

Zweiter Teil: Reaktionsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte

Wird nach Reaktionsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte auf die zeitliche Dimension der Rechtsprechung des Gerichtshofs gefragt, ist dessen Defrenne-Rechtsprechung zunächst in den Kontext des nationalen Verfahrens einzuordnen. Sodann ist die „Durchsetzungsdimension“ des Unionsrechts in den Blick zu nehmen und zu fragen, ob eine Begrenzung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts und der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung in zeitlicher Hinsicht auch dann in Betracht kommt, wenn eine zeitliche Beschränkung der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung unterblieben ist. Im Anschluss an diese Betrachtung aus dem Blickwinkel des Unionsrechts ist die zeitliche Dimension der EuGH-Rechtsprechung noch vom Standpunkt des nationalen Verfassungsrechts aus zu beurteilen.

A. *Einordnung der Defrenne-Rechtsprechung in den Kontext des nationalen Verfahrens*

Eine Einordnung der Defrenne-Rechtsprechung in den Kontext des nationalen Verfahrens macht ihre Einordnung in den Gesamtzusammenhang der Grundsätze erforderlich, die das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht prägen. Zu ihnen zu zählen ist der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.¹²²³

Daneben ist Klarheit darüber zu erlangen, ob die durch den EuGH nach den Grundsätzen der Defrenne-Rechtsprechung erfolgende Vornahme oder Ablehnung einer zeitlichen Begrenzung eine eigenständige Bindungswirkung entfaltet, um die Frage beantworten zu können, welche Aussage damit für das nationale Verfahren getroffen ist.

¹²²³ Zu diesem monographisch etwa *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013.

I. Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten

Der Grundsatz nationaler Verfahrensautonomie bleibt anerkanntermaßen auch bei zeitlich unbegrenzt wirkender Rechtsprechung des Gerichtshofs unberührt.¹²²⁴ Eine Bestimmung seiner Reichweite erlaubt eine Einschätzung darüber, wie sich eine Anwendung von Verfahrensmodalitäten zu einer Begrenzung der zeitlichen Reichweite mitgliedstaatlicher Rechtsprechung im Anwendungsbereich des Unionsrechts verhält.

1. Bedeutung nationaler Verfahrensmodalitäten

Nationale Verfahrensmodalitäten sind wiederholt im Zusammenhang mit dem Erstattungsanspruch, den das Unionsrecht bei unter Verstoß gegen Unionsrecht geleisteten Abgaben begründet, relevant geworden. Ihre Bedeutung lässt sich daher an seinem Beispiel veranschaulichen. Angesichts der ex tunc-Wirkung der vom EuGH vorgenommenen Auslegung erfasst der Erstattungsanspruch den gesamten Zeitraum seit Inkrafttreten der betreffenden Vorschrift des Unionsrechts. Während das Unionsrecht über das Bestehen des Erstattungsanspruchs entscheidet, haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, dessen Geltendmachung zu beschränken.¹²²⁵ Die Modalitäten der Geltendmachung des unionsrechtlichen Erstattungsanspruchs richten sich beim Fehlen einer einschlägigen Unionsregelung zu seiner Durchsetzung nämlich nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.

Auch wenn die Verfahrensmodalitäten Sache der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten sind, dürfen sie nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln. Die Verfahrensmodalitäten der Klagen zur Durchsetzung unionsrechtlicher Rechte dürfen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die entsprechender innerstaatlicher Klagen (Äquivalenzgrundsatz). Zudem darf die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effektivitätsgrundsatz).¹²²⁶

1224 Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 (Edis), Rn. 26; EuGH, Urteil vom 15.4.2010, Rs. C-542/08 (Barth), Rn. 30.

1225 *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 433 f.

1226 Vgl. in diesem Sinne etwa EuGH, Urteil vom 8.3.2017, Rs. C-14/16 (Euro Park Service), Rn. 36; EuGH, Urteil vom 21.1.2010, Rs. C-472/08 (Alstom Power Hydro), Rn. 17; EuGH, Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-524/04 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), Rn. 111; EuGH, Urteil vom

Dass der Gerichtshof keine zeitliche Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung vorgenommen hat, ändert am Recht eines Mitgliedstaats, sich gegenüber dem Erstattungsanspruch auf eine nationale Ausschlussfrist zu berufen, nichts.¹²²⁷ Veranschaulichen lässt sich dies nicht zuletzt an einem Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs: In der Rechtssache Caterpillar Financial Services hatte eine Gesellschaft polnischen Rechts aufgrund der (sich später als unionsrechtswidrig herausstellenden) Rechtsprechung eines nationalen Gerichts und einer bevorstehenden Steuerprüfung mehr Mehrwertsteuer gezahlt als von ihr geschuldet. Nach dem der Mehrwertsteuerüberzahlung die Grundlage entziehenden Urteil des EuGH vom 17.1.2013 in der Rechtssache BGŻ Leasing¹²²⁸ verlangte die Gesellschaft am 11.3.2013 die zu viel gezahlte Steuer für den Zeitraum von Dezember 2005 bis Dezember 2011 zurück, was für den Zeitraum von Dezember 2005 bis November 2007 wegen Ablaufs der im nationalen Recht vorgesehenen Verjährungsfrist abgelehnt wurde.¹²²⁹ Da der Gerichtshof die Berufung auf die im Urteil BGŻ Leasing ausgelegten Bestimmungen der Mehrwertsteuerrichtlinie nicht in zeitlicher Hinsicht begrenzt hatte, waren diese vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an im Sinne der Auslegung des Gerichtshofs zu verstehen und anzuwenden.¹²³⁰

Das nach Ablauf der Verjährungsfrist ergangene und die Unionsrechtswidrigkeit aufzeigende EuGH-Urteil ändert aber nichts an der Vereinbarkeit der Verjährungsfrist mit Unionsrecht. Dass es erst nach Ablauf der Verjährungsfrist erging, bedeutet nämlich nicht, dass Caterpillar Financial Services vor Ablauf der Verjährungsfrist ihre Rechte nicht hätte geltend machen können. Die Gesellschaft hatte lediglich keinen Rechtsbehelf ergriffen, um ihren Standpunkt gerichtlich durchzusetzen, sondern vielmehr die Auslegung der Bestimmungen der Mehrwertsteuerrichtlinie durch den EuGH abgewartet. Auch wenn damit die ex tunc-Wirkung der Auslegung

12.12.2006, Rs. C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation), Rn. 203; EuGH, Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 (Dilexport), Rn. 25; EuGH, Urteil vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 (Edis), Rn. 19, 34; EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 (Barra), Rn. 18; EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. 33/76 (Rewe-Zentralfinanz und Rewe-Zentral), Rn. 5; EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. 45/76 (Comet), Rn. 13, 16.

1227 EuGH, Urteil vom 28.11.2000, Rs. C-88/99 (Roquette Frères), Rn. 36; EuGH, Urteil vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 (Edis), Rn. 26.

1228 EuGH, Urteil vom 17.1.2013, Rs. C-224/11 (BGŻ Leasing).

1229 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-500/16 (Caterpillar Financial Services), Rn. 16 ff.

1230 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-500/16 (Caterpillar Financial Services), Rn. 33 f.

der Bestimmungen der Mehrwertsteuerrichtlinie für den von der Verjährung erfassten Zeitraum im Ergebnis nicht zum Tragen kommt, begegnet dies keinen unionsrechtlichen Bedenken.

Anders ist dagegen der Fall zu beurteilen, in dem das Verhalten der nationalen Behörden in Verbindung mit einer Ausschlussfrist den Betroffenen jede Möglichkeit zur Geltendmachung ihrer Rechte vor den nationalen Gerichten genommen hat. Angesprochen ist also ein Fall, in dem die Betroffenen an der Geltendmachung ihrer Rechte gehindert waren. Eine solche Situation setzt allerdings die objektive Unmöglichkeit für den Betroffenen voraus, anders zu handeln, und ist daher nicht bereits bei der bloßen subjektiven Überzeugung, nicht anders handeln zu können, anzunehmen.¹²³¹

Dass es unter Effektivitätsgesichtspunkten unbedenklich ist, dass der Ablauf angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung zur (vollständigen oder teilweisen) Abweisung einer Klage auf Rückzahlung führt¹²³², bedeutet nicht, dass der nationale Gesetzgeber nach Verkündung eines für den Mitgliedstaat „nachteiligen“ Urteils des Gerichtshofs eine Regelung treffen könnte, die speziell die Möglichkeiten einschränkt, auf Erstattung zu klagen. Die Erstattung der Abgabe darf nämlich nicht Voraussetzungen unterworfen werden, die „speziell“ diese Abgabe betreffen und die ungünstiger sind als diejenigen, die ohne die Neuregelung anwendbar gewesen wären.¹²³³ Dass ein Mitgliedstaat ein solches „Maßnahmegesetz“ unter dem Deckmantel scheinbar neutraler Formulierungen erlässt, kann damit aber wohl nicht verhindert werden.¹²³⁴ Dies wird ihm

1231 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-500/16 (Caterpillar Financial Services), Rn. 45 ff., 51 f.; EuGH, Urteil vom 8.9.2011, verb. Rs. C-89/10 und C-96/10 (Q-Beef und Bosschaert), Rn. 50 f., 52; EuGH, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-327/15 (TDC), Rn. 103 f.

1232 EuGH, Urteil vom 8.9.2011, verb. Rs. C-89/10 und C-96/10 (Q-Beef und Bosschaert), Rn. 36; EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-500/16 (Caterpillar Financial Services), Rn. 41 ff. Ein Verstoß gegen Art. 4 III EUV muss bei einer den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität genügenden Bestimmung des nationalen Rechts konsequenterweise ebenfalls ausscheiden, wie der Gerichtshof in Caterpillar Financial Services klarstellt, vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 44.

1233 EuGH, Urteil vom 29.6.1988, Rs. 240/87 (Deville), Rn. 13; EuGH, Urteil vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 (Edis), Rn. 23 f.; EuGH, Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 (Dilexport), Rn. 38 f.; EuGH, Urteil vom 11.7.2002, Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Rn. 36; EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-147/01 (Weber's Wine World u.a.), Rn. 86 f.; EuGH, Urteil vom 30.6.2016, Rs. C-200/14 (Câmpean), Rn. 40.

1234 Siehe Seer/Müller, IWB 2008, 311 (323).

nicht zuletzt dadurch erleichtert, dass Gesetze „aus Anlass der europarechtlichen Streitigkeit“ von vornherein nicht ausgeschlossen sind.¹²³⁵ Dann kann auch eine rückwirkende Regelung des Mitgliedstaats zulässig sein. Bei einer rückwirkenden Änderung der Erstattungsmodalitäten durch den Gesetzgeber sind allerdings Übergangsregelungen erforderlich, wenn sonst die Erstattungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden könnten, um einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz zu vermeiden.¹²³⁶

Aus unionsrechtlicher Sicht unterschiedlich zu behandeln sind Fälle, in denen nur der vor Klageerhebung liegende Zeitraum begrenzt wird, für den rückständige Leistungen bezogen werden können, und Fälle, in denen eine Vorschrift etwa die Berücksichtigung von Dienstzeiten für die Berechnung von Zusatzleistungen hindert, die nach Klageerhebung geschuldet wären. Im erstgenannten Fall wird im Interesse der Rechtssicherheit die Rückwirkung einer Klage auf Gewährung bestimmter Leistungen begrenzt, was das Wesen der unionsrechtlichen Rechte nicht berührt und somit unionsrechtlich zulässig erscheint. Im letztgenannten Fall macht die Vorschrift die Klage eines sich auf Unionsrecht Berufenden dagegen praktisch unmöglich, was nach Ansicht des Gerichtshofs in der Rechtssache Magorrian und Cunningham im Übrigen darauf hinaus läuft, die unmittelbare Wirkung des in dieser Rechtssache in Rede stehenden Art. 119 EWGV (heute Art. 157 AEUV) zeitlich zu begrenzen („the effect of that national rule is to limit in time the direct effect of Article 119 of the Treaty“), obwohl eine derartige Begrenzung im Unionsrecht nicht vorgesehen und daher unzulässig ist.¹²³⁷ Ebenfalls nicht zulässig ist eine Regelung, die „einfach“ das Recht auf Erstattung der ohne Rechtsgrund gezahlten Beträge nimmt, da dies die Ausübung der durch das Unionsrecht eingeräumten Rechte verhindert.¹²³⁸

Im Zusammenspiel von ex tunc wirkender Auslegung durch den EuGH und der Anwendung nationaler Verfahrensregeln zeigt sich damit deren eigenständige Bedeutung: Trotz unterbliebener Begrenzung der zeitlichen Wirkungen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung kommen diese weiterhin zur Anwendung.¹²³⁹ Die vom EuGH vorgenommene Auslegung ist da-

1235 *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 435.

1236 EuGH, Urteil vom 30.6.2011, Rs. C-262/09 (Meilicke u.a.), Rn. 57; *Schlücke*, Umsetzung, 2014, S. 324 f.

1237 EuGH, Urteil vom 11.12.1997, Rs. C-246/96 (Magorrian und Cunningham), Rn. 43 ff.

1238 EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 (Barra), Rn. 19.

1239 Ist eine zeitliche Begrenzung unter Anordnung einer Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer erfolgt, führt die eigenständige Bedeutung nationaler Ver-

her seit dem Inkrafttreten der betreffenden Bestimmung anwendbar. Ihre Durchsetzung auf nationaler Ebene kann allerdings nur im Rahmen im nationalen Recht vorgesehener angemessener Ausschlussfristen und weiteren mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts erfolgen, das das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip wahrt.¹²⁴⁰

2. Schranke der Bestands- und Rechtskraft

Als Ausfluss der nationalen Verfahrensautonomie kommt den Grundsätzen der Bestands- und Rechtskraft besondere Bedeutung zu. Ist Bestands- oder Rechtskraft eingetreten, zwingt die ex tunc-Wirkung grundsätzlich zu keiner Anpassung der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse an die unionsrechtlichen Vorgaben.¹²⁴¹ Grund hierfür ist die Rechtssicherheit. So trägt die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung auch nach Ansicht des EuGH zur Rechtssicherheit bei¹²⁴²; die Rechtskraft dient sowohl in den nationalen Rechtsordnungen als auch der Unionsrechtsordnung der Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege¹²⁴³. Der Stellenwert von Bestands- und Rechtskraft soll an Beispielen aus der Rechtsprechung kurz veranschaulicht werden.

In der Rechtssache Kühne & Heitz stellte sich die Frage, ob die grundsätzlich gebotene Anwendung des Unionsrechts in der Auslegung

fahrensmodalitäten dazu, dass diese auch gegenüber den von der Begrenzung der zeitlichen Wirkung ausgenommenen Rechtsbehelfsführern zur Anwendung kommen können. Darauf weist *Gundel*, in: *Liber Amicorum Berg*, 2011, S. 54 (67, Fn. 63) zu Recht hin.

1240 Vgl. GA *Tanchev*, Schlussanträge vom 3.5.2018 in der Rs. C-51/17 (OTP Bank und OTP Faktoring), Rn. 48.

1241 *Ludewig*, Zeitliche Beschränkung, 2012, S. 228 f.; *Weiß*, DÖV 2008, 477 (483 f.); *Rennert*, DVBl. 2007, 400 (407 f.); *Schlücke*, Umsetzung, 2014, S. 84 f.; *Gärditz*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann* (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes*, 3. Aufl. 2014, § 35, Rn. 42, 62; *Ehricke*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 267 AEUV, Rn. 77; *Finke*, IStR 2006, 212 (215); *de Weerth*, DStR 2008, 1669 (1671).

1242 Siehe nur EuGH, Urteil vom 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov), Rn. 76.

1243 Siehe nur EuGH, Urteil vom 11.11.2015, Rs. C-505/14 (Klausner Holz Niedersachsen), Rn. 38; EuGH, Urteil vom 6.10.2015, Rs. C-69/14 (Târșia), Rn. 28; EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-213/13 (Impresa Pizzarotti), Rn. 58; EuGH, Urteil vom 16.3.2006, Rs. C-234/04 (Kapferer), Rn. 20; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-224/01 (Köbler), Rn. 38.

durch den Gerichtshof auf vor Erlass der Vorabentscheidung entstandene Rechtsbeziehungen auch im Hinblick auf bestandskräftig gewordene Verwaltungsentscheidungen erforderlich ist.¹²⁴⁴ Der EuGH entschied, dass sich dem Unionsrecht keine grundsätzliche Verpflichtung zur Rücknahme einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung entnehmen lässt. Nur unter bestimmten Voraussetzungen kommt eine Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Überprüfung der Entscheidung nach Art. 4 III EUV in Betracht, um einer später vorgenommenen Auslegung des EuGH Rechnung zu tragen.¹²⁴⁵ Die Überprüfungspflicht der Behörde steht damit unter einschränkenden Voraussetzungen. Ihre Verdichtung zu einer Rücknahmeverpflichtung ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen.¹²⁴⁶

Hinter diesen Überlegungen steht letztlich das Bedürfnis, Rechtssicherheit und Unionsrechtmäßigkeit in Ausgleich zu bringen. Dies erfordert es auch, die Besonderheiten und die Interessenlage des Einzelfalls zu berücksichtigen.¹²⁴⁷ Bedeutung kommt daher dem Umstand zu, wenn es nicht darum geht, ob eine Behörde ihre Entscheidung überprüfen muss, sondern lediglich die Berichtigung der Laufzeit eines Zertifikats in Rede steht. In diesem Fall sind die im Kühne & Heitz-Urteil für die Überprüfungspflicht der Behörde aufgestellten einschränkenden Voraussetzungen nicht anwendbar, wie der Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Rechtssache Incyte deutlich gemacht hat. In dem ihr zugrundeliegenden Sachverhalt war ein ergänzendes Schutzzertifikat für ein Medikament vor der Verkündung des Urteils in der Rechtssache Seattle Genetics erteilt worden. Aus jenem Urteil¹²⁴⁸ ergab sich für den der Rechtssache Incyte zugrundeliegen-

1244 EuGH, Urteil vom 13.1.2004, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Rn. 22 f.

1245 EuGH, Urteil vom 13.1.2004, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Rn. 24, 28. Die Rechtssache Kühne & Heitz zeichnet sich nicht zuletzt dadurch aus, dass das betroffene Unternehmen sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ausgeschöpft hatte, vgl. EuGH, Urteil vom 19.9.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04 (i-21 Germany und Arcor), Rn. 53 f. Siehe auch EuGH, Urteil vom 12.2.2008, Rs. C-2/06 (Kempter), Rn. 37 f.; EuGH, Urteil vom 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov), Rn. 76 f.

1246 *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927 (928) gehen von einer Ermessensreduzierung auf Null aus, wenn dadurch Rechte Dritter nicht verletzt werden und andere Möglichkeiten eines unionsrechtskonformen Ausgleichs nicht bestehen.

1247 EuGH, Urteil vom 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov), Rn. 77 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 13.1.2004, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Rn. 25 f., EuGH, Urteil vom 19.9.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04 (i-21 Germany und Arcor), Rn. 53, 63 f., EuGH, Urteil vom 12.2.2008, Rs. C-2/06 (Kempter), Rn. 46, 55, 60 und EuGH, Urteil vom 3.9.2009, Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), Rn. 22, 26, 31.

1248 EuGH, Urteil vom 6.10.2015, Rs. C-471/14 (Seattle Genetics), Tenor Nr. 2.

den Fall, dass in der von Incyte eingereichten Zertifikatsanmeldung ein anderes Datum hätte angegeben und von der nationalen Behörde zugrunde gelegt werden müssen.¹²⁴⁹ Dies warf die Frage nach dem Bestehen einer unionsrechtlichen Pflicht zur Berichtigung des Ablaufdatums des Zertifikats auf, um dieses in Einklang mit der im Urteil *Seattle Genetics* vorgenommenen Rechtsauslegung zu bringen.¹²⁵⁰ Der EuGH bejahte sie.

Dass die in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Frist für die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die Entscheidung, mit der das Zertifikat erteilt worden war, mit der Folge der Bestandskraft der Verwaltungsentscheidung bereits abgelaufen war, lässt das Bestehen der Berichtigungspflicht unberührt.¹²⁵¹ Die Berichtigung der Laufzeit eines Zertifikats ist nach Auffassung des Gerichtshofs „aufgrund ihrer Art weniger geeignet, die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen, als die wesentlichen Änderungen, die eine erneute Sachprüfung voraussetzen“. Neben der Auslegung der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen im Bereich der Schutzzertifikate ist für die Begründung der Berichtigungspflicht also von Bedeutung, dass die Berichtigung nicht geeignet ist, die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen.¹²⁵²

Auch hinsichtlich der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen ist zunächst davon auszugehen, dass es der Grundsatz der Verfahrensautonomie den Mitgliedstaaten gestattet, die Modalitäten der Wirkung der Rechtskraft für ihre innerstaatlichen Rechtsordnungen selbst festzulegen.¹²⁵³ Grundsätzlich hinzunehmen ist es daher, dass sich diese durchsetzt, sodass eine mit dem Unionsrecht unvereinbare nationale Situation weiterbe-

1249 Entscheidend ist der Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung über die Zulassung ihrem Adressaten bekannt gegeben worden ist. Damit ist jedes andere in der Zertifikatsanmeldung angegebene Datum unrichtig, vgl. EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-492/16 (*Incyte*), Rn. 43.

1250 Im konkreten Fall ging es um eine Ersetzung des als Ablaufdatum genannten Datums des 24.8.2027 durch das Datum des 28.8.2027.

1251 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-492/16 (*Incyte*), Rn. 45 ff.

1252 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-492/16 (*Incyte*), Rn. 49, 58.

1253 Siehe etwa EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), Rn. 54; EuGH, Urteil vom 3.9.2009, Rs. C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub*), Rn. 24; EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones*), Rn. 38. Nach *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927 (927 mit Fn. 7) wird die Wirkung der Rechtskraft durch den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, der auch rechtskräftige Entscheidungen nicht ausnimmt, „im Ergebnis relativiert“.

steht.¹²⁵⁴ Auf die Frage der Pflicht zur Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens lassen sich die Erwägungen des Gerichtshofs in der Rechtssache Kühne & Heitz nicht übertragen; sie betreffen nach seiner Ansicht „unstreitig nur die etwaige Überprüfung einer bestandskräftigen Entscheidung einer Verwaltungsbehörde und nicht [...] eines Gerichts“.¹²⁵⁵

Dem Unionsrecht ist also keine grundsätzliche Pflicht der Gerichte zu entnehmen, eine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung rückgängig zu machen, um einer späteren Auslegung der betroffenen unionsrechtlichen Bestimmungen durch den Gerichtshof Rechnung zu tragen. Eine abweichende Beurteilung ist allerdings in einem Fall angezeigt, in dem die grundsätzliche Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der EU in Rede steht. So steht das Unionsrecht etwa im besonders bedeutsamen Bereich des Beihilfenrechts der Anwendung einer Vorschrift über die Rechtskraft entgegen, die die Rückforderung einer unionsrechtswidrigen Beihilfe behindern würde, obwohl die Kommission deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt/Binnenmarkt durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung festgestellt hatte.¹²⁵⁶ Letztlich geht also mit der ausschließlichen Entscheidungskompetenz der Unionsorgane eine Einschränkung der Rechtskraft nationaler Urteile einher, die zur Nichtanwendung einer nationalen Rechtskraftregelung verpflicht-

1254 EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-213/13 (Impresa Pizzarotti), Rn. 59 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-126/97 (Eco Swiss), Rn. 46 f., EuGH, Urteil vom 16.3.2006, Rs. C-234/04 (Kapferer), Rn. 20 f., EuGH, Urteil vom 3.9.2009, Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), Rn. 22 f., EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones), Rn. 35 ff. und EuGH, Urteil vom 22.12.2010, Rs. C-507/08 (Kommission/Slowakei), Rn. 59 f. Ebenso EuGH, Urteil vom 6.10.2015, Rs. C-69/14 (Târșia), Rn. 29; EuGH, Urteil vom 11.11.2015, Rs. C-505/14 (Klausner Holz Niedersachsen), Rn. 39.

1255 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-620/17 (Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe), Rn. 58 f.

1256 EuGH, Urteil vom 18.7.2007, Rs. C-119/05 (Lucchini), Rn. 63 und Tenor. Übertragbar sind diese Überlegungen etwa auch auf Fälle, in denen die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Zentralbank und die damit zusammenhängende ausschließliche Zuständigkeit der Unionsgerichte betroffen sind, vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-219/17 (Berlusconi und Fininvest), Rn. 58.

tet.¹²⁵⁷ Dabei handelt es sich nach Aussage des EuGH aber um einen „ganz besonders gelagerten Fall“.¹²⁵⁸

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass sowohl eine Durchbrechung der Bestandskraft als auch eine Durchbrechung der Rechtskraft trotz der ex tunc-Wirkung der Auslegung des Gerichtshofs nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

3. Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte als Ausfluss nationaler Verfahrensautonomie?

Nach diesen Klarstellungen zur Bedeutung des Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten kann gefragt werden, ob sich Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf die zeitliche Dimension der Rechtsprechung des Gerichtshofs als Ausfluss dieses Grundsatzes beschreiben lassen.

Ebenso wie der Gerichtshof dem Unionsrecht – Art. 264 II AEUV und dem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit – Regeln zu den zeitlichen Wirkungen seiner Rechtsprechung entnehmen konnte, finden sich auch auf nationaler Ebene Regeln zu den zeitlichen Wirkungen der Rechtsprechung nationaler Gerichte.¹²⁵⁹ Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der nationalen Verfahrensautonomie legt dies auf den ersten Blick die Einstufung einer den Anforderungen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes entsprechenden Anwendung dieser Regeln als unionsrechtlich unbedenklich nahe. Zugleich bedeutete dies, dass eine Anwendung dieser Regeln durch ein nationales Gericht bei der Entscheidung konkreter Rechtsstreitigkeiten die zeitliche Wirkung der

1257 *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927 (929); siehe auch *Rennert*, DVBl. 2007, 400 (406 mit Fn. 65). Zur Bedeutung der Rechtskraft in Fallgestaltungen mit Bezug zum Unionsrecht näher *Sowery*, CMLRev. 53 (2016), 1705 ff. Zur Frage, ob ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren nach Ergehen einer EuGH-Entscheidung, aus der sich eine Verletzung des Unionsrechts durch das rechtskräftige Urteil ergibt, wiederaufzunehmen ist, siehe *Schneider*, EuR 2017, 433 ff.

1258 EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), Rn. 60 f.; siehe auch EuGH, Urteil vom 3.9.2009, Rs. C-2/08 (*Fallimento Olimpiclub*), Rn. 25; EuGH, Urteil vom 11.11.2015, Rs. C-505/14 (*Klausner Holz Niedersachsen*), Rn. 44.

1259 GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 13.7.2016 in den verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo u.a.*), Rn. 80 spricht von den „Modalitäten, die die Bedingungen regeln, unter denen ein oberstes Gericht eines Mitgliedstaats die Wirkungen seiner eigenen Urteile beschränken kann“.

Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestimmen würde.¹²⁶⁰ Allgemeiner gesprochen würde bei Zugrundelegung eines derartigen Verständnisses das Verhältnis zwischen der Defrenne-Rechtsprechung und der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände über den Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie bestimmt, als deren Grenzen lediglich Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zu beachten wären.

Einen ähnlichen Ansatz macht auch Generalanwalt Mengozzi in seinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen Gutiérrez Naranjo u.a. fruchtbar. Ausgangspunkt des Verfahrens war eine Entscheidung des spanischen Obersten Gerichtshofs (Tribunal Supremo), der die Wirkungen der Nichtigterklärung einer missbräuchlichen AGB-Klausel unter Heranziehung der vom EuGH im Rahmen seiner Defrenne-Rechtsprechung entwickelten Kriterien des guten Glaubens und der Gefahr schwerwiegender Störungen zeitlich begrenzt hatte. Dieses Vorgehen des Tribunal Supremo ordnet Generalanwalt Mengozzi als Frage der nationalen Verfahrensautonomie und ihrer im Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz bestehenden Grenzen ein, die er im konkreten Fall als gewahrt ansieht. Er fordert, dass eine solche Beschränkung eine Ausnahme bleiben müsse, und erklärt sie mit den besonderen Umständen der Ausgangsverfahren.¹²⁶¹

Den Ansatz des Generalanwalts macht sich der EuGH in seinem Urteil in dieser Rechtssache allerdings zu Recht nicht zu eigen und bevorzugt vielmehr eine Beurteilung aus einer anderen Perspektive.¹²⁶² Für sämtliches Unionsrecht gilt demnach, dass wie gesehen nur der EuGH die Berufung auf die von ihm ausgelegte Norm in zeitlicher Hinsicht beschränken kann.¹²⁶³ Den nationalen Gerichten die Befugnis zuzusprechen, die vom Gerichtshof entwickelten Kriterien heranzuziehen, um auf dieser Grundlage die zeitlichen Wirkungen ihrer eigenen Rechtsprechung zu

1260 In diesem Sinne *Vanistendael*, in: Dourado/da Palma Borges (Hrsg.), *The Acte Clair*, 2008, S. 157 (169) in einem Abschnitt, der mit "The relationship of the retroactive interpretation of EC law and the national rules on the retroactive effect of national judicial decisions" überschrieben ist.

1261 GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 13.7.2016 in den verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 68, 79.

1262 Die Schlussanträge des Generalanwalts und das Urteil des Gerichtshofs beurteilen die Frage, ob ein Gericht die Wirkungen seines Urteils begrenzen kann, wenn es über die Folgen einer missbräuchlichen Klausel nach Art. 6 I der Richtlinie 93/13/EWG („Klauselrichtlinie“) entscheidet, also unterschiedlich.

1263 Zur ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH siehe oben bei Fn. 287 ff. Siehe auch *Winter*, jurisPR-ArbR 8/2011 Anm. 6, Orientierungssatz und unter C.

begrenzen, ließe im Ergebnis darauf hinaus, sie an die Stelle des EuGH treten zu lassen. Eine Rolle als „Ersatz-EuGH“ ist ihnen aber verwehrt. Prüft ein nationales Gericht daher die Kriterien des guten Glaubens und der Gefahr schwerwiegender Störungen, um über die Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der von ihm zu treffenden Entscheidung zu befinden, offenbart sich ein unzutreffendes Verständnis von der Aufgabenverteilung zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten: Hat der Gerichtshof eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen nicht vorgenommen, ist es den Gerichten der Mitgliedstaaten verwehrt, dies zu tun.¹²⁶⁴

Nationale Gerichte sind zwar für alle Fragen zuständig, die nach den Verträgen nicht dem EuGH anvertraut sind¹²⁶⁵, sodass auf den ersten Blick die Erwägung naheliegt, einem nationalen Gericht sei gestattet, die Wirkungen einer unionsrechtswidrigen nationalen Norm aus denselben Rechtssicherheitsgründen aufrechtzuerhalten, die für den EuGH bei der Aufrechterhaltung der Wirkungen rechtswidriger Unionsrechtsakte entscheidend sind. Ließe der EuGH eine solche Aufrechterhaltung zu – etwa um ein rechtliches Vakuum, das für das Unionsrecht nachteilig ist, zu verhindern und dem Urheber des Rechtsakts Zeit zur Nachbesserung zu geben –, würde er den nationalen Gerichten daher auf den ersten Blick lediglich das gestatten, was er selbst für sich im Hinblick auf Unionsrechtsakte in Anspruch nimmt.

Ein solcher Ansatz gibt allerdings die einheitliche Anwendung des Unionsrechts auf, weswegen er nicht überzeugen kann. Da es nicht darum geht, dem EuGH ein Monopol zur Aufrechterhaltung der Wirkungen nationalen Rechts zuzuweisen, kann dem Gerichtshof nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich ein solches zum Preis einer fragwürdigen Auslegung des Vertrages sichern wolle, während dieser ihm im Hinblick auf nationales Recht keine derartige Befugnis verleihe.¹²⁶⁶ Es geht vielmehr nur darum, ihm eine ausschließliche Zuständigkeit dafür zu sichern, über

1264 GA *Tanchev*, Schlussanträge vom 3.5.2018 in der Rs. C-51/17 (OTP Bank und OTP Faktoring), Rn. 47 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 70–73.

1265 *Cassagnabère*, Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel 2017, 47 (56).

1266 So aber *Cassagnabère*, Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel 2017, 47 (58 f.), der meint, im Winner Wetten-Urteil (Rs. C-409/06) scheine der EuGH die Möglichkeit nationaler Gerichte zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen des nationalen Rechts implizit ausgeschlossen zu haben. Zur Winner Wetten-Rechtsprechung und zur Kompetenz nationaler Gerichte zur Aufrechterhaltung von Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts ausführlich unten bei Fn. 1396 ff. und Fn. 1504 ff.

die Zulässigkeit eines entsprechenden mitgliedstaatlichen Vorgehens zu entscheiden und damit über die Befugnis der mitgliedstaatlichen Gerichte, von ihrem nationalen Verfahrensrecht, das eine entsprechende Möglichkeit vorsieht, Gebrauch zu machen.

Demnach bleibt festzuhalten, dass eine Anwendung der im nationalen Recht bestehenden Regeln zu den zeitlichen Wirkungen der Rechtsprechung nationaler Gerichte nur möglich ist, wenn sie sich mit Unionsrecht vereinbaren lässt. Während der Gerichtshof für die Beurteilung der zeitlichen Wirkungen der Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen (Verfassungs)gerichte dann nicht zuständig ist, wenn diese sich außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts bewegt¹²⁶⁷, sind ihm Möglichkeiten eröffnet, über die Vereinbarkeit der Begrenzung ihrer zeitlichen Wirkungen mit Unionsrecht zu entscheiden, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts ergeht.¹²⁶⁸

Hinsichtlich der Frage, wie diese Einwirkungsmöglichkeiten des Gerichtshofs beschaffen sind, ist zunächst die unionsrechtliche Zulässigkeit angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung in Erinnerung zu rufen. An dieser Stelle geht es nun darum, derartige Verfahrensmodalitäten von einer dem Gerichtshof vorbehaltenen Beschränkung der Berufung auf eine Vorschrift des Unionsrechts in zeitlicher Hinsicht abzugrenzen.¹²⁶⁹

Dabei ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechend davon auszugehen, dass die Vorschrift des Unionsrechts mit Wirkung *ex tunc* im Sinne der Auslegung durch den Gerichtshof zu verstehen ist, wenn er keine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen vorgenommen hat. Scheitert eine Geltendmachung der unionsrechtlichen Rechte im Hinblick auf vor dem EuGH-Urteil liegende Sachverhalte am Fehlen einer nationalen Verfahrensvoraussetzung, so kommt die Norm in der Auslegung durch den Gerichtshof in diesem Fall zwar nicht zum Tragen. Festzustellen ist aber

1267 EuGH, Beschluss vom 18.2.2016, Rs. C-407/15 (Rîpanu), Rn. 21 ff.

1268 Vgl. GA Mengozzi, Schlussanträge vom 13.7.2016 in den verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 80.

1269 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 69 f. unter Verweis hinsichtlich der Zulässigkeit angemessener Ausschlussfristen auf EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones), Rn. 41, hinsichtlich der Abgrenzung von Verfahrensmodalitäten und einer zeitlichen Begrenzung auf EuGH, Urteil vom 15.4.2010, Rs. C-542/08 (Barth), Rn. 30 und hinsichtlich seiner ausschließlichen Zuständigkeit für eine zeitliche Begrenzung auf EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 (Barra), Rn. 13.

dennoch, dass der vom Unionsrecht Begünstigte bei Wahrung der im nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensmodalitäten in der Lage gewesen wäre, seine unionsrechtlichen Rechte geltend zu machen, während bei einer zeitlichen Begrenzung die Möglichkeit einer Berufung auf die durch das Unionsrecht eingeräumten Rechte von vornherein nicht bestanden hätte.¹²⁷⁰

Die Anwendung einer Verfahrensmodalität ändert also nichts an der ex tunc-Wirkung der Auslegung der Norm und beeinträchtigt lediglich deren Durchsetzung. Damit unterscheiden sich die allein vom Gerichtshof vorzunehmende zeitliche Begrenzung des unionsrechtlichen Normbefehls und die im nationalen Recht zulässigerweise vorgesehenen verfahrensrechtlichen Schranken in ihrer Wirkungsweise und sind unabhängig voneinander.¹²⁷¹ Darüber, ob es sich tatsächlich um eine Verfahrensmodalität oder doch um eine verdeckte Begrenzung der zeitlichen Wirkungen handelt, wacht der EuGH.

Während also die Durchsetzung des Unionsrechts aufgrund jeweils unterschiedlicher Verfahrensmodalitäten von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren kann, ist die Frage, ob sich die Betroffenen vor den nationalen Gerichten auf eine Bestimmung des Unionsrechts berufen können, unionsweit einheitlich zu beantworten. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass sich die Berufung auf Unionsrecht – in dem vom Mitgliedstaat bestimmten verfahrensrechtlichen Rahmen – nach unionsweit einheitlichen Kriterien richtet.¹²⁷²

In der Regel begründet Unionsrecht also lediglich Rechte, während die Mitgliedstaaten die verfahrensrechtlichen Bedingungen und Rechtsbehelfe zur Durchsetzung dieser Rechte (Bestimmung der zuständigen Gerichte und Ausgestaltung der Verfahren) unter Wahrung der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität festlegen.¹²⁷³ Die verbundenen Rechtssachen *Gutiérrez Naranjo* u.a. unterscheiden sich hiervon insofern, als das Unionsrecht selbst einen Rechtsbehelf vorsieht, dessen Umfang und Inhalt es dementsprechend auch selbst festlegt. Der dort in Rede stehende Art. 6 I

1270 EuGH, Urteil vom 15.4.2010, Rs. C-542/08 (*Barth*), Rn. 30; EuGH, Urteil vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 (*Edis*), Rn. 17 und 18.

1271 *Gundel*, in: *Liber Amicorum Berg*, 2011, S. 54 (67 mit Fn. 63).

1272 *Lenaerts/Corthaut*, *ELRev.* 2006, 287 (309).

1273 Siehe hierzu auch *Lenaerts*, 46 *Irish Jurist* (2011), 13 (13 f.); *Leskinen/de Elizalde*, *CMLRev.* 55 (2018), 1595 (1610). Aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. 33/76 (*Rewe-Zentralfinanz und Rewe-Zentral*), Rn. 5. EuGH, Urteil vom 8.9.2011, verb. Rs. C-89/10 und C-96/10 (*Q-Beef und Boscchaert*), Rn. 32 spricht insoweit von „ständiger Rechtsprechung“.

der Klauselrichtlinie 93/13/EWG legt nämlich fest, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind. Dies versteht der EuGH dahingehend, dass eine solche Klausel grundsätzlich als von Anfang an nicht existent anzusehen ist, sodass der Verbraucher in eine Lage zu versetzen ist, in der er sich ohne die Klausel befunden hätte.¹²⁷⁴ Die vom Tribunal Supremo vorgesehene zeitliche Begrenzung der Wirkungen der Nichtigerklärung einer missbräuchlichen AGB-Klausel begrenzt nun aber die Unverbindlichkeit im Sinne des Art. 6 I der Klauselrichtlinie und legt nicht die verfahrensrechtlichen Bedingungen der Geltendmachung eines unionsrechtlichen Rechts fest. Das ist keine Frage mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie, sondern eine unter das Unionsrecht fallende Angelegenheit. Das Vorgehen des Tribunal Supremo führt dazu, dass die Unverbindlichkeit der missbräuchlichen Klauseln und die einheitliche Auslegung des Art. 6 I der Klauselrichtlinie erst ab dem Zeitpunkt des spanischen Urteils sichergestellt wären. Es hat damit das in der Klauselrichtlinie vorgesehene Recht des Verbrauchers begrenzt, was aus unionsrechtlicher Sicht unzulässig ist.¹²⁷⁵

In der Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der Nichtigerklärung der missbräuchlichen AGB-Klausel liegt also eine Überschreitung der Befugnisse des Tribunal Supremo.¹²⁷⁶ Da nur der EuGH das Unverbindlichkeitsgebot des Art. 6 I der Klauselrichtlinie beschränken kann, sind „Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzprüfungen“ durch nationale Gerichte nicht möglich.¹²⁷⁷ Im Hinblick auf die Begrenzung der Wirkungen dieser Bestimmung des Unionsrechts besitzt der EuGH also ein „Monopol auf die Herstellung von Rechtssicherheit“¹²⁷⁸, das die Befugnisse nationaler Gerichte eingrenzt.¹²⁷⁹ Dass hier die Auslegung einer Richtlinie betroffen ist, ändert nichts an dieser Feststellung.

Die Begrenzung der aus der Nichtigerklärung der missbräuchlichen Klausel zu ziehenden Konsequenzen erfolgte zudem unter Missachtung

1274 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 61 f.

1275 Überzeugend *Leskinen/de Elizalde*, CMLRev. 55 (2018), 1595 (1610 ff.).

1276 Siehe auch *de Elizalde*, EuCML 2015, 184 (187).

1277 *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (49).

1278 *Micklitz*, VbR 2017, 80 (82).

1279 *Mak*, ELRev. 2018, 447 (449 f.) sieht hierin die Inanspruchnahme einer „Kompetenz-Kompetenz“ durch den EuGH und meint, in ihr die Vorstellung von einer einheitlichen Rechtsordnung aus Unionsrechtsordnung und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen mit der EU an der Spitze zu erkennen.

der mit Unionsrecht vereinbaren nationalen Rechtslage.¹²⁸⁰ Das Tribunal Supremo hat sich durch sein Vorgehen gewissermaßen der Rechtsprechung des EuGH bedient, um den auf den Fall eigentlich anwendbaren Art. 1303 *Código Civil*¹²⁸¹ nicht anzuwenden. Damit stützt es sich auf Unionsrecht, um das nationale Recht *contra legem* auszulegen, obwohl Unionsrecht nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen kann.¹²⁸² Entscheidend ist aber bereits die aus Sicht des EuGH erfolgte Kompetenzüberschreitung des Tribunal Supremo.

Da die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie durch die Verpflichtung zur Wiederherstellung der ohne die Klausel bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Lage begrenzt wird¹²⁸³, lässt sich auf diese im vorliegenden Fall keine zeitliche Begrenzung stützen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine zeitliche Begrenzung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Über sie müsste aber der Gerichtshof entscheiden.¹²⁸⁴

Die zeitliche Begrenzung der Wirkungen mitgliedstaatlicher Rechtsprechung kann daher nicht als bloßer Aspekt mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie angesehen werden, der es mitgliedstaatlichen Gerichten gestat-

1280 Siehe hierzu GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 13.7.2016 in den verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 65 mit Fn. 71 und Fn. 76, der darauf hinweist, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit mit Anspruch auf vollständige Rückerstattung bei missbräuchlichen Klauseln bereits nach spanischem Recht besteht. Vgl. auch *Leskinen/de Elizalde*, CMLRev. 55 (2018), 1595 (1597 mit Fn. 9, 1616).

1281 Dieser lautet übersetzt: „Ist eine Verpflichtung für nichtig erklärt worden, müssen die Vertragsparteien unbeschadet der folgenden Artikel einander die Sachen, die Gegenstand des Vertrags gewesen sind, mit ihren Früchten sowie den Preis mit den Zinsen rückerstatten.“

1282 Siehe dazu näher unten bei Fn. 2041 ff. Dass das Tribunal Supremo sich für die *contra legem*-Auslegung nicht auf die Richtlinie, sondern auf die Defrenne-Rechtsprechung des EuGH stützt, macht insoweit keinen Unterschied, worauf auch *de Elizalde*, EuCML 2015, 184 (187 mit Fn. 36) hinweist.

1283 Vgl. *Gazin*, Europe 2017, 39 (40), die den keinen Widerspruch duldenden Tonfall des EuGH hervorhebt.

1284 Siehe dazu auch *Micklitz*, VbR 2017, 80 (81), der dies wohl mit der Formulierung zum Ausdruck bringen möchte, diese Differenzierung reiche nicht aus, um dem Einwand zu begegnen, dass es besondere Umstände geben könne, in denen eine zeitliche Befristung gerechtfertigt sei. Ob der Gerichtshof „nationalem Vertrauensschutz“ bei der Betroffenheit von Richtlinien dadurch eine generelle Absage erteilt hat, dass er im Gutiérrez Naranjo-Urteil auf seine Defrenne-Rechtsprechung Bezug genommen hat, ist an späterer Stelle noch näher zu beleuchten, siehe dazu unten bei Fn. 2264 ff.

tete, die Wirkungen der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen.¹²⁸⁵

II. Eigenständige Bindungswirkung der Vornahme bzw. Ablehnung einer zeitlichen Begrenzung?

Um sich dem Verhältnis von Defrenne-Rechtsprechung und Reaktionsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte zu nähern, ist zudem Klarheit über die diesen bei der Vornahme oder Ablehnung einer Begrenzung der zeitlichen Wirkungen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung auferlegten Verpflichtungen zu erlangen. Nur dann lässt sich überhaupt die Frage beantworten, in welcher zeitlichen Dimension sie die vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung bei der Entscheidung konkreter Rechtsstreitigkeiten zur Anwendung bringen müssen.

Genauer zu untersuchen ist daher, welche Aussage mit der Vornahme einer Begrenzung der zeitlichen Wirkungen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung für das nationale Verfahren getroffen ist. Zudem ist herauszuarbeiten, ob Unterschiede zwischen der ausdrücklichen bzw. impliziten Ablehnung einer Begrenzung bestehen. Daneben ist kurz die Bedeutung der Rechtskraft im hier interessierenden Zusammenhang anzusprechen.

1. Vornahme einer zeitlichen Begrenzung

Hat der Gerichtshof eine zeitliche Begrenzung vorgenommen, ist den Betroffenen durch die vorübergehende Aufhebung des Normbefehls die Möglichkeit genommen, sich auf das Unionsrecht zu berufen. Die zugrundeliegende unionsrechtliche Norm kann für den betreffenden Zeitraum daher nicht zur Grundlage einer Entscheidung gemacht werden. Lediglich für die Begründung der Entscheidung kann sie noch Bedeutung er-

1285 In diesem Sinne wohl auch *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1728, 1729). Ihre Überlegung, dass sich eine Einordnung der Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte als Ausfluss der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie nicht zuletzt in Widerspruch zum Effektivitätsgrundsatz setzen würde, kann allerdings insoweit nicht überzeugen, als es an dieser Stelle gerade um die Frage ging, ob der Effektivitätsgrundsatz der zutreffende Maßstab für die Möglichkeit einer Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände ist.

langen.¹²⁸⁶ Ihrer Berücksichtigung als Rechtsgewinnungsquelle steht die zeitliche Begrenzung daher nicht entgegen.¹²⁸⁷

Im Falle der Vornahme einer zeitlichen Begrenzung kann sich auch die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer die unionsrechtlichen Vorgaben in zeitlicher Hinsicht „übererfüllenden“ Norm des nationalen Rechts stellen. Sie war in vom EuGH entschiedenen Fällen aufgeworfen, in denen Art. 119 EWGV (jetzt Art. 157 AEUV) und im Wesentlichen (neben weiteren nationalen Vorschriften) Art. 3 GG in Rede standen.

Die zeitliche Dimension der unmittelbaren Wirkung des in Art. 119 EWGV niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatzes (gleiches Entgelt für Männer und Frauen) war vom EuGH im Defrenne II-Urteil begrenzt worden; bei Art. 3 GG bestand hingegen keine entsprechende Begrenzung in zeitlicher Hinsicht. Da die nationalen Vorschriften nach Ansicht des EuGH zur Durchführung der Deutschland seit 1.1.1962 obliegenden Verpflichtungen beitrugen, untersagte der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit ungeachtet der Begrenzung der zeitlichen Wirkungen im Defrenne II-Urteil die Anwendung von Art. 3 GG nicht.¹²⁸⁸ Diese stand somit nicht im Widerspruch zum Unionsrecht, da diesem keine Vorschriften zu entnehmen waren, die in der Zeit vor Erlass des Defrenne II-Urteils eine Verwirklichung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen untersagten. Die damit einhergehende Belastung deutscher Versorgungsschuldner – in den Ausgangsverfahren ging es um die Voraussetzungen für den Anschluss an ein betriebliches Zusatzversorgungssystem

1286 Vgl. *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung, 2000, S. 5 (9), der als Rechtsgewinnungsquelle Faktoren bezeichnet, die im Rahmen der Rechtsgewinnung eine Rolle spielen, aber als solche keine normative Verbindlichkeit aufweisen.

1287 *Herresthal*, Rechtsfortbildung, 2006, S. 304 f.

1288 EuGH, Urteil vom 10.2.2000, Rs. C-50/96 (Deutsche Telekom/Schröder), Rn. 46 ff.; EuGH, Urteil vom 10.2.2000, verb. Rs. C-234/96 und C-235/96 (Deutsche Telekom/Vick und Conze), Rn. 46 ff.; EuGH, Urteil vom 10.2.2000, verb. Rs. C-270/97 und C-271/97 (Deutsche Post/Sievers und Schrage), Rn. 48 ff. Die zeitliche Beschränkung der Möglichkeit, sich auf die unmittelbare Wirkung des Art. 119 EWG-Vertrag zu berufen, ist vom Gerichtshof in EuGH, Urteil vom 8.4.1976, Rs. 43/75 (Defrenne), Tenor Nr. 5 (und Rn. 74/75) vorgenommen worden.

und die Gewährung einer entsprechenden Rente¹²⁸⁹ – ist aus unionsrechtlicher Sicht daher hinzunehmen.¹²⁹⁰

Erklären lässt sich dieses vom Gerichtshof gefundene Ergebnis auch mit der Wirkung der Vornahme einer Begrenzung der zeitlichen Wirkungen durch den EuGH im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung. Eine solche bewirkt lediglich, dass sich die Betroffenen nicht auf den vom EuGH bestimmten Inhalt der ausgelegten unionsrechtlichen Norm berufen können, während der Norminhalt als solcher unverändert bleibt. Der Gerichtshof setzt hierdurch also kein neues Recht für die Zeit vom Inkrafttreten der Norm bis zum Urteil und legt ihr keinen anderen Inhalt bei als ab dem Tag des Urteils.¹²⁹¹

Die vom Gerichtshof gewählte Formulierung, eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen erfolge aus „zwingende[n] Erwägungen der Rechtssicherheit“¹²⁹² mag bei unbefangener Betrachtung zwar ein Verständnis nahelegen, wonach die Begrenzung insofern „zwingend“ ist, als sie über die Zulässigkeit weitergehenden nationalen Rechts entscheidet.¹²⁹³ Das ist aber gerade nicht der Fall, da sie lediglich den Normbefehl vorübergehend aufhebt und sich in dieser Wirkung erschöpft.¹²⁹⁴ Aus diesem Grund „erlaubt“ sie den Mitgliedstaaten aber auch nicht eine Abweichung von der in zeitlicher Hinsicht beschränkten Norm.

Dass aus der hier in Bezug genommenen Entscheidung in der Literatur zum Teil abgeleitet wurde, dass die zeitliche Beschränkung durch den Gerichtshof nicht an der Vorrangwirkung teilnehme¹²⁹⁵, kann daher nicht

1289 EuGH, Urteil vom 10.2.2000, Rs. C-50/96 (Deutsche Telekom/Schröder), Rn. 2; EuGH, Urteil vom 10.2.2000, verb. Rs. C-234/96 und C-235/96 (Deutsche Telekom/Vick und Conze), Rn. 2; EuGH, Urteil vom 10.2.2000, verb. Rs. C-270/97 und C-271/97 (Deutsche Post/Sievers und Schrage), Rn. 2.

1290 Aus diesem Grunde kritisch Huep, RdA 2001, 325 (332).

1291 In diesem Sinne aber Levits, SR 2015, 121 (124). Wißmann, in: FS Bauer, 2010, S. 1161 (1164) spricht davon, dass die Begrenzung durch den EuGH zu einer Einschränkung des festgestellten Norminhalts führe. Siehe auch Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (360), wonach die Norm des Unionsrechts für die Zeit zwischen Inkrafttreten und dem Tag der Urteilsverkündung einen anderen Inhalt habe als ab dem Tag des Urteils, während er in Rosenkranz, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 301 ausführt, der materielle Inhalt der Norm werde nicht verändert, sondern sei für die Zeit vor und nach dem Urteil identisch.

1292 EuGH, Urteil vom 8.4.1976, Rs. 43/75 (Defrenne), Rn. 74/75.

1293 Besselink, CMLRev. 38 (2001), 437 (451 ff.).

1294 Rosenkranz, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 304 f. Eine Aussage über die Zulässigkeit weitergehenden nationalen Rechts ist damit nicht getroffen, Rosenkranz, a.a.O., S. 430.

1295 So Wölker, EuR 2007, 32 (51).

überzeugen, da bereits der gedankliche Ausgangspunkt falsch gewählt ist: Eine Teilhabe an der Vorrangwirkung ist dadurch ausgeschlossen, dass sie sich nur auf den unionsrechtlichen Normbefehl bezieht, den sie begrenzt, nicht aber den unionsrechtlichen Normbefehl umkehrt.¹²⁹⁶

Ebenfalls nicht überzeugend ist es demnach, in den Entscheidungen des Gerichtshofs den Ausdruck eines Günstigkeitsprinzips zu erblicken, auf das dieser in entscheidungserheblicher Weise abgestellt habe. Ein solches ist nicht der Grund für die Zulässigkeit der Anwendung weitergehenden nationalen Rechts; dafür, dass ein mit dem Unionsgrundrecht vergleichbares Grundrecht, das in seinem zeitlichen Anwendungsbereich weiter zurückreicht als das Unionsgrundrecht, zur Anwendung gelangen kann, ist kein „Mehr“ an Gerechtigkeit die Ursache.¹²⁹⁷ Dem in seiner zeitlichen Wirkung begrenzten unionsrechtlichen Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen wird mit der Zulassung der Anwendung des Art. 3 GG lediglich „als Nebenfolge“ so weit wie möglich zur Geltung verholfen.

Eine die unionsrechtlichen Vorgaben in zeitlicher Hinsicht „übererfüllende“ Norm des nationalen Rechts ist daher nicht aufgrund einer zeitlichen Beschränkung der Wirkungen der unionsrechtlichen Norm unionsrechtlich unzulässig.¹²⁹⁸ Hierüber entscheidet das sonstige Unionsrecht unter Ausblendung der in zeitlicher Hinsicht beschränkten Norm.

Für die Frage der Zulässigkeit „nationalen Vertrauensschutzes“ lässt sich aus den vorangegangenen Überlegungen ableiten, dass es entscheidend auf den inhaltlichen Widerspruch zwischen Unionsrecht und nationalem Recht in einem bestimmten Zeitpunkt ankommt, zu dem die Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ im Vergleich zur Defrenne-Rechtsprechung führt.¹²⁹⁹ Dass Defrenne-Rechtsprechung und „nationaler Vertrauensschutz“ ihre jeweilige zeitliche Anwendbarkeit unterschiedlich beurteilen, ist also nicht ausschlaggebend.¹³⁰⁰

1296 Eine eigenständige Vorrangwirkung ebenfalls ablehnend *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 437.

1297 Entscheidend hierauf abstellend *Wusterhausen*, Wirkungen, 2016, S. 350 ff., der auch Art. 53 GRCh fruchtbar machen möchte, S. 353, Fn. 1146.

1298 Im Ergebnis ebenso GA *Cosmas*, verb. Schlussanträge vom 8.10.1998 in den Rs. C-50/96, C-234/96 und C-235/96, C-270/97 und C-271/97 (*Schröder u.a.*), Rn. 62 ff.

1299 *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 437; *Wißmann*, in: FS Bauer, 2010, S. 1161 (1167).

1300 So aber *Schaer*, Grenzen rückwirkender Rechtsprechung, 2010, S. 157; *Huep*, RdA 2001, 325 (331).

2. Unterbleiben einer Begrenzung

Schweigt der EuGH zu einer zeitlichen Begrenzung, ist dies wie gesehen gleichbedeutend mit deren Ablehnung.¹³⁰¹ Dass in diesem Schweigen keine implizite Ermächtigung der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Begrenzung der zeitlichen Wirkungen gesehen werden kann, kann daher nicht bestritten werden: Der unionsrechtliche Normbefehl ist nicht suspendiert; eine Möglichkeit für nationale Gerichte, dies aus eigenem Antrieb zu tun, besteht nicht.

Umgekehrt gilt aber auch, dass die Tatsache, dass der Gerichtshof eine zeitliche Begrenzung ausdrücklich abgelehnt hat, nicht gleichbedeutend mit einem Verbot der zeitlichen Modulation der Wirkungen der Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte ist. Einer gesteigerten Bindung sind die Wirkungen, die der EuGH seiner Auslegung in zeitlicher Hinsicht gegeben hat, nicht unterworfen.¹³⁰² Selbstverständlich ist wie gesehen zu beachten, dass mitgliedstaatliche Gerichte die vom Gerichtshof geprüften Kriterien nicht einer eigenständigen Beurteilung unterziehen können, da ihnen insoweit bereits die Prüfungsbefugnis entzogen ist. Unabhängig davon, ob der EuGH eine zeitliche Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt hat, ist dieser Ablehnung aber lediglich die Aussage zu entnehmen, dass das Unionsrecht nicht bereits aus Gründen der unionsrechtlichen Rechtssicherheit zurücktritt.¹³⁰³ Eine weitergehende Aussage ist hiermit nicht verbunden, sodass Reaktionsmöglichkeiten nationaler Gerichte auch bei der ausdrücklichen Ablehnung einer Begrenzung nicht von vornherein ausgeschlossen sind.

Die Erwägung des Conseil d'État in der Rechtssache *Association Vent De Colère!* u.a., der Begrenzung der Wirkungen der von ihm vorzunehmenden Nichtigerklärung der unionsrechtswidrigen nationalen Regelung stehe die Zurückweisung der von der französischen Regierung beantragten Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung durch den EuGH entgegen, gibt also die unionsrechtlichen Maßstäbe nicht zutreffend wieder. Die „Erwägungen derselben Natur“, an denen sich der Conseil d'État gehindert sieht, sind nicht zwingend mit einer Prüfung der vom EuGH seiner Defrenne-Rechtsprechung zugrunde gelegten Kriterien gleichzuset-

1301 Siehe oben bei Fn. 297 ff.

1302 In diese Richtung aber *Cassagnabère*, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 2017, 47 (58).

1303 Dies betont *Rosenkranz*, *Beschränkung der Rückwirkung*, 2015, S. 437 zutreffend.

zen.¹³⁰⁴ Ob der Conseil d'État dennoch zum richtigen Ergebnis gelangt ist, hängt von der Befragung der „Durchsetzungsdimension“ des Unionsrechts ab, der sich die Arbeit sogleich zuwenden wird.

3. Rechtskraft und Begrenzung der zeitlichen Wirkungen

Die Begrenzung der zeitlichen Wirkungen erwächst mit Begrenzung auf das Ausgangsverfahren in Rechtskraft. Eine Rechtskraftwirkung erga omnes ist damit allerdings nicht verbunden. Dies bewirkt auch die Präklusion nicht.¹³⁰⁵ Die Ablehnung der Begrenzung der zeitlichen Wirkungen wird dagegen nicht in den Tenor aufgenommen. Dass sich die Rechtskraft für das vorlegende Gericht auch auf die ausdrückliche Ablehnung einer zeitlichen Begrenzung bezieht, ist daher jedenfalls nicht eindeutig.¹³⁰⁶ Insoweit erscheint es vorzugswürdig, darauf abzustellen, dass die Ausschließlichkeit der Befugnis des EuGH zur Begrenzung der zeitlichen Wirkungen ein nationales Gericht an einer abweichenden Beurteilung der vom Gerichtshof geprüften Kriterien hindert.

Sollte der Gerichtshof eine zeitliche Begrenzung ohne Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer vornehmen, bedeutet dies, dass sich für den im Urteil bezeichneten Zeitraum auch der Kläger des Ausgangsverfahrens nicht auf die Norm in ihrer Auslegung durch den EuGH berufen kann. Die Rechtskraftwirkung hinsichtlich der Auslegung ist in einem solchen Fall demnach insoweit modifiziert, als sie für das Ausgangsverfahren keine Bedeutung erlangt.¹³⁰⁷

B. Die „Durchsetzungsdimension“

Wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung wiederholt, äußert er sich im Rahmen der Auslegung des Unionsrechts dazu, in welchem Sinne eine Bestimmung des Unionsrechts „seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen

1304 Conseil d'État, Urteil vom 28.5.2014, No. 324852 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-262/12 (Association Vent De Colère! u.a.), Rn. 38–44.

1305 Rosenkranz, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 404 f., der auf die unterschiedliche Zielsetzung von Präklusion und Rechtskraft hinweist.

1306 Hierfür Cassagnabère, Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel 2017, 47 (58).

1307 Siehe in diesem Zusammenhang auch Germelmann, Rechtskraft, 2009, S. 422 f.

und anzuwenden ist oder gewesen wäre“, und zieht daraus den Schluss, dass die nationalen Gerichte die Vorschrift in der vom EuGH 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“. ¹³⁰⁸ Durch diese Verknüpfung weist der Gerichtshof der Auslegung einer unionsrechtlichen Norm auch Auswirkungen auf die Ebene der Anwendung in laufenden und ausnahmsweise auch abgeschlossenen Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten zu. ¹³⁰⁹ Dieser Zusammenhang zwischen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sowie die Möglichkeiten einer Differenzierung zwischen beiden Ebenen sollen im Folgenden näher in den Blick genommen werden.

I. Zusammenhang zwischen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts

In der Rechtssache Cussens hat der Gerichtshof eine *Anwendung* des Grundsatzes des Verbots missbräuchlicher Praktiken „wie er aus dem Urteil Halifax hervorgeht“ auf Umsätze, die vor dem Erlass des Halifax-Urteils ¹³¹⁰ durchgeführt wurden, als mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes vereinbar eingeordnet. Die zeitlichen Wirkungen der im Halifax-Urteil vorgenommenen Auslegung des Grundsatzes des Verbots missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Mehrwertsteuer

1308 Siehe nur EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 56; EuGH, Urteil vom 22.9.2016, Rs. C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International u.a.), Rn. 59; EuGH, Urteil vom 22.1.2015, verb. Rs. C-401/13 und C-432/13 (Balazs), Rn. 49. Entsprechend auch EuGH, Urteil vom 20.9.2018, Rs. C-510/16 (Carrefour Hypermarchés u.a.), Rn. 61; EuGH, Urteil vom 19.10.2017, Rs. C-101/16 (Paper Consult), Rn. 64; EuGH, Urteil vom 22.11.2017, Rs. C-251/16 (Cussens u.a.), Rn. 41; EuGH, Urteil vom 10.11.2016, Rs. C-477/16 PPU (Kovalkovas), Rn. 51; EuGH, Urteil vom 10.11.2016, Rs. C-452/16 PPU (Poltorak), Rn. 55.

1309 GA Bobek, Schlussanträge vom 7.9.2017 in der Rs. C-251/16 (Cussens u.a.), Rn. 35 spricht hinsichtlich der zeitlichen Anwendung der Rechtsprechung des EuGH von einer „allgemeine[n] Regel der *inzidenten Rückwirkung*“ (Hervorhebung im Original); so auch bereits GA Bobek, Schlussanträge vom 13.7.2017 in der Rs. C-574/15 (Scialdone), Rn. 179. Für die abgeschlossenen Verfahren verweist er jeweils auf EuGH, Urteil vom 13.1.2004, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Rn. 28 und EuGH, Urteil vom 18.7.2007, Rs. C-119/05 (Lucchini), Rn. 63.

1310 EuGH, Urteil vom 21.2.2006, Rs. C-255/02 (Halifax u.a.).

hatte er nicht begrenzt, sodass eine Nachholung der Begrenzung nach der Präklusionsrechtsprechung des Gerichtshofs nicht in Betracht kam. Auch wenn in der hier vorgestellten Rechtssache die Besonderheit hinzukam, dass den sich missbräuchlich Verhaltenden eine Berufung auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verwehrt ist¹³¹¹, so bleibt für die vorliegenden Zwecke von Interesse, dass der Gerichtshof einerseits auf seine Rechtsprechung zur Begrenzung der Berufung auf eine ausgelegte Norm in zeitlicher Hinsicht verweist, die er wie gesehen am Grundsatz der Rechtssicherheit ausrichtet (und Vertrauensschutz dementsprechend nicht prüft) und andererseits auf die Passage in seinem Urteil in der Rechtssache DI, in der er eine Heranziehung des nationalen Vertrauensschutzgrundsatzes, die darauf abzielt, eine Anwendung des Verbots der Altersdiskriminierung zu verhindern, ablehnt.¹³¹² Damit nimmt er sowohl auf die erste Stufe der Auslegung als auch auf das Problem der Anwendung bzw. Durchsetzung des Unionsrechts im konkreten Fall auf nationaler Ebene Bezug.

Der in der Rechtssache Cussens im Mittelpunkt stehende Grundsatz des Verbots missbräuchlicher Praktiken „wie er im Bereich der Mehrwertsteuer durch die aus dem Urteil Halifax hervorgegangene Rechtsprechung angewandt wird“, ist nach Auffassung des EuGH keine durch eine Richtlinie aufgestellte Regel.¹³¹³ Er ordnet ihn dort vielmehr als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts ein¹³¹⁴, sodass seine Anwendung auch zu Lasten Privater möglich ist und es hierfür einer Umsetzung im nationalen Recht nicht bedarf. Das ansonsten aufgeworfene Problem einer zu Lasten des Einzelnen ausgeschlossenen unmittelbaren Wirkung der Richtlinie besteht daher nicht, auch wenn es im nationalen Recht zum maßgeblichen Zeitpunkt an einem Anknüpfungspunkt für die Unbeachtlichkeit missbräuchlicher Praktiken fehlte.¹³¹⁵

1311 EuGH, Urteil vom 22.11.2017, Rs. C-251/16 (Cussens u.a.), Rn. 42 f.; zustimmend *Buckler*, EuR 2018, 371 (378).

1312 EuGH, Urteil vom 22.11.2017, Rs. C-251/16 (Cussens u.a.), Rn. 39 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 22.1.2015, verb. Rs. C-401/13 und C-432/13 (Balazs), Rn. 49, 50 und EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 38–40.

1313 EuGH, Urteil vom 22.11.2017, Rs. C-251/16 (Cussens u.a.), Rn. 27 f.

1314 EuGH, Urteil vom 22.11.2017, Rs. C-251/16 (Cussens u.a.), Rn. 31; bestätigt in EuGH, Urteil vom 6.2.2018, Rs. C-359/16 (Altun u.a.), Rn. 49.

1315 *Buckler*, EuR 2018, 371 (373 f., 376 f.). GA Kokott, Schlussanträge vom 1.3.2018 in der Rs. C-116/16 (T Danmark), Rn. 101 ff. ordnet diese Rechtsprechung des Gerichtshofs als Besonderheit des Mehrwertsteuerrechts ein.

Ist ein unmittelbare Wirkung entfaltender unionsrechtlicher Rechtsgrundsatz betroffen, stellt der Gerichtshof also selbst einen Zusammenhang zwischen der Auslegung des Unionsrechts durch ihn selbst und dessen Anwendung durch die nationalen Gerichte her – unter Einbeziehung insbesondere auch seiner Begrenzungsrechtsprechung. Im Hinblick auf mittelbar wirkendes Unionsrecht fehlt es an einer entsprechend eindeutigen Aussage des Gerichtshofs. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass auch bei diesem ein Zusammenhang zwischen Auslegung und Anwendung besteht. Dieser Zusammenhang ist zwar insofern „mittelbarer“, als hier nationales Recht zur Anwendung gelangt, in das die Auslegung durch den Gerichtshof eingepasst werden muss. Auch könnte die in der zu Beginn des Kapitels wiedergegebenen Aussage des EuGH aufgestellte Verpflichtung, wonach die nationalen Gerichte bei Vorliegen der nationalen Verfahrensvoraussetzungen die Vorschrift in der vom EuGH vorgenommenen Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse anwenden können und müssen, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind¹³¹⁶, für den Fall der richtlinienkonformen Auslegung keine Bedeutung erlangen, wenn sie begrifflich eng zu verstehen wäre – es wird ja nicht die Vorschrift des Unionsrechts selbst unmittelbar auf den Sachverhalt angewandt, sondern das nationale Recht. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Begriff der „Anwendung“ in diesem Zusammenhang nicht ein weites Verständnis beigemessen werden könnte. Es spricht nichts dagegen, von einer Anwendung der ausgelegten Vorschrift des Unionsrechts bereits dann zu sprechen, wenn die Richtlinie in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof herangezogen wird, um eine Bestimmung des nationalen Rechts in ihrem Sinne auszulegen. Der Zusammenhang zwischen der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH und seiner Anwendung durch nationale Gerichte besteht daher auch bei mittelbar wirkendem Unionsrecht.

II. Trennung von Auslegung und Durchsetzungsdimension?

Gegen die sich hier abzeichnende Pflicht zur in zeitlicher Hinsicht unbegrenzten Anwendung des vom EuGH ausgelegten und nicht mit einer Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung versehenen Unionsrechts kommen sowohl auf das nationale (Verfassungs)recht gestützte Einwände als auch vom Unionsrecht selbst zugelassene Schranken in Betracht.

1316 Nachweise in Fn. 1308.

Vor dem Hintergrund, dass sich aus mitgliedstaatlicher Sicht insbesondere in den Fällen, in denen sich das Unionsrecht der Berücksichtigung nationaler Besonderheiten verschließt, ein Bedürfnis nach einem Rückgriff auf im nationalen Recht wurzelnde Erwägungen ergibt, erscheint es angezeigt, zunächst die vom Unionsrecht selbst anerkannten Schranken in den Blick zu nehmen.

Angesprochen sind damit insbesondere die unionsrechtlichen Grenzen des Anwendungsvorrangs sowie der Pflicht zu richtlinien- (und gegebenenfalls rahmenbeschluss)konformer Auslegung. Sie sind in Bezug zur Begrenzung der *ex tunc*-Wirkung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung zu setzen und daher vor dem Hintergrund der „Beschränkungsprärogative“ des Gerichtshofs hinsichtlich der Begrenzung der Berufung auf eine ausgelegte Norm in zeitlicher Hinsicht zu betrachten.¹³¹⁷ Damit ist das Verhältnis der jeweiligen „Durchsetzungsdimension“ – Anwendungsvorrang bzw. richtlinienkonforme Auslegung – zur Defrenne-Rechtsprechung zu untersuchen und zu fragen, ob neben dem Instrument der Begrenzung des Rechtsanwendungsbefehls der ausgelegten Norm in zeitlicher Hinsicht im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung auch eine Begrenzung des dieser Norm zukommenden Vorrangs oder der Verpflichtung, das nationale Recht im Sinne dieser Norm auszulegen, denkbar ist.

Dabei kann nach hier vertretener Auffassung nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Anwendungsbereich der Defrenne-Rechtsprechung mit den Grenzen unmittelbar anwendbaren Unionsrechts deckt.¹³¹⁸ Auch wenn sich der Gerichtshof in Verfahren, die die Auslegung von Richtlinienbestimmungen betreffen, die horizontale Rechtsstreitigkeiten prägen und daher nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine unmittelbare Wirkung entfalten, bislang zu keiner zeitlichen Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung veranlasst gesehen hat, so legt er seiner Prüfung doch dieselben Kriterien zugrunde wie in Fällen, in denen unmittelbar anwendbare Unionsrechtsbestimmungen betroffen sind.¹³¹⁹ Unterschiede zwischen beiden Kategorien von Unionsrecht bestehen im hier interessierenden Zusammenhang daher nicht bereits aus diesem Grund.

1317 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (47).

1318 So aber *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237 (273 f.).

1319 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 (Heininger), Rn. 52, die auf EuGH, Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-128/93 (Fischer), Rn. 18 verweist, wo der EuGH auf das Defrenne II-Urteil und seine dort begründete Rechtsprechung zur Beschränkung der zeitlichen Wirkungen Bezug nimmt.

Zwischen der Begrenzung der Auslegung und der Begrenzung der Durchsetzungsdimension trennen nicht sämtliche Autoren. So führt etwa Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Association France Nature Environnement*¹³²⁰ unter der Überschrift „Zur Aufrechterhaltung der Wirkung unionsrechtswidriger Bestimmungen“ aus, dass dem Gebot der Richtlinie 2001/42/EG, wonach eine ausreichende Autonomie der im Rahmen einer Umweltprüfung zu konsultierenden Stelle zu gewährleisten sei, Vorrang zukomme und sich nun die Frage stelle, ob dessen Wirkung vorübergehend zugunsten der diese Autonomie nicht vorsehenden französischen Regelungen ausgesetzt werden könne. Im Anschluss daran führt sie die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Begrenzung der Berufung auf die von ihm vorgenommene Auslegung an und verweist in Fn. 17 u.a. auf das *Defrenne II*-Urteil.¹³²¹ Im selben Atemzug zitiert sie, wie Fn. 16 deutlich macht, zum Nachweis der Ausschließlichkeit der Befugnis des Gerichtshofs im Rahmen der *Defrenne*-Rechtsprechung Rn. 67 des Urteils in der Rechtssache *Winner Wetten*.¹³²² Dort hatte der Gerichtshof ausgeführt, dass nur er über die Voraussetzungen einer Aussetzung der Verdrängungswirkung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts entscheiden könnte. Das Problem der vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung und die mit dem *Defrenne II*-Urteil begründete Beschränkungsrechtsprechung setzt Generalanwältin Kokott damit gleich.¹³²³ Dass eine solche Gleichsetzung stattfindet, zeigt sich auch in ihrer Aussage, das Urteil in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne* begründe neben der *Defrenne*-Rechtsprechung „keine *zusätzliche* Ausnahme“ vom Vorrang.¹³²⁴ Die *Defrenne*-Rechtspre-

1320 Zu dieser Rechtssache ausführlich unten bei Fn. 1454 ff.

1321 EuGH, Urteil vom 8.4.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne*), Rn. 71–75. Daneben zitiert sie EuGH, Urteil vom 6.3.2007, Rs. C-292/04 (*Meilicke* u.a.), Rn. 35 und EuGH, Urteil vom 23.10.2012, verb. Rs. C-581/10 und C-629/10 (*Nelson* u.a.), Rn. 89.

1322 EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*), Rn. 67.

1323 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 31 ff., insb. Rn. 34 mit Fn. 16 und 17. Beide Fälle gleich setzt auch GA *Bobek*, Schlussanträge vom 13.7.2017 in der Rs. C-574/15 (*Scialdone*), Rn. 180. Auf die Voraussetzungen und die Zuständigkeitsverteilung bei einer Suspendierung des Anwendungsvorrangs wird noch zurückzukommen sein, siehe unten bei Fn. 1375 ff.

1324 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 37 (Hervorhebung nur hier). Zum *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*-Urteil siehe ausführlich unten bei Fn. 1439 ff.

chung stellt ihrer Auffassung zufolge also eine Ausnahme vom Vorrang dar.

Ganz fern liegt eine solche Einordnung auf den ersten Blick in der Tat nicht: Durch die Begrenzung des Rechtsanwendungsbefehls in zeitlicher Hinsicht erlangt die vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung des Unionsrechts erst mit zeitlicher Verzögerung Bedeutung. Zu einer Verdrängung nationalen Rechts kann es damit erst zu dem Zeitpunkt kommen, in dem die Begrenzung des Rechtsanwendungsbefehls endet. Von einer zeitlichen Einschränkung des Vorranganspruchs bzw. einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung¹³²⁵ oder einer Verzögerung der Befolgung des Vorrangs unter Verweis auf primärrechtliche Grundsätze¹³²⁶ kann dennoch nicht gesprochen werden.

Gegen eine Gleichsetzung sprechen bei genauerer Betrachtung nämlich die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache Winner Wetten. Dieser ordnet die sich dort stellende Problematik als Frage der Aussetzung der Verdrängungswirkung des unmittelbar geltenden Unionsrechts ein. Mit der Verdrängungswirkung spricht er in der Tat einen Aspekt des Vorrangs an. Im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung geht es dagegen um eine Begrenzung des Rechtsanwendungsbefehls in zeitlicher Hinsicht, auf die der Gerichtshof im Winner Wetten-Urteil deswegen konsequenterweise keinen Bezug nimmt. Die Begrenzung der ex tunc-Wirkung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung stellt daher dogmatisch keine Begrenzung des Anwendungsvorrangs dar.¹³²⁷ Sie hat „mit einer Durchbrechung des

1325 So *Gundel*, in: Liber Amicorum Berg, 2011, S. 54 (63), der ebenfalls auf EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*), Rn. 67 verweist.

1326 In diesem Sinne *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1164 mit Fn. 24). Dass sie EuGH, Urteil vom 17.12.2015, verb. Rs. C-25/14 und C-26/14 (*UNIS und Beaudout Père et Fils*) als Beispiel dafür anführt, dass das Interesse an der Vermeidung von Rechtsunsicherheit die Stabilität vertraglicher Beziehungen über die Beachtung des Unionsrechts stellen kann, liegt insofern nahe, als in diesem Urteil materielle Kriterien an die Stelle der „üblichen“ Kriterien des guten Glaubens und der Gefahr schwerwiegender Störungen getreten sind. Dies bringt gewisse Annäherungen an die Winner Wetten-Rechtsprechung mit sich, siehe insoweit bereits oben bei Fn. 465. Die Konstellationen sind auf der Grundlage der derzeitigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dennoch auseinanderzuhalten.

1327 *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 206.

Anwendungsvorrangs [...] freilich nichts zu tun“.¹³²⁸ Zwischen beiden Instrumenten ist folglich zu unterscheiden.¹³²⁹

Dafür, dass die Möglichkeit einer Trennung zwischen Auslegung und Durchsetzung des Unionsrechts besteht, sprechen auch die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anzutreffenden Besonderheiten bei der Geltendmachung von Richtlinien. Während ein Bürger die Bestimmung einer nicht oder nicht richtig umgesetzten Richtlinie jedenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung in einem vertikalen Rechtsverhältnis geltend machen kann, ist ihm dies im horizontalen Rechtsverhältnis nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs verwehrt. In diesem Fall ist er auf eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts verwiesen und im Falle ihres Scheiterns auf einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen den Mitgliedstaat.¹³³⁰ Die in einem vertikalen bzw. horizontalen Rechtsverhältnis unterschiedliche Art der Durchsetzung einer Richtlinienbestimmung lässt die zugrundeliegende Auslegung dieser Richtlinienbestimmung unberührt. Im richtliniengeprägten Horizontalverhältnis kommt die Möglichkeit einer Trennung zwischen Auslegung und Durchsetzung daher noch deutlicher als bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht zum Ausdruck.

Der hier verwendete Begriff der „Durchsetzungsdimension“ meint keinen Mechanismus im Sinne eines eigenständigen Verfahrens. Zum Ausdruck gebracht werden soll vielmehr, dass die „Durchsetzungsdimension“ der unionsrechtlichen Norm zwar anhaftet, es sich bei ihr allerdings um einen von der Auslegung selbst unterscheidbaren Aspekt handelt. Dass der zeitliche Aspekt der Auslegung und der Durchsetzungsdimension getrennt voneinander betrachtet werden können, sagt natürlich noch nichts über das Ergebnis dieser Betrachtung aus. Eine Gleichbehandlung im Ergebnis von Auslegung und Durchsetzung ist daher nicht ausgeschlossen: Eine zeitlich unbegrenzt wirkende Auslegung kann zu einer zeitlich unbegrenzt wirkenden Durchsetzung führen; lediglich logisch zwingend ist dies nicht.

Vor dem Hintergrund dieser Differenzierung kann die Erwägung, dass die „Gewährung nationalen Vertrauensschutzes gegenüber der Wirkung

1328 *Karpenstein/Kuhnert*, DVBl. 2006, 1466 (1467).

1329 Die in EuGH, Urteil vom 6.10.2020, verb. Rs. C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (*La Quadrature du Net* u.a.), Rn. 216 erfolgte Gleichsetzung ist daher zurückzuweisen.

1330 EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-46/15 (*Ambisig*), Rn. 23 ff.; EuGH, Urteil vom 24.1.2012, Rs. C-282/10 (*Dominguez*), Rn. 40 ff.; EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (*Smith*), Rn. 55 f. Zur Ablehnung der Horizontalwirkung von Richtlinien durch den EuGH noch unten bei Fn. 1916 ff.

von Richtlinien“ nicht zulässig sei, da nur der EuGH selbst eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen vornehmen könne, nicht allein ausschlaggebend sein.¹³³¹ Sie unterscheidet nicht hinreichend zwischen den Ebenen von Auslegung und Durchsetzung des Unionsrechts. Äußert sich der Gerichtshof nicht zu der Frage einer zeitlichen Beschränkung der Berufung auf seine Auslegung, ist dies nicht gleichzusetzen mit einer Ablehnung nationalen Vertrauensschutzes.¹³³² Zwischen der Defrenne-Rechtsprechung und „Vertrauensschutz“ bei der richtlinienkonformen Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts ist vielmehr zu trennen.¹³³³ Gleiches gilt dann auch für das Verhältnis von Defrenne-Rechtsprechung und Anwendungsvorrang.

Zu einseitig ist aber auch die Überlegung, dass der EuGH (nur) über die zeitlichen Wirkungen der Auslegung des Unionsrechts entscheide und das nationale Gericht ihre Folgen für das nationale Recht zu bestimmen habe, sodass die Gewährung von Vertrauensschutz auf europäischer und nationaler Ebene auseinanderzuhalten sei. Ist die Auslegung des Unionsrechts für alle Mitgliedstaaten ex tunc verbindlich, ist das zwar nicht zwangsläufig gleichbedeutend mit der unbegrenzt rückwirkenden Unanwendbarkeit des nationalen Rechts in einem Mitgliedstaat.¹³³⁴ Insoweit besteht wie soeben herausgearbeitet die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen der Auslegung und der Durchsetzung des Unionsrechts. Dass unionsrechtliche und nationale Ebene aber derart strikt voneinander zu trennen wären, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Unionsrechts auf den konkreten Fall im Hinblick auf die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände gänzlich frei wären, ist nicht zutreffend.

Auch dem Anwendungsvorrang und der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung sind Vorgaben in zeitlicher Hinsicht zu entnehmen. Sie sind von den mitgliedstaatlichen Gerichten neben den Vorgaben zur Wirkung der Auslegung in zeitlicher Hinsicht zu beachten.¹³³⁵ Auch wenn es bei der Anwendung des Unionsrechts in einem Rechtsstreit vor einem nationalen Gericht um eine nachgelagerte Stufe der Reaktion auf die Auslegung des Unionsrechts geht, erlangen daher unionsrechtliche Maßstäbe Bedeutung.¹³³⁶ Zu beachten ist hierbei, dass sich der EuGH in aller Regel

1331 So aber *Winter*, jurisPR-ArbR 8/2011 Anm. 6, unter C. und D.

1332 Zutreffend *Picker*, ZTR 2009, 230 (235).

1333 Vgl. *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1927).

1334 Vgl. *Krois*, DB 2010, 1704 (1707).

1335 Zwischen Auslegung und Durchsetzung des Unionsrechts trennt auch *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (367).

1336 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Berkemann*, DVBl. 2017, 950 (951 f.).

nicht zu den Grenzen der jeweiligen Durchsetzungsdimension äußert. Seinen Urteilen ist daher in aller Regel lediglich eine ausdrückliche oder implizite Aussage zur zeitlichen Wirkung des ausgelegten Unionsrechts zu entnehmen.¹³³⁷

Die Frage, inwieweit für mitgliedstaatliche Gerichte eine Möglichkeit zur Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände besteht, wird in den Abschnitten zum Anwendungsvorrang und der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung noch näher beleuchtet.¹³³⁸

III. Folgerungen für die Frage „nationalen Vertrauensschutzes“

Auch das BAG hat die Frage der Gewährung von „nationalem Vertrauensschutz“ bei der Betroffenheit von Unionsrecht bereits beschäftigt. Dabei hat es die Trennung zwischen Auslegung und Durchsetzung des Unionsrechts fruchtbar gemacht, wie sich anhand zweier von ihm entschiedener Fallgestaltungen verdeutlichen lässt. Es hat sie zum Anlass genommen, die Möglichkeiten für nationale Gerichte, Vertrauensschutz zu gewähren, unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob „unmittelbar“ oder „mittelbar“ wirkendes Unionsrecht betroffen ist.¹³³⁹

In der ersten Konstellation stand die Auslegung von § 17 I 1 KSchG in Rede, wonach ein Arbeitgeber verpflichtet ist, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er mehr als die in § 17 I 1 KSchG genannte Zahl an Arbeitnehmern innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. In dem Verfahren, das letztlich zu einer Verfassungsbeschwerde geführt hat, wurde dem Arbeitnehmer mit Schreiben vom 18.11.2004 zum 31.3.2005 betriebsbedingt gekündigt; mit Schreiben vom 25.1.2005 wurde die Entlassung bei der Agentur für Arbeit angezeigt. Die (in diesem Fall angesichts zahlreicher weiterer Entlassungen erforderliche) Massenentlassungsanzeige erfolgte damit zwar vor dem Ablauf der Kündigungsfrist, aber nach der Kündigungserklärung. Den unionsrechtlichen Anforderungen genügte dies nicht.

1337 *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (368 f. mit Fn. 97).

1338 Siehe hierzu bei Fn. 1564 ff. und Fn. 2034 ff.

1339 Da die Fallkonstellationen auch das Bundesverfassungsgericht beschäftigt haben (siehe BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07 – NZA 2015, 375 sowie BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286), zeigt sich an ihnen auch das Zusammenspiel von Unions- und Verfassungsrecht.

In seinem Urteil vom 27.1.2005 in der Rechtssache Junk hatte der EuGH nämlich festgestellt, dass die Art. 2–4 der Richtlinie 98/59/EG¹³⁴⁰ dahin auszulegen sind, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis ist, das als Entlassung gilt.¹³⁴¹ Die Entlassung hätte aus unionsrechtlicher Sicht damit bereits vor der Kündigungserklärung bei der Agentur für Arbeit angezeigt werden müssen. In ständiger Rechtsprechung hatte das BAG darunter bislang allerdings die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist verstanden. Die Kündigung durch den Arbeitgeber war im zu entscheidenden Fall daher zwar im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG – d.h. mit der unionsrechtswidrigen Auslegung der §§ 17 f. KSchG durch das BAG – erfolgt, stand aber im Widerspruch zur im Junk-Urteil vorgenommenen Auslegung durch den EuGH.

Auch wenn die Entscheidung des EuGH eine Rechtsprechungsänderung aufseiten des BAG auslöste, die dazu führte, dass es die Kündigung als rechtswidrig ansah, entschied das BAG, dass sich seine Rechtsprechungsänderung aus Vertrauensschutzgründen nicht auf vor dem 27.1.2005 – dem Tag der Verkündung des Junk-Urteils – erklärte Kündigungen auswirke. Es hielt also die Kündigung des Arbeitgebers aus Vertrauensschutzgründen für wirksam, um eine für diesen nach seiner Auffassung ansonsten unzumutbare Härte zu vermeiden.

Zur Frage der Vereinbarkeit der Gewährung von Vertrauensschutz mit Unionsrecht führte der 2. Senat des BAG aus, die Entscheidung über den Vertrauensschutz sei ihm „nicht ‘entzogen’“. Er sei nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet gewesen, da er lediglich seine eigene Rechtsprechung und die Auslegung der nationalen Regelung des § 17 I 1 KSchG an das Unionsrecht angepasst habe. Es handele sich um eine Frage der nationalen Rechtsanwendung, wenn er den Begriff der Entlassung in § 17 I 1 KSchG zukünftig im Einklang mit den vom EuGH im Junk-Urteil dargelegten Richtlinienvorgaben verstanden wissen wolle. Unionsrecht habe er nicht ausgelegt, sondern das nationale Kündigungsschutzrecht richtlinienkonform angewendet.¹³⁴²

1340 Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. L 225 vom 12.8.1998, S. 16.

1341 EuGH, Urteil vom 27.1.2005, Rs. C-188/03 (Junk), Tenor Nr. 1.

1342 BAG, Urteil vom 1.2.2007, 2 AZR 15/06, Rn. 22 f. – juris. Der Senat verweist zur Stützung seiner Aussage auf *Canaris*, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47 (64) sowie *Pickenbrock*, ZZP 119 (2006), 3 (30) und stellt sich gegen *Schiek*, AuR 2006, 41 (43 f.), die eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH angenommen hatte.

Kurz zusammengefasst bedeutet dies, dass das BAG hier davon ausgeht, durch die Gewährung von Vertrauensschutz zwar die richtlinienkonforme Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes, nicht aber die Auslegung des Entlassungsbegriffs der Massenentlassungsrichtlinie beschränkt zu haben, was es als unionsrechtlich unbedenklich einstuft.¹³⁴³

Die zweite Konstellation betraf das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. In dem zu einer Verfassungsbeschwerde führenden Verfahren hatte ein Unternehmen mit einem Arbeitnehmer, der das 52. Lebensjahr bereits vollendet hatte, am 18.2.2003 für den Zeitraum vom 19.2.2003 bis zum 31.3.2004 einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag geschlossen. In seinem Urteil vom 22.11.2005 in der Rechtssache Mangold hatte der EuGH festgestellt, dass das Unionsrecht und insbesondere Art. 6 I der Richtlinie 2000/78/EG¹³⁴⁴ einer Regelung wie § 14 III 4 TzBfG entgegenstehe, der als Grundlage für die Befristung des Arbeitsvertrages gedient hatte. Dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinem Grundsatz des Unionsrechts müsse durch Nichtanwendung der entgegenstehenden Vorschriften des nationalen Rechts zur Wirksamkeit verholfen werden.¹³⁴⁵

Das BAG entschied daraufhin, dass Vertrauensschutzgründe es nicht erforderten, § 14 III 4 TzBfG auf eine vor dem 22.11.2005 – dem Tag des Mangold-Urteils – getroffene Befristungsabrede anzuwenden. Allein der EuGH sei dafür zuständig, die Unanwendbarkeit einer primärrechtswidrigen Norm des nationalen Rechts zeitlich zu begrenzen; die zeitlichen Wirkungen seines Unanwendbarkeitsausspruchs habe dieser in seinem Mangold-Urteil aber nicht begrenzt. § 14 III 4 TzBfG blieb daher unangewendet. Die abweichende Beurteilung der Vertrauensschutzproblematik durch das BAG im Nachgang der Junk-Entscheidung des EuGH stehe dazu nicht im Widerspruch, da das BAG dort nicht über Vertrauensschutz wegen der Unvereinbarkeit mit Primärrecht zu entscheiden gehabt habe.¹³⁴⁶

Sie verweist darauf, dass einem nationalen Gericht die Entscheidung über die Frage, ob der Gerichtshof „aus Gründen des Vertrauensschutzes verpflichtet gewesen wäre, die Rückwirkung der Entscheidung Junk zu beschränken“, entzogen ist.

1343 Siehe auch *Wißmann*, in: FS Bauer, 2010, S. 1161 (1165).

1344 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16.

1345 EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold).

1346 BAG, Urteil vom 26.4.2006, 7 AZR 500/04, Rn. 45 – BAGE 118, 76. Zustimmend *Koch*, JbArbR 44 (2007), 91 (105): unterschiedliche Rechtsquellen des

Im weiteren Verlauf dieser Arbeit gilt es, der Frage nachzugehen, ob die vom BAG zwischen „unmittelbar“ und „mittelbar“ wirkendem Unionsrecht vorgenommene Differenzierung überzeugend ist.

C. Anwendungsvorrang

Mit dem Vorrang als das Wesen des Unionsrechts selbst betreffendes besonderes Merkmal ist zunächst einer der Grundpfeiler des Unionsrechts in den Blick zu nehmen.¹³⁴⁷

I. Stellenwert des Vorrangs im Unionsrecht und Einführung in die Problematik

Nach der Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon wird der Vorrang des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs unter den dort festgelegten Bedingungen anerkannt.¹³⁴⁸ Im Vertrag von Lissabon selbst wurde er also nicht verändert, was an seiner Existenz und der Rechtsprechung des EuGH aber nichts ändert.

Der Vorrang führt dazu, dass durch das Inkrafttreten einer unionsrechtlichen Bestimmung jede entgegenstehende Vorschrift des nationalen Rechts ohne Weiteres unanwendbar wird.¹³⁴⁹ Jedenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen unmittelbarer Anwendbarkeit/Wirkung wird das nationale Recht in dem Umfang verdrängt, der aus Sicht des Unionsrechts zu

Unionsrechts. *Busch*, FA 2006, 235 (236) dagegen meint, es sei „merkwürdig“ und „ein verblüffendes Ergebnis“, dass das Vertrauen auf die Verabschiedung eines rechtmäßigen Gesetzes durch den Gesetzgeber nicht schutzwürdig sei, während bei Vertrauen auf die Rechtsprechung des BAG und die Verwaltungspraxis Vertrauensschutz gewährt werde. Die von ihm bei seiner Argumentation ausgeblendeten und möglicherweise zwischen unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht bestehenden Unterschiede sind im Folgenden näher in den Blick zu nehmen.

1347 EuGH, Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 (Beitritt der Union zur EMRK), Rn. 166.

1348 Erklärungen zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, Erklärung Nr. 17 (Erklärung zum Vorrang), ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 344.

1349 Siehe nur EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (*Taricco* u.a.), Rn. 52; EuGH, Urteil vom 14.6.2012, Rs. C-606/10 (*ANAFE*), Rn. 73.

seiner Verwirklichung erforderlich ist. Indem der EuGH verlangt, dass das nationale Recht „ohne Weiteres“ unanwendbar wird, bringt er zum Ausdruck, dass dessen Nichtanwendung weder von einem nationalen Zwischenverfahren abhängig ist noch einen zeitlichen Aufschub duldet. Damit verfügt der Anwendungsvorrang auch selbst über eine zeitliche Dimension.¹³⁵⁰

Da der Vorrang des Unionsrechts das Fundament des Rechtssystems der Union bildet, lässt er nach Auffassung etwa von Generalanwalt Wahl keine Ausnahme zu.¹³⁵¹ Ganz in diesem Sinne wird der unionsrechtlichen Position in der Literatur zum Teil ein absolutes und unbedingtes Verständnis vom Vorrang zugeschrieben.¹³⁵² Ob dies die Sicht des EuGH zutreffend widerspiegelt, wird im Folgenden zu hinterfragen sein.

Wird wie in dieser Arbeit nach Ausnahmen vom Vorrang gefragt, ist ein Vergleich mit der nationalen Ebene nicht zielführend. Erkennt das Bundesverfassungsgericht Ausnahmen von der grundsätzlichen Rechtsfolge der Nichtigkeit bei einem Verstoß gegen das Grundgesetz an, bedeutet dies nämlich nicht, dass Vergleichbares auch für den Fall eines Verstoßes des nationalen Rechts gegen Unionsrecht und damit für den Anwendungsvorrang gelten muss.¹³⁵³

Da der Vorrang den unionsrechtlichen Bestimmungen als „Durchsetzungsdimension“ anhaftet, kann er nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit den Vorschriften des Unionsrechts betrachtet werden, denen er innewohnt. Eine Einschränkung des Vorrangs hat dementsprechend

1350 Ebenso *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (377 f.).

1351 GA *Wahl*, Schlussanträge vom 11.9.2018 in der Rs. C-378/17 (Minister for Justice and Equality und Commissioner of An Garda Síochána), Rn. 60: „Es ist sehr wichtig, an dieser Stelle zu betonen, dass die verfassungsrechtliche Bedeutung des Vorrangs des Unionsrechts als fundamentaler Grundsatz des *Sui-generis*-Rechtssystems der Union nicht überschätzt werden kann. Wegen seiner fundamentalen Bedeutung erlaubt der Vorrang des Unionsrechts keine Ausnahme. Tatsächlich wäre die Zulassung von Ausnahmen schädlich für ebendieses Fundament, auf das das Rechtssystem der Union gebaut ist.“ (Kursivschrift im Original). In der Literatur wird der Anwendungsvorrang daher auch als „Heiligtum“ der europäischen Rechtsentwicklung“ bezeichnet, *Neusch/Schumm*, ZEuS 2008, 527 (532). *Nettesheim*, EuR 2006, 737 bezeichnet Kollisionsregeln als „Metaregeln eines Rechtssystems“.

1352 In diesem Sinne etwa *Claes*, in: Chalmers/Arnulf (Hrsg.), Oxford Handbook, 2015, S. 178 (179); ebenso *Mayer*, Kompetenzüberschreitung, 2000, S. 74 f. Nationale Auffassungen akzeptieren dagegen in aller Regel lediglich den Vorrang vor nationalem Gesetzesrecht, nicht aber für die bzw. Teile der nationalen Verfassung, vgl. den Befund bei *Claes*, a.a.O.

1353 So aber *Mertens*, DVBl. 2006, 1564 (1567).

unmittelbaren Einfluss auf das materielle Unionsrecht. Bei einer im Folgenden näher in den Blick zu nehmenden temporären Suspendierung der Verdrängungswirkung des Vorrangs werden daher auch alle materiellen Normen, auf die sich der Vorrang bezieht, vorübergehend suspendiert.¹³⁵⁴ Diese Feststellung ändert nichts an der Richtigkeit einer Trennung von Auslegung und Durchsetzung des Unionsrechts; eine solche Unterscheidung ebnet den Weg für eine Begrenzung der Durchsetzungsdimension in zeitlicher Hinsicht, die daher neben einer Begrenzung des Rechtsanwendungsbefehls der unionsrechtlichen Norm in zeitlicher Hinsicht in Betracht zu ziehen ist. Die aufgezeigte Wirkung des Anwendungsvorrangs lässt aber bereits erkennen, dass gewisse Parallelen im erzielten Ergebnis bei einer Suspendierung des Anwendungsvorrangs und einer zeitlichen Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung zu beobachten sind, die in Rechnung zu stellen sein werden.

Den Kern der Diskussion um die Möglichkeit einer temporären Suspendierung des Anwendungsvorrangs bilden die Forderung nach einer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Interessen und die Sorge um das Entstehen von Regelungslücken. Erreicht werden soll insbesondere, dass den Mitgliedstaaten hinreichend Zeit zur Anpassung ihres Rechts an unionsrechtliche Vorgaben zur Verfügung steht. Wer Rücksichtnahme auf die nationale Gewaltenteilung einfordert, muss sich allerdings mit dem Einwand auseinandersetzen, dass er die Durchführung des Unionsrechts auf nationaler Ebene dann jedenfalls zum Teil vom Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers abhängig macht, was mit dem Anwendungsvorrang gerade vermieden werden soll.¹³⁵⁵ Im Grundsatz etwas unverdächtiger erscheint daher das Ziel der Vermeidung eines Rechtsvakuum, das auch aus Sicht des Unionsrechts problematisch sein kann. Angesprochen sind jedenfalls in erster Linie Fälle, in denen einem nationalen Gericht ermöglicht werden soll, die Nichtanwendung des nationalen Rechts nicht sofort vorzunehmen, sondern auf die Zukunft zu verschieben.¹³⁵⁶

Neben der Problematik der Übergangsfrist für die Zukunft ist auch die Frage des Vertrauensschutzes für die Vergangenheit an dieser Stelle einzuordnen. Eine Kollision zwischen nationalem Recht und Unionsrecht wird auch durch „nationalen Vertrauensschutz“ hervorgerufen, da er darauf ge-

1354 *Terbechte*, EuR 2006, 828 (835 f.).

1355 Vgl. *Streinz*, EuZ 2006, 126 (130); siehe auch *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 207.

1356 Zu den hierfür vorgebrachten Argumenten siehe insbesondere *Paulus*, NJW 2011, 3686 (3688 f.).

richtet ist, die Durchsetzung einer unionsrechtlich gebotenen Rechtsfolge abzuwenden.¹³⁵⁷ Zu fragen ist also danach, ob sich ein nationales Gericht einer Nichtanwendung des nationalen Rechts mit Wirkung auch für in der Vergangenheit liegende Zeiträume verweigern kann.

II. Einschränkung des Vorrangs

Aufgeworfen ist in den hier betrachteten Fällen damit die Frage, ob der Vorrang den mitgliedstaatlichen Gerichten Spielräume in zeitlicher Hinsicht bietet. Zu ihrer Beantwortung bedarf es zunächst einer Bestimmung der Rechtsnatur des Vorrangs und damit seiner Einordnung in die Kategorien von Regel und Prinzip.¹³⁵⁸ Während eine Regel einen unmittelbaren Grund für eine gerichtliche Entscheidung darstellt, rechtfertigt ein Prinzip nur die Gründe einer Entscheidung.¹³⁵⁹

Auf den ersten Blick scheint die Einordnung auf der Hand zu liegen: Damit Klarheit darüber besteht, welche zweier kollidierender Normen unangewendet bleiben muss – dies kann nur entweder die eine oder die andere Norm sein –, muss der Anwendungsvorrang eine Kollisionsregel sein, die hierüber Auskunft gibt.¹³⁶⁰ Für die Einordnung des Vorrangs als Kollisionsregel spricht auch, dass der Vorrang selbst nicht am Normenkonflikt beteiligt ist. Er wohnt zwar der unionsrechtlichen Norm inne, lässt sich von dieser aber jedenfalls soweit abstrahieren, dass man ihn gewissermaßen als unbeteiligten Dritten ansehen kann, der die Normkollisions-

1357 Ebenso *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 453.

1358 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Nachdruck, 2006, S. 72 weist darauf hin, dass über die Unterscheidung dieser Kategorien „Unklarheit und Streit“ herrscht. Nach seiner Auffassung unterscheiden sich Regeln und Prinzipien qualitativ voneinander; eine Norm könne nur entweder Regel oder Prinzip sein, siehe S. 75 ff.

1359 *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 114. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Nachdruck, 2006, S. 75 f. zufolge sind Prinzipien „Normen [...], die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“. Prinzipien als Optimierungsgebote können danach „in unterschiedlichen Graden“ erfüllt werden, wohingegen Regeln „nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“.

1360 Näher zur Diskussion um die Einordnung des Anwendungsvorrangs als Kollisions- oder Rangregel *Schlücke*, Umsetzung, 2014, S. 66 ff. m.w.N. aus der Literatur.

sion „als Schiedsrichter“ entscheidet.¹³⁶¹ Eine solche Sichtweise entspricht der Vorstellung eines als absolut und unbedingt verstandenen Vorrangs des Unionsrechts, wie sie auch in der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls im Grundsatz zu Tage tritt.¹³⁶² Für eine zeitliche Verzögerung der Anwendung der Vorrangregel ist dann kein Raum.

Im Gegensatz zu einer Regel ist ein Prinzip einer Abwägung zugänglich.¹³⁶³ Bei einer Einordnung des Vorrangs selbst als Prinzip würde daher die Möglichkeit einer Abwägung etwa mit dem (unionsrechtlichen) Grundsatz der Rechtssicherheit eröffnet, die in der Lage ist, praktische Konkordanz zwischen den Prinzipien herzustellen.¹³⁶⁴ Einher ginge damit die Anerkennung von Grenzen des Vorranggrundsatzes.

In seiner Rechtsprechung zeigt sich der Gerichtshof einer solchen Möglichkeit gegenüber in Ansätzen offen. So führt er in seinem Urteil in der Rechtssache *Association France Nature Environnement* aus, dass er durch die Verleihung der Befugnis an nationale Gerichte, die Wirkungen der Nichtigerklärung einer unionsrechtswidrigen Bestimmung des nationalen Rechts (im Wege der Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen dieses Rechtsakts) anzupassen, Rechtmäßigkeit und Vorrang des Unionsrechts auf der einen Seite und das aus Art. 3 III EUV und Art. 191 I, II AEUV folgende primärrechtliche Umweltschutzgebot auf der anderen Seite miteinander in Einklang bringen wollte.¹³⁶⁵ Nach eigener Aussage des Gerichtshofs kann die Ausübung dieser Ausnahmefugnis durch ein nationales Gericht die Wahrung des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts beeinträchtigen.¹³⁶⁶

1361 Siehe zu den Argumenten für eine Einordnung als Regel insbesondere *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 2013, S. 96 ff., 201, wonach nur der Grundsatz „alles oder nichts“ (Anführungszeichen im Original) gelten könne; siehe auch *Becker*, *CMLRev.* 44 (2007), 1035 (1047 mit Fn. 33). *Funke*, *DÖV* 2007, 733 (735) sieht im Anwendungsvorrang „die Folge der Anwendung einer Kollisionsregel“.

1362 Zu verweisen ist dabei insbesondere auf EuGH, Urteil vom 9.3.1978, Rs. 106/77 (*Simmenthal*), Rn. 24.

1363 Bei einer Prinzipienkollision ist nach *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl., Nachdruck, 2006, S. 79 das Prinzip „mit dem jeweils größeren Gewicht“ im konkreten Fall vorrangig.

1364 Vgl. *Dashwood/Dougan/Rodger/Spaventa/Wyatt*, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 6. Aufl. 2011, S. 272. Siehe auch *Wölker*, *EuR* 2007, 32 (52); *Lenaerts/Corthaut*, *ELRev.* 2006, 287 (303).

1365 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 34 ff.

1366 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 52.

In besonders gelagerten Fällen deutet der EuGH also seine Bereitschaft an, den Vorrang des Unionsrechts unter strengen Voraussetzungen hinter andere Belange zurücktreten zu lassen.¹³⁶⁷ Daraus wird zum Teil geschlossen, dass der EuGH den Vorrang hier nicht als absolute Regel handhabe, sondern ausnahmsweise bereit sei, den Vorrang nur als, wenn auch gewichtigen, Grundsatz anzusehen.¹³⁶⁸ Seine Rechtsprechung deute auf eine je nach Fallgestaltung variierende Handhabung des Vorrangs als Regel oder als Prinzip hin.¹³⁶⁹

Gegen eine solche Doppelnatur des Vorrangs wird angeführt, dass es angesichts der Unterschiede in der Wirkungsweise einer Regel bzw. eines Prinzips nicht denkbar sei, den Vorrang im Hinblick auf dieselbe Fragestellung sowohl als Regel als auch als Prinzip einzuordnen. Da bei einer Normkollision feststehen müsse, welche Norm anzuwenden ist, müsse eine Einordnung als Regel erfolgen.¹³⁷⁰ Dass der Vorrang aber sowohl Elemente einer Regel als auch eines Prinzips in sich vereinen kann, zeigt ein Wechsel des Blickwinkels.

Dem Gerichtshof ist darin zuzustimmen, dass der Anwendungsvorrang und ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts auf Unionsebene miteinander in Konflikt geraten können. In diesem Fall ist eine unionsinterne Begrenzung des Anwendungsvorrangs denkbar; eine unionsinterne Abwägung kann dazu führen, dass der Vorrang im Ergebnis nicht zum Tragen kommt.¹³⁷¹ Für das mit dem Normenkonflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht konfrontierte nationale Gericht ergibt sich daraus, dass es davon auszugehen hat, dass das Unionsrecht die Nichtanwendung des

1367 Worin die Befugnis des EuGH zur vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung unionsrechtlicher Normen ihre Grundlage findet, wird an späterer Stelle noch untersucht, siehe unten bei Fn. 1384 ff.

1368 So *van der Hulle*, NtEr 2016, 284 (284, 288).

1369 Siehe *Sowery*, CMLRev. 53 (2016), 1705 (1716 ff.), die im Rahmen ihrer Analyse des Umgangs des EuGH mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit bei rechtskräftigen nationalen Gerichtsentscheidungen von einer „dual nature“ des Vorrangs spricht, mit vom Kontext, in dem er zur Anwendung kommt, abhängigen unterschiedlichen Wirkungen. Sie erkennt hierin ein bedingteres Verständnis des Vorrangs auf Unionsebene als es dieser in der Regel zugeschrieben wird. Zur Stützung ihrer Überlegungen führt sie allerdings etwa mit der Defrenne-Rechtsprechung auch ein Beispiel an, das sich wie gesehen dogmatisch nicht als Begrenzung des Anwendungsvorrangs darstellt.

1370 In diesem Sinne *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 97 f.

1371 Der Abwägungsfähigkeit des Vorrangs ablehnend gegenüberstehend dagegen *Funke*, DÖV 2007, 733 (740); gegen dessen Ansicht bereits *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 461.

nationalen Rechts in diesem Fall gerade nicht verlangt.¹³⁷² Führt die unionsinterne Abwägung dagegen zu einem Überwiegen des Anwendungsvorrangs, ist die Normkollision vom nationalen Gericht zugunsten des Unionsrechts aufzulösen. Die Ansiedelung des Abwägungsvorgangs auf Unionsebene verhindert, dass das nationale Gericht den Vorrang im Anschluss daran aus eigenem Antrieb und gestützt auf nationale Erwägungen begrenzen kann. Etwas anderes ergibt sich letztlich auch nicht aus dem Taricco II-Urteil des Gerichtshofs. Dieses legt zwar in der Tat ein Verständnis nahe, wonach der Gerichtshof den Vorrang gegenüber nationalem Verfassungsrecht relativiert hat. Letztlich kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der EuGH eine derartige Aussage treffen wollte, da er den Vorrang des Unionsrechts sonst beträchtlich geschwächt hätte.¹³⁷³

Fasst man die vorstehenden Überlegungen zusammen, ergibt sich daher folgendes Bild: Auf Ebene des Unionsrechts ist der Vorrang einer Abwägung zugänglich, sodass ihm andere unionsrechtliche Prinzipien entgegenstehen können. Für diese Zwecke ist der Vorrang demnach Prinzip. Eine solche Abwägung findet immer statt, sie wird aber nur in eng begrenzten Ausnahmefällen nicht zu einem Überwiegen des Vorrangs führen. Solange der EuGH davon ausgeht, dass nur er das Ergebnis dieser Abwägung vorgeben kann, ändert sich im Verhältnis der Vermittlung zwischen unionsrechtlicher und nationaler Norm nichts an der Einordnung als Regel. Insoweit bleibt es bei der klaren Aussage, ob die nationale Norm unangewendet zu lassen ist oder nicht. Für diese Zwecke ist der Vorrang daher Regel. Einer Trennung zwischen Kern und Randbereichen, wonach der Vorrang zwar im Kern eine Regel sein soll, sein „weitergehender Normgehalt“ aber ein Rechtsprinzip, bedarf es damit nicht.¹³⁷⁴

Vielmehr ist für die Ebene des Unionsrechts davon auszugehen, dass der EuGH den Vorrang mit anderen unionsrechtlichen Grundsätzen abwägen

1372 An der Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ändert dies nichts; insoweit besteht der Vorrang weiter. Siehe auch *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (50), dem zufolge die Verdrängungswirkung „nur ein Aspekt des unionsrechtlichen Vorrangs“ ist.

1373 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.). Zu diesem Urteil ausführlich unten bei Fn. 1685 ff.

1374 So aber *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 114, nach dessen Vorstellung es sich beim Vorrang demnach um ein Prinzip mit Regelkern handelt, sodass er im Bereich außerhalb des Regelkerns einer Abwägung zugänglich ist: Ist der Regelkern betroffen, liegt demnach eine echte Normkollision mit Vorrang des Unionsrechts vor. Ist dies nicht der Fall, liegt eine Prinzipienkollision vor, die eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter erfordert und an der Herstellung praktischer Konkordanz zu orientieren ist.

kann, was den Vorrang aus Sicht des EuGH als Prinzip erscheinen lässt. Auf mitgliedstaatlicher Ebene besteht eine solche Möglichkeit der Abwägung dagegen nicht, sodass der Vorrang aus Sicht der mitgliedstaatlichen Gerichte als Regel einzustufen ist. Hieran müssen sich die Aussagen des EuGH zur Suspendierung des Anwendungsvorrangs messen lassen.

III. Konturierung der Voraussetzungen und der Zuständigkeitsverteilung bei einer Suspendierung des Anwendungsvorrangs

Ausnahmen vom Anwendungsvorrang sind nach dem vorstehend Gesagten nur in Betracht zu ziehen, wenn sie auf unionsrechtsinterne Kriterien und Maßstäbe gestützt werden, damit der Anwendungsvorrang nicht unter dem „Vorbehalt mitgliedstaatlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung“¹³⁷⁵ steht.

Zurückzuweisen ist daher zunächst das Ansinnen, die Gewährung einer Übergangsfrist durch ein mitgliedstaatliches Gericht als indirekte Kollision zu beschreiben, um dann den unionsrechtlichen Maßstab für eine Suspendierung des Anwendungsvorrangs zu entwickeln. Näher zu untersuchen ist, welche Gesichtspunkte für eine Suspendierung des Anwendungsvorrangs in Betracht kommen und wie die Zuständigkeiten zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten in diesem Bereich aufgeteilt sind.

1. Kein Anknüpfen an den Kollisionsbegriff

Zum Teil wird versucht, sich dem Problem der vorübergehenden Suspendierung des Anwendungsvorrangs, die für eine Übergangsfrist das Fortbestehen von Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts ermöglicht, auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Kollisionen zu nähern.

Eine direkte/echte/unmittelbare Normkollision zeichnet sich durch die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen aus, wenn unionsrechtliche und nationale Norm auf denselben Sachverhalt angewandt werden – ein Problem, das durch die Verdrängung der nationalen Norm aufgrund des Anwendungsvorrangs der unionsrechtlichen Norm gelöst wird. Bei einer indirekten/unechten/mittelbaren Kollision wird dagegen eine unionsrechtliche Sachnorm durch eine nationale Verwaltungs-, Verfahrens-

¹³⁷⁵ *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 466.

oder Prozessnorm beeinträchtigt, zu deren Anwendung es aufgrund der nationalen Verfahrensautonomie kommt. Damit kommen sowohl die unionsrechtliche Norm als auch die nationale Norm zur Anwendung, wobei die unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität über die unionsrechtliche Zulässigkeit der Anwendung der nationalen Norm entscheiden.¹³⁷⁶ An einer indirekten Kollision sind daher grundsätzlich eine Norm des nationalen Rechts und zwei unionsrechtliche Normen beteiligt.¹³⁷⁷

Zur indirekten Kollision wird zum Teil vertreten, dass es sich bei ihr nicht um eine Frage des Anwendungsvorrangs handle, da dieser nur bei direkten Kollisionen zum Tragen komme.¹³⁷⁸ Ein derartiges Verständnis übersieht aber, dass auf seiner Grundlage nicht erklärt werden kann, weshalb es Fälle gibt, in denen nationale Verfahrensregelungen unangewendet bleiben müssen.¹³⁷⁹ Auch der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz entfalten unmittelbare Wirkung und verdrängen bei einem Verstoß die verfahrensrechtliche Vorschrift des nationalen Rechts. Eine indirekte Kollision kann damit auch als direkte beschrieben werden, bei der die nationale Verfahrensnorm mit den unmittelbar wirkenden Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität kollidiert. Die Bedeutung dieser Grundsätze ergibt sich zwar erst im Einzelfall unter Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts. Ist diese aber geklärt, muss die nationale Verfahrensvorschrift unangewendet bleiben.

Eine indirekte Kollision unterscheidet sich daher insoweit von einer direkten, als sie sich erst und nur im konkreten Anwendungsfall ergibt und nicht von vornherein feststeht.¹³⁸⁰ Zur Beantwortung der Frage nach den Folgen der Kollisionsauflösung ist die Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Kollisionen aber nicht aussagekräftig: Sie dient nur der Feststellung von Kollisionslagen, trifft aber keine Aussage über die Folgen

1376 Näher *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 98 f.; *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 115. *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (3 f.) bezeichnen jede Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Unionsrechts durch nationale Rechtsakte, die keine direkte Kollision darstellt, als indirekte Kollision; ebenso *Beljin*, NVwZ 2008, 156 (157).

1377 *Kadelbach*, Verwaltungsrecht, 1999, S. 49 f.

1378 Vgl. die Nachweise aus der Literatur bei *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (5 mit Fn. 62).

1379 Siehe etwa EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Rs. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), Rn. 37 f.

1380 Überzeugend *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 102.

der Kollisionsauflösung.¹³⁸¹ Ein Anknüpfen an den Kollisionsbegriff hilft daher im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter. Unabhängig von der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein nationales Gericht überhaupt einmal selbst eine Übergangsfrist gewähren kann, ist dementsprechend eine Auffassung zurückzuweisen, die in der Gewährung von Übergangsfristen durch nationale Gerichte eine indirekte Kollision erblickt und daher lediglich die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität als Grenze beachten möchte.¹³⁸² Ebenso wenig überzeugt eine Ansicht, die bei einer indirekten Kollision (anders als bei einer direkten) dem Anwendungsvorrang eine Wirkung als Prinzip (und nicht als Regel) zuweist.¹³⁸³

2. Rechtsgrundlage einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung

Da sich der Gerichtshof wie gesehen im Grundsatz zu Recht offen dafür gezeigt hat, den Vorrang hinter andere Belange zurücktreten zu lassen, bedarf der näheren Untersuchung, worin eine Befugnis des Gerichtshofs zur vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung einer Bestimmung des Unionsrechts ihre Grundlage findet. Dass mit einem derart vagen Phänomen wie dem „Zeitgeist“ jedenfalls keine Diskussionen über grundlegende unionsrechtliche Strukturmerkmale verbunden werden sollten, auch wenn der EuGH diesen in seine Entscheidungen mit einbeziehen mag, um politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, kann dabei nicht ernsthaft bezweifelt werden.¹³⁸⁴

Nach Ansicht des VG Köln läuft eine Fortgeltung nationalen Rechts entgegen den Vorgaben des Unionsrechts auf eine Unwirksamkeitserklärung der betroffenen Normen des Unionsrechts hinaus.¹³⁸⁵ Danach wäre in der

1381 *Ehlers/Eggert*, JZ 2008, 585 (589); diesen zustimmend *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 207 f., Fn. 910.

1382 So aber *Beljin*, NVwZ 2008, 156 (157 ff.).

1383 In diesem Sinne aber *Kadelbach*, Verwaltungsrecht, 1999, S. 51, 54, wonach eine direkte Kollision durch eine Regel entschieden werde, eine indirekte dagegen unter Berücksichtigung der objektiven Gehalte unionsrechtlicher Normen. Die direkte Kollision wird nach seiner Auffassung also durch regelgeleitete Rechtsanwendung, die indirekte durch prinzipiengeleitete Rechtsanwendung aufgelöst.

1384 So aber *Neuschl/Schumm*, ZEuS 2008, 527 (536 f.).

1385 VG Köln, Urteil vom 6.7.2006, 1 K 9196/04, Rn. 52 – juris in Bezug auf die im Bereich der Sportwetten maßgebliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfrei-

hier untersuchten Problemstellung die Gültigkeit des Unionsrechts betroffen – Primärrecht verwerfen bzw. aussetzen dürfte aber nicht einmal der EuGH.¹³⁸⁶ Einem derartigen Ansatz ist zwar zuzugeben, dass das Unionsrecht bei einer vorübergehenden Aussetzung des Anwendungsvorrangs im Ergebnis nicht zur Anwendung kommt, so als ob es für unwirksam erklärt worden wäre. Dennoch kann nicht argumentiert werden, dass der EuGH den Vorrang überhaupt nicht suspendieren darf, da der Ausgangspunkt bei einer solchen Betrachtung unzutreffend gewählt ist.

Vor dem Hintergrund, dass zwischen der Norm und ihrer Durchsetzung (auch wenn diese Dimension der Norm innewohnt) unterschieden werden kann, ist hier nicht die Gültigkeit der Norm betroffen, sondern lediglich ihre Durchsetzung. Erachtet man wie hier den Vorrang als einer Abwägung durch den EuGH zugänglich, kann er hinter anderen primärrechtlichen Grundsätzen zurücktreten. Durch eine vorübergehende Suspendierung des Anwendungsvorrangs wird die Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der unionsrechtlichen Normen also nicht berührt. In diesem Sinne erscheint eine Fortgeltung nationalen Rechts entgegen der Auffassung des VG Köln nicht als Unwirksamkeitserklärung des Unionsrechts.

Als Grundlage einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung führt der EuGH eine mögliche entsprechende Anwendung von Art. 264 II AEUV an.¹³⁸⁷ Die Fruchtbarmachung von Art. 264 II AEUV sollte nicht vorschnell als „in die Irre“ führend abgelehnt werden.¹³⁸⁸ Bei seiner direkten oder analogen Anwendung im Rahmen der Nichtigkeitsklage bzw. Ungültigkeitsvorabentscheidung geht es zwar in der Tat nicht um das Verhältnis von nationalem zu Unionsrecht, sondern um Konflikte innerhalb der Unionsrechtsordnung.¹³⁸⁹ Ebenso kommt es dadurch zu einem Konflikt mit der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten, dass die Durchbrechung des Anwendungsvorrangs

heit; siehe auch VG Köln, Beschluss vom 14.7.2006, 1 L 928/06, Rn. 42 – juris. *Mertens*, DVBl. 2006, 1564 (1567) kritisiert diesen Vergleich.

1386 So *Terhechte*, EuR 2006, 828 (841 f.).

1387 EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 67. Dass eine Heranziehung der Defrenne-Rechtsprechung ausscheidet, liegt auch darin begründet, dass nach ihr ein Ausschluss der Berufung auf die ausgelegte Norm für die Zukunft ausscheidet, siehe *Koenig/Schreiber*, DÖV 2008, 450 (454).

1388 So aber *Terhechte*, EuR 2006, 828 (836).

1389 Vor diesem Hintergrund bezeichnet etwa *Kruis*, EuZW 2006, 606 (607) das Bestehen einer aus Art. 264 II AEUV ableitbaren allgemeinen Regel als „zweifelhaft“. *Beljin*, NVwZ 2008, 156 (161) sieht einen „begrenzten Stellenwert“ des Art. 264 II AEUV im vorliegenden Zusammenhang. Siehe auch *Willers*, Übergangsfristen, 2011, S. 84.

auf den betroffenen Mitgliedstaat begrenzt erfolgen soll, wohingegen die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten bei der sonst üblichen Anwendung des Art. 264 II AEUV unberührt bleibt.¹³⁹⁰

Diese Argumente sprechen aber lediglich gegen eine entsprechende Anwendung des Art. 264 II AEUV, nicht aber dagegen, seinen Rechtsgedanken fruchtbar zu machen.¹³⁹¹ Andere sprechen deshalb von einer doppelten Analogie zu Art. 264 II AEUV. Angesprochen ist damit der in Art. 264 II AEUV angelegte Vorgang einer „im Anwendungsbereich des Vorrangs“ erfolgenden Abwägung der betroffenen Interessen im Hinblick auf die betroffene Norm des Unionsrechts.¹³⁹²

Bedeutung erlangt damit der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit in seinen unterschiedlichen Ausprägungen, was eine Orientierung an den Fallgruppen des Art. 264 II AEUV ermöglicht.¹³⁹³ Dass damit ein sehr weitreichender Rechtssicherheitsbegriff zum Tragen kommt, zeigt sich etwa daran, dass der Gerichtshof in den verbundenen Rechtssachen Kadi und Al Barakaat International Foundation mit der Terrorismusbekämpfung auch einen eher dem Gemeinwohl zuzuordnenden Grund als Auslöser für eine Anwendung des Art. 264 II AEUV anerkannt hat.¹³⁹⁴

Wird der Vorrang auf unionsrechtlicher Ebene durch eine unionsinterne Abwägung begrenzt, fehlt es im Verhältnis zum nationalen Recht an einer zu dessen Verdrängung führenden Kollision. Die Heranziehung des Rechtsgedankens des Art. 264 II AEUV bzw. seine doppelt analoge Anwen-

1390 Eine Übertragung bzw. Heranziehung daher ablehnend *Koenig/Schreiber*, DÖV 2008, 450 (453); *Talos/Arzt*, ELRep. 2010, 172 (173); *Kovács*, Temporale Wirkung, 2014, S. 314 f.

1391 *Neuschl/Schumm*, ZEuS 2008, 527 (540); *Ehlers/Eggert*, JZ 2008, 585 (588); *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 464 mit Fn. 175; *Hüsken*, ZfWG 2009, 13 (16) spricht von der Heranziehung der Leitgedanken der Rechtsprechung. Das Problem der nicht mehr gegebenen einheitlichen Anwendung des Unionsrechts besteht dabei natürlich weiterhin.

1392 So auch *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (50 f.); *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237 (268 f.). Zumindest erwägenswert erscheint es daher, die Erwähnung einer möglichen Analogie zu Art. 264 II AEUV im Winner Wetten-Urteil als Anknüpfungspunkt für eine Gleichbehandlung der Fälle der Defrenne-Rechtsprechung mit Art. 264 II AEUV zu sehen. Der EuGH hat sich hierzu noch nicht geäußert. Siehe zu dieser Frage bereits oben bei Fn. 465 f.

1393 *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 466 f. Zu diesen Fallgruppen ausführlich oben bei Fn. 962 ff.

1394 EuGH, Urteil vom 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission), Rn. 373 ff. Hierauf weisen auch *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (497, 501) zu Recht hin.

dung führen daher im hier vorliegenden Zusammenhang zu einer Begrenzung des Vorrangs selbst.¹³⁹⁵ Diese Begrenzung hat zur Folge, dass die Kollision zwischen Unions- und nationalem Recht erst zu dem Zeitpunkt eintritt, zu dem die Suspendierung endet.

3. Die Winner Wetten-Rechtsprechung

Die Diskussion um die Möglichkeit einer temporären Suspendierung des Anwendungsvorrangs nahm ihren Ursprung in der Problematik der Sportwettenmonopole und ihrer umstrittenen Vereinbarkeit mit Unionsrecht, genauer gesagt der unmittelbar anwendbaren Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Die darüber in Literatur und Rechtsprechung geführte Auseinandersetzung liegt in ihrem Kern zwar bereits einige Jahre zurück; im Jahr 2016 hat der EuGH allerdings auf seine im Rahmen dieser Auseinandersetzung ergangene Entscheidung in der Rechtssache Winner Wetten Bezug genommen und die darin angesprochene Möglichkeit einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung aufgegriffen.¹³⁹⁶ Die Hintergründe dieser Diskussion sind daher kurz zu beleuchten.

Den Ausgangspunkt bildete eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006, die das in Bayern geltende Sportwettenmonopol für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärte und dem bayerischen Gesetzgeber eine Übergangsfrist zur Herstellung eines grundgesetzkonformen Zustands gewährte. Die Nichtigkeit der in Rede stehenden Regelung hatte das Bundesverfassungsgericht also nicht festgestellt. Indem es die verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten zur Reaktion auf sein Urteil aufzeigte¹³⁹⁷, gab es zu erkennen, dass es ihm dabei um die Achtung vor dem Gesetzgeber ging. Die Gewährung der Übergangsfrist erfolgte

1395 Anders *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 203; auf S. 207 f. spricht er von einer „Begrenzung der zeitlichen Wirkung einer Kollision“; siehe auch *Ehlers/Eggert*, JZ 2008, 585 (588), die bei der direkten Anwendung des Art. 264 II AEUV von einer variierenden Bestimmung der Folgen der Kollision sprechen.

1396 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 33; EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*), Rn. 66 und 67.

1397 BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 (317 f.) erwähnt sowohl eine konsequente Ausgestaltung des Monopols, die sicherstellt, dass es wirklich der Suchtbekämpfung dient, als auch eine gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung gewerblicher Veranstaltung durch private Wettanbieter.

also mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung, der von der Rechtsprechung Zurückhaltung verlangt, wenn vom Gesetzgeber politische Entscheidungen zu treffen sind, um die festgestellte Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu beseitigen.¹³⁹⁸ Die Frage der Vermeidung eines Rechtsvakuumms spielte in den Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts dagegen keine erkennbare Rolle. Da auch bei einer Nichtigerklärung der Regelung ordnungsbehördliche Eingriffsmöglichkeiten gegenüber privaten Wettanbietern bestanden hätten, verwundert die verfassungsgerichtliche Akzentsetzung nicht.

Das Bundesverfassungsgericht führte aus, dass die bisherige Rechtslage für die Übergangszeit „mit der Maßgabe anwendbar“ sei, dass ein „Mindestmaß an Konsistenz“ zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wertsucht und der tatsächlichen Ausübung des Monopols herzustellen sei und dass in der Übergangszeit mit der Ausrichtung des Wettmonopols an der Bekämpfung der Wertsucht begonnen werden müsse.¹³⁹⁹ Nicht auf den ersten Blick klar ist, ob die Erfüllung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßgaben Bedingung für die weitere Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung ist.¹⁴⁰⁰ Lediglich als Appell können die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls nicht verstanden werden, da die Herstellung von Konsistenz in diesem Fall in das Belieben der Verwaltung gestellt und eine Durchsetzung der Maßgaben letztlich nicht möglich wäre. Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht ins Feld geführten Parallelität der verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen¹⁴⁰¹ wäre bei einem Verständnis als bloßer Appell zudem recht offensichtlich, dass weiterhin eine unionsrechtswidrige Regelung zur Anwendung käme. Dass das Bundesverfassungsgericht eine derartige Aussage treffen wollte, kann ihm ohne konkrete Anhaltspunkte allerdings nicht unterstellt werden. Bedingung für die Wirksamkeit des Übergangsrechts sind die Maßgaben letztlich dennoch nicht: Das Monopol ist weiterhin anwendbar; die Maßgaben sind Teil der Übergangsregelung, deren Einhaltung ist eine selbständig durchsetzbare Anordnung.¹⁴⁰²

1398 *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (492) umschreiben dies plastisch damit, dass ein Gericht dem Gesetzgeber in einem solchen Fall keine Knüppel zwischen die Beine werfen solle.

1399 BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 (319).

1400 Dafür *Mertens*, DVBl. 2006, 1564 (1566).

1401 BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 (316 f.).

1402 In diesem Sinne auch *Hüsken*, ZfWG 2009, 13 (18 f. mit Fn. 69) und *Schmid*, GewArch 2006, 177 (178). Siehe auch VG Köln, Urteil vom 6.7.2006, 1 K 9196/04, Rn. 71 – juris: „Aus der Entscheidung lässt sich nämlich kein Junktim

Hinsichtlich der Frage des Verhältnisses der gewährten Übergangsfrist zum Unionsrecht ist zu unterscheiden. Zunächst ist festzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht selbst anerkannt hat, dass es für die Beurteilung der Vereinbarkeit der nationalen Rechtslage mit Unionsrecht nicht zuständig ist.¹⁴⁰³ Es konnte und wollte das Unionsrecht in seinem Sportwetturteil nicht verbindlich auslegen.¹⁴⁰⁴ Angesichts des Hinweises des Bundesverfassungsgerichts auf die parallele unionsrechtliche Beurteilung¹⁴⁰⁵ sowie des Wortlauts der Übergangsregelung, die nicht auf rein innerstaatliche Sachverhalte beschränkt worden, sondern „ohne jeden Vorbehalt“ ergangen ist¹⁴⁰⁶, ist sodann festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht eine einheitliche Übergangsfrist für sämtliche Sachverhalte angeordnet hat. Für die Beurteilung der Übergangsregelung aus unionsrechtlicher Sicht ist daher entscheidend, ob die Kollision mit Unionsrecht durch die vom Bundesverfassungsgericht angeordneten Modifikationen entfallen ist. Die hier interessierende Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs stellt sich demnach nur, wenn die Übergangsregelung an der Unionsrechtswidrigkeit nichts geändert hat.¹⁴⁰⁷

Insoweit wird in der Literatur zum Teil geltend gemacht, dass die Maßgaben der Weitergeltensanordnung den unionsrechtlichen Anforderungen für eine Übergangszeit genügen.¹⁴⁰⁸ Da sie zur Verfassungskonformität des Monopols führten, führten sie angesichts der Parallelität der beiden Maßstäbe auch zur Unionsrechtskonformität.¹⁴⁰⁹ Allerdings gehen die vom Bundesverfassungsgericht verlangten Änderungen weniger weit, als eine Neuregelung gehen müsste.¹⁴¹⁰ Auch kann eine tatsächliche Änderung der Rechtspraxis der Unionsrechtswidrigkeit der zugrundeliegenden rechtlichen Regelung nicht abhelfen.¹⁴¹¹ Da das Bundesverfassungsgericht auch ein Regelungsdefizit festgestellt hat¹⁴¹², können lediglich tatsächliche

zwischen der Erfüllung dieser Vorgaben und der ordnungsrechtlichen Befugnis zum Einschreiten gegen private Wettveranstalter herleiten.“

1403 BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 (299 f.).

1404 Siehe auch *Unterreitmeier*, NJW 2013, 127 (129).

1405 *Beljin*, NVwZ 2008, 156 weist darauf hin, dass kein Hinweis auf eine Beschränkung auf rein innerstaatliche Sachverhalte zu finden ist.

1406 *Schmid*, GewArch 2006, 177 (178 f.).

1407 *Hüsken*, ZfWG 2009, 13 (14): „denknotwendig“.

1408 *Bethge*, ZfWG 2007, 245 (248); tendenziell ebenso *Kruis*, EuZW 2006, 606.

1409 So *Hüsken*, ZfWG 2009, 13 (18 f.).

1410 *Beljin*, NVwZ 2008, 156 (158).

1411 Deutlich auch VG Köln, Beschluss vom 21.9.2006, 1 K 5910/05 – GewArch 2006, 467 (468).

1412 BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 (309).

Maßnahmen dieses nicht beheben.¹⁴¹³ Der Verstoß gegen Unionsrecht besteht damit fort; die Kollision ist durch die vom Bundesverfassungsgericht angeordneten Modifikationen nicht entfallen.

Vor diesem Hintergrund setzt das OVG Münster eine Stufe früher an und möchte über die von ihm ins Spiel gebrachte Durchbrechung des Vorrangs bereits das Bestehen einer Kollision zwischen Unionsrecht und nationalem Recht vermeiden.¹⁴¹⁴ So begründete es (in einem gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Untersagung der Vermittlung von Sportwetten gerichteten einstweiligen Rechtsschutzverfahren) seine Ansicht von der fehlenden Unionsrechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung damit, dass dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts und der damit korrespondierenden Nichtanwendungspflicht hinsichtlich des nationalen Rechts gewisse Grenzen gesetzt seien. Bei Entstehung einer inakzeptablen Gesetzeslücke durch die Nichtanwendung des nationalen Rechts könne der Anwendungsvorrang vorerst nicht greifen, sodass es zu dessen temporärer Durchbrechung komme. Dafür müsse die Nichtanwendung des nationalen Rechts absehbar zu einer Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen führen, die ersichtlich schwerer wiege als die Beeinträchtigung der durch die jeweils verletzte europarechtliche Vorschrift geschützten Rechtsgüter und nicht anders abgewendet werden könne als durch eine zeitlich begrenzte weitere Anwendung der betroffenen nationalen Rechtsvorschriften. Der Anwendungsvorrang bleibe so lange suspendiert, bis der nationale Gesetzgeber hinreichend Gelegenheit gehabt habe, eine unionsrechtskonforme Regelung zu treffen.¹⁴¹⁵

Das OVG Münster entwickelt die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Vorrangs also selbst und lehnt eine Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH mit der Erwägung ab, die Angelegenheit sei eilbedürftig und es gehe nicht um die Gültigkeit, sondern nur um die Auslegung von Unionsrecht.¹⁴¹⁶ Insoweit befindet es sich im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht, demzufolge im Eilverfahren keine Pflicht zur Vorlage an den

1413 VG Arnsberg, Beschluss vom 23.5.2006, 1 L 379/06, Rn. 16 – juris: Werbung zwar eingeschränkt, rechtliche Ausgestaltung aber unverändert; insoweit zustimmend OVG Münster, Beschluss vom 28.6.2006, 4 B 961/06 – EuR 2006, 821 (825): Defizit der gesetzlichen Regelung selbst nicht beseitigt; VG Köln, Urteil vom 6.7.2006, 1 K 9196/04, Rn. 44 – juris; zustimmend *Mertens*, DVBl. 2006, 1564 (1567).

1414 Vgl. *Terbechte*, EuR 2006, 828 (832).

1415 OVG Münster, Beschluss vom 28.6.2006, 4 B 961/06 – EuR 2006, 821 (825 f.).

1416 OVG Münster, Beschluss vom 28.6.2006, 4 B 961/06 – EuR 2006, 821 (827).

EuGH „wegen der ‚Suspendierung primären [Unions]rechts‘“ besteht.¹⁴¹⁷ Zwar stellte sich die Frage nach der Vorlagepflicht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen einen Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs letztlich nicht, da dieser von der Vereinbarkeit der bayerischen Rechtslage und Praxis mit Unionsrecht ausgegangen war und es für ihn auf das Problem der Aussetzung des Vorrangs daher gar nicht ankam. Das Bundesverfassungsgericht führte aber aus, dass auch bei der Bejahung einer temporären Aussetzung der Anwendbarkeit von primärem Unionsrecht eine Vorlagepflicht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zwangsläufig anzunehmen sei, da sich der EuGH zum Bestehen der Vorlagepflicht in einem solchen Falle noch nicht geäußert habe und der Beschwerdeführer eine entsprechende Auslegung des Art. 267 III AEUV vom EuGH lediglich erwarte.¹⁴¹⁸

Bei der Gegenüberstellung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des OVG Münster fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht sich in seinem Sportwettenurteil bei der Anordnung der Übergangsfrist auf die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers berufen hat, während sich das OVG Münster für die Begründung einer temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs auf die drohende Entstehung eines Rechtsvakuaums stützte. Zu beiden Entscheidungen äußerte sich der EuGH in seinem auf ein Vorabentscheidungsersuchen des VG Köln ergangenen Winner Wetten-Urteil.

Im Hinblick auf das Argument der innerstaatlichen Gewaltenteilung¹⁴¹⁹ ist festzustellen, dass der EuGH diesem keine Beachtung schenkt, da er sich mit der Motivationslage des Bundesverfassungsgerichts nicht näher auseinandersetzt.¹⁴²⁰ Er stellt lediglich fest, dass nationale Verfassungsgerichte die Verpflichtung nationaler Gerichte zur Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts nicht einschränken können, sodass eine verfassungsgerichtliche Entscheidung, die Wirkungen innerstaatlicher Rechtsvorschriften im Anschluss an die Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit vorübergehend aufrechterhält, keine Abweichung vom Vorrang rechtfertigt.¹⁴²¹ Obwohl er der verfassungsgerichtlichen Übergangsrege-

1417 BVerfG, Beschluss vom 19.10.2006, 2 BvR 2023/06 – BVerfGK 9, 330 (335).

1418 BVerfG, Beschluss vom 19.10.2006, 2 BvR 2023/06 – BVerfGK 9, 330 (336). Zur Frage des Bestehens einer Vorlagepflicht bei der Suspendierung des Vorrangs näher sogleich bei Fn. 1504 ff.

1419 Dies ist *Paulus*, NJW 2011, 3686 (3689) ein besonderes Anliegen.

1420 Siehe auch *Beukers*, CMLRev. 48 (2011), 1985 (1996, 1997 f., 1999).

1421 Das kann nicht weiter überraschen, vgl. etwa EuGH, Urteil vom 9.3.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal), Rn. 24. Der EuGH, Urteil vom 8.9.2010,

lung damit die Anwendbarkeit auf das Unionsrecht versagt¹⁴²², bedeutet dies nicht, dass er auf die Gewaltenteilung gestützten Argumenten grundsätzlich ablehnend gegenüberstehe. So hat er einerseits etwa in seinen im ersten Teil dieser Arbeit behandelten Urteilen in den verbundenen Rechts-sachen *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson* sowie *Ruckdeschel u.a.*¹⁴²³ entsprechende, die Ebene des Unionsrechts betreffende Überlegungen ernst genommen. Andererseits hat er sich in seinem im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher zu besprechenden *Taricco II*-Urteil auch durchaus offen für die nationale Gewaltenteilung betreffende Einwände gezeigt und akzeptiert, dass die Rechtsprechung nach italienischem Verständnis bestehende Lücken nicht anstelle des Gesetzgebers füllen kann.¹⁴²⁴ Die Schlussfolgerung, dass der Gerichtshof dem Argument der Rücksichtnahme auf die Gewaltenteilung nach seinem *Winner Wetten*-Urteil keine Bedeutung mehr beimisst, ist also nicht gerechtfertigt.¹⁴²⁵

Im Übrigen kann auch daraus, dass der Gerichtshof bei Verstößen gegen den Gleichheitssatz zum Teil selbst der benachteiligten Gruppe den ihr vorenthaltenen Vorteil der bevorzugten Gruppe zuspricht, bis der Gesetzgeber der Unvereinbarkeit abgeholfen hat, nicht zwingend geschlossen werden, dass der Gerichtshof dem „demokratischen Argument“ abneigend gegenübersteht. Daran, dass er in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Sturgeon u.a.*¹⁴²⁶ auf eine Auslegung des in Rede stehenden Unionsrechtsakts im Einklang mit dem primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgreift, um eine Gleichbehandlung der Fluggäste ver-

Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*), Rn. 60 zitiert EuGH, Urteil vom 19.11.2009, Rs. C-314/08 (*Filipiak*), Rn. 84. Die Rechtssache *Filipiak* betraf eine ganz ähnliche Frage, da das polnische Verfassungsgericht entschieden hatte, dass ein verfassungswidriges Gesetz bis zum 30.11.2008 anwendbar sei. Auch diese Entscheidung des Verfassungsgerichts änderte nichts an der Pflicht der nationalen Gerichte zur Nichtanwendung des nationalen Gesetzes. Siehe auch EuGH, Urteil vom 5.10.2010, Rs. C-173/09 (*Elchinov*), Rn. 32 sowie *Beukers*, CMLRev. 48 (2011), 1985 (1998 f.) und *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1720).

1422 Kritisch *Paulus*, NJW 2011, 3686 (3689).

1423 EuGH, Urteil vom 19.10.1977, verb. Rs. 124/76 und 20/77 (*Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson*), Rn. 27/29; EuGH, Urteil vom 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 und 16/77 (*Ruckdeschel u.a.*), Rn. 13. Siehe oben bei Fn. 974 ff.

1424 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (*M.A.S. und M.B.*), Rn. 41, 59. Zum *Taricco II*-Urteil näher unten bei Fn. 1685 ff.

1425 A.A. *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (498 f.).

1426 EuGH, Urteil vom 19.11.2009, verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 (*Sturgeon u.a.*), insb. Rn. 48. Dieses Urteil nehmen auch *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (499 mit Fn. 84) in Bezug. Siehe auch das Nachfolgeurteil EuGH, Urteil vom 23.10.2012, verb. Rs. C-581/10 und C-629/10 (*Nelson u.a.*).

späteter und annullierter Flüge zu erreichen, zeigt sich lediglich, dass dem Unionsrecht selbst die Vorgaben bis zu einer Neuregelung zu entnehmen sind.¹⁴²⁷

Da es den unionsrechtlichen Vorgaben wesenseigen ist, dass nationale Gerichte nationale Normen außer Anwendung lassen können und müssen, kann im Hinblick auf das Argument der Rücksichtnahme auf die innerstaatliche Gewaltenteilung letztlich kein nationales Verständnis des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung Geltung beanspruchen. Dass sich ein nationales Gericht über Entscheidungen des nationalen Gesetzgebers hinwegsetzen kann, ist anerkannte Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs. Droht die Entstehung einer Regelungslücke, ist diese unmittelbar im Rahmen seiner Entscheidung auch durch ein mitgliedstaatliches Gericht unionsrechtskonform zu schließen; die Lückenschließung ist nicht dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten.¹⁴²⁸

Damit muss ein einheitliches unionsrechtliches Konzept des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung über die Aussetzung der Verdrängungswirkung entscheiden. Im Hinblick auf das Gebot der Achtung der nationalen Identität nach Art. 4 II EUV werden zwar Zweifel geltend gemacht, ob ein europäisches Gewaltenteilungskonzept den nationalen Besonderheiten übergestülpt werden könne.¹⁴²⁹ Entgegenzuhalten ist dem aber, dass danach, jedenfalls nach hier vertretener Auffassung, lediglich eine für Einflüsse aufgrund der europäischen Integration offene Identität – eine Identität als Mitgliedstaat der Europäischen Union – geschützt ist.¹⁴³⁰

Ein weiterer Blick auf das Winner Wetten-Urteil zeigt, dass der EuGH dort im Hinblick auf die Frage der vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung, die sich natürlich auch unabhängig von der Existenz einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung stellen kann, behutsam vorgeht. Indem er eine analoge Anwendung seiner Rechtsprechung zur Aufrechterhaltung der Wirkungen unwirksamer Unionsrechtsakte auf diesen Fall nicht ausschließt, deutet er eine vorsichtige Öffnung an, für die

1427 *Kim/Dübbbers*, ZfWG 2006, 107 (112 f.) machen dem OVG Münster daher zum Vorwurf, „deutsche“ Erwägungen auf Unionsrecht übertragen zu haben; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (5) weisen darauf hin, dass der Gerichtshof Lücken zum Teil selbst schließt oder gar nicht erst entstehen lässt. Siehe auch *Willers*, Übergangsfristen, 2011, S. 85 f.; *Prechal*, CMLRev. 37 (2000), 1047 (1060 f.); *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 227 f.

1428 *Koenig/Schreiber*, DÖV 2008, 450 (451 f.).

1429 Siehe etwa *Beukers*, CMLRev. 48 (2011), 1985 (2000 mit Fn. 96).

1430 Auf den Schutz lediglich der mitgliedstaatlichen und nicht der rein staatlichen Identität weist etwa auch *Haratsch*, EuR 2016, 131 (144) hin.

er aber im konkreten Fall keinen Raum sieht. Selbst wenn man eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung für möglich erachte, scheide, so der EuGH, eine solche in dem ihm vorliegenden Fall von vornherein aus, da mangels kohärenter und systematischer Begrenzung der Wetttätigkeiten keine zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit vorlägen, die sie rechtfertigen könnten.¹⁴³¹ Die vom OVG Münster ins Feld geführte Begründung mit der Gefahr der Entstehung eines Rechtsvakuumms lehnt er also ab, was verständlich ist, da das Unionsrecht letztlich unter dem Vorbehalt nationalen Rechts stünde, wenn man das Vorliegen einer inakzeptablen Lücke aus dessen Perspektive bestimmte.¹⁴³²

Die Ausführungen des Gerichtshofs geben zu erkennen, dass es sich bei dem hier diskutierten Problem richtigerweise um ein solches der Aussetzung der Verdrängungswirkung des Unionsrechts handelt und nicht um ein solches der Aufrechterhaltung der Wirkungen des nationalen Rechts, für die ihm die Befugnis fehlte.¹⁴³³ Wenn er einem nationalen Gericht unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift erlaubt, die eine Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen des nationalen Rechts gestattet¹⁴³⁴, so denkt er demnach vom Unionsrecht her. Die Aufrechterhaltung von Wirkungen des nationalen Rechts ist dann lediglich eine Folge der Zurücknahme des Geltungsanspruchs des Unionsrechts.

Seine im Winner Wetten-Urteil getroffene Aussage hat der Gerichtshof in der Folgezeit bestätigt: Danach verhindert der Vorrang des unmittelbar geltenden Unionsrechts („primacy of directly-applicable European Union law“; „primauté du droit de l’Union directement applicable“), dass eine nationale Regelung für eine Übergangszeit weiter angewandt werden darf, die nicht in kohärenter und systematischer Weise dazu beiträgt, Wetttätigkeiten zu begrenzen, und daher unionsrechtswidrig ist.¹⁴³⁵ Das ist aber,

1431 EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 67 f.; siehe auch *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (495 f.).

1432 Vgl. *Kim/Dübbens*, ZfWG 2006, 107 (114).

1433 *Aubert/Broussy/Donnat*, AJDA 2010, 2305 (2306).

1434 Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 63; EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 43; EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 182.

1435 EuGH, Urteil vom 24.1.2013, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11 (Stanleybet International u.a.), Rn. 38 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 69; wiederholt in EuGH, Urteil vom 4.2.2016, Rs. C-336/14 (Ince), Rn. 53.

um im Bereich der Glücksspiele zu bleiben, nicht gleichbedeutend mit einer Pflicht des Mitgliedstaats etwa zur Liberalisierung des Glücksspielmarkts. So kommt eine Reform eines bestehenden Monopols ebenso in Frage wie die Einführung eines Systems vorheriger behördlicher Genehmigung. Voraussetzung ist dann lediglich, dass sichergestellt ist, dass ein Ermessensmissbrauch der nationalen Behörden verhindert wird.¹⁴³⁶

Damit hat der EuGH den Grundsatz, dass er keine Übergangsfrist gewährt, nicht abgeschwächt.¹⁴³⁷ Vielmehr trägt er dem Umstand, dass die Ausgestaltung des Sportwettenmonopols Sache der Mitgliedstaaten ist, auf andere Weise Rechnung. Diese verfügen also über gewisse Gestaltungsmöglichkeiten, sodass Raum für die Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Besonderheiten besteht. Durch die Gewährung einer Übergangsfrist können jene aber keine Anerkennung finden.¹⁴³⁸

4. Nähere Konturierung der Voraussetzungen in der Rechtsprechung des EuGH

Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, dass der Vorrang des Unionsrechts nach Auffassung des Gerichtshofs zu Recht einer Abwägung grundsätzlich zugänglich ist. In der Tat lässt sich hierfür der in Art. 264 II AEUV zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke eines unionsinternen Interessenausgleichs fruchtbar machen. Dem Winner Wetten-Urteil lässt sich entnehmen, dass der EuGH einer von einem mitgliedstaatlichen Verfassungsgericht angeordneten Übergangsfrist eine Anwendbarkeit auf das Unionsrecht versagt und die bloße Behauptung eines mitgliedstaatlichen Gerichts, es drohe die Entstehung eines Rechtsvakuum, eine Rücknahme unionsrechtlicher Vorgaben nicht begründen kann. Auch wenn in der Winner Wetten-Konstellation kein Raum für eine vorübergehende Suspendierung des Vorrangs war, so zeigt das Urteil des EuGH doch, dass dieser einer solchen keine grundsätzliche Absage erteilt hat. Im Folgenden gilt es daher, näher zu untersuchen, in welchen Situationen sie in Betracht kommt, welche Aspekte also überhaupt geeignet sind, sich dem Vorrang

1436 EuGH, Urteil vom 4.2.2016, Rs. C-336/14 (Ince), Rn. 54 f.; EuGH, Urteil vom 24.1.2013, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11 (Stanleybet International u.a.), Rn. 46 f. Der EuGH spricht von „objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien [...]“, die im Voraus bekannt sind“.

1437 Vgl. GA Szpunar, Schlussanträge vom 22.10.2015 in der Rs. C-336/14 (Ince), Rn. 28, 32.

1438 Eine solche fordern etwa Neuschl/Schumm, ZEuS 2008, 527 (537 f.).

in einer Abwägung gegenüberzustellen. Die Rechtsprechung des EuGH liefert hier erste Anhaltspunkte. Neben dem bereits vorgestellten Winner Wetten-Urteil sind hier insbesondere die Urteile in den Rechtssachen *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne* sowie *Association France Nature Environnement* zu nennen. Um ein zutreffendes Bild zeichnen zu können, sind neben den Urteilen auch die in den jeweiligen Rechtssachen vorgelegten Schlussanträge zu skizzieren und den Urteilen gegenüberzustellen.

Insbesondere gilt es auch der Frage nachzugehen, wie die Befugnisse zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten in diesem Bereich verteilt sind, in welchen Fällen also eine Kompetenz mitgliedstaatlicher Gerichte denkbar ist, Wirkungen des nationalen Rechts trotz seiner Unionsrechtswidrigkeit aufrechtzuerhalten.

a) Die Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne*

Gegenstand des vor der Großen Kammer des EuGH geführten Verfahrens in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne* war die Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Weitergeltung – bis zum Erlass einer Ersatzmaßnahme – eines einer Richtlinie – im konkreten Fall betroffen war die Nitratrichtlinie¹⁴³⁹ – umsetzenden Aktionsprogramms im Umweltbereich, das unter Verstoß gegen verfahrensrechtliche Bestimmungen einer anderen Richtlinie – der Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (SUP-Richtlinie)¹⁴⁴⁰ – erlassen worden war.¹⁴⁴¹ Der in der Nitratrichtlinie vorgesehene Erlass des Aktionsprogramms bedurfte einer Umweltprüfung

1439 Richtlinie 91/676/EWG des Rates vom 12. Dezember 1991 zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen (ABl. L 375 vom 31.12.1991, S. 1), in der Fassung durch die Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. September 2003 zur Anpassung der Bestimmungen über die Ausschüsse zur Unterstützung der Kommission bei der Ausübung von deren Durchführungsbefugnissen, die in Rechtsakten vorgesehen sind, für die das Verfahren des Artikels 251 des EG-Vertrags gilt, an den Beschluss 1999/468/EG des Rates, ABl. L 284 vom 31.10.2003, S. 1.

1440 Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABl. L 197 vom 21.7.2001, S. 30.

1441 So pointiert GA *Kokott*, Schlussanträge vom 8.12.2011 in der Rs. C-41/11 (*Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne*), Rn. 1.

nach der SUP-Richtlinie, die die Region Wallonien allerdings unterlassen hatte. Folge einer rückwirkenden Aufhebung des Aktionsprogramms wäre die unvollständige Umsetzung der Nitratrichtlinie durch Wallonien gewesen. Sie hätte zum Entfallen von Beschränkungen der Ausbringung von Dünger und eventuell auch von Düngerechten von Landwirten geführt. Angesichts des Inkrafttretens eines neuen, unter Beachtung der Vorgaben der SUP-Richtlinie erlassenen wallonischen Aktionsprogramms, das allerdings nicht rückwirkend galt, ging es vor dem Gerichtshof um die Frage der Fortgeltung des ursprünglichen Aktionsprogramms für die Zeit vom 15.2.2007 bis zum 6.5.2011.

In ihren Schlussanträgen verneint Generalanwältin Kokott die Betroffenheit des Vorrangs im geschilderten Fall. Sie macht insoweit geltend, dass der Verstoß gegen die SUP-Richtlinie durch die Anwendung des Aktionsprogramms nicht zwangsläufig vertieft werde, da die Durchführung der Umweltprüfung nicht zwingend zum Erlass einer anderen Maßnahme geführt hätte; der Verstoß dagegen sei vielmehr abgeschlossen. Anders sei dies bei einem Verstoß etwa gegen die Grundfreiheiten, wo jede Anwendung des nationalen Rechts das Unionsrecht erneut verletze.¹⁴⁴² Sie unterscheidet daher die sich hier stellende Problematik von derjenigen in der Rechtssache Winner Wetten, in der – anders als nun in der Rechtssache Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne – mit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit wie gesehen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und dessen Vorrang betroffen war.

Dementsprechend zieht sie Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz zur Problemlösung heran. Zwar müsse der Verstoß gegen die verfahrensrechtlichen Regelungen der SUP-Richtlinie nach Art. 4 III EUV beseitigt werden; wie das geschehe sei in den Grenzen der genannten Grundsätze aber Sache der Mitgliedstaaten.¹⁴⁴³ Bei einem Plan/Programm sei es denkbar, dass bei dessen Aufhebung eine ältere oder allgemeinere Regelung an dessen Stelle trete, die unter Umweltschutzgesichtspunkten weniger günstig sei, was die Situation von der Rücknahme oder Aussetzung der Genehmigung eines konkreten Projekts unterscheide, da deren Wirkungen dann endeten. Die Generalanwältin sieht in diesem Fall in der vorübergehenden Aufrechterhaltung des Programms keinen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz, mahnt aber an, dass dies nicht zu einem unangemessen

1442 GA Kokott, Schlussanträge vom 8.12.2011 in der Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 23 f.

1443 GA Kokott, Schlussanträge vom 8.12.2011 in der Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 27 ff.

langen Zeitraum bis zum Erlass einer verfahrensrechtlich ordnungsgemäßen Nachfolgemassnahme führen dürfe.¹⁴⁴⁴ Vorliegend waren die vor dem Erlass des alten Aktionsprogramms geltenden Vorschriften in der Tat mit der Nitratrichtlinie unvereinbar.¹⁴⁴⁵

Da die SUP-Richtlinie zu den Folgen eines Verstoßes gegen die in ihr festgelegten Verfahrensvorschriften schweigt, knüpft der EuGH in seinem Urteil ebenfalls an Art. 4 III EUV an und nimmt die nationalen Gerichte bei gegen die Pläne/Programme gerichteten Klagen (im Rahmen der Verfahrensautonomie und ihrer unionsrechtlichen Grenzen) in die Pflicht, dem Unterbleiben der Umweltverträglichkeitsprüfung abzuhelpfen. Diese haben danach Maßnahmen zur Aussetzung oder Aufhebung der Pläne/Programme zu ergreifen, damit deren Durchführung ohne Umweltprüfung verhindert wird.¹⁴⁴⁶

Angesichts der Besonderheiten des Ausgangssachverhalts erkennt der EuGH aber die Gefahr an, dass durch die Nichtigekklärung des angefochtenen Erlasses der wallonischen Regierung in einem Verfahren vor den belgischen Gerichten zwar der Verstoß gegen die Verfahrensorderungen der SUP-Richtlinie beseitigt, zugleich aber ein rechtliches Vakuum hinsichtlich der Umsetzung der Nitratrichtlinie geschaffen würde. Mit dem Umweltschutz als wesentlichem Ziel der Union mit Querschnittscharakter und grundlegender Bedeutung sei ein zwingendes Erfordernis gegeben, das ausnahmsweise zur Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift berechtige, die dem nationalen Gericht gestattet, bestimmte Wirkungen eines für nichtig erklärten nationalen Rechtsakts aufrechtzuerhalten.¹⁴⁴⁷

Dazu müssen aber vier vom EuGH näher bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein¹⁴⁴⁸: (1) Der alte (angefochtene) Erlass muss die Nitratrichtlinie ordnungsgemäß umsetzen; (2) der neue Erlass darf nicht geeignet sein, die schädlichen Wirkungen der Nichtigekklärung des alten Erlasses „abzu-

1444 GA Kokott, Schlussanträge vom 8.12.2011 in der Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 36 ff., 42 f., 45.

1445 Dies hatte der Gerichtshof bereits festgestellt, siehe EuGH, Urteil vom 22.9.2005, Rs. C-221/03 (Kommission/Belgien), Tenor Nr. 1.

1446 EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 42 ff., 46 f.

1447 EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 56 ff.

1448 EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 59 ff. und Tenor.

federn¹⁴⁴⁹; (3) die Nichtigerklärung des alten Erlasses muss hinsichtlich der Umsetzung der Nitratrichtlinie zu einem rechtlichem Vakuum mit größerem Schaden für die Umwelt führen (in diesem Fall also zu einem geringeren Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen); (4) die Aufrechterhaltung der Wirkungen des alten Erlasses darf nur für den zum ordnungsgemäßen Neuerlass zwingend erforderlichen Zeitraum¹⁴⁵⁰ erfolgen.¹⁴⁵¹ Damit ist eine Aufrechterhaltung der Wirkungen nicht schon dann gestattet, wenn nach der Nichtigerklärung der betreffenden Vorschriften wieder eine ihnen vorausgehende mit der Richtlinie unvereinbare Regelung gelten würde. Eine Suspendierung von der Pflicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung des Unionsrechts kommt nämlich nicht infrage.¹⁴⁵²

Auch wenn es sowohl in der Rechtssache Winner Wetten als auch in der Rechtssache Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne um eine Verletzung des Unionsrechts geht, unterscheidet sich die Art des in den jeweiligen Verfahren in Rede stehenden Verstoßes in einem wesentlichen Punkt. Geht es im ersten Fall um einen inhaltlichen Verstoß gegen Unionsrecht, behandelt der letztgenannte eine auf unionsrechtswidrige Weise zustande gekommene Vorschrift. Insoweit besteht also kein inhaltlicher Konflikt zwischen nationalem und Unionsrecht. Da der Gerichtshof aber auch hier strenge Voraussetzungen aufstellt, um einem nationalen Gericht eine vorübergehende Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen eines für nichtig erklärten Rechtsakts zu gestatten, ist eine noch restriktivere Vorgehensweise bei inhaltlichen Konflikten zu vermuten.¹⁴⁵³

1449 Überprüft werden muss also, inwieweit es möglich ist, eine neue Regelung mit Rückwirkung zu erlassen, vgl. *van der Hulle*, NtEr 2016, 284 (289).

1450 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 181 spricht von einem „Zeitraum [...], der absolut notwendig ist, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen“.

1451 Der EuGH hat sich nicht dazu geäußert, wie bei Verstreichen des für den ordnungsgemäßen Neuerlass zwingend erforderlichen Zeitraums zu verfahren ist. Bei einer „unbegrenzten“ Nichtigerklärung des Rechtsakts, der das Aktionsprogramm enthält, bestünde das Problem des Rechtsvakuaums jedenfalls noch immer, worauf auch *Lock*, CMLRev. 50 (2013), 217 (229) hinweist.

1452 Vgl. EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 61 f.

1453 *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (499 f.).

b) Die Rechtssache Association France Nature Environnement

In der von der Ersten Kammer des Gerichtshofs entschiedenen Rechtssache Association France Nature Environnement knüpft diese an die vorangegangenen Urteile in den Rechtssachen Winner Wetten und Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne an und versucht, sie zueinander in Beziehung zu setzen. In der Sache ging es letztlich um die Frage, ob ein mitgliedstaatliches Gericht – in diesem Fall der französische Conseil d'État – in einem Normenkontrollverfahren, das gegen ein eine Richtlinie fehlerhaft umsetzendes Ministerialdekret gerichtet ist, dieses mit Wirkung ex tunc aufheben muss oder ob es dessen vorübergehende Fortgeltung bis zu einer Korrektur durch den Gesetzgeber anordnen darf. Im Unterschied zur Rechtssache Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne stand hier angesichts der unzureichenden Autonomie der nach dem französischen Ministerialdekret zu konsultierenden Stellen die fehlerhafte Umsetzung der SUP-Richtlinie selbst in Rede.¹⁴⁵⁴

Problematisch war der Verstoß gegen Art. 6 III dieser Richtlinie, da das Dekret entgegen den Vorgaben der Richtlinie nicht sicherstellte, dass die Beratung im Rahmen der Umweltpfprüfung durch eine autonome Einheit durchgeführt wurde. Angesichts der nach französischem Recht unbefristeten Möglichkeit, die Einrede der Rechtswidrigkeit geltend zu machen, würde eine rückwirkende Nichtigerklärung der die Richtlinie falsch umsetzenden Bestimmungen des Dekrets die Rechtmäßigkeit der Pläne und Programme und der auf diese gestützten Maßnahmen in Frage stellen, da die auf Grundlage des Dekrets erfolgten Konsultationen dann als rechtswidrig gelten würden. Folge könnte ein rechtliches Vakuum zulasten des Umweltschutzes sein.¹⁴⁵⁵

Damit galt es herauszuarbeiten, ob ein mitgliedstaatliches Gericht die Wirkung des vorrangig anwendbaren Gebots, eine ausreichende Autonomie der zu konsultierenden Stellen zu gewährleisten, vorübergehend zugunsten einer mitgliedstaatlichen Regelung aussetzen kann, die diese Autonomie nicht vorsieht, obwohl mit dem Vorrang im Grundsatz die Pflicht des nationalen Gerichts verbunden ist, jede Bestimmung des natio-

1454 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 1 f., 4.

1455 Vgl. EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 28.

nenalen Rechts unangewendet zu lassen, die es zu einer im Widerspruch zum Unionsrecht stehenden Entscheidung veranlassen würde.¹⁴⁵⁶

Generalanwältin Kokott unterscheidet in ihren Überlegungen zwischen der Aufrechterhaltung der Wirkungen des Dekrets, die sie ablehnt und der Aufrechterhaltung der Pläne/Programme und der auf diese gestützten Maßnahmen, für die sie die in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne* entwickelten Kriterien heranzieht.

In der Sache geht es insbesondere um die Aufrechterhaltung der Wirkungen unionsrechtswidriger Bestimmungen für bereits angenommene Pläne und nicht um die Aufrechterhaltung der Bestimmungen für die Zukunft hinsichtlich neuer Pläne.¹⁴⁵⁷ Da Art. 6 III der SUP-Richtlinie vom Gerichtshof bereits im Urteil *Seaport (NI)* u.a.¹⁴⁵⁸ ausgelegt worden, eine Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung dort aber unterblieben war, schied eine solche Begrenzung nunmehr aus. Ein Ausschluss der Berufung auf Art. 6 III der SUP-Richtlinie gegenüber unter Verstoß gegen diese Bestimmung erlassenen Plänen/Programmen kam also nicht in Betracht, sodass diese Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Wirkungen des nationalen Umsetzungsrechts („dergestalt“¹⁴⁵⁹) zu verneinen war.¹⁴⁶⁰

Unter der Überschrift „Zur Aufrechterhaltung der in Anwendung von unionsrechtswidrigen Bestimmungen erlassenen Pläne und Programme“ geht Generalanwältin Kokott dann der Frage nach, ob der *Conseil d’État* in dem bei ihm anhängigen Verfahren, in dem es um das gegen Art. 6 III der Richtlinie verstößende Dekret geht, über die Aufrechterhaltung der unter Verstoß gegen die SUP-Richtlinie erlassenen Pläne/Programme entscheiden kann. Angesichts der nur ausnahmsweisen Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens nach den im *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne-Urteil* niedergelegten Kriterien könne dies, so die Generalanwältin, nicht pauschal beantwortet werden, sondern erfordere eine Würdigung jedes einzelnen Rechtsakts und der Folgen seiner Aufhebung

1456 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 32 f.

1457 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 15, 20 f.

1458 EuGH, Urteil vom 20.10.2011, Rs. C-474/10 (*Seaport (NI)* u.a.).

1459 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 38.

1460 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 31 ff.

und damit eine Einzelfallentscheidung.¹⁴⁶¹ Sie erkennt zwar an, dass es über die Umsetzung der Nitratrictlinie hinaus aus Gründen des Umweltschutzes erforderlich sein könne, unter Verstoß gegen die SUP-Richtlinie erlassene Pläne/Programme aufrechtzuerhalten. Da insoweit aber noch Unsicherheit herrsche, bestehe für Gerichte nach Art. 267 III AEUV eine Vorlagepflicht.¹⁴⁶²

Der Gerichtshof nimmt in seiner Entscheidung auf sein Urteil in der Rechtssache Winner Wetten Bezug und führt aus, dass nur er „in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen kann“. Nichtsdestotrotz („jedoch“) habe er in der Rechtssache Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne den nationalen Gerichten im Einzelfall und ausnahmsweise die Befugnis verliehen, die Wirkungen der Nichtigerklärung einer unionsrechtswidrigen nationalen Bestimmung anzupassen.¹⁴⁶³ Ungeachtet der dort erfolgten Begrenzung dieser Befugnis auf eine ordnungsgemäße Umsetzung der Nitratrictlinie versteht der Gerichtshof diese Voraussetzung nunmehr aus Gründen des Umweltschutzes erweiternd dahingehend, dass sie jede Maßnahme erfasst, die trotz Verstoßes gegen die SUP-Richtlinie das Umweltschutzrecht der Union ordnungsgemäß umsetzt.¹⁴⁶⁴ Damit kann ein nationales Gericht von der ihm zugestandenen Ausnahmbefugnis bei Vorliegen der (modifizierten) vier Kriterien Gebrauch machen, wenn als Grundvoraussetzung für ihre Anwendung ein zwingendes Erfordernis im Zusammenhang mit dem Umweltschutz unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der Rechtssache gegeben ist.¹⁴⁶⁵

Die Anwendung dieser Voraussetzungen auf das Ausgangsverfahren kann allerdings nicht ganz reibungslos erfolgen. Trotz der erweiterten,

1461 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 39, 45 ff.

1462 GA Kokott, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 52 ff.

1463 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 33 und 34. In Rn. 37 und 44 spricht der Gerichtshof dann von der Befugnis, ausnahmsweise „bestimmte Wirkungen eines mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Rechtsakts aufrechtzuerhalten“. In Rn. 43 ist davon die Rede, „bestimmte Wirkungen einer Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Bestimmung des nationalen Rechts zeitlich [zu] begrenzen“.

1464 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 39.

1465 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 43.

wenngleich auf das Umweltschutzrecht beschränkter Fassung der Voraussetzung ordnungsgemäßer Umsetzung¹⁴⁶⁶ bleibt etwa die Frage, wie eine unter Verstoß gegen die umweltrechtliche SUP-Richtlinie getroffene Maßnahme das Unionsrecht im Bereich des Umweltschutzes korrekt umsetzen kann.¹⁴⁶⁷ Dass der EuGH an dieser Stelle von einer ordnungsgemäßen Umsetzung spricht, mag damit zusammenhängen, dass er von einem leicht korrigierbaren Verfahrensfehler ausgeht. Dass hier ein solcher in Rede steht, muss allerdings bezweifelt werden, da die von einer unabhängigen Stelle durchgeführte Prüfung wohl anders ausgefallen wäre.¹⁴⁶⁸

Das Erfordernis „ordnungsgemäßer“ Umsetzung des Umweltschutzrechts der Union hat seinen Ursprung in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*, wo die Nitratrichtlinie inhaltlich ordnungsgemäß umgesetzt worden war. Daraus erklärt sich zwar, weshalb der Gerichtshof auch im vorliegenden Zusammenhang eine ordnungsgemäße Umsetzung des Umweltschutzrechts der Union fordert. Dies ändert aber nichts daran, dass es in der Rechtssache *Association France Nature Environnement* daran fehlte.¹⁴⁶⁹ Nahe gelegt wird dadurch ein Verständnis, wonach es dem Gerichtshof bei der Aufrechterhaltung der Wirkungen von unter Verstoß gegen die SUP-Richtlinie erlassenen Maßnahmen ganz allgemein um die Vermeidung nachteiliger Umweltauswirkungen unabhängig von der Umsetzung des Umweltrechts der Union geht.¹⁴⁷⁰

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der Gerichtshof dann allerdings wieder gezeigt, dass es ihm mit der Wahrung der Voraussetzung ordnungsgemäßer Umsetzung durchaus ernst ist. Ist ein nationaler Rechtsakt unter

1466 Vgl. *Cassagnabère*, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 2017, 47 (60 f.).

1467 *Clément-Wilz*, *European Papers* 2017, 259 (265).

1468 Siehe *Coutron*, *RTDEur.* 2017, 400 (405), der Bezüge zur „*légalité externe au sens du droit administratif français*“ erkennt.

1469 Ein Übersetzungsproblem vom Französischen ins Englische ist jedenfalls nicht erkennbar. Dieses vermutet dagegen *Sowery*, *CMLRev.* 54 (2017), 1157 (1162, Fn. 18). In der französischen Sprachfassung des Urteils heißt es „*toute mesure qui [...] procède à la transposition correcte du droit de l'Union dans le domaine de la protection de l'environnement*“, in der englischen „*any measure which [...] correctly transposes EU law in the field of environmental protection*“, vgl. EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 39.

1470 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 29.11.2018 in der Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 204 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (*Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*), Rn. 57, 58 und EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 34–36.

Verstoß gegen die SUP-Richtlinie verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, können bestimmte Wirkungen dieses Rechtsakts nur aufrechterhalten werden, wenn der Mitgliedstaat durch die Aufhebung des Rechtsakts gegen seine Pflicht zur Umsetzung eines anderen Unionsrechtsakts zum Schutz der Umwelt verstieße.¹⁴⁷¹ Findet sich solch ein anderer Unionsrechtsakt, ist aber genau zu untersuchen, ob die Aufhebung des nationalen Rechtsakts die Umsetzung des anderen Unionsrechtsakts im betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich allgemein gefährdet. Nicht der Fall ist dies etwa, wenn mit dem nationalen Rechtsakt zwar ein Beitrag beispielsweise zur Umsetzung einer Richtlinie betreffend die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen geleistet wird, die Aufhebung der Genehmigung für die Errichtung einer begrenzten Anzahl von Windkraftanlagen aber nur ein geringfügiges Hindernis für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen darstellt.¹⁴⁷²

Was die Erfüllung der dritten im Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne-Urteil aufgestellten Voraussetzung anbelangt, so ist in Erinnerung zu rufen, dass sie verlangt, dass die Nichtigerklärung der in Rede stehenden Maßnahmen zu einem größeren Schaden für die Umwelt führt. Da das Hauptziel der SUP-Richtlinie ausweislich ihres Art. 1 darin besteht, bestimmte Pläne und Programme mit voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen einer Umweltprüfung zu unterziehen, um ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen, ist genau zu prüfen, ob die Nichtigerklärung dieser Pläne und Programme tatsächlich zu einer für die Umwelt nachteiligeren Situation führt. Der Wegfall der Pläne und Programme ist aufgrund ihrer Auswirkungen für die Umwelt ja eher von Vorteil, falls sie nicht auch Maßnahmen zum Schutz der Umwelt enthalten. Erforderlich ist jedenfalls eine Einzelfallprüfung.¹⁴⁷³ Ist etwa ein Plan betroffen, der auf bestimmten Flächen Baumaßnahmen untersagt, entstünde bei dessen Nichtigerklärung eine für die Umwelt nachteiligere Situation. Ist ein Plan betroffen, dem ein Vorhaben genügt, dem bei Unabhängigkeit der beratenden Stelle aber strengere Schutzbestimmungen

1471 EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)), Rn. 90.

1472 EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)), Rn. 91.

1473 *van der Hulle*, NtEr 2016, 284 (289); siehe auch *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1173 f.).

beigefügt worden wären, führte die Nichtigserklärung dagegen wohl zu keinem geringeren Schutz für die Umwelt.¹⁴⁷⁴

c) Einordnung

Nicht zuletzt angesichts des Bezugs der beiden hier vorgestellten Entscheidungen zur Richtlinie über die strategische Umweltprüfung ist bei ihrer weiteren Analyse zu bedenken, dass hier noch eine in ihren Anfängen steckende und damit noch nicht voll entfaltete Rechtsprechungsline in Rede steht.¹⁴⁷⁵ Wenngleich in beiden Entscheidungen von der Nichtigserklärung des nationalen Rechts die Rede ist, gelten die dort gemachten Ausführungen auch für den Fall seiner „bloßen“ Nichtanwendung.¹⁴⁷⁶ Ebenso gelten sie sowohl bei direkt gegen die unionsrechtswidrigen nationalen Maßnahmen gerichteten Klagen als auch bei indirekten Klagen, in deren Rahmen die Einrede der Rechtswidrigkeit erhoben wird.¹⁴⁷⁷

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden der Versuch zu unternehmen, herauszuarbeiten, welche Ziele neben dem Umweltschutz für ein Gebrauchmachen von einer im nationalen Recht vorgesehenen Ausnahmegenehmigung zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts in Betracht kommen, wie die Befugnisse zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten im Hinblick auf eine Suspendierung des Vorrangs verteilt sind und ob sich überhaupt Auswirkungen auf den Vorrang ergeben.

1474 Siehe zu diesen Beispielen GA *Kokott*, Schlussanträge vom 28.4.2016 in der Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 23 und 24. Zu einem eine andere Rechtssache betreffenden Beispiel siehe GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 3.3.2020 in der Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 134.

1475 *Mamoudy*, AJDA 2016, 2229 (2232) spricht von einem „régime encore embryonnaire“.

1476 *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1497, Fn. 140); ebenso GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 15.1.2020 in der Rs. C-520/18 (*Ordre des barreaux francophones und germanophone u.a.*), Rn. 152.

1477 GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 3.3.2020 in der Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 123 ff.; ihm folgend EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 85.

aa) Taugliche Ziele

Schwierig zu bestimmen ist bereits, was ein Ziel zu „eine[m] der wesentlichen Ziele der Union“¹⁴⁷⁸ macht, mit dessen Betroffenheit der Gerichtshof die Anwendung der nationalen Verfahrensvorschriften über die Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen eines für nichtig erklärten nationalen Rechtsakts gestattete.¹⁴⁷⁹

Nicht überzeugend wäre es jedenfalls, von einer – in den Verträgen auch nicht eindeutig angelegten – herausgehobenen Stellung des Umweltschutzes auszugehen. Der EuGH argumentiert in den beiden dargestellten Verfahren zwar mit dem Umweltschutz, nicht aber mit Art. 11 AEUV, wonach die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden müssen.¹⁴⁸⁰

In Betracht zu ziehen ist zunächst, unter das „wesentliche Ziel der Union“ alle primärrechtlichen Rechtsgrundlagen zu fassen, in denen sich Ziele der EU widerspiegeln, die mit dem Vorrang in Einklang zu bringen sind.¹⁴⁸¹ Zu denken ist dann – insbesondere auch angesichts der Erwähnung von Art. 3 III EUV durch den Gerichtshof im *Association France Nature Environnement-Urteil*¹⁴⁸² – in erster Linie an Art. 3 EUV. Diesen macht in der Tat Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona fruchtbar, wenn er zwingende Gründe im Zusammenhang mit dem Schutz der nationalen Sicherheit als geeignet ansieht, eine Aufrechterhaltung der Wirkungen eines unionsrechtswidrigen nationalen Rechtsakts zu rechtfertigen, da das Ziel der Schaffung eines Raums der Sicherheit im Sinne von Art. 3 EUV auch die Achtung der in Art. 4 II EUV aufgeführten Aspekte bedeute.¹⁴⁸³ Unter einem „wesentlichen Ziel der Union“ tatsächlich alle in

1478 EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (*Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*), Rn. 57.

1479 Siehe auch *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1174 ff.) zu verschiedenen Deutungsmöglichkeiten, welche Interessen zu einem vorübergehenden Zurücktreten unionsrechtlicher Verpflichtungen führen können. Rein finanzielle Sorgen der Mitgliedstaaten sind unzureichend, vgl. *Lock*, CMLRev. 50 (2013), 217 (226 ff.).

1480 Art. 11 AEUV findet Erwähnung bei *Lock*, CMLRev. 50 (2013), 217 (227).

1481 *Cassagnabère*, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 2017, 47 (62).

1482 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 35.

1483 GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 15.1.2020 in der Rs. C-520/18 (*Ordre des barreaux francophones und germanophone u.a.*), Rn. 148 ff.

Art. 3 EUV genannten Ziele zu verstehen, ließe allerdings eine inflationäre Handhabung befürchten.

Zu erwägen ist daher, eine Vergleichbarkeit mit dem vom Gerichtshof ebenfalls angesprochenen Art. 191 AEUV zu fordern und damit auf das Bestehen einer Unionskompetenz abzustellen.¹⁴⁸⁴ Auf diese Weise könnte etwa angesichts von Art. 169 AEUV der Verbraucherschutz Eingang in den Kreis der wesentlichen Ziele finden. Ein solcher Ansatz bedeutete allerdings, andere in Art. 3 EUV genannte Ziele zwar als wichtig, aber eben nicht als wesentlich im Sinne der Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne-Rechtsprechung einzustufen.

Nahe liegt es daher, die in den beiden vorgestellten Verfahren vom Gerichtshof angestellten Überlegungen dahingehend zusammenzufassen, dass es entscheidend darauf ankommt, einen noch unionsrechtsferneren Zustand¹⁴⁸⁵ und damit ein rechtliches Vakuum im Hinblick auf die Umsetzung von Unionsrecht zu vermeiden.¹⁴⁸⁶ Eine Aktivierung dieser Rechtsprechungslinie müsste demnach immer dann erfolgen, wenn innerstaatlicher Rechtsschutz gegen eine unzureichende Umsetzung des Unionsrechts dazu führen würde, die Umsetzung zusätzlich zu verschlechtern.¹⁴⁸⁷

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der Gerichtshof eine vorsichtige Weitung vorgenommen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang zunächst die Rechtssache Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, in der die Aufrechterhaltung der Wirkungen von Maßnahmen für die Zeit der Beseitigung ihrer Rechtswidrigkeit

1484 Siehe dazu die Erwähnung von Art. 191 I und II AEUV in EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 35.

1485 Ehlers/Eggert, JZ 2008, 585 (589); Rosenkranz, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 472 f.; siehe auch Koenig/Schreiber, DÖV 2008, 450 (452).

1486 Sowery, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1176). Siehe auch GA Kokott, Schlussanträge vom 29.11.2018 in der Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 207 ff. zu verfahrensfehlerhaften Einzelfallentscheidungen, bei deren Aufhebung oder Aussetzung grundsätzlich kein rechtliches Vakuum entsteht.

1487 GA Kokott, Schlussanträge vom 12.4.2018 in der Rs. C-561/16 (Saras Energía), Rn. 21 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 56–58 und EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (Association France Nature Environnement), Rn. 34–36.

im Hinblick auf die UVP-Richtlinie¹⁴⁸⁸ und die Habitatrichtlinie¹⁴⁸⁹ in Rede stand. Ausgangspunkt war die Annahme eines Gesetzes zur Verlängerung des Zeitraums der industriellen Stromerzeugung von belgischen Kernkraftwerken. Beide Richtlinien äußern sich nicht zu den Folgen eines Verstoßes gegen die in ihnen aufgestellten Pflichten, weswegen der Gerichtshof die aus der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne* bekannte Anknüpfung an Art. 4 III EUV, die auch die nationalen Gerichte trifft, wieder aufgreift.¹⁴⁹⁰

Neben dem Hinweis darauf, dass das Unionsrecht in bestimmten Fällen die in nationalen Vorschriften zugelassene Legalisierung unionsrechtswidriger Vorgänge oder Handlungen gestattet, wobei allerdings bestimmte Anforderungen zu wahren sind¹⁴⁹¹, bezieht er sich auf seine *Winner Wetten-Rechtsprechung*. Danach kommt die Aufrechterhaltung der Wirkungen der in Rede stehenden Maßnahmen im vorliegenden Fall grundsätzlich aus zwingenden Erwägungen, die mit der Stromversorgungssicherheit des betreffenden Mitgliedstaats zusammenhängen, in Betracht. Dies setzt aber voraus, dass bei einer Aufhebung oder Aussetzung der Wirkungen der nationalen Maßnahmen die „tatsächliche und schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung“ des Mitgliedstaats bestünde. Zudem dürfen keine anderen Mittel und Alternativen, insbesondere im Rahmen des Binnenmarkts, zur Verfügung stehen, die dieser Gefahr entge-

1488 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABL. L 26 vom 28.1.2012, S. 1 (UVP-Richtlinie).

1489 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABL. L 206 vom 22.7.1992, S. 7 in der durch die Richtlinie 2013/17/EU des Rates vom 13. Mai 2013 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich Umwelt aufgrund des Beitritts der Republik Kroatien (ABL. L 158 vom 10.6.2013, S. 193) geänderten Fassung (Habitatrichtlinie).

1490 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 167 ff. Die mitgliedstaatlichen Gerichte müssen demnach Maßnahmen zur Aussetzung oder Aufhebung einer unter Verstoß gegen die Pflicht zur Durchführung einer Umweltprüfung erteilten Genehmigung ergreifen.

1491 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 173 ff. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 26.7.2017, verb. Rs. C-196/16 und C-197/16 (*Comune di Corridonia u.a.*), Rn. 37 f., 43 und EuGH, Urteil vom 28.2.2018, Rs. C-117/17 (*Comune di Castellbellino*), Rn. 30.

genwirken können.¹⁴⁹² Erforderlich sind also signifikante Auswirkungen auf die Stromversorgung des gesamten Mitgliedstaats, an denen es etwa bei der Einstellung des Betriebs einer begrenzten Anzahl an Windkraftanlagen in aller Regel fehlen wird.¹⁴⁹³

Dass auf einen Mitgliedstaat bezogene Erwägungen für eine Suspendierung des Anwendungsvorrangs nicht ausreichen, kann in dieser Pauschalität also nicht behauptet werden.¹⁴⁹⁴ Ein betroffenes Unionsinteresse kann vielmehr auch mit Blick auf einen Mitgliedstaat bestimmt werden. So hat etwa die Union auch ein Interesse an der Stromversorgungssicherheit ihrer Mitgliedstaaten. Ausweislich Art. 194 I lit. b AEUV ist die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Europäischen Union nämlich eines der grundlegenden Ziele der Unionspolitik im Energiebereich.¹⁴⁹⁵

In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof demnach mit der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats neben dem Umweltschutz einen weiteren zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt, der ein Gebrauchmachen von der im nationalen Recht vorgesehenen Ausnahmegewalt zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen des nationalen Rechts rechtfertigt.¹⁴⁹⁶

In der Rechtssache *Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.* schließlich deutet der Gerichtshof das seiner hier in Rede stehenden Rechtsprechungslinie zugrundeliegende Potential an, indem er die im *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*- bzw. *Association France Nature Environnement*-Urteil vorgesehene Begrenzung auf die ordnungsgemäße Umsetzung der Nitratrichtlinie bzw. des Umweltschutzrechts der Union nicht wiederholt, sondern das Erfordernis der ordnungsgemäßen Umsetzung – im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die Mehrwertsteuerrichtlinie – auf die Umsetzung einer unionsrechtlichen Pflicht bezieht.¹⁴⁹⁷

1492 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 177 ff.

1493 EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 93 und 95.

1494 So aber *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1175, Fn. 60).

1495 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 156.

1496 Vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2019, Rs. C-236/18 (GRDF), Rn. 43; GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 3.3.2020 in der Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 131.

1497 EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 61 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (*Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*), Rn. 63 und EuGH, Ur-

Im konkreten Fall scheiterte die Befugnis zur Anwendung der nationalen Vorschrift zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen des nationalen Rechts zwar daran, dass die angefochtenen Vorschriften keine Maßnahme zur ordnungsgemäßen Umsetzung darstellten.¹⁴⁹⁸ Dennoch hat der Gerichtshof damit den Grundstein gelegt für eine Ausdehnung auf eine Vielzahl von Vorschriften des Unionsrechts und auf andere öffentliche Interessen jenseits des Umweltschutzes und der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaates. Vor dem Hintergrund, dass der EuGH seine Überlegungen im *Winner Wetten*-Urteil im Rechtsgedanken des Art. 264 II AEUV verankert und ganz allgemein auf den Grundsatz der Rechtssicherheit Bezug genommen hat, vermag dies nicht zu überraschen. Generalanwalt Jääskinen etwa war bereits im Anschluss an das *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*-Urteil dem Vorbringen der französischen Regierung in der Rechtssache *Octapharma France*, die eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, insbesondere der Patientensicherheit, geltend gemacht hatte, nicht mit grundsätzlichen Bedenken begegnet. Vielmehr begründete er seine Ablehnung einer Übertragung der im *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*-Urteil vorgesehenen Möglichkeit insbesondere mit einem nur entfernten Bezug des Ansinnens der französischen Regierung zu der dem EuGH vorgelegten Frage, für dessen Beurteilung der Gerichtshof nicht über hinreichende Angaben verfüge.¹⁴⁹⁹

Denkbar ist eine Suspendierung des Vorrangs demnach beim Vorliegen von „spezifische[n] Risiken der Rechtsunsicherheit“¹⁵⁰⁰, worüber das unionsrechtliche Konzept der Rechtssicherheit in seiner Auslegung durch den EuGH entscheidet.¹⁵⁰¹ Da der Grundsatz der Rechtssicherheit in der Lage ist, sehr unterschiedliche Interessen in sich aufzunehmen, ist im Rahmen der Bewertung der betroffenen Interessen darauf zu achten, eine Abstu-

teil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 43.

1498 EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 62.

1499 Vgl. GA *Jääskinen*, Schlussanträge vom 7.11.2013 in der Rs. C-512/12 (*Octapharma France*), Rn. 34 ff. Der Gerichtshof ging in seinem Urteil auf diese Erwägung dann auch nicht ein, EuGH, Urteil vom 13.3.2014, Rs. C-512/12 (*Octapharma France*).

1500 EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 59; EuGH, Urteil vom 19.12.2019, Rs. C-236/18 (*GRDF*), Rn. 44.

1501 *Beukers*, CMLRev. 48 (2011), 1985 (1998, 2000); ihm zustimmend *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1722).

fung nach ihrem jeweiligen Gewicht vorzunehmen.¹⁵⁰² Über das Gewicht und den Inhalt der kollidierenden Unionsinteressen kann nur der EuGH bestimmen.¹⁵⁰³

bb) Bestehen einer Vorlagepflicht

Möchte ein nationales Gericht den Anwendungsvorrang vorübergehend suspendieren, stellt sich die Frage, ob dies nur nach Gestattung durch den Gerichtshof oder auch ohne vorheriges Vorabentscheidungsersuchen möglich ist. Die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung getroffenen Aussagen ergeben kein ganz klares Bild. Erkennen lässt sich aber jedenfalls, dass der Gerichtshof eine Kombination aus einer Zuständigkeit des Gerichtshofs selbst und einer den mitgliedstaatlichen Gerichten zustehenden Kompetenz im Sinn hat.¹⁵⁰⁴

Zunächst ist festzuhalten, dass der EuGH in seinem Winner Wetten-Urteil erläutert hat, dass die Voraussetzungen einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung nur von ihm selbst bestimmt werden können.¹⁵⁰⁵ Demnach behält sich der EuGH dieses „Privileg“ ausschließlich vor.¹⁵⁰⁶

Die im Winner Wetten-Urteil getroffene Aussage legt zunächst die Überlegung nahe, dass der EuGH den nationalen Gerichten die Befugnis zur selbständigen Entscheidung über die Aussetzung der Verdrängungswirkung gerade nicht übertragen möchte, sodass diese ihn stets im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anrufen müssten, so wie dies von der Foto-Frost-Rechtsprechung¹⁵⁰⁷ her bekannt ist, wenn die Gültigkeit von Sekundärrecht in Rede steht. Nicht von vornherein ausgeschlossen er-

1502 Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 29.11.2018 in der Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 196 und Rn. 219. Sie stellt dort öffentliche Sicherheit und wirtschaftliche Interessen gegenüber. Zu letztgenanntem Aspekt siehe EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 57.

1503 Sowersy, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1170).

1504 So zu Recht Dougan, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1491).

1505 EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 67. In diesem Sinne auch EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 179.

1506 GA Campos Sánchez-Bordona, Schlussanträge vom 3.3.2020 in der Rs. C-24/19 (A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)), Rn. 119.

1507 EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Rn. 11 ff., insb. Rn. 15 ff.

scheint aber auch die Erwägung, dass es einer solchen Anrufung des EuGH nicht in jedem Fall bedarf, wenn die Befugnis der nationalen Gerichte durch die Aufstellung bestimmter Kriterien durch den EuGH begrenzt ist.¹⁵⁰⁸ Während demnach eine vorläufige Weiteranwendung des nationalen Rechts jedenfalls nur bei einem Einverständnis des EuGH möglich ist, ist es denkbar, dass dieser einen allgemeinen Rahmen vorgibt, der den nationalen Gerichten eine eigenständige Beurteilung erlaubt.¹⁵⁰⁹ Für den Gerichtshof hätte dies den Vorteil, dass er nicht über jeden Einzelfall entscheiden müsste. Zugleich stünde aber die unterschiedliche Ausfüllung des vorgegebenen Rahmens zu befürchten.¹⁵¹⁰

Vor diesem Hintergrund ist der Versuch einer Einordnung der Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Association France Nature Environnement* zu unternehmen. Dort hatte der Gerichtshof aus seinen Ausführungen im *Winner Wetten*-Urteil zunächst die Folgerung gezogen, dass nur er in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen kann, was er damit begründet, dass eine Befugnis nationaler Gerichte, nationalen Bestimmungen auch nur vorübergehend Vorrang vor Unionsrecht einzuräumen, die einheitliche Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigen würde.¹⁵¹¹ Wenig überraschend bestätigt der EuGH damit seine eigene Befugnis zur Suspendierung des Vorrangs.¹⁵¹²

Abzugrenzen und in Beziehung zu setzen ist sie von der den mitgliedstaatlichen Gerichten zugewiesenen Zuständigkeit, zu der sich der Gerichtshof im *Association France Nature Environnement*-Urteil ebenfalls äußert. Erforderlich war dies, da aus dem Urteil in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne* nicht klar hervorgegangen

1508 Siehe zu diesen Möglichkeiten auch *Aubert/Broussy/Donnat*, AJDA 2010, 2305 (2306 f.), die im Falle der letztgenannten Möglichkeit ein Eilverfahren vor dem Gerichtshof anmahnen. Für eine Vorlagepflicht nicht-letztinstanzlicher Gerichte sprechen sich etwa *Ehlers/Eggert*, JZ 2008, 585 (591) aus.

1509 *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (501); siehe auch *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 477 f.

1510 *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1724). Sie verweist zu Recht darauf, dass es den mitgliedstaatlichen Gerichten dann nach ihrem nationalen Recht gestattet sein muss, bestimmte Wirkungen des nationalen Rechts aufrechtzuerhalten.

1511 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 33. Ebenso EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 177; EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 84.

1512 *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1492).

war, ob die dort erteilte Ermächtigung zum Gebrauchmachen von der nationalen Verfahrensvorschrift über die Aufrechterhaltung von Wirkungen eines für nichtig erklärten Rechtsakts jeweils im Einzelfall erteilt werden musste.

Im *Association France Nature Environnement*-Urteil geht der EuGH davon aus, dass ein nationales Gericht von seiner ihm vom EuGH zugesprochenen Befugnis zur Aufrechterhaltung von Wirkungen eines unionsrechtswidrigen nationalen Rechtsakts nur im Einzelfall und nicht abstrakt oder allgemein Gebrauch machen darf, wobei die im *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*-Urteil aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sein müssen.¹⁵¹³ Während nicht-letztinstanzliche Gerichte den EuGH nach Art. 267 II AEUV anrufen können, statuiert der Gerichtshof für letztinstanzliche Gerichte im Sinne des Art. 267 III AEUV beim geringsten Zweifel hinsichtlich der richtigen Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts eine Vorlagepflicht. Er überträgt damit seine CILFIT-Rechtsprechung¹⁵¹⁴ auf diese Fallgestaltung.¹⁵¹⁵ Hinsichtlich der Ausübung der Ausnahmefugnis darf demnach kein vernünftiger Zweifel bestehen, was substantiiert nachzuweisen ist, damit das letztinstanzliche Gericht von einer Vorlage absehen kann.¹⁵¹⁶ Damit entscheidet „beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts“ grundsätzlich der EuGH über die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts aus Umweltschutzgründen, das letztinstanzliche nationale Gericht dagegen nur, wenn „kein vernünftiger Zweifel“ hinsichtlich der im *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*-Urteil aufgestellten Voraussetzungen besteht.¹⁵¹⁷

Die vom EuGH betonte Vorlageverpflichtung hält sich damit im Rahmen der in Art. 267 AEUV aufgestellten Anforderungen, wonach nur letztinstanzliche Gerichte im Sinne des Art. 267 III AEUV vorlageverpflichtet sind. Haben diese keine Zweifel hinsichtlich der unionsrechtlichen Vorgaben, was angesichts der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen

1513 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 40 f.

1514 EuGH, Urteil vom 6.10.1982, Rs. 283/81 (CILFIT u.a.), Rn. 21.

1515 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 45 f., 47 ff., 51.

1516 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 52.

1517 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 53.

aber nicht sehr wahrscheinlich scheint¹⁵¹⁸, können sie ohne Einholung der Zustimmung des EuGH von ihrer Ausnahmefugnis Gebrauch machen.

Hinsichtlich der nicht-letztinstanzlichen Gerichte drängt sich durch die Bezugnahme des EuGH in seinem *Association France Nature Environnement*-Urteil auf die *CILFIT*-Rechtsprechung, in der festgelegt ist, in welchen Situationen letztinstanzliche Gerichte den EuGH nicht anrufen müssen, der Umkehrschluss auf, dass nicht-letztinstanzliche Gerichte den EuGH nicht vorher anrufen müssen, um von der im *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne*-Urteil vorgesehenen Befugnis Gebrauch zu machen.¹⁵¹⁹

Festzuhalten bleibt damit, dass der EuGH keine Übertragung seiner Foto-Frost-Rechtsprechung vorgenommen hat. Mit der Dichte seiner Vorgaben erreicht er allerdings ein ähnliches Ergebnis. Durch die Aufstellung von Bedingungen, die an gesetzliche Vorgaben erinnern, möchte er miteinander unvereinbaren mitgliedstaatlichen Gerichtsentscheidungen vorbeugen¹⁵²⁰ und so der Gefahr für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts begegnen.¹⁵²¹

Dass das nationale Gericht, sollte es die vier im *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne*-Urteil aufgestellten Bedingungen beachten, den Gerichtshof nicht anrufen muss, um die Wirkungen des unionsrechtswidrigen nationalen Rechts vorübergehend aufrechtzuerhalten, zeigt sich auch an der Gegenüberstellung des *Winner Wetten*- und *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne*-Urteils im *Association France Nature Environnement*-Urteil. In Rn. 33 jenes Urteils ist nämlich von Rn. 66 und 67 des *Winner Wetten*-Urteils die Rede, in denen der Gerichtshof seine ausschließliche Zuständigkeit für eine Herbeiführung der Aussetzung der Verdrängungswirkung betont, um dann in Rn. 34 mit Blick auf Rn. 58 des *Inter-Environnement Wallonie* und *Terre wallonne*-Urteils einen Gegensatz aufzubauen („cela étant“/„nevertheless“/„jedoch“), wonach ein nationales Gericht bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift berechtigt sei, um bestimmte Wirkungen nationalen Rechts aufrechtzuerhalten.¹⁵²²

1518 *Mamoudy*, AJDA 2016, 2229 (2231 f.).

1519 *Cassagnabère*, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 2017, 47 (61 f.).

1520 *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1168 ff.; siehe auch Fn. 43).

1521 Die Bedrohung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts betont *Gentile*, *European Papers* 2017, 321 (327).

1522 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 33 und 34. Ebenso EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17

In seinem *Association France Nature Environnement*-Urteil erkennt der EuGH also auch eine eigene Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte im Hinblick auf die Suspendierung des Vorrangs an.¹⁵²³ Gleichsam als Ausgleich für die Nichtübertragung der Foto-Frost-Rechtsprechung erscheinen die vom Gerichtshof getroffenen Vorkehrungen, um die Reichweite der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit zu begrenzen. So ist den nationalen Gerichten lediglich eine „Anpassung“¹⁵²⁴ der Wirkungen der Nichtigerklärung gestattet und nicht etwa eine Missachtung des Vorrangs. Zudem legt der EuGH die Bedingungen der Ausübung der Kompetenz der mitgliedstaatlichen Gerichte fest, deren Befugnis zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen des nationalen Rechts im Übrigen aus diesem nationalen Recht erwachsen muss, also nicht im Unionsrecht wurzelt.¹⁵²⁵

Hinzu kommt, dass der EuGH die vom Conseil d'État gewählte Reihenfolge der Vorlagefragen bei der Beantwortung umgekehrt hat. Zunächst war er nach dem Bestehen einer Vorlagepflicht in allen Fällen für nationale Gerichte und erst dann nach der Befugnis zur Aufrechterhaltung der Wirkungen des in Rede stehenden unionsrechtswidrigen nationalen Rechts gefragt worden. Aus der Sicht des Conseil d'État stand dahinter die Überlegung, dass der EuGH den nationalen Gerichten nur beim Bestehen einer Vorlagepflicht Hinweise im Einzelfall erteilen kann.¹⁵²⁶

Durch die Umkehrung der Vorlagefragen lässt der EuGH Vorbehalte gegenüber einer Zuweisung der Beurteilung an nationale Gerichte erkennen. Er macht auf diese Weise deutlich, dass die zentrale Frage für ihn diejenige nach den Befugnissen der mitgliedstaatlichen Gerichte ist.¹⁵²⁷ Während sich der Conseil d'État auf alle nationalen Gerichte bezogen hatte, beschränkt sich der EuGH auf die für letztinstanzliche Gerichte bestehende Verpflichtung nach Art. 267 III AEUV. Dies entspricht der Natur des Vorabentscheidungsverfahrens, das dem vorlegenden Gericht Hilfestel-

(Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 177 und 178.

1523 GA Hogan, Schlussanträge vom 11.9.2019 in den verb. Rs. C-13/18 und C-126/18 (Sole-Mizo u.a.), Rn. 41 meint, unter ganz außergewöhnlichen Umständen sei es denkbar, dass es nicht dem EuGH vorbehalten sei, die Wirkung des Unionsrechts zu begrenzen oder aufzuschieben.

1524 Vgl. EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), Rn. 34.

1525 Siehe zu diesen Beobachtungen auch Dougan, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1496 f.).

1526 Vgl. Clément-Wilz, European Papers 2017, 259 (260).

1527 Clément-Wilz, European Papers 2017, 259 (260 f.).

lung bei der Beurteilung der sich in dem ihm vorliegenden Rechtsstreit stellenden Fragen leisten soll.¹⁵²⁸

Den mitgliedstaatlichen Gerichten steht also eine Befugnis zu, die weniger weit als diejenige des EuGH reicht. In welchem Verhältnis diese Zuständigkeiten zueinander stehen, legt der Gerichtshof im *Association France Nature Environnement*-Urteil aber nicht klar offen. Nach seinen Aussagen erscheint jedenfalls sowohl eine Zuständigkeit nationaler Gerichte, die parallel zu derjenigen des EuGH besteht, als auch eine solche, die vom EuGH auf diese delegiert ist, denkbar.¹⁵²⁹

Seine im *Association France Nature Environnement*-Urteil getroffene Aussage hat der Gerichtshof in der Folgezeit im Urteil in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* dahingehend präzisiert, dass die Befugnis des nationalen Gerichts zur Anpassung der Wirkungen der Nichtigerklärung nur „unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Voraussetzungen“ ausgeübt werden kann und dass nur er allein nach der *Winner Wetten*-Rechtsprechung befugt ist, die Voraussetzungen einer Aufrechterhaltung der Wirkungen nationaler Maßnahmen festzulegen.¹⁵³⁰ Die Ausübung der Zuständigkeit eines nationalen Gerichts hängt damit im Ergebnis von der vorherigen Genehmigung durch den EuGH ab; in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* hat der Gerichtshof sie im Hinblick auf die Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats erteilt. Die Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte erscheint danach als vom EuGH auf sie delegierte Kompetenz. Nicht ganz passend ist dann allerdings der Hinweis des Gerichtshofs auf die nach nationalem Recht bestehende Befugnis, die gegeben sein muss, damit das nationale Gericht eine Aufrechterhaltung von Wirkungen des unionsrechtswidrigen nationalen Rechts herbeiführen kann.¹⁵³¹

1528 *Coutron*, RTDEur. 2017, 400 (406). Nach seinen Worten ist der EuGH hin- und hergerissen zwischen dem Verständnis für die Forderung des Conseil d'État nach einer Befugnis zur Begrenzung der Wirkungen der Nichtigerklärung des nationalen Rechts und seiner Überzeugung, dass die Zeit noch nicht reif ist für ein Überschreiten des Rubikon.

1529 Siehe zu diesen Möglichkeiten *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1500 ff.).

1530 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 178 und 179.

1531 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 182. In diesem Sinne jüngst erneut EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (*A u.a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)*), Rn. 95.

Durch die Einordnung der Zuständigkeit der nationalen Gerichte in den durch das *Winner Wetten*-Urteil gesteckten Rahmen erscheint das *Association France Nature Environnement*-Urteil als Beispiel für die im Einzelfall an die mitgliedstaatlichen Gerichte zu erteilende Gestattung zur Anpassung der Wirkungen der Nichtigerklärung.¹⁵³² Im Hinblick auf das *Association France Nature Environnement*-Urteil bleibt damit festzuhalten, dass sich der EuGH zu seiner dort getroffenen Aussage nur hat durchringen können, weil er den nationalen Gerichten für den besonderen Bereich des unionsrechtlichen Umweltschutzes das Gebrauchmachen von der ihnen nach nationalem Recht zustehenden Befugnis bereits gestattet hat.

Für andere Regelungsbereiche bleibt es nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis schlussendlich also doch bei der Pflicht zur vorherigen Anrufung des EuGH.¹⁵³³ Die in Rn. 34 des *Association France Nature Environnement*-Urteils erfolgte Aussage erweist sich damit in der Tat als „missverständlich, soweit sie der ständigen Rechtsprechung widersprechen könnte, dass *allein* der Gerichtshof vorübergehend die zeitliche Anwendung des vorrangig anwendbaren Unionsrechts aufschieben kann“.¹⁵³⁴

Zusammenfassend führt der EuGH daher mit Blick auf sich selbst aus, dass er „in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen kann“ und mit Blick auf mitgliedstaatliche Gerichte, dass „ein nationales Gericht unter Voraussetzungen, die allein der Gerichtshof festlegen kann, aus zwingenden Erwägungen, die mit dem Umweltschutz und der Stromversorgungssicherheit des betreffenden Mitgliedstaats zusammenhängen, ausnahmsweise zur Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift berechtigt sein kann, die es ihm gestattet, bestimmte Wirkungen eines für nichtig erklärten nationalen Rechtakts aufrechtzuerhalten“.¹⁵³⁵

Letztlich würde es der Einheit der Unionsrechtsordnung den „Todesstoß“ versetzen, wenn man die Befugnis zur Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der Nichtigerklärung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts generell den nationalen Gerichten übertrüge.¹⁵³⁶ Die Erteilung einer

1532 Siehe hierzu *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1506 f.).

1533 Darauf weist auch *Clément-Wilz*, *European Papers* 2017, 259 (266) hin.

1534 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 29.11.2018 in der Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 202 (Hervorhebung im Original).

1535 EuGH, Urteil vom 19.12.2019, Rs. C-236/18 (GRDF), Rn. 43.

1536 So plastisch *Coutron*, RTDEur. 2017, 400 (404). Der Verweis *Coutrons* auf EuGH, Urteil vom 9.3.2006, Rs. C-499/04 (*Werhof*), Rn. 32 erscheint in diesem

entsprechenden Gestattung muss daher beim Gerichtshof monopolisiert sein. Lediglich über die Aufrechterhaltung der Wirkungen der angefochtenen Maßnahmen an sich entscheidet dann das nationale Gericht. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass es dabei gegebenenfalls dem Mitgliedstaat zur Verfügung stehende Mittel zu berücksichtigen hat, die diesem beispielsweise eine Gewährleistung seiner Stromversorgung ermöglichen¹⁵³⁷ und für deren Beurteilung es besser als der EuGH geeignet ist.

Zu unterscheiden ist nach dem vorstehend Gesagten also zwischen zwei Arten der Durchführung der Aussetzung der Verdrängungswirkung, einem „zentralisierte[n] Verfahren unter der Kontrolle des Gerichtshofs“ und einem dezentralisierten, „das unter sehr engen Voraussetzungen den nationalen Gerichten zugewiesen wird“.¹⁵³⁸

cc) Auswirkungen auf den Vorrang

Abschließend soll ein Blick auf die Auswirkungen der vorgestellten Entscheidungen auf den Vorrang als Wesensmerkmal des Unionsrechts geworfen werden. Zu diesem Zweck ist noch einmal genau danach zu fragen, worauf sich der Gerichtshof bei ihnen gestützt hat.

In der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne* standen sich wie gesehen zwei unionsrechtliche Verpflichtungen – diejenige zur Durchführung einer Umweltprüfung und diejenige zum Erlass eines Aktionsprogramms zur Durchführung der Nitratrichtlinie – gegenüber, die in Ausgleich zu bringen waren. Den Vorrang hat der Gerichtshof dort nicht erwähnt.¹⁵³⁹

Auch wenn daher auf den ersten Blick die Vermutung nahe liegt, dass der EuGH die oben beschriebene Ausnahmebefugnis der nationalen Ge-

Zusammenhang aber irreführend, da es dort nicht um das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht geht, sondern um die Auslegung des Sekundärrechts im Lichte der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zur Wahrung der Einheit der Unionsrechtsordnung.

1537 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 180; EuGH, Urteil vom 25.6.2020, Rs. C-24/19 (A u.a. (*Windkraftanlagen in Aalter und Nevele*)), Rn. 95.

1538 So pointiert GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 3.3.2020 in der Rs. C-24/19 (A u.a. (*Windkraftanlagen in Aalter und Nevele*)), Fn. 64.

1539 Siehe auch *Lock*, CMLRev. 50 (2013), 217 (225 f.).

richte zum Gebrauchmachen von einer im nationalen Recht vorgesehenen Befugnis zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts aus Gründen der nationalen Verfahrensautonomie anerkannt hat, so wird doch sehr bald deutlich, dass dies nicht der Fall ist. Zwar deutet auf einen solchen Anknüpfungspunkt hin, dass der EuGH die nationale Verfahrensautonomie dort zur Sprache gebracht hat und sie den Rahmen bildet, innerhalb dessen die nationalen Gerichte dem Unterbleiben der Umweltverträglichkeitsprüfung abhelfen müssen.¹⁵⁴⁰

Die Anknüpfung einer Verzögerung der Wirkung des Vorrangs an die nationale Verfahrensautonomie mit den Grenzen von Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz wäre allerdings nicht überzeugend. Hierfür ist weniger von Bedeutung, dass es in den vom Gerichtshof entschiedenen Fällen nicht um die Anwendung einer zwingenden nationalen Verfahrensvorschrift, sondern um eine dem nationalen Gericht nach nationalem Recht ausnahmsweise eingeräumte Befugnis geht, da die Betroffenheit von unionsrechtlichen Gründen die Anwendung der nationalen Verfahrensregel ja erst recht nahelegen könnte. Ein Anknüpfen an die nationale Verfahrensautonomie würde aber den unionsrechtlichen Rahmen verschleiern, in den sich diese Befugnis einfügen muss.¹⁵⁴¹ Wie gesehen richten sich die Bedingungen der Ausübung der Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte daher gerade nicht nach Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz. Dadurch dass der EuGH die Bedingungen der Ausübung dieser Zuständigkeit detailgenau festlegt, haben die mitgliedstaatlichen Gerichte letztlich keinen Spielraum, der ihnen bei einer Verankerung in der Verfahrensautonomie in größerem Umfang zustünde.¹⁵⁴² Da die zugrunde liegende Abwägung unionsintern erfolgt, können die nationalen Gerichte nicht autonom über den Ausgleich der widerstreitenden Interessen entscheiden.

Dass der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten die erwähnte Befugnis zugesprochen hat, erklärt sich daraus, dass in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne* kein inhaltlicher Widerspruch der innerstaatlichen Maßnahmen zum Unionsrecht bestand und dieses zu den Folgen des Verfahrensfehlers, der ihnen anhaftet, schweigt. Der Verfahrensfehler führt nicht zur Unanwendbarkeit der innerstaatlichen

1540 EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (*Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne*), Rn. 42 ff.

1541 *Lock*, CMLRev. 50 (2013), 217 (222 f.). *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1726 f.) verneint die Aufstellung eines neuen allgemeinen Grundsatzes durch den EuGH.

1542 *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1497, 1499).

Maßnahmen wegen Verstoßes gegen vorrangig anzuwendendes Unionsrecht.¹⁵⁴³ Aus der Sicht des Vorrangs ergeben sich insoweit keine Probleme.¹⁵⁴⁴

Das Urteil in der Rechtssache Association France Nature Environnement knüpft dagegen an das Winner Wetten-Urteil an, auch wenn es jenes nur einmal in Rn. 33 erwähnt. Die vom Gerichtshof gewählten Formulierungen offenbaren dabei ein Verständnis, wonach es ihm um eine Begrenzung des Vorrangs geht. Auch die „Begrenzung der Wirkungen“ der Feststellung der Rechtswidrigkeit/der Nichtigkeitserklärung, von der der EuGH spricht und die er dem nationalen Gericht gestattet, weckt Assoziationen zu der im Winner Wetten-Urteil erwähnten möglichen Analogie zu Art. 264 II AEUV.¹⁵⁴⁵

Aufgrund der jeweils unterschiedlichen Ausgangssituation in den beiden Verfahren liegt es nicht auf der Hand, die Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne-Rechtsprechung auf die Association France Nature Environnement-Konstellation zu erstrecken. Dadurch dass der Gerichtshof die von Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen noch auseinandergehaltenen Fragen der Aufrechterhaltung der Wirkungen des Umsetzungsrechts und der in seiner Anwendung erlassenen Pläne/Programme vermengt, erweckt er den Anschein einer Abschwächung des Vorrangs.¹⁵⁴⁶ Da er aber, abgesehen von der Ausweitung des Kriteriums der ordnungsgemäßen Umsetzung der Nitratrichtlinie auf die ordnungsgemäße Umsetzung des Umweltrechts der Union, auch in seinem Association France Nature Environnement-Urteil dem im Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne-Urteil gesteckten Rahmen verhaftet bleibt¹⁵⁴⁷, kann nicht behauptet werden, dass durch dieses die Rechtsprechung zum Vorrang außer Kraft gesetzt werde.¹⁵⁴⁸

Auch die in Art. 6 III der SUP-Richtlinie niedergelegte Verpflichtung, um die es in Association France Nature Environnement ging, hat verfahren-

1543 GA Kokott, Schlussanträge vom 29.11.2018 in der Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 203.

1544 Cassagnabère, Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel 2017, 47 (60). Er spricht plastisch vom Versuch einer „conciliation inter-temporelle“ mit dem Vorrang.

1545 So auch Sowery, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1166 mit Fn. 31; 1167 mit Fn. 37).

1546 Gentile, European Papers 2017, 321 (325).

1547 Coutron, RTDEur. 2017, 400 (403 ff.); so auch GA Kokott, Schlussanträge vom 29.11.2018 in der Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen), Rn. 203.

1548 Gentile, European Papers 2017, 321 (322).

rensrechtlichen Charakter. Der Verstoß gegen das dort vorgesehene Autonomieerfordernis führt nicht zwingend zu einem inhaltlichen Konflikt mit dem Unionsrecht. Dazu, wie bei einem solchen zu verfahren ist, hat sich der Gerichtshof also auch dort nicht klar geäußert.¹⁵⁴⁹ Die Befugnis zur Aufrechterhaltung der Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts ist danach auf die Umstände des Einzelfalles begrenzt. Gestattet ist den nationalen Gerichten, „unter bestimmten Bedingungen vorübergehend die Wirkungen von Maßnahmen aufrechtzuerhalten, die unter Verletzung der SUP-Richtlinie erlassen wurden“.¹⁵⁵⁰

Die im Winner Wetten-Urteil angedeutete Möglichkeit einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung hat der Gerichtshof hier also noch nicht voll entfaltet.¹⁵⁵¹ Die im Winner Wetten-Urteil erkennbare Zurückhaltung im Hinblick auf materielles Unionsrecht hat der Gerichtshof daher in der Rechtssache Association France Nature Environnement nicht aufgegeben.¹⁵⁵² Sie ist auch in seiner nachfolgenden Rechtsprechung zu beobachten.¹⁵⁵³

Dass die Antwort des Gerichtshofs in der Rechtssache Association France Nature Environnement nicht zu einer Aufrechterhaltung des unionsrechtswidrigen Ministerialdekrets führen konnte und daher von begrenzter Reichweite ist, zeigt auch das im Anschluss an das EuGH-Urteil

1549 *van der Hulle*, NtEr 2016, 284 (289).

1550 GA Kokott, Schlussanträge vom 25.1.2018 in der Rs. C-671/16 (Inter-Environnement Bruxelles u.a.), Rn. 39. Jedenfalls „teilweise“ mildert diese Befugnis nationaler Gerichte die Rechtsunsicherheit ab, die sich nach Ansicht mancher Mitgliedstaaten aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt, die zahlreiche Maßnahmen in den Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie einbezieht und damit auch viele allgemeine Regelungen erfasst, die seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der SUP-Richtlinie ohne Umweltprüfung unter Verstoß gegen die SUP-Richtlinie erlassen worden sind, GA Kokott, a.a.O., Rn. 38 f.

1551 *Mamoudy*, AJDA 2016, 2229 (2229 f.).

1552 So aber *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1173 f.).

1553 Siehe EuGH, Urteil vom 6.10.2020, verb. Rs. C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (La Quadrature du Net u.a.), Rn. 219 mit Blick auf einen Verstoß gegen Art. 15 I der Richtlinie 2002/58/EG im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 I GRCh. In Rede stand eine nationale Rechtsvorschrift, die Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste eine Pflicht zur Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten auferlegte. Eine Aufrechterhaltung der Wirkungen dieser Vorschrift hätte nach Ansicht des EuGH zur Folge, dass „den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste weiterhin Verpflichtungen auferlegt würden, die gegen das Unionsrecht verstoßen und mit schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte der Personen verbunden sind, deren Daten gespeichert wurden“.

ergangene Urteil des Conseil d'État, in dem die oben bereits angesprochene Frage, wer im konkreten Fall über die Aussetzung des Anwendungsvorrangs entscheidet, wieder auftaucht.

Im Anschluss an die Wiederholung der wichtigsten Aussagen des EuGH stellt der Conseil d'État fest, dass die Bestimmungen des angegriffenen Dekrets allgemeine Verfahrensregeln aufstellen, die für sich genommen keine Auswirkungen auf den Umweltschutz haben. In Ermangelung einer Möglichkeit des Conseil d'État, die auf der Grundlage des Dekrets getroffenen Entscheidungen im Voraus eingehend im Hinblick auf die vom EuGH für eine Aufrechterhaltung gestellten Bedingungen zu beurteilen, bedarf es einer Prüfung dieser Frage durch die Verwaltungsgerichte, vor denen die Pläne und Programme und darauf gestützte Akte angegriffen werden. Jene haben daher darüber zu entscheiden, ob diese aufrechterhalten werden können. Folgerichtig erklärt der Conseil d'État die Bestimmungen des Dekrets, soweit sie unionsrechtswidrig sind, für nichtig.¹⁵⁵⁴ Dieses hat Unionsrecht nicht ordnungsgemäß umgesetzt, sodass seine Aufrechterhaltung ausscheiden muss.¹⁵⁵⁵

Diese Entscheidung des Conseil d'État war durch das EuGH-Urteil bereits vorgezeichnet, da der Gerichtshof eine abstrakte Betrachtung abgelehnt und damit implizit dem die Rechtmäßigkeit der Pläne und Programme überprüfenden Gericht die Modulation der Wirkungen der Nichtigkeitsklärung vorbehalten hatte.¹⁵⁵⁶ Die Ausführungen des Gerichtshofs erweisen sich damit letztlich als weniger weitreichend, als sie es dem ersten Eindruck nach vermuten ließen.

Die Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, die der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats Beachtung schenkt, verlässt den Rahmen der im Umweltrecht der Union vorgesehenen Umweltprüfungen ebenfalls nicht. Auch hier hat sich der Gerichtshof eng an seine bisherige Rechtsprechung angelehnt und eine Entscheidung in Ansehung der Umstände des Einzelfalls getroffen.¹⁵⁵⁷ In der Rechtssache *Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.* verneint er wie bereits im *Winner Wetten*-Urteil das Vorliegen zwingender Erwägungen der Rechtssicherheit und zeigt durch die Betonung des Erfordernisses einer ordnungsgemäßen Umsetzung einer unionsrechtlichen Pflicht – im

1554 Conseil d'État, Urteil vom 3.11.2016, No. 360212, Punkt 3 und Tenor.

1555 *Mamoudy*, AJDA 2016, 2229 (2231).

1556 *Clément-Wilz*, European Papers 2017, 259 (262).

1557 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 177 ff.

konkreten Fall betroffen war die Mehrwertsteuerrichtlinie – seine Vorbehalte gegenüber einem Zurücktreten des vorrangigen Unionsrechts im Falle seiner Verletzung.¹⁵⁵⁸ Durch diese Bezugnahme auf die Umsetzung einer unionsrechtlichen Pflicht hat der Gerichtshof insbesondere die Situation bei Richtlinien im Blick und möchte ein Vakuum hinsichtlich ihrer Umsetzung vermeiden. Bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht fällt diese Überlegung weg, sodass insoweit noch größere Zurückhaltung geboten ist.¹⁵⁵⁹

Einen allgemeinen Rahmen zur Aufrechterhaltung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts durch ein nationales Gericht hat der EuGH nach alledem noch nicht geschaffen.¹⁵⁶⁰ Nur im Einzelfall und unter den vom Gerichtshof festgelegten Bedingungen ist mitgliedstaatlichen Gerichten gestattet, Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts aufrechtzuerhalten.¹⁵⁶¹ Bislang hat der Gerichtshof ihnen lediglich eine Befugnis für den Bereich des Umweltschutzes und der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaates zuerkannt¹⁵⁶² – unter der Voraussetzung, dass ihr nationales Recht eine Vorschrift bereithält, die die Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen eines für nichtig erklärten Rechtsakts gestattet. Mit Blick auf den EuGH selbst ist festzustellen, dass dessen Befugnis weiter als diejenige der mitgliedstaatlichen Gerichte reicht. Entscheidend kommt es für das Eingreifen seiner Zuständigkeit für die Suspendierung des Anwendungsvorrangs auf das Bestehen einer Gefahr für die unionsrechtliche Rechtssicherheit an.¹⁵⁶³

1558 EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.), Rn. 57 ff.

1559 Siehe hierzu auch *Sowery*, CMLRev. 54 (2017), 1157 (1167). *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1494) ist ebenfalls der Auffassung, dass die Art des in Rede stehenden Unionsrechts Auswirkungen darauf hat, ob eine Aussetzung der Verdrängungswirkung gerechtfertigt ist.

1560 *Mamoudy*, AJDA 2016, 2229 (2229 f.) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 66, 67 und EuGH, Urteil vom 28.2.2012, Rs. C-41/11 (Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne), Rn. 58.

1561 Vgl. GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 10.9.2020 in den verb. Rs. C-407/19 und C-471/19 (Katoen Natie Bulk Terminals und General Services Antwerp), Rn. 97.

1562 Vgl. jetzt auch EuGH, Urteil vom 6.10.2020, verb. Rs. C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (La Quadrature du Net u.a.), Rn. 218 f., wo der Gerichtshof die Bedeutung des Vorliegens eines Verstoßes gegen eine verfahrensrechtliche Verpflichtung zur „vorherigen Prüfung der Auswirkungen eines Projekts im speziellen Bereich des Umweltschutzes“ besonders betont.

1563 Ebenso *Ehlers/Eggert*, JZ 2008, 585 (589).

IV. Suspendierung des Vorrangs im Hinblick auf Vertrauen in nationales Recht?

Ging es im vorhergehenden Abschnitt um die aus unionsrechtlicher Sicht bestehenden Möglichkeiten zur Vermeidung eines Rechtsvakuum, das durch die Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts drohte, ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob eine Suspendierung des Vorrangs auch im Hinblick auf Vertrauen in nationales Recht denkbar ist. Aufgeworfen ist damit das Problem, ob der Anwendungsvorrang auch im Hinblick auf die grundsätzlich bestehende Pflicht zur rückwirkenden Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts Grenzen unterliegt. In Rede steht also die Frage nach der Möglichkeit nationaler Gerichte zur Begrenzung der Nichtanwendung des nationalen Rechts durch auf das nationale Recht gestützte Vertrauensschutzerwägungen. Ihre Beantwortung bedarf zunächst einer Betrachtung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit der im ersten Teil dieser Arbeit untersuchten Begrenzung der Berufung auf eine ausgelegte Norm in zeitlicher Hinsicht durch den EuGH im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung.

1. Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit der Begrenzung der ex tunc-Wirkung

Unterbleibt eine Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung, wirkt eine unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten über den Anwendungsvorrang auf sämtliche Mitgliedstaaten ein.¹⁵⁶⁴ Da auch dieser selbst über einen zeitlichen Aspekt verfügt, steht fest, dass die Normkollision mit Wirkung auf den Zeitpunkt zu beseitigen ist, in dem die Normen zum ersten Mal kollidiert sind, da der Konflikt zwischen nationalem und Unionsrecht bereits seit diesem Zeitpunkt besteht.¹⁵⁶⁵ Anders ist dies nur, wenn der Anwendungsvorrang durch eine unionsinterne Abwägung eingeschränkt wurde.

¹⁵⁶⁴ Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (367).

¹⁵⁶⁵ So auch Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (377). A.A. *Beljin*, NVwZ 2008, 156 (159), der zwar das Bestehen einer Prüfungs- und Verwerfungspflicht der innerstaatlichen Rechtsanwender bejaht, darin aber keine Pflicht zur sofortigen Nichtanwendung erkennt und auch keine zeitlich unbegrenzte Pflicht zur Beachtung des Anwendungsvorrangs daraus ableitet.

Die Begrenzung der ex tunc-Wirkung ist also eine der Suspendierung des Anwendungsvorrangs vorgelagerte Option. Im Gegensatz zur erstgenannten Möglichkeit, von der nur unionsweit einheitlich Gebrauch gemacht werden kann, ist die zweite territorial begrenzt. Zudem unterscheiden sich beide Instrumente insoweit in ihren Rechtsfolgen, als durch die Begrenzung der ex tunc-Wirkung der Anwendungsbefehl der Norm des Unionsrechts in der Regel für den Zeitraum vom Inkrafttreten bis zum entsprechenden EuGH-Urteil aufgehoben wird, während bei der Aussetzung des Anwendungsvorrangs lediglich die der Bestimmung aufgrund ihres Vorrangs zukommende Verdrängungswirkung vorübergehend suspendiert wird und so anders als im ersten Fall etwa eine unionsrechtskonforme Auslegung und Staatshaftung noch möglich sind. Eine temporäre Suspendierung des Anwendungsvorrangs zielt also nicht lediglich auf die Erreichung eines im Vergleich zur Defrenne-Rechtsprechung identischen Ergebnisses ab.

Unter Anwendung der Maßstäbe der Defrenne-Rechtsprechung ließe sich dieses auch gar nicht erreichen, wie sich einerseits an der fehlenden Möglichkeit einer territorialen Differenzierung, aber auch, jedenfalls nach hier vertretener Auffassung, an der nicht bestehenden Möglichkeit einer Begrenzung der ex tunc-Wirkung bis zu einem in der Zukunft gelegenen Zeitpunkt zeigt.¹⁵⁶⁶

Angesichts der Unterschiede in der Wirkungsweise der Defrenne-Rechtsprechung und einer temporären Suspendierung des Anwendungsvorrangs bedeutet die Erwähnung einer möglichen Analogie zu Art. 264 II AEUV für die Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs nicht, dass der Gerichtshof von den im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechungslinie angeführten Voraussetzungen des guten Glaubens und der Gefahr schwerwiegender Störungen Abstand genommen und sich stärker an allgemeine Rechtssicherheitserwägungen angelehnt hat. Auch wenn eine vorübergehende Suspendierung des Anwendungsvorrangs nur den jeweiligen Mitgliedstaat betrifft, muss der Gerichtshof daher seine aus dem ersten Teil dieser Arbeit bekannte Präklusionsrechtsprechung nicht aufgeben.¹⁵⁶⁷

Dennoch kann nicht geleugnet werden, dass ein Spannungsverhältnis zu seiner Begrenzungsrechtsprechung besteht, das der EuGH in seinem

1566 So auch *Koenig/Schreiber*, DÖV 2008, 450 (453 f.). Zur Frage, ob die Berufung auf die ausgelegte Norm bis zu einem in der Zukunft gelegenen Zeitpunkt ausgeschlossen werden kann, siehe näher oben bei Fn. 1086 ff.

1567 So aber *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1723 f., 1729). Zur Präklusionsrechtsprechung näher oben bei Fn. 881 ff.

Winner Wetten-Urteil allerdings anders als Generalanwalt Bot in seinen in dieser Rechtssache vorgelegten Schlussanträgen nicht anspricht, obwohl es sich auch dort abzeichnete. Generalanwalt Bot hatte einerseits auf die Beeinträchtigung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz hingewiesen und andererseits geltend gemacht, dass die zur Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Rechts führenden Gründe bereits im Gambelli-Urteil ersichtlich geworden waren und damit bereits einige Zeit vor dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache Winner Wetten. Damit nimmt er einerseits die bei der Defrenne-Rechtsprechung bislang stets vorgenommene Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer und zum anderen die im Gambelli-Urteil unterbliebene und zur Präklusion führende Beschränkung der zeitlichen Wirkungen in Bezug.¹⁵⁶⁸

Deutlich wird hierdurch, dass sich bei beiden Möglichkeiten insoweit keine Unterschiede ergeben, als die eigentlich einschlägige unionsrechtliche Vorschrift auf den Ausgangsfall keine Anwendung findet. Nicht die Augen verschließen sollte man daher davor, dass über das Instrument einer temporären Suspendierung des Anwendungsvorrangs im betroffenen Mitgliedstaat eine Umgehung der Kriterien der Defrenne-Rechtsprechung droht.¹⁵⁶⁹ Hier wie dort kann daher „bloße“ Rechtsunsicherheit nicht genügen, um vom jeweiligen Instrument Gebrauch machen zu können, sondern nur eine sich als unzutreffend herausstellende Vorstellung vom Inhalt des Unionsrechts.¹⁵⁷⁰ Um die Einschnitte für den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zu begrenzen, erscheint es zudem angezeigt, die im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung zur Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer angestellten Erwägungen auf den Fall der Suspendierung des Anwendungsvorrangs zu übertragen.¹⁵⁷¹

Dadurch dass die Befugnis zur Begrenzung der ex tunc-Wirkung nur in Ausnahmefällen besteht, steht die Defrenne-Rechtsprechung ebenso wie der Anwendungsvorrang selbst im Dienste der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts. Im Ergebnis in der rechtlichen Behandlung zwischen

1568 GA Bot, Schlussanträge vom 26.1.2010 in der Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 84, 103 ff., 114 ff. Siehe hierzu auch *Verstraelen*, GLJ 14 (2013), 1687 (1723 f.). Zur Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer näher oben bei Fn. 1102 ff.

1569 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1501 f.).

1570 Vgl. *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 468 ff.

1571 *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1489) weist zu Recht darauf hin, dass es aber auch Fälle geben kann, in denen der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz hinter den betroffenen Allgemeininteressen zurückzutreten hat.

der Begrenzung der Durchsetzungsdimension und der Begrenzung des unionsrechtlichen Normbefehls zu differenzieren, würde daher nicht überzeugen.¹⁵⁷² In dieses Bild fügt sich der Vorschlag ein, für die Frage der Suspendierung des Vorrangs die Art. 264 II AEUV zugrundeliegenden Rechtssicherheitserwägungen unter Bezugnahme auf die Kriterien der Defrenne-Rechtsprechung mit Leben zu füllen und auf diese Weise die Defrenne- und Winner Wetten-Rechtsprechung weitgehend zu vereinen.¹⁵⁷³

Die enge Verbindung zwischen beiden Begrenzungsmöglichkeiten zeigt sich auch in der Rechtssache *Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*, in der angesichts der in einem belgischen Gesetz vorgesehenen Befreiung von der Mehrwertsteuer nur für Angehörige eines reglementierten ärztlichen oder artztähnlichen Berufs, nicht aber etwa für Chiropraktiker und Osteopathen die Frage eines Verstoßes gegen eine Bestimmung der Richtlinie über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem in Rede stand. Die Frage der Befugnis des nationalen Gerichts zur Aufrechterhaltung der Wirkungen des unionsrechtswidrigen nationalen Rechts bis zu dessen Ersetzung durch richtlinienkonformes Recht verneint der Gerichtshof mit der Begründung, dass das vorlegende Gericht bereits keine konkreten Gesichtspunkte genannt habe, die bei einer Rückwirkung der Nichtigerklärung der nationalen Vorschriften „spezifische Risiken der Rechtsunsicherheit“ begründen könnten. Als Beleg hierfür führt er die entsprechende Passage im Winner Wetten-Urteil an.¹⁵⁷⁴ „Insbesondere“, so der Gerichtshof, stellen haushalts- und verwaltungstechnische Schwierigkeiten keine solchen zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit dar. Zur Stützung dieser Aussage zieht er zwei Urteile der Defrenne-Rechtsprechungslinie heran, in denen er ausführt, dass finanzielle Konsequenzen, die sich aus einem Urteil im Vorabentscheidungsverfahren für einen Mitgliedstaat ergeben könnten, für sich allein keine zeitliche Begrenzung rechtfertigen.¹⁵⁷⁵ Ein Argument, dem im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung kein Gehör geschenkt wird, kann also nicht über den Umweg der Winner Wetten-Rechtsprechung Beachtung finden.

1572 Siehe auch *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (380).

1573 In diesem Sinne *van der Hulle/van der Hulle*, SEW 2012, 490 (499, 501).

1574 EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 59 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*), Rn. 67.

1575 EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.*), Rn. 60 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 18.10.2012, Rs. C-525/11 (*Mednis*), Rn. 44 und EuGH, Urteil vom 10.4.2014, Rs. C-190/12 (*Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*), Rn. 111.

2. Irrelevanz nationaler Vertrauensumstände

Nach dem bisher Gesagten muss hinsichtlich unmittelbar anwendbaren Unionsrechts die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände durch ein nationales Gericht ausscheiden.

- a) Verletzung der zeitlichen Wirkungen eines EuGH-Urteils durch „nationalen Vertrauensschutz“?

Dies kann allerdings nicht damit begründet werden, dass in „nationalem Vertrauensschutz“ die Verletzung der zeitlichen Wirkung eines EuGH-Urteils zu erblicken sei.¹⁵⁷⁶ Zum Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit nationalen Vertrauensschutzes würde damit nämlich das Urteil des EuGH selbst gemacht. Nach den im ersten Teil dieser Arbeit getroffenen Feststellungen handelt es sich bei der Bindungswirkung einer EuGH-Entscheidung aber in Wirklichkeit um eine solche der unionsrechtlichen Norm, die vom EuGH ausgelegt wurde und in dieser Auslegung verbindlich ist. Eine darüber hinausgehende Bindungswirkung des Urteils selbst besteht nicht.¹⁵⁷⁷ Die Erwägung des BAG, dass die Gesetzeswirkung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Gewährung von Vertrauensschutz sperren könnte¹⁵⁷⁸, ist damit im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH nicht entsprechend heranzuziehen.

Eine Privilegierung der Wirkung unionsgerichtlicher Rechtsprechung gegenüber der Wirkung unionsrechtlicher Normen findet insoweit nicht statt.¹⁵⁷⁹ Daran ändert auch die Präklusionsrechtsprechung des Gerichtshofs nichts. Dass danach die Bildung abweichenden guten Glaubens gegen ein Urteil des Gerichtshofs anders als gegenüber unionsrechtlichen Normen nicht möglich ist, hatte sich als der Stellung des EuGH im institutionellen Gefüge entsprechend erwiesen.¹⁵⁸⁰ Da sich die herausgehobene

1576 Seifert, JbArbR 48 (2011), 119 (129 f.) etwa macht geltend, dass eine Entscheidung des Gerichtshofs unterschiedliche Rechtswirkungen in den Mitgliedstaaten hervorbringe (und die einheitliche Wirkung des Unionsrechts gefährdet sei), wenn die nationalen Gerichte dem Vertrauensschutz autonom Rechnung trügen.

1577 So auch Düsterhaus, YEL 36 (2017), 237 (243). Siehe dazu zusammenfassend oben bei Fn. 154 ff.

1578 BAG, Urteil vom 23.1.2019, 7 AZR 161/15, Rn. 29 – juris.

1579 Diese befürchtet ansonsten Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (368).

1580 Siehe dazu näher oben bei Fn. 914 f.

Stellung der Rechtsprechung im Verhältnis zum nationalen Recht aber nur vermittelt über die unionsrechtliche Norm auswirken kann, ist deren Verhältnis zum nationalen Recht entscheidend für die Frage, ob ein mitgliedstaatliches Gericht bei der Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits nationale Vertrauensumstände berücksichtigen kann.

Durch eine Anknüpfung an das Urteil selbst würde einer Differenzierung nach der unterschiedlichen Wirkungsweise des Unionsrechts auch von vornherein die Grundlage entzogen. Deutlich wird dies etwa an einer Aussage in der Literatur, die im Honeywell-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts die Bestätigung dafür sieht, dass die Entscheidung des BAG im Anschluss an das Junk-Urteil des EuGH abzulehnen sei.¹⁵⁸¹ Sie entnimmt damit der Ablehnung der Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ bei der Betroffenheit des primärrechtlichen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung eine Aussage hinsichtlich der Situation bei der richtlinienkonformen Auslegung, da die Junk-Konstellation die richtlinienkonforme Auslegung und die Honeywell-Konstellation den Anwendungsvorrang betraf. Ein solcher Zusammenhang kann allerdings nicht begründet werden.

Dass ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, der mehrere Jahre nach einem die Junk-Konstellation betreffenden Urteil des BAG ergangen ist, in eine andere Richtung weist, führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Nicht zuletzt hält das Bundesverfassungsgericht dem BAG darin zwar vor, dass es sich mit der unionsrechtlichen Bindungswirkung von Vorabentscheidungen hätte auseinandersetzen müssen, als es im Anschluss an die Junk-Entscheidung des EuGH Vertrauensschutz gewährte.¹⁵⁸² Auch diese verfassungsgerichtliche Stellungnahme kann aber die Feststellung, dass die Bindungswirkung nicht dem EuGH-Urteil, sondern der ausgelegten Norm zukommt, nicht in Frage stellen. „Nationaler Vertrauensschutz“ kann sich damit nicht in Widerspruch zu den zeitlichen Wirkungen eines Urteils des Gerichtshofs setzen. Zweifel daran, dass diese Erkenntnis auch der Vorstellung des EuGH entspricht, sät letztlich auch das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache DI¹⁵⁸³ nicht, das nur auf den ersten Blick

1581 So *Seifert*, JbArbR 48 (2011), 119 (130). Siehe zur Entscheidung des BAG in der Junk-Konstellation bereits oben bei Fn. 1340 ff.; zur Honeywell-Konstellation näher oben bei Fn. 1344 ff. und unten bei Fn. 1621 ff.

1582 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 42 – NZA 2015, 375.

1583 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI).

in die Richtung eines an die Rechtsprechung des EuGH anzulegenden, ganz eigenen Maßstabs zu weisen scheint.¹⁵⁸⁴

b) „Sperrwirkung“ der Defrenne-Rechtsprechung

Für die Beachtlichkeit nationaler Vertrauensumstände wird auf grundsätzlicher Ebene vorgebracht, dass der EuGH die Unanwendbarkeit des nationalen Rechts nicht selbst feststellen könne, weshalb er auch die zeitlichen Wirkungen des Unanwendbarkeitsausspruchs nicht begrenzen könne.¹⁵⁸⁵ Da vielmehr das nationale Gericht die Entscheidung über die Anwendung bzw. Nichtanwendung treffe und die Folgen der Nichtanwendung eines Gesetzes in das nationale Rechtssystem eingepasst werden müssten, seien landesspezifische Kenntnisse erforderlich, an denen es dem EuGH fehle. Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung von je nach nationalem Verfassungsrecht unterschiedlichem Vertrauensschutz nur Ungleichheit auf Zeit bewirke, halte sich der Schaden für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in Grenzen.¹⁵⁸⁶

Dagegen, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte hierdurch verstärkt in den Blickpunkt der Betrachtung gestellt werden, ist zwar nichts einzuwenden. Diese treffen in der Tat die Entscheidung über die Nichtanwendung des nationalen Rechts im konkreten Verfahren. Auch entspricht die Trennung der Ebenen der Auslegung durch den EuGH und der nachfolgenden

1584 In diesem Sinne *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (369): „Hiermit wird die Judikative daher entweder privilegiert oder einer ganz eigenen rechtsquellentheoretischen Wirkungsweise unterworfen, die dem Anwendungsvorrang von Unionslegislativakten nicht gleichartig ist.“ Zur Rechtssache DI näher sogleich bei Fn. 1588 ff.

1585 *Höpfner*, ZfA 2010, 449 (483 f.). Er wendet sich damit gegen BAG, Urteil vom 26.4.2006, 7 AZR 500/04, Rn. 40 – BAGE 118, 76. Ähnlich wie das BAG spricht auch das Bundesverfassungsgericht in seinem *Honeywell*-Beschluss in Bezug auf das in Rede stehende nationale Gesetz von der „rückwirken-de[n] Feststellung seiner Nichtanwendbarkeit durch den Gerichtshof“, siehe BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (313).

1586 *Krois*, DB 2010, 1704 (1707); *Steiner*, EuZA 2009, 140 (153). Wenn *Steiner* allerdings davon spricht, unionsrechtliche Handlungsspielräume seien grundrechtsschonend auszufüllen, und dafür auf BVerfG, Urteil vom 18.7.2005, 2 BvR 2236/04 – BVerfGE 113, 273 (300) verweist, wählt er bereits einen falschen Ansatz. Ging es in der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts um den Mitgliedstaaten in einem Rahmenbeschluss eingeräumte Umsetzungsspielräume, ist im vorliegenden Zusammenhang gerade fraglich, ob derartige mitgliedstaatliche Freiräume bestehen.

den Nichtanwendung des nationalen Rechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte im Grundsatz der oben herausgearbeiteten Unterscheidbarkeit von Auslegung und Durchsetzungsdimension.¹⁵⁸⁷ Dennoch kommt eine Trennung der Ebenen bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht nicht in der von den wiedergegebenen Literaturstimmen angedachten Weise in Betracht.

Zur Begründung dieser Feststellung ist ein Blick auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache DI erhellend. Dieses beantwortete ein Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs Dänemarks (Højesteret) zur Wirkung des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung zwischen Privaten.

aa) Das Urteil in der Rechtssache DI

In dem vom Højesteret zu beurteilenden Sachverhalt wurde Herr Rasmussen Ende Juni 2009 entlassen. Aufgrund seiner ununterbrochenen Beschäftigung bei demselben Unternehmen seit 1984 hatte er grundsätzlich Anspruch auf eine Entlassungsabfindung in Höhe von drei Monatsgehältern nach § 2a I des dänischen Angestelltengesetzes. Bei seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen hatte er allerdings das 60. Lebensjahr bereits vollendet und damit das Mindestalter für den Bezug einer Altersrente erreicht¹⁵⁸⁸, weswegen er Anspruch hatte auf eine vom Arbeitgeber geschuldete Altersrente nach einem Rentensystem, dem er vor Vollendung des 50. Lebensjahrs beigetreten war. Nach der auf den Ausgangsfall anwendbaren Fassung des § 2a III des Angestelltengesetzes entfiel die Entlassungsabfindung für Angestellte, wenn diese bei ihrem Ausscheiden eine Altersrente vom Arbeitgeber erhielten und dem entsprechenden Rentensystem vor Vollendung des 50. Lebensjahrs beigetreten waren. Das Højesteret legte § 2a III des Angestelltengesetzes in ständiger Rechtsprechung dahin gehend aus, dass schon die Möglichkeit des Bezugs einer Altersrente den Anspruch auf Entlassungsabfindung ausschließt, unabhängig davon, ob der entlassene Angestellte tatsächlich eine Altersrente bezog oder nicht. Demnach genügte es nach dieser Rechtsprechung für das Entfallen des An-

1587 Siehe hierzu näher bei Fn. 1308 ff.

1588 In den meisten dänischen Rentensystemen (und auch in dem Herrn Rasmussen betreffenden) ist das Mindestalter für den Bezug einer Altersrente auf 60 Jahre festgelegt, vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 6.5.2010 in der Rs. C-499/08 (Ingeniørforeningen i Danmark), Rn. 37.

spruchs auf Entlassungsabfindung, dass die Angestellten eine Altersrente erhalten konnten.

Herr Rasmussen war auf dem Arbeitsmarkt geblieben und wurde bei einem anderen Unternehmen weiterbeschäftigt; er bezog daher keine Altersrente. Aufgrund des Eingreifens des § 2a III des Angestelltengesetzes in der Auslegung durch den Obersten Gerichtshof verweigerte sein bisheriger Arbeitgeber die Zahlung der Entlassungsabfindung. Die dänische Rechtsprechung setzte also diejenigen Personen, die tatsächlich eine Altersrente erhielten, denjenigen Personen gleich, die eine solche Rente erhalten konnten, zum Bezug einer Altersrente also (lediglich) berechtigt waren, auf sie aber vorübergehend verzichteten, um auf dem Arbeitsmarkt zu bleiben.

Der relevante Sachverhalt in dem zum DI-Urteil des EuGH führenden Verfahren spielte sich über ein Jahr vor dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Ingeniørforeningen i Danmark¹⁵⁸⁹ ab, in der der EuGH einen Verstoß der dänischen Rechtslage gegen Art. 2 und 6 I der Richtlinie 2000/78/EG¹⁵⁹⁰ angenommen und dies mit der auf dem Kriterium des Alters beruhenden Ungleichbehandlung begründet hatte, die nicht zu rechtfertigen sei, da sie über das zur Verwirklichung ihrer Ziele erforderliche Maß hinausgehe. Betroffen war dort mit der Region Syddanmark ein öffentlicher Arbeitgeber.

Das Højesteret führte in seinem ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis betreffenden Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache DI aus, eine richtlinienkonforme Auslegung des § 2a III des Angestelltengesetzes scheide aus, da sie contra legem erfolgen würde; zu klären sei dann, ob der allgemeine unionsrechtliche Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung anzuwenden sei und ob eine Abwägung zwischen dem Verbot der Altersdiskriminierung einerseits und der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz andererseits möglich sei, sodass das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung bei entsprechendem Abwägungsergebnis nicht zur Anwendung gelangen würde. Bedenken äußerte der Oberste Gerichtshof insbesondere dahingehend, dass es bei einer Anwendung des Verbots der Altersdiskriminierung dazu komme, dass ein ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts (in seiner Konkretisierung in einer Richtlinie) Privaten verwehrt, sich auf eine nationale gesetzliche

1589 EuGH, Urteil vom 12.10.2010, Rs. C-499/08 (Ingeniørforeningen i Danmark).

1590 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16.

Bestimmung zu stützen.¹⁵⁹¹ Diesen Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit misst der Gerichtshof in seiner Antwort auf das Vorabentscheidungsersuchen allerdings keine entscheidende Bedeutung zu.¹⁵⁹² Letztlich veranlasste dies das Højesteret in seinem auf das EuGH-Urteil hin ergangenen Urteil dazu, dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung in Dänemark unmittelbare Wirkung abzusprechen.¹⁵⁹³

Zur Einordnung der Entscheidung des EuGH ist zunächst festzuhalten, dass sich an der in der Rechtssache *Ingeniørforeningen i Danmark* vor dem Hintergrund eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses bejahten Unverhältnismäßigkeit der dänischen Rechtslage bei der Betroffenheit eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses nichts ändert, da es nicht von der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses abhängt, ob eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung vorliegt. Aus unionsrechtlicher Sicht

1591 Siehe hierzu auch die Wiedergabe der Passage aus dem Vorabentscheidungsersuchen in dem auf das Vorabentscheidungs Urteil des EuGH hin ergangenen Urteil des Obersten Gerichtshofs Dänemarks, Højesteret, Urteil vom 6.12.2016, 15/2014, englische Übersetzung, S. 3 ff. (Fundstellenangabe oben in Fn. 16).

1592 Zur Begründung seiner Bedenken nimmt das Højesteret auf GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 8.9.2011 in der Rs. C-282/10 (*Dominguez*), Rn. 164 Bezug, vgl. die Wiedergabe des Vorabentscheidungsersuchens in Højesteret, Urteil vom 6.12.2016, 15/2014, englische Übersetzung, S. 4.

1593 Nach Ansicht der Richtermehrheit ist es eine Frage des Gesetzes über den Beitritt Dänemarks zur EU, ob eine Regel des Unionsrechts tatsächlich entsprechend den unionsrechtlichen Vorgaben im dänischen Recht unmittelbare Wirkung entfalten kann. Da der allgemeine Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung seine Grundlage nicht in einer bestimmten Vertragsbestimmung habe, bestehe eine im Beitrittsgesetz nicht vorgesehene Situation, sodass er in Dänemark keine unmittelbare Wirkung entfalte. Auf der Grundlage dieser Auffassung kann das Verbot der Altersdiskriminierung § 2a III des Angestellteengesetzes also nicht vorgehen. Der Oberste Gerichtshof würde daher aus Sicht der Richtermehrheit seine Befugnisse als Gericht überschreiten, wenn er die Bestimmung unangewendet ließe, Højesteret, Urteil vom 6.12.2016, 15/2014, englische Übersetzung, S. 44 ff. Das Højesteret sah sich zu diesen Ausführungen veranlasst, da es daran festhielt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich sei, sodass eine *contra legem*-Situation bestehe, Urteil, S. 43 f. Die Reaktion des Højesteret begegnet Bedenken, da sie aus der Frage der Wirkung des Unionsrechts letztlich eine Frage dänischen Rechts macht, indem sie diese als Frage der Grenzen des Beitrittsgesetzes auffasst, *Madsen/Olsen/Sadl*, ELJ 23 (2017), 140 (149). Der „selektive Ansatz“ im Hinblick auf den Vorrang des Unionsrechts wirft Fragen hinsichtlich des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit und der Pflicht zur Befolgung des Vorrangs auf, vgl. *Gualco*, European Papers 2017, 223 (228).

musste der EuGH zur Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens des Højesteret daher lediglich das aus seinem Mangold-Urteil bekannte allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG) fruchtbar machen. Aus diesem Blickwinkel betrachtet lagen die zutreffende Lösung des Rechtsstreits und damit auch die Antwort des Gerichtshofs also auf der Hand.¹⁵⁹⁴ Daher verwundert es nicht, wenn in der Literatur vorgebracht wird, die vom Højesteret angeführten Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes dienten lediglich als „Feigenblatt“, um die Reformunwilligkeit Dänemarks zu verdecken, da die Unionsrechtswidrigkeit des dänischen Rechts seit 2010 feststehe.¹⁵⁹⁵

In seiner Antwort auf das Vorabentscheidungsersuchen führt der Gerichtshof aus, dass sich das Højesteret nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen könne, um weiterhin eine nationale altersdiskriminierende Regelung anzuwenden, da dies – vor dem Hintergrund, dass die Auslegung dann im Ausgangsverfahren keine Anwendung fände – auf eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung hinauslaufe. Dem EuGH geht es dabei nach eigenen Worten um die Anwendung des Vertrauensschutzes „in der vom vorliegenden Gericht in Betracht gezogenen Weise“.¹⁵⁹⁶

Bei der Beurteilung der Antwort des Gerichtshofs ist daher die Stoßrichtung der Vorlagefrage des Højesteret in Rechnung zu stellen. Sie zielte nämlich darauf ab, in Erfahrung zu bringen, ob, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen es möglich sei, der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz Vorrang vor dem Verbot der Altersdiskriminierung einzuräumen.¹⁵⁹⁷ In der Vorstellung des Højesteret standen sich also allgemeine Rechtsgrundsätze gegenüber, die angesichts ihrer Bedeutung als Strukturmerkmal der EU in der Literatur anschaulich auch als „Titanen“¹⁵⁹⁸ bezeichnet werden. Dem Højesteret schwebte damit letztlich vor, den nationalen Gerichten eine Abwägung zwischen dem unionsrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung und dem Rechtssicherheitsgrundsatz zu gestatten, damit diese in konkreten Fällen bei Bedarf zu aus ihrer Sicht angemessenen Ergebnissen gelangen können. Wäre der Gerichtshof diesem

1594 Vgl. *Dubout*, R.A.E. 2016, 287. Zur Mangold-Rechtsprechung siehe EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold).

1595 *Forst*, EWIR 2016, 381 (382).

1596 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 38 f.

1597 Vgl. *Gualco/Lourenço*, European Papers 2016, 643 (645).

1598 *Gualco*, European Papers 2017, 223 (223 f.); siehe bereits *Gualco/Lourenço*, European Papers 2016, 643.

Ansinnen gefolgt, hätte jedes nationale Gericht selbst entscheiden können, ob die Befolgung des Unionsrechts Rechtssicherheit und Vertrauensschutz zuwiderläuft, sodass diese letztlich vom nationalen Recht abhinge.

Die Antwort des Gerichtshofs ist vor diesem Hintergrund dahingehend zu verstehen, dass die vom Højesteret ins Auge gefasste Abwägung darauf hinausliefe, die zeitlichen Wirkungen der Auslegung zu begrenzen.¹⁵⁹⁹ Aus ihr kann dagegen nicht auf eine zwischen diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehende Hierarchie geschlossen werden, wonach sich das Verbot der Altersdiskriminierung gegenüber anderen konfligierenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchsetze.¹⁶⁰⁰ Aus Sicht des Gerichtshofs bestand bereits kein Konflikt mit der unionsrechtlichen Rechtssicherheit, da er einen anderen Blickwinkel als das Højesteret einnimmt, sodass sich das Problem einer Abwägung allgemeiner Rechtsgrundsätze für ihn gar nicht stellte. Daran, dass die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände ausgeschlossen ist, ändert dies natürlich nichts. Die weitreichende Bedeutung der Antwort des EuGH wird deutlich, wenn man bedenkt, dass gerichtlicher Vertrauensschutz jedenfalls im Ergebnis regelmäßig auf eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der Auslegung hinausläuft.¹⁶⁰¹

Hinter dem vom Højesteret vorgetragenen Anliegen stand wohl die Überlegung, die Folgen der Mangold-Rechtsprechung des Gerichtshofs für das dänische Recht abzumildern, worauf sich der Gerichtshof aber nicht eingelassen hat. Nach seiner Auffassung kann das Vertrauen des privaten Arbeitgebers Herrn Rasmussen nicht das Recht nehmen, eine unmittelbar anwendbare Bestimmung des Unionsrechts geltend zu machen.¹⁶⁰²

In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache DI hatte Generalanwalt Bot betont, dass der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Ingeniørforeningen i Danmark die zeitlichen Wirkungen der Auslegung der Richtlinie nicht beschränkt hatte, sodass eine Nachholung dieser Beschränkung ausscheiden musste.¹⁶⁰³ Dieser Verweis des Generalanwalts auf

1599 Vgl. *Gualco/Lourenço*, European Papers 2016, 643 (648).

1600 So aber *Gualco*, European Papers 2017, 223 (223 f.); *Gualco/Lourenço*, European Papers 2016, 643 (651 f.).

1601 Deshalb kritisch *Benecke*, EuZW 2016, 469 (470).

1602 *Holdgaard/Elkan/Krohn Schalldemose*, CMLRev. 55 (2018), 17 (38 f. mit Fn. 84).

1603 GA Bot, Schlussanträge vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI), Rn. 81 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 (Barra), Rn. 13. Er sieht in der Berufung des Højesteret auf den Grundsatz der Rechtssicherheit den Versuch, die Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung zu begrenzen und meint, dass dies auf eine Beschränkung der zeitlichen Wirkung des Urteils Ingeniørforeningen i Danmark hinauslaufe. Es sei aber allein Sache

die Präklusionsrechtsprechung, wonach eine im erstauslegenden Urteil unterbliebene zeitliche Begrenzung nicht nachgeholt werden kann¹⁶⁰⁴, wird in der Literatur mit der Erwägung kritisiert, dass die Richtlinie gegenüber einer öffentlichen Arbeitgeberin wie der Region Syddanmark in der Rechtssache Ingeniørforeningen i Danmark – anders als gegenüber einem privaten Arbeitgeber – „in jeder Auslegung des EuGH unmittelbar anwendbar“ gewesen sei.¹⁶⁰⁵

Aufgeworfen ist damit die Frage der Bedeutung des in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Präklusionskriteriums im vorliegenden Fall. Auf den ersten Blick scheint für seine Fruchtbarmachung zu sprechen, dass die Auslegung des Unionsrechts nicht von der dem ersten Urteil zugrundeliegenden Rechtsbeziehung abhängen kann, sodass sich an der Auslegung des Unionsrechts nichts ändert, je nachdem, ob dem Ausgangsverfahren ein Bürger-Staat- oder ein Horizontalverhältnis zugrunde liegt und lediglich die Durchsetzung des Unionsrechts auf unterschiedlichen Wegen erfolgt.

In der Tat führt der Gerichtshof im DI-Urteil seine Defrenne-Rechtsprechung an, wie in seinem Verweis auf die entsprechende Passage im Urteil in der Rechtssache Gmina Wrocław¹⁶⁰⁶ deutlich wird. Auffällig ist zunächst, dass er im DI-Urteil eine andere Formulierung als in dem Urteil verwendet, auf das er verweist. Heißt es im Gmina Wrocław-Urteil, dass die nationalen Gerichte bei Vorliegen der nationalen Verfahrensvoraussetzungen die Vorschrift in der Auslegung durch den EuGH auch auf vor Erlass des Urteils entstandene Rechtsverhältnisse anwenden müssten und dass der Gerichtshof nur ganz ausnahmsweise aufgrund des allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit die Möglichkeit beschränken könne, sich auf seine Auslegung des Unionsrechts zu berufen, so erweckt er im DI-Urteil einen etwas anderen Eindruck. Dort führt er nämlich aus, dass ein Richter das Unionsrecht in der Auslegung des Gerichtshofs „abgesehen von ganz außergewöhnlichen Umständen, deren Vorliegen hier jedoch nicht geltend gemacht worden ist“ („unless there are truly exceptional circumstances“), auch auf vor Erlass des Urteils entstan-

des Gerichtshofs, über eine Einschränkung der Geltung der Auslegung in zeitlicher Hinsicht zu entscheiden.

1604 Siehe dazu näher oben bei Fn. 881 ff.

1605 *Sprenger*, EuZA 2016, 460 (468).

1606 Der Gerichtshof verweist auf EuGH, Urteil vom 29.9.2015, Rs. C-276/14 (Gmina Wrocław), Rn. 44 und 45.

dene Rechtsverhältnisse anwenden muss.¹⁶⁰⁷ Hier entsteht demnach der Anschein, als könne unter ganz außergewöhnlichen Umständen von der Anwendung der Auslegung aus eigenem Antrieb der mitgliedstaatlichen Gerichte abgesehen werden.¹⁶⁰⁸

Dass der Gerichtshof hier eine Akzentverschiebung vornehmen möchte, erscheint aber angesichts des Verweises auf das Urteil in der Rechtssache *Gmina Wrocław* ausgeschlossen. Bestätigung findet diese Einschätzung in den Ausführungen in der Rechtssache *Hein*, in der der Gerichtshof die Frage des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände aufwirft, um sodann auf den fehlenden Nachweis der Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen und damit die *Defrenne*-Rechtsprechung zu verweisen.¹⁶⁰⁹

Deutlich wird der Bezug zu seiner bekannten Rechtsprechungslinie auch im Verweis des *DI*-Urteils auf Aussagen im *Defrenne II*- bzw. *Barber*-Urteil.¹⁶¹⁰ Mit Blick auf diese führt der Gerichtshof aus, Vertrauensschutz könne jedenfalls nicht gegen den Kläger des Ausgangsverfahrens (d.h. gegenüber „demjenigen, der das Verfahren eingeleitet hat, das den Gerichtshof veranlasst, das Unionsrecht dahin auszulegen, dass es der fraglichen nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht“) geltend gemacht werden; ihm dürfe der Vorteil aus der Auslegung nicht versagt werden.¹⁶¹¹

So unverdächtig diese Aussage dem ersten Anschein nach klingt, so lässt sie doch aufhorchen, da die Unverhältnismäßigkeit der dänischen Regelung ja wie gesehen bereits nach dem Urteil in der Rechtssache *Ingeniørforeningerne i Danmark* feststand, sodass das Urteil in der Rechtssache *DI* nicht als dasjenige erscheint, in dem das Unionsrecht dahin ausgelegt wurde, dass es der fraglichen nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht. Das Argument des Schutzes der Rechtsbehelfsführer¹⁶¹² erscheint bei einer Be-

1607 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (*DI*), Rn. 40. Ebenso EuGH, Urteil vom 22.11.2017, Rs. C-251/16 (*Cussens u.a.*), Rn. 41.

1608 *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 115 spricht unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (*DI*), Rn. 40 in der Tat von einem Letztvorbekalt für absolut unbillige Ausnahmefälle, der allerdings weitestgehend bedeutungslos sei.

1609 EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (*Hein*), Rn. 62.

1610 EuGH, Urteil vom 8.4.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne*), Rn. 75; EuGH, Urteil vom 17.5.1990, Rs. C-262/88 (*Barber*), Rn. 44 und 45.

1611 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (*DI*), Rn. 41.

1612 Kritisch etwa *Benecke*, *EuZW* 2016, 469 (470), die ausführt, es überzeuge nicht, dass der Schutz des Klägers in der Regel vorgehe, da oft Zufälle darüber entschieden, wer klage. Zu den Argumenten für eine Rückausnahme von einer zeitlichen Begrenzung zugunsten von Rechtsbehelfsführern siehe bereits oben bei Fn. 1110 ff.

trachtung aus diesem Blickwinkel daher zunächst fragwürdig. Bei genauerem Hinsehen lässt sich daraus aber ein Argument gegen ein Verständnis herleiten, wonach der EuGH „nationalen Vertrauensschutz“ in Bezug zur zeitlichen Wirkung seiner früheren Urteile setzt. Dementsprechend ordnet er diesen letztlich auch nicht als Verletzung der zeitlichen Wirkung einer solchen früheren Entscheidung ein.¹⁶¹³

Deutlich wird dies an der Feststellung des Gerichtshofs, dass hinsichtlich der im Ingeniørforeningen i Danmark-Urteil im Hinblick auf die Richtlinie 2000/78/EG festgestellten Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Rechts „das Gleiche für den tragenden Grundsatz der Gleichbehandlung [gilt], der im allgemeinen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters lediglich eine besondere Ausprägung findet“.¹⁶¹⁴ Demnach ist in der Übertragung auf das Verbot der Altersdiskriminierung die Auslegung zu sehen, deren Schutz der EuGH im Sinn hat. Da sich die Rechtssache Ingeniørforeningen i Danmark mit der Gleichbehandlungsrichtlinie und nicht mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung befasst hatte, wäre eine Begrenzung der Wirkungen der Auslegung im DI-Urteil jedenfalls bei einem sehr engen Verständnis des Begriffs der identischen Rechtsfrage wohl noch in Betracht gekommen, auf die das Højesteret aber nicht abzielte. Dieses hatte den Gerichtshof vielmehr nur vor die Wahl gestellt, seine Mangold-Rechtsprechung aufzugeben oder diese aufrechtzuerhalten, den nationalen Gerichten im Gegenzug aber eine eigenständige Abwägung zu ermöglichen.¹⁶¹⁵ Dadurch dass der Gerichtshof die Bedenken des Højesteret im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht auf die besondere Art der im Mangold-Urteil vorgesehenen Durchsetzung bezieht, sondern sie in den Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung einordnet, umgeht er das Problem einer Ausnahme von der Durchsetzung des Unionsrechts in der Mangold-Konstellation, die der Wirksamkeit des Unionsrechts abträglich wäre.¹⁶¹⁶

Entscheidend für die gegenüber dem Højesteret ablehnende Haltung des EuGH ist also nicht, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Rechtssache DI bereits bekannt war, dass das Unionsrecht dem dänischen Recht entgegensieht, sodass Vertrauensschutz erst recht nicht in Betracht

1613 *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (369) etwa stellt auf die früheren Entscheidungen ab.

1614 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 26.

1615 Siehe hierzu auch *Holdgaard/Elkan/Krohn Schallemose*, CMLRev. 55 (2018), 17 (40 f.).

1616 *Haket*, NtEr 2016, 237 (241 f.).

kommt.¹⁶¹⁷ Entscheidend ist vielmehr, dass sich die Gewährung von „Vertrauensschutz“ nach den Kriterien der Defrenne-Rechtsprechung richtet. Hätte der EuGH das vom Højesteret in Erwägung gezogene Vorgehen gebilligt, wäre es diesem erlaubt gewesen, selbst die zeitlichen Wirkungen der unionsgerichtlichen Auslegung zu begrenzen. Dies fällt aber in die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH.¹⁶¹⁸

Aus diesem Grund setzt der EuGH den Vertrauensschutz in seinen Konsequenzen mit einer Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der Auslegung gleich.¹⁶¹⁹ Dass eine Gleichsetzung in den Konsequenzen erfolgt, ändert nichts an der grundsätzlichen Richtigkeit einer Trennung zwischen Auslegung und Durchsetzungsdimension. Deren Begrenzung für die Vergangenheit aus Vertrauensschutzgründen ist den mitgliedstaatlichen Gerichten angesichts der vorstehenden Ausführungen zwar untersagt; eine temporäre Suspendierung des Anwendungsvorrangs zur Vermeidung des Entstehens von Regelungslücken ist dadurch aber nicht ausgeschlossen.

Dass sowohl der EuGH als auch das Højesteret Rechtssicherheit und Vertrauensschutz Bedeutung beimessen, kann nicht bestritten werden. Bei ihrer Gewichtung nehmen sie ihren Ausgangspunkt allerdings in ihrer jeweiligen Rechtsordnung: Da für den EuGH die Unionsrechtsordnung entscheidend ist, verwundert es nicht, dass er dem nationalen Verständnis der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes weniger Bedeutung beimisst als seinem eigenen unionsweiten Verständnis derselben Grundsätze. Da nach dem Vorschlag des Højesteret unklar gewesen wäre, anhand welcher Kriterien die Abwägung hätte erfolgen sollen, wäre mit ihr eine Gefährdung der unionsweiten Rechtssicherheit einhergegangen. Der Verweis des Gerichtshofs auf seine Defrenne-Rechtsprechung ist damit vor allem Ausdruck der Sorge um unionsweite Rechtssicherheit.¹⁶²⁰ Er schließt eine nach Mitgliedstaaten variierende zeitliche Wirkung aus und damit auch Vertrauensschutz für die im jeweiligen Mitgliedstaat betroffenen Rechtsunterworfenen.

1617 Vgl. Kainer, GPR 2016, 262 (267).

1618 Coutron, RTDEur. 2017, 389 (392). Auch hätte der EuGH dem Rechtsbehelfsführer des Ausgangsverfahrens die Möglichkeit einer Geltendmachung seiner unionsrechtlichen Rechte verwehrt.

1619 So auch Dubout, R.A.E. 2016, 287 (292 f. und Fn. 31).

1620 Siehe hierzu ausführlich auch Holdgaard/Elkan/Krohn Schaldemose, CMLRev. 55 (2018), 17 (40 ff.).

bb) Abbildung im deutschen Recht

Damit ist noch ein Blick auf die oben¹⁶²¹ bereits erwähnte und ebenfalls die Wirkungen des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung im Horizontalverhältnis betreffende Honeywell-Konstellation zu richten, um zu überprüfen, ob das vorstehend gefundene Ergebnis in der deutschen Rechtsordnung zutreffend abgebildet wird. Überlegt wird in der Literatur, diese Fallgestaltung nach den Grundsätzen der Solange II-Rechtsprechung zu behandeln. Insofern wird geltend gemacht, dass es letztlich um Grundrechtsschutz für die Marktteilnehmer gehe, die auf die Gültigkeit und damit Anwendbarkeit des nationalen Rechts vertraut hätten. Da die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu diesem Problemkreis das noch akzeptable Maß nicht unterschreite, könne aber auf die verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Vertrauensschutzes zugunsten des beklagten Arbeitgebers nicht zurückgegriffen werden.¹⁶²² Unabhängig von der Frage der Fortgeltung der Solange II-Rechtsprechung¹⁶²³ wird bei einem derartigen Ansatz der Blick letztlich auf die verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen gerichtet. Da es an dieser Stelle aber um die Frage geht, ob unabhängig davon nationale Vertrauensumstände Berücksichtigung finden können, führt ein Verweis auf eine Rücknahme verfassungsgerichtlicher Prüfungskompetenzen in diesem Zusammenhang nicht weiter.

Weiterführend und zutreffend ist nach der Analyse der Rechtsprechung des EuGH dagegen der Blickwinkel des Bundesverfassungsgerichts, das es zu Recht für mit Unionsrecht unvereinbar hält, Vertrauensschutz dadurch zu gewähren, dass die unionsrechtswidrige nationale Regelung für die Zeit vor der Entscheidung des Gerichtshofs weiter angewandt wird.¹⁶²⁴ Es macht damit zu Recht deutlich, dass die Mitgliedstaaten auch aus seiner Sicht keine Befugnis besitzen, „nationalen Vertrauensschutz“ gegen den Anwendungsvorrang ins Feld zu führen. Damit ist das nationale Recht auch für in der Vergangenheit liegende Rechtsverhältnisse unangewendet zu lassen.¹⁶²⁵

Gegen das in der Honeywell-Konstellation erzielte Ergebnis wird zwar vorgebracht, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des betroffenen

1621 Siehe bei Fn. 1344 ff.

1622 *Franzen*, AP TzBfG § 14 Nr. 23.

1623 Siehe dazu unten bei Fn. 2349 ff.

1624 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314).

1625 *Koch*, JbArbR 44 (2007), 91 (107); *Kokott*, RdA 2006, Sonderbeilage zu Heft 6, 30 (37); *Preis/Temming*, NZA 2010, 185 (188); *Franzen*, AP TzBfG § 14 Nr. 23; *Wusterhausen*, Wirkungen, 2016, S. 359 f.

§ 14 III TzBfG a.F. ausgeschlossen wäre, sodass § 14 III 4 TzBfG a.F. angesichts der fehlenden unmittelbaren Wirkung von Richtlinien im Privatrechtsverhältnis eigentlich trotz seiner Unionsrechtswidrigkeit weiterhin anzuwenden gewesen wäre und zur wirksamen Befristung des Arbeitsvertrags geführt hätte. Die Mangold-Entscheidung des EuGH hatte mit der „Entdeckung“ eines primärrechtlichen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung aber die anzuwendenden Maßstäbe verschoben und die Unanwendbarkeit des nationalen Rechts zur Folge. Diese zu Lasten der privaten Arbeitgeber gehende „überraschende Kehrtwende“¹⁶²⁶ lässt sich nur damit rechtfertigen, dass allgemeine Rechtsgrundsätze durch den EuGH lediglich „freigelegt“¹⁶²⁷ und nicht von ihm „erfunden“ werden, mag diese Vorstellung zum Teil auch als Wunschdenken erscheinen.¹⁶²⁸

Von Tillmanns wird erwogen, angesichts des Anwendungsvorrangs und des Grundsatzes der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts die fehlende Befugnis mitgliedstaatlicher Gerichte zur Gewährung von Vertrauensschutz und die damit einhergehende Enttäuschung der negativ betroffenen Partei hinzunehmen, dann aber einen Ausgleich auf vertraglicher Ebene etwa nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage durch Anpassung des Arbeitsvertrags zu suchen. Sie nimmt also hin, dass § 14 III TzBfG a.F. auch für die Vergangenheit unanwendbar und die darauf gestützte Befristung aufgrund des Alters damit unzulässig ist; eine Befristung aus einem sachlichen Grund hält sie dennoch unter bestimmten Voraussetzungen für möglich. Hierfür spricht zwar, dass die mit dem Verbot der Altersdiskriminierung bezweckte Abschreckung vor Verstößen gegen dieses nicht mehr erreicht werden kann, wenn der Arbeitgeber in gutem Glauben gehandelt hat, sodass die Umgestaltung des befristeten in einen unbefristeten Arbeitsvertrag nicht erforderlich erscheint.¹⁶²⁹ Diesem Ansatz ist allerdings entgegenzuhalten, dass er es ermöglicht, die mit dem Anwendungsvorrang verbundenen Folgen zu umgehen.¹⁶³⁰

1626 Aus diesem Grunde kritisch *Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6 (11).

1627 Begriff bei *Buckler*, EuR 2018, 371 (372).

1628 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 1.3.2018 in der Rs. C-116/16 (T Danmark), Rn. 100 mit Fn. 61 etwa kritisiert das Vorgehen des Gerichtshofs in seinem Mangold-Urteil und die dort erfolgte Anerkennung einer unmittelbaren Horizontalwirkung des Verbots der Altersdiskriminierung, vgl. EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold), Rn. 74–77.

1629 Ausführlich *Tillmanns*, in: FS Buchner, 2009, S. 885 (895).

1630 Kritisch auch *Sagan*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, 67 (95).

cc) Ergebnis

Sowohl aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs als auch der des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich damit, dass Vertrauen in die nationale Rechtslage bei der Betroffenheit von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht ausscheiden muss. Mangels „Rechtsschein[s] der Europarechtskonformität der einzelstaatlichen Rechtsordnung“ fehlt es insoweit auch an einem Anknüpfungspunkt.¹⁶³¹ Nicht begründen lässt sich nämlich, woraus sich ein derartiger Rechtsschein ergeben sollte. So kann insbesondere aus der bloßen Existenz nationalen Rechts nicht auf dessen Vereinbarkeit mit Unionsrecht geschlossen werden. Auch wenn man davon ausgeht, dass sich die Mitgliedstaaten unionsrechtskonform verhalten wollten, besteht die Möglichkeit, dass sie ohne Veranlassung durch europäische Stellen die unionsrechtlichen Anforderungen falsch bewerten.

Bei der Betroffenheit des Anwendungsvorrangs kommt es entscheidend auf das Verständnis des Unionsrechts an, das bereits im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung Berücksichtigung findet. Das Vertrauen in die Unionsrechtskonformität nationalen Rechts ist daher gewissermaßen in die im dortigen Rahmen erfolgende Prüfung des Bestehens von gutem Glauben hinsichtlich des Inhalts des Unionsrechts aufgenommen. Die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände muss daher ausscheiden.¹⁶³² Insoweit ist also die „Messe für den nationalen Vertrauensschutz gesungen“.¹⁶³³ Dies bedeutet zugleich, dass eine Rechtsprechungsänderung mit Wirkung nur für die Zukunft nicht in Betracht kommt.¹⁶³⁴

Festzuhalten bleibt, dass für den EuGH entscheidend ist, dass eine zeitliche Begrenzung der Wirkungen der Auslegung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung und eine zeitliche Beschränkung des Anwendungsvorrangs im Hinblick auf seine vergangenheitsbezogenen Wirkungen letztlich auf dasselbe hinauslaufen, sodass bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht nationaler Vertrauensschutz neben der Defrenne-Rechtsprechung

1631 Einen solchen nimmt aber *Sagan*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, 67 (71) im Anschluss an *Steiner*, EuZA 2009, 140 (151) an, der „Schutz des Vertrauens in die Europarechtskonformität eines nationalen Gesetzes“ fordert; ebenso bereits *Tavakoli/Westhauser*, DB 2008, 702 (705).

1632 *Giegerich*, EuR 2012, 373 (379); *Seifert*, JbArbR 48 (2011), 119 (129); BAG, Urteil vom 30.9.2010, 2 AZR 456/09, Rn. 22 – juris; BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314).

1633 So *Spelge*, FA 2011, 34.

1634 Siehe *Koch*, SR 2012, 159 (166).

ausscheidet.¹⁶³⁵ An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung, die auch bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht zum Tragen kommt, eine Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände möglich sein sollte. Der Anwendungsvorrang kann sich auch dann durchsetzen, wenn eine unionsrechtskonforme Auslegung scheitern sollte.¹⁶³⁶

3. Vergleich zur Winner Wetten-Rechtsprechung

Vergleicht man die mit der Defrenne- bzw. Winner Wetten-Rechtsprechung einhergehende Aufgabenverteilung zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten, so sind Unterschiede feststellbar.

Hintergrund hierfür ist insbesondere der Umstand, dass eine zeitliche Begrenzung der Wirkung der Auslegung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung zukünftige Rechtswirkungen des ausgelegten Unionsrechts nicht erfasst, da eine Begrenzung der ex tunc-Wirkung bis zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt ausscheidet. Das DI-Urteil des Gerichtshofs macht deutlich, dass für eine Begrenzung vergangenheitsbezogener Wirkungen des Unionsrechts aus Rechtssicherheitsgründen allein die Maßstäbe der Defrenne-Rechtsprechung heranzuziehen sind. Von einer in zeitlicher Hinsicht nicht begrenzten Auslegung des Gerichtshofs unberührt bleibt lediglich der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. Wahrt mitgliedstaatliches Verfahrensrecht die unionsrechtlichen Grenzen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes, kommt dieses trotz unterbliebener Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung weiterhin zur Anwendung; eine Durchbrechung der Bestands- und Rechtskraft kommt trotz der ex tunc-Wirkung der Auslegung des Unionsrechts nur ganz ausnahmsweise in Betracht.

Eine „allgemeine“ Begrenzung vergangenheitsbezogener Wirkungen des ausgelegten Unionsrechts etwa durch Heranziehung des nationalen Vertrauensschutzgrundsatzes ist den mitgliedstaatlichen Gerichten also verwehrt; sie kommt nur punktuell durch Anwendung nationaler Verfahrensregeln in Betracht. In diesem Bereich ist der Spielraum mitgliedstaatlicher

1635 Ebenso *Rosenkranz*, ZESAR 2018, 24 (25).

1636 In diesem Sinne auch *Rosenkranz*, ZIPW 2016, 351 (382). Angesichts der bei Zugrundelegung dieser Auffassung zwischen unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht bestehenden Unterschiede kritisch *Sagan*, NZA 2015, 341 (342).

Gerichte aber vergleichsweise groß, da er seine Grenzen „nur“ im Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz findet. Wie das Urteil des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen Gutiérrez Naranjo u.a. zeigt, wacht der EuGH genau darüber, dass nicht unter Berufung auf verfahrensrechtliche Grundsätze eine Einmischung in seinen Kompetenzbereich erfolgt.

Was die temporäre Suspendierung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Sinne der Winner Wetten-Rechtsprechung anbelangt, hat der Gerichtshof einen etwas anderen Ansatz gewählt. Auch wenn das Verhältnis von EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten insoweit noch nicht vollständig geklärt ist, so haben die oben angestellten Untersuchungen doch deutliche Hinweise dafür hervorgebracht, dass der EuGH seine im Rechtsgedanken des Art. 264 II AEUV wurzelnde umfassende Zuständigkeit für die Suspendierung des Anwendungsvorrangs aus Rechtssicherheitserwägungen zum Teil – hinsichtlich des Umweltschutzes und der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaates – auf die mitgliedstaatlichen Gerichte übertragen hat, wenn diese über eine entsprechende Befugnis nach ihrem nationalen Recht verfügen, bestimmte Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts aufrechtzuerhalten. Bei der Winner Wetten-Rechtsprechung geht es daher insbesondere darum, die Entstehung eines auch aus Sicht des Unionsrechts nachteiligen Rechtsvakuum zu verhindern, das die zukunftsbezogenen Wirkungen des Unionsrechts sonst dadurch schaffen könnten, dass sie unionsrechtswidriges nationales Recht verdrängen. Sollen unter Berufung auf die Winner Wetten-Rechtsprechung vergangenheitsbezogene Wirkungen des Unionsrechts begrenzt werden, kommt das von vornherein nur in Betracht, wenn keine Erwägungen ins Feld geführt werden, denen im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung hätte Rechnung getragen werden können.

Sowohl der vergangenheits- als auch der zukunftsbezogenen Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts sind also Grenzen gesetzt. Die Aufgabenverteilung zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten hat der EuGH insoweit jeweils unterschiedlich ausgestaltet.¹⁶³⁷

1637 Siehe zum Ganzen eingehend auch *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1471, 1474 f., 1476, 1479, 1499) sowie bereits oben bei Fn. 1086 ff., Fn. 1224 ff., Fn. 1504 ff., Fn. 1588 ff. zu den vorstehend angesprochenen Einzelfragen.

V. Besonderheiten bei individuellen Rechtspositionen gegenüber dem Mitgliedstaat

Im Hinblick auf die Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ aufgrund von Vertrauen in die nationale Rechtslage hat sich die Defrenne-Rechtsprechung wie soeben gesehen als abschließend erwiesen.¹⁶³⁸ Dennoch sind (neben den unter die nationale Verfahrenautonomie fallenden Konstellationen) Fallgestaltungen denkbar, in denen das Unionsrecht trotz der Ablehnung einer Aktivierung der Defrenne-Rechtsprechung durch den Gerichtshof Einschränkungen seiner Durchsetzung hinnimmt. Deutlich wird dies etwa an verwaltungsrechtlichen Fallgestaltungen, in denen der Grundsatz des Vertrauensschutzes, aber auch der Rechtssicherheit entscheidende Bedeutung erlangt hat. Einzugehen ist an dieser Stelle daher auf zwei Urteile des EuGH, die sich dadurch auszeichnen, dass im einen Fall die Defrenne-Rechtsprechung in einem verwaltungsrechtlichen Zusammenhang Bedeutung erlangte und im anderen Fall nationale Vorschriften einen Anknüpfungspunkt für Vertrauen bildeten. Im Anschluss an ihre Darstellung ist die Frage aufgeworfen, inwieweit die dort angestellten Überlegungen auf andere Fallgestaltungen übertragbar sind.

1. Defrenne-Rechtsprechung und Verwaltungsrecht

Im ersten Fall hatte eine Erzeugerorganisation für Tiefkühlgemüse die Förderung eines operationellen Programms für die Jahre 2010–2014 und damit eine Beihilfe der EU u.a. für die Anschaffung einer Spinatverarbeitungslinie zur Verarbeitung von frisch geerntetem Spinat zu Tiefkühlspinat beantragt. Die Verarbeitungslinie befand sich auf dem Gelände eines Vertragspartners der Erzeugerorganisation. Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft als zuständige österreichische Behörde genehmigte das operationelle Programm im Januar 2010 und stufte die Investition – in Kenntnis des Standorts der Verarbeitungslinie – als beihilfefähig ein. Die Agrarmarkt Austria, die (in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts) in diesem Fall als Zahlstelle auftrat, ordnete die Investition in die Verarbeitungslinie im Oktober 2015 als nicht beihilfefähig ein, verweigerte die Zahlung des Restbetrags,

1638 Siehe hierzu näher oben bei Fn. 1585 ff.

d.h. der Beihilfe für das Jahr 2014, und verlangte die Rückzahlung der für diese Investition bereits gewährten Beihilfe.¹⁶³⁹

Nr. 23 des Anhangs IX der Durchführungsverordnung Nr. 543/2011¹⁶⁴⁰ schließt Investitionen, die nicht in den Liegenschaften und/oder Räumlichkeiten der Erzeugerorganisation stattfinden, von der Förderung aus. Entscheidend für die Beihilfefähigkeit war daher, ob dieser autonome unionsrechtliche Begriff dahingehend zu verstehen ist, dass die Liegenschaft/Räumlichkeit im Eigentum der Erzeugerorganisation stehen muss oder ob auch eine gewisse Ausübung von Kontrolle darüber genügt. Da ausgeschlossen werden soll, dass Dritte in den Genuss der Beihilfe kommen, sprach sich der Gerichtshof dafür aus, dass die Liegenschaft/Räumlichkeit „sowohl rechtlich als auch tatsächlich unter der alleinigen Kontrolle der Erzeugerorganisation“ stehen muss, „so dass jede Nutzung der Investitionen zugunsten eines Dritten ausgeschlossen ist“. Das war im Ausgangsverfahren allerdings nicht der Fall. Ausschlaggebend für den Ausschluss der Förderung war also nicht, dass die Investition auf einem fremden Grundstück erfolgte – danach hatte das vorlegende Gericht gefragt – sondern, dass die Räumlichkeit nicht unter der alleinigen Kontrolle der Erzeugerorganisation stand. Die zuständige österreichische Behörde hatte bei Genehmigung des operationellen Programms „volle Kenntnis von den Modalitäten“ hinsichtlich der Verarbeitungslinie.¹⁶⁴¹

In seinem Vorlagebeschluss hatte das österreichische Bundesverwaltungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Beihilfempfänger ein Interesse an einer für ihn günstigen Auslegung der die Grundlage der Beihilfe bildenden unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen hat. Erfolgt die Auslegung durch den Gerichtshof dann nicht im Sinne des Beihilfempfängers, wird er auf eine Begrenzung der ex tunc-Wirkung der Auslegung dringen. Sollte diese deshalb unterbleiben, weil der EuGH nur eine generalisierende und objektivierte Betrachtung anstellt und daher individuelle Fälle nicht in den Blick nimmt, wird er im nationalen Gerichtsverfahren die besonderen individuellen Umstände seines Falles ins Feld führen, um

1639 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 28 ff., 66.

1640 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 543/2011 der Kommission vom 7. Juni 2011 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates für die Sektoren Obst und Gemüse und Verarbeitungserzeugnisse aus Obst und Gemüse, ABl. L 157 vom 15.6.2011, S. 1.

1641 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 42 ff., insb. Rn. 56 f., 59 und 67.

die Rückforderung der Beihilfe zu vermeiden oder die Auszahlung zugesicherter Beträge zu erzwingen.¹⁶⁴²

An diesen Ausführungen des österreichischen Bundesverwaltungsgerichts zeigt sich, dass die Untersuchung der Kriterien der Defrenne-Rechtsprechung durch den EuGH jedenfalls nicht als im Vergleich zu einer Prüfung auf nationaler Ebene speziellere Prüfung angesehen werden kann: Im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung legt der EuGH im Hinblick auf den guten Glauben einen objektivierten Maßstab zugrunde und lässt das Betroffensein Einzelner nicht genügen, da das Merkmal der Gefahr schwerwiegender Störungen eine systemische Verwerfung erfordert. Im Verfahren vor dem mitgliedstaatlichen Gericht steht dagegen eine Berücksichtigung individueller Umstände im Vordergrund. Eine ihm verwehrte Beurteilung der der Defrenne-Rechtsprechung zugrundeliegenden Kriterien würde das mitgliedstaatliche Gericht durch die Berücksichtigung individueller Umstände also nicht vornehmen.

Deutlich geworden ist damit auch, dass im hier vorgestellten Fall grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen, um eine Rückzahlung der bereits gewährten Beihilfe zu verhindern und die Zahlung des Restbetrags zu erreichen.

Zu denken ist zunächst an den Grundsatz des Vertrauensschutzes als tragender Grundsatz der Union.¹⁶⁴³ Dessen Inhalt wird durch eine Abwägung zwischen den der Beibehaltung bestehender Rechtsverhältnisse zugrundeliegenden privaten Interessen und dem durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit zum Ausdruck kommenden öffentlichen Interesse an der wirksamen Anwendung des Unionsrechts bestimmt. Ob die Erwartung der betroffenen Einzelnen Vorrang hat, bestimmt sich „anhand einer spezifischen Untersuchung der jeder Rechtssache eigenen tatsächlichen Umstände“, weshalb die Situation des jeweiligen Falls entscheidend ist.¹⁶⁴⁴ Vertrauen kann also „nur konkret im jeweiligen Fall bestimmt und geschützt werden“, was den Grundsatz des „individuellen“ Vertrauensschutzes von demjenigen der „allgemeinen“ Rechtssicherheit unterscheidet, die „ein abstrakter Wert“ ist.¹⁶⁴⁵

1642 Siehe BVwG, Vorlagebeschluss vom 27.9.2016, W230.2122334 unter 8. (zur Vorlagefrage IV).

1643 Siehe nur EuGH, Urteil vom 14.3.2013, Rs. C-545/11 (Agrargenossenschaft Neuzelle), Rn. 23.

1644 GA Mengozzi, Schlussanträge vom 30.5.2018 in der Rs. C-120/17 (Ministru kabinets), Rn. 50 f., 55.

1645 Martens, JZ 2011, 348 (352 f.). Eine Abwägung mit dem Einzelfall muss aber nicht zwingend erfolgen; „typisierende“ Abwägungen genügen den Anforde-

Vertrauensschutz kann aber nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „nicht gegen eine klare unionsrechtliche Bestimmung“ ins Feld geführt werden; zudem wirkt „das unionsrechtswidrige Verhalten einer mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten nationalen Behörde“ nicht vertrauensbegründend. Da seit langem bekannt gewesen sei, dass aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit eine „enge Auslegung“ zwingend sei, was die Voraussetzungen für die Gewährung einer EU-Beihilfe im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik betreffe, könne gegen Nr. 23 des Anhangs IX der Durchführungsverordnung kein Vertrauensschutz gewährt werden. Da die zuständige österreichische Behörde nicht zur Zusage einer unionsrechtswidrigen Behandlung befugt war, sei trotz der Genehmigung des operationellen Programms und der bereits erfolgten Zahlungen für die Investition unabhängig vom guten Glauben der Erzeugerorganisation kein berechtigtes Vertrauen begründet worden. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes konnte der Ablehnung der Zahlung des Restbetrags der Beihilfe und der Rückforderung der bereits gewährten Beihilfe daher nicht entgegengehalten werden.¹⁶⁴⁶

Dass der Gerichtshof davon ausgeht, dass es bei Nr. 23 des Anhangs IX der Durchführungsverordnung um eine klare unionsrechtliche Bestimmung geht, überzeugt allerdings vor dem Hintergrund nicht, dass er der Auslegung der Bestimmung zahlreiche Randnummern widmen musste.¹⁶⁴⁷ So klar wie er vorgibt, kann die unionsrechtliche Bestimmung demnach nicht sein.

Der Versuch, der Rückzahlung der Beihilfe durch eine Aktivierung der Defrenne-Rechtsprechung entgegenzutreten, blieb ebenfalls erfolglos. Die österreichische Regierung hatte für den Fall der Verneinung der Beihilfefähigkeit der Investitionen zwar eine zeitliche Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung beantragt.¹⁶⁴⁸ Wegen ihres fehlenden Nachweises des Bestehens einer Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkun-

rungen, siehe *Osterlob*, *StuW* 2015, 201 (206), allerdings mit Blick auf die Problematik der Rückwirkung von Gesetzen im deutschen Recht.

1646 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 66 ff. Siehe auch EuGH, Urteil vom 20.6.2013, Rs. C-568/11 (Agroferm), Rn. 52.

1647 Vgl. *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2018, 1112 (1113).

1648 Zum Vorbringen der österreichischen Regierung siehe EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 86 f.

gen lehnte der Gerichtshof eine zeitliche Begrenzung aber ab. Das Kriterium des guten Glaubens untersuchte er dementsprechend nicht mehr.¹⁶⁴⁹

Im Rahmen der Frage, ob für die Erzeugerorganisation „gleichwohl“ eine Berufung auf den Grundsatz der Rechtssicherheit möglich sei, verwies der EuGH auf Art. 4 III EUV (und Vorschriften aus Verordnungen aus dem Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik) und führte aus, dass die Mitgliedstaaten für die Durchführung der Gemeinsamen Agrarpolitik zu sorgen hätten. In den Grenzen von Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz sei dies aber eine Frage des nationalen Rechts, wobei das nationale Recht auch den Grundsatz der Rechtssicherheit berücksichtigen dürfe, der Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist. Er verlangt, dass die Betroffenen den Umfang der ihnen mit einer Unionsregelung auferlegten Verpflichtungen genau erkennen können, sodass sie in der Lage sind, ihre Rechte und Pflichten eindeutig zu erkennen und sich darauf einzustellen.¹⁶⁵⁰ Die systematische und teleologische Auslegung von Nr. 23 des Anhangs IX der Durchführungsverordnung habe aber gezeigt, dass dies bei dieser Bestimmung der Fall sei. Auch sonst müsse dem Interesse der Union an der Rückforderung von unionsrechtswidrigen Beihilfen „in vollem Umfang Rechnung getragen werden“; der Begünstigte müsse hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Beihilfe guten Glaubens gewesen sein.¹⁶⁵¹ Der Gerichtshof endet mit der Feststellung, dass die unterbliebene zeitliche Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung einer Heranziehung des Grundsatzes der Rechtssicherheit gegen die Rückzahlung einer zu Unrecht gezahlten Beihilfe nicht entgegensteht, sofern dem Äquivalenzgrundsatz Genüge getan ist, das Unionsinteresse vollumfänglich berücksichtigt wird und der gute Glaube des Begünstigten nachgewiesen ist.¹⁶⁵²

Damit bleibt festzuhalten: Eine Begrenzung der Wirkungen der ausgelegten Norm im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung hat der Gerichtshof abgelehnt. Unionsrechtlicher Vertrauensschutz kommt angesichts der Klarheit der betroffenen Norm des Unionsrechts nicht in Betracht. Eine

1649 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 91 ff.

1650 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 94 ff.

1651 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 99 ff.

1652 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 102.

Berücksichtigung des Rechtssicherheitsgrundsatzes im nationalen Recht ist dennoch nicht ausgeschlossen.¹⁶⁵³

Was die Berücksichtigung des nationalen Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzgrundsatzes bei der Rückforderung von Beihilfen betrifft, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unterschiedliche Konstellationen auseinanderzuhalten. In den verbundenen Rechtssachen Deutsche Milchkontor u.a. hatte der Gerichtshof ausgeführt, dass die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit Bestandteil der Unionsrechtsordnung seien, sodass es dieser Rechtsordnung nicht widerspreche, wenn das nationale Recht in einem Bereich wie der Rückforderung von zu Unrecht gezahlten Gemeinschaftsbeihilfen (in den Grenzen der Äquivalenz und Effektivität) berechtigtes Vertrauen und Rechtssicherheit schütze.¹⁶⁵⁴ Nach seinen Erläuterungen in der Rechtssache Agroferm richtet sich die Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes dagegen nach den Regeln des Unionsrechts, wenn die betroffene unionsrechtliche Bestimmung eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründet, die infolge von Unregelmäßigkeiten oder Versäumnissen abgeflossenen Beträge wieder einzuziehen, sie also eine Rückforderungsverpflichtung aufstellt.¹⁶⁵⁵ Obwohl Letzteres auch in der vorliegenden Rechtssache der Fall war, ist es nach dem Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse-Urteil denkbar, dass der nationale Rechtssicherheitsgrundsatz einer Rückforderung der Beihilfe entgegensteht. Der Gerichtshof betont, dass (in Übereinstimmung mit den Ausführungen in den verbundenen Rechtssachen Deutsche Milchkontor u.a. und anders als in der Rechtssache Agroferm) bei der Anwendung des Rechtssicherheitsgrundsatzes Verfahrensautonomie besteht.¹⁶⁵⁶

Was der nationale Rechtssicherheitsgrundsatz bewirken kann, bleibt aber undeutlich. Obwohl die Vorschrift des Unionsrechts klar ist, soll das nationale Gericht zu dem Ergebnis gelangen können, dass die Bei-

1653 Nach Einschätzung von *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2018, 1112 könnte der Fall daher ein „Klassiker“ werden.

1654 EuGH, Urteil vom 21.9.1983, verb. Rs. 205/82 bis 215/82 (Deutsche Milchkontor u.a.), Rn. 30.

1655 EuGH, Urteil vom 20.6.2013, Rs. C-568/11 (Agroferm), Rn. 50 f.

1656 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 96 f. verweist einerseits auf EuGH, Urteil vom 19.9.2002, Rs. C-336/00 (Huber), Rn. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung, nimmt also auch EuGH, Urteil vom 21.9.1983, verb. Rs. 205/82 bis 215/82 (Deutsche Milchkontor u.a.), Rn. 30 in Bezug, und verweist andererseits auf EuGH, Urteil vom 21.6.2007, Rs. C-158/06 (ROM-projecten), Rn. 24, wo auch EuGH, Urteil vom 21.9.1983, verb. Rs. 205/82 bis 215/82 (Deutsche Milchkontor u.a.), Rn. 30 zitiert wird.

hilfe wegen Entgegenstehens des nationalen Rechtssicherheitsgrundsatzes nicht zurückgefordert werden kann, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind.¹⁶⁵⁷

Die Urteile, auf die der EuGH zur Begründung dieser Aussage verweist¹⁶⁵⁸, betreffen allerdings eine ganz andere Situation, da die unionsrechtliche Verpflichtung in diesen Fällen für den Beihilfeempfänger nicht oder nur sehr schwer feststellbar war, während es in Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse wie gesehen nach Aussage des Gerichtshofs um eine klare unionsrechtliche Bestimmung geht.¹⁶⁵⁹ In der in Bezug genommenen Rechtssache ROM-projecten führte der Gerichtshof aus, dass es der Grundsatz der Rechtssicherheit verbiete, dem Endbegünstigten eines Gemeinschaftszuschusses in der Zuschussentscheidung genannte Bedingungen entgegenzuhalten, von denen dieser keine Kenntnis hat. Der Rückforderung des Zuschusses könne sich der Begünstigte dann widersetzen, wenn er hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Zuschussgewährung gutgläubig war.¹⁶⁶⁰ In der ebenfalls in Bezug genommenen Rechtssache Huber hatte der Gerichtshof die Kriterien für den guten Glauben hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Beihilfe näher beschrieben. Zu prüfen ist demnach u.a., wie klar die Beihilfebedingungen gefasst sind und ob sie dem Betroffenen bekannt sind. Im Falle fehlender Kenntnis ist zu prüfen, ob der Betroffene eine Fahrlässigkeit begangen hat, die ein durchschnittlich sorgfältiger Landwirt nicht begangen hätte, indem er sich keine genaue Kenntnis von den Beihilfebedingungen durch Einsichtnahme beim zuständigen Ministerium verschafft hat oder ob dies eine übermäßige Belastung dargestellt hätte.¹⁶⁶¹

Damit geht es bei der Frage des guten Glaubens hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Beihilfe um einen anderen Maßstab als denjenigen im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung. In Rede steht damit nicht guter Glaube hinsichtlich des Verständnisses des Unionsrechts, sondern hinrei-

1657 Siehe insoweit EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn.100–102. Danach besteht in Fällen von Fehlern der nationalen Ausführungsbehörde die Möglichkeit einer „Untergrabung“ der Agroform-Rechtsprechung des Gerichtshofs durch nationale Rechtssicherheitswägungen, vgl. *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2018, 1112 (1115).

1658 EuGH, Urteil vom 21.6.2007, Rs. C-158/06 (ROM-projecten) und EuGH, Urteil vom 19.9.2002, Rs. C-336/00 (Huber).

1659 *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2018, 1112 (1114 f.).

1660 EuGH, Urteil vom 21.6.2007, Rs. C-158/06 (ROM-projecten), Rn. 30 und 31.

1661 EuGH, Urteil vom 19.9.2002, Rs. C-336/00 (Huber), Rn. 58.

chende Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis der Beihilfebedingungen. Diesen Unterschied verschleiert der Gerichtshof in seinem Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse-Urteil allerdings. Die Bedeutung der Ausführungen des Gerichtshofs für das diesem Urteil zugrundeliegende Ausgangsverfahren ist daher alles andere als klar.¹⁶⁶² Dass der nationale Rechtssicherheitsgrundsatz der Rückforderung der Beihilfe im konkreten Fall tatsächlich entgegensteht, erscheint jedenfalls nicht denkbar.

2. Nationales Recht als Anknüpfungspunkt für Vertrauensschutz

Im zweiten hier vorzustellenden Fall, der „lettischen“ Rechtssache *Ministru kabinets*, ging es um die Gültigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge über die Gewährung einer Vorruhestandsbeihilfe in der Landwirtschaft – sie wird einem älteren Landwirt als Gegenleistung für die Abgabe seines Betriebs gewährt – auf der Grundlage der Art. 10 bis 12 der Verordnung (EG) Nr. 1257/1999¹⁶⁶³. Der Rechtssache zugrunde lag die Frage, ob diese Vorschriften es den Mitgliedstaaten erlauben oder verbieten, „im Rahmen der Durchführung dieser Artikel Maßnahmen zu erlassen, nach denen die Vorruhestandsbeihilfe durch Vererbung übertragen werden kann“. Für die vorliegenden Zwecke von Interesse ist die Rechtssache deshalb, weil sich in ihr die Frage stellte, ob eine nationale Rechtsvorschrift, die die Übertragung der Vorruhestandsbeihilfe durch Vererbung vorsah und von der Kommission als mit der Verordnung vereinbar genehmigt wurde, bei den Erben der Landwirte ein berechtigtes Vertrauen in die Übertragbarkeit der Beihilfe durch Vererbung begründet hat.¹⁶⁶⁴

Beim Erlass von Maßnahmen zur Durchführung des Unionsrechts und damit auch bei der Durchführung der Vorruhestandsbeihilfe ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten. Auf ihn kann sich jeder berufen, bei dem eine nationale Verwaltungsbehörde aufgrund bestimmter Zusicherungen, die sie ihm gegeben hat, begründete Erwartungen geweckt hat. Die Verwaltungsbehörde muss in der Vorstellung des Einzelnen also ein vernünftiges Vertrauen („reasonable expectation“/„une confiance rais-

¹⁶⁶² *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2018, 1112 (1115).

¹⁶⁶³ Verordnung (EG) Nr. 1257/1999 des Rates vom 17. Mai 1999 über die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums durch den Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft (EAGFL) und zur Änderung bzw. Aufhebung bestimmter Verordnungen, ABl. L 160 vom 26.6.1999, S. 80.

¹⁶⁶⁴ EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (*Ministru kabinets*), Rn. 30, 47.

sonnable“) begründet haben; dieses muss zudem berechtigt („legitimate“/ „caractère légitime“) sein. Zu beachten ist wiederum, dass Vertrauensschutz nicht gegen eine klare unionsrechtliche Bestimmung möglich ist und dass das unionsrechtswidrige Verhalten einer mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten nationalen Behörde kein berechtigtes Vertrauen eines Einzelnen darauf begründen kann, in den Genuss einer unionsrechtswidrigen Behandlung zu kommen.¹⁶⁶⁵

In den Art. 10 bis 12 der Verordnung (EG) Nr. 1257/1999 wird die Übertragung des Anspruchs auf Vorruhestandsbeihilfe durch Vererbung weder erlaubt noch verboten. Ausgelegt im Lichte ihrer Zielsetzungen ergibt sich jedoch, dass die entsprechenden Vorschriften der Verordnung die Vorruhestandsbeihilfe auf die Person des seinen Betrieb abgebenden Landwirts beziehen. Diese personenbezogene Natur der Beihilfe steht einer Übertragung auf die Erben entgegen, sodass die Art. 10 bis 12 der Verordnung es den Mitgliedstaaten im Ergebnis verbieten, Durchführungsvorschriften zu erlassen, die die Übertragung der Beihilfe durch Vererbung vorsehen.¹⁶⁶⁶

Da die Art. 10 bis 12 der Verordnung nach Auffassung des Gerichtshofs keine klaren unionsrechtlichen Bestimmungen sind, konnten die Betroffenen dies aber nicht unzweifelhaft erkennen. In diesen Bestimmungen ist ja nicht angegeben, ob ein Mitgliedstaat für ihre Durchführung die Übertragung des Anspruchs auf Vorruhestandsbeihilfe durch Vererbung vorsehen kann.¹⁶⁶⁷ Aus Sicht der Betroffenen kam hinzu, dass die Kommission den lettischen Entwicklungsplan, der die Übertragung der Vorruhestandsbeihilfe durch Vererbung vorsah, inhaltlich auf seine Vereinbarkeit mit der Verordnung geprüft und daraufhin genehmigt hatte. Außerdem bestätigte die Unterzeichnung der Verträge über die Gewährung der Vorruhestandsbeihilfe durch den lettischen Dienst zur Unterstützung des ländlichen Raums¹⁶⁶⁸ das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Übertragung der Beihilfe durch Vererbung.¹⁶⁶⁹ All diese Aspekte führten dazu, dass die

1665 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (Ministru kabinet), Rn. 50 ff.

1666 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (Ministru kabinet), Rn. 30 ff.

1667 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (Ministru kabinet), Rn. 54 f.

1668 Dass der lettische Dienst befugt ist, den Staat zur Gewährung der Beihilfe zu verpflichten, nährt bei den Betroffenen die Erwartung, dass dieser unionsrechtsgemäß handelt, so zu Recht *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2019, 242 (244).

1669 Als Vertrauen begründende Rechtsakte der lettischen Behörden waren hier also das Dekret des Ministerrats von 2004, das die Grundlage des Entwicklungsplans bildete, der Entwicklungsplan und die Verträge über die Gewährung

Rechtsakte der lettischen Behörden vernünftiges Vertrauen der Erben¹⁶⁷⁰ in die Übertragbarkeit der Beihilfe durch Vererbung begründeten.¹⁶⁷¹

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sich aus einer nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren nationalen Praxis schützenswertes Vertrauen ergeben kann. Entscheidend kommt es insoweit auf die unionsrechtliche Bestimmung an, auf der die rechtswidrige Praxis der nationalen Behörden beruht. Ausschlaggebend ist, ob diese Bestimmung „klar“/„précise“/„precisa“ ist oder nicht. Wie die englische Sprachfassung zeigt, ist „klar“ im Sinne von „unambiguous“ zu verstehen. Da die Art. 10 bis 12 der Verordnung Raum für abweichende Auslegungen lassen, sind sie nicht „klar“, weswegen vernünftiges Vertrauen trotz Verstoßes der nationalen Praxis gegen diese Bestimmungen begründet werden kann.¹⁶⁷²

Der EuGH verlangt wie gesehen zudem, dass das vernünftige Vertrauen auch berechtigt ist, um als schützenswert anerkannt zu werden. Das Vertrauen ist nach Auffassung des Gerichtshofs berechtigt, „wenn sich der Einzelne, der sich darauf beruft, in einer besonderen, als schutzwürdig zu qualifizierenden Situation wie der im Ausgangsverfahren fraglichen befindet“. Mit der Genehmigung der nationalen Regelung durch die Kommission, ihrer nicht erkennbaren Unvereinbarkeit mit der Verordnung und der in den Verträgen über die Gewährung der Vorruhestandsbeihilfe erfolgten Konkretisierung führt der Gerichtshof an dieser Stelle allerdings lediglich Gesichtspunkte an, die er bereits zuvor im Rahmen der Prüfung vernünftigen Vertrauens erwähnt hatte.¹⁶⁷³

der Vorruhestandsbeihilfe durch den Dienst zur Unterstützung des ländlichen Raums anzusehen.

1670 *van den Brink/den Ouden*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2019, 242 (244 f.) sind der Auffassung, dass die Erben auch deshalb beim Vertragsschluss nicht bösgläubig sein konnten, da sie keine Vertragsparteien waren.

1671 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (Ministru kabinets), Rn. 56 ff.

1672 GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 30.5.2018 in der Rs. C-120/17 (Ministru kabinets), Rn. 57 ff. Er teilt damit, wie er selbst ausführt, die von GA *Stix-Hackl*, Schlussanträge vom 1.12.2005 in den verb. Rs. C-181/04 bis C-183/04 (Elmeka), Rn. 43–45 und von GA *Kokott*, Schlussanträge vom 24.1.2013 in der Rs. C-568/11 (Agroferm), Rn. 59 vertretene Auffassung, wonach es für die Frage des Vertrauensschutzes entscheidend auf das der nationalen Praxis zugrundeliegende Unionsrecht ankommt, siehe GA *Mengozzi*, a.a.O., Rn. 60 mit Fn. 23.

1673 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (Ministru kabinets), Rn. 63 unter Verweis auf GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 30.5.2018 in der Rs. C-120/17 (Ministru kabinets), Rn. 52. Siehe zur Prüfung des Vorliegens berechtigten Vertrauens Rn. 62 ff. des Urteils.

Auch wenn im Grundsatz gilt, dass unionsrechtswidriges Verhalten einer für die Anwendung des Unionsrechts zuständigen nationalen Stelle kein berechtigtes Vertrauen darauf begründen kann, in den Genuss einer unionsrechtswidrigen Behandlung zu kommen¹⁶⁷⁴, ist es in Angelegenheiten des Unionsrechts also durchaus denkbar, dass sich Betroffene auf Entscheidungen nationaler Behörden und Gerichte verlassen dürfen.¹⁶⁷⁵ Daraus, dass in manchen Urteilen des Gerichtshofs nur von den „zuständigen Unionsbehörden“, einem „Unionsorgan“ oder der „Gemeinschaftsverwaltung“ bzw. „Unionsverwaltung“ die Rede ist¹⁶⁷⁶, kann nicht geschlossen werden, dass nationale Stellen nicht als Auslöser von Vertrauensschutz in Betracht kämen. Neben Organen der Union kommen für Vertrauen begründende Zusicherungen auch sonstige Stellen in Frage, die „als ‚Beauftragte‘ der Union“ handeln.¹⁶⁷⁷ Besteht in einem Fall eine ausschließliche Zuständigkeit eines Unionsorgans wie etwa der Kommission, kann ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer aus einer nicht von diesem Organ stammenden Entscheidung allerdings kein berechtigtes Vertrauen herleiten.¹⁶⁷⁸ Dies erklärt, weshalb beispielsweise eine nationale Behörde bei Unternehmen kein berechtigtes Vertrauen darauf begründen kann, dass das Verhalten der Unternehmen nicht gegen Art. 101 AEUV (Kartellverbot) verstößt: Die nationale Behörde ist nicht dazu befugt, eine Entscheidung zu erlassen, mit der das Fehlen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV festgestellt wird.¹⁶⁷⁹

Zu erwähnen ist schließlich noch ein weiterer Aspekt der Rechtssache *Ministru kabinets*. Er betrifft die Frage, ob Schlussfolgerungen, die im Ausschuss für die Entwicklung des ländlichen Raums der Kommission

1674 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-516/16 (Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse), Rn. 69 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 1.4.1993, verb. Rs. C-31/91 bis C-44/91 (Lageder u.a.), Rn. 35 und EuGH, Urteil vom 20.6.2013, Rs. C-568/11 (Agroferm), Rn. 52. Siehe auch EuGH, Urteil vom 7.4.2011, Rs. C-153/10 (Sony Supply Chain Solutions [Europe]), Rn. 47 unter Verweis u.a. auf EuGH, Urteil vom 26.4.1988, Rs. 316/86 (Krücken), Rn. 24 und EuGH, Urteil vom 16.3.2006, Rs. C-94/05 (Emsland-Stärke), Rn. 31.

1675 Näher hierzu GA *Kokott*, Schlussanträge vom 28.2.2013 in der Rs. C-681/11 (Schenker & Co. u.a.), Rn. 85, 87, 92, 93 und 94 m.w.N.

1676 EuGH, Urteil vom 13.6.2013, verb. Rs. C-630/11 P bis C-633/11 P (HGA u.a./Kommission), Rn. 132; EuGH, Urteil vom 17.3.2011, Rs. C-221/09 (AJD Tuna), Rn. 71; EuGH, Urteil vom 30.4.2019, Rs. C-611/17 (Italien/Rat), Rn. 112.

1677 GA *Wahl*, Schlussanträge vom 8.6.2017 in der Rs. C-322/16 (Global Starnet), Rn. 63.

1678 EuGH, Urteil vom 15.12.2005, Rs. C-148/04 (Unicredito Italiano), Rn. 107.

1679 EuGH, Urteil vom 18.6.2013, Rs. C-681/11 (Schenker & Co. u.a.), Rn. 42.

getroffen wurden, das berechnigte Vertrauen der Erben beendet haben. In den Schlussfolgerungen war sieben Jahre nach der Genehmigung des Entwicklungsplans durch die Kommission der Standpunkt vertreten worden, dass die Übertragung der Vorruhestandsbeihilfe durch Vererbung mit der Verordnung unvereinbar sei. Die Schlussfolgerungen waren allerdings allein an die Mitgliedstaaten gerichtet. Die Erben der Landwirte wussten weder von der Sitzung des Ausschusses noch von dessen Schlussfolgerungen. Da von ihnen auch nicht verlangt werden kann, so umsichtig zu sein, sich selbst über den Inhalt der Schlussfolgerungen zu informieren, haben diese keinen Einfluss auf das berechnigte Vertrauen der Erben.¹⁶⁸⁰ Als Privatpersonen gelten für sie damit andere Anforderungen als für „Großunternehmen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“.¹⁶⁸¹ Insoweit unterscheidet sich der hier anzulegende Maßstab von dem sonst allgemein bei Vertrauen auf nationales Recht anzulegenden. Dort muss ein einheitlicher Maßstab gegenüber sämtlichen Adressaten gelten und darüber entscheiden, ob Vertrauen gerechtfertigt ist.¹⁶⁸²

Die Rechtsache *Ministru kabinets* führt vor Augen, dass dem Verständnis des Unionsrechts in zweierlei Zusammenhängen Bedeutung zukommen kann. Hierbei handelt es sich um die (in *Ministru kabinets* nicht betroffene) Frage des guten Glaubens im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung einerseits und die (in *Ministru kabinets*) zentrale Frage des Vorliegens einer klaren unionsrechtlichen Bestimmung im Rahmen der Prüfung des Bestehens von Vertrauen andererseits.

Diese Konzepte unterscheiden sich voneinander, weshalb sich auch die Möglichkeiten für die Berücksichtigung nationalen Rechts voneinander unterscheiden. Hinsichtlich des guten Glaubens im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung wird gefragt, ob eine unionsrechtliche Norm in einem bestimmten Sinne verstanden werden darf. Ist dies nicht der Fall, besteht dennoch die Möglichkeit, dass die Vorschrift „nicht klar“ ist: Sie kann ja noch andere Auslegungen zulassen und damit nicht „unambiguous“ sein. Gutem Glauben im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung steht das Vorliegen einer „nicht klaren“ Norm zwar in aller Regel, aber nicht zwingend entgegen.

Die Unterschiedlichkeit der Maßstäbe rechtfertigt sich aus der Unterschiedlichkeit der zugrundeliegenden Situationen, für die sie entwickelt

1680 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-120/17 (*Ministru kabinets*), Rn. 70 ff.

1681 GA Mengozzi, Schlusssanträge vom 30.5.2018 in der Rs. C-120/17 (*Ministru kabinets*), Rn. 92.

1682 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 100.

wurden. Bei der Prüfung von Vertrauensschutz etwa im Rahmen der Beihilfegewährung ist ein „individuelles“¹⁶⁸³ Element erkennbar. Bedeutung erlangen hier einzelfallbezogene Umstände wie eine Zusicherung durch mitgliedstaatliche Behörden. Auch wenn sie dem geltenden Recht widerspricht, ist sie geeignet, Vertrauen zu begründen, solange die betroffene unionsrechtliche Norm nicht „klar“ ist. Bei der Anwendung abstrakt-genereller Regelungen durch ein nationales Gericht fehlt es an solchen einzelfallbezogenen Umständen regelmäßig. Hier erhalten die Betroffenen in aller Regel keine Zusicherung.¹⁶⁸⁴ Daher ist insoweit auch ein anderer Maßstab anzulegen.

Wenn sich in der Rechtssache *Ministru kabinets* nationale Rechtsnormen als Anknüpfungspunkt für Vertrauensschutz dargestellt haben, ist dies daher mit den Besonderheiten der verwaltungsrechtlichen Konstellation zu erklären, in der hinzukam, dass die zugrundeliegende Verordnung eine inhaltliche Prüfung der nationalen Maßnahmen durch die Kommission vorsah.

3. Ergebnis

In den hier vorgestellten Rechtssachen haben sich damit Ansatzpunkte für eine Beachtlichkeit „nationaler Vertrauensumstände“ gezeigt. Zu erklären ist dies aber mit den verwaltungsrechtlichen Besonderheiten der Verfahren. Angesichts ihrer Eigenart ergeben sich aus ihnen daher keine Folgen für den im vorangegangenen Abschnitt behandelten Fall des Vertrauens auf die nationale Rechtslage. Es bleibt damit bei der im *DI-Urteil* des EuGH getroffenen Aussage, dass die *Defrenne*-Rechtsprechung und Vertrauen auf die nationale Rechtslage letztlich zum gleichen Ergebnis führen, sodass letzteres bei Fehlen einer zeitlichen Begrenzung im Sinne der *Defrenne*-Rechtsprechung nicht zum Zurücktreten der unionsrechtlichen Anforderungen führen kann.

1683 Gemeint ist damit ein den Einzelfall betreffendes, nicht aber ein rein „subjektives“ Element.

1684 Vgl. *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 486 f.

VI. Begrenzung des Vorrangs durch Zulassung der Anwendung nationaler Grundrechte?

Zum Abschluss der Betrachtung möglicher Begrenzungen des Anwendungsvorrangs ist im Folgenden besonderes Augenmerk auf die vom Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen Taricco¹⁶⁸⁵ („Taricco I“) und M.A.S. und M.B.¹⁶⁸⁶ („Taricco II“) begründete Rechtsprechung zu legen. Im Taricco II-Urteil erblickt etwa Burchardt eine „Relativierung [...] des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts“.¹⁶⁸⁷ Dubout veranlasst es sogar zur Befürchtung einer Gefährdung der Normativität des Unionsrechts und zu der Frage, ob die im Costa/ENEL-Urteil des Gerichtshofs entworfene Idee einer eigenen Rechtsordnung, der aufgrund ihrer Eigenständigkeit keine innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können¹⁶⁸⁸, tot sei.¹⁶⁸⁹

Aufgeworfen ist in der Taricco-Konstellation die Frage der unionsrechtlich zugelassenen Berufung auf ein im jeweiligen Mitgliedstaat bestehendes Grundrechtsschutzniveau. Auch hinsichtlich dieser Frage zeigen sich die vielfachen Berührungspunkte zwischen der Unionsrechtsordnung und den nationalen Rechtsordnungen. Diese enge Verbindung hat der Gerichtshof an anderer Stelle durch die Betonung der wechselseitigen Bindung der Union und ihrer Mitgliedstaaten und der Mitgliedstaaten untereinander in einem „strukturierten Netz von miteinander verflochtenen Grundsätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen“ zum Ausdruck gebracht.¹⁶⁹⁰ Die Auffassungen zur Anwendbarkeit nationaler Grundrechte in unionsrechtlichen Fallgestaltungen sind vielfältig und können hier nur in ihren Grundzügen dargestellt werden; einen unionsrechtlichen Anhaltspunkt hält Art. 53 GRCh bereit, wonach keine Bestimmung der Charta als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte auszulegen ist, die durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.

1685 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.).

1686 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.). Die Bezeichnung des M.A.S. und M.B.-Urteils als Taricco II-Urteil rechtfertigt sich dadurch, dass es auf ein Vorabentscheidungsersuchen des italienischen Verfassungsgerichtshofs (Corte costituzionale) im Nachgang zum Taricco-Urteil ergangen ist.

1687 Burchardt, EuR 2018, 248 (248 f.).

1688 EuGH, Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, S. 1269 f.

1689 Dubout, RTDEur. 2018, 563 (564 ff., 580 ff.).

1690 In diesem Sinne EuGH, Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 (Beitritt der Union zur EMRK), Rn. 167. Siehe auch Schmahl, in: Breuer (Hrsg.), Principled Resistance, 2019, S. 299 (322).

Es gilt daher im Folgenden herauszuarbeiten, ob der Gerichtshof in seinem Taricco II-Urteil den Vorrang des Unionsrechts hinter einem nationalen Grundrechtsstandard hat zurücktreten lassen. In diesem Fall erschiene es nicht ausgeschlossen, diesen Ansatz ebenso für die Frage der Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ fruchtbar zu machen, da dieser auch grundrechtlich verankert ist.

1. Die Taricco-Problematik

Zunächst sind der tatsächliche Hintergrund der Taricco-Problematik sowie die Aussagen des EuGH im Taricco I und II-Urteil darzustellen, um im Anschluss daran den Versuch einer Einordnung in die Systematik des europäischen Grundrechtsschutzes und insbesondere der Auswirkungen auf den Vorrang des Unionsrechts zu unternehmen.

Den Ausgangspunkt der zu besprechenden Verfahren bilden die italienischen Vorschriften über die Verfolgungsverjährung von Mehrwertsteuerstraftaten. Aus unionsrechtlicher Sicht problematisch erscheint dabei die Begrenzung der absoluten Verjährungsfrist nach Verjährungsunterbrechungen. Da Unterbrechungshandlungen im Rahmen der Strafverfolgung von schwerem Mehrwertsteuerbetrug lediglich zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist um ein Viertel ihrer ursprünglichen Dauer führen können und eine darüberhinausgehende Verlängerung ausgeschlossen ist, tritt Verjährung angesichts der Komplexität und Länge der Strafverfahren häufig bereits vor Abschluss des Strafprozesses ein. Die betreffenden italienischen Verjährungsregeln sind also so ausgestaltet, dass sie eine systematische Straffreiheit von schwerem Mehrwertsteuerbetrug zur Folge haben können.¹⁶⁹¹

a) Verpflichtung zur Nichtanwendung der italienischen Verjährungsregeln

In seinem Taricco I-Urteil hatte der Gerichtshof entschieden, dass die Mitgliedstaaten schwere Betrugsfälle zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union durch wirksame und abschreckende Strafen ahnden müssen und dass die insoweit ergriffenen Maßnahmen die gleichen sein

¹⁶⁹¹ Siehe dazu auch *Burchardt*, EuR 2018, 248 (249) und EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (*Taricco u.a.*), Rn. 46 f.

müssen, die die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von ebenso schweren Betrugsfällen vorsehen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten.¹⁶⁹² Da zur Begründung dieser Pflicht insbesondere Art. 325 I und II AEUV maßgeblich sind, die nach Auffassung des Gerichtshofs unmittelbare Wirkung entfalten und daher Vorrang genießen, führt sie zur Unanwendbarkeit der nationalen Bestimmungen im Falle ihrer Unionsrechtswidrigkeit.¹⁶⁹³

Ein zur Unanwendbarkeit führender Verstoß der italienischen Regelungen (zu den verjährungsunterbrechenden Handlungen) gegen Unionsrecht ist nach Auffassung des Gerichtshofs dann zu bejahen, wenn sie „die Verhängung von wirksamen und abschreckenden Sanktionen in einer beträchtlichen Anzahl von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten schweren Betrugsfällen verhindern“. ¹⁶⁹⁴ Zum Tragen kommt der Anwendungsvorrang demnach nur bei schweren Betrugsfällen und sofern es „in einer ‚beträchtlichen Anzahl von Fällen‘ zu erheblichen Durchsetzungsdefiziten kommt“. ¹⁶⁹⁵ Die Fälle, in denen der Anwendungsvorrang eingreifen soll, hat der Gerichtshof damit lediglich recht vage umschrieben. Die Überprüfung der Kriterien der Taricco-Regel überlässt der Gerichtshof den Strafgerichten, indem er ihnen die Aufgabe der Einschätzung der Wirkung der italienischen Verjährungsregeln überträgt. ¹⁶⁹⁶

1692 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 43 i.V.m. 37, 39–41. Das Strafrecht wird damit als Mittel zur effektiven Durchsetzung bestimmter Politiken wie etwa der finanziellen Interessen der Union eingesetzt, siehe nur *Di Francesco Maesa*, eucrim 2018, 50 (51).

1693 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 49, 50 ff. Dazu, welche Regelung anstelle der unanwendbaren zum Tragen kommen soll, äußert sich der Gerichtshof nicht näher. Anwendung finden müsste in diesem Fall aber jedenfalls eine unionsrechtskonforme nationale Regelung, vgl. *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (411). Siehe GA *Kokott*, Schlussanträge vom 30.4.2015 in der Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 121 ff. sowohl zum Vorschlag der Anwendung der Verjährungsregeln ohne Anwendung der absoluten Verjährungsfrist als auch zu weiteren denkbaren Vorgehensweisen. *Reiß*, UR 2016, 342 (352) sieht in dem Hinweis des EuGH, a.a.O., Rn. 48, dass für die Straftat des Zusammenschlusses zur Begehung von Delikten auf dem Gebiet der Verbrauchsteuern auf Tabakerzeugnisse keine absolute Verjährungsfrist bestehe, einen Hinweis auf die statt der unanwendbaren Regelung anzuwendende Vorschrift.

1694 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 58 und 46 f.

1695 *Meyer*, JZ 2018, 304 (305, Fn. 8).

1696 Siehe EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 44 ff. *Staffler*, EuGRZ 2018, 613 (619) spricht von einem „tatgerichtliche[n] Prüfungsauftrag kriminalpolitischer Natur“; siehe auch *Rauegger*, CMLRev. 55 (2018),

Die Nichtanwendung der italienischen Verjährungsregeln würde die Verhängung von Sanktionen ermöglichen, die bei ihrer Anwendung nicht verhängt worden wären. Der Gerichtshof betont deshalb, dass die Grundrechte der betreffenden Personen beachtet werden müssen. Zu einer Verletzung der Rechte der Angeschuldigten aus Art. 49 GRCh darf es daher nicht kommen. Obwohl die Ausführungen des Gerichtshofs zur Wirkung der Nichtanwendung der nationalen Bestimmungen lediglich „vorbehaltlich der Prüfung durch das nationale Gericht“¹⁶⁹⁷ ergehen, beurteilt der EuGH die Vereinbarkeit der Folgen der Nichtanwendung des nationalen Rechts mit den Unionsgrundrechten letztlich selbst¹⁶⁹⁸. Vor dem Hintergrund, dass die Nichtanwendung der fraglichen nationalen Bestimmungen nach Auffassung des Gerichtshofs weder zu einer rückwirkenden Strafbegünstigung noch zu einer rückwirkenden Strafverschärfung führt, erblickt dieser in der Nichtanwendung der italienischen Verjährungsregeln allerdings keinen Verstoß gegen Art. 49 GRCh.¹⁶⁹⁹ Zurückzuführen ist dies auf die im Unionsrecht erfolgende Einordnung der Verjährung als verfahrensrechtliche Frage.

Aus italienischer Sicht ist die Taricco-Regel dagegen verfassungsrechtlich problematisch, weil das italienische Recht die Verjährung von Straftaten als Frage des materiellen Strafrechts ansieht, sodass auf sie der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen anwendbar ist. Da der Legalitätsgrundsatz nach italienischem Verständnis also auch Verjährungsregeln erfasst, bedarf es insoweit einer vom Gesetzgeber in hinreichend bestimmten Gesetzen festgelegten Regelung, die nur auf nach ihrem Inkrafttreten begangene Taten anwendbar ist. Das Unionsrecht bewirkt aus der Sicht des nationalen Verfassungsrechts also eine Verschlechterung der Rechtsposition des Beschuldigten im Strafverfahren.¹⁷⁰⁰

1521 (1522, 1526). Der italienische Verfassungsgerichtshof hat sich diese Prüfung allerdings selbst vorbehalten, siehe dazu noch kurz unten bei Fn. 1716.

1697 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 55.

1698 Darauf weist auch *Di Francesco Maesa*, eucrim 2018, 50 (51) hin.

1699 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 53, 55 ff. Zur Bestätigung verweist der Gerichtshof auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 EMRK. Siehe auch *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (411 f.), die auf die rückwirkende Änderbarkeit von Verjährungsvorschriften hinweist, da diese nach unionsrechtlichem Verständnis nicht zum rückwirkungsfesten materiellen Recht gehören.

1700 Vgl. *Timmerman*, CMLRev. 53 (2016), 779 (791 f.), der beide Einordnungen als „reasonable“ ansieht. Siehe auch *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (411 f.), wonach sich auch für eine materiellrechtliche Einordnung Argumente finden lassen.

Damit die Betroffenen im Zeitpunkt der Tatbegehung die (nicht rückwirkend zu ihrem Nachteil änderbare) Verjährungsregelung kennen, wäre es nach italienischem Verständnis in der hier in Rede stehenden Konstellation erforderlich gewesen, dass der Einzelne im Zeitpunkt der Tatbegehung hätte vorhersehen können, dass das Unionsrecht die Nichtanwendung bestimmter italienischer Rechtsvorschriften verlangt. Dafür hätte er die Auslegung des EuGH vorhersehen können müssen, was der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) verneint. Zugleich betont dieser, dass sich durch Auslegung nicht mit der erforderlichen Klarheit bestimmen lasse, was unter einer beträchtlichen Anzahl an Fällen zu verstehen sei, weshalb ein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz nach italienischem Recht vorliege.¹⁷⁰¹

Die unterschiedliche Einordnung der Verjährungsregeln als Frage des Verfahrens- oder materiellen Rechts hat demnach zur Folge, dass eine mit der Grundrechtecharta vereinbare Regel des Unionsrechts mit einem nationalen Grundrecht in Konflikt gerät: Nach der im Taricco I-Urteil geäußerten Ansicht des EuGH ist die Pflicht zur Nichtanwendung der Verjährungsregeln des italienischen Rechts mit Art. 49 GRCh vereinbar, während sie aus italienischer Sicht gegen das in der italienischen Verfassung niedergelegte und auch auf die Verjährung anwendbare Legalitätsprinzip verstößt.

b) „Konkretisierung“ dieser Pflicht im „Dialog“ mit dem italienischen Verfassungsgerichtshof

Der von italienischen Gerichten im Nachgang des Taricco I-Urteils mit der Problematik befasste italienische Verfassungsgerichtshof richtete ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, von dessen Beantwortung er sich Klarheit hinsichtlich des Taricco I-Urteils erwartete¹⁷⁰², in dem er diesen aber auch darauf hinwies, dass er es verhindern würde, dass die An-

1701 Corte costituzionale, Vorlagebeschluss 24/2017 vom 26.1.2017, S. 4 f., englische Übersetzung abrufbar unter https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf.

1702 Corte costituzionale, Vorlagebeschluss 24/2017 vom 26.1.2017, S. 3. Dieser versöhnlich im Ton klingende Ansatz kann den dahinter stehenden Konflikt allerdings kaum verbergen, siehe – auch mit Blick auf das im Anschluss an das Taricco II-Urteil des EuGH ergangene Urteil des italienischen Verfassungsgerichtshofs – *Staffler*, EuGRZ 2018, 613 (618). *Dubout*, RTDEur. 2018, 563 (569 ff.) sieht eine Entwicklung von einem „pluralisme «coopératif“ zu einem

wendung von Art. 325 AEUV einer im Widerspruch zum „italienischen“ strafrechtlichen Legalitätsgrundsatz stehenden Regel Eingang in die italienische Rechtsordnung verschafft.¹⁷⁰³

In seiner im Taricco II-Urteil gegebenen Antwort hebt der Gerichtshof die Bedeutung von Vorhersehbarkeit, Bestimmtheit und Nichtrückwirkung der anzuwendenden Strafvorschriften auch auf europäischer Ebene hervor, wobei er Art. 49 GRCh in Bezug nimmt. Er weist darauf hin, dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen bei der Verhängung von Strafen wegen Straftaten im Bereich der Mehrwertsteuer von den Mitgliedstaaten angesichts der Regelung des Art. 51 I GRCh (Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta bei der Durchführung des Rechts der Union) zu beachten sei.¹⁷⁰⁴ Der Grundsatz sei Bestandteil der „gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten“ und u.a. in Art. 7 I EMRK festgehalten.¹⁷⁰⁵

Nach der im Taricco II-Urteil geäußerten Auffassung des Gerichtshofs steht es den Mitgliedstaaten bei einer zwischen der EU und den Mitgliedstaaten nach Art. 4 II AEUV geteilten Zuständigkeit bis zur Ausübung der Kompetenz durch die EU frei, nationale Grundrechtsstandards anzuwenden. Da die Rechtsvorschriften über die Verjährung von Straftaten im Bereich der Mehrwertsteuer zu der im Ausgangsverfahren maßgebenden Zeit auf Unionsebene noch nicht harmonisiert waren¹⁷⁰⁶, konnte Italien diese demnach materiellrechtlich einordnen und dem strafrechtlichen Ge-

„pluralisme contestatif“, als deren Ausgangspunkt er die Vorlage des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache Gauweiler u.a. (C-62/14) ausmacht.

1703 Corte costituzionale, Vorlagebeschluss 24/2017 vom 26.1.2017, S. 3. Kritisch zur Einordnung der Verjährungsregeln als wesentlicher Kern des Gesetzmäßigkeitsprinzips und damit als Bestandteil der nationalen Verfassungsidentität (siehe Vorlagebeschluss, S. 7) etwa *Faraguna*, Verfassungsblog vom 31.1.2017; ihm zustimmend *Schmahl*, in: Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance*, 2019, S. 299 (305 mit Fn. 36). Zum im Vorlagebeschluss zum Ausdruck kommenden Vorrangverständnis des italienischen Verfassungsgerichtshofs *Amoroso*, IYIL 27 (2018), 452 (456 f.).

1704 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 51 f.

1705 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 53 ff. Dies veranlasst den EuGH dazu, diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR zu zitieren.

1706 Eine Harmonisierung ist mittlerweile teilweise erfolgt. Da sich die vom Gerichtshof in Bezug genommene Richtlinie (Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29) jedenfalls nicht ausdrücklich zur Rechtsnatur der Verjährung äußert, sind die Folgen ihres Inkrafttretens für die

setzmäßigkeitsgrundsatz unterwerfen.¹⁷⁰⁷ Die fehlende Harmonisierung der Verjährungsregeln auf Unionsebene ermöglicht es den italienischen Gerichten also, die italienischen Verjährungsregelungen anzuwenden und auf diese das Gesetzmäßigkeitsprinzip zur Anwendung zu bringen.¹⁷⁰⁸

Das nationale Gericht, so der EuGH weiter, müsse prüfen, ob durch die Nichtanwendung der Verjährungsregeln in der italienischen Rechtsordnung Unsicherheit entstehe. Sollte dies der Fall sein, bestehe angesichts des dann zu bejahenden Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz keine Verpflichtung zur Nichtanwendung der Verjährungsregeln.¹⁷⁰⁹

Hinsichtlich der vor Verkündung des Taricco I-Urteils (8.9.2015) begangenen Mehrwertsteuerstraftaten¹⁷¹⁰ bejaht der EuGH selbst einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, zu dem es durch die Nichtanwendung der nationalen Verjährungsregeln komme.¹⁷¹¹ Für diese Straftaten darf das nationale Gericht die Verjährungsregeln also nicht unangewendet lassen. Die damit einhergehende Verpflichtung zur Anwendung der Verjährungsregeln unterscheidet sich von der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bislang anzutreffenden Konstellation, in der dieser die Anwendung eines nationalen Grundrechtsstandards zwar gestattet, aber keine Verpflichtung hierzu begründet. Da der EuGH die Verpflichtung zur Anwendung der Verjährungsregeln aufgestellt hat, kann sie nicht im nationalen Recht wurzeln.¹⁷¹² Das Verbot der Anwendung der Taricco-Regel auf vor dem

zukünftige Anwendung des nationalen Grundrechtsschutzniveaus aber nicht ganz klar, vgl. *Staffler*, EuGRZ 2018, 613 (616).

1707 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 43 ff. Der EuGH akzeptiert damit die parallele Anwendbarkeit nationalen Grundrechtsschutzes, vgl. *Schmahl*, in: Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance*, 2019, S. 299 (306) unter Verweis in Fn. 48 auf EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 44, 45.

1708 Kritisch dazu aus strafrechtlicher Perspektive *Peristeridou/Ouwerkerk*, Verfassungsblog vom 12.12.2017.

1709 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 59. *Budinska/Vikarska*, EU Law Analysis, Blog vom 7.12.2017, erkennen hierin die Aussage, dass die italienischen Gerichte nicht verpflichtet seien, der (eigentlich bestehenden) Verpflichtung nachzukommen und bezeichnen dies als „magical formulation“. Zur Kritik des im Taricco I-Urteil aufgestellten Erfordernisses der Verhinderung der Verhängung von Strafen in einer beträchtlichen Anzahl schwerer, gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteter Betrugsfälle siehe etwa *Peristeridou/Ouwerkerk*, Verfassungsblog vom 12.12.2017.

1710 Die im Taricco I-Urteil aufgestellte Pflicht zur Nichtanwendung bezieht sich nur auf zum Zeitpunkt seiner Verkündung noch nicht verjährte Straftaten.

1711 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 60.

1712 *Krajewski*, European Law Blog, Blog vom 18.12.2017.

8.9.2015 begangene Taten ergibt sich demnach unmittelbar aus dem Unionsrecht.¹⁷¹³ Auf diese Weise begrenzt der Gerichtshof im Ergebnis die Wirkungen der im Taricco I-Urteil vorgenommenen Auslegung in zeitlicher Hinsicht auf nach dessen Verkündung begangene Straftaten. Auch wenn dieses Vorgehen an die Defrenne-Rechtsprechung erinnert, ist nicht anzunehmen, dass der EuGH damit ganz generell die zeitliche Wirkung seiner Rechtsprechung an den für den Unionsgesetzgeber geltenden Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetzgebung angenähert hat. Auch nach dem Taricco II-Urteil verbleibt es daher beim Grundsatz der *extunc*-Wirkung der Auslegung.¹⁷¹⁴

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Der Verpflichtung zur Nichtanwendung nationalen Rechts kann ein nationales Gericht den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen entgegenhalten. Gelangt es zu dem Ergebnis, dass die Nichtanwendung des nationalen Rechts zu einem Verstoß gegen den Legalitätsgrundsatz führt, muss es der Verpflichtung zur Nichtanwendung des nationalen Rechts nicht nachkommen, auch wenn dadurch die Unionsrechtswidrigkeit der nationalen Sachlage nicht beseitigt wird. In diesem Fall gerät der nationale Gesetzgeber in den Blick, der tätig werden muss, um den unionsrechtswidrigen Zustand zu beseitigen.¹⁷¹⁵

Abschließend ist noch auf die Reaktion des italienischen Verfassungsgerichtshofs auf das Taricco II-Urteil hinzuweisen. Obwohl die vor ihm in Rede stehenden Straftaten vor dem 8.9.2015 begangen worden waren, äußert er sich dazu, wie Taten nach diesem Zeitpunkt aus Sicht des italienischen Verfassungsrechts zu behandeln sind. Er macht deutlich, dass die Taricco-Regel auch auf diese nicht anwendbar ist und begründet dies mit einem Widerspruch zum Bestimmtheitsgrundsatz in Strafsachen nach Art. 25 II der italienischen Verfassung, dessen Beurteilung in seine eigene Zuständigkeit (und nicht die der italienischen Strafgerichte) falle.¹⁷¹⁶ Die

1713 So auch die Einschätzung der Corte costituzionale, Urteil vom 10.4.2018, Nr. 115, EuGRZ 2018, 685 (691) unter Verweis auf Rn. 60 des Taricco II-Urteils; ebenso *Amalfitano/Pollicino*, Verfassungsblog vom 5.6.2018.

1714 Siehe auch *Peristeridou/Ouwerkerk*, Verfassungsblog vom 12.12.2017.

1715 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 61 (und Rn. 42 zum Umfang der Verpflichtung des Gesetzgebers). Kritisch *Burchardt*, EuR 2018, 248 (250 f., 255 ff.).

1716 Näher Corte costituzionale, Urteil vom 10.4.2018, Nr. 115, EuGRZ 2018, 685 (689, 691 f.). Siehe auch *Staffler*, EuGRZ 2018, 613 (617), der darauf hinweist, dass daher auch der Erlass der in Fn. 1706 erwähnten Richtlinie nichts daran ändert, dass die Taricco-Regel im italienischen Recht nicht anwendbar ist.

Taricco-Regel kann daher im italienischen Rechtsraum unabhängig davon keine Anwendung finden, ob sich der Sachverhalt vor oder nach dem 8.9.2015 abgespielt hat.¹⁷¹⁷

2. Einordnung des Taricco II-Urteils in die (bisherige) Systematik des Grundrechtsschutzes

Die Einordnung des Taricco II-Urteils bereitet Schwierigkeiten und fällt in der Literatur dementsprechend unterschiedlich aus. Positiv hervorgehoben wird dort das Bemühen des Gerichtshofs um Zusammenarbeit mit nationalen Akteuren durch die Betonung gemeinsamer Verfassungstraditionen und die gemeinsame Betrachtung von Grundrechten und grundlegenden Prinzipien, was das Taricco II-Urteil sowohl von den Schlussanträgen von Generalanwalt Bot als auch dem Taricco I-Urteil unterscheidet.¹⁷¹⁸ Die Rede ist von einem „Friedensangebot“ bzw. „Kooperationsangebot“.¹⁷¹⁹ Als Zeichen der Schwäche wird dagegen gewertet, dass der EuGH dem Druck eines nationalen Gerichts mit der Folge nachgegeben habe, dass nun ein nationaler Grundrechtsstandard primärrechtlichen Anforderungen entgegengehalten werden könne, die daher trotz ihrer formalen Aufrechterhaltung von den nationalen Gerichten nicht beachtet werden müssten.¹⁷²⁰

Auch wenn man das diplomatische Geschick des EuGH hervorhebt, dem es gelungen sei, die Taricco-Konstellation nicht als Ringen zwischen Vorrang und nationaler Identität um das letzte Wort darzustellen¹⁷²¹, so ist doch das Bild, das er stattdessen zeichnet, kein wirklich zufriedenstellendes, da die Folgen für den Vorrang des Unionsrechts alles andere als eindeutig sind.

Zum Problemkreis der mangelnden Bestimmtheit näher *Meyer*, JZ 2018, 304 (308); *GA Bobek*, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (*Dzivev u.a.*), Rn. 103 ff.; *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1545); *Staffler*, EuGRZ 2018, 613 (619).

1717 *Amalfitano/Pollicino*, Verfassungsblog vom 5.6.2018, weisen zu Recht darauf hin, dass der italienische Verfassungsgerichtshof Art. 325 AEUV auf diese Weise letztlich unmittelbare Wirkung abspricht.

1718 *Fichera*, EU Law Analysis, Blog vom 7.12.2017, bezeichnet dies als „‘primacy’ mindframe“, im Gegensatz zum früheren „‘supremacy’ mindframe“.

1719 *Klein*, DÖV 2018, 605 (609).

1720 *Dubout*, RTDEur. 2018, 563 (564 ff.): „davantage comme un renoncement qu’un simple revirement“.

1721 Lobend *Budinska/Vikarska*, EU Law Analysis, Blog vom 7.12.2017.

a) Bestimmung des Verhältnisses der Grundrechtsebenen

Um die Auswirkungen des Taricco II-Urteils auf den Vorrang des Unionsrechts bestimmen zu können, bedarf es seiner Einordnung in den Gesamtzusammenhang des auf Unionsebene und in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gewährten Grundrechtsschutzes. Dazu sind die vom Gerichtshof entwickelten Leitlinien zur Anwendbarkeit eines nationalen Grundrechtsschutzniveaus in den Blick zu nehmen, die allerdings kein ganz klares Bild des Verhältnisses der Grundrechtsebenen ergeben.

Dass Art. 51 I 1 GRCh keine Aussage zur Frage der Verdrängung der nationalen Grundrechte bei der Durchführung von Unionsrecht zu entnehmen ist, ergibt sich bereits aus seinem Regelungsgehalt, der sich mit der Frage der Anwendbarkeit der Grundrechtecharta und nicht mit ihrem Verhältnis zu nationalen Grundrechten befasst.¹⁷²² Insoweit gilt nach Auffassung des Gerichtshofs, dass die Anwendbarkeit des Unionsrechts die Anwendbarkeit der Chartagrundrechte nach sich zieht.¹⁷²³ Da Unionsrecht auch dann durchgeführt wird, wenn mitgliedstaatliche Spielräume bestehen¹⁷²⁴, ist die Determinierung der Rechtslage durch Unionsrecht für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte (anders als im Rahmen der Frage nach dem den nationalen Grundrechten verbleibenden Anwendungsbereich) nicht entscheidend.¹⁷²⁵

Führt eine nationale Vorschrift oder Maßnahme das Unionsrecht im Sinne von Art. 51 I GRCh durch, können nationale Grundrechtsstandards zur Anwendung kommen, wenn das Handeln des Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird und sofern durch deren Anwendung „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“.¹⁷²⁶ Die Anwendung eines nationalen Schutzstandards durch ein nationales Gericht steht also u.a. unter der Bedingung, dass dadurch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit

1722 Siehe nur *Kirchhof*, NVwZ 2014, 1537 (1538).

1723 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 20 f.

1724 In diesem Sinne GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 22.9.2011 in der Rs. C-411/10 (N.S.), Rn. 82 im Hinblick auf Entscheidungen, die Mitgliedstaaten auf der Grundlage des ihnen im Rahmen einer Unionsregelung zustehenden Ermessens treffen.

1725 *Franzius*, ZaöRV 75 (2015), 383 (386, 393 f.).

1726 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 29 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 60.

des Unionsrechts nicht beeinträchtigt werden¹⁷²⁷, wobei diese vom Gerichtshof formulierten Grenzen der Anwendung nationaler Grundrechtsgewährleistungen nicht wörtlich genommen werden können, da eine Zulassung nationaler Grundrechtsstandards zwangsläufig zu einer uneinheitlichen Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten führt.¹⁷²⁸

Festzuhalten bleibt, dass mit der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte keine generelle Verdrängung nationaler Grundrechte einhergeht, die Befugnis der Mitgliedstaaten zur parallelen Anwendung ihrer nationalen Grundrechte aber jedenfalls unionsrechtlich eingehegt ist.¹⁷²⁹ Die Anwendung eines nationalen Schutzstandards kommt nur in Betracht, soweit etwa die Bestimmungen einer Richtlinie keine vollständige Harmonisierung bewirken. Die im nationalen Recht belassenen Umsetzungsspielräume, die eine Anwendung nationaler Grundrechtsstandards ermöglichen, müssen sich daher auf den durch die Richtlinienbestimmungen bewirkten Harmonisierungsgrad beziehen.¹⁷³⁰ Eine durch Unionsrecht vollständig bestimmte Konstellation und eine solche mit mitgliedstaatlichen Spielräumen sind demnach unterschiedlich zu behandeln.¹⁷³¹

Von der Determinierung einer Fallgestaltung durch Unionsrecht hängt demnach ab, ob die Charta gemeinsamer Höchststandard¹⁷³² oder unionsrechtlicher Mindeststandard ist. Bei fehlender Harmonisierung gilt für den den Mitgliedstaaten belassenen Spielraum der (strengere) nationale

1727 Siehe aus jüngerer Zeit nur EuGH, Urteil vom 5.6.2018, Rs. C-612/15 (Kolev u.a.), Rn. 75 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 47.

1728 GA Bobek, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (Dzivev u.a.), Rn. 90 f. Zu den mit der Wertungsoffenheit des Kriteriums der Gefährdung des Vorrangs bzw. der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtcharta verbundenen Problemen und möglichen Lösungen siehe etwa Riemer, Investitionspflichten, 2017, S. 443 f.; siehe auch Ohler, NVwZ 2013, 1433 (1437 f.); Thym, NVwZ 2013, 889 (895 f.).

1729 EuGH, Urteil vom 11.9.2014, Rs. C-112/13 (A), Rn. 44.

1730 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-476/17 (Pelham u.a.), Rn. 81.

1731 Vgl. GA Bobek, Schlussanträge vom 7.9.2017 in der Rs. C-298/16 (Ispas), Rn. 62, der allerdings einen „erheblichen“ Spielraum der Mitgliedstaaten fordert, während der EuGH lediglich verlangt, dass das Handeln der Mitgliedstaaten nicht vollständig durch Unionsrecht bestimmt wird, vgl. etwa EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 29. Siehe auch Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRCh, Rn. 10.

1732 Unionsgrundrechte sind daher „in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich Vollgrundrechtsordnung“, Britz, EuGRZ 2015, 275 (276).

Schutzstandard. An ihm kann das nationale, nicht aber das unionale Handeln gemessen werden.¹⁷³³

Eine unionsrechtliche Verpflichtung kann der Mitgliedstaat damit nicht unter Verweis auf den Grundrechtsschutz nach nationalem Recht abwehren.¹⁷³⁴ Verpflichtet das Unionsrecht dagegen nicht zu einem bestimmten Ergebnis, steht dieses der Anwendung nationaler Grundrechte neben der Charta nicht grundsätzlich entgegen.¹⁷³⁵

Zu einer Verdrängung der nationalen Grundrechte kommt es in dem Fall, in dem der Anwendungsvorrang des zwingenden Unionsrechts außerhalb der Grundrechte beeinträchtigt zu werden droht.¹⁷³⁶ Hier sind Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts gefährdet, wenn die Grundrechte im Unions- und nationalen Recht einen unterschiedlichen Gehalt aufweisen.¹⁷³⁷ Ob nationale Grundrechte Sekundärrecht widersprechen¹⁷³⁸ oder gegen eine primärrechtliche Bestimmung wie Art. 325 AEUV verstoßen, ist dabei nicht entscheidend.

Der unionale Schutzstandard kann sich daher auch gegenüber einem höheren nationalen Schutzstandard durchsetzen.¹⁷³⁹ Beispielhaft ist insbesondere das Urteil in der Rechtssache Melloni, in dem der Gerichtshof die Anwendung eines nationalen Grundrechtsstandards ausgeschlossen hat, da Art. 4a I des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI¹⁷⁴⁰ die Ausnahmen von

1733 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (*Dzivev u.a.*), Rn. 92 ff.

1734 Ist eine mitgliedstaatliche Maßnahme unionsrechtlich untersagt, wird die Wirksamkeit des Unionsrechts dagegen jedenfalls nicht abgeschwächt, wenn diese Maßnahme auch wegen Verstoßes gegen nationale Grundrechte beseitigt wird, so *Stelkens*, in: FS Wendt, 2015, S. 467 (471 ff.); siehe auch *Britz*, EuGRZ 2015, 275 (277).

1735 *Thym*, JZ 2015, 53 (55).

1736 *Jarass*, EuR 2013, 29 (37 f.); siehe auch *Honer*, JuS-Extra 2017, 21 (25, 27) und *Klein*, DÖV 2018, 605 (606).

1737 Siehe *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (410) mit Blick auf die „einheitliche Durchsetzung und Sanktionierung des Mehrwertsteueranspruchs“.

1738 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 109.

1739 Um ein zu weites Ausgreifen der Grundrechtecharta zu vermeiden, ist deren Anwendbarkeit auf mitgliedstaatliches Handeln nicht zu großzügig zu bestimmen, siehe *Riemer*, Investitionspflichten, 2017, S. 430. Der EuGH scheint dem inzwischen Rechnung zu tragen, vgl. EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 16 ff. und EuGH, Urteil vom 30.4.2014, Rs. C-390/12 (*Pfleger u.a.*), Rn. 31 ff. einerseits sowie EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-198/13 (*Julián Hernández u.a.*), Rn. 36 andererseits.

1740 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaa-

der Verpflichtung zur Auslieferung bei Verurteilungen in Abwesenheit abschließend regelt.¹⁷⁴¹ Hier ist eine Abwägung zwischen unionsrechtlichen Interessen und Grundrechtsschutz – zwischen den Rechten des in Abwesenheit Verurteilten und der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen – auf europäischer Ebene bereits erfolgt, die nicht durch die Anwendung eines nationalen Grundrechtsstandards konterkariert werden darf.¹⁷⁴² Die Möglichkeit, auf der Grundlage einer nationalen Rechtsvorschrift einen zusätzlichen Grund für die Nichtvollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zu schaffen und für dieses Ansinnen Art. 53 GRCh fruchtbar zu machen, besteht daher nicht, da dies dem Vorrang des Unionsrechts widerspräche.¹⁷⁴³

Vor dem Hintergrund, dass nationale Grundrechte nur zur Anwendung kommen können, wenn der Vorrang des Unionsrechts sichergestellt ist, begründet Art. 53 GRCh keine Ausnahme vom Vorrang.¹⁷⁴⁴ Art. 53 GRCh wird vom Gerichtshof vielmehr zugunsten des Vorrangs ausgelegt, was im Konfliktfall die Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte begründet.¹⁷⁴⁵ Über die Lösung eines solchen Konfliktfalls entscheidet der Gerichtshof.¹⁷⁴⁶

Die parallele Anwendung nationaler Grundrechte steht damit unter den beiden Vorbehalten, dass weder das Schutzniveau der Charta noch Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden. Während im unionsrechtlich harmonisierten Bereich selbst höhere nationale Grundrechtsstandards bereits überhaupt nicht anwendbar sind, müssen Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts auch in

ten (ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1) in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 (ABl. L 81 vom 27.3.2009, S. 24) geänderten Fassung.

1741 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 60.

1742 *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (24 f.).

1743 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 58 f.; GA *Bobek*, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (Dzivev u.a.), Rn. 86 ff.; *Lenaerts*, in: European Court of Human Rights, Dialogue between judges, 2018, S. 57 (62).

1744 *Franzius*, ZaöRV 75 (2015), 383 (388, 395 f., 399); *Jarass*, GRCh-Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 53 GRCh, Rn. 25, 27.

1745 *Klein*, DÖV 2018, 605 (609); *Franzius*, ZaöRV 75 (2015), 383 (394). In multipoligen Grundrechtsbeziehungen ist die Anwendbarkeit des Art. 53 GRCh strittig. Sie sollte aber dann zum Tragen kommen, wenn die Mitgliedstaaten selbst eine Balance zwischen den betroffenen Schutzgütern herstellen dürfen, *Franzius*, ZaöRV 75 (2015), 383 (396). Kritisch zur Unterscheidbarkeit von bi- und multipolaren Konstellationen *Kingreen*, JZ 2013, 801 (808).

1746 *Thym*, NVwZ 2013, 889 (895).

nicht harmonisierten Bereichen, wo nationale Grundrechte zur Anwendung kommen können, beachtet werden.¹⁷⁴⁷ Der Vorrang spielt also nicht nur beim zur Vollharmonisierung führenden Eingreifen des Unionsgesetzgebers eine Rolle.¹⁷⁴⁸ Die Anwendung nationaler Grundrechtsstandards kann den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts auch dann beeinträchtigen, wenn die nationale Maßnahme nicht vollständig durch Unionsrecht determiniert ist.¹⁷⁴⁹

b) Anwendung des Art. 53 GRCh?

Der italienische Verfassungsgerichtshof meint, in der Taricco-Konstellation ein Eingreifen des Art. 53 GRCh mit der Überlegung begründen zu können, dass die materiellrechtliche Einordnung der Verjährungsregeln einen höheren Schutz als Art. 49 GRCh (und Art. 7 EMRK) gewähre.¹⁷⁵⁰ Hierfür macht er geltend, dass der EuGH im Taricco I-Urteil zwar die Anwendbarkeit von Art. 49 GRCh verneint habe, nicht aber die Anwendbarkeit für den Angeklagten günstigerer nationaler Grundrechte.¹⁷⁵¹

Bei der Einordnung des Taricco II-Urteils fällt auf, dass der Gerichtshof keinen ausdrücklichen Bezug zu Art. 53 GRCh herstellt. Dabei hätte es ihm insbesondere durch Bezugnahme auf diese Bestimmung gelingen können, einen unionsrechtlichen Ansatzpunkt für eine grundrechtliche Vielfalt zu finden, indem er etwa den Vorrang des Unionsrechts selbst

1747 Burchardt, EuR 2018, 248 (253 f.; siehe insbesondere auch Fn. 16).

1748 Siehe GA Bot, Schlussanträge vom 18.7.2017 in der Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 163 im Anschluss an die Feststellung, dass es auf Unionsebene an einer gemeinsamen Definition der Tragweite des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes und seines Schutzzumfangs im Hinblick auf Verjährungsregeln fehlt: „Die Mitgliedstaaten verfügen deshalb grundsätzlich über einen größeren Spielraum für die Anwendung eines höheren Schutzstandards, jedoch unter der Voraussetzung, dass dieser den Vorrang und die Effektivität des Unionsrechts gewährleistet.“ Thym, NVwZ 2013, 889 (891 f.) nimmt dagegen bei „nur begrenzt“ determinierten Konstellationen einen noch weitergehenden „Freiraum zur nationalen Gestaltung“ an.

1749 Eine andere Einordnung nimmt Rauegger, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1531 f.) vor.

1750 Ablehnend GA Bot, Schlussanträge vom 18.7.2017 in der Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 144 ff.

1751 Corte costituzionale, Vorlagebeschluss 24/2017 vom 26.1.2017, S. 8 f.

im Lichte des Art. 53 GRCh restriktiv ausgelegt hätte.¹⁷⁵² Demgegenüber stützt sich der Gerichtshof auf die „gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten“¹⁷⁵³, deren Bedeutung sich im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht ganz erschließt, da sie hier gerade nicht, wie sonst üblich, auf Vereinheitlichung angelegt sind, sondern die unterschiedliche (verfahrens- bzw. materiellrechtliche) Einordnung der Verjährungsregeln im Unions- und nationalen Recht in Rede steht.¹⁷⁵⁴

Erst im Nachgang des Urteils ordnet Lenaerts das Taricco II-Urteil in einen Zusammenhang mit Art. 53 GRCh ein. Demnach handelt es sich bei ihm um eine konsequente Fortschreibung der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorgesehenen Abschtung der Grundrechtssphären.¹⁷⁵⁵ Vor dem Hintergrund, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung mit Art. 53 GRCh unterblieben ist, überzeugt es allerdings nicht, dem Urteil eine Aussage zuzuschreiben, die dieses nicht ausdrücklich enthält.¹⁷⁵⁶

Der Bezug zu Art. 53 GRCh ist lediglich ein impliziter: Der Verweis des Gerichtshofs in Rn. 47 des Taricco II-Urteils auf diejenige Passage des Åkerberg Fransson-Urteils (und damit auch die dort zitierte Randnummer des Melloni-Urteils), nach der die Möglichkeit der Anwendung nationaler Schutzstandards für die Grundrechte eröffnet ist, wenn dadurch weder das Schutzniveau der Charta noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden, erfolgt unmittelbar im Anschluss an die Feststellung der Bedeutung der Grundrechte in Rn. 46, in der der Gerichtshof feststellt, dass bei der Nichtanwendung der Vorschriften des italienischen Strafgesetzbuchs die Grundrechte zu beachten seien. Da Rn. 47 mit dem Wort „dabei“ („in that respect“) eingeleitet wird, sollen die darin erfolgenden Ausführungen Rn. 46 näher erläutern. In Rn. 48 heißt es dann, dass „insbesondere“ die Rechte aus dem strafrechtlichen Legalitätsgrundsatz zu wahren seien. Auch Rn. 48 setzt sich also mit der

1752 Klein, DÖV 2018, 605 (609 f.); siehe auch den Hinweis von Lenaerts, EuR 2012, 3 (15) auf Art. 53 GRCh als „Ausdruck eines Verfassungspluralismus“.

1753 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 53.

1754 Siehe in diesem Zusammenhang auch GA Cruz Villalón, Schlussanträge vom 14.1.2015 in der Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), Rn. 61, der betont, dass die „gemeinsamen Verfassungstraditionen“ der Mitgliedstaaten auch die Identität der Union prägen, sodass die Verfassungsidentität der Union und der Mitgliedstaaten nicht „astronomisch weit entfernt“ voneinander sind, sondern sich mittel- und langfristig im Grundsatz annähern.

1755 Lenaerts, in: European Court of Human Rights, Dialogue between judges, 2018, S. 57 (61 ff.).

1756 Insoweit kritisch auch Dubout, RTDEur. 2018, 563 (576 ff.).

zuvor getroffenen Aussage näher auseinander. Dieser vom Gerichtshof hergestellte Zusammenhang lässt zumindest darauf schließen, dass er jedenfalls keine Abkehr von seiner Melloni-Rechtsprechung beabsichtigte. Hierfür spricht auch der fehlende Verweis auf Art. 53 GRCh selbst.¹⁷⁵⁷

Der EuGH nimmt die Åkerberg Fransson- (und Melloni-) Rechtsprechung in Bezug, nachdem er auf die fehlende unionsrechtliche Harmonisierung der Verjährungsregeln bei Strafverfahren wegen Mehrwertsteuerbetrugs, die die finanziellen Interessen der EU berühren, verwiesen hatte. Diese fehlende sekundärrechtliche Harmonisierung war für ihn mitentscheidend für die Befugnis der nationalen Gerichte zur Anwendung des nationalen Grundrechtsstandards. Auch wenn Art. 325 AEUV¹⁷⁵⁸ nach den Feststellungen des EuGH im Taricco I-Urteil eine Verpflichtung zur Nichtanwendung der nationalen Verjährungsregeln enthält, die zur Strafflosigkeit von schwerem Mehrwertsteuerbetrug in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen führen, und unmittelbar anwendbar ist¹⁷⁵⁹, geht der Gerichtshof also nicht von einer vollständigen Determinierung der italienischen Verjährungsregeln durch Unionsrecht aus.¹⁷⁶⁰ Dass in der Taricco-Konstellation anders als in der Melloni-Konstellation eine Anwendung nationaler Grundrechtsstandards möglich ist, liegt daher in der jeweils unterschiedlichen Ausgangslage begründet.¹⁷⁶¹

Nach Auffassung des Gerichtshofs werden Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts in der Taricco-Konstellation demnach nicht beeinträchtigt.¹⁷⁶² Nach dieser Lesart lässt sich das Taricco II-Urteil als

1757 Siehe *Di Francesco Maesa*, eucrim 2018, 50 (53 mit Fn. 43 und 44), die auf diesen sprachlichen Zusammenhang verweist, dabei aber Rn. 47 und 48 des Urteils vermischt.

1758 Die unterbliebene Festlegung gemeinsamer Standards durch den Unionsgesetzgeber hatte zur Folge gehabt, dass der Gerichtshof mit Art. 325 AEUV eine Vorschrift des Primärrechts heranziehen musste.

1759 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 47–49.

1760 *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1532 ff.).

1761 So *Di Francesco Maesa*, eucrim 2018, 50 (54) unter Verweis auf *Peristeridou/Ouwkerk*, Verfassungsblog vom 12.12.2017. Neben der unionsrechtlichen Harmonisierung lag der Melloni-Konstellation auch ein grenzüberschreitendes Element zugrunde, das auf dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten aufbaut, der für die Wirksamkeit des Europäischen Haftbefehls einen einheitlichen Schutzstandard erfordert, siehe *Dubout*, RTDEur. 2018, 563 (576 ff.); *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1534, 1545).

1762 Jedenfalls stellen die einschränkenden Kriterien für den Gerichtshof kein Hindernis für die Anwendung des nationalen Grundrechtsverständnisses dar. *Bassini/Pollicino*, Verfassungsblog vom 5.12.2017, sprechen davon, dass dem

Anwendungsfall bekannter Rechtsprechungslinien darstellen.¹⁷⁶³ Die Achtung von Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts erlangt insoweit Bedeutung, als sie ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangt.¹⁷⁶⁴

3. Nationaler Grundrechtsstandard als Grenze des Vorrangs?

Jedenfalls überraschen muss dann allerdings, dass in der Literatur auch im Taricco I-Urteil eine Fortschreibung der bisherigen Systematik des Grundrechtsschutzes erblickt wird.¹⁷⁶⁵ Die dort getroffene Feststellung des Gerichtshofs, dass die vom italienischen Recht vorgesehenen Maßnahmen zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten rechtswidrigen Handlungen nicht wirksam und abschreckend sind, wenn sie in einer Vielzahl von Fällen zu Straffreiheit führen¹⁷⁶⁶, hatte gezeigt, dass das italienische Recht Vorrang und Effektivität des Unionsrechts zu beeinträchtigen droht. Vor diesem Hintergrund hatte der Gerichtshof eine Verpflichtung zur Nichtanwendung des italienischen Rechts aufgestellt, sodass der italienische Grundrechtsschutz auf den unionsrechtlichen Mindeststandard hinsichtlich des Legalitätsprinzips abzusenken war. Diese Feststellung lässt dann doch Auswirkungen des Taricco II-Urteils auf den Vorrang des Unionsrechts vermuten. Sie sind an dieser Stelle noch näher zu betrachten.

Der EuGH legt letztlich nicht offen, was genau er im Taricco II-Urteil den aus Art. 325 AEUV folgenden Verpflichtungen entgegengestellt hat. Wäre dies ein unionsrechtliches Verständnis des Legalitätsgrundsatzes, hätte er eine Abschwächung des Vorrangs des Unionsrechts im Verhältnis zum nationalen Recht vermieden, da es der Unionsrechtsordnung selbst inhärent wäre.¹⁷⁶⁷ Die verfassungsrechtlichen Erwägungen der Corte costituzionale wären in diesem Fall in unionsrechtsinterne Erwägungen

formalen Verweis auf die einschränkenden Kriterien durch die nachfolgenden Urteilstelle inhaltlich widersprochen werde.

1763 *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1531 f.). *Sarmiento*, Despite our Differences, Blog vom 5.12.2017, meint, der EuGH nehme eine vernünftige Anwendung der Melloni-Kriterien vor.

1764 *Lenaerts*, in: European Court of Human Rights, Dialogue between judges, 2018, S. 57 (63). Dem Vorrang, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts kann damit auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen werden.

1765 *Timmerman*, CMLRev. 53 (2016), 779 (780, 792, 794 f.).

1766 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (*Taricco* u.a.), Rn. 47.

1767 In diesem Sinne *Bassini/Pollicino*, Verfassungsblog vom 5.12.2017.

transformiert worden und zu einer Frage der Interpretation der Grundrechtecharta geworden, also gewissermaßen von Art. 49 GRCh absorbiert worden.¹⁷⁶⁸ Eine Grenze des Vorrangs von Art. 325 AEUV in der Achtung der Grundrechte innerhalb des Unionsrechts zu ziehen, entspräche seiner Abwägbarkeit mit unionsrechtlichen Grundrechten und Grundsätzen.¹⁷⁶⁹

Eine solche Argumentation übersieht aber, dass der Gerichtshof keine Auslegung des Legalitätsgrundsatzes aus Art. 49 GRCh vorgenommen hat, die der Verpflichtung aus Art. 325 AEUV entgegensteht. Da kein Konflikt zwischen Art. 325 AEUV und Art. 49 GRCh besteht, kann der Gerichtshof auch keinen Ausgleich zwischen beiden Vorschriften hergestellt haben.¹⁷⁷⁰ Da es nicht entscheidend auf die im Unionsrecht anerkannte Bedeutung des Legalitätsgrundsatzes ankommt und daher keine unionsinterne Abwägung erfolgt, zeigt sich im Übrigen, dass dem Vorgehen des Gerichtshofs eine andere Konstruktion als der Winner Wetten-Konstellation zugrunde liegt, sodass diese beiden Ansätze nicht miteinander vergleichbar sind.¹⁷⁷¹

Die Ausführungen des Gerichtshofs deuten daher darauf hin, dass er den Vorrang durch die Zulassung einer Anwendung nationaler Grundrechte gegenüber der Verpflichtung aus Art. 325 AEUV im Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht abgeschwächt hat.¹⁷⁷² Ob dieser Eindruck täuscht oder nicht, muss näher untersucht werden.

Der Gerichtshof stellt in seinem Taricco II-Urteil entscheidend auf seine im Taricco I-Urteil getroffene Aussage ab, wonach die Grundrechte der betreffenden Personen bei der Nichtanwendung des nationalen Rechts zu beachten seien.¹⁷⁷³ Was im Unklaren bleibt, ist allerdings der genaue Verlauf der Argumentationskette des EuGH.

Zunächst ist festzuhalten, dass er am Vorrang auch des Art. 325 AEUV festhält und die italienischen Verjährungsregeln mit Art. 325 AEUV für unvereinbar erklärt.¹⁷⁷⁴ Insoweit vollzieht der Gerichtshof also keine Abkehr von der im Taricco I-Urteil aufgestellten Aussage, was es nahe legt, im Taricco II-Urteil lediglich eine Nuancierung seines ursprünglichen An-

1768 Meyer, JZ 2018, 304 (306) spricht von einer „Internalisierung des Konflikts“.

1769 Pilz, NJW 2018, 221.

1770 Überzeugend Di Francesco Maesa, eucrim 2018, 50 (53).

1771 Siehe auch Rauegger, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1535 ff.).

1772 Dubout, RTDEur. 2018, 563 (567 ff.) sieht im Taricco II-Urteil daher den „acte officiel de décès“ des Vorrangs.

1773 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 46 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 53.

1774 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 30 ff., 40.

satzes zu sehen.¹⁷⁷⁵ Die Aussage des Gerichtshofs, dass ihm die italienische Problematik bei der Entscheidung des Taricco I-Verfahrens nicht bekannt gewesen sei¹⁷⁷⁶, untermauert die These, dass er seine Rechtsprechung lediglich präzisieren und so einen unvorhergesehenen Konflikt vermeiden wollte.¹⁷⁷⁷

In seinem Taricco I-Urteil hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass durch die Nichtanwendung der italienischen Verjährungsregeln hinsichtlich vor der Verkündung des Taricco I-Urteils begangener Straftaten rückwirkend strengere Strafbarkeitsbedingungen gelten könnten als zur Zeit der Begehung der Taten beachtet werden mussten.¹⁷⁷⁸ Da er dies als unbedenklich einstuft¹⁷⁷⁹, bezieht er sich dort auf das unionsrechtliche Verständnis des Legalitätsprinzips. Wenn er dann aber im Taricco II-Urteil abermals darauf zu sprechen kommt¹⁷⁸⁰, schwingt das italienische Verständnis des Legalitätsgrundsatzes unverkennbar mit.¹⁷⁸¹

Indem der EuGH die nationalen Gerichte auffordert, die Anforderungen der Vorhersehbarkeit, Bestimmtheit und Nichtrückwirkung, die dem Legalitätsprinzip innewohnen und sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergeben, zu beachten, weist er sie gewissermaßen an, die Anforderungen der Charta auf Verjährungsregeln anzuwenden.¹⁷⁸² Hierin eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Charta auf Verjährungsregeln zu erblicken, würde allerdings vor dem Hintergrund des Taricco I-Urteils, in dem der Gerichtshof eine Anwendung des Art. 49 GRCh auf Verjährungsregeln gerade verneint hat, nicht überzeugen. Lenaerts erklärt das Vorgehen des Gerichtshofs daher damit, dass Art. 49 GRCh in den Mitgliedstaaten, die die Verjährung materiellrechtlich einordnen, beachtet werden müsse. Nach dieser Vorstellung besteht keine Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Nichtanwendung der nationalen Verjährungsregeln, wenn

1775 So auch *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1540). *Sarmiento*, Despite our Differences, Blog vom 5.12.2017, spricht davon, dass das Taricco I-Urteil um eine zusätzliche Schicht ergänzt werde.

1776 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 28.

1777 Auf diese Aussage des Gerichtshofs weist auch *Dubout*, RTDEur. 2018, 563 (568) hin. Vor ihrem Hintergrund sieht auch *Amoroso*, IYIL 27 (2018), 452 (458 f.) das Taricco II-Urteil als „bloße Klarstellung“ an.

1778 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 53.

1779 EuGH, Urteil vom 8.9.2015, Rs. C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 55 ff.

1780 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 60.

1781 *Klein*, DÖV 2018, 605 (609 und Fn. 43).

1782 *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1537 ff.).

die Verpflichtung hierzu mit Art. 49 GRCh unvereinbar ist.¹⁷⁸³ Dessen Anwendung würde sich demnach akzessorisch nach mitgliedstaatlichem Recht richten.¹⁷⁸⁴

Eine solche Einschätzung ist nur möglich, da der Gerichtshof eine klare Unterscheidung zwischen dem jeweils unterschiedlichen Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes nach nationalem Recht bzw. Unionsrecht unterlässt, was wohl damit zusammenhängt, dass die Elemente der Bestimmtheit, Vorhersehbarkeit und Nichtrückwirkung abstrakt einheitlich zu verstehen sind. Nicht übersehen werden darf aber, dass damit noch nicht gesagt ist, worauf sich diese Elemente beziehen, was also bestimmt, vorhersehbar, nichtrückwirkend sein muss. Die Frage, ob Verjährungsregeln vom Legalitätsgrundsatz erfasst werden, wird ja gerade unterschiedlich beurteilt. Zu sagen, dass keine unterschiedliche Auslegung des Legalitätsgrundsatzes auf unionaler und nationaler Ebene bestehe, da nur seine Anwendbarkeit auf das Verjährungsrecht in Streit stehe¹⁷⁸⁵, bedeutete daher, eine Trennung des Legalitätsgrundsatzes von seinem Inhalt vorzunehmen. Nicht in Abrede gestellt werden kann, dass das nationale Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes zum Konflikt mit Art. 325 AEUV führt.¹⁷⁸⁶

Die Rücknahme der in Art. 325 AEUV enthaltenen unionsrechtlichen Verpflichtungen erfolgt angesichts der nationalen Grundrechtsgewährleistung.¹⁷⁸⁷ Auch wenn er dies nicht offenlegt, hat der Gerichtshof damit eine auf nationales Verfassungsrecht gründende Ausnahme vom Vorrang

1783 *Lenaerts*, in: European Court of Human Rights, Dialogue between judges, 2018, S. 57 (63).

1784 Im Falle der Harmonisierung einer Materie entscheidet dagegen etwa der unionsrechtliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung (und nicht eine Auslegung dieses Grundsatzes im nationalen Recht) darüber, welche Aspekte einer Steuer wie etwa der Mehrwertsteuer gesetzlich geregelt sein müssen, siehe EuGH, Urteil vom 8.5.2019, Rs. C-566/17 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego*), Rn. 41 f., siehe auch Rn. 44.

1785 *So Di Francesco Maesa*, eucrim 2018, 50 (54).

1786 Dazu näher *Burchardt*, Verfassungsblog vom 7.12.2017, die vom „Öffnen einer Büchse der Pandora“ spricht. In der Entscheidung zugunsten des nationalen Verfassungsrechts, ohne auf Art. 53 GRCh Bezug zu nehmen, erkennt sie die Grundlage für weitreichende Folgen für den Vorrang, sollte die vom EuGH eröffnete Möglichkeit auch für andere Verfassungsgrundsätze genutzt werden.

1787 *Klein*, DÖV 2018, 605 (607). Er weist darauf hin, dass es in der *Taricco*-Konstellation nicht um mehrpolige Rechtsverhältnisse geht. Zu deren Behandlung etwa *Jarass*, GRCh-Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 53 GRCh, Rn. 31 ff., wonach der Vorrang als Kollisionsregel greift; anders *Hwang*, EuR 2014, 400 (416 ff.).

des Unionsrechts – im konkreten Fall des Art. 325 AEUV – anerkannt.¹⁷⁸⁸ Trotz Fehlens eines Umsetzungsspielraums ist es den nationalen Gerichten gestattet, den Konflikt zwischen dem unmittelbar anwendbaren Art. 325 AEUV und den italienischen Verjährungsvorschriften zugunsten der nationalen Grundrechtsgewährleistung aufzulösen.¹⁷⁸⁹

Eine solche beachtliche Schwächung des Vorrangs gegenüber nationalem Verfassungsrecht hatte der Gerichtshof allerdings wohl kaum im Sinn. Das Ergebnis, zu dem er gelangt, ist daher eher Ausdruck und Ausfluss einer „kompromisshafte[n] Lösung“.¹⁷⁹⁰ In der Tat gelingt es dem Gerichtshof geschickt, durch die Betonung der vorrangigen Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers zur Änderung der Rechtslage eine direkte Konfrontation mit dem italienischen Verfassungsgerichtshof zu vermeiden.¹⁷⁹¹

Nicht zuletzt das vom Gerichtshof in Bezug genommene Urteil in der Rechtssache *Impresa Pizzarotti*¹⁷⁹² zeigt, dass der EuGH keine Begrenzung des Vorrangs im Sinn hatte. Dort wird nämlich die Bedeutung der Rechtskraft in der Unionsrechtsordnung und den nationalen Rechtsordnungen betont, was den EuGH zu der Aussage führt, dass nationale Verfahrensvorschriften, die zur Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung führen, nicht unangewendet bleiben müssen, obwohl durch deren Nichtanwendung „einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Situation abgeholfen werden könnte“¹⁷⁹³.

Dass der EuGH eine materiell unionsrechtswidrige nationale Sachlage im Angesicht nationaler Verfahrensregeln hinnimmt, kann nach den im Abschnitt zur Bedeutung der nationalen Verfahrensautonomie getroffenen Feststellungen nicht weiter überraschen.¹⁷⁹⁴ Dafür, dass es auch beim *Taricco II*-Urteil in erster Linie um eine Frage der nationalen Verfahrensau-

1788 *Burchardt*, EuR 2018, 248 (251 ff.).

1789 *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1535, 1546 f.).

1790 Siehe *Meyer*, JZ 2018, 304 (305).

1791 *Schmahl*, in: Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance*, 2019, S. 299 (305 f.).

1792 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 61 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), Rn. 58 und 59.

1793 EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), Rn. 59.

1794 Siehe *Thym*, Kommentar zum Verfassungsblogbeitrag von Burchardt vom 7.12.2017. Zur Bedeutung nationaler Verfahrensmodalitäten im Zusammenhang mit der zeitlichen Dimension der Rechtsprechung des Gerichtshofs siehe näher oben bei Fn. 1223 ff.

tonomie geht¹⁷⁹⁵, spricht in der Tat auf den ersten Blick, dass es sich beim Verjährungsrecht aus unionsrechtlicher Perspektive ja um einen verfahrensrechtlichen Aspekt handelt.¹⁷⁹⁶ Allerdings tritt dieses Verständnis in den Urteilsgründen kaum zutage. Zudem unterscheidet sich die hier in Rede stehende Konstellation dadurch von den „üblichen“ Fällen der Verfahrensautonomie, dass sich in ihr mit dem nationalen Verständnis des Legalitätsprinzips, das die Verjährung materiellrechtlich einordnet, materielles nationales Recht gegenüber materiellem Unionsrecht – Art. 325 AEUV – durchsetzt.¹⁷⁹⁷

Insbesondere ein Blick auf das im Anschluss an das Taricco II-Urteil ergangene Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Kolev zeigt, dass dessen Rechtsprechung zur Pflicht zur Nichtanwendung des nationalen Rechts bei Mehrwertsteuerstraftaten noch nicht endgültig gefestigt ist.

So betont der Gerichtshof in der Rechtssache Kolev einerseits erneut die vorrangige Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass aufgrund der anwendbaren Verfahrensvorschriften „aus ihnen selbst innewohnenden Gründen die systemische Gefahr besteht, dass solche Straftaten ungeahndet bleiben“ – bestimmte Vorschriften der bulgarischen Strafprozessordnung führen dazu, dass bei zollrechtlich relevanten Straftaten die Wirksamkeit der Strafverfolgung beeinträchtigt und die Ahndung der Taten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union verhindert wird, worin ein Verstoß gegen Art. 325 I AEUV liegt.¹⁷⁹⁸ Andererseits fordert der Gerichtshof die nationalen Gerichte aber auch dazu auf, die Regelungen so weit wie mög-

1795 Mit dem Verweis auf Verfahrensmodalitäten zur Umsetzung unionsrechtlicher Verpflichtungen ist auch eine Vergleichbarkeit mit EuGH, Urteil vom 30.5.2013, Rs. C-168/13 PPU (F.) angesprochen, vgl. *Dubout*, RTDEur. 2018, 563 (577 f.); *Peristeridou/Ouwerkerk*, Verfassungsblog vom 12.12.2017. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Rauchegger*, CMLRev. 55 (2018), 1521 (1535) und *Lenaerts*, in: European Court of Human Rights, Dialogue between judges, 2018, S. 57 (62). Verwiesen sei an dieser Stelle auch auf Corte costituzionale, Vorlagebeschluss 24/2017 vom 26.1.2017, S. 8 f. und ihren Vorschlag einer Abgrenzung von der Melloni-Fallgestaltung sowie den Hinweis auf die „außerhalb des Unionsrechts“ liegende Einordnung der Verjährungsregeln.

1796 Ganz in diesem Sinne bejaht etwa auch *Schmahl*, in: Breuer (Hrsg.), Principled Resistance, 2019, S. 299 (306) eine Vergleichbarkeit mit Fällen der Rechtskraft und ihren im Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz bestehenden Grenzen.

1797 Überzeugend *Burchardt*, EuR 2018, 248 (255 ff.).

1798 EuGH, Urteil vom 5.6.2018, Rs. C-612/15 (Kolev u.a.), Rn. 59 ff. Von unionsrechtlicher Relevanz ist der Fall, weil die Zölle des Gemeinsamen Zolltarifs zu den Eigenmitteln der Union zu rechnen sind.

lich im Lichte von Art. 325 I AEUV in der Auslegung durch den Gerichtshof auszulegen oder sie gegebenenfalls unangewendet zu lassen.¹⁷⁹⁹ Dass hierbei auch die Grundrechte der Betroffenen zu wahren sind, bedeute nicht, dass eine Einstellung des mit Verstößen gegen wesentliche Verfahrensregeln behafteten Strafverfahrens allein aus dem Grund in Betracht komme, dass das nationale Gericht hierin die für die Wahrung der Grundrechte „günstigste Lösung“ erblicke. Entscheidend stellt der Gerichtshof darauf ab, dass auch bei der in der Kolev-Konstellation möglichen Anwendung nationaler Grundrechtsstandards der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt werden dürften.¹⁸⁰⁰ Diesen Vorbehalt nimmt der Gerichtshof also durchaus weiter bzw. wieder ernst, weswegen den Ausführungen des Gerichtshofs im Kolev-Urteil zum Teil eine Rückkehr zur im Taricco I-Urteil vertretenen Auffassung zugeschrieben wird.¹⁸⁰¹

Die Aussagen des Gerichtshofs zur Pflicht der nationalen Gerichte zur Nichtanwendung des nationalen Rechts bei Mehrwertsteuerstraftaten bewegen sich also, wie Generalanwalt Bobek pointiert zusammenfasst, „von ‚ja, wenn es sich um eine beträchtliche Anzahl von Fällen handelt‘ (Taricco), zu ‚nein, da es Sache des nationalen Gesetzgebers ist, solche Systemfehler zu beheben‘ (M.A.S. und Scialdone), bis zu ‚nein, aber doch ja, wenn dies systemisch ist, sofern die Grundrechte des Angeklagten gewahrt werden‘ (Kolev)“¹⁸⁰², weswegen der Generalanwalt diese Rechtsprechung von „milde ausgedrückt, inneren Unstimmigkeiten“¹⁸⁰³ gekennzeichnet sieht. Auf eine solche Rechtsprechung sollte keine grundlegende Abkehr von bewährten Grundsätzen gestützt werden.

1799 EuGH, Urteil vom 5.6.2018, Rs. C-612/15 (Kolev u.a.), Rn. 65 zu den Pflichten des nationalen Gesetzgebers einerseits und Rn. 66 f. zu den Pflichten des vorlegenden Gerichts andererseits.

1800 EuGH, Urteil vom 5.6.2018, Rs. C-612/15 (Kolev u.a.), Rn. 68 ff. und Rn. 75 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 47. In Rede standen hier u.a. das Recht auf Unterrichtung über den Tatvorwurf und das Recht auf Zugang zur Verfahrensakte (Art. 48 II GRCh) sowie das Recht der Beschuldigten darauf, dass ihre Sache innerhalb angemessener Frist verhandelt wird (allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der in Art. 6 I EMRK und Art. 47 II GRCh niedergelegt ist).

1801 GA Bobek, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (Dzivev u.a.), Rn. 4.

1802 GA Bobek, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (Dzivev u.a.), Rn. 66.

1803 GA Bobek, Schlussanträge vom 25.7.2018 in der Rs. C-310/16 (Dzivev u.a.), Rn. 4.

4. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt demnach festzuhalten, dass der Gerichtshof im *Taricco* II-Urteil in der Sache den Vorrang des Art. 325 AEUV durch nationales Verfassungsrecht begrenzt hat. Die Urteilsgründe sind allerdings so formuliert, dass erkennbar wird, dass er dem Urteil ein solches Verständnis nicht beigelegt wissen möchte. Aus diesem Grund kann auf das *Taricco* II-Urteil auch kein allgemeiner Vorbehalt zugunsten nationalen Verfassungsrechts gestützt werden und damit auch nicht zugunsten in nationalen Grundrechten verankerter Vertrauensschutzerwägungen. An dieser Stelle ist also durch die Kontextualisierung des *Taricco* II-Urteils des EuGH einer Verallgemeinerung der von ihm getroffenen Aussagen vorzubeugen.¹⁸⁰⁴

VII. Zusammenfassung

Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, dass eine Suspendierung des Anwendungsvorrangs nur in Ausnahmefällen denkbar ist. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs eröffnet in engen Grenzen unter Berufung auf unionsrechtliche Interessen die Möglichkeit eines zeitlichen Aufschubs der Pflicht zur Befolgung der „eigentlich“ zu beachtenden unionsrechtlichen Vorgaben. Den Weg für eine Abwägung mit Vertrauen auf eine unionsrechtswidrige nationale Rechtslage ebnet der Gerichtshof allerdings nicht. Obwohl Vertrauen auf die nationale Rechtslage bei der Nichtanwendung des nationalen Rechts als Folge des Vorrangs stets enttäuscht wird, kann kein „nationaler Vertrauensschutz“ gewährt werden, da die *Defrenne*-Rechtsprechung insoweit eine abschließende Regelung trifft.

Dass der Gerichtshof in seinem *Taricco* II-Urteil letztlich keine Begrenzung des Vorrangs durch Anwendung nationaler Grundrechtsstandards vorgenommen hat, ergibt sich erst aus einer Betrachtung, die dieses Urteil in den Zusammenhang des „Dialogs“ mit dem italienischen Verfassungsgerichtshof stellt. Dadurch wird deutlich, dass der Gerichtshof einen Kompromiss gesucht und gefunden hat, der eine direkte Konfrontation mit

1804 Die Kontextualisierung von Gerichtsentscheidungen ist *Lepsius*, JZ 2015, 435 (441 ff.), *Lepsius*, JZ 2019, 793 ff. ein besonderes Anliegen; ganz ähnlich wie dieser *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 461 f., 465 ff., der aber auch deutlich auf die Grenzen dieses Konzepts hinweist. Wie oben bei und in Fn. 158 bereits erwähnt, entscheidet der EuGH bei der Auslegungsvorabentscheidung keine Einzelfälle, weswegen eine Verallgemeinerung seiner Aussagen grundsätzlich nichts Ungewöhnliches ist.

dem italienischen Verfassungsgerichtshof und eine Aktivierung der nach italienischem Recht bestehenden Integrationsgrenzen vermeiden sollte.

Die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu findenden Ansätze zur Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände sind auf verwaltungsrechtliche Sonderkonstellationen beschränkt. Für die etwa im Bereich der Rückforderung von Beihilfen mögliche Berufung auf den nationalen Rechtssicherheitsgrundsatz mag aus Sicht der Betroffenen zwar auch bei der Verdrängung nationaler Rechtsnormen Bedarf bestehen. Dennoch ist für weitergehenden Vertrauensschutz neben der Defrenne-Rechtsprechung kein Raum, um eine Erosion der Substanz des Vorrangs zu verhindern. Die Einschätzung des BAG in der Mangold/Honeywell-Konstellation, dass ihm dort angesichts der unterbliebenen zeitlichen Begrenzung im Mangold-Urteil des EuGH die Gewährung von „nationalem Vertrauensschutz“ verwehrt sei, wird damit bestätigt.

D. Mittelbar wirkendes Unionsrecht

I. Einführung

Wie bereits erwähnt, wird in weiten Teilen der Literatur und Rechtsprechung im Hinblick auf die Möglichkeiten der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände zwischen der Betroffenheit von unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht unterschieden.¹⁸⁰⁵ Mit dieser Differenzierung einher geht in aller Regel die Bejahung der Möglichkeit der Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ im letztgenannten Fall, während dessen Ausschluss bei unmittelbare Wirkung entfaltendem Unionsrecht in aller Regel anerkannt wird.¹⁸⁰⁶ Auch wenn in der Rechtsprechung zum Teil etwas ungenau von einer im Hinblick auf die Gewährung von Vertrauensschutz zu treffenden Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärrecht die Rede ist¹⁸⁰⁷, ist damit in der Sache ebenfalls die noch

1805 Auch Herrmann, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 39 bevorzugt den Begriff der „Wirkung“ im Vergleich zu dem der „Anwendbarkeit“. Grundsätzlich ablehnend gegenüber dem Begriff der „unmittelbaren Anwendbarkeit“ Funke, Umsetzungsrecht, 2010, S. 129, Fn. 47.

1806 Picker, ZTR 2009, 230 (235); Tillmanns, in: FS Buchner, 2009, S. 885 (894 f.); Wißmann, in: FS Bauer, 2010, S. 1161 (1165 ff.); Höpfner, ZfA 2010, 449 (482 ff.); siehe auch Benecke, RdA 2011, 241 (242); Bauer/Arnold, AP BURLG § 7 Nr. 39; Schlachter, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 31 (35 f.).

1807 BAG, Urteil vom 23.3.2010, 9 AZR 128/09, Rn. 80 – BAGE 134, 1.

näher zu untersuchende Unterscheidung von unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht gemeint.

Vereinzelte wird in der Rechtsprechung auch eine Differenzierung in die genau entgegengesetzte Richtung vorgenommen, wonach die Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ bei unmittelbar wirkendem Unionsrecht möglich sein soll, nicht aber im Falle der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts. Zutreffend ist an dieser Überlegung zwar, dass bei der richtlinienkonformen Auslegung an eine nationale Regelung anzuknüpfen ist, die im Hinblick auf eine Richtlinie und damit einen geschriebenen Unionsrechtsakt auszulegen ist, was Normunterworfenen grundsätzlich einen Anhaltspunkt für das zu erwartende Auslegungsergebnis liefert, während es im Gegensatz hierzu in der Mangold-Konstellation um die Unanwendbarkeit unionsrechtswidrigen nationalen Rechts im Hinblick auf ungeschriebenes bzw. in allgemeinen Grundsätzen bestehendes Primärrecht¹⁸⁰⁸ geht. Dies erschwert es für den Einzelnen in der Tat, die Unanwendbarkeit vorherzusehen.¹⁸⁰⁹ In einem solchen Fall besteht aber wie gesehen kein Raum für Vertrauen in die nationale Rechtslage, wenn der Gerichtshof eine Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung unterlassen hat. Die Unterscheidung zwischen unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht kann daher nicht herangezogen werden, um zu begründen, dass Vertrauensschutz im Falle der Unanwendbarkeit eines Gesetzes wegen Verstoßes gegen unmittelbar wirkendes und damit vorrangiges Primärrecht in Betracht komme und bei richtlinienkonformer Auslegbarkeit eines Gesetzes ausscheide.¹⁸¹⁰

Im Ausgangspunkt ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bislang nur bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht eine Begrenzung der *ex tunc*-Wirkung vorgenommen hat. Bei dessen Betroffenheit ist in aller Regel ausschließlich die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH für die Entscheidung eines Rechtsstreits ausschlaggebend. Das durch den EuGH offengelegte Verständnis des Unionsrechts kann angesichts des Anwendungsvorrangs in allen Mitgliedstaaten einheitlich zur Anwendung kommen. Dann erscheint es auch folgerichtig, allein den Gerichtshof darüber befinden zu lassen, ob eine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht in

1808 EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold), Rn. 77.

1809 Siehe in diesem Sinne LAG Düsseldorf, Beschluss vom 21.11.2007, 12 Sa 1311/07 – ZIP 2008, 1786 (1791).

1810 So aber LAG Düsseldorf, Urteil vom 2.2.2009, 12 Sa 486/06 – NZA-RR 2009, 242 (249). Höpfner, RdA 2013, 16 (27, Fn. 175) bezeichnet dies angesichts der „für den Mitgliedstaat weitaus einschneidenderen Unanwendbarkeit“ als „wenig nachvollziehbar“.

Frage kommt oder nicht.¹⁸¹¹ Bei mittelbar wirkendem Unionsrecht steht zwar auch die Auslegung des Unionsrechts nach einer Entscheidung des Gerichtshofs mit bindender Wirkung für alle Mitgliedstaaten fest. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob der Rechtsstreit auch in dem vom EuGH vorgegebenen Sinn entschieden werden kann. Denkbar ist etwa, dass eine den Vorgaben des EuGH entsprechende Auslegung des nationalen Rechts scheitert. In diesem Fall rücken die mitgliedstaatlichen Gerichte verstärkt in den Mittelpunkt, die dann mit dem Ausgleich der betroffenen Interessen konfrontiert sind.¹⁸¹²

Trotz dieser unterschiedlichen Ausgangslage erscheint nicht zuletzt angesichts der im Primärrecht verankerten Pflicht zur Richtlinienumsetzung eine Gleichbehandlung aller Kollisionslagen nicht ausgeschlossen.¹⁸¹³ Vor dem Hintergrund neuerer Entscheidungen von EuGH und Bundesverfassungsgericht ist daher zu klären, ob eine Differenzierung zwischen Verstößen gegen unmittelbar bzw. mittelbar wirkendes Unionsrecht tatsächlich angezeigt ist, ob die Trennlinien anderweitig verlaufen oder sämtliche Verstöße gegen Unionsrecht im Hinblick auf die Frage des Vertrauensschutzes einheitlich zu beurteilen sind. Eng damit verbunden ist die Frage, anhand welchen Maßstabs dieser zu beurteilen ist – eines unionsrechtlichen oder von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variierenden – und wie dieser Maßstab konkret beschaffen ist. Auch dies ist in die Überlegungen mit einzubeziehen.

Als wenig hilfreich erweist sich in diesem Zusammenhang eine derart allgemein gehaltene Aussage, wonach gegebenenfalls Vertrauensschutz durch eine zeitliche oder bereichsmäßige Beschränkung der Rückwirkung einer Rechtsfortbildung möglich sei, die sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene gewährt werden könne, wenn der gute Glaube der Bürger an die Fortdauer des bisherigen Rechtsverständnisses schutzwürdig

1811 Siehe auch *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (46).

1812 *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (46); *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237 (262). Dass mitgliedstaatliche Gerichte zur Lösung der sich in richtliniengeprägten Fallgestaltungen stellenden Probleme aufgerufen sind, folgt daraus, dass auch sie zur Richtlinienumsetzung verpflichtet sind, siehe nur EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Rn. 26. *Reimer*, JZ 2015, 910 (911 f., 919) möchte Art. 288 III AEUV dagegen nur eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten als solchen zur Richtlinienumsetzung entnehmen, nicht aber ihrer Organe.

1813 Siehe etwa *Temming*, ZESAR 2015, 298 (300). *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (371 mit Fn. 117) wendet dagegen qualitativ andere Wirkungen von unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht ein.

sei.¹⁸¹⁴ Den entscheidenden Fragen wird damit ausgewichen. Ebenso unbefriedigend erscheint es, wenn zwar gesagt wird, eine Vertrauensschutz ablehnende Sichtweise sei zu engherzig, und der EuGH deshalb aufgefordert wird, das nationale Interesse in seine Abwägung mit aufzunehmen und vorzusehen, dass sich dieses gegenüber unionsrechtlichen Interessen durchsetzen könne, es aber zugleich heißt, es solle im Rahmen einer Einschätzungsprärogative des nationalen Richters berücksichtigt werden dürfen.¹⁸¹⁵ Dann wird ebenso wenig klar, wer anhand welchen Maßstabs entscheiden soll.

II. Unterscheidung von unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht wegen ihrer unterschiedlichen Wirkungsweise?

Zu Beginn ist die Prämisse der in weiten Teilen der Literatur im Hinblick auf die Möglichkeit der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände getroffenen Unterscheidung zu hinterfragen. In Frage steht also die von ihnen zugrunde gelegte unterschiedliche Wirkungsweise von „unmittelbar“ und „mittelbar“ wirkendem Unionsrecht. Herauszuarbeiten ist, ob nicht doch gemeinsame Charakteristika gefunden werden können, die für eine Gleichbehandlung beider Kategorien von Unionsrecht auch in zeitlicher Hinsicht sprechen. Damit sind insbesondere das Verhältnis von Vorrang und unmittelbarer Wirkung sowie von unmittelbarer Wirkung und richtlinienkonformer Auslegung näher zu betrachten. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich hier kein gänzlich geschlossenes Bild.

1. Unmittelbare Geltung von Richtlinien

Im Winner Wetten-Urteil spricht der EuGH vom Vorrang des unmittelbar geltenden Unionsrechts und von der von einer unmittelbar geltenden Rechtsvorschrift der Union („directly-applicable rule of Union law“; „règle de droit de l'Union directement applicable“) ausgeübten Verdrängungswirkung.¹⁸¹⁶ Mit der unmittelbaren Geltung verwendet er ein Merkmal, von dem unsicher ist, ob es auch Richtlinien zukommt oder ob es ihnen abzusprechen ist. Um beurteilen zu können, ob der Gerichtshof mit seiner

1814 So aber in der Tat *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (14).

1815 *Temming*, ZESAR 2015, 298 (302).

1816 EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 67, 69.

Aussage Richtlinien vom Vorrang des Unionsrechts ausnehmen wollte, ist der Versuch zu unternehmen, für terminologische Klarheit zu sorgen.

Die Geltung einer Norm in einer Rechtsordnung ist der „Anspruch, beachtliches Recht zu sein“.¹⁸¹⁷ Zum Teil wird die unmittelbare Geltung einer Richtlinie mit der Begründung verneint, dass sie keine Rechtsbeziehungen zwischen den Einzelnen, sondern nur Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten begründen könne.¹⁸¹⁸ Hiergegen ist allerdings einzuwenden, dass unmittelbare Geltung lediglich bedeutet, dass eine Norm ohne Zutun der Mitgliedstaaten Rechtswirkungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erzeugt.¹⁸¹⁹ Hierfür kommt es nicht auf die Fähigkeit an, Rechtsbeziehungen zwischen den Einzelnen zu begründen.¹⁸²⁰ Zum Teil wird eine allgemeine unmittelbare Geltung von Richtlinien auch mit der Erwägung abgelehnt, dass an die unmittelbare Wirkung von Richtlinien weitergehende Anforderungen als die bloße Existenz eines vollziehbaren Inhalts gestellt würden, womit sich die Voraussetzungen, unter denen eine Richtlinie unmittelbare Wirkungen entfaltet, von den Voraussetzungen unterscheiden, unter denen geltendes Recht Wirkungen entfaltet.¹⁸²¹ Erhöhte Anforderungen an die unmittelbare Wirkung von Richtlinien können der unmittelbaren Geltung aber nicht die Grundlage entziehen, da sich diese mit der Besonderheit der mehrstufigen Rechtsetzung bei Richtlinien im Mehrebenensystem erklären.

In der Rechtssache van Duyn führt der EuGH im Zusammenhang mit Verordnungen aus, dass diese unmittelbar gelten („are directly applicable“/„sont directement applicables“) und „infolgedessen schon wegen ihrer Rechtsnatur unmittelbare Wirkungen erzeugen [können]“. Letzteres wird in der englischen bzw. französischen Sprachfassung des Urteils mit „direct effects“ bzw. „effets directs“ wiedergegeben.¹⁸²² Der Gerichtshof macht damit deutlich, dass unmittelbare Geltung und unmittelbare Wirkung zu

1817 Klein, Unmittelbare Geltung, 1988, S. 8.

1818 GA Reischl, Schlussanträge vom 20.2.1979 in der Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, S. 1650.

1819 Berger, Anwendungsvorrang, 2016, S. 11, 52 f.

1820 Klein, Unmittelbare Geltung, 1988, S. 12.

1821 Herrmann, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 40.

1822 EuGH, Urteil vom 4.12.1974, Rs. 41/74 (van Duyn), Rn. 12. Auf den Unterschied zwischen direct effect (unmittelbare Wirkung) und direct applicability (unmittelbare Geltung) weisen auch *Lenaerts/Corthaut*, ELRev. 2006, 287 (311, Fn. 149) hin.

unterscheiden sind.¹⁸²³ Für Verordnungen bedeutet dies, dass sie ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt Bestandteil der nationalen Rechtsordnung werden, ihre unmittelbare Wirkung aber davon abhängt, dass sie „klare und unbedingte Verpflichtungen begründen“.¹⁸²⁴

In dieser terminologischen Klarheit äußert sich der Gerichtshof allerdings nicht immer. So ist in der englischen Sprachfassung des Urteils in der Rechtssache Klohn im Hinblick auf Bestimmungen des Unionsrechts („provisions of EU law“) davon die Rede, dass diese „directly applicable“ sind, wenn sie den Einzelnen Rechte verleihen, die diese vor den nationalen Gerichten geltend machen können. Diese Bestimmungen legen den Mitgliedstaaten eine eindeutige Verpflichtung auf, die zu ihrer Wirksamkeit keine Durchführungsmaßnahme erfordert und den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum überlässt. In der deutschen Sprachfassung des Urteils ist an dieser Stelle von „unmittelbar gelten“ die Rede.¹⁸²⁵ Zur Bestätigung verweist der Gerichtshof auf diejenige Passage im van Duyn-Urteil, in der es mit Art. 48 EWG-Vertrag (Arbeitnehmerfreizügigkeit) um eine Vorschrift des Primärrechts ging, von der geklärt werden sollte, ob sie Einzelpersonen Rechte verleiht, die diese vor mitgliedstaatlichen Gerichten geltend machen können. In der Sache geht es also um die weitläufig als unmittelbare Anwendbarkeit bezeichnete Eigenschaft. In Rn. 33 des Klohn-Urteils ist dann von der unmittelbaren Anwendbarkeit („directly applicable“) der Bestimmungen einer Richtlinie die Rede, die ebenso bestimmt werde wie bei Bestimmungen eines von der Union unterzeichneten Abkommens. Da die der Richtlinienbestimmung entsprechende Bestimmung der Aarhus-Konvention keine unmittelbare Wirkung habe („is not directly applicable“), habe die Kostenregel in Art. 10a V der

1823 Dennoch hat dies nicht zu einem Ende der Diskussionen über das zutreffende Begriffsverständnis geführt. Zu unterschiedlichen begrifflichen Grenzziehungen näher *Prechal*, Directives, 2. Aufl. 2005, S. 227 ff. *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 36 f. etwa übersetzt „direct applicability“ trotz der sich in anderen Sprachfassungen ergebenden terminologischen Überschneidung mit unmittelbarer Anwendbarkeit und nicht mit unmittelbarer Geltung.

1824 *Ebers*, Unionsprivatrecht, 2016, S. 380, Fn. 4 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 11.1.2001, Rs. C-403/98 (*Monte Arcosu*), Rn. 26–28 und *Winter*, CMLRev. 9 (1972), 425 (435).

1825 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (*Klohn*), Rn. 27 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 4.12.1974, Rs. 41/74 (*van Duyn*), Rn. 4 und 8 sowie 6.

geänderten Richtlinie 85/337/EWG keine unmittelbare Wirkung („does not have direct effect“).¹⁸²⁶

An diesem Sprachvergleich wird deutlich: Der Begriff „directly applicable“ wird einerseits mit „unmittelbarer Geltung“, andererseits mit „unmittelbarer Anwendbarkeit“, aber auch mit „unmittelbarer Wirkung“ übersetzt, wobei zwischen Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung nicht trennscharf unterschieden wird.¹⁸²⁷

Zur Klärung erforderlich erscheint daher ein Blick in die sich mit den Rechtsakten der Union befassende Vertragsbestimmung. Nach Art. 288 II 2 AEUV gilt eine Verordnung unmittelbar in jedem Mitgliedstaat; in der englischen bzw. französischen Fassung dieser Bestimmung finden die Begriffe „directly applicable“ bzw. „directement applicable“ Verwendung.¹⁸²⁸ Entgegen zum Teil vertretener Auffassung muss die in der deutschen Fassung des Art. 288 II 2 AEUV gebrauchte Wendung „gilt unmittelbar“ nicht durch „ist unmittelbar anwendbar“ ausgetauscht werden, da der in der englischen bzw. französischen Fassung verwendete Begriff „directly applicable“ bzw. „directement applicable“ die „unmittelbare Geltung“ meint. Die „unmittelbare Anwendbarkeit/Wirkung“ kann dagegen mit „direct effect“ bzw. „effet direct“ wiedergegeben werden.¹⁸²⁹

Art. 288 AEUV spricht also in der Tat bei Verordnungen von der unmittelbaren Geltung und nicht der unmittelbaren Anwendbarkeit, während er bei Richtlinien hierzu schweigt. Damit kann die unmittelbare Geltung

1826 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 33. In Rn. 32 ist davon die Rede, dass Art. 9 IV Aarhus-Konvention keine unmittelbare Wirkung habe („is not directly applicable“).

1827 Im Hinblick auf Richtlinien verwendet der Gerichtshof damit sowohl den Begriff „unmittelbare Anwendbarkeit“ als auch „unmittelbare Wirkung“. Mit „unmittelbarer Wirkung“ bezeichnen ansonsten zahlreiche Autoren bei Richtlinien das Phänomen, das im Übrigen mit „unmittelbarer Anwendbarkeit“ bezeichnet wird, vgl. *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, 2009, S. 21.

1828 Der in Art. 288 II 2 AEUV verwendete Begriff „directly applicable“ meint etwas anderes als die unmittelbare Anwendbarkeit, siehe *Winter*, CMLRev. 9 (1972), 425 (435). Zum Unterschied zwischen „direct applicability“ und „direct effect“ siehe auch *Arnulf*, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006, S. 185 ff.

1829 Ebenso *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 185 f.; a.A. *Grabitz*, EuR 1971, 1 (8 f.), wonach die Formulierung in der deutschen Sprachfassung „gilt unmittelbar“ in den anderen Sprachfassungen der Formulierung „ist unmittelbar anwendbar“ entspricht. *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 36 vertritt die Auffassung, die englische Fassung des Art. 288 II 2 AEUV verende den Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit, die deutsche Fassung mit dem Begriff der unmittelbaren Geltung sei aber passender.

der Richtlinie jedenfalls nicht mit einem Übersetzungsfehler des Art. 288 II 2 AEUV in der deutschen Fassung begründet werden, was in Betracht gekommen wäre, wenn es dort nicht um die unmittelbare Geltung ginge und einem Umkehrschluss auf die fehlende unmittelbare Geltung der Richtlinie damit die Grundlage entzogen wäre. Da sich für Verordnungen eine Aussage zu ihrer Geltung im AEUV findet, besteht also grundsätzlich eine Grundlage für den Umkehrschluss, dass Richtlinien nicht unmittelbar gelten. Er muss dennoch nicht zwingend gezogen werden.

Dass die Richtlinie als Bestandteil des Unionsrechts automatisch in die nationalen Rechtsordnungen inkorporiert wird, ergibt sich nämlich daraus, dass sich das Konzept der unmittelbaren Wirkung¹⁸³⁰ sonst nicht erklären ließe. Dass sich Einzelne auf Richtlinien berufen können und die nationalen Gerichte diese berücksichtigen müssen, basiert auf einem Verständnis, wonach Richtlinien Teil der nationalen Rechtsordnung sind.¹⁸³¹ Da die Fähigkeit der Richtlinie zur Entfaltung unmittelbarer Wirkung ohne ihre innerstaatliche Geltung nicht zu erklären ist, hat sie im Mitgliedstaat Geltung wie eine Verordnung.¹⁸³²

Zwar ordnet der EuGH in den Fällen, in denen er die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung ablehnt, auch keine unmittelbare Geltung an.¹⁸³³ Im Bürger-Staat-Verhältnis erkennt er aber unter bestimmten Voraussetzungen eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie an. Hält man daran fest, dass eine solche im Horizontalverhältnis abzulehnen ist, hieße das, dass eine unmittelbare Geltung der Richtlinie nur im Vertikalverhältnis in Betracht käme, während sie im Horizontalverhältnis ausscheiden müsste. Eine solche „gespaltene“ Geltung kann es nach hier vertretener Auffassung aber nicht geben: entweder die Richtlinie gilt oder sie gilt

1830 Skeptisch gegenüber diesem Konzept *Reimer*, JZ 2015, 910 (917 f.), der meint, es sei „nicht ganz leicht“, Art. 288 III AEUV die unmittelbare Wirkung von Richtlinien zu entnehmen, und in ihr eine „auf den ersten Blick überraschende Auslegung der Handlungsformen des Art. 288 AEUV“ sieht. *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV, Rn. 87 ordnet die unmittelbare Wirkung dagegen als „vollständig vereinbar“ mit dem Wortlaut des Art. 288 III AEUV ein; sie ist inzwischen „nicht mehr in ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit umstritten“.

1831 *Prechal*, Directives, 2. Aufl. 2005, S. 92 f.

1832 *Timmermans*, CMLRev. 16 (1979), 533 (534); *Funke*, Umsetzungsrecht, 2010, S. 138 f.; *Berger*, Anwendungsvorrang, 2016, S. 53.

1833 *Baldauf*, Richtlinienverstoß, 2013, S. 17. Für *Baldauf*, a.a.O., S. 37 ist daher im Ergebnis nicht die Richtlinie selbst Teil der nationalen Rechtsordnung; vielmehr gilt nach ihrer Auffassung nur der primärrechtliche Umsetzungsbefehl in der nationalen Rechtsordnung.

nicht. Damit muss die Richtlinie unmittelbar gelten; lediglich ihre unmittelbare Wirkung kann auf bestimmte Rechtsverhältnisse begrenzt sein.¹⁸³⁴

Wenn der EuGH vom Anwendungsvorrang einer unmittelbar geltenden Rechtsvorschrift der Union spricht¹⁸³⁵, schließt dies die Richtlinien also jedenfalls nicht vom Anwendungsvorrang aus. Im Urteil in der Rechtssache *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* nimmt er dann auch offener auf die Verdrängungswirkung einer unionsrechtlichen Vorschrift („rule of EU law“/„règle du droit de l'Union“) Bezug.¹⁸³⁶

2. Vorrang von Richtlinien

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage nach dem Verhältnis von Vorrang und unmittelbarer Wirkung/Anwendbarkeit und der Stellung, die Richtlinien insoweit zukommt. Dass die zum Vorrang von Richtlinien vertretenen Ansichten variieren, überrascht nicht.¹⁸³⁷

Klar ist zunächst, dass es ohne unmittelbare Geltung einer Norm keinen Vorrang geben kann, während es jedenfalls denkbar ist, dass der Vorrang auch bei fehlender unmittelbarer Wirkung/Anwendbarkeit eingreift.¹⁸³⁸ Einen untrennbaren Zusammenhang zwischen unmittelbarer Anwendbar-

1834 Ebenso kommt Rahmenbeschlüssen innerstaatliche Geltung zu. Auch wenn bei ihnen die unmittelbare Wirkung ausgeschlossen ist, sind sie unionsrechtlich verbindlich und sollen daher innerhalb der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten rechtlich gelten, vgl. *Schönberger*, ZaöRV 67 (2007), 1107 (1125 f.).

1835 So auch EuGH, Urteil vom 27.6.2019, Rs. C-597/17 (Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u.a.), Rn. 59.

1836 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-411/17 (*Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), Rn. 177.

1837 Ablehnend etwa *Höpfner*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 22; bejahend dagegen etwa *Göbel-Zimmermann/Kern*, NVwZ 2014, 1202 (1204); unklar *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (1 f.), die eine Vorrangwirkung bejaht, angesichts der ihrer Ansicht nach fehlenden unmittelbaren Geltung die Möglichkeit einer Normkollision verneint, um dann von einer nicht auf den Vorrang gestützten Verdrängungswirkung zu sprechen.

1838 Vgl. *Berger*, *Anwendungsvorrang*, 2016, S. 12, die meint, Letzteres sei „zu untersuchen“. Es stellt sich dann die Frage, ob die unmittelbare Geltung nicht nur notwendige, sondern auch hinreichende Bedingung für das Eingreifen des Vorrangs ist, siehe *Berger*, a.a.O., S. 55. Siehe auch *Mayer*, *Kompetenzüberschreitung*, 2000, S. 74, wonach die unmittelbare Geltung eine Kollision zwischen Unions- und nationalem Recht überhaupt erst möglich macht.

keit und Vorrang allein über den Begriff des „Anwendungs“vorrangs als solchen herzustellen, kann jedenfalls nicht gelingen, da die in anderen Sprachen für den Anwendungsvorrang gebräuchlichen Begriffe wie „primacy“ oder „primauté“ eine derartige Verbindung nicht erkennen lassen. Zudem beschreibt auch der Begriff des Anwendungsvorrangs lediglich die Rechtsfolgen des Vorrangs und nicht dessen Voraussetzungen, um die es hier aber gerade geht.¹⁸³⁹

Generalanwalt Wahl spricht im Zusammenhang mit der im *Simmenthal*-Urteil betonten Verpflichtung zur Nichtanwendung des nationalen Rechts von einer „unvermeidbaren logischen Folge der Verfassungsdoktrin der unmittelbaren Wirksamkeit im Urteil van Gend & Loos“.¹⁸⁴⁰ Sind die Voraussetzungen unmittelbarer Wirkung gegeben, besteht demnach eine Verpflichtung zur Anwendung der entsprechenden Vorschrift des Unionsrechts und eine Pflicht zur Nichtanwendung der mit ihr nicht im Einklang stehenden Bestimmungen des nationalen Rechts. Dieser Zusammenhang zwischen der unmittelbaren Wirkung und der Pflicht zur Nichtanwendung wird in der Literatur zum Teil zum Anlass genommen, hervorzuheben, dass der Vorrang einer Norm des Unionsrechts erst bei einem Normenkonflikt zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht zum Tragen komme, was sich nicht nach dem Vorrangprinzip, sondern nach dem Konzept der unmittelbaren Wirkung bemesse, da dieses sonst obsolet sei.¹⁸⁴¹ Obsolet ist das Konzept der unmittelbaren Wirkung aber bereits deshalb nicht, weil es der nationalen Rechtsordnung etwas hinzufügt, was dieser bisher gefehlt hat. Der unmittelbaren Wirkung ist daher jedenfalls auch eine Ersetzungsfunktion zuzuschreiben, sodass sich ihre Wirkung nicht darin erschöpft, eine unionsrechtswidrige nationale Rechtsvorschrift zu verdrängen. Da ihr mit der Ersetzungsfunktion bereits eine Funktion zukommt, erscheint es nicht ausgeschlossen, die Unanwendbarkeit als Folge des Vorrangs des Unionsrechts zu beschreiben: Die unmittelbare Wirkung wird hierfür nicht zwingend benötigt.¹⁸⁴²

Dass sowohl ein durch die unmittelbare Wirkung bedingtes Eingreifen des Vorrangs als auch eine allein auf den Vorrang gestützte („ent-

1839 Insoweit zutreffend *Berger*, Anwendungsvorrang, 2016, S. 57.

1840 GA *Wahl*, Schlussanträge vom 11.9.2018 in der Rs. C-378/17 (Minister for Justice and Equality und Commissioner of An Garda Síochána), Rn. 47 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 9.3.1978, Rs. 106/77 (*Simmenthal*), Rn. 21–24 und EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*).

1841 *Ebers*, Unionsprivatrecht, 2016, S. 398.

1842 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 93 ff.

koppelte“) Verdrängungswirkung grundsätzlich denkbar sind, erklärt sich nicht zuletzt mit den unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis von Unionsrechtsordnung und nationalen Rechtsordnungen. Während ein Modell, das diese als unterschiedliche Rechtsordnungen begreift, der unmittelbaren Wirkung bedarf, damit das Unionsrecht in den nationalen Rechtsordnungen wirken kann, ist ein derartiger Zwischenschritt entbehrlich, wenn man bereits eine einheitliche Rechtsordnung erkennt.¹⁸⁴³

In der das Verbot der Altersdiskriminierung betreffenden Rechtssache *Kücükdeveci*¹⁸⁴⁴ hat der EuGH den Vorrang jedenfalls nicht als freischwebenden Grundsatz anerkannt¹⁸⁴⁵, da das nunmehr in Art. 21 I GRCh verankerte Verbot der Altersdiskriminierung auch im Horizontalverhältnis unmittelbare Wirkung entfaltet, wie sich im Unterschied etwa zu der zu Art. 27 GRCh (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen) ergangenen Rechtsprechung zeigt.¹⁸⁴⁶

a) Keine Hierarchie

Die zur Beschreibung des Verhältnisses von Unionsrechtsordnung und nationalen Rechtsordnungen entwickelten Modelle können in der gebotenen Kürze unterschieden werden in solche, die von einer einheitlichen Rechtsordnung ausgehen (mit Primat entweder des Unionsrechts oder des nationalen Rechts) und solche, die vom Nebeneinander zweier unabhängiger Rechtsordnungen ausgehen. Da das nationale Recht seine Geltung nicht aus dem Unionsrecht ableitet und auch in die umgekehrte Richtung kein solcher Ableitungszusammenhang besteht, kann im Ergebnis nicht von einer einheitlichen Rechtsordnung ausgegangen werden. Die demnach eigenständigen Rechtsordnungen können ihr Verhältnis zueinander jeweils selbständig bestimmen.¹⁸⁴⁷ Als koordinierende Gesamtrechtsordnung, die die Vorrangfrage verbindlich regelt, kann nach derzeitigem

1843 *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (942 ff.). *Prechal*, CMLRev. 37 (2000), 1047 (1064 ff.) etwa schlägt einen Verzicht auf das Erfordernis der unmittelbaren Wirkung vor.

1844 EuGH, Urteil vom 19.1.2010, Rs. C-555/07 (*Kücükdeveci*).

1845 So aber *Avbelj*, ELJ 17 (2011), 744 (757).

1846 EuGH, Urteil vom 15.1.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), Rn. 47 f.

1847 Siehe hierzu näher *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 7, 9 ff.

Stand auch nicht das Primärrecht angesehen werden, da es insoweit an der Akzeptanz der Mitgliedstaaten fehlt.¹⁸⁴⁸

Gegen ein hierarchisches Modell lassen sich weitere Indizien finden. So heißt es in der englischen Fassung der Erklärung zum Vorrang: "The Conference recalls that, in accordance with well settled case law of the Court of Justice of the European Union, the Treaties and the law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States, under the conditions laid down by the said case law."¹⁸⁴⁹ In der slowenischen Fassung war dagegen zunächst eine Begrifflichkeit vorgesehen, der die Bedeutung „are above the law of the member states“ zukommt. Um den Eindruck einer hierarchischen Höherrangigkeit zu vermeiden, findet sich diese dort nun aber nicht wieder.¹⁸⁵⁰

Auch bei der Analyse der Rechtsprechung fällt auf, dass der vom Gerichtshof üblicherweise in der englischen Sprachfassung der Urteile verwendete Begriff für den Vorrang „primacy“ ist. Den Begriff „supremacy“ bzw. „supreme“ trifft man dagegen nur ganz selten an. In anderen als der englischen Sprachfassung ist darüber hinaus auch in diesen Fällen von „caractère prééminent“ und „primauté“ bzw. „Vorrang“ die Rede.¹⁸⁵¹ Dass eine Kollision zwischen Unionsrecht und nationalem Recht dessen Unanwendbarkeit und nicht die Nichtigkeit bzw. Inexistenz der betroffenen Bestimmung des nationalen Rechts zur Folge hat, spricht ebenso gegen ein hierarchisches Modell wie die Tatsache, dass der Gerichtshof die Erforderlichkeit einer Ersetzung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts durch unionsrechtskonforme Bestimmungen damit begründet, dass sie dazu dient, für die Rechtsunterworfenen einen „Zustand der Ungewissheit“ hinsichtlich des Umfangs ihrer unionsrechtlichen Rechte zu vermeiden. Die Sorge um Rechtssicherheit und Effektivität steht damit im Vergleich zum Vorrang im Vordergrund. Damit alle Rechtsordnungen zur bestmöglichen Geltung kommen, darf es keine Hierarchie geben.¹⁸⁵²

1848 *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 34 ff.

1849 Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, Declaration no. 17 (Declaration concerning primacy), ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 344.

1850 Wiedergegeben nach *Avbelj*, ELJ 17 (2011), 744 (755 f.).

1851 EuGH, Urteil vom 13.2.1969, Rs. 14/68 (Wilhelm u.a.), Rn. 5; EuGH, Urteil vom 10.10.1973, Rs. 34/73 (Variola), Rn. 15. Darauf weist *Avbelj*, ELJ 17 (2011), 744 (744 f.) zu Recht hin.

1852 *Avbelj*, ELJ 17 (2011), 744 (760) unter Verweis einerseits auf EuGH, Urteil vom 22.10.1998, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97 (IN.CO.GE.'90 u.a.), Rn. 21 und andererseits auf EuGH, Urteil vom 4.6.2002, Rs. C-367/98 (Kommission/Portu-

b) Bedeutung der unmittelbaren Wirkung

Auf eine hierarchische Höherrangigkeit des Unionsrechts kann eine etwaige Vorrangwirkung der Richtlinie also nicht gestützt werden. Als nicht existent kann eine Richtlinie angesichts ihrer unmittelbaren Geltung, die sie zum Bestandteil der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten macht, aber auch nicht behandelt werden, selbst wenn sie keine unmittelbare Wirkung entfaltet.¹⁸⁵³ Zur Annäherung an die denkbaren Wirkungen einer Richtlinie ist ein dreistufiges Modell der Rechtsanwendung, wie es Prechal vorschlägt, hilfreich: Danach erfolgt auf der ersten Stufe ein Vergleich zwischen nationalem Recht und Unionsrecht, um deren Vereinbarkeit miteinander beurteilen zu können. Erweist sich das nationale Recht als mit Unionsrecht unvereinbar, bestehen mit der Nichtanwendung nationalen Rechts bzw. dessen konformer Auslegung zwei Möglichkeiten, um Abhilfe zu schaffen. Während in einigen Fällen bereits die Nichtanwendung des nationalen Rechts (Ausschlusswirkung) genügt, führt diese in anderen Fällen zu einer Lücke. In diesen letztgenannten Fällen ist eine Ersetzung des nationalen Rechts durch die unionsrechtliche Vorschrift in Betracht zu ziehen (Ersetzungswirkung) und alternativ an eine konforme Auslegung des nach Nichtanwendung verbliebenen nationalen Rechts zu denken. Führt keiner der beschriebenen Wege zum Ziel, verbleibt nur der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch.¹⁸⁵⁴

Soll nun das Verhältnis von unmittelbarer Wirkung und Vorrang bestimmt werden, hängt vieles vom zugrunde gelegten Verständnis der unmittelbaren Wirkung ab. Versteht man diese sehr weit, ist bereits in dem auf der ersten Stufe erfolgenden Vergleich zwischen Unionsrecht und nationalem Recht eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie (als Maßstabsnorm) zu erkennen mit der Folge, dass Vorschriften, denen keine unmittelbare Wirkung zukommt, gar nicht denkbar sind. Vorrang ohne

gal), Rn. 41. *Avbelj*, a.a.O., S. 761 ff. spricht sich daher für ein heterarchisches Modell aus. Auch dieses hat aber Schwächen, da es der entscheidenden Frage, wie im Konfliktfall zu entscheiden ist, ausweicht, vgl. *Claes*, in: Chalmers/Arnulf (Hrsg.), *Oxford Handbook*, 2015, S. 178 (202 f.). Siehe auch *Somek*, in: *Avbelj/Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism*, 2012, S. 343 (357): "Pluralists throw up their hands and exclaim 'legally irresolvable conflict'."

1853 *Prechal*, CMLRev. 37 (2000), 1047 (1047 f.).

1854 Die Schilderung ist *Prechal*, in: Barnard (Hrsg.), *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, S. 35 (41 ff.) entnommen. *Prechal* bezeichnet die erste Stufe als „obligation to apply I“, die Ersetzung des nationalen Rechts durch das Unionsrecht als „obligation to apply II“.

unmittelbare Wirkung kann es in diesem Fall nicht geben. Bei einem engen Verständnis der unmittelbaren Wirkung, das diese auf die Ersetzungswirkung beschränkt, muss dagegen bereits der Vergleich auf erster Stufe auf den Vorrang gestützt werden.¹⁸⁵⁵ Schon über das Konzept der unmittelbaren Wirkung herrscht damit Unklarheit.¹⁸⁵⁶ Sie spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs wider.¹⁸⁵⁷

c) Anklänge einer „entkoppelten“ Ausschlusswirkung

Widmet man sich dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs, lassen sich Anklänge einer von der unmittelbaren Wirkung entkoppelten Ausschlusswirkung nicht verleugnen. So ist das Recht, durch ein Gericht überprüfen zu lassen, ob sich eine nationale Regelung und deren Anwendung in den Grenzen des von der Richtlinie definierten Ermessensspielraums halten, nicht dadurch ausgeschlossen, dass es der Richtlinienvorschrift an hinreichender Bestimmtheit fehlt, weswegen sich die Einzelnen nicht unmittelbar auf diese Bestimmung berufen können. Der EuGH begründet dies mit der verbindlichen Wirkung der Richtlinien nach Art. 288 III AEUV und ihrer praktischen Wirksamkeit.¹⁸⁵⁸ Dass den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, ändert also grundsätzlich nichts an der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Einhaltung dieses Spielraums.¹⁸⁵⁹ Auch Richtlinienbestimmungen mit Gestaltungsspielraum können damit nationales Recht verdrängen, wenn dieses die Grenzen des Gestaltungs-

1855 Näher *Prechal*, in: Barnard (Hrsg.), *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, S. 35 (51, 44 ff.).

1856 *Wohlfahrt*, Vermutung, 2016, S. 46. Für GA *Bobek*, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 69 und Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 46 ist letztlich entscheidend, ob die Regelung einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich („justiciable“) ist.

1857 Ausführlich *Wohlfahrt*, Vermutung, 2016, S. 11, 13 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

1858 EuGH, Urteil vom 24.10.1996, Rs. C-72/95 (Kraaijeveld u.a.), Rn. 56; EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-127/02 (Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging), Rn. 66; EuGH, Urteil vom 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman u.a.), Rn. 25; EuGH, Urteil vom 26.5.2011, verb. Rs. C-165/09 bis C-167/09 (Stichting Natuur en Milieu u.a.), Rn. 92 ff.

1859 So kann insbesondere überprüft werden, ob Mindestgarantien eingehalten werden, vgl. GA *Bobek*, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 44 f. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

spielraums nicht einhält.¹⁸⁶⁰ Die Verdrängungswirkung scheint hier also auf dem Vorrang des Unionsrechts zu beruhen.¹⁸⁶¹

Ganz sicher ist dies aber nicht, da sich dieses Ergebnis ebenso erklären lässt, wenn man den in einer Richtlinie enthaltenen konkreten Verpflichtungen unmittelbare Wirkung zuschreibt.¹⁸⁶² Dies legt eine Differenzierung zwischen Ausschluss- und Ersetzungswirkung nach dem erforderlichen Grad an Klarheit, Genauigkeit und Unbedingtheit nahe¹⁸⁶³, der höher sein soll, wenn die Richtlinienbestimmung positiv zur Anwendung kommen soll und niedriger, soweit sie nur dazu herangezogen werden soll, eine Bestimmung des nationalen Rechts zu verdrängen.¹⁸⁶⁴ Die Schwelle für eine unmittelbare Wirkung ist demnach eine unterschiedliche, je nachdem, ob in der Richtlinie ein Verbot enthalten ist oder durch sie ein Recht geschaffen wird.¹⁸⁶⁵

aa) Die Rechtssache Link Logistik N&N

Schwierigkeiten bereitet dann allerdings die Einordnung von Aussagen des Gerichtshofs in der Rechtssache Link Logistik N&N. Die Regelung der Sanktion für die Benutzung einer mautpflichtigen Straße ohne vorherige Entrichtung der Mautgebühr im ungarischen Recht hatte sich als mit

1860 *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 116.

1861 *Coutron*, RTDEur. 2015, 39 (45) bezeichnet dies als „ligne jurisprudentielle ultra-minoritaire“. Er verweist zutreffend darauf, dass es nach EuGH, Urteil vom 1.2.1977, Rs. 51/76 (Verbond van Nederlandse Ondernemingen), Rn. 25/29 möglich erscheint, den „harten Kern“ eines Rechts aus einer Richtlinie zu identifizieren, obwohl es an Genauigkeit und damit unmittelbarer Wirkung mangelt. Im Umweltrecht lässt sich diese Vorgehensweise häufiger nachweisen. Siehe auch EuGH, Urteil vom 18.10.2011, verb. Rs. C-128/09 bis C-131/09, C-134/09 und C-135/09 (Boxus u.a.), Rn. 52–57.

1862 Siehe hierzu auch *Berger*, Anwendungsvorrang, 2016, S. 55, insbesondere mit Fn. 265. Sie meint, diesen Verpflichtungen komme unmittelbare Geltung zu, da sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit bei Richtlinien nicht an die Frage der unmittelbaren Geltung anschließe. Die in dieser Arbeit erfolgte Anerkennung der unmittelbaren Geltung einer Richtlinie spricht allerdings dagegen, die unmittelbare Geltung wie *Berger*, a.a.O., als Folge der unmittelbaren Anwendbarkeit/Wirkung einzuordnen.

1863 *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (941).

1864 In diesem Sinne *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 120.

1865 *Ebers*, Unionsprivatrecht, 2016, S. 380 ff.; GA *Bobek*, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 40 mit Fn. 22 unter Verweis auf GA *Léger*, Schlussanträge vom 11.1.2000 in der Rs. C-287/98 (Linster), Rn. 57.

dem in Art. 9a der Richtlinie 1999/62/EG¹⁸⁶⁶ aufgestellten Erfordernis der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erwiesen, da die ungarische Regelung die Verhängung einer Geldbuße in pauschaler Höhe vorsah und damit unabhängig von der Art und Schwere des Verstoßes, sodass es den nationalen Behörden nicht möglich war, den Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen.¹⁸⁶⁷ Für den Zeitraum bis zum Erlass eines neuen Rechtsrahmens durch die zuständigen nationalen Stellen stehen nationale Gerichte damit vor der Frage, wie sie auf die Unionsrechtswidrigkeit im Einzelfall zu reagieren haben.¹⁸⁶⁸ Nach Ansicht des Gerichtshofs scheitert die unmittelbare Wirkung des Art. 9a der Richtlinie daran, dass die Mitgliedstaaten Rechtsakte zur Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erlassen müssen und ihnen ein beträchtlicher Ermessensspielraum eingeräumt ist, der bei Bejahung der unmittelbaren Wirkung verloren ginge.¹⁸⁶⁹

Eine Berufung auf Art. 9a der Richtlinie vor den nationalen Behörden scheidet damit aus; das nationale Gericht ist nicht dazu verpflichtet, die Aufgaben des nationalen Gesetzgebers zu übernehmen.¹⁸⁷⁰ Auch wenn der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht die entsprechende Prüfung („Unter dem Vorbehalt der vom vorlegenden Gericht vorzunehmenden Prüfungen“) überlässt, erkennt er, dass eine Auslegung des nationalen Rechts im Einklang mit Art. 9a der Richtlinie zu einer Auslegung contra legem führen könnte, da das Gericht die Geldbuße herabsetzen müsste, obwohl die ungarischen Rechtsvorschriften hierfür keinen Anknüpfungs-

1866 Richtlinie 1999/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge (ABl. L 187 vom 20.7.1999, S. 42) in der durch die Richtlinie 2011/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2011 (ABl. L 269 vom 14.10.2011, S. 1) geänderten Fassung.

1867 Diese Unvereinbarkeit war vom Gerichtshof bereits zuvor festgestellt worden, siehe EuGH, Urteil vom 22.3.2017, verb. Rs. C-497/15 und C-498/15 (Euro-Team und Spirál-Gép), Rn. 50, 60. Art. 9a der Richtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Kontrollen vor und legen Sanktionen zur Ahndung von Verstößen gegen die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Vorschriften fest. Sie treffen die zur Anwendung dieser Vorschriften erforderlichen Maßnahmen. Die Sanktionen müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein.“

1868 Vgl. GA Bobek, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 47.

1869 EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 47 ff. Siehe auch GA Bobek, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 73 ff.

1870 EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 55 f.

punkt bieten.¹⁸⁷¹ Sollte diese Konformauslegung wie erwartet scheitern, ist das nationale Gericht nach Auffassung des EuGH allerdings dazu verpflichtet, „das Unionsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen, indem es notfalls jede Bestimmung unangewendet lässt, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem unionsrechtswidrigen Ergebnis führen würde“.¹⁸⁷² Dabei geht es dem Gerichtshof ausdrücklich um eine Umsetzung des Art. 9a der Richtlinie.¹⁸⁷³

Diese Vorgehensweise wirft Fragen auf. Nicht klar ist nämlich, auf welchem Weg das nationale Gericht nun zu einer unionsrechtskonformen Entscheidung gelangen kann. Lässt es das nationale Recht unangewendet, entfällt zuallererst die Rechtsgrundlage für die Sanktion der Benutzung einer mautpflichtigen Straße ohne vorherige Entrichtung der Mautgebühr. Wenn sich das nationale Gericht aber nun nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen muss, liefe dies darauf hinaus, solange keine Sanktion verhängen zu müssen, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung getroffen hat. Das erscheint aber nicht plausibel, da die Richtlinie ja nicht die Verhängung einer Sanktion, sondern nur deren Unverhältnismäßigkeit verbietet.¹⁸⁷⁴ Zur Verhängung einer verhältnismäßigen Sanktion könnte das nationale Gericht dadurch kommen, dass es der Richtlinienbestimmung Kriterien für die Herstellung von Verhältnismäßigkeit entnehme. Darin läge aber ebenfalls eine unmittelbare Wirkung von Art. 9a der Richtlinie, die ihr der Gerichtshof im Hinblick auf das Erfordernis der Angemessenheit jedoch gerade abgesprochen hat.

Wie Rn. 62 seines Urteils zeigt, unterscheidet der Gerichtshof deutlich zwischen der unmittelbaren Wirkung einerseits und der konformen Auslegung und der Verdrängungswirkung andererseits: Obwohl er die unmittel-

1871 EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 60.

1872 EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 61. Der Gerichtshof verweist dabei auf EuGH, Urteil vom 13.7.2016, Rs. C-187/15 (Pöpperl), Rn. 45. Dort wird EuGH, Urteil vom 18.12.2007, Rs. C-357/06 (Frigerio Luigi & C.), Rn. 28 zitiert. In der Rechtssache Pöpperl ging es um einen Verstoß gegen den unmittelbar anwendbaren Art. 45 AEUV, in der Rechtssache Frigerio Luigi & C. um einen Verstoß gegen Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, die als hinreichend bestimmt und unbedingt erscheinen.

1873 EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 62.

1874 Ebenso GA Bobek, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 83, 90, 93 ff. Indem er eine unmittelbare Wirkung des Art. 9a der Richtlinie bejahte, gelangte er zu schlüssigeren Ergebnissen.

bare Wirkung von Art. 9a der Richtlinie verneint hat, erkennt er dieser Bestimmung Verdrängungswirkung zu. Die Verdrängungswirkung erscheint damit als Ausfluss des Vorrangs des Unionsrechts.¹⁸⁷⁵

Dieser wird hier demnach von der Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung „abgekoppelt“¹⁸⁷⁶ und erscheint als „freischwebende“ Eigenschaft des Unionsrechts; schlagwortartig zusammengefasst ergibt sich an dieser Stelle damit das Bild einer auf der unmittelbaren Wirkung beruhenden Ersetzungswirkung und einer sich auf den Vorrang gründenden Ausschluss- bzw. Verdrängungswirkung.¹⁸⁷⁷ Eine solche Differenzierung war in der Literatur bereits zuvor befürwortet worden. Für sie wird angeführt, dass es bei der Begründung des Vorrangs im *Costa/ENEL-Urteil*¹⁸⁷⁸ letztlich um die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Unionsrecht gehe. Lasse sich dem Unionsrecht ein identifizierbares Ergebnis entnehmen, müsse das mit Unionsrecht unvereinbare nationale Recht zurücktreten, um die Erzielung des unionsrechtlich vorgegebenen Ergebnisses nicht zu vereiteln. Damit soll der Vorrang Widersprüche beseitigen, während der unmittelbaren Wirkung die Aufgabe zugewiesen wird, die Geltendmachung von Rechten zu ermöglichen, die das Unionsrecht im Unterschied zum nationalen Recht gewährt.¹⁸⁷⁹ Bei Zugrundelegung eines solchen Verständnisses stellt sich der Vorrang als ein allumfassender Grundsatz dar, dem sämtliche Beziehungen zwischen Unionsrecht und nationalem Recht unterliegen.¹⁸⁸⁰

Eine Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ersetzungswirkung findet zum Teil auch bei den Generalanwälten Anklang. So führt etwa Generalanwalt Saggio aus, dass der Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie unabhängig von der fehlenden unmittelbaren Wirkung der Richtlinienbestimmungen zur Aussonderung des richtlinienwidrigen nationalen Rechts führen müsse, und verweist dabei auf den Vorrang des Unionsrechts und das Erfordernis seiner einheitlichen Anwendung. Eine Ausschlusswirkung bejaht er also auch in dem Fall, in dem eine Richtlinienbestimmung nicht hinreichend genau ist, um unmittelbare Wirkung zu entfalten, und ebenso in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten, in denen eine unmittelbare

1875 Dies konstatiert auch GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 27.11.2018 in der Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 117 mit Fn. 53.

1876 Diesen Begriff verwendet auch GA *Bot*, Schlussanträge vom 7.7.2009 in der Rs. C-555/07 (Kücükdeveci), Rn. 63.

1877 Vgl. zu diesem Bild von *Kielmansegg*, EuR 2014, 30 (42 mit Fn. 63).

1878 EuGH, Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL).

1879 Siehe näher *Lenaerts/Corthaut*, ELRev. 2006, 287 (289 ff.).

1880 Vgl. *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (932 ff.).

Wirkung nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ausscheidet.¹⁸⁸¹

bb) Verdrängung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs

Anzeichen einer „entkoppelten“ Ausschlusswirkung lassen sich auch an anderer Stelle in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nachweisen. Angesprochen ist in erster Linie das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Melloni.¹⁸⁸²

Um den Vorrang von Rahmenbeschlüssen zu begründen, hat Generalanwalt Bot unter anderem auf eine Aussage des Melloni-Urteils verwiesen, der zufolge „nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, der die Unionsrechtsordnung wesentlich prägt [...], die Geltung des Unionsrechts in einem Mitgliedstaat nicht dadurch beeinträchtigt werden [kann], dass dieser Staat Vorschriften des nationalen Rechts, und haben sie auch Verfassungsrang, geltend macht“.¹⁸⁸³ Auch der Gerichtshof selbst stellt die hier wiedergegebene Passage in einen Zusammenhang mit seinen grundlegenden Urteilen zum Vorrang.¹⁸⁸⁴

Bei einem näheren Blick auf das Melloni-Urteil fällt zunächst auf, dass das Problem der unmittelbaren Wirkung und seiner Bedeutung für den Anwendungsvorrang dort keine Erwähnung findet, obwohl es die Frage behandelt, ob Art. 53 GRCh es ermöglicht, der Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften einen höheren nationalen Grundrechtsstandard entgegenzuhalten.¹⁸⁸⁵ Einem derartigen Ansinnen tritt der EuGH mit der Erwägung entgegen, dass eine entsprechende Auslegung von Art. 53 GRCh

1881 GA *Saggio*, Schlussanträge vom 16.12.1999 in den verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial und Salvat Editores), Rn. 30.

1882 Siehe zu diesem Urteil bereits oben bei Fn. 1739 ff.

1883 GA *Bot*, Schlussanträge vom 6.2.2018 in der Rs. C-390/16 (Lada), Rn. 117 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 59.

1884 Siehe etwa die in EuGH, Urteil vom 24.10.2018, Rs. C-234/17 (XC u.a.), Rn. 36 und EuGH, Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 (Beitritt der Union zur EMRK), Rn. 166 in einem Atemzug zitierten Urteile EuGH, Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, S. 1269 und 1270, EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 3, EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991 (EWR-Abkommen I), Rn. 21, EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011 (Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems), Rn. 65 und EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 59.

1885 Dies hat auch *Claes*, in: Chalmers/Arnulf (Hrsg.), Oxford Handbook, 2015, S. 178 (183) beobachtet.

gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen würde: Ein Mitgliedstaat könnte sonst die Anwendung eines Unionsrechtsakts unterlassen, der zwar den in der Verfassung dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entspricht, aber vollständig mit der Grundrechtecharta in Einklang steht, was dem Vorrang des Unionsrechts widerspräche, da die Geltung des Unionsrechts dann durch die Geltendmachung nationaler Vorschriften beeinträchtigt wäre.¹⁸⁸⁶

Erfordert ein Unionsrechtsakt nationale Durchführungsmaßnahmen, besteht nach Art. 53 GRCh zwar die Möglichkeit zur Anwendung nationaler Grundrechtsstandards; ihre Anwendung darf aber, so der Gerichtshof, weder das Schutzniveau der Charta in ihrer Auslegung durch den EuGH noch den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen.¹⁸⁸⁷ Im konkreten Fall bedeutete dies, dass eine Anwendung des nationalen Grundrechtsstandards angesichts dessen, dass Art. 4a I des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI die von der Verpflichtung zur Auslieferung vorgesehenen Ausnahmen bei Verurteilungen in Abwesenheit abschließend regelt und damit einen einheitlichen Grundrechtsstandard festlegt, ausscheiden musste.¹⁸⁸⁸

Zwar führt der EuGH lediglich aus, dass Art. 53 GRCh es einem Mitgliedstaat nicht gestatte, nationalverfassungsrechtliche Bedingungen gegen die Verpflichtung aus dem Rahmenbeschluss ins Feld zu führen. Hinter dem dem Melloni-Urteil zugrundeliegenden Auslegungsersuchen steht aber das Anliegen des spanischen Tribunal Constitucional, in Erfahrung zu bringen, ob der Rahmenbeschluss es den spanischen Gerichten im vorliegenden Fall verbietet, den nationalen Grundrechtsstandard anzuwenden.¹⁸⁸⁹ Damit die Antwort des Gerichtshofs für das vorlegende Gericht von Nutzen ist und sich nicht auf allgemeine Aussagen über mitgliedstaatliche Verpflichtungen beschränkt, kann sie nur im Sinne einer Verdrängung der spanischen Verfassung als Prüfungsmaßstab verstanden werden. Daraus folgt dann, dass der Rahmenbeschluss Anwendungsvorrang ge-

1886 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 58 f.

1887 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 60.

1888 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 61 ff.

1889 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), Rn. 26 (dritte Vorlagefrage) und Rn. 64 (Antwort) einerseits, Rn. 24 (Anliegen des Tribunal Constitucional) andererseits. Angesichts der Formulierung der dritten Vorlagefrage kann aber, entgegen Mörtz, ZöR 70 (2015), 33 (46) nicht davon gesprochen werden, dass der EuGH „eine ausdrückliche Antwort schuldig [bleibt]“, da er den Wortlaut der Vorlagefrage aufgreift und auf diese antwortet.

nießt.¹⁸⁹⁰ Bei unionsrechtlicher Determinierung mitgliedstaatlichen Handelns wird entgegenstehendes Verfassungsrecht durch die Verpflichtung zur Umsetzung des Unionsrechts also verdrängt. Auf diese Weise erfolgt letztlich eine Verdrängung des nationalverfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs durch Unionsrecht, hier also durch den Rahmenbeschluss.

Vor dem Hintergrund, dass die Eigenschaften eines Rahmenbeschlusses nach Art. 9 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen so erhalten bleiben, wie sie vor dem Vertrag von Lissabon bestanden, wenn der Rahmenbeschluss seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nicht geändert wurde, womit seine unmittelbare Wirkung ausgeschlossen ist¹⁸⁹¹, muss die aus dem Melloni-Urteil zu ziehende Konsequenz aufhorchen lassen.¹⁸⁹² Erkennbar wird also auch hier ein Anzeichen für die Entkopplung des Anwendungsvorrangs vom Erfordernis unmittelbarer Wirkung. Zwar zitiert der Gerichtshof die Simmenthal-Rechtsprechung¹⁸⁹³ nicht, wohl aber sein Urteil in der Rechtssache Winner Wetten.¹⁸⁹⁴ Auch wenn er den in Rn. 67 des Winner Wetten-Urteils verwendeten Begriff der „Verdrängungswirkung“ im Melloni-Urteil nicht ausdrücklich in Bezug nimmt, so spricht er durch den Verweis auf das Winner Wetten-Urteil, das mit den Grundfreiheiten unmittelbar anwendbares Unionsrecht betraf,

1890 Zu dieser Schlussfolgerung gelangt auch *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (23), der ausdrücklich davon spricht, dass nationale Gerichte entgegenstehende nationale Vorschriften einschließlich solcher von Verfassungsrang unbeachtet lassen müssen, wenn der Unionsrechtsakt (hier also Art. 4a I des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI) mit Primärrecht vereinbar ist.

1891 Art. 9 des den Verträgen beigefügten Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen, ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 325. Ein Rahmenbeschluss entfaltet damit seine Rechtswirkungen weiterhin gemäß Art. 34 II lit. b EUV a.F., wonach Rahmenbeschlüsse nicht unmittelbar wirksam sind. Darauf weist auch der Gerichtshof hin, siehe EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 70; siehe auch EuGH, Urteil vom 8.11.2016, Rs. C-554/14 (Ognyanov), Rn. 57; EuGH, Urteil vom 29.6.2017, Rs. C-579/15 (Popławski), Rn. 27.

1892 Darauf weist auch *Mörth*, ZöR 70 (2015), 33 (47) hin.

1893 EuGH, Urteil vom 9.3.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal). Dort wird die Wirkung des Vorrangs beschrieben, wonach das entgegenstehende nationale Recht ohne weiteres unanwendbar wird, ohne dass der Gesetzgeber oder nationale Gerichte diese Bestimmung zuvor beseitigen müssten, siehe zusammenfassend Rn. 24 des Urteils.

1894 Angeführt wird in Rn. 59 des Melloni-Urteils EuGH, Urteil vom 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Rn. 61. Zitiert wird auch EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 3, womit der Vorrang vor nationalem Verfassungsrecht in Bezug genommen wird.

doch implizit auch dem nicht unmittelbar wirkenden Unionsrecht eine derartige Verdrängungswirkung zu. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Vorschrift des spanischen Verfassungsrechts unangewendet bleiben muss.¹⁸⁹⁵

Aus unionsrechtlicher Sicht darf also nicht nur der Rahmenbeschluss selbst nicht am nationalen Recht gemessen werden; darüber hinaus wird im Kollisionsfall aufgrund des Vorrangs des Rahmenbeschlusses auch das nationale Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab des nationalen Umsetzungsrechts verdrängt.

d) Unzertrennlichkeit von Vorrang und unmittelbarer Wirkung

Im Rahmen der sich mit der Wirkung von Rahmenbeschlüssen befassenden Rechtsprechung hat sich zudem bereits die Frage gestellt, ob es bei einer rahmenbeschlusswidrigen nationalen Vorschrift zu deren Nichtanwendung kommen kann bzw. muss, wenn ihre rahmenbeschlusskonforme Auslegung scheitert. Hierfür haben sich etwa die Generalanwälte Bot und Campos Sánchez-Bordona ausgesprochen.

Mitentscheidend ist für Generalanwalt Bot, dass die fehlende unmittelbare Wirkung des Rahmenbeschlusses durch die Aufspaltung in eine „Ersetzungswirkung“ und eine dem Vorrang des Unionsrechts entnommene „Ausschlusswirkung“ kein Hindernis für ein nationales Gericht ist, das rahmenbeschlusswidrige nationale Recht nicht anzuwenden.¹⁸⁹⁶ In der Tat schließt Art. 34 II EUV a.F. nach überzeugender Auffassung nicht zwingend sämtliche Formen der Berufung auf Rahmenbeschlüsse aus.¹⁸⁹⁷ Dass nach ständiger Rechtsprechung eine Verpflichtung zu rahmenbeschlusskonformer Auslegung des nationalen Rechts besteht, bedeutet, dass dieses auf seine Vereinbarkeit mit dem Rahmenbeschluss untersucht werden können muss. Dann erscheint eine Nichtanwendung des nationalen Rechts (im Gegensatz zu seiner Ersetzung durch den Rahmenbeschluss)

1895 *Besselink*, ELRev. 2014, 531 (544 f.).

1896 GA *Bot*, Schlussanträge vom 15.2.2017 in der Rs. C-579/15 (Popławski), Rn. 87 ff.

1897 GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 27.11.2018 in der Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 112 ff. sieht einen „wirkliche[n] Unterschied“ zwischen der unmittelbaren Wirkung und der Eignung zur Verdrängung einer nationalen Vorschrift.

aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁸⁹⁸ Einen „fundamentalen Widerspruch“ zum Grundsatz des Vorrangs sieht Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona angesichts des zwingenden Charakters eines Rahmenbeschlusses, wenn das nationale Recht mit diesem unvereinbar ist und es auch nicht rahmenbeschlusskonform ausgelegt werden kann. Aufgelöst werden könne dieser Widerspruch nur durch die Nichtanwendung der nationalen Vorschrift, da die nationalen Gerichte zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Rahmenbeschlüsse verpflichtet seien.¹⁸⁹⁹

Im Gegensatz dazu hat der Gerichtshof bereits in seinem ersten Urteil in der Rechtssache *Popławski* aus dem Jahr 2017 weder eine Ausschlusswirkung erwähnt noch vom Vorrang des Rahmenbeschlusses gesprochen. Damit stand bereits zu erwarten, dass er lediglich den Weg über die rahmenbeschlusskonforme Auslegung beschreiten wollte, um zu dem von ihm gewünschten Ziel zu gelangen. Unter Betonung seiner fehlenden Befugnis zur Auslegung des nationalen Rechts hatte er dem vorliegenden Gericht dementsprechend für dessen Entscheidung „geeignete Hinweise“ gegeben, die insofern sehr weitreichend waren, als er konkret vorgab, wozu die rahmenbeschlusskonforme Auslegung seiner Auffassung nach („das bedeutet im vorliegenden Fall“) führen musste.¹⁹⁰⁰ Die in seinem ersten *Popławski*-Urteil angesichts der Betonung, dass die Gerichte „insbesondere“ zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung verpflichtet seien, noch offen gelassene Tür für eine Verpflichtung zur Nichtanwendung des rahmenbeschlusswidrigen nationalen Rechts¹⁹⁰¹ hat der Gerichtshof in seinem zweiten *Popławski*-Urteil nun geschlossen.¹⁹⁰²

1898 *Prechal*, in: Barnard (Hrsg.), *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, S. 35 (62 f.).

1899 GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 27.11.2018 in der Rs. C-573/17 (*Popławski*), Rn. 104 ff. Er stimmt den Schlussanträgen von GA *Bot* vom 15.2.2017 in der Rs. C-579/15 (*Popławski*), Rn. 76–91 und vom 6.2.2018 in der Rs. C-390/16 (*Lada*), Rn. 106–118 zu, siehe GA *Campos Sánchez-Bordona*, a.a.O., Rn. 107.

1900 EuGH, Urteil vom 29.6.2017, Rs. C-579/15 (*Popławski*), Rn. 37, 39 f., 43.

1901 EuGH, Urteil vom 29.6.2017, Rs. C-579/15 (*Popławski*), Rn. 31 m.w.N. aus der Rechtsprechung. Die Verwendung des Wortes „insbesondere“ ist auch GA *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 27.11.2018 in der Rs. C-573/17 (*Popławski*), Rn. 111 ins Auge gefallen.

1902 EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (*Popławski*), Rn. 60, 68. Das niederländische Vorlagegericht hatte beim Gerichtshof nachgefragt, ob es, wenn eine Konformauslegung scheitert, nicht doch das nationale Recht unangewendet zu lassen hat.

Zur Begründung führt der Gerichtshof aus, dass neben dem Vorrang auch die anderen wesentlichen Merkmale des Unionsrechts zu berücksichtigen seien, was ihn zu der Feststellung führt, dass nur bei einem Teil der unionsrechtlichen Bestimmungen eine unmittelbare Wirkung anerkannt ist. Der Vorrang könne diesen „wesentliche[n] Unterschied“ („essential distinction“/„distinction essentielle“) zwischen Vorschriften mit und ohne unmittelbare Wirkung nicht in Frage stellen, sodass eine einheitliche Anwendung sämtlicher unionsrechtlicher Bestimmungen nicht möglich sei.¹⁹⁰³

Während das nationale Recht bei einem Verstoß gegen Bestimmungen mit unmittelbarer Wirkung unangewendet bleiben muss, kommt Bestimmungen ohne unmittelbare Wirkung keine Verdrängungswirkung zu.¹⁹⁰⁴ Die Verpflichtung zur Nichtanwendung einer unionsrechtswidrigen nationalen Bestimmung ist damit durch die unmittelbare Wirkung der unionsrechtlichen Bestimmung im konkreten Rechtsstreit bedingt, „wenn sie sich aus dem der letztgenannten Bestimmung zuerkannten Vorrang ergibt“.¹⁹⁰⁵ Für den Rahmenbeschluss bedeutet dies, dass er mangels unmittelbarer Wirkung keine Verpflichtung zur Nichtanwendung des gegen ihn verstößenden nationalen Rechts begründet. Für die Richtlinie kann dann in den Fällen, in denen ihre unmittelbare Wirkung zu verneinen ist, nichts anderes gelten. Ohne unmittelbare Wirkung besteht demnach keine Pflicht zur Nichtanwendung nationalen Rechts. Vorrang und unmittelbare Wirkung erscheinen als „untrennbare Zwillinge“.¹⁹⁰⁶

Darauf hatten bereits diejenigen Urteile hingedeutet, in denen der Gerichtshof die Pflicht zur Nichtanwendung des unionsrechtswidrigen nationalen Rechts erst im Anschluss an eine Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit der zugrundeliegenden Unionsrechtsbestimmung anspricht.¹⁹⁰⁷ Damit hatte er zu erkennen gegeben, dass die Kriterien der unmittelbaren Wirkung nicht nur für den Fall der Ersetzungswirkung,

1903 EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 59 f.

1904 EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 61 f.

1905 EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 68. Auch andere Sprachfassungen bringen diesen Zusammenhang deutlich zum Ausdruck: „dependent on the direct effect“/„conditionnée par l’effet direct“. Ebenso EuGH, Urteil vom 4.3.2020, Rs. C-183/18 (Bank BGŻ BNP Paribas), Rn. 63.

1906 Begriff bei *Griller*, *ecolx* 1996, 639 (Anführungszeichen im Original).

1907 Vgl. *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 2013, S. 49 f. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fn. 200.

sondern auch den der Verdrängungswirkung gelten.¹⁹⁰⁸ Der Vorrang tritt hier also ebenfalls als Begleiterscheinung der unmittelbaren Wirkung in Erscheinung.¹⁹⁰⁹

Für die Unzertrennlichkeit von Vorrang und unmittelbarer Wirkung spricht auch, dass bei einer Unterscheidung von Ausschluss- und Ersetzungswirkung nicht einleuchtend erklärt werden kann, warum der Vorrang nur die Ausschluss- und nicht auch die Ersetzungswirkung zulassen soll.¹⁹¹⁰ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass sich beide Wirkungen nicht trennscharf voneinander unterscheiden lassen. Sie fließen beide aus der zugrundeliegenden Norm des Unionsrechts, sodass es sich bei beiden um eine Art der unmittelbaren Wirkung handelt.¹⁹¹¹ Auch bei einer bloßen Verdrängung des nationalen Rechts, an dessen Stelle das verbleibende nationale Recht tritt, bestimmt das Unionsrecht dadurch über das anwendbare nationale Recht, dass es gewissermaßen zu einer „Ersetzung“ der einen durch die andere Bestimmung führt.¹⁹¹²

Zudem können durch eine entkoppelte Ausschlusswirkung Regelungslücken entstehen. Zwar wird zum Teil versucht, diese Gefahr herunterzuspielen und eine „möglichst schonende Nichtanwendung“ des nationalen Rechts vorgeschlagen.¹⁹¹³ Die Möglichkeit unionsrechtskonformer Auslegung und die Anwendung des übrigen nationalen Rechts verhindern aber nicht in allen Fällen die Entstehung von Lücken. Angesprochen sind damit etwa Fälle, in denen anstelle des verdrängten nationalen Rechts nur die Anwendung der Richtlinie in Betracht käme, da das nationale Recht in einem Punkt insgesamt unionsrechtswidrig ist und die bloße Verdrängung des nationalen Rechts zur Herstellung unionsrechtskonformer Zustände nicht ausreicht.¹⁹¹⁴

1908 Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 17.7.2008, Rs. C-226/07 (Flughafen Köln/Bonn), Rn. 22, 33, 39. Siehe auch *Wohlfahrt*, Vermutung, 2016, S. 66 f. Dass im anwendbaren Maßstab keine Unterschiede erkennbar sind, betonen auch *Arnulf*, *The European Union and its Court of Justice*, 2. Aufl. 2006, S. 241 f. und *Wohlfahrt*, Vermutung, 2016, S. 62 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

1909 *Arnulf*, *The European Union and its Court of Justice*, 2. Aufl. 2006, S. 179.

1910 *Ebers*, *Unionsprivatrecht*, 2016, S. 398; *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (941 f., 947 f.); *von Danwitz*, JZ 2007, 697 (702 f.).

1911 *von Kielmansegg*, EuR 2014, 30 (43); *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV, Rn. 104, 109.

1912 *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (937 ff.).

1913 *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 118.

1914 Vgl. *Prechal*, CMLRev. 42 (2005), 1445 (1460). *Ebers*, *Unionsprivatrecht*, 2016, S. 398 f. verweist auf „erhebliche Rechtsunsicherheit“ als Folge der Ausschluss-

Hinzu kommt, dass sich eine Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ersetzungswirkung von der Ausgestaltung des nationalen Rechts abhängig macht: Je nachdem, ob in diesem nur eine unionsrechtswidrige Ausnahme verdrängt werden muss oder etwa bei fehlender Richtlinienumsetzung eine Anwendung des Unionsrechts erforderlich ist, sind Ausschluss bzw. Ersetzung erforderlich. Wenn es aber gewissermaßen von Zufällen abhängt, welche der Wirkungen zum Tragen kommt, leuchtet es nicht ein, weshalb zwischen beiden Wirkungen kategorisch unterschieden werden sollte. Ganz in diesem Sinne hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Unionsrecht keinen Mechanismus enthalte, dem zufolge richtlinienwidrige Bestimmungen des nationalen Rechts bei fehlender unmittelbarer Wirkung der Richtlinienvorschriften eliminiert werden könnten.¹⁹¹⁵ Eine Ausschlusswirkung ohne unmittelbare Wirkung ist damit ausgeschlossen.

e) Ablehnung der Horizontalwirkung von Richtlinien durch den Gerichtshof

Der Vorschlag einer Aufspaltung der Wirkung einer Richtlinie in eine positive Ersetzungs- und eine negative Ausschlusswirkung¹⁹¹⁶ hatte nicht zuletzt dazu gedient, einen Konflikt mit der Rechtsprechung des EuGH zu vermeiden, nach der eine Richtlinie keine Verpflichtungen zu Lasten des Einzelnen begründen kann.¹⁹¹⁷

Hinter den in der Literatur vorgenommenen Differenzierungen stand damit auch der Versuch, die Urteile des Gerichtshofs in Rechtssachen wie *CIA Security International*¹⁹¹⁸ und *Unilever*¹⁹¹⁹ zu erklären, ohne eine positive horizontale Richtlinienwirkung bejahen zu müssen. An der in diesen Fällen begründeten Rechtsprechung hält der Gerichtshof bis heute fest. Sie wird von ihm selbst als ständige Rechtsprechung bezeichnet und besagt, dass die Unanwendbarkeit einer nicht notifizierten innerstaatlichen

wirkung, da die von den nationalen Gerichten dann vorzunehmende Lückenschließung vielfach ohne unionsweite Maßstäbe erfolgen müsste.

1915 EuGH, Urteil vom 26.9.1996, Rs. C-168/95 (Arcaro), Rn. 39 f., 43.

1916 Siehe hierzu aus der Literatur nur *Lenaerts/Corthaut*, ELRev. 2006, 287 (289 ff., 302 ff.); *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 78 ff.; *Herrmann*, EuZW 2006, 69 (70); *von Kielmansegg*, EuR 2014, 30 (41).

1917 *Wohlfahrt*, Vermutung, 2016, S. 65.

1918 EuGH, Urteil vom 30.4.1996, Rs. C-194/94 (*CIA Security International*), Rn. 54.

1919 EuGH, Urteil vom 26.9.2000, Rs. C-443/98 (*Unilever*), Rn. 40–43, 48 und 49.

technischen Vorschrift¹⁹²⁰ auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten geltend gemacht werden kann.¹⁹²¹ Durch die Unanwendbarkeit der technischen Vorschrift kann ein Privater damit von einem anderen Privaten nicht verlangen, dass er die in der technischen Vorschrift enthaltenen (richtlinienwidrigen) Anforderungen beachtet.¹⁹²²

Die fehlende Notifizierung wird vom EuGH als wesentlicher Verfahrensfehler eingeordnet.¹⁹²³ Obwohl damit noch keine Aussage über die materielle Vereinbarkeit der technischen Vorschrift mit der Warenverkehrsfreiheit getroffen ist, wird dieser Verstoß mit der Folge der Unanwendbarkeit der technischen Vorschrift geahndet.¹⁹²⁴ Nach Ansicht des Gerichtshofs ist seine Rechtsprechung zum Ausschluss der Horizontalwirkung auf die hier beschriebene Fallkonstellation deshalb nicht anwendbar, weil die betroffene Richtlinie weder Rechte noch Pflichten für Einzelne begründe und den materiellen Inhalt der Rechtsnorm, auf deren Grundlage das nationale Gericht entscheidet, nicht festlege.¹⁹²⁵

1920 Begründet wurde die Rechtsprechung im Hinblick auf die entsprechenden Regelungen in der Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABL L 109 vom 26.4.1983, S. 8. Heute sind die Regelungen in der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABL L 241 vom 17.9.2015, S. 1 enthalten.

1921 Siehe nur EuGH, Urteil vom 27.10.2016, Rs. C-613/14 (James Elliott Construction), Rn. 64; EuGH, Urteil vom 12.9.2019, Rs. C-299/17 (VG Media), Rn. 39. Siehe auch EuGH, Urteil vom 10.7.2014, Rs. C-307/13 (Ivansson u.a.), Rn. 48; EuGH, Urteil vom 4.2.2016, Rs. C-336/14 (Ince), Rn. 67 und EuGH, Urteil vom 1.2.2017, Rs. C-144/16 (Município de Palmela), Rn. 36.

1922 Ebers, Unionsprivatrecht, 2016, S. 399 f.

1923 Siehe zusammenfassend EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), Rn. 53.

1924 Vgl. GA Szpunar, Schlussanträge vom 4.7.2017 in der Rs. C-320/16 (Über France), Rn. 37 f. Geschützt werden soll durch die Richtlinie der freie Warenverkehr durch eine vorbeugende Kontrolle, deren Wirksamkeit umso größer ist, wenn die technische Vorschrift unanwendbar ist, vgl. EuGH, Urteil vom 30.4.1996, Rs. C-194/94 (CIA Security International), Rn. 48.

1925 Vgl. EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), Rn. 53. Da die in der Rechtssache Smith in Rede stehende Vorschrift den materiellen Inhalt einer Rechtsnorm enthält, wird sie von der Rechtsprechung erfasst, nach der eine Horizontalwirkung von Richtlinien ausgeschlossen ist, siehe EuGH, a.a.O., Rn. 54 ff. Der Betroffene ist damit auf einen Staatshaftungsanspruch verwiesen.

Damit ist letztlich, unter Betonung der Besonderheiten technischer Vorschriften¹⁹²⁶, der horizontale Charakter des Rechtsstreits zu verneinen.¹⁹²⁷ Nicht recht einleuchten mag allerdings die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgende Konsequenz, dass die in Rede stehende Richtlinie die Rechte Einzelner zwar eigentlich gar nicht berührt, im Ergebnis aber letztlich genau dies als Nebenfolge¹⁹²⁸ tut, während einer Richtlinie, die Rechte Einzelner betrifft, die horizontale Wirkung versagt wird.¹⁹²⁹

Von diesem „Sonderfall“¹⁹³⁰ einmal abgesehen, geht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine unmittelbare Wirkung einer Richtlinie zwischen Privaten ausgeschlossen ist.¹⁹³¹

Die Ablehnung der Horizontalwirkung lässt sich zwar mit guten Gründen kritisch hinterfragen, da die hierfür angeführten Gründe im Ergebnis nicht überzeugen. So sprechen weder der vom Gerichtshof herangezogene Wortlaut des Art. 288 III AEUV¹⁹³² noch Rechtssicherheitsabwägungen für einen Ausschluss der Horizontalwirkung.¹⁹³³ Der Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien¹⁹³⁴ trägt ihn ebenso wenig¹⁹³⁵, weswegen Stimmen zuzustimmen ist, die eine Abkehr von der Ablehnung der Horizontalwirkung fordern.¹⁹³⁶ Angesichts der Ziel- bzw. – wie in den anderen

1926 *Coutron*, RTDEur. 2015, 39 (51).

1927 *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (11).

1928 Vgl. *Eder*, EuR 2015, 746 (761).

1929 Ausführlich zu unterschiedlichen Begründungsansätzen *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (957 ff.).

1930 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), Rn. 52 und 53.

1931 Siehe nur EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), Rn. 42 ff.

1932 EuGH, Urteil vom 26.2.1986, Rs. 152/84 (Marshall), Rn. 48.

1933 *Craig*, ELRev. 2009, 349 (351 f., 353 f.).

1934 Diesen nimmt der Gerichtshof in Bezug, vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.1994, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Rn. 24 und EuGH, Urteil vom 7.3.1996, Rs. C-192/94 (El Corte Inglés), Rn. 17, wo die Sorge zum Ausdruck gebracht wird, dass die EU bei Anerkennung einer Horizontalwirkung dann mit unmittelbarer Wirkung Verpflichtungen zu Lasten Einzelner schaffe, obwohl sie dies nur dürfe, wenn sie Verordnungen (oder Beschlüsse) erlassen dürfe. Dies wird vom EuGH weiterhin als Begründung für einen Ausschluss der Horizontalwirkung angeführt, vgl. EuGH, Urteil vom 10.10.2017, Rs. C-413/15 (Farrell), Rn. 31; EuGH, Urteil vom 22.1.2019, Rs. C-193/17 (Cresco Investigation), Rn. 72; EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 66.

1935 *Craig*, ELRev. 2009, 349 (354 f.); siehe auch *Coutron*, RTDEur. 2015, 39 (48 mit Fn. 70), der auf die Regelung des Art. 296 AEUV verweist, in der zum Ausdruck kommt, dass die jeweiligen Anwendungsbereiche von Verordnung und Richtlinie nicht scharf voneinander abgegrenzt sind.

1936 Siehe nur GA *Sharpston*, Schlussanträge vom 22.6.2017 in der Rs. C-413/15 (Farrell), Rn. 148 ff.

Sprachfassungen des Art. 288 III AEUV deutlicher zum Ausdruck kommt – Ergebnisverbindlichkeit der Richtlinie stünde Art. 288 III AEUV einer Horizontalwirkung von Richtlinien nicht entgegen.¹⁹³⁷

Da der Gerichtshof diesen Schritt aber bislang nicht gegangen ist und auch nicht zu erwarten steht, dass er ihn demnächst gehen wird, ist weiterhin davon auszugehen, dass ausdrücklich zwischen der Möglichkeit, sich gegenüber dem Staat unmittelbar auf die Richtlinie zu berufen, unabhängig davon, in welcher Eigenschaft dieser handelt, und der gegenüber einem Privaten ausgeschlossenen unmittelbaren Wirkung der Richtlinie zu unterscheiden ist. Aufgrund des Ausschlusses der Horizontalwirkung ist in letzterem Fall zunächst eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts zu versuchen. Scheitert diese, kann die Richtlinienbestimmung zwischen Privaten weder geltend gemacht werden, um die Wirksamkeit eines in ihr vorgesehenen Anspruchs zu gewährleisten, noch um die Nichtanwendung entgegenstehender Bestimmungen des nationalen Rechts zu erreichen. Im Falle des Scheiterns der richtlinienkonformen Auslegung verbleibt damit nur die auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen *Francovich* u.a.¹⁹³⁸ zurückgehende Möglichkeit der Haftung des Mitgliedstaats für den Unionsrechtsverstoß.¹⁹³⁹

Auch der Ausschluss der Anwendung einer richtlinienwidrigen Regelung eines Mitgliedstaats ist im Horizontalverhältnis also nicht möglich.¹⁹⁴⁰ Ein „effet d'exclusion“ im Horizontalverhältnis kommt einer Richtlinie damit nicht zu.¹⁹⁴¹ Zurückzuweisen ist daher der Vortrag, es handele sich nur um eine unionsrechtlich unbedenkliche negative Auswirkung, wenn infolge der Nichtanwendung einer nationalen Vorschrift im Horizontalverhältnis ein auf diese Vorschrift gestützter Anspruch entfal-

1937 *Raff*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2016, 67 (87 mit Fn. 78) meint, dafür sei es „höchste Zeit“.

1938 EuGH, Urteil vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (*Francovich* u.a.).

1939 EuGH, Urteil vom 26.3.2015, Rs. C-316/13 (*Fenoll*), Rn. 48. GA *Wathelet*, Schlussanträge vom 3.3.2016 in der Rs. C-46/15 (*Ambisig*), Rn. 36 mit Fn. 14 spricht daher von einer „Rangordnung der in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen einschlägigen Lösungen“. Siehe in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-46/15 (*Ambisig*), Rn. 23 ff. und EuGH, Urteil vom 24.1.2012, Rs. C-282/10 (*Dominguez*), Rn. 40 ff.

1940 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (*Smith*), Rn. 44; EuGH, Urteil vom 27.2.2014, Rs. C-351/12 (*OSA*), Rn. 48.

1941 Deutlich GA *Kokott*, Schlussanträge vom 17.1.2019 in der Rs. C-637/17 (*Cogeco Communications*), Rn. 69.

le.¹⁹⁴² Eine derartige Aussage ist mit den in der Rechtsprechung des EuGH anzutreffenden unionsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht vereinbar.

Entscheidende Bedeutung für das nach Unionsrecht mögliche Vorgehen bei der Bewältigung eines Rechtsstreits zwischen Privaten kommt der Beantwortung der Frage zu, ob eine Richtlinienbestimmung einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts konkretisiert. Ist dies der Fall, kann der Einzelne zwar kein Recht aus der Richtlinie, wohl aber aus dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts ableiten und dieses im Horizontalverhältnis geltend machen. In diesem Sinne hat der Gerichtshof etwa entschieden, dass ein nationales Gericht den dem Einzelnen aus Art. 21 und 47 GRCh (Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung und Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz) erwachsenden Rechtsschutz dadurch zu gewährleisten hat, dass es eine unionsrechtswidrige Bestimmung unangewendet lässt, wenn eine mit Art. 4 II der RL 2000/78/EG vereinbare Auslegung des nationalen Rechts scheitert.¹⁹⁴³

Konkretisiert die betroffene Richtlinie dagegen keinen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, besteht im Horizontalverhältnis, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich ist, keine unionsrechtliche Pflicht („nicht allein auf der Grundlage des Unionsrechts verpflichtet“; „not obliged, solely on the basis of EU law“) zur Nichtanwendung des richtlinienwidrigen nationalen Rechts.¹⁹⁴⁴ Es besteht also keine Verpflichtung, die Möglichkeit der Berufung auf Richtlinien auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten auszudehnen.

Mit der Unterscheidung zwischen positiver Anwendung der Richtlinie und negativer Reflexwirkung kann der Ablehnung der Horizontalwirkung durch den EuGH nicht begegnet werden, da die Nichtanwendung des nationalen Rechts als bloße Kehrseite der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie erscheint.¹⁹⁴⁵ Gegen die Anerkennung einer negativen unmittelbaren Richtlinienwirkung spricht auch, dass deren Reichweite dann von der Zufälligkeit der Ausgestaltung des nationalen Rechts abhinge, worauf sich das Unionsrecht nicht einlassen sollte.¹⁹⁴⁶

1942 In diesem Sinne aber *Kruis*, Anwendungsvorrang, 2013, S. 120.

1943 EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 79.

1944 EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), Rn. 46 ff.

1945 *Zöchling-Jud*, in: FS Mayer, 2011, S. 871 (877 ff.) im Zusammenhang mit der Frage der unmittelbaren Wirkung des Verbots der Altersdiskriminierung.

1946 *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (11); *Osterloh-Konrad*, CR 2008, 545 (547 f.); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911).

Vor dem Hintergrund, dass auch die Verdrängung des nationalen Rechts eine Anwendung der Richtlinie darstellt, wird das Horizontalverhältnis zum Teil in eine Dreiecksbeziehung zwischen den beiden Parteien und dem Gericht als Träger öffentlicher Gewalt umgedeutet. Auf diese Weise sollen Vertikalbeziehungen entstehen, in denen die vertikale Wirkung der Richtlinie und das Verbot der umgekehrt vertikalen Wirkung zum Tragen kommen können. Die Anwendung richtlinienwidrigen nationalen Rechts soll dann von der betroffenen Partei abgewehrt werden können.¹⁹⁴⁷ Eine solche Sichtweise ist allerdings bereits aus dem Grund abzulehnen, dass es sich hier um die „bloße Umdefinition“ eines Horizontalverhältnisses in Vertikalverhältnisse handelt. Nicht plausibel ist, dass sich allein durch die Einleitung eines Gerichtsverfahrens etwas an der Natur des zugrundeliegenden Rechtsstreits ändern sollte.¹⁹⁴⁸

3. Fazit

Ob man eine Ausschlusswirkung ohne unmittelbare Wirkung annimmt oder ob man sie unter dem Begriff der negativen unmittelbaren Wirkung als Anwendungsfall unmittelbarer Wirkung beschreibt, hängt von der Enge bzw. Weite des zugrunde gelegten Verständnisses der unmittelbaren Wirkung ab. Auch wenn man die Ausschlusswirkung vollständig von der unmittelbaren Wirkung abkoppelt, kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei ihr letztlich um den Ausfluss der Wirkung einer Richtlinienbestimmung handelt, die der Gerichtshof im Horizontalverhältnis ablehnt. Ebenso verweigert er sich einer positiven unmittelbaren Horizontalwirkung, obwohl diese nach hier vertretener Auffassung im Einklang mit Primärrecht stünde. Im Horizontalverhältnis steht daher „lediglich“ die richtlinienkonforme Auslegung zur Erzielung unionsrechtskonformer Ergebnisse zur Verfügung, wenn sich das nationale Recht als richtlinienwidrig erweist. Scheitert auch diese, verbleibt die unsichere Möglichkeit eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.

Die in der Rechtsprechung aufgezeigten Ansätze eines entkoppelten Anwendungsvorrangs würden dem Gerichtshof, wenn man sie konsequent zu Ende denkt, zwar eine Lösung aller Kollisionsfälle zwischen Unions-

1947 So *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 80 f.

1948 Ebenso bereits *Baldauf*, Richtlinienverstoß, 2013, S. 169.

recht und nationalem Recht ermöglichen.¹⁹⁴⁹ Dass der Gerichtshof einen solchen Schritt gehen wird, steht allerdings nicht zu erwarten.

Durch die Ablehnung einer eigenständigen Vorrangwirkung der Richtlinie kommt es zu keiner Verdrängung des nationalen Rechts. Dies unterscheidet die Situation vom Anwendungsbereich des Anwendungsvorrangs, was grundsätzlich Raum für eine abweichende Behandlung im Hinblick auf die Möglichkeit der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände eröffnet. Ob dennoch eine Gleichbehandlung im Ergebnis zu erfolgen hat, hängt damit von der Reichweite des Art. 288 III AEUV ab. Dieser Frage wird im Rahmen der nun erfolgenden näheren Beleuchtung der Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte zu richtlinienkonformer Auslegung nachgegangen.

III. Richtlinienkonforme Auslegung

Die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten, bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts den Inhalt der Richtlinie heranzuziehen, um das von der Richtlinie vorgegebene Ergebnis zu erreichen.¹⁹⁵⁰ Das nationale Recht ist anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen.¹⁹⁵¹ Auch wenn die Verpflichtung zu unionsrechtskonformer Auslegung nicht nur bei Richtlinien besteht, sondern sämtliches Unionsrecht und damit auch das unmittelbar anwendbare umfasst, so steht im Folgenden die richtlinienkonforme Auslegung im Mittelpunkt, da sich bei ihrem Scheitern der Anwendungsvorrang nicht durchsetzen kann, wenn es der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung an unmittelbarer Wirkung fehlt.¹⁹⁵²

1949 Vgl. Mörtb, ZöR 70 (2015), 33 (49 ff.). Er nennt dies „holistisches Vorrangprinzip“.

1950 Siehe nur EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-46/15 (Ambisig), Rn. 25.

1951 Siehe nur EuGH, Urteil vom 26.10.2016, Rs. C-611/14 (Canal Digital Danmark), Rn. 32, 33; EuGH, Urteil vom 21.4.2016, Rs. C-377/14 (Radlinger und Radlingerová), Rn. 79.

1952 Für das unmittelbar anwendbare Unionsrecht hat die unionsrechtskonforme Auslegung insoweit eigenständige Bedeutung, als sich die Frage der Nichtanwendung des nationalen Rechts gar nicht stellt, wenn die nationale Norm unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, vgl. EuGH, Urteil vom 24.1.2012, Rs. C-282/10 (Dominguez), Rn. 23; EuGH, Urteil vom 10.10.2013, Rs. C-306/12 (Spedition Welter), Rn. 28; EuGH, Urteil vom 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (Bauer und Willmeroth), Rn. 25. Scheitert diese,

Einzelnen kann der Staat eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts grundsätzlich entgegenhalten¹⁹⁵³, was die noch näher zu untersuchende Frage, ob allgemeine Rechtsgrundsätze Privaten Schutz vor nachteiligen Auswirkungen bieten, in das Zentrum der Aufmerksamkeit rückt.¹⁹⁵⁴ Auch zwischen Privaten findet die richtlinienkonforme Auslegung Anwendung.¹⁹⁵⁵

Anders als bei der unmittelbaren Wirkung sind inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit keine Voraussetzungen der richtlinienkonformen Auslegung.¹⁹⁵⁶ Trotz fehlender unmittelbarer Wirkung ist es nach Auffassung des Gerichtshofs möglich, den Zweck der betroffenen Richtlinienbestimmungen zu identifizieren, dem durch Auslegung des nationalen Rechts Rechnung zu tragen ist, wenn es an einer Umsetzung in nationales Recht fehlt.¹⁹⁵⁷ Dass damit bei unmittelbarer Wirkung und konformer Auslegung verschiedene Standards der Bestimmtheit und Genauigkeit im Raum stehen, leuchtet allerdings nicht unmittelbar ein. Deutlich wird dies etwa an der Überlegung, dass es zur Festlegung, ab wann Kosten „übermäßig teuer“ sind, eines identischen Maßstabs bedarf, unabhängig davon, ob dies im Wege richtlinienkonformer Auslegung oder unmittelbarer Wirkung ermittelt werden soll.¹⁹⁵⁸ Gleiches gilt beispiels-

kann sich der Anwendungsvorrang aber immer noch durchsetzen, siehe dazu bereits oben bei Fn. 1636.

1953 EuGH, Urteil vom 5.7.2007, Rs. C-321/05 (Kofoed), Rn. 45 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Rn. 12–14 und EuGH, Urteil vom 26.9.1996, Rs. C-168/95 (Arcaro), Rn. 41 f. Siehe auch EuGH, Urteil vom 15.9.2011, Rs. C-53/10 (Franz Mücksch), Rn. 34. GA Kokott, Schlussanträge vom 8.2.2007 in der Rs. C-321/05 (Kofoed), Rn. 65 führt aus, dass „eine durch Bestimmungen des nationalen Rechts vermittelte, d.h. eine *mittelbare* Anwendung des Gemeinschaftsrechts zulasten des Einzelnen, [...] zulässig [ist]“ (Hervorhebung im Original).

1954 Vgl. GA Bobek, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 74 mit Fn. 49 und Rn. 104 mit Fn. 63.

1955 Siehe nur EuGH, Urteil vom 15.1.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale), Rn. 38; aus der Literatur etwa von Kielmansegg, EuR 2014, 30 (36); ebenso Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2395) unter Verweis allerdings auf zwei Urteile des EuGH, in denen sich Staat und Private gegenüberstanden.

1956 EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler u.a.), Rn. 113; Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47 (50); Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2395); Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 7 (9 f.); a.A. Rüffler, ÖJZ 1997, 121 (124 f.).

1957 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 34.

1958 GA Bobek, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 66 ff. Er hielte verschiedene Standards für „irreführend“.

weise für die Frage, ab wann sich eine Sanktion als unverhältnismäßig darstellt.

1. Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung als Ausfluss des Vorrangs?

Die richtlinienkonforme Auslegung wird vom Gerichtshof als Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung eingeordnet, deren wichtigsten Anwendungsfall sie darstellt.¹⁹⁵⁹ Die unionsrechtskonforme Auslegung ist daher als Oberbegriff dafür zu verstehen, dass das Unionsrecht bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen ist, um ihm auf diese Weise zur Durchsetzung zu verhelfen.¹⁹⁶⁰ Vor dem Hintergrund, dass in der Literatur geltend gemacht wird, dass sich in der richtlinienkonformen Auslegung der Anwendungsvorrang verwirkliche, was die Frage der Gewährung von Vertrauensschutz zu einer solchen des Unionsrechts mache¹⁹⁶¹, ist der Ursprung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung kurz näher zu betrachten.

Wenn der EuGH die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung als dem AEU-Vertrag bzw. dem System des AEU-Vertrags immanenten Grundsatz einordnet, geht es ihm um die Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts.¹⁹⁶² Aus dem Vorrang geht sie damit aber noch nicht hervor. Die Aussage des Gerichtshofs ändert nämlich nichts an der vorrangigen Verankerung der Pflicht zu richtlinienkonformer Aus-

1959 EuGH, Urteil vom 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Rn. 114 f., 118; EuGH, Urteil vom 30.4.2014, Rs. C-26/13 (Kásler und Káslerné Rábai), Rn. 65 f.; ebenso zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung EuGH, Urteil vom 5.9.2012, Rs. C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), Rn. 54 ff. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 24 spricht hinsichtlich der richtlinienkonformen Auslegung von einem „besonders bedeutsamen Bereich“ der unionsrechtskonformen Auslegung.

1960 Siehe auch *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13, Rn. 9.

1961 *Schiek*, AuR 2006, 41 (43).

1962 EuGH, Urteil vom 26.10.2016, Rs. C-611/14 (Canal Digital Danmark), Rn. 33; EuGH, Urteil vom 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Rn. 114; EuGH, Urteil vom 21.4.2016, Rs. C-377/14 (Radlinger und Radlingorová), Rn. 79; EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 60. Siehe auch *Ebers*, Unionsprivatrecht, 2016, S. 404 ff.

legung in Art. 288 III AEUV (und Art. 4 III EUV).¹⁹⁶³ Art. 288 III AEUV können die entscheidenden Gesichtspunkte (Umsetzungspflicht, Effektivitätsgrundsatz) bereits entnommen werden, sodass letztlich dahinstehen kann, ob es zu ihrer Begründung neben der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 288 III AEUV zusätzlich eines Rückgriffs auf Art. 4 III EUV bedarf.¹⁹⁶⁴ Damit vergleichbar begründet der Gerichtshof die Verpflichtung zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung insbesondere mit dem verbindlichen Charakter des Rahmenbeschlusses.¹⁹⁶⁵

Die an die mitgliedstaatlichen Gerichte gestellten Anforderungen hat Generalanwalt Bobek plastisch beschrieben. Danach ist im Rahmen der konformen Auslegung nicht nur der jeweils betroffene Ast des nationalen Rechts zu berücksichtigen, sondern der gesamte innerstaatliche Gesetzesbaum einschließlich seines verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Stamms und Wurzelwerks. Verbirgt sich an irgendeiner Stelle dieses Baums eine Regelung, die eine andere Auslegung des konkreten Astes nahelegt, ist diese vorzunehmen.¹⁹⁶⁶ In der Verpflichtung zur Konformauslegung des gesamten nationalen Rechts und nicht nur des Umsetzungsrechts¹⁹⁶⁷ ist aber ebenfalls nicht zwingend eine Verbindung zum Vorrang des Unionsrechts (und nicht nur zur Richtlinienumsetzung) zu sehen.¹⁹⁶⁸ Wenn die Richtlinie, wie hier angenommen, innerstaatlich gilt, wäre es

1963 EuGH, Urteil vom 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Rn. 110, 113; siehe auch *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13, Rn. 10.

1964 Ebenso *Baldauf*, Richtlinienverstoß, 2013, S. 83.

1965 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-294/16 PPU (JZ), Rn. 32; EuGH, Urteil vom 5.9.2012, Rs. C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), Rn. 53 spricht vom „zwingende[n] Charakter“ der Rahmenbeschlüsse. Auch zur Begründung der Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung rekurriert der EuGH auf das „System des AEU-Vertrags“, dem diese Verpflichtung immanent sei, vgl. EuGH, Urteil vom 29.6.2017, Rs. C-579/15 (Popławski), Rn. 31; EuGH, Urteil vom 8.11.2016, Rs. C-554/14 (Ognyanov), Rn. 59. Diese Formulierung muss überraschen, unterliegen die Wirkungen der Rahmenbeschlüsse doch wie oben bei und in Fn. 1891 gesehen nach wie vor den Regeln der vor dem Vertrag von Lissabon geltenden Fassung des EU-Vertrags.

1966 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 58 f.

1967 Siehe nur EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler u.a.), Rn. 108; EuGH, Urteil vom 23.4.2009, verb. Rs. C-378/07 bis C-380/07 (Angelidaki u.a.), Rn. 197; EuGH, Urteil vom 10.3.2011, Rs. C-109/09 (Deutsche Lufthansa), Rn. 52; EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-106/89 (Marleasing), Rn. 8.

1968 So aber *Simon*, in: *Mélanges Mengozzi*, 2013, S. 279 (282 f.). Für *Simon*, a.a.O., S. 300 ist die Konformauslegung Vorrang, fortgeführt mit anderen Mitteln.

nicht verständlich, wenn sie als Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung keine Bedeutung für das übrige nationale Recht hätte.

Dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht aus dem Vorrang des Unionsrechts entspringen kann, zeigen schließlich die ihr gezogenen Grenzen. Zwar ließe sich die Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze mit einer Ableitung aus dem Vorrang vereinbaren. Erkennt man nämlich dessen Einschränkung an¹⁹⁶⁹, können ihm die allgemeinen Rechtsgrundsätze entgegenstehen. Zugleich erkennt der Gerichtshof aber auch die (in ihrer Bedeutung allerdings sehr umstrittene) *contra legem*-Grenze an, die dazu führt, dass eine Konformauslegung aus im nationalen Recht wurzelnden Gründen scheitern kann. Wäre die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung aus dem Vorrang abzuleiten, würde nicht recht einleuchten, weshalb dieser entgegenstehendes nationales Recht nicht einfach verdrängt.

Diese Möglichkeit besteht aber lediglich bei einer unmittelbare Wirkung entfaltenden Richtlinienbestimmung.¹⁹⁷⁰ Kommt eine unmittelbare Wirkung dagegen nicht in Betracht, kann die *contra legem*-Grenze nicht durch Nichtanwendung des nationalen Rechts übergangen werden. Ihre Anerkennung steht einer Ableitung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung aus dem Vorrang daher diametral entgegen.¹⁹⁷¹ Verzichtete man mit den Befürwortern eines derartigen Vorgehens auf das Erfordernis unmittelbarer Wirkung und entkoppelte damit den Vorrang von ihr, wäre die *contra legem*-Grenze letztlich obsolet. Da der EuGH sie aber weiterhin anerkennt, zeigt sich auch hier, dass er einer Entkopplung letztlich doch ablehnend gegenübersteht.

Zu Recht hat der Gerichtshof nach alledem die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung in Art. 288 III AEUV (und Art. 4 III EUV) verankert. An dieser Feststellung ändert sich auch nichts durch die Auffassung des Gerichtshofs, dass „der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts“ den nationalen Gerichten „zur Gewährleistung der Wirksamkeit sämtlicher Bestimmungen des Unionsrechts“ auferlegt, ihr nationales Recht so weit wie möglich unionsrechtskonform auszulegen.¹⁹⁷² Die der richtlinienkonformen Auslegung gesetzten Grenzen können damit nicht überspielt werden.

1969 Siehe dazu ausführlich oben bei Fn. 1358 ff.

1970 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 21.10.2008 in den verb. Rs. C-261/07 und C-299/07 (VTB-VAB und Galatea), Fn. 22.

1971 *Dougan*, CMLRev. 44 (2007), 931 (946 f.). Eine Ableitung aus dem Vorrang nehmen dagegen *Lenaerts/Corthaut*, ELRev. 2006, 287 (293) vor.

1972 EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 57. In der englischen bzw. französischen Sprachfassung ist dies mit „the primacy principle

2. Vertrauensschutz gegen Rechtsprechung im deutschen Recht

Da die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung nach hier vertretener Ansicht nicht aus dem Vorrang des Unionsrechts entspringt, ist die Frage der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung nicht bereits aus diesem Grund eine allein nach unionsrechtlichen Maßstäben zu beurteilende. In der Literatur finden sich verschiedene Überlegungen, eine Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände in diesem Bereich zu ermöglichen. Insbesondere ist dort der Wunsch zu erkennen, die im nationalen Recht anerkannten Grundsätze des Vertrauensschutzes auf die richtlinienkonforme Auslegung zu übertragen. Bevor genauer zu untersuchen ist, ob dieses Ansinnen erfolgversprechend ist, ist zunächst darzulegen, welchen Wert Vertrauensschutz gegen Rechtsprechung nach rein nationalem Verständnis genießt. Da als nationaler Vertrauensumstand insbesondere eine langjährige, sich später als unionsrechtswidrig herausstellende nationale Rechtsprechung in Betracht kommt, erscheint dieser Blick auf den nach deutschem Recht gegen Rechtsprechung gewährten Vertrauensschutz angezeigt. Nur in dem Umfang, in dem dieses Vertrauensschutz anerkennt, kann er vor dem Hintergrund des Äquivalenzgrundsatzes im Anwendungsbereich des Unionsrechts überhaupt zum Tragen kommen.

Das Bundesverfassungsgericht sieht Vertrauensschutz in der Rechtssicherheit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und den Grundrechten verankert.¹⁹⁷³ Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte gewährleisten nach seinen Ausführungen die Verlässlichkeit der Rechtsordnung und schaffen damit eine Voraussetzung für die Selbstbestimmung des Einzelnen über den eigenen Lebensentwurf. Durch seine Betonung der ohne diese Verlässlichkeit bestehenden Gefährdung der Betroffenen in ihrer Freiheit wird der mit der Gewährung von Vertrauensschutz verfolgte Zweck deutlich: er ist auf Freiheitssicherung gerichtet und denkt vom Individuum her.¹⁹⁷⁴

requires, inter alia, national courts“ bzw. „le principe de primauté impose, notamment, aux juridictions nationales“ wiedergegeben. Auch die Pflicht, dem Einzelnen gegebenenfalls einen Entschädigungsanspruch zuzuerkennen, führt der Gerichtshof an der zitierten Stelle auf den Vorrang zurück. Die Aussage zur Pflicht zu unionsrechtskonformer Auslegung wiederholend EuGH, Urteil vom 4.3.2020, Rs. C-183/18 (Bank BGŻ BNP Paribas), Rn. 60.

1973 BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 5/08, Rn. 59 – BVerfGE 135, 1.

1974 BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 13 – NJW 2015, 1867; BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 5/08, Rn. 60 – BVerfGE 135, 1; BVerfG, Beschluss vom 5.3.2013, 1 BvR 2457/08, Rn. 41 – BVerfGE 133, 143.

Sind der öffentlichen Gewalt damit auch im Hinblick auf die zeitliche Dimension ihres Handelns Grenzen gesetzt, muss sich auch „rückwirkende“ Rechtsprechung an verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen. Werden die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen erst einmal ausgeblendet, sind dies die Vorgaben, an die die nationalen Gerichte bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten gebunden sind.

a) Rechtsprechung als Anknüpfungspunkt für Vertrauensschutz

Grenze jeglicher Rechtsprechung ist das Willkürverbot. Diese Grenze ist dann überschritten, wenn die Rechtsprechung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist, sodass davon auszugehen ist, sie sei von sachfremden Erwägungen geleitet.¹⁹⁷⁵ Dies ist etwa der Fall, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Vorschrift in krasser Weise missgedeutet wurde.¹⁹⁷⁶ An dieser Grenze ist nicht nur die erstmalige Beantwortung einer Rechtsfrage zu messen, sondern auch eine Rechtsprechungsänderung. Im Hinblick auf diese lässt sich das Willkürverbot als Verbot der willkürlichen Abweichung von bisheriger Rechtsprechung formulieren. Ist Gerichten aber eine willkürliche Änderung ihrer Rechtsprechung nicht gestattet, hat diese einen Wert an sich und ist damit grundsätzlich als Vertrauenstatbestand geeignet.¹⁹⁷⁷

Bei der Beurteilung der an die zeitliche Dimension von Rechtsprechung zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen darf die Besonderheit der Aufgabe der Rechtsprechung nicht außer Acht gelassen werden. Diese im Vergleich zur Gesetzgebung unterschiedliche Ausgangslage betont auch das Bundesverfassungsgericht. So darf angesichts der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz nach Art. 20 III GG die richterliche Tätigkeit, soll sie verfassungsrechtlich unbedenklich sein, den durch das Gesetz gesteckten Rahmen nicht verlassen. Selbst für höchstrichterli-

1975 Dies wird vom Bundesverfassungsgericht selbst als ständige Rechtsprechung bezeichnet, siehe nur BVerfG, Beschluss vom 17.2.2017, 2 BvR 1558/16, Rn. 16 – NVwZ 2017, 1133; BVerfG, Beschluss vom 9.8.2016, 2 BvR 1287/16, Rn. 62 – NVwZ 2017, 46.

1976 BVerfG, Beschluss vom 9.2.2001, 1 BvR 781/98 – DVBl. 2001, 892.

1977 *Neuner*, in: FS Canaris, 2017, S. 205 (214). Er verweist auch auf den Rechtsmittelzug, mit dem eine einheitliche Rechtsprechung gesichert werden soll. Dies verstärkt in der Tat die Kontinuitäts expectation der Betroffenen noch einmal, da ein Hinwirken auf Einheitlichkeit ohne Festhalten an der einmal erzielten Einheitlichkeit seinen Sinn verlöre.

che Rechtsprechung ist danach eine dem Gesetzesrecht vergleichbare Bindungswirkung zu verneinen. Unterscheidet sich die Bindungswirkung von Rechtsprechung aber von derjenigen von Gesetzen, kann Rechtsprechung anders als eine Norm keine generelle Verbindlichkeit beanspruchen. Nimmt man die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der Richter, Art. 97 I GG, mit in den Blick, muss Rechtsprechung zwangsläufig uneinheitlich sein.¹⁹⁷⁸ Gerichten grundsätzlich zuzugestehen, aufgrund besserer Rechtserkenntnis von einer Rechtsprechungslinie auch mit Wirkung für die Vergangenheit abzuweichen, ist daher nur konsequent.¹⁹⁷⁹

Bei den bisherigen verfassungsrechtlichen Maßstäben verbleibt es auch im Hinblick auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu gesetzgeberischen Klarstellungen, auf die im ersten Teil dieser Arbeit bereits hingewiesen wurde.¹⁹⁸⁰ Indem das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung, die bei einem auslegungsbedürftigen Gesetz eine denkbare Auslegung als verbindlich festgeschrieben hatte, als konstitutiv einstufte, hat es diese dem Rückwirkungsverbot unterworfen. Die danach erforderliche Prüfung am Maßstab des grundsätzlichen Verbots echter Rückwirkung führte zur Einordnung der Regelung als verfassungswidrig, obwohl die Rechtsprechung, unabhängig von der gesetzlichen Klarstellung, durch Auslegung zu demselben Ergebnis wie der Gesetzgeber hätte gelangen können, ohne dass dies auf verfassungsrechtliche Bedenken gestoßen wäre. Auch wenn gegen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts argumentiert wird, dass dem Gesetzgeber damit eine Regelung verboten werde, die Gerichte durch Auslegung herbeiführen dürften¹⁹⁸¹, ist sie im

1978 BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, 1 BvR 2530/05 – BVerfGE 126, 369 (394f.). Kritisch zur Argumentation mit Art. 97 I GG *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, S. 166 ff.

1979 *Brocker*, NJW 2012, 2996 (2998); *Maultzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 (344).

1980 BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 5/08 – BVerfGE 135, 1. Siehe oben bei Fn. 108 f.

1981 Abweichende Meinung des Richters *Masing* zum Beschluss des Ersten Senats vom 17. Dezember 2013 – 1 BvL 5/08 –, Rn. 5 – BVerfGE 135, 1 (30). Kritisch auch *Lepsius*, JZ 2014, 488 (491), der „zweierlei Maß“ für Gesetzgebung und Rechtsprechung beklagt, was zu einer „Besserstellung der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung“ führe. Dem Bundesverfassungsgericht im Ergebnis zustimmend *Michael*, JZ 2015, 425 (431 ff.), der das „zweierlei Maß“ zu Recht als „Folge einer differenzierten Funktionalität der Gewalten“ einordnet und einen „Kernbereich judikativer Eigenverantwortung“ angesichts der Unabhängigkeit der Gerichte einfordert, denen die seinerzeit existierende Entscheidungsgrundlage nicht entzogen werden dürfe. Zustimmung äußert auch *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, S. 284.

Ergebnis überzeugend. Auch nach ihrem Erlass hat das Bundesverfassungsgericht an seiner Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Rechtsprechungsänderungen festgehalten.¹⁹⁸² Mit der Anwendung des Rückwirkungsverbots auf gesetzgeberische Klarstellungen geht also keine Neubewertung der zeitlichen Wirkung von Rechtsprechungsänderungen einher; insbesondere ist mit ihr keine Übertragung der für den Gesetzgeber geltenden Rückwirkungsschranken verbunden.¹⁹⁸³ Der an eine Rechtsprechungsänderung anzulegende Maßstab ist daher derselbe, unabhängig davon, ob die Rechtsprechungsänderung im Sinne der zur Rückwirkung von Gesetzen entwickelten Terminologie zu einer unechten oder echten Rückwirkung führt.¹⁹⁸⁴

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar eine über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung an, verweist aber gleichzeitig darauf, dass diese nur auf der Überzeugungskraft der Gründe der Auslegung sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts beruhe.¹⁹⁸⁵ Demnach sind auch Entscheidungen oberster Gerichte zwar über den entschiedenen Fall hinaus richtungsweisend, aber eben kein Präjudiz im engeren Sinne.¹⁹⁸⁶ Der Verweis auf die Überzeugungskraft der Gründe einer bestimmten Gesetzesauslegung macht deutlich, dass die Wirkung von Rechtsprechung auf einer wandelbaren Grundlage beruht: Gründe können immer wieder neu und dann eben auch abweichend beurteilt werden.

Durch das Abstellen auf die Überzeugungskraft der Gründe einer Gesetzesauslegung und damit die Überzeugungskraft der der Rechtsprechung

1982 Siehe z.B. BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12 – DB 2015, 2927.

1983 Siehe hierzu auch *Maultzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 (345 f.). Wenn BVerfG, Beschluss vom 21.12.2009, 1 BvR 2738/08 – BVerfGK 16, 449 (463) ausführt, die Frage der Anwendung der verfassungsrechtlichen Grundsätze zum Rückwirkungsverbot auf die richterliche Rechtsfortbildung bedürfe keiner grundsätzlichen Klärung, hält es sich damit allerdings die Option einer Übertragung des Maßstabs offen.

1984 *Maultzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 (342).

1985 BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 13 – NJW 2015, 1867; BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12, 29 – DB 2015, 2927; BVerfG, Beschluss vom 2.5.2012, 2 BvL 5/10 – BVerfGE 131, 20 (42); BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009, 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248 (277). Hierzu näher *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, S. 299 ff.

1986 BVerfG, Beschluss vom 2.5.2012, 2 BvL 5/10 – BVerfGE 131, 20 (42). Oberste Gerichte sind „vornehmlich zur grundsätzlichen Auslegung und Weiterentwicklung des Rechts berufen“.

zugrundeliegenden Argumentation kann auch kritischen Literaturstimmen Einfluss auf die Beständigkeit der Rechtsprechung und damit die Schutzwürdigkeit des Vertrauens zugestanden werden.¹⁹⁸⁷ So überrascht es nicht, dass die Existenz unterschiedlicher Meinungen hinsichtlich einer bestimmten Rechtsfrage zum Zeitpunkt des Abschlusses von Darlehensverträgen – zitiert werden hier Literaturstimmen – für das Bundesverfassungsgericht dafür entscheidend war, dass nicht auf eine bestimmte Auslegung vertraut werden durfte, mit der Folge, dass sich die Betroffenen nicht auf den Fortbestand einer entsprechenden Rechtsprechungslinie verlassen durften.¹⁹⁸⁸ Das BAG hat dagegen in der Literatur im Hinblick auf Unionsrecht vorgebrachte Zweifel bereits einmal als nicht vertrauenserschütternd angesehen.¹⁹⁸⁹

Dass Literaturstimmen für die Frage des Vertrauensschutzes gegenüber nationaler Rechtsprechung Bedeutung erlangen können, ist aus unionsrechtlicher Sicht dann unbedenklich, wenn im Hinblick auf die Unionsrechtskonformität der nationalen Rechtsprechung geäußerten Bedenken vertrauenserschütternde Wirkung beigemessen wird. Bedenken würde dies dagegen dann begegnen, wenn die Literatur eine sich als unionsrechtswidrig herausstellende Rechtsprechungslinie befürwortet, etwa weil die Betroffenheit von Unionsrecht „übersehen“ wird oder die unionsrechtlichen Maßstäbe verkannt werden und dies als vertrauensbegründend bzw. -verstärkend gewertet würde. Eine solche Wirkung ist aber bislang soweit ersichtlich in der deutschen Rechtsprechung nicht anerkannt worden.

1987 Auf diesen Zusammenhang weist *Maultzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 (344) zutreffend hin. Siehe auch *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, S. 479, 486 f.

1988 BVerfG, Beschluss vom 26.9.2011, 2 BvR 2216/06, 2 BvR 469/07 – BVerfGK 19, 89 (105). Dass das Bundesverfassungsgericht Literaturstimmen vertrauenserschütternde Bedeutung beimisst, hat sich daneben auch im Rahmen der Prüfung von Vertrauen auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung gezeigt, vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.2.2009, 1 BvR 3076/08 – BVerfGE 122, 374 (395 f.). Siehe etwa auch *Neuner*, in: FS Canaris, 2017, S. 205 (215), nach dessen Auffassung die „Wirkkraft des Vertrauensschutzprinzips“ auch davon abhängt, ob die Rechtsprechung in der Literatur kritisiert oder befürwortet wurde.

1989 BAG, Urteil vom 23.3.2006, 2 AZR 343/05, Rn. 42 – BAGE 117, 281. Danach können vereinzelte Literaturstimmen (und die Entscheidung eines einzelnen Arbeitsgerichts) das Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung nicht relevant erschüttern. Kritisch zur Berücksichtigung von Literaturmeinungen auch *Herdagen*, *WM* 2009, 2202 (2208); *Höpfner*, *RdA* 2006, 156 (160). Zur Unerheblichkeit von Literaturstimmen im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung siehe oben bei Fn. 702 f.

Machen die Rechtsunterworfenen „Vertrauensschutz gegen Rechtsprechung“ geltend, kommen hierfür nach dem vorstehend Gesagten zwei Anknüpfungspunkte in Betracht – nationale Rechtsprechung und nationale Normen.¹⁹⁹⁰ Ins Feld geführt werden kann also einerseits die über den Einzelfall hinausgehende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung, die die Erwartung weckt, dass ein Gericht bei seiner Entscheidung frühere Rechtsprechung berücksichtigt. Andererseits kann die Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz angeführt werden, die es den Gerichten untersagt, den durch das Gesetz gesteckten Rahmen zu verlassen. Sie weckt die Erwartung, dass sich die Rechtsprechung innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegt. Unterschiedliche Auffassungen zur Verfassungsmäßigkeit einer Norm können dabei ihre Tauglichkeit als Vertrauensgrundlage angesichts der ausschließlichen Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Entscheidung über ihre Verfassungsmäßigkeit nicht in Frage stellen.¹⁹⁹¹ Vertrauensschutz gegen Rechtsprechung ist damit gegen Rechtsprechung gerichtet, die „legitime Erwartungen in die Rechtslage“ enttäuscht.¹⁹⁹²

b) Unterschiede zwischen Erstausslegung und Rechtsprechungsänderung

Wird Vertrauensschutz gegen Rechtsprechung geltend gemacht, ist zwischen der erstmaligen Auslegung einer Norm („Erstausslegung“) und einer Rechtsprechungsänderung zu unterscheiden. Bei einer Rechtsprechungsänderung wird die gleiche Rechtsfrage bei einer erneuten Bewertung abweichend von der zunächst vorgenommenen Bewertung beurteilt. Die Änderung des in der bisherigen Rechtsprechung aufgestellten Rechtssatzes ist dabei entscheidend für den Ausgang des Verfahrens.¹⁹⁹³

1990 Siehe zu diesen Anknüpfungspunkten auch *Neuner*, in: FS Canaris, 2017, S. 205.

1991 BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, Rn. 378 – BVerfGE 143, 246.

1992 *Herdegen*, WM 2009, 2202 (2204).

1993 *Lunk*, in: FS Reuter, 2010, S. 689 (694); *Koch*, SR 2012, 159 (162). Zur zeitlichen Wirkung einer Rechtsprechungsänderung des EuGH näher oben bei Fn. 220 ff., insb. Fn. 238 ff.

aa) Erstausslegung

Zwar ist den Rechtsunterworfenen eine Berufung auf die Unkenntnis der Rechtslage nicht gestattet, sodass konsequenterweise umgekehrt auch der Schutz abstrakten Vertrauens in diese anzuerkennen ist, was konkretes, individuelles Vertrauen der Rechtsunterworfenen entbehrlich macht.¹⁹⁹⁴ Bei einer Erstausslegung muss die Gewährung von Vertrauensschutz dennoch letztlich ausscheiden.

Da die Betroffenen mit der Anwendung sämtlicher Auslegungsmethoden durch die Gerichte rechnen müssen, können sie nämlich kein Vertrauen auf die Anwendung einer für sie günstigen Auslegungsmethode gründen.¹⁹⁹⁵ Letztlich würde das Vertrauen bei einer Erstausslegung daher allein darauf beruhen, eine Rechtsfrage werde im Sinne der Betroffenen entschieden.¹⁹⁹⁶ Eine derartige Erwartung steht aber nicht unter dem Schutz der Verfassung.¹⁹⁹⁷ Demnach kann auch die „herrschende Meinung“ im Rahmen der erstmaligen Beantwortung einer Rechtsfrage durch die Rechtsprechung kein Anknüpfungspunkt für Vertrauen sein.¹⁹⁹⁸ Auch bei in der Literatur zu findender Unterstützung für die eigene Rechtsansicht ändert sich ja nichts daran, dass lediglich auf eine bestimmte Auslegung vertraut wird, ohne dass erkennbar wäre, weshalb dieses Verständnis verfassungsrechtlichen Schutz genießen sollte.¹⁹⁹⁹

1994 *Neuner*, in: FS Canaris, 2017, S. 205 (208) nennt dies „generelle Inpflichtnahme der Normadressaten durch die Rechtsordnung“ einerseits und „generelles Vertrauen-Dürfen auf die Rechtsordnung“ andererseits. Siehe auch *Klappstein*, Rechtsprechungsänderung, 2009, S. 380 ff. *Höpfner*, RdA 2006, 156 (157) lässt dagegen den Beweis der Unkenntnis der Rechtslage zu, um ein „Zufallsgeschenk“ an den Prozessgegner zu vermeiden. *Neuner*, a.a.O., S. 216 führt Beispiele an, wann das abstrakte Vertrauen zerstört ist.

1995 BVerfG, Beschluss vom 23.5.2016, 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, Rn. 58 f. – NJW-RR 2016, 1366 zum Verhältnis der Auslegung nach dem Wortlaut und der teleologischen, an der Rechtsprechung des EuGH orientierten Reduktion.

1996 *Koch*, SR 2012, 159 (161).

1997 BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 16 – NJW 2015, 1867 unter Verweis auf BAG, Urteil vom 13.3.2013, 5 AZR 954/11, Rn. 24 – BAGE 144, 306.

1998 A.A. *Neuner*, in: FS Canaris, 2017, S. 205 mit Fn. 3.

1999 *Herdegen*, WM 2009, 2202 (2205) meint dagegen, Vertrauensschutz sei auch dann zu gewähren, wenn das Vertrauen auf einem bislang unangefochtenen Verständnis der Rechtslage und einer entsprechenden Geschäftspraxis beruhe und nun erstmalig eine abweichende Rechtskonkretisierung durch die Rechtsprechung stattfinde.

Nach den an die Erstausslegung anzulegenden verfassungsrechtlichen Maßstäben muss die gerichtliche Entscheidung also lediglich „vertretbar“ und damit methodisch sauber begründet sein.²⁰⁰⁰ Anders als der EuGH, der grundsätzlich bereit ist, auch bei der Erstausslegung guten Glauben zu bejahen, verfährt das Bundesverfassungsgericht demnach restriktiver. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Vertrauensschutzes bei einer Erstausslegung hindern die nationalen Gerichte damit nicht an einer unionsrechtskonformen Rechtsfindung und stehen ihr deshalb nicht entgegen.

bb) Rechtsprechungsänderung

Wird der Blick auf die Rechtsprechungsänderung gerichtet, ist festzuhalten, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht im Ausgangspunkt keinen Unterschied macht, ob ein in der Rechtsprechung entwickelter Rechtssatz bereits lange Zeit Bestand hatte oder nicht. Auch ein bereits länger bestehender Rechtssatz ist einer Änderung ebenso zugänglich wie jeder andere Rechtssatz, damit die Rechtsprechung ihrer Aufgabe zur gegebenenfalls erforderlichen Weiterentwicklung dieser Rechtssätze nachkommen kann. Im Ausgangspunkt gilt daher, dass eine Änderung der Rechtsprechung auch auf Altfälle anzuwenden ist.²⁰⁰¹ Dass sich die Verhältnisse oder allgemeinen Auffassungen wesentlich geändert haben, ist nicht erforderlich, um das Abgehen von der früheren Rechtsprechung als im Hinblick auf Art. 20 III GG unbedenklich anzusehen.²⁰⁰²

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts unterscheiden sich „die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, an denen Rechtsprechungsänderungen zu messen sind, [...], *abgesehen von dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes*, nicht von denjenigen, die gegenüber dem erstmaligen Aufstellen eines Rechtssatzes durch ein Gericht angezeigt sind.“²⁰⁰³ Gerade dieser Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes erlangt im vorliegenden Zusammenhang allerdings Bedeutung.

2000 Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (362).

2001 Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79, Rn. 149.

2002 BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 13 – NJW 2015, 1867; BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12 – DB 2015, 2927; BVerfG, Beschluss vom 26.6.1991, 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 (227 f.); BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009, 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248 (277).

2003 BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12 – DB 2015, 2927 (Hervorhebung nur hier); siehe auch BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009, 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248 (267).

Von einer Rechtsprechungsänderung ist zunächst der Fall abzugrenzen, dass keine entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung bestand, sondern vielmehr eine bereits angelegte Rechtsprechungslinie lediglich fortgeführt wird. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ergeben sich dann keine Probleme.²⁰⁰⁴ Besteht lediglich Unsicherheit über den Inhalt der geltenden Rechtslage, ist dies für die Begründung von Vertrauen unzureichend. Geltend gemacht werden kann auch nicht, dass das Verhalten anderer Stellen als des zur Entscheidung berufenen Gerichts vertrauensbegründend gewirkt hätte. Ebenso wenig besteht etwa die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung „in einem gänzlich anders gelagerten Rechtsstreit“ heranzuziehen.²⁰⁰⁵

Rechtsprechung muss vielmehr zwei Voraussetzungen erfüllen, um vom Bundesverfassungsgericht als vertrauensschutzrelevant anerkannt zu werden: Es muss sich erstens um eine Rechtsprechungsänderung handeln, die sich zweitens als Abweichung von einer ständigen höchstrichterlichen²⁰⁰⁶ Rechtsprechungslinie darstellt. Vertrauensschutz kommt also von vornherein nur ausnahmsweise in Betracht.²⁰⁰⁷ Ob höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, die derart gefestigt ist, dass sie als ständige Rechtsprechung

2004 BVerfG, Beschluss vom 8.12.2011, 1 BvR 2514/11 – BVerfGK 19, 254 (257). Dies gilt auch für die Rechtsprechung des EuGH, vgl. GA *Wahl*, Schlussanträge vom 22.6.2016 in der Rs. C-41/15 (Dowling u.a.), Rn. 76, wonach zwischen einer Klarstellung oder Nuancierung der Rechtsprechung und ihrer Änderung unterschieden werden muss.

2005 Siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 18 – NJW 2015, 1867.

2006 Danach erlangt etwa Bedeutung, dass die Fachgerichte hinsichtlich der Auslegung und Anwendung „spezifischen Verfassungsrechts“ nicht höchste Instanz sind, wenn also z.B. die Bedeutung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr in Rede steht. Ein Betroffener muss dann damit rechnen, dass beispielsweise eine vom BAG vorgenommene verfassungskonforme Auslegung vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Bestand hat, vgl. BAG, Urteil vom 23.1.2019, 7 AZR 161/15, Rn. 34 f. – juris; BAG, Urteil vom 23.1.2019, 7 AZR 733/16, Rn. 46 f. – NZA 2019, 700.

2007 Vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, 1 BvR 2530/05 – BVerfGE 126, 369 (395): „Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung kann allenfalls bei gefestigter, langjähriger Rechtsprechung entstehen [...]“. Siehe auch BVerfG, Beschluss vom 12.6.1986, 2 BvL 5/80, 2 BvL 17/82, 2 BvR 635/80 – BVerfGE 72, 302 (326); BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009, 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248 (277 f.); BVerfG, Beschluss vom 2.5.2012, 2 BvL 5/10 – BVerfGE 131, 20 (42); BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12 – DB 2015, 2927. Siehe zu dieser Fragestellung auch *Koch*, SR 2012, 159 (160 ff.).

bezeichnet werden kann, wird dadurch beeinflusst, wie häufig oder selten eine Rechtsfrage bislang entschieden wurde und ob dagegen Widerstand bei den Instanzgerichten oder in der Literatur zu verzeichnen ist.²⁰⁰⁸

Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung unbedenklich sei, wenn sie hinreichend begründet sei und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung halte.²⁰⁰⁹ Vorhersehbarkeit und hinreichende Begründung sind nicht schon dann zu bejahen, wenn sich das Gericht nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Angesichts der Unterschiede im Maßstab ist daher die Auffassung unzutreffend, die Rechtsprechungsänderung werde generell nur einer Willkürkontrolle unterzogen.²⁰¹⁰ So bedarf es zur Begründung der Vorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsänderung etwa des Nachweises, dass bislang ein „nur schwer erträglicher Widerspruch“ zwischen verwaltungs- und arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung bestand, sodass eine Rechtsprechungsänderung zur Beseitigung der unterschiedlichen Beurteilung der Rechtsfrage „früher oder später“ zu erwarten war.²⁰¹¹

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht einen anderen Eindruck erweckt, können die Kriterien der hinreichenden Begründung und der Vorhersehbarkeit nicht streng voneinander getrennt werden. So ist eine Rechtsprechungsänderung sowohl hinreichend begründet als auch vorhersehbar, wenn sie eine Gesetzesänderung erwidert oder auf eine Änderung der tatsächlichen Umstände reagiert. Erfolgt sie als Konsequenz besserer Rechtserkenntnis, kommt der Methodenlehre bei der Beurteilung der Wahrung der vom Bundesverfassungsgericht an Begründung und Vorhersehbarkeit gestellten Anforderungen entscheidende Bedeutung zu.²⁰¹²

2008 Siehe *Koch*, SR 2012, 159 (161 f.). Er spricht davon, ob die Rechtsprechung angesichts geäußerter Kritik als „krisenfest“ (Anführungszeichen im Original) bezeichnet werden kann.

2009 Siehe nur BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009, 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248 (277); BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 13 – NJW 2015, 1867; BVerfG, Beschluss vom 26.6.1991, 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 (227 f.).

2010 So aber *Brocker*, NJW 2012, 2996 (3000); siehe auch *von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 452, der auf Art. 3 I GG verweist.

2011 BVerfG, Beschluss vom 6.5.2008, 2 BvR 1926/07 – BVerfGK 13, 521 (527 f.). In der Sache ging es um eine formularmäßig verwendete arbeitsvertragliche Nebenabrede, die vom einen Gerichtszweig für nichtig erklärt, vom anderen dagegen für wirksam erachtet wurde, sodass der Erfolg einer Klage davon abhing, vor welchem Gerichtszweig sie erhoben wurde.

2012 Siehe hierzu auch *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (363) unter Verweis auf *Kähler*, Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 83 ff.

Nicht auf den ersten Blick erschließt sich, ob das Bundesverfassungsgericht bei Vorliegen eines durch ständige höchstrichterliche Rechtsprechung begründeten Vertrauenstatbestandes von der Unzulässigkeit der Rechtsprechungsänderung selbst ausgeht oder die Änderung zwar vorgenommen werden kann, sie dann aber gegebenenfalls abzumildern ist.

Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung sei unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet sei und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung halte, deutet bei erstem Hinsehen auf ein Verständnis, wonach eine Rechtsprechungsänderung aus Vertrauensschutzgründen unzulässig ist, wenn sie nicht hinreichend begründet ist oder sich nicht im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Zudem spricht das Bundesverfassungsgericht von besonderen Voraussetzungen, unter denen eine Änderung der Rechtsprechung ausnahmsweise Vertrauensschutz nach Art. 20 III GG verletzen könne.²⁰¹³ Auch dies lässt vermuten, dass die bisherige Rechtsprechung bei Vorliegen schutzwürdigen Vertrauens fortzuführen ist, die Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsprechungsänderung, ihrem „Ob“, also zu verneinen ist. Eine solche Sichtweise hätte allerdings zur Folge, dass Rechtsprechung nur noch durch Gesetzgebung geändert werden könnte.²⁰¹⁴

Nicht zuletzt angesichts dieser unerwünschten Konsequenz geht wohl auch das Bundesverfassungsgericht letztlich von der Änderbarkeit der Rechtsprechung aus, wie sich an der Aussage zeigt, dass bei Bestehen eines Vertrauenstatbestandes aufgrund gefestigter Rechtsprechung diesem erforderlichenfalls²⁰¹⁵ durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit²⁰¹⁶

2013 BVerfG, Beschluss vom 25.4.2015, 1 BvR 2314/12, Rn. 15 – NJW 2015, 1867.

2014 Höpfner, RdA 2006, 156 (160); Piekenbrock, ZZP 119 (2006), 3 (15) erblickt in dieser Ansicht eine unzulässige Vermengung der zukunfts- und vergangenheitsbezogenen Funktion revisionsgerichtlicher Rechtsprechung.

2015 Spelge, FA 2011, 34 bezeichnet diese Formulierung als „durchaus wolkig“.

2016 Gemeint ist die zeitliche Anwendbarkeit der geänderten Rechtsprechung. In diesem Sinne auch BAG, Urteil vom 13.3.2013, 5 AZR 954/11, Rn. 24 – BAGE 144, 306.

oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall²⁰¹⁷ Rechnung getragen werden könne.²⁰¹⁸

Im Anschluss an dieses Postulat spricht das Bundesverfassungsgericht beispielsweise § 17 StGB und damit die Figur des unvermeidbaren Verbotsirrtums an, mit der das Vertrauen bei einer Rechtsprechungsänderung geschützt werden soll.²⁰¹⁹ Demnach ist bei Vorliegen einer gefestigten Rechtsprechung im Tatzeitpunkt, die ein Verhalten als straflos einordnet, § 17 StGB anzuwenden, wenn zugleich eine Änderung dieser Rechtsprechung nicht absehbar war. Die Änderung der Rechtsprechung kann daher vorgenommen werden und ist durch Anwendung des § 17 StGB abzumildern. In dem in Bezug genommenen Fall prüfte das Bundesverfassungsgericht das Fehlen eines Vertrauenstatbestandes und das Vorliegen einer vorhersehbaren Entwicklung zusammen; es unterschied also nicht trennscharf zwischen beiden Kriterien.²⁰²⁰ Ihre Prüfung geht damit ineinander über.

Wenn das Bundesverfassungsgericht ausführt, dem Vertrauenstatbestand sei „erforderlichenfalls“ Rechnung zu tragen, ließe dies zwar auch die Möglichkeit offen, trotz Bestehens eines solchen die Rechtsprechungsänderung ohne zeitliche Begrenzung vorzunehmen.²⁰²¹ Überzeugender erscheint es aber, bei Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes die Gewährung von Vertrauensschutz als verfassungsrechtlich zwingend anzusehen.²⁰²² Nur auf diese Weise werden unzumutbare Härten vermieden.²⁰²³

Zum Teil stellt das einfache Recht, wie etwa mit § 17 StGB oder § 242 BGB, Möglichkeiten zum Schutz des Vertrauens bei einer Rechtsprechungsänderung zur Verfügung. Finden sich dort dagegen in einem Fall

2017 *Rieble*, BB 2012, 2945 (2947) fasst darunter die nach einfachem Recht bestehenden Möglichkeiten der Berücksichtigung vertrauensschutzrelevanter Umstände und damit den einfachrechtlichen Vertrauensschutz. Gleichbedeutend ist eine Bezeichnung als sachrechtlicher Vertrauensschutz, vgl. *Maultzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 (348 f.).

2018 BVerfG, Beschluss vom 16.5.2011, 2 BvR 1230/10 – BVerfGK 18, 430 (434); BVerfG, Beschluss vom 5.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12 – DB 2015, 2927; BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009, 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248 (277 f.); BVerfG, Beschluss vom 26.6.1991, 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 (227).

2019 BVerfG, Beschluss vom 16.5.2011, 2 BvR 1230/10 – BVerfGK 18, 430 (434).

2020 BVerfG, Beschluss vom 16.5.2011, 2 BvR 1230/10 – BVerfGK 18, 430 (434 f.).

2021 In diese Richtung wohl auch *Koch*, SR 2012, 159 (162): „kann oder sogar muss“.

2022 Vgl. *Spelge*, FA 2011, 34. Siehe auch *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, S. 179, 310, 330 ff.

2023 *Spelge*, FA 2011, 34.

keine Anknüpfungspunkte für Vertrauensschutz, ist die Wirkung der geänderten Rechtsprechung für Altfälle gegebenenfalls auf andere Weise zu begrenzen.²⁰²⁴ Ansonsten hinge es von den im einfachen Recht vorhandenen Instrumenten ab, ob Vertrauensschutz gewährt werden kann, obwohl es sich hierbei um eine Frage des Verfassungsrechts handelt.²⁰²⁵ Einfachrechtliche Instrumente können damit zwar vorrangig zum Tragen kommen; subsidiär muss ein Rückgriff auf verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz aber immer möglich sein.²⁰²⁶

Demnach ist davon auszugehen, dass bei einer nicht hinreichend begründeten Rechtsprechungsänderung bzw. einer solchen, die sich nicht im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält, diese zwar vorgenommen werden darf, allerdings nur mit zeitlicher Beschränkung.²⁰²⁷ Ist etwa durch bessere Rechtserkenntnis nach materiellem Recht klar, dass eine Rechtsfrage abweichend von der bisherigen Rechtsprechung zu beantworten ist, kann von einem Gericht kein Festhalten an ihr erwartet werden. Überzeugend ist es daher, die Rechtsprechungsänderung in dem Urteil bereits vorzunehmen, deren Wirkung für Altfälle aber einzuschränken. Die zeitliche Begrenzung ist zwingend, da bei einem Überwiegen des Vertrauensschutzes nur die Lösung „richtig“ ist, die auch Art. 20 III GG berücksichtigt.²⁰²⁸ Der erforderliche Interessenausgleich zwischen der Durchsetzung der nun als zutreffend erkannten Lösung und dem Vertrauensschutz

2024 *Maultzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 (350) spricht insoweit von einem eigenständigen intertemporalrechtlichen Rückwirkungsschutz. Gemeint ist damit das prospective overruling, bei dem, anders als bei einer Ankündigung der Rechtsprechungsänderung, selbige vollzogen wird, ihre Wirkung aber auf intertemporalrechtlicher Ebene für Altfälle eingeschränkt wird.

2025 In diesem Sinne auch *Herdegen*, *WM* 2009, 2202 (2204). *Brocker*, *NJW* 2012, 2996 (3000) versteht die wiedergegebene Aussage des Bundesverfassungsgerichts als Verweis auf die Möglichkeiten des einfachen Rechts, einer Rechtsprechungsänderung Rechnung zu tragen. Nur wenn dieses entsprechende Möglichkeiten eröffne, komme eine zeitliche Begrenzung der Rückwirkung in Betracht. Siehe auch *Maurer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* IV, 3. Aufl. 2006, § 79, Rn. 153, der Vertrauensschutz gegen eine Rechtsprechungsänderung an sich ablehnt, sich aber für eine „vertrauensschutzorientierte Folgenbewältigung“ durch einfachrechtliche Institute wie etwa § 242 BGB ausspricht.

2026 So auch *Neuner*, in: *FS Canaris*, 2017, S. 205 (215).

2027 Anders *Rosenkranz*, *ZfPW* 2016, 351 (363).

2028 Näher *Langenbucher*, *JZ* 2003, 1132 (1135). Siehe auch *Pieroth/Hartmann*, *ZIP* 2010, 753 (756), die zutreffend darauf hinweisen, dass einer Partei, die wegen schutzwürdigen Vertrauens des Gegners vor Gericht unterliegt, kein Unrecht geschieht, das Gericht vielmehr nach Recht und Gesetz entscheidet, wenn es verfassungsrechtlich schutzwürdiges Vertrauen schützt.

der Gegenseite kann auch berücksichtigen, dass etwa im Falle nunmehr missbilligter AGB der Durchsetzung der materiellen Rechtslage großes Gewicht zukommt.²⁰²⁹

c) Zusammenfassung

Bei einer Erstauslegung scheidet Vertrauensschutz nach Art. 20 III GG aus. Bei einer Rechtsprechungsänderung ist er auf Ausnahmefälle begrenzt, wobei dem Bestehen einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung entscheidende Bedeutung zukommt.²⁰³⁰ In einem solchen Fall kann die Rechtsprechungsänderung zwar vorgenommen werden; sie ist aber abzumildern. Diese Abmilderung durch Nichtanwendung auf Altfälle wirft aus unionsrechtlicher Perspektive Fragen auf, wenn das unionsrechtlich geforderte Ergebnis durch die Gewährung von Vertrauensschutz nicht erreicht wird. Einen solchen Vertrauensschutz hat etwa das BAG im Fall der die Massenentlassungsanzeige betreffenden Junk-Problematik gewährt.²⁰³¹

Der Wunsch der Mitgliedstaaten nach Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände wie einer ständigen nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung liegt insbesondere darin begründet, dass eine Möglichkeit geschaffen werden soll, Faktoren zu berücksichtigen, für die sich der EuGH im Rahmen seiner Defrenne-Rechtsprechung nicht interessiert.²⁰³² Sie besteht nur, wenn die nationalen Vertrauenstatbestände nicht „durch

2029 *Langenbucher*, JZ 2003, 1132 (1134 f., 1137). Einen anderen Akzent setzt *Herdegen*, WM 2009, 2202, der betont, dass die Inanspruchnahme von Privatautonomie bei nunmehr als unwirksam eingestuften AGB nicht mit einem Verzicht auf Vertrauensschutz gleichgesetzt werden dürfe. Zur Problematik der zeitlichen Begrenzung der Rückabwicklung aufgrund für unwirksam erklärter AGB vor dem Hintergrund der Klauselrichtlinie siehe unten bei Fn. 2264 ff.

2030 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 334 f. spricht sich dagegen für eine noch stärkere Anerkennung von Vertrauen in den Bestand von Rechtsprechung aus, da sich die Rechtslage in aller Regel erst unter Einbeziehung der Rechtsprechung ergebe.

2031 Siehe etwa BAG, Urteil vom 23.3.2006, 2 AZR 343/05, Rn. 32 ff. – BAGE 117, 281. Das entsprechende Vorgehen des BAG im Urteil vom 1.2.2007, 2 AZR 15/06 – siehe dazu oben bei Fn. 1340 ff. – hat letztlich das Bundesverfassungsgericht beschäftigt, das dem BAG einen Entzug des gesetzlichen Richters zum Vorwurf macht. Auf diesen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist zurückzukommen, siehe unten bei Fn. 2155 ff.

2032 Siehe auch *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (365).

unionsrechtliche Vorgaben ‚überlagert‘ werden“.²⁰³³ Diese sind im Folgenden daher näher zu entfalten.

3. Übertragung der Grundsätze des „nationalen Vertrauensschutzes“ auf die richtlinienkonforme Auslegung durch Fruchtbarmachung ihrer Grenzen?

In der Literatur bestehen zahlreiche Vorschläge für mögliche Anknüpfungspunkte, um die im nationalen Recht anerkannten und soeben herausgearbeiteten Grundsätze für den Schutz des Vertrauens gegen Rechtsprechung auch in Fällen der richtlinienkonformen Auslegung zur Anwendung zu bringen. In den Blick zu nehmen sind an dieser Stelle diejenigen Stimmen, denen die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung als Anknüpfungspunkt dienen.

- a) Keine Unterscheidung zwischen einfach- und verfassungsrechtlichem Vertrauensschutz

Zunächst ist klarzustellen, dass es aus unionsrechtlicher Sicht ohne Belang ist, auf welchem rechtstechnischen Weg nationale Vertrauensumstände Berücksichtigung finden sollen. Ob dies auf der Grundlage etwa des § 313 BGB, des Verschuldenserfordernisses eines Schadensersatzanspruchs, von Treu und Glauben oder durch direkte Berufung auf Art. 20 III GG geschehen soll, macht im Ergebnis keinen Unterschied.²⁰³⁴ Sämtliche Instrumente können sich der Erzielung eines unionsrechtlich „eigentlich“ gebotenen Ergebnisses entgegenstellen. Ihre unionsrechtliche Zulässigkeit kann damit einheitlich beurteilt werden.²⁰³⁵ Nicht entscheidend ist also, ob

2033 Ebers, Unionsprivatrecht, 2016, S. 414 f.

2034 Rosenkranz, ZESAR 2018, 24 (27) spricht insoweit unter Verweis auf *Domröse*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 109 (123 ff.) von im Verhältnis zum verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz „funktionsäquivalente[n] Instrumenten einer nationalen Rechtsordnung“. Er bezeichnet sie als „Institute eines materiell verstandenen Vertrauensschutzes“.

2035 So sieht Pfeiffer, NJW 2017, 913 (914) etwa auch die ergänzende Vertragsauslegung im Anschluss an EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.) nur noch in gewissen Grenzen als zulässig an.

Vertrauensschutz auf einfachrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Ebene gewährt werden soll.²⁰³⁶

Für eine Gleichbehandlung spricht auch, dass die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, sollten sie eine Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände zulassen, ihr Einverständnis nicht zwangsläufig auf einfachrechtlichen Vertrauensschutz beschränken.²⁰³⁷ Auf nationaler Ebene wird zwar vorgebracht, dass die Ablehnung verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes hinnehmbar erscheint, wenn auf einfachrechtlicher Ebene mit den Mitteln des Zivilrechts – etwa mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung – noch ein angemessener Interessenausgleich hergestellt werden kann.²⁰³⁸ Eines solchen Ausweichens auf „sekundären Vertrauensschutz“ bedarf es aber nicht, wenn die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung auch verfassungsrechtlichen Einflüssen gegenüber offen sein sollten.

b) Die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung

Zu untersuchen ist damit die Ausfüllung der in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung durch Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände. Hierfür müssen sie sich als Bestandteil dieser Grenzen beschreiben lassen. Dieses Unterfangen wird dadurch erschwert, dass der Gerichtshof zwar festgestellt hat, dass „der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts

2036 So aber *Gundel*, in: Liber Amicorum Berg, 2011, S. 54 (70, Fn. 80), der nur Letzteres für ausgeschlossen hält. Siehe auch *Rieble*, BB 2012, 2945 (2951), der angesichts der Solange II-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts meint, dass die nationale Grundrechtsgewährleistung verdrängt sei. Das gelte aber nur für die Gesetzesbindung (Art. 20 III GG) und nicht für den einfachrechtlichen Vertrauensschutz. Gegenüber auf nationales Verfassungsrecht gestütztem Vertrauensschutz skeptisch ebenfalls *Kreft*, RdA 2006, Sonderbeilage zu Heft 6, 38 (43 f.).

2037 Auch das BAG hat sich auf seine Bindung an Art. 20 III GG berufen und betont, die innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben entschieden über die Gewährung von Vertrauensschutz, siehe etwa BAG, Urteil vom 23.3.2010, 9 AZR 128/09, Rn. 98 f. – BAGE 134, 1. Zum Vorwurf des Bundesverfassungsgerichts, auf diesem Wege unzulässigerweise Verfassungsrecht gegen Unionsrecht ins Feld geführt zu haben, näher unten bei Fn. 2155 ff.

2038 Vgl. *Uffmann*, Verbot, 2010, S. 86, 88 zur ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB. Mit ihr wird von der Rechtsprechung Vertrauensschutz gewährt bei bislang als wirksam angesehenen AGB, siehe z.B. BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 79/15, Rn. 18 ff. – BGHZ 209, 337.

bestimmten Schranken [unterliegt]“ und diese Feststellung insoweit konkretisiert hat, dass „die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt des Unionsrechts heranzuziehen, ihre Schranken in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen [findet] und [...] nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen [darf]“²⁰³⁹, dies aber nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass der EuGH die in dieser Passage erwähnten Schranken nur zum Teil mit Leben gefüllt hat. Immerhin können für die hier im Vordergrund stehende richtlinienkonforme Auslegung auch die Ausführungen des EuGH im Zusammenhang mit den Grenzen der rahmenbeschlusskonformen Auslegung herangezogen werden, da er diese Verbindung selbst herstellt.²⁰⁴⁰

Dass es sich auch bei der *contra legem*-Grenze um eine Begrenzung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung handelt, zeigt ein Vergleich der deutschen mit der englischen und französischen Sprachfassung der Urteile, in denen es heißt, dass die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* dienen könne („cannot serve as the basis“ bzw. „ne peut pas servir de fondement“). Das Unionsrecht zwingt demnach nicht zur *contra legem*-Auslegung, verbietet sie aber auch nicht²⁰⁴¹, auch wenn die deutsche Sprachfassung der zitierten Urteile

2039 EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 59 (Kursivschrift im Original). Ebenso (mit zum Teil leicht abweichender Formulierung) EuGH, Urteil vom 13.7.2016, Rs. C-187/15 (Pöpperl), Rn. 44; EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), Rn. 40; EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 32; EuGH, Urteil vom 24.1.2012, Rs. C-282/10 (Domínguez), Rn. 25; EuGH, Urteil vom 15.1.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale), Rn. 39; EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 100; EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-294/16 PPU (JZ), Rn. 33; siehe auch EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 71.

2040 So verweist er in EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler u.a.), Rn. 110 „im Wege der Analogie“ auf seine Ausführungen in EuGH, Urteil vom 16.6.2005, Rs. C-105/03 (Pupino), Rn. 44 und 47 zu den Grenzen der rahmenbeschlusskonformen Auslegung.

2041 Das BAG sieht in der *contra legem*-Grenze dagegen ein unionsrechtliches Verbot, das nationale Recht *contra legem* auszulegen. Damit konkretisiere der EuGH die verfassungsrechtlichen Prinzipien der richterlichen Gesetzesbindung und Gewaltenteilung, die es den nationalen Gerichten untersagen, an die Stelle des Gesetzgebers zu treten, BAG, Urteil vom 23.1.2019, 7 AZR 733/16, Rn. 34 – NZA 2019, 700.

(„darf nicht“) in eine andere Richtung deutet.²⁰⁴² Für das hier befürwortete Verständnis spricht auch, dass ebenfalls Urteile zu finden sind, die dieses Verständnis auch in der deutschen Sprachfassung zum Ausdruck bringen.²⁰⁴³ Noch deutlicher wird dies daran, dass der Gerichtshof seine Aussage dahingehend verstanden wissen will („mit anderen Worten“), dass die Verpflichtung zur konformen Auslegung dann nicht mehr besteht, wenn das nationale Recht nicht so angewandt werden kann, dass ein mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbares Ergebnis erzielt wird.²⁰⁴⁴

Damit ist es dem nationalen Recht überlassen, darüber zu entscheiden, ob eine contra legem-Auslegung möglich sein soll oder nicht.²⁰⁴⁵ Nationale Gerichte dürfen damit gegebenenfalls „gegen das Gesetz“ auslegen; allerdings dürfen sie ihre nach nationalem Recht bestehenden Befugnisse nicht unter Berufung auf Unionsrecht erweitern.²⁰⁴⁶ Dahinter steht die Überlegung, dass es ausgeschlossen ist, dass der Grundsatz richtlinienkonformer Auslegung zu einer Auslegung contra legem des nationalen Rechts führt, wenn die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung endet, da sich eine solche Auslegung dann jenseits dieses Grundsatzes bewegen würde. Dem Unionsrecht ist damit lediglich ein Verbot zu entnehmen, sich für eine contra legem-Auslegung auf Unionsrecht zu stützen.²⁰⁴⁷

Hinsichtlich der vom Gerichtshof formulierten Grenzen besteht weitgehend Einigkeit, dass es sich bei ihnen um zwei voneinander unabhängige

2042 Auf den Unterschied in den einzelnen Sprachfassungen weisen auch *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13, Rn. 29 hin. Ebenso *Kühling*, JuS 2014, 481 (484 mit Fn. 37) und *Ebers*, Unionsprivatrecht, 2016, S. 411 mit Fn. 200. Siehe auch EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 103, wonach das nationale Gericht nicht zu einer contra legem-Auslegung gezwungen werden soll. Nach dem Äquivalenzgrundsatz besteht aber dann eine entsprechende Verpflichtung, wenn das nationale Recht diese erlaubt, vgl. *Prechal*, in: Barnard (Hrsg.), The Fundamentals of EU Law Revisited, 2007, S. 35 (50, Fn. 69).

2043 Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 8.11.2016, Rs. C-554/14 (Ognyanov), Rn. 66 zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung: „[...] kann der Grundsatz [...] nicht die Grundlage [...] bilden“.

2044 EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 76 zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung.

2045 In diesem Sinne *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13, Rn. 29; siehe auch *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, 2009, S. 65.

2046 *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 484.

2047 Siehe auch *Manthey/Unsel*, DÖV 2011, 921 (922 f.).

Grenzen handelt²⁰⁴⁸, was aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass zwischen ihnen eine enge Verbindung besteht. Für das Bestehen der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung müssen beide Grenzen gewahrt sein.²⁰⁴⁹ Dieses Verständnis legt auch der Gerichtshof selbst zugrunde, wenn er im Anschluss an die Diskussion der einen Grenze fortfährt, dass die Verpflichtung „auch dann nicht mehr [besteht]“ („ceases, moreover“; „cesse également“), wenn die andere Grenze nicht gewahrt ist.²⁰⁵⁰

Die Einschätzung, dass bei der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze unionsrechtliche Maßstäbe anzulegen seien, während die *contra legem*-Grenze auf nationale Zuständigkeitsgrenzen verweise²⁰⁵¹, kann nur ein erster Anhaltspunkt sein. Eine scharfe Trennung zwischen unions- und nationalrechtlichen Grenzen wird nämlich dadurch erschwert, dass es sich bei der richtlinienkonformen Auslegung letztlich um ein „hybrid legal instrument“ handelt, das Elemente des Unions- und nationalen Rechts miteinander verbindet.²⁰⁵²

c) Ausformung der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des EuGH

Angesichts des stärkeren Bezugs zur Unionsebene stünde auf den ersten Blick zu erwarten, dass der Gerichtshof sich in seiner Rechtsprechung bereits deutlich zur Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung geäußert hätte. Die Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze hat der Gerichtshof aber nur teilweise näher ausgeformt. Im Folgenden soll ein Überblick darüber gegeben werden, in welchen Konstellationen sie dort bislang Bedeutung erlangt hat.

2048 Rüffler, *ÖJZ* 1997, 121 (126); Weber, *Grenzen*, 2010, S. 141 ff., 180 ff.; Herrmann, *Richtlinienumsetzung*, 2003, S. 134 mit Fn. 300 m.w.N. aus der Literatur und dem Hinweis, eine entsprechende Unterscheidung werde allgemein durchgeführt.

2049 *Düsterhaus*, *EuR* 2017, 30 (47) spricht von kumulativen Voraussetzungen.

2050 EuGH, Urteil vom 8.11.2016, Rs. C-554/14 (*Ognyanov*), Rn. 66 zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung.

2051 Michael/Payandeh, *NJW* 2015, 2392 (2395).

2052 Begriff bei Brenncke, *Statute Law Review* 39 (2018), 134 (152).

aa) Strafrecht und umgekehrt vertikale Verhältnisse

Die Begrenzung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung durch allgemeine Rechtsgrundsätze wird regelmäßig als Besonderheit des Strafrechts eingeordnet.²⁰⁵³ Auch in diesem Bereich hat der Gerichtshof die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtssicherheit aber dadurch begrenzt, dass er ihn nur auf das materielle Strafrecht bezieht – im Pupino-Urteil werden insoweit die Festlegung oder Verschärfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Betroffenen genannt – und nicht auf die Verfahrensregeln wie den Verfahrensablauf und die Modalitäten der Beweiserhebung.²⁰⁵⁴ Eine Auslegung, die sich nur auf die Richtlinie stützen kann und dazu führt, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Einzelnen begründet oder verschärft wird, darf demnach nicht erfolgen. Einem nach ausschließlich nationaler Methodenlehre begründeten Auslegungsergebnis steht die Richtlinie dagegen nicht entgegen.²⁰⁵⁵

Auch in anderem Zusammenhang hat der Gerichtshof die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung nunmehr fruchtbar gemacht, wie sich an Urteilen in zwei Rechtssachen zeigt, in denen es um die Frage der Befreiung von der Mehrwertsteuer, im Besonderen um die Auslegung von Art. 132 I lit. f der Richtlinie über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ging.²⁰⁵⁶ Der EuGH entschied dort, dass die in der Richtlinienbestimmung vorgesehene Befreiung von der Mehrwertsteuer auf bestimmte Dienstleistungen und damit auf Zusammenschlüsse von Personen beschränkt ist, deren Mitglieder derartige

2053 GA *Bot*, Schlussanträge vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI), Rn. 76 f. unter Bezugnahme in Fn. 32 auf EuGH, Urteil vom 28.6.2012, Rs. C-7/11 (Caronna), Rn. 51 f.; GA *Jacobs*, Schlussanträge vom 16.3.2000 in der Rs. C-456/98 (Centrostee), Rn. 34; *Lenaerts/Corthaut*, ELRev. 2006, 287 (295 f.); *Prechal*, CMLRev. 42 (2005), 1445 (1459 f.).

2054 Das wird an EuGH, Urteil vom 16.6.2005, Rs. C-105/03 (Pupino), Rn. 45 f. zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung deutlich. Siehe auch *Simon*, in: *Mélanges Mengozzi*, 2013, S. 279 (293).

2055 Ebenso *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 162. Gegen ein aus Unionsrecht abgeleitetes Ergebnisverbot angesichts eines aus ihrer Sicht sonst unzulässigen Eingriffs in die nationale Methodenlehre *Weber*, Grenzen, 2010, S. 141; *Herresthal*, Rechtsfortbildung, 2006, S. 304 f.

2056 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347 vom 11.12.2006, S. 1.

Dienstleistungen erbringen.²⁰⁵⁷ In einem vorangegangenen Urteil²⁰⁵⁸ hatte der EuGH zwar noch nicht über die hier interessierende Beschränkung der Befreiung von der Mehrwertsteuer entschieden. Dennoch hatten mehrere Mitgliedstaaten die in jenem Urteil vorgenommene Auslegung zum Anlass einer Steuerbefreiung auch weiterer Zusammenschlüsse genommen, die, wie sich nun herausstellte, nicht unter die Befreiung fallen. Die Mitgliedstaaten hatten der Auslegung des Gerichtshofs damit irrtümlich einen Bedeutungsgehalt beigelegt, der ihr tatsächlich nicht zu entnehmen war.

Dass diese Mitgliedstaaten im Anschluss an die nun erfolgte Klärung durch den EuGH gewillt sein könnten, diesen weiteren Zusammenschlüssen und den von ihnen erbrachten Dienstleistungen die unionsrechtlich nicht geforderte Steuerbefreiung zu versagen und rückgängig zu machen, liegt auf der Hand. Endgültig abgeschlossene Besteuerungszeiträume kommen hierfür allerdings nicht in Frage; sie sind einer Wiedereröffnung entzogen.²⁰⁵⁹ Hinsichtlich der noch nicht abgeschlossenen Besteuerungszeiträume ist zu bedenken, dass eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie gegenüber dem Einzelnen in dieser umgekehrt vertikalen Konstellation ausscheidet, sodass die nationalen Behörden sich nicht auf die Richtlinienbestimmung in der Auslegung durch den EuGH berufen können, um die Mehrwertsteuerbefreiung zu versagen.²⁰⁶⁰

Damit verbleibt nur die Möglichkeit, die richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Umsetzungsbestimmungen in den Dienst des mitgliedstaatlichen Ansinnens zu stellen. Vor diesem Hintergrund erinnert

2057 EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-326/15 (DNB Banka), Rn. 37; EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-605/15 (Aviva), Rn. 32. Demnach betrifft die darin vorgesehene Befreiung nur die selbständigen Zusammenschlüsse von Personen, deren Mitglieder in diesem Artikel genannte dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten ausüben. Dienstleistungen von selbständigen Zusammenschlüssen von Personen, deren Mitglieder eine wirtschaftliche Tätigkeit im Versicherungswesen ausüben, die keine solche dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit darstellt, fallen daher nicht unter diese Befreiung.

2058 EuGH, Urteil vom 20.11.2003, Rs. C-8/01 (Taksatorringen).

2059 In EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-605/15 (Aviva), Rn. 35 ist davon die Rede, dass diese nicht wiedereröffnet werden dürfen. In der englischen bzw. französischen Sprachfassung ist dagegen von „could not reopen [...] on the basis of“ bzw. „ne sauraient rouvrir [...] sur le fondement“ die Rede. In der Parallelentscheidung EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-326/15 (DNB Banka), Rn. 40 ist auch in der deutschen Sprachfassung davon die Rede, dass diese nicht auf der Grundlage der Richtlinienbestimmung in der Auslegung durch den EuGH wiedereröffnet werden können.

2060 EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-326/15 (DNB Banka), Rn. 41; EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-605/15 (Aviva), Rn. 36.

der EuGH an die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung²⁰⁶¹ und zieht daraus den Schluss, dass die Auslegung, die der nationale Richter dem nationalen Umsetzungsrecht zu geben hat, die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und insbesondere den Grundsatz der Rechtssicherheit zu beachten habe.²⁰⁶²

Unabhängig von der genauen Einordnung in den Vorgang der richtlinienkonformen Rechtsfindung²⁰⁶³ läuft diese Aussage des EuGH darauf hinaus, eine Anwendung des richtlinienkonformen Verständnisses im Hinblick auf die in der Vergangenheit begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Besteuerungszeiträume weitestgehend zu verhindern. Im Ergebnis kommen insoweit nämlich die im nationalen Recht vorgesehenen Steuerbefreiungen in ihrer aus Sicht des Unionsrechts zu weiten Auslegung zur Anwendung.²⁰⁶⁴

Auch außerhalb des Bereichs des Strafrechts hat der allgemeine Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit damit Bedeutung als Grenze der Verpflichtung zur Konformauslegung erlangt. Obwohl der Gerichtshof dazu keinen Anlass gegeben hatte, ermöglicht er den Betroffenen die Berufung auf eine durch nationale Stellen vorgenommene Auslegung des Unionsrechts und gestattet ihnen insoweit die Berufung auf nationale Vertrauensumstände. Die Betroffenen können sich also auf ein nationales Fehlverständnis der Richtlinienvorgaben stützen, um sich gegen das mitgliedstaatliche Rück-

2061 EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-326/15 (DNB Banka), Rn. 42; EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-605/15 (Aviva), Rn. 37.

2062 EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-326/15 (DNB Banka), Rn. 43. In diesem Sinne auch die englische und französische Sprachfassung der Urteile: „[...] the interpretation which the national court must give to the relevant rules of national law implementing Article 132(1)(f) of Directive 2006/112 must abide by the general principles of EU law [...]“ / „[...] l’interprétation que le juge national doit donner des règles pertinentes du droit national [...] doit respecter [...]“. EuGH, Urteil vom 21.9.2017, Rs. C-605/15 (Aviva), Rn. 38 spricht dagegen davon, dass „der nationale Richter *bei* der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts [...] die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere den Grundsatz der Rechtssicherheit, zu beachten [hat]“ (Hervorhebung nur hier).

2063 Nimmt man die Aussage des EuGH wörtlich, kann der Grundsatz der Rechtssicherheit gegen die Auslegung an sich in Stellung gebracht werden. Nicht ausgeschlossen ist aber auch ein Verständnis, wonach das nationale Recht zwar (in den Grenzen des methodisch Möglichen) *ex tunc* im Sinne der Richtlinie auszulegen ist, dessen Anwendung im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben auf den Sachverhalt im konkreten Fall aber am Grundsatz der Rechtssicherheit scheitern kann. Siehe zu dieser Abgrenzung noch unten bei Fn. 2151 ff.

2064 Ebenso Ismer/Piotrowski, MwStR 2017, 834.

abwicklungsbegehren zu wenden. Ihnen kommt damit letztlich „Vertrauensschutz aus der jeweiligen nationalen Gesetzgebung“²⁰⁶⁵ zugute. Fruchtbar zu machen ist diese Überlegung für sämtliche umgekehrt vertikale Verhältnisse, um dem Mitgliedstaat nicht die Möglichkeit zu eröffnen, sich trotz fehlender bzw. fehlerhafter Umsetzung auf die Richtlinie zu stützen.²⁰⁶⁶

bb) Vertrauensschutz und „immediate applicability“

Im Rahmen der Untersuchung der Bedeutung der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist auch die oben²⁰⁶⁷ bereits erwähnte Rechtssache Klohn in den Blick zu nehmen, in der es der dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Richtlinienvorschrift an unmittelbarer Wirkung fehlt. In der Sache ging es um einen Rechtsstreit zwischen Herrn Klohn und dem irischen Raumordnungsrat über die Auferlegung der Kosten des Gerichtsverfahrens, das Herr Klohn gegen die vom Raumordnungsrat erteilte Baugenehmigung für eine Tierkörper-Untersuchungseinrichtung angestrengt hatte. Seine Klage war abgewiesen worden; die dem Raumordnungsrat entstandenen Kosten waren ihm aufgelegt worden. Den entsprechenden Gerichtsbeschluss hatte Herr Klohn nicht angefochten. In dem sich anschließenden Verfahren über die Höhe der zu erstattenden Kosten wandte Herr Klohn ein, dass die Richtlinie bestimmte, dass die Höhe der Kosten nicht „übermäßig teuer“ sein dürfe.²⁰⁶⁸

Mit dem Instrument der richtlinienkonformen Auslegung haben die nationalen Gerichte durch Auslegung des nationalen Rechts das von den nicht umgesetzten Bestimmungen einer Richtlinie angestrebte Ergebnis „so weit wie möglich“ zu erreichen. Hierzu gehört auch die „immediate“/„immédiate“ (in der deutschen Fassung des Klohn-Urteils missverständlich mit „unmittelbare“ übersetzt) Anwendbarkeit einer neuen aus einer Richtlinie hervorgegangenen Vorschrift auf künftige Auswirkungen eines bestehenden Sachverhalts. Nationales Recht ist daher ab Ablauf der Umsetzungsfrist so auszulegen, dass die künftigen Auswirkungen eines

2065 Einen solchen erkennt *Erdbrügger*, UR 2018, 301 (304) als Folge der Ausführungen des Gerichtshofs.

2066 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 163; *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 277 f.

2067 Siehe bei Fn. 1825 f.

2068 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 2, 16 ff.

unter Geltung der alten Vorschrift entstandenen Sachverhalts sofort mit der Richtlinie vereinbar werden. Bei dem im vorliegenden Fall vor Ablauf der Umsetzungsfrist eingeleiteten Gerichtsverfahren handelt es sich um einen solchen Sachverhalt, der unter Geltung der alten Vorschrift entstanden ist, ebenso wie es sich bei der Kostenentscheidung bei Abschluss des Verfahrens um eine künftige ungewisse Auswirkung des laufenden Verfahrens handelt. Ein nationales Gericht muss daher bei seiner Kostenentscheidung im Hinblick auf ein Verfahren, das bei Ablauf der Umsetzungsfrist anhängig war, das nationale Recht im Einklang mit der in der Richtlinie enthaltenen Kostenregel auslegen. Ob die Kosten vor oder nach Ablauf der Umsetzungsfrist entstanden sind, ist insoweit unerheblich. Die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung ist also auf die hier in Rede stehende Kostenentscheidung anwendbar.²⁰⁶⁹

Dieser Verpflichtung möchte der irische Raumordnungsrat den Grundsatz der Rechtssicherheit entgegenhalten. Die „immediate applicability“ der Richtlinie wirft damit die Frage der Aktivierung der der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung gesetzten Grenze der Rechtssicherheit auf.

Der Gerichtshof verweist in Ausfüllung dieser Grenze auf das Erfordernis der Klarheit, Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Auswirkungen einer Bestimmung. Zudem erwähnt er seine Rechtsprechung zum Vertrauensschutz und zum Wecken begründeter Erwartungen durch Zusicherungen der zuständigen Behörde. Im Hinblick auf den konkreten Fall verneint er aber, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens eine Zusicherung erhalten haben, dass die ursprünglich geltende Kostenverteilungsregel bis zum Verfahrensende beibehalten werde. Diese hätten vielmehr von Beginn des Verfahrens an (24.6.2004) damit rechnen können, dass diese Vorschrift spätestens bis zum 25.6.2005 (dem Ablauf der Umsetzungsfrist) und damit wahrscheinlich vor Verfahrensende geändert werden müsse („in Anbetracht der Verpflichtungen Irlands aus der am 25. Juni 2003 in Kraft getretenen Richtlinie 2003/35“).²⁰⁷⁰

Unter die Rechtssicherheit als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung fasst der Gerichtshof hier also unionsrechtliche Rechtsgrundsätze, deren Inhalt er nicht im Zusammenhang mit der richtlinienkonformen Auslegung entwickelt hat, der vielmehr aus seiner sonstigen Rechtsprechung bekannt ist. So finden wie gesehen der aus dem Verwaltungsrecht bekannte Vertrauensschutzgrundsatz und der objektiv-rechtlich

2069 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 44 ff.

2070 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 48 ff.

geprägte Rechtssicherheitsgrundsatz Erwähnung. Dies ist insofern bemerkenswert, als Vertrauensschutz hier damit zum ersten Mal als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung anerkannt wird. Auch wenn der Gerichtshof im Ergebnis Vertrauensschutz verneint hat, so zeigt das Klohn-Urteil doch, dass der Vertrauensschutzgrundsatz als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung grundsätzlich Bedeutung erlangen kann, da der Gerichtshof auf dessen Prüfung sonst von vornherein hätte verzichten können.²⁰⁷¹

Dabei ist allerdings auf die Besonderheit der „immediate applicability“ hinzuweisen, d.h. der Anwendung der Richtlinie auf vor Ablauf der Umsetzungsfrist eingeleitete, aber noch nicht abgeschlossene Verfahren. Insoweit muss zu Beginn des Verfahrens nicht zwangsläufig mit einer Änderung des Rechtsrahmens gerechnet werden, wenn ein Abschluss des Verfahrens vor Ablauf der Umsetzungsfrist zu erwarten steht. Zudem ist es hier der betroffene Mitgliedstaat, der sich auf den Grundsatz der Rechtssicherheit berufen hat. Dieser muss aber damit rechnen, dass sich etwas ändert, wenn das nationale Recht nicht bereits als richtlinienkonform erachtet werden konnte und er untätig geblieben ist und die Richtlinie nicht umgesetzt hat.

„Insbesondere“ kann sich nämlich ein Mitgliedstaat einschließlich seiner Behörden nicht auf ein berechtigtes Vertrauen in die Beibehaltung einer Vorschrift berufen, die er angesichts seiner Pflicht zur Richtlinienumsetzung hätte ändern müssen. Dass der irische Raumordnungsrat als mitgliedstaatliche Behörde den Grundsatz der Rechtssicherheit der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung nicht entgegenhalten kann, ist daher nur konsequent.²⁰⁷² Vertrauensschutz zugunsten mitgliedstaatlicher Stellen kommt also bei einem Verstoß gegen die Umsetzungspflicht nicht in Betracht.²⁰⁷³

2071 *Haket*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2019, 1517 (1519) spricht von einer impliziten Anerkennung.

2072 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 52. Den Verstoß des nationalen Rechts gegen die Richtlinie hatte der Gerichtshof bereits in einem Vertragsverletzungsverfahren im Jahr 2009 festgestellt.

2073 *Höpfner*, ZfA 2010, 449 (483). Zur Frage der Möglichkeit öffentlicher Arbeitgeber, unionsrechtlichen Vertrauensschutz geltend zu machen, siehe *Picker*, ZTR 2009, 230 (236); siehe auch GA *Kokott*, Schlussanträge vom 9.1.2008 in der Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 141 f.; *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631 (634, Fn. 26); *Sagan*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, 67 (72, Fn. 17).

cc) Beachtung der Rechtskraft

Die Rechtssache Klohn ist im vorliegenden Zusammenhang noch aus einem anderen Grund anzusprechen, da sie sich als Folge der besonderen Ausgestaltung des irischen Verfahrensrechts durch einen weiteren Umstand auszeichnet. Nach irischem Verfahrensrecht erfolgt die Festsetzung der Höhe der Kosten eines Verfahrens in einem späteren Verfahren durch einen Kostenfestsetzungsbeamten, während die Auferlegung der Kosten an sich bereits im vorhergehenden Verfahren erfolgt. In dem der Rechtssache Klohn zugrundeliegenden Sachverhalt war der Beschluss, mit dem Herrn Klohn die Kosten der mitgliedstaatlichen Behörde auferlegt worden waren, mangels fristgemäßer Anfechtung rechtskräftig geworden. Ein Kostenfestsetzungsbeamter hatte zwei Jahre später dann in einer Entscheidung die Höhe der Kosten festgesetzt, die Herr Klohn wie gesehen in der Folge anfocht. Auch insoweit stellte sich die Frage der Begrenzung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts, in diesem Fall vor dem Hintergrund des rechtskräftig gewordenen Beschlusses im vorangegangenen Verfahren.

Unter die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung fasst der Gerichtshof für die vorliegenden Zwecke den Grundsatz der Rechtskraft. Zudem betont er die *contra legem*-Grenze. Er weist darauf hin, dass der Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren nicht dafür zuständig sei, zu beurteilen, „ob die oben genannten Beschränkungen einer mit einer unionsrechtlichen Norm vereinbaren Auslegung des innerstaatlichen Rechts entgegenstehen“. Das nationale Gericht müsse daher die Rechtskraft des Beschlusses beurteilen. Der Gerichtshof könne aber „Klarstellungen vornehmen“ und dem nationalen Gericht anzeigen, welche Auslegung des nationalen Rechts seiner Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung genügen würde.²⁰⁷⁴ Diese Klarstellungen umfassen unter anderem den Hinweis darauf, dass es einen Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit des Unionsrechts darstelle, wenn die irische Behörde sämtliche Kosten erstattet bekäme, da Herr Klohn bei seiner Entscheidung, ob er die Kostenentscheidung anfecht, die Höhe der Kosten nicht absehen konnte.²⁰⁷⁵

2074 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 61 ff., insb. Rn. 66 und 68.

2075 Näher EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 69 f.; GA Bobek, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 130.

Der Gerichtshof überlässt also dem nationalen Gericht die Beurteilung des Eingreifens der Grenze der Rechtskraft, gibt ihm hierfür aber eine „Richtschnur“²⁰⁷⁶ an die Hand, an der sich dieses orientieren muss. Dies fügt sich in das Bild ein, wonach der Gerichtshof über die Anwendung des Grundsatzes der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen als Ausfluss nationaler Verfahrensautonomie grundsätzlich nur eine eingeschränkte Kontrolle ausübt.²⁰⁷⁷ Da es bei der Rechtskraft weniger um eine Grenze nur der Auslegbarkeit nationalen Rechts geht, sondern vielmehr um eine allgemeine Grenze der Durchsetzbarkeit des Unionsrechts²⁰⁷⁸, zeigt sich, dass insoweit keine Unterschiede in der „Durchsetzung“ des Unionsrechts bestehen.

dd) Horizontalverhältnisse

Im Hinblick auf Horizontalverhältnisse hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs bislang kaum Klarheit geschaffen, was die Bedeutung der Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung für die Berücksichtigung von „Vertrauensschutzerwägungen“ anbelangt. Da diese Frage im Folgenden im Vordergrund stehen wird, sei an dieser Stelle lediglich das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Pohotovost’* erwähnt. Es lässt den engen Zusammenhang von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und contra legem-Grenze erkennen, der im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher zu untersuchende Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringt.

In dem dieser Rechtssache zugrundeliegenden Ausgangsverfahren sah sich das vorlegende Gericht an einer richtlinienkonformen Auslegung des slowakischen Rechts im Hinblick auf einen Verbraucherkreditvertrag gehindert, der vor einer die Richtlinienwidrigkeit des nationalen Rechts beseitigenden Gesetzesänderung geschlossen worden war. Es begründete dies mit der contra legem-Grenze und dem Grundsatz der Rechtssicherheit. Dem im Verfahren vor dem Gerichtshof vorgebrachten Einwand, dass sich das vorlegende Gericht auf den *nationalen* Grundsatz der Rechtssicherheit berufen habe, für dessen Auslegung der Gerichtshof nicht zuständig sei,

2076 EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 68. Den Begriff verwendet auch EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 87.

2077 Siehe zur Behandlung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen durch den Gerichtshof auch *Sowery*, CMLRev. 53 (2016), 1705 (1712 f.).

2078 Darauf weist *Haket*, AB Rechtspraak Bestuursrecht 2019, 1517 (1519) zu Recht hin.

entgegnet dieser, dass die Vorlagefragen die Auslegung einer Richtlinie²⁰⁷⁹ und damit eines Unionsrechtsakts betreffen und es um Erläuterungen zum Urteil in der Rechtssache Home Credit Slovakia gehe.²⁰⁸⁰

Das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 1.10.2015 geltende nationale Recht muss das nationale Gericht, so der EuGH, „bestmöglich und ohne Rückgriff auf eine Auslegung *contra legem* im Einklang mit der Richtlinie 2008/48 in ihrer Auslegung im Urteil vom 9. November 2016, Home Credit Slovakia [...]“ auslegen.²⁰⁸¹ Unter Verweis auf seine Aussage im Urteil in der Rechtssache Mono Car Styling²⁰⁸² führt der Gerichtshof aus, dass die Pflicht zu unionsrechtskonformer Auslegung in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit, ihre Schranke finde, und zwar in dem Sinne, dass sie nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen dürfe. Dennoch müssten die nationalen Gerichte gegebenenfalls eine gefestigte nationale Rechtsprechung abändern, wenn sie auf einer nicht mit den Zielen der Richtlinie vereinbaren Auslegung beruhe. Die Ausführungen des Gerichtshofs zeigen, dass die Richtlinienvorschriften in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof im Home Credit Slovakia-Urteil auf den vor Verkündung dieses Urteils und vor Änderung des nationalen Rechts geschlossenen Kreditvertrag anwendbar sind.²⁰⁸³

d) Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Rahmen der *contra legem*-Grenze?

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs fehlt es im Hinblick auf die Bedeutung der Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung für die Frage der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände nach dem vorstehend Gesagten bislang weitgehend an einer Maßstabbildung. Nachgewiesen werden konnten nur einzelne Aussagen zu ihrer Tragweite wie etwa

2079 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133 vom 22.5.2008, S. 66 (und nachfolgenden Berichtigungen).

2080 EuGH, Urteil vom 5.9.2019, Rs. C-331/18 (Pohotovost'), Rn. 30 f., 37 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 9.11.2016, Rs. C-42/15 (Home Credit Slovakia).

2081 EuGH, Urteil vom 5.9.2019, Rs. C-331/18 (Pohotovost'), Rn. 54 (Kursivschrift im Original).

2082 EuGH, Urteil vom 16.7.2009, Rs. C-12/08 (Mono Car Styling), Rn. 61.

2083 EuGH, Urteil vom 5.9.2019, Rs. C-331/18 (Pohotovost'), Rn. 56 f.

im Strafrecht und umgekehrt vertikalen Konstellationen sowie hinsichtlich der Erscheinung der immediate applicability. Sollten sie sich darin erschöpfen, erschiene die Betonung dieser Grenzen in ständiger Rechtsprechung als kaum mehr als ein bloßes Lippenbekenntnis.

Angesichts der nur kargen Aussagen des Gerichtshofs insbesondere im Hinblick auf das Horizontalverhältnis ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob diese Grenzen in der Rechtsprechung zu Recht nur eine untergeordnete Rolle spielen. Zu diesem Zweck ist der Versuch zu unternehmen, nationale Vertrauensumstände als Ausfluss der contra legem-Grenze bzw. der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu formulieren.

Unternimmt man einen solchen Versuch der Einordnung nationaler Vertrauensumstände, so scheint auf den ersten Blick die contra legem-Grenze den Mitgliedstaaten größere Spielräume zu verschaffen. Wendet man sich ihr zu, fallen nämlich zunächst einmal die Ausführungen des Gerichtshofs in seinem Pupino-Urteil zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung auf. Zunächst führte er dort aus, dass die Verpflichtung hierzu durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt werde, weshalb sie insbesondere nicht dazu führen dürfe, dass auf der Grundlage eines Rahmenbeschlusses unabhängig von einem zu seiner Durchführung erlassenen Gesetz die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften dieses Beschlusses verstoßen, festgelegt oder verschärft werde.²⁰⁸⁴ Da die Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze in diesem Fall aber nicht zum Tragen kam, forderte der EuGH das vorlegende Gericht auf, zu prüfen, ob das nationale Recht einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung zugänglich ist. Die Verpflichtung ende, wenn dieses nicht so angewandt werden könne, dass ein rahmenbeschlusskonformes Ergebnis erzielt werde. „Mit anderen Worten“, so der EuGH, dürfe²⁰⁸⁵ der Grundsatz konformer Auslegung nicht zu einer Auslegung contra legem des nationalen Rechts führen.²⁰⁸⁶ Die Bestimmung dessen, was als

2084 EuGH, Urteil vom 16.6.2005, Rs. C-105/03 (Pupino), Rn. 44 f. Der Gerichtshof verweist dabei auf seine im Rahmen der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung gemachten Ausführungen in EuGH, Urteil vom 12.12.1996, verb. Rs. C-74/95 und C-129/95 (X), Rn. 24 und EuGH, Urteil vom 3.5.2005, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (Berlusconi u.a.), Rn. 74.

2085 Nach dem oben bei Fn. 2041 ff. Gesagten wäre besser zu formulieren gewesen, dass der Grundsatz konformer Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen kann, so auch Kübling, JuS 2014, 481 (484 mit Fn. 37).

2086 EuGH, Urteil vom 16.6.2005, Rs. C-105/03 (Pupino), Rn. 47 f.

Auslegung contra legem anzusehen ist, richtet sich nach dieser Formulierung ausschließlich nach dem nationalen Recht, wie die Gleichsetzung („mit anderen Worten“) der contra legem-Grenze mit der vom nationalen Gericht vorzunehmenden Prüfung, ob das nationale Recht in einem rahmenbeschlusskonformen Sinn angewandt werden kann, deutlich macht.

In der Rechtsprechung des EuGH lassen sich allerdings auch Aussagen nachweisen, in denen dieser ein Verständnis nahelegt, wonach auch die contra legem-Grenze keine national-autonom auszufüllende ist, da sie dem unionsrechtlichen Rechtssicherheitsgrundsatz zu entspringen scheint.²⁰⁸⁷ So hat er etwa im Urteil in der Rechtssache *Mono Car Styling* ausgeführt, dass die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung ihre Schranken in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit finde, „und zwar in dem Sinne“, dass eine contra legem-Auslegung nicht gefordert sei.²⁰⁸⁸ In der Tat gewährleisten Gesetze Rechtssicherheit, sodass diese bei einer Auslegung „gegen das Gesetz“ Einbußen erleidet. Die contra legem-Grenze stellt sich damit auch als Ausfluss des unionsrechtlichen Rechtssicherheitsgrundsatzes dar.²⁰⁸⁹ Sie „[entspricht] zweifellos dem Gebot der Rechtssicherheit sowie der Vorhersehbarkeit des Rechts“.²⁰⁹⁰

Würde die Grenze des contra legem-Judizierens allein der Ausfüllung durch die nationale Methodenlehre überlassen, würde einer letztlich auch unionsrechtlichen Grenze eine eigenständige Bedeutung versagt. Der Vorbehalt des nach nationalem Recht Möglichen, die Verpflichtung zur Auslegung des nationalen Rechts im Sinne der Richtlinie nur „so weit wie möglich“, bestand nämlich schon vor der ausdrücklichen Betonung der contra legem-Grenze. Würde dasselbe gemeint sein, hätte sie nur deklaratorisch

2087 Siehe *Prechal*, Directives, 2. Aufl. 2005, S. 207.

2088 EuGH, Urteil vom 16.7.2009, Rs. C-12/08 (*Mono Car Styling*), Rn. 61. Die Urteilsfassung in französischer Sprache als Verfahrenssprache bedient sich ebenfalls der Formulierung „en ce sens“, während etwa die englische Sprachfassung die sonst übliche Formulierung wählt, so wie es auch der Verweis des Gerichtshofs auf seine eigene Rechtsprechung nahelegt. Eingeleitet mit einem „vgl. in diesem Sinne“ führt er EuGH, Urteil vom 8.10.1987, Rs. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), Rn. 13, EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (*Adeneler u.a.*), Rn. 110, EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (*Impact*), Rn. 100 und EuGH, Urteil vom 23.4.2009, verb. Rs. C-378/07 bis C-380/07 (*Angelidaki u.a.*), Rn. 199 an.

2089 Siehe auch *Prechal*, in: Barnard (Hrsg.), *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, S. 35 (50 mit Fn. 69), wonach der Grundsatz der Rechtssicherheit erkläre, warum es keine Verpflichtung zur contra legem-Auslegung gebe.

2090 Vgl. EuGH, Urteil vom 1.10.2020, Rs. C-526/19 (*Entoma*), Rn. 43.

torische Bedeutung. Als Ausprägung des unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit muss sie damit eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung haben.²⁰⁹¹

Dies bedeutet aber noch nicht, dass sich ihr Inhalt nach Unionsrecht richtet. So versteht etwa Höpfner die im Mono Car Styling-Urteil getroffene Aussage dahingehend, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit Bestandteil des nach innerstaatlichem Recht methodisch Erlaubten sei und die (nationale) Rechtssicherheit damit letztlich der contra legem-Grenze zugeordnet werde.²⁰⁹² Auch vom Bundesverfassungsgericht ist die Aussage des EuGH bereits in Bezug genommen worden, um im Anschluss an ihre Wiedergabe festzustellen, dass nur innerstaatliche Gerichte beurteilen könnten, ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine richtlinienkonforme Auslegung zulasse.²⁰⁹³ Trotz des vom EuGH hergestellten Ableitungszusammenhangs ist damit immer noch ein national geprägtes Verständnis der contra legem-Grenze möglich.²⁰⁹⁴

Aus der Anerkennung der contra legem-Grenze wird zum Teil gefolgert, dass ein nationales Gericht das Vertrauen in eine etablierte Rechtsprechung im Falle seiner Schutzwürdigkeit wahren müsse.²⁰⁹⁵ Da sich nach dieser Auffassung eine verfassungskonforme Auslegung gegenüber der richtlinienkonformen durchsetzt²⁰⁹⁶, soll Vertrauensschutz nach Maßgabe des Grundgesetzes zu gewähren sein²⁰⁹⁷ und damit aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abzuleitender Vertrauensschutz gemäß Art. 20 III GG in Verbindung mit dem betroffenen Einzelgrundrecht.²⁰⁹⁸

2091 Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294 (2301 f.) sprechen von einer „Doppelgesichtigkeit“ der contra legem-Schranke; die Reichweite sei aber kaum geklärt. Siehe auch Schürnbrand, JZ 2007, 910 (912).

2092 Höpfner, RdA 2013, 16 (27).

2093 BVerfG, Beschluss vom 26.9.2011, 2 BvR 2216/06, 2 BvR 469/07 – BVerfGK 19, 89 (100).

2094 So bezieht etwa Reimer, JZ 2015, 910 (915) den contra legem-Begriff auf „ein Überschreiten der nach mitgliedstaatlicher Methode bestehenden Konkretisierungsspielräume“.

2095 Schlachter, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 31 (36); siehe auch Kokott, RdA 2006, Sonderbeilage zu Heft 6, 30 (37).

2096 Wißmann, in: FS Bauer, 2010, S. 1161 (1166).

2097 Vgl. Bauer/Arnold, NJW 2009, 631 (633 f.).

2098 BAG, Urteil vom 22.3.2007, 6 AZR 499/05, Rn. 18 – NZA 2007, 1101; Koch, JbArbR 44 (2007), 91 (108); siehe auch Höpfner, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 52.

Unter die contra legem-Grenze wird danach auch der materiell-rechtliche Inhalt der mitgliedstaatlichen Verfassungen gezählt.²⁰⁹⁹

Ins Feld geführt wird, dass nationale Vertrauensschutzgesichtspunkte zu den für die Anwendung von Gesetzen anerkannten und daher vom EuGH respektierten Auslegungsregeln zu rechnen seien²¹⁰⁰, da Vertrauensschutz der richterlichen Rechtsanwendung Grenzen setze und die nationalen Methoden der Rechtsanwendung beeinflusse.²¹⁰¹ Durch die Begrenzung der im nationalen Recht bestehenden methodischen Möglichkeiten soll nationaler Vertrauensschutz also der richtlinienkonformen Rechtsgewinnung eine vom Unionsrecht anerkannte engere Grenze ziehen.²¹⁰² Auf eine rein nationale Betrachtung muss dies dennoch nicht hinauslaufen, da die Befürworter einer Verankerung nationaler Vertrauensumstände in der contra legem-Grenze in der Regel auch eine Einbeziehung des Unionsrechts in den Vertrauenstatbestand fordern, was zur Modifikation der nationalen Maßstäbe angesichts der Grundsätze von Äquivalenz und Effektivität führt.²¹⁰³

Auch wenn seine Befürworter für die Gewährung von Vertrauensschutz das nationale Verfassungsrecht fruchtbar machen möchten, ist ihr Bemühen zu erkennen, sich mit der contra legem-Grenze auf eine vom Gerichtshof formulierte Grenze der richtlinienkonformen Auslegung zu stützen. Ein solchermaßen eingeforderter Vertrauensschutz ist daher insofern nicht „autonom“, als er sich auf eine unionsrechtliche Gestattung zu stützen sucht. Eine Einschränkung der Pflicht zur Konformauslegung aus „autonomen“ Erwägungen erschiene aus Sicht eines Mitgliedstaats in der Tat auch erst dann sinnvoll, wenn feststeht, dass die unionsrechtliche Pflicht die Grenzen des seiner Meinung nach Hinnehmbaren übersteigt.²¹⁰⁴

Da die Berücksichtigung im Rahmen der Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung erfolgen soll, erscheint es vorzugswürdig, nicht von

2099 Nach Auffassung etwa von Höpfner, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2009, 73 (89) gehört die verfassungskonforme Auslegung zum vom Unionsrecht respektierten nationalen Methodenkanon. Siehe in diesem Zusammenhang auch Canaris, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47 (80, 96).

2100 Koch, *JbArbR* 44 (2007), 91 (106); siehe auch Koch, *SR* 2012, 159 (166); ihm folgend Wusterhausen, *Wirkungen*, 2016, S. 367 f.

2101 Höpfner, *ZfA* 2010, 449 (484).

2102 Herresthal, *JuS* 2014, 289 (294).

2103 Rosenkranz, *ZfPW* 2016, 351 (375); Riesenhuber, *AP KSchG* 1969 § 17 Nr. 21; Schaer, *Grenzen rückwirkender Rechtsprechung*, 2010, S. 203; Herresthal, *Rechtsfortbildung*, 2006, S. 310 f.

2104 Ähnlich Sagan, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2010, 67 (83).

„nationalem Vertrauensschutz“, sondern von der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände zu sprechen. Ein solcher Ansatz kann sich von vornherein nicht zu der vom Gerichtshof im Melloni-Urteil getroffenen Aussage, wonach ein nationaler Prüfungsmaßstab unter bestimmten Voraussetzungen verdrängt wird, in Widerspruch setzen. Wenn „nationale Vertrauensumstände“ im Rahmen der vom Unionsrecht selbst vorgesehenen Schranken der richtlinienkonformen Auslegung Berücksichtigung finden können, ist dies unionsrechtlich unbedenklich, da eine Verdrängung dieser Schranken selbst nicht in Betracht kommt.

aa) Zuständigkeit für die Bestimmung der contra legem-Grenze

Soll die contra legem-Grenze den geeigneten Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände bilden²¹⁰⁵, ist auch der Begriff „contra legem“ („gegen das Gesetz“) näher in den Blick zu nehmen. Bereits im nationalen Recht bestehen unterschiedliche Vorstellungen, was hierunter zu verstehen ist.

Wenn gesagt wird, er bezeichne eine unzulässige Rechtsfortbildung²¹⁰⁶, ist dagegen zwar nichts einzuwenden. Eine eindeutige Einordnung lässt dies aber nicht zu, da es dann entscheidend darauf ankommt, welcher Theorie der Auslegung man folgt. So ist „lex“ bei einem subjektiven Verständnis die Regelungsentscheidung des Gesetzgebers, nach einem objektiven dagegen die geschriebene Norm.²¹⁰⁷ Jedenfalls deutet der Begriff darauf hin, dass zwischen einer richtigen und falschen Auslegung der Vorschrift unterschieden werden kann.²¹⁰⁸ Um entscheiden zu können, was in diesem Sinne „richtig“ und was „falsch“ ist, muss letztlich klar sein, wer über dessen Verständnis bestimmen kann.

Insbesondere Generalanwalt Bot hat sich in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache DI näher mit den den Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung

2105 Hierfür Höpfner, RdA 2013, 16 (26 f.); Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (374). A.A. Latzel, EuR 2015, 415 (428 f., 435 ff.); Sagan, NZA 2015, 341 (342).

2106 Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 7 (13); Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 123 (124).

2107 Baldauf, Richtlinienverstoß, 2013, S. 62 ff. Siehe auch Herresthal, Rechtsfortbildung, 2006, S. 290 zur Vielfalt an unterschiedlichen Begriffsverständnissen und Rüthers/Höpfner, JZ 2005, 21 zur unterschiedlich erfolgenden Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, je nachdem, ob eine objektive oder subjektive Auslegungsmethode zugrunde gelegt wird.

2108 Ebenso Dubout, R.A.E. 2016, 287 (293 f.).

der contra legem-Grenze gesetzten Grenzen beschäftigt. Er erkennt zwar an, dass die Auslegung des nationalen Rechts in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte fällt und damit ebenfalls die Entscheidung darüber, ob eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts möglich ist. Zugleich möchte er aber einen unsachgemäßen Gebrauch der contra legem-Grenze durch die nationalen Gerichte verhindern und besteht daher darauf, dass es Aufgabe des Gerichtshofs sei, ihre Bedeutung klargestellt, da er diese selbst gesetzt habe.²¹⁰⁹ Auch in der Literatur wird eine solche Missbrauchskontrolle gefordert.²¹¹⁰

Im Hinblick auf die in der Rechtssache DI in Rede stehende Regelung des dänischen Rechts, die unter bestimmten Voraussetzungen ein Entfallen des Anspruchs auf Entlassungsabfindung vorsieht²¹¹¹, lässt sich nach Ansicht des Generalanwalts aus den Ausführungen des Gerichtshofs im Ingeniørforeningen i Danmark-Urteil entnehmen, dass nicht der Wortlaut der Vorschrift, sondern vielmehr die Auslegung, die die ständige nationale Rechtsprechung ihr gegeben hat, die Unionsrechtswidrigkeit begründet.²¹¹² Dies bringt ihn dazu, festzustellen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der dänischen Regelung im Einklang mit ihrem Wortlaut möglich sei.²¹¹³ Er meint, ein Rechtsprechungshindernis sei nicht vergleichbar mit einem sich aus dem Wortlaut einer nationalen Rechtsvorschrift ergebenden Hindernis, da Ersteres von einem nationalen Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeiten beseitigt werden könne.²¹¹⁴

Dass das Højesteret die von ihm auszulegende Norm als eindeutig bezeichnet, deutet in der Tat darauf hin, dass sein Vorbringen, eine richtlinienkonforme Auslegung wäre nur contra legem möglich und sei daher abzulehnen, missbräuchlich erfolgt, da die Bedeutung der Norm gerade umstritten ist.²¹¹⁵

2109 GA Bot, Schlussanträge vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI), Rn. 52 f.

2110 Kainer, GPR 2016, 262 (266).

2111 Siehe dazu oben bei Fn. 1588 ff.

2112 GA Bot, Schlussanträge vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI), Rn. 31 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 12.10.2010, Rs. C-499/08 (Ingeniørforeningen i Danmark), Rn. 40 und 47 f.

2113 Vgl. GA Bot, Schlussanträge vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI), Rn. 66.

2114 GA Bot, Schlussanträge vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI), Rn. 72.

2115 So auch Baldus/Raff, GPR 2016, 71 (73). Dies erklärt im Übrigen auch, weshalb Generalanwalt Bot den vom Højesteret ins Spiel gebrachten Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzwägungen ablehnend gegenübersteht, so anschaulich Madsen/Olsen/Šadl, ELJ 23 (2017), 140 (144 mit Fn. 23).

Die Einschätzung des Generalanwalts, die Unionsrechtswidrigkeit gehe nicht auf die Norm selbst, sondern auf die zu ihr ergangene Rechtsprechung zurück, ist dennoch problematisch. Wenn nationale Gerichte dazu berufen sind, das nationale Recht auszulegen, hat dieses die Bedeutung, die das nationale Gericht ihm beimisst. Dann ist aber eine Unterscheidung danach, ob die Unionsrechtswidrigkeit auf die Norm selbst oder die zu ihr ergangene Rechtsprechung zurückzuführen ist, nicht möglich. Kann zwischen Norm und auslegender Instanz nicht getrennt werden, sind Norm und Rechtsprechung gewissermaßen identisch. Beide führen damit zwangsläufig zum selben Ergebnis.²¹¹⁶ Das bedeutet dann aber auch, dass eine Auslegung des nationalen Rechts gegen die Auffassung der zur verbindlichen Auslegung berufenen Instanz *contra legem* wäre. Damit kann der EuGH über die Frage, was die nationale Norm und was die Rechtsprechung sagt, letztlich nicht entscheiden.²¹¹⁷

Das bedeutet aber nicht, dass eine Bestimmung der *contra legem*-Grenze ohne unionsrechtliche Einflüsse auskommt. So verlangt der Gerichtshof etwa, die Auslegung an Wortlaut und Zweck der Richtlinie ungeachtet entgegenstehender Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zu der nationalen Regelung ergeben könnten, auszurichten.²¹¹⁸ Daneben haben die nationalen Gerichte bei der Auslegung eines Umsetzungsgesetzes davon auszugehen, dass sich der Mitgliedstaat bei der Umsetzung richtlinienkonform verhalten wollte.²¹¹⁹ Durch die Aufstellung dieser Vermutung ordnungsgemäßer Umsetzung ergeben sich im Rahmen der Auslegung Auswirkungen etwa auf die Bestimmung des klar erkennbaren gesetzgeberischen Willens.²¹²⁰

Auch wenn er die Grenzen der nationalen Methodenlehre grundsätzlich anerkennt, verpflichtet der Gerichtshof die nationalen Gerichte damit zur Beachtung einer von ihm entwickelten eigenständigen unionsrechtlichen Auslegungsmethodik.²¹²¹ Demnach kann nicht behauptet werden, dass nur die nationale Rechtsprechung entscheiden kann, ob mit Hilfe der nationalen Methoden ein richtlinienkonformes Ergebnis erzielt werden

2116 Ebenso *Dubout*, R.A.E. 2016, 287 (293 f.).

2117 *Baldus/Raff*, GPR 2016, 71 (74).

2118 EuGH, Urteil vom 29.4.2004, Rs. C-371/02 (Björnekulla Fruktindustrier), Rn. 13.

2119 EuGH, Urteil vom 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Rn. 112.

2120 Siehe dazu *Brenncke*, Statute Law Review 39 (2018), 134 (144 f.).

2121 *Holdgaard/Elkan/Krohn Schaldemose*, CMLRev. 55 (2018), 17 (32 ff.).

kann.²¹²² Das ließe sich mit dem unionsrechtlichen Ursprung der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung nicht vereinbaren.

Auszugehen ist danach davon, dass das Unionsrecht auch die Bestimmung der contra legem-Grenze beeinflusst. Was unter dieser zu verstehen ist, wird zwar grundsätzlich vom nationalen Recht bestimmt, allerdings nur innerhalb der durch die europäischen Methodenregeln gezogenen Grenzen, sodass die Mitgliedstaaten insoweit nicht völlig frei sind.²¹²³

bb) Vertrauensschutz als Methodenregel?

Wie zu Beginn des Kapitels bereits gesehen, wird durch eine Zurechnung des Vertrauensschutzes zu den Auslegungsmethoden versucht, ein Einfallstor für die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände zu begründen.²¹²⁴ Da die Ausgestaltung der Methoden Sache des nationalen Rechts ist, scheint sich ein solches Vorgehen in der Tat anzubieten. Dennoch bestehen hier unionsrechtliche Bedenken.

(1) Keine Anerkennung im Impact-Urteil

Zum Teil wird das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Impact herangezogen, um zu begründen, dass Vertrauensschutz schon bei der Prüfung, ob nach den nationalen Maßstäben noch eine richtlinienkonforme Auslegung möglich ist, zur Geltung gebracht werden könne²¹²⁵, weswegen es unionsrechtlich nicht geboten sei, nationales Recht „contra legem und rückwirkend“ auszulegen.²¹²⁶ Der Gerichtshof habe hier gezeigt, dass er die contra legem-Grenze ernst nehme und Ausführungen zu den innerstaatlichen Grenzen und der Methodik grundsätzlich nicht hinterfrage.²¹²⁷

2122 So aber Raff, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2016, 67 (86).

2123 Siehe auch Kainer, NZA 2018, 894 (895).

2124 Hierfür im Ergebnis etwa auch Riesenhuber, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21.

2125 Spelge, FA 2011, 34 (35 mit Fn. 11) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 102 f.

2126 Michael, Der Staat 54 (2015), 349 (350, Fn. 7) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 102–104.

2127 Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2396). Sie nehmen an, dass der Rechtssache Impact und BGH-Entscheidungen zum Versicherungsvertragsrecht eine „strukturell vergleichbare Rückwirkungsproblematik“ zugrunde liegt.

Ausgangspunkt des Verfahrens war die Beschäftigung von Bediensteten bei irischen Ministerien auf der Grundlage von aufeinanderfolgenden befristeten Verträgen für Zeiträume, die vor dem 14.7.2003, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des die Richtlinie 1999/70/EG²¹²⁸ umsetzenden Gesetzes, begonnen haben und über diesen Zeitpunkt hinaus fort dauern. Die in Rede stehenden Beschwerden der Bediensteten stützten sich für den Zeitraum vom 10.7.2001, dem Tag des Ablaufs der Umsetzungsfrist der Richtlinie, bis zum 14.7.2003 auf §§ 4 und 5 der Rahmenvereinbarung, die im Anhang der Richtlinie enthalten ist, und für die Zeit nach dem 14.7.2003 auf das nationale Umsetzungsgesetz. Das nationale Umsetzungsgesetz hatte dem vorlegenden Gericht die Zuständigkeit für Klagen übertragen, die auf dieses Gesetz gestützt waren. Fraglich war dann, ob das Unionsrecht das Gericht dazu verpflichtet, seine Zuständigkeit auch für unmittelbar auf die Richtlinie gestützte Ansprüche zu bejahen, die sich auf den Zeitraum zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist und dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes beziehen.

Der EuGH entschied im Hinblick auf diese erste Frage des vorlegenden Gerichts, dass es sich dann für die auf die Richtlinie gestützten Beschwerden für zuständig erklären muss, wenn bei einer Verpflichtung zur Erhebung einer Klage vor einem ordentlichen Gericht, die sich unmittelbar auf die Richtlinie stützt (und der damit einhergehenden Verpflichtung zur Aufteilung des Rechtsbehelfs in zwei unterschiedliche Klagen) Verfahrensnachteile für den Kläger entstünden, sodass ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz vorläge.²¹²⁹ Muss sich das Gericht nicht für zuständig erklären, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz vorliegt, wenn der Kläger eine zweite Klage erheben muss; seine unionsrechtlichen Rechte für den gesamten Zeitraum wären gewahrt.

Von Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die vierte Frage des vorlegenden Gerichts. Mit ihr wollte es in Erfahrung bringen, ob das nationale Umsetzungsgesetz dahin ausgelegt werden muss, dass es rückwirkend zum 10.7.2001 gilt. Der Gerichtshof beantwortete diese Frage für den Fall („in Anbetracht der Antwort auf seine erste Fra-

Siehe zu diesen BGH-Entscheidungen unten bei Fn. 2202 ff., Fn. 2216 ff. und Fn. 2223 ff.

2128 Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1993 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. L 175 vom 10.7.1999, S. 43.

2129 EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 55.

ge“)²¹³⁰, dass das vorlegende Gericht nicht verpflichtet sein sollte, sich für die Entscheidung über die unmittelbar auf die Richtlinie gestützten Ansprüche für zuständig zu erklären. Die Antwort des Gerichtshofs beruhte also auf der Annahme der Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts nur für die auf den Verstoß gegen das nationale Gesetz gestützten Ansprüche, sodass die Zuständigkeit nicht für sämtliche im Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche bestand. Sie erging daher „nur für diesen Fall“.²¹³¹ Vorgelegt hatte das irische Gericht dem Gerichtshof diese vierte Frage, da eine im irischen Recht enthaltene Regel die rückwirkende Anwendung eines Gesetzes ausschließt, sofern keine klaren und eindeutigen gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.

Da das Gericht, wie die Antwort des EuGH voraussetzt, nicht verpflichtet war, sich für die Entscheidung über die unmittelbar auf die Richtlinie gestützten Ansprüche für zuständig zu erklären, ist eine Bezugnahme auf die Richtlinie in der Zeit zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist und dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes nur durch eine rückwirkende Anwendung des Umsetzungsgesetzes möglich, wenn eine Auslegung des sonstigen nationalen Rechts zur Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse ausscheidet.

Der Gerichtshof entschied, dass ein nationales Gericht, bei dem eine Klage wegen eines Verstoßes gegen eine Bestimmung des nationalen Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG anhängig ist, aufgrund des Unionsrechts nur dann verpflichtet ist, diese Bestimmung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Frist zur Umsetzung der Richtlinie anzuwenden, wenn es im betreffenden nationalen Recht Anhaltspunkte gibt, die es ermöglichen, dieser Bestimmung eine solche Rückwirkung zu verleihen.²¹³² Auch wenn die richtlinienkonforme Auslegung insbesondere auch für den Zeitraum zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist und dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes gedacht ist²¹³³, gelten auch insoweit die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung. Demnach ist das nationale Gericht nicht zur rückwirkenden Anwendung des Umsetzungsgesetzes verpflichtet, wenn das nationale Recht dem entgegensteht.²¹³⁴ Enthält dieses aber eine Regel, die dem nationalen Gericht die richtlini-

2130 EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 93; siehe auch Rn. 96.

2131 Dies stellte der Gerichtshof in einem späteren Urteil klar, EuGH, Urteil vom 22.12.2010, verb. Rs. C-444/09 und C-456/09 (Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres), Rn. 94 f.

2132 EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Tenor Nr. 4.

2133 EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler u.a.), Rn. 115 f.

2134 Hanau, EuZA 2009, 534 (543 f.).

enkonforme Auslegung erlaubt, ist es hierzu verpflichtet. Nur wenn es im nationalen Recht überhaupt keine Regel gibt, die in der Lage ist, die Konformauslegung zu ermöglichen, greift die *contra legem*-Grenze.²¹³⁵

Deutlich geworden ist damit, dass das Impact-Urteil keine Aussage zum Vertrauensschutz, sondern zur Beachtlichkeit einer Methodenregel trifft. Nur danach und nicht nach der Möglichkeit der Gewährung von Vertrauensschutz hatte das vorlegende irische Gericht gefragt. Dass sich der EuGH zur Möglichkeit der Gewährung von Vertrauensschutz nicht geäußert hat, verdeutlichen auch die in dieser Rechtssache vorgelegten Schlussanträge von Generalanwältin Kokott. Sie hatte nämlich ausgeführt, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts der rückwirkenden Auslegung des irischen Rechts nicht entgegenstünden, da es um ein vertikales Rechtsverhältnis zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber des öffentlichen Sektors gehe.²¹³⁶

(2) Verpflichtung zur Abänderung einer richtlinienwidrigen Rechtsprechung

Hat der EuGH nach dem vorstehend Gesagten eine Zurechnung des Vertrauensschutzes zu den Methodenregeln nicht vorgenommen, Vertrauensschutz also nicht als Methodenregel anerkannt, ist nach weiteren Hinweisen in der Rechtsprechung zu suchen, die eine Einordnung des Vertrauensschutzes ermöglichen.

Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang die Feststellung des EuGH, dass das Erfordernis unionsrechtskonformer Auslegung die Verpflichtung der nationalen Gerichte umfasst, eine gefestigte Rechtsprechung gegebenenfalls abzuändern, wenn sie auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie nicht vereinbar ist. Dadurch dass nach seiner Auffassung ständige unionsrechtswidrige Rechtsprechung der Möglichkeit unionsrechtskonformer Auslegung nicht entgegensteht²¹³⁷, trifft der Gerichtshof eine Aussage über den rechtlichen Wert der bisherigen nationalen Rechtsprechung.

2135 *Simon*, in: *Mélanges Mengozzi*, 2013, S. 279 (295) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 102 und 103.

2136 *GA Kokott*, Schlussanträge vom 9.1.2008 in der Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 139.

2137 Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 33 f. und EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 72 f. zur richtlinienkonformen Auslegung sowie EuGH, Urteil vom 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Popławski), Rn. 78 f. zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung.

Zur Abstützung seiner Aussage verweist er im DI-Urteil auf sein Urteil in der Rechtssache *Centrosteel*, in dem er ausgeführt hatte, dass das mit dem Rechtsstreit befasste vorlegende Gericht „bei der Anwendung der Rechtsvorschriften oder – was im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint – einer gefestigten nationalen Rechtsprechung diese so auszulegen [hat], daß sie im Einklang mit den Zielen der Richtlinie angewandt werden können“.²¹³⁸ Die *Corte suprema di Cassazione*, auf die die gefestigte nationale Rechtsprechung zurückzuführen war, hatte diese aber aufgrund eines vorhergehenden EuGH-Urteils bereits geändert, sodass sie einem richtlinienkonformen Auslegungsergebnis nicht mehr im Wege stand. Der Verweis auf das *Centrosteel*-Urteil trägt die im DI-Urteil aufgestellte weitreichende Verpflichtung zur Abänderung einer richtlinienwidrigen Rechtsprechung daher eigentlich nicht.²¹³⁹ Daran, dass der Gerichtshof sie aufgestellt hat, ändert dies aber natürlich nichts.

Auch wenn damit der Weg versperrt ist, eine Auslegung allein aus dem Grund als *contra legem* einzustufen, dass ihr eine ständige Rechtsprechung entgegensteht, ist damit keine Aussage zur Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts getroffen. Die Behauptung, aus dem DI-Urteil des Gerichtshofs ergebe sich, dass die Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit der Auslegung mit dem Wortlaut des nationalen Rechts für die Frage des Bestehens der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung entscheidend sei, findet im Urteil des EuGH daher keine Bestätigung, da sich dieser zur Auslegbarkeit des nationalen Rechts dort nicht äußert, sondern diese Frage vielmehr offenlässt.²¹⁴⁰

Aus Sicht von Rechtssystemen mit Präjudizienbindung ist allerdings bereits die Aufforderung, eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung abzuändern, als *contra legem* zu bezeichnen.²¹⁴¹ Diese Überlegung hindert den EuGH jedoch auch nicht daran, eine Verpflichtung nationaler Gerichte aufzustellen, sich der Rechtsprechung eines übergeordneten Gerichts, an die sie sonst gebunden wären, zu entledigen.²¹⁴² Dass nationale Gerichte aufgefordert sind, ihre bisherige Rechtsprechung zu überdenken, ist zwangsläufige Folge der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Ausle-

2138 EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-456/98 (*Centrosteel*), Rn. 17.

2139 Darauf weisen auch *Holdgaard/Elkan/Krohn Schaldemose*, CMLRev. 55 (2018), 17 (35 mit Fn. 74) hin.

2140 So aber *Heuschmid*, AuR 2016, 422 (424). Er zieht allerdings auch die Schlussanträge von GA Bot vom 25.11.2015 in der Rs. C-441/14 (DI) heran, denen der Gerichtshof insoweit nicht gefolgt ist.

2141 Darauf weist *Kainer*, GPR 2016, 262 (267) zu Recht hin.

2142 Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 29.6.2017, Rs. C-579/15 (*Popławski*), Rn. 36.

gung, weswegen für Rechtssysteme mit Präjudizienbindung keine Besonderheiten bestehen.²¹⁴³ Die Verpflichtung zur Rechtsprechungsänderung und das Nichtbestehen einer Verpflichtung zu einer Auslegung *contra legem* sind zweierlei.²¹⁴⁴

Dass eine höchstrichterliche Rechtsprechung der richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegengehalten werden kann, lässt für die Frage der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände aufhorchen, da insoweit ja gerade ein besonderes Interesse besteht, höchstrichterliche nationale Rechtsprechung ins Feld zu führen. Zwar sind damit im Zusammenhang mit ständiger Rechtsprechung stehende Rechtssicherheitserwägungen – eine Berücksichtigung nationaler Rechtsprechung als nationaler Vertrauensumstand – nicht zwingend ausgeschlossen.²¹⁴⁵ Denkbar ist es nämlich, in der Aussage des Gerichtshofs einen Verweis auf die Aufgabenverteilung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgeber zu erblicken.²¹⁴⁶ Eine entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung ist für die *contra legem*-Grenze aber jedenfalls nicht relevant.²¹⁴⁷

(3) Zeitliche Dimension der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung

Gegen eine Formulierung des Vertrauensschutzes als Methodenregel spricht letztlich die zeitliche Dimension der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung. Die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung gilt mit Ablauf der Umsetzungsfrist²¹⁴⁸, wohingegen für die Zeit vom Inkrafttreten der Richtlinie bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist lediglich ein Frustrati-

2143 *Holdgaard/Elkan/Krohn Schaldemose*, CMLRev. 55 (2018), 17 (32 ff.).

2144 Vgl. *Coutron*, RTDEur. 2017, 389 (391).

2145 *Haket*, NtEr 2016, 237 (240).

2146 *Rosenkranz*, ZESAR 2018, 24 (26).

2147 *Sagan*, NZA 2015, 341 (342) sieht daher die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz als Grenze zum *contra legem*-Judizieren an.

2148 EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (*Adeneler u.a.*), Rn. 115; EuGH, Urteil vom 27.6.2013, verb. Rs. C-457/11 bis C-460/11 (*VG Wort u.a.*), Rn. 26; GA *Bobek*, Schlussanträge vom 11.10.2016 in der Rs. C-439/16 PPU (*Milev*), Rn. 40; siehe auch EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Océano Grupo Editorial und Salvat Editores*), Rn. 31. Zunächst hatte der EuGH zwar noch einen Beginn mit Inkrafttreten der Richtlinie im Sinn, vgl. EuGH, Urteil vom 8.10.1987, Rs. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), Rn. 15, wo er betonte, dass die *Grenzen* der Konformauslegung bereits mit dem Inkrafttreten der Richtlinie greifen und damit nahelegte, dass dies dann auch für die Verpflichtung zur Konformauslegung selbst gelten muss. Hiervon

onsverbot gilt²¹⁴⁹, aus dem grundsätzlich keine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung folgt, da die Zielerreichung nach Ablauf der Umsetzungsfrist durch eine richtlinienwidrige Einzelfallentscheidung nicht beherrscht wird.²¹⁵⁰

Wie oben bereits ausgeführt, besteht auch hinsichtlich mittelbar wirkenden Unionsrechts ein Zusammenhang zwischen der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, der die nationalen Gerichte grundsätzlich dazu verpflichtet, das nationale Recht mit Wirkung auf den Ablauf der Umsetzungsfrist im Sinne der Richtlinie auszulegen.²¹⁵¹ Eine der Richtlinie widersprechende nationale Rechtsprechung ist dann ebenfalls grundsätzlich mit Wirkung auf diesen Zeitpunkt aufzugeben.²¹⁵² Ist also eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen durch den EuGH im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung unterblieben, wirkt die Richtlinienbestimmung über die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung seit Ablauf der Umsetzungsfrist auf das nationale Recht ein.²¹⁵³

Hinsichtlich der ersten Stufe der reinen Auslegung besteht demnach ein Automatismus in dem Sinne, dass das nationale Recht (in den Grenzen des methodisch Möglichen) ex tunc in dem vom EuGH der Richtlinienbestimmung zuerkannten Sinn zu verstehen ist. Diese Überlegung würde durch eine Formulierung des Vertrauensschutzes als Methodenregel weitestgehend konterkariert. Eine Pflicht zur Anwendung des nationalen Rechts mit Wirkung ex tunc ist damit noch nicht begründet; insoweit besteht weiterhin die Möglichkeit, dass der Rechtsstreit nicht im Sinne der Richtlinie zu entscheiden ist.²¹⁵⁴ Wenn aber das nationale Recht ex tunc im Sinne der Richtlinie zu verstehen ist, kann Vertrauensschutz nicht einfach als nationale Methodenregel formuliert werden, die bereits der Auslegung an sich entgegensteht.

Zutreffend ist daher der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts darauf, dass die richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17 f. KSchG in dem

ist der EuGH in der Folgezeit aber abgerückt, worin *Coutron*, RTDEur. 2015, 39 (56) einen Rückschritt sieht.

2149 EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler u.a.), Rn. 121 ff.

2150 *Maul-Sartori*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, Art. 153 AEUV, Rn. 61.

2151 Siehe bei Fn. 1316.

2152 *Sagan*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, 67 (74).

2153 Vgl. *Riesenhuber*, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21.

2154 Ähnlich *Latzel*, EuR 2015, 415 (437 f.), allerdings unter weniger strenger Trennung der Ebenen.

oben²¹⁵⁵ angesprochenen Fall des BAG nicht nur unionsrechtlich geboten, sondern auch methodisch möglich war.²¹⁵⁶ Das BAG hatte im Rahmen der Junk-Problematik wie gesehen Vertrauen auf seine bisherige Rechtsprechung geschützt und deswegen die Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses unterlassen. Da ihm dies den Vorwurf eines Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG eingebracht hat²¹⁵⁷, zögert es die richtlinienkonforme Auslegung nun zu Recht nicht mehr aus Vertrauensschutzerwägungen hinaus, wenn das nationale Recht im Sinne der Richtlinie auslegbar ist, auch wenn es bislang nicht im Einklang mit Unionsrecht ausgelegt worden war.²¹⁵⁸

Von besonderem Interesse ist an dieser Stelle die Erwägung des Bundesverfassungsgerichts, dem BAG sei vorzuwerfen, dass es mit der Anwendung von Art. 20 III GG die praktische Wirksamkeit der Massenentlassungsrichtlinie in der Auslegung des Gerichtshofs beeinträchtigt und der unionsrechtlichen Verpflichtung, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen, nicht ausreichend Rechnung getragen habe.²¹⁵⁹ Indem es deutlich gemacht hat, dass die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen einer methodisch möglichen richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegenstehen²¹⁶⁰ und daher nicht als Bestandteil der nationalen Methodenlehre aufgefasst werden können²¹⁶¹, hat das Bundesverfassungsgericht die zugrundeliegenden unionsrechtlichen Maßstäbe zutreffend erkannt.

Angesichts der engen Verbindung zwischen Unions- und nationalem Recht durch die Anforderungen der richtlinienkonformen Auslegung kann sich ihr eine ständige nationale höchstrichterliche Rechtsprechung

2155 Bei Fn. 1340 ff.

2156 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 34, 36 – NZA 2015, 375.

2157 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 14 – NZA 2015, 375. Einen Verfahrensverstoß des BAG ebenfalls bejahend *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (47); angesichts der Abstützung des Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG i.V.m. Art. 267 III AEUV auf die bislang nicht anerkannte Kategorie der „Vernichtung einer Vorlagepflicht wegen Nichterkennens der Entscheidungserheblichkeit einer unionsrechtlichen Frage“ kritisch *Wißmann*, in: FS Kohte, 2016, S. 993 (1002 ff.).

2158 BAG, Urteil vom 19.2.2019, 9 AZR 423/16, Rn. 31, 34 – NZA 2019, 977; zustimmend *Busch*, jurisPR-ArbR 47/2019 Anm. 3 unter C.

2159 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 35 – NZA 2015, 375.

2160 *Sagan*, NZA 2015, 341 (342). *Oetker*, EWiR 2015, 193 (194) bezeichnet die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als „spektakulär“ und angesichts dem BAG zustimmender Stimmen im Schrifttum „übertrieben hart“.

2161 *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 108 im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07 – NZA 2015, 375.

nicht entgegenstellen²¹⁶², weswegen es auf mögliche Zeitpunkte, bis zu denen Vertrauen als schutzwürdig erscheint, nicht ankommt.²¹⁶³ Diese Frage hatte in Rechtsprechung und Literatur zuvor Kontroversen ausgelöst. Insoweit waren sowohl der Zeitpunkt des Bekanntwerdens eines Vorabentscheidungsersuchens²¹⁶⁴ als auch der Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie²¹⁶⁵ bzw. der Tag der Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt²¹⁶⁶ sowie das Urteil des EuGH selbst²¹⁶⁷ in Betracht gezogen worden.

Dass auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu finden sind, in denen dieses prüft, ob die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen des Fachgerichts die Beschwerdeführer dadurch „in Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip“ verletzen, dass sie keinen Vertrauensschutz gewährt haben, passt zwar nicht in dieses Bild.²¹⁶⁸ Da es in den erwähnten Entscheidungen keinen verfassungsrechtlichen Verstoß erkannt hat und verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz den unionsrechtlichen Anforderungen damit nicht entgegengehalten hat, bleibt diese Prüfung aber immerhin folgenlos.

2162 Näher *Wißmann*, in: FS Kohte, 2016, S. 993 (1000 f.), der zutreffend darauf hinweist, dass das Bundesverfassungsgericht in der richtlinienkonformen Auslegung eine „starke Klammer“ zwischen Unions- und nationalem Recht sieht. *Schubert*, AuR 2015, 233 (234) erkennt zugleich eine Verletzung des Schutzenspruchs des Arbeitnehmers durch das BAG, der in der richtlinienkonformen Auslegung des § 17 KSchG auch in Altfällen bestehe.

2163 Deutlich BAG, Urteil vom 19.2.2019, 9 AZR 423/16, Rn. 35 – NZA 2019, 977.

2164 BAG, Urteil vom 24.3.2009, 9 AZR 983/07, Rn. 74, 76 – BAGE 130, 119. Bereits diesen Zeitpunkt sieht *Benecke*, RdA 2011, 241 (243) als „recht früh“ an; kritisch auch *Gaul/Bonanni/Ludwig*, DB 2009, 1013 (1013 f.).

2165 BAG, Urteil vom 23.3.2010, 9 AZR 128/09, Rn. 96, 101 – BAGE 134, 1; BAG, Urteil vom 4.5.2010, 9 AZR 183/09, Rn. 20 – BAGE 134, 196. Zustimmung *Koch*, SR 2012, 159 (167 f.); ablehnend *Besgen*, SAE 2010, 201 (203).

2166 Vgl. *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 56.

2167 *Sedlmeier*, EuZA 2010, 88 (97 f.); *Krieger/Arnold*, NZA 2009, 530 (532); *Picker*, ZTR 2009, 230 (236); siehe auch *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631 (634). Zu weiteren Differenzierungsmöglichkeiten *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 58.

2168 BVerfG, Beschluss vom 23.5.2016, 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, Rn. 56 f. – NJW-RR 2016, 1366. Auf diesen Beschluss weist auch *Brams*, Impulse, 2019, S. 277 f. hin. Siehe auch den Hinweis von *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 54 auf BVerfG, Beschluss vom 26.9.2011, 2 BvR 2216/06, 2 BvR 469/07 – BVerfGK 19, 89 (100 ff., insb. 104 f.).

Vertrauensschutzerwägungen sind nach alledem keine Grenze der Auslegung, sondern der Anwendung des ausgelegten Rechts. Die eigentliche Gesetzesauslegung bzw. -fortbildung einerseits und die Prüfung der Reichweite des Vertrauensgrundsatzes andererseits sind demnach voneinander zu trennen.²¹⁶⁹ Zwischen Methodenregeln und vertrauensschutzbezogenen Aspekten ist zu unterscheiden.²¹⁷⁰ Daran ändert nichts, dass aus nationaler Sicht nur eine solche Lösung eines Rechtsstreits „richtig“ ist, die eine zutreffende Auslegung zwar vornimmt, sie im konkreten Fall bei Vorliegen schutzwürdigen Vertrauens aber nicht durchsetzt, sodass Vertrauensschutzerwägungen in die Frage einbezogen werden, wann eine materiell richtige Entscheidung vorliegt.

Als ausschließlich nationale Angelegenheit kann die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände damit nicht angesehen werden.²¹⁷¹ Jedenfalls ist ein Zusammenhang zu verneinen, der daraus, dass die auszulegende Vorschrift eine solche des nationalen Rechts ist, ableiten wollte, dass sich dann auch der Vertrauensschutz nach nationalem Recht richtet. Die Besonderheit liegt ja gerade darin, dass die Auslegung richtlinienkonform zu erfolgen hat.²¹⁷² Die Frage nach der zeitlichen Reichweite der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung ist eine solche des Unionsrechts, sodass der EuGH über Vertrauensschutz in richtlinienwidrige höchstrichterliche Rechtsprechung zu entscheiden hat.²¹⁷³

Dass das Unionsrecht es hinnimmt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung ausscheidet, setzt nach alledem voraus, dass der ihr entgegenstehende Aspekt Teil des Auslegungsvorgangs ist. Dagegen verhindert das Unionsrecht, dass ein methodisch mögliches richtlinienkonformes Auslegungsergebnis im Anschluss an den Auslegungsvorgang durch Vertrauensschutzüberlegungen nicht zum Tragen kommt. Eine Ergebniskorrektur gestattet das Unionsrecht also nicht.

2169 So auch *Rüthers/Höpfner*, JZ 2005, 21 (24 f.) im Zusammenhang mit ihrem Stufenmodell der Gesetzesanwendung, auf der Grundlage der subjektiven Auslegungsmethode und ihres Spannungsverhältnisses zum Analogieverbot zu Lasten des Täters nach Art. 103 II GG.

2170 Vgl. *Rosenkranz*, ZESAR 2018, 24 (26) zum deutschen Recht.

2171 So aber noch *Lunk*, in: FS Reuter, 2010, S. 689 (699); *Franzen*, RIW 2010, 577 (579); *Picker*, ZTR 2009, 230 (235); *Weber*, Grenzen, 2010, S. 181 meint, nationaler Vertrauensschutz sei von demjenigen nach Unionsrecht zu unterscheiden.

2172 *Sagan*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, 67 (82).

2173 *Oetker*, EWiR 2015, 193 (194).

Ein Beispiel für eine vom Unionsrecht anerkannte Methodenregel erblickt Generalanwältin Kokott etwa im verfassungsrechtlichen in dubio mitius-Grundsatz des tschechischen Rechts. Ihm zufolge ist eine steuerrechtliche Vorschrift immer zu Gunsten des Steuerpflichtigen auszulegen, wenn es objektiv mehrere Auslegungsvarianten gibt. Seine Anwendung kann dazu führen, dass zwar ein für den Steuerpflichtigen günstiges und verfassungsrechtlich gefordertes Auslegungsergebnis erzielt wird, das aber nicht richtlinienkonform ist. Mit der Erwägung, dass er die Möglichkeiten der Auslegung auf eine mögliche Auslegung verenge und daher eine Grenze der Konformauslegung darstelle, spricht die Generalanwältin dem in dubio mitius-Grundsatz eine Wirkung zu, wie sie auch anderen Methodenregeln des nationalen Rechts zukommt. Danach könnte er sich der richtlinienkonformen Auslegung entgegenstellen.²¹⁷⁴

Der Gerichtshof ist diesem Ansatz allerdings nicht gefolgt und verwehrt den nationalen Gerichten, sich auf den in dubio mitius-Grundsatz zu stützen.²¹⁷⁵ Er ordnet die Anwendung des in dubio mitius-Grundsatzes als Versuch ein, die zeitlichen Wirkungen der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung des Unionsrechts zu begrenzen²¹⁷⁶, womit er dieselbe Erwägung wie bereits in seinem DI-Urteil und im Hein-Urteil zum Tragen bringt.²¹⁷⁷ Aus unionsrechtlicher Perspektive scheiterte eine zeitliche Begrenzung der Wirkung der Auslegung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung an Präklusion.²¹⁷⁸

Der Ansatz des Gerichtshofs ist insofern nachvollziehbar, als die Anwendung des in dubio mitius-Grundsatzes voraussetzt, dass eine Bestimmung des nationalen Rechts unterschiedlich ausgelegt werden kann.²¹⁷⁹ Aus der Sicht der Steuerpflichtigen verengt der in dubio mitius-Grundsatz zwar die Möglichkeiten der Auslegung des nationalen Rechts auf eine mögliche

2174 GA Kokott, Schlussanträge vom 3.10.2019 in der Rs. C-401/18 (Herst), Rn. 4, 70, 72. Sie zieht einen Vergleich zur Wortlautgrenze.

2175 EuGH, Urteil vom 23.4.2020, Rs. C-401/18 (Herst), Rn. 60.

2176 EuGH, Urteil vom 23.4.2020, Rs. C-401/18 (Herst), Rn. 55.

2177 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 39; EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 61. Zum letztgenannten Urteil sogleich näher bei Fn. 2237 ff.

2178 EuGH, Urteil vom 23.4.2020, Rs. C-401/18 (Herst), Rn. 56 ff. unter Verweis in Rn. 57 auf EuGH, Urteil vom 6.3.2007, Rs. C-292/04 (Meilicke u.a.), Rn. 37 und EuGH, Urteil vom 23.10.2012, verb. Rs. C-581/10 und C-629/10 (Nelson u.a.), Rn. 91 sowie unter Verweis in Rn. 58 auf die fehlende Begrenzung der zeitlichen Wirkung der Folgen der Auslegung der Mehrwertsteuerrichtlinie in EuGH, Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-414/17 (AREX CZ).

2179 Darauf weist Nieskens, UR 2020, 392 (394) zu Recht hin.

Auslegung. Aus der für den Gerichtshof maßgeblichen Perspektive ist das nach dem in *dubio mitius*-Grundsatz erzielte Auslegungsergebnis aber nur ein denkbare Ergebnis unter mehreren möglichen Ergebnissen. Die unter Ausblendung des in *dubio mitius*-Grundsatzes feststellbare Auslegungsoffenheit des tschechischen Rechts zeigt, dass die Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses methodisch möglich ist.

Letztlich nimmt der Gerichtshof damit für sich in Anspruch, über die Einordnung eines Aspekts als Teil des Auslegungsvorgangs oder als Instrument der Ergebniskorrektur entscheiden zu können. Generalanwältin Kokott hatte den Mitgliedstaaten hier durch ihren Vergleich des in *dubio mitius*-Grundsatzes mit der Wortlautgrenze größeren Freiraum gewährt. An dieser Stelle taucht damit die Frage nach der näheren Bestimmung des Begriffs des *contra legem*-Judizierens wieder auf, derer sich der Gerichtshof zu Lasten der Mitgliedstaaten bemächtigt. Insoweit ist seitens des Gerichtshofs darauf zu achten, dass sich sein Bekenntnis zur *contra legem*-Grenze nicht in seiner formelhaften Wiederholung erschöpft.

cc) Vertrauensschutz als Reflex der *contra legem*-Grenze

Auch wenn Vertrauensschutz nicht als Methodenregel formuliert werden kann, ist die Anerkennung nationaler Methodenregeln durch den EuGH für die Frage des Vertrauensschutzes nicht ohne Bedeutung. Sie führt dazu, dass die Betroffenen darauf vertrauen dürfen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur unter Wahrung der Methodengrenzen vorgenommen wird, worin sich der vertrauensschutzrelevante Aspekt der *contra legem*-Grenze zeigt. Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind eben nur „so weit wie möglich“ zur Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse verpflichtet. „Nationaler Vertrauensschutz“ stellt sich insoweit als Schutz des Vertrauens in die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung dar.²¹⁸⁰ Er ist sozusagen Reflex der Begrenzung auf das methodisch Mögliche.

Sehr umstritten ist allerdings, wie weitreichend der hierdurch gewährte Schutz ist, da zur Wirkungsweise der richtlinienkonformen Auslegung naturgemäß unterschiedliche Ansichten bestehen.²¹⁸¹ Ein Blick auf diese

2180 Schmitt, GPR 2019, 249 (251); Rosenkranz, ZESAR 2018, 24 (26); siehe auch Gallner, in: FS Etzel, 2011, S. 155 (170).

2181 Eine ausführliche Darstellung der hier nur überblicksartig vorgestellten Möglichkeiten bietet etwa Baldauf, Richtlinienverstoß, 2013, insb. S. 106 f., 116 ff., 156 ff. Sie selbst spricht sich für eine Anwendung der Methode des Ergebnis-

Wirkungsweise ist erforderlich, um Entscheidungen aus der Rechtsprechung des BGH untersuchen zu können, in denen sich unter anderem die Frage stellte, ob jedenfalls Vertrauen auf den Bestand einer nationalen Norm geschützt ist, die dann nicht teleologisch auf Null reduziert werden dürfte. Angesprochen ist damit insbesondere auch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, in deren Rahmen zum Teil eine weitergehende Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände gefordert wird als bei der richtlinienkonformen Auslegung im engeren Sinn.²¹⁸² Die Entscheidungen des BGH sind in der Literatur zum Teil sehr kritisch aufgenommen worden.

(1) Verpflichtung auch zur Rechtsfortbildung

Auszugehen ist zunächst davon, dass der EuGH bei der Verwendung des Begriffs der Auslegung nicht von einem deutschen Begriffsverständnis ausgeht, sondern ein autonomes zugrunde legt, das nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet.²¹⁸³

Auslegung meint für den EuGH daher jede zulässige Form der Rechtsfindung und damit auch die Rechtsfortbildung.²¹⁸⁴ Dementsprechend spricht er auch dann von Auslegung, wenn es nach deutschem Verständnis um Rechtsfortbildung geht²¹⁸⁵, was sich beispielhaft an den Ausführungen des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen *Brasserie du pêcheur* und *Factortame* zeigt, die die Anerkennung eines unionsrechtli-

vorrangs aus und lehnt damit eine Modifikation nationaler Methoden ab, S. 226. Mit der Wirkungsweise der richtlinienkonformen Auslegung, der er den Begriff der „richtlinienkonformen Rechtsanwendung“ vorzieht, befasst sich auch *Reimer*, JZ 2015, 910 (913 ff., 919).

2182 *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (370) meint, bei Auslegung im engeren Sinne sei Maßstababildung auch mit Wirkung für die Vergangenheit legitim. Auch das ArbG Bochum, Urteil vom 17.3.2005, 3 Ca 307/04 – NJOZ 2005, 1804 (1817) hat seine Ablehnung der Gewährung von Vertrauensschutz u.a. damit begründet, dass es in dem von ihm entschiedenen Fall nicht um eine der Rechtsetzung angenäherte Rechtsfortbildung gehe, sondern um eine richtlinienkonforme Auslegung der „schon seit langem geltenden §§ 17, 18 KSchG“.

2183 *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (7); *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10, Rn. 3; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50); *Canaris*, in: FS Bydliniski, 2002, S. 47 (81 f.). Erklären lässt sich dies mit dem Vorbild der französischen Rechtstradition, siehe *Levits*, SR 2015, 121 (126 f.).

2184 Siehe nur *Schürnbrand*, JZ 2007, 910; *Baldauf*, Richtlinienverstoß, 2013, S. 83; *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1415, Fn. 41).

2185 So auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (12).

chen Staatshaftungsanspruchs als Frage der in die Zuständigkeit des EuGH fallenden Auslegung des Vertrags einordnen.²¹⁸⁶ Dies allein genügt aber noch nicht zur Bejahung einer Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung. Hinzutreten müssen weitere Erwägungen.

Die nationalen Gerichte müssen bei der Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf Wortlaut und Zweck einer Richtlinie „die diesem Zweck am besten entsprechende Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften wählen“ („favouring the interpretation of the national rules which is the most consistent with that purpose“; „en privilégiant l’interprétation des règles nationales la plus conforme à cette finalité“).²¹⁸⁷ Trotz der Bezeichnung als richtlinienkonforme Auslegung ist der dem nationalen Recht beizulegende Bedeutungsgehalt damit nicht zwingend vorgegeben. Aus dem Spektrum möglicher Auslegungsergebnisse schließt sie aber bestimmte Bedeutungsgehalte aus, die ihm nicht beigelegt werden dürfen.²¹⁸⁸

Damit, dass nach seiner Rechtsprechung das Auslegungsergebnis, das mit der Richtlinie vereinbar ist, Vorrang vor anderen möglichen Auslegungsergebnissen hat, lässt der EuGH den Auslegungsvorgang selbst noch unberührt.²¹⁸⁹ Darauf beschränkt er die richtlinienkonforme Auslegung aber nicht; sie geht darüber hinaus und greift auch in den Auslegungsvorgang selbst ein, was etwa daran deutlich wird, dass der EuGH die mitgliedstaatlichen Gerichte dazu auffordert, bei der Auslegung eines Um-

2186 EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame), Rn. 24 ff. Gegen seine Anerkennung durch den Gerichtshof war geltend gemacht worden, dass dies der Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten und dem institutionellen Gleichgewicht auf EU-Ebene widerspreche und er nur im Wege der Gesetzgebung eingeführt werden könne.

2187 EuGH, Urteil vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler u.a.), Rn. 124. Ebenso EuGH, Urteil vom 22.12.2008, Rs. C-414/07 (Magoora), Rn. 44; EuGH, Urteil vom 23.12.2009, Rs. C-305/08 (CoNISMa), Rn. 50; EuGH, Urteil vom 16.2.2012, Rs. C-594/10 (van Laarhoven), Rn. 37; EuGH, Urteil vom 18.7.2013, Rs. C-124/12 (AES-3C Maritza East 1), Rn. 53. Nach Auffassung des EuGH sind also Abstufungen denkbar, obwohl „Konformität“ eigentlich keine Stufen kennt, vgl. *Simon*, in: *Mélanges Mengozzi*, 2013, S. 279 (286 f. mit Fn. 742 und 744).

2188 Darauf weist auch *Simon*, in: *Mélanges Mengozzi*, 2013, S. 279 (289) hin, wenn er ausführt, es gebe keinen „sens obligatoire“, dafür aber „sens interdits“.

2189 *Brenncke*, EuR 2015, 440 (446 f.).

setzungsgesetzes davon auszugehen, dass der nationale Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Regelung treffen wollte.²¹⁹⁰

Aufgrund dieser Vermutungsregel ist der Normzweck – jedenfalls, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich die Umsetzung verweigert – unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens zu bestimmen, die einschlägige Richtlinie korrekt umzusetzen. Diese dient daher gleichzeitig als Maßstab der Lückenfeststellung (als Voraussetzung der Rechtsfortbildung) und der Lückenschließung.²¹⁹¹ Als Aspekt der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 288 III AEUV genießt das Gebot richtlinienkonformer Auslegung angesichts des Vorrangs des Art. 288 III AEUV selbst Vorrang.²¹⁹² Die Richtlinie als Maßstab für die Feststellung der Unvollständigkeit des Gesetzes heranzuziehen, ist angesichts der Vorrangwirkung der Umsetzungsverpflichtung gerechtfertigt.²¹⁹³

Die Richtlinie ist damit bereits auf der Ebene der Auslegungsmethoden „maßgeblich und vorrangig“ zu berücksichtigen und nicht erst auf der Ebene des Auslegungsergebnisses. Wenn das nationale Recht „so weit wie möglich“ im Lichte der Richtlinie auszulegen ist, muss auch ein Auslegungsergebnis erreicht werden, das ohne Berücksichtigung der Richtlinie im Auslegungsvorgang nicht hätte erreicht werden können. Voraussetzung ist lediglich, dass es methodisch erzielbar ist. Dies verlangt Art. 288 III AEUV.²¹⁹⁴ Die fehlende Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechts-

2190 Zutreffend *Brenncke*, EuR 2015, 440 (447 f.). Zur vom Gerichtshof aufgestellten Vermutung siehe EuGH, Urteil vom 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u. a.), Rn. 112 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16.12.1993, Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Rn. 20. Im letztgenannten Urteil ging es um einen Fall, in dem der Mitgliedstaat sein Recht bereits für richtlinienkonform hielt. *Höpfner*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 73 (84) ist dagegen der Auffassung, dass der Auslegungsvorgang von der richtlinienkonformen Auslegung nicht berührt wird.

2191 BVerwG, Urteil vom 31.1.2017, 6 C 2.16, Rn. 29 – BVerwGE 157, 249; BGH, Urteil vom 7.5.2014, IV ZR 76/11, Rn. 23 – BGHZ 201, 101; *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1415).

2192 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 128; *Canaris*, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47 (68 f.); *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (364, Fn. 54); siehe auch *Franzen*, Privatrechtsangleichung, 1999, S. 339.

2193 *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (125). Zu unterscheiden ist dies von der Frage des Vorrangs der Richtlinie als Rechtsnorm, vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, 1999, S. 260. Siehe auch *Baldauf*, Richtlinienverstoß, 2013, S. 34 mit Fn. 129 und *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (126 mit Fn. 49).

2194 Überzeugend *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 132 ff. *Reimer*, JZ 2015, 910 (914 f., 916, 918) lehnt es dagegen ab, Art. 288 III AEUV Vorgaben für die „Erkenntnis des Regelungsinhalts mitgliedstaatlicher Rechtsakte“ zu

fortbildung in der Rechtsprechung des EuGH mit der Achtung des Gerichtshofs für die nationale Gewaltenteilung zu erklären²¹⁹⁵, greift daher zu kurz.

Die contra legem-Grenze spricht nach alledem die „funktionelle“ Kompetenzgrenze zwischen Judikative und Legislative an.²¹⁹⁶ Zu den den Gerichten zur Verfügung stehenden Methoden gehört nach deutschem Verständnis etwa auch die teleologische Reduktion einer Norm.²¹⁹⁷ Da das deutsche Recht der Rechtsfortbildung damit offen gegenübersteht, ist sie im Falle des Vorliegens ihrer Voraussetzungen aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes auch in richtliniengeprägten Fallgestaltungen gefordert.²¹⁹⁸ Unionsrechtlich verlangt die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung also eine Auslegung über den Wortlaut hinaus, wo dies methodisch möglich ist.²¹⁹⁹ Dieser Ansatz liegt der Rechtsprechung des BGH daher zu Recht zugrunde.²²⁰⁰ Entscheidender Bezugspunkt ist deshalb nicht der Wortlaut der nationalen Vorschrift. Das wäre aus unionsrechtlicher Sicht vielmehr ein Rückschritt, wenn die nationale Methodik eine Rechtsfindung über den Wortlaut hinaus zulässt.²²⁰¹

entnehmen, sodass nach nationalem Recht bestehende Bindungen des nationalen Gerichts nicht durch das Unionsrecht überwunden werden können. Unionsrechtlich gefordert sei lediglich eine richtlinienkonforme Ausfüllung bestehender Konkretisierungsspielräume; der Umfang der Spielräume werde dagegen nicht beeinflusst.

- 2195 So *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1926). *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261 (265 f.) sieht in der Verwendung des Wortes „Auslegung“ den Ausdruck der Hoffnung des Gerichtshofs auf Akzeptanz und Gefolgschaft der Mitgliedstaaten, da dieser Begriff Konfliktpotential verberge und aus mitgliedstaatlicher Sicht unverdächtig erscheine.
- 2196 *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (9). Deutlich wird damit, dass die contra legem-Grenze Gewaltenteilung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung voraussetzt, vgl. *Brenncke*, Statute Law Review 39 (2018), 134 (143). Die Bedeutung des Verhältnisses der Gerichte zum Gesetzgeber heben auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (10) hervor. *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261 (266) betont die zwischen beiden bestehenden „Konfliktpotentiale“.
- 2197 BVerfG, Beschluss vom 26.9.2011, 2 BvR 2216/06, 2 BvR 469/07 – BVerfGK 19, 89 (103); BVerfG, Beschluss vom 23.5.2016, 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, Rn. 50 – NJW-RR 2016, 1366.
- 2198 Darauf weist auch *Reimer*, JZ 2015, 910 (916, 919) hin.
- 2199 *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (12); *Gallner*, in: FS Etzel, 2011, S. 155 (163 f.) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Rn. 111 f., 115 ff.
- 2200 BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 21 – BGHZ 179, 27.
- 2201 *Kainer*, GPR 2016, 262 (265). *Raff*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2016, 67 (83) meint dagegen, dass die Grenze zwischen richtlinienkonformer

Damit ist davon auszugehen, dass die Ausführungen des EuGH zur richtlinienkonformen Auslegung (unter Respektierung der nationalen Methodengrenzen) auch die Rechtsfortbildung umfassen. Entscheidend ist dabei weniger, dass der EuGH terminologisch keine Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung trifft, sondern vielmehr, dass die richtlinienkonforme Auslegung über den Umsetzungsbefehl nach Art. 288 III AEUV ein funktionales Verständnis des Auslegungsbegriffs verlangt. Danach kann die Berücksichtigung der Richtlinie bei der Auslegung eine Lücke im nationalen Recht erst schaffen, die mit ihrer Hilfe dann geschlossen wird.

(2) Teleologische Reduktion (auf Null)

Mit diesem Wissen um die durch die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung gestellten Anforderungen sind die bereits erwähnten Entscheidungen des BGH zu würdigen.

In seinem Urteil zu § 5a II 4 VVG a.F.²²⁰² hatte der BGH durch teleologische Reduktion (im Rahmen einer gespaltenen Auslegung) erreicht, dass die dort genannte Jahresfrist für die Ausübung des Rechts zum Widerspruch im Anwendungsbereich zweier Lebensversicherungsrichtlinien keine Anwendung fand, sodass bei den erfassten Lebens- und Rentenversicherungen im Falle nicht ordnungsgemäßer Belehrung über das Widerspruchsrecht ein unbefristetes Widerspruchsrecht besteht.²²⁰³ Die teleologische Reduktion war vom BGH vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH in der Rechtssache Endress vorgenommen worden, in dem dieser entschieden hatte, dass die einschlägige Richtlinie § 5a II 4 VVG a.F. entgegensteht.²²⁰⁴ Die uneingeschränkte Anwendung des § 5a II 4 VVG a.F. konnte nach Auffassung des BGH nicht als gesichert angesehen werden, da Stimmen in der Literatur die Vereinbarkeit mit der Richtlinie von Anfang an bezweifelt hatten. Einen Verstoß der von ihm vorgenommenen

Auslegung und Staatshaftung in Deutschland der Wortlaut sei; scheitere eine richtlinienkonforme Auslegung, sei zwar das Ergebnis unionsrechtswidrig, nicht aber die Methode.

2202 „Abweichend von Satz 1 erlischt das Recht zum Widerspruch jedoch ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie.“

2203 BGH, Urteil vom 7.5.2014, IV ZR 76/11, Rn. 17 ff. – BGHZ 201, 101.

2204 EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-209/12 (Endress), Rn. 32.

gespaltenen Auslegung gegen Art. 20 III GG verneinte der BGH dementsprechend.²²⁰⁵

Gegen die Nichtgewährung von Vertrauensschutz durch den BGH wird zum Teil eingewendet, dass den Gerichten nicht mehr erlaubt sein könne als dem Gesetzgeber. Da Vertrauen in den Bestand einer Rechtsnorm geschützt werde und durch rückwirkende richtlinienkonforme Reduktion einer Norm die Anwendung des Gesetzes aufgehoben werde, sollen hier daher Rückwirkungsverbote für die Rechtsprechung Geltung beanspruchen. Grundrechtlich geschütztes subjektives Vertrauen müsse Berücksichtigung finden.²²⁰⁶ Da der BGH das Verbot echter Rückwirkung hinsichtlich der betroffenen Versicherungsunternehmen berühre und durch echte Rechtsfortbildung abstrakt-generelle Maßstäbe setze, seien die für den Gesetzgeber geltenden Schranken zu beachten.²²⁰⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat sich von diesen Einwänden dagegen unbeeindruckt gezeigt und die BGH-Rechtsprechung einschließlich der Nichtgewährung von Vertrauensschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht gebilligt.²²⁰⁸

In der Tat weist das Bundesverfassungsgericht das Argument der Beschwerdeführerin der Verfassungsbeschwerde, sie habe sich auf den eindeutigen Wortlaut des § 5a II 4 VVG a.F. verlassen, zu Recht zurück. Sie bezieht sich damit nämlich nur auf eine Wortlautauslegung und vertraut lediglich auf die Anwendung einer bestimmten Auslegungsmethode, die das Grundgesetz aber nicht vorschreibt.²²⁰⁹ Da die Erzielung des richtlinienkonformen Auslegungsergebnisses demnach methodisch möglich ist²²¹⁰, scheidet eine Ergebniskorrektur durch Vertrauensschutzerwägungen wie gesehen aus. Da die teleologische Reduktion ebenfalls eine anerkannte Me-

2205 BGH, Urteil vom 7.5.2014, IV ZR 76/11, Rn. 32 – BGHZ 201, 101. Siehe auch BGH, a.a.O., Rn. 41 f. zur Ablehnung der Beschränkung der bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgen auf eine Wirkung ex nunc ab Zugang des Widerspruchs und Rn. 45 zur Einordnung des erlangten Versicherungsschutzes als Vermögensvorteil mit der Folge der Wertersatzpflicht nach § 818 II BGB (unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 15.4.2010, Rs. C-215/08 (E. Friz), Rn. 48).

2206 *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (371 f.).

2207 *Michael/Payandeh*, NJW 2015, 2392 (2397).

2208 Die Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen BGH, Urteil vom 29.7.2015, IV ZR 448/14 – NJW 2015, 3098 und BGH, Urteil vom 29.7.2015, IV ZR 384/14 – WM 2015, 1614.

2209 BVerfG, Beschluss vom 23.5.2016, 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, Rn. 50, 56 ff. – NJW-RR 2016, 1366.

2210 Näher zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfindung und Gesetzesbindung BVerfG, Beschluss vom 23.5.2016, 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, Rn. 35 ff. – NJW-RR 2016, 1366.

thode der Gesetzesauslegung ist und die richtlinienkonforme Auslegung daher mehr als bloße Wortlautauslegung verlangt, kann der Wortlaut auch aus unionsrechtlicher Sicht kein tauglicher Anknüpfungspunkt für Vertrauen sein. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass der EuGH festgestellt hatte, dass hinsichtlich der Tragweite der unionsrechtlichen Bestimmungen keine „erhebliche objektive Unsicherheit“ bestand, da das nationale Recht „eindeutig“ gegen das Richtlinienziel verstieß.²²¹¹

Für die Berücksichtigung von Vertrauensschutz kann auch die vom Gerichtshof aufgestellte Vermutung ordnungsgemäßer Richtlinienumsetzung, nach der das nationale Gericht bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung davon ausgehen muss, dass der nationale Gesetzgeber lediglich richtlinienkonforme Ziele verfolgt hat²²¹², nicht ins Feld geführt werden. Mit Hilfe dieser Vermutung kann der vom Gesetzgeber mit dem Erlass eines Gesetzes verfolgte Zweck dadurch überspielt werden, dass zu vermuten ist, dass der Gesetzgeber ein richtlinienkonformes Gesetz erlassen wollte.²²¹³ Als Anknüpfungspunkt für Vertrauensschutz eignet sie sich dennoch nicht. So ist die Vermutung einerseits nicht allumfassend²²¹⁴ und daher nur in bestimmten Fällen anwendbar, nicht aber etwa bei bewusster Nichtumsetzung der Richtlinie und auch nicht bei bereits bestehendem nationalen Recht, wenn der Gesetzgeber dieses nicht geändert hat und auch nicht davon ausging, dass es der Richtlinie bereits entspreche. Andererseits kann sie durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden.²²¹⁵ Zudem dient sie nicht dazu, eine generelle Vermutung der Unionsrechtskonformität nationalen Rechts aufzustellen, sondern nur dazu, eine gemeinsame Ausrichtung der Regelungsabsichten von nationalem und Unionsgesetzgeber für die Zwecke der Auslegung zu erreichen. Die Aussage, dass sich die Einzelnen auf eine sich als richtlinienwidrig erweisende Norm verlassen können, trifft sie also nicht. Sie ändert daher nichts daran, dass mit einer rückwirkenden richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zu rechnen ist.

2211 EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-209/12 (Endress), Rn. 38 f.

2212 Siehe zu dieser Vermutung bereits oben bei Fn. 2119 f.

2213 *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (912) weist darauf hin, dass „der Gehorsamsvermutung im Zweifel der Vorrang gegenüber sonstigen Sachüberlegungen gebührt“.

2214 So aber *Baldauf*, Richtlinienverstoß, 2013, S. 91, 99.

2215 Überzeugend *Brenncke*, Statute Law Review 39 (2018), 134 (139 ff.). Zu einer vollständigen Überlagerung der nationalen Methodenlehre kommt es damit nicht, vgl. *Weber*, Grenzen, 2010, S. 99 f., der sonst ein Leerlaufen der *contra legem*-Grenze befürchtet.

Damit ist noch der Fall der teleologischen Reduktion auf Null in den Blick zu nehmen. Zu erwähnen ist an dieser Stelle die Rechtsprechung des BGH zu § 8 V 4 VVG a.F.²²¹⁶ Der BGH führt aus, dass die Rücktritts-erklärung von einem Rentenversicherungsvertrag trotz des Ablaufs der in dieser Vorschrift vorgesehenen Frist wirksam sei, da diese Befristung unwirksam sei, was sich aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 8 VVG a.F. ergebe.²²¹⁷ Seine Überlegungen zu § 5a II 4 VVG a.F. überträgt der BGH auf diesen Fall und meint, dem stünde nicht entgegen, dass die richtlinienkonforme Auslegung hier zum Wegfall der Befristung und damit zur vollständigen Aufhebung der in § 8 V 4 VVG a.F. getroffenen Regelung führt. Begründet wird dies von ihm damit, dass die Vorschrift im Zusammenhang mit § 8 IV VVG a.F. zu lesen sei.²²¹⁸ Auch diese Argumentation billigt das Bundesverfassungsgericht.²²¹⁹

Die Rechtsfortbildung hat hier also zum vollständigen Funktionsverlust der Norm geführt. Gegen ein solches Ergebnis wird eingewandt, dass diese „faktische Derogation der Norm“ mit der Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 III GG unvereinbar sei.²²²⁰ Aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung folge, dass die Aufhebung der Norm allein dem Gesetzgeber obliegt.²²²¹ Zutreffend ist zwar, dass die Nichtanwendung der Norm nicht mit dem Vorrang des Unionsrechts begründet werden kann, da der Richtlinie in dem zugrundeliegenden Horizontalverhältnis mangels unmittelbarer Wirkung kein Anwendungsvorrang zukommt. Die teleologische Reduktion der Norm auf Null ist deswegen aber nicht auf einen

2216 „Unterbleibt die Belehrung, so erlischt das Rücktrittsrecht einen Monat nach Zahlung der ersten Prämie.“

2217 BGH, Urteil vom 17.12.2014, IV ZR 260/11, Rn. 19 f. – NJW 2015, 1023.

2218 BGH, Urteil vom 17.12.2014, IV ZR 260/11, Rn. 23 ff. – NJW 2015, 1023.

2219 BVerfG, Beschluss vom 28.7.2016, 1 BvR 128/16 – WM 2016, 1780. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Auslegung des BGH führe zur vollständigen Aufhebung der in § 8 V 4 VVG a.F. für Lebensversicherungsverträge getroffenen Regelung, weist das Bundesverfassungsgericht mit dem Argument zurück, dass auch diese teleologische Reduktion die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung wahrt. Die Begründung des BGH mit einer Zusammenschau von § 8 V und IV VVG a.F. sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10.12.2015, 3 U 51/15.

2220 Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 123 (128). Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2398) meinen, der Verstoß eines Gesetzes gegen eine Richtlinie sei nicht geeignet, die Gesetzesbindung der Gerichte aufzuheben.

2221 Frantzen, Staatshaftung, 2018, S. 90.

Vorrang außerhalb des Anwendungsvorrangs zurückzuführen.²²²² Sie ist lediglich Folge der angesichts der methodischen Möglichkeiten des nationalen Rechts nach Art. 288 III AEUV geforderten richtlinienkonformen teleologischen Reduktion. Dass der Norm kein Anwendungsbereich verbleibt, ist daher unbedenklich.

(3) Überspielen der Wertentscheidung des Gesetzgebers

Interesse weckt die Entscheidung des BGH zu § 5a II 4 VVG a.F. noch aus einem weiteren Grund. Sie zeichnet sich nämlich durch die zusätzliche Besonderheit aus, dass die Jahresausschlussfrist für einen Widerspruch nach § 5a II 4 VVG a.F. durch das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts²²²³ zum 1.1.2008 abgeschafft worden war, die Jahresfrist für Altverträge über Art. 1 I EGVVG (Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz) allerdings grundsätzlich weiter Geltung beansprucht hätte.

In der Literatur wird gegen die Rechtsprechung des BGH daher eingewandt, dass die teleologische Reduktion des § 5a II 4 VVG a.F. die Wertentscheidung des Gesetzgebers über den Geltungszeitpunkt der Rechtsänderung ignoriere und die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Rechtsfortbildung damit übersteige.²²²⁴ Bei einer gesetzgeberischen Lückenschließung ex nunc, die hier durch das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts erfolgt sei, sei eine Rechtsfortbildung ex tunc versperrt.²²²⁵

Gegen diese Argumentation ist mit dem Bundesverfassungsgericht allerdings einzuwenden, dass das Endress-Urteil des EuGH, vor dessen Hintergrund der BGH die teleologische Reduktion vorgenommen hat, zum Zeitpunkt der vom Gesetzgeber vorgenommenen Gesetzesänderung noch nicht ergangen war. Da sie diesem also bei Verabschiedung des Gesetzes nicht bekannt war, kann nicht angenommen werden, dass er das Gesetz bei Kenntnis der EuGH-Entscheidung unverändert erlassen hätte.²²²⁶ Dies

2222 Eine solche Ableitung macht *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (364 f.) dem BGH zum Vorwurf. In eng begrenzten Ausnahmefällen erkennt auch *Michael*, a.a.O., S. 366 f. eine Normderogation durch Rechtsfortbildung an.

2223 Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23. November 2007 (BGBl. I vom 29.11.2007, S. 2631).

2224 *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 84.

2225 *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (355 f.).

2226 BVerfG, Beschluss vom 23.5.2016, 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, Rn. 54 – NJW-RR 2016, 1366.

wäre ihm im Übrigen unionsrechtlich auch verwehrt gewesen. Eine spezifisch gegen ex tunc wirkende EuGH-Rechtsprechung²²²⁷ gerichtete Gesetzgebung ist nämlich wie oben gesehen²²²⁸ nicht zulässig.

(4) Zwischenfazit

Dem Vertrauen in den Wortlaut und die Regelungsabsicht des Gesetzgebers kommt angesichts der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung im Ergebnis kaum Bedeutung zu.²²²⁹ Art. 288 III AEUV bewirkt, dass die Richtlinie auch die Methodenanwendung beeinflusst und fordert im Rahmen des methodisch Möglichen eine Rechtsfindung auch über den Wortlaut hinaus. Zu bedenken ist zudem, dass eine Richtlinie auch aus nationaler Perspektive als Bestandteil von Recht und Gesetz nach Art. 20 III GG²²³⁰ einen Vertrauenstatbestand darstellt, sodass sich der von ihr Begünstigte auf die Durchsetzung seiner durch Unionsrecht eingeräumten Rechtsposition mittels richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts verlassen kann. Unter dem Vorbehalt mangelnden Vertrauensschutzes des Anspruchsgegners steht dies nicht, da zwischen der Auslegung an sich und ihrer zeitlichen Dimension zu unterscheiden ist.²²³¹ Der Schutz „abstrakten Gesetzesvertrauens“ der Gegenseite scheidet insoweit aus.²²³²

2227 Eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen hatte der Gerichtshof ausdrücklich abgelehnt, EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-209/12 (Endress), Rn. 33 ff.

2228 Siehe bei Fn. 1233.

2229 *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 99 f. mit Fn. 415 zieht die Grenzen daher zu eng, wenn sie bei Rechtseentwicklungen außerhalb des Wortsinns berechtigtes Vertrauen bejaht. Auch die Auffassung von *Neuner*, in: FS Canaris, 2017, S. 205 (212 ff.), dass eine Rechtslage nach dem Wortlaut und der vom Gesetzgeber kundgetanen Intention klar ist, vermag daher nicht zu überzeugen.

2230 Siehe nur *Spelge*, FA 2011, 34.

2231 *Riesenhuber*, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21.

2232 A.A. *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 70 f. im Zusammenhang mit der Problematik der rückwirkenden Richtlinienumsetzung durch den Gesetzgeber.

dd) Bedeutung der Äußerungen nationaler Gerichte zur contra legem-Grenze

Auch wenn ihre Bedeutung für die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände nach dem bisher Gesagten sehr begrenzt ist, könnte die contra legem-Grenze dennoch für die Frage des Vertrauens in richtlinienwidrige nationale Rechtsprechung insoweit fruchtbar zu machen sein, als Rechtsprechung in Rede steht, die „im Angesicht der Richtlinie“²²³³ die Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung verneint hat.²²³⁴ Rechtsprechung, die sich nicht unter Berücksichtigung der Richtlinie entwickelt hat, erscheint demgegenüber von vornherein weniger schutzwürdig, da das Hinzutreten der Richtlinie vertrauenszerstörend wirkt.²²³⁵

Haben die Äußerungen eines nationalen Gerichts den im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung von Unionsrechts wegen zu beachtenden europäischen Methodenregeln hinreichend Beachtung geschenkt, steht also die Frage im Raum, ob die Betroffenen, wenn sich eine nationale Regelung als richtlinienwidrig erweist, zu der Annahme berechtigt sind, dass sich die Grenze zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung inzwischen nicht verschoben hat, eine richtlinienkonforme Auslegung also weiterhin an der contra legem-Grenze scheitern wird.²²³⁶

Berührt war diese Frage in der Rechtssache Hein. So hatte das BAG in einem die Kürzung des Urlaubsentgelts bei Saison-Kurzarbeit betreffenden Urteil von 2009, auf das das Arbeitsgericht Verden in seinem Vorlagebeschluss in der Rechtssache Hein auch Bezug nahm, die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung der Öffnungsklauseln des § 13 I, II BUrlG verneint, da es an die Grenzen des Art. 20 III GG und Art. 20 II 2 GG stoße.²²³⁷ Die Öffnungsklauseln gestatten in dem dort vorgesehenen Umfang eine Abweichung von den gesetzlichen Regelungen

2233 Weber, Grenzen, 2010, S. 183.

2234 Maul-Sartori, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, Art. 153 AEUV, Rn. 64; Gallner, in: FS Etzel, 2011, S. 155 (170 f.); Sagan, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2010, 67 (77).

2235 BAG, Urteil vom 4.5.2010, 9 AZR 183/09, Rn. 20 – BAGE 134, 196; siehe auch Düwell, *NZA-Beilage* 2011, 133 (141).

2236 Rosenkranz, *ZESAR* 2018, 24 (27) meint, dass in diesem Fall bei einer Rechtsprechungsänderung der Grund für diese entscheidend sei. Gehe sie auf unionsrechtliche Erwägungen zurück, ließe sich darauf hinweisen, dass bereits vor der Behandlung des Vertrauensschutzes als rein nationale Angelegenheit gewarnt wurde.

2237 BAG, Urteil vom 17.11.2009, 9 AZR 844/08, Rn. 46 – BAGE 132, 247.

durch Tarifvertrag; von ihnen sieht das BAG die in Rede stehende tarifliche Regelung gedeckt.

Die nationale Regelung, die eine Bestimmung in Tarifverträgen zulässt, wonach durch Kurzarbeit eingetretene Verdienstkürzungen bei der Berechnung der Urlaubsvergütung berücksichtigt werden, erwies sich als unionsrechtswidrig, was der Gerichtshof damit begründet, dass ihr Art. 7 I RL 2003/88/EG und Art. 31 II GRCh entgegenstehen.²²³⁸ Für die Entscheidung des dem Arbeitsgericht Verden vorliegenden konkreten Rechtsstreits – eines Rechtsstreits zwischen Privatpersonen – verweist der Gerichtshof auf die Pflicht des Arbeitsgerichts zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts im Einklang mit Art. 7 I RL 2003/88/EG. Der Gerichtshof betont in diesem Zusammenhang auch die gegebenenfalls bestehende Pflicht zur Abänderung einer richtlinienwidrigen gefestigten Rechtsprechung.²²³⁹

Dieser Ansatz muss überraschen, hatte der Gerichtshof Art. 31 II GRCh doch in seiner Rechtsprechung bereits unmittelbare Wirkung im Privatrechtsverhältnis zuerkannt. Danach ergibt sich die Verpflichtung zur Nichtanwendung einer nicht im Einklang mit Art. 7 RL 2003/88/EG und Art. 31 II GRCh auslegbaren nationalen Regelung gegenüber einem privaten Arbeitgeber aus Art. 31 II GRCh (und im Verhältnis zu einem staatlichen Arbeitgeber aus Art. 7 RL 2003/88/EG und Art. 31 II GRCh).²²⁴⁰ Diese Pflicht zur Nichtanwendung spricht der Gerichtshof hier aber nicht an. Obwohl er in seiner Antwort auf die Frage der Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Rechts Art. 31 II GRCh mit einbezogen hat, stellt er für die Frage der Entscheidung des konkreten Rechtsstreits nicht auf die unmittelbare Wirkung des Art. 31 II GRCh und die hieraus gegebenenfalls folgende Pflicht zur Nichtanwendung des nationalen Rechts ab, sondern betont lediglich die aus Art. 7 I RL 2003/88/EG fließenden Verpflichtungen.²²⁴¹

Nachdem er eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung aufgrund fehlender Anhaltspunkte in den Akten für das Vorliegen einer Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Aus-

2238 EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 53.

2239 EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 48 ff., insb. Rn. 51 f.

2240 EuGH, Urteil vom 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (Bauer und Willmeroth), Rn. 79 ff.

2241 Bayreuther, NZA 2019, 945 (950) findet es „fast überraschend“, dass der Gerichtshof kein „Durchschlagen“ (Anführungszeichen im Original) von Art. 31 II GRCh anordnet und sich lediglich auf das Gebot richtlinienkonformer Auslegung stützt.

wirkungen abgelehnt hatte²²⁴², widmete sich der Gerichtshof der Frage, „ob das Unionsrecht es den nationalen Gerichten gestattet, auf der Grundlage des nationalen Rechts das berechtigte Vertrauen der Arbeitgeber auf den Fortbestand der nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu schützen, die die Rechtmäßigkeit der Regelungen des BRTV-Bau [Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe, Anmerkung des Verfassers] über den bezahlten Urlaub bestätigt hat“.

Diese Frage verneint er unter Anführung der aus dem Urteil in der Rechtssache DI bereits bekannten Erwägungen, das er auch mehrfach zitiert. Das Unionsrecht hindere die nationalen Gerichte vielmehr an einer derartigen Schutzgewährung. Die Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes in der vom Arbeitsgericht Verden in Betracht gezogenen Weise laufe in Wirklichkeit nämlich darauf hinaus, die zeitlichen Wirkungen der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung des Unionsrechts zu begrenzen, da diese Auslegung dann im Ausgangsverfahren keine Anwendung fände. Das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände sei nicht nachgewiesen – insoweit verweist der Gerichtshof auf den fehlenden Nachweis der Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung –, sodass die Auslegung des EuGH auch auf vor dem Urteil entstandene Rechtsverhältnisse anzuwenden sei.²²⁴³

Er verweist also auch in einem Fall, in dem das nationale Gericht zum Mittel der richtlinienkonformen Auslegung greifen soll, auf das Urteil in der Rechtssache DI und vergleicht damit das Ergebnis der Gewährung nationalen Vertrauensschutzes und der Ablehnung einer Begrenzung der zeitlichen Wirkungen im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung miteinander. Da dies der Vorgehensweise beim unmittelbar anwendbaren Unionsrecht entspricht, scheint Vertrauensschutz im Hinblick auf eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die die Rechtmäßigkeit des nationalen Rechts betont hat, ausgeschlossen. Dass die nationale Rechtsprechung von der Vereinbarkeit des Umsetzungsrechts mit der zugrundeliegenden Richtlinie ausgeht, würde danach nicht zur Begründung von Vertrauen genügen.²²⁴⁴

Unterschiede in der Behandlung bei der Betroffenheit von unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht lässt der Gerichtshof also nicht

2242 EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 56 ff., insb. Rn. 59.

2243 EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 61 ff. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 39 und 40.

2244 *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 101 nimmt in diesem Fall dagegen schutzwürdiges Vertrauen an.

erkennen. Dabei spielt aber sicherlich die Verankerung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub in Art. 31 II GRCh in seinen Überlegungen eine Rolle, auch wenn er zur Entscheidung des konkreten Rechtsstreits wie gesehen nicht auf sie verwiesen hat.²²⁴⁵ Dies zeigt sich in gewisser Weise auch daran, dass er für seine Ausführungen zur Rolle der nationalen Gerichte bzw. für die gegebenenfalls bestehende Pflicht zur Abänderung einer richtlinienwidrigen gefestigten Rechtsprechung auf seine Urteile in den Rechtssachen Kückdeveci und DI verweist. In Bezug nimmt er damit Urteile zum primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung, in denen er bei Scheitern einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts auf die Pflicht zu dessen Nichtanwendung verwiesen hat.²²⁴⁶

Dass er eine endgültige Aussage über die Möglichkeiten nationaler Gerichte zur Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung getroffen hat, ist daher nicht sicher. Verstärkt wird diese Unsicherheit dadurch, dass er sich lediglich zum Schutz des Vertrauens in höchstrichterliche Rechtsprechung „auf der Grundlage des nationalen Rechts“ geäußert hat, was ihre Berücksichtigung in einem unionsrechtlichen Rahmen nicht zwangsläufig ausschließt. Zudem bezieht er sich auf die Bejahung der „Rechtmäßigkeit“ des nationalen Rechts, mit der auch lediglich die Rechtmäßigkeit im Hinblick auf nationales Recht gemeint sein kann, etwa weil der Tarifvertrag die Öffnungsklausel im BUrlG respektiert.

Durch den Bezug lediglich zum Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtsprechung, „die die Rechtmäßigkeit“ der entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen „bestätigt hat“, äußert sich der Gerichtshof auch nicht ausdrücklich zu Aussagen in der nationalen Rechtsprechung, die betonen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts methodisch nicht möglich sei. Durch den Verweis auf das DI-Urteil

2245 So auch *Schmitt*, GPR 2019, 249 (251) und *Zeh*, ZESAR 2019, 301 (304f.). *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 55 sieht die Betroffenheit von Art. 31 II GRCh als entscheidend dafür an, dass sich die Ablehnung „nationalen Vertrauensschutzes“ durch den EuGH in der Rechtssache Hein „nicht ohne Weiteres“ auf „die ‚regulären‘ Fälle der Richtlinienumsetzung“ übertragen lasse.

2246 Siehe EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 48 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.1.2010, Rs. C-555/07 (Kückdeveci), Rn. 45 und EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 29 sowie EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Rs. C-385/17 (Hein), Rn. 51 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 32 und 33 und die dort angeführte Rechtsprechung.

scheint er zwar auch insoweit die Begründung von Vertrauen auszuschließen, sodass im Ergebnis der Einzelne – in diesem Fall der Arbeitgeber – auch mit einer Verschiebung der contra legem-Grenze rechnen müsste. Überzeugender erscheint es allerdings, in der Betonung der fehlenden richtlinienkonformen Auslegbarkeit eine „Zusicherung“²²⁴⁷ durch das mitgliedstaatliche Gericht zu sehen, der angesichts der unionsrechtlichen Anerkennung der contra legem-Grenze vertrauensschützende Wirkung zukommt. Diese Wirkung kann daher angesichts ihrer unionsrechtlichen Anerkennung auch als Wirkung des unionsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatzes beschrieben werden.

ee) Ergebnis

Die Anerkennung der contra legem-Grenze bedeutet nicht, dass Vertrauensschutz einfach als Methodenregel formuliert werden kann. Das reflexhaft geschützte Vertrauen darauf, nur innerhalb der Grenzen des methodisch Möglichen belastet zu werden, hat sich als sehr eingeschränkt erwiesen, da die Richtlinie angesichts der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 288 III AEUV auch die Methodenanwendung beeinflusst. Sie fordert eine Rechtsfindung auch über den Wortlaut hinaus, wo dies wie im deutschen Recht methodisch möglich ist. Der Wortlaut und die Regelungsabsicht des Gesetzgebers verlieren dadurch an Bedeutung. Zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung bestehen daher im Hinblick auf die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände keine Unterschiede. Lediglich wenn die Rechtsprechung (unter Beachtung der vom Gerichtshof für die richtlinienkonforme Auslegung aufgestellten europäischen Methodenregeln) verneint hat, dass eine nationale Norm mit den Methoden des nationalen Rechts richtlinienkonform auslegbar ist, kommt Vertrauensschutz in Betracht, da dann nicht mehr mit einer Verschiebung der contra legem-Grenze gerechnet werden muss.

²²⁴⁷ Dass eine Zusicherung vertrauensbegründend wirken und der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung entgegenstehen kann, hat der EuGH anerkannt, siehe EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 51 f.

e) Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Rahmen der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze?

Hat sich eine Fruchtbarmachung der contra legem-Grenze als wenig ertragreich erwiesen, ist im Folgenden der Versuch zu unternehmen, die Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze in den Dienst der Forderung nach Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände zu stellen.²²⁴⁸ Da die allgemeinen Rechtsgrundsätze mit Art. 288 III AEUV, auf dem die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung beruht, auf einer Stufe stehen, sind sie zur Begrenzung dieser Pflicht imstande.²²⁴⁹

Ihr Inhalt und Umfang bestimmen sich nach Unionsrecht. Die Einordnung der Berücksichtigungsfähigkeit nationaler Vertrauensumstände an dieser Stelle böte daher den Vorteil eines unionsweit einheitlichen Maßstabs²²⁵⁰ und machte deutlich, dass die Entscheidung über ihre Berücksichtigung nicht in die Hände mitgliedstaatlicher Gerichte gelegt ist.²²⁵¹

In der Begrenzung der richtlinienkonformen Auslegung durch allgemeine Rechtsgrundsätze, zu denen der Grundsatz der Rechtssicherheit zu zählen ist, eine Ermächtigung der nationalen Gerichte zu sehen, Vertrauensschutz durch eine Anknüpfung an Art. 20 III GG und den dort im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips verbürgten Vertrauensschutz zu gewähren, überzeugt daher nicht.²²⁵² Die Grenze der Rechtssicherheit stellt keinen Verweis auf das *innerstaatliche* Rechtsstaatsprinzip dar.²²⁵³

2248 So etwa *Benecke*, RdA 2011, 241 (242).

2249 Vgl. *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 161. Indem der Gerichtshof darauf hinweist, dass die nationalen Gerichte das nationale Recht innerhalb der durch das Unionsrecht gesetzten Grenzen auslegen müssen (EuGH, Urteil vom 7.1.2004, Rs. C-60/02 (X), Rn. 59), zeigt er, dass eine Überschreitung dieser Grenzen unzulässig wäre. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze können einem nationalen Gericht daher auch die Erzielung eines Ergebnisses durch Auslegung untersagen. Darauf weist auch *Prechal*, Directives, 2. Aufl. 2005, S. 208 hin.

2250 Dies ist *Temming*, ZESAR 2015, 298 (302) ein besonderes Anliegen; siehe auch *Sagan*, NZA 2015, 341 (342).

2251 A.A. *Nicolai*, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22.

2252 In diesem Sinne aber *Maul-Sartori*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, Art. 153 AEUV, Rn. 63.

2253 So aber *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 55.

Die Maßstabsbildung obliegt daher dem EuGH.²²⁵⁴ Da er hierzu nur bei entsprechenden Vorlagen mitgliedstaatlicher Gerichte in der Lage ist, ist eine Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte zu bejahen.²²⁵⁵ Ein Monopol des Gerichtshofs in Bezug auf die Gewährung von Vertrauensschutz wird damit nicht zwingend begründet. Hat der Gerichtshof die Reichweite der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze näher bestimmt, kann das nationale Gericht die Vertrauensumstände nämlich im Einzelfall ermitteln und anwenden.²²⁵⁶ Dieses kann dann auf der Grundlage dienlicher Hinweise des EuGH eine Verletzung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts im konkreten Fall feststellen²²⁵⁷, also eine Prüfung nach den vom EuGH entwickelten Kriterien vornehmen.²²⁵⁸

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung haben vor allem im Strafrecht Bedeutung, sodass sie insbesondere in diesem Bereich eine eigenständige Ausgestaltung erfahren haben.²²⁵⁹ Ihre Bedeutung zeigt sich etwa am Urteil in der Rechtssache Caronna, in dem der entsprechende Abschnitt mit „Zur Verpflichtung einer konformen Auslegung im Bereich des Strafrechts“ überschrieben ist. Dort heißt es, dass die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung „im Bereich des Strafrechts“ gewissen Grenzen unterliege, woraufhin der

2254 Vgl. *Abele*, RdA 2009, 312 (317); siehe auch *Gaul/Josten/Strauf*, BB 2009, 497 (500). *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631 (633 f.) sind dagegen der Auffassung, beim Unterbleiben einer zeitlichen Begrenzung durch den EuGH obliege es etwa dem BAG, „am Maßstab des Grundgesetzes über Vertrauensschutz zu entscheiden“; *Tavakoli/Westhauser*, DB 2008, 702 (705) möchten die Schutzwürdigkeit des Vertrauens „nach nationalen Grundsätzen“ beurteilen.

2255 Dies forderte bereits *Kokott*, RdA 2006, Sonderbeilage zu Heft 6, 30 (37 mit Fn. 106); ebenso *Preis/Temming*, NZA 2010, 185 (188 mit Fn. 22). *Gallner*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2020, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 5 meint daher mit Blick auf Art. 101 I 2 GG, die Gewährung nationalen Vertrauensschutzes sei „gefährlich“.

2256 In diesem Sinne etwa *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (376).

2257 GA *Sharpston*, Schlussanträge vom 6.12.2018 in der Rs. C-566/17 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego*), Rn. 116 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 1.7.2014, Rs. C-573/12 (*Ålands Vindkraft*), Rn. 126, wo der Gerichtshof ausführt, dass es Sache des vorlegenden Gerichts ist, zu prüfen, ob eine nationale Regelung zur Umsetzung des Unionsrechts mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar ist, da der Gerichtshof im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens darauf beschränkt sei, dem vorlegenden Gericht alle erforderlichen unionsrechtlichen Auslegungshinweise zu geben.

2258 *Abele*, RdA 2009, 312 (317).

2259 In diesem Sinne auch *Grosche/Höft*, NJOZ 2009, 2294 (2300, Fn. 35). Siehe zur Begrenzung ihrer Bedeutung in diesem Bereich aber auch bei Fn. 2054.

Gerichtshof die Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die Bestandteil des Unionsrechts sind, entfaltet.²²⁶⁰ Da dem Vorabentscheidungsersuchen ein Strafverfahren zugrunde lag, kann daraus aber noch nicht geschlossen werden, dass sie in anderen Rechtsbereichen nicht zum Tragen kommen sollen. Der Gerichtshof hat sie wie gesehen dann auch in weiteren Konstellationen fruchtbar gemacht oder jedenfalls angesprochen.²²⁶¹

aa) Ausschluss der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Horizontalverhältnis?

Diese Fallgestaltungen betrafen allerdings keine privatrechtlichen Beziehungen, sodass im Folgenden zu fragen ist, ob eine Begrenzung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung durch nationale Vertrauensumstände auch in Horizontalverhältnissen denkbar ist oder ebenso wie bei unmittelbar anwendbarem Recht ausscheiden muss.

Dabei kann angesichts des unionsrechtlichen Rahmens als Ausgangspunkt nicht die Überlegung zugrunde gelegt werden, dass Unions- und nationales Recht gleichermaßen vertrauensbegründend und vertrauenszerstörend wirkten, da sich die eine Partei auf die Richtlinie, die andere auf das nationale Recht verlassen dürfe.²²⁶² Über Vertrauensschutz stattdessen unter Heranziehung der Unterscheidung zwischen positiver und negativer Wirkungen der Richtlinie zu entscheiden, muss aber ebenfalls abgelehnt werden, da der Gerichtshof diese Differenzierung wie gesehen nicht vornimmt.²²⁶³

2260 EuGH, Urteil vom 28.6.2012, Rs. C-7/11 (Caronna), Rn. 51 f.

2261 Siehe dazu oben bei Fn. 2056 ff. und Fn. 2067 ff.

2262 Hierfür aber *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 279; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121 (130); *Koch*, SR 2012, 159 (167). Gegen die Überlegung, die Vertrauensgesichtspunkte hoben sich gegenseitig auf, spricht sich wie hier *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 163 aus. Wie hier kritisch auch *Herres-thal*, Rechtsfortbildung, 2006, S. 303, Fn. 77 und *Weber*, Grenzen, 2010, S. 144. Siehe in diesem Zusammenhang noch *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1927).

2263 Dafür aber *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, 2003, S. 164. Zur Ablehnung der Unterscheidung zwischen positiven und negativen Richtlinienwirkungen näher oben bei Fn. 1938 ff., insb. bei Fn. 1945 ff.

- (1) Begrenzte Aussagekraft des Urteils in den verbundenen Rechtssachen Gutiérrez Naranjo u.a.

Zur Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage ist zunächst das Urteil des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen Gutiérrez Naranjo u.a. in den Blick zu nehmen, das dem ersten Anschein nach ein Verständnis nahelegen könnte, wonach eine Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Horizontalverhältnis ausgeschlossen ist. Dieses Urteil fand bereits im Rahmen der Erörterung der Abgrenzung zwischen nationalen Verfahrensmodalitäten und einer zeitlichen Begrenzung der Wirkungen des Unionsrechts Erwähnung²²⁶⁴, ist an dieser Stelle aber noch einmal näher zu untersuchen.

In den Sachverhalten der Ausgangsverfahren standen von Kreditinstituten mit Verbrauchern geschlossene Hypothekendarlehensverträge in Rede, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln enthielten, die eine Mindesthöhe vorsehen, die der variable Zinssatz nicht unterschreiten darf. Diese sogenannten Mindestzinssatzklauseln waren vom spanischen Obersten Gerichtshof, dem Tribunal Supremo, für missbräuchlich befunden und daher für nichtig erklärt worden. Gestützt auf den Grundsatz der Rechtssicherheit – er verwies insbesondere auf die drohenden finanziellen Lasten der die Klausel verwendenden Kreditinstitute – hatte jener allerdings die zeitliche Wirkung der Nichtigkeitserklärung auf den Zeitraum nach Urteilsveröffentlichung beschränkt. Vor dem 9.5.2013 aufgrund der für nichtig erklärten Klauseln erfolgte Zahlungen blieben von der Feststellung der Nichtigkeit danach unberührt; ihre Rückforderung hatte der Oberste Gerichtshof also ausgeschlossen.²²⁶⁵ Das Vorgehen des Tribunal Supremo stufte der EuGH in seinem Urteil als unzulässig ein, da dadurch das Recht der Verbraucher nach Art. 6 I RL 93/13/EWG („Klauselrichtlinie“)²²⁶⁶ in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt werde und darin entgegen Art. 7 I der

2264 Zu dieser Frage siehe oben bei Fn. 1259 ff.

2265 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 68.

2266 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29. Art. 6 I der Richtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.“

Klauselrichtlinie kein angemessenes und wirksames Mittel gesehen werden könne, um der Verwendung dieser Klauseln ein Ende zu setzen.²²⁶⁷

Dadurch, dass er zur Begründung der Unzulässigkeit des Vorgehens des Tribunal Supremo darauf Bezug nimmt, dass nur er die Geltung einer von ihm vorgenommenen Auslegung einer Norm des Unionsrechts in zeitlicher Hinsicht einschränken kann²²⁶⁸, könnte der Gerichtshof nationalen Vertrauensschutzerwägungen bei der Anwendung von Richtlinien ganz generell eine Absage erteilt haben. Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann nur eine Analyse seiner tragenden Erwägungen zeigen.

Art. 6 I der Klauselrichtlinie ist dem Gerichtshof zufolge dahingehend zu verstehen, dass eine für missbräuchlich erklärte Vertragsklausel grundsätzlich als von Anfang an nicht existent anzusehen ist, sodass der Verbraucher in eine Lage zu versetzen ist, in der er sich ohne die Klausel befunden hätte; die damit verbundene Restitutionswirkung entspreche dem von Art. 6 I i.V.m. Art. 7 I der Klauselrichtlinie verfolgten Ziel der Abschreckung vor der Verwendung missbräuchlicher Klauseln.²²⁶⁹ Der EuGH erblickt in der „Unverbindlichkeit“ missbräuchlicher Klauseln demnach trotz des Verweises in Art. 6 I der Klauselrichtlinie auf im innerstaatlichen Recht festgelegte Bedingungen kein von den Mitgliedstaaten zu konkretisierendes Konzept, sondern schreibt ihr mit den Elementen der Rück- und Restitutionswirkung unionsautonome Merkmale zu.²²⁷⁰

2267 Vgl. EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 71 ff. Dass damit im Ergebnis der Klauselverwender das Risiko der rückwirkenden Unwirksamkeit der missbräuchlichen Klausel trägt, ist eine auch in der nationalen Rechtsprechung anzutreffende Lösung, vgl. BGH, Urteil vom 13.5.2014, XI ZR 405/12, Rn. 88 – BGHZ 201, 168; BGH, Urteil vom 5.3.2008, VIII ZR 95/07, Rn. 19 f. – NJW 2008, 1438; BGH, Urteil vom 18.1.1996, IX ZR 69/95 – BGHZ 132, 6 (11 f.). Auf diese Rechtsprechung weist auch *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (49, Fn. 151) hin. Die Frage des Vertrauensschutzes im Falle einer Rechtsprechungsänderung kann daher, wenn AGB betroffen sind, durchaus nach eigenständigen Maßstäben behandelt werden, siehe *Maultzsch*, RabelsZ 79 (2015), 323 (358 ff.) und oben bei Fn. 2029. Kritisch insoweit etwa *Herdegen*, WM 2009, 2202.

2268 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 70 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 (Barra u.a.), Rn. 13.

2269 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 61 f.

2270 Vgl. *Leskinen/de Elizalde*, CMLRev. 55 (2018), 1595 (1608). Durch die mehrfache Verwendung des Wortes „grundsätzlich“ (EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 61 f.) zeigt sich der EuGH vorsichtig und ermöglicht eventuelle zukünftige Ausnah-

Es verstößt nach Auffassung des Gerichtshofs also gegen Art. 6 I der Klauselrichtlinie, wenn Wirkungen der missbräuchlichen Klauseln durch die zeitliche Begrenzung der Restitutionswirkung noch „überleben“.²²⁷¹ Da die Klauselrichtlinie den Schutz des Verbrauchers im Blick hat und darauf abzielt, der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen, ist es nur konsequent, den Verbraucher in eine Lage zu versetzen, in der er sich ohne die Klausel befunden hätte, und die geleisteten Zahlungen in vollem Umfang rückabzuwickeln, um eine Abschwächung des Abschreckungseffekts²²⁷² zu vermeiden.²²⁷³ Diese Vorgaben hat das Tribunal Supremo ignoriert, indem es nicht auf eine Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten im Einzelfall, sondern auf allgemeine Rechtssicherheitsabwägungen und die finanziellen Lasten für die Kreditinstitute und damit die Klauselverwender verwiesen hat. Es ging ihm also nicht um die Aufrechterhaltung des Vertragsgleichgewichts und damit auch nicht um die Interessen beider Vertragsparteien.²²⁷⁴ Aus diesem Grund stellen die finanziellen Lasten der Klauselverwender keinen Grund für eine Abweichung von den unionsrechtlichen Vorgaben dar.²²⁷⁵ Die Nichtberücksichtigung dieser Lasten ermöglicht effektiven Verbraucherschutz.²²⁷⁶

Die Überlegungen des EuGH sind also deutlich erkennbar von den Besonderheiten der in Rede stehenden Bestimmung geprägt. Art. 6 I der Klauselrichtlinie selbst wohnt bereits eine zeitliche Dimension inne, indem er die Wiederherstellung einer Lage verlangt, in der sich die Parteien ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätten. Ihm ist daher das

men von der von ihm aufgestellten Grundregel. Dass es hier Ausnahmen geben kann, ist allerdings kaum vorstellbar, so die Einschätzung bei *Micklitz*, VbR 2017, 80 (83). GA *Szpunar*, Schlussanträge vom 5.3.2020 in den verb. Rs. C-698/18 und C-699/18 (Raiffeisen Bank u.a.), Rn. 77 hebt diese Einschränkung dagegen besonders hervor.

2271 Vgl. *de Elizalde*, EuCML 2015, 184 (187).

2272 Hervorgehoben auch von *Espósito/Hacker*, ERCL 2017, 98 (109 f.).

2273 Siehe dazu auch *Ulmer*, WuB 2017, 254 (255), der das Urteil des Gerichtshofs als „gut nachvollziehbar und im Ergebnis überzeugend“ bezeichnet.

2274 Vgl. *Deinert/Abnis*, IR 2017, 106 (108).

2275 *Markert*, LMK 2017, 386786, der auch auf die Höhe der möglichen Rückerstattungen von mehr als 4 Milliarden Euro hinweist; *Ulmer*, WuB 2017, 254 (255).

2276 Der EuGH wehrt sich hier also gegen die Einbeziehung sozioökonomischer Argumente, um die Wirkungen des Unionsrechts zu begrenzen, während er solche zur Verstärkung des Verbraucherschutzes selbst heranzieht, wie etwa in EuGH, Urteil vom 14.3.2013, Rs. C-415/11 (*Aziz*), Rn. 61, wo er auf den verstärkenden Aspekt der Betroffenheit der Wohnung des geschädigten Verbrauchers und seiner Familie Bezug nimmt. Zum Ganzen näher *Mak*, ELRev. 2018, 447 (452 ff.).

Verbot der Begrenzung der Restitutionswirkung zu entnehmen. Verstärkend kommt noch hinzu, dass Art. 6 I der Klauselrichtlinie über seine Eigenschaft als nicht dispositive Vorschrift auch *ordre public*-Charakter zukommt. Deutlich wird dies etwa an der englischen, französischen und italienischen Urteilsfassung, aber auch an der spanischen Sprachfassung als Verfahrenssprache, die zwischen „rules of public policy“ und „mandatory provision“ bzw. den diesen Begriffen in den anderen Sprachen entsprechenden Begrifflichkeiten differenzieren, wohingegen in der deutschen Fassung an sämtlichen Stellen einheitlich von „zwingenden Bestimmungen“ die Rede ist.²²⁷⁷

Damit erweist sich die Argumentation des EuGH mit seiner ausschließlichen Begrenzungsbefugnis insofern als missverständlich, als mit ihr keine Aussage zur Möglichkeit nationaler Vertrauensschutzwägungen verbunden ist. Sie dient lediglich der Abgrenzung von den den Mitgliedstaaten als Ausfluss ihrer Verfahrenautonomie zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Der Verweis des EuGH auf seine Begrenzungsrechtsprechung dient damit nicht dazu, einen Vergleich zwischen der Wirkung der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände mit der Defrenne-Rechtsprechung zu fordern, um auf der Grundlage des Ergebnisses dieses Vergleichs darüber zu entscheiden, ob sie Beachtung finden können.²²⁷⁸

(2) Deutlicher Hinweis im Urteil in der Rechtssache DI

Auch wenn vielfach angenommen wird, dass dem Urteil in der Rechtssache DI zur unmittelbaren Wirkung des Verbots der Altersdiskriminierung zwischen Privaten für die hier interessierende Frage noch keine abschließende Aussage entnommen werden könne²²⁷⁹, so legt es doch zumindest

2277 EuGH, Urteil vom 21.12.2016, verb. Rs. C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (Gutiérrez Naranjo u.a.), Rn. 54 (rules of public policy) einerseits und Rn. 55 (mandatory provision) andererseits. Siehe auch bereits EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones), Rn. 30, 51 (mandatory provision) einerseits und Rn. 52 ff. (rules of public policy) andererseits. Zur Frage der Begründung des *ordre public*-Charakters siehe EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones), Rn. 30, 51 f. und *Hilbig*, SchiedsVZ 2010, 74 (78 f.).

2278 Wohl aus diesem Grund meint *Rosenkranz*, ZESAR 2018, 24 (26), die Bezugnahme auf seine Begrenzungsrechtsprechung könne eine „bloße Unachtsamkeit“ gewesen sein.

2279 *Oetker*, EWiR 2015, 193 (194); *Gallner*, FA 2016, 289. Siehe auch *Brams*, Impulse, 2019, S. 278, die die Frage als unbeantwortet ansieht, aber zunächst

sehr nahe, dass nationale Vertrauensumstände nach Auffassung des Gerichtshofs auch gegen die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung nicht in Stellung gebracht werden können. Der EuGH hält dort nämlich zusammenfassend fest, dass weder die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes noch die Möglichkeit eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs des Einzelnen gegen den Mitgliedstaat die Verpflichtung des nationalen Gerichts zur richtlinienkonformen Auslegung bzw. zur Nichtanwendung des nationalen Rechts in Frage stellen können.²²⁸⁰ Insbesondere stellt der Tenor Nr. 2 eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Anwendung des nationalen Rechts und nicht nur zu einer entsprechenden Auslegung auf.²²⁸¹ Da der Gerichtshof offenlässt, ob das unionsrechtskonforme Ergebnis über eine konforme Auslegung des nationalen Rechts oder dessen Nichtanwendung zu erreichen ist, sind seine Aussagen zum Vertrauensschutz nicht auf die Lösung über den Anwendungsvorrang begrenzt.

Dass das Recht des Einzelnen auf Entschädigung nicht dazu führen darf, dass dem Vertrauensschutz des Arbeitgebers, der dem nationalen Recht nachgekommen ist, der Vorrang eingeräumt wird²²⁸², überzeugt, da die Möglichkeit von Staatshaftung nicht genügen kann, die direkte Berufung auf Unionsrecht auszuschließen, um der Effektivität des Unionsrechts nicht allzu großen Schaden zuzufügen.²²⁸³ Ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wäre lediglich „Trostpreis“ für die Nichtdurchsetzung des unionsrechtlichen Rechts auf Primärebene und seiner geschmälernten effektiven Geltendmachung.²²⁸⁴

ausführte, das Urteil habe klargestellt, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht durch die Gewährung von Vertrauensschutz unterlaufen werden dürfe. Zum DI-Urteil ausführlich bereits oben bei Fn. 1588 ff.

2280 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Tenor Nr. 2 und Rn. 43 sprechen von „diese“ Verpflichtung; aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass damit sowohl die richtlinienkonforme Auslegung als auch die Nichtanwendung des nationalen Rechts gemeint sind. Auch *Haket*, NtEr 2016, 237 (241) stellt fest, dass im Tenor beide Durchsetzungswege angesprochen sind.

2281 Siehe auch die Ausführungen von *Dubout*, R.A.E. 2016, 287 (290).

2282 EuGH, Urteil vom 19.4.2016, Rs. C-441/14 (DI), Rn. 42.

2283 *Dubout*, R.A.E. 2016, 287 (290).

2284 *Sowery*, CMLRev. 53 (2016), 1705 (1720 ff.) unter Inbezugnahme von EuGH, Urteil vom 6.10.2015, Rs. C-69/14 (Târșia), Rn. 40. Siehe auch *Forst*, EWiR 2016, 381 (382).

(3) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

Eine Begrenzung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts setzt wie gesehen eine Maßstabsbildung auf Ebene des Unionsrechts voraus. Hierfür kommen insbesondere die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in Betracht. Ihre Fruchtbarmachung als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung erweist sich allerdings als schwierig, wie die im Folgenden anzustellenden Überlegungen deutlich machen.

(a) Rechtssicherheit

Der Grundsatz der Rechtssicherheit hat in der Rechtsprechung unterschiedliche Ausprägungen erfahren. Die Verwendung des Begriffs im Zusammenhang mit den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung trifft also noch keine Aussage über den zugrundeliegenden inhaltlichen Maßstab.

Überlegt werden könnte zunächst, die auf den Grundsatz der Rechtssicherheit zurückzuführende Defrenne-Rechtsprechung unter den Grundsatz der Rechtssicherheit als Grenze richtlinienkonformer Auslegung zu fassen.²²⁸⁵ Auch wenn in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen wird, dass die Kriterien für die Begrenzung der Wirkung der Auslegung in zeitlicher Hinsicht bei unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht dieselben sind²²⁸⁶, würde eine Heranziehung der Defrenne-Rechtsprechung im vorliegenden Zusammenhang nicht recht einleuchten, da die Defrenne-Rechtsprechung ohnehin als Grenze der Wirkung des Unionsrechts in zeitlicher Hinsicht besteht und deswegen nicht noch einmal gesondert betont werden muss. Zudem setzt diese bei der Auslegung des Unionsrechts als solcher an und begrenzt deren Wirkungen. Sie bezieht sich dagegen nicht auf die „Durchsetzungsdimension“ des Unionsrechts, um die es an dieser Stelle geht.²²⁸⁷

2285 Hierfür Ebers, Unionsprivatrecht, 2016, S. 409 f.

2286 Herresthal, Rechtsfortbildung, 2006, S. 303 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 (Heininger), Rn. 52, die ihrerseits auf EuGH, Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-128/93 (Fisscher), Rn. 18 verweist. Dort nimmt der EuGH das Defrenne II-Urteil in Bezug, in dem er die Defrenne-Rechtsprechung vor dem Hintergrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des ehemaligen Art. 119 EWG-Vertrag begründet hat.

2287 Im Ergebnis ebenso Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (373).

Ebenfalls nicht weiter führt letztlich der Hinweis darauf, dass der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit auch verlangt, dass Rechtsvorschriften klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar sein müssen, da dieser Maßstab auf das Staat-Bürger-Verhältnis zugeschnitten ist, da er dort nachteilige Folgen für Einzelne durch staatliche Maßnahmen verhindern möchte.²²⁸⁸

Nicht von vornherein von der Hand zu weisen ist dagegen der Gedanke, die nationalen Gerichte auf die Anwendung des unionsrechtlichen Rückwirkungsverbots zu verpflichten, um so eine Begrenzung der Wirkung des Unionsrechts im Einzelfall zu erreichen.²²⁸⁹ Der Grundsatz der Rechtssicherheit lässt eine Rückwirkung nur dann zu, wenn sie durch Allgemeininteressen gerechtfertigt ist und dem berechtigten Vertrauen der Betroffenen hinreichend Rechnung getragen wird.²²⁹⁰ „Üblicher“ Adressat des unionsrechtlichen Rückwirkungsverbots ist der Unionsgesetzgeber. Gerichtet ist der Grundsatz der Rechtssicherheit in dieser Ausprägung aber auch an die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, wenn sie ihnen in Richtlinien eingeräumte Befugnisse ausüben und damit auch, wenn sie ein unter das Unionsrecht fallendes Gesetz erlassen.²²⁹¹

Festzuhalten bleibt zunächst, dass der Gerichtshof damit sowohl die zeitliche Dimension von Rechtsprechung als auch von Rechtsetzung dem Grundsatz der Rechtssicherheit unterworfen hat. Während die Rückwirkung von Normen nur ausnahmsweise zulässig ist, ist im Hinblick auf die Auslegung des Unionsrechts vom Grundsatz der *ex tunc*-Wirkung auszugehen, die nur ausnahmsweise beschränkt werden kann.²²⁹² Obwohl er sich beide Male auf den Grundsatz der Rechtssicherheit beruft, hat der Gerichtshof diesem demnach einen jeweils unterschiedlichen Gehalt beigelegt.

Angesichts der Bedeutungsoffenheit des Begriffs ist daher nicht auszuschließen, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung einer zeitlich nicht begrenzten richtlinienkonformen Auslegung entgegensteht.

2288 Erwähnung gefunden hat dieser Aspekt deshalb in einem ein solches Verhältnis betreffenden Fall, vgl. EuGH, Urteil vom 17.10.2018, Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 50.

2289 Hierfür *Latzel*, EuR 2015, 415 (429, 436).

2290 EuGH, Urteil vom 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), Rn. 33. Hierauf verweist GA *Kokott*, Schlussanträge vom 9.1.2008 in der Rs. C-268/06 (Impact), Rn. 140, als sie sich zur Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze äußert.

2291 EuGH, Urteil vom 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), Rn. 32, 34.

2292 Siehe auch *Latzel*, EuR 2015, 415 (436).

In seiner Ausprägung als Rückwirkungsverbot hat der Grundsatz der Rechtssicherheit für nationale Gerichte aber jedenfalls bislang keine Bedeutung erlangt. Wegen des deklaratorischen Auslegungsverständnisses des EuGH ist insoweit auch keine Gleichbehandlung zu erwarten.²²⁹³ Lediglich in Ausnahmefällen wie im besonders sensiblen Bereich des Strafrechts scheint der Gerichtshof für Rechtsetzung und Rechtsprechung einheitliche Maßstäbe anzulegen.²²⁹⁴ Verallgemeinern lässt sich dies aber nicht.

(b) Vertrauensschutz

Wie sich nicht zuletzt in der bislang stets im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung vorgesehenen Rückausnahme für Rechtsbehelfsführer zeigt, stellen Vertrauensschutz und Rechtssicherheit unterschiedliche Aspekte dar. Eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen unter Anordnung einer Rückausnahme berücksichtigt ja die Interessen der Gegenseite im Ausgangsverfahren nicht.²²⁹⁵ Daneben zielt die Gewährung von Vertrauensschutz auf den Einzelfall ab und kann daher nicht eine Gefahr schwerwiegender Störungen für ganze Subsysteme zur Voraussetzung haben.²²⁹⁶ An diesen Unterschied zwischen dem Maßstab der Defrenne-Rechtsprechung und der Berücksichtigung von Vertrauensumständen im Einzelfall knüpfen zahlreiche Stimmen in der Literatur an, um eine Begrenzung des im Einzelfall durch richtlinienkonforme Auslegung zu erzielenden Ergebnisses in zeitlicher Hinsicht einzufordern.²²⁹⁷

Der unionsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes zum Schutz von Rechtspositionen Einzelner kann hierfür aber nicht herangezogen werden. Ihn hat der Gerichtshof wie gesehen zwar in der Rechtssache Klohn angesprochen. Dort bezog er sich allerdings auf die Sonderkonstellation der „immediate applicability“; auch war kein horizontales Rechtsverhältnis

2293 *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (373).

2294 EuGH, Urteil vom 5.12.2017, Rs. C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 60.

2295 Siehe *Koch*, SR 2012, 159 (166).

2296 *Weber*, Grenzen, 2010, S. 146 f.

2297 Siehe etwa *Brams*, Impulse, 2019, S. 280 f., 283, 285. Sie spricht von einem Alternativverhältnis, in dem nationale Vertrauensschutzerwägungen und Defrenne-Rechtsprechung stünden. Ebenso *Gallner*, in: FS Etzel, 2011, S. 155 (167). Der unterschiedliche Bezugspunkt der Erwägungen von EuGH und nationalem Gericht überzeugt auch *Kamanabrou*, SAE 2009, 233 (236).

betroffen.²²⁹⁸ Da es bei der richtlinienkonformen Auslegung in der Regel nicht um einzelfallbezogene Umstände geht²²⁹⁹, steht insoweit keine dem Einzelnen eingeräumte Rechtsposition in Rede.²³⁰⁰ Ausgelegt wird nationales Recht aus Anlass eines Rechtsstreits zwischen Privaten. Eine aus verwaltungsrechtlichen Konstellationen bekannte „Zusicherung“ erhalten die Betroffenen hier nicht.²³⁰¹

Ein Anwendungsbeispiel für den unionsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung bildet auch nicht das Problem der zu Lasten einer Partei erfolgten Abweichung des EuGH von seinem bisherigen Verständnis einer Richtlinienbestimmung, da dieses eine im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung des EuGH zu behandelnde Frage darstellt. Dass eine Ausweitung der Anforderungen an die richtlinienkonforme Auslegung Vertrauensschutzprobleme aufwerfen kann, erscheint angesichts ihrer bereits jetzt bestehenden „Schärfe“ kaum denkbar, da sie es derzeit schon ermöglicht, mit der unmittelbaren Wirkung vergleichbare Ergebnisse zu erzielen.²³⁰²

(c) Fazit

Eine eigenständige Ausfüllung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts im Hinblick auf Horizontalverhältnisse muss daher scheitern. Als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung sind sie auf das Strafrecht und umgekehrt vertikale Verhältnisse beschränkt.²³⁰³ Im Rahmen von Horizontalverhältnissen erlangt der Grundsatz der Rechtssi-

2298 Siehe oben bei Fn. 2067 ff.

2299 Vgl. *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 486 f. Nach *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band II, 3. Aufl. 2012, Rn. 580 ist „mangels konkret zu entscheidender Fälle“ noch offen, ob Vertrauensschutz auch bei der richtlinienkonformen Auslegung eine Rolle spielt.

2300 Die begrenzte Bedeutung des Vertrauensschutzes im vorliegenden Zusammenhang betont auch *Dubout*, R.A.E. 2016, 287 (292 f.).

2301 Einen Sonderfall bildet die Äußerung eines nationalen Gerichts, die die fehlende richtlinienkonforme Auslegbarkeit des nationalen Rechts betont hat und der daher vertrauensschützende Wirkung zukommt, siehe oben bei Fn. 2247.

2302 Diese Aspekte unter den unionsrechtlichen Vertrauensschutz fassend allerdings *Weber*, Grenzen, 2010, S. 144 f.

2303 Vgl. *Dubout*, R.A.E. 2016, 287 (296 f.).

cherheit damit lediglich in Gestalt der contra legem-Grenze Bedeutung.²³⁰⁴ Dass diese zu beachten ist, ändert nichts daran, dass auch eine gefestigte nationale Rechtsprechung die Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse nicht hindert.

(4) Vergleichbarkeit mit den Erwägungen zum Anwendungsvorrang

Dadurch dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze im richtliniengeprägten Horizontalverhältnis nicht als Grenze der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung zum Tragen kommen und das DI-Urteil des EuGH einen Ausschluss der Möglichkeit zur Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände nahelegt, zeichnet sich insoweit eine Gleichbehandlung der richtlinienkonformen Auslegung mit dem Anwendungsvorrang ab, wenn man von den über die contra legem-Grenze geschützten Aspekten einmal absieht. Sie erscheint im Ergebnis auch gerechtfertigt.

Dass die richtlinienkonforme Auslegung nach ihrer Konzeption – anders als der Anwendungsvorrang – nationale Normen nicht verdrängt, steht einer Gleichbehandlung für die vorliegenden Zwecke nicht entgegen. Entscheidend ist, dass der Inhalt der nationalen Norm durch die richtlinienkonforme Auslegung (innerhalb der Grenzen des methodisch Möglichen) dadurch im Ergebnis verändert wird, dass diese eigentlich stärkere Auslegungsgesichtspunkte in den Hintergrund treten lässt und der Norm dadurch einen richtlinienkonformen Inhalt verleiht. Die Reichweite richtlinienkonformer Auslegung zeigt sich auch daran, dass sich die mit der unmittelbaren Wirkung und der richtlinienkonformen Auslegung jeweils erzielbaren Ergebnisse kaum voneinander unterscheiden, auch wenn der Gerichtshof sie als unterschiedliche Kategorien konzipiert hat; die Übergänge sind fließend.²³⁰⁵ Es ist daher denkbar, dass ein Gericht in einem Rechtsstreit die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung gegenüber dem Mitgliedstaat bejaht und gegenüber einer anderen

2304 Vgl. EuGH, Urteil vom 5.9.2019, Rs. C-331/18 (Pohotovost'), Rn. 56; EuGH, Urteil vom 5.3.2020, Rs. C-679/18 (OPR-Finance), Rn. 45.

2305 Vgl. GA Bobek, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), Rn. 52 ff. Siehe auch EuGH, Urteil vom 15.3.2018, Rs. C-470/16 (North East Pylon Pressure Campaign und Sheehy), Rn. 58: „Diese Bestimmungen haben keine unmittelbare Wirkung, doch ist es Sache des nationalen Gerichts, das nationale Verfahrensrecht so auszulegen, dass es so weit wie möglich mit diesen im Einklang steht.“ Auf diese Aussage weist auch GA Bobek, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 34 hin.

privaten Partei ablehnt, dieser dann aber doch im Wege richtlinienkonformer Auslegung dieselbe Verpflichtung auferlegt.²³⁰⁶

Auch das Bundesverfassungsgericht zieht in seinem Beschluss zur Junk-Problematik eine Parallele zwischen der Unterlassung der richtlinienkonformen Auslegung einer nationalen Norm wegen der Gewährung von Vertrauensschutz²³⁰⁷ und der Frage der Gewährung von Vertrauensschutz bei Unvereinbarkeit mit unmittelbar anwendbarem Primärrecht. Dies wird nicht zuletzt an dem Verweis auf seine diesbezüglichen Ausführungen im Honeywell-Beschluss deutlich, der das unmittelbar anwendbare Verbot der Altersdiskriminierung betraf.²³⁰⁸ Im Zusammenhang damit steht der Vorwurf des Bundesverfassungsgerichts an das BAG, dass die Begrenzung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie aus Gründen des nationalen Verfassungsrechts im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Vorrang des Unionsrechts stehe.²³⁰⁹ Ebenso stellt es eine Verbindung zwischen der Beschränkungsrechtsprechung des EuGH und der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie her, was an die Erwägungen zur (fehlenden) Möglichkeit der Gewährung „nationalen Vertrauensschutzes“ bei Betroffenheit des Anwendungsvorrangs erinnert.²³¹⁰

2306 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 5.6.2018 in der Rs. C-167/17 (Klohn), Rn. 74 mit Fn. 48 meint dagegen, ein Gericht würde dies nicht tun.

2307 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 40 – NZA 2015, 375.

2308 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 40 – NZA 2015, 375 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314).

2309 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 41 – NZA 2015, 375 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 3, wonach nationales Verfassungsrecht der Geltung von Handlungen der Unionsorgane nicht entgegengehalten werden kann.

2310 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 35 – NZA 2015, 375 zitiert mit EuGH, Urteil vom 27.3.1980, Rs. 61/79 (Denkavit italiana), Rn. 17 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.4.1976, Rs. 43/75 (Defrenne), Rn. 74/75 einerseits Urteile, in denen der Gerichtshof sein Monopol zur Begrenzung der zeitlichen Wirkungen einer von ihm vorgenommenen Auslegung begründet hat, und mit EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Rn. 26, EuGH, Urteil vom 16.7.2009, Rs. C-12/08 (Mono Car Styling), Rn. 60, EuGH, Urteil vom 19.1.2010, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), Rn. 48, EuGH, Urteil vom 15.1.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale), Rn. 38 andererseits Urteile, die sich mit der Reichweite der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung befassen und die Verpflichtung der nationalen Gerichte aufstellen, das nationale Recht so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das darin festgelegte Ergebnis zu erreichen.

Die Bindung an die Umsetzungspflicht verwehrt es daher den mitgliedstaatlichen Gerichten, die Wirkungen der Richtlinie durch die Gewährung von Vertrauensschutz hinauszuzögern.²³¹¹ Angesichts der sich aus Art. 288 III AEUV, 4 III EUV ergebenden Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung kann nur der EuGH eine zeitliche Begrenzung der Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung anordnen.²³¹² Die zum Teil ins Feld geführte größere Sachnähe der nationalen Gerichte, die in der besseren Position für eine Entscheidung über die zeitlichen Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung seien²³¹³, ist daher ohne Belang.

Angesichts der Identität der Kriterien für die Begrenzung der Wirkungen der Auslegung in zeitlicher Hinsicht bei unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht kann nicht geltend gemacht werden, dass bei mittelbar wirkendem Unionsrecht anders als bei unmittelbar wirkendem ein Schutzdefizit bestehe, weswegen Vertrauensschutzerwägungen neben der Defrenne-Rechtsprechung zulässig sein müssten.²³¹⁴ Dieses bestünde bei unmittelbar wirkendem Unionsrecht dann gleichermaßen. Dort können auf das Vertrauen auf nationales Recht gestützte Erwägungen neben der Defrenne-Rechtsprechung aber wie gesehen nicht zum Tragen kommen. Gleiches gilt, von den angesichts der Anerkennung der contra legem-Grenze geschützten Aspekten abgesehen, für den Bereich der richtlinienkonformen Auslegung.

bb) Verhältnis zu Art. 53 GRCh

Noch zu klären gilt es das Verhältnis der bisherigen Ausführungen zu Art. 53 GRCh vor dem Hintergrund, dass zum Teil geltend gemacht wird, nationaler Vertrauensschutz dürfe wegen Art. 53 GRCh „durchaus“ weiter gehen als nach Unionsrecht.²³¹⁵

2311 *Riesenhuber/Domröse*, NZA 2005, 568 (569).

2312 Ähnlich *Temming*, ZESAR 2015, 298 (300); siehe auch *Preis/Temming*, NZA 2010, 185 (188).

2313 *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 54. Siehe auch *Arnold/Schansker*, ArbRAktuell 2015, 89 (92), die entscheidend darauf abstellen, dass die Anwendung des Unionsrechts im nationalen Rahmen Sache der nationalen Gerichte sei.

2314 In diese Richtung aber *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237 (262).

2315 *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (370) im Hinblick auf die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung. Siehe auch *Kirchhof*, NVwZ 2014, 1537 (1538, Fn. 14),

Zunächst ist davon auszugehen, dass jede Auslegung, Anwendung und Nichtanwendung des Unions- oder nationalen Rechts die allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte des Unionsrechts achten muss, wobei unerheblich ist, ob eine unmittelbar oder mittelbar wirkende Norm des Unionsrechts in Rede steht. Sowohl die Nichtanwendung des nationalen Rechts als auch dessen konforme Auslegung können an allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts scheitern.²³¹⁶

Würde die Anwendung einer unionsrechtskonformen Auslegung etwa auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens einer Vorabentscheidung zur Verletzung der in der Charta verankerten Grundrechte oder der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts führen, besteht keine Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Auslegung, auch wenn dadurch die Unvereinbarkeit mit Unionsrecht beseitigt werden könnte.²³¹⁷ Da Gleiches für den Fall der Nichtanwendung des nationalen Rechts gilt, können richtlinienkonforme Auslegung und Vorrang im Hinblick auf ihre Begrenzung durch Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze gleichbehandelt werden. Vor dem Hintergrund, dass eine Durchführung des Unionsrechts auch bei der Anwendung der zur Umsetzung einer Richtlinie ergangenen nationalen Rechtsvorschriften und damit auch bei der richtlinienkonformen Auslegung vorliegt²³¹⁸, richtet sich die Zulässigkeit der Anwendung eines höheren nationalen Grundrechtsstandards nach den gleichen Maßstäben.

Damit sind auch hier die den Mitgliedstaaten durch Art. 53 GRCh eröffneten Möglichkeiten unionsrechtlich begrenzt, wie die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Grundrechtsbereich zeigt.²³¹⁹ Ein auf Art. 53 GRCh gestützter Ansatz muss daher bedenken, dass nationaler Vertrau-

der meint, u.a. an Art. 53 GRCh zeige sich, dass die Vorrangfrage der Grundrechtecharta gegenüber nationalen Grundrechten offengehalten worden sei.

2316 *Prechal*, in: Barnard (Hrsg.), *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, S. 35 (49 f.); *Dougan*, CMLRev. 56 (2019), 1459 (1473 f.). EuGH, Urteil vom 7.1.2004, Rs. C-60/02 (X), Rn. 62 etwa überträgt „die Erwägungen des Gerichtshofes zu den Richtlinien“ auf eine Verordnung.

2317 GA *Sharpston*, Schlussanträge vom 6.12.2018 in der Rs. C-566/17 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego*), Rn. 74 f. unter Heranziehung verschiedener Urteile des Gerichtshofs.

2318 GA *Sharpston*, Schlussanträge vom 31.1.2019 in der Rs. C-704/17 (D.H.), Rn. 30 f. Siehe auch EuGH, Urteil vom 5.4.2016, verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU (*Aranyosi und Căldăraru*), Rn. 84 zum Vorliegen einer Durchführung des Unionsrechts bei der Anwendung der zur Umsetzung eines Rahmenbeschlusses ergangenen nationalen Bestimmungen.

2319 EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-399/11 (*Melloni*), Rn. 60. Siehe dazu bereits oben bei Fn. 1722 ff. und Fn. 1883 ff.

enenschutz als autonome Garantie in den Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und damit auch den der (unionsrechtlichen) Rechtssicherheit als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung fällt.²³²⁰ Aus diesem Grund kann er grundsätzlich nicht zu einer weitergehenden Begrenzung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung führen als in dieser Arbeit bislang angenommen.

Im grundrechtlichen Bereich ist für die Frage der Anwendung nationaler (Grundrechts)maßstäbe eine Unterscheidung danach möglich, ob eine Fallgestaltung durch unionsrechtliche Bestimmungen determiniert ist oder ob es sich um eine solche handelt, die Spielräume für Mitgliedstaaten eröffnet. So kommt die Anwendung nationaler Grundrechtsgewährleistungen nur in Betracht, soweit die Bestimmungen einer Richtlinie keine vollständige Harmonisierung bewirken. Die im nationalen Recht belassenen Umsetzungsspielräume, die eine Anwendung nationaler Grundrechtsstandards ermöglichen, müssen sich daher auf den durch die Richtlinienbestimmungen bewirkten Harmonisierungsgrad beziehen.²³²¹ Auch das Bundesverfassungsgericht unterscheidet hinsichtlich des anzuwendenden Grundrechtsmaßstabs zwischen vollständig vereinheitlichtem und gestaltungsoffenem Unionsrecht, wobei sich die Abgrenzung nach einer Auslegung des jeweils anzuwendenden unionsrechtlichen Fachrechts richtet.²³²²

Da sich im Horizontalverhältnis auch zwingende Richtlinienvorgaben nicht immer durchsetzen, wenn man mit dem EuGH davon ausgeht, dass eine unmittelbare Horizontalwirkung ausgeschlossen ist, erscheint die im grundrechtlichen Bereich getroffene Unterscheidung auf den Bereich der richtlinienkonformen Auslegung nicht ohne Weiteres übertragbar. Möchte man dennoch eine Bestimmung eines unionsrechtlich determinierten Bereichs im vorliegenden Zusammenhang versuchen, dann kommen mit der Defrenne-Rechtsprechung und den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung zwei Anknüpfungspunkte in Betracht. Gegen eine Inbezugnahme der Defrenne-Rechtsprechung spricht allerdings, dass es an dieser Stelle um die der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH nachgelagerte Stufe der „Durchsetzung“ des Unionsrechts im konkreten Fall mittels

2320 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Düsterhaus*, YEL 36 (2017), 237 (263 f.). Sein Verweis in Fn. 211 auf EuGH, Urteil vom 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), Rn. 33 erscheint aber als unpassend, da es dort gerade um den rückwirkenden Rechtsakten gegenüber wirkenden Aspekt des Rechtssicherheitsgrundsatzes geht.

2321 EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Rs. C-476/17 (Pelham u.a.), Rn. 81.

2322 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 77 f. – EuZW 2019, 1035.

richtlinienkonformer Auslegung geht. Damit können an dieser Stelle nur die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung in den Blick zu nehmen sein. Sie umfassen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die aber wie gesehen im Horizontalverhältnis gerade keinen Raum für eine Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände bieten. Aus diesem Grund muss im Übrigen auch ein grundrechtlicher Ansatz scheitern, der bei Betroffenheit des Anwendungsvorrangs „nationalen Vertrauensschutz“ gewähren will. Insoweit ist die Rechtslage durch die Defrenne-Rechtsprechung determiniert, neben der eine weitergehende Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände nicht möglich ist.

Damit kann eine Anwendung mitgliedstaatlicher Grundrechtsstandards im vorliegenden Zusammenhang nur verfangen, wenn die zugrundeliegende Richtlinienbestimmung in den Blick genommen wird.²³²³ Diese kann einem Mitgliedstaat mehrere Möglichkeiten zur Umsetzung bieten. In diesem Fall steht es dem Mitgliedstaat frei, sich für eine dieser Möglichkeiten zu entscheiden. Legt ein nationales Gericht das in Ausfüllung des von der Richtlinie gewährten Gestaltungsspielraums gesetzte nationale Recht nun anders als bisher aus, erscheint es nach Auffassung von Düsterhaus als eine Frage des nationalen Rechts, ob die Berufung auf die Neuauslegung auch mit Wirkung für die Vergangenheit möglich ist.²³²⁴

Zuzustimmen ist dieser Überlegung insoweit, als die Auslegung einer Umsetzungsspielraum gewährenden Vorschrift durch den EuGH zwar an sich verbindlich ist, die mitgliedstaatlichen Spielräume aber nicht zwangsläufig beseitigt. Die Neuauslegung der nationalen Umsetzungsbestimmung durch ein nationales Gericht ist daher solange eine Frage des nationalen Rechts, als sich die Auslegung innerhalb des gewährten Spielraums bewegt. Liegt die Rechtsprechungsänderung dagegen darin begründet, das nationale Recht in Einklang mit der Auslegung der Richtlinie durch den EuGH zu bringen, steht die Verpflichtung auf das von der Richtlinie vorgegebene Ergebnis im Vordergrund.²³²⁵ An ihr ändert das Bestehen mehrerer Möglichkeiten der Umsetzung nichts, weshalb insoweit

2323 Ebenso Düsterhaus, EuR 2017, 30 (47 f.).

2324 Düsterhaus, YEL 36 (2017), 237 (264).

2325 Diese Anforderung kommt etwa in der englischen und französischen Fassung des Art. 288 III AEUV zum Ausdruck, in denen nicht von „Ziel“, sondern von „result“ bzw. „résultat“ die Rede ist. Siehe dazu auch Ipsen, in: FS Ophüls, 1965, S. 67 (73 f.), der meint, die deutsche Fassung des Art. 288 III AEUV verwende eine „recht eigenwillige“ Formulierung im Vergleich zu den übrigen Sprachfassungen, da „Ziel“ sonst Synonym etwa für „idéel“, „but“, „objectif“, „objet“ sei.

die Anwendung eines mitgliedstaatlichen Grundrechtsmaßstabes ausscheiden muss.

Bei weiten Umsetzungsspielräumen der Mitgliedstaaten sind die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und die unionsrechtlichen Grenzen nationalen Vertrauensschutzes daher „relativiert“.²³²⁶ Insoweit ist der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit nicht „umfassend und abschließend“²³²⁷, sondern gestattet die Anwendung eines nationalen Grundrechtsstandards. Bei bloßer Teilharmonisierung kann das in den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils unterschiedliche rechtliche Umfeld einer Regelung daher einen Vertrauenstatbestand begründen.²³²⁸

f) Ergebnis

Da sich das Unionsrecht einer Ergebniskorrektur durch Vertrauensschutzwägungen entgegenstellt, kommt eine Einschränkung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung durch nationale Vertrauensumstände kaum einmal in Betracht. Insbesondere sind im nationalen Recht wurzelnde Belange wie der Vertrauensschutzgedanke, die lediglich eine zeitliche Begrenzung der richtlinienkonformen Auslegung fordern und sich dieser nicht aus grundsätzlich methodischen Erwägungen heraus entgegenstellen, nicht unter die *contra legem*-Grenze zu fassen.²³²⁹ Vertrauensschutz kann nicht einfach als Methodenregel formuliert werden.

„Nationaler Vertrauensschutz“ ist als Reflex der Begrenzung auf das methodisch Mögliche zu denken, wobei Vertrauen in den Wortlaut und die Regelungsabsicht des Gesetzgebers allerdings kaum Bedeutung zukommt, während die „Zusicherung“ der fehlenden richtlinienkonformen Auslegbarkeit des nationalen Rechts durch ein nationales Gericht vertrauensschützende Wirkung entfalten kann, wenn dieses den bei der richtlinienkonformen Auslegung zu beachtenden europäischen Methodenregeln hinreichend Beachtung geschenkt hat.

Unmittelbar und mittelbar wirkendes Unionsrecht sind damit im Hinblick auf ihre Offenheit gegenüber der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Wesentlichen gleichzubehandeln, wenn man von den durch die Methodenbindung reflexhaft geschützten Umständen einmal ab-

2326 *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (48).

2327 *Anders Latzel*, EuR 2015, 415 (437).

2328 Vgl. *Brams*, *Impulse*, 2019, S. 281 f.

2329 So pointiert auch *Frantzen*, *Staatshaftung*, 2018, S. 108.

sieht. Entscheidend hierfür ist insbesondere die Umsetzungsverpflichtung nach Art. 288 III AEUV. Lediglich bei Umsetzungsspielräumen gewährenden Richtlinienvorgaben ist eine weitergehende Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände möglich.

IV. Zusammenfassung

Ausgangspunkt der in diesem Kapitel angestellten Überlegungen war die Wirkungsweise von nach traditioneller Vorstellung unmittelbar und mittelbar wirkendem Unionsrecht. Trotz in seiner Rechtsprechung nachweisbarer Ansätze eines „entkoppelten“ Anwendungsvorrangs hat sich letztlich erwiesen, dass die von unionsrechtlichen Vorschriften ausgeübte Verdrängungswirkung nach Auffassung des Gerichtshofs unter der Bedingung unmittelbarer Wirkung steht. Angesichts der Ablehnung der Aufspaltung der Wirkung einer Richtlinie in eine positive Ersetzungs- und eine negative Ausschlusswirkung kann eine Richtlinienbestimmung auch im Horizontalverhältnis zwischen Privaten nicht geltend gemacht werden, um die Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts zu erreichen. Für eine unterschiedliche Beurteilung der Reaktionsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte im Hinblick auf die zeitliche Dimension der Rechtsprechung des Gerichtshofs, je nachdem ob unmittelbar oder lediglich mittelbar wirkendes Unionsrecht betroffen ist, war damit grundsätzlich Raum geschaffen.

In den Fokus geraten ist vor diesem Hintergrund das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung, dessen Reichweite letztlich darüber entscheidet, welche Gesichtspunkte einer Auslegung des nationalen Rechts im Lichte der Richtlinie entgegengehalten werden können. Besonderes Augenmerk war daher auf die vom Gerichtshof anerkannten Grenzen der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung zu richten und zu überlegen, ob sie für eine Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände fruchtbar gemacht werden können. Insoweit konnte insbesondere ein Interesse daran nachgewiesen werden, eine langjährige gefestigte Rechtsprechung als nationalen Vertrauenstatbestand ins Feld zu führen; daneben konnte gezeigt werden, dass aus Sicht der betroffenen Einzelnen die Erwartung besteht, dass die nationale Rechtsprechung angesichts ihrer Bindung an Recht und Gesetz den durch das Gesetz gesteckten Rahmen nicht verlässt.

Da die Bedeutung der Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, was die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände anbelangt, in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bislang weitgehend offengeblieben ist,

war es angezeigt, eine nähere Bestimmung des Inhalts der contra legem-Grenze und der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze vorzunehmen.

Zunächst in den Blick zu nehmen war dabei die contra legem-Grenze, da sie eine Brücke zu den nationalen Methoden der Auslegung und damit zu im nationalen Recht wurzelnden Erwägungen schlägt. Bei genauerem Hinsehen hat sich allerdings der begrenzte Wert einer solchen Anknüpfung gezeigt, da die contra legem-Grenze nicht eigenständig von den mitgliedstaatlichen Gerichten ausgestaltet werden kann, sondern vielmehr weitreichende unionsrechtliche Einflüsse feststellbar sind. So sind mitgliedstaatliche Gerichte etwa dazu verpflichtet, eine richtlinienwidrige nationale Rechtsprechung abzuändern, sodass eine solche nicht angeführt werden kann, um zu begründen, die contra legem-Grenze der Auslegung sei erreicht. Eine Formulierung des Vertrauensschutzes als Methodenregel ist den nationalen Gerichten verwehrt, was sich in das Bild einfügt, dass der Gerichtshof der Anerkennung von Methodenregeln als Grenze der Konformauslegung insgesamt skeptisch gegenübersteht und darin in erster Linie eine Gefahr der Begrenzung der zeitlichen Wirkungen seiner Auslegung sieht.

Ganz ohne Bedeutung zeigte sich die Begrenzung der richtlinienkonformen Auslegung auf das methodisch Mögliche aber nicht. Aus unionsrechtlicher Sicht verlangt ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung über den Wortlaut des nationalen Rechts hinaus nur dort, wo dies methodisch möglich ist. Dann kann auch die teleologische Reduktion einer Norm (auf Null) unionsrechtlich geboten sein. Dass einer nationalen Norm in diesem Fall ein geringerer oder kein Anwendungsbereich verbleibt, ist aber letztlich auch Folge der im nationalen Recht eröffneten methodischen Möglichkeiten. Dem nationalen Recht böte die contra legem-Grenze daher durchaus Möglichkeiten, dem Vertrauen auf den Bestand einer Norm größeres Gewicht beizumessen. Das deutsche Recht hat diese angesichts seiner weitreichenden Möglichkeiten zur Rechtsfortbildung aber nicht ergriffen.

Angesichts der nur sehr eingeschränkten Möglichkeiten zur Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Rahmen der contra legem-Grenze war noch der Frage nachzugehen, ob dies in weitergehendem Umfang im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze möglich ist. In der Tat hat sich gezeigt, dass sie eine Rolle in straf- und verwaltungsrechtlichen Konstellationen spielen. Im Hinblick auf Horizontalverhältnisse war der Befund dagegen ein anderer. Die verschiedenen Ausprägungen der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ließen sich insoweit sämtlich nicht fruchtbar machen. Letztlich führt dies zu der Feststellung, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit im Horizontalverhältnis nur in

Gestalt der contra legem-Grenze Bedeutung erlangt. An dieser Stelle zeigt sich die enge Verbindung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur contra legem-Grenze, die auch Ausfluss des unionsrechtlichen Rechtssicherheitsgrundsatzes ist. Dass in Äußerungen nationaler Gerichte, die die fehlende Auslegbarkeit einer nationalen Norm betont haben, eine „Zusicherung“ erblickt werden kann, die insoweit Vertrauen begründet, als dann nicht mehr mit einer Verschiebung der contra legem-Grenze gerechnet werden muss, ist Ausdruck der Begrenzung auf das methodisch Mögliche und des unionsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatzes.

Da vor dem Hintergrund ihrer zeitlichen Dimension auch im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung eine Korrektur des von Unionsrechts wegen zu erzielenden Ergebnisses durch nationale Vertrauensschutzerwägungen nicht möglich ist, besteht eine Vergleichbarkeit mit den im Rahmen der Möglichkeiten zur Begrenzung des Anwendungsvorrangs angestellten Erwägungen. Dass den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung vor diesem Hintergrund eine geringere Bedeutung zukommt als es ihre in ständiger Rechtsprechung wiederholte Betonung vermuten ließe, hat sich nicht zuletzt mit Blick auf Art. 288 III AEUV als unbedenklich erwiesen. Die Defrenne-Rechtsprechung entfaltet zwar insoweit keine umfängliche „Sperrwirkung“ als sie eine Berücksichtigung gewisser vertrauensschützender Aspekte wie die fehlende richtlinienkonforme Auslegbarkeit des nationalen Rechts nicht ausschließen kann. Einer weitergehenden Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände steht sie aber, von der Situation bei Umsetzungsspielräumen gewährenden Richtlinienvorschriften abgesehen, entgegen.

E. Verfassungsrechtliche Integrationsgrenzen und zeitliche Dimension der EuGH-Rechtsprechung

In den vorangegangenen Kapiteln wurde die Frage danach gestellt, ob die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände als Bestandteil der dem Unionsrecht immanenten Grenzen des Anwendungsvorrangs/der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung formuliert werden kann. Insoweit hat sich hinsichtlich des Anwendungsvorrangs erwiesen, dass dieser durch eine unionsintern erfolgende Abwägung einer temporären Suspendierung zwar grundsätzlich zugänglich ist, seine vorübergehende Aussetzung durch Erwägungen, die auf das Vertrauen auf die Anwendbarkeit nationalen Rechts gestützt sind, aber ausscheiden muss. Im Hinblick auf die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung hat sich gezeigt, dass diese

zwar ihre Schranken in der contra legem-Grenze und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen findet, dies aber nichts daran ändert, dass die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände nur sehr eingeschränkt möglich ist. Vor diesem Hintergrund besteht die Versuchung eines Rückgriffs auf nationales Verfassungsrecht, um der zeitlichen Wirkung der unionsgerichtlichen Rechtsprechung Grenzen zu setzen.

I. Einführung

Daher sind die im nationalen Recht im Hinblick auf die europäische Integration und damit gegenüber einer Anwendung von Unionsrecht formulierten Integrationsgrenzen in den Blick zu nehmen. Für den deutschen Rechtsraum sind sie vom Bundesverfassungsgericht näher ausgestaltet worden. Ihre Besonderheit besteht darin, dass es sich bei ihnen um autonome, von den Mitgliedstaaten ins Feld geführte Schranken handelt, die aus diesem Grund nicht notwendigerweise im Einklang mit den vom Unionsrecht selbst anerkannten Grenzen seiner Durchsetzung gebildet wurden. Aus unionsrechtlicher Sicht handelt es sich daher um nicht ohne Weiteres zulässige, wenn nicht sogar unzulässige Grenzen, mit denen der Mitgliedstaat dem aus seiner Sicht unverzichtbaren „letzten Wort der Verfassung“ zur Geltung verhelfen möchte. Auch wenn sich diese mitgliedstaatliche Sichtweise fragen lassen muss, ob sie unionsrechtlichen Besonderheiten hinreichend Rechnung trägt, darf nicht übersehen werden, dass es in diesem Bereich letztlich kein Richtig oder Falsch gibt.²³³⁰ In seinem EZB-Urteil bringt das Bundesverfassungsgericht diesen Gedanken dadurch zum Ausdruck, dass es von „im Grundsatz unvermeidlichen Spannungslagen“ spricht, da „die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Perspektive nicht vollständig harmonisieren“.²³³¹

2330 So auch *Thiele*, EuR 2017, 367 (369 f.), der meint, die Ansichten des Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts zum Vorrang des Unionsrechts seien für sich genommen in sich schlüssig und unversöhnlich.

2331 BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 111 – NJW 2020, 1647.

II. Verfassungsrechtliche Grenzen des „Anwendungsvorrangs“

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts verfassungsrechtlichen Schranken. Er ist nach der Formulierung im OMT-Urteil begrenzt durch das im Zustimmungsgesetz zu den Verträgen niedergelegte Integrationsprogramm (Art. 23 I 2 GG) und die durch Art. 23 I 3 i.V.m. Art. 79 III GG für integrationsfest erklärten Grundsätze der Art. 1 und 20 GG.²³³² Unmittelbar angesprochen sind damit die Ultra-vires- und die Verfassungsidentitätskontrolle. Hinzu kommt der in Art. 23 I 1 GG verankerte²³³³ Vorbehalt hinreichend wirksamen Grundrechtsschutzes im Sinne der Solange II-Rechtsprechung, die das Bundesverfassungsgericht in der wiedergegebenen Urteilspassage zwar nicht ausdrücklich erwähnt, die es aber trotz einiger Ungereimtheiten in seiner neueren Judikatur nicht aufgegeben hat.²³³⁴ Schlagwortartig zusammengefasst können die verfassungsrechtlichen Grenzen des Anwendungsvorrangs daher als „Schrankentrias“²³³⁵ bezeichnet werden. Ihre Aktivierung führt zu einer zeitlich unbefristeten Nichtbefolgung von Unionsrecht.

Maßnahmen von Organen der EU und damit auch Urteile des EuGH sind keine Akte deutscher öffentlicher Gewalt.²³³⁶ Im Hinblick auf diese ist nur eine mittelbare/inzidente Überprüfung, eine Überprüfung als Vorfrage, soweit sie die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen, denkbar, wenn sie Grundlage von Handlungen deutscher Staatsorgane sind oder eine Verletzung der Integrationsverantwortung durch Verfassungsorgane im Raum steht.²³³⁷ Demnach erfolgt eine mittelbare Überprüfung daraufhin, ob sie durch das Integrationsprogramm (Zustimmungsgesetz nach Art. 23 I 2 GG) gedeckt sind oder gegen sonstige grundgesetzliche Grenzen der europäischen Integration verstoßen.

2332 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 115 – BVerfGE 142, 123.

2333 Thiele, EuR 2017, 367 (372 ff.).

2334 Zu dieser Frage näher unten bei Fn. 2349 ff.

2335 Begriff bei Schweitzer/Dederer, Staatsrecht III, 12. Aufl. 2020, Rn. 166 (Anführungszeichen im Original).

2336 BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 93 – NJW 2020, 1647.

2337 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.6.2016, 2 BvR 322/13, Rn. 9 – juris; BVerfG, Beschluss vom 15.5.2017, 2 BvR 865/17, Rn. 8 – juris; BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 89 – NJW 2020, 1647.

Anknüpfungspunkt ist damit nicht das Unionsrecht als solches, sondern entweder seine Durchführung durch die deutsche öffentliche Gewalt oder das Unterlassen von durch die Integrationsverantwortung gebotenen Reaktionsmaßnahmen gegen Identitätsverletzungen.²³³⁸ Im Unterschied zu der im Maastricht-Urteil noch vorgesehenen Möglichkeit²³³⁹ findet also keine Überprüfung unmittelbar von Unionsrecht statt. Dies wird aber dadurch weitgehend kompensiert, dass das Bundesverfassungsgericht die Integrationsverantwortung als Verfahrensgegenstand anerkannt hat.²³⁴⁰

Gegen ein Urteil des EuGH selbst kann demnach nicht verfassungsgerichtlich vorgegangen werden, wohingegen das Urteil eines deutschen Gerichts, das ein gegen die Integrationsgrenzen verstoßendes Urteil des EuGH umsetzt, zum Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung gemacht werden kann. Die unionsrechtlich bedingte Versagung von „Vertrauensschutz“ durch ein deutsches Gericht kann daher auf ihren verfassungsrechtlichen Bestand überprüft werden.

Daneben kommt eine Anknüpfung an die Integrationsverantwortung in Betracht. Auch wenn im konkreten Fall keine Verletzung der Integrationsverantwortung gerügt wurde, ist die Anknüpfung an diese doch bereits in einem Fall zur Sprache gekommen, in dem das Bundesverfassungsgericht mit der gegen einen Bußgeldbescheid der Kommission und dessen Bestätigung durch Urteile des EuG und EuGH gerichteten (unzulässigen) Verfassungsbeschwerde befasst war. Zumindest angedacht wurde dort eine Auslösung der Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung vor dem Hintergrund der Auslegung und Anwendung von Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 durch die Organe der EU.²³⁴¹

In seinem Urteil zum Anleihekaufprogramm der EZB hat das Bundesverfassungsgericht die Überprüfung eines Urteils des Gerichtshofs eingebettet in die Prüfung der Verletzung der Integrationsverantwortung durch das Unterlassen von Bundesregierung und Bundestag, geeignete Schrit-

2338 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 97 ff. – BVerfGE 142, 123.

2339 BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155 (175).

2340 Siehe *Classen*, EuR 2016, 529 (532).

2341 BVerfG, Beschluss vom 19.7.2016, 2 BvR 2752/11, Rn. 20 – NJW 2017, 149. Die Integrationsverantwortung würde Bundestag und Bundesregierung dazu verpflichten, „sich aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen“, ob das Verhalten der Unionsorgane die Verfassungsidentität des Grundgesetzes und die Grenzen des Integrationsprogramms wahrt, sowie darüber zu entscheiden, wie die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewährleistet werden können.

te gegen das Überschreiten der währungspolitischen Kompetenz durch die EZB zu unternehmen. Die aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts im EuGH-Urteil in der Rechtssache Weiss u.a.²³⁴² erfolgte Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Überprüfung der in Rede stehenden Beschlüsse der EZB führte zur Einordnung des EuGH-Urteils als Ultra-vires-Akt wegen offenkundiger Überschreitung des Mandats des Gerichtshofs nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 EUV.²³⁴³ Da eine „offenkundige Außerachtlassung der im europäischen Rechtsraum überkommenen Auslegungsmethoden oder allgemeiner, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamer Rechtsgrundsätze“ nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Grenzen des Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 EUV überschreitet²³⁴⁴, ist ein entsprechendes Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls grundsätzlich auch im Hinblick auf den die zeitliche Dimension der Auslegungszuständigkeit des EuGH prägenden Grundsatz der Rechtssicherheit denkbar.

Eine Aktivierung der Integrationsverantwortung im Angesicht der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH ist demnach nicht ausgeschlossen. Dies kommt sowohl im Hinblick auf eine vom Gerichtshof vorgenommene bzw. bestätigte Auslegung an sich in Betracht als auch hinsichtlich der zeitlichen Dimension einer derartigen Auslegung.

1. Vorbehalt hinreichend wirksamen Grundrechtsschutzes

Um der zeitlichen Wirkung der Rechtsprechung des Gerichtshofs Grenzen zu ziehen, ist zunächst an den Vorbehalt hinreichend wirksamen Grundrechtsschutzes im Sinne der Solange II-Rechtsprechung zu denken.

²³⁴² EuGH, Urteil vom 11.11.2018, Rs. C-493/17 (Weiss u.a.).

²³⁴³ BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 119 – NJW 2020, 1647. Dies eröffnete dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit zu einer eigenständigen Überprüfung des Handelns der EZB, das es ebenfalls als Ultra-vires-Akt einordnet, vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 164, 178.

²³⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 112 – NJW 2020, 1647.

a) Schicksal des Solange II-Vorbehalts

Im Solange II-Beschluss führte das Bundesverfassungsgericht aus: „Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mit hin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.“²³⁴⁵

Im Hinblick auf den Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz gilt im unionsrechtlich determinierten Bereich daher seitdem, dass das Bundesverfassungsgericht lediglich darüber wacht, dass das Unionsrecht den vom Grundgesetz gebotenen Mindeststandard an Grundrechtsschutz nicht verfehlt. Ist dies der Fall, unterbleibt eine Überprüfung der Wirksamkeit unionsrechtlicher Normen selbst sowie deutscher Normen, die zwingendes Unionsrecht innerstaatlich umsetzen, am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.²³⁴⁶ Der Solange II-Vorbehalt verlangt ein Maß an Grundrechtsschutz, das „nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise“ dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes „im wesentlichen gleichzuachten“ ist. Im Einzelfall noch bestehende Lücken etwa hinsichtlich der Reichweite eines bestimmten Grundrechts sind dabei unschädlich.²³⁴⁷ Erforderlich ist also eine auf das jeweilige Grundrecht bezogene generelle Betrachtung – unabhängig vom Einzelfall muss der Grundrechtsschutz auf EU-Ebene generell ausreichend sein hinsichtlich des jeweils betroffenen Grundrechts. Soll die Reservefunktion der Grundrechte des Grundgesetzes aktiviert

2345 BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339 (387). In Rede stand die Ablehnung eines Antrags auf Genehmigung der Einfuhr von Champignonkonserven aus Taiwan durch das Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft auf der Grundlage einer Verordnung.

2346 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 51, 89 – EuZW 2019, 1035; *Schmahl*, in: Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance*, 2019, S. 299 (302).

2347 BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339 (378, 383).

werden, unterliegt dies hohen Substantiierungsanforderungen.²³⁴⁸ Eine Einzelfallkontrolle wäre daher nur bei substantiierter Darlegung möglich, dass ein dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechender Grundrechtsschutz in der EU generell nicht mehr gewährleistet ist.

Durch die Möglichkeit der Identitätskontrolle ist die Bedeutung des Solange II-Vorbehalts in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Zweifel geraten.²³⁴⁹ Das Festhalten an dem Grundsatz, dass durch das Unionsrecht determinierte Akte der deutschen öffentlichen Gewalt von verfassungsgerichtlicher Prüfung ausgeschlossen sind²³⁵⁰, schließt es nicht aus, diese an den integrationsfesten Grundsätzen des Grundgesetzes (und damit unter anderem dem Menschenwürdekern der Grundrechte) zu messen. Die Prüfung an diesen Grundsätzen beschränkt die Kontrolle derartiger Akte auf den Maßstab des Art. 79 III GG²³⁵¹, sodass zumindest auf den ersten Blick nicht recht einleuchtet, wie sich eine Prüfung am Maßstab sämtlicher Grundrechtsgewährleistungen des Grundgesetzes damit in Einklang bringen lassen sollte.²³⁵²

Auch wenn die Solange II-Rechtsprechung damit jedenfalls in Einzelfällen zugunsten einer Menschenwürdeprüfung durchbrochen wird²³⁵³, so ist doch zu bedenken, dass eine Aktivierung der Grundrechtsprüfung nur bei strukturellen Defiziten auf europäischer Ebene erfolgt. Die Menschenwürdeprüfung setzt dagegen kein Absinken des europäischen Grundrechtsschutzniveaus auf ein aus Sicht des Grundgesetzes nicht mehr akzeptables Niveau voraus, sondern ist auch unter Geltung des europäischen Grundrechtsschutzes in seiner jetzigen Form durchzuführen. Erst wenn das akzeptable Niveau unterschritten ist, lebt die vollumfängliche Grundrechtsprüfung wieder auf, sodass auch erst dann eine Unvereinbarkeit der Prüfungsmaßstäbe insoweit anzunehmen ist, als eine auf die Berührung der Verfassungsidentität beschränkte Prüfung nicht mehr angezeigt ist,

2348 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 47 f. – EuZW 2019, 1035; siehe auch *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (389).

2349 Siehe nur *Classen*, EuR 2016, 529 (535). *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (428) sieht das „faktische Ende der Solange-Rechtsprechung“, während *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (124) „eine konsequente Abschichtung von Grundrechts- und Identitätsvorbehalt“ erkennen.

2350 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 115 – BVerfGE 142, 123.

2351 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.9.2016, 2 BvR 890/16, Rn. 32 – JZ 2016, 1113.

2352 *Sauer*, EuR 2017, 186 (203) spricht insoweit von einem „Fremdkörper“.

2353 Vgl. *Schönberger*, JZ 2016, 422 (424).

sondern vielmehr eine umfassende Grundrechtsprüfung vorgenommen werden kann und vorzunehmen ist.

Dementsprechend misst auch das Bundesverfassungsgericht der Solange II-Rechtsprechung weiterhin Bedeutung bei. In einem neueren Beschluss betont es den Vorbehalt hinreichend wirksamen Grundrechtsschutzes wieder ausdrücklich und nimmt die Ultra-vires-Kontrolle und die Wahrung der Verfassungsidentität daneben als „weitere“ Vorbehalte in Bezug.²³⁵⁴ Für die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs bedeutet der Solange II-Vorbehalt, dass er bei seiner Auslegung des Unionsrechts den vom Grundgesetz geforderten grundrechtlichen Mindeststandard beachten muss.

b) Ex tunc-Wirkung und Solange II-Rechtsprechung

Von Interesse ist die Geltendmachung des Solange II-Vorbehalts im vorliegenden Zusammenhang insbesondere im Hinblick auf die Fälle, in denen der EuGH eine Begrenzung der zeitlichen Wirkungen seiner Rechtsprechung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt hat. Ist auf Ebene des Unionsrechts hinsichtlich der zeitlichen Dimension unionsgerichtlicher Rechtsprechung kein strukturelles Defizit auszumachen, darf keine Überprüfung am Maßstab der Vertrauensschutz verbürgenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen erfolgen, verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz also nicht geltend gemacht werden, um ein aus unionsrechtlicher Perspektive in zeitlicher Hinsicht zwingend vorgegebenes Ergebnis zu umgehen.²³⁵⁵

In seinem Honeywell-Beschluss hatte das Bundesverfassungsgericht noch eine Verletzung des Art. 12 I GG i.V.m. Art. 20 III GG durch das BAG wegen der unterbliebenen Gewährung von Vertrauensschutz geprüft und seine Solange II-Rechtsprechung dabei nicht erwähnt, sondern vielmehr seine Pflicht zur Wahrung des Grundgesetzes auch gegenüber Unionsrecht umsetzenden oder vollziehenden Maßnahmen betont. Dennoch hat es die unionsrechtlichen Vorgaben im Ergebnis akzeptiert und der Ver-

2354 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 47, 49 – EuZW 2019, 1035. Zur Diskussion um die Fortführung der Solange II-Rechtsprechung angesichts ihrer nicht ausdrücklichen Nennung in BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 115 – BVerfGE 142, 123 im Unterschied zu BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 41 – BVerfGE 140, 317 siehe *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (389, Fn. 35) und *Classen*, EuR 2016, 529 (535).

2355 Siehe dazu auch *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 444 f.

pflichtung zur Nichtanwendung des nationalen Rechts keinen „nationalen Vertrauensschutz“ entgegengesetzt. Es hat zwar ausgeführt, dass Fragen des Vertrauensschutzes auch bei der rückwirkenden Nichtanwendung eines nationalen Gesetzes aufgeworfen würden, aber ebenso die unionsrechtliche Vorprägung und Begrenzung der in diesem Bereich bestehenden mitgliedstaatlichen Möglichkeiten anerkannt.²³⁵⁶ Obwohl das BAG-Urteil keinen Vertrauensschutz gewährt hat, erblickte das Bundesverfassungsgericht darin keine Grundrechtsverletzung.²³⁵⁷ Dass bei der Betroffenheit des Anwendungsvorrangs neben der Defrenne-Rechtsprechung keine Begrenzung durch Vertrauen in nationales Recht in Betracht kommt, hat es damit hingenommen.²³⁵⁸

In seinem zur Junk-Problematik ergangenen Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht dem BAG sodann vorgeworfen, Bestimmungen des nationalen Verfassungsrechts ins Feld geführt zu haben, um damit in dem von ihm zu entscheidenden Fall die Erzielung eines unionsrechtskonformen Ergebnisses mittels richtlinienkonformer Auslegung zu unterlassen.²³⁵⁹ Den gegenüber dem BAG erhobenen Vorwurf eines Verstoßes gegen die Solange II-Rechtsprechung begründet es damit, dass der Rückgriff auf nationales Verfassungsrecht bei der Anwendung von Unionsrecht voraussetze, dass der vom Grundgesetz gebotene Mindeststandard an Grundrechtsschutz durch das Unionsrecht verfehlt wird, was hier nicht der Fall sei und jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden müsste.²³⁶⁰

In der Literatur wird zum Teil bezweifelt, dass das Bundesverfassungsgericht hier den zutreffenden Ansatz gewählt hat. In der Tat steht zwar nicht eine inhaltliche Prüfung des Umsetzungsgesetzes in Rede, sondern die Begrenzung der richtlinienkonformen Auslegung im Einzelfall.²³⁶¹ Da die Solange II-Rechtsprechung aber auch für den Fall der konkretisierenden Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben gilt, sind deutsche

2356 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (313 f.).

2357 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (298 f., 313).

2358 Siehe auch *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 450 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314).

2359 Zur vom Bundesverfassungsgericht kritisierten Rechtsprechung des BAG siehe oben bei Fn. 1340 ff.

2360 BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 41 – NZA 2015, 375.

2361 Dies führt *Brams*, *Impulse*, 2019, S. 281 ins Feld.

Grundrechte auch insoweit nicht anwendbar.²³⁶² Der Vorwurf eines unzutreffenden Ausgangspunkts seiner Überlegungen kann dem Bundesverfassungsgericht daher nicht gemacht werden.

Klar geworden ist durch die vorangegangene Überlegung jedoch, dass es bei der Frage, ob nationale Grundrechte Anwendung finden können, in erster Linie um die Frage geht, ob ein nationales Gericht, das die unionsrechtlichen Vorgaben umsetzt – sei es im Wege der rückwirkenden Nichtanwendung des nationalen Rechts oder seiner rückwirkenden richtlinienkonformen Auslegung –, einen grundrechtlichen Vertrauensschutzmaßstab anlegen darf, ohne gegen verfassungsrechtliche Vorgaben zu verstoßen.²³⁶³

Die Solange II-Rechtsprechung befasst sich zwar mit dem grundgesetzlichen Grundrechtsschutz, wohingegen Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur in den Grundrechten, sondern auch im Grundsatz der Rechtssicherheit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips verankert wird.²³⁶⁴ Dennoch ist die Solange II-Rechtsprechung auf die in zeitlicher Hinsicht bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben übertragbar, da die Verankerung des Vertrauensschutzes auch im Rechtsstaatsprinzip nichts daran ändert, dass dieser vom Individuum her denkt und damit den Einzelnen schützt.²³⁶⁵

Aus der Sicht des nationalen Verfassungsrechts ist entscheidend, mit welchen unionsrechtlichen Vorgaben das nationale Gericht konfrontiert ist. Für den Anwendungsvorrang gilt wie gesehen, dass neben der De-frenne-Rechtsprechung keine auf nationales Recht gestützten Vertrauensschutzerwägungen möglich sind. Für die richtlinienkonforme Auslegung ist diese Frage dagegen vom Gerichtshof noch nicht letztendgültig geklärt worden. Dass die Anforderungen richtlinienkonformer Auslegung aus unionsrechtlicher Perspektive einer Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände in sehr weitgehendem Umfang entgegenstehen, hat sich im Rahmen der in dieser Arbeit erfolgten Untersuchung allerdings gezeigt.²³⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht jedenfalls sieht in der Pflicht zur richtlinien-

2362 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 43 – EuZW 2019, 1035.

2363 Gleiches muss für einfachrechtlichen Vertrauensschutz gelten, wenn mit diesem im Ergebnis die gleiche Wirkung wie bei der Gewährung von Grundrechtsschutz erzielt wird.

2364 Siehe dazu bereits oben bei Fn. 1973 f.

2365 Rosenkranz, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 446 f. spricht von „grundrechtsrelevanten Ausprägungen“ und „individualschützenden Komponenten“; siehe auch Rosenkranz, ZfPW 2016, 351 (371).

2366 Zum Ganzen ausführlich oben bei Fn. 1564 ff. und Fn. 2034 ff.

konformen Auslegung eine derart „starke Klammer“ zwischen nationalem und Unionsrecht, dass ein Rückgriff auf verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz nicht möglich ist.²³⁶⁷

Sowohl hinsichtlich des Anwendungsvorrangs als auch der richtlinienkonformen Auslegung ist die Rechtslage also unionsrechtlich determiniert, was grundsätzlich zur Rücknahme des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes führt. Demnach ist sowohl im Hinblick auf den Anwendungsvorrang als auch die richtlinienkonforme Auslegung entscheidend, ob die Defrenne-Rechtsprechung des Gerichtshofs im Ergebnis das vom Grundgesetz geforderte Mindestmaß an Grundrechtsschutz wahrt, da mit ihr die entscheidende Weiche für die in zeitlicher Hinsicht bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben gestellt wird.

Wird sie daraufhin untersucht, ob sie den Mindestanforderungen des Grundgesetzes an Vertrauensschutz gerecht wird, ist in Erinnerung zu rufen, dass der Gerichtshof im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht etwa eine zeitliche Begrenzung sogar dann in Betracht zieht, wenn er eine Rechtsfrage zum ersten Mal beantwortet. Mit dem guten Glauben hat der EuGH ein Kriterium entwickelt, das zwar einen objektivierten Maßstab zugrunde legt, die Erkenntnismöglichkeiten der Betroffenen aber dadurch berücksichtigt, dass es entscheidend darauf ankommt, welches Verständnis des Unionsrechts diese vernünftigerweise erwarten durften. Dass neben dem guten Glauben kumulativ eine Gefahr schwerwiegender Störungen bestehen muss, ist dem Umstand geschuldet, dass die sich als unzutreffend herausstellende Sichtweise auch tatsächlich weit verbreitet gewesen sein muss, um eine unionsweite Beschränkung rechtfertigen zu können.

Mit dem Erfordernis einheitlicher Anwendung des Unionsrechts ist auch zu begründen, dass eine territoriale Aufspaltung der zeitlichen Dimension der EuGH-Rechtsprechung nicht in Betracht kommt, auch wenn dies zur Wahrung nationaler Besonderheiten zum Teil gefordert wird.²³⁶⁸ Dass der Gerichtshof die zeitliche Begrenzung als absolute Ausnahme ansieht, führt zu keiner anderen Bewertung der Defrenne-Rechtsprechung aus grundrechtlicher Perspektive. Wenn etwa im Rahmen der Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen das öffentliche Interesse der Union an der Durchsetzung des Unionsrechts in die Abwägung eingestellt werden kann²³⁶⁹, muss auch im vorliegend interessierenden Zusammenhang

2367 Vgl. *Wißmann*, in: FS Kohte, 2016, S. 993 (1001).

2368 Siehe hierzu näher oben bei Fn. 1023 ff.

2369 BVerfG, Beschluss vom 17.2.2000, 2 BvR 1210/98 – NJW 2000, 2015.

geltend gemacht werden können, dass sich die zeitliche Begrenzung nur ausnahmsweise der Durchsetzung des Unionsrechts entgegenstellen kann.

In Horizontalverhältnissen besteht zudem die Besonderheit, dass ein Interessenausgleich zwischen den Parteien herzustellen ist. Der größere Schutz der einen Partei ist daher notwendigerweise mit einem geringeren Schutz der anderen Partei verbunden.²³⁷⁰ Beruft sich die eine Partei auf ihr Vertrauen auf nationales Recht, die andere dagegen auf ihr durch Unionsrecht begründetes Recht, so mögen Unionsrecht und nationales Recht die betroffenen Interessen zwar anders gewichten. Von einem höheren grundgesetzlichen Schutzniveau, unter das das unionsrechtliche Schutzniveau absinken könnte, ist deswegen aber noch nicht zu sprechen.²³⁷¹

Ein generelles Defizit auf europäischer Ebene besteht demnach nicht.²³⁷² Die Bindung des EuGH an den Grundsatz der Rechtssicherheit ist mit der Bindung deutscher Gerichte an Art. 20 III GG vergleichbar.²³⁷³ Eine Überprüfung der mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs verbundenen zeitlichen Vorgaben am nationalen grundrechtlichen Vertrauensschutzmaßstab muss daher nach dem derzeitigen Stand des Unionsrechts ausscheiden.

c) Grundrechtsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht

Sind die deutschen Grundrechte verdrängt, kontrolliert das Bundesverfassungsgericht nach seiner neueren Rechtsprechung nun die Anwendung des Unionsrechts durch deutsche Stellen am Maßstab der Unionsgrundrechte.²³⁷⁴ Anzusprechen ist dieser neue Ansatz an dieser Stelle vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht eine Verdrängung des verfassungsrechtlich verbürgten Vertrauensschutzes sowohl hinsichtlich

2370 Vgl. *Koch*, SR 2012, 159 (160).

2371 Siehe zu den hier vorgebrachten Argumenten bereits *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 449.

2372 Ebenso *Franzen*, AP TzBfG § 14 Nr. 23 unter IV.2.a); *Schaer*, Grenzen rückwirkender Rechtsprechung, 2010, S. 165; *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 449. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6 (10) zur Mangold-Entscheidung des EuGH und der Befugnis deutscher Gerichte zur Nichtanwendung formeller deutscher Gesetze vor dem Hintergrund der Solange II-Rechtsprechung.

2373 *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 447.

2374 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 50 – EuZW 2019, 1035. Zur Einordnung dieser Rechtsprechung siehe näher *Breuer*, Verfassungsblog vom 2.12.2019.

des Anwendungsvorrangs als auch der richtlinienkonformen Auslegung zutreffend anerkannt hat.²³⁷⁵

Fragt man, welche unionsrechtlichen Maßstäbe das Bundesverfassungsgericht bei seiner Kontrolle der Fachgerichte im hier interessierenden Zusammenhang heranziehen kann, so ist zunächst davon auszugehen, dass das Bundesverfassungsgericht das Monopol des Gerichtshofs im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung zu achten hat. Da nur der EuGH selbst eine zeitliche Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung vornehmen kann, ist dem Bundesverfassungsgericht eine Anwendung der Maßstäbe der Defrenne-Rechtsprechung verwehrt.

Da bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht eine Begrenzung des Anwendungsvorrangs mit der Begründung, der Betroffene habe auf die nationale Rechtslage vertraut, ausscheiden muss, ist insoweit von unionsrechtlicher Determinierung auszugehen. Überprüfen kann das Bundesverfassungsgericht dann lediglich, ob die nationalen Gerichte dies bei der Entscheidung des konkreten Falles beachtet haben. Daneben ist im Hinblick auf die Frage der vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung einer unionsrechtlichen Norm zu bedenken, dass lediglich der Gerichtshof dazu berechtigt ist, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen eine solche Suspendierung ausnahmsweise in Betracht kommt. Das Bundesverfassungsgericht ist damit von vornherein auf die Überprüfung der Wahrung der vom Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen durch die Fachgerichte beschränkt.

Begrenzen die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung, so kann das Bundesverfassungsgericht in den Bereichen, in denen diese wie etwa im Strafrecht und in umgekehrt vertikalen Konstellationen zum Tragen kommen, über ihre Wahrung wachen. Zu erfolgen hat dies gegebenenfalls im Dialog mit dem Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens, wozu sich das Bundesverfassungsgericht auch bereit erklärt hat.²³⁷⁶ Im Horizontalverhältnis ist insbesondere an eine Überprüfung der Wahrung der unionsrechtlichen Grenzen der contra legem-Grenze zu denken. Ansonsten ist das Bundesverfassungsgericht auch hier darauf beschränkt, zu überprüfen, ob

2375 Siehe einerseits BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314) zum Anwendungsvorrang und andererseits BVerfG, Beschluss vom 10.12.2014, 2 BvR 1549/07, Rn. 34 ff. – NZA 2015, 375 zur richtlinienkonformen Auslegung.

2376 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 68 ff. – EuZW 2019, 1035.

die nationalen Gerichte das Gebot richtlinienkonformer Auslegung nicht in unzulässiger Weise durch verfassungsrechtliche Vertrauensschutzerwägungen begrenzt haben.

Sind die Grundrechte des Grundgesetzes dagegen nicht verdrängt, zieht das Bundesverfassungsgericht diese als Prüfungsmaßstab heran, wobei es sie unter Heranziehung der Grundrechtecharta als Auslegungshilfe im Lichte der Grundrechtecharta auslegt.²³⁷⁷ Überlässt eine Richtlinie den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume und macht damit insoweit keine zwingenden Vorgaben, ist grundsätzlich Raum für die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände und eine Anwendung deutscher Grundrechte. Da hierbei aber immer auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts anwendbar sind, sind diese Umstände im Lichte des Unionsrechts zu würdigen, um ein Unterschreiten des durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gebildeten unionsrechtlichen Maßstabs zu verhindern.

2. Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle

Die Identitätskontrolle, mit der auch durch das Unionsrecht determinierte Hoheitsakte überprüft werden, setzt anders als der Solange II-Vorbehalt keinen Nachweis eines strukturellen Defizits auf Unionsebene voraus. Vielmehr genügt der Nachweis einer Verletzung der Identitätsgehalte im konkreten Einzelfall. Die Aktivierung der Identitätskontrolle gegenüber zeitlich unbegrenzt wirkender Rechtsprechung ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen.

Die Identitätskontrolle beruht auf Art. 23 I 3 GG i.V.m. Art. 79 III GG²³⁷⁸ und ermöglicht mit Art. 1 und Art. 20 GG eine Prüfung an den Grenzen des Übertragbaren.²³⁷⁹ Mit ihr untersucht das Bundesverfassungsgericht u.a., ob durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union die in Art. 79 III GG für unantastbar erklärten Grundsätze berührt werden²³⁸⁰ – an ihnen hält das Bun-

2377 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 16/13, Rn. 60 f. – EuZW 2019, 1021.

2378 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 121 – BVerfGE 142, 123.

2379 Sauer, Staatsrecht III, 5. Aufl. 2018, § 9, Rn. 41 b.

2380 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 138 – BVerfGE 142, 123; BVerfG, Urteil vom 30.6.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 – BVerfGE 123, 267 (344, 353 f.); BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (302); BVerfG, Beschluss vom 19.7.2011, 1 BvR 1916/09

desverfassungsgericht demnach ohne Einschränkung fest.²³⁸¹ Werden diese Grundsätze berührt, geht die betreffende Maßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus.²³⁸² Nur die Verfassungsidentität währendes Unionsrecht kann danach Vorrang beanspruchen; ihre Berührung führt zur absoluten Unzulässigkeit der betreffenden Maßnahme.²³⁸³ Deren Ausführung stößt damit an verfassungsrechtliche Grenzen.²³⁸⁴

Neben der Identitätskontrolle ist noch kurz die Bedeutung der Ultra-vires-Kontrolle im Zusammenhang mit der Begrenzungsrechtsprechung des EuGH zu beleuchten. Diese fragt nach einem offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Überschreiten des demokratisch legitimierten Integrationsprogramms nach Art. 23 I 2 GG und knüpft damit an das Zustimmungsgesetz an.²³⁸⁵ Indem sie die Reichweite der übertragenen Kompetenzen in den Blick nimmt, bestimmt sie die Grenzen des Übertragenen.²³⁸⁶

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht zu erkennen gibt, dass es die Identitätskontrolle als „Oberkonzept“²³⁸⁷ der verfassungsgerichtlichen Kontrollmöglichkeiten ansieht, indem es die Ultra-vires-Kontrolle als besonderen Anwendungsfall der Identitätskontrolle einordnet²³⁸⁸, so liegt den beiden Integrationsschranken damit doch ein unterschiedlicher Ansatz zugrunde.²³⁸⁹ Die Verankerung der Ultra-vires-Kontrolle in Art. 79 III GG mit der Begründung, dass eine hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitung zugleich die Verfassungsidentität berührt, kann nicht

– BVerfGE 129, 78 (100); BVerfG, Beschluss vom 14.1.2014, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 27 – BVerfGE 134, 366.

2381 *Classen*, EuR 2016, 304 (312) bezeichnet die Identitätskontrolle daher als „zu fundamentalistisch“. Nach *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423) begründet sie ein „bisher unbekanntes Supergrundrecht auf menschenwürdige Verfassungsidentität“.

2382 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 137 – BVerfGE 142, 123.

2383 *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135) nennt dies „unbedingte[n] Vorrang von Art. 1 I GG vor dem Unionsrecht“.

2384 *Walter*, ZaöRV 72 (2012), 177 (183).

2385 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 121 – BVerfGE 142, 123.

2386 *Sauer*, Staatsrecht III, 5. Aufl. 2018, § 9, Rn. 41 b.

2387 *Sauer*, Staatsrecht III, 5. Aufl. 2018, § 9, Rn. 44 b.

2388 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 153 – BVerfGE 142, 123; kritisch etwa *Thiele*, EuR 2017, 367 (372).

2389 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 153 – BVerfGE 142, 123.

darüber hinwegtäuschen, dass für sie ein anderer Prüfungsmaßstab als im sonstigen Bereich der Identitätskontrolle heranzuziehen ist.²³⁹⁰ Für beide Arten der Kontrolle beansprucht das Bundesverfassungsgericht für sich die ausschließliche Zuständigkeit.²³⁹¹

a) Identitätskontrolle

aa) Ex tunc-Wirkung im Lichte von Art. 1 GG und Art. 20 GG

Legt man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts trotz berechtigter Kritik an ihr²³⁹² zugrunde, kommt die Identitätskontrolle im vorliegenden Zusammenhang in mehreren Ausprägungen in Betracht.

(1) Menschenwürde

Schutz und Achtung der Menschenwürde gehören zu den unantastbaren Grundsätzen des Art. 1 GG.²³⁹³ Bei einer zeitlich unbegrenzt wirkenden Auslegung des Gerichtshofs, gegen die keine nationalen Vertrauensumstände ins Feld geführt werden können, ist daher in einem Fall, in dem dies zur rückwirkenden Unanwendbarkeit des nationalen Rechts führt, eine Berührung der Menschenwürde des auf das nationale Recht Vertrauenden in Erwägung zu ziehen. Auch wenn die Verletzung der Garantie der Menschenwürde vom Beschwerdeführer substantiiert dargelegt werden muss²³⁹⁴, hat die Menschenwürde durchaus Potential zur Begrenzung des Vorrangs.²³⁹⁵

Was die Schutzgüter der Verfassungsidentität anbelangt, so spricht das Bundesverfassungsgericht sowohl von den Grundsätzen des Art. 1 GG²³⁹⁶

2390 Sauer, EuR 2017, 186 (204 f.) sieht deshalb zu Recht „erhebliche Risse“ im „Einheitskonzept der Identitätskontrolle“ und spricht davon, dass das „Bündelungskonzept“ dadurch „erheblich relativiert“ sei.

2391 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 155 – BVerfGE 142, 123.

2392 Siehe insbesondere Sauer, EuR 2017, 186 ff.

2393 BVerfG, Urteil vom 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 – BVerfGE 109, 279 (310).

2394 BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 50 – BVerfGE 140, 317.

2395 Sauer, NJW 2016, 1134 (1136).

2396 BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 48 – BVerfGE 140, 317.

als auch von der Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte (Art. 1 GG)²³⁹⁷. Hinsichtlich des Menschenwürdegehalts der Grundrechte wird zum Teil zwar ein eigenständiger Schutz über Art. 79 III GG verneint und stattdessen die Bindung an Art. 1 I GG betont, die den Schutz der menschenwürdebezogenen Aspekte der Grundrechte ermögliche.²³⁹⁸ Im Ausgangspunkt spricht aber nichts dagegen, die Unantastbarkeit des Menschenwürdegehalts in allen Grundrechten garantiert zu sehen, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen.²³⁹⁹ Die Beeinträchtigung eines Grundrechts in seinem Menschenwürdegehalt selbst kann auch Art. 1 GG berühren²⁴⁰⁰, sodass die Konkretisierung der Menschenwürde in den Grundrechten über Art. 79 III GG geschützt ist. An der Beschränkung der Überprüfung auf den Maßstab der Menschenwürde ändert dies nichts.²⁴⁰¹ Nicht jeder Verstoß gegen ein Grundrecht kann daher unter Berufung auf Art. 1 GG als Verletzung der Menschenwürde aufgefasst werden. Insbesondere darf Art. 1 I GG nicht extensiv ausgelegt werden, um die Beschränkung des Art. 79 III GG auf Art. 1 und 20 GG nicht zu unterlaufen.²⁴⁰² Die Grenzen des Menschenwürdekerns sind grundsätzlich eng zu ziehen.²⁴⁰³

2397 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 138 – BVerfGE 142, 123. *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 51 mit Fn. 129 kritisiert diese Bezugnahme und meint, sie sei „missverständlich“.

2398 *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 51; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 79 GG, Rn. 115 (Stand: Juli 2014).

2399 *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.), GG, 14. Aufl. 2017, Art. 79 GG, Rn. 49. A.A. *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 79 GG, Rn. 115 (Stand: Juli 2014); *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III GG, Rn. 28 mit Fn. 110, in der er sich kritisch zu in der Tat kaum Erfolg versprechenden Versuchen äußert, Grundrechte zu Gruppen mit unterschiedlich starkem Menschenwürdebezug zuzuordnen; siehe auch *Hain*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Abs. 3 GG, Rn. 67, der Klassifikationsversuchen nur indizielle Bedeutung für die Frage der Berührung der Menschenwürde im Einzelfall zuspricht.

2400 *Bryde*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 79 GG, Rn. 37 mit der Erwägung, auf diese Weise eine „Inhaltsleere“ des Menschenwürdeschutzes zu vermeiden; siehe auch *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 15; *Evers*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar*, Art. 79 Abs. 3 GG, Rn. 173 f. (Zweitbearbeitung Oktober 1982).

2401 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Hain*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Abs. 3 GG, Rn. 67.

2402 *Thiele*, *EuR* 2017, 367 (375 ff., siehe auch Fn. 63).

2403 So fällt etwa, um ein Beispiel aus dem sensiblen Bereich des Strafrechts heranzuziehen, nicht jede Ausprägung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit

Was im Rahmen einzelner Grundrechte zum Gewährleistungsgehalt des Art. 1 I GG gehört, ist durch Auslegung der jeweiligen Grundrechtsnorm eigenständig zu bestimmen.²⁴⁰⁴

Aufgeworfen ist damit letztlich die Frage, ob sich „Vertrauensschutz“ unmittelbar in Art. 1 I GG bzw. im Menschenwürdekern der den Vertrauensschutz bereits eigenständig umfassenden Grundrechte verankern lässt.²⁴⁰⁵ Entscheidend ist also, ob ihm ein Menschenwürdegehalt zuzusprechen ist.

In der Tat ist die freie Gestaltung des Lebensraums des Einzelnen mit dem Begriff der Menschenwürde eng verbunden; auf den freiheitssichernden Aspekt auch des Vertrauensschutzes wurde bereits hingewiesen.²⁴⁰⁶ Wird einer im Vertrauen auf den Freiraum der Lebensgestaltung getroffenen Entscheidung des Individuums keine Beachtung geschenkt, ist daher ein Bezug zur Menschenwürde nicht zu verleugnen. In der Nichtgewährung von Vertrauensschutz eine Verletzung der Menschenwürde zu erblicken, birgt allerdings die Gefahr einer „Überforderung“ ihres Gewährleistungsgehalts. Die Nichtgewährung von Vertrauensschutz ist nicht generell gleichbedeutend mit einer Missachtung des Wertes einer Person.²⁴⁰⁷ Entgegen vereinzelter Stimmen in Rechtsprechung²⁴⁰⁸ und Literatur²⁴⁰⁹, die Vertrauensschutz in der Menschenwürde verankern, kann nicht behauptet werden, dass die Nichtgewährung von Vertrauensschutz stets dazu führe, dass der Mensch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werde.

unter den Schutz des Art. 1 GG, vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.9.2016, 2 BvR 890/16, Rn. 36 – JZ 2016, 1113.

2404 Vgl. BVerfG, Urteil vom 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 – BVerfGE 109, 279 (310 f.) für die verfassungsändernde Grundrechtseinschränkung.

2405 So hat „der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes [...] für die vermögenswerten Güter im Eigentumsgrundrecht eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung erfahren“. Der allgemeine Vertrauensgrundsatz hat insoweit keine selbständige Bedeutung, BVerfG, Beschluss vom 15.1.1974, 1 BvL 5/70, 1 BvL 6/70, 1 BvL 9/70 – BVerfGE 36, 281 (293).

2406 Siehe oben bei Fn. 1974.

2407 Schwarz, Vertrauensschutz, 2002, S. 162.

2408 LSG Bremen, Urteil vom 20.2.1957, LV 161/55 – BB 1957, 543.

2409 Zuck, DÖV 1960, 580 (582); Rohwer-Kahlmann, NJW 1960, 1641 (1642); Podlech, in: AK-GG, Art. 1 GG, Rn. 63 (Stand: 2001), der eine aus dem Menschenwürdegehalt des Sozialstaatsprinzips und Art. 2 II GG folgende Veränderungssperre hinsichtlich der Verpflichtung der öffentlichen Gewalt auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums des Einzelnen und seiner Familie im engeren Sinn annimmt.

Da sämtliche vom Individuum getroffene Planungen und von ihm vorgenommene Dispositionen Schutz durch Vertrauensschutz genießen²⁴¹⁰, ist sein Anwendungsbereich nicht auf den Kernbereich der Persönlichkeit begrenzt. Ein Bezug der Enttäuschung von Vertrauensschutz zur Menschenwürde besteht daher nur ganz ausnahmsweise. Ein allgemeiner Vertrauensschutz lässt sich mit der Menschenwürde daher nicht begründen.²⁴¹¹

Art. 1 I GG kann der Betroffene als Grundlage für Vertrauensschutz daher nur heranziehen, wenn der Kernbereich der Persönlichkeit des Einzelnen betroffen ist.²⁴¹² Auch wenn man an den Menschenwürdegehalt einzelner Grundrechte anknüpft, lässt sich kein weitergehender Schutz begründen. Bei der Beurteilung einer Identitätsverletzung ergeben sich daher keine Unterschiede, je nachdem, ob unmittelbar Art. 1 I GG oder der Menschenwürdekern der Grundrechte als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.

In seinem Honeywell-Beschluss, in dem wie gesehen die rückwirkende Unanwendbarkeit des nationalen Rechts aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit dem primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung betroffen war, hat das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit der Gewährung „primären“ nationalen Vertrauensschutzes verneint, ohne dabei die Menschenwürde in Stellung zu bringen.²⁴¹³ Ins Spiel gebracht hat es dagegen die Möglichkeit der (aus unionsrechtlicher Sicht allerdings umstrittenen) Gewährung von Vertrauensschadensersatz und damit einer Kompensation auf Sekundärebene. Dass es ohne diese Überlegung eine Berührung der Menschenwürde angenommen hätte, muss allerdings bezweifelt werden, da eine Existenzbedrohung auch bei fehlendem Schadensausgleich kaum einmal in Betracht kommt.

Im Rahmen seiner Defrenne-Rechtsprechung prüft und berücksichtigt der EuGH grundsätzlich guten Glauben der Betroffenen. Lehnt der EuGH

2410 Siehe nur *Grabitz*, DVBl. 1973, 675 (680), wonach die Tatsache, dass der Bürger im Vertrauen auf den Bestand eines Hoheitsakts Dispositionen getroffen hat, entscheidend dafür ist, dass Vertrauensschutz als geboten erscheint.

2411 *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz, 1983, S. 58 zählt die Menschenwürde (neben dem Grundsatz der Freiheit) dagegen zu den „*letzten und allgemeinsten Grundlagen*“ des Vertrauensschutzprinzips (Kursivschrift im Original).

2412 *Fuhrmanns*, Vertrauensschutz, 2004, S. 20. Siehe zum Ganzen ausführlich *Schwarz*, Vertrauensschutz, 2002, S. 163 ff., der Fälle unter Art. 1 I GG fasst, in denen die Grenze der materiellen Existenz des Betroffenen unterschritten wird.

2413 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314).

eine zeitliche Begrenzung wegen fehlenden guten Glaubens ab, kann also nicht behauptet werden, dass er die von seiner Auslegung in zeitlicher Hinsicht negativ Betroffenen dadurch zum Objekt seines Handelns machen würde. Lehnt der Gerichtshof eine Begrenzung der *ex tunc*-Wirkung wegen des fehlenden Nachweises des Bestehens einer Gefahr schwerwiegender Störungen ab, so ist dies aus Sicht des Einzelnen schon bedenklicher, da die Vorstellung der Betroffenen vom Inhalt des Unionsrechts für den Gerichtshof dann keine Rolle spielt. Sind die aus der *ex tunc*-Wirkung zu ziehenden Folgen im Einzelfall derart gravierend, dass Existenzen „zerstört“ werden, ist der Kernbereich der Persönlichkeit betroffen und an eine Aktivierung des Menschenwürdeschutzes zu denken. Derartige Fälle sind zwar kaum vorstellbar, aber jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. So kann beispielsweise bei einem auf das nationale Recht vertrauenden Unternehmer eine äußerste Grenze des aus Sicht des Identitätsgehalts des Grundgesetzes Hinnehmbaren erreicht sein, wenn er durch die rückwirkende Unanwendbarkeit des nationalen Rechts finanziell so überfordert wird, dass seine Existenz gefährdet ist.²⁴¹⁴ Da bei der Durchführung des Unionsrechts aber immer auch die Grundrechtecharta zu beachten ist, stößt dieser Fall angesichts der auch in Art. 1 GRCh verbürgten Unantastbarkeit der Menschenwürde bereits an eine unionsrechtliche Grenze.²⁴¹⁵

(2) Rechtsstaatsprinzip / Gewaltenteilung

Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist „nationaler Vertrauensschutz“ auch in Art. 20 III GG angesiedelt. Dass die Identitätskontrolle neben der Menschenwürde gleichfalls hinsichtlich der übrigen in Art. 79 III GG genannten Grenzen in Betracht kommt, zu denen die Grundsätze, die das

2414 Siehe auch *Brams*, *Impulse*, 2019, S. 285 ff., die Vertrauensschutz bei der richtlinienkonformen Auslegung insbesondere dann gewähren möchte, wenn sonst eine Gefährdung der beruflichen oder finanziellen Existenz des Betroffenen droht.

2415 Zur Anwendbarkeit des Art. 1 GRCh siehe etwa *Jarass*, GRCh-Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 1 GRCh, Rn. 3. Auch das Unionsrecht schützt die Menschenwürde, vgl. *Sauer*, Verfassungsblog vom 7.4.2016 mit Blick auf EuGH, Urteil vom 5.4.2016, verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 (*Aranyosi und Căldăraru*). Siehe auch *Borowsky*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte, 5. Aufl. 2019, Art. 1 GRCh, Rn. 43, 47.

Rechtsstaatsprinzip prägen, zu zählen sind²⁴¹⁶, bedeutet allerdings noch nicht, dass „nationaler Vertrauensschutz“ auch insoweit zum unabänderbaren Verfassungskern gerechnet werden kann. Er wird dort nämlich nicht ausdrücklich erwähnt. Vor dem Hintergrund, dass aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nicht jeder aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbare Rechtsgrundsatz unter dem Schutz des Art. 79 III GG steht²⁴¹⁷, legt dies die Erwägung nahe, dass es sich beim Vertrauensschutz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips bereits nicht um einen in Art. 20 GG niedergelegten Grundsatz handelt, so wie Art. 79 III GG dies verlangt.²⁴¹⁸ Einen nach Art. 79 III GG geschützten menschenwürdebezogenen Aspekt des Vertrauensschutzes anzuerkennen, seine Verankerung in Art. 20 III GG mit Blick auf Art. 79 III GG dagegen anders zu beurteilen, würde allerdings nicht überzeugen. Die im vorhergehenden Abschnitt getroffenen Aussagen gelten hier daher entsprechend.

Neben der Vertrauensschutzproblematik erscheint der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgerufene Konflikt mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 II 2 GG, mehr als Reflex. Zwar kann es infolge einer Entscheidung des EuGH zur (rückwirkenden) Unanwendbarkeit ei-

2416 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 138 – BVerfGE 142, 123: „Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen“.

2417 BVerfG, Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69 – BVerfGE 30, 1 (24 f.): „Auch in Art. 20 GG sind mehrere Grundsätze niedergelegt, nicht jedoch ist dort ‚niedergelegt‘ das ‚Rechtsstaatsprinzip‘, sondern nur ganz bestimmte Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips: [...]. Aus dem Rechtsstaatsprinzip lassen sich mehr als die in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Rechtsgrundsätze des Art. 20 GG entwickeln und das Bundesverfassungsgericht hat solche Rechtsgrundsätze entwickelt (z.B.: das Verbot rückwirkender belastender Gesetze, [...], die Lösung des Spannungsverhältnisses von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall, [...]).“

2418 *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 172 f. bejaht eine Unantastbarkeit des Rechtsstaatsprinzips, aber nicht aller seiner „Verästelungen“ (Anführungszeichen im Original). Dietlein, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15.05.2020, Art. 79 GG, Rn. 48 meint, die Ausdifferenzierungen u.a. zum Vertrauensschutz oder zum Rückwirkungsverbot seien nicht unantastbar. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III GG, Rn. 53 ist der Auffassung, diese Elemente seien „gewissen Modifikationen zugänglich“, insbesondere die „richterrechtliche Dogmatik“ zu Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot. Nach Ansicht von Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 79 GG, Rn. 78 sind dagegen auch in Art. 20 GG nicht eigens aufgeführte Teilaspekte des Rechtsstaatsprinzips „in ihrer Grundsatzbedeutung“ unberührbar, wobei er Rechtssicherheit und Vertrauensschutz nennt.

nes vom nationalen Gesetzgeber erlassenen Gesetzes kommen, weshalb die Versagung einer Begrenzung der ex tunc-Wirkung und die daraus zu ziehenden Konsequenzen im Grundsatz geeignet sind, eine Identitätsverletzung im Hinblick auf die Gewaltenteilung zu begründen.²⁴¹⁹ Auch kann die Wahrung der Verfassungsidentität im Rahmen der Identitätskontrolle nicht damit begründet werden, dass der Gerichtshof *grundsätzlich* bereit ist, die Wirkung seiner Rechtsprechung zeitlich zu begrenzen.²⁴²⁰ Die Besonderheit der Identitätskontrolle im Vergleich zur Solange II-Rechtsprechung besteht ja gerade in der Möglichkeit einer Einzelfallkontrolle. Dennoch erscheint die Unanwendbarkeit des nationalen Rechts hier als „gewöhnliche“ Folge des Anwendungsvorrangs, den das Grundgesetz als Wesensmerkmal des Unionsrechts grundsätzlich hinnimmt.²⁴²¹ Kommt es bei der richtlinienkonformen Auslegung durch teleologische Reduktion zur Nichtanwendung nationalen Rechts²⁴²², ist dies zwar keine Folge des Anwendungsvorrangs, wohl aber einer konsequenten Befolgung der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung, gegenüber der sich das Grundgesetz ebenfalls offen zeigt.²⁴²³ Eine abweichende Beurteilung im Vergleich zur Betroffenheit des Anwendungsvorrangs ist daher nicht angezeigt.

Konflikte mit dem mitgliedstaatlichen Gewaltenteilungsgrundsatz sind allerdings nicht ausgeschlossen. Sie können jedoch bereits bei der Formulierung der unionsrechtlichen Anforderungen Beachtung finden und auf diese Weise entschärft werden, um eine Aktivierung der Identitätskontrolle zu vermeiden. So begegnete der Gerichtshof den Bedenken des italienischen Verfassungsgerichtshofs hinsichtlich des „italienischen“ Gewaltenteilungsgrundsatzes in der Taricco-Konstellation mit einer Rücknahme der unionsrechtlichen Verpflichtungen. Der Verfassungsgerichtshof hatte u.a. die Vereinbarkeit der Taricco-Regel mit dem italienischen Gewaltenteilungsgrundsatz in Frage gestellt.

2419 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Beukers*, CMLRev. 48 (2011), 1985 (2002 f.) zur Winner Wetten-Problematik.

2420 So aber *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 444. Von einem dogmatischen Gleichlauf des Solange II-Vorbehalts mit den beiden anderen Integrationsschranken kann daher entgegen *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 (371) nicht gesprochen werden.

2421 Auch BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (315) nimmt es hin, dass nationale Gesetze aufgrund des Anwendungsvorrangs unangewendet bleiben müssen.

2422 Siehe oben bei Fn. 2202 ff. und zur teleologischen Reduktion einer Norm auf Null bei Fn. 2216 ff.

2423 Kritisch *Michael*, Der Staat 54 (2015), 349 (365) hinsichtlich der Reduktion einer Norm auf Null durch den BGH. *Michael* erkennt hierin zu Unrecht eine dem Unions- und nationalen Recht fremde „Normkategorie“.

lungsgrundsatz in Zweifel gezogen, da bei ihrer Befolgung die Inanspruchnahme von Befugnissen des Gesetzgebers durch die Gerichte drohe.²⁴²⁴

(3) Haushaltspolitische Gesamtverantwortung / Budgetrecht des Deutschen Bundestages

Mit der Identitätskontrolle kann auch die Wahrung der nach Art. 79 III GG geschützten haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages als Teil seines Budgetrechts überprüft werden.²⁴²⁵ Zum Identitätskern des Grundgesetzes gehört diese angesichts der Verankerung des Budgetrechts des Bundestages in Art. 20 I und II GG.²⁴²⁶ Mit ihr bezweckt ist der „Schutz von *Möglichkeitsräumen zukünftiger Haushaltsgesetzgebung*“.²⁴²⁷ Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die Gestaltungsfreiheit des künftigen Gesetzgebers durch Entscheidungen des heutigen Gesetzgebers verloren geht.

Der Bundestag oder zukünftige Bundestage müssen das Budgetrecht in eigener Verantwortung ausüben können und damit frei von Fremdbestimmung seitens der Organe der EU und anderer Mitgliedstaaten. Der Bundestag muss dauerhaft „Herr seiner Entschlüsse“ bleiben²⁴²⁸; er muss der Ort bleiben, in dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten.²⁴²⁹ Da zur europäischen Integration nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch „die Anpassung an Vorgaben und Bin-

2424 Zur Taricco-Problematik ausführlich oben bei Fn. 1685 ff.

2425 Siehe nur BVerfG, Beschluss vom 18.7.2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 54 – BVerfGE 146, 216.

2426 BVerfG, Beschluss vom 18.7.2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 128 – BVerfGE 146, 216. Kritisch *Nettesheim*, in: Brandt (Hrsg.), *Verfassung und Krise*, 2015, S. 11 (31 f.), der auf den „zutiefst politischen Charakter“ der Frage des Schutzes künftiger Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers verweist. Er verweist auch auf die potentielle Grenzenlosigkeit dieses Konzepts, da sich unterschiedlichste Entwicklungen auf künftige Haushaltsgesetzgebung auswirken können, S. 34 f.

2427 *Nettesheim*, in: Brandt (Hrsg.), *Verfassung und Krise*, 2015, S. 11 (12 f.), Hervorhebung im Original.

2428 BVerfG, Urteil vom 12.9.2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12, Rn. 106 ff. – BVerfGE 132, 195 (Anführungszeichen im Original).

2429 BVerfG, Urteil vom 7.9.2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10 – BVerfGE 129, 124 (178).

dungen [gehört], die der Haushaltsgesetzgeber als nicht unmittelbar beeinflussbare Faktoren in die eigene Planung einstellen muss“, gefährdet nicht jede haushaltswirksame europäische oder internationale Verpflichtung die Gestaltungsfähigkeit des Bundestages als Haushaltsgesetzgeber.²⁴³⁰

Die Stoßrichtung der vom Bundesverfassungsgericht geforderten ausreichenden politischen Freiräume für die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben wird deutlich, wenn es als Beispiel für einen Verstoß gegen die haushaltspolitische Gesamtverantwortung eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen Dritter mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen nennt.²⁴³¹ Danach darf also ein EU-Organ keine Entscheidungen treffen können, die ohne vorherige konstitutive Zustimmung des Bundestages erhebliche Auswirkungen auf den Haushalt haben.²⁴³²

Insofern könnte überlegt werden, ob nicht der EuGH, wenn er eine zeitliche Begrenzung der Berufung auf eine von ihm ausgelegte Norm ablehnt, eine derartige haushaltsrelevante Entscheidung trifft. Auch wenn dadurch auf den Haushalt Belastungen in Milliardenhöhe zukommen sollten, ist dieser Fall aber letztlich anders gelagert als ein solcher, vor dem das Konzept der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung schützen soll. Durch eine unterbliebene Begrenzung der zeitlichen Wirkungen werden nämlich nicht in der Höhe unbestimmte Verpflichtungen für die Zukunft begründet, sondern vielmehr mitgliedstaatliche Verstöße gegen Unionsrecht in der Vergangenheit bewältigt. Da die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages daher vorliegend nicht betroffen ist, kann eine genaue Bestimmung des Umfangs ihres Schutzes an dieser Stelle unterbleiben.²⁴³³

Während die haushaltspolitische Gesamtverantwortung das Budgetrecht mit der staatlichen Unabhängigkeit eines im Staatenverbund eingegliederten Gemeinwesens verbindet, zählt das Budgetrecht des Bundestages bereits zum Begriff der Staatlichkeit selbst.²⁴³⁴ Dessen Berührung durch ex tunc wirkende Rechtsprechung des Gerichtshofs ist keine ganz fern liegende Möglichkeit.

2430 BVerfG, Urteil vom 30.6.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 – BVerfGE 123, 267 (361 f.).

2431 BVerfG, Beschluss vom 18.7.2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 129 – BVerfGE 146, 216.

2432 *Simon*, Grenzen, 2016, S. 280.

2433 Sie bereitet gewisse Schwierigkeiten, siehe näher *Nettesheim*, in: Brandt (Hrsg.), *Verfassung und Krise*, 2015, S. 11 (29 f.).

2434 So *Anderheiden*, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 1238 (1244 f.).

Wie bereits erwähnt, wird in der Literatur zum Teil erwogen, eine Ausnahme von der ex tunc-Wirkung einer unionsgerichtlichen Auslegung allein aufgrund finanzieller Folgen bei einer drohenden Funktionsunfähigkeit des Mitgliedstaats bzw. bei einer Aushöhlung des Budgetrechts des nationalen Parlaments zuzulassen und in diesem Fall auf das Kriterium des guten Glaubens zu verzichten.²⁴³⁵ Auch wenn dies lediglich in „ganz außergewöhnlichen Fällen“ angedacht wird²⁴³⁶, könnte damit eine von den Mitgliedstaaten gebildete Vorstellung vom Inhalt des Unionsrechts Berücksichtigung finden, für die aber aus unionsrechtlicher Sicht kein Anhaltspunkt besteht. Finanzielle Erwägungen allein können eine zeitliche Beschränkung in diesem Fall daher nicht rechtfertigen.²⁴³⁷ Am Kumulationserfordernis einer Begrenzung im Sinne der Defrenne-Rechtsprechung, das sowohl das Bestehen einer Gefahr schwerwiegender Störungen als auch von gutem Glauben fordert, ist daher festzuhalten. Die Defrenne-Rechtsprechung verweigert sich damit einer Begrenzung auch dann, wenn eine Berührung des Budgetrechts des Bundestages im Raum steht. In diesem Fall ist das Bundesverfassungsgericht aufgefordert, im Dialog mit dem EuGH einen möglichst schonenden Ausgleich zu suchen, der einerseits in Rechnung stellt, dass die unionsrechtlichen Vorgaben von der Bundesrepublik ohne unionsrechtliche Veranlassung missachtet wurden, der sich andererseits aber auch für die Überlegung offen zeigt, dass die EU selbst kein Interesse an einem finanziellen Zusammenbruch einer ihrer Mitgliedstaaten hat.

(4) Ergebnis

Die Verfassungsidentität wird durch die mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs in zeitlicher Hinsicht verbundenen Vorgaben in aller Regel nicht berührt, sodass eine Aktivierung des Identitätsvorbehalts lediglich in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen denkbar erscheint. So besteht etwa eine wenn auch nur sehr entfernte Möglichkeit der Berührung des Kernbereichs der Persönlichkeit. Daneben ist an vom EuGH – aus nationaler Perspektive betrachtet – nicht hinreichend berücksichtigte Auswirkun-

2435 Wusterhausen, Wirkungen, 2016, S. 330 ff. Siehe hierzu bereits oben bei Fn. 762 ff.

2436 GA Wahl, Schlussanträge vom 24.10.2013 in der Rs. C-82/12 (Transportes Jordi Besora), Rn. 58.

2437 Berkemann, DVBl. 2017, 950 (952) meint, diese Frage bleibe „kritisch“.

gen auf das Budgetrecht des Bundestages zu denken. Diesen Bedenken ist letztlich bereits durch unionsrechtliche Erwägungen zu begegnen, etwa durch Fruchtbarmachung des Art. 1 GRCh oder einen Hinweis auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten als Voraussetzung gelingender europäischer Integration.

bb) Bedeutung für die richtlinienkonforme Auslegung

Indem das Bundesverfassungsgericht den Begriff des „Anwendungsvorrangs“ als Bezugspunkt der Integrationsgrenzen wählt, ist nicht auf den ersten Blick klar, ob sie auf nach traditionellem Verständnis unmittelbar anwendbares/wirkendes Unionsrecht begrenzt sind oder etwa auch Fälle der richtlinienkonformen Auslegung im Horizontalverhältnis erfassen. An dieser Stelle ist daher das bundesverfassungsgerichtliche Verständnis des Vorrangbegriffs kurz zu beleuchten.²⁴³⁸

Im Rahmen der Erörterung der Frage, ob nationales Umsetzungsrecht zu einer Richtlinie am Maßstab des Grundgesetzes zu überprüfen ist, hat das Bundesverfassungsgericht vom Begriff des Anwendungsvorrangs als Ausdruck der Eigenschaft unmittelbarer Anwendbarkeit/Wirkung Gebrauch gemacht. Es unterscheidet dabei zwischen dem Anwendungsvorrang einerseits und der Überprüfbarkeit am Maßstab nationalen Verfassungsrechts andererseits und damit zwischen der vorrangigen Anwendung des Unionsrechts auf den konkreten Sachverhalt und der Verdrängung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs.²⁴³⁹ Für den Verzicht auf eine Überprüfung an den Grundrechten des Grundgesetzes bei nach Art. 288 III AEUV umzusetzenden zwingenden Vorgaben des Unionsrechts, die den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum lassen, ist demnach

2438 Siehe zu einem Sonderfall BVerfG, Beschluss vom 17.11.2017, 2 BvR 1131/16, Rn. 33 f. – NJW-RR 2018, 305, wo das Bundesverfassungsgericht dem BGH ein Vorgehen „in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben“ bescheinigt, obwohl dies insoweit nicht der Fall war, als der BGH trotz des von ihm bejahten Vorliegens eines Horizontalverhältnisses eine negative Richtlinienerwirkung angenommen hatte. Zum Vorgehen des BGH näher BGH, Urteil vom 28.10.2015, VIII ZR 158/11, Rn. 33, 35, 65, 66 und 68 – BGHZ 207, 209; hierzu zu Recht kritisch *Riesenhuber*, LMK 2016, 375867; siehe auch *Frantzen*, Staatshaftung, 2018, S. 54 f.

2439 Siehe auch *Mißling*, EuR 2007, 261 (264 und Fn. 21), nach dessen Ansicht der Entzug des Unionsrechts vor verfassungsrechtlicher Kontrolle nicht zwingend mit der Vorrangfrage verbunden sei, da sich diese Frage erst im Zusammenhang mit der direkten Anwendung des Unionsrechts stelle.

nicht entscheidend, ob die „Richtlinie ausnahmsweise wie eine Verordnung unmittelbare Wirkung entfaltet und ihr *damit* Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehenden mitgliedstaatlichen Normen zukommt“.²⁴⁴⁰ Damit stellt das Bundesverfassungsgericht zu Recht fest, dass die Determinierung nationalen Rechts von der unmittelbaren Wirkung unabhängig ist.²⁴⁴¹

Die Verwendung des Begriffs des Anwendungsvorrangs in diesem Zusammenhang als an die unmittelbare Wirkung gekoppelte Eigenschaft beschränkt die Integrationsgrenzen aber nicht auf Fälle, in denen es um die Verdrängung des nationalen Rechts durch unmittelbar wirkendes Unionsrecht geht. Da eine Überprüfbarkeit des zugrundeliegenden Unionsrechtsakts am Maßstab der Grundrechte bereits deshalb ausscheidet, weil es sich bei diesem nicht um einen Akt deutscher Hoheitsgewalt handelt, geht es dem Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur Überprüfbarkeit nationalen Umsetzungsrechts letztlich um eine Rücknahme des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes. Es erkennt damit, wie es selbst formuliert, einen „die Überprüfung an den Grundrechten des Grundgesetzes ausschließenden Anwendungsvorrang des Unionsrechts“ an.²⁴⁴² Die Ablehnung einer Überprüfbarkeit am Maßstab der Grundrechte und damit die Rücknahme des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes erscheinen damit als Folge des Vorrangs des Unionsrechts.²⁴⁴³

Mit der Verwendung des Begriffs des Anwendungsvorrangs im Zusammenhang mit den Integrationsgrenzen möchte das Bundesverfassungsgericht der unionsrechtlich geforderten Verdrängung verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstäbe seinerseits Grenzen setzen und durch Unionsrecht beeinflusste Fallgestaltungen generell einer Prüfung der Wahrung der Integrationsgrenzen unterwerfen.²⁴⁴⁴

2440 BVerfG, Beschluss vom 13.3.2007, 1 BvF 1/05 – BVerfGE 118, 79 (96 f.), Hervorhebung nur hier. Kritisch zu dieser Rechtsprechung *Funke*, Umsetzungsrecht, 2010, S. 171 ff. Ein weites Vorrangverständnis zugrunde legend dagegen BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 77 – BVerfGE 140, 317: „Am Anwendungsvorrang des Unionsrechts nehmen auch Rahmenbeschlüsse teil.“

2441 *Funke*, Umsetzungsrecht, 2010, S. 183 f.

2442 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 47 – EuZW 2019, 1035.

2443 Siehe hierzu bereits *Masing*, NJW 2006, 264 (265 ff.).

2444 Siehe *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135) mit Blick auf BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, der zu Recht hervorhebt, dass in der diesem Beschluss zugrundeliegenden Fallkonstellation gar keine Kollision zwischen unionsrechtlichem Gebot und grundrechtlichem Verbot bestand. Zu Recht kritisch daher auch *Schmahl*, in: Breuer (Hrsg.), *Principled*

Angesichts der vom EuGH gegenüber der richtlinien- bzw. rahmenbeschlusskonformen Auslegung anerkannten *contra legem*-Grenze²⁴⁴⁵ hätte zwar auf den ersten Blick fraglich erscheinen können, ob es in diesem Bereich einer zusätzlichen verfassungsrechtlichen Überprüfung überhaupt bedarf, da ein Verstoß gegen die Integrationsgrenzen ausgeschlossen erschiene, wenn über die *contra legem*-Grenze sämtliche verfassungsrechtlichen Bedenken unionsrechtlich geltend gemacht werden könnten. In diesem Sinne wird in der Tat vorgebracht, dass die Wahl eines verfassungswidrigen Auslegungsergebnisses im Wege richtlinienkonformer Auslegung unzulässig sei und die verfassungskonforme Auslegung zum nationalen Methodenkanon gehöre, den das Unionsrecht respektiere.²⁴⁴⁶ Sämtliche grundgesetzlichen Vorgaben können aber nicht als Schranke der richtlinienkonformen Auslegung gedeutet werden, da die Mitgliedstaaten wie gesehen in der Bestimmung der *contra legem*-Grenze nicht frei sind. So können die nationalen Gerichte etwa eine richtlinienkonforme Auslegung nicht mit dem Argument entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung verweigern; „nationaler Vertrauensschutz“ kann nicht einfach als Methodenregel formuliert werden.²⁴⁴⁷ Die nach ausschließlich nationalem Verständnis erfolgte Einordnung eines Auslegungsergebnisses als *contra legem* kann daher unionsrechtlich unzulässig sein. In diesem Fall müsste ein deutsches Gericht das deutsche Recht in einer aus dessen Sicht unzulässigen Weise auslegen, um sich unionsrechtskonform zu verhalten. Der damit im Raum stehende Verstoß insbesondere gegen verfassungsrechtlich relevante Vertrauensschutzgesichtspunkte kann das erzielte Auslegungsergebnis aus deutscher Perspektive als identitätswidrig erscheinen lassen. Das Interesse an einem Vorbehalt verfassungsgerichtlicher Überprüfung wird damit verständlich. Darüber hinaus sind an die Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze unionsrechtliche Maßstäbe anzulegen, sodass ein nationales Gericht sie nicht beliebig eigenständig ausfüllen kann.

Ein sämtliche verfassungsrechtliche Bedenken umfassendes Verständnis der *contra legem*-Grenze würde zudem die Solange II-Rechtsprechung konterkarieren, die eine Prüfung am Maßstab der deutschen Grundrechte nur bei einem generellen Absinken des Schutzniveaus auf Ebene des

Resistance, 2019, S. 299 (303). Kritisch zum Ansatz des Bundesverfassungsgerichts bereits *Schönberger*, JZ 2016, 422 (424) und *Schmahl*, JZ 2016, 921 (924).

2445 Zu dieser ausführlich oben bei Fn. 2084 ff.

2446 *Höpfner*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 73 (89).

2447 Siehe dazu näher oben bei Fn. 2124 ff.

Unionsrechts und nicht in jedem Einzelfall ins Auge fasst.²⁴⁴⁸ Darüber hinaus handelt es sich bei der richtlinienkonformen Auslegung im Falle fehlender oder mangelhafter Umsetzung der Richtlinienvorgaben um „Umsetzungsersatzrecht“.²⁴⁴⁹ Die richtlinienkonforme Auslegung kann die korrekte Richtlinienumsetzung durch den Gesetzgeber zwar insofern nicht ersetzen, als sich ihre Bedeutung insbesondere dann zeigt, wenn das nationale Recht Defizite bei der Richtlinienumsetzung aufweist. Sie ist mit dem Umsetzungsrecht aber insoweit gleichzubehandeln, als auch bei ihr der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab verdrängt werden kann.

Deutlich geworden ist damit, dass die vom Bundesverfassungsgericht für den Anwendungsvorrang des Unionsrechts formulierten Schranken auch in Fallgestaltungen greifen, in denen es nicht um die „klassische“ Konstellation der Verdrängung des nationalen Rechts durch eine unmittelbar wirkende Bestimmung des Unionsrechts geht, sondern etwa eine richtlinienkonforme Auslegung im Horizontalverhältnis in Rede steht.

b) Ultra-vires-Kontrolle

Abschließend ist ein Blick auf die Ultra-vires-Kontrolle zu richten. Sie umfasst wie die anderen Integrationsgrenzen – das zeigen etwa der Honeywell-Beschluss²⁴⁵⁰ oder das EZB-Urteil²⁴⁵¹ des Bundesverfassungsgerichts – auch die Rechtsprechung des EuGH und führt bei der Einstufung eines EuGH-Urteils als Ultra-vires-Akt dazu, dass diesem Urteil die Entfaltung einer Bindungswirkung in Deutschland versagt ist.

Ultra vires ergeht eine Maßnahme, wenn sie das Integrationsprogramm in hinreichend qualifizierter Weise überschreitet und ihr in Deutschland daher die demokratische Legitimation fehlt; ebenso verletzt ist dadurch

2448 Siehe auch *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 488 f.

2449 Begriff bei *Domröse*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 109 (117), der ihn im Hinblick auf das „autonome Privatrecht“ der Mitgliedstaaten verwendet, das in den Dienst der Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses gestellt wird (Hervorhebung im Original).

2450 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (304).

2451 BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 118 f., 163 – NJW 2020, 1647. Kritisch zu diesem Urteil *Wegener*, Verfassungsblog vom 5.5.2020; dem Bundesverfassungsgericht im Ergebnis zustimmend *Gärditz*, Verfassungsblog vom 21.5.2020.

das Rechtsstaatsprinzip.²⁴⁵² Erforderlich ist ein offensichtlich kompetenzwidriges Handeln der Unionsgewalt mit der Folge einer „strukturell bedeutsame[n] Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen“.²⁴⁵³

Das Bundesverfassungsgericht selbst spricht verharmlosend von der Notwendigkeit der Koordination der Ultra-vires-Kontrolle mit der Auslegungszuständigkeit des EuGH nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 EUV, Art. 267 AEUV.²⁴⁵⁴ Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie aus unionsrechtlicher Perspektive unzulässig ist, was sich bereits aus der Missachtung der Bindung mitgliedstaatlicher Gerichte an das Unionsrecht in seiner Auslegung durch den EuGH ergibt.²⁴⁵⁵

Wird die Defrenne-Rechtsprechung des Gerichtshofs, d.h. die Rechtsprechung zur Begrenzung der Berufung auf eine Norm in der von ihm vorgenommenen Auslegung in zeitlicher Hinsicht, daraufhin untersucht, ob sie das Integrationsprogramm in hinreichend qualifizierter Weise überschreitet, so ist festzustellen, dass der Gerichtshof sie mit dem allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit begründet. Im Hinblick auf die ihm nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 EUV übertragene Aufgabe hat sich diese Verankerung als tragfähig erwiesen.²⁴⁵⁶ Auch in seiner Handhabung des Grundsatzes der Rechtssicherheit überschreitet der

2452 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 bis 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rn. 143 und 152 – BVerfGE 142, 123. Siehe auch Leitsatz 2 dieses Urteils, wonach eine ultra vires ergangene Maßnahme den zur Verfassungsidentität zählenden (siehe Urteil, Rn. 82) Grundsatz der Volkssouveränität verletzt. In Rn. 162 des Urteils scheint weiterhin die Vorstellung auf, Ultra-vires-Akte seien nicht vom Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes gedeckt, wenn es heißt, sie nähmen nicht am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil und seien in Deutschland unanwendbar.

2453 BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 110 – NJW 2020, 1647.

2454 BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 111 – NJW 2020, 1647.

2455 *Classen*, EuR 2015, 477 (478) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16.6.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), Rn. 16 und die dort betonte Bindung der vorlegenden Gerichte an eine Vorabentscheidung; ebenso *Epiney*, NVwZ 2016, 655 (659 f.), die auf die mit der Ultra-vires-Kontrolle verbundene Aushebelung der Bindungswirkung der EuGH-Urteile hinweist. Siehe auch die im Anschluss an das EZB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts herausgegebene Pressemitteilung des EuGH, in der dieser „ganz generell“ auf seine ständige Rechtsprechung zur Bindung des vorlegenden Gerichts an die von ihm getroffene Entscheidung hinweist, Gerichtshof der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 58/20 vom 8.5.2020. Deutlich auch *Kelemen/Eeckhout/Fabbrini/Pech/Uitz*, Verfassungsblog vom 26.5.2020.

2456 Siehe oben bei Fn. 392 ff.

Gerichtshof die Grenze zum Ultra-vires-Handeln nicht; von einer „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge“²⁴⁵⁷ kann keine Rede sein. Der Gerichtshof wahrt damit im Rahmen seiner Defrenne-Rechtsprechung die ihm aus verfassungsrechtlicher Sicht gezogenen Kompetenzgrenzen.²⁴⁵⁸ Nichts anderes gilt für den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsatz der ex tunc-Wirkung der Auslegung. Sie wird vom Rechtsanwendungsbefehl der ausgelegten Norm verlangt.²⁴⁵⁹ Die zeitliche Dimension der unionsgerichtlichen Rechtsprechung „an sich“ ist demnach unbedenklich.

Aus mitgliedstaatlicher Sicht ultra vires erfolgt sein kann dagegen etwa die „Entdeckung“ eines primärrechtlichen Grundsatzes wie etwa des Verbots der Altersdiskriminierung vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta.²⁴⁶⁰ An dieser mitgliedstaatlichen Einschätzung würde sich durch eine Begrenzung der ex tunc-Wirkung nichts ändern, es sei denn, die zeitliche Begrenzung würde die Berufung auf den vom Gerichtshof entdeckten Rechtsgrundsatz erst zu einem Zeitpunkt ermöglichen, zu dem – etwa durch das Inkrafttreten von Art. 21 GRCh – dessen Existenz als kompetenzgemäß erscheint.²⁴⁶¹

3. Ergebnis

Die Fruchtbarmachung der verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen im Zusammenhang mit der zeitlichen Dimension der Rechtsprechung des EuGH hat ein nur sehr geringes Konfliktpotential zu Tage gefördert.

2457 BVerfG, Urteil vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 118 – NJW 2020, 1647.

2458 Gleiches gilt für die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Begrenzung der ex tunc-Wirkung der Unwirksamkeitserklärung von Unionsrechtsakten, die sich auf Art. 264 II AEUV und damit auf eine primärrechtliche Grundlage stützen kann. Auch deren Anwendung überschreitet die Kompetenzgrenzen nicht in offensichtlicher bzw. strukturell bedeutsamer Art und Weise.

2459 Siehe oben bei Fn. 191 und Fn. 212.

2460 So ordnet etwa das Højesteret, Urteil vom 6.12.2016, 15/2014, englische Übersetzung, S. 44 ff. (zusammenfassend S. 48) den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung als nicht vom dänischen Zustimmungsgesetz zu den Verträgen umfasst ein. Kritisch hierzu *Dubout*, RTDEur. 2018, 563 (574). Siehe auch die Kritik oben in Fn. 1593.

2461 Siehe zur Ultra-vires-Kontrolle auch bereits *Rosenkranz*, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 443.

So ist ein Unterschreiten des nach dem Grundgesetz unabdingbaren grundrechtlichen Schutzniveaus nicht erkennbar. Vor dem Hintergrund, dass sowohl hinsichtlich der Pflicht zur Nichtanwendung des nationalen Rechts als auch hinsichtlich der Pflicht zu seiner richtlinienkonformen Auslegung die Rechtslage im Hinblick auf die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände unionsrechtlich determiniert ist, führt diese Feststellung zu einer Rücknahme des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes. Eine Überprüfung der mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs verbundenen zeitlichen Vorgaben am nationalen grundrechtlichen Vertrauensschutzmaßstab ist daher nicht möglich. Lediglich bei Umsetzungsspielraum gewährenden Bestimmungen ist eine Anwendung deutscher Grundrechte möglich, die dann aber im Lichte des unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit zu würdigen sind.

Eine Verletzung der Verfassungsidentität ist lediglich in Ausnahmefällen denkbar. Nicht ausgeschlossen ist, dass im Zusammenhang mit einer zeitlich unbegrenzt wirkenden Rechtsprechung des Gerichtshofs einmal die Berührung des Kernbereichs der Persönlichkeit eines dem Unionsrecht Unterworfenen im Raum steht. Rechnung zu tragen ist dem durch Heranziehung des Gewährleistungsgehalts des Art. 1 GRCh. In Betracht kommt auch eine Aushöhlung des Budgetrechts des Bundestages, wenn aufgrund einer ex tunc wirkenden Auslegung des Gerichtshofs sehr hohe Summen zur Bewältigung der Folgen dieser Auslegung aufzubringen sind. In diesem Fall ist im Dialog von Bundesverfassungsgericht und EuGH ein schonender Ausgleich zwischen Unions- und nationalen Interessen zu suchen.

Ein kompetenzwidriges Verhalten des Gerichtshofs, was spezifisch die zeitliche Dimension seiner Rechtsprechung betrifft, ist nicht festzustellen. Die Ultra-vires-Kontrolle kann insoweit also nicht in Stellung gebracht werden. Denkbar sind allerdings Fallgestaltungen, in denen das Bundesverfassungsgericht das „sonstige“ Handeln des EuGH bei der Auslegung des Unionsrechts als ultra vires beanstandet, was die entsprechende Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs – vom Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts aus betrachtet – als unverbindlich erscheinen lässt. Dies würde dann auch deren zeitlichen Aspekt erfassen. Dass gegen ein solches Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts aus unionsrechtlicher Sicht durchgreifende Bedenken bestehen, ist offenkundig.