

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im dreistufigen System der Richtlinienwirkungen*

Von stud. iur. **Claudia Hainthaler**, Würzburg**

In einem jüngst ergangenen Urteil vom 7.5.2014 zum Versicherungsvertragsrecht hatte der 4. Zivilsenat des BGH über die Dauer des Widerspruchsrechts eines Versicherungsnehmers bei fehlender Belehrung nach § 5a Abs. 2 S. 4 VVG a.F.¹ zu entscheiden.² Da die Norm im Zuge der Umsetzung von EU-Richtlinien³ geschaffen wurde, war bereits im Jahr 2012 der EuGH zu deren Auslegung befragt worden.⁴ Nachdem dieser die vom BGH aufgezeigte Interpretation der nationalen Vorschrift der Sache nach für richtlinienwidrig erklärt hatte,⁵ stellte sich im Ausgangsverfahren die Frage nach Möglichkeiten der Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses. Als problematisch erwies sich insoweit, dass der Gesetzeswortlaut eindeutig einen Ausschluss des Widerspruchs nach Ablauf eines Jahres ab Zahlung der ersten Prämie vorsah. Auf dem Wege der Auslegung ließ sich dies nicht mit dem Verständnis des EuGH, wonach es überhaupt keine Ausschlussfrist geben dürfe, in Einklang bringen. Der BGH bediente sich daher des Instituts der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.⁶

Dieses Instrument ist zwar schon seit längerem anerkannt, bereitet aber hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Grenzen weiterhin Schwierigkeiten.⁷ Bedingt wird dies zum einen durch die zweistufige Wirkungsweise von Richtlinien, zum anderen durch Spezifika der nationalen Dogmatik. Vor diesem Hintergrund gilt es bei der nachfolgenden Untersuchung des Instituts der richtlinienkonformen Rechtsfortbil-

dung, neben der unionsrechtlichen Verpflichtung, auch das Zusammenspiel mit den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts zu beachten. Zur besseren Einordnung soll zudem die Stellung des Instituts innerhalb des Gesamtsystems der Richtlinienwirkungen aufgezeigt werden. Dabei gilt es drei Ebenen zu unterscheiden, die von der primären Umsetzungspflicht des nationalen Normgebers über die im Falle ihrer Nichterfüllung entstehenden Sekundärpflichten der Behörden und Gerichte bis hin zu Schadensersatzansprüchen auf der Tertiärebene reichen.

I. Primärwirkung: Umsetzungspflicht

1. Rechtliche Grundlage, Inhalt und Umfang der Verpflichtung

Aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergibt sich zunächst die primäre Verpflichtung zur Umsetzung der in der Richtlinie vorgegebenen Ziele.⁸ Zur Begründung wird zum Teil auch ergänzend auf Art. 4 Abs. 3 EUV zurückgegriffen.⁹ Die Umsetzungspflicht richtet sich dem funktionalen Staatsbegriff entsprechend an alle Träger öffentlicher Gewalt.¹⁰ Die Wahl der zur Umsetzung erforderlichen Mittel und deren Form bleiben zwar grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen,¹¹ diese haben aber gemäß dem „effet utile-Prinzip“ die Maßnahmen zu ergreifen, durch welche die praktische Wirksamkeit der Richtlinie bestmöglich herbeigeführt wird.¹² Eine korrekte setzt daher nicht notwendigerweise eine wörtliche Umsetzung durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift voraus; sie muss jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit in Form einer zwingenden Vorschrift vorgenommen werden.¹³ Die Möglichkeit einer rein judikativen Richtlinienumsetzung besteht folglich nicht.¹⁴ Vielmehr kann allein die nationale Legislati-

* Der Beitrag entwickelte sich aus einem Seminar zum Europarecht unter der Betreuung von Herrn Prof. Dr. Markus Ludwigs, welchem ein besonderer Dank für die hervorragende Betreuung gilt.

** Die Verf. ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung von Herrn Prof. Dr. Jan Dirk Harke.

¹ Fassung nach dem Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft v. 21.7.1994 = BGBl. I 1994, S. 1630.

² BGH WM 2014, 1030.

³ RL 90/619/EWG des Rates v. 8.11.1990 = ABl. EG 1990 Nr. L 330/50; RL 92/96/EWG des Rates v. 10.11.1992 = ABl. EG 1992 Nr. L 360/1.

⁴ BGH NJW 2012, 2144; konkret in Frage stand die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 RL 90/619/EWG des Rates v. 8.11.1990 = ABl. EG 1990 Nr. L 330/50 und Art. 31 Abs. 1 und 4 i.V.m. Anhang II RL 92/96/EWG des Rates v. 10.11.1992 = ABl. EG 1992 Nr. L 360/1.

⁵ EuGH, Urt. v. 19.12.2013 – C-209/12 (Endress/Allianz Lebensversicherungs AG) = NJW 2014, 452.

⁶ BGH WM 2014, 1030 (1036).

⁷ Vgl. nur BGHZ 179, 27; kritisch dazu: Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 8, Rn. 43; Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 501.

⁸ EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997, I-7411, Rn. 40; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 23.

⁹ Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 10 EGV Rn. 5.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/83 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 73.

¹¹ Vcelouch, in: Mayer/Stöger (Hrsg.), Kommentar zu EUV und AEUV, 175. Lfg., Stand: Januar 2014, Art. 288 AEUV Rn. 40.

¹² EuGH, Urt. v. 8.4.1976 – 48/75 (Royer) = Slg. 1976, 497, Rn. 73 ff.

¹³ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-59/89 (TA Luft) = Slg. 1991, I-2607, Rn. 19.

¹⁴ Ehricke, EuZW 1999, 553 (558 f.); Herresthal, Rechtsfortbildung im europäischen Bezugsrahmen, 2006, S. 85; Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 22.

ve bzw. der durch diese ermächtigte Verordnungsgeber die Umsetzungspflicht korrekt erfüllen.¹⁵

2. Frustrationsverbot als Folge der Primärwirkung

Als Kehrseite der Umsetzungsverpflichtung entsteht das Verbot, Maßnahmen zu ergreifen, welche das Ziel der Richtlinie bzw. ihre ordnungsgemäße Umsetzung ernstlich beeinträchtigen oder gar unmöglich machen könnten.¹⁶ Es handelt sich um ein sog. Frustrationsverbot.¹⁷ Positiv formuliert bedeutet dies, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich erlaubt ist, nach Inkrafttreten der Richtlinie Maßnahmen zu ergreifen, die dem Ziel der Richtlinie widersprechen, solange gewährleistet ist, dass damit die rechtzeitige Umsetzung der Richtlinie nicht in erheblichem Maße gefährdet wird.¹⁸ Auch diese Verpflichtung richtet sich grundsätzlich an alle Träger öffentlicher Gewalt. Hierbei ist allerdings festzuhalten, dass es seitens der Judikative aufgrund der fehlenden Bindungswirkung sogar höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁹ faktisch unmöglich ist, eine durch die Legislative eingeleitete Umsetzung der Richtlinie zu verhindern.²⁰ Selbst eine richtlinienwidrige Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist erreicht dies nicht, sodass sie auch keinen Verstoß gegen das Frustrationsverbot darstellt.²¹ Den Gerichten steht es daher zumindest bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist frei, wie sie das nationale Recht auslegen.²²

II. Sekundärwirkung: Durchsetzungspflicht

Sollte die Richtlinie nicht rechtzeitig ordnungsgemäß umgesetzt worden sein,²³ stellt sich die Frage nach anderweitigen

Möglichkeiten, den Richtlinienregelungen im Einzelfall Geltung zu verschaffen, um das Problem der Abhängigkeit der innerstaatlichen Wirksamkeit der Richtlinie vom gesetzgeberischen Tätigwerden zu kompensieren.²⁴ Für diese Geltungverschaffung im Einzelfall sind nunmehr auch die Exekutive und die Judikative geeignete Adressaten. Beide Gewalten müssen daher im Rahmen ihrer Zuständigkeit alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art ergreifen, um das in der Richtlinie vorgegebene Ziel zu erreichen.²⁵

1. Rechtliche Grundlagen der Verpflichtung

Die Pflicht zur Durchsetzung der Richtlinienregelungen im Einzelfall ergibt sich ebenso wie die primäre Umsetzungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV.²⁶ Die Unterscheidung zwischen primärer Umsetzungspflicht und sekundärer Durchsetzungspflicht basiert mithin nicht auf unterschiedlichen vertraglichen Grundlagen, sondern auf den Anforderungen, die der EuGH an die Umsetzung stellt in Verbindung mit der nationalen Gewaltenteilung.

2. Voraussetzungen und Umfang der Verpflichtung

a) Zurückbleiben der nationalen Vorschriften hinter der Richtlinie

Das Bedürfnis einer sekundären Durchsetzung kann denklogisch nur entstehen, wenn das nationale Recht von den Zielvorgaben der Richtlinie abzuweichen droht. Entscheidend ist hierbei vor allem die Reichweite der Richtlinie selbst. Um diese feststellen zu können, wird den nationalen Gerichten durch Art. 267 AEUV die Möglichkeit zur Anstrengung eines Vorabentscheidungsverfahrens eröffnet.²⁷ Es gilt daher im Zweifelsfall den EuGH mit der Frage zu betrauen, ob eine gewisse, abstrakt umschriebene nationale Regelung und deren Interpretation mit einer bestimmten unionsrechtlichen Vorschrift in Einklang stehen.

b) Zeitpunkt der Entstehung

Zweifelhaft erscheint im Weiteren die Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung der sekundären Durchsetzungspflicht. Grundsätzlich denkbar wäre es, zugunsten einer möglichst schnellen und weitreichenden Rechtsvereinheitli-

¹⁵ Schliesky, DVBl. 2003, 631 (638).

¹⁶ EuGH (GA Jacobs), Schlussanträge v. 24.4.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997, I-7411, Rn. 30; Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 24; Ehrlicke, EuZW 1999, 553 (557).

¹⁷ Ehrlicke, EuZW 1999, 553.

¹⁸ Weiß, DVBl. 1998, 568 (573); keine andere Beurteilung erlaubt insoweit EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, da sich die hier vom EuGH angenommene Annäherungspflicht an die Vorgaben der Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist aus der Besonderheit der von der Bundesrepublik bereits zuvor beantragten Verlängerung derselben ergab (a.a.O., Rn. 71 f.).

¹⁹ Dies gilt auch für die Fälle des § 31 Abs. 2 BVerfGG, da selbst bei Entscheidungen, denen Gesetzeskraft zukommt nicht konstitutiv auf das materielle Recht eingewirkt wird; vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 110; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, 15. Aufl. 2014, § 51 Rn. 30 (jeweils m.w.N.).

²⁰ Kühling, DVBl. 2006, 857 (864); Junker/Aldea, EuZW 2007, 13 (15 f.).

²¹ Kühling, DVBl. 2006, 857 (866).

²² Leible/Sosnitza, NJW 1998, 2507 (2508); BGH JR 1999, 198 (199 m. Anm. Staudinger).

²³ So z.B. bei RL 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.5.2010 = ABl. EU 2010 Nr. L 153/13;

RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2006 = ABl. EG 2006 Nr. L 105/54; Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 46.

²⁴ Streinz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 218 Rn. 33.

²⁵ EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 26 m.w.N.

²⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.1990 – C-106/89 (Marleasing) = Slg. 1990, I-4135, Rn. 8; EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 110.

²⁷ Borchardt, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 6. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 7; Gebauer, in: Jayme (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, S. 187 (199).

chung schon den Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie als ausreichend zu erachten.²⁸

Allerdings stünde eine solche Verpflichtung dem eigentlichen Rechtsgedanken des Instituts der Richtlinie entgegen. Denn nähme man eine sofortige Verpflichtung der Exekutive und Judikative zur Einzelfalldurchsetzung ab Richtlinienerlass an, so würde man die dem nationalen Gesetzgeber gegebenen Möglichkeiten der europarechtskonformen Umsetzung zwar nicht verengen, ihm aber keine Möglichkeit lassen, der Umsetzungsverpflichtung rechtzeitig nachzukommen, um eine Phase des Richterrechts zwischen dem Erlass der Richtlinie und der Schaffung der nationalen Implementierungsgesetze zu verhindern.²⁹ Dies widerspräche aber schon dem Prinzip der Rechtssicherheit, insbesondere in seiner Ausprägung als Klarheit des Rechts.³⁰ Verstärkt wird diese Annahme dadurch, dass eine richtlinienwidrige Auslegung vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist schon keinen Verstoß gegen das Frustrationsverbot darstellt (I. 2.), sodass zu dieser Zeit erst recht keine Pflicht zur Durchsetzung im Einzelfall bestehen kann.³¹ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Verpflichtung zur Einzelfalldurchsetzung kann daher nur der Ablauf der Umsetzungsfrist sein.³²

3. Inhalt der Durchsetzungspflicht

Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist sind grundsätzlich zwei unterschiedliche Formen der Durchsetzung im Einzelfall denkbar: Die unmittelbare Anwendung der Richtlinie selbst oder eine den Vorgaben der Richtlinie entsprechende Anwendung nationalen Rechts.

a) Unmittelbare Anwendung der Richtlinie

Die stärkste Form der Geltungsverschaffung im Rahmen der sekundären Durchsetzungspflicht ist die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie.

aa) Grundlagen der Abweichung vom Grundsatz der rein obligatorischen Wirkung

Eine Abweichung vom Grundsatz der Wirkungsentfaltung einer Richtlinie erst nach der Umsetzung in nationales Recht ist vor allem aufgrund der ansonsten erheblichen Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) geboten. Andernfalls wäre dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit

eröffnet, ein Wirksamwerden der Richtlinie durch das Verstreichenlassen der Umsetzungsfrist zu verhindern und die Betroffenen auf etwaige Schadensersatzansprüche zu verweisen.³³

bb) Voraussetzungen

Für die Annahme einer unmittelbaren Wirkung nach erfolglosem Ablauf der Umsetzungsfrist muss die Richtlinie nach ständiger Rechtsprechung des EuGH inhaltlich unbedingt und hinreichend genau bestimmt sein.³⁴ Hinreichend bestimmt ist die Richtlinie jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen des Anspruchs des Einzelnen so formuliert sind, dass sie direkt in nationales Recht übernommen werden könnten.³⁵

Vor allem im deutschen Schrifttum wurde zeitweise vertreten, dass eine weitere Voraussetzung das Vorliegen eines subjektiv öffentlichen Rechts sei.³⁶ In diese Richtung weist prima facie auch das Urteil des EuGH in der Rechtsache Becker³⁷. Jedoch verbietet bereits der effet utile Grundsatz eine derartige Verengung der unmittelbaren Wirksamkeit.³⁸ Vielmehr erscheint diese Diskussion als Versuch, unionsrechtliche Sachverhalte an die nationale Dogmatik anzupassen.³⁹ Ein subjektives Recht, wie es das deutsche Verwaltungsrecht kennt, ist mithin keine Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie, sondern deren Folge.

Anders ist hingegen die Frage nach der Anspruchsberechtigung zu beurteilen: Hier muss es sich um die Geltendmachung von Rechten eines Privaten gegenüber dem Staat handeln.⁴⁰ Dies resultiert im Umkehrschluss aus dem Verbot der Berufung des Staates auf eine durch diesen selbst nicht umgesetzte Richtlinie (Verbot der umgekehrten vertikalen Wirkung).⁴¹ Hierdurch wird zum einen das vertragswidrige Ver-

²⁸ Herrmann, Richtlinienumsetzung durch Rechtsprechung, 2003, S. 120; Sack, WRP 1998, 241 (243); Schliesky, DVBl. 2003, 631 (637).

²⁹ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 265; Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 80.

³⁰ Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 80; Lemke, Die Wirkung von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen im nationalen Recht der Mitgliedstaaten, 2011, S. 107.

³¹ EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997, I-7411, Rn. 43; Foerster, EuR 2012, 190 (196).

³² EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 115; Junker/Aldea, EuZW 2007, 13 (15); Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 7 (10).

³³ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 5.4.1979 – 148/78 (Ratti) = Slg. 1979, 1629, Rn. 21 f.; Vcelouch (Fn. 11), Art. 288 AEUV Rn. 68.

³⁴ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-468/10 (ASNEF) und EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-469/10 (FECMD) = EuZW 2012, 37 (40); EuGH, Urt. v. 3.3.2011 – C-203/10 (Auto Nikolovi) = Slg. 2011, I-1083, Rn. 61; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 436.

³⁵ Kühling/Seidel, GesR 2011, 402 (404).

³⁶ Calliess, NVwZ 1996, 339 (340 f.); Schmidt-Preuß, DVBl. 1995, 485 (494 f.).

³⁷ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, 53 ff.

³⁸ Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 68.

³⁹ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 54. Lfg., Stand: September 2014, Art. 288 AEUV Rn. 45.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 24.22.2011 – C-468/10 (ASNEF) und EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-469/10 (FECMD) = EuZW 2012, 37 (40); EuGH, Urt. v. 3.3.2011 – C-203/10 (Auto Nikolovi) = Slg. 2011, I-1083, Rn. 61; Steindorff (Fn. 34), S. 436.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen) = Slg. 1987, 3969, Rn. 9; Weiß, DVBl. 1998, 568 (574).

halten des umsetzungssäumigen Mitgliedstaates sanktioniert und zum anderen der Schutz der Rechtsunterworfenen vor ungerechtfertigten Belastungen gewährleistet.⁴²

cc) Verbot der horizontalen Direktwirkung

Letztgenannter Aspekt findet seinen Ausdruck auch im Verbot der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien, also der Wirkung zwischen Privaten, welches der EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkennt.⁴³ Gestützt wird diese Judikatur darauf, dass der verbindliche Charakter einer Richtlinie nur für den Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, besteht und Privaten die mitgliedstaatliche Umsetzungssäumnis nicht entgegengehalten werden kann.⁴⁴ Eine derartige unzulässige Belastung Privater liegt nach Ansicht des EuGH allerdings nicht vor, wenn es sich lediglich um eine negative Auswirkung – unabhängig von der Wahrscheinlichkeit deren Eintritts – handelt.⁴⁵ Dies ist der Fall, wenn Private Ansprüche gegen den Staat auf Durchführung einer drittbelastenden Maßnahme aus der Richtlinie haben. Hier bleibt mithin die Möglichkeit einer unmittelbaren Wirkung erhalten.⁴⁶

Um trotz des Verbots der horizontalen Direktwirkung den in der Richtlinie verankerten Rechten Einzelner Geltung zu verschaffen und um damit die effektive Durchsetzung des Europarechts voranzutreiben, nimmt der EuGH einen weiten Staatsbegriff an, unter den er beispielsweise auch öffentliche Arbeitgeber subsumiert.⁴⁷ Teilweise greift der EuGH sogar auf allgemeine Grundsätze zurück, welche ihren Ausdruck in der Richtlinie finden sollen und schon aufgrund ihres Primärrechtscharakters Drittwirkung entfalten.⁴⁸ Eine zu exzessive Annahme solchen im Sekundärrecht vermittelten Primärrechts birgt aber die Gefahr, dass das an sich griffige Verbot der horizontalen Wirkung zu einer Stellschraube für die Er-

zielung eines als wünschenswert erscheinenden Ergebnisses wird.⁴⁹

dd) Folgen

Die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinie ist von den Behörden und Gerichten des säumigen Mitgliedstaates von Amts wegen zu beachten.⁵⁰ Das entgegenstehende nationale Recht muss unangewendet bleiben.⁵¹ Da die unmittelbare Wirksamkeit lediglich einen Mindestschutz für die Effektivität des Unionsrechts darstellt, kann sie im Übrigen nicht als Rechtfertigung einer unterlassenen bzw. mangelhaften Richtlinienumsetzung dienen.⁵² Die primäre Umsetzungspflicht bleibt vielmehr erhalten.⁵³

b) Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts

Eine weitere Möglichkeit für die nationalen Stellen der Richtlinie im Einzelfall Geltung zu verschaffen, ist die richtlinienkonforme Auslegung. Schon im Urteil in der Rechtssache von Colson und Kamann⁵⁴ hat der EuGH deren Anwendung eingefordert und dies auch in späteren Entscheidungen bestätigt.⁵⁵

aa) Voraussetzungen

Für die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung müssen zunächst überhaupt nationale Vorschriften vorhanden sein, welche auslegungsfähig sind, also mehrere Auslegungsmöglichkeiten prinzipiell zulassen.⁵⁶ In Betracht kommen können hierfür sowohl die zum Zwecke der Umsetzung geschaffenen neuen Vorschriften als auch das bereits bestehende ältere Recht,⁵⁷ einschließlich der Verfassungen der Mitgliedstaaten.⁵⁸ Im Falle des Vorliegens mehrerer auslegungsfähiger nationaler Normen ist zunächst die Umsetzungsvorschrift heranzuziehen, da sich in dieser der Umsetzungswille des Gesetzgebers zeigt; erst falls deren Anwendung ausschlei-

⁴² EuGH, Urt. v. 26.9.1996 – C-168/95 (Arcaro) = Slg. 1996, I-4705, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 20; *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt (Fn. 27), Art. 288 AEUV Rn. 14.

⁴³ So zuletzt: EuGH, Urt. v. 15.1.2014 – C-176/12 (Association de médiation sociale) = NZA 2014, 193 (195 Rn. 36); EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 108; dieses Kriterium ablehnend: *Craig*, ELRev 2009, 349 (376).

⁴⁴ Implizit EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 23; *Ruffert* (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 57.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – C-201/02 (Delena Wells) = Slg. 2004, I-723, Rn. 57.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – C-201/02 (Delena Wells) = Slg. 2004, I-723, Rn. 58.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 (Marshall I) = Slg. 1986, 723, Rn. 49 ff.; *Ruffert* (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 59.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 74 f.; vgl. insoweit auch BVerfGE 126, 286 (307 f.), wo ein ultra-vires Handeln des Gerichtshofs verneint und diesem ein „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zugesprochen wird.

⁴⁹ *Mörsdorf*, EuR 2009, 219 (235 f.).

⁵⁰ *Schroeder* (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 120; *Vcelouch* (Fn. 11), Art. 288 AEUV Rn. 75; *Drexler*, Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich, 2012, S. 45.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 (Marshall I) = Slg. 1986, 723, Rn. 56.

⁵² EuGH, Urt. v. 6.5.1980 – 102/79 (Kommission/Belgien) = Slg. 1980, 1473, Rn. 12; EuGH, Urt. v. 17.9.1997 – C-54/96 (Dorsch Consult) = Slg. 1997, I-4961, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – C-96/95 (Kommission/Deutschland) = Slg. 1997, I-1653, Rn. 37.

⁵³ *Schroeder* (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 82.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 114.

⁵⁶ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 272.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 13.11.1990 – C-106/89 (Marleasing) = Slg. 1990, I-4135, Rn. 8.

⁵⁸ *Höpfner* (Fn. 56), S. 298 f.; kritisch: *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (948 ff.).

det, ist ein Rückgriff auf das übrige nationale Recht zulässig.⁵⁹

Schon vor dem Urteil in der Rechtssache Pfeiffer⁶⁰ wurde die, dadurch noch bestärkte Ansicht, vertreten, dass sowohl an die unmittelbare Anwendbarkeit wie auch an die richtlinienkonforme Auslegung die gleichen Voraussetzungen zu stellen sind.⁶¹ Denn nur in diesem Fall habe die Richtlinie Teil am Vorrang des Unionsrechts.⁶² Eine solche Gleichstellung ist aber aufgrund der grundsätzlichen Unterschiede zwischen beiden Instituten nicht erforderlich.⁶³ Im Falle der unmittelbaren Anwendbarkeit findet lediglich die Richtlinie Anwendung, sodass auch nur sie ihren genauen Inhalt und ihre Grenzen bestimmen kann.⁶⁴ Dementsprechend ist es bereits aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, besondere Anforderungen an die Bestimmtheit und Unbedingtheit der Richtlinie für ihre unmittelbare Wirksamkeit zu verlangen. Anders liegt es im Falle der richtlinienkonformen Auslegung, bei der nur bereits bestehendes nationales Recht ausgelegt oder fortgebildet wird. Folglich sind die konkreten Voraussetzungen und Grenzen der Regelung bereits vorhanden, sodass zusätzliche inhaltliche Erfordernisse an die Richtlinie nicht zu stellen sind.⁶⁵ Vielmehr ist die verpflichtende Wirkung der Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV ausreichend und mithin eine Teilhabe der Richtlinie am Vorrang des Primärrechts für die Annahme einer Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung entbehrlich.

bb) Nationale Auslegungsmethodik und interpretatorische Vorrangregel

Für die konkrete Anwendung stellt sich die Frage, inwiefern innerhalb der Grenzen der nationalen Methodenlehre richtlinienkonforme Ergebnisse erzielt werden können. Der klassischen Methodenlehre ist ein striktes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Auslegungskriterien, also Grammatik, Historie, Systematik und Telos, grundsätzlich fremd.⁶⁶ Es gilt im Kollisionsfall vielmehr eine Gesamtabwägung vorzunehmen.⁶⁷ Im Falle der richtlinienkonformen Auslegung ergibt sich nun die Besonderheit, dass es sich nicht um ein weiteres separates Auslegungskriterium als solches, sondern vielmehr um eine

Zielvorgabe handelt, welche unter Zuhilfenahme des bekannten Auslegungskanons erreicht werden soll.⁶⁸ Mithin muss dieser in einem ersten Schritt angewandt werden. Anschließend gilt es die Ergebnisse nach ihrer Richtlinienkonformität zu beurteilen.⁶⁹ Aufgrund der europarechtlichen Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung ist dabei die Gewichtung der einzelnen Kriterien irrelevant.⁷⁰ Es ist daher ausreichend, wenn die Anwendung eines Kriteriums in der Lage ist, ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen, um die Anwendbarkeit der anderen Kriterien auszuschließen.⁷¹ Dieser „Vorrang“ des richtlinienkonformen Ergebnisses wird zumeist als „interpretatorische Vorrangregel“ bezeichnet.⁷² Wenn allerdings infolge der zunächst vorzunehmenden Auslegung nach den nationalen Kriterien sogar mehrere richtlinienkonforme Ergebnisse denkbar sind, so gilt es, diese nach den allgemeinen Regeln zu bewerten und ihr argumentatives Gewicht gegeneinander abzuwägen.⁷³

cc) Grenzen der Auslegung im engeren Sinn

Neben dem grundsätzlichen Instrumentarium richten sich auch die Grenzen der Auslegung nach der nationalen Methodenlehre.⁷⁴ Für die deutsche Rechtsordnung ist in dieser Hinsicht der Wortlaut als Trennlinie zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung anerkannt.⁷⁵ Hierdurch soll das berechtigte Vertrauen der Gesetzesunterworfenen in den Normtext gewährleistet werden.⁷⁶

c) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

Wird die aufgezeigte (Wortlaut-)Grenze der Auslegung im engeren Sinne erreicht, stellt sich die Frage, inwieweit eine richterliche Rechtsfortbildung den richtlinienrechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung verhelfen kann bzw. sogar muss.

aa) Grundlagen der Verpflichtung

Ein Ausschluss dieses Instituts von der europarechtlichen Verpflichtung zur Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses kommt schon aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes nicht in Betracht.⁷⁷ Auch der EuGH stellte bereits in der

⁵⁹ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (52).

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 109 ff.

⁶¹ *Jarass*, EuR 1991, 211 (223); *Klamert*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, 2001, S. 191 ff.

⁶² *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (952).

⁶³ *Först*, Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung, 2012, S. 45 f.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26 f.; *Först* (Fn. 63), S. 47; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 361.

⁶⁵ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50); *Roth*, EWS 2005, 385 (387).

⁶⁶ *Canaris*, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle (Hrsg.), FS R. Schmidt, 2006, S. 41 (45).

⁶⁷ *Canaris*, in: Koziol/Rummel (Hrsg.), FS Bydlinski, 2002, S. 47 (53).

⁶⁸ *Schroeder* (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 126; *Franzen* (Fn. 64), S. 347; *Leenen*, Jura 2012, 753 (755).

⁶⁹ *Gebauer* (Fn. 27), S. 195; *Roth*, EWS 2005, 385 (392); eine einstufige Auslegung bevorzugend: *Herrmann* (Fn. 28), S. 133 f.

⁷⁰ *Canaris* (Fn. 67), S. 67.

⁷¹ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (124).

⁷² *Canaris* (Fn. 67), S. 49 ff.

⁷³ *Herresthal*, JuS 2014, 289 (291).

⁷⁴ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (124).

⁷⁵ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Grundle- gung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. 2013, S. 486; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50); *Canaris* (Fn. 66), S. 51 f.

⁷⁶ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911).

⁷⁷ Vgl. insb. EuGH, Urt. v. 5.3.1996 – C-46/93 (Brasserie du pecheur) = Slg. 1996, I-1029, Rn. 24-26; *Leenen*, Jura 2012,

Rechtssache von Colson und Kamann⁷⁸ klar, dass das nationale Gericht bei der Auslegung von Umsetzungsnormen seinen Beurteilungsspielraum, den ihm das nationale Recht einräumt, voll ausschöpfen müsse.⁷⁹

Dass es sich bei der richterlichen Rechtsfortbildung als solcher um eine rechtsstaatlich geforderte Möglichkeit der Rechtsfindung handelt, ist in der deutschen Methodenlehre anerkannt.⁸⁰ Sie liegt daher aus nationaler Sichtweise noch innerhalb des vom Recht eingeräumten Handlungsspielraums des Richters und muss mithin auch bei richtlinienbezogenen Fällen beachtet werden. Das anerkannte Instrumentarium beinhaltet sowohl die teleologische Extension und Reduktion als auch die Analogie.⁸¹

bb) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Da der EuGH alle nationalen Behörden und Institutionen „nur“ dazu verpflichtet sieht, innerhalb der ihnen gesetzten Grenzen tätig zu werden,⁸² kann ein nationales Gericht die richterliche Rechtsfortbildung lediglich beim Vorliegen der hierfür nach nationalem Recht anerkannten Voraussetzungen betreiben.⁸³ Diese Anerkennung der *contra-legem* Grenze⁸⁴ hat zur Folge, dass die verfassungsrechtlich determinierten Kompetenzen der Judikative nicht durch eine unionsrechtliche Rechtspflicht erweitert werden können.⁸⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden diese ihre Grenzen vor allem in Art. 20 GG und mithin im Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und der Rechts- und Gesetzesbindung.⁸⁶ Aufgrund des darin auch enthaltenen Prinzips

der Gewaltenteilung⁸⁷ muss daher vor allem eine Abgrenzung zu den Kompetenzen der Legislative erfolgen. Mithin rückt, anders als im Rahmen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, welche allein Fragen des Rangverhältnisses zwischen der nationalen Rechtsordnung und der Unionsrechtsordnung betrifft bei der richtlinienkonformen Auslegung die Spannungslage zwischen (nationaler) Legislative und (nationaler) Judikative in den Fokus.⁸⁸ Aufgrund der Rechtsetzungsbefugnis der Legislative⁸⁹ und der Rechtserkenntnisbefugnis der Judikative⁹⁰ kann letztere bei Überschreitung der Wortlautgrenze nur soweit tätig werden, als dies vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber gewollt ist.⁹¹ Mithin müsste die notwendige Regelungslücke „planwidrig“ sein.⁹² Dies ist dann der Fall, wenn die nach dem Wortlaut anzutreffende Regelung nicht mit dem Regelungswillen des Gesetzgebers übereinstimmt und die richterliche Rechtsfortbildung somit lediglich der Durchsetzung dieses demokratisch legitimierten Willens dient.

cc) Notwendigkeit einer Objektivierung der judikativen Kompetenzen?

Abweichend von der hier zugrunde gelegten Abhängigkeit der judikativen Rechtsfortbildungskompetenz vom Willen des Gesetzgebers, wird in Teilen der Literatur ein objektiver Ansatz zugrunde gelegt.⁹³ Zur Begründung wird auf Art. 23 GG rekurriert. Darin sei ein neues Staatsstrukturprinzip enthalten, durch welches die Richtlinie im Rahmen der „integrierten Staatlichkeit“ in die deutsche Rechtsordnung einbezogen werde.⁹⁴ Hieraus wiederum wird der Schluss gezogen, dass schon der Gedanke der Einheitlichkeit der Rechtsordnung dazu führen müsse, dass bei der richtlinienwidrigen Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung eine sog. „systemwidrige“ Regelungslücke existiere, welche die Möglichkeit für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eröffne.⁹⁵ Die übrigen Strukturprinzipien, vor allem die Gewaltenteilung, sollen mit diesem neuen Prinzip ausgeglichen und jeweils unter dessen Berücksichtigung konkretisiert wer-

753; *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (12); *Roth*, EWS 2005, 385 (390).

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 28.

⁸⁰ BVerfGE 74, 129 (152); 71, 354 (362); 69, 315 (371); 69, 188 (202); 65, 182 (190); 34, 269 (286); *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 472 ff.; siehe auch mit weiteren Anwendungsbeispielen *Roth*, EWS 2005, 385 (394).

⁸¹ *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 20 GG Rn. 121; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (290); *Roth*, EWS 2005, 385 (390).

⁸² St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26.

⁸³ *Herresthal*, JuS 2014, 289 (290 f.).

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (Pupino) = Slg. 2005, I-5285, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adener) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 54.

⁸⁵ *Grosche/Höft*, NJOZ 2009, 2294 (2296); *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (398).

⁸⁶ BVerfGE 74, 129 (152); 71, 354 (362); 69, 315 (371); 69, 188 (202); 65, 182 (190); 34, 269 (286); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 706 ff.; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911); *Herresthal* (Fn. 14), S. 301 ff.

⁸⁷ *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 72. Lfg., Stand: Juli 2014, Art. 20 GG V Rn. 1 f.

⁸⁸ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (10); dazu ausführlich: *Durner*, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010, S. 13 ff.

⁸⁹ BVerfGE 95, 1 (15 ff.); *Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG V Rn. 83.

⁹⁰ *Sachs* (Fn. 81), Art. 20 GG Rn. 120; *Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG V Rn. 100.

⁹¹ *Herdegen* (Fn. 7), § 8 Rn. 43.

⁹² BVerfGE 116, 69 (83); BGH NJW 1981, 1726 (1727); BGH GRUR 2002, 238 (241); *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 17 f.; *Müller/Christensen* (Fn. 75), S. 393.

⁹³ *Canaris* (Fn. 67), S. 84; *Roth*, EWS 2005, 385 (394); *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

⁹⁴ *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

⁹⁵ *Franzen* (Fn. 64), S. 416 ff.; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

den, wodurch sich erweiterte Grenzen der judikativen Kompetenzen ergäben.⁹⁶

Dieser Ansatz erscheint aber insofern seinerseits „systemwidrig“, als er die zweistufige Wirkungsweise der Richtlinie verkennt und diese selbst als unmittelbar wirkenden Teil des nationalen Rechtssystems ansieht.⁹⁷ Außerdem hat der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG mit der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG gerade eine Struktursicherungsklausel geschaffen, welche die Staatsstrukturprinzipien als unantastbaren Kern der Identität der Bundesrepublik sichern soll.⁹⁸ Neben diesem verfassungsimmanenten Problem hat der EuGH in seiner Rechtsprechung auch stets bestätigt, dass das Unionsrecht die vorgefundene innerstaatliche Kompetenzverteilung und die sich daraus für die Rechtsprechung ergebenden Begrenzungen akzeptiere und zu keinerlei Modifikation nötige.⁹⁹ Die Annahme einer Verschiebung der interkonstitutionellen Wertungen erscheint daher nicht begründbar. Maßgeblich kann mithin lediglich der Wille des Gesetzgebers sein.

dd) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung bei Existenz einer nationalen Umsetzungsnorm

Im Weiteren gilt es, den Fall des Vorliegens einer Umsetzungsnorm von dem des Fehlens einer solchen zu unterscheiden. Im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung einer Umsetzungsnorm stellt sich das Problem, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung einer solchen zweierlei Dinge gleichzeitig verwirklichen möchte, die auf verschiedenen Ebenen liegen: Die Schaffung einer inhaltlich wünschenswerten nationalen Vorschrift, die zugleich eine richtlinienkonforme Regelung darstellt.¹⁰⁰ Die Frage ist daher, welcher Wille als ausschlaggebend zu erachten ist.

(1) Rechtsfortbildung bei Vorliegen eines richtlinienkonformen konkreten Regelungswillens

Der Fall der Schaffung einer Umsetzungsnorm, bei welcher der nationale Gesetzgeber den gesamten inhaltlichen Regelungsgehalt der Richtlinie in seinen Willen aufgenommen hat, dieser aber im Wortlaut der Norm nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, führt zu keinen weiteren europarechtlichen Besonderheiten. Der Grund hierfür ist, dass der Umsetzungswille in vollem Umfang durch den konkreten Regelungswillen erfasst wird. Mithin besteht bei dieser Konstellation kein Unterschied zu rein nationalen Sachverhalten, sodass eine

richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht nur möglich, sondern aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes sogar zwingend vorzunehmen ist.

(2) Vorrang der konkreten Regelungsabsicht gegenüber dem generellen Umsetzungswillen

Hat der nationale Gesetzgeber dagegen einen konkreten Regelungswillen gebildet, welcher unbewusst von den Vorgaben der Richtlinie abweicht, stellt sich die Frage, ob ein Rückgriff auf den gegenläufigen generellen Umsetzungswillen möglich sein soll. Dem stehen aber die Grundsätze der Gewaltenteilung zumindest dann entgegen, wenn sich der Gesetzgeber ausweislich der Materialien bewusst für eine bestimmte Regelung entschieden hat.¹⁰¹ Folglich scheidet eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung beim Vorliegen einer unbewusst richtlinienwidrigen, aber konkreten Regelungsabsicht am spezielleren eindeutig bezugten Willen.

(3) Rechtsfortbildung im Sonderfall des Zusammentreffens eines konkreten Regelungswillens mit einem konkreten Umsetzungswillen

Einen Sonderfall spiegelt der Fall Quelle¹⁰² wider, in welchem eine Verbraucherin vom Versandhaus Quelle für die Nutzung eines Herdes vor Geltendmachung des ihr zustehenden Rechts auf Nacherfüllung in Anspruch genommen werden sollte. Hier sah sich der BGH mit der Problematik konfrontiert, dass sowohl ein konkreter Regelungswille, als auch ein konkreter Umsetzungswille des Gesetzgebers, vorlagen. Diese beiden stimmten allerdings aufgrund einer Fehlinterpretation der Richtlinie durch den Normgeber nicht überein.¹⁰³ Möglich war dies dadurch, dass der Gesetzgeber seinen konkreten Regelungswillen zu Gunsten der Gewährung eines Nutzungsersatzes für den Zeitraum der Nutzung vor Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs äußerte. Gleichzeitig setzte er sich mit der konkreten Richtlinienvorschrift auseinander und wollte dieser auch zur Wirksamkeit im nationalen Recht verhelfen. Hierbei legte er lediglich die Richtlinie, anders als der EuGH, dahingehend aus, dass diese einen Nutzungsersatzanspruch auch gegen Verbraucher nicht ausschließe. Bei einem solchen Zusammentreffen zweier entgegenstehender Willensrichtungen erscheint kein Rangverhältnis ersichtlich, welches Aufschluss über die Reichweite der Möglichkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung geben könnte. Für den Fall, dass der Gesetzgeber die Umsetzungsnorm nicht in gleicher Weise erlassen hätte, wenn er deren Richtlinienwidrigkeit erkannt hätte, ist aber davon auszugehen, dass der konkrete Regelungswille letztlich unter den

⁹⁶ *Canaris* (Fn. 67), S. 81 ff.; *ders.* (Fn. 66), S. 51 ff.; *Herrmann* (Fn. 28), S. 232; *Herresthal* (Fn. 14), S. 123 ff.

⁹⁷ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917).

⁹⁸ *Scholz*, in: *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg.), FS Steindorff, 1990, S. 1413 (1414 ff.); *Uhrig*, Die Schranken des Grundgesetzes für die europäische Integration, 2000, S. 134.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (*Faccini Dori*) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von *Colson* und *Kamann*) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (*Adeneler*) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 109 f.; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917).

¹⁰⁰ *Pfeiffer*, NJW 2009, 412 (413).

¹⁰¹ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917); *Franzen*, JZ 2003, 321 (324); *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1929); *Schmidt*, ZGS 2006, 408 (410); *Lorenz*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, Vor. § 474 Rn. 5.

¹⁰² BGH NJW 2009, 427.

¹⁰³ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

Vorbehalt der Richtlinienkonformität gestellt wird,¹⁰⁴ sodass eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich ist.¹⁰⁵

(4) Rechtsfortbildung auf Grundlage des generellen Umsetzungswillens in Ermangelung eines konkreten Regelungswillens

Differenzierend gilt es den Fall zu betrachten, in welchem der nationale Gesetzgeber generell eine richtlinienkonforme Regelung schaffen will, jedoch bzgl. des betroffenen Einzelfalls, welcher von der Richtlinie umfasst werden soll, weder seinen positiven noch seinen negativen Willen bekundet, sondern dieses Element der Richtlinie schlicht übersehen hat. In Ermangelung einer konkreten Regelungsabsicht könnte hier lediglich der generelle Umsetzungswille als möglicher Anknüpfungspunkt einer Rechtfertigung der Überschreitung der Wortlautgrenze dienen.

Durch das Abstellen auf einen solchen generellen Umsetzungswillen entsteht allerdings die Gefahr, dass das nationale Gesetz zu einer bloßen „dynamischen Verweisung“ auf die Richtlinie selbst wird,¹⁰⁶ wodurch schlussendlich doch eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie geschaffen würde.¹⁰⁷

Eine solche „quasi-unmittelbare“ Wirkung aufgrund des Ausreichenlassens eines generellen Umsetzungswillens kann freilich nur insoweit als Problem angesehen werden, als dadurch Private belastet würden. Die Schlechterstellung eines vertragsbrechenden Staates erscheint demgegenüber nicht unbillig. Vor diesem Hintergrund sollte die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im vertikalen Verhältnis zwischen Bürger und Staat jedenfalls möglich sein. Eine Schlechterstellung des Bürgers aufgrund der Umsetzungsdefizite des Gesetzgebers kann dagegen nicht gewollt sein, sodass jedenfalls auch das im Rahmen der unmittelbaren Wirkung anerkannte Verbot der umgekehrten vertikalen Wirkung (III. 3. a) bb)) Geltung entfaltet.

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob ein genereller Wille zur Schaffung einer richtlinienkonformen Regelung auch ausreichen kann, wenn sich ein Privater gegenüber einem anderen Privaten auf den generellen Umsetzungswillen berufen möchte. Insoweit ist hervorzuheben, dass dem Verbot der horizontalen unmittelbaren Wirkung keinerlei Bestrafungscharakter zugrunde liegt. Maßgeblich ist vielmehr die Überzeugung, dass eine Richtlinie nur für den Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, Bindungswirkung entfaltet und mithin auch keine Verpflichtung Privater begründen können soll.¹⁰⁸ Dies ist vor allem der Rechtssicherheit geschuldet, welche aus der individuellen Sicht der Bürger vor allem Vertrauens-

schutz bedeutet¹⁰⁹ und selbst eine Grenze richtlinienkonformer Rechtsfortbildung darstellt.¹¹⁰ Da der Bürger bei Richtlinienerrlass mit einer entsprechenden Anpassung der nationalen Rechtsordnung rechnen muss,¹¹¹ darf er nicht auf eine richtlinienwidrige Rechtsanwendung vertrauen. Wenn dagegen eine Vorschrift geschaffen wurde, welche scheinbar den Anforderungen der Richtlinie gerecht wird, würde eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung das berechnete Vertrauen des Rechtsunterworfenen in den Wortlaut der nationalen Vorschrift zerstören.¹¹² Ein Verbot der Berufung auf einen generellen Umsetzungswillen im Verhältnis zweier Privater besteht mithin zumindest in dem wohl häufigsten Fall einer versteckten Richtlinienwidrigkeit der nationalen Vorschrift.

(5) Fazit

Falls eine Umsetzungsnorm vorliegt, lassen sich daher folgende Grenzen für die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung finden:

Für den Fall, dass der konkrete Regelungswille alle Bereiche der Richtlinienregelungen umfasst, ist die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eindeutig möglich.

Für den Fall, dass ein konkreter Regelungswille mit einem generellen Umsetzungswillen kollidiert, scheidet ein Rückgriff auf letzteren aus, sodass hier der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung unmöglich macht. Anders kann dies nur beurteilt werden, wenn der konkrete Regelungswille offensichtlich unter dem Vorbehalt der Richtlinienkonformität steht.

Für den Fall, dass ein genereller Umsetzungswille vorhanden ist, aber ein konkreter Regelungswille fehlt, ist ein Rückgriff auf ersteren möglich, wenn der Einzelne Rechte gegenüber dem Staat geltend macht. Handelt es sich aber um die Geltendmachung von Rechten zwischen Privatrechtssubjekten, scheidet eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zumindest bei einer versteckten Richtlinienwidrigkeit aus.

ee) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung bei Fehlen einer Umsetzungsnorm

Anders gestaltet sich die Lage schließlich, wenn der nationale Gesetzgeber von der Schaffung einer Umsetzungsnorm ganz abgesehen hat. Ausschlaggebend für die Frage der Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung kann hier nur der Wille desjenigen Normgebers sein, welcher das fortzubildende Recht geschaffen hat, da nur dessen Absichten Anhaltspunkte im Gesetzeswortlaut und in den Gesetzesbe-

¹⁰⁴ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (126).

¹⁰⁵ So im Ergebnis auch: BGH NJW 2009, 427 (Quelle, 429 Rn. 25).

¹⁰⁶ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (126); *Schürmbrand*, JZ 2009, 910 (916).

¹⁰⁷ *Felke*, MDR 2002, 226 (227) mit Bespr. v. EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = Slg. 2001, I-9945; *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253 (256).

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 24.

¹⁰⁹ *Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG VII Rn. 69.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 15.4.2008 – C-268/06 (Impact) = Slg. 2008, I-2483, Rn. 100; EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 110; EuGH, Urt. v. 3.5.2005 – C-391/02 (Berlusconi) = Slg. 2005, I-3565, Rn. 66 ff.; EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen) = Slg. 1987, 3969, Rn. 13.

¹¹¹ *Herresthal* (Fn. 14), S. 311; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, 2010, S. 181 f.

¹¹² *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1931); *Weber* (Fn. 111), S. 182.

gründungen finden können. Da diesem wiederum nicht der Wille unterstellt werden kann, dass die geschaffene Norm mit jedweden zukünftigen europarechtlichen Regelungen übereinstimmen soll, kann nur sein konkreter Regelungswille ausschlaggebend sein. Es fehlt mithin schon grundsätzlich an der Problematik der Zweidimensionalität des Willens des Normgebers (inhaltlicher Regelungswille einerseits und Umsetzungswille andererseits), sodass die regulären nationalen Grenzen für die Rechtsfortbildung gelten müssen.

d) Folgen der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung

Im Gegensatz zum Institut der unmittelbaren Wirkung entfaltet bei der richtlinienkonformen Auslegung nur das nationale Recht selbst Wirkung.¹¹³ Die primäre Umsetzungspflicht erlischt – insoweit parallel zur unmittelbaren Wirkung – auch bei erfolgreicher richtlinienkonformer Anwendung des nationalen Rechts nicht.¹¹⁴ Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedstaat bleibt also weiterhin möglich.¹¹⁵ Die Gefahr, dass sich der säumige Staat unter Hinweis auf die richtlinienkonforme Auslegung seiner Umsetzungspflicht entziehen könnte, besteht daher nicht.¹¹⁶

IV. Tertiärwirkung: Auffangpflicht

Ungeachtet der aufgezeigten Möglichkeiten zur Durchsetzung der Richtlinienbestimmungen durch die nationalen Gerichte stellt sich die Frage der Folgen, wenn auch diese an ihre Grenzen stoßen, also sowohl eine unmittelbare Wirkung als auch eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung nicht in Betracht kommen.

1. Verpflichtung zur Nichtanwendung nationalen Rechts

Für diesen Fall forderten unter anderem mehrere Generalanwälte¹¹⁷ am Gerichtshof sowie Teile der Literatur¹¹⁸, dass die volle Wirksamkeit des Unionsrechts durch die Unanwendbarkeit entgegenstehender nationaler Vorschriften gewahrt werden soll.¹¹⁹ Dies wird vor allem mit der Argumentation vertreten, dass die Richtlinie als solche zwar keine unmittel-

bare positive Wirkung, jedoch eine Verbotswirkung¹²⁰ bzgl. der entgegenstehenden nationalen Normen entfalte. Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass es im Fall der Annahme einer negativen Wirkung von der Ausgestaltung des einschlägigen nationalen Rechts abhinge, inwieweit die Richtlinie ihre Suspensivwirkung entfaltet.¹²¹ Eine negative Wirkung der Richtlinie ist daher abzulehnen.¹²²

2. Unionsrechtliche Schadensersatzansprüche

Auf der Tertiärebene kommt aber sehr wohl ein Schadensersatzanspruch aufgrund legislativen Unrechts,¹²³ gestützt auf die mangelnde oder mangelhafte Umsetzung, als auch aufgrund judikativen Unrechts bei unionsrechtswidriger Nichtdurchsetzung im Einzelfall¹²⁴ in Betracht. Der hierfür erforderliche hinreichend qualifizierte Verstoß¹²⁵ liegt im Fall der verspäteten¹²⁶ oder nicht ordnungsgemäßen Umsetzung grundsätzlich vor; anders ist dies nur bei noch vertretbarer Umsetzung zu beurteilen.¹²⁷ Bezüglich der Haftung wegen Verstoßes gegen Unionsrecht durch judikatives Handeln ist zu beachten, dass im Konfliktfall nationale Spruchrichterprivilegien wie § 839 Abs. 2 S. 1 BGB unangewendet bleiben müssen.¹²⁸ Diese sind mit dem Unionsrecht unvereinbar, soweit sie eine Haftung auch in Fällen eines offenkundigen Rechtsverstoßes ausschließen.¹²⁹ Die Möglichkeit einer Staatshaftung hat jedenfalls den Vorteil, dass sie den Druck von den nationalen Richtern zu nehmen vermag, um jeden Preis ein richtlinienkonformes Ergebnis erzielen zu müssen, da zumindest eine Ausgleichsmöglichkeit für das bereits vorher begangene legislative Unrecht besteht.¹³⁰

¹²⁰ Terminologie nach BAG RdA 2004, 246 (250 m. Anm. Wank).

¹²¹ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911).

¹²² Auch EuGH, Ur. v. 4.2.1988 – 157/86 = Slg. 1988, 673, Rn. 11 (Murphy/An Bord Telecom Eireann); EuGH, Ur. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 stehen dem nicht entgegen, da sich die dort bejahte negative unmittelbare Wirkung aus dem Primärrecht ergab.

¹²³ EuGH, Ur. v. 5.3.1996 – C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur) = Slg. 1996, I-1029, Rn. 34; EuGH, Ur. v. 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90 (Francovich) = Slg. 1991, I-5357.

¹²⁴ *Foerster*, EuR 2012, 190 (195); dazu ausführlich: *Frenz/Götzkes*, EuR 2009, 622 (623 f.).

¹²⁵ Zu dem Erfordernis: EuGH, Ur. v. 2.12.1971 – 5/71 (Zuckerfabrik Schöppenstedt) = Slg. 1971, 975, Rn. 11 ff.; *Gellermann*, in: Streinz (Fn. 10), Art. 340 AEUV Rn. 47 ff.

¹²⁶ EuGH (GA *Mischo*), Schlussanträge v. 28.5.1991 – C-6/90 und C-9/90 (Francovich) = Slg. 1991, I-5357; *Jarass*, NJW 1994, 881 (883); *Triantafyllou*, DÖV 1992, 564 (570).

¹²⁷ EuGH, Ur. v. 26.3.1996 – C-392/93 (British Telecommunications) = Slg. 1996, I-1631, Rn. 37.

¹²⁸ *Gellermann* (Fn. 125), Art. 340 AEUV Rn. 58.

¹²⁹ EuGH, Ur. v. 13.6.2006 – C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo) = Slg. 2006, I-51077, Rn. 37 ff.

¹³⁰ *Iglesias/Riechenberg*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1213 (1224).

¹¹³ *Herrmann* (Fn. 28), S. 93; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50).

¹¹⁴ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (48).

¹¹⁵ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (914).

¹¹⁶ So z.B. *Everling*, ZGR 1992, 376 (388).

¹¹⁷ EuGH (GA *Saggio*), Schlussanträge v. 16.12.1999 – C-240/98 (Océano) = Slg. 2000, I-4941, Rn. 30 ff.; EuGH (GA *Léger*), Schlussanträge v. 11.1.2000 – C-287/98 (Linster) = Slg. 2000, I-6917, Rn. 50 ff.; EuGH (GA *Colomer*), Schlussanträge v. 27.4.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 15.

¹¹⁸ *Herrmann* (Fn. 28), S. 78 ff.

¹¹⁹ Dies begründe auch eine Einordnung als bloße Auffangverpflichtung, da den inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie nicht positiv (konstruktiv) zur Wirksamkeit verholfen werden würde.

V. Resümee

Wie sich gezeigt hat, handelt es sich bei der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung lediglich um eines von mehreren Instituten, welches der Durchsetzung von Richtlinienbestimmungen dienen soll. Das eingangs erwähnte aktuelle Urteil des BGH zum Versicherungsvertragsrecht¹³¹ bestätigt aber, dass der Rückgriff darauf gewissermaßen zum „Alltagsgeschäft“ geworden ist.¹³² Dies mag zwar aufgrund der systematischen Einbettung verwunderlich erscheinen, ist jedoch vor allem den Schwierigkeiten der korrekten Auslegung der Richtlinie durch den Gesetzgeber und den hohen Voraussetzungen für das Vorliegen einer unmittelbaren Wirkung geschuldet.

Umso wichtiger ist es, sich des verfassungsrechtlichen Rahmens des Instituts gewahr zu sein. Denn auch wenn der europarechtliche Einfluss auf die überkommene nationale Methodenlehre kaum zu verkennen ist, so gilt es doch, dabei die rechtsstaatlichen Grenzen der richterlichen Kompetenzen nicht zu übergehen.

¹³¹ BGH WM 2014, 1030.

¹³² Im Ausgangsfall wurde die Problematik der Abweichung des Wortlauts der nationalen Vorschrift von den Vorgaben der Richtlinie durch die Versagung der Möglichkeit eines Widerspruchs nach Ablauf eines Jahres ab Zahlung der ersten Prämie trotz fehlender bzw. nicht ausreichend deutlicher Belehrung über das Widerrufsrecht mittels einer teleologischen Reduktion gelöst, sodass dieser Ausschluss keine Anwendung im Bereich der Lebensversicherung, Rentenversicherung und Zusatzversicherung zur Lebensversicherung finden soll; siehe BGH WM 2014, 1030 (1036).