

Nr. 180

WOLFGANG DURNER

**VERFASSUNGSRECHTLICHE GRENZEN
RICHTLINIENKONFORMER
RECHTSFORTBILDUNG**

2010

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 180

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.

Professor an der Universität Bonn

Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung

Referat im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 01.02.2010

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

I. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als ungelöstes Methodenproblem	1
1. Repräsentative Stellungnahmen des Schrifttums	1
2. Kontroversen um die Quelle-Entscheidung	4
3. Weitere aktuelle Problemfelder	5
II. Die Vorgaben des Unionsrechts	6
1. Gemeinschafts- bzw. richtlinienkonforme Auslegung – Verortung der Figur	7
2. Primärrechtliche Grundlagen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	9
3. Die Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	10
4. Die durch den Europäischen Gerichtshof formulierten Grenzen	10
5. Der rechtliche Standort der bestehenden Kontroversen	12
III. Die Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts	14
1. Rechtshistorische Perspektiven auf die richterliche Rechtsfortbildung	14
2. Divergierende Aussagen zur Zulässigkeit von Rechtsfortbildungen	16
3. Die Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere Art. 97 Abs. 1 GG	20
4. Gesetzesbindung und Gesetzeskonkretisierung	22
5. Die Unschärfe der methodischen Grenzziehung	25
6. Die rechtstaatlichen Minima richterlicher Gesetzesbindung	27
a) Die Notwendigkeit der gesetzlichen Rückbindung	28
b) Das Verbot der Verwerfung positiven Rechts	29
c) Das Ringen um die Behauptung dieser Maßstäbe in der Rechtsprechung	30
7. Folgerungen für die richtlinienkonforme Auslegung	32

II

IV. Die richtlinienkonforme Auslegung zwischen Autonomie und Gemeinschaftstreue	36
1. Tatsächliche Einflüsse des Unionsrechts auf die Identifikation von Spielräumen	37
2. Vorgaben des EuGH für die richterliche Auslegung nationalen Rechts	38
3. Ein Blick in die Zukunft	40
4. Die Bedeutung der grundgesetzlichen Integrationsgrenzen	45

I. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als ungelöstes Methodenproblem*

Die Frage nach den Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung hat das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht schon vielfach beschäftigt, ohne dass jedoch Konsens über die entsprechenden Maßstäbe bestehen würde.

1. Repräsentative Stellungnahmen des Schrifttums

Für die eine, tendenziell stärker integrationsfreundliche Seite des Meinungsspektrums mag ein einflussreicher Handbuchbeitrag von *Wulf-Henning Roth* zur richtlinienkonformen Auslegung stehen:¹ *Roth* sieht mit der im Zivilrecht wohl herrschenden Lehre die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung im Wortlaut der jeweiligen Norm. Auch jenseits der Wortlautgrenze bestehe jedoch die Möglichkeit zu einer Rechtsfortbildung. Das Grundgesetz stehe einem solchen Schritt nicht entgegen, denn Art. 20 Abs. 3 GG lockere mit dem Verweis auf „Gesetz und Recht“ die strenge Bindung an das förmliche Gesetzesrecht und biete so eine Legitimation für richterliche Rechtsfortbildungen. Als Voraussetzung fordert *Roth* das Vorliegen einer Gesetzeslücke, die sich jedoch „ohne weiteres aus dem Umstand [ergebe], dass sich mit dem Richtlinienerlass das rechtliche Umfeld für

* Die vorliegende Schriftfassung greift bereits einige Aspekte der im Anschluss an den Vortrag erfolgten Diskussion auf, für die sich der Verfasser bei allen Teilnehmern herzlich bedankt.

¹ *Wulf-Henning Roth*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 309 ff. und besonders S. 326 ff. in Rdnrn. 44 ff.

das nationale Recht“ geändert habe. Dabei unterscheidet er zwei Konstellationen: Stamme die einschlägige nationale Vorschrift aus der Zeit vor der Richtlinie, so legitimiere der nachträgliche Richtlinienenerlass eine „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“. Sei der Gesetzgeber hingegen nach einem Richtlinienenerlass tätig geworden, ergebe sich ein Bedürfnis nach Rechtsfortbildung, wenn der Gesetzgeber die Regelungszwecke der Richtlinie verfehlt habe.² Im Grunde besteht somit eine Legitimationsbasis für eine Rechtsfortbildung überall, wo Richtlinie und nationales Recht auseinanderfallen. Eine unübersteigbare Hürde für die Gesetzeskorrektur sei nur dort gegeben, wo der Gesetzgeber klar und eindeutig zu erkennen gebe, dass er von der Richtlinie abweichen wolle.³

Abgesehen von diesem eher theoretischen Fall eines europapolitischen Harakiri des deutschen Gesetzgebers sind die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung nach den hier entfaltenen Maßstäben im Ergebnis erst dort erreicht, wo die Rechtsfortbildung nicht mehr von der Richtlinie gedeckt ist. Im Grunde bleibt also nur eine elementare Frage zu diskutieren – ob nämlich diese Maßstäbe die richtigen sind. Wer hier von Zweifeln getrieben recherchiert, stößt rasch auf einen Beitrag von *Matthias Herdegen* aus dem Jahr 2005,⁴ der sich kritisch mit dem „Heininger-Urteil“ des Bundesgerichtshofs

² Roth (Fn. 1), Rdnrn. 49 ff.

³ Roth (Fn. 1), Rdnr. 60.

⁴ *Matthias Herdegen*, Richtlinienkonforme Auslegung im Bankrecht. Schranken nach Europa- und Verfassungsrecht, WM 2005, 1921 ff.

auseinandersetzt, das wiederum im Wesentlichen auf der Linie der *Roth'schen* Maßstäbe liegt. In diesem Urteil gestand der Bundesgerichtshof nach einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs Kunden, die in einer Haustürsituation Kreditverträge geschlossen hatten, im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung rückwirkend ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz zu.⁵ Dabei hatte der Bundesgerichtshof noch in seinem Vorlagebeschluss die Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung „nach nationalem deutschem Recht“ verneint,⁶ dann aber unter dem Eindruck der Auslegung der Richtlinie durch den Europäischen Gerichtshof⁷ Abstand von dieser Wortlauttreue und seiner bisherigen Rechtsprechung genommen. *Herdegen* kritisiert hier einen „kavaliershaften Umgang mit Wortlaut und Gesetzeszweck“, eine Aufgabe jedes methodischen Anspruchs, die Preisgabe der Prinzipien der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots sowie die Degradierung des unmittelbar anwendbaren deutschen Rechts auf eine „dynamische Verweisung auf den jeweils vom Europäischen Gerichtshof ermittelten Richtlinieninhalt“.⁸ Diese diametral widerstreitenden Positionen zweier herausragender Mitglieder des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht verdeutlichen

⁵ BGH, Urt. v. 9.4.2002 – XI ZR 91/99 –, NJW 2002, 1881 ff.; vgl. dazu und zu Folgeproblemen der Entscheidung auch *Ulrich Ehricke*, Die Einbeziehung des Immobilienkaufs in die Folgen eines Widerrufs des Darlehensgeschäfts nach der Richtlinie 85/577/EWG, ZIP 2004, 1025 f. m.w.N.

⁶ BGH, Beschl. v. 30.11.1999 – XI ZR 91/99 –, NJW 2000, 521.

⁷ EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – Rs. C-481/99 (Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank) –, Slg. 2001, I-9945 ff.

⁸ Die Zitate finden sich bei *Herdegen* (Fn. 4), S. 1921, 1923 f., 1927 f. und 1930 f.

das breite Meinungsspektrum im Schrifttum zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.

2. Kontroversen um die Quelle-Entscheidung

In der nunmehr aktuellen Quelle-Entscheidung urteilte der Bundesgerichtshof, das einem Verkäufer entgegen dem damaligen Gesetzeswortlaut beim Verbrauchsgüterkauf im Falle der Ersatzlieferung kein Anspruch auf Wertersatz für die Nutzung der zunächst gelieferten Kaufsache gegen den Käufer zusteht. Eine Kundin, die im Jahr 2002 beim Versandhaus Quelle einen Herd mit Backofen gekauft und noch innerhalb der Garantiezeit einen mangelbedingten Austausch erwirkt hatte, musste also für die Zeit der Nutzung des alten Geräts nichts bezahlen; künftige Verbraucher erhalten damit den – aus Sicht der ökonomischen Analyse möglicherweise gerade falschen – Anreiz, den Umtausch möglichst lange hinauszuzögern.⁹ Auch hier hatte der Bundesgerichtshof noch im Vorlagebeschluss erklärt, eine entsprechende *Auslegung* des deutschen Rechts sei nicht möglich.¹⁰ In dem anschließenden Urteil stellte der Bundesgerichtshof jedoch fest, auch wenn sich das Gebot richtlinienkonformer Auslegung im vorliegenden Fall nicht im Wege einer „Gesetzesauslegung im engeren Sinne“ – also innerhalb des Gesetzeswortlauts – umsetzen lasse, sei die richtlinienkonforme *Rechtsfortbildung*

⁹ Vgl. dazu die Überlegungen *Gerhard Wagner*, Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen, ZEuP 2007, 180 (195 ff.).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05 –, NJW 2006, 3200 (3201).

erforderlich, weil die deutsche Regelung nicht mit der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs¹¹ vereinbar sei.¹² Dieses Urteil stieß mit nahezu 30 Urteilsanmerkungen auf ungewöhnlich breite und in der Sache völlig kontroverse Resonanz im Schrifttum, wo das Urteil teils ablehnend,¹³ teils zustimmend¹⁴ aufgenommen wurde.¹⁵

3. Weitere aktuelle Problemfelder

Auch für die Rechtsprechung ist zudem der Streit um die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung noch keineswegs entschieden. Beispielhaft verwiesen sei hierzu auf eine Facette des aktuellen Streits um die Frage, ob die Bestimmungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes vom Dezember 2006 hinter der Richtlinie 2003/35 zurückbleiben.¹⁶ Im Zuge dieser Debatten legte das Oberverwaltungsgericht für

¹¹ EuGH, Urt. v. 17.4.2008 – Rs. C-404/06 (Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen –, Slg. 2008, I-2685 ff.

¹² BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 –, NJW 2009, 427 ff.

¹³ Vgl. etwa *Nils Grosche/Jan Höft*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Grenzen? – Zugleich Besprechung von BGH, NJW 2009, 427 – Quelle, NJOZ 2009, 2294 ff.

¹⁴ Repräsentativ etwa *Thomas Pfeiffer*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH, NJW 2009, 412 (413), der die Quelle-Entscheidung als „mutiges und richtiges Urteil“ begrüßt; ähnlich die Anmerkung von *Stephan Lorenz*, LMK 2009, 273611.

¹⁵ Die wohl umfangreichste Analyse findet sich bei *Kathrin Kroll-Ludwigs/Markus Ludwigs*, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle), ZJS 2009, S. 7 ff. und S. 123 ff.

¹⁶ Dazu etwa *Thomas Bunge*, „Weiter Zugang zu den Gerichten“ nach Art. 10a der UVP-Richtlinie, ZUR 2010, 20 ff.; *Mario Genth*, Ist das neue Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz europarechtskonform?, NuR 2008, 28 ff.; *Jan Ziekow*, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Rechtsschutzes, NVwZ 2007, 259 (260).

das Land Nordrhein-Westfalen im März 2009 dem Europäischen Gerichtshof einige Fragen zur Auslegung der Richtlinie vor und erklärte, im Falle entsprechender Vorgaben könne der Begriff „Rechte Einzelner“ im deutschen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz erweiternd ausgelegt werden.¹⁷ Hiervon distanzierte sich im September 2009 der Hessische Verwaltungsgerichtshof und lehnte eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof mangels Entscheidungserheblichkeit ab. Selbst wenn das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz nämlich hinter der Richtlinie zurückbleibe, sei jedenfalls dessen richtlinienkonforme Umdeutung „contra legem“ gegen den ausdrücklichen Willen des deutschen Gesetzgebers gemeinschafts- und verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁸ Die Quelle-Entscheidung hat insoweit jedenfalls im Gerichtszweig der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch nicht zu einer Konsolidierung der Maßstäbe geführt.

II. Die Vorgaben des Unionsrechts

Angesichts dieser kontroversen Debatten empfiehlt sich zunächst eine Vergewisserung der unionsrechtlichen Ausgangsparameter. Grundsätzlich handelt es sich bei der richtlinienkonformen Auslegung um eine durch den Europäischen Gerichtshof richterrechtlich entwickelte, weitestgehend anerkannte Figur der im europäischen Kontext

¹⁷ OVG Münster, Beschl. v. 5.3.2009 – 8 D 58/08 –, NVwZ 2009, 987 (990).

¹⁸ VGH Kassel, Urt. v. 16.09.2009 – 6 C 1005/08.T –, ZUR 2010, 46 (48).

einschlägigen Methodenlehre. Hier sollen lediglich einige zentrale Vorgaben des Gerichtshofs rekapituliert werden, da sich die Details ohne weiteres etwa bei *Roth* oder in einer der einschlägigen Monographien¹⁹ nachlesen lassen.

1. Gemeinschafts- bzw. richtlinienkonforme Auslegung – Verortung der Figur

Wenn nationale Rechtsvorschriften im Einzelfall mit Bestimmungen des Unionsrechts kollidieren, gilt der *Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts*: Das unionsrechtswidrige nationale Recht ist für Gerichte und Behörden unanwendbar, soweit es dem Unionsrecht widerspricht.²⁰ Dieser Vorrang des Gemeinschaftsrechts gilt jedoch nur für unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrechtsakte und zielt auf die Verdrängung des entgegenstehenden nationalen Rechts. Der

¹⁹ Die Literatur zur richtlinienkonformen Auslegung ist mittlerweile kaum mehr überschaubar und konnte auch für den vorliegenden Beitrag nur auszugsweise herangezogen werden. Verwiesen sei hier auf die Monographien von *Winfried Brechmann*, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, 1994; *Carsten Herresthal*, *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen*, 2006; *Christoph Herrmann*, *Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung*, 2003; *Clemens Höpfner*, *Die systemkonforme Auslegung*, 2008. Hinzu kommen die Darstellungen der einschlägigen Lehrbücher und Gesamtdarstellungen – vgl. beispielhaft etwa *Armin Hatje*, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998, S. 71 ff.; *ders.*, § 33. *Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts*, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Band I, 2. Aufl. 2003, S. 1098 (1094 ff.); oder *Ulrich Haltern*, *Europarecht. Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, S. 354 ff. – sowie prägnante Aufsatzdarstellungen wie etwa *Claus Wilhelm Canaris*, *Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre*, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski*, 2000, S. 47 ff.

²⁰ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 15.7.1994 – Rs. 6/64 (Costa) –, Slg. 1964, 1251 ff.; vgl. dazu *Peter Michael Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl. 2002, § 9 Rdnrn. 1 ff.; *Matthias Niedobitek*, *Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht*, *VerwArch* 2001, 58 (60 ff.).

gemeinschaftskonformen Auslegung hingegen geht es nicht darum, nationales Recht unangewendet zu lassen, sondern dieses vielmehr dem Unionsrecht entsprechend zu interpretieren. Die gemeinschaftskonforme Auslegung ist daher entgegen einzelner Aussagen in Rechtsprechung und Schrifttum nicht identisch mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts,²¹ aber doch wohl ebenfalls Ausdruck der prinzipiellen Überordnung der Gemeinschaftsrechtsordnung.

Die Figur der richtlinienkonformen Auslegung greift also erstens und zuvörderst bei nicht-unmittelbarer Anwendbarkeit einer Richtliniebestimmung. Sie kann freilich auch bei unmittelbar anwendbaren Richtliniebestimmungen erfolgen, um die zur Umsetzung erlassenen nationalen Vorschriften aufrechtzuerhalten.²² Ein drittes Kennzeichen der richtlinienkonformen Auslegung ist, dass sie einer nicht oder mangelhaft umgesetzten Richtliniebestimmung auch im Verhältnis Privater untereinander zur Geltung verhilft.²³ Aus dieser im Ergebnis horizontalen Wirkung der richtlinienkonformen Auslegung ergeben sich jedoch besondere Anforderungen.

²¹ Näher *Herrmann* (Fn. 19), S. 105 ff.; *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 9 ff. m.w.N.; *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 9 und 12.

²² Näher *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 11 f.

²³ Näher zu dieser zunächst umstrittenen Frage *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 12 f.

2. Primärrechtliche Grundlagen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Grundlage der Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist im Fall der Richtlinie zunächst der Umsetzungsbefehl des heutigen Art. 288 Abs. 3 AEUV,²⁴ der seinerseits wiederum gegenüber nationalem Recht Anwendungsvorrang beanspruchen kann.²⁵ Dieser Umsetzungsauftrag richtet sich als fortwährende Pflicht auch an den Richter.²⁶ Subsidiär verweist der Europäische Gerichtshof zudem – wie so oft bei Rechtsfortbildungen – auf die Pflicht zur Gemeinschaftstreue im heutigen Art. 4 Abs. 3 EUV,²⁷ aus der sich angesichts ihrer Allgemeinheit vieles ableiten lässt und die daher seit langem die wichtigste Grundlage der Rechtsfortbildungsschübe des Gerichtshofs darstellt.²⁸

²⁴ EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler/ELOG) –, Slg. 2006, I-6057 Rdnr. 108; *Brechmann* (Fn. 19), S. 345 ff.; *Herrmann* (Fn. 19), S. 108 ff.

²⁵ Näher dazu *Herrmann* (Fn. 19), S. 133.

²⁶ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 79/83 (Harz) –, Slg. 1984, 1921, Rdnr. 26: „Allerdings ist klarzustellen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten.“; *Roth* (Fn. 1), Rdnr. 5.

²⁷ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 14/83 (von Colson und Kamann) –, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 26; Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 79/83 (Harz) –, Slg. 1984, 1921, Rdnr. 26; *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 7 und 14.

²⁸ Vgl. dazu *Armin von Bogdandy*, Rechtsfortbildung mit Art. 5 EGV, in: Albrecht Randelzhofer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, S. 17 ff.; *Armin Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, besonders S. 100 ff.

3. Die Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Inhaltlich ist die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung weitreichend und nicht auf den engen deutschen Begriff der „Auslegung“ beschränkt. Sie erfasst alle nach nationalem Recht bestehenden richterlichen Spielräume,²⁹ also auch Rechtsfortbildungen, soweit diese im nationalen Recht zulässig sind.³⁰ Nationale Gerichte sind nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet, zur Durchführung einer europäischen Richtlinie erlassene Gesetze „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt“, im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen. Das nationale Gericht muss dabei seine Auslegung „soweit wie möglich“ am Gemeinschaftsrecht ausrichten, um das gemeinschaftsrechtlich festgelegte Ergebnis zu erreichen.³¹

4. Die durch den Europäischen Gerichtshof formulierten Grenzen

Diese Pflicht ist allerdings nach verschiedenen Erläuterungen des Europäischen Gerichtshofs nicht grenzenlos. Mittlerweile hat der Europäische Gerichtshof eine ganze Reihe von

²⁹ Eingehend dazu *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 17 ff.; ebenso etwa *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 12.

³⁰ *Herrmann* (Fn. 19), S. 143 ff.

³¹ EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Bernhard Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz) –, Slg. 2004, I-8835 Rdnr. 113; Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 (Maria Pupino) –, Slg. 2005, I-5285 Rdnr. 43; Urt. v. 16.7.2009 – Rs. C-12/08 (Mono Car Styling) –, im Erscheinen, Rdnr. 60; vgl. zu dieser Formulierung auch *Roth* (Fn. 1), Rdnr. 26, der von einer „Vorzugsregel“ spricht.

Einschränkungen anerkannt: So verpflichtet das Unionsrecht den nationalen Richter nicht zur richtlinienkonformen Auslegung, wenn er dadurch das des Verbots der *reformatio in peius* durchbrechen müsste.³² Weitere Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung ergeben sich aus dem allgemeinen Rückwirkungsverbot und dem Vertrauensschutz.³³

Zudem – und das ist die wichtigste, besonders klar in der *Pupino*-Entscheidung formulierte Grenze – kann und darf eine solche Auslegung nicht *contra legem* erfolgen.³⁴ An dieser Stelle kommt nun das Verfassungsrecht ins Spiel: Fast durchgängig findet sich nämlich in Rechtsprechung und Schrifttum die These, die Reichweite der Auslegungsspielräume des mitgliedstaatlichen Richters werde autonom allein durch das nationale Recht bestimmt.³⁵ Die *contra legem*-Formel des Europäischen Gerichtshofs sei damit ein Verweis auf die Grenzen der Auslegung, die das maßgebliche nationale Verfassungsrecht ziehe. Repräsentativ für diese Sicht sind etwa die folgenden Aussagen der Generalanwältin *Kokott* 2004 in ihren Schlussanträgen in der erwähnten Rechtssache *Pupino*:

³² EuGH, Urt. v. 25.11.2008 – Rs. C-455/06 (Heemskerk) –, Slg. 2008, I-411 Rdnrn. 46 ff.; dazu *Josef Franz Lindner*, Die „reformatio in peius“ im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, DVBl. 2009, 224 ff.

³³ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 (Maria Pupino) –, Slg. 2005 –, I-5285 Rdnr. 44; Urt. v. 15.4.2008 – Rs. C-268/06 (Impact/ Minister for Agriculture) –, Slg. 2008, I-2483, Rdnr. 100.

³⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 (Maria Pupino) –, Slg. 2005 –, I-5285 Rdnr. 47; Urt. v. 4.7.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler/ELOG) –, Slg. 2006, I-6057 Rdnr. 110; Urt. v. 15.4.2008 – Rs. C-268/06 (Impact/ Minister for Agriculture) –, Slg. 2008, I-2483, Rdnr. 100; Urt. v. 23.4.2009 – C-378/07 (Angelidaki) –, im Erscheinen, Rdnr. 199.

³⁵ So etwa *Herdegen* (Fn. 4), S. 1926; *Herrmann* (Fn. 19), S. 134 f.; *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 26 und 36.

„Diesem Einwand ist zuzugeben, dass die konforme Auslegung nur möglich ist, soweit das innerstaatliche Recht die Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung eröffnet. Dies kommt in dem Vorbehalt ‚soweit wie möglich‘ zum Ausdruck, den der Gerichtshof verwendet. Die Ziele der unionsrechtlichen Bestimmung beanspruchen zwar gegenüber allen anderen Methoden der Auslegung Vorrang, doch können sie nicht zu einem Ergebnis führen, das nach nationalem Recht im Wege der Auslegung nicht zu erreichen wäre. Inwieweit das nationale Recht letztendlich entsprechenden Raum lässt, können nur innerstaatliche Gerichte beurteilen.“³⁶

Die entsprechenden methodischen Spielräume werden tatsächlich in erster Linie durch das Verfassungsrecht determiniert.³⁷ Für Deutschland bedeutet die skizzierte Weichenstellung namentlich, dass die in Art. 97 Abs. 1 GG angeordnete Gesetzesbindung des Richters auch im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung grundsätzlich voll erhalten bleibt.

5. Der rechtliche Standort der bestehenden Kontroversen

Orientiert man sich an den vier vorgestellten Parametern, so ist der Befund letztlich unspektakulär: Der deutsche Richter,

³⁶ Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 11.11.2004, – Rs. C-105/03 (*Maria Pupino*) –, Slg. 2005, I-05285, Rdnr. 39.

³⁷ *Herresthal* (Fn. 19), S. 115 ff. Radikal entgegengesetzt und in dieser Form schwer nachvollziehbar indes der Ansatz bei *Herrmann* (Fn. 19), S. 151, der – ohne überhaupt auch nur eine Norm des Grundgesetzes zu zitieren – eine Berücksichtigung des gesamten Verfassungsrechts als „nicht angezeigt“ ansieht.

der sich um die richtlinienkonforme Auslegung einer nationalen Norm bemüht, genießt dieselben Freiheiten, unterliegt aber auch denselben Bindungen, denen er im Rahmen der verfassungs- oder auch gesetzeskonformen Auslegung einer Norm unterliegen würde. Als Zwischenfazit sei daher eine etwas provokative Frage gestellt: Weshalb sorgt die gesamte Problematik in Deutschland für derart aufgeregte Diskussionen? Weshalb entstehen dutzendweise Urteilsanmerkungen, weshalb liegen mittlerweile vier Monographien³⁸ zur richtlinienkonformen Auslegung vor?

Als Antwort auf diese Fragen sollen hier zwei Thesen zur Diskussion gestellt werden:

Erstens haben die umstrittenen Fälle richtlinienkonformer Auslegung gleichsam brennpunktartig zentrale deutsche Methodenprobleme sichtbar gemacht. Diese nationalen Maßstäbe für Rechtsfortbildungen sind sehr viel weniger konsolidiert, als es den Anschein hat. Die Probleme, die in den Debatten um die richtlinienkonforme Auslegung deutlich werden, sind in erster Linie solche des deutschen Rechts.

Zweitens trifft die allgemeine, etwa in den Aussagen von *Kokott* formulierte Vorstellung von der nationalen Autonomie hinsichtlich der Auslegungsspielräume des mitgliedstaatlichen Richters allenfalls in der heilen Welt der abstrakten Obersätze noch zu. Weder erfasst diese These die tatsächlichen Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf die richterliche

³⁸ Vgl. oben Fn. 19.

Entscheidungsfindung, noch wird sie allen Aussagen des Europäischen Gerichtshofs gerecht.

III. Die Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts

1. Rechtshistorische Perspektiven auf die richterliche Rechtsfortbildung

Über die mit dem phänomenologischen Schlagwort von der Rechtsfortbildung belegten Spielräume des Richters besteht im konkreten Fall wenig Konsens. Das verwundert auch nicht, handelt es sich doch um ein für das deutsche Recht besonders sensibles Thema. Zum einen führte die deutsche Rechtswissenschaft im frühen 20. Jahrhundert in Auseinandersetzung mit dem Positivismus grundlegende Debatten um die Tragfähigkeit ihrer Auslegungsmethoden.³⁹ Dabei bestritt namentlich die Freirechtsschule die Möglichkeit, die Rechtsprechung überhaupt durch Normtexte an Vorgaben des Gesetzgebers zu binden⁴⁰ und deutete Urteilsbegründungen als bloße Rationalisierungen einer durch irrationale Elemente geprägten richterlichen Entscheidung.⁴¹

³⁹ Näher dazu etwa *Matthias Schmoeckel*, 100 Jahre BGB. Erbe und Aufgabe, NJW 1996, 1697 (1699 ff.).

⁴⁰ Grundlegend *Ludwig Bendix*, Das Problem der Rechtssicherheit. Zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre (1914), in: ders., Zur Psychologie der Urteilsfähigkeit des Berufsrichters und andere Schriften, 1968, S. 159 (164 ff.); dazu *Andreas von Arnould*, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine 'idée directrice' des Rechts, 2005, S. 406 f.

⁴¹ So namentlich *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 25 ff., 56 ff., 60 ff., 85 ff. sowie S. 77 f.; auch dazu *von Arnould* (Fn. 40), S. 377 f.; *Josef Esser*, Vorverständnis und

Entsprechende Vorstellungen verbreiteten sich auch außerhalb der Freirechtsbewegung.⁴² Letztlich hat dieser Ansatz in seiner Radikalität die entsprechenden Thesen des späteren US-amerikanischen Rechtsrealismus der Nachkriegszeit vorweggenommen.⁴³

Hinzu trat jene bittere Erfahrung, die *Bernd Rütters* als die „unbegrenzte Auslegung“ bezeichnet hat, nämlich die durch *Carl Schmitt* opportunistisch unterfütterte völlige Umgestaltung der deutschen Rechts- und insbesondere Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus durch völkische Neuinterpretation.⁴⁴ Unter den Opfern dieser Umdeutung befanden sich ironischerweise viele der meist jüdischen Vordenker der Freirechtsschule, darunter auch der spätere Bonner Honorarprofessor *Rudolf Isay*.⁴⁵ Dieselben Bestimmungen wurden dann nach dem Dritten Reich in großem Umfang äußerlich unverändert in die Rechtsordnungen beider deutscher Staaten übernommen und vermochten dort sowohl dem neuen sozialistischen Menschen als auch dem Menschenbild des Grundgesetzes angepasst zu werden. Der in

Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 1972, S. 142 f.; *Günther Roßmann*, Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung. Hermann Isay (1873-1938), 1975, S. 52 ff., 74 ff., 118 ff.

⁴² Repräsentativ ist insoweit die frühe Studie von *Carl Schmitt*, *Gesetz und Urteil*, 1912, besonders S. 22 ff.

⁴³ Zu diesem *Norbert Reich*, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, 1967, insbes. S. 82 ff. und zusammenfassend S. 132 f.; *Michael Martin*, *Legal realism*, 1997.

⁴⁴ Umfassend dazu *Bernd Rütters*, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6. Aufl. 2005.

⁴⁵ *Rudolf Isay* war der Bruder *Hermann Isays* und wirkte nach seiner Rückkehr aus der erzwungenen Emigration als Honorarprofessor der Universität Bonn. Näher *Felix Gaul*, *Der Jurist Rudolf Isay (1886-1956)*, 2005.

der Freirechtsdebatte kulminierende Methodenstreit und die anschließende zweimalige interpretative Umgestaltung der deutschen Rechtsordnung haben das Vertrauen in die Solidität unserer dogmatischen Maßstäbe nachhaltig erschüttert.

2. Divergierende Aussagen zur Zulässigkeit von Rechtsfortbildungen

Trotz dieser Erfahrungen hat sich der Gesetzgeber mit Aussagen zur Rechtsfortbildung und ihren Grenzen auffallend zurückgehalten. § 132 Abs. 4 GVG weist den Großen Senaten der obersten Gerichtshöfe des Bundes ausdrücklich die – nicht näher definierte – Aufgabe der „Fortbildung des Rechts“ zu. Diese 1935 in die Zivilprozessordnung eingefügte Norm gemahnt zwar terminologisch an *Friedrich Carl von Savigny*, der als der „Vater des Begriffs des Rechtsfortbildung“ gilt,⁴⁶ stand jedoch tatsächlich im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Umdeutung des Zivilrechts und sollte mit ebendieser Zielsetzung die aus Sicht der Machthaber noch zu positivistische Rechtsprechung des Reichsgerichts flexibilisieren.⁴⁷

In der Wissenschaft finden sich sehr unterschiedliche Stellungnahmen: Gegenüber der verbreiteten Vorstellung des Zivilrechts, Rechtsfortbildungen seien längst „allgemein

⁴⁶ *Christian Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 68 ff.

⁴⁷ Näher *Walter Zimmermann*, in: Thomas Rauscher u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2007, § 132 GVG Rdnr. 21.

anerkannt“,⁴⁸ äußern vor allem Vertreter des öffentlichen Rechts Vorbehalte: *Friedrich Müller* etwa, einer der bedeutendsten Methodenlehrer des öffentlichen Rechts, erklärt Rechtsfortbildungen im Wesentlichen für verfassungswidrig.⁴⁹ *Christian Hillgruber* bestreitet eine Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung, soweit sie der Gesetzgeber nicht explizit hierzu ermächtigt.⁵⁰ Auch der *Verfasser* hat sich in spezielleren Zusammenhängen mehrfach im Sinne eines solchen eher engen Methodenverständnisses geäußert.⁵¹

Die Rechtsprechung ist freilich andere Wege gegangen: Das Werk, auf das sich weiterhin über 90 Prozent der Urteilszitate zu Methodenfragen beziehen, ist die Methodenlehre von *Karl Larenz*.⁵² Diese Dominanz der *Larenz'schen* Methodik gewinnt eine gewisse biographische Brisanz aus dem Umstand, dass ihr Verfasser maßgeblich an der zweimaligen interpretatorischen Umdeutung der deutschen Rechtsordnung beteiligt war,⁵³ ohne dass dieser Vorgang in seiner Methodenlehre selbst verarbeitet oder auch nur angesprochen würde. Im Übrigen bleiben auch diese Maßstäbe durchaus im Vagen: *Larenz* hält

⁴⁸ *Roth* (Fn. 1), Rdnr. 44.

⁴⁹ *Friedrich Müller*, Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV, 1986, S. 97 ff.

⁵⁰ *Christian Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 ff.; *ders.*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 97 Rdnrn. 63 ff., Stand: Mai 2008; ähnlich auch *Bernd Rütters*, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 ff.

⁵¹ *Wolfgang Durner*, Die Rolle des Richterrechts im Planungsrecht, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Luftverkehrs-, Fachplanungs- und Naturschutzrechts, 2006, S. 117 ff.; *ders.*, Anmerkung zu: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.3.2009 – OVG 2 B 8.08 –, „Bombodrom Wittstocker Heide“, DVBl. 2009, 1044 ff.

⁵² Vgl. die Statistik bei *Jörg Neuner*, Die Rechtsfortbildung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 187.

⁵³ *Rütters* (Fn. 44), S. 478. Nachweise zu *Larenz* finden sich über die gesamte Studie.

Rechtsfortbildungen für zulässig, die der „immanenten Teleologie der gesetzlichen Regelung“ treu bleiben, und sieht ihre Grenzen dort, wo eine Aussage nicht mehr mit spezifisch rechtlichen Maßstäben begründet werden kann.⁵⁴

Letztlich fällt es auch nicht leicht, den Aussagen des *Bundesverfassungsgerichts* sehr viel konkretere Maßstäbe zu entnehmen. Zwar stellt das Gericht in einer ständigen Formel auf „die Grenzen herkömmlicher Gesetzesinterpretation und richterlicher Rechtsfortbildung“ ab.⁵⁵ Letztlich macht das Gericht jedoch wenig deutlich, was es unter Rechtsfortbildung versteht und welche Grenzen hierfür gelten sollen. Indes beanstandet das Gericht auch Fälle der „unzulässigen Rechtsfortbildung“⁵⁶ und hat beispielsweise in jüngerer Zeit eine Gesetzesauslegung als verfassungswidrig umschrieben, die

„[...]als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird.“⁵⁷

⁵⁴ *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 426 ff.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 8.10.1996 – 1 BvR 875/92 –, BVerfGE 95, 48 (62); ähnlich etwa BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 84/74 –, BVerfGE 49, 304 (318).

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88 –, BVerfGE 87, 273 (280).

⁵⁷ So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447, 136/05 –, BVerfGE 118, 212 (243).

Im Einzelfall hat jedenfalls auch das Bundesverfassungsgericht selbst teilweise bedenkliche Auslegungskünste an den Tag gelegt – erwähnt sei etwa die im Wege der „verfassungskonformen Auslegung“ vorgenommene Erstreckung des Versammlungsgesetzes und seiner Straftatbestände auf die sog. Eilversammlung.⁵⁸ Nochmals weiter reichen die Freiheiten des Gerichts bei der Auslegung des Grundgesetzes, wie etwa die erstaunliche Deutung der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Rundfunkfreiheit als dauerhafte Garantie eines gebührenfinanzierten öffentlichen Rundfunks verdeutlicht.⁵⁹

All diese Aussagen legen nahe, dass der Begriff Rechtsfortbildung im Kern wohl phänomenologischer Natur ist und eine Art Sammelbezeichnung für Aussagen der Rechtsprechung bildet, die sich durch einen besonders schöpferischen Charakter auszeichnen, aus der sich jedoch keine trennscharfen Rechtsfolgen ergeben.⁶⁰ Die Grenzen von Auslegung, Rechtsfortbildung, Verwerfung und Reduktion sind fließend. Das zeigt sich unter anderem in der Aussage des Quelle-Urteils, eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB sei nicht möglich, stattdessen erfolge

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.10.1991 – 1 BvR 850/88 –, BVerfGE 85, 69 ff.; vgl. hierzu auch die abweichende Meinung der Richterin *Seibert* und des Richters *Henschel*, BVerfGE 85, 69 (77 ff.), sowie die überzeugende Kritik bei *Max-Emanuel Geis*, Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung – Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung, NVwZ 1992, 1025 ff.

⁵⁹ Vgl. zur Kritik etwa *Christoph Degenhart*, in: Rudolf Dolzer/Christian Waldhoff/Karin Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnrn. 643 ff. m.w.N., Stand: September 2004.

⁶⁰ Ähnlich auch das Begriffsverständnis bei *Katja Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 3.

eine gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsfortbildung – und zwar im Wege der teleologischen Reduktion.⁶¹ Hinter diesen schillernden Aussagen dürfte weniger eine nachvollziehbare Bildung rechtsmethodischer Kategorien als vielmehr der Wille des Bundesgerichtshofs stehen, sich selbst nicht in allzu schroffen Gegensatz zu den Aussagen seines vorangegangenen Vorlagebeschlusses⁶² zu setzen. Aus all diesen Gründen soll im Folgenden auf den Begriff „Rechtsfortbildung“ ganz verzichtet werden.

3. Die Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere Art. 97 Abs. 1 GG

Auch das Grundgesetz kennt den Begriff der Rechtsfortbildung nicht. Ausgangspunkt der Frage nach den richterlichen Spielräumen ist die Gesetzesbindung des Art. 97 Abs. 1 GG. Diese Verfassungsnorm garantiert den Richtern bei der Rechtsprechung sachliche und personelle Unabhängigkeit, bindet die Ausübung dieser Gewalt jedoch an das Gesetz. Damit verwirklicht Art. 97 GG die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Demokratie und gewährleistet zugleich eine notwendige Voraussetzung für die Realisierung des rechtsstaatlichen Justizgewährungsanspruchs des Bürgers.⁶³

⁶¹ Vgl. oben Fn. 12.

⁶² Vgl. oben Fn. 10.

⁶³ Näher *Hans-Peter Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 30 ff.; *Müller* (Fn. 49), S. 88 ff., 96 ff.; aus einer über das Grundgesetz hinausweisenden Perspektive

Die Gerichte selbst zitieren sehr viel häufiger als diese für sie spezielle Norm die allgemeine Regelung in Art. 20 Abs. 3 GG,⁶⁴ wonach vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden sind. Der Grund für diese Vorliebe ist wohl nicht allein in dem hohen Rechtsbewusstsein der deutschen Richterschaft zu suchen, sondern auch in jener aus Richtersicht höchst anziehenden These, der zufolge der kumulative Verweis auf Gesetz und Recht geradezu eine Legitimationsbasis für richterliche Rechtsfortbildungen liefern soll.⁶⁵ Diese Konstruktion hinterlässt bei dem Verfasser angesichts der Spezialität von Art. 97 GG gewisse Zweifel. Im Ergebnis besteht allerdings zwischen beiden Normen kaum Diskrepanz, weil „Gesetz“ im Sinne des Art. 97 GG der Gesamtbestand des positiv geltenden Rechts ist und damit Gewohnheitsrecht ebenso einschließt wie Gemeinschaftsrecht.⁶⁶ Entstehungsgeschichtlich belegt ist jedoch, dass naturrechtliche oder überpositive Normen durch die Gesetzesbindung ausgegrenzt werden sollten – der Richter soll jedenfalls nicht nach subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen urteilen dürfen.⁶⁷

auch *Pasquale Pasquino*, Prolegomena to a Theory of Judicial Power, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2 (2003), S. 11 (14 f.).

⁶⁴ So etwa BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 –, NJW 2009, 427 (430); im Schrifttum auch *Herdegen* (Fn. 4), S. 1928.

⁶⁵ So BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 (Soraya) –, BVerfGE 34, 269 (286 ff.); Beschl. v. 30.4.1990 – 1 BvR 1186/89 –, BVerfGE 82, 6 (12); *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 48 f. und 59.

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 31.5.1988 – 1 BvR 520/83 –, BVerfGE 78, 214 (227); *Wolfgang Meyer*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2003, Art. 97 Rdnrn. 19 ff.

⁶⁷ Umfassende Darstellungen hierzu bei *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Fn. 50), Art. 97 Rdnrn. 32 ff. und 66 ff.; knapp ebenso *Roth* (Fn. 1), Rdnr. 48.

Hinzu tritt das in Art. 100 GG verankerte Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für förmliches Gesetzesrecht; die Verwerfung einer solchen Norm als verfassungswidrig ist den Gerichten auch im Gewand einer Auslegung verwehrt.⁶⁸ Allerdings dürfte diese Norm im Kontext einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung bereits ihrem Zweck nach nicht anwendbar sein.⁶⁹

4. Gesetzesbindung und Gesetzeskonkretisierung

Grundlage der richterlichen Entscheidung ist nach den hier skizzierten Vorgaben des Grundgesetzes kein abstraktes materielles Gerechtigkeitsprinzip, sondern die sachgerechte Anwendung der vom Gesetzgeber hervorgebrachten Normtexte auf konkrete Sachverhalte.⁷⁰ Die nach diesem Maßstab bestehenden Freiräume sind freilich erheblich und müssen dies auch sein, weil die richterliche Entscheidung notwendigerweise einen quasi-schöpferischen Charakter aufweist.

Nach einem überkommenen positivistischen Modell erfolgt die Zuordnung eines Sachverhalts zu einer Rechtsnorm in einer

⁶⁸ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Fn. 50), Art. 97 Rdnrn. 72 ff.; *Paul Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Hochschullehrer der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung*. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 11 (13); *Jörn Ipsen*, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 173 f. und 236 ff.

⁶⁹ Näher dazu *Carsten Herresthal*, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, *EuZW* 2007, 396 (400) m.w.N.

⁷⁰ *Ralph Christensen*, Richterrecht – rechtsstaatlich oder pragmatisch? – Zum Streit um die Sicht des Richterrechts in der strukturierenden Rechtslehre, *NJW* 1989, 3194 (3195). Diesem Beitrag sind mehrere der nachfolgenden Positionen verpflichtet.

dreistufigen Subsumtion:⁷¹ Der Obersatz „Jeder Mensch ist sterblich“ wird durch den Untersatz „Sokrates ist ein Mensch“ zu der Conclusio gebracht: „Folglich ist Sokrates sterblich.“ Aus dieser Perspektive ist die Anwendung des Rechtssatzes auf einen konkreten Sachverhalt – der allerdings durch das Gericht überhaupt erst ermittelt und gewürdigt werden muss – eine fast schon mechanische, jedenfalls durch die Norm weitestgehend vordeterminierte Handlung. *Charles de Montesquieu*, auf dessen Modell der Gewaltenteilung letztlich auch Art. 97 GG zurückgeht, forderte dementsprechend, das Urteil des Richters dürfe nichts als ein getreues Abbild, eine präzise Formulierung des Gesetzes sein.⁷² Alle Studierenden sind, wenn der Verfasser dieses Beispiel in der Vorlesung „Staatsrecht I“ zu erläutern pflegt, anschließend überzeugt, das Wesen der juristischen Subsumtion erfasst zu haben. Wenn zwei Doppelstunden später die aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG abgeleitete Wesentlichkeitstheorie behandelt wird,⁷³ fällt es ihnen jedoch schwer, zwischen der vorgestellten Methodik und ihrer Anwendung noch irgendwelche greifbaren Gemeinsamkeiten zu erkennen.

⁷¹ Kritisch dazu bereits etwa *Karl Engisch*, Subsumtion und Rechtsfortbildung, in: Richterliche Rechtsfortbildung (Fn. 68), S. 3, 5 f.

⁷² *Charles de Montesquieu*, De l'Esprit des Lois (1748), in dem berühmten die englische Verfassung idealisierenden sechsten Kapitel des elften Buchs, in: *Oeuvres Complètes des Montesquieu*, Bd. 1, 1859, S. 132: „Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.“

⁷³ Vgl. dazu nur *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 7 Rdnrn. 21 ff.

Tatsächlich wird das dreistufige Modell der Komplexität der richterlichen Entscheidung in kaum einem Fall gerecht. Es ist eine heute unbestrittene Tatsache, dass Gesetze nicht auf quasi mechanische Weise auf einen Sachverhalt angewandt werden können.⁷⁴ Wie das erwähnte – extreme – Beispiel des Demokratieprinzips verdeutlicht, besteht die Aufgabe des Richters vielmehr regelmäßig zunächst darin, durch Interpretation der abstrakten Gesetzesnormen jene konkreten Rechtssätze überhaupt erst zu erzeugen, unter die der Sachverhalt subsumiert werden kann und die sich anschließend in den Leitsätzen der höchstrichterlichen Entscheidungen finden. Damit steht zwischen der Ermittlung der einschlägigen Norm und der eigentlichen Subsumtion eine weitere Stufe, die das Schrifttum vielfach als „Normkonkretisierung“ bezeichnet und die den eigentlichen Anwendungsbereich der richterlichen Präjudizien bildet.⁷⁵ Dieser Vorgang fordert die Wahl zwischen einer Vielzahl von Deutungsmöglichkeiten⁷⁶ und umfasst unter anderem die Ermittlung von Gewohnheitsrecht, die Schließung planwidriger Lücken durch Analogie, die verfassungskonforme Auslegung, die Normergänzung, etwa durch teleologische Reduktion, und schließlich auch die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung. Man mag diese Normkonkretisierung – je nach dem Grad der erforderlichen

⁷⁴ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Neuausgabe 1983, S. 17, bezeichnet dies als unumstrittene Einsicht der modernen Methodendiskussion.

⁷⁵ So u.a. *Engisch* (Fn. 71), S. 7 f.; *Kirchhof* (Fn. 68), S. 18 ff.; *Ipsen* (Fn. 68), S. 63 ff.

⁷⁶ Vgl. nur *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung* entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 262 ff.; *Larenz* (Fn. 54), S. 366 ff.; *Wolfgang Meyer*, in: von Münch/Kunig (Fn. 66), Art. 97 Rdnr. 19.

Freiheiten – in bestimmten Fällen als „Rechtsfortbildung“ oder als „gesetzeskonkretisierendes“ Richterrecht bezeichnen.⁷⁷ Da aber nahezu jede richterliche Entscheidung auch auf einer Auslegung abstrakter Gesetze durch den Richter beruht, stellt die Normkonkretisierung letztlich eine richterliche Selbstverständlichkeit dar.

5. Die Unschärfe der methodischen Grenzziehung

Viele der angesprochenen Institute gehen ineinander über,⁷⁸ und die Festlegung ihrer Grenzen ist wohl keine Frage des Verfassungsrechts. Auch gibt es innerhalb der Methodenlehre unzählige Streitfragen, die wohl nicht allesamt durch Art. 97 GG vorentschieden sind. Die in den einzelnen Fächern maßgebliche Methodik ist auch nicht völlig einheitlich. So weist die Methodenlehre im Steuerrecht zahlreiche Besonderheiten und erhebliche Verselbständigungstendenzen auf.⁷⁹ Im Zivilrecht wiederum finden sich, auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, subtile Kategorisierungen der Lehre von den Lücken – offene und verdeckte Lücken, denen dann „gesetzesimmanente“ und „gesetzesübersteigernde“ Rechtsfortbildungen entsprechen sollen.⁸⁰ Auch diese

⁷⁷ Vgl. etwa *Fritz Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 6; ähnlich *Horst Arndt*, in: ders./Herbert Heinrich/Rudolf Weber-Lortsch, Richterliche Rechtsfortbildung, 1970, S. 11.

⁷⁸ Vgl. dazu oben bei Fn. 60 ff.

⁷⁹ Grundlegend dazu *Ralf Peter Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, besonders S. 94 ff.

⁸⁰ Eingehend dazu *Larenz* (Fn. 54), S. 370 ff.; vgl. ähnlich auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 125 f. sowie die Darstellung im Text bei Fn. 2.

Unterscheidungen sind nicht in der Verfassung enthalten oder mitgedacht, sondern auf der einfachgesetzlichen Ebene anzusiedeln; Art. 97 GG fordert insoweit lediglich, dass sich die ermittelten Normkonkretisierungen durch eine methodisch tragfähige Begründung auf die vom Gesetzgeber hervorgebrachten Normtexte zurückführen lassen.⁸¹

Ob sich eine richterliche Entscheidung im Rahmen einer noch zulässigen Normkonkretisierung hält, misst sich somit vor allem an der methodischen Rückkopplung an das Gesetz und namentlich an der Qualität der Urteilsbegründung. Dabei sind die Maßstäbe nach der Rechtsprechung trotz der unterschiedlichen Akzente in den Obersätzen⁸² in der Sache durchweg großzügig, ein Verstoß gegen die Gesetzesbindung wird eigentlich nur in theoretischen Extremfällen anerkannt. Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht im Dezember 2009 im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Bundesgerichtshofs, das auf richterrechtlicher Grundlage die Abschöpfung übergangsbedingter Mehrerlöse im Bereich des Stromnetzzugangs ermöglichte, einmal mehr die Weite der richterlichen Spielräume bekräftigt: Aus dem Vorrang des Gesetzes folge nämlich

„[...] kein Verbot für den Richter, gegebenenfalls vorhandene gesetzliche Lücken im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu schließen. Die

⁸¹ *Christensen* (Fn. 70), S. 3195; *Langenbacher* (Fn. 60), S. 22 ff. und 36 ff.; *Ipsen* (Fn. 68), S. 239 spricht von einem „einsehbaren juristischen Begründungszusammenhang“.

⁸² Vgl. oben in und bei Fn. 55 ff.

Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode ist Sache der Fachgerichte und vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht [...] zu überprüfen. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt seine Kontrolle [...] auf die Prüfung, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat.“⁸³

Eine völlige methodische Fehlleistung in diesem Sinne wird jedoch selbst das Bundesverfassungsgericht kaum einmal einem anderen Gericht bescheinigen.

6. Die rechtstaatlichen Minima richterlicher Gesetzesbindung

Trotz solcher Aussagen sind verfassungsrechtlich wohl vor allem zwei Gesichtspunkte hervorzuheben, aufgrund derer richterliche Entscheidungen trotz ihrer Komplexität nicht mit dem demokratischen Rechtssetzungsprozess vergleichbar sind und die in der Sache den Grundsätzen des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes entsprechen:

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 14.8.2009 – 1 BvR 2738/08 – „Rückwirkende Mehrerlössaldierung bei Netzentgelten – Vattenfall“, im Erscheinen, Rdnr. 25.

a) Die Notwendigkeit der gesetzlichen Rückbindung

Erstens begründet der Gesetzgeber seine Rechtssetzung durch eigene politische Gerechtigkeitsvorstellungen. Demgegenüber bedürfen Konkretisierungen des Richters immer einer Rückbindung an das im demokratischen Rechtssetzungsprozess gesetzte Recht durch die juristische Methodenlehre.⁸⁴ Der Richter ist nicht befugt, eigenständige Gerechtigkeitsvorstellungen zu verwirklichen, sondern stets darauf beschränkt, gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Wertungen Rechnung zu tragen.⁸⁵ Dabei ist die richterliche Begründungslast umso stärker, je weniger offensichtlich die getroffene Konkretisierung der gesetzlichen Vorgabe durch juristische Methoden vorgegeben scheint.

Etwas anderes folgt – entgegen einer in der Rechtsprechung populären These – auch nicht aus der richterlichen Justizgewährleistungspflicht: Es ist ein Zirkelschluss zu argumentieren, die Pflicht umfassender Justizgewähr verbiete dem Richter, eine Klage mit der Begründung abzuweisen, das Gesetz enthalte für den zu entscheidenden Sachverhalt keine Regelung.⁸⁶ Der Justizgewähranspruch gewährt zwar den Parteien einen Anspruch auf eine richterliche Entscheidung, nicht jedoch dem Richter Freiräume bei der Erfindung neuer

⁸⁴ Vgl. oben Fn. 81.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.2.1975 – 1 BvR 418/71 –, BVerfGE 38, 386 (396); *Langenbucher* (Fn. 60), S. 18 ff.; *Schneider* (Fn. 63), S. 32 f. und 38.

⁸⁶ So jedoch aus der Richterschaft beispielsweise *Horst Sandler*, Richterrecht – rechtstheoretisch und rechtspraktisch, NJW 1987, 3240 (3240 f.), sowie *Wolfgang Schaffer*, Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters, BayVBl. 1991, 678 (679); im Schrifttum weiter *Christian Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, 929 (932); *Langenbucher* (Fn. 60), S. 23 f.; vgl. auch *Kirchhof* (Fn. 68), S. 30.

Anspruchsgrundlagen.⁸⁷ Die Klage abzuweisen, wenn das maßgebliche Recht – dies schließt das Verfassungs-, Gemeinschafts- und Gewohnheitsrecht ein – etwa keine Anspruchsgrundlage enthält, ist daher die aus Art. 97 Abs. 1 GG folgende Pflicht des Richters.⁸⁸

b) Das Verbot der Verwerfung positiven Rechts

Während der Gesetzgeber seine eigenen Gesetze ohne weiteres revidieren kann, ist zweitens die „Auflehnung des Richters gegen das Gesetz“,⁸⁹ also das Hinweggehen über die Vorgaben des Gesetzgebers schlechthin unzulässig. Der Richter bleibt an das Gesetz und dessen Grundentscheidungen gebunden, auch wenn diese ihm missfallen oder unzeitgemäß erscheinen. Der Richter also „darf stets nur in Bindung an einen Normtext, schon gar nicht in Widerspruch dazu Recht sprechen und im Zusammenhang damit Recht setzen“.⁹⁰ Konsequenter sieht *Hillgruber* die Gesetzesbindung dann als verletzt an, wenn der Richter entweder „sich über den im Gesetz niedergelegten Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, indem er eine gesetzlich nicht vorgesehene Rechtsfolge ausspricht“ oder aber sich vom Gesetz lossagt und „in

⁸⁷ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Fn. 50), Art. 97 Rdnr. 69.

⁸⁸ Vgl. ganz beispielhaft BVerfG, Urt. v. 28.3.2002 – 2 BvG 1/01 –, NJW 2002, 2020: „Für eine geteilte Ertragszuständigkeit in Bezug auf die UMTS-Versteigerungserlöse fehlt die verfassungsrechtliche Grundlage.“

⁸⁹ So der plastische Titel bei *Klaus Roth-Stielow*, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, 1963.

⁹⁰ So das Zitat bei *Sendler* (Fn. 86), S. 3240; ebenso BVerfG, Beschl. v. 30.4.1990 – 1 BvR 1186/89 –, BVerfGE 82, 6 (12).

Selbstermächtigung eigenmächtig Regeln und Prinzipien schöpft, nach denen er judiziert“.⁹¹

c) Das Ringen um die Behauptung dieser Maßstäbe in der Rechtsprechung

Eine „Rechtsfortbildung“ oder besser: eine Normkonkretisierung, die diese beiden methodischen Mindestanforderungen nicht erfüllt, verletzt Art. 97 GG. Gewiss sind auch diese beiden Gesichtspunkte von erheblicher Unschärfe. Dennoch führt ihre konsequente Anwendung nach Überzeugung des Verfassers zu dem Ergebnis, dass die umstrittene Herrenreiter-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der unter Billigung des Bundesverfassungsgerichts für Recht erkannte, entgegen dem ausdrücklichen Analogieverbot in § 253 BGB sei bei schweren Persönlichkeitsverletzungen die Zuerkennung von Schmerzensgeld geboten⁹², bereits eine unzulässige Rechtsfortbildung darstellt.⁹³ Zur Verteidigung erklärte das Bundesverfassungsgericht zwar in der berühmten Soraya-Entscheidung in gewundenen Formulierungen, die Aufgabe der Rechtsprechung könne es erfordern

„[...] Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der

⁹¹ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Fn. 50), Art. 97 Rdnr. 30.

⁹² BGH, Urt. v. 26.1.1971 – VI ZR 95/70 –, NJW 1971, 698 ff.

⁹³ Vgl. *Christensen* (Fn. 70), S. 3195 f.; *Müller* (Fn. 49), S. 66 ff.; *Ossenbühl* (Fn. 77), S. 18; *Sendler* (Fn. 86), S. 3240 m.w.N.

geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“

In diesem Fall schlieÙe die richterliche Entscheidung diese Lücke „nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“. ⁹⁴ Ob diese Aussagen angesichts der expliziten, keiner abweichenden Auslegung zugänglichen rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers in § 253 BGB, immateriellen Schaden nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen durch Geld zu kompensieren, für die Zulässigkeit dieser Gesetzesdurchbrechung viel beitragen, ist indes zu Recht bezweifelt worden. Die durch das Gericht für zulässig erklärten Entscheidungselemente können jedenfalls dort nicht den Ausschlag geben, wo das Gesetz derart eindeutig ist wie in § 253 BGB. Die durch den Bundesgerichtshof Jahrzehnte später nachträglich entwickelte Begründung, bei schwerwiegenden Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geböten die Art. 1 und 2 Abs. 1 GG eine Durchbrechung von § 253 BGB ⁹⁵, verdeutlicht demgegenüber, dass es letztlich um die richterliche Korrektur des

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 –, BVerfGE 34, 269 (287).

⁹⁵ BGH, Urt. v. 5.12.1995 – VI ZR 332/94 (Caroline von Monaco) –, NJW 1996, 984 (985) m.w.N.

Gesetzgebers unter Berufung auf angebliche gesellschaftliche Gerechtigkeitsvorstellungen ging.

Die Soraya-Rechtsprechung ist das vielleicht extremste Beispiel in einer ganzen Reihe von Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht dem Wortlaut des Gesetzes nicht eben einen hohen Stellenwert zugemessen hat.⁹⁶ Deutlich wird jedenfalls, dass die in Anspruch genommenen Freiräume im Einzelfall sehr hoch sein können und dass die Rechtsprechung namentlich die Wortlautgrenze vor allem dann zitiert, wenn das dem jeweils angestrebten Ergebnis zuträglich ist, weshalb *Otto Depenheuer* vor 20 Jahren sogar die beherzte Forderung erhob, sich ganz von dem Wortlautargument zu verabschieden.⁹⁷ Diese Gesamtentwicklung ist methodisch vielleicht zu bedauern, es ist aber kaum erfolgversprechend, sich ausgerechnet dann wieder auf dogmatische Solidität zurückzubedenken, wenn es um die Abwehr des Geltungsanspruchs des Unionsrechts geht.

7. Folgerungen für die richtlinienkonforme Auslegung

Was folgt aus alledem für die richtlinienkonforme Auslegung? Zum einen ist auch das Unionsrecht „Recht“ im Sinne des Art. 97 Abs. 1 GG, an das der Richter gebunden ist und das er

⁹⁶ Vgl. bereits die Beispiele oben in Fn. 58 f.

⁹⁷ *Otto Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, 1988; für den entgegengesetzten Standpunkt zuletzt besonders *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004.

anzuwenden hat.⁹⁸ Zum anderen muss sich jeder Auslegungsversuch der Frage stellen, ob sich der Richter noch im Rahmen der Bindung an die gesetzgeberische Regelungsabsicht bewegt. Maßgeblich abzustellen ist dabei – darüber besteht im Ausgangspunkt Konsens – auf den Willen des Gesetzgebers.⁹⁹

Bei der Konkretisierung dieser Ausgangsprämisse besteht ein trefflicher Streit über die Frage, auf welchen Willen abzustellen ist: Genügt ein genereller oder ist ein konkreter Umsetzungswille ausreichend, um die Norm im Sinne der Richtlinie aufzufüttern?¹⁰⁰ Und welche Bedeutung hat der Umstand, dass der Gesetzgeber die Richtlinie falsch ausgelegt und – wie im Falle der Quelle-Entscheidung – eine eindeutige Regelungsabsicht geäußert hatte, den Käufer zum Nutzungersatz zu verpflichten, dabei jedoch die Richtlinie umzusetzen glaubte?

Im Zivilrecht dringt insoweit mittlerweile die Vorstellung vor, von dem gesetzgeberischen Willen zur richtlinienkonformen Umsetzung sei „praktisch immer auszugehen“.¹⁰¹ In diesem Sinne hat namentlich *Claus Wilhelm Canaris* erklärt, die Diskrepanz zu einer Richtlinie führe stets zu einer ausfüllungsbedürftigen Lücke in der deutschen

⁹⁸ So etwa *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Fn. 50), Art. 97 Rdnr. 113 m.w.N.; *Roth* (Fn. 1), Rdnr. 38.

⁹⁹ *Herdegen* (Fn. 4), S. 1928; *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 13; *Neuner* (Fn. 52), S. 184.

¹⁰⁰ Näher dazu *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 126 f.

¹⁰¹ Vgl. das Zitat bei *Thomas M. J. Möllers*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, *EuR* 1998, 20 (45), der diesem Ansatz in der Sache folgt; ebenso *Roth* (vgl. oben im Text bei Fn. 2).

Rechtsordnung.¹⁰² Diese These kann jedoch bereits aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen nicht überzeugen: Sie setzt im Ergebnis die Wirkungen von Verordnung und Richtlinie vollständig gleich, und dies ist mit Art. 288 AEUV nicht in Einklang zu bringen.¹⁰³ Zudem hat der Europäische Gerichtshof ein explizites Verbot aufgestellt, aus Gründen der Gemeinschaftsrechtskonformität *contra legem* zu urteilen und dieses Verbot bewusst als Ausdruck des Rechtsstaatsgebots charakterisiert.¹⁰⁴ Dieses rechtsstaatliche Verbot wird durch den Ansatz von *Canaris* in ein juristisches Nirgendwo entsorgt: Würde ein genereller Umsetzungswille bereits ausreichen, um die deutsche Rechtsordnung flächendeckend richtlinienkonform umzudeuten, dann gäbe es schon *per definitionem* keine richtlinienkonforme Auslegung *contra legem*; das durch den Europäischen Gerichtshof formulierte explizite Verbot liefe damit völlig ins Leere.¹⁰⁵

¹⁰² *Canaris* (Fn. 19), S. 84 ff. u.a. mit den Erwägungen, dass für die Feststellung einer Lücke auf die Gesamtrechtsordnung abzustellen und Haftungsansprüche gegenüber der Bundesrepublik abzuwehren seien; dem folgend etwa *Herresthal* (Fn. 19), S. 234 f.; ähnlich auch *Marietta Auer*, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, 1106 (1108): „Ein Verstoß gegen das Verbot der richtlinienkonformen Rechtsfindung *contra legem* ist deshalb so schwer zu begründen, weil das, was richtlinienkonform ist, schon definitionsgemäß nicht *contra legem* sein kann“.

¹⁰³ *Herdegen* (Fn. 4), S. 1927.

¹⁰⁴ Deutlich zuletzt etwa EuGH, Urt. v. 16.7.2009 – Rs. C-12/08 (*Mono Car Styling*) –, im Erscheinen, Rdnr. 61: „Diese Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung [...] findet in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit, ihre Schranken, und zwar in dem Sinne, dass sie nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen darf.“; vgl. zu diesem Verbotscharakter auch *Herrmann* (Fn. 19), S. 162, zu ihrem rechtsstaatlichen Gehalt *Thomas von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 188. Zweifel an der Begründbarkeit eines Verbots äußert hingegen *Roth* (Fn. 1), Rdnr. 33.

¹⁰⁵ So zu Recht auch *Jan Schürnbrand*, Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, JZ 2007, 910 (913 ff.).

Der Bundesgerichtshof hat demgegenüber in der Quelle-Entscheidung den Nachweis geführt, dass ein konkreter Umsetzungswille des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf § 439 BGB bestand.¹⁰⁶ Der konkreten Umsetzungsabsicht stand zwar eine ebenfalls konkrete Regelungsabsicht entgegen, die aber wiederum auf der irrigen Interpretation der Richtlinie beruhte. Man mag den in der Quelle-Entscheidung bejahten Vorrang der konkreten Umsetzungs- vor der konkreten Regelungsabsicht kritisieren¹⁰⁷ – methodisch unvertretbar ist er jedoch bereits nach deutschen Maßstäben keineswegs. Es wäre daher eine wunschhafte Überdehnung des Verfassungsrechts, diese spezielle Streitfrage in Art. 97 GG hineinzuprojizieren. Zudem stellt sich die Frage, ob der Bundesgerichtshof zu diesem Schritt nicht bereits nach europäischen Maßstäben verpflichtet war.¹⁰⁸

Problematisch sind und waren jedoch die verfassungsrechtlich fundierten Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Hier greift die Kritik von *Herdegen* und anderen gegen die Preisgabe der Garantiefunktion des Wortlauts.¹⁰⁹ Freilich bildet der Wortlaut als Vertrauenstatbestand nach den skizzierten Standards der deutschen Rechtsprechung bereits heute keine

¹⁰⁶ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 –, NJW 2009, 427 (429); dem folgend *Pfeiffer* (Fn. 14), S. 412.

¹⁰⁷ Vgl. dazu die eingehende Argumentation bei *Grosche/Höft* (Fn. 13), S. 2306 ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu sogleich nachfolgend in und bei Fn. 117.

¹⁰⁹ *Herdegen* (Fn. 4), besonders S. 1927 f.

unüberwindbare Hürde mehr,¹¹⁰ sondern – so würde der Verfasser dies deuten – ein durch gegenläufige Belange gegebenenfalls überwindbares Rechtsprinzip. Letztlich ist die Frage nach der Schutzwürdigkeit und dem Gewicht des Vertrauens auf den Wortlaut wohl eine Frage des Einzelfalls. In der Quelle-Entscheidung stellte der Bundesgerichtshof insoweit darauf ab, dass die Europarechtskonformität der deutschen Umsetzung in § 439 BGB von Anfang an in hohem Maße umstritten war.¹¹¹ Wie immer man die Quelle-Entscheidung in diesem Punkt bewerten mag – jedenfalls sind auch an dieser Stelle die Probleme mit der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung im Kern zunächst einmal solche der *deutschen* Methodenlehre.

IV. Die richtlinienkonforme Auslegung zwischen Autonomie und Gemeinschaftstreue

Dies führt zu der eingangs dargestellten These zurück, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur nach Maßgabe der nationalen Methodenlehre bestehe.¹¹² Nach dieser Sicht „bleibt es dem nationalen Recht überlassen, die Grenze seiner Auslegbarkeit zu bestimmen.“¹¹³ Trifft diese allgemein bestehende Vorstellung wirklich in jeder Hinsicht zu?

¹¹⁰ So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447, 136/05 –, BVerfGE 118, 212 (243); *Herresthal* (Fn. 19), S. 317 ff.

¹¹¹ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 –, NJW 2009, 427 (430).

¹¹² Vgl. oben in und bei Fn. 35 f.

¹¹³ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 13.

1. Tatsächliche Einflüsse des Unionsrechts auf die Identifikation von Spielräumen

Hier ist zunächst eine interessante Gemeinsamkeit der beiden deutschen Leitentscheidungen hervorzuheben: Sowohl im Heininger-Urteil als auch in der Quelle-Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof im Vorlagebeschluss zunächst kategorisch erklärt, eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts sei nicht möglich, sich aber anschließend nach der Auslegung der Richtlinien durch den Europäischen Gerichtshof umgehend von seinen methodischen Skrupeln emanzipiert.¹¹⁴ Weder im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit der eigenen Aussagen noch im Hinblick auf die Fähigkeit, eine zulässige Vorlage zum Europäischen Gerichtshof zu formulieren,¹¹⁵ sind diese Vorgänge wirklich überzeugend.¹¹⁶ Wichtiger ist jedoch an dieser Stelle die Feststellung, dass es offenbar jedenfalls handgreifliche tatsächliche Einflüsse der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf die Frage gibt, ob der Bundesgerichtshof nationale Auslegungsspielräume überhaupt bejaht oder nicht. Nach der These von der Maßgeblichkeit der nationalen Methodenlehre dürfte aber nur die Wahrnehmung, nicht jedoch die Identifizierung nationaler Auslegungsspielräume gemeinschaftsrechtlichen Einflüssen unterliegen.

¹¹⁴ Vgl. die Nachweise oben in den Fn. 5 f., 10 und 12.

¹¹⁵ Vgl. zum Erfordernis einer zumindest nach der subjektiven Sicht des vorlegenden Gerichts bestehenden Entscheidungserheblichkeit etwa *Charlotte Gaitanides*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 249 EGV Rdnr. 52.

¹¹⁶ Vgl. jedoch auch die Verteidigung durch *Pfeiffer* (Fn. 14), S. 413.

2. Vorgaben des EuGH für die richterliche Auslegung nationalen Rechts

Hinzu tritt ein Weiteres: Der Europäische Gerichtshof mag in seinen Obersätzen die Grenzen der Auslegung nationalen Rechts weiterhin der Autonomie der Mitgliedstaaten zuordnen, im Detail jedoch schränkt er diese Spielräume schon heute in verschiedener Hinsicht ein. In der Entscheidung *Pfeiffer* erklärte der Europäische Gerichtshof 2004 zunächst, eine Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts bestehe nur, soweit das nationale Recht diese durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden ermögliche. In derselben Entscheidung wird dann jedoch festgestellt, ein nationales Gericht habe bei innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die speziell zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurden,

„[...] in Anbetracht des Artikels 249 Absatz 3 EG davon auszugehen, dass der Staat die Absicht hatte, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“.¹¹⁷

Das Ziel, die Richtlinie umzusetzen, muss nach diesen Aussagen bei der historischen Auslegung maßgeblich sein. Zumindest in diesem Punkt kann also von einer nationalen Autonomie bei der Frage, ob ein solcher Wille überhaupt ermittelt werden kann, keine Rede mehr sein. Diese Vorgabe

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Bernhard Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz) –, Slg. 2004, I-8835 Rdnr. 113; ähnlich auch bereits EuGH, Urt. v. 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret) –, Slg. 1993, I-6911 Rdnr. 20 f.; vgl. dazu auch *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 27 ff.

hat wohl auch Bedeutung für die oben angesprochene Streitfrage, auf welchen Willen des Gesetzgebers abzustellen ist.¹¹⁸ Allein schon aus diesem Grund war das Abstellen auf den Umsetzungswillen in der Quelle-Entscheidung keineswegs unvertretbar.

Bereits in früheren Entscheidungen hatte der Gerichtshof zudem betont, die Verpflichtung des nationalen Gerichts, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften seines nationalen Rechts das Gemeinschaftsrecht heranzuziehen, werde auch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und speziell durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt.¹¹⁹ Rechtssicherheit und Rückwirkungsverbot sind normative Prinzipien, die auch im deutschen Recht als zentrale Grenzkriterien für die Zulässigkeit einer Auslegung gelten und die gerade deshalb von Bedeutung sind, weil die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung im Verhältnis Privater untereinander wirkt¹²⁰ und dort Vertrauen erschüttert. Diese Rechtsprinzipien werden dem nationalen Richter durch den Europäischen Gerichtshof nunmehr explizit als Kriterien für die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts mit auf den Weg gegeben.

All dies klingt scheinbar nach einer Bestätigung nationaler richterlicher Autonomie. Die Kehrseite dieses Mit-auf-den-Weg-

¹¹⁸ Vgl. oben in und bei Fn. 100 sowie 106 f.

¹¹⁹ So etwa EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 (Maria Pupino) –, Slg. 2005, I-5285 Rdnr. 44; Urt. v. 4.7.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler/ELOG) –, Slg. 2006, I-6057 Rdnr. 110; Urt. v. 15.4.2008 – Rs. C-268/06 (Impact/ Minister for Agriculture) –, Slg. 2008, I-2483, Rdnr. 100; vgl. zur älteren Rechtsprechung auch die Analyse bei *Herrmann* (Fn. 19), S. 161 ff.

¹²⁰ Vgl. oben in und bei Fn. 23.

Gebens dürfte jedoch darin bestehen, dass Rechtssicherheit, Rückwirkungsverbot und andere allgemeine Rechtsgrundsätze künftig als Rechtsgrundsätze der Union und damit wohl auch inhaltlich nach europäischen Maßstäben zu bestimmen sind. Das deutsche und das gemeinschaftliche Bestimmtheitsgebot etwa sind jedoch keineswegs identisch. Wohin eine solche Überlagerung führen kann, zeigt im Verwaltungsrecht die Alcan-Rechtsprechung zur Rückforderung von Beihilfen nach § 48 VwVfG.¹²¹ Dabei wurde Deutschland gezwungen, die § 48 VwVfG zu Grunde liegenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zugunsten der Durchsetzung einer Beihilfenrückforderung massiv umzuinterpretieren und im Ergebnis deutlich abzuschwächen.¹²² Ähnliches könnte den Mitgliedstaaten auch im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung bevorstehen.

3. Ein Blick in die Zukunft

An dieser Stelle gewinnt der vorliegende Beitrag ein Stück weit den Charakter von Kaffeesatzleserei. Indes gleicht die Europäische Integration ohnehin in vieler Hinsicht der Fahrt in einem Schnellzug zu einem unbestimmten Zielbahnhof, von

¹²¹ EuGH, Urt. v.20. 3. 1997 – Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH) –, Slg. 1997, I-1591 Rdnm. 21 ff.; EuGH, Urt. v. 18.9.2003 – Rs. C-125/01 (Peter Pflücke/Bundesanstalt für Arbeit) –, Slg. 2003, I-9375.

¹²² Vgl. dazu aus dem überbordenden Schrifttum *Hatje*, *Wirtschaftsverwaltung* (Fn. 19), besonders S. 248 ff.; sehr kritisch etwa *Rupert Scholz*, *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahren*, DÖV 1998, 261 ff. Zur Frage der Vereinbarkeit dieser Modifikationen mit den (deutschen) Verfassungsgrundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 17.2.2000 – 2 BvR 1210/98 –, NJW 2000, 2015 ff.

dem lediglich die ungefähre Himmelsrichtung bekannt ist. Das gilt auch für die Ausweitung des Geltungsanspruchs des Unionsrechts. Die eingangs skizzierten Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die richtlinienkonforme Auslegung¹²³ bilden insofern eine Momentaufnahme, aber sicherlich keinen Endpunkt der Rechtsentwicklung. Einige Generalanwälte fordern schon heute weitergehende Vorgaben,¹²⁴ und auch die Kommission erhebt ähnliche Forderungen.¹²⁵ Zudem ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass die derzeit durch den Europäischen Gerichtshof betonten weiten Spielräume der nationalen Gerichte wohl auch die Funktion haben, die Akzeptanz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung bei ebendiesen Gerichten zu fördern.¹²⁶ Der Gerichtshof verabreicht seine Integrationspillen eben am Liebsten in homöopathischer Langzeitbehandlung.

Wo könnte diese Reise letztlich hinführen? In einem der Auslegung durchaus verwandten Bereich – nämlich in Bezug auf das nationale Prozess- und Verfahrensrecht – fordert der Europäische Gerichtshof vom mitgliedstaatlichen Recht, die Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben effektiv und in gleicher Weise wie entsprechende nationale Fälle

¹²³ Vgl. oben in und bei Fn. 19 ff.

¹²⁴ Vgl. die Nachweise bei *Kroll-Ludwigs/Ludwigs* (Fn. 15), S. 11.

¹²⁵ Vgl. dazu die Ausführungen und Nachweise bei *Herdegen* (Fn. 4), S. 1925.

¹²⁶ *Haltern* (Fn. 19), S. 362.

sicherzustellen.¹²⁷ Dieser Maßstab lässt sich im Grundsatz auf die nationale Auslegungsmethodik übertragen: Das Äquivalenzprinzip setzt voraus, dass die Möglichkeiten einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung mindestens denen einer verfassungskonformen Auslegung entsprechen; diese Forderung hat der Europäische Gerichtshof bereits u.a. in der Rechtssache *Pfeiffer* erhoben.¹²⁸ Das Effektivitätsprinzip, das der Gerichtshof meist in die defensive Formel zu kleiden pflegt, die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts dürfe „nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden“, würde darüber hinaus fordern, dass die richterlichen Bemühungen um eine gemeinschaftsrechtskonformität hinreichend effektiv sind; dieser Gesichtspunkt hat im Einzelfall zu erheblichen Modifikationen des nationalen Verfahrensrechts geführt.¹²⁹ Würde der Europäische Gerichtshof im Zusammenhang mit der richtlinienkonformen Auslegung auch dieses zweite Kriterium aufgreifen, so stünde ihm eine flexible Stellschraube zur Verfügung, die im Grunde genommen beliebig stark angezogen werden kann.

¹²⁷ So etwa EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH) –, Slg. 1997, I-1591 Rdnrn. 21 ff; vgl. dazu zuletzt die Nachweise in OVG Münster, Beschl. v. 5.3.2009 – 8 D 58/08 –, NVwZ 2009, 987 (990).

¹²⁸ EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Bernhard Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz) –, Slg. 2004, I-8835 Rdnr. 116: „Ermöglicht es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.“; vgl. zur Deutung dieser Aussage *Roth* (Fn. 1), Rdnrn. 30 ff. sowie auch *Schürbrand* (Fn. 105), S. 912 m.w.N.

¹²⁹ Vgl. bereits oben in und bei Fn. 121 f.; *von Danwitz* (Fn. 104), S. 530.

Vor diesem Hintergrund sei hier eine Prognose gewagt: Der Europäische Gerichtshof wird auch künftig eine richtlinienkonforme Auslegung nur nach Maßgabe der nationalen Methodenlehre verlangen. Auf längere Sicht werden jedoch Entscheidungen, die eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht für möglich halten, durch den Europäischen Gerichtshof einer Vertretbarkeitskontrolle unterworfen werden. Sind die Gründe der Entscheidung nachvollziehbar? Ist ihr Gewicht geeignet, den Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts zurücktreten zu lassen. Genügt das Gericht den Anforderungen des Effektivitätsprinzips?

Eine solche Vertretbarkeitskontrolle könnte sich auch aus einer breiteren Entwicklung legitimieren, nämlich aus einer heute bereits erkennbaren Annäherung der richterlichen Methodik in Europa. Für diese Entwicklung gibt es eine Reihe von Gründen, von denen hier nur zwei erwähnt werden sollen: Zum einen prägt das Unionsrecht stilistisch immer mehr auch das nationale Recht, das die Richter anwenden. So wird beispielsweise das moderne Umweltrecht anders gesetzlich formuliert und interpretiert als vor 20 Jahren.¹³⁰ Zum anderen konnten sich die nationalen Richter bei der Auslegung des Unionsrechts selbst bereits seit Jahrzehnten in methodischer Konvergenz üben; auch dies hat seine Spuren im gesamten juristischen Denken hinterlassen.

¹³⁰ Näher *Gerhard Feldhaus*, Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), *Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 15 (40 ff.).

Dieser Konvergenzprozess betrifft keineswegs allein oder auch nur in erster Linie Deutschland.¹³¹ Er setzt die Leistungsfähigkeit der deutschen Dogmatik unter Wettbewerbsdruck, stellt jedoch zugleich auch eine Chance zur Verbreitung deutschen Rechtsdenkens dar. Auch dies ist keine völlig neue Situation, weil letztlich auch die Methodik der Gesetzesauslegung von jeher durch permanente Rezeptionsprozesse geprägt war.

Das extremste Beispiel für eine solche Entwicklung ist Großbritannien:¹³² Bis weit in die 80er Jahre haben sich englische Richter strikt am Gesetzeswortlaut orientiert, die Intentionen des Gesetzgebers hatten keinerlei Einfluss auf die Gesetzesauslegung. Unter dem Einfluss der europäischen Integration hat diese Auslegungsart mittlerweile jedoch breiten Eingang in die britische Rechtsprechung gefunden, im angloamerikanischen Schrifttum sind ganze Monographien zum Normzweck entstanden und haben dabei auch *Rudolf von Jhering* entdeckt.¹³³ Im Jahr 2002 wurde formuliert:

„Durch Europa erlernten britische Richter Methoden, die ihnen Freiheiten und Einflussmöglichkeiten

¹³¹ Grundlegende Einsichten vermitteln insoweit für das öffentliche Recht die Beobachtungen von *Michel Fromont*, Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Dieter Sellner u.a. (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 93 ff. Ähnlich für das Privatrecht *Herresthal* (Fn. 19), S. 16 ff., der eine „Konvergenz nationaler Methoden“ diagnostiziert.

¹³² Vgl. zum Folgenden *Stefan Schieren*, Europa zwischen rechtlich-konstitutioneller Konkordanz und politisch-kultureller Vielfalt, in: Beate Kohler-Koch/Markus Jachtenfuchs (Hrsg.), Verfassungspolitik in der Europäischen Union, 2002, S. 93 (99 ff.).

¹³³ Vgl. etwa *Aharon Barak*, Purposive Interpretation in Law, 2005, S. 85 ff.

verschafften, die sie aus ihrem System nicht kannten".¹³⁴

Im Vergleich zu diesen Umwälzungen erscheinen die Modifikationen der deutschen Methodik im Zuge der skizzierten Entwicklung eher graduell.

4. Die Bedeutung der grundgesetzlichen

Integrationsgrenzen

Gleichwohl drängt sich die Frage auf, ob für derartige Modifikationen der richterlichen Methodik verfassungsrechtliche Integrationsgrenzen bestehen. Die eingangs dargestellten rechtlichen Grundlagen der richtlinienkonformen Auslegung – der Umsetzungsbefehl in Art. 288 Abs. 3 AEUV, die Pflicht zur Gemeinschaftstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts – begründen dieses Institut allein aus Sicht des Gemeinschaftsrechts. Aus Sicht des Grundgesetzes hingegen beruht der Vorrang des Gemeinschaftsrechts auf einem Normanwendungsbefehl im deutschen Zustimmungsgesetz zum EG-Vertrag und seinen Änderungen.¹³⁵ Dieses Gesetz unterliegt in seiner Reichweite wiederum den Integrationsschranken des heutigen Art. 23

¹³⁴ Schieren (Fn. 132), S. 101.

¹³⁵ Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 29.5.1974 – 2 BvL 52/71 –, BVerfGE 37, 271 (280); Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 87.78 –, BVerfGE 73, 339 (374 f.).

Abs. 1 GG, insbesondere auch dem Rechtsstaatsprinzip und den darin enthaltenen methodischen Maßstäben.¹³⁶

Kaum eine kritische Anmerkung zu den Heininger- und Quelle-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs lässt die Gelegenheit ungenutzt verstreichen, mit warnendem Zeigefinger auf diese Schranken hinzuweisen.¹³⁷ Tatsächlich kann man Art. 23 Abs. 1 GG – mit ein wenig Auslegungskunst – klare Grenzen für eine Beeinflussung der richterlichen Auslegung entnehmen. Dennoch bleibt Skepsis: Schon heute wird im Schrifttum überwiegend vertreten, bei der Auslegung der Strukturvorgaben in Art. 23 Abs. 1 GG gelte nicht der strenge Maßstab des Art. 20 GG, vielmehr sei ein dem europäischen Integrationsprozess angepasster Ansatz zu wählen.¹³⁸ Ob man das für eine zutreffende Interpretation einer Integrationsschranke hält oder nicht – faktisch werden die Inhalte des Art. 23 GG schon heute gemeinschaftsrechtlich – hier kann man frei nach Perspektive formulieren – „deformiert“ oder „modifiziert“. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine Vertretbarkeitskontrolle im skizzierten Sinne immer noch deutlich hinter einer horizontalen Drittwirkung der Richtlinie zurückbliebe, die der Gerichtshof vor allem aus Gründen des

¹³⁶ Dazu statt vieler *Stephanie Uhrig*, Die Schranken des Grundgesetzes für die europäische Integration, 2000, S. 95 ff.; speziell bezogen auf die richtlinienkonforme Auslegung auch *Herresthal* (Fn. 19), S. 123 ff.

¹³⁷ Vgl. etwa *Herdegen* (Fn. 4), S. 1925 f.; *Grosche/Höft* (Fn. 13), S. 2294; prinzipielle Ausführungen in diesem Sinne zuvor auch bereits bei *Udo Di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947 ff.

¹³⁸ Näher dazu *Rudolf Streinz*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 23 Rdnrn. 20 ff. m.w.N.

Vertrauensschutzes ablehnt¹³⁹ und deren Anerkennung durch den Gerichtshof die verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen schwerlich überschreiten würde.¹⁴⁰ Von daher sei eine letzte Prognose gewagt: Dem zuletzt prophezeiten Prozess einer zunehmenden Konvergenz der nationalen Auslegungsmethoden wird auch Art. 23 GG keinen Einhalt gebieten.

Der Titel dieses Vortrags implizierte eine gewisse Hoffnung auf oder auch Sorge vor dem Verfassungsrecht. Im Wesentlichen haben die vorliegenden Überlegungen jedoch ergeben, dass sich das Grundgesetz – jedenfalls in der Lesart des Bundesverfassungsgerichts – auf die Forderung einer methodischen Vertretbarkeit der richterlichen Ableitungen aus dem Gesetz beschränkt, dass auch diese Standards nur in ihren Grundzügen integrationsfest sind und dass schon heute europäische Überlagerungen stattfinden. Dieser Befund ist jedoch kein Anlass, das Ende des Rechtsstaats an die Wand zu malen: Das Unionsrecht lässt durchaus schon heute Auslegungsgrenzen erkennen, die es rechtstaatlich weiterzuentwickeln gilt. Die maßgeblichen Kriterien – das Verbot der *contra legem*-Urteile, die Rechtssicherheit, der Vertrauensschutz – sind im Grundsatz auch jene des Grundgesetzes und werden im Kern wohl ihre Bedeutung

¹³⁹ Vgl. dazu Jörg Gundel, Neue Grenzzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten, EuZW 2001, 143 ff.; Hans D. Jarass/Saša Beljin, Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, 714 ff.

¹⁴⁰ Vgl. bereits die Forderungen in den Schlussanträgen des Generalanwalts Lenz v. v. 9. 2. 1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori) –, Slg. 1994, I-3328 Rdnrn. 54 ff. m.w.N.

behalten. Vermutlich aber werden die praktisch maßgeblichen Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung künftig immer weniger durch das Grundgesetz und immer stärker durch das Gemeinschaftsrecht selbst vorgegeben.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT BONN

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010

- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010