

Einführung

I. Problemaufriss und Aktualität der Fragestellung

Nach dem vom Gerichtshof (EuGH)¹ in ständiger Rechtsprechung vertretenen Verständnis „erläutert und verdeutlicht“ er bei der Auslegung, „in welchem Sinne und mit welcher Tragweite“ eine Bestimmung des Unionsrechts „seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre“, sodass die nationalen Gerichte die Vorschrift in der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung bei Vorliegen der nationalen Verfahrensvoraussetzungen „auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, anwenden können und müssen“.² Bis zum Zeitpunkt der Auslegung des Unionsrechts durch den hierfür nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 und III lit. b EUV sowie Art. 267 AEUV zuständigen Gerichtshof kann in den Mitgliedstaaten zum Teil bereits über Jahre hinweg eine Rechtsanwendung erfolgt sein, die sich dann mit dem vom EuGH festgestellten Inhalt des Unionsrechts als unvereinbar erweist. In diesem Fall drängt sich die im Rahmen dieser Arbeit näher zu beleuchtende Frage auf, ob ein auf nationaler Ebene vertretenes und sich mit der Entscheidung des Gerichtshofs als unionsrechtswidrig herausstellendes Rechtsverständnis eine schützenswerte Rechtsposition der durch die Auslegung des EuGH negativ Betroffenen begründet hat und wie diese gegebenenfalls zu schützen ist.

Allgemeiner gesprochen geht es um die Beantwortung der Frage, ob und wenn ja welche Reaktionsmöglichkeiten sich mitgliedstaatlichen Gerichten im Hinblick auf die zeitliche Dimension der Auslegungsentscheidungen des EuGH bieten. Angesprochen ist damit ein gegebenenfalls bestehendes Bedürfnis nach Gewährung von – schlagwortartig bezeichnet – „nationalem Vertrauensschutz“ für in der Vergangenheit begründete Rechtsverhältnisse. In den Blick zu nehmen ist darüber hinaus ein mögliches mitgliedstaatliches Interesse daran, die Wirkung des Unionsrechts

1 Nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 1 EUV umfasst der Gerichtshof der Europäischen Union den Gerichtshof, das Gericht und Fachgerichte. Mit EuGH wird vorliegend der Gerichtshof bezeichnet.

2 Siehe aus jüngerer Zeit nur EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 56.

bis zu einem Zeitpunkt in der Zukunft hinauszuzögern, um etwa eine Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts an unionsrechtliche Vorgaben zu ermöglichen.

In Rechnung zu stellen ist bei der vorliegenden Untersuchung, dass EuGH und nationale Gerichte im Rahmen des europäischen Mehrebenensystems gemeinsam Verantwortung dafür tragen, dass bei der Betroffenheit von Unionsrecht berechnete Erwartungen geschützt werden. Zu erfolgen hat dies im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts³, weshalb die hier zu diskutierende Fragestellung auch grundlegende Fragen des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht aufwirft.

Ihre Aktualität zeigt nicht zuletzt ein im Jahr 2017 an den EuGH gerichtetes (und von diesem Ende 2018 hinsichtlich der hier interessierenden Problematik nur zum Teil beantwortetes) Vorabentscheidungsersuchen des Arbeitsgerichts Verden.⁴ Dieses fragt den EuGH zunächst danach, ob Art. 31 GRCh und Art. 7 I der Richtlinie 2003/88/EG („Arbeitszeitrichtlinie“)⁵ dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, nach der in Tarifverträgen bestimmt werden kann, dass Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit eintreten, auf die Berechnung des Urlaubsentgeltes Einfluss haben, was, verglichen mit der Zugrundelegung des durchschnittlichen Arbeitsverdiensts, zu einer geringeren Urlaubsvergütung bzw. -abgeltung führt.⁶

Da der EuGH zu dem Ergebnis gelangt, dass das Unionsrecht der in Rede stehenden nationalen Regelung entgegensteht⁷, erlangt die zweite Vorlagefrage des Arbeitsgerichts Verden Bedeutung, die sich im Anschluss an diese Feststellung stellt und in Erfahrung bringen möchte, wie mit ihr in zeitlicher Hinsicht umzugehen ist.

In Erwägung zu ziehen ist insoweit zunächst die zeitliche Beschränkung der Möglichkeit, sich auf die vom EuGH im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren vorgenommene Auslegung zu berufen, mit Wirkung

3 Siehe insoweit auch den Ansatz bei *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237; *Düsterhaus*, EuR 2017, 30.

4 Siehe EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein).

5 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299 vom 18.11.2003, S. 9.

6 Vorlagefrage 1 in der Rs. C-385/17 (Hein).

7 EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Tenor Nr. 1 und Rn. 53.

für alle Betroffenen.⁸ Eine solche auf den allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit gestützte Beschränkung erkennt der EuGH seit seinem Defrenne II-Urteil⁹ an, mit der er den praktischen Folgen seiner Auslegung Rechnung trägt. Sie kann allerdings, wie im Verlauf der Arbeit noch näher zu zeigen sein wird, nur vom EuGH selbst vorgenommen werden und ist an enge Voraussetzungen geknüpft. Die in jenem Urteil begründete Rechtsprechung („Defrenne-Rechtsprechung“) wird zu Recht als eine der bedeutendsten richterrechtlichen Entwicklungen im Rahmen des Art. 267 AEUV bezeichnet.¹⁰

Ob die Voraussetzungen der Defrenne-Rechtsprechung erfüllt sind, möchte das Arbeitsgericht Verden daher konsequenterweise zunächst in Erfahrung bringen und fragt in diesem Zusammenhang, ob die von ihm angeführten Urteile des BAG einen für die Defrenne-Rechtsprechung relevanten Gesichtspunkt darstellen.¹¹

Allgemeiner gesprochen steht damit die Frage im Raum, ob von mitgliedstaatlichen Stellen im Hinblick auf den Inhalt des Unionsrechts geäußerte Rechtsansichten bei der vom Gerichtshof vorzunehmenden Begrenzung der zeitlichen Wirkungen seiner Rechtsprechung Berücksichtigung finden können. Sollte dies nicht der Fall sein und aus diesem Grund eine Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung ausscheiden, ist nach anderen, nunmehr im Verfahren vor dem nationalen Gericht bestehenden Möglichkeiten zu deren Berücksichtigung zu fragen. Das Arbeitsgericht Verden interessiert sich in dieser Hinsicht für die unionsrechtliche Zulässigkeit der Gewährung von Vertrauensschutz durch die nationalen Gerichte „auf der Grundlage nationalen Rechts“.¹² Auch insoweit führt das Arbeitsgericht Verden Vertrauen der Arbeitgeber auf den Fortbestand einer nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung an.¹³

8 In aller Regel werden hiervon diejenigen ausgenommen, die bereits Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben („Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer“), siehe z.B. EuGH, Urteil vom 9.3.2000, Rs. C-437/97 (EKW und Wein & Co.), Tenor Nr.3 und Rn.60. Näher dazu unten bei Fn.1102 ff.

9 EuGH, Urteil vom 8.4.1976, Rs. 43/75 (Defrenne), schlagwortartig als „Defrenne II“ bezeichnet, so auch etwa von GA Kokott, Schlussanträge vom 30.6.2016 in der Rs. C-443/15 (Parris), Fn. 85.

10 Düsterhaus, YEL 36 (2017), 237; Düsterhaus, EuR 2017, 30.

11 ArbG Verden, Vorlagebeschluss vom 19.6.2017, 1 Ca 142/16, Rn.90 ff., insb. Rn. 92 – juris.

12 ArbG Verden, Vorlagebeschluss vom 19.6.2017, 1 Ca 142/16, Rn. 93 – juris.

13 Vorlagefrage 2 in der Rs. C-385/17 (Hein).

Die hier angesprochenen beiden Problemkreise sind in der Literatur bereits zum Teil ausführlicher Untersuchung unterzogen worden.¹⁴ Nicht zuletzt das Vorabentscheidungsersuchen des Arbeitsgerichts Verden und die Antwort des EuGH zeigen aber, dass sie noch keineswegs einer abschließenden Klärung zugeführt werden konnten. Die Frage der Reaktionsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte auf die zeitliche Dimension der Rechtsprechung des Gerichtshofs erneut aufzuwerfen, ermöglicht es auch, neuere Entscheidungen des EuGH¹⁵ und Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte¹⁶ zu dieser Problemstellung in die Betrachtung miteinzubeziehen. An ihnen zeigt sich, dass auch und insbesondere im Bereich der zeitlichen Wirkung der Rechtsprechung ein grundlegendes Ringen zwischen der nationalen und der europäischen Ebene um die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten im europäischen Einigungsprozess stattfindet.

In den Blick zu nehmen sind auch die Institute des Anwendungsvorrangs und der richtlinienkonformen Auslegung, die zwar bereits seit Jahrzehnten sowohl in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als auch derjenigen mitgliedstaatlicher Gerichte fest etabliert sind, an deren zeitlicher Komponente sich aber immer wieder Fragen der Letztentscheidungsbefugnis in unionsrechtlichen Fragestellungen entzünden. Vor dem Hintergrund, dass der EuGH die Wirkung der Auslegung des Unionsrechts in aller Regel zeitlich nicht begrenzt, ist in letzter Zeit sogar eine Zunahme des Begehrens nationaler Gerichte zur Berücksichtigung nationaler

14 Siehe aus jüngerer Zeit etwa *Rosenkranz*, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, der sich insbesondere auch dem Verhältnis der Defrenne-Rechtsprechung zum mitgliedstaatlichen Recht widmet. Zu nennen sind auch die Arbeiten von *Schaer*, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz als Grenzen rückwirkender Rechtsprechung im europäischen Arbeitsrecht, 2010; *Ludewig*, Die zeitliche Beschränkung der Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2012; *Kovács*, Die temporale Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2014; *Müller*, Die Begrenzung der zeitlichen Wirkungen von EuGH-Entscheidungen, 2009 und *Wusterhausen*, Die Wirkungen der Urteile des EuGH in der Zeit – Ein Beitrag zur Problematik der zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen durch den Gerichtshof der Europäischen Union, 2016. Aus der Perspektive des Staatshaftungsrechts betrachtet die Problematik *Frantzen*, Staatshaftung für das Vertrauen auf unionsrechtswidrige Gesetze, 2018.

15 Z.B. EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI).

16 Z.B. Højesteret, Urteil vom 6.12.2016, 15/2014, englische Übersetzung abrufbar unter <https://domstol.dk/media/2udgvvvb/judgment-15-2014.pdf>. Auch das Bundesverfassungsgericht hat zu der hier interessierenden Problematik Stellung genommen, siehe insb. BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07 – NZA 2015, 375.

Vertrauensumstände zu verzeichnen. In diesem Zusammenhang spricht etwa Coutron von einem umstrittenen, ja sogar bedrohten Monopol des EuGH, eine Auslegungsvorabentscheidung zeitlich zu begrenzen.¹⁷ Um diese Entwicklungen einordnen zu können, wird zu klären sein, worauf sich dieses „Monopol“ tatsächlich erstreckt und welche Möglichkeiten mitgliedstaatlichen Gerichten zur Gestaltung der zeitlichen Wirkung ihrer eigenen Rechtsprechung verbleiben.

Die neuere Rechtsprechungsentwicklung lässt es auch zu, die in weiten Teilen der Literatur im Hinblick auf die Gewährung von Vertrauensschutz vorgenommene Grenzziehung zwischen unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht kritisch zu hinterfragen, nach der es entscheidend darauf ankommt, ob ein Sachverhalt den Anwendungsvorrang oder die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts betrifft. Während Grenzen des Anwendungsvorrangs sehr restriktiv bestimmt werden, werden die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung großzügiger umrissen. Zugrunde liegt dabei eine Unterscheidung zwischen der unionalen Beschränkung der zeitlichen Wirkungen und der Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“. Nach dieser Konzeption erfolgt erstere nach den Grundsätzen der Defrenne-Rechtsprechung durch den EuGH und damit auf Ebene des Unionsrechts und betrifft alle Mitgliedstaaten; „nationaler Vertrauensschutz“ wird dagegen nach (unter Umständen modifizierten) nationalen Grundsätzen gewährt und erstreckt sich nur auf den jeweiligen Mitgliedstaat. Anerkennung findet zwar die Überlegung, dass es sich – wie auch bei der Verpflichtung zur Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts infolge des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs – auch bei der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts um einen unionsrechtlichen „Einwirkungsmechanismus“ handelt, eine „Durchsetzungsdimension“, die nur unionsrechtlich begrenzt werden kann. Einer Ausfüllung dieser Grenze durch nationale Umstände des Einzelfalls soll dies aber deshalb grundsätzlich nicht entgegenstehen, da ein Verweis des Unionsrechts auf diese Umstände anzunehmen bzw. jedenfalls nicht auszuschließen sei. Dass der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein entsprechendes Verständnis zugrunde liegt, ist allerdings alles andere als klar.¹⁸ Hier kann die vorliegende Untersuchung ansetzen.

¹⁷ Coutron, RTDEur. 2017, 400 (401, 408).

¹⁸ Siehe zum Stand der Forschung etwa den Überblick bei Rosenkranz, ZESAR 2018, 24 (25).

II. Gedankengang der Arbeit

Ihren Ausgangspunkt nehmen muss die Arbeit daher bei der Frage der vom Gerichtshof selbst vorzunehmenden Beschränkung der zeitlichen Wirkungen der Auslegung mit Wirkung für alle Betroffenen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung. Deren Berechtigung sowie die in ihrem Rahmen vom EuGH angelegten Maßstäbe sind dementsprechend im ersten Teil dieser Arbeit näher zu beleuchten. Vor dem Hintergrund, dass der EuGH ein deklaratorisches Auslegungsverständnis vertritt, stellt sich die Frage, ob insoweit überhaupt eine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht in Betracht kommt und wenn ja, weshalb sie vom EuGH formuliert werden kann. In erster Linie geht es an dieser Stelle darum, die Rechtsprechung des EuGH nachzuzeichnen und einzuordnen, um aus ihr die im zweiten Teil getroffenen Schlussfolgerungen ziehen zu können.

Die von ihm zur Konkretisierung des hinter der Defrenne-Rechtsprechung stehenden Grundsatzes der Rechtssicherheit für eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen entwickelten Kriterien („guter Glaube“/„Gefahr schwerwiegender Störungen“) wendet der Gerichtshof recht schematisch an. Dies kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass er Wertungen vornehmen muss¹⁹, wenn er die Grundsätze der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts im Rahmen seiner Entscheidung, ob die zeitlichen Wirkungen zu begrenzen sind, von Fall zu Fall gegeneinander abwägt.²⁰ Seine Bereitschaft, in Einzelfällen materiellen Gesichtspunkten mehr Raum zu geben, hat er dadurch signalisiert, dass er in einer neueren Entscheidung unter Verzicht auf die Prüfung der genannten Kriterien eine zeitliche Begrenzung vorgenommen hat.²¹ Ein solches Vorgehen erinnert an seine flexiblere Rechtsprechung zu Art. 264 II AEUV im Rahmen der Nichtigkeitsklage und der Ungültigkeitsvorabentscheidung („Unwirksamkeitsverfahren“), die daher als Vergleichsfolie dienen kann. Art. 264 II AEUV verleiht dem Gerichtshof die Befugnis, im Falle der Nichtigkeitsklärung einer mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV angefochtenen Handlung diejenigen Wirkungen der Handlung zu bezeichnen, die als fortgeltend zu betrachten sind, falls der Gerichtshof dies für notwendig hält. Da er Art. 264 II AEUV nur auf die Ungültigkeitsvorabentscheidung entsprechend anwendet, dies aber für die Auslegungs-

19 Siehe auch *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237 (274).

20 *Lenaerts/Maselis/Gutman*, EU Procedural Law, 2014, Rn. 6.34.

21 EuGH, Urteil vom 17.12.2015, verb. Rs. C-25/14 und C-26/14 (UNIS und Beaudout Père et Fils).

vorabentscheidung ablehnt, lässt die Rechtsprechung zu Art. 264 II AEUV die Besonderheiten der Rechtsprechung des Gerichtshofs bei Auslegungs- im Vergleich zu Unwirksamkeitsentscheidungen hervortreten.²²

Eine Befassung mit Art. 264 II AEUV erscheint zudem vor dem Hintergrund angezeigt, dass der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Winner Wetten* eine analoge Anwendung der zu dieser Vorschrift ergangenen Rechtsprechung auf die Frage einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts angedacht hat.²³ Im konkreten Fall sah er dafür zwar keinen Anlass; im Jahr 2016 hat er diesen Gedanken aber wieder aufgegriffen.²⁴ Deutlich wird an dieser Überlegung des Gerichtshofs auch, dass er eine Unterscheidung zwischen der Begrenzung der *ex tunc*-Wirkung seiner Auslegung (*Defrenne*-Rechtsprechung) und der vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts (*Winner Wetten*-Rechtsprechung) trifft. Was dies für die Frage bedeutet, ob nationalen Gerichten die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände bei der Entscheidung des konkreten Falles gestattet ist, wird im zweiten Teil der Arbeit näher untersucht. Sie stellt sich insbesondere dann, wenn der EuGH eine Aktivierung der *Defrenne*-Rechtsprechung ausdrücklich oder stillschweigend ablehnt. Für ihre Beantwortung kommt es entscheidend darauf an, welche Folgen sich aus der ausschließlichen Zuständigkeit, die der Gerichtshof im Hinblick auf die Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der Auslegung des Unionsrechts für sich beansprucht, ergeben.

Soll etwa eine langjährige nationale unionsrechtswidrige Rechtsprechung als nationaler Vertrauensumstand Berücksichtigung finden, bedarf es eines Anknüpfungspunktes, der dies als gerechtfertigt erscheinen lässt. Zunächst ist an eine Verankerung im Unionsrecht selbst zu denken. Erwiese sich eine solche Verankerung als möglich, hätte dies den Vorteil, dass eine im Einklang mit dem Unionsrecht gebildete Grenze entwickelt werden könnte. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob das nach traditionellem Begriffsverständnis unmittelbar bzw. mittelbar wirkende Unionsrecht unterschiedlichen Mechanismen folgt oder ob trotz

22 Siehe zu diesen Fragestellungen näher unten bei Fn. 334 ff. und Fn. 950 ff.

23 EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*), Rn. 67.

24 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 33. Siehe auch EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 177 und EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 59.

ihrer unterschiedlichen Konzeption im Hinblick auf die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände eine Gleichbehandlung erfolgen kann.

Angesprochen ist damit zunächst die Frage, ob der Anwendungsvorrang, der jedenfalls (und zumindest nach der traditionellen Rechtsprechung des Gerichtshofs ausschließlich) dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht zukommt, in zeitlicher Hinsicht Grenzen unterliegen kann. Sollte dies der Fall sein, gilt es zu klären, in welchem Verhältnis mögliche Grenzen des Anwendungsvorrangs zu einer Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung stehen und damit die Frage, ob die beiden Mechanismen nicht letztlich auf dasselbe hinauslaufen und sich eine unterschiedliche Behandlung damit verbietet.²⁵ Eng damit verbunden ist die Frage, ob in diesem Zusammenhang eine Unterscheidung zwischen vergangenheits- und zukunftsbezogenen Wirkungen des Unionsrechts zu treffen ist. Abzugrenzen sind die in diesem Bereich gefundenen Ergebnisse von Entscheidungen des EuGH zu vertrauensschutzrelevanten Rechtspositionen des Einzelnen etwa in verwaltungsrechtlichen Fallgestaltungen. Daneben ist noch das Taricco II-Urteil des Gerichtshofs in den Blick zu nehmen, in dem dieser es italienischen Gerichten gestattete, bei einem Verstoß gegen das italienische Verständnis des Legalitätsgrundsatzes von der Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen italienischen Verjährungsregeln abzusehen. Insoweit ist der Versuch zu unternehmen, den Gedankengang des Gerichtshofs offenzulegen und eine Aussage über die Verallgemeinerbarkeit dieser Entscheidung im Hinblick auf die Möglichkeiten der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände durch eine Anwendung nationaler Grundrechte zu treffen. Zu erörtern ist insbesondere, ob der Gerichtshof in diesem Urteil eine Begrenzung des Anwendungsvorrangs durch nationale Grundrechtsstandards anerkannt hat.²⁶

Wird der Blick sodann auf mittelbar wirkendes Unionsrecht gerichtet, so ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass der EuGH hinsichtlich des Instruments der richtlinien- (bzw. rahmenbeschluss)konformen Auslegung anerkennt, dass diese Verpflichtung „durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt [wird] und [...] auch nicht als Grundlage

25 Diese Frage ist u.a. in EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI) aufgeworfen.

26 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), schlagwortartig als „Taricco II“ bezeichnet; siehe in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni).

für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen [darf]“.²⁷ Werden gegen die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung nationale Vertrauensumstände ins Feld geführt, geht es also um den Versuch, diese als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung zu formulieren, sei es als Bestandteil der *contra legem*-Grenze oder der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze. Die unterschiedliche Wirkungsweise von unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht, von Anwendungsvorrang und richtlinienkonformer Auslegung, legt hinsichtlich letzterer zunächst weitergehende Möglichkeiten der mitgliedstaatlichen Gerichte nahe, nationalen Vertrauensumständen Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechung des EuGH lässt insoweit aber keine eindeutige Antwort zu; vereinzelt lässt sie sogar ein dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht vergleichbares Vorgehen vermuten, das es kritisch zu hinterfragen gilt. In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt die Entscheidung des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen Gutiérrez Naranjo u.a. näher zu beleuchten.²⁸

Erscheinen die durch das Unionsrecht gebotenen Anknüpfungspunkte für eine Berücksichtigung nationaler Anliegen aus mitgliedstaatlicher Perspektive als unzureichend, ist eine Anknüpfung an die der europäischen Integration durch das nationale Verfassungsrecht gezogenen Grenzen und damit eine Einordnung als Ausfluss dieser Schranken zu erwägen. Damit ist für die deutsche Rechtsordnung die „Trias“²⁹ aus Identitätskontrolle, Ultra-vires-Kontrolle und Solange II-Vorbehalt daraufhin zu untersuchen, ob sie der zeitlichen Dimension der unionsgerichtlichen Rechtsprechung bzw. der mit ihr einhergehenden Vorgaben Grenzen zieht.

III. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Arbeit untersucht also zunächst die vom Unionsrecht anerkannten Grenzen der Berufung auf eine vom Gerichtshof ausgelegte Norm des Unionsrechts. Im Anschluss daran beleuchtet sie die Grenzen der vorrangigen Anwendbarkeit einer unionsrechtlichen Norm bzw. der Pflicht, das nationale Recht in ihrem Sinne auszulegen. Abschließend betrachtet sie die Grenzen der mitgliedstaatlichen Anerkennung des Unionsrechts. Damit

27 Siehe nur EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 100 (Kursivschrift im Original).

28 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.).

29 Begriff bei Dederer, JZ 2014, 313.

widmet sich die Arbeit den unions- und verfassungsrechtlichen Schranken, die für ein nationales Gericht Bedeutung erlangen können, wenn vor ihm die Frage der zeitlichen Dimension der Anwendung des Unionsrechts aufgeworfen ist.

Um die umfassende Fragestellung dieser Arbeit handhabbar zu gestalten, ist eine gewisse Begrenzung des Untersuchungsgegenstands erforderlich.

Was die zeitlichen Wirkungen richterlicher Erkenntnisse anbelangt, so bestehen grundsätzlich drei Möglichkeiten ihrer Ausgestaltung: Ihnen kann eine Wirkung *ex tunc*, *ex nunc* oder *pro futuro* beigelegt werden. Jedes der Konzepte bringt dabei Rechtssicherheit und Gesetzmäßigkeit in unterschiedlicher Weise zum Ausgleich.³⁰ Dementsprechend unterschiedlich fallen die in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union entwickelten Lösungen aus. Auf Ebene des Unionsrechts kommt, wie noch näher zu zeigen sein wird, der Rechtsprechung des Gerichtshofs sowohl im Rahmen von Unwirksamkeits- als auch von Auslegungsentscheidungen *ex tunc*-Wirkung zu.

Der Praxis der Mitgliedstaaten zur zeitlichen Wirkung einer Normverwerfung entnehmen Stimmen in der Literatur zum Teil einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach Gerichte bei Normverwerfungen dazu befugt sind, den Eintritt der Urteilswirkungen zu verschieben, um unangemessene Auswirkungen einer *ex tunc*-Wirkung zu vermeiden oder Gemeinwohlbelangen Rechnung zu tragen. In der Zusammenschau mit Art. 220 I EGV (nunmehr Art. 19 I EUV) leiten sie daraus eine Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens und der Defrenne-Rechtsprechung ab und nehmen eine Pflicht zur stärkeren Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Belange an.³¹ Damit verbunden sind Vorschläge einer Neuausrichtung der unionsgerichtlichen Rechtsprechung hin zu einer *ex nunc*- bzw. sogar prospektiven Wirkung der Auslegung.³²

30 Vgl. *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1690).

31 In diesem Sinne *Schmitz/Krasniqi*, EuR 2010, 189 (204 ff.).

32 *Hufen/Nörr Stiefenhofer Lutz*, Beschränkung von Urteilswirkungen, Rechtsgutachten, Teil 1, 2008, S. 14. Gewichtige mitgliedstaatliche Interessen und Belange sollen danach bei der Gestaltung der Urteilswirkungen Berücksichtigung finden: „Zur Berücksichtigung dieser Belange bietet sich die Beschränkung der Wirkungen der Entscheidungen auf den Zeitpunkt *ex nunc* an. Daneben besteht auch die Möglichkeit einer Verschiebung des Wirkungseintritts in die Zukunft oder die Aufforderung an den Gesetzgeber, eine Korrektur des europarechtswidrigen Zustandes vorzunehmen.“ (Kursivschrift im Original).

Kovács geht davon aus, dass der EuGH die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Unvereinbarkeitserklärung bei Gleichheitsverstößen (als Abweichung von der Nichtigkeitserklärung der in Rede stehenden Norm) berücksichtigt, „wenn nicht gar übernommen hat“. Hinsichtlich der Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer von der Begrenzung der *ex tunc*-Wirkung spricht er vom „Verdacht einer Inspiration des EuGH durch das österreichische Verfassungsprozessrecht“.³³ Ludewig sieht die Rechtsprechung des EuGH zur Begrenzung der zeitlichen Wirkung seiner Urteile „durchaus als eine Fortentwicklung aus den mitgliedstaatlichen Grundsätzen“.³⁴

Nicht in Abrede gestellt werden kann zwar, dass sich eine ähnliche Problematik wie die, vor der der EuGH im Hinblick auf die zeitlichen Wirkungen seiner Rechtsprechung steht, letztlich in allen Rechtsordnungen stellt. Die in den Mitgliedstaaten beschrittenen Wege sind allerdings zu vielfältig, als dass der Gerichtshof hier eine Lösung vorfände, die er als allgemeinen Rechtsgrundsatz seiner Rechtsprechung zugrunde zu legen hätte.³⁵ Ein vom EuGH zu übernehmender unionsweit einheitlicher Standard lässt sich insoweit nicht begründen. Es erscheint daher zulässig, im Rahmen der Herausarbeitung der vom EuGH gefundenen Antworten auf einen vertieften Blick auf die nationalen Rechtsordnungen und die in ihnen gefundenen Lösungen zur Modifikation der zeitlichen Wirkungen nationaler Rechtsprechung zu verzichten. Daran ändert nichts, dass der Gerichtshof für die Frage der Begrenzung der zeitlichen Wirkungen seiner Rechtsprechung den Grundsatz der Rechtssicherheit als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts bemüht. Entscheidend für den Fortgang der Arbeit ist demnach die Aufdeckung der vom Gerichtshof selbst gefundenen Ergebnisse, sodass seine Rechtsprechung auf die ihr zu entnehmenden Grundsätze zu untersuchen ist.

Trotz dieser Begrenzung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs kann das Unionsrecht natürlich nicht isoliert betrachtet werden. Wenn in der vorliegenden Arbeit die Frage nach den Möglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte zur Reaktion auf die zeitliche Dimension unionsgerichtlicher Rechtsprechung gestellt wird, müssen deren Auswirkungen auf das nationale Recht mit in den Blick genommen werden. Erst in ihrer Bedeutung

33 Kovács, *Temporale Wirkung*, 2014, S. 211, 239 f.

34 Ludewig, *Zeitliche Beschränkung*, 2012, S. 53.

35 Ludewig, *Zeitliche Beschränkung*, 2012, S. 52; siehe hierzu auch Rosenkranz, *Beschränkung der Rückwirkung*, 2015, S. 1.

für das nationale Recht lässt sich die Wirkung einer (abgelehnten) Begrenzung der *ex tunc*-Wirkung durch den EuGH verdeutlichen.³⁶

Dass diese Arbeit vorrangig nach den Reaktionsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte fragt, erklärt sich nicht zuletzt aus der überragend großen Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens³⁷ als eines Dialogs der Gerichte, der die mitgliedstaatlichen Gerichte unmittelbar mit den Wirkungen unionsgerichtlicher Rechtsprechung konfrontiert. Mit ihnen wird daher die Instanz in den Blick genommen, die den hier untersuchten Konflikt unmittelbar zu entscheiden hat: Haben sich mitgliedstaatliche Legislative oder Exekutive unionsrechtswidrig verhalten, ist es für die dem Unionsrecht Unterworfenen in ihrem konkreten Rechtsstreit ausschlaggebend, wie das mitgliedstaatliche Gericht entscheidet. Für den Ausgang dieses Rechtsstreits kommt es also darauf an, wie das mitgliedstaatliche Gericht mit einer vom EuGH mit *ex tunc*-Wirkung vorgenommenen Auslegung umzugehen hat, was ihm also aus unionsrechtlicher oder auch national(verfassungs)rechtlicher Perspektive gestattet oder untersagt ist. In einer Situation, in der das nationale Recht sich als unionsrechtswidrig darstellt, kommt es damit gewissermaßen vor den nationalen Gerichten zum Schwur, welche Folgen sich aus der Unionsrechtswidrigkeit mitgliedstaatlichen Verhaltens in zeitlicher Hinsicht ergeben.

Ist dem mitgliedstaatlichen Gericht die Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands nicht möglich, kommt für die davon negativ betroffene Partei gegebenenfalls ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch in Betracht. Um die unionsrechtswidrige Rechtslage an sich zu beseitigen, bedarf es eines Tätigwerdens des nationalen Gesetzgebers. Dessen Verpflichtung betont auch der EuGH, wenn er hervorhebt, dass zur Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands „zuvörderst“ der nationale Gesetzgeber berufen sei, der gegebenenfalls die Rechtslage ändern und eine „systemische Gefahr“ einer Verletzung des Unionsrechts verhindern müsse. Allerdings ändert dies nichts daran, dass auch die nationalen Gerichte, „ohne die Änderung der in Rede stehenden nationalen Regelung auf gesetzgeberischem Wege oder durch ein anderes verfassungsrechtliches Verfahren abzuwarten“, die volle Wirksamkeit der unionsrechtlichen Verpflichtungen

36 Ähnlich *Schaer*, Grenzen rückwirkender Rechtsprechung, 2010, S. 155 ff.; *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 1 f.

37 Rund zwei Drittel der im Jahr 2019 beim EuGH neu eingegangenen Rechtsachen sind demnach Vorlagen zur Vorabentscheidung, vgl. Gerichtshof der Europäischen Union, Jahresüberblick, Jahresbericht 2019, S. 54.

gewährleisten müssen.³⁸ Beim mitgliedstaatlichen Gesetzgeber handelt es sich aus diesem Blickwinkel also um eine „nachgelagerte“ Instanz zur Auflösung des Konflikts zwischen Unions- und nationalem Recht, weswegen auf ihn an den entsprechenden Stellen zwar verwiesen wird, er aber nicht im Mittelpunkt der Betrachtung steht. Stärker in den Blickpunkt geraten ist er etwa im Taricco II-Urteil, in dem der Gerichtshof die Pflichten des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers zur Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands stärker betont und die mitgliedstaatlichen Gerichte auf diese Weise von einer eigentlich bestehenden unionsrechtlichen Verpflichtung entbunden hat.³⁹

Der Blick auf die Frage der Staatshaftung erfolgt angesichts der Begrenzung des Untersuchungsgegenstands auf die Primärebene lediglich im Rahmen eines Ausblicks. Nur angedeutet wird daher die auf Sekundärebene bestehende Besonderheit des Kriteriums des hinreichend qualifizierten Verstoßes als Voraussetzung eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.⁴⁰ Aus diesem Grund ist auch die Problematik der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Honeywell-Beschluss in Betracht gezogenen Gewährung eines Vertrauensschadensersatzes⁴¹ lediglich kurz zu erwähnen. Die unionsrechtliche Bewertung eines Ersatzanspruchs des in seinem Vertrauen auf das nationale Recht Enttäuschten bleibt einer eigenständigen Untersuchung vorbehalten.

38 Siehe etwa EuGH, Urteil vom 5.6.2018, Rs. C-612/15 (Kolev u.a.), Rn. 65 f.

39 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 61 und 41 f.

40 Angesprochen ist damit nicht zuletzt das Vorgehen des BGH bei der Verneinung der hinreichenden Qualifizierung eines Unionsrechtsverstoßes, BGH, Urteil vom 18.10.2012, III ZR 196/11 – EuZW 2013, 194.

41 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314 f.).