
Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung – unionsrechtliche und nationale Methodik der Rechtsfindung

Anna Judith Kaiser*

Inhalt

A.	Einleitung	220
B.	Die Auslegung als Methodik der Rechtsfindung – historische, unionsrechtliche und nationale Einordnung	221
I.	Historische Einordnung: Die klassische Definition der Auslegung im Sinn der vier Auslegungsmaximen nach Savigny	222
II.	Unionsrechtliche Einordnung: Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	222
1.	Normative Anknüpfungspunkte des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung	224
2.	Grenzen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung nach dem EuGH	225
III.	Nationale Einordnung: Die richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen der (deutschen) Methodik der Rechtsfindung	225
C.	Die Entwicklung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung in nationales Recht	226
I.	Entwicklung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch die „Quelle“-Entscheidung des BGH	227
II.	Analyse der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und ihrer Voraussetzungen	228
1.	Herleitung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung aus dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	229

* Die Autorin ist Studentin des Masterstudiengangs „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes und Promotionsstudentin an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster (bei Prof. Dr. Wolfgang). Der vorliegende Beitrag ist die bearbeitete Fassung ihrer im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Stein und Prof. Dr. Hirsch am Europa-Institut der Universität des Saarlandes vorgelegten Arbeit.

a) Die richtlinienkonforme Auslegung als Verpflichtung der nationalen Gerichte	229
b) Die richtlinienkonforme Auslegung im Kontext der nationalen Methodik der Rechtsfindung	230
(1) Die Auslegung im engeren Sinne und ihre Grenze durch den Wortlaut des Gesetzes	230
(2) Die Auslegung im weiteren Sinne und die Verpflichtung zur Verwendung sämtlicher den nationalen Gerichten zur Verfügung stehender Auslegungsmethoden	230
(3) Auswirkungen der richtlinienkonformen Auslegung für die Methodik der nationalen Rechtsfindung	231
2. Voraussetzungen für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	231
a) Regelungslücke	231
b) Ablauf der Umsetzungsfrist	232
c) Zusätzliche Voraussetzung	232
d) „Rechtsfolge“	233
3. Verfassungsrechtliche Erwägungen oder die Frage nach den Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	233
a) Grenzen aus unionsrechtlicher Sicht – Art. 23 Abs. 1 GG	233
b) Grenzen aus nationaler Sicht	234
(1) Art. 97 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG	234
(2) Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG	235
III. Abschließende Erwägungen zur „Quelle“-Entscheidung des BGH oder die Frage, inwieweit der BGH hier Voraussetzungen und Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung beachtet hat?	237
D. Konsequenzen für die unionsrechtliche und nationale Methodik der Rechtsfindung – Schlussfolgerungen und ein Ausblick in die Zukunft	239

A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als Methodik der Rechtsfindung.

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung verdeutlicht in besonderem Maße, dass unionsrechtliche und nationale Methodenlehren sich nicht als *aliud* gegenüberstehen, sondern vielmehr als Fallgruppen einer allgemeinen juristischen Methodenlehre anzusehen und auf eine einheitliche (klassische) Methodik zurückzuführen sind.¹ So kommt die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in den Fällen zum Tragen, in denen nationale Gerichte nationales Recht über den eigentlichen Wortlaut hinaus auslegen, um den verbindlichen Vorgaben einer Richtlinie zu entsprechen.

Warum dies so ist, woher die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung kommt (d.h. ihre Entwicklung und normativen Anknüpfungspunkte), aber auch ihre Auswirkungen soll dieser Beitrag untersuchen. Diesem Ziel entsprechend wird die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als eine besondere Form der Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung im Kontext unionsrechtlicher und deutscher Methodenlehre dargestellt. Exemplarisch für die unterschiedlichen nationalen Methodenlehren wird hierbei die deutsche Methodenlehre gewählt.

Zu diesem Zweck nimmt der Beitrag zunächst eine historische, unionsrechtliche und nationale Einordnung der Auslegung als Methode der Rechtsfindung vor. Im Anschluss werden die Entwicklung und Herleitung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung in nationales Recht nachvollzogen und ihre Voraussetzungen, Auswirkungen, aber auch Grenzen dargestellt und hinterfragt; bevor abschließend Konsequenzen für die unionsrechtliche und deutsche Methodik gezogen und ein Ausblick in die Zukunft gewagt werden.

B. Die Auslegung als Methodik der Rechtsfindung – historische, unionsrechtliche und nationale Einordnung

Der juristische Terminus „Auslegung“ beschreibt eine Form der Rechtsfindung, die sich mit Sinn und Inhalt sowie Tragweite einer Rechtsnorm befasst.

Ihr Ziel ist die Klärung der Frage nach dem im Zeitpunkt der Gesetzesanwendung maßgebenden Sinn des Gesetzes.² Damit folgen die unionsrechtliche wie auch die nationale (hier exemplarisch die deutsche) Methodenlehre der sogenannten objektiv-geltungszeitlichen Theorie.³ Diese rückt (1.) – durch Abstellen auf den Zeit-

¹ Neuner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 293, Rdnr. 1.

² BVerfGE 11, 126 (130).

³ Riesenhuber, in: Riesenhuber, (Fn. 1), S. 248, Rdnr. 9 ff.

punkt der Gesetzesanwendung – den konkreten Zeitpunkt der Auslegung und (2.) – durch Abstellen auf den maßgebenden Sinn des Gesetzes – das objektiv Gesagte in den Vordergrund. Demgegenüber steht die sogenannte subjektiv-historische Theorie, die nach dem Willen (subjektive Komponente) des historischen Gesetzgebers (entstehungszeitliche Komponente) fragt. Während für die subjektive Theorie Demokratieprinzip und Gewaltenteilung sprechen, sprechen für die objektive Theorie Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.⁴

Die Auslegung als Methodik der Rechtsfindung ist weder neu, noch ausschließlich einer einzigen Methodenlehre (sei es einer nationalen oder der unionsrechtlichen) zuzuordnen. Vielmehr spielte die Auslegung bereits in der historischen Rechtsschule (vgl. die vier Auslegungsmaximen nach *Savigny*) eine bedeutende Rolle und hat diese, wie im Folgenden gezeigt werden soll, auch bis heute nicht eingebüßt.⁵

I. Historische Einordnung: Die klassische Definition der Auslegung im Sinn der vier Auslegungsmaximen nach Savigny

Jede Auslegung im klassischen Sinne basiert (heute noch) auf den von *Savigny* begründeten „Auslegungsmaximen“ als den vier Elementen der Auslegung:

Diese waren nach *Savigny* das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element. Das grammatische Element ermittelt den Sinn einer Norm anhand des Wortlauts; das historische Element fragt nach der Entstehungsgeschichte der Norm und dem vom Gesetzgeber Gewollten; das systematische Element betrachtet die Rechtsordnung als Einheit und untersucht ihren Sinnzusammenhang; und das logische Element fragt nach dem Gedanken des Gesetzes.⁶

Während die drei erstgenannten Elemente wortgleich auch heute noch jeder Auslegung zugrunde liegen, ist an die Stelle des logischen Elements nach *Savigny* die teleologische Auslegung getreten, die nach dem Sinn und Zweck der Norm fragt.

II. Unionsrechtliche Einordnung: Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung

Ordnet man die Auslegung als Methodik der Rechtsfindung in einen unionsrechtlichen Kontext ein, so ist zunächst festzuhalten, dass auch das Unionsrecht grundsätzlich mittels der klassischen Auslegungsmaximen ausgelegt wird.⁷ Hinzu tritt aber das (im Folgenden näher zu analysierende) gemeinschaftsrechtliche Gebot der richt-

⁴ Ibid., Rdnr. 10 ff.

⁵ Ibid., Rdnr. 13.

⁶ *Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, S. 5 f.

⁷ *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, S. 214, Rdnr. 570.

linienkonformen Auslegung. Umstritten ist in der Literatur dabei, ob die richtlinienkonforme Auslegung gleichsam als fünftes Element zu den klassischen Auslegungs-canones hinzutritt oder diese eher im Lichte der Richtlinienvorgaben modifiziert.⁸ Unabhängig davon, welchem methodischen Ansatz man folgt, lässt sich aus beiden die für diesen Beitrag (allein) entscheidende Feststellung ziehen, dass die klassischen Auslegungs-canones weiter angewendet werden, jedoch nicht (mehr) ausschließlich, sondern mit Blick auf das von der Richtlinie vorgegebene Ziel im Sinn des Art. 288 Abs. 3 AEUV.⁹

In seiner Entscheidung *von Colson* sprach der EuGH erstmals ausdrücklich von einer Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung.¹⁰ In dem Urteil *Pfeiffer* präzierte der EuGH später: „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.“¹¹

Diese Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung stellt eine Sonderform der eng mit dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verknüpften gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung dar.¹² Während jedoch der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts in Fällen der Kollision zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht greift, löst das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung die Fälle, in denen lediglich abstrakt Wertentscheidungen und Prinzipien nationalen Rechts mit denen des Gemeinschaftsrechts kollidieren.¹³

Der EuGH stellte weiter klar: Der „Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlangt [...], dass die nationalen Gerichte unter Anwendung ihrer Aus-

⁸ Für weitere Ausführungen siehe *Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, S. 604, der sich für die Einordnung als fünftes Auslegungselement ausspricht; sowie *Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), S. 96, der eine Art Modifizierung der klassischen Auslegungs-canones befürwortet.

⁹ Vgl. *ibid.*; *Lutter*, (Fn. 8), S. 604.

¹⁰ Dies wird in der internationalen Literatur einheitlich so gesehen, vgl. dazu u.a. EuGH, Rs. 14/83, *von Colson*, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 26; aber auch *Kroll/Kroll-Ludwigs*, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen, ZJS 2009, S. 8; *Steiner/Woods*, EU Law, 10. Aufl. 2009, S. 182; sowie *Chalmers/Hadjienmanuil/Monti/Tomkins*, European Union Law, 2006, S. 381.

¹¹ EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 116.

¹² *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8; *Kabl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 10 EGV, Rdnr. 58; vgl. dazu auch *Chalmers/Hadjienmanuil/Monti/Tomkins*, (Fn. 10), S. 381.

¹³ *Kabl*, (Fn. 12), Art. 10 EGV, Rdnr. 58.

legungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt.“¹⁴

Folglich verlangt auch das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung von den nationalen Gerichten, nationales Recht soweit wie möglich in Übereinstimmung mit dem Wortlaut und Zweck der Richtlinie zu interpretieren, und erfasst nach Umsetzung der Richtlinie bzw. nach Ablauf der Umsetzungsfrist das gesamte nationale Recht.¹⁵ Damit dient es der Gewährleistung der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Gemeinschaftsrechts, *arg. ex* Art. 288 Abs. 3 AEUV (Umsetzungsbefehl) sowie Art. 4 Abs. 3 EUV (Prinzip der loyalen Zusammenarbeit).¹⁶

1. Normative Anknüpfungspunkte des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung

Normative Anknüpfungspunkte dieses gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung sind (1.) der Umsetzungsbefehl des Art. 288 Abs. 3 AEUV (im Hinblick auf die Zielverbindlichkeit einer Richtlinie) und die in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Loyalitätspflicht.¹⁷ Diese statuieren die Verpflichtung des nationalen Gerichts, bei der Auslegung nationalen Rechts die vorgegebenen Ziele der Richtlinie maßgeblich und vorrangig zu berücksichtigen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.¹⁸

Der EuGH knüpft in seiner Rechtsprechung (2.) an den Gleichbehandlungsgrundsatz in Form des Gebots methodischer Gleichbehandlung an.¹⁹ So formulierte er in der Entscheidung *van Schijndel* „Soweit die Gerichte nach dem nationalen Recht die rechtlichen Gesichtspunkte, die sich aus einer von den Parteien nicht geltend gemachten innerstaatlichen Vorschrift zwingenden Charakters ergeben, von Amts wegen prüfen müssen, besteht eine solche Verpflichtung auch dann, wenn es sich um eine zwingende Gemeinschaftsvorschrift handelt.“²⁰ Dies führt, im Kontext richtlinienkonformer Auslegung, zu einer Verpflichtung für die nationalen Gerichte,

¹⁴ EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 118 f.

¹⁵ *Kabl*, (Fn. 12), Art. 10 EGV, Rdnr. 58.

¹⁶ *Roth*, in: Riesenhuber, (Fn. 1), S. 309, Rdnr. 3.

¹⁷ *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8; vgl. dazu auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 12), Art. 249 EGV, Rdnr. 117.

¹⁸ *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8.

¹⁹ *Grosche/Höft*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Grenzen?, NJOZ 2009, S. 2298; vgl. dazu auch *Roth*, in: Riesenhuber, (Fn. 1), S. 320, Rdnr. 30.

²⁰ EuGH, verb. Rs. C-430/93 und C-431/93, *van Schijndel*, Slg. 1995, I-4705, Rdnr. 13.

die gleichen Auslegungsmethoden zur Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse zu verwenden, die sie auch in rein national geprägten Fällen verwenden.²¹

2. Grenzen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung nach dem EuGH

Doch wo zieht der EuGH die Grenzen dieses Gebots? Er selbst verwendet den französischen Begriff „*interprétation*“ und meint damit sowohl die Auslegung wie auch die Rechtsfortbildung, weshalb der Wortlaut allein nicht als Grenze des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung in Frage kommt.²² Eine erste Grenze ist daher vielmehr, gemäß des oben genannten Gebots methodischer Gleichbehandlung, in den Kompetenzen der nationalen Gerichte zu suchen, d.h. in den Grenzen des nach nationaler Methodenlehre Möglichen.²³

Eine zweite Grenze sieht der EuGH in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.²⁴ Dazu zählen das Gebot der Rechtssicherheit, der Vertrauensschutz, das Rückwirkungsverbot und der Grundsatz der Normenklarheit, deren Bezugspunkt dabei jedoch nicht die Bestimmung der Richtlinie, sondern der Regelungsrahmen ist, den das nationale Recht setzt.²⁵

III. Nationale Einordnung: Die richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen der (deutschen) Methodik der Rechtsfindung

Nun stellt sich somit die Folgefrage, wie das unionsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung in die deutsche Methodik der Rechtsfindung implementiert werden kann.

Mit seiner Rechtsprechung hat der EuGH bereits einige Vorgaben methodischer Art für die Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts durch die nationalen Gerichte aufgestellt.²⁶

Zum Einen ist der nationale Richter nicht nur verpflichtet, „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums“,²⁷ den ihm das nationale Recht einräumt,

²¹ Roth, (Fn. 16), S. 320, Rdnr. 30.

²² Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 12; vgl. dazu auch Herresthal, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, EuZW 2007, S. 397.

²³ Ibid.

²⁴ Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 13; vgl. dazu auch Ruffert, (Fn. 17), Art. 249 EGV, Rdnr. 115.

²⁵ Grosche/Höft, (Fn.19), S. 2300.

²⁶ Roth, (Fn. 16), S. 318, Rdnr. 25.

²⁷ EuGH, Rs. 14/83, von Colson, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 28; vgl. Roth, (Fn. 16), S. 318, Rdnr. 26.

seine Entscheidung zu treffen, sondern muss diese auch „soweit wie möglich“²⁸ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten.²⁹ Aufgrund dieser Vorgabe des EuGH und der in Art. 288 Abs. 3 AEUV angeordneten Vorrangwirkung der Richtlinie wird die richtlinienkonforme Auslegung als „interpretatorische Vorrangregel“ angesehen.³⁰

Zum Anderen muss der nationale Richter für ein richtlinienkonformes Auslegungsergebnis die gleichen Auslegungsmethoden anwenden, die er zur Auslegung nationalen Rechts heranzieht und die auch die teleologische Extension oder Reduktion und die Analogie umfassen.³¹ (Hierbei handelt es sich nicht um eine Ausprägung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, sondern um eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgebots mit dem nationalen Recht.³²)

Allerdings überlässt der EuGH mit folgender Formulierung den nationalen Gerichten die Entscheidung, ob diese (sogar) *contra legem* auslegen (wollen): „*cannot serve as the basis for an interpretation of national law contra legem*“ (während die deutsche Urteilsfassung, dass „der Grundsatz gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung nicht zu einer Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts führen“ dürfe, dagegen irrtümlich ein Verbot des Justizierens *contra legem* naheulegen scheint).³³

C. Die Entwicklung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung in nationales Recht

Eine Sonderform des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung ist die (für den Beitrag titelgebende) Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, die im Folgenden eingehend analysiert werden soll. Dazu muss vorab der juristische Terminus „Rechtsfortbildung“ (1.) allgemein und (2.) im gemeinschaftsrechtlichen Kontext geklärt werden:

²⁸ EuGH, Rs. C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135, Rdnr. 8; vgl. dazu *Roth*, (Fn. 16), S. 318, Rdnr. 26; sowie *Chalmers/Hadjimannuil/Monti/Tomkins*, (Fn. 10), S. 384.

²⁹ *Roth*, (Fn. 16), S. 318, Rdnr. 26.

³⁰ So *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 123.

³¹ *Roth*, (Fn. 16), S. 320, Rdnr. 30.; vgl. *Pfeiffer*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH, NJW 2009, S. 413.

³² *Roth*, (Fn. 16), S. 320, Rdnr. 31.

³³ EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Slg. 2005, I-5285, Rdnr. 47; *Roth*, (Fn. 16), S. 321, Rdnr. 33.

(1.) Allgemein wird der juristische Terminus „Rechtsfortbildung“ gewählt, wenn die Grenze einer möglichen Auslegung – zum Beispiel Wortlaut, Regelungszusammenhang oder Wille des Gesetzgebers – überschritten wird.³⁴ Hierbei muss zwischen einer Rechtsfortbildung im Rahmen des konkreten Gesetzes als Analogie oder teleologische Reduktion *intra* oder gegebenenfalls *praeter* und einer über den Rahmen des konkreten Gesetzes hinausgehenden Rechtsfortbildung (*contra legem*) unterschieden werden.³⁵

Folgerichtig umfasst auch (2.) die Rechtsfortbildung im gemeinschaftsrechtlichen Kontext „auf interpretatorischem Wege gewonnene gemeinschaftliche Befugnisse und mitgliedstaatliche Pflichten, die im Vertrag jedenfalls nicht ausdrücklich genannt oder zumindest nur stillschweigend festgelegt sind“.³⁶

I. Entwicklung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch die „Quelle“-Entscheidung des BGH

Will man nun die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung analysieren, ist die Erwähnung eines jüngeren Urteils des Bundesgerichtshofs unumgänglich. Am 26. November 2008 entschied dieser in der Rechtssache VIII ZR 200/05 (*Quelle*) und prägte dadurch die Reichweite und Grenzen einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.³⁷

Der Entscheidung des BGH lag die Frage nach der Rückzahlung des vom Käufer geleisteten Nutzungsersatzes im Falle der Nacherfüllung nach Maßgabe des deutschen Schuld- und Bereicherungsrechts zugrunde. Dem vorausgehenden Vorabentscheidungsersuchen des BGH hatte der EuGH geantwortet, dass die deutschen Regeln zum Nutzungsersatz mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG unvereinbar und somit richtlinienwidrig seien.³⁸ Im anschließenden Urteil vom 26. November 2008 widmete sich der BGH daher der Frage, wie die verbindlichen Vorgaben des EuGH an das Auslegungsergebnis mittels richtlinienkonformer Auslegung erfüllt werden können.³⁹ Der BGH wählte diesbezüglich einen zweistufigen Lösungsweg: Im ersten Schritt verneinte der BGH die Möglichkeit einer richtlinienkonformen „Rechtsfindung innerhalb des Wortlauts“ (sogenannte Auslegung im engeren Sinne) und widmete sich im anschließenden zweiten Schritt der Frage

³⁴ Möllers, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, EuR 1998, S. 20; vgl. auch Neuner, (Fn. 1), S. 293, Rdnr. 2.

³⁵ Vgl. auch die Ausführungen bei Kabl, (Fn. 12), Art. 10 EGV, Rdnr. 59.

³⁶ So formuliert es Hobe, Europarecht, 4. Aufl. 2009, S. 71, Rdnr. 307.

³⁷ BGH, Az. VIII ZR 200/05, *Quelle*, Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 7.

³⁸ EuGH, Rs. C-404/06, *Quelle*, Slg. 2008, I-2685, Rdnr. 43.

³⁹ Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 8.

nach einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.⁴⁰ Der BGH bejahte diese und wählte eine teleologische Reduktion der in Frage stehenden deutschen Regel zum Nutzungersatz „auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt“.⁴¹

Hätte der BGH indes eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung abgelehnt, so hätte sich die Frage eines Schadensersatzes aufgrund gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs wegen unzureichender Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG gegen die Bundesrepublik Deutschland gestellt.⁴²

II. Analyse der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und ihrer Voraussetzungen

Betrachtet man die eben genannte BGH-Entscheidung, so drängt sich zunächst die Frage auf, warum hier ein nationales Gericht eine Rechtsfortbildung im Kontext des Gemeinschaftsrechts vornimmt. Artikel 19 Abs. 1 EUV scheint doch auf den ersten Blick eher vermuten zu lassen, der EuGH sei zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ berufen und – vorausgesetzt man versteht den Begriff des „Rechts“ im Sinne einer Rechtsfortbildung – daher auch (allein) für die Rechtsfortbildung zuständig.⁴³ Diese Vermutung greift aber zu kurz! Bei einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und damit auch in der oben angeführten BGH-Entscheidung geht es nicht um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, sondern um die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts. Für die Auslegung nationalen Rechts aber sind die nationalen Gerichte zuständig, die dann jedoch bei der Anwendung des nationalen Rechts verpflichtet sind, Gemeinschaftsrecht zu beachten und das nationale Recht soweit wie möglich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen.⁴⁴ Dies kann unter Umständen auch bedeuten, nationales Recht nicht nur auszulegen, sondern gegebenenfalls sogar fortzubilden.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ BGH, Az. VIII 200/05, *Quelle*, NJW 2009, S. 427, Rdnr. 21; vgl. dazu auch *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8.

⁴² *Möllers/Möbring*, Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers, JZ 2008, S. 919.

⁴³ *Möllers*, (Fn. 34), S. 25 f.

⁴⁴ *Pfeiffer*, (Fn. 31), S. 412.

1. Herleitung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung aus dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot der richtlinienkonformen Auslegung

Wie bereits oben erwähnt, sind gemäß der Maßgabe des in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Effektivitätsgrundsatzes und gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenzprinzips die nationalen Gerichte verpflichtet, nationales Recht gemäß ihrer nationalen Methodenlehre weitestmöglich gemeinschaftskonform auszulegen.⁴⁵ Da der EuGH, wie ebenfalls bereits dargelegt, in diesem Zusammenhang den französischen Begriff der „*interprétation*“ verwendet und damit sowohl Auslegung wie auch richterliche Rechtsfortbildung meint, umfasst die richtlinienkonforme Auslegung als gemeinschaftsrechtlicher Terminus folglich auch die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, die über den Wortlaut der Vorschrift hinausgeht und einen Unterfall des Gebots der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung darstellt.⁴⁶

Der EuGH selbst stellt dies durch folgende Formulierung klar: Der „Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlangt [...], dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“.⁴⁷

Die folgende Analyse der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung muss daher zwangsläufig mit einer Analyse der richtlinienkonformen Auslegung einhergehen.

a) Die richtlinienkonforme Auslegung als Verpflichtung der nationalen Gerichte

Adressaten der Verpflichtung, nationales Recht gemeinschaftskonform auszulegen (und damit es gegebenenfalls auch fortzubilden) sind die (nationalen) Gerichte, *arg. ex. Art. 288 UAbs. 3 AEUV* und *Art. 4 Abs. 3 EUV*. Jedoch sind nicht nur sie Adressaten der Verpflichtung, sondern neben ihnen alle Träger öffentlicher Gewalt. Auch sie sind verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu ergreifen, um ein durch die Richtlinie vorgegebenes Ziel zu erreichen, wobei sich die Verpflichtung auf das gesamte nationale Recht, also auch das Verfassungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten erstreckt.⁴⁸

⁴⁵ Ibid., S. 413.

⁴⁶ *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 12; *Neuner*, (Fn. 1), S. 294, Rdnr. 2; vgl. dazu auch *Möllers/Möhring*, (Fn. 42), S. 922.

⁴⁷ EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnrn. 114 ff. und 118 ff.

⁴⁸ *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8 f.

b) Die richtlinienkonforme Auslegung im Kontext der nationalen Methodik der Rechtsfindung

Auch wenn die deutsche Methodik der Rechtsfindung grundsätzlich kein Rangverhältnis kennt, sondern die Auslegungscanones im Rahmen einer umfangreichen Gesamtbetrachtung würdigt, muss bei der Einordnung in die nationale Methodik der Charakter des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung (und damit gegebenenfalls auch der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung) als interpretatorische Vorrangregel gewahrt sein. Die richtlinienkonforme Auslegung hat also Vorrang vor den Auslegungscanones und bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen ist das zu wählen, das den Zielbestimmungen der Richtlinie entspricht.⁴⁹

Während jedoch der EuGH (wie bereits oben gezeigt) in seiner Wortwahl nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet, differenziert die deutsche Methodik der Rechtsfindung jedoch sehr wohl zwischen einer Auslegung im engeren und im weiteren Sinne.

(1) Die Auslegung im engeren Sinne und ihre Grenze durch den Wortlaut des Gesetzes

In der deutschen Methodenlehre wird der Begriff „Auslegung“ häufig synonym für die „Auslegung im engeren Sinne“ verwendet. Diese dient der Ermittlung des Sinns, des Inhalts und der Tragweite einer Rechtsnorm. Sie umfasst unter anderem die bereits eingangs dargestellten vier Auslegungscanones und findet ihre Grenzen im Wortlaut der entsprechenden Rechtsnorm.⁵⁰ Daher wird sie vielfach auch als Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts umschrieben.⁵¹

(2) Die Auslegung im weiteren Sinne und die Verpflichtung zur Verwendung sämtlicher den nationalen Gerichten zur Verfügung stehender Auslegungsmethoden

Wird indes der Terminus der „Auslegung im weiteren Sinne“ verwendet, meint dies Fälle der Rechtsergänzung, d.h. der Ausfüllung von Regelungslücken, die sich aufgrund veränderter wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Verhältnisse ergeben haben oder die der Gesetzgeber schlicht nicht geregelt hat.⁵²

⁴⁹ Ibid., S. 123 f.

⁵⁰ Ibid., S. 124; vgl. dazu auch *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, S. 189, Rdnr. 77.

⁵¹ So vertreten u.a. bei *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 124.

⁵² *Roth*, (Fn. 16), S. 327, Rdnr. 47.

Diese können mittels Analogie – als Gesetzes- oder Rechtsanalogie – oder teleologischer Reduktion geschlossen werden. Die Auslegung im weiteren Sinne findet ihre Grenze nicht im Wortlaut der Rechtsnorm, sondern geht über diesen hinaus. Daher umfasst sie auch die Rechtsfigur der (richterlichen) Rechtsfortbildung.

(3) Auswirkungen der richtlinienkonformen Auslegung für die Methodik der nationalen Rechtsfindung

Überträgt man diese deutsche methodische Differenzierung in einen unionsrechtlichen Kontext, so wird klar, dass die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als Unterfall des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung zwar nicht von der Auslegung im engeren Sinne (wie sie die deutsche Methodenlehre versteht), schon aber von der Auslegung im weiteren Sinne umfasst ist.⁵³ Hieraus lässt sich wiederum folgern, dass auch den deutschen Gerichten die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Methode der Rechtsfindung zur Verfügung steht.

2. Voraussetzungen für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

Fraglich ist daher, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit deutsche Gerichte eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Auslegung im weiteren Sinne vornehmen können.

Das Gemeinschaftsrecht überlässt die methodischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung weitgehend dem nationalen Recht.⁵⁴ Daher ging der BGH in seiner bereits erwähnten „Quelle“-Entscheidung auch von den folgenden Voraussetzungen aus:

a) Regelungslücke

Zunächst bedarf es einer Regelungslücke, d.h. der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.⁵⁵

Gesetzliche Regelungen sind zwar dann nicht unvollständig, wenn ein Fall der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien vorliegt; wohl aber unvollständig sind sie, wenn die richtlinienrechtlichen Vorgaben nicht unmittelbar innerstaatlich anwendbar sind und das nationale Recht dem Normbefehl der Richtlinie nicht entspricht.⁵⁶

⁵³ Möllers/Möhring, (Fn. 42), S. 922.

⁵⁴ Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 130.

⁵⁵ Roth, (Fn. 16), S. 328, Rdnr. 49.

⁵⁶ Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 125.

Des Weiteren müsste diese Unvollständigkeit planwidrig sein. Hier könnte man einerseits dem nationalen Gesetzgeber einen generellen Umsetzungswillen unterstellen und mit einem Vorliegen der Unvollständigkeit auch die Planwidrigkeit als indiziert ansehen, die somit dann vorläge, wenn die gesetzliche Regelung in objektiver Hinsicht ein „richtlinienwidriges Defizit“ aufweisen würde. Eine Ausnahme läge insoweit nur bei bewusster Gehorsamsverweigerung des nationalen Gesetzgebers vor.⁵⁷ Dies allerdings scheint im Hinblick auf den gesetzgeberischen Umsetzungswillen zu kurz zu greifen und würde zudem die Funktionsteilung zwischen gesetzgebender erster und rechtsprechender dritter Gewalt verändern.⁵⁸ Deshalb könnte man andererseits vertreten, Planwidrigkeit läge vor, wenn zwischen der konkreten Regelungsabsicht und der „konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers“⁵⁹ ein Widerspruch bestünde.⁶⁰ Aufgrund der gegen die erste Herangehensweise vorgebrachten Kritikpunkte ist die letztgenannte hier vorzugswürdig.

b) Ablauf der Umsetzungsfrist

Die Ausführungen implizieren bereits, dass die Umsetzungsfrist der Richtlinie prinzipiell abgelaufen sein muss, denn erst ab Fristablauf trifft den Mitgliedstaat eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung und in der Konsequenz auch zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.⁶¹ Jedoch ist es den nationalen Gerichten unbenommen, vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine richtlinienkonforme Auslegung der Generalklauseln vorzunehmen.⁶²

c) Zusätzliche Voraussetzung

Als zusätzliche Voraussetzung postulieren zudem einige Stimmen in der Literatur, eine Rechtsfortbildung dürfe nur erfolgen, wenn sie den „Grundstrukturen des geschriebenen Rechts“ entspreche.⁶³

⁵⁷ Ibid., S. 125 f.

⁵⁸ Ibid., S. 125.

⁵⁹ BGH, Az. VIII ZR 200/05, *Quelle*, NJW 2009, S. 427, Rdnr. 25.

⁶⁰ So auch vertreten von Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 125.

⁶¹ So vertreten von Herresthal, (Fn. 22), S. 397; Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 9 f.; sowie Ruffert, (Fn. 17), Art. 249 EGV, Rdnr. 119.

⁶² Ibid.

⁶³ Möllers, (Fn. 34), S. 27.

d) „Rechtsfolge“

Liegen diese oben genannten Voraussetzungen vor, kommen als Mittel der Lückenfüllung die teleologische Extension bzw. Reduktion und im Falle des Mangels jedweder Umsetzung auch die Analogie in Betracht.⁶⁴

3. Verfassungsrechtliche Erwägungen oder die Frage nach den Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung

Nachdem nun die Voraussetzungen der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung erörtert wurden, stellt sich die Frage nach ihren Grenzen aus unionsrechtlicher und nationaler Sicht.

a) Grenzen aus unionsrechtlicher Sicht – Art. 23 Abs. 1 GG

Zunächst ist eine Rechtsfortbildung dann unzulässig, wenn der nationale Richter durch sie gegen Grundstrukturen oder Kompetenzen der Gemeinschaft – zum Beispiel in Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts – verstößt.⁶⁵ Darüber hinaus ergeben sich aber auch aus der Struktur der Rechtsetzung durch die Richtlinie und aus der notwendigen Überführung des Richtlinieninhalts in nationales Recht Grenzen.⁶⁶

Artikel 23 Abs. 1 Satz 1 GG ist Staatszielbestimmung und Struktursicherungsklausel, regelt aber auch die Verteilung der Rechtsetzungshoheit im Verhältnis der Europäischen Union zur Bundesrepublik Deutschland.⁶⁷ Um den hiermit gesetzten Verfassungsauftrag zu erfüllen, gestattet Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, Hoheitsrechte zu übertragen.⁶⁸ Diese Regelung und die gesetzliche Zustimmung zu den Unionsverträgen bilden die notwendige Grundlage dafür, dass der nationale Richter, der gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist, auch an die Vorgaben der Richtlinie gebunden ist,⁶⁹ wobei aber Art. 20 Abs. 1 Satz 3 GG wiederum die Ermächtigung des Art. 20 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt.⁷⁰ Unionsrecht und nationales Recht sind also eng miteinander verbunden und weisen einen hohen Grad an

⁶⁴ Kroll/Kroll-Ludwigs, (Fn. 10), S. 127; vgl. dazu auch Roth, (Fn. 16), S. 329, Rdnr. 52.

⁶⁵ Möllers, (Fn. 34), S. 30; vgl. dazu auch Herdegen, Richtlinienkonforme Auslegung im Bankrecht: Schranken nach Europa- und Verfassungsrecht, WM 2005, S. 1926.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.; vgl. auch Jarass, in: Jarass/Piero (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2009, Art. 23 GG, Rdnr. 5.

⁶⁸ Ibid., Rdnr. 17.

⁶⁹ Herdegen, (Fn. 65), S. 1926; vgl. dazu auch Jarass, (Fn. 67), Art. 23 GG, Rdnr. 32.

⁷⁰ Ibid., Rdnr. 21.

Wechselbezüglichkeit auf, auch wenn sie – aus Sicht des nationalen Verfassungsrechts – zwei eigenständige Rechtsordnungen sind.⁷¹

Der Verfassungsauftrag des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG verpflichtet demzufolge auch zu einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung (in den gleichen Grenzen wie eine verfassungskonforme Auslegung) und tritt dabei neben die sich aus dem Unionsrecht ergebende Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung.⁷² Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz kann daher – als rechtsstaatlicher und demokratischer Grundsatz im Sinn des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG – als Schranke für die richtlinienkonforme Auslegung angesehen werden. Vor diesem Hintergrund begründet und begrenzt Art. 288 Abs. 3 AEUV damit gleichzeitig den Einfluss der Richtlinien auf das nationale Recht. Folglich wäre zum Beispiel eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, die über die vom EuGH aufgestellten Vorgaben hinausgeht, nicht mehr vom deutschen Zustimmungsgesetz gedeckt.⁷³

b) Grenzen aus nationaler Sicht

Als Grenzen aus nationaler Sicht kommen die verfassungsrechtlich verankerte Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) in Betracht.

(1) Art. 97 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG

Artikel 20 Abs. 3 GG, als Staatsfundamentalnorm, bindet den Richter an Recht und Gesetz und statuiert somit ein Primat der Legislative über die Judikative.⁷⁴ Artikel 97 Abs. 1 GG stellt zudem klar, dass der Richter bei seiner Tätigkeit „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ ist. Hieraus lässt sich generell für die Weiterentwicklung und Modernisierung des Rechts (durch Auslegung und Rechtsfortbildung) ableiten, dass rein rechtspolitisch motivierte Korrekturen der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidungen den Gerichten nicht erlaubt sind und die Rollenverteilung zwischen gesetzgebender erster und rechtsprechender dritter Gewalt nicht verschoben werden dürfen.⁷⁵

⁷¹ Herdegen, (Fn. 65), S. 1926; vgl. dazu auch Jarass, (Fn. 67), Art. 23 GG, Rdnr. 32.

⁷² Ibid., Rdnr. 41.

⁷³ Herdegen, (Fn. 65), S. 1926.

⁷⁴ Hirsch, „Rechtsstaat oder Richterstaat“? – Der Richter im Spannungsfeld von erster und dritter Gewalt, Deutsch-Niederländische-Juristenkonferenz Dresden 2009, www.deutsch-niederlaendische-juristenkonferenz.de/Rechtsstaat_oder_Richterstaat.pdf (14.6.2010), S. 2.

⁷⁵ Roth, (Fn. 16), S. 328, Rdnr. 48 f.

Damit stellen sich im Hinblick auf die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zwei Fragen: (1.) Besteht für den (deutschen) Richter auch eine Bindung an die Richtlinienbestimmungen? (2.) Ist er auch zu einer Rechtsfortbildung befugt?

Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz meint nicht nur eine solche an nationale Vorgaben, sondern auch an die Maßstäbe der Gesamtrechtsordnung und somit an die des Gemeinschaftsrechts. Aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung sind daher auch Richtlinien in die Bindung mit aufgenommen.⁷⁶ Die erste Frage lässt sich also dahingehend beantworten, dass für den (deutschen) Richter auch eine Bindung an die Richtlinienbestimmungen besteht.

Auch die zweite Frage nach der richterlichen Befugnis zur Rechtsfortbildung ist zu bejahen, da das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat: „Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Lückensuche und -schließung findet ihre Rechtfertigung unter anderem darin, dass Gesetze einem Alterungsprozess unterworfen sind. Sie stehen in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann. In dem Maße, in dem sich aufgrund solcher Wandlungen Regelungslücken bilden, verliert das Gesetz seine Fähigkeit, für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereit zu halten. Die Gerichte sind daher befugt und verpflichtet zu prüfen, was unter den veränderten Umständen ‚Recht‘ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist.“⁷⁷

Im Ergebnis also steht die verfassungsrechtlich verankerte Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nicht entgegen.

(2) Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG

Eng verbunden mit dieser Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ist das Prinzip der Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG.⁷⁸ Es schützt den Kompetenzbereich der gesetzgebenden ersten Gewalt vor Übergriffen der rechtsprechenden dritten Gewalt.⁷⁹ Aufgrund des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung sind nationale Gerichte verpflichtet, die Tätigkeit des eigenen nationalen Gesetzgebers zu ergänzen.⁸⁰ Das erscheint im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip insoweit problematisch, als die Rechtsfortbildung zwar der Form

⁷⁶ Ibid., S. 324, Rdnr. 38.

⁷⁷ BVerfGE 82, 6 (12).

⁷⁸ Herdegen, (Fn. 65), S. 1928.

⁷⁹ Ibid., S. 1926.

⁸⁰ Roth, (Fn. 16), S. 311, Rdnr. 6.

nach Rechtsprechung ist, sich inhaltlich aber eher als Rechtsetzung darzustellen scheint.⁸¹

Zunächst könnte man argumentieren, dass das Grundgesetz „keine absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung“⁸² der drei Gewalten fordere und dass daher die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eine Art Gewaltenvermischung darstellen könne, wie sie zum Beispiel auch in Form der Rechtsverordnungen gemäß Art. 80 GG, die nicht von der Legislative, sondern Organen der Exekutive erlassen werden oder in dem Umstand, dass Mitglieder der Bundesregierung (Exekutive) zugleich auch Bundestagsabgeordnete (und damit Mitglieder der Legislative) sind, vorkäme. Jedoch umfasst die aus Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV hergeleitete Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung auch, nationale Funktions- und Gewaltenteilungen zu respektieren und erteilt somit der Annahme, die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung sei ein Fall der Gewaltenvermischung, eine Absage.⁸³

Maßgeblich ist vielmehr die enge Verknüpfung von Gesetzesbindung und Gewaltenteilung und damit der Umstand, dass der nationale Richter (wie bereits oben gezeigt) auch an die Vorgaben der Richtlinie gebunden ist. So haben sich im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung mit dem Richtlinienerlass die rechtlichen Rahmenbedingungen des nationalen Rechts geändert, weshalb das nationale Gericht eine Anpassung vornehmen darf, ohne dabei gegen das Prinzip der Gewaltenteilung zu verstoßen.⁸⁴ Hierbei sind zwei Konstellationen zu differenzieren: (1.) Ist die fortzubildende nationale Regelung älter als die Richtlinie, dann ist die Legitimationsbasis für die richtlinienkonforme Auslegung im Erlass der Richtlinie und in der damit geforderten Anpassung des nationalen Rechts an die Richtlinienvorgaben zu sehen. (2.) Ist die fortzubildende nationale Regel indes jünger als die Richtlinie, dann ist die Legitimation für die Rechtsfortbildung wohl in der unzureichenden Umsetzung der Richtlinie und in der in Art. 20 Abs. 3 GG garantierten Bindung des Richters an Recht und Gesetz zu sehen.⁸⁵

In der Konsequenz steht also auch das Gewaltenteilungsprinzip der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nicht entgegen, sondern ist vielmehr mit ihr vereinbar.

⁸¹ Hobe, (Fn. 36), S. 71, Rdnr. 308.

⁸² Jarass, (Fn. 67), Art. 20 GG, Rdnr. 24.

⁸³ Herdegen, (Fn. 65), S. 1926.

⁸⁴ Roth, (Fn. 16), S. 328, Rdnr. 49.

⁸⁵ Ibid., S. 328 f., Rdnr. 50 f.

III. Abschließende Erwägungen zur „Quelle“-Entscheidung des BGH oder die Frage, inwieweit der BGH hier Voraussetzungen und Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung beachtet hat?

Nachdem sowohl die Voraussetzungen der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als auch ihre Grenzen aus nationaler und unionsrechtlicher Sicht dargestellt wurden, stellt sich die Frage, inwieweit der BGH in seinem „Quelle“-Urteil diese auch beachtet hat. Bedeutung kommt dieser Frage dabei insofern zu, als der BGH mit der „Quelle“-Entscheidung in der Literatur für Aufsehen gesorgt hat. So wurde zum Beispiel gefragt, ob die „Begründung der Entscheidung zu überzeugen vermag“, ⁸⁶ und festgestellt, „der vom Gesetzgeber geäußerte Regelungswille zur Verpflichtung zum Nutzungsersatz [könne] nicht vom Umsetzungswillen in Bezug auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überspielt werden“. ⁸⁷ So wurde aber auch festgestellt: „Die Quelle-Entscheidung ist ein mutiges und richtiges Urteil.“, sowie: „Der zentrale Satz der Entscheidung, dass nämlich der Wortlaut einer nationalen Norm keine zwingende Grenze der richtlinienkonformen Auslegung bildet, verdient nicht nur Zustimmung, sondern ist sogar gemeinschaftsrechtlich zwingend.“ ⁸⁸

Der BGH beginnt seine Ausführungen im „Quelle“-Urteil zur Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung systematisch und stellt unter Verweis auf die EuGH-Urteile *von Colson* ⁸⁹ und *Pfeiffer* ⁹⁰ fest, nationale Gerichte seien „nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 249 Abs. 3 EG [Art. 288 Abs. 3 AEUV] und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG [Art. 4 Abs. 3 EUV] [...] verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen“. ⁹¹

Anschließend wählt der BGH, wie bereits oben erwähnt, einen zweistufigen Lösungsweg: Im ersten Schritt verneint er die Möglichkeit einer richtlinienkonformen „Rechtsfindung innerhalb des Wortlauts“ und widmet sich im zweiten Schritt der Frage nach einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung. ⁹² Hierzu führt er aus,

⁸⁶ *Grosche/Höft*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Grenzen?, NJW 2009 (Aufsätze Online), S. 2417.

⁸⁷ *Grosche/Höft*, (Fn. 19), S. 2307.

⁸⁸ *Pfeiffer*, (Fn. 31), S. 413.

⁸⁹ EuGH, Rs. 14/83, *von Colson*, Slg. 1984, 1891.

⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835.

⁹¹ BGH, Az. VIII ZR 200/05, *Quelle*, NJW 2009, S. 427, Rdnr. 19.

⁹² *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8.

dass „sich dieses Gebot richtlinienkonformer Auslegung im vorliegenden Fall nicht im Wege einer (einschränkenden) Gesetzesauslegung im engeren Sinne umsetzen [lässt], also einer Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlautes, deren Grenze durch den möglichen Wortsinn gebildet wird“.⁹³ Der BGH fährt fort: „Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne“.⁹⁴ Demzufolge bejaht der BGH die Frage nach einer möglichen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und wählt eine teleologische Reduktion der in Frage stehenden Regelung zum Nutzungsersatz „auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt“.⁹⁵

Die für die teleologische Reduktion notwendige planwidrige Regelungslücke ist dabei nach dem BGH dadurch gegeben, dass der Gesetzgeber, wie die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zeige, sowohl die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ordnungsgemäß umsetzen, als auch dem Verkäufer einen Anspruch auf Nutzungsersatz zubilligen wollte.⁹⁶

Im Anschluss widmet sich der BGH den Grenzen der hier vorgenommenen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und stellt klar, dass weder die in Art. 20 Abs. 3 GG garantierte Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz, noch die Rechtssicherheit hierdurch verletzt würden.⁹⁷

Mit Blick auf die hier aufgeworfene Frage, inwieweit der BGH in seinem „Quelle“-Urteil Voraussetzungen und Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung beachtet hat, wird folgende Feststellung des BGH im Urteil selbst von Bedeutung: „Der Senat beschränkt sich [...] auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion, die – wie ausgeführt – im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist“.⁹⁸

⁹³ BGH, Az. VIII ZR 200/05, *Quelle*, NJW 2009, S. 427, Rdnr. 20.

⁹⁴ *Ibid.*, Rdnr. 21.

⁹⁵ *Ibid.*; vgl. dazu auch *Kroll/Kroll-Ludwigs*, (Fn. 10), S. 8.

⁹⁶ *Grosche/Höft*, (Fn. 19), S. 2296.

⁹⁷ BGH, Az. VIII ZR 200/05, *Quelle*, NJW 2009, S. 427, Rdnr. 30 ff.

⁹⁸ *Ibid.*, Rdnr. 35.

D. Konsequenzen für die unionsrechtliche und nationale Methodik der Rechtsfindung – Schlussfolgerungen und ein Ausblick in die Zukunft

In der Konsequenz all dieser Überlegungen bleibt festzuhalten: Die Rechtsfigur der (richterlichen) Rechtsfortbildung steht wie kaum eine andere Methodik der Rechtsfindung im Spannungsfeld „juristischer Methodenlehre und richterlicher Pragmatik“⁹⁹ und ist daher auch wie kaum eine andere in der deutschen Methodenlehre heftig(st) umstritten.¹⁰⁰

Für die Einen ist die richterliche Rechtsfortbildung Quelle „einer schleichenden, unkontrollierten Machtverschiebung von der Gesetzgebung auf die Gerichte“.¹⁰¹ Sie betonen, die Gerichte seien „auch bei der richterlichen Rechtsfortbildung, anders als die Gesetzgebung, an die geltenden Gesetze gebunden [und] Korrekturen vorhandener gesetzlicher Wertungen [...] ihnen nur in engen Ausnahmebereichen erlaubt“.¹⁰² Aufsätze werden mit dem Titel „geleugneter Richterstaat und vernebelter Richtermacht“¹⁰³ überschrieben; von einem „Herrschaftsanspruch der Judikative über die Legislative“¹⁰⁴ ist gar die Rede.

Für die (überzeugende) Gegenansicht ist die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung fließend, die Fortbildung nur eine Auslegung mit anderen Mitteln und der Richter aufgrund der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung notfalls auch zur schöpferischen Rechtsfindung aufgerufen.¹⁰⁵ „Wer anders als der Richter soll von Verfassungs wegen berufen sein, den gewandelten Inhalt eines Gesetzes mit Hilfe der rechtlich anerkannten Methoden der Rechtsfindung festzustellen und in der Rechtswirklichkeit zum Tragen zu bringen“¹⁰⁶?

⁹⁹ Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 217.

¹⁰⁰ So unlängst Hirsch, Weder Diener des Gesetzes, noch Komponist – Richter und Gesetzgeber bilden eine Symbiose mit flexibler Arbeitsteilung, ZRP 2009, S. 253 ff.; Rütters, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, S. 2759 ff.; sowie ders., Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? – Hypothesen zu einer Diskussion, ZRP 2008, S. 48 ff.; Hassemer, (Fn. 99), S. 213 ff.; Wenzel, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, S. 345 ff.; und Möllers, Mehr oder weniger virtuos, Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch?, FAZ v. 26.10.2006.

¹⁰¹ Rütters, NJW 2005, (Fn. 100), S. 2759.

¹⁰² Ibid., S. 2760.

¹⁰³ So der Titel bei ibid., S. 2759.

¹⁰⁴ Rütters, ZRP 2008, (Fn. 100), S. 51.

¹⁰⁵ Hirsch, (Fn. 100), S. 254.

¹⁰⁶ Hirsch, (Fn. 74), S. 8.

Unabhängig jedoch, welcher Seite man auch immer den Vorzug geben möchte, macht diese Diskussion um die Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und damit einhergehend um die Grenze zwischen gesetzgebender erster und rechtsprechender dritter Gewalt eines unmissverständlich deutlich: „Der Streit um die Rolle des Richters in dem gewaltenteilten Staat ist [zwar] so alt wie die Gewaltenteilung selbst“,¹⁰⁷ jedoch hat er bis heute nichts von seiner Aktualität eingebüßt und wird es wohl auch in Zukunft nicht.

¹⁰⁷ Wenzel, (Fn. 100), S. 345.