

Katja Langenbucher (Hrsg.)

# Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht

5. Auflage



**Nomos**

facultas



Katja Langenbucher (Hrsg.)

# Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht

5. Auflage

Mit Beiträgen von

*Prof. Dr. Philipp B. Donath*, University of Labour, Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main

*Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago)*, Freie Universität Berlin

*Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M. (Duke)*, Universität Regensburg

*Prof. Dr. Lars Klöhn, LL.M. (Harvard)*, Humboldt-Universität zu Berlin

*Prof. Dr. Katja Langenbucher*, House of Finance der Goethe-Universität Frankfurt am Main, affilierte Professur Sciences Po, Paris, ständige Gastprofessur Fordham Law School, NYC

*Prof. Dr. Gerald Mäsch*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Richter am Oberlandesgericht Hamm a.D.

*Prof. Dr. Thomas Riehm*, Universität Passau

*Dr. Daniela Schrader*, Erzbistum Köln/Universität zu Köln

*Prof. Dr. Michael Stürner, M.Jur. (Oxon)*, Universität Konstanz, Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

*Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M. (Columbia)*, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg



**NOMOS**

facultas



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6266-8 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-0372-7 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-2239-3 (facultas Verlag, Wien)

5. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort zur 5. Auflage

Die Idee zu diesem Lehrbuch haben die Prüfungsordnungen der Länder für das Erste Juristische Staatsexamen geliefert. Dort wird der Prüfling regelmäßig auf die Beachtung der „Europarechtlichen Bezüge des Privatrechts“ verpflichtet. Unter diesem Titel ist das vorliegende Lehrbuch in den ersten beiden Auflagen erschienen. Die sodann erfolgte Änderung des Titels reflektiert die immer intensiver spürbare Europäisierung des nationalen Rechts, die über bloße „Bezüge“ hinausreicht. Unverändert bleibt der pädagogische Anspruch. Unser Lehrbuch soll den Studierenden in der Examensvorbereitung eine komprimierte Darstellung dessen bieten, was man unter den „Europarechtlichen Bezügen“ zu verstehen hat und auf welche Weise diese in einer Examensklausur geprüft werden könnten. Den Anfang bildet ein einführendes Kapitel zur Methodik und den Einwirkungsformen des Europarechts auf das nationale Recht, insbesondere das Privatrecht. Es schließen sich neun Kapitel zu den zentralen Gebieten des Privat- und Wirtschaftsrechts an. In der vorliegenden Neuauflage begrüßen wir mit Herrn Donath einen neuen Autor mit Schwerpunkten in der europarechtlichen Methodenlehre und im europäischen Arbeitsrecht.

Herzlich zu danken haben Herausgeber und Autoren meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Maximilian Beilner und Herrn Philipp Tilk, meinen wissenschaftlichen und studentischen Hilfskräften sowie den Mitarbeitern der Lehrstuhlteams aller Autoren.

Wie stets freuen wir uns über Feedback unserer Leser, gern unter: [sekretariat.langenbucher@jura.uni-frankfurt.de](mailto:sekretariat.langenbucher@jura.uni-frankfurt.de).

Frankfurt am Main, Januar 2022

*Katja Langenbucher*

## Inhaltsübersicht

§ 1	Europarechtliche Methodenlehre	25
§ 2	Vertragsrecht	79
§ 3	Gesetzliche Schuldverhältnisse	218
§ 4	Handelsrecht	248
§ 5	Gesellschaftsrecht	278
§ 6	Kapitalmarktrecht	341
§ 7	Arbeitsrecht	425
§ 8	Internationales Privatrecht	471
§ 9	Zivilprozessrecht	532
§ 10	Wettbewerbsrecht	572
	Stichwortverzeichnis	663

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	15

## § 1 Europarechtliche Methodenlehre

*Prof. Dr. Katja Langenbacher / Prof. Dr. Philipp B. Donath* 25

A. Die Verbindlichkeit des Unionsrechts	27
I. Die sachliche Verbindlichkeit	28
II. Die zeitliche Verbindlichkeit	30
B. Die Auslegung des Unionsrechts	32
I. Die grammatische Auslegung	32
II. Die systematische, rechtsvergleichende und historische Auslegung	34
III. Die teleologische Auslegung und die Fortbildung von Unionsrecht	36
IV. Besonderheiten bei der Auslegung von Sekundärrecht	36
V. Korrelat der Auslegung: Das Vorabentscheidungsverfahren	37
C. Die Einwirkungen des Primärrechts auf nationales Privatrecht	43
I. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Primärrecht im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zum Mitgliedstaat	43
II. Die Einwirkung von Primärrecht auf das Verhältnis von Privatrechtssubjekten zueinander	44
III. Die primärrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts	51
D. Die Einwirkungen des Sekundärrechts auf nationales Privatrecht	52
I. Die Kategorien des Sekundärrechts	52
II. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zum Mitgliedstaat	53
III. Die unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander	58
IV. Die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts	62
E. Der Staatshaftungsanspruch bei der Verletzung von Unionsrecht	77

## § 2 Vertragsrecht

*Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M. (Duke)* 79

A. Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts	82
I. Die Maßnahmen der EU und der Gemeinsame Referenzrahmen (CFR)	83
II. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (GEK)	86
III. Vorbereitende und begleitende Projekte in der Rechtswissenschaft	89
IV. Erforderlichkeit und Grenzen einer weiteren Rechtsangleichung	93
V. Die Kompetenz der EU zur umfassenden Angleichung des Vertragsrechts	96
B. Die Einwirkungen in das nationale Vertragsrecht im Überblick	101
I. Primärrechtliche Einwirkungen	101
II. Sekundärrechtliche Einwirkungen	101

## Inhaltsverzeichnis

C. Die Einwirkungen des Primärrechts	107
I. Das vorrangige, unmittelbar anwendbare Primärrecht	108
II. Die Prüfung des Vertragsrechts am Maßstab der Grundfreiheiten	110
III. Die Drittwirkung der Grundfreiheiten im Vertragsrecht	131
D. Die Einwirkungen des Sekundärrechts	139
I. Die Verortung des Verbraucherschutzes im Vertragsrecht	139
II. Das allgemeine Vertragsrecht	145
III. Das allgemeine Schuldrecht	183
IV. Das besondere Schuldrecht (spezifische Vertragstypen)	187

### § 3 Gesetzliche Schuldverhältnisse

<i>Prof. Dr. Thomas Riehm</i>	218
A. Einführung	219
B. Ungerechtfertigte Bereicherung	220
I. Europäische Aspekte des Bereicherungsrechts	220
II. Die unionsrechtlichen Regelungen im Überblick	221
III. Rückabwicklung unionsrechtswidriger Leistungen	222
IV. Bereicherungsrechtliche Dreipersonenverhältnisse im Überweisungsrecht	229
C. Deliktsrecht	235
I. Europäische Aspekte des Deliktsrechts	235
II. Die europarechtlichen Regelungen im Überblick	236
III. Die Haftung nach § 823 BGB	238
IV. Deliktsrechtliche Sonderbereiche	240
Übersicht zitiertter Richtlinien und Verordnungen (Auszug)	247

### § 4 Handelsrecht

<i>Prof. Dr. Thomas Riehm</i>	248
A. Einführung	249
I. Das Handelsrecht als Gegenstand der Rechtsvereinheitlichung	249
II. Abgrenzung des Rechtsgebietes	251
B. Die europarechtlichen Regelungen im Überblick	252
I. Primärrecht	252
II. Sekundärrecht	252
III. Soft Law	253
C. Handelsstand	253
I. Kaufmannsbegriff	253
II. Handelsregister	255
III. Firmenrecht	261
IV. Handelsvertreterrecht	265
D. Recht der Handelsgeschäfte	272
I. Allgemeine Vorschriften für Handelsgeschäfte	273
II. Der Handelskauf	276

**§ 5 Gesellschaftsrecht**

*Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago)* 278

A. Einführung	280
B. Grundfreiheiten	284
I. Niederlassungsfreiheit	284
II. Kapitalverkehrsfreiheit	288
C. Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte	295
I. Gründung und Bestandsschutz	296
II. Vertretung	297
III. Haftungsverfassung	301
IV. Organisationsverfassung börsennotierter Aktiengesellschaften	316
V. Umwandlungsrecht	319
VI. Öffentliche Übernahmeangebote	326
VII. Bilanzrecht	328
D. Gesellschaften des europäischen Rechts	330
I. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung	332
II. Europäische Aktiengesellschaft	333
III. Europäische Genossenschaft	340

**§ 6 Kapitalmarktrecht**

*Prof. Dr. Lars Klöhn, LL.M. (Harvard)* 341

A. Europäischer Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht	344
I. Der Europäische Kapitalmarkt	344
II. Europäisches Kapitalmarktrecht	347
B. Europäische Kapitalmarktaufsicht	355
I. Das System der Europäischen Finanzaufsicht (ESFS)	355
II. Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA)	356
C. Marktorganisationsrecht	359
I. Handelsplätze	361
II. Handelssysteme	364
III. Handelsorganisation	365
IV. Handelsaufsicht	366
D. Das Recht des Primärmarktes	366
I. Überblick	366
II. Prospektpflicht, Prospektinhalt und Prospektbilligung	367
III. Grenzüberschreitende Wertpapieremissionen	371
IV. Prospekthaftung	372
E. Das Recht des Sekundärmarktes	372
I. Überblick	372
II. Insiderverbot	374
III. Publizitätspflichten	390
IV. Verbot der Marktmanipulation	406
V. Leerverkäufe und Credit Default Swaps	409
F. Das Recht der Finanzintermediäre	409
I. Allgemeine Vorbemerkungen	409
II. Begriffliche Grundlagen	410
III. Aufsichtsrecht und Europa-Pass	412

IV. Verhaltenspflichten (Compliance)	413
<b>§ 7 Arbeitsrecht</b>	
<i>Dr. Daniela Schrader / Prof. Dr. Philipp B. Donath</i>	425
A. Einführung	426
B. Die unionsrechtlichen Regelungen zum Arbeitsrecht im Überblick	427
I. Primärrecht	427
II. Sekundärrecht	428
C. Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriff	432
D. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit	435
E. Begründung des Arbeitsverhältnisses	436
I. Bindung des Arbeitgebers an Benachteiligungsverbote	436
II. Nachweis von Arbeitsbedingungen	445
F. Inhalt und Durchführung des Arbeitsverhältnisses	448
I. Schutz von Urlaub und Urlaubsabgeltungsanspruch langzeiterkrankter Arbeitnehmer	448
II. Gleiches Entgelt für Männer und Frauen	450
III. Gleichbehandlung hinsichtlich des Eintritts in den Ruhestand	454
IV. Teilzeitarbeit	454
V. Arbeitszeit	455
H. Beendigung und Übergang des Arbeitsverhältnisses	458
I. Benachteiligungsverbote als Kündigungsverbot	458
II. Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung	459
III. Befristung	460
IV. Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang	461
I. Entsendung von Arbeitnehmenden	465
J. Aktuelle Fragen des kirchlichen Arbeitsrechts	467
<b>§ 8 Internationales Privatrecht</b>	
<i>Prof. Dr. Michael Stürner, M.Jur (Oxon)</i>	471
A. Einführung	473
I. Begriff des Internationalen Privatrechts	473
II. Rechtsquellen	475
III. Methodik des IPR	475
IV. Europäisches und europäisch geprägtes IPR: Überblick	476
B. Das europäische sekundärrechtliche IPR	477
I. Bestandsaufnahme	477
II. Übergreifende Institute: der Allgemeine Teil des IPR	480
III. Internationales Vertragsrecht: Rom I-VO	486
IV. Das IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse: Rom II-VO	498
V. Das internationale Familienrecht: Rom III-VO, EuUntVO, EuGüVO/ EuPartVO	503
VI. Das internationale Erbrecht nach der EuErbVO	508
VII. Wechselwirkungen zwischen nationalem und europäischem IPR	510
C. Der Einfluss des Primärrechts auf das nationale IPR	515
I. Grundlagen	515

## Inhaltsverzeichnis

II. Internationales Gesellschaftsrecht	517
III. Internationales Namensrecht	523
IV. Internationales Sachenrecht	524
D. Querverbindungen zwischen IPR und anderen Rechtsbereichen	526
I. Systemdenken im EU-Privatrecht	527
II. Parallelität zwischen Rom I-VO und Rom II-VO und Brüssel Ia-VO	527
III. Systembegriffe im IPR und im EU-Privatrecht	528

### § 9 Zivilprozessrecht

<i>Prof. Dr. Gerald Mäsch</i>	532
A. Grundlagen der Einwirkungen des Europarechts auf das Zivilprozessrecht	534
I. Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen	534
II. Den Zivilprozess betreffendes Sekundärrecht als »Annex« zu materiellrechtlichen Harmonisierungen	538
III. Das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten	539
IV. Unionsgrundrechte	542
B. Die europarechtlichen Regeln mit Bezug auf das Zivilprozessrecht im Überblick	543
I. Primärrecht	543
II. Sekundärrecht	543
C. Die Einwirkungen im Einzelnen	555
I. Zuständigkeitsrechtliche Fragen	555
II. Partei- und Prozessfähigkeit	563
III. Sicherheitsleistung durch Prozessbürgschaft	564
IV. Beweisfragen	565
V. Präklusionsvorschriften und Rechtsbehelfsfristen	570
VI. Revision	571

### § 10 Wettbewerbsrecht

<i>Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M. (Columbia Univ.)</i>	572
A. Terminologie Wettbewerbsrecht – Kartellrecht – Unlauterkeitsrecht	575
B. Europäisches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)	576
I. Rechtsquellen: Primär- und Sekundärrecht sowie Bekanntmachungen	576
II. Überblick über Formen der Wettbewerbsbeschränkung	580
III. Das Verhältnis des europäischen Kartellrechts zum deutschen Recht im Überblick	582
IV. Die Bezüge des Kartellrechts zum Privatrecht im Überblick	585
V. Wettbewerbspolitik	588
VI. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen – Art. 101 AEUV	590
VII. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Art. 101 AEUV	610
VIII. Missbrauch marktbeherrschender Stellungen – Art. 102 AEUV	622
IX. Fusionskontrolle	637
C. Unlauterkeitsrecht	648
I. Sekundärrecht zum Lauterkeitsrecht	649
II. Grundfreiheiten und Lauterkeitsrecht	650
III. Einfluss des Sekundärrechts auf das deutsche Lauterkeitsrecht	660



# Literaturverzeichnis

## Arbeitshilfen zum Europarecht:

- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel/Kotzur, Markus*; Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 14. Auflage 2021
- Fetzer, Thomas/Fischer, Kristian*, Fälle zum Europarecht, 9. Auflage, Heidelberg 2019
- Musil, Andreas/Burchard, Daniel*, Klausurenkurs im Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2019
- Riesenhuber, Karl*; EU-Vertragsrecht, Tübingen 2013.

## Allgemeine Literaturhinweise:

- Borchardt, Klaus-Dieter*; Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 7. Auflage, Wien 2020. Zitiert: *Borchardt*
- Bülow, Peter/Artz, Markus*; Verbraucherprivatrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2018. Zitiert: *Bülow/Artz*
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*; EUV/AUEV Kommentar, 5. Auflage, München 2016  
Zitiert: *Bearbeiter*, in: *Calliess/Ruffert*
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Gesamthrg.)*; NomosKommentar BGB, 3. Auflage, Bonn 2019 f. Zitiert: *NK-BGB/Bearbeiter*
- Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter (Begr.)*; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, München 2021. Zitiert: *ErfK/Bearbeiter*
- Franck, Jens-Uwe/Möslein, Florian*; Fälle zum Europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, München 2005. Zitiert: *Franck/Möslein*
- Gebauer, Martin/Wiedmann, Thomas*; Europäisches Zivilrecht, 3. Auflage, München 2021.  
Zitiert: *Gebauer/Wiedmann/Bearbeiter*
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*; Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Loseblattsammlung, 72. Erg.-Lfg., München, Februar 2021. Zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph*; Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand 1.1.2021. Zitiert: *BeckOGK/Bearbeiter*
- Habersack, Mathias/Verse, Dirk*; Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 2019. Zitiert: *Habersack/Verse*
- Hartley, Trevor C.*; The Foundations of European Union Law, 8th Edition, Oxford 2014.  
Zitiert: *Hartley*, EU-Law
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 57. Edition, München, Stand 1.2.2021. Zitiert: *BeckOK/Bearbeiter*
- Herdegen, Matthias*; Europarecht, 22. Auflage, München 2020. Zitiert: *Herdegen*
- von Hoffmann, Bernd/Thorn, Karsten*; Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007. Zitiert: *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007
- Huber, Peter M.*; Recht der Europäischen Integration, 2. Auflage, München 2002. Zitiert: *Huber*
- Hummer, Waldemar/Vedder, Christoph/Lorenzmeier, Stefan*; Europarecht in Fällen: Die Rechtsprechung des EuGH, des EuG und deutscher und österreichischer Gerichte, 7. Auflage, Baden-Baden 2020. Zitiert: *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*
- Knauff, Matthias (Hrsg.)*; Fälle zum Europarecht unter Berücksichtigung der Bezüge zum deutschen und internationalen Recht, 2. Auflage, Stuttgart 2017. Zitiert: *Knaus/Bearbeiter*

## Literaturverzeichnis

- Leenen, Detlef*; Die Auslegung von Richtlinien und die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, Jura 2012, 753.
- Magnus, Ulrich/Wurmnest, Wolfgang*; Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht, Baden-Baden 2002. Zitiert: *Magnus/Wurmnest, Casebook*
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin*; Europarecht, 9. Auflage, München 2021. Zitiert: *Oppermann/Classen/Nettesheim*
- Palandt, Otto*; Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 80. Auflage, München 2021. Zitiert: *Palandt/Bearbeiter*
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina*; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, München 2018 f. Zitiert: *Münch-KommBGB/Bearbeiter*
- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan (Hrsg.)*; Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2020. Zitiert: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Bearbeiter*
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)*; EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2018. Zitiert: *Streinz/Bearbeiter*
- Streinz, Rudolf*; Europarecht, 11. Auflage, Heidelberg 2019. Zitiert: *Streinz, Europarecht*

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a. M.	anderer Meinung
Abg.	Abgeordneter
AbkGemOrg.	Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EGKS	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACP-CEE	AKP/EG
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
AdR	Ausschuss der Regionen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AKP-Staaten	Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifiks (Mitgliedstaaten des Lomé-Abkommens)
AktG	Aktiengesetz
allg. M.	allgemeine Meinung
Am. J.Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AmstV	Amsterdamer Vertrag
ÄndG	Gesetz zur Änderung
ÄndVO	Verordnung zur Änderung
Anm.	Anmerkung
Ann.eur.	Annuaire européen (=EuYB)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AstV	Ausschuss der ständigen Vertreter
AtomG	Atomgesetz
AUE	Acte Unique Européen (=EEA)
AufenthG/EWG	Aufenthaltsgesetz/EWG
Aufl.	Auflage
AuS	Arbeit und Sozialpolitik
ausf.	ausführlich
AuslG	Ausländergesetz
AwD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWVO	Außenwirtschaftsverordnung
B-2-B	Business to Business

## Abkürzungsverzeichnis

B-2-C	Business to Consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
Bd.	Band
BeitrA	Beitrittsakte
Benelux-Staaten	Belgien, Niederlande, Luxemburg
Ber.	Berichte der Kommission über die Wettbewerbspolitik (jährlich seit 1972)
BERzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKartA	Bundeskartellamt
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BReg.	Bundesregierung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSP	Bruttosozialprodukt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BulleG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BulleU	Bulletin der Europäischen Union
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
C.Civ.	Code civil (F)
C.Com.	Code de Commerce (F)
cc	codice civile (I)
CE	Communauté(s.) Européenne(s.)
CEE	Communauté Economique Européenne
CEN	Europäisches Komitee für Normung – Comité Européen de Normalisation
CESR	Committee of European Securities Regulators
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CM	Common Market
CMLR	Common Market Law Review
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
Colum. J. Europ. L.	Columbia Journal of European Law

## Abkürzungsverzeichnis

DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DOM	Départements d'outre mer (französische überseeische Departements)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EA	Europaarchiv; Europaabkommen
EA/D	Europaarchiv (Dokumente)
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EAN	European Article Numbering
EBWE	Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
EC	Euro Cash/European Communities
ECE	Economic Commission for Europe
ECLR	European Competition Law Review
ECU	European Currency Unit
Éd.	Edition
eds.	Editors
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community(ies)
EEF	Europäischer Entwicklungsfonds
EFF	European Franchise Federation
EFTA	Europäische Freihandelszone
EFWZ	Europäischer Fonds für währungspolitische Zusammenarbeit
EG	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft idF d. Amsterdamer Vertrags; Europäische Gemeinschaften
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Fassung vor dem Amsterdamer Vertrag)
EIB	Europäische Investitionsbank
EIF	Europäischer Investitionsfonds
Einl.	Einleitung
EJCL	Journal of Comparative Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELEC	Europäische Liga für wirtschaftliche Zusammenarbeit
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechts-Konvention
Endg.	endgültig
EÖD	Europäischer Öffentlicher Dienst

## Abkürzungsverzeichnis

EP	Europäisches Parlament
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive
ERI	Einheitliche Richtlinien für Inkassi
ERPL	Européenne de droit public = European review of public law = Europäische Zeitschrift des öffentlichen Rechts
ESA	European Space Agency
ESTG	Einkommenssteuergesetz
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
ETS	European Treaty Series
EU	Europäische Union
EuG oder EuGel	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUR	Euro
EuR	Europarecht
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EuRH	Europäischer Rechnungshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuYB	European Yearbook
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWA	Europäisches Währungsabkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWI	Europäisches Währungsinstitut
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Währungssystem; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.; ff.	folgende
FG	Finanzgericht
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FS	Festschrift
FusV	Fusionsvertrag
GA	Generalanwalt
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GATS	Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GD	Generaldirektion

## Abkürzungsverzeichnis

GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Ver- vielfältigungsrechte
GenTG	Gentechnikgesetz
Germ. L. J.	German Law Journal
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggfs.	gegebenenfalls
GM	Gemeinsame Maßnahme
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GMO	Gemeinsame Marktordnung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Inter- nationaler Teil
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	(deutsches) Gerichtsverfassungsgesetz
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GZT	Gemeinsamer Zolltarif
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HaftPflG	Haftpflichtgesetz
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
HGB	Handelsgesetzbuch
HO	Haushaltsordnung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften
i. d. F.	in dieser Fassung
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren/eigentlichen Sinn
i. S. d.	im Sinne des/r
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. W.	im Wesentlichen
i. w.S	im weiteren Sinne
IAS	International Accounting Standards
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICR	Industrial Cases Reports
IFRS	International Financial Reporting Standards
IGH	Internationaler Gerichtshof
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IRLR	Industrial Relations Law Reports

## Abkürzungsverzeichnis

IStR	Internationales Steuerrecht
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe
IWF	Internationaler Währungsfonds
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
Jb. J.ZivRwiss.	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JdEI	Jahrbuch der Europäischen Integration
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Kommissionsdokument(e)
KostO	Kostenordnung
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahreshefte für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSZE	Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
KWG	Kreditwesengesetz
L; Ls.	Leitsatz
Lfg.	Lieferung
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-gesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m. wN.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBINW	Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen
Mio.	Millionen
MLR	Modern Law Review
MMR	Multimedia und Recht
MÜ	Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen)
MuSchG	Mutterschutzgesetz
n. F.	neue Folge; neue Fassung
n. V.	noch nicht in der amtlichen Slg veröffentlicht
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-governmental Organization(s.)
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.; Nrn.	Nummer; Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht

## Abkürzungsverzeichnis

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVB1.	Nordrhein-westfälisches Verwaltungsblatt
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o. ä.	oder ähnlich(es)
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa
OEEC	Organisation für Europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLG-VertrÄndG	Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwältinnen vor den Oberlandesgerichten
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PECL	Principles of European Contract Law
PETL	Principles of European Tost Law
PJZS	polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PrivProt.	Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Prot.	Protokoll
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBHG	Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten (Beamtenhaftungsgesetz)
RE	Rechnungseinheit
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RRa	Reise-Recht aktuell
Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RZZ	Rat über die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SA	Schlussanträge
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SE	Societas Europea (Europäische Aktiengesellschaft)
SEK	Dokumente des Sekretariats der Kommission
SGB	Sozialgesetzbuch
SIEC	Significant impediment to effective competition

## Abkürzungsverzeichnis

Slg. ÖD	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs – Öffentlicher Dienst
Slg.	Sammlung (der Rspr. des EuGH)
sog.	sogenannte(n)(r)
Spiegelstr.	Spiegelstrich
SSNIP	Small but significant, non-transitory increase in price
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
str.	streitig
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SVN	Satzung der Vereinten Nationen
SZR	Sonderziehungsrechte des IWF
TA	Technische Anleitung
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
u. a.	unter andere(m)(n); und andere
u. ä.	und ähnliche(s.)
u. U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
überw.	überwiegend
UCC	Uniform Commercial Code
UChiLR	University of Chicago Law Review
UCLAF	Unité de Coordination de la Lutte Antifraude
UCP	Uniform Customs and Practices for Documentary Credits
UCR	Uniform Rules for Collections
UmweltHG	Gesetz über die Umwelthaftung
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	Vereinte Nationen
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht
UNCTAD	Welthandelskonferenz
UNEP	Programm der Vereinten Nationen für den Umweltschutz
UNESCO	Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur
UNO	United Nations Organization
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
UstG	Umsatzsteuergesetz
UstR	Umsatzsteuerrichtlinie(n)
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
verb.	verbunden

## Abkürzungsverzeichnis

VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfO	Verfahrensordnung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
vs.	versus
VSSR	Vierteljahreshefte für Sozialrecht
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VWD	Vereinigter Wirtschaftsdienst
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WB	Wettbewerbsbericht
WBI	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Beilage zu »Juristische Blätter«
WEU	Westeuropäische Union
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WHO	World Health Organization
WiGBI.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiR	Wirtschaftsrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuss
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
YEAL	Yearbook of European Law
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
z. Zt.	zur Zeit
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres
ZBR	Zeitschrift für Bankenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

## Abkürzungsverzeichnis

ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZK	Zollkodex
ZK-DVO	Durchführungsverordnung zum Zollkodex
ZKR	Zentralkommission für die Rheinschiffahrt
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZusVerfO	Zusätzliche Verfahrensordnung (des EuGH)
zutr.	zutreffend
ZVerglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

# § 1 Europarechtliche Methodenlehre

*Prof. Dr. Katja Langenbucher / Prof. Dr. Philipp B. Donath*

A. Die Verbindlichkeit des Unionsrechts	27
I. Die sachliche Verbindlichkeit	28
II. Die zeitliche Verbindlichkeit	30
B. Die Auslegung des Unionsrechts	32
I. Die grammatische Auslegung	32
II. Die systematische, rechtsvergleichende und historische Auslegung	34
III. Die teleologische Auslegung und die Fortbildung von Unionsrecht	36
IV. Besonderheiten bei der Auslegung von Sekundärrecht	36
V. Korrelat der Auslegung: Das Vorabentscheidungsverfahren	37
1. Auslegungshoheit	37
2. Vorlegendes Gericht	38
3. Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens	39
4. Vorlageberechtigung und Vorlageverpflichtung	41
5. Ausnahmen von der Vorlagepflicht und Sanktionen bei Nichtvorlage	41
C. Die Einwirkungen des Primärrechts auf nationales Privatrecht	43
I. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Primärrecht im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zum Mitgliedstaat	43
II. Die Einwirkung von Primärrecht auf das Verhältnis von Privatrechtssubjekten zueinander	44
1. Die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung	45
2. Die Rechtsprechung des EuGH zur mittelbaren Drittwirkung	47
3. Der Grenzfall: Die Heranziehung allgemeiner Grundsätze des Primärrechts	48
4. Unmittelbare Wirkung von Bestimmungen der Grundrechtecharta	50
III. Die primärrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts	51
D. Die Einwirkungen des Sekundärrechts auf nationales Privatrecht	52
I. Die Kategorien des Sekundärrechts	52
II. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zum Mitgliedstaat	53
1. Nicht fristgerechte oder nicht hinreichende Umsetzung	54
2. Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit	54
3. Begünstigung des Bürgers, der sich auf die Richtlinie beruft	55
4. Adressat der unmittelbaren Anwendbarkeit	55
5. Individualbelastende Folgewirkungen?	57
III. Die unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander	58
IV. Die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts	62
1. Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung	62
2. Der Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung	64

3. Die Anwendungsbedingungen der richtlinienkonformen Auslegung	66
a) Die richtlinienkonforme Auslegung <i>intra legem</i>	67
b) Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	68
c) Die richtlinienkonforme Auslegung <i>contra legem</i>	70
4. Die Vorwirkung und die Ausstrahlungswirkung der richtlinienkonformen Auslegung	73
a) Die Vorwirkung	73
b) Die Ausstrahlungswirkung bei überschießender Umsetzung	75
E. Der Staatshaftungsanspruch bei der Verletzung von Unionsrecht	77

**Literatur (Auswahl):** *Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177; *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994; *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Festschrift für Franz Bydliniski, 2002, S. 47; *ders.*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 2002, S. 29; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201; *Detterbeck*, Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, AöR 2000, 202; *Ehricke*, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, RabelsZ 59 (1995), 598; *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999; *Graf von Kielmansegg*, Tücken im Dreieck – Die individualbelastende Richtlinienwirkung im Unionsrecht, EuR 2014, 30; *Grundmann/Riesenhuber*, Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 5. Aufl. 2020; *Herrsthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht. Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und nationale Privatrecht, EuR 2014, 238; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003; *Hommelhoff*, Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, 2000, S. 889; *ders.*, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 71; *Iglesias/Riechenberg*, Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, in: Festschrift für Ulrich Everling, Band II, 1995, S. 1213; *Jarass/Beljin*, Casebook Grundlagen, 2003; *Leenen*, Die Auslegung von Richtlinien und die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, Jura 2012, 753; *Lenaerts/ Guitérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU is: Methods of the Interpretation and the European Court of Justice, Columbia Journal of European Law 20 (2014), 3; *Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593; *Mayer/Schürnbrand*, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545; *Müller-Graff*, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3; *ders.*, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftspolitische Grundfragen, in: Festschrift für Bodo Börner, 1992, S. 303; *Mörsdorf*, Europäisierung des Privatrechts durch die Hintertür?, JZ 2019, 1066; *Nettesheim*, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 1994, 261; *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem*, 2. Aufl. 2005; *ders.* (Hrsg.), Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht, in: Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, 2002, S. 83; *Nicolaysen*, Europarecht I – Die Europäische Integrationsverfassung, 2. Aufl. 2002; *Riesenhuber/Domröse*, Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, RIW 2005, 47; *Roth*, Europäisches und nationales Recht, in: Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, 2000, S. 847;

*Scherzberg*, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225; *M. Schmidt*, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, *RabelsZ* 50 (1995), 569; *Schnorbus*, Autonome Harmonisierung in den Mitgliedstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht, *RabelsZ* 65 (2001), 654; *Schulze*, Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1999; *Schulze/Janssen/Kadelbach* (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 4. Aufl. 2020; *Schürnbrand*, Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, *JZ* 2007, 910; *ders.*, Wider den Verzicht auf die gespaltene Auslegung im Kapitalmarktrecht, *NZG* 2011, 1213; *Schwab*, Der Dialog zwischen dem EuGH und nationalen Exegeten bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht und angeglichenem Recht, *ZGR* 2000, 446; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996; *Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EuZW* 2000, 459.

Die Beziehung des Rechts der Europäischen Union zum nationalen Privatrecht kann man auf zweierlei Weise angehen: vom Unionsrecht oder vom nationalen Recht her.<sup>1</sup> Wer vom Unionsrecht kommt, versucht, die derzeit existierenden Normen und allgemeinen Prinzipien des Unionsrechts zu einem kohärenten System zusammenzufügen.<sup>2</sup> Hierzu zählen vornehmlich die Verordnungen und die Richtlinien, aber auch das Primärrecht der Europäischen Union samt seiner allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Wer den umgekehrten Weg geht, fragt, auf welche Weise diese unionsrechtlichen Normen Bedeutung für das nationale Privatrecht erlangen. Um diesen zweiten Problemkreis soll es hier gehen. Dabei muss zunächst geklärt werden, warum und in welcher Form das Unionsrecht bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts heranzuziehen ist.<sup>3</sup> Das ist eine Frage der europarechtlichen Methodenlehre und Gegenstand des ersten Kapitels. Auf dieser Basis lassen sich in den folgenden Kapiteln europarechtliche Einwirkungen auf das nationale Recht aus dem Blickwinkel unterschiedlicher Rechtsgebiete näher untersuchen. In der überwiegenden Zahl der Kapitel wird sich zeigen, dass breite Bereiche des nationalen Rechts einer europarechtlichen Vorgabe folgen.

## A. Die Verbindlichkeit des Unionsrechts

Stellen wir uns einen Richter vor, der einen privatrechtlichen Rechtsstreit zu entscheiden hat.<sup>4</sup> Warum sind die Bestimmungen des Unionsrechts für ihn verbindlich? Das Unionsrecht ist eine autonome Rechtsordnung, die unabhängig von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aus sich selbst heraus wirksam ist.<sup>5</sup> Das

1 I.d.S. auch *Riesenhuber*, 2. FS Canaris II, 2017, S. 181, 185 f.

2 Vgl. *Müller-Graff*, FS Börner, 1992, S. 303, 309; im Rahmen eines Lehrbuchs verfolgen diesen Ansatz: *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 11; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 5. Aufl. 2020, durchgängig; *Riesenhuber*, *EU-Vertragsrecht*, 2013, § 1 Rn. 3 ff.; diesen Ansatz für die Methodenlehre weiterdenkend *Flessner*, *JZ* 2002, 14.

3 Zur Bedeutung des EU-Rechts in der Fallbearbeitung *Beljin*, *JuS* 2002, 987; s. a. *Grundmann*, *JZ* 1996, 274; *ders.*, *JuS* 2002, 768.

4 Aufschlussreich zu den Problemen der Praxis: *Kochs*, in: *Schulze*, *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, 1999, S. 211 ff.

5 Vgl. BVerfGE 22, 293 (296) – *EWG-Verordnungen*.

bezeichnet man mit dem Begriff der **unmittelbaren Geltung des Unionsrechts**.<sup>6</sup> Hierdurch unterscheidet sich Europarecht insbesondere vom Völkerrecht.<sup>7</sup> Dabei sind die Kompetenzen für die Organe der Union, gerade auch bezüglich der Rechtssetzung, durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung begrenzt, Art. 5 Abs. 1, 2 EUV. Eine „Kompetenz-Kompetenz“ besteht daher nicht.

## I. Die sachliche Verbindlichkeit

- 3 Das im Rahmen der von den Mitgliedstaaten auf die EU übertragenen Kompetenzen gesetzte **Unionsrecht hat nach Auffassung des EuGH strikten Vorrang vor den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten**.<sup>8</sup> Diese Auffassung wird im Grundsatz auch von den Mitgliedstaaten anerkannt.<sup>9</sup> Steht eine Norm des nationalen Rechts nicht in Einklang mit Unionsrecht, ist diese aber nicht unwirksam.<sup>10</sup> Das wird deutlich, wenn sich die Europarechtswidrigkeit nur auf Teile des Anwendungsbereichs der Norm bezieht: Dann bleiben die übrigen Teile anwendbar und müssen folglich weiterhin wirksam sein. Die herrschende Lehre spricht daher von einem **Anwendungsvorrang** und meint damit: Die europarechtswidrige nationale Norm darf auf einen Sachverhalt mit Unionsrechtsbezug nicht angewandt werden.<sup>11</sup> Das gilt allerdings nur, soweit Unionsrecht zur unmittelbaren innerstaatlichen Geltung überhaupt fähig ist. Geeignet sind nur „rechtlich vollkommene“ Bestimmungen, d. h. Bestimmungen, die von den nationalen Behörden und Gerichten ohne Weiteres angewendet werden können. Die unionsrechtlichen Normen müssen „klare und eindeutige“ Verpflichtungen enthalten und dürfen den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum belassen. Sind die Bestimmungen dagegen durch einen Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten beschränkt, steht das einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegen.<sup>12</sup> Die Entscheidung über die Frage, ob nationales Recht im konkreten Fall unionsrechtswidrig ist und unangewandt bleiben muss, gehört zum Beurteilungsspielraum jedes Richters. Eine konkrete Normenkontrolle zum EuGH, etwa in Analogie zu Art. 100 Abs. 1 GG, ist nicht erforderlich, ja sogar eu-

6 Vgl. BVerfGE 31, 145 (174) – *Milchpulver*.

7 *Herdegen*, Völkerrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 8 f.

8 St. Rspr. seit EuGH 3.6.1964 – Rs 6/64 (Costa/ENEL), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371; siehe auch BVerfGE 22, 134 = NJW 1967, 2109. Zur Falllösung: *Beljin*, JuS 2002, 987; aus der Literatur: *Bauerschmidt*, EuR 2014, 277; *Beljin*, EuR 2002, 351 (353 f.); *Heiderhoff*, Rn. 32 ff.; *Nicolaysen*, S. 83; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 10 Rn. 1 ff.

9 *Schulze/Janssen/Kadelbach/Ehlers*, § 11 Rn. 18; für Deutschland vgl. BVerfGE 31, 145 (174 f.), st. Rspr.

10 Das behauptet aber die Lehre vom Geltungsvorrang, grundlegend *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966; außerdem *Hwang* EuR 2016, 355. Eine Ausnahme vom bloßen Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber nationalen Rechtsakten sieht der EuGH – unter Betonung des Ausnahmecharakters – in der Klage nach Art. 14.2 EZB-Satzung, vgl. EuGH v. 26.2.2019, Rs. C-202/18 (Rimšēvičs), ECLI:EU:C:2019:139, insbes. Rn. 69 f.; dazu *Weinzierl*, EuR 2019, 434.

11 EuGH 6.3.1964 – Rs 6/64 (Costa/ENEL), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1269 f. = NJW 1964, 2371; *Schulze/Janssen/Kadelbach/Ehlers*, § 11 Rn. 42 ff.; *Heiderhoff*, Rn. 34; *Herdegen*, § 10 Rn. 3; *Nicolaysen*, S. 90; *Streinz*, Europarecht, Rn. 207 ff., insbes. 221; *Gebauer/Wiedmann/Wiedmann*, Kap. 2 Rn. 55 ff.; aufgrund abweichender Terminologie krit. *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 134, 581 f.

12 EuGH 5.2.1963 – Rs 26/62 (van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1 (25 f.); *Streinz/Schroeder*; AEUV Art. 288 Rn. 94.

roparechtlich unzulässig.<sup>13</sup> Der Richter kann bzw. muss aber bei Zweifeln über den Inhalt europarechtlicher Normen den EuGH im Wege des **Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV)** anrufen und dessen Rechtsansicht seiner Entscheidung zugrundelegen.<sup>14</sup>

Abgesehen von dem zeitweiligen Verzicht auf die Durchsetzung des grundsätzlich bestehenden und anerkannten Vorrangs des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ist ein **striktter Vorrang** auch im Grundsatz **nicht ganz unumstritten**. Aus Sicht des nationalen Rechts ergibt sich der Vorrang des Unionsrechts zumeist aus dem innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, welcher über das jeweilige Zustimmungsgesetz zu den primärrechtlichen Verträgen vermittelt wird. In Deutschland geschieht dies nach der Rechtsprechung des BVerfG über die Brücke des Art. 23 Abs. 1 GG.<sup>15</sup> Auf dieser Grundlage hat das BVerfG für den Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Deutschland bestimmte Grenzen gezogen, deren Einhaltung es selbst überwacht. Dies sind (i) die sogenannte Ultra-vires-Kontrolle,<sup>16</sup> (ii) eine spezifische Grundrechtskontrolle („Solange-Vorbehalt“)<sup>17</sup> und (iii) die Identitätskontrolle.<sup>18</sup> Bei (i) der Ultra-vires-Kontrolle wird überprüft, ob sich die Union und ihre Organe bei ihren Handlungen im Rahmen der ihnen übertragenen Kompetenzen bewegt haben, bei (ii) der Solange-Kontrolle wird kontrolliert, ob in der Union ein hinreichendes Maß an Grundrechtsschutz existiert und im Rahmen der (iii) Identitätskontrolle überprüft das BVerfG, ob durch eine bestimmte unionale Maßnahme – dazu zählt auch das von den Organen der Union gesetzte Recht – der Kern der deutschen Verfassungsordnung (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG) verletzt wird. Nur wenn eine dieser Grenzen überschritten und vom BVerfG ein entsprechender Verstoß festgestellt wurde, darf und muss nach der Rechtsprechung des BVerfG das betreffende Unionsrecht ausnahmsweise unangewendet bleiben. Da sich das BVerfG jedoch in einem Kooperationsverhältnis mit dem EuGH sieht, hat es sich selbst auferlegt, vor einer solchen Feststellung den EuGH durch eine Vorabentscheidung mit der betreffenden Rechtsfrage zu befassen.<sup>19</sup>

Zum ersten Mal hat das BVerfG 2014 bezüglich möglicher unbegrenzter Anleihenkäufe durch die EZB den EuGH im Wege der Vorabentscheidung befasst.<sup>20</sup> Trotz bekundeter Vermutung von Ultra-vires-Handeln hat das BVerfG im OMT-Beschluss die im Anschluss vom EuGH festgestellte Rechtmäßigkeit von (angekündigten) Anleihenkäufen auf dem Sekundärmarkt durch die EZB akzeptiert.<sup>21</sup>

In aufsehenerregender Weise hat das BVerfG jedoch im Mai 2020 erstmals auf Grundlage der Ultra-vires-Kontrolle Akte von Unionsorganen für kompetenzwidrig

13 EuGH 13.10.1977 – Rs 106/77 (Simmenthal II), ECLI:EU:C:1978:49, Slg. 1978, 629 = NJW 1978, 1741; Nicolaysen, S. 92 f.

14 S. u. → Rn. 23 ff.

15 BVerfGE 123, 267 (402) – *Lissabon*.

16 BVerfGE 89, 155 ff. – *Maastricht*.

17 Sog. *Solange*-Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfGE 37, 271 (279) – *Solange I*; 79, 339 (375 ff.) – *Solange II*.

18 Zu verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung der Hoheitsgewalt siehe BVerfGE 123, 267 (364) – *Lissabon*.

19 BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht*.

20 BVerfG, Beschluss vom 14.1.2014, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813.

21 BVerfGE 142, 123 Rn. 175 ff. = NJW 2016, 2473 zu EuGH v. 15.6.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler), ECLI:EU:C:2015:400 = NJW 2015, 2013. Vgl. dazu *Murswiek*, EuGRZ 2017, 327. Vgl. zur SSM-VO und SRM-VO auch BVerfG NJW 2019, 3204 Rn. 120 ff.; hierzu sowie mit zahlreichen Nachweisen zum Diskurs *Ludwigs/Pascher/Sikora*, EWS 2020, 1.

und damit für unanwendbar erklärt.<sup>22</sup> Im Rahmen mehrerer Verfassungsbeschwerden hat das Gericht festgestellt, dass die Beschlüsse des EZB-Rates zur Schaffung und Durchführung des EZB-Anleihekaufprogramms „Public Sector Purchase Programme“ (PSPP) das Mandat der EZB überschritten hätten. Auch die das Vorgehen der EZB bestätigende und zuvor durch Vorlageverfahren des BVerfG erbetene Entscheidung des EuGH vom 11.12.2018<sup>23</sup> sei *ultra vires* ergangen. Diese sei im Hinblick auf die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der zur Durchführung des PSPP erlassenen Beschlüsse „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und „methodisch nicht mehr vertretbar“.<sup>24</sup> Das Urteil des BVerfG wurde und wird heftig diskutiert und kritisiert, wirft es doch eine Vielzahl komplexer rechtlicher – und rechtspolitischer – Fragen auf.<sup>25</sup> Das PSPP-Urteil stellt aus europarechtlichem Blickwinkel zwei tragende Säulen des Unionsrechts infrage, nämlich den Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht und das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol des EuGH hinsichtlich des Unionsrechts. Es muss sich – auch nach der teilweise erheblichen Kritik aus der Lehre<sup>26</sup> – zeigen, wie der EuGH auf diesen heftigen Schlag aus Karlsruhe reagieren wird und wie sich das Verhältnis der beiden Gerichte zueinander in Zukunft entwickeln wird. Dass das Bundesverfassungsgericht aber den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich in Zweifel gezogen hätte, lässt sich auch aus dem PSPP-Urteil wohl nicht ableiten.

## II. Die zeitliche Verbindlichkeit

- 7 Die Urteile des EuGH über die Auslegung und Gültigkeit von Unionsrecht entfalten grundsätzlich auch **Wirkung für die Vergangenheit**.<sup>27</sup> Sie geben mithin Auskunft darüber, wie das jeweilige Unionsrecht bereits seit dem Zeitpunkt seines jeweiligen Inkrafttretens interpretiert werden musste.

Nicht selten kommt es daher vor, dass der EuGH eine Entscheidung trifft, welche nachträglich die Unionsrechtswidrigkeit einer mitgliedstaatlichen Vorschrift oder Maßnahme feststellt, aber Akteure in den Mitgliedstaaten gleichsam im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des nationalen Rechts gegebenenfalls über mehrere Jahre hinweg erhebliche wirtschaftliche und finanzielle Dispositionen getätigt hatten. In

22 BVerfG v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

23 Mit seiner Antwort auf ein vorheriges Vorabentscheidungsersuchen des BVerfG bestätigte der EuGH zuvor, dass die dem PSPP zugrundeliegenden Beschlüsse über das Mandat der EZB für die Währungspolitik aus Art. 127 Abs. 1 AEUV nicht hinausgingen, EuGH Rs. C-493/17 (Weiss), ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 70.

24 BVerfG v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 118 f.

25 Kritische Auseinandersetzung bei: *Siekman*, EuZW 2020, 491 und *Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels*, EuZW 2020, 525.

26 Vgl. *Nettesheim*, Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?, NJW 2020, 1631; *Kainer*, Aus der nationalen Brille: Das PSPP-Urteil des BVerfG, EuZW 2020, 533; Möllers, Das PSPP-Urteil des BVerfG und die Europäische Rechtsunion, EuZW 2020, 503; *Calliess*, Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH?, NVwZ 2020, 897; *Pernice*, Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen...“, EuZW 2020, 508.

27 EuGH, Rs. C-61/79 (Denkavit Italia), ECLI:EU:C:1980:100, Rn. 16; EuGH, Rs. 309/85, Rn. 11 (Barra); EuGH, Rs. 130/79, Slg. 1980, 1887, Rn. 14 (Express Dairy Foods); und EuGH, verb. Rs. C-66, 127 und 128/79 (Meridionale Industria Salumi), ECLI:EU:C:1980:101, Slg. 1980, 1237, Rn. 9; s. a. *Müller*, Die Begrenzung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Entscheidungen, S. 40 ff.; *Ludewig*, Die zeitliche Beschränkung der Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, S. 64; *Frenz*, EuropaR-HdB V, 2010, Rn. 3409; *Weiß*, EuR 1995, 377 (378); *Kokott/Henze*, NJW 2006, 177 (177 f.); *Calliess/Ruffert/Wegener*, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 267 Rn. 52.

solchen Situationen kann es unbillig sein, Rechtsverhältnisse und wirtschaftliche Transaktionen wegen ihrer Unionsrechtswidrigkeit bis weit in die Vergangenheit rückabzuwickeln. Dies hat auch der EuGH bereits früh erkannt und Kriterien für eine zeitliche Begrenzung der Wirkungen seiner Entscheidungen entwickelt. So ordnete der Gerichtshof eine Begrenzung der „Rückwirkung“ seiner Entscheidungen insbesondere in solchen Fällen an, in denen ein „guter Glaube der Betroffenen“ sowie die „Gefahr schwerwiegender Störungen“ bestanden haben.<sup>28</sup>

Es stellt sich weiter die Frage, ob in Fällen einer Kollision von nationalem und europäischem Recht den Mitgliedstaaten auch für die Zukunft, unter Einschränkungen des Vorranganspruchs, eine zeitlich terminierte **Anpassungsfrist** gewährt werden kann. Hierfür hat der EuGH insbesondere seit 2012 bestimmte Vorgaben formuliert. Der Gerichtshof hat diese zunächst im Rahmen umweltrechtlicher und energierechtlicher Problemstellungen entwickelt, bei denen die Nichtanwendung der jeweiligen unionsrechtswidrigen nationalen Regelung schädlicher bezüglich der Ziele des Unionsrechts gewesen wäre als ihre zeitweilige Weitergeltung.<sup>29</sup> Allein daraus lässt sich freilich noch nicht schließen, dass die ausgearbeiteten Maßstäbe auf die Bereiche des Umwelt- und des Energierechts beschränkt bleiben. Dogmatisch handelt es sich nur um einen zeitweisen Verzicht auf die Durchsetzung des grundsätzlichen Vorrangs des Unionsrechts. Bisher hat der EuGH den Ausspruch eines solchen Verzichts selbst vorgezeichnet und als Ausnahme ist ein solcher entsprechend restriktiv anzuwenden.<sup>30</sup> Ob nationale Gerichte auch ohne Vorlage an den EuGH eine entsprechende Anpassungsfrist anordnen können, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen.<sup>31</sup>

Was der Vorrang des Unionsrechts im Einzelnen für den Richter bedeutet, der bei der Anwendung nationalen Zivilrechts Zweifel an dessen Unionsrechtskonformität hat, wird sich im Verlauf dieses Kapitels zeigen. Dabei wird insbesondere zu fragen sein, wann Unionsrecht unmittelbar Rechte und Pflichten für Privatpersonen begründet. Nur in diesem Fall bleibt das nationale Recht außer Anwendung.<sup>32</sup> Wo Unionsrecht auf einen Rechtsstreit Privater nicht unmittelbar anwendbar ist, gilt zunächst einmal ausschließlich die Norm des nationalen Rechts. Nur wenn eine richtlinienkonforme oder primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts erforderlich ist, kann einer europarechtlichen Norm Geltung verschafft werden.<sup>33</sup> Ist das nicht möglich, liegt ein unionsrechtswidriger Zustand vor. Diesen darf der Richter nicht etwa zum Anlass nehmen, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die nationale Norm unangewandt zu lassen, so dass er einen Maßstab für die Entscheidung des Falles verliert.<sup>34</sup> Der Verstoß gegen Unionsrecht hat eine andere Sanktion: Es entsteht ein **Staatshaftungsanspruch**.<sup>35</sup>

8

28 Ausführlich zu diesen Voraussetzungen *Düsterhaus*, EuR 2017, 30 (38 ff.).

29 EuGH v. 29.07.2019 Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie u. a.), ECLI:EU:C:2019:622 Rn. 179 f.; bestätigend auch: EuGH v. 25.07.2020 Rs. C-24/19 (A u. a.) ECLI:EU:C:2020:503 Rn. 90 ff.

30 *Gundel*, EuZW 2020, 890 (894).

31 Vgl. *Gundel* a. a. O. mit Verweis auf unterschiedliche Sprachfassungen der EuGH-Entscheidungen.

32 Vgl. *Nicolaysen*, S. 83; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (53). Ein Prüfungsschema bietet *Borchardt*, § 4 Rn. 135 ff.

33 Hierzu unten → Rn. 88 ff.

34 Vgl. *Nettesheim*, AöR 1994, 261 (279). Zuletzt EuGH v. 7.8.2018, Rs. C-122/17 (Smith), ECLI:EU:C:2018:631, Rn. 49 = IWRZ 2019, 76.

35 S. u. → Rn. 127 ff.

## B. Die Auslegung des Unionsrechts

- 9 Die Anwendung einer Norm setzt ihre Auslegung voraus. Bevor entschieden werden kann, dass eine Norm des Unionsrechts zugunsten eines privaten Rechtssubjekts „unmittelbar anwendbar“<sup>36</sup> oder eine Bestimmung des nationalen Privatrechts „richtlinienkonform auszulegen“<sup>37</sup> ist, muss diese Norm interpretiert werden. Die Auslegung von Unionsrecht kann man in unterschiedliche **Auslegungstraditionen** stellen. So mag man auf den ersten Blick an die Anwendung völkerrechtlicher Auslegungsgrundsätze denken, die sich etwa in den Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 finden.<sup>38</sup> Eine Alternative ist die Orientierung an innerstaatlichen Auslegungsgrundsätzen. Hierbei kommen wegen des Charakters der Verträge vor allem die Methoden der Interpretation nationaler Verfassungen in Betracht. Der EuGH hat auf der Grundlage beider Traditionen inzwischen **autonom unionsrechtliche** Auslegungsgrundsätze<sup>39</sup> entwickelt.<sup>40</sup> Diese stehen der Interpretation innerstaatlicher Bestimmungen<sup>41</sup> näher als der Interpretation von Völkerrecht. Anders als dort lässt sich der EuGH nicht auf den Wortlaut oder den subjektiven Willen des Normgebers beschränken. Im Gegenteil ist charakteristisches Merkmal seiner Auslegungsmethode die Orientierung an den Zwecken der Norm und dem Ziel der Verträge.<sup>42</sup>

## I. Die grammatische Auslegung

- 10 Jede Auslegung setzt beim Wortlaut der Norm an. Das ist im Unionsrecht nicht anders. Weil die Rechtsakte der Union in **unterschiedlichen Amtssprachen** abgefasst werden, die bei der Interpretation gleichrangig zu berücksichtigen sind,<sup>43</sup> ist dieses Auslegungskriterium aber weit weniger scharf umrissen als in einer nationalen Rechtsordnung.<sup>44</sup>

36 Zu diesem Begriff unten → Rn. 63 ff.

37 Hierzu unten → Rn. 88 ff.

38 Vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 9 Rn. 165; s. a. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 337; *Nicolaysen*, S. 103 f.; *Schroeder*, JuS 2004, 180 (181).

39 Zum Begriff: *Schulze/Janssen/Kadelbach/Borchardt*, § 15 Rn. 32; *Franzen*, Jb. J. ZivRwiss., 1997, S. 285, 287 ff.; *Gebauer/Wiedmann/Wiedmann*, Kap. 2 Rn. 8; *Heiderhoff*, Rn. 112; *Nicolaysen*, S. 101; zu den Besonderheiten der Meinungsbildung im EuGH: *Everling*, *RabelsZ* 1986, 193 (218 ff.); *Leible*, in: *Martiny/Witzleb*, Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 1999, S. 53, 76 ff.; *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 6), 2016, § 3 Rn. 40 ff.

40 Tendenziell unter Methodengesichtspunkten eher kritische Analyse bei *Rebhahn*, *ZfPW* 2016, 281.

41 Zu dieser Parallele: *Heiderhoff*, Rn. 107; *Hommelhoff*, in: *Schulze*, S. 29; *Lutter*, *JZ* 1992, 593 (598 f.).

42 Vgl. etwa *Fenelly*, *Fordham Journal of International Law* 20 (1996), 656 (664): “characteristic element in the Court’s interpretative method”; *Maduro*, *European Journal of Legal Studies* 1 (2007), 137. Monographisch: *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998; *Franzen*, S. 291 ff.

43 Vgl. Art. 55 Abs. 1 EUV; s. die Fälle EuGH 5.12.1967 – Rs 19/67 (van der Vecht), ECLI:EU:C:1967:49, Slg. 1967, 482; 12.7.1979, Rs 9/79 (Koschniske), ECLI:EU:C:1979:201, Slg. 1979, 2717. S. generell dazu *Weiler*, *ZEuP* 2010, 861.

44 Ein jüngeres Beispiel bei: EuGH 16.6.2011 – Rs C-65/09 u. C-87/09, *NJW* 2011, 2269 (Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer u. Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH) ECLI:EU:C:2011:396, Rn. 54; *Grundmann/Riesenhuber*, *JuS* 2001, 529 f.; *Heiderhoff*, Rn. 107; *Hommelhoff*, in: *Schulze*, S. 29, 32 f.; *Knauff*, *JA* 2002, 719 (720); *Lutter*, *JZ* 1992, 593 (599); *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 13 ff.; *M. Schmidt*, *RabelsZ* 1995, 569 (574 ff.); *Schroeder*, *JuS* 2004, 180 (182); *Schulte-Nölke*, in: *Schulze*, S. 143, 157. Zu den aufgrund

Ein Beispiel zur Auslegung von Sekundärrecht bietet die Entscheidung des EuGH im Fall **Geltl**.<sup>45</sup> Dabei ging es um die Frage, ob eine Aktiengesellschaft den Kapitalmarkt nicht nur über kursrelevante Ereignisse informieren muss, die bereits eingetreten sind, sondern auch über solche Ereignisse, die sich zwar absehen lassen, bei denen aber noch nicht feststeht, ob sie tatsächlich eintreten. Im Fall ging es um den Rücktritt des Vorstandsvorsitzenden der DaimlerChrysler AG. Artikel 1 Abs. 1 der Richtlinie 2003/124/EG<sup>46</sup> sah in der deutschen Sprachfassung eine solche Verpflichtung mit Blick auf Ereignisse vor, „die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in Zukunft eintreten werden“. Dazu stellte der EuGH fest: „[42] Zwischen den verschiedenen Sprachfassungen dieser Bestimmung besteht eine gewisse Divergenz. So verwenden einige dieser Fassungen, u. a. die französische, die italienische und die niederländische Fassung, Worte wie ‚vernünftigerweise angenommen werden kann‘, während andere, u. a. die dänische, die griechische, die englische und die schwedische Fassung, Worte wie ‚vernünftigerweise erwartet werden kann‘ enthalten. In der spanischen Fassung ist die Rede von ‚einer Reihe von Umständen, die vernünftigerweise vorhanden sein können‘, und in der portugiesischen Fassung von ‚einer vernünftigerweise vorhersehbaren Reihe von Umständen oder einem vernünftigerweise vorhersehbaren Ereignis‘. Schließlich finden sich in der deutschen Fassung die Worte ‚mit hinreichender Wahrscheinlichkeit‘.“

Weil die Auslegung des Unionsrechts autonom erfolgt, ist nicht der nationale, sondern der **unionsrechtliche Bedeutungsgehalt** eines Rechtsbegriffs Ausgangspunkt der Auslegung. Im Fall **Geltl** entschied der EuGH deshalb:

„[43] Nach ständiger Rechtsprechung kann die in einer der Sprachfassungen einer Vorschrift des Unionsrechts verwendete Formulierung zum einen nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Vorschrift herangezogen oder ihr insoweit Vorrang vor den anderen Sprachfassungen eingeräumt werden. Zum anderen müssen die verschiedenen Sprachfassungen einer Vorschrift des Unionsrechts einheitlich ausgelegt werden; falls sie voneinander abweichen, muss die fragliche Vorschrift daher anhand der allgemeinen Systematik und des Zwecks der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.“

Ein **Beispiel** aus dem Bereich der Auslegung von Primärrecht bildet die Interpretation des Begriffs der „öffentlichen Verwaltung“. Von Bedeutung ist er, weil nach Art. 45 Abs. 4 AEUV die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ keine Anwendung findet. Entgegen der weiten Auslegung im deutschen Recht, nach der etwa auch ein Studienreferendar während des Vorbereitungsdienstes „im öffentlichen Dienst“ tätig wird, entschied der EuGH, dass der Begriff der „öffentlichen Verwaltung“ „als Ausnahme vom Grundprinzip der Freizügigkeit und der Nichtdiskriminierung der Arbeitnehmer im Unionsrecht so auszulegen ist, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist.“<sup>47</sup> Andernfalls – so der EuGH weiter – „gäbe man den Mitglied-

---

des sprachlichen Egalitätsprinzips in der Rechtsanwendungspraxis auftretenden Problemen *Baldus/Raff*, in: Gebauer/Teichmann, § 3 Rn. 75 ff. Eingehend zur Wortlautauslegung *Lenaerts/ Guitérrez-Fons*, *Columbia Journal of European Law* 20 (2014), 3 (8 ff.) mit zahlreichen Nachweisen.

45 EuGH 28.6.2012 – Rs C-19/11 (Geltl), ECLI:EU:C:2012:397, NJW 2012, 2787. Siehe dazu *Langenbucher*, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl. 2015, § 15 Rn. 32 ff.; Klöhn, § 6 Rn. 150.

46 Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22.12.2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation, ABl. EG Nr. L 339 v. 24.12.2003, S. 70 ff. Heute handelt es sich dabei um die Marktmissbrauchsverordnung, s. Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. EU Nr. L 173 v. 12.6.2014, S. 1 ff.

47 EuGH 3.7.1986 – Rs 66/85 (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284, Slg. 1986, 212, Rn. 26.

staaten die Möglichkeit, nach Belieben die Stellen zu bestimmen, die unter diese Ausnahmebestimmung fallen.<sup>48</sup> Der Vorbereitungsdienst für ein Lehramt ist demnach nicht als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung *i. S. d. Art. 45 Abs. 4 AEUV* anzusehen.

- 14 Bislang geht der EuGH davon aus, dass ein Rechtsbegriff des Unionsrechts, der in mehreren Richtlinien vorkommt, **einheitlich** auszulegen sei. Das gilt auch dann, wenn die Richtlinien, in welchen dieser Rechtsbegriff auftaucht, unterschiedliche Ziele verfolgen. Im deutschen Recht erfolgt in derartigen Fällen eine gespaltene Auslegung: im Strafrecht mag ein Begriff eng, im Zivilrecht der gleichlautende Begriff weit ausgelegt werden.<sup>49</sup>

## II. Die systematische, rechtsvergleichende und historische Auslegung

- 15 Die **systematische Auslegung** leitet von der Struktur der Norm, ihrer Stellung und ihres Regelungszusammenhangs Rückschlüsse auf deren Bedeutungsgehalt ab.<sup>50</sup> Sie zählt zum Kanon klassischer Auslegungsmittel, entfaltet ihre volle Wirksamkeit aber vor allem innerhalb einer systematisch geschlossenen Kodifikation. Gleichwohl finden sich auch im Unionsrecht Ansatzpunkte einer systematischen Interpretation. So ging der EuGH bei der Beurteilung der Frage, inwieweit Rechtsetzungskompetenzen auf eine europäische Behörde verlagert werden dürfen, davon aus, dass die Verträge zwar „keine Vorschrift enthalten, die die Übertragung von Zuständigkeiten (...) vorsieht, dass aber mehrere Vorschriften des AEU-Vertrages vom Bestehen einer solchen Möglichkeit ausgehen.“<sup>51</sup> Bisweilen nimmt der EuGH zur näheren Bestimmung primärrechtlichen Inhalts auf Sekundärrechtsakte Bezug. So hat er etwa im Fall **Egenberger** zur Konkretisierung des Diskriminierungsverbots aus Art. 21 Abs. 1 GRCh auf die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG verwiesen,<sup>52</sup> mithin die Normenhierarchie gleichsam umgekehrt. In der Literatur ist dieses Vorgehen umstritten.<sup>53</sup>
- 16 Die **rechtsvergleichende Auslegung** baut nicht auf einer existierenden Kodifikation auf, sondern schließt von der Existenz in den Mitgliedstaaten entwickelter und dort konsentierter Rechtsprinzipien auf deren Legitimation als unionsrechtliches Prinzip. Hierbei ist aber der Charakter des Unionsrechts als eigenständige – wenn

48 EuGH 3.7.1986 – Rs 66/85 (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284, Slg. 1986, 212, Rn. 26.

49 Hierzu EuGH 22.11.2005 – Rs C-384/02 (Grøngaard & Bang), ECLI:EU:C:2005:708, Slg. 2005, I-9939 = EuZW 2006, 25; ebenso BGHZ 169, 98; BGH NZG 2011, 1147; zu Recht krit. *Schürnbrand*, NZG 2011, 1213.

50 EuGH 23.4.2009 – Rs C-533/07 (Falco), ECLI:EU:C:2009:257, Slg. 2009, I-3327 Rn. 33; *Franzen*, S. 447 ff. Zu Beispielsfällen: *M. Schmidt*, *RabelsZ* 1995, 569 (577 ff.); *Schroeder*, *JuS* 2004, 180 (183). Eingehend *Lenaerts/ Guitérrez-Fons*, *Columbia Journal of European Law* 20 (2014), 3 (17 ff.).

51 EuGH 22.1.2014 – Rs C-270/12 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2014:18 = JZ 2014, 244 zur Vereinbarkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) mit den Art. 290 und 291 AEUV sowie AEUV Art. 114 Rn. 79.

52 EuGH v. 17.4.2017, Rs. C-414/16 (Egenberger), ECLI:EU:2018:257, Rn. 81 = NJW 2018, 1869; folgend nun BAG NZA 2019, 455 ff. Vgl. auch EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17 (Cresco Investigation), ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 88 = NJW 2019, 1060.

53 Siehe dazu GA *Bot* Schlussanträge v. 29.5.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (Bauer und Willmeroth), ECLI:EU:C:2018:337, Rn. 73, 75; *Mörsdorf*, *Ungleichbehandlung als Norm*, 2018, S. 113 ff.; *Lourenço*, *Common Market Law Review* 56 (2019), 193 (207 f.); *Kainer*, *NZA* 2018, 894 (895 f.); *Wank*, *RdA* 2020, 1 (4 ff.).

auch lückenhafte – Rechtsordnung im Auge zu behalten.<sup>54</sup> Der rechtsvergleichende Blick kann argumentative Schützenhilfe leisten; für eine Fortbildung des Unionsrechts kommt ihm aber nur dann legitimierende Kraft zu, wenn belegt werden kann, dass das rechtsvergleichend gefundene Prinzip auch Eingang in die Unionsrechtsordnung gefunden hat. Das ist nicht selbstverständlich. Ist das Rechtsprinzip nämlich beispielsweise protektionistisch oder marktabschottend – man denke an Übernahmehindernisse im Kapitalmarktrecht –, bewirkt auch ein breiter rechtsvergleichender Befund keine unionsrechtliche Rechtfertigung.

Die **historische Auslegung** versucht Interpretationsspielräume aufgrund der Entstehungsgeschichte einer Norm auszufüllen. Ihre Rolle ist bei der unionsrechtskonformen Auslegung weniger prominent, als man dies von der Auslegung nationaler Normen gewohnt ist. Das liegt, was das Primärrecht angeht, daran, dass die „travaux préparatoires“ der Verträge nicht veröffentlicht sind.<sup>55</sup> Unter Umständen werden sich auch darüber hinaus keine veröffentlichungsfähigen Materialien finden lassen, sondern der Text der Vorschriften bildet nur den kleinsten gemeinsamen Nenner unterschiedlicher nationaler Vorstellungen.<sup>56</sup> Eine Besonderheit bilden die Erläuterungen zur Grundrechtecharta,<sup>57</sup> die nach Art. 6 Abs. 1 S. 3 EUV bzw. Art. 52 Abs. 7 GRCh bei deren Auslegung zu berücksichtigen sind.<sup>58</sup> In jüngerer Zeit, namentlich im Urteil **Wightman**, hat sich der EuGH außerdem für die Auslegung des Primärrechts auf die (veröffentlichten<sup>59</sup>) Materialien zum (gescheiterten) europäischen Verfassungsvertrag berufen.<sup>60</sup> Ähnlich verhält es sich mit Bezugnahmen auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, einem Ratsdokument ohne Gesetzescharakter.<sup>61</sup>

17

54 Schulze/Janssen/Kadelbach/Borchardt, § 15 Rn. 24; *Callies*, NJW 2005, 929 (932); Gebauer/Wiedmann/*Gebauer*, Kap. 4 Rn. 9; *Heiderhoff*, Rn. 113 f.; krit., was die rechtsvergleichende Auslegung betrifft: *Franzen*, S. 454 f.; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529 (533); *Riesenhuber*, 2. FS Canarias, 2017, S. 181, 198 ff.; für mehr Rechtsvergleichung aber *Remien*, *RabelsZ* 1998, 627 (646); Die Bedeutung betonend *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, *Columbia Journal of European Law* 20 (2014), 3 (44 ff.). Zur Verfassungsvergleichung *Streinz*, in: Herzog u. a. (Hrsg.), *Europarecht und Rechtslehre*, 2017, 47.

55 *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529 (530); *Streinz/Kokott*, EUV Art. 55 Rn. 4; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 32; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 11 Rn. 30.

56 *Hartley*, *EU Law*, S. 77.

57 ABl. EU 2007 C 303/17.

58 Bezugnahmen des EuGH finden sich etwa in EuGH v. 22.10.2010, Rs. C-279/09 (DEB), ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 36 = NJW 2011, 2496; v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Akerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 20 = NJW 2013, 1415; v. 14.3.2017, C-157/15 (G4S Secure Solutions), ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 27 = NJW 2017, 1087. Vgl. zum Thema auch *Lenaerts*, *EuR* 2012, 3 (16 f.).

59 ABl. EU 2004, C 310/1.

60 EuGH v. 10.12.2018, Rs. C-621/18 (Wightman), ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 68 f. = *EuZW* 2019, 31. Daneben findet auch in den Schlussanträgen der Generalanwälte häufig eine Auseinandersetzung mit diesem Dokument statt, vgl. etwa GA *Kokott*, Stellungnahme v. 13.6.2014, Gutachtenverfahren 2/13 (Beitritt zur EMRK), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 90 und GA *Bobek*, Schlussanträge v. 29.7.2019, C-418/18 P (Puppnick), ECLI:EU:C:2019:640, Rn. 38 ff. Vgl. auch *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, *Columbia Journal of European Law* 20 (2014), 3 (23 ff.).

61 Vgl. zuletzt EuGH v. 6.11.2018, Rs. C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 52 = NJW 2019, 495.

### III. Die teleologische Auslegung und die Fortbildung von Unionsrecht

- 18 Eine häufig als „**dynamisch**“<sup>62</sup> bezeichnete Form der Interpretation ist für den EuGH kennzeichnend geworden. Sie nimmt ihren Ausgang bei dem, was im deutschen Recht als teleologische Auslegung bezeichnet wird,<sup>63</sup> und schreitet fort zu eigenständigen Rechtsfortbildungen *intra* und *extra legem*.<sup>64</sup> Auf diese Weise versucht der Gerichtshof, eine möglichst umfassende Verwirklichung der Zielvorstellungen des Vertrages zu erreichen. Dass die Frage, wie weit die Befugnisse des EuGH auf diesem Gebiet reichen, mit besonderer Intensität diskutiert wird, liegt auf der Hand. Jede Rechtsfortbildung, die Kompetenzen europäischer Institutionen erweitert, beschneidet die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Dem Streben des Gerichtshofs nach einer immer umfassenderen Union steht deshalb häufig der Verweis der Mitgliedstaaten auf die begrenzten Kompetenzen der Union nach den Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV, Art. 288 AEUV entgegen (zur Analogie → Rn. 22).<sup>65</sup>

### IV. Besonderheiten bei der Auslegung von Sekundärrecht

- 19 Für die Auslegung des Sekundärrechts der Union gelten zunächst einmal dieselben Grundsätze wie für die Auslegung von Primärrecht. Das bedeutet, auch die Interpretation einer Richtlinie hat an ihrem Wortlaut anzusetzen und sodann deren systematische Stellung zu berücksichtigen. Gibt es zur Regelung eines bestimmten Komplexes verschiedene Richtlinien, kann die systematische Interpretation bei der Abgrenzung der Regelungsgegenstände dieser Richtlinien helfen.<sup>66</sup>
- 20 Die **historische** Interpretation des Sekundärrechts<sup>67</sup> ist durch die Neufassung des Art. 207 EG im Vertrag von Amsterdam und sodann durch den Vertrag von Lissabon erheblich erleichtert worden. Nach Art. 16 Abs. 8 EUV und Art. 15 Abs. 3 AEUV besteht ein sog. Transparenzgebot. Danach hat jeder Unionsbürger grundsätzlich das Recht auf Zugang zu den Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union.<sup>68</sup>
- 21 Bei der **teleologischen Interpretation** von Richtlinien leisten häufig die Präambeln und Erwägungsgründe, die den Richtlinien vorangestellt sind, gute Dienste.<sup>69</sup>

62 *Bleckmann*, NJW 1982, 1177 (1180). Vgl. auch *Ryes y Ráfales*, EuR 2018, 498 („integrationsdynamisch“). Eingehend und ausdifferenzierend *Lenaerts/ Guitérrez-Fons*, *Columbia Journal of European Law* 20 (2014), 3 (31 ff.).

63 So auch im Unionsrecht bezeichnet von *Heiderhoff*, Rn. 110 f.; englische Kommentatoren fragen sich freilich, ob es hierbei noch um Auslegung geht, vgl. z. B. *Hartley*, *EU Law*, S. 77 f.

64 Hierzu *Callies*, NJW 2005, 929 (931); *Everling*, JZ 2000, 217. Zur Analogie *Langenbucher*, *Cambridge Law Journal* 57 (1998), 481 (507 ff.); ablehnend zur Kompetenz des EuGH rechtsfortbildend tätig zu werden: *Hillgruber*, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Behrens/Eger/Schäfer*, *Ökonomische Analyse des Europarechts: Beiträge zum XII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* (24.-26.3.2010), 2012, S. 1 ff. Skeptisch *Riesenhuber*, 2. FS Canaris, 2017, S. 181, 195 ff.

65 I. d. S. *Lenaerts/ Guitérrez-Fons*, *Columbia Journal of European Law* 20 (2014), 3 (4 ff.).

66 Ein Beispiel für eine misslungene systematische Interpretation bietet EuGH 16.12.1997 – Rs C-104/96 (*Mediasafe*), ECLI:EU:C:1997:610, Slg. 1997, I-7211 = *EuZW* 1998, 92; hierzu *Hommelhoff*, in: *Schulze*, S. 29, 34 f.; *Schwab*, ZGR 2000, 446 (453 f.); zur Auslegung von unter Einbeziehung des CESR erlassenen Richtlinien *Kalss*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 6 ff.

67 Hierzu *Lutter*, JZ 1992, 593 (599 ff.).

68 Vgl. *Streinz/Gellermann*, AEUV Art. 15 Rn. 8-25; *Brenner/Huber*, DVBl 2001, 1013 (1015).

69 *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529 (531); *M. Schmidt*, *RabelsZ* 1995, 569 (579); verhaltener *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, § 3 Rn. 146. Ein Beispiel findet sich bei *Schwab*, ZGR 2000,

Zusätzlich ist bei der Auslegung von Sekundärrecht zu bedenken, dass sie **im Lichte des Primärrechts** und in Konformität mit diesem<sup>70</sup> zu erfolgen hat. Das schließt die Auslegung nach Maßgabe **allgemeiner Rechtsgrundsätze des Unionsrechts** sowie der **Unionsgrundrechte** ein.<sup>71</sup> Diese Form der Auslegung ist dem deutschen Interpreten durch die verfassungskonforme Auslegung vertraut. Wie schon bei der Auslegung des Primärrechts ist bei der teleologischen Interpretation von Richtlinien die Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zu beachten. Wer eine Richtlinie teleologisch erweitern möchte, beschneidet Kompetenzen der Mitgliedstaaten; wer sie einschränken möchte, missachtet den Umsetzungsauftrag des Unionsrechts.<sup>72</sup>

Unklar und bislang weniger diskutiert ist die Frage, ob eine **Analogie zwischen Richtlinien** in Betracht kommt.<sup>73</sup> Dem EuGH lag dieses Problem explizit nur in wenigen, vereinzelt gebliebenen Entscheidungen vor.<sup>74</sup> Immerhin lässt sich sagen, dass mit der Anerkennung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Bestandteil des Unionsrechts auch die Methode der Analogie legitimer Bestandteil einer europarechtlichen Methodenlehre ist.<sup>75</sup> 22

## V. Korrelat der Auslegung: Das Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren soll die Zersplitterung des Unionsrechts in unterschiedliche nationale Interpretationen verhindern und etabliert deshalb die **Auslegungshoheit des EuGH**.<sup>76</sup> 23

**1. Auslegungshoheit.** Vor dem Hintergrund der Auslegungshoheit ist die Rechtsprechung des Gerichts mit Blick auf bilaterale **Investitionsschutzverträge** zwischen Mitgliedstaaten zu verstehen. Aus Art. 344 AEUV folgt nach Ansicht des EuGH, dass derartige zwischenstaatliche Verträge, wenn sie eine Prüfungskompetenz von Schiedsgerichten hinsichtlich Unionsrechtsbestimmungen vorsehen, allenfalls dann zulässig sind, wenn eine umfassende Kooperationsmöglichkeit im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens und damit eine vereinheitlichende Kon- 24

446 (456 f.); EuGH 12.11.1974 – Rs 32/74 (Haaga), ECLI:EU:C:1974:116, Slg. 1974, 1201 = BB 1974, 1500.

70 Vgl. EuGH 1.10.2015 – Rs C-340/14 (Trijber), ECLI:EU:C:2015:641, BeckRS 2016, 80207; *Lutter*, JZ 1992, 593 (603); *Schiff*, EuZW 2015, 899.

71 EuGH 19.11.2009 – Rs C-402/07 u. C-432/07 (Sturgeon u. a./Condor Flugdienst-GmbH u. Stefan Böck u. a./Air France SA), ECLI:EU:C:2009:716, ECLI:EU:C:2009:716 = NJW 2010, 43; EuGH v. 14.5.2019, Rs. C-55/18 (CCOO), ECLI:EU:2019:402, Rn. 60 = NJW 2019, 1861 (Pflicht zur Arbeitszeiterfassung); v. 29.7.2019, Rs. C-516/17 (Spiegel Online), ECLI:EU:C:2019:625 = NJW 2019, 2761 und v. 29.7.2019, Rs. C-469/17 (Funke Medien NRW), ECLI:EU:C:2019:623 = NJW 2019, 2532 (jeweils zur Auslegung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG).

72 Für eine striktere Beachtung der Kompetenzverteilung im Rahmen der Auslegung von Richtlinien im Lichte der Grundrechtecharta vgl. etwa *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066 (1069 f.); *Wank*, RdA 2020, 1 (4).

73 Vgl. zuletzt *Schön*, 2. FS Canaris, 2017, S. 147; aus der im Übrigen spärlichen Literatur: Schulze/Janssen/Kadelbach/Borchardt, § 15 Rn. 53 ff.; *Bultmann*, JZ 2004, 1100; *Callies*, NJW 2005, 929 (932); *Heiderhoff*, Rn. 116 f.; *Franzen*, Jb. J. ZivRWiss., 1997, S. 285, 298 ff.; *Langenbucher*, Jb. J. ZivRWiss., 1999, S. 65, 79 ff.; *dies.*, Cambridge Law Journal 57 (1998), 481 ff.

74 EuGH 20.2.1975 – Rs 64/74 (Reich), ECLI:EU:C:1975:27, Slg. 1975, 261, Rn. 3; 12.12.1985, Rs 165/84 (Krohn), ECLI:EU:C:1985:507, Slg. 1985, 3997.

75 *Neuner*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 32; *Schön*, 2. FS Canaris, 2017, S. 147.

76 EuGH v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 37 = NJW 2018, 1663; *Zu-leeg*, ZEuP 1998, 506 (519).

trolle durch den EuGH verfahrensrechtlich gewährleistet wird. So hat der EuGH in einer aufsehenerregenden Entscheidung im Fall **Achmea** im März 2018 festgestellt, dass bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten der EU gegen die Autonomie des Unionsrechts verstoßen, wenn sie – wie üblich – Streitigkeiten zwischen Investoren und Gaststaaten einem unabhängigen Investitionsschiedsgericht überantworten.<sup>77</sup> Solche Schiedsgerichte seien nicht als „Gericht“ im Sinne des Unionsrechts anzusehen und daher nicht vorlageberechtigt. Somit könne der EuGH seiner Auslegungshoheit für Europarecht innerhalb der Union nicht gerecht werden. In vergleichbarer Weise hat der EuGH den – sogar in Art. 6 Abs. 3 EUV primärrechtlich vorgesehenen – Beitritt der Union zur EMRK unter anderem deshalb abgelehnt, weil die Union und damit auch er selbst infolgedessen an die Auslegung von Unionsrecht durch den EGMR gebunden sein könnte.<sup>78</sup>

- 25 **2. Vorlegendes Gericht.** Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dürfen die Instanzgerichte den EuGH anrufen, wenn es um die Interpretation von Unionsrecht im Sinne des Art. 267 Abs. 1 AEUV geht. Nach Abs. 3 sind die Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können, hierzu verpflichtet. Damit sind nicht nur die bei abstrakter Betrachtung hierarchisch höchsten Gerichte eines Mitgliedstaates angesprochen, etwa BGH oder BAG. Stattdessen geht es um das **funktional letztinstanzliche Gericht**, mit anderen Worten dasjenige nationale Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln<sup>79</sup> angefochten werden kann. Liegt der Streitwert nicht über EUR 600,<sup>80</sup> kann folglich auch ein deutsches Amtsgericht zur Vorlage verpflichtet sein.<sup>81</sup> Ob das **Bundesverfassungsgericht** oder die **Landesverfassungsgerichte**, die keinem Rechtsweg im engeren Sinne zugeordnet sind, **zur Vorlage an den EuGH verpflichtet** sind, ist strittig.<sup>82</sup> Gerade bezüglich der Unionsgrundrechte könnte dies in Zukunft Relevanz erlangen.
- 26 Inwiefern nationale Gerichte die **Grundrechte der Grundrechtecharta** heranziehen können, hat durch zwei Entscheidungen des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom November 2019 wesentliche Impulse erfahren.<sup>83</sup> So hat der Senat im Fall „**Recht auf Vergessenwerden I**“ betont, dass in den Fällen, in denen das Unionsrecht den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belässt, die Grundrechte des

77 EuGH v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 39 ff. = NJW 2018, 1663. Vgl. dazu etwa *Classen*, EuR 2018, 361.

78 EuGH v. 18.12.2014 – Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 201 ff. Vgl. zum **CETA-Abkommen** mit Kanada: EuGH 30.4.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341 = EuZW 2019, 868.

79 Die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde einzulegen, bleibt hierbei außer Betracht, vgl. *Huber*, § 21 Rn. 35.

80 Vgl. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

81 H. M.: Streinz/*Ehricke*, AEUV Art. 267 Rn. 45; *Heiderhoff*, Rn. 143 f.

82 Ausführlich hierzu, jedoch jeweils vor den zwischenzeitlichen Vorlageverfahren bezüglich OMT und PSPP: Büdenbender, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, 2005; *Schönemeyer*, Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV, 2014, passim; *Hirsch*, Vorabentscheidungsvorlagen zum Europäischen Gerichtshof durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1997; *Störmer*, Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 177 EGV durch Landesverfassungsgerichte, NJ 1998, 337 (341).

83 BVerfG NJW 2020, 300 und NJW 2020, 314. Die Entscheidungen wurden als „eine[r] der bedeutendsten Weichenstellungen in der gesamten Geschichte bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsjudikatur“ bezeichnet, vgl. *Wendel*, JZ 2020, 157.

GG anwendbar bleiben, wobei das BVerfG diese Grundrechte im Lichte der Grundrechte der EU auszulegen gedenkt.<sup>84</sup> Insbesondere hat der 1. Senat des BVerfG in der Entscheidung „**Recht auf Vergessenwerden II**“ die Grundrechte der Charta selbst als Prüfungsgegenstand im Rahmen einer (gegen nationales Handeln gerichteten) Verfassungsbeschwerde genutzt.<sup>85</sup> Zur Begründung seiner Kompetenz der Prüfung einer Verfassungsbeschwerde anhand des Maßstabs der Unionsgrundrechte im Rahmen vollständig vom Unionsrecht determinierter Bereiche verwies der Senat auf das Fehlen eines europarechtlichen oder nationalen Individualrechtsbehelfs, der auf die Verletzung von Unionsgrundrechten gestützt werden könnte.<sup>86</sup> Bei der inhaltlichen Prüfung der Charta will der Senat dabei die Dogmatik des EuGH übernehmen, so z. B. die **Lehre von der mittelbaren Drittwirkung** zugunsten einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung insoweit nicht anwenden.<sup>87</sup> Hier ist also wiederum ein Spannungsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH denkbar und es wird sich zeigen, ob das BVerfG bezüglich der EU-Grundrechte verstärkt Institute wie die *acte-clair*-Doktrin nutzen wird (zur *acte-clair*-Doktrin → Rn. 32), um selbst entscheiden zu können, oder ob das BVerfG tatsächlich von der Möglichkeit der Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Unionsgrundrechte im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens Gebrauch machen wird.<sup>88</sup>

**3. Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens.** Der Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist in Art. 267 Abs. 1 AEUV benannt. Hiernach hat der EuGH insbesondere über die Auslegung des Primär-<sup>89</sup> und des Sekundärrechts<sup>90</sup> zu entscheiden. Was das Sekundärrecht anbelangt, kommt die Entscheidung über dessen Gültigkeit hinzu. Keine Entscheidungskompetenz hat der EuGH bezüglich der Auslegung und Gültigkeit des nationalen Rechts. Damit darf auch die Frage nicht beantwortet werden, ob nationales Recht mit Unionsrecht vereinbar ist, sondern der EuGH beantwortet lediglich in abstrakter Form, ob das Unionsrecht so auszulegen ist, dass es einer nationalen Vorschrift wie der streitgegenständlichen entgegensteht.<sup>91</sup>

Einen Grenzfall bildet die Zuständigkeit des EuGH bei der **überschießenden Umsetzung von Richtlinien**.<sup>92</sup> Dabei geht es um Folgendes: Häufig erstreckt der nationale Gesetzgeber den Regelungsumfang einer Richtlinie über deren Anwendungsbereich hinaus. Prominentes Beispiel ist die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie**,<sup>93</sup> die der deutsche Gesetzgeber zum Anlass genommen hat, das deutsche Schuldrecht weit über das Ziel der Richtlinie hinaus zu modernisieren.

Auf den ersten Blick steht hier rein nationales Recht in Rede, soweit Normen außerhalb des Regelungsgegenstandes der Richtlinie betroffen sind. Dessen Ausle-

84 BVerfG NJW 2020, 300 (304) Rn. 60.

85 BVerfG NJW 2020, 314 (317) Rn. 47 ff.

86 BVerfG NJW 2020, 314 (318) Rn. 58 ff.

87 BVerfG NJW 2020, 314 (322) Rn. 97.

88 Vgl. *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185; skeptischer *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177.

89 Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV: Die Auslegung der Verträge.

90 Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV: Die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

91 *Dauses*, FS Everling, Bd. I, 1995, S. 223, 229; *Heiderhoff*, Rn. 147.

92 S. hierzu auch u. → Rn. 118 ff. sowie den Fall in *Riehm*, § 4 Rn. 46 ff.

93 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999, S. 12. Hierzu *MünchKommBGB/Lorenz*, Vorbem. zu BGB § 474 Rn. 2.

gung liegt jenseits der Kompetenz des Gerichtshofs.<sup>94</sup> Bei näherem Hinsehen greift diese Betrachtungsweise aber in manchen Fällen zu kurz. Die historische Auslegung der nationalen Norm kann ergeben, dass der Gesetzgeber auf den jeweiligen europarechtlichen Erkenntnisstand verweisen wollte. In diesem Fall inkorporiert der nationale Gesetzgeber eine Richtlinie außerhalb ihres Regelungsgegenstandes in die nationale Rechtsnorm. Deren Auslegung setzt dann im Sinne des Art. 267 AEUV die Beseitigung von Zweifeln darüber voraus, wie die Richtlinie zu verstehen sei, und eröffnet folglich die Zuständigkeit des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren.<sup>95</sup>

Hiervon zu trennen ist die weitere Frage, ob aus der Sicht des Unionsrechts Einwände dagegen zu erheben sind, dass die nationale Rechtsordnung auch außerhalb des Regelungsgegenstandes einer Richtlinie den EuGH in die Pflicht nimmt.<sup>96</sup> Der EuGH hat das bislang selten beanstandet.<sup>97</sup> Insbesondere entscheidet er auch über überschießende Teile nationaler Normen, wenn das nationale Recht eine Richtlinienbestimmung „unmittelbar und unbedingt“ für anwendbar erklärt, sogar wenn die betreffende Materie selbst nicht der jeweiligen Richtlinie unterfällt.<sup>98</sup>

In einer neueren Entscheidung hat der EuGH im **Fall I.G.I.** sogar seine Zuständigkeit bejaht, obwohl der zugrunde liegende Sachverhalt weder der betreffenden Richtlinie<sup>99</sup> unterfiel, noch das betreffende überschießende italienische Recht auf Unionsrecht verwies<sup>100</sup> oder ein grenzüberschreitender Bezug gegeben war.<sup>101</sup> Es genügte dem EuGH zur Bejahung seiner Zuständigkeit bereits der Hinweis darauf, dass die Vorschriften, die auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens Anwendung fänden, zumindest auch der Umsetzung einer Richtlinie dienten.<sup>102</sup>

94 Vgl. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 78 f.; *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913 ff.; *Hommelhoff*, FS BGH, S. 889, 921.

95 So im Ergebnis auch EuGH 26.9.1985 – Rs 166/84 (Thomasdünge), ECLI:EU:C:1985:208, Slg. 1985, I-3001; 18.10.1990, Rs C-297/88 und 197/89 (Dzodzi), ECLI:EU:C:1990:360, Slg. 1990, I-3763 = EuZW 1991, 319; 17.7.1997, Rs C-28/95 (Leur-Bloem), ECLI:EU:C:1997:369, Slg. 1997, I-4161 = IStR 1997, 539; 16.7.1998, Rs C-264/96 (ICI), ECLI:EU:C:1998:370, Slg. 1998, I-4695 = BB 1999, 447; 7.1.2003, Rs C-306/99 (BIAO), ECLI:EU:C:2003:3, Slg. 2003, I-1, 64; 15.9.2005, Rs C-281/03 (Cindu Chemicals BV), ECLI:EU:C:2005:549, Slg. 2005, I-8069 = NJW 2005, 657; EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-268/15 (Ullens de Schooten), ECLI:EU:C:2016:874, Rn. 53 = BeckRS 2016, 82868. *Schnorbus*, *RabelsZ* 2001, 654 (692 ff.). S. dazu eingehend den Fall in *Riehm*, § 4 Rn. 46 ff.

96 Vgl. *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913 (919).

97 Vgl. EuGH 18.10.1990 – Rs C-297/88 und 197/89 (Dzodzi), ECLI:EU:C:1990:360, Slg. 1990, I-3763 = EuZW 1991, 319; 17.7.1997, Rs C-28/95 (Leur-Bloem), ECLI:EU:C:1997:369, Slg. 1997, I-4161 = IStR 1997, 539; 15.1.2002, Rs C-43/00 (Andersen og Jensen), ECLI:EU:C:2002:15, Slg. 2002, I-379; hierzu *Franck/Möslein*, S. 81. Eine Ausnahme bildet die Entscheidung des EuGH 28.3.1995 – Rs C-346/93 (Kleinwort Benson), ECLI:EU:C:1995:85, Slg. 1995, I-615 = IPrax 1996, 190, soweit hier nicht auf den Regelungsgegenstand einer Richtlinie verwiesen wurde, sondern diese nur als Muster dient; s. *Franck/Möslein*, S. 82.

98 Zu dieser umstrittenen Vorgehensweise des EuGH siehe *Mittwoch*, JuS 2017, 296 (297 f.) m.w.N., die eine Unterscheidung zwischen richtlinienkonformer und richtlinienorientierter Auslegung bevorzugt.

99 Richtlinie 82/891/EWG („Sechste Richtlinie“ betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften), fortgeschrieben durch Art. 135-160 der RL 2017/1132/EU („Gesellschaftsrechtsrichtlinie“).

100 Kein „unmittelbarer und unbedingter“ Verweis auf Unionsrecht, s. o. → Rn. 29.

101 EuGH 30.01.2020 – C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (I.G.I.) zu Spaltungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Schutz der Interessen der Gläubiger der gespaltenen Gesellschaft („*actio pauliana*“).

102 EuGH ebd., Rn. 51.

Diese jüngsten Rechtsprechungsentwicklungen sind besonders aufmerksam zu beobachten, da sie zu einer äußerst weitgehenden Überprüfbarkeit des mitgliedstaatlichen Rechts durch den EuGH führen können.<sup>103</sup>

**4. Vorlageberechtigung und Vorlageverpflichtung.** Vorlageberechtigt ist jedes Gericht,<sup>104</sup> wenn es Zweifel hinsichtlich der Auslegung oder der Gültigkeit einer unionsrechtlichen Norm hat, für die Streitentscheidung im Ausgangsverfahren eine Entscheidung des EuGH für erforderlich hält und die vorgelegten Fragen entscheidungserheblich sind.<sup>105</sup> Die Entscheidungserheblichkeit im Ausgangsverfahren fehlt,<sup>106</sup> wenn es um hypothetische Fragen geht.<sup>107</sup>

Eine Vorlagepflicht außerhalb der Grenzen des Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht nicht. Daraus folgt, dass ein nicht zur Vorlage verpflichtetes deutsches Gericht eine Norm, die es (nur) für unionrechtswidrig, nicht aber für verfassungswidrig hält, unangewendet lassen darf.<sup>108</sup>

**5. Ausnahmen von der Vorlagepflicht und Sanktionen bei Nichtvorlage.** Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht hat der EuGH im Rahmen der **acte-clair-Doktrin** anerkannt. Hiernach muss ein Gericht nicht vorlegen, wenn die Frage bereits in einem gleich liegenden Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung war, wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs vorliegt oder wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt.<sup>109</sup> Diese Ausnahmen will der EuGH freilich eng interpretiert wissen.<sup>110</sup> Kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt nur, wenn neben dem nationalen Gericht selbst auch die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten sowie der EuGH keine Zweifel hinsichtlich des Auslegungsergebnisses hegen.<sup>111</sup> Obgleich

103 Kritisch hierzu *Schollmeyer* NZG 2020, 589 (590), der auf die Gefahren hinweist, die sich aus einer übermäßig weiten Auslegung der Entscheidungserheblichkeit für den nationalen Gesetzgeber ergeben können.

104 Zur Auslegung dieses Begriffs *Streinz/Ehricke*, AEUV Art. 267 Rn. 28 ff.; s. a. unten *Riehm*, § 4 Rn. 35 f.

105 EuGH 24.3.2011 – Rs C-194/10 (*Abt u. a./Hypo Real Estate*), ECLI:EU:C:2011:182, EuZW 2011, 648 = ZIP 2011, 1002. Insbesondere kann eine nationale Verfahrensvorschrift die Gerichte nicht an einer Vorlage an den EuGH hindern, EuGH 15.1.2013 – Rs C-416/10 (*Križan*), ECLI:EU:C:2013:8, NVwZ 2013, 347 (350), Rn. 67 f.

106 S. zur Frage der fehlenden Entscheidungserheblichkeit im Falle der richtlinienkonformen Auslegung die Anmerkung von *Lorenz*, NJW 2006, 3202.

107 EuGH 16.12.1981 – Rs 244/80 (*Foglia/Novella II*), ECLI:EU:C:1981:302, Slg. 1981, 3045 ff., Rn. 18 = NJW 1980, 2640; EuGH 24.3.2011 – Rs. C-194/10 (*Abt u. a./Hypo Real Estate Holding AG*) ECLI:EU:C:2011:182 Rn. 31 ff.; zur Frage, ob der EuGH eine Erheblichkeitskontrolle durchführen muss *Heiderhoff*, Rn. 155 f.; zur Substantiierungspflicht im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens vgl. EuGH v. 20.9.2018, Rs. C-343/17 (*Fermoluc*), ECLI:EU:C:2018:754, Rn. 29 = BeckRS 2018, 575805.

108 EuGH 19.1.2010 – Rs C-555/07 (*Küçükdeveci*), ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365 Rn. 55 = NJW 2010, 427.

109 EuGH 6.10.1982 – Rs 283/81 (C. I. L. F. I. T.), ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 = NJW 1983, 1257; s. a. BVerwGE 66, 29, 38. Aus der Literatur s. etwa *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950.

110 EuGH v. 4.10.2018, Rs. C-416/17 (*Kommission/Frankreich*); ECLI:EU:C:2018:811 Rn. 111 = EuZW 2018, 1038, wonach sich das Gericht des Mitgliedsstaates „sicher sein [müsse], dass der Gerichtshof ohne Weiteres zu demselben Schluss gelangen würde“. Vgl. aber *Kornezov*, Common Market Law Review 53 (2016), 1317.

111 Vgl. auch EuGH v. 9.9.2015, Rs. C-160/14 (*Ferreira da Silva e Brito u. a.*), ECLI:EU:C:2015:565, Rn. 43 f. = NJW 2016, 1295, wonach insbesondere Vorlagen von Gerichten anderer Mitgliedstaaten einen *acte clair* ausschließen. S. a. *Schulze/Janssen/Kadelbach/Classen*, § 4 Rn. 78. Auf eigene Zweifel des nationalen Gerichts abstellend *Heiderhoff*, Rn. 157 f.

diese Voraussetzung eng erscheint, unternehmen die nationalen Gerichte mitunter beachtliche argumentative Anstrengungen, um zu zeigen, dass keine vernünftigen Zweifel bestehen.<sup>112</sup> Bei willkürlicher Bejahung eines „acte clair“ droht im deutschen Recht die Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>113</sup>

- 33 Wirksame Sanktionen, um ein **nicht vorlegungswilliges nationales Gericht** zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zu zwingen, sind nicht ganz einfach zu etablieren. Weigert sich ein zur Vorlage verpflichtetes Gericht, den EuGH anzurufen, so steht zwar das Vertragsverletzungsverfahren nach den Art. 258 f. AEUV zur Verfügung.<sup>114</sup> Zum einen hat aber die Partei des nationalen Rechtsstreits hierauf keinen Anspruch, zum anderen ist wegen des Gewaltenteilungsgrundsatzes und der Unabhängigkeit der Gerichte fraglich, auf welche Weise ein ohne Vorabentscheidung ergangenes Urteil des nationalen Gerichts korrigiert werden könnte.<sup>115</sup> Unter dem Blickwinkel des deutschen Rechts ist bei einer Weigerung eines nationalen Gerichts, den EuGH anzurufen, ein Staatshaftungsanspruch denkbar.<sup>116</sup> Legt ein vorlageverpflichtetes Gericht nicht vor, verletzt es außerdem das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, was im Grundsatz mit einer (Urteils-)Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.<sup>117</sup> Das gilt nicht nur, wenn ein letztinstanzliches Gericht nicht vorlegt, obgleich es von Entscheidungserheblichkeit ausgeht und Zweifel an der korrekten Auslegung von Unionsrecht hat.<sup>118</sup> Das Recht auf den gesetzlichen Richter wird auch bei einer bewussten Abweichung von bestehender EuGH-Judikatur ohne Vorlagebereitschaft verletzt.<sup>119</sup> Liegt Rechtsprechung des EuGH nicht vor, ist die entscheidungserhebliche Frage noch offen oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung als möglich, hat das letztinstanzliche Gericht einen Beurteilungsspielraum. Erst wenn dieser in unvertretbarer Weise überschritten wird, ist das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt.<sup>120</sup> Diskutiert wird zuletzt, ob die Nichtvorlage eines Instanzgerichts nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO die Zulassung der Revision begründen kann.<sup>121</sup>

112 So wäre in BGH NJW 2002, 3100; NJW 2004, 362 (grüne Woche in Berlin/Messe keine Freizeitveranstaltung i. S. d. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB a. F.) wohl vorzulegen gewesen.

113 BVerfGE 135, 155 Rn. 183 = NJW 2014, 764; BVerfGE 147, 364 Rn. 43 = NJW 2018, 686.

114 Ausdrücklich EuGH v. 4.10.2018, Rs. C-416/17 (Kommission/Frankreich); ECLI:EU:C:2018:811 Rn. 106 ff. = EuZW 2018, 1038; dazu *Hering*, EuR 2020, 112; *Payandeh*, JuS 2019, 82.

115 Zur Vertiefung *Ehrliche*, Bindungswirkung von Urteilen des EuGH, 1997, S. 58 ff.; *Grundmann*, in: Schulze, S. 63, 64 f.

116 EuGH 30.9.2003 – Rs C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513, NJW 2003, 3539; *Kremer*, NJW 2004, 480.

117 BVerfGE 73, 339, 366 ff. = NJW 1987, 577; BVerfGE 135, 155 Rn. 177 = NJW 2014, 764; BVerfGE 147, 364 Rn. 37 = NJW 2018, 686. Verhinderbar ist ein *unwillkürlicher* Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach der deutschen Rechtsordnung jedoch nicht. Vgl. hierzu *Kenntner*, EuZW 2005, 235 (237); *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 ff.

118 BVerfGE 135, 155 Rn. 181 = NJW 2014, 764; BVerfGE 147, 364 Rn. 41 = NJW 2018, 686

119 BVerfGE 135, 155 Rn. 182 = NJW 2014, 764; BVerfGE 147, 364 Rn. 42 = NJW 2018, 686.

120 BVerfGE 135, 155 Rn. 183 = NJW 2014, 764; BVerfGE 147, 364 Rn. 43 = NJW 2018, 686.

121 Das BVerfG sieht einen Zulassungsgrund i. S. d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO schon als gegeben an, wenn sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige Frage des Unionsrechts stellt und sich daraus voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens ergibt, BVerfG NVwZ 2016, 378 (379); hierzu *Heß*, ZJP 1995, 99; *Petzold*, NJW 1998, 123 (124); *Musielak/Ball*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 17. Aufl. 2020, § 543 Rn. 7 (bejahend). Bei offensichtlichem Verstoß ebenfalls bejahend: *Wolf*, WM 2005, 1345 (1350).

### C. Die Einwirkungen des Primärrechts auf nationales Privatrecht

Unionsrecht richtet sich zunächst einmal an die Mitgliedstaaten, die ihre Rechtsordnung an dessen Vorgaben auszurichten haben. Das **Primärrecht** erfasst neben den Verträgen und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auch die **allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts**. Diese gewinnt der EuGH im Regelfall auf der Basis der Grundrechtecharta, der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, völkerrechtlicher Verträge sowie bisweilen der Erwägungsgründe von Richtlinien.<sup>122</sup> 34

Was bedeutet es für den Bürger eines Mitgliedstaates, wenn sich herausstellt, dass in einem von ihm geführten Rechtsstreit eine unionsrechtswidrige Bestimmung des nationalen Rechts Anwendung finden soll? Die möglichen Antworten auf diese Frage decken ein weites Spektrum ab. Man könnte den Bürger auf die Zukunft verweisen und hoffen lassen, sein Mitgliedstaat werde die unionswidrige Bestimmung von selbst oder aufgrund eines Vertragsverletzungsverfahrens nach den Art. 258 f. AEUV außer Kraft setzen. Wenigstens theoretisch denkbar wäre, ihm ein Klage-recht gegen seinen Staat auf Erlass eines unionsrechtskonformen Gesetzes zuzubilligen. Praktisch besser durchsetzbar ist eine Klage auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erleidet, dass die nationale Rechtsnorm unionsrechtswidrig ist.<sup>123</sup> Geholfen wäre dem Bürger auch, wenn man das nationale Recht, sofern das möglich ist, so auslegt, dass es den Vorgaben des Unionsrechts entspricht.<sup>124</sup> Besonders effektiv wäre es schließlich, wenn sich der rechtsuchende Bürger direkt auf diejenigen Bestimmungen des Unionsrechts berufen könnte, die der nationale Normgeber missachtet, ohne deren Umsetzung abwarten zu müssen. Mit all diesen Optionen eines *private enforcement*<sup>125</sup> setzen sich die folgenden Abschnitte auseinander. 35

#### I. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Primärrecht im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zum Mitgliedstaat

Den zuletzt genannten Weg, also die unmittelbare Berufung auf Unionsrecht, hat der EuGH für das Verhältnis des Bürgers zu seinem Staat beschritten. Bestimmte Normen des Primärrechts sind unmittelbar anwendbar.<sup>126</sup> Dabei bedeutet „unmittelbar“ ohne staatlichen Umsetzungsakt. Fehlt es an einer nationalen Norm, liefert das Unionsrecht den Rechtsanwendungsbefehl; liegt eine unionsrechtswidrige Norm vor, bleibt diese ohne Anwendung. 36

122 So hat der EuGH das mittlerweile im Wesentlichen in den Art. 20 ff. GRCh niedergelegte und ausdifferenzierte allgemeine Gleichheitsgebot zunächst als allgemeinen Grundsatz hergeleitet, vgl. EuGH 22.11.2005 – Rs C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981 = EuZW 2006, 17 (Altersdiskriminierung).

123 Einen solchen Anspruch gibt der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch, s. u. → Rn. 127 ff.

124 S. hierzu u. → Rn. 55 ff. (primärrechtskonforme Auslegung) und → Rn. 88 ff. (richtlinienkonforme Auslegung).

125 Hierzu im Kontext des Unionsrechts: *Mörsdorf*, *RabelsZ* 2019, 797.

126 Deckungsgleich mit der unmittelbaren Anwendbarkeit wird der Begriff „**unmittelbare Wirkung**“ oder „**vertikale Direktwirkung**“ (vertikal, da das Verhältnis des Bürgers zum Staat betreffend) verwendet. Zum Ganzen eingehend *Herresthal*, in: Neuner, *Grundrechte und Privatrecht* aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 178, 180 ff.

- 37 In der Entscheidung **van Gend & Loos**<sup>127</sup> wandte sich eine niederländische Transportfirma gegen einen nach nationalem Recht ihres Heimatstaats erhöhten Einfuhrzoll für aus Deutschland importierte Waren. Das angerufene niederländische Gericht legte die Frage dem EuGH vor. Dieser erkannte, das Unionsrecht solle nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern im Grundsatz auch dem Einzelnen sowohl Pflichten auferlegen als auch Rechte verleihen. Enthalte der primärrechtliche Vertrag eine „rechtlich vollkommene“ Vorschrift, so sei diese Vorschrift unmittelbar anwendbar. Rechtlich vollkommen ist nach dem EuGH eine klare und vollständige Vorschrift, welche eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht für den Mitgliedstaat anordnet, die dieser ohne weitere Zwischenschritte erfüllen kann. Auf sie kann sich folglich der Bürger eines Mitgliedstaates berufen, noch bevor sie in nationales Recht umgesetzt wird. Art. 30 AEUV ist nach dem EuGH eine solche Vorschrift: Sie verpflichte die Mitgliedstaaten klar und vollständig, weder Ein- und Ausfuhrzölle noch Abgaben gleicher Wirkung zu erheben. Damit begründe sie eine Pflicht des Mitgliedstaates, bestehende Zölle aufzuheben und keine neuen Zölle zu schaffen. Der Kläger des Ausgangsverfahrens durfte sich somit gegenüber der Zollforderung der Niederlande unmittelbar auf Art. 30 AEUV berufen. Die Rechtsgrundlage für die Zollforderung war unangewendet zu lassen.
- 38 Auf die oben gestellte Frage,<sup>128</sup> ob sich Bürger unmittelbar auf Unionsrecht berufen dürfen, ist somit eine erste Antwort gefunden: In einem **Rechtsstreit zwischen Bürger und Mitgliedstaat** sind „rechtlich vollkommene“ Vorschriften der primärrechtlichen Verträge unmittelbar anwendbar. Daraus lässt sich daraus folgern: Auf eine primärrechtswidrige nationale oder unionsrechtliche Vorschrift kann ein Mitgliedstaat keine Forderungen gegen Private stützen. Neben Art. 30 AEUV hat der EuGH vor allem noch die Vorschriften über den freien Warenverkehr, über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit für unmittelbar anwendbar gehalten.<sup>129</sup>

## II. Die Einwirkung von Primärrecht auf das Verhältnis von Privatrechtssubjekten zueinander

- 39 Mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Primärrechts steht fest, dass Mitgliedstaaten gegenüber ihren Bürgern an Unionsrecht gebunden sind. Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt auch für das Privatrecht. Häufig kommt hier freilich nicht den Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat, sondern zwischen Privaten besondere praktische Bedeutung zu. Bei der Frage, ob sich Privatrechtssubjekte in einem Rechtsstreit untereinander direkt auf Bestimmungen des Primärrechts berufen können, spricht man häufig von **unmittelbarer Drittwirkung**: Um „Drittwirkung“ geht es dabei, weil die Rechtsunterworfenen der Mitgliedstaaten im Regelfall nicht die Adressaten des Vertrages sind, sondern eben Dritte. „Unmittelbar“, weil es um

127 EuGH 5.2.1963 – Rs 26/62 (van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1 = NJW 1963, 974.

128 S. o. → Rn. 35.

129 Zum freien Warenverkehr vgl. EuGH 1.7.1969 – Rs 2 u. 3/69 (Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders), ECLI:EU:C:1969:30, Slg. 1969, 211; zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer vgl. EuGH 4.4.1974 – Rs 167/73 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1974:35, Slg. 1974, 359 („Französische Schiffsbesatzungen“); zur Niederlassungsfreiheit vgl. EuGH 21.6.1974 – Rs 2/74 (Reyners), ECLI:EU:C:1974:68, Slg. 1974, 631 = NJW 1975, 513; zur Dienstleistungsfreiheit vgl. EuGH 3.12.1974 – Rs 33/74 (van Binsbergen), ECLI:EU:C:1974:131, Slg. 1974, 1299 (1311) = NJW 1975, 1095; aus neuerer Zeit v. 29.4.1999, Rs C-224/97 (Ciola), ECLI:EU:C:1999:212, Slg. 1999, I-2517 = NJW 1999, 2355; zur Kapitalverkehrsfreiheit Gebauer/Wiedmann/Wiedmann, Kap. 3 Rn. 146.

die Frage geht, ob allein aufgrund von Bestimmungen des Primärrechts Rechte und Pflichten zwischen Privatrechtssubjekten entstehen können. Andere verwenden den Begriff **horizontale Direktwirkung**.<sup>130</sup> Um eine „horizontale“ Wirkung geht es, weil nicht das (vertikale) Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Bürger und Staat, sondern das gleich geordnete (horizontale) Verhältnis zwischen Bürgern betroffen ist. Mit der „Direktwirkung“ wird die Eigenschaft auch von Bürgern als Adressaten von Unionsrecht betont. Ob und wie weit eine solche Wirkung des Primärrechts anerkannt werden kann, ist hoch umstritten und Gegenstand anhaltender Kontroversen.<sup>131</sup>

**1. Die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung.** Der EuGH hat inzwischen zahlreiche<sup>132</sup> Grundfreiheiten, insbesondere die Art. 18, 45, 56 und 157<sup>133</sup> AEUV in bestimmten Konstellationen auch zwischen Privaten für unmittelbar anwendbar gehalten.<sup>134</sup> Der Schwerpunkt der Judikatur liegt dabei auf den Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit.<sup>135</sup> **Für eine Drittwirkung** spricht aus der Sicht des EuGH vor allem der offene Wortlaut dieser Bestimmungen sowie der Grundsatz des „*effet utile*“.<sup>136</sup> Bei diesem handelt es sich um ein Optimierungsgebot<sup>137</sup> zur Auslegung des Vertrages. Dessen Bestimmungen sind hiernach stets so zu interpretieren, dass der gemeinschaftlichen Rechtsordnung die größtmögliche Durchschlagskraft verliehen wird. Wirken die Grundfreiheiten nicht nur im Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten, sondern auch unmittelbar zwischen den Bürgern der Mitgliedstaaten, ist diese **praktische Wirksamkeit**<sup>138</sup> des Unionsrechts höher. Beschränkt man die Wirkung von Unionsrecht auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat, entsteht die Gefahr einer Verlagerung öffentlicher Aufgaben auf Private.<sup>139</sup>

Wirken die Grundfreiheiten unmittelbar zwischen Privatpersonen, so hat das zur Folge, dass sich jeder Bürger eines Mitgliedstaates gegenüber der Diskriminierung durch einen anderen Bürger eines Mitgliedstaates auf Unionsrecht berufen kann.

130 Müller-Graff, EuR 2014, 3 (7) (mit Kritik gegen den Gebrauch des Wortes „Drittwirkung“); Nicolaysen, S. 87.

131 S. den Überblick bei Müller-Graff, EuR 2014, 3; Wank, RdA 2020, 1; Terhechte, EuR 2020, 569.

132 Noch offen ist dies für die Kapitalverkehrsfreiheit, bejahend etwa Ludwigs/Weidemann, Jura 2014, 152 (161 ff.).

133 S. u. → Herresthal, § 2 Rn. 78 ff.

134 EuGH 12.12.1974 – Rs 36/74 (Walrave/Koch), ECLI:EU:C:1974:140, Slg. 1974, 1405 = NJW 1975, 1093; 5.12.1995, Rs C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505; 11.4.2000, verb. Rs C-51/96 (Deliège) und 191/97, ECLI:EU:C:2000:199, Slg. 1995, I-2549 = NJW 2000, 2011; 13.4.2000, Rs C-176/96 (Lehtonen and Castors Braine), ECLI:EU:C:2000:201, Slg. 2000, I-2681 = NJW 2000, 2015; 6.6.2000, Rs C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296, Slg. 2000, I-4139 = NJW 2000, 3634 L; 17.7.2008, Rs C-94/07 (Raccanello), ECLI:EU:C:2008:425, Slg. 2008, I-5939 = EuZW 2008, 529; 16.3.2010, Rs C-325/08 (Olympique Lyonnais), ECLI:EU:C:2010:143, Slg. 2010, I-2177 = NJW 2010, 1733; 10.3.2011, Rs C-379/09 (Casteels), ECLI:EU:C:2011:131 = NZA 2011, 561. In der Rechtssache Fra.bo wird zum ersten Mal auch die Warenverkehrsfreiheit mit Blick auf eine private Zertifizierungsstelle für anwendbar erklärt, EuGH 12.7.2012 – Rs. C 171/11 (Fra.bo), ECLI:EU:C:2012:453 = NJW 2013, 523.

135 Ludwigs/Weidemann, Jura 2014, 152 (154).

136 Zu diesem Begriff z. B. Streinz, FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 ff.

137 Zu diesem Begriff: Alexy, Theorie der Grundrechte, 1996, S. 75 ff.

138 Das ist die deutsche Übersetzung des Begriffs „*effet utile*“.

139 EuGH 9.6.1977 – Rs 90/76 (Van Ameyde/UCI), ECLI:EU:C:1977:101, Slg. 1977, 1091, Rn. 28 = NJW 1977, 2012.

Eine Maßnahme, die im Sinne der Grundfreiheiten diskriminierend wirkt, ist dann **ohne Weiteres unwirksam**.

- 42 In den Fällen **Walrave/Koch**,<sup>140</sup> **Bosman**,<sup>141</sup> **Deliège**,<sup>142</sup> **Lehtonen**<sup>143</sup> und **Olympique Lyonnais**<sup>144</sup> hat der EuGH Bestimmungen der Statuten europäischer Sportverbände direkt an Art. 45 AEUV gemessen.<sup>145</sup> Das betraf etwa eine Vorschrift, wonach bei einem Meisterschaftsspiel nicht mehr als drei Ausländer gleichzeitig eingesetzt werden dürfen, sowie eine weitere Vorschrift, wonach beim Vereinswechsel eines Spielers – unabhängig von seiner Nationalität – eine Ablösesumme an den bisherigen Verein zu zahlen war. Im Ergebnis hat der EuGH beide Vorschriften der Verbandsstatuten wegen der Beschränkung der Freizügigkeit der Fußballspieler für unwirksam gehalten. In den genannten Fällen hatte sich der EuGH bei der Herleitung der unmittelbaren Drittwirkung auf die „staatsähnliche Stellung“ der Verbände berufen. Nur durch die Erstreckung der Anwendbarkeit auch auf sie könne – so der EuGH – die einheitliche Anwendung des Art. 45 AEUV gewährleistet werden, weil die Abgrenzung zwischen privater und staatlicher Normsetzung je nach Mitgliedstaat unterschiedlich erfolge.<sup>146</sup> Abzustellen ist danach auf die faktische Machtstellung der Institutionen, wobei zwischen der ausdrücklichen Übertragung hoheitlicher Befugnisse (z. B. berufsständische Kammern) oder auch der bewussten Enthaltung staatlicher Entscheidung (z. B. Tarifvertragswesen) einerseits und der rein gesellschaftlichen Machtstellung privat- oder öffentlich-rechtlicher Institutionen andererseits unterschieden wird.<sup>147</sup>
- 43 Hierbei ist der Gerichtshof nicht stehen geblieben. Unmittelbar aufgrund des Art. 45 AEUV hat der EuGH im Fall **Angonese**<sup>148</sup> auch die Einstellungs Voraussetzungen einer Sparkasse in der italienischen Provinz Bozen für unwirksam erklärt. Diese hatte von Bewerbern einen Nachweis der Zweisprachigkeit in einer Form gefordert, die nur in der Provinz Bozen zu erlangen war. Hierin sei eine Diskriminierung der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zu erblicken. Folglich war es der Sparkasse verwehrt, nur solche Bewerber einzustellen, die den betreffenden Nachweis vorlegen konnten.<sup>149</sup> Eine staatsähnliche Machtstellung, die etwa Gewerkschaften oder Sportverbänden zukommt, fehlt mit Blick auf diese Institution, die rein privatrechtlich verfasst und tätig war.<sup>150</sup>

140 EuGH 12.12.1974 – Rs 36/74 (Walrave/Koch), ECLI:EU:C:1974:140, Slg. 1974, 1405 = NJW 1975, 1093.

141 EuGH 5.12.1995 – Rs C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505.

142 EuGH 11.4.2000 – verb. Rs C-51/96 (Deliège) und 191/97, ECLI:EU:C:2000:199, Slg. 1995, I-2549 = NJW 2000, 2011.

143 EuGH 13.4.2000 – Rs C-176/96 (Lehtonen and Castors Braine), ECLI:EU:C:2000:201, Slg. 2000, I-2681 = NJW 2000, 2015.

144 EuGH 16.3.2010 – Rs C-325/08 (Olympique Lyonnais), ECLI:EU:C:2010:143, Slg. 2010, I-2177 = NJW 2010, 1733.

145 Hierzu *Vieweg/Röthel*, ZHR 2002, 6; zu anderen Fällen *W.H. Roth*, FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1231, 1233.

146 Vgl. EuGH 5.12.1995 – Rs C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, Slg. 1995, I-4921 Rn. 84 = NJW 1996, 505.

147 Vgl. *Streinz/Franzen*, AEUV Art. 45 Rn. 93.

148 EuGH 6.6.2000 – Rs C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296, Slg. 2000, I-4139 = NJW 2000, 3634 L.

149 Krit. *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013, § 2 Rn. 41 f.; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459.

150 Diese Ausweitung weiterführend EuGH 17.7.2008 – Rs C-94/07 (Raccanelli), ECLI:EU:C:2008:425, Slg. 2008, I-5939 = EuZW 2008, 529: Hier wird mit der Max-Planck-Ge-

**2. Die Rechtsprechung des EuGH zur mittelbaren Drittwirkung.** Viele Ergebnisse, die der EuGH mit der unmittelbaren Drittwirkung von Grundfreiheiten begründet hat, könnten sich auch auf die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten stützen lassen.<sup>151</sup> Im Kontext deutscher Verfassungsdogmatik ist diese aus der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte entwickelt worden.<sup>152</sup> Hiernach hat der Bürger einen grundrechtlich abgesicherten Schutzanspruch gegen den Staat, der sich auf die Gewährleistung eines verfassungsrechtlichen Minimalstandards richtet (Untermaßverbot). Diesem Schutzanspruch kommt die Legislative durch Gesetzgebung und die Judikative durch Rechtsprechung nach. Auf diesen Minimalstandard können sich Privatrechtssubjekte in ihrem Verhältnis zueinander zwar nicht direkt, wohl aber mittelbar berufen, nämlich vermittelt durch eine staatliche Stelle. Der Unterschied zwischen diesem Begründungsansatz und der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung zeigt sich an der Rechtsfolge. Die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten führt zu einer Überprüfung privaten Handelns am Maßstab der Grundrechte. Kommt es zu einem Verstoß, ist der Private unter Umständen schadensersatzpflichtig oder gar zu einem Handeln oder Unterlassen verpflichtet. Geht man von einer mittelbaren Drittwirkung aus, kann die angegriffene Handlung eines Privatrechtssubjekts nur dann unwirksam sein, wenn der Mitgliedstaat seiner Schutzgebotsfunktion mit den Mitteln des Privatrechts nachzukommen verpflichtet ist und sich hierfür ein methodologisch zulässiges Instrument finden lässt. Ein Vertrag, der den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte berührt, kann etwa nur dann für unwirksam gehalten werden, wenn sich das unter Rückgriff auf die §§ 134, 138 BGB begründen lässt. Eine Handlung, die Wertungen der Grundrechte nicht respektiert, verpflichtet nur dann zum Schadensersatz, wenn sich ein solcher Anspruch zivilrechtlich begründen lässt – etwa unter Rückgriff auf die §§ 823 Abs. 2, 242, 826 BGB.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt jedoch besonders einflussreiche Private mit einer gewissen Monopolstellung zunehmend ähnlich wie den Staat selbst als Grundrechtsverpflichtete in die Pflicht, was inhaltlich eine Abkehr von der bisherigen Grundrechtsdogmatik und einen Schritt hin zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in bestimmten Fällen bedeuten könnte.<sup>153</sup>

**Überträgt man den Gedanken der mittelbaren Drittwirkung auf das Unionsrecht,** ergibt sich Folgendes: Die Grundfreiheiten in ihrer Funktion als Auftrag an die Mitgliedstaaten, einen gemeinsamen Binnenmarkt herzustellen, enthalten ein Schutzgebot zugunsten der Bürger. Auf dieses können sich Privatrechtssubjekte insofern berufen, als die Judikative bei der Entscheidung eines Rechtsstreits die privatrechtlichen Normen grundfreiheitenkonform auszulegen hat.

---

sellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. ein privatrechtlicher Verein gegenüber Arbeitnehmern an Art. 45 AEUV gebunden.

- 151 S. u. → *Herrsthäl*, § 2 Rn. 81 ff.; *Canaris*, Symposium Schmidt, S. 29, 38 ff., 49 ff.; *Heiderhoff*, Rn. 80 f.; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013, § 2 Rn. 39; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 (466 f.). Vgl. für eine mittelbare Drittwirkung zuletzt wieder BVerfG NJW 2020, 300 Rn. 75 ff.; in eine andere Richtung: *Kulick*, NJW 2016, 2236; *Michl*, JZ 2018, 910.
- 152 Für eine Kombination von mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflichtenkonzept *Breuer*, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage 2010, Band VIII, § 170 Rn. 98; *Epping*, Grundrechte, 8. Auflage 2019, Rn. 350; *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152 (164); a. A. *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (7).
- 153 Vgl. hierzu *Kulick*, NJW 2016, 2236; *Michl*, JZ 2018, 910; *Hellgardt*, JZ 2018, 901; jeweils insbes. mit Verweis auf die sog. Stadionverbotsentscheidung des BVerfG, BVerfGE 148, 267 = NJW 2018, 1667.

- 46 Eine Schutzgebotsfunktion der Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH in der Sache **Kommission gegen Frankreich** („Erdbeerkrieg“)<sup>154</sup> angenommen. Dabei ging es um gewaltsame Ausschreitungen französischer Landwirte gegen den Import von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten. Die französischen Behörden waren diesen Protesten gegenüber untätig geblieben. Der EuGH bejahte einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV, obwohl es um Handlungen von Privatpersonen ging. Frankreich hielt er für verpflichtet, „alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um [...] die Beachtung dieser Grundfreiheiten sicherzustellen“.<sup>155</sup>
- 47 Dagegen verneinte der Gerichtshof eine mit dem freien Warenverkehr unvereinbare Beschränkung und damit zugleich einen Verstoß gegen das Unionsrecht in folgendem Fall: Die Behörden eines Mitgliedstaats hatten eine Versammlung nicht untersagt, welche zu einer nahezu dreißigtägigen, vollständigen Sperrung einer der wesentlichen Verkehrsverbindungen zwischen Nord- und Südeuropa führte.<sup>156</sup> Geklagt hatte ein Transportunternehmer, dem aufgrund der Stehzeiten ein nicht unerheblicher Schaden entstanden war. Beklagt war die Republik Österreich, weil deren Behörden die Versammlung auf der Brenner-Autobahn nicht unterbunden hatten. In seinem Urteil bestätigte der EuGH zwar die grundlegende Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit. Sie verbiete den Mitgliedstaaten nicht nur die Beschränkung des freien Handelsverkehrs durch eigene Maßnahmen, sondern verpflichte die Mitgliedstaaten zugleich, gegen Handlungen von Privatpersonen einzuschreiten, durch die der freie Warenverkehr beeinträchtigt werde. Die Beeinträchtigung könne jedoch ausnahmsweise gerechtfertigt sein, namentlich wenn sie der Wahrung der Grundrechte diene. Zu erfolgen habe dann eine Interessenabwägung, bei der den zuständigen Stellen ein weites Ermessen zustehe. Dieser Ermessensspielraum sei gewahrt worden, auch weil bei einem Verbot der Versammlung noch schwerer wiegende Störungen gedroht hätten.
- 48 Die mittelbare Drittwirkung lässt sich am besten als **Dreiecksbeziehung** denken. Ein Privatrechtssubjekt beruft sich gegenüber einem anderen Privatrechtssubjekt auf die Beeinträchtigung seiner Grundfreiheiten. Nimmt es dafür den Schutz staatlicher Gerichte in Anspruch, entsteht für den Mitgliedstaat die Aufgabe, seiner Schutzgebotsfunktion gegenüber dem Privatrechtssubjekt nachzukommen, welches sich in seinen Grundfreiheiten beeinträchtigt fühlt. In einem Rechtsstreit erfüllt der Mitgliedstaat diese Aufgabe, indem er das methodologische Instrumentarium des nationalen Privatrechts umfassend ausschöpft, um die Grundfreiheiten zu verwirklichen.<sup>157</sup> Nicht selten wird er dieser Aufgabe im Rahmen der weiter unten zu besprechenden richtlinienkonformen Auslegung nachkommen können.<sup>158</sup>
- 49 **3. Der Grenzfall: Die Heranziehung allgemeiner Grundsätze des Primärrechts.** Eine weitere Spielart der Einwirkung von Primärrecht auf die Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen Privatrechtssubjekten hat der EuGH in einer Reihe von Urteilen entwickelt.<sup>159</sup> Dabei spricht sich das Gericht weder explizit für eine unmittelbare noch für eine mittelbare Drittwirkung von geschriebenem Pri-

154 EuGH 9.12.1997 – Rs C-265/95 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1997:595, Slg. 1997, I-6959 (“Agrarblockaden”) = EuZW 1998, 84; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht 2013, § 2 Rn. 24.

155 EuGH 9.12.1997 – Rs C-265/95 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1997:595, Slg. 1997, I-6959 (“Agrarblockaden”), Rn. 32 = EuZW 1998, 84.

156 Vgl. EuGH 12.6.2003 – Rs C-112/00 (Schmidberger/Republik Österreich), ECLI:EU:C:2003:333, Slg. 2003, I-5659 = EuZW 2003, 592 m. Anm. *Koch* = JuS 2004, 429 m. Anm. *Streinz*.

157 Vgl. *Heiderhoff*, Rn. 80 f.; Beispielsfälle bei *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013, § 2 Rn. 40 ff.

158 S. u. → Rn. 88 ff.

159 Vgl. jüngst etwa EuGH v. 22.11.2017, Rs. C-251/16 (Cussens), ECLI:EU:C:2017:881, Rn. 31 = BeckRS 2017, 132356 zum Verbot der missbräuchlichen Berufung auf Unionsrecht. Zum Urteil etwa *Buckler*, EuR 2018, 371.

märrecht aus, sondern verweist auf einen allgemeinen Grundsatz des Primärrechts, der im konkreten Fall die Entscheidung determinieren soll. Mit der hierarchischen Aufwertung der Charta in den Rang der Verträge (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV), wird dieser Ansatz freilich künftig vermutlich immer mehr an Bedeutung verlieren. Die bislang einschlägigen Konstellationen stellten sich nur auf den ersten Blick als typische Vorlagefälle dar, in welchen ein vorlegendes Gericht Zweifel hatte, ob eine nationale Norm mit einer Richtlinie vereinbar war. Bei näherem Hinschauen ließ sich zwar jeweils ein Bezug zu einer Richtlinie herstellen. Diese war aber entweder für den konkreten Fall sachlich nicht einschlägig oder deren Umsetzungsfrist war noch nicht abgelaufen.

Einen ersten Schritt in diese Richtung hatte der EuGH in seinem Urteil in der Sache **Mangold** unternommen.<sup>160</sup> Dort ging es um die Vereinbarkeit einer deutschen Norm zur Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet hatten. Die Norm ließ sich mit den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG nicht in Einklang bringen. Zum Entscheidungszeitpunkt war deren Umsetzungsfrist aber noch nicht abgelaufen. Der EuGH entschied, dass das vorlegende Gericht die betreffende deutsche Norm nicht anwenden dürfe. Zur Begründung dieses Ergebnisses verwies das Gericht nicht auf die Richtlinie,<sup>161</sup> sondern auf ein ungeschriebenes, primärrechtlich verankertes Diskriminierungsverbot.

Konkretisiert wurden diese Grundsätze in der Entscheidung **Bartsch**.<sup>162</sup> Hiernach soll die Drittwirkung allgemeiner Grundsätze nur dann bestehen, wenn der Streitgegenstand einen „gemeinschaftsrechtlichen Bezug“ aufweist, weil nur dann der „Anwendungsbereich“ des Unionsrechts eröffnet sei.<sup>163</sup> Als einen solchen Gemeinschafts- bzw. Unionsrechtsbezug hat der EuGH (bislang) insbesondere „Maßnahmen zur Umsetzung einer Gemeinschaftsrichtlinie“ genügen lassen. Solche Umsetzungsmaßnahmen waren im vorangegangenen Fall **Mangold** bereits angelaufen.<sup>164</sup> Auch das Bestehen „von durch den Rat und die Kommission koordinierten Schutzbestimmungen“ soll einen derartigen Bezug herstellen können.<sup>165</sup> In der Entscheidung **Bartsch** war die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes deshalb abzulehnen, weil die Umsetzungsfrist für die einschlägige Richtlinie noch nicht abgelaufen war und auch keine Umsetzungsmaßnahmen konkretisiert waren.<sup>166</sup>

In der Rechtssache **Kücükdeveci**, die wiederum die Konkretisierung des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung betrifft, hat das Gericht erneut entschieden, es obliege den

160 EuGH 22.11.2005 – Rs C-144/04 (Mangold/Helm), ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981 = EuZW 2006, 17 m. Anm. Reich = JuS 2006, 357 m. Anm. *Streinz; Mörsdorf*, EuR 2009, 129; keinen derartigen Grundsatz vermochte das Gericht mit Blick auf eine Diskriminierung wegen Krankheit zu entdecken: EuGH 11.7.2006 – Rs C-13/05 (Navas/Colectividades), ECLI:EU:C:2006:456, Slg. 2006, I-6467 = EuZW 2006, 472.

161 Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien s. u. → Rn. 63 ff.; zur Vorwirkung von Richtlinien s. u. → Rn. 114 ff.

162 EuGH 23.9.2008 – Rs C-427/06 (Bartsch), ECLI:EU:C:2008:517, Slg. 2008, I-7245 = EuZW 2008, 697.

163 Vgl. EuGH 23.9.2008 – Rs C-427/06 (Bartsch), ECLI:EU:C:2008:517, Slg. 2008, I-7245, Rn. 22 ff.

164 So in dem Fall EuGH 22.11.2005 – Rs C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75.

165 Wie in dem Fall EuGH 2.10.1997 – Rs C-122/96 (Saldanha u. MTS), ECLI:EU:C:1997:458, Slg. 1997, I-5325, Rn. 22 f.

166 Vgl. EuGH 23.9.2008 – Rs C-427/06 (Bartsch), ECLI:EU:C:2008:517, Slg. 2008, I-7245, Rn. 25; die Ausarbeitung eines allgemeinen Grundsatzes abgelehnt hat das Gericht hingegen in der Sache Audiolux: EuGH 15.10.2009 – Rs C-101/08 (Audiolux), ECLI:EU:C:2009:626, Slg. 2009, I-9864 = EuZW 2009, 894, hierzu → *Engert*, § 5 Rn. 37.

nationalen Gerichten, das primärrechtliche Diskriminierungsverbot zu gewährleisten, indem entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet bleiben.<sup>167</sup>

- 53 Die Feinjustierung der Einwirkung allgemeiner Grundsätze des Primärrechts auf die Rechtsfindung des nationalen Gerichts einerseits und der unionsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung<sup>168</sup> andererseits wurde bislang nicht geleistet. Die Bedeutung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts jedenfalls im Beschäftigungskontext ist mit der hierarchischen Aufwertung der Charta in den Rang der Verträge (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV) freilich zurückgegangen. Der EuGH rekurriert nun auf die Grundrechte, deren Anwendungsbereich i. S. v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRCh er in Anknüpfung an den Anwendungsbereich der ungeschriebenen Grundrechte<sup>169</sup> weit versteht.<sup>170</sup> Soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten in einem Sachbereich konkrete Vorgaben hinsichtlich nationaler Maßnahmen macht, etwa in Form einer umzusetzenden Richtlinie, liegt eine „Durchführung des Unionsrechts“ vor, auch bzw. gerade wenn diese Richtlinie nicht oder nicht hinreichend umgesetzt wurde.<sup>171</sup>
- 54 **4. Unmittelbare Wirkung von Bestimmungen der Grundrechtecharta.** In der Sache hat der EuGH die Geltung einzelner Bestimmungen der Charta gerade auch im Privatrechtsverhältnis anerkannt.<sup>172</sup> Dabei hat er in einer Entscheidung aus dem Jahr 2019 – entgegen dem Schlussantrag des Generalanwalts<sup>173</sup> – nicht nur dis-

167 EuGH 19.1.2010 – Rs C-555/07 (*Küçükdeveci*), ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365; vgl. dazu *Franzen*, RiW 2010, 557; *Mörsdorf*, EuR 2009, 219; *Preis*, NZA 2010, 1323; *Ziegenhorn*, NVwZ 2010, 803.

168 Hierzu im Einzelnen sogleich s. u. → Rn. 55 ff.

169 Einen Gleichlauf nimmt etwa *Herresthal*, EuR 214, 238 (250) an.

170 S. insbes. EuGH v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 21, 28 = NJW 2013, 1415; dazu etwa *Lenaerts/Guiterrez-Fons*, Columbia Journal of European Law 20 (2014), 3 (57 ff.); *Sachs*, JuS 2013, 952 ff. Nach kritischer Stellungnahme des BVerfG (vgl. BVerfGE 133, 277 Rn. 91 = NJW 2013, 1499), hat der EuGH seine *Åkerberg Fransson*-Rechtsprechung allerdings etwas relativiert, s. EuGH v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 24 = NVwZ 2014, 575; „hinreichender Zusammenhang von gewissem Grad“, v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 (*Julian Hernandez*), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 33 = EuZW 2014, 795; „Zusammenhang [...] zwischen einem Unionsrechtsakt und der fraglichen nationalen Maßnahme [...], der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“; zurückhaltende Tendenz auch bei EuGH v. 19.11.2019, Rs. C-609/17 und 610/17 (*TSN*), ECLI:EU:C:2019:981, Rn. 46 = NJW 2020, 35. Vgl. auch von *Danwitz/Paraschas*, Fordham Journal of International Law 35 (2012), 1396 (1399 ff.).

171 So etwa in EuGH v. 17.4.2017, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), ECLI:EU:2018:257, Rn. 81 f. = NJW 2018, 1869.

172 Vgl. zur Altersdiskriminierung EuGH v. 19.4.2016, Rs. C-441/14 (*Dansk Industri*), ECLI:EU:C:2016:278 Rn. 35 f. = ZIP 2016, 1085. Zur Diskriminierung aufgrund von Religion bzw. Weltanschauung EuGH v. 17.4.2017, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), ECLI:EU:2018:257, Rn. 76 f. = NJW 2018, 1869. Zu Art. 31 Abs. 2 GRCh s. EuGH v. 6.11.2018, Rs. C-684/16 (*Max Planck*), ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 74 ff. = NJW 2019, 495 sowie v. 6.11.2018, Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer*), ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 85 ff. = NJW 2019, 499. Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung von Art. 27 GRCh aber bei EuGH v. 15.1.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médication sociale*), ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 47 = ZIP 2014, 287. Vgl. dazu etwa *Ciacchi*, EuConst 15 (2019), 294; *Lourenço*, Common Market Law Review 56 (2019), 193; *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066 (1071 ff.). Zum Problemkreis tiefergehend *Herresthal*, ZEuP 2014, 238; *Jarras*, ZEuP 2017, 310; monographisch *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2017; *Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht, 2015, S. 85 ff.

173 GA *Bobek*, Schlussanträge v. 25.7.2018, Rs. C-193/17 (*Cresco Investigation*), ECLI:EU:C:2018:614, insbesondere Rn. 173 ff.

kriminierende nationale Normen für unanwendbar erklärt, sondern sogar positive Ansprüche gegen einen Privaten aus dem Diskriminierungsverbot abgeleitet:

In dem zugrundeliegenden Fall **Cresco Investigation** klagte ein konfessionsloser Mitarbeiter eines Detektivbüros auf Zahlung eines Feiertagszuschlags, da er am Karfreitag gearbeitet hatte. Feiertage werden nach dem streitgegenständlichen österreichischen Arbeitsgesetz aber konfessionspezifisch gewährt, d. h. Angehörigen unterschiedlicher Konfessionen werden unterschiedliche Feiertage und damit Feiertagszuschläge zugestanden. Der EuGH folgte der Argumentation des Klägers im Ausgangsrechtsstreit und sah darin einen Verstoß gegen Art. 21 Abs. 1 GRCh. Dem klagenden konfessionslosen Mitarbeiter sei der entsprechende Zuschlag ebenso wie einem evangelischen Mitarbeiter zu gewähren.<sup>174</sup>

Besonderheit dieser Rechtsprechung ist freilich, dass die entsprechenden Fälle typischerweise Beschäftigungsverhältnisse und damit einen durch Richtlinien verhältnismäßig dicht geregelten Bereich betreffen. Der Gerichtshof griff dabei zur Auslegung der Bestimmungen der Grundrechtecharta auf einschlägiges Sekundärrecht zurück. Das hat ihm wiederum den Vorwurf eingebracht, er entziehe sich auf diese Weise der Frage der Zulässigkeit unmittelbarer Drittwirkung von Richtlinien.<sup>175</sup> Das dänische *Höchste Gericht* hat einen der entschieden Fälle für ultra vires erklärt.<sup>176</sup> Die weitere Entwicklung, namentlich die Frage nach einer weitergehenden Ausdehnung der Grundrechtsbindung Privater im Kompetenzgefüge der EU, ist somit noch nicht abgeschlossen.<sup>177</sup>

### III. Die primärrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts

Bislang haben wir gesehen, dass sich Private gegenüber unionsrechtswidrigen nationalen Rechtsnormen auf die Rechtsfiguren der unmittelbaren Anwendbarkeit und der unmittelbaren Drittwirkung von Primärrecht berufen können. Einen anderen Weg beschreitet die primärrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts. Wird im zuerst genannten Fall der unionsrechtlichen Norm unmittelbar Geltung zwischen Privatrechtssubjekten verschafft, geht es im zuletzt genannten Fall darum, den Interpretationsspielraum des nationalen Rechts unionsrechtlich auszunutzen.

55

174 EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17 (*Cresco Investigation*), ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 79, 85 f. = NJW 2019, 1060. Auch das BVerfG hat in seiner Stadionverbot-Entscheidung Verfahrenspflichten Privater (Sachverhaltsermittlung, Anhörung, Begründung) aus Art. 3 Abs. 1 GG selbst abgeleitet, vgl. BVerfGE 148, 267 Rn. 47 = NJW 2018, 1667; diese Besonderheit betont *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (902).

175 Vgl. etwa *Kainer*, NZA 2018, 894 (896 f.); *Streinzi/Streinzi/Michl*, GR-Charta Art. 51 Rn. 30; *Wank*, RdA 2020, 1 (11 f.). Vgl. aber GA *Bot* Schlussanträge v. 29.5.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (Bauer und Willmeroth), ECLI:EU:C:2018:337 Rn. 75, der die Drittwirkung der Grundrechte als „Ausgleich“ für die fehlende Richtlinienwirkung bezeichnet.

176 *Højesteret*, Case no. 15/2014, *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A*. Dazu die eingehende Analyse von *Holdgaard/Elkan/Schaldmose*, Common Market Law Review 55 (2018), 17. Für eine striktere Beachtung der Kompetenzverteilung in diesem Zusammenhang auch *Classen*, JZ 2019, 1057 (1062 ff.); *Hartmann*, EuZA 2019, 24 (40 f.); *Herresthal*, EuR 2014, 238 (272); *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066 (1072 f.).

177 Vgl. *Kainer*, NZA 2019, 894 (899); *Lourenço*, Common Market Law Review 56 (2019), 193 (208). Laut *Ruffert*, JuS 2020, 1 (6) m.w.N. spricht allerdings „nichts dafür, dass der EuGH mit der beschriebenen schwachen Argumentation eine Privatrechtswirkung weiterer Grundrechte der Charta herleiten sollte.“.

- 56 Die **Verpflichtung zur primärrechtskonformen Interpretation** lässt sich aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV herleiten.<sup>178</sup> Hiernach hat jeder Mitgliedstaat geeignete Maßnahmen zur Erfüllung von Verpflichtungen aus dem EUV zu treffen. Damit ist zunächst einmal der nationale Gesetzgeber aufgerufen, seine Rechtsordnung so auszugestalten, dass sie nicht gegen Primärrecht verstößt. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV verpflichtet aber auch die Judikative bei der Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts, unionsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen. Praktisch bedeutsam ist bislang freilich weniger die primärrechtskonforme als vielmehr die richtlinienkonforme Auslegung geworden.<sup>179</sup>
- 57 Ein **Beispiel** bietet die Auslegung des Begriffs des „tauglichen Bürgen“ im Sinne des § 239 Abs. 1 BGB. § 239 Abs. 1 BGB fordert einen Gerichtsstand im Inland. Das kann zu einer Verletzung der Dienstleistungsfreiheit führen, etwa wenn einer Bank mit Sitz außerhalb Deutschlands nicht gestattet wird, als Bürge in einem Prozess aufzutreten. Aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts spricht zunächst einmal vieles dafür, das Wort „Inland“ in § 239 Abs. 1 BGB als „Deutschland“ zu lesen. Als Ergebnis teleologischer Interpretation vertretbar ist es aber auch, „Inland“ als ein Land zu lesen, in welchem der Vollstreckung bei dem Bürgen keine nennenswerten Hindernisse entgegenstehen. Nur diese Interpretation wahrt den Vorrang des Primärrechts. § 239 Abs. 1 BGB ist folglich unionsrechtskonform dahin gehend auszulegen, dass ein Gerichtsstand innerhalb der EU ausreicht.<sup>180</sup>

## D. Die Einwirkungen des Sekundärrechts auf nationales Privatrecht

### I. Die Kategorien des Sekundärrechts

- 58 Sekundärrecht der Union wird von den Organen der EU im Vollzug der Verträge gesetzt.<sup>181</sup> Neben völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 218 AEUV versteht man unter Sekundärrecht die in Art. 288 AEUV aufgezählten Kategorien. Ganz eindeutig ist nach Art. 288 Abs. 2 AEUV die Form, in welcher die **Verordnung** auf nationales Privatrecht wirkt. Sie gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Auf eine Verordnung, die Rechte und Pflichten von Privatpersonen betrifft, können sich die Bürger somit vor den Zivilgerichten ihres Mitgliedstaates ohne Weiteres berufen.
- 59 Ein Beispiel hierfür bildet die **Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft**.<sup>182</sup> Überweist ein Bankkunde aus Deutschland EUR 500 nach Frankreich und stellt ihm seine Bank für die Ausführung dieser Überweisung eine höhere Gebühr in Rechnung als für eine Inlandsüberweisung, so kann sich der Bankkunde unmittelbar auf Art. 3 Abs. 1 der Verordnung berufen. Hiernach hat ein Bankinstitut für Auslandsüberweisungen die gleichen Gebühren wie für Inlandsüberweisungen zu erheben. Eine höhere Ge-

178 EuGH 4.2.1988 – Rs 157/86 (Murphy), ECLI:EU:C:1988:62, Slg. 1988, 673; 13.12.1989, Rs 322/88 (Grimaldi), ECLI:EU:C:1989:646, Slg. 1989, I-4407 = EuZW 1990, 95.

179 S. u. → Rn. 88 ff. Zur Abgrenzung der beiden Institute: *Brechmann*, S. 63 ff.; *Ehricke*, *RabelsZ* 1995, 598 (603 f.); *Franzen*, S. 299 f.; *Herrmann*, S. 102 f.

180 OLG Hamburg NJW 1995, 2859; OLG Düsseldorf ZIP 1995, 1667; *Grothe* in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 269 BGB, Rn 2; a. A. *Dennhardt* in: BeckOK BGB, 60. Ed. 1.11.2021, BGB § 239 Rn. 2. Hierzu auch → *Herresthal*, § 2 Rn. 43 f.; *Ehricke*, EWS 1994, 259 ff.; *ders.*, *RabelsZ* 1995, 598 (607); *Leible*, in: *Martiny/Witzleb*, S. 53, 67; OLG Koblenz RIW 1995, 775.

181 *Huber*, § 8 Rn. 88; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 471.

182 Verordnung (EG) Nr. 924/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2560/2001, ABl. EG Nr. L 266 v. 9.10.2009, S. 11.

büher der Bank muss der Kunde nicht bezahlen. Hat die Bank sein Konto hiermit belastet, muss sie die Belastung *ex tunc* stornieren.

Die **Beschlüsse** betreffen nach Art. 288 Abs. 4 AEUV nur ihre Adressaten. Darüber hinaus kommt Beschlüssen nur in Ausnahmefällen Bedeutung für die Anwendung des nationalen Privatrechts zu. Die **Empfehlungen und Stellungnahmen** sind nach Art. 288 Abs. 5 AEUV nicht verbindlich und haben folglich grundsätzlich keine Wirkung auf das nationale Privatrecht. 60

Art. 288 Abs. 3 AEUV schreibt die Verbindlichkeit der **Richtlinie** für die nationale Rechtsordnung der Mitgliedstaaten vor. Daraus folgt zunächst einmal die Umsetzungsverpflichtung des Mitgliedstaates. Dessen Organe haben eine effektive und rechtssichere Durchsetzung der Ziele der Richtlinie zu gewährleisten.<sup>183</sup> Dabei kann zwischen Voll- und Mindestharmonisierung unterschieden werden: Wird von der Europäischen Union eine **Vollharmonisierung** angestrebt, bedeutet dies für die Mitgliedstaaten, dass sie hinsichtlich der von der Richtlinie betroffenen Fragen keine abweichenden Vorschriften beibehalten oder erlassen dürfen.<sup>184</sup> Durch eine Richtlinie kann jedoch auch lediglich ein Mindestinhalt bzw. ein inhaltlicher Rahmen des zu regelnden Rechtsgebietes festgelegt werden. Im Falle einer solchen **Mindestharmonisierung** besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, über den zwingenden Inhalt der Richtlinie hinaus strengere bzw. weiter reichende nationale Regeln zu erlassen.<sup>185</sup> Regelt die Richtlinie nur grenzübergreifende Sachverhalte, überlässt die inländische Regelung jedoch dem Mitgliedsstaat, spricht man von **optioneller Harmonisierung**.<sup>186</sup> 61

Die Wirkung der Richtlinie erschöpft sich allerdings nicht hierin. Ihr kommt darüber hinaus Maßstabsfunktion für die Auslegung des nationalen Rechts zu.<sup>187</sup> Das gilt zum einen für das angeglicheene Recht selbst, zum anderen für die gesamte Rechtsordnung, soweit es um die Durchsetzung des für den Mitgliedstaat verbindlichen Zieles der Richtlinie geht. Daneben hat der EuGH der Richtlinie eine Sanktionsfunktion zugemessen. Kommt ein Mitgliedstaat der Umsetzungspflicht gar nicht oder nicht rechtzeitig nach, so kann die Richtlinie gleichwohl zugunsten eines Rechtsunterworfenen dieses Staates unmittelbar anwendbar sein. 62

## II. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zum Mitgliedstaat

Die Richtlinie ist in Art. 288 Abs. 3 AEUV als flexibles Instrument konzipiert, bei welchem die Union die Ziele vorgibt, während dem Mitgliedstaat die Aufgabe zufällt, für eine Einpassung in das nationale Recht zu sorgen. Der Bürger des Mitgliedstaates profitiert erst bei Erlass des richtlinienkonformen nationalen Gesetzes von der unionsrechtlichen Regelung. Damit steht derjenige, dem die Richtlinie ein Recht einräumt, mit leeren Händen da, solange sein Mitgliedstaat die betreffende Richtlinie nicht umsetzt: Zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach 63

183 Zu den Einzelheiten: Streinz/Schroeder, Art. 288 Rn. 77 ff. Zu unverbindlichen, jedoch praktisch wichtigen „Umsetzungsvermerken“ der Kommission s. Ehricke, EuZW 2004, 359.

184 Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 114 Rn. 39.

185 Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 114 Rn. 41; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Classen, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 114 Rn. 17.

186 Von der Groeben/Schwarze/Hatje/Classen, AEUV Art. 114 Rn. 18; Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 114 Rn. 41.

187 Vgl. Streinz/Schroeder, AEUV Art. 288 Rn. 110.

Art. 258 f. AEUV ist er nicht befugt. Auf den Erlass einer richtlinienkonformen Norm kann nach deutschem Recht nicht geklagt werden. Diese Situation ist jedenfalls dann unbefriedigend, wenn die betreffende Richtlinie dem Bürger ein Recht gegen seinen Staat einräumt. Immerhin kommt der Richtlinie Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht zu. Weigert sich ein Mitgliedstaat, seinem Bürger ein Recht zu gewähren, obgleich er aufgrund einer Richtlinie hierzu verpflichtet ist, so handelt er **treuwidrig**. Aus treu- und unionsrechtswidrigem Verhalten dürfen dem Mitgliedstaat aber keine Vorteile erwachsen.<sup>188</sup> In dieser Situation hat der EuGH die Rechtsfigur der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien<sup>189</sup> entwickelt.<sup>190</sup>

- 64 Als **Voraussetzungen** der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Richtlinie in einer privatrechtlichen Streitigkeit werden herkömmlich genannt:<sup>191</sup> (1.) die nicht fristgerechte oder nicht hinreichende Umsetzung, (2.) das Vorhandensein unbedingter und hinreichend genauer Regelungen in der Richtlinie und (3.) die Begünstigung desjenigen, der sich auf die Richtlinie beruft. **Rechtsfolge** der unmittelbaren Anwendbarkeit ist das Bestehen einer von Amts wegen zu beachtenden Rechtsposition des Bürgers auf der Grundlage der nicht umgesetzten Richtlinie.<sup>192</sup>
- 65 **1. Nicht fristgerechte oder nicht hinreichende Umsetzung.** Die erste Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie, die nicht fristgerechte Umsetzung, liegt nahe. Erst mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist wird das Verhalten des Mitgliedstaates, der seinem Bürger die durch die Richtlinie gewährte Rechtsposition verweigert, treuwidrig.
- 66 **2. Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit.** Die zweite Voraussetzung, nämlich Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit, zielt auf die „rechtliche Vollkommenheit“<sup>193</sup> der Richtlinienorm. Unbedingt ist eine Richtlinie, wenn keine Bedingung und kein Umsetzungsvorbehalt für die Mitgliedstaaten enthalten ist.<sup>194</sup> Hinreichend genau ist sie, wenn sie allgemeine, unzweideutige und vollständige Vorgaben enthält. Dabei genügt es, dass die Vorgaben der Richtlinie in der Rechtsprechung konkretisiert wurden, was zur Folge hat, dass eine ursprünglich nicht unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung durch Konkretisierung in der Rechtsprechung gleichsam unmittelbar anwendbar „werden“ kann.<sup>195</sup> Überlässt die

188 Hierauf stützt der EuGH heute seine Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit, vgl. Streinz/Schroeder, AEUV Art. 288 Rn. 88. Früher hatte er sich auf den Grundsatz des „effet utile“ berufen, vgl. EuGH 4.12.1974 – Rs 41/74 (van Duyn), ECLI:EU:C:1974:133, Slg. 1974, 1337 = NJW 1975, 2165 L; 5.4.1979, Rs 148/78 (Ratti), ECLI:EU:C:1979:110, Slg. 1979, 1629 = NJW 1979, 1764; 19.1.1982, Rs 8/81 (Becker), ECLI:EU:C:1982:7, Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499.

189 Man spricht auch von „**vertikaler Direktwirkung**“ oder von „**unmittelbarer Wirkung**“.

190 EuGH 4.12.1974 – Rs 41/74 (van Duyn), ECLI:EU:C:1974:133, Slg. 1974, 1337 = NJW 1975, 2165 L; 5.4.1979, Rs 148/78 (Ratti), ECLI:EU:C:1979:110, Slg. 1979, 1629 = NJW 1979, 1764; 19.1.1982, Rs 8/81 (Becker), ECLI:EU:C:1982:7, Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499; 24.3.1987, Rs 286/85 (Mc Dermott, Cotter), ECLI:EU:C:1987:154, Slg. 1987, 1453; 22.2.1990, Rs C-221/88 (Busseni), ECLI:EU:C:1990:84, Slg. 1990, I-519 = NJW 1991, 1409; 12.7.1990, Rs C-188/89 (Foster), ECLI:EU:C:1990:313, Slg. 1990, I-3313 = NJW 1991, 3086; 12.5.2011, Rs C-115/09 (Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland), ECLI:EU:C:2011:289, Slg. 2011, I-3673-3726, Rn. 54 ff. = NJW 2011, 2779 (2781).

191 Z. B. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 9 Rn. 100 ff.; *Steinbarth*, Jura 2005, 607 (608 ff.).

192 *Jarass/Beljin*, Casebook Grundlagen, S. 128.

193 EuGH 15.12.1983 – Rs 5/83 (Rienks), ECLI:EU:C:1983:382, Slg. 1983, 4233, Rn. 8.

194 *Jarass/Beljin*, Casebook Grundlagen, S. 58 f.; *Scherzberg*, Jura 1993, 225 (226 f.).

195 EuGH v. 6.11.2018, Rs. C-17/17 (Grenville Hampshire), ECLI:EU:C:2018:674, Rn. 57 ff. = EuZW 2019, 303.

Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich verschiedener, gleichwertiger Umsetzungsmaßnahmen, kann ein Mitgliedstaat sich jedenfalls insoweit nicht mehr auf die mangelnde Unbedingtheit der Richtlinie berufen, als er diesen Gestaltungsspielraum voll ausgeschöpft hat.<sup>196</sup> Ist eine Richtlinie nach diesen Maßgaben allerdings nicht hinreichend klar, genau und unbedingt, kann sie nicht nur keine positiven Rechte begründen, sondern – auch im Vertikalverhältnis – entgegenstehendes nationales Recht nicht verdrängen.<sup>197</sup>

**3. Begünstigung des Bürgers, der sich auf die Richtlinie beruft.** Dritte Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien ist die Begünstigung desjenigen, der sich auf die Richtlinie beruft. Dabei geht es nach zutreffender Meinung nicht um die Zubilligung eines subjektiven Rechts des Bürgers gegenüber dem Mitgliedstaat.<sup>198</sup> Stattdessen wird eine Rechtsfolgenbewertung angestellt. Unmittelbar anwendbar ist eine Richtlinie nur, wenn sich deren Anwendung nicht einseitig zugunsten des nicht umsetzenden Mitgliedstaates auswirkt. Der Bürger darf mithin nicht belastet werden. Der Grund für diese Einschränkung liegt in der Herleitung der unmittelbaren Anwendbarkeit aus dem Verbot treuwidrigen Verhaltens.<sup>199</sup> Aus der Nichtumsetzung soll der unionswidrig handelnde Mitgliedstaat keine Vorteile ziehen dürfen. Hat beispielsweise die Union eine neue Richtlinie zur Produkthaftung erlassen, welche die Verantwortlichkeit des Herstellers verschärft, kann der Mitgliedstaat einen Hersteller nicht vor Umsetzung dieser Richtlinie auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

**4. Adressat der unmittelbaren Anwendbarkeit.** Adressat der unmittelbaren Anwendbarkeit ist der Mitgliedstaat, gegen den ein Rechtsunterworfener aufgrund einer Richtlinie vorgeht. In einem Prozess ist jeder Rechtsunterworfene **aktivlegitimiert**, das gilt auch für selbstständige Untergliederungen des Staates.<sup>200</sup>

**Passivlegitimiert** ist im Grundsatz der nicht umsetzende Mitgliedstaat. Dabei hängt die Schlagkraft des Instituts der unmittelbaren Anwendbarkeit unter anderem davon ab, wie weit der **Begriff des Mitgliedstaates** gefasst wird.

Etabliert hat der EuGH seine Interpretation im Fall **Marshall I**.<sup>201</sup> Dort hatte sich eine britische Arbeitnehmerin auf die Richtlinie 76/207/EWG<sup>202</sup> berufen, um gegen Bestimmungen über ein unterschiedliches Renteneintrittsalter für Männer und Frauen vorgehen zu können.

196 EuGH v. 6.11.2018, Rs. C-17/17 (Grenville Hampshire), ECLI:EU:C:2018:674, Rn. 62 = EuZW 2019, 303 zur Wahl des Adressaten einer materiellen Richtlinienpflicht.

197 Vgl. EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Poplawski II), ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 64 m.w.N.

198 Ruffert, in: Callies/Ruffert, AEUV Art. 249 Rn. 94; Jarass/Beljin, Casebook Grundlagen, S. 60 ff.

199 EuGH 5.4.1979 – Rs C-148/78 (Ratti), ECLI:EU:C:1979:110, Slg. 1979, 1629 = NJW 1979, 1764; 8.10.1987, Rs 80/86 (Kolpinghuis), ECLI:EU:C:1987:431, Slg. 1987, 3969 = EuR 1988, 391; 26.9.1996, Rs C-168/95 (Luciano Arcaro), ECLI:EU:C:1996:363, Slg. 1996, I-4705 = EuZW 1997, 318.

200 Z. B. eine Gemeinde, Jarass/Beljin, Casebook Grundlagen, S. 63; EuGH 17.10.1989 – verb. Rs 231/87 und 129/88 (Ufficio Distrettuale), ECLI:EU:C:1989:381, Slg. 1989, 3233, Rn. 31 = EuZW 1991, 120.

201 EuGH 26.2.1986 – Rs 152/84 (Marshall I), ECLI:EU:C:1986:84, Slg. 1986, 723 = NJW 1986, 2178; s. a. EuGH 15.5.1986 – Rs 222/84 (Johnston), ECLI:EU:C:1986:206, Slg. 1986, 1651; 12.7.1990, Rs C-188/89 (Foster), ECLI:EU:C:1990:313, Slg. 1990, I-3313 = NJW 1991, 3086; 22.6.1989, Rs 103/88 (Fratelli Constanzo), ECLI:EU:C:1989:256, Slg. 1989, 1839 = NJW 1990, 3071.

202 RL 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40 ff.

Die Richtlinie war vom Vereinigten Königreich nicht umgesetzt worden; sie war inhaltlich unbedingt und hinreichend genau, um unmittelbar angewandt werden zu können. Zu entscheiden war, ob der unmittelbaren Anwendbarkeit die Tatsache entgegengehalten werden konnte, dass es sich um das privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnis der Klägerin handelte. An sich geht der EuGH in der Tat davon aus, dass in einem Privatrechtsstreit keine unmittelbare Wirkung denkbar ist.<sup>203</sup> Im Fall war aber gerade kein Privater verklagt, sondern das Arbeitsverhältnis bestand mit einem staatlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge. Der EuGH hat den Einwand deshalb zurückgewiesen und die unmittelbare Anwendbarkeit bejaht.

- 71 Gleichgültig ist die **Handlungsform**, derer sich der Mitgliedstaat bedient. Die Grundsätze der unmittelbaren Anwendbarkeit sind gegenüber hoheitlichen Handlungen ohne Weiteres einschlägig. Darüber hinaus sind unter dem Blickwinkel des Unionsrechts die Handlungen des Staates auf dem Gebiet des Privatrechts vollumfänglich erfasst, solange es nur um die Verpflichtung einer staatlichen Stelle geht.<sup>204</sup> Stehen sich somit als Vertragspartner ein Privatrechtssubjekt und eine staatliche Stelle gegenüber, kann eine nicht in nationales Recht transformierte Richtlinie die Lösung des Falles diktiert.
- 72 Was die **Organisationsform** der staatlichen Stelle anbelangt, geht der EuGH ebenfalls von einer weiten Interpretation aus. Aus deutscher Sicht<sup>205</sup> versteht es sich von selbst, dass selbstständige und unselbstständige Untergliederungen des Staates wie Finanzbehörden,<sup>206</sup> Polizeibehörden,<sup>207</sup> Gebietskörperschaften<sup>208</sup> und Gesundheitsämter<sup>209</sup> als staatliche Stellen einzuordnen sind. Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Staat die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf Privatrechtssubjekte überträgt? Stehen diese unter staatlicher Aufsicht, soll die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit gleichwohl einschlägig sein.<sup>210</sup> Hält allerdings der Staat die Mehrheit an einer börsennotierten Aktiengesellschaft, die keine öffentlichen Aufgaben erfüllt, kann allein diese Tatsache nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen im Verhältnis der Aktiengesellschaft zu anderen Privatrechtssubjekten führen.<sup>211</sup> Erforderlich ist vielmehr, dass es sich um ein Unternehmen handelt, welches eine öffentliche Dienstleistung unter staatlicher

203 S. u. → Rn. 77 ff.

204 Vgl. zur im deutschen Verwaltungsrecht umstrittenen Frage, wie weit die in den Formen des Privatrechts handelnde Verwaltung an die Grundrechte gebunden ist: *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth*, VerwR, Bd. I, 13. Aufl. 2017, § 23 Rn. 42, 60, 64; *Ehlers/Schneider* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 38. Egl. 2020, § 40 Rn. 247 (Bindung an Verfassungsrecht).

205 Anders etwa aus britischer Sicht, wo zahlreiche öffentliche Aufgaben von privatrechtlich organisierten Trägern wahrgenommen werden.

206 EuGH 19.1.1982 – Rs 8/81 (Becker), ECLI:EU:C:1928:7, Slg. 1982, 53 = *Jarass/Beljin*, Casebook Grundlagen, S. 124 ff.

207 EuGH 15.5.1986 – Rs 222/84 (Johnston), ECLI:EU:C:1986:206, Slg. 1986, 1651.

208 EuGH 22.6.1989 – Rs 103/88 (Fratelli Costanzo), ECLI:EU:C:1989:256, Slg. 1989, 1839 = NVwZ 1990, 649.

209 EuGH 26.2.1986 – Rs 152/84 (Marshall I), ECLI:EU:C:1986:84, Slg. 1986, 723 = NJW 1986, 2178.

210 EuGH 4.12.1997 – verb. Rs 253-258/96 (Kampelmann), ECLI:EU:C:1997:585, Slg. 1997, I-6907, Rn. 46 = EuZW 1998, 88. Vgl. die parallele Rechtslage im deutschen Verwaltungsrecht, was die sog. „Beliehenen“ angeht: *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 231 f.

211 S. unten EuGH 12.7.1990 – Rs. C-188/89 (Fall Foster). Vgl. aber *Hartley*, EU Law, S. 209 mit einem Verweis auf Court of Appeal *Doughty v. Rolls-Royce* [1992] ICR 538; English High Court *Griffin v. South West Water Services* [1995] IRLR 15; Court of Appeal *NUT v. St Mary's School* [1997] 3 CMLR 630.

Aufsicht erbringt und hierfür mit besonderen hoheitlichen Rechten ausgestattet ist.<sup>212</sup>

Im Fall **Foster**<sup>213</sup> hatte Herr Foster gegen British Gas plc geklagt, eine börsennotierte Aktiengesellschaft. Diese war die privatisierte Rechtsnachfolgerin der British Gas, eines staatlichen Monopolunternehmens der Gasversorgung. Solange British Gas noch Monopolunternehmen war, waren die Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit einschlägig, weil es sich um eine Einrichtung handelte, die aufgrund eines staatlichen Rechtsakts und unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hatte. Hierzu muss sie mit besonderen Rechten ausgestattet sein, die über das hinausgehen, was zwischen Privatpersonen gilt.<sup>214</sup> Dasselbe muss gegenüber British Gas plc selbst, unabhängig von der Beteiligungsstruktur dieser Gesellschaft, gelten, wenn ein Akt der Übertragung von Hoheitsgewalt und die Einrichtung einer staatlichen Aufsicht nachweisbar ist. Hält hingegen das Vereinigte Königreich zwar eine Mehrheit an British Gas plc, fehlt es aber an der Ausstattung dieser Gesellschaft mit besonderen Hoheitsrechten, kann eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht in Betracht kommen.

**5. Individualbelastende Folgewirkungen?** Den bislang betrachteten Fallkonstellationen ist gemeinsam, dass ein Rechtsunterworfener aktiv-, ein Mitgliedstaat passivlegitimiert ist. Bejaht man die unmittelbare Anwendbarkeit, ergibt sich eine nachteilige Folge für den Mitgliedstaat. Das ist wertungsmäßig einleuchtend, denn der Mitgliedstaat hat treuwidrig nicht oder nicht korrekt umgesetzt. Noch nicht entschieden ist damit, ob eine unmittelbare Anwendbarkeit ausscheidet, wenn zwar ein Mitgliedstaat nicht korrekt umgesetzt hat, sich aber aus der unmittelbaren Anwendbarkeit zusätzlich eine belastende Wirkung für einen Dritten ergibt. Der EuGH lässt hieran die unmittelbare Wirkung im Regelfall nicht scheitern. Die Einzelheiten sind allerdings höchst umstritten und harren noch dogmatischer Klärung.<sup>215</sup>

Paradigmatisch hierfür ist die Entscheidung **Unilever**.<sup>216</sup> Die Central Food hatte von Unilever Olivenöl gekauft. Sie wollte die Zahlung mit der Begründung verweigern, die Etikettierung des Olivenöls entspreche nicht den Anforderungen eines italienischen Gesetzes. Dieses Gesetz war allerdings unter Verstoß gegen eine Richtlinie zustande gekommen, wonach technische Vorschriften wie eine Etikettierung der Kommission mitzuteilen waren und erst nach Ablauf einer Wartefrist in Kraft treten konnten. Der EuGH hielt das italienische Gesetz deshalb für unanwendbar. Central Food hatte folglich keine Mängelinrede mehr. Der

212 EuGH 5.2.2004 – Rs C-157/02 (Rieser), ECLI:EU:C:2004:76, Slg. 2004 I-1477 = EuZW 2004, 279; 12.12.2013, Rs C-425/12 (Portgás), ECLI:EU:C:2013:829, EuZW 2014, 189 und hierzu *Krimphove*, EuZW 2014, 178; bestätigend zuletzt BGH WM 2020, 2185 (2187).

213 EuGH 12.7.1990 – Rs C-188/89 (Foster), ECLI:EU:C:1990:313, Slg. 1990, I-3313 = NJW 1991, 3086.

214 EuGH 12.7.1990 – Rs C-188/89 (Foster), ECLI:EU:C:1990:313, Slg. 1990, I-3313, Rn. 20 = NJW 1991, 3086; House of Lords [1991] 2 AC 306; *Hartley*, EU Law, S. 209 f.

215 Überblick bei *Graf von Kielmannsegg*, EuR 2014, 30 (39 ff.); s. a. Streinz/*Schroeder*, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 103.

216 EuGH 26.9.2000 – Rs C-443/98 (Unilever), ECLI:EU:C:2000:496, Slg. 2000, I-7535 = EuZW 2001, 153. Ähnlich EuGH 30.4.1996 – Rs C-194/94 (CIA Security), ECLI:EU:C:1996:172, Slg. 1996, I-2201 = EuZW 1996, 379; s. a. EuGH 23.11.1989 – Rs 150/88 (Glockengasse 4711), ECLI:EU:C:1989:594, Slg. 1989, 3891 (Eau de Cologne) = NJW 1990, 631. Siehe außerdem: EuGH 12.11.1996 – Rs C-201/94 (Smith & Nephew und Primecrown), ECLI:EU:C:1996:432, Slg. 1996, I-5819, Rn. 35 ff. Bestätigend EuGH 7.1.2004 – Rs C-201/02 (Delena Wells), ECLI:EU:C:2004:12, Slg. 2004, I-723, Rn. 57: „bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter“ stehen der unmittelbaren Wirkung nicht entgegen.

EuGH nimmt das hin.<sup>217</sup> Zwar könne eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen Einzelner begründen und daher nicht als solche ihnen gegenüber herangezogen werden. Das gelte aber jedenfalls dann nicht, wenn die Nichtbeachtung einer Richtlinie die Unanwendbarkeit der unter Verstoß gegen diese Richtlinie erlassenen technischen Vorschrift zur Folge hat. In einem solchen Fall, meint der EuGH, lege die Richtlinie nicht den materiellen Inhalt der Rechtsnorm fest, auf deren Grundlage das nationale Gericht den Fall zu entscheiden habe.<sup>218</sup>

- 76 Noch um eine andere individualbelastende Folgewirkung ging es in der Rechtssache **Wells**. In Streit stand eine Nachbarklage gegen eine Bergbaugenehmigung, die unter Verstoß gegen eine Richtlinie zur Umweltverträglichkeitsprüfung erteilt worden war. Der EuGH gab dem Kläger recht, obgleich sich die Entscheidung unmittelbar zulasten desjenigen auswirkte, der die zu Unrecht erteilte Genehmigung erhalten hatte. „Bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter“, so hielt der Gerichtshof fest, können selbst wenn sie gewiss sind, „es nicht rechtfertigen, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen.“<sup>219</sup>

### III. Die unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander

- 77 Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien verwehrt es dem Mitgliedstaat, sich auf einen unionsrechtswidrigen Zustand des nationalen Rechts zu berufen. Offen ist bislang geblieben, ob sich auch Privatrechtssubjekte untereinander auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien berufen können.<sup>220</sup>
- 78 **Für eine unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien** spricht der Grundsatz des „*effet utile*“: Wird die nicht fristgerecht umgesetzte Richtlinie zwischen Privaten gleichwohl angewandt, fördert das die Durchsetzung des Unionsrechts. Daneben lässt sich auf diese Weise eine Wettbewerbsverzerrung zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen vermeiden: Für Erstere gilt die unmittelbare Anwendbarkeit,<sup>221</sup> für Letztere nicht.<sup>222</sup>
- 79 **Gegen die unmittelbare Drittwirkung** spricht hingegen der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach die Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichtet, nicht aber selbst Verpflichtungen für den Einzelnen begründen kann.<sup>223</sup> Auch hat die Union

217 Krit. *Huber*, § 8 Rn. 106; s. hierzu u. Rn. 81.

218 EuGH 26.9.2000 – Rs 443/98 (Unilever), ECLI:EU:C:2000:496, Slg. 2000, I-7535, Rn. 50 f. = EuZW 2001, 153.

219 EuGH 7.1.2004 – Rs C-201/02 (Wells), ECLI:EU:C:2004:12, Slg. 2004, I-723, Rn. 57 unter Bezugnahme auf EuGH 22.6.1989 – Rs 103/88 (Fratelli), ECLI:EU:C:1989:256, Slg. 1989, I-1839, Rn. 28-33; 30.4.1996, Rs C-194/94 (CIA Security International), ECLI:EU:C:1996:172, Slg. 1996, I-2201, Rn. 40-45; 12.11.1996, Rs C-201/94 (Smith & Nephew und Primecrown), ECLI:EU:C:1996:432, Slg. 1996, I-5819, Rn. 33-39 und eben v. 26.9.2000, Rs C-443/98 (Unilever), ECLI:EU:C:2000:496, Slg. 2000, I-7535, Rn. 45-52; bestätigt durch EuGH 17.7.2008 – verb. Rs C-152/07 bis 154/07 (Arcor u. a.), ECLI:EU:C:2008:426, Slg. 2008, I-5959, Rn. 35-44 (Wegfall eines Vorteils keine Verpflichtung).

220 S. hierzu schon → Rn. 73; zusammenfassend: *Herdegen*, § 8 Rn. 54 ff.; *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714 (718 ff.); *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 9 Rn. 112.

221 S. o. → Rn. 68 ff.

222 Vgl. *Emmert*, EWS 1992, 56.

223 EuGH 26.2.1986 – Rs 152/84 (Marshall I), ECLI:EU:C:1986:84, Slg. 1986, 723, Rn. 48 = NJW 1986, 2178; 14.7.1994, Rs C-91/92 (Faccini Dori), ECLI:EU:C:1994:292 Slg. 1994, I-3325, Rn. 22 = NJW 1994, 2473; 7.3.1996, Rs C-192/94 (El Corte Inglés), ECLI:EU:C:1996:88 Slg. 1996, I-1281, Rn. 16. = EuZW 1996, 236; 4.12.1997, Rs C-97/96 (Daihatsu),

keine Befugnis zur Verpflichtung Privater, wenn ihr hierzu keine spezifische Kompetenz eingeräumt wurde, wie dies bezüglich Verordnungen oder Beschlüssen möglich ist. Weiter ist die Doktrin von der unmittelbaren Anwendbarkeit vor allem auf das treuwidrige Handeln eines Mitgliedstaates zurückgeführt worden, der aus seiner Nichtumsetzung keine Vorteile ziehen soll. Diese Herleitung versagt, wenn es um die Verpflichtung eines Privaten geht, dem die Kompetenz zur Richtlinienumsetzung fehlt.<sup>224</sup>

Leitentscheidung zu dieser Frage ist der Fall **Faccini Dori**.<sup>225</sup> Frau Dori wurde im Jahre 1989 während einer Reise in der Nähe des Mailänder Bahnhofs überredet, einen Vertrag über den Erwerb eines Englisch-Fernkurses bei der Firma Interdiffusion zum Preis von 589.000 Lire zu bestellen. Wieder nach Hause zurückgekehrt, erklärte Frau Dori den Rücktritt vom Vertrag. Interdiffusion lehnte dies ab. Die mittlerweile abgelöste Richtlinie 85/577/EWG, die „Haustürgeschäfte-Richtlinie“, schreibt in ihrem Artikel 5 die Gewährung eines Rücktrittsrechts für derartige Situationen vor.<sup>226</sup> Italien hatte die bis Ende 1987 umzusetzende Richtlinie erst 1992 in nationales Recht transformiert. Für die Frage, ob Frau Dori ein Rücktrittsrecht zustand, war entscheidend, ob sie sich gegenüber Interdiffusion auf die Richtlinie berufen konnte. Der EuGH hat das abgelehnt. 80

Trotz der im Grundsatz klaren Haltung des EuGH bleiben **Abgrenzungsschwierigkeiten**. Das zeigt der Vergleich von Faccini Dori<sup>227</sup> mit Unilever Italia.<sup>228</sup> Der EuGH versagte Frau Dori ein vertragliches Rücktrittsrecht mit dem Argument, eine Richtlinie könne keine Verpflichtungen zulasten des Einzelnen begründen, hier dem Unternehmen Interdiffusion. Im Fall Unilever Italia wirkte die unmittelbare Anwendbarkeit zulasten von Central Food, die den Kaufpreis zu entrichten hatte, obgleich die gelieferte Ware den – gemeinschaftsrechtswidrigen – nationalen Vorschriften widersprach. Man hat versucht, den Unterschied zwischen beiden Fällen darin zu sehen, dass Interdiffusion ein von der Rechtsordnung gewährtes Recht – auf Kaufpreiszahlung für den Fernkurs – entzogen werden sollte, während Central Food sich nur auf ein Verbotsgesetz berufen habe, dem die individuelle Schutzrichtung fehle.<sup>229</sup> Ob diese Argumentation nicht zu sehr auf die Einzelheiten des vereinbarten Kaufvertrages fokussiert, ist zweifelhaft. Auf dessen Basis kann sich ebenso gut ergeben, dass auch Central Food Rechte, nämlich Gewährleistungsrechte, entzogen werden. 81

Gelingen kann die Abgrenzung zwischen der zulässigen unmittelbaren Anwendbarkeit und der unzulässigen unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien möglicherweise entlang des **intendierten Regelungsgegenstandes der Richtlinie**.<sup>230</sup> 82

ECLI:EU:C:1997:581, Slg. 1997, 6843, Rn. 24 = EuZW 1998, 45; 16.7.1998, Rs C-355/96 (Silhouette), ECLI:EU:C:1998:374, Slg. 1998, I-4799, Rn. 36 = EuZW 1999, 43.

224 Heiderhoff, Rn. 90; Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 83 f.

225 EuGH 14.7.1994 – Rs C-91/92 (Faccini Dori), ECLI:EU:C:1994:292 Slg. 94, I-3325 = NJW 1994, 2473; siehe außerdem EuGH 19.1.2010 – Rs C-555/07 (Küçükdeveci), ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365 Rn. 46; EuGH 24.1.2012 – Rs. C-282/10 (Maribel Dominguez./Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique), ECLI:EU:C:2012:33, = NJW 2012, 509.

226 Vgl. die deutsche Umsetzung in § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB a. F.; dazu ausführlich Herdegen, WM 2005, 1921 (1922 ff.) unter Berücksichtigung der Heininge-Rechtsprechung, s. u. → Herresthal, § 2 Rn. 130.

227 S. soeben Rn. 80.

228 S. o. → Rn. 75.

229 So Gundel, EuZW 2001, 143 ff.; s. a. Epiney, NVwZ 2002, 1429 Fn. 1.

230 So auch Streinz/Schroeder, AEUV Art. 288 Rn. 98.

Verpflichtet die Richtlinie sachlich den Mitgliedstaat zu einer Handlung, so ist sie auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten unmittelbar anwendbar. Verpflichtet sie dagegen nach korrekter Umsetzung Private, steht eine – unzulässige – unmittelbare Drittwirkung in Rede. Im Fall **Unilever** hätte die Richtlinie auch nach korrekter Umsetzung nur für den Staat Rechte und Pflichten begründet. Regelungsgegenstand der Richtlinie 83/189/EWG sind unter anderem Vorschriften über die Etikettierung von Waren.<sup>231</sup> Deren Erlass und Einhaltung ist eine staatliche Aufgabe. Diese Richtlinie konnte mithin auch in einem Rechtsstreit zwischen zwei italienischen Aktiengesellschaften zugrunde gelegt werden. Das gilt jedenfalls, wenn man der Meinung des EuGH folgt, belastende Reflexwirkungen Dritter seien unschädlich.<sup>232</sup> Anders ist in **Faccini Dori** zu entscheiden. Auch im Falle ihrer korrekten Umsetzung begründet die Haustürgeschäfte-Richtlinie Rechte und Pflichten für Private, eben die Parteien eines Haustürgeschäftes.<sup>233</sup> Diese Richtlinie ist mithin in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht heranzuziehen. Dem entspricht es, dass jedenfalls nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH die Rechtsfolge der Nichtumsetzung einer Richtlinie nicht sein konnte, dass ihr entgegenstehendes nationales Recht zwischen Privaten suspendiert wird (**keine unmittelbare negative Wirkung**).<sup>234</sup>

- 83 Ob der Gerichtshof hieran festhalten wird, ist seit einem die **deutsche Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)** betreffenden Fall<sup>235</sup> zweifelhaft geworden. Die HOAI sah in ihrer bis zum 31.12.2020 geltenden Fassung in § 7 HOAI verbindliche Unter- und Obergrenzen für Honorare für Tätigkeiten von Architekten und Ingenieuren vor. Auf dieser Grundlage erhoben mehrere Auftragnehmer sogenannte Aufstockungsklagen gegen ihre Auftraggeber, mit denen sie das zuvor mit den Auftraggebern vereinbarte Honorar auf die Mindesthöhe nach der HOAI a. F. anheben wollten. Im Jahr 2019 hatte allerdings der EuGH entschieden, dass eine solche Preisbindung gegen die Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) verstieß.<sup>236</sup> Die Folgen dieses Urteils sind unter deutschen Obergerichten umstritten.<sup>237</sup> Das betrifft insbesondere die Frage, ob bis zur Änderung der HOAI zum 01.01.2021 der verbindliche Preisrahmen des § 7 Abs. 1 HOAI a. F. durch nationale Gerichte unangewendet bleiben musste oder ob zunächst der deut-

231 RL 83/189/EWG des Rates vom 28.3.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. EG Nr. L 109 v. 26.4.1983, S. 8.

232 I. E. ähnlich *Herresthal*, S. 79 f.

233 Vgl. i.d.S. *Streinz*, Europarecht, Rn. 500 f.

234 Vgl. EuGH 7.8.2018 – Rs. C-122/17 (Smith), ECLI:EU:C:2018:631 Rn. 49. Dafür aber: GA *Saggio*, Schlussanträge v. 16.12.1999, verb. Rs C-240/98 und C-244/98 (Océano), ECLI:EU:C:1999:620, Slg. 2000, I-4943; GA *Léger*, Schlussanträge v. 11.1.2000, Rs C-287/98 (Linster), ECLI:EU:C:2000:3 Slg. 2000, I-6917; zur Diskussion: *Herresthal*, S. 78 ff.; *Konzen*, ZfA 2005, 189 (200); *Reich/Röhrig*, EuZW 2002, 87 (88); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 f.; *Wank*, RdA 2004, 246 (250).

235 EuGH v. 4.7.2019, Rs. C-377/17 (Kommission/ Deutschland), ECLI:EU:C:2019:562 = NJW 2019, 2529 m. Anm. *Ehlers*, JZ 2019, 889; *Streinz*, JuS 2019, 1127 und *A. Schäfer*, EuZW 2019, 660. Die entsprechend der Rechtsprechung des EuGH geänderte HOAI trat am 01.01.2021 in Kraft.

236 EuGH v. 4.7.2019, Rs. C-377/17 (Kommission/ Deutschland), ECLI:EU:C:2019:562 = NJW 2019, 2529 m. Anm. *Ehlers*, JZ 2019, 889; *Streinz*, JuS 2019, 1127 und *A. Schäfer*, EuZW 2019, 660. Die entsprechend der Rechtsprechung des EuGH geänderte HOAI trat am 01.01.2021 in Kraft.

237 Siehe die Übersicht bei OLG Celle, Beschluss vom 09.12.2020 - 14 U 92/20, Rn. 41 ff = BeckRS 2020, 35060.

sche Gesetz- und Verordnungsgeber tätig werden musste, um die HOAI an das Unionsrecht anzupassen und die Preisbindung aufzuheben.

Ein Vorabentscheidungsverfahren des LG Dresden<sup>238</sup> nahm der EuGH nicht zum Anlass, die Frage nach der Drittwirkung von Richtlinienbestimmungen in einem Rechtsstreit zwischen Privaten zu entscheiden.<sup>239</sup> Der BGH hatte mit Beschluss vom Mai 2020<sup>240</sup> dem EuGH drei Fragen zur Unionsrechtswidrigkeit der verbindlichen HOAI-Honorarsätze vorgelegt. Der BGH wollte *erstens* wissen, ob aus Unionsrecht folgt, dass die Dienstleistungsrichtlinie im Rahmen eines laufenden Gerichtsverfahrens zwischen Privatpersonen in der Weise unmittelbare Wirkung entfaltet, dass dieser Richtlinie entgegenstehende nationale Regelungen wie in § 7 HOAI a. F. nicht mehr anzuwenden sind. Sofern Frage 1 verneint werden sollte, wollte der BGH *zweitens* wissen, ob in § 7 HOAI a. F. ein Verstoß der Bundesrepublik gegen Art. 49 AEUV oder gegen sonstige allgemeine Grundsätze des Unionsrechts gesehen werden konnte.<sup>241</sup> Auch wenn sich nur Nicht-Inländer auf einen Verstoß gegen Art. 49 AEUV berufen könnten, wäre eine Verfassungswidrigkeit von § 7 HOAI a. F. wegen Inländerdiskriminierung zumindest denkbar.<sup>242</sup> *Drittens* fragte der BGH, ob sich bei Bejahung der zweiten Frage ergibt, dass in einem laufenden Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen Regelungen wie § 7 HOAI a. F. nicht mehr anzuwenden sind.

Wäre künftig davon auszugehen, dass die Dienstleistungsrichtlinie einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts konkretisiert, wäre auch in diesem Zusammenhang<sup>243</sup> die Frage nach der verbleibenden Bedeutung des Grundsatzes, dass die horizontale Drittwirkung von Richtlinien ausscheidet, aufgeworfen.<sup>244</sup> Immerhin ließe sich sagen, dass § 15 der Dienstleistungsrichtlinie die Beseitigung europarechtswidriger Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit im Blick habe, während privatrechtsharmonisierenden Richtlinien eine solche Zielrichtung nicht ohne Weiteres zukomme.<sup>245</sup> Der Einzelne könnte sich dann zwar nicht unmittelbar auf die Verletzung der Grundfreiheiten gegenüber einem anderen Privaten berufen, wenn keine Angelegenheit mit grenzüberschreitenden Wirkungen vorliegt, aber möglicherweise auf die horizontale Drittwirkung dieser Grundfreiheit.

Der BGH scheint keine unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie in der Weise annehmen zu wollen, dass die dieser Richtlinie entgegenstehenden nationalen Regelungen in § 7 HOAI a. F. in laufenden Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen nicht mehr angewendet werden können.<sup>246</sup>

Die HOAI wurde mit Wirkung zum 01.01.2021 geändert. Nunmehr gelten die Mindest- und Höchstgrenzen für Honorare nur noch als Leitlinien zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, jedoch nicht mehr als rechtlich verbindliche Grenzen.

238 LG Dresden, 08.02.2018 - 6 O 1751/15 = BeckRS 2018, 44863.

239 EuGH v. 6.2.2020, Rs. C-137/18 (hapeg dresden), ECLI:EU:C:2020:84, Rn. 21.

240 BGH, Beschluss vom 14.05.2020, VII ZR 174/19.

241 So OLG Düsseldorf, 28.01.2020 – 21 U 21/19, BauR 2020, 863 ff.

242 Vgl. Deckers, ZfBR 2020, 605 (608).

243 Siehe bereits oben Rn. 49 ff.

244 Gündel, BauR 2020, 23 (27 f.).

245 OLG Düsseldorf, MDR 2020, 558 f. = BauR 2020, 863 ff., Rn. 75; OLG Celle, ZfBR 2020, 54 ff., Rn. 25; Thode, jurisPR-PrivBauR 11/2019 Anm. 1 unter B; Fuchs, BauR 2020, 348 (359); vgl. auch: GA Szpunar, Schlussanträge v. 28.02.2019, Rs. C-377/17 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2019:163 Rn. 21.

246 BGH, Beschluss vom 14.05.2020 - VII ZR 174/19, Rn. 63; anders OLG Celle, Beschluss vom 09.12.2020 - 14 U 92/20 = BeckRS 2020, 35060.

#### IV. Die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Privatrechts

- 88 Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Richtlinien. Dies richtet sich zunächst an den Gesetzgeber und meint den Erlass eines die Richtlinie in innerstaatliches Recht transformierenden Gesetzes.<sup>247</sup> Misslingt die Transformation, muss das im Regelfall durch erneutes gesetzgeberisches Tätigwerden behoben werden, so wie es in Deutschland nunmehr mit der HOAI geschah, welche an die Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie durch den EuGH angepasst wurde. Korrekturen lassen sich aber auch mittels einer richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts vornehmen.<sup>248</sup> Dieser kommt auch für das **Privatrecht überragende Bedeutung** zu: Wo die unmittelbare Anwendbarkeit oder die unmittelbare Drittwirkung ausscheiden, kann die richtlinienkonforme Auslegung über den Umweg der Interpretation des nationalen Rechts dennoch zu einer Verwirklichung des Richtlinienziels führen,<sup>249</sup> die fehlende horizontale Wirkung von Richtlinien mithin kompensieren.<sup>250</sup>
- 89 Die richtlinienkonforme Auslegung beschränkt sich nicht auf die Korrektur eines unmittelbar bei der Transformation entstandenen Fehlers, sondern hat ganz **unterschiedliche Facetten**. Neben der Korrekturwirkung der Richtlinie selbst wird die Vorwirkung von Richtlinien diskutiert, mithin die Frage, inwieweit Richtlinien schon vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist Bedeutung für die Auslegung des nationalen Rechts erlangen können.<sup>251</sup> Weiter ist zu überlegen, welcher Stellenwert der richtlinienkonformen Auslegung bei überschießender Umsetzung zukommt.<sup>252</sup>
- 90 **I. Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung.** Warum sind bei der Auslegung nationaler Rechtsnormen Richtlinien zu berücksichtigen? Auf welcher Grundlage die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung beruht, ist umstritten. Einige wollen auf den Willen des nationalen Gesetzgebers zur Umsetzung der Richtlinie zurückgreifen.<sup>253</sup> In der Tat begegnet dem Interpreten dieser Wille regelmäßig bei der historischen Auslegung eines Transformationsgesetzes.<sup>254</sup> Insbesondere wenn es um dessen Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist geht, ist das von eigenständiger Bedeutung.<sup>255</sup>

247 Zu den Umsetzungsvarianten: Streinz/*Schroeder*, AEUV Art. 288 Rn. 71 ff.; s. a. *Becker*, DVBl 2003, 1487 (Umsetzung durch Verweis auf Sekundärrecht).

248 An der Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers zur korrekten Umsetzung der Richtlinie ändert sich durch die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Interpretation nichts, EuGH 10.5.2001 – Rs C-144/99 (Kommission/Niederlande), ECLI:EU:C:2001:257, Slg. 2001, I-3541, Rn. 20 f. = NJW 2001, 2244; *Franzen*, JZ 2003, 321 (327); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (914).

249 *Herresthal*, JuS 2014, 289; das gilt auch im Strafrecht, vgl. *Hecker*, JuS 2014, 385, allerdings unter Beachtung des Analogieverbots, ebd. S. 389.

250 So *Roth*, ZIP 2020, 2488 (2489); siehe auch *Wietfeld*, JZ 2020, 485.

251 S. u. → Rn. 114 ff.

252 S. u. → Rn. 118 ff.

253 Zum Beispiel *Büdenbender*, ZEuP 2004, 36 (38); in gewisser Hinsicht auch BGH ZBB 1999, 156; hierzu krit. *Auer*, ZBB 1999, 161 (170 f.). Zwischen einer Verpflichtung aus nationalem Recht und einem Gebot aus Unionsrecht differenzierend: *Ehricke*, S. 598, 613 f.; *Hommelhoff*, FS BGH, S. 889, 892.

254 EuGH 5.10.2004 – Rs C-397/01 (Pfeiffer), ECLI:EU:C:2004:584 Slg. 2004-I 8835 = NJW 2004, 3547.

255 Zu diesem Zeitpunkt lässt sich nämlich aus dem Unionsrecht noch kein Auftrag zur richtlinienkonformen Interpretation herleiten.

Die richtlinienkonforme Auslegung lässt sich allerdings nicht auf den gesetzgeberischen Willen reduzieren. Das zeigt sich anhand folgender Überlegung: Jede nationale Rechtsordnung hält für die Interpretation ihrer Normen unterschiedliche Auslegungskriterien bereit. Versteht man unter richtlinienkonformer Auslegung nur die Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers im Rahmen der historischen Auslegung, so wird sie zu einem von mehreren konkurrierenden Auslegungskanonens. Das bedeutet zum einen, dass sie der Abwägung mit gegenläufigen Auslegungskanonens zugänglich ist.<sup>256</sup> Zum anderen folgt hieraus, dass für die richtlinienkonforme Auslegung kein Raum bleibt, wenn der Gesetzgeber eine Richtlinie (noch) nicht umgesetzt und damit die Grundlage für eine Berücksichtigung des Umsetzungswillens im Rahmen historischer Interpretation noch nicht geschaffen hat.<sup>257</sup> Dasselbe würde gelten, wenn es um die Auslegung von Normen außerhalb des Umsetzungsgesetzes geht.<sup>258</sup>

Wir wollen mit dem zuletzt genannten Argument beginnen: Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, mit Ablauf der Umsetzungsfrist die Ziele von Richtlinien in nationales Recht zu transformieren. Das Instrument hierzu sind Rechtsnormen, aber auch die sie konkretisierende und fortbildende Rechtsprechung.<sup>259</sup> Normen außerhalb eines Transformationsgesetzes, insbesondere die früher in Kraft getretenen Vorschriften, sind meist ohne den Willen erlassen worden, eine Richtlinie umzusetzen. Das kann dazu führen, dass der Gesetzgeber nach Inkrafttreten einer Richtlinie diese Normen novelliert. Häufig tritt freilich der innerhalb einer Rechtsordnung bestehende Anpassungsbedarf nicht deutlich zu Tage und eine Novellierung unterbleibt. Hier greift die richtlinienkonforme Auslegung ein und ermöglicht eine Interpretation solcher Normen im Lichte der Richtlinie.<sup>260</sup> Das gilt auch, wenn die historische Auslegung der Norm keinen Anhalt hierfür bietet.

Diesen Grundsatz hat der EuGH im Fall **Marleasing**<sup>261</sup> etabliert. Die spanische Firma Marleasing SA klagte auf Nichtigerklärung des Gesellschaftsvertrages der Comercial Internacional SA. Sie stützte sich auf die Art. 1261, 1275 des spanischen Zivilgesetzbuches, wonach das wirksame Zustandekommen eines Vertrages eine „causa“ voraussetzt. Marleasing hatte vorgetragen, Comercial sei nur gegründet worden, um das Kapital ihres Hauptgesellschafters dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, entbehre mithin einer zulässigen causa. Der Gesellschaftsvertrag sei deshalb nichtig.<sup>262</sup> Die Richtlinie 68/151/EWG<sup>263</sup> ordnet in Art. 11 an, dass die Nichtigkeit von Gesellschaften nur ausgesprochen werden kann, „wenn der tatsächliche Gegenstand des Unternehmens rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt. [...] Abgesehen von diesen Nichtigkeitsfällen können die Gesellschaften aus

256 A. A. offenbar *Ehricke*, S. 598, 616 f.

257 Vgl. *M. Schmidt*, *RabelsZ* 1995, 569 (587 f.); *Scherzberg*, *Jura* 1993, 225 (231 f.).

258 Man könnte hier allenfalls mit der Fiktion arbeiten, auch (unverändertes) Altrecht werde in den Umsetzungswillen des Gesetzgebers aufgenommen, zu Recht krit. *Canaris*, *FS Bydlinksi*, S. 47, 50; *Everling*, *RabelsZ* 1086, 193 (224 ff.).

259 EuGH 10.4.1984 – Rs 79/83 (Harz), ECLI:EU:C:1984:155, Slg. 1984, 1921, Rn. 26 = *Jarass/Beljin*, *Casebook Grundlagen*, S. 154 ff.; vgl. *Brechmann*, S. 25 ff., 31 f.; *W.H. Roth*, *FS BGH*, S. 847, 874 f.; anders z. B. *Nettesheim*, *AöR* 1994, 261 (268).

260 EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), ECLI:EU:C:1993:945, Slg. 1993, I-6911.,

261 EuGH 13.11.1990 – Rs C-106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:395, Slg. 1990, I-4135 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 20; hierzu *Schwab*, *ZGR* 2000, 446 (467 ff.).

262 Vgl. zum deutschen Recht die §§ 75 ff. GmbHG, 275 ff. AktG.

263 Erste RL 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, *ABl. EG Nr. L 65 v. 14.3.1968*, S. 8.

keinem Grund [...] für nichtig erklärt werden“. Mit dem „tatsächlichen Gegenstand des Unternehmens“ war nach Ansicht des EuGH der in der Satzung der Gesellschaft umschriebene Unternehmensgegenstand gemeint, nicht etwa die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit des Unternehmens.<sup>264</sup> Mit dem Ziel der Richtlinie war es folglich unvereinbar, eine Gesellschaft für nichtig zu erklären, wenn deren Satzung einen legalen Unternehmensgegenstand auswies. Wollte man die Auslegung der Art. 1261, 1275 allein anhand der nationalen Kanones durchführen, sprach einiges für die Ansicht von Marleasing,<sup>265</sup> insbesondere hätte die historische Interpretation der lange vor der Richtlinie in Kraft getretenen Norm keine Grundlage für eine richtlinienkonforme Auslegung geboten. Gleichwohl hat der EuGH angenommen, Art. 249 Abs. 3 EG (jetzt Art. 288 Abs. 3 AEUV) verpflichte neben der Gesetzgebung auch die Rechtsprechung, die ihre Interpretation am Zweck der Richtlinie auszurichten habe. Ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Normen handle, hielt der EuGH ausdrücklich für irrelevant.<sup>266</sup>

- 94 Der Fall **Marleasing** ist noch in einer anderen Hinsicht interessant. Die Richtlinie war von Spanien trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist nicht in nationales Recht umgesetzt worden. Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung greift aber nach dem EuGH auch bei **(noch) nicht erfolgter Umsetzung**. Das folgt zwanglos aus Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach der Umsetzungsauftrag mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten verbindlich wird.<sup>267</sup> Aus welchem Grund die Umsetzung nicht erfolgte, ist irrelevant. Hierin liegt ein weiterer Beleg dafür, dass die richtlinienkonforme Auslegung mehr ist als nur die Berücksichtigung des Willens des historischen Gesetzgebers.<sup>268</sup>
- 95 **2. Der Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung.** Wie steht es um das eingangs<sup>269</sup> genannte Argument, die richtlinienkonforme Auslegung sei der Abwägung mit nationalen Auslegungskanones nicht ohne Weiteres zugänglich? In der deutschen Methodenlehre ist viel darüber nachgedacht worden, ob sich ein **Rangverhältnis der nationalen Auslegungskriterien** begründen lässt.<sup>270</sup> Bejaht man das, erhält man eine sogenannte Metaregel.<sup>271</sup> Diese bestimmt, welchem Auslegungskanon Vorrang vor konkurrierenden Kanones zukommt. So könnte eine Metaregel etwa anordnen, dass das aufgrund eines bestimmten Auslegungskanones erzielte Ergebnis *notwendig* Vorrang vor konkurrierenden Interpretationen genießt. Ein beliebtes Beispiel für einen solchen notwendigen Vorrang<sup>272</sup> bildet die verfas-

264 EuGH 13.11.1990 – Rs C-106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:395, Slg. 1990, I-4135, Rn. 12 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 20.

265 Vgl. *Schwab*, ZGR 2000, 446 (467 ff.).

266 EuGH 13.11.1990 – Rs C-106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:395, Slg. 1990, I-4135, Rn. 8 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 20.

267 Hierzu beispielhaft: BGHZ 138, 55 (61).

268 S. o. → Rn. 91 ff.

269 S. o. → Rn. 91.

270 Vgl. hierzu etwa *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2012, S. 299, 305; *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl. 2018, S. 107 ff.; *Canaris*, FS Medicus, 1999, S. 25, 32 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 166 f.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., 2005, S. 111 ff.

271 Vgl. *Ehlen/Haeflner/Ricken*, Philosophie des 20. Jahrhunderts, 3. Aufl. 2010, S. 347 ff.; *Keller*, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1989, S. 74 f.; *Ricken*, Allg. Ethik, 5. Aufl. 2012, S. 18 ff. Auch die Herleitung der Rechtsfolge einer Metaregel ist ein “interpretatorischer Vorrang”: *Canaris*, FS Bydlinski, S. 47, 64 ff.

272 *Canaris* hat das als “interpretatorische Vorrangregel” bezeichnet, FS Bydlinski, S. 47, 66 f.; s. dazu auch u. *Riehm*, § 4 Rn. 49.

sungskonforme Auslegung.<sup>273</sup> Herleiten lässt sich der Vorrang der verfassungskonformen Auslegung aus dem Grundsatz „*lex superior derogat legi inferiori*“: Wegen des für unser Rechtssystem bislang<sup>274</sup> grundlegenden Prinzips des „Stufenbaus der Rechtsordnung“<sup>275</sup> geht die Verfassung allen im Range unter ihr stehenden Normen vor. Folglich geht auch die verfassungskonforme Auslegung konkurrierenden Interpretationen vor.

Von einem Rangverhältnis kann man auch dann noch sprechen, wenn ein Auslegungskanon zwar nicht notwendig, wohl aber *prima facie*-Vorrang hat.<sup>276</sup> Billigt man einer Auslegungsregel einen solchen *prima facie*-Vorrang zu, hat er besonderes Gewicht, welches der Interpreten ist es in diesem Fall, die Auslegungskanones gegeneinander abzuwägen und die hieraus resultierenden Argumente zu gewichten. Kann im Verhältnis der nationalen Auslegungskanones zur richtlinienkonformen Auslegung ein Rangverhältnis in Form eines notwendigen **Vorranges der richtlinienkonformen Auslegung** hergeleitet werden? Ein solcher folgt für die verfassungskonforme Auslegung ohne Weiteres daraus, dass die Verfassung allen anderen Normen der Rechtsordnung im Rang vorgeht. Richtlinien zeichnen sich demgegenüber durch eine Besonderheit aus: Durch sie wird nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltendes Recht gesetzt.<sup>278</sup> Stattdessen folgt aus Art. 288 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit einer Richtlinie nur ein Auftrag an die Mitgliedstaaten zur Normsetzung.<sup>279</sup> Daraus hat man abzuleiten versucht, dass die richtlinienkonforme Auslegung den übrigen Auslegungskanones im Rang nicht vorgehen könne, soweit die Richtlinie nicht ausnahmsweise unmittelbar anwendbar sei.<sup>280</sup> Dieser Schluss ist nicht zwingend, denn jedenfalls Art. 288 Abs. 3 AEUV hat Vorrang vor dem nationalen Recht. Das bedeutet: Der Auftrag, eine Richtlinie, deren Umsetzungsfrist abgelaufen ist, in nationales Recht zu transformieren, geht sämtlichen nationalen Normen im Range vor. Kann dieser Auftrag – mindestens teilweise – mit dem Instrument der richtlinienkonformen Auslegung erfüllt werden, so geht konsequent die richtlinienkonforme Auslegung allen anderen Auslegungskanones vor. Lässt sich der Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung somit nicht isoliert aus einer Richtlinie ableiten,<sup>281</sup> so folgt er doch aus Art. 288 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit Richtlinien, deren Umsetzungsfrist abgelaufen ist.

96

97

98

273 *Canaris*, FS Medicus, 1999, S. 25, 52; *ders.*, FS Bydliński, S. 47, 66 f.

274 Ob dieses Prinzip angesichts der Entstehung des Unionsrechts noch so haltbar ist, ist umstritten. Zur Vertiefung: *Robbers*, NJW 1998, 937 ff.

275 Hierzu *Kelsen*, Allg. Staatslehre, 1925, S. 231 ff.; *ders.*, Reine Rechtslehre, 1960, S. 228 ff.

276 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2012, S. 299, 305 für die historische Auslegung.

277 *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 112 f.

278 Den Ausnahmefall bildet die unmittelbare Anwendbarkeit, s. o. → Rn. 63 ff.

279 *Canaris*, FS Bydliński, S. 47, 52 f.

280 Vgl. *di Fabio*, NJW 1990, 947 (953); ähnlich *Scherzberg*, Jura 1993, 225 (232); krit. *Lutter*, JZ 1992, 593 (605); *Schulze*, in: Schulze, S. 9, 15; *Zuleeg*, in: Schulze, S. 163, 173 f.

281 Dieser kommt keine „derogatorische Wirkung“ zu, vgl. *Canaris*, FS Bydliński, S. 47, 52 ff.

- 99 Steht fest, dass die richtlinienkonforme Auslegung Vorrang vor den übrigen Auslegungskanones hat, so ist im Folgenden die Reichweite dieses Grundsatzes zu präzisieren. Weiter oben wurde gesagt, dass die unionsrechtskonforme Auslegung sich des Spielraums des nationalen Rechts bedient.<sup>282</sup> Hierin liegt der zentrale **Unterschied der richtlinienkonformen Auslegung zur unmittelbaren Anwendbarkeit bzw. der unmittelbaren Drittwirkung**: Diese verdrängen das nationale Recht, jene nutzt es.<sup>283</sup>
- 100 Damit liegt auf der Hand, dass die richtlinienkonforme Auslegung die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie nicht etwa voraussetzt, sondern diese Rechtsfigur im Gegenteil komplettiert.<sup>284</sup> Der EuGH hat auch kein Stufenverhältnis der unmittelbaren Anwendbarkeit gegenüber der richtlinienkonformen Auslegung angenommen, etwa dergestalt, dass diese nur zulässig wäre, wenn jene versagt.
- 101 Weil die richtlinienkonforme Auslegung sich des Instruments der nationalen Rechtsnorm bedient, ermöglicht sie **Belastungen Privater in weiterem Umfang als die Grundsätze der unmittelbaren Anwendbarkeit oder der unmittelbaren Drittwirkung**. Solange nämlich eine belastende Rechtsfolge aus der nationalen Rechtsnorm folgt, ist sie grundsätzlich zulässig. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass es sich um eine neuartige oder ungewöhnliche Auslegung dieser Norm aufgrund der unionsrechtlichen Einwirkung handelt, solange es nur um eine nach nationalem Recht vertretbare Auslegung geht<sup>285</sup> und die Grundsätze des Vertrauensschutzes gewahrt sind, die insbesondere bei Rechtsprechungsänderungen eingreifen.<sup>286</sup>
- 102 **3. Die Anwendungsbedingungen der richtlinienkonformen Auslegung.** Die richtlinienkonforme Auslegung kann nur dort ansetzen, wo das nationale Recht einen Interpretationsspielraum bietet.<sup>287</sup> Spielraum in diesem Sinne besteht für alle Auslegungsergebnisse, die aus dem Blickwinkel allein des nationalen Rechts vertretbar sind.<sup>288</sup> Was in diesem Sinne „vertretbar“ ist, entscheidet der nationale Richter.<sup>289</sup> Eine entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung schließt,

282 S. o. → Rn. 55.

283 Krit. aber *Franzen*, JZ 2003, 321 (327); *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253 (256); *Konzen*, ZfA 2005, 189 (201); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (913).

284 Mit EuGH 5.10.2004 – verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), ECLI:EU:C:2004:584 = EuZW 2004, 692 wird die richtlinienkonforme Auslegung auch nicht unter die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gestellt. Siehe *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 9 ff.; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50); *Herrmann*, EuZW 2006, 69 (70); *Hummel*, EuZW 2007, 268 (270 f.) Krit. zu den Schlussanträgen des Generalanwalts: *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2302 ff.).

285 Mehr meint wohl auch der EuGH nicht in: EuGH 13.11.1990 – Rs 106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:395, Slg. 1990, I-4135 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 20.

286 BVerfG NJW 2012, 669. Aus der Literatur: *Dötsch*, DStR 2009, 409; *Herdegen*, WM 2009, 2202; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (293 f.); *Höpfner*, RdA 2006, 156; *ders.*, NZA 2008, 91; *Langenbucher*, JZ 2003, 1132.

287 *Reimer*, JZ 2015, 910. Zu den Unterschieden in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und dem Ruf nach einer gemeineuropäischen Methodenlehre *Brenncke*, EuR 2015, 440 (445 ff.).

288 EuGH 5.10.2004 – verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), ECLI:EU:C:2004:584 = EuZW 2004, 692, Rn. 115 ff.; 19.1.2010, Rs C-555/07 (Kücükdeveci), ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365 Rn. 49; 19.4.2016, Rs C-441/14 (Dansk Industri), ECLI:EU:C:2016:278, EuZW 2016, 466 Rn. 35, 43; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 134 ff.; enger *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (913 ff.); wohl auch *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477 (485 ff.).

289 Nicht ganz deutlich: GA *Bot*, Schlussanträge v. 25.11.2015, Rs C-441/14 (Dansk Industri), ECLI:EU:C:2015:776; hiergegen: *Baldus/Raff*, GPR 2016, 71; klarstellend: EuGH 19.4.2016 – Rs C-441/14 (Dansk Industri), ECLI:EU:C:2016:278, EuZW 2016, 466 Rn. 35, 43.

solange nicht bindende Präjudizien in Rede stehen, die Vertretbarkeit nicht von vornherein aus. Im Einzelfall können allerdings gewichtige Gründe des Vertrauensschutzes dazu führen, dass eine etwa erforderliche Rechtsprechungsänderung zwar vertretbar ist, aber beispielsweise nur für die Zukunft eingreift.<sup>290</sup> Von besonderer Bedeutung ist das für strafrechtlich relevante Sachverhalte vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots und des Rückwirkungsverbots.<sup>291</sup> Das führt zu einer zweistufigen Prüfung: Zunächst sind die nach nationalem Recht vertretbaren Lösungsansätze zusammenzustellen. Sie markieren den genannten „Spielraum“ des Richters.<sup>292</sup> Sodann ist zu fragen, ob wenigstens einer dieser Lösungsansätze das Ergebnis der Richtlinie befördert.<sup>293</sup> Hieraus lässt sich zugleich ableiten, wo die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung verlaufen muss. Eine nach nationalem Recht nicht vertretbare Lösung kann keine Grundlage richtlinienkonformer Auslegung sein.<sup>294</sup> In solchen Fällen bleibt nur die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind, sowie im Übrigen ein Staatshaftungsanspruch.<sup>295</sup>

**a) Die richtlinienkonforme Auslegung intra legem.** Die naheliegendste Funktion einer richtlinienkonformen Auslegung ist die Korrektur der misslungenen Übertragung einer Richtlinie in nationales Recht. Hierfür kann es genügen, einen Begriff oder eine Norm innerhalb des Umsetzungsgesetzes so auszulegen, dass das Ziel der Richtlinie verwirklicht wird. Bietet das Transformationsgesetz selbst keinen Spielraum für eine solche Auslegung, sind andere Normen des nationalen Rechts heranzuziehen, welche dieselbe oder jedenfalls eine solche Rechtsfolge ermöglichen, welche das Richtlinienziel in ausreichendem Maße verwirklicht. Der für eine richtlinienkonforme Auslegung zur Verfügung stehende „Spielraum“ des nationalen Rechts erfasst unproblematisch auch etablierte Institute richterlicher Rechtsfortbildung.<sup>296</sup>

103

290 Zur Rechtsprechung „mit Zukunftwirkung“ allg. *Langenbucher*, JZ 2003, 1132.

291 EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17 (Poplawski II), ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 75 (zur strukturell vergleichbaren rahmenbeschlusskonformen Auslegung); *Ruffert*, JuS 2018, 496.

292 EuGH 13.11.1990 – Rs 106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:395, Slg. 1990, I-4135 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 20; 5.10.2004, verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), ECLI:EU:C:2004:584 = EuZW 2004, 692.

293 Zur Zweistufigkeit der richtlinienkonformen Auslegung auch: *Brechmann*, S. 259 ff.; *Dänzer-Vannotti*, ZfZ 1992, 34 (38); *ders.*, DB 1994, 1052 (1053); *Ehricke*, S. 598, 616; *Schwab*, ZGR 2000, 446 (473) will dieses Verfahren nur anwenden, wenn der Gesetzgeber eine Schranke gegen den Einfluss der Richtlinie errichtet. S. aber u. Rn. 102 f.; für einen Vorrang der Auslegung der Umsetzungsnorm gegenüber anderen Rechtsvorschriften plädieren *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (52 f.).

294 *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 874 (884 f.); *Brechmann*, S. 250 ff.; *Franck/Möslein*, S. 144, 174 (zu einem Tarifvertrag auf S. 159); *Franzen*, S. 343 f.; *ders.*, JZ 2003, 321 (324); *Meller-Hannich*, WM 2005, 1157; *Nettesheim*, AöR 1994, 261 (269); *Unberath*, ZEuP 2005, 5 ff.; ähnlich *Grundmann*, ZEuP 1996, 399 (415 ff.); *Heiderhoff*, Rn. 124 ff.; a. A. offenbar *M. Schmidt*, RabelsZ 1995, 569 (590). Im Fall *Marleasing* s. o. → Fn. 261 ist streitig geworden, ob die allein richtlinienkonforme Lösung nach spanischem Recht tatsächlich vertretbar war, abl. *Grundmann*, ZEuP 1996, 399 (414); *Lutter*, JZ 1992, 593 (597); *Schwab*, ZGR 2000, 447 (470); bejahend *Iglesias/Riechenberg*, FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1213, 1220 f.

295 S. o. → Rn. 8, 63 ff., 77 ff. und u. 127 ff.; EuGH 24.1.2012 – Rs. C-282/10 (Dominguez), ECLI:EU:C:2012:33, NJW 2012, 509 (512), Rn. 44; 4.7.2006, Rs C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443, Slg. 2006, I-6057, Rn. 112 = EuZW 2006, 730.

296 *Canaris*, FS Bydliniski, S. 47 ff.; *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 4 Rn. 65; *Nettesheim*, AöR 1994, 261 (282 ff.). Ein Beispiel entwickeln *Hoffmann/Petrick*, ZBB 2003, 343 (348 f.).

104 Ein bekanntes Beispiel bietet der Fall **Harz**.<sup>297</sup> Frau Harz bewarb sich auf eine Stellenanzeige der Tradax GmbH. Diese sandte die Bewerbungsunterlagen mit der Begründung zurück, es kämen nur männliche Bewerber in Betracht, weil im Bereich des Vertriebs landwirtschaftlicher Rohstoffe ausschließlich Männer tätig seien. Frau Harz klagte auf Einstellung, hilfsweise auf Schadensersatz für Verdienstausfall, höchst hilfsweise auf Schadensersatz in Höhe des Vertrauensschadens. Das angerufene ArbG Hamburg musste feststellen, dass in der Tat eine Diskriminierung wegen des Geschlechts vorlag. Die damalige Fassung des § 611a BGB sah als Ausgleich für den Verstoß gegen ein geschlechtsbezogenes Benachteiligungsverbot einen Anspruch des unterlegenen Bewerbers lediglich auf Ersatz seines Vertrauensschadens vor. Dieser belief sich regelmäßig auf die Kosten der Bewerbung, bei Frau Harz auf Porto in Höhe von 2,31 DM.<sup>298</sup> Die Richtlinie 76/207/EWG ordnete demgegenüber in Art. 3 und Art. 5 an, dass „die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen [treffen], um sicherzustellen, [...] dass die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden“. Nach Art. 6 hatten die Mitgliedstaaten innerstaatliche Vorschriften zu erlassen, die garantierten, dass ein Beschwerver „seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“. Das deutsche Recht kannte für die Fälle der geschlechtsbezogenen Diskriminierung keinen Anspruch auf Einstellung und zwar weder in Form eines Erfüllungsanspruchs aus § 242 BGB noch in Form eines Schadensersatzanspruchs mit der Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB.<sup>299</sup> Ein solcher Anspruch lässt sich nach Auffassung des EuGH auch aus der Richtlinie nicht herleiten. Allerdings hat der EuGH Art. 6 der Richtlinie die Verpflichtung entnommen, eine wirksame Sanktion für geschlechtsbezogene Diskriminierungen sicherzustellen. Entscheide sich ein Mitgliedstaat dafür, diese Sanktion als Entschädigungsanspruch auszugestalten, verfehle ein nur symbolisch wirkender Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens das Ziel der Richtlinie. Für den deutschen Richter folgte hieraus, dass zunächst zu fragen war, ob § 611a BGB a. F. einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich war. Ziel musste die Gewährung einer wirksameren Sanktion in Form einer höheren Entschädigungssumme sein. Das hatten die deutschen Gerichte abgelehnt. Stattdessen wollte das BAG Schmerzensgeld aufgrund einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewähren.<sup>300</sup> Genutzt wurde somit ein rechtsfortbildend bereits entwickeltes Institut. Dieses sei im Lichte der Richtlinie so aufzufassen, dass auch die geschlechtsbezogene Diskriminierung einen Schadensersatzanspruch begründe.<sup>301</sup>

105 **b) Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.** Es scheint auf den ersten Blick eine Selbstverständlichkeit zu sein, dass nur vertretbare Lösungen als Grundlage

297 EuGH 10.4.1984 – Rs 79/83 (Harz), ECLI:EU:C:1984:155, Slg. 1984, 1921 = *Jarass/Beljin*, Casebook Grundlagen, S. 151 ff.; s. a. EuGH 10.4.1984 – Rs 14/83 (von Colson und Kamann), ECLI:EU:C:1984:153, Slg. 1984, 1891 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 26, 434; s. u. → *Schrader/Donath*, § 7 Rn. 39.

298 Im Parallelfall EuGH 10.4.1984 – Rs 14/83 (von Colson und Kamann), ECLI:EU:C:1984:153, Slg. 1984, 1891 = *Hummer/Vedder/Lorenzmeier*, S. 26, 434, waren es Fahrtkosten in Höhe von 7,20 DM.

299 Vgl. zur neuen Rechtslage nach dem AGG s.u. → *Schrader/Donath*, § 7 Rn. 34 ff.

300 BAG EuR 1990, 362 ff. = NJW 1990, 65. Zu einem anderen Beispiel: *Thising*, NJW 2003, 3441 (Anti-Diskriminierungsrichtlinien RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG).

301 Damit war freilich das Problem noch nicht aus der Welt. Das BAG hatte eine Entschädigung nur in Höhe eines Monatsgehalts gewähren wollen und z. T. gar darunter. Daraufhin hatte der Gesetzgeber § 611a BGB neu gefasst und eine Entschädigung in Höhe von mindestens drei Monatsverdiensten vorgesehen (Gesetz v. 24.6.1994, BGBl. I S. 1406). Diese Grenze genügte dem EuGH indes nicht (EuGH 11.11.1997 – Rs C-409/95 (Marshall II), ECLI:EU:C:1997:533, Slg. 1993, I-4367 = EuZW 1993, 706; 22.4.1997, Rs C-180/95 (Draehmpaehl/Urania), Slg. 1997, I-2195 = EuZW 1997, 340). Im Jahre 1998 wurde deshalb § 611a BGB noch einmal novelliert (Gesetz v. 29.6.1998, BGBl. I S. 1694). Seit dem 18.7.2006 regelt § 7 i. V. m. § 1 AGG die geschlechtsspezifische Diskriminierung; ein Anspruch auf Entschädigung ergibt sich seitdem aus § 15 AGG (vgl. u. → *Schrader/Donath*, § 7 Rn. 34 ff.).

einer richtlinienkonformen Auslegung in Betracht kommen. Die besondere Problematik wird erst durch die Betonung deutlich, es müsse sich um eine **nach nationalem Recht vertretbare Lösung** handeln. Geht es um die Umsetzung einer Richtlinie, steht häufig die Kollision zweier Normgeber in Rede. Die nationale Rechtsordnung mag isoliert betrachtet ein bestimmtes Anliegen verfolgen, das Unionsrecht ein anderes. Deutlich wird dieser Konflikt bei der Bestimmung einer **Lücke als Voraussetzung der Rechtsfortbildung**. Kann man von einer planwidrigen Unvollständigkeit des nationalen Gesetzes auch dann ausgehen, wenn sich dieses zwar bruchlos in die nationale Rechtsordnung einfügt, das aber nicht mehr der Fall ist, sobald man das Regelungsziel der Richtlinie mit einbezieht?<sup>302</sup>

Im Grundsatz sind die **Fälle bereits erfolgter Umsetzung** unproblematisch. Durch die Umsetzung integriert der Gesetzgeber die Ziele der Richtlinie in die nationale Rechtsordnung. Der Richter kann sie folglich bei der historischen Gesetzesauslegung heranziehen.<sup>303</sup> Das gilt auch, wenn dem Gesetzgeber die korrekte Umsetzung misslungen ist, sich dieser Fehler aber im Rahmen der Auslegung beheben lässt.<sup>304</sup> 106

Folgt man dem, beschränkt sich die richtlinienkonforme Auslegung nicht auf die Ausformung solcher Rechtsnormen oder rechtsfortbildend entwickelter Institute, die zum Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung bereits fest etablierter Bestandteil des geltenden Rechtskorpus sind. Legitimieren die Regeln der nationalen Methodenlehre eine Rechtsfortbildung, darf diese auch mit dem Ziel vorgenommen werden, auf diese Weise Richtlinienkonformität herzustellen. 107

Die Grundsätze richtlinienkonformer Rechtsfortbildung hat der BGH in der Entscheidung „Quelle“ geprägt<sup>305</sup> und später weiter ausgebaut.<sup>306</sup> Das Unternehmen Quelle lieferte einer Privatperson ein vertragswidriges „Herd-Set“. Eine Reparatur war unmöglich, die Käuferin gab das Set zurück und erhielt eine Ersatzlieferung. Quelle verlangte von der Käuferin Wertersatz für Vorteile, die diese aus der Nutzung des vertragswidrig gelieferten Sets gezogen hatte. Der Entscheidung liegt die im deutschen Recht vor Novellierung des § 474 Abs. 5 BGB bestehende Rechtslage zugrunde. Nach dem Wortlaut der §§ 439 Abs. 4, 346 ff. BGB hatte der Käufer einer mangelhaften Sache auch dann Wertersatz für deren Nutzung zu leis- 108

302 Zu Recht bejahend *Canaris*, FS Bydlinki, S. 47, 85; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292); *Unberath*, ZEuP 2005, 5 (8); krit. *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (913), aber mit zu weit reichenden Schlüssen (keine Anknüpfung an die Normen des nationalen Rechts mehr erforderlich): entscheidender als die *contra legem*-Grenze ist die Prämisse, dass es sich um eine nach nationalem Recht vertretbare Lösung handeln muss. Krit. mit Blick auf einen extensiven Ansatz zur „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht“ *Michael/Payandeh*, NJW 2015, 2392.

303 Hier mag man mit der Unterstellung arbeiten, der Gesetzgeber habe korrekt umsetzen wollen, EuGH 5.10.2004 – verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), ECLI:EU:C:2004:584 = EuZW 2004, 692, Rn. 112; *Franzen*, S. 313; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (51 f.); *Schürnbrand* JZ 2007, 910 (912). Zur Abgrenzung aber oben Fn. 258.

304 Hierzu sogleich weiter unten → Rn. 108.

305 BGH, Vorlagebeschluss v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200; BGH, Folgeentscheidung v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 29. Hierzu *Ayad/Hesse*, BB 2009, 297; *Faust*, JuS 2009, 274; *Grosche/Höft*, NJOZ 2009, 2294; *Gsell*, JZ 2009, 522; *Herrler/Tomasic*, ZIP 2009, 81; *Höpfner*, EuZW 2009, 160; *Leenen*, Jura 2012, 753; *Pfeiffer*, NJW 2009, 412.

306 Siehe sodann BGH, Vorlagebeschluss v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, BeckRS 2009, 5318 = JZ 2009, 310 = NJW 2009, 1660 = ZIP 2009, 376; EuGH, v. 16.6.2011, Rs C-65/09 u. C-87/09 (Weber/Wittmer u. Putz/Medianess Electronics), ECLI:EU:C:2011:396, NJW 2011, 2269; BGH Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BeckRS 2012, 4376 = BB 2012, 792 = JZ 2012, 468 = ZIP 2012, 341 Rn. 30; aus der Rechtsprechung des BAG: BAG 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 = NZA 2009, 538.

ten, wenn er eine Ersatzlieferung erhielt.<sup>307</sup> Obwohl der BGH diese Regelung für sachlich verfehlt hielt, sah sich das Gericht wegen des Verbots der *contra legem*-Interpretation an einer teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB gehindert.<sup>308</sup> Immerhin war nicht nur der Wortlaut der Norm unzweideutig. In den Materialien fand sich die ausdrückliche Anordnung der entsprechenden Rechtsfolge, freilich ohne dabei die Richtlinienwidrigkeit zu erkennen. Der BGH legte dem EuGH die Frage vor, ob die Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 oder Art. 3 Abs. 3 S. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehen, welche dem Verkäufer einen Anspruch auf Wertersatz auch bei einer Ersatzlieferung zubillige. Der EuGH bejahte diese Frage.<sup>309</sup> Die Folgeentscheidung des BGH reagierte darauf durch die Anerkennung eines Gebots richtlinienkonformer Rechtsfortbildung.<sup>310</sup> Zwar habe der deutsche Gesetzgeber in den Materialien zu § 439 Abs. 4 BGB einen abweichenden Willen geäußert. Eine planwidrige Lücke, welche den Richter zur rechtsfortbildenden Tätigkeit ermächtige, liege gleichwohl vor. Entscheidend sei, dass der Gesetzgeber die Richtlinie nicht nur insgesamt habe umsetzen wollen, sondern gerade auch durch den Erlass des § 439 Abs. 4 BGB. Die Ausführungen zu dieser Norm stellen sich insoweit als fehlerhafte Einschätzung derjenigen Aufgaben dar, welche das Europarecht dem nationalen Gesetzgeber stellt. Im Übrigen habe dieser bereits durch die Ingangsetzung eines Gesetzgebungsverfahrens reagiert.<sup>311</sup>

- 109 Die besondere Problematik der **Quelle**-Entscheidung liegt darin, dass das Gericht zunächst einmal davon ausging, die entsprechende Rechtsfortbildung sei ein nach deutschem Verfassungsrecht unzulässiges *contra legem*-Judikat und dies erst im Anschluss an die EuGH-Entscheidung neu bewertet.<sup>312</sup> Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gab noch zu weiteren Verfeinerungen Anlass. Im „**Fliesen-Fall**“<sup>313</sup> legte der BGH, wiederum im Anschluss an eine Vorabentscheidung des EuGH, § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB richtlinienkonform aus. Die „Lieferung einer mangelfreien Sache“ sollte im Falle des Verbrauchsgüterkaufs auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der neuen Sache umfassen. § 439 Abs. 3 S. 3 BGB war teleologisch zu reduzieren, um zur Richtlinienkonformität zu gelangen. Anders als noch in der Quelle-Entscheidung konnte der BGH hier nicht die Gesetzesmotive heranziehen, sondern unterstellte dem Gesetzgeber einen generellen Willen zur Richtlinienkonformität. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie soll dies offenbar nicht gelten.<sup>314</sup>
- 110 **c) Die richtlinienkonforme Auslegung contra legem.** Lässt sich dem nationalen Recht auch unter Berücksichtigung der unionsrechtskonformen Interpretation **keine vertretbare Lösung** entnehmen oder **sperrt sich der nationale Gesetzge-**

307 Hierzu s.u. → *Herresthal*, § 2 Rn. 175.

308 BGH NJW 2006, 3200 ff. Rn. 12 ff. mit Hinweis auf die bereits damals vertretene Gegenansicht in der Literatur unter Rn. 11.

309 EuGH 17.4.2008, Rs. C-404/06 (Quelle), ECLI:EU:C:2008:231, Slg. 2008, I-2685 = NJW 2008, 1433 = JuS 2008, 652 (m. Anm. *Faust*).

310 BGHZ 179, 29 = NJW 2009, 427.

311 BGHZ 179, 29 Rn. 24 = NJW 2009, 427.

312 BGH NJW 2006, 3200 ff. Rn. 12 ff.; vgl. die ähnliche Problematik in EuGH 16.6.2011, C-65/09 u. C-87/09 (Gebr. Weber/Wittmer u. Putz/Medianess Electronics), ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269; BGH JZ 2012, 468, Rn. 28 ff., 30; vgl. dazu *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 313; *Faust*, JuS 2011, 744; *Lorenz*, NJW 2009, 1633; *ders.*, NJW 2011, 2241; zur Diskussion in der Sache s. u. → *Herresthal*, § 2 Rn. 175.

313 BGHZ 192, 148 „Weber und Putz“.

314 BGHZ 195, 135 „Granulat“; hierzu *Weiss*, ZRP 2013, 66.