege eines obiter dictum – die Erstreckung der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB auf Fälle, in denen kein Verbrauchsgüterkauf vorlag, ablehnte.⁹⁷ In rechtstatsächlicher Hinsicht wird dieser Standpunkt durch § 474 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. bestätigt. Hierdurch wird der Nutzungersatzanspruch nur für den Verbrauchsgüterkauf ausgeschlossen.

4. Zusammenfassung

Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung ist als (interpretatorische) Vorrangregel sowohl bei der Auslegung im engeren Sinne als auch bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachten. Der nationale Richter ist aufgefordert, „im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten [...]“⁹⁸. Dabei ist er aber nicht zu einer Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts „gezwungen“. Im Urteil *Quelle* ist der BGH – auf Grundlage der Vorgaben der nationalen Methodenlehre – insoweit zu einer teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB gelangt. Dabei hat er im Ergebnis überzeugend das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes bejaht. Dem Konstrukt eines generellen Umsetzungswillens ist der BGH nicht gefolgt. Vielmehr hat er entscheidend darauf abgestellt, dass der Gesetzgeber die konkrete Sachregelung nur für den Fall der Richtlinienkonformität gewollt hat.

⁸⁹ Vgl. insoweit BT-Drs. 14/3195, S. 32.

⁹⁰ Dagegen schließt gem. Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL jeglicher Bezug zu einer beruflichen Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft aus. Vgl. dazu *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 13 BGB Rn. 3.

⁹¹ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 27; in diesem Sinne bereits *Herresthal*, NJW 2008, 2475 (2477).

⁹² Zu dieser Wechselwirkung vgl. *Roth* (Fn. 11), S. 847 (884).

⁹³ Vgl. im Einzelnen *Weidenkaff* in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 439 BGB Rn. 2.

⁹⁴ Anders *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1417).

⁹⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 79.

⁹⁶ Kritisch auch *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545 (551).

⁹⁷ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 28.

⁹⁸ EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 114 (Pfeiffer u.a.).

IV. Fazit

Mit Blick auf die im 1. Teil des Beitrags eingangs aufgeworfenen Fragen ergibt sich nunmehr folgendes Bild: Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung umfasst neben der Auslegung im engeren Sinne auch eine richterliche Rechtsfortbildung über den Wortlaut hinaus. Was die methodischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung angeht, macht das EG-Recht keine Vorgaben, sondern überlässt deren Bestimmung dem nationalen Recht. Insbesondere lässt sich der Rechtsprechung des EuGH keine Vorprägung des Elements der „Planwidrigkeit“ einer Unvollständigkeit des Gesetzes entnehmen. Die substantielle Bedeutung der deutschen Methodenlehre würde unterminiert, wollte man von einem Hineinwirken des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgedankens in die einzelnen Kriterien der Rechtsfortbildung ausgehen. Der für die Planwidrigkeit maßgebliche Wille des Gesetzgebers bestimmt sich grundsätzlich nach der konkret geäußerten Regelungsabsicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus der Entstehungsgeschichte zweifelsfrei ein „Vorbehalt der Richtlinienkonformität“ ergibt. Dieser Sichtweise entspricht es, wenn auch der BGH im *Quelle*-Urteil gerade nicht auf die generell formulierte Umsetzungsabsicht, sondern entscheidend auf den „konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungs[willen]“ abstellt.