

NICOLE BALDAUF

Richtlinienverstoß und  
Verschiebung der  
Contra-legem-Grenze im  
Privatrechtsverhältnis

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

293

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

293

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Nicole Baldauf

# Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legem-Grenze im Privatrechtsverhältnis

Der Konflikt zwischen Richtlinie und nationalem Recht  
bei der Rechtsanwendung

Mohr Siebeck

*Nicole Baldauf*, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften; 2013 Promotion; wissenschaftliche Mitarbeiterin; seit Oktober 2011 Rechtsreferendarin am Landgericht Tübingen.

e-ISBN PDF 978-3-16-152914-6

ISBN 978-3-16-152878-1

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

*Meiner Familie*



## Danksagung

Die Arbeit entstand an der Universität Tübingen und wurde im Januar 2013 von der Juristischen Fakultät als Dissertation angenommen. Sie wurde durch Herrn Prof. Dr. Martin Gebauer betreut, bei dem ich mich ganz herzlich bedanken möchte. Er hatte nicht nur stets ein offenes Ohr für Fragen und Probleme, sondern gab mir als Mitarbeiterin seines Lehrstuhls die Freiheit, mich neben der Promotion persönlich und fachlich weiterzuentwickeln. Herrn Prof. Dr. Jan Schürnbrand danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt Herrn Dr. Janis Leifeld, der mir jederzeit bedingungslos zur Seite stand und der durch seine selbstlose und kompetente Unterstützung entscheidend zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat.

Dank gilt auch meinen Freunden, mit deren Hilfe ich stets rechnen durfte, sei es für inhaltliche Fragen, für Korrekturen während der Weihnachtsfeiertage oder für nette Ablenkung, wenn es nötig schien.

Meiner Familie möchte ich für ihre uneingeschränkte Unterstützung danken, die diese Arbeit erst ermöglicht hat – ihnen allen ist die Arbeit gewidmet. Ein besonderer Dank gilt meinen Eltern, die mich unaufhörlich motiviert und angespornt haben, nicht zuletzt meiner Mutter für die orthographische Überarbeitung des Manuskripts.

*Rottenburg, Juni 2013*

*Nicole Baldauf*





## Inhaltsübersicht

Danksagung.....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV
Einleitung .....	1

### Teil 1: Die Veränderungen durch Richtlinien und die Ausgangslage im nationalen Recht .....

7

<i>A. Die Veränderungen im nationalen Recht durch den Erlass der Richtlinie.....</i>	<i>7</i>
--	----------

<i>B. Gesetzesanwendung im nationalen Kontext (Ebenenensystem).....</i>	<i>38</i>
---	-----------

<i>C. Zwischenergebnis und Ausblick.....</i>	<i>79</i>
--	-----------

### Teil 2: Gesetzesanwendung im Einwirkungsbereich von Richtlinien (Zweiebenensystem).....

81

<i>A. Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfindung .....</i>	<i>82</i>
--	-----------

<i>B. Meinungen in der Literatur zur Lösung des Konflikts zwischen Richtlinie und nationalem Recht im Privatrechtsverhältnis durch richtlinienkonforme Gesetzesanwendung .....</i>	<i>105</i>
--	------------

<i>C. Die Ansätze in der deutschen Rechtsprechung zur Ausgestaltung der richtlinienkonformen Rechtsfindung.....</i>	<i>174</i>
---	------------

<i>D. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....</i>	<i>203</i>
---	------------

Teil 3: Zulässigkeit und Notwendigkeit der Veränderung traditioneller Methoden im Kontext der Richtlinie .....	206
A. Zulässigkeit der Modifikation traditioneller Rechtsfindungsmethoden .....	207
B. Schutzlücken bei richtlinienkonformer Rechtsfindung im Sinne eines Ergebnisvorrangs .....	226
C. Notwendigkeit der Modifikation der Staatshaftungsvoraussetzungen.....	249
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	259
Verzeichnis der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs .....	263
Literaturverzeichnis .....	265
Sachverzeichnis .....	281

# Inhaltsverzeichnis

Danksagung .....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXV
Einleitung .....	1

Teil 1: Die Veränderungen durch Richtlinien und die Ausgangslage im nationalen Recht .....	7
---	---

A. <i>Die Veränderungen im nationalen Recht durch den Erlass der Richtlinie</i> .....	7
---	---

I. Meinungen zur Frage der Geltung der Richtlinie in der nationalen Rechtsordnung.....	10
---	----

1. Die Befürworter der unmittelbaren Geltung von Richtlinien .....	10
---	----

a) Das europäische Bundesstaatsmodell.....	10
--	----

b) Die völkerrechtliche Theorie der unmittelbaren Geltung von Richtlinien .....	12
--	----

2. Die Gegner der unmittelbaren Geltung der Richtlinie: Die Transformationsthese .....	15
---	----

a) Grundsatz: Das Transformationserfordernis für die Richtlinie .....	15
--	----

b) Ausnahme: Die Anordnung der unmittelbaren Geltung durch den EuGH .....	16
--	----

II. Die Rechtsprechung des EuGH .....	17
---------------------------------------	----

1. Erster Schritt: Unmittelbare Wirkung von Sekundärrecht – das Urteil <i>van Duyn</i> (1974).....	17
---	----

2. Zweiter Schritt: Die Rechtsmissbrauchsratio – das Urteil <i>Ratti</i> (1979).....	21
---	----

3. Fazit: Keine unmittelbaren Wirkungen im Horizontalverhältnis.....	2
---	---

III. Stellungnahme.....	24
-------------------------	----

1. Die Auslegung von Art. 288 AEUV .....	25
--	----

a) Wortlaut .....	25
b) Grammatikalisch-systematische Interpretation .....	26
c) Historisch-systematische Interpretation .....	26
d) Regelungszweck von Art. 288 III AEUV.....	27
2. Die Möglichkeit zulässiger Rechtsfortbildung von	
Art. 288 AEUV .....	29
a) Die Unvollständigkeit von Art. 288 AEUV.....	29
b) Die Planwidrigkeit der fehlenden unmittelbaren	
Geltung von Richtlinien .....	30
3. Ergebnisse der Interpretation von Art. 288 AEUV.....	32
a) Die unterschiedlichen Kategorien von Sekundärrecht .....	32
b) Der primärrechtliche Umsetzungsbefehl.....	34
(1) Der Umsetzungsbefehl gilt innerstaatlich.....	34
(2) Der Umsetzungsbefehl richtet sich an die	
nationalen Organe.....	34
(3) Der Inhalt des Umsetzungsbefehls ist dynamisch.....	36
IV. Zwischenergebnis.....	37

## *B. Gesetzesanwendung im nationalen Kontext*

<i>(Einebenensystem)</i> .....	38
I. Die Bindung des Richters an geltende Gesetze,	
Art. 20 III GG .....	38
II. Auslegung und Rechtsfortbildung im nationalen Kontext.....	40
1. Die gemischt-objektive Theorie .....	41
a) Die Auslegung nach der gemischt-objektiven Theorie .....	41
(1) Das Ziel der Auslegung .....	41
(2) Die Auslegungskriterien, insbesondere die objektiv-	
teleologischen Kriterien .....	42
(3) Das Vorgehen bei der Gesetzesanwendung .....	44
(a) Grundsatz: Keine Rangfolge der	
Auslegungskriterien .....	44
(b) Ausnahme: Vorliegen einer interpretatorischen	
Vorrangregel .....	46
(i) Die Unterscheidung von Abwägungslösung	
und interpretatorischer Vorrangregel.....	46
(ii) Die interpretatorischen Vorrangregeln und	
ihre Stufung .....	47
(aa) Vorrangregel auf der ersten Stufe:	
Der eindeutige Wortlaut .....	48

(bb) Vorrangregeln auf der zweiten Stufe: Das Doppelkriterium (historische) Regelungsabsicht des Gesetzgebers und Wortsinn.....	50
(aaa) Gesetzgeberische Regelungsentscheidung und Wortsinn decken sich.....	51
(bbb) Die wesentliche Umstrukturierung einer Norm, insbesondere ihre Reduktion „auf Null“.....	54
(ccc) Keine Vorrangregel bei fehlender Kongruenz von (historischer) Regelungsabsicht bzw. Wertentscheidung und Wortsinn.....	54
(cc) Vorrangregel auf dritter Stufe: Vorrang objektiv-teleologischer Kriterien?.....	55
(aaa) Objektiv-teleologische Kriterien und Wortsinn decken sich.....	56
(bbb) Objektiv-teleologische Kriterien und Wortsinn decken sich nicht.....	57
b) Die Rechtsfortbildung nach der gemischt-objektiven Theorie.....	58
(1) Die Unvollständigkeit des Gesetzes.....	60
(2) Das Merkmal der Planwidrigkeit.....	61
(a) Die positive Bestimmung: Der Maßstab für die Rechtsfortbildung.....	61
(b) Die negative Bestimmung: Die Contra-legen-Grenze.....	62
c) Die Stufen der Interpretation von Gesetzen nach der gemischt-objektiven Theorie.....	64
2. Die subjektive Theorie.....	66
a) Auslegung nach der subjektiven Theorie.....	66
(1) Das Ziel der Auslegung und die Auslegungskriterien.....	66
(2) Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.....	67
b) Die Rechtsfortbildung nach der subjektiven Theorie.....	68
(1) Voraussetzungen der Lückenfeststellung.....	68
(a) Die positive Bestimmung der Lücke.....	68
(i) Primäre bzw. anfängliche Lücken.....	69
(ii) Sekundäre bzw. nachträgliche Lücken.....	69

(b) Die negative Bestimmung der Lücke: Die Contra- <i>legem</i> -Grenze.....	70
(2) Der Maßstab der Lückenschließung.....	71
c) Die Stufen der Rechts- und Gesetzesanwendung nach subjektiver Theorie .....	71
III. Die Behandlung von Normenkollisionen nach dem Lex-superior-Grundsatz im nationalen Kontext .....	73
1. Die Existenz, Geltung und Anwendbarkeit der konfligierenden Normen innerhalb einer Rechtsordnung .....	74
2. Die inhaltliche Kollision bei gleichem Adressat .....	75
3. Normen unterschiedlichen Ranges .....	76
4. Folge: Die Verwerfung des niederrangigen Rechts und die Anwendung der höherrangigen Norm durch den zur Entscheidung berufenen Richter .....	77
5. Fazit.....	79
C. Zwischenergebnis und Ausblick.....	79
 Teil 2: Gesetzesanwendung im Einwirkungsbereich von Richtlinien (Zweiebenensystem).....	81
A. Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfindung.....	82
I. Die volle Ausschöpfung des methodischen Beurteilungsspielraums: Die Urteile <i>von Colson &amp; Kamann</i> und <i>Harz</i> (1984).....	84
II. Erweiterungstendenzen in Bezug auf das Institut der richtlinienkonformen Rechtsfindung .....	86
1. Das Urteil <i>Marleasing</i> (1990).....	86
a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	87
b) Die methodischen Vorgaben des EuGH.....	87
c) Folgen für die nationale Methode .....	88
2. Das Urteil <i>Wagner Miret</i> (1993).....	89
a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	89
b) Die methodischen Vorgaben des EuGH.....	90
c) Folgen für die nationale Methode .....	91
3. Das Urteil <i>Unilever Italia</i> (2000) .....	92
a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	92
b) Die methodischen Vorgaben des EuGH.....	92
c) Folgen für die nationale Methode .....	93
4. Das Urteil <i>Björnekulla Fruktindustrier</i> (2004) .....	93

a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	93
b) Die methodischen Vorgaben des EuGH.....	94
c) Folgen für die nationale Methode .....	94
5. Das Urteil <i>Pfeiffer</i> (2004).....	95
a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	95
b) Die methodischen Vorgaben des EuGH und Folgen für die nationale Methode .....	95
(1) Keine unmittelbare Anwendung der Richtlinie und Soweit-wie-möglich-Formel .....	96
(2) Fiktive Normenkollision zwischen Richtlinie und nationalem Recht .....	96
(3) Absicht zur korrekten Richtlinienumsetzung.....	98
6. Das Urteil <i>Mangold</i> (2005) .....	99
a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	99
b) Die methodischen Vorgaben des EuGH.....	100
c) Folgen für die nationalen Methoden .....	100
III. Die Klarstellung der Grenzen der Verpflichtung:	
Das Urteil <i>Adeneler</i> (2006).....	101
1. Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht .....	101
2. Die methodischen Vorgaben des EuGH.....	102
3. Folgen für die nationalen Methoden .....	103
IV. Fazit.....	104
<i>B. Meinungen in der Literatur zur Lösung des Konflikts zwischen Richtlinie und nationalem Recht im Privatrechtsverhältnis durch richtlinienkonforme Gesetzesanwendung .....</i>	<i>105</i>
I. Die Lösung des Konflikts zwischen Richtlinie und nationalem Recht bei verbleibendem Rechtsfindungsspielraum nach traditioneller Gesetzesanwendung: Die These vom Ergebnisvorrang.....	106
1. Der gedankliche Ansatz .....	107
2. Das methodische Vorgehen .....	108
a) Besonderheiten der Auslegung des nationalen Rechts im Richtlinienkontext.....	108
(1) Die richtlinienkonforme Auslegung.....	108
(2) Sonderfall: Die richtlinienorientierte Auslegung.....	110
b) Besonderheiten der Rechtsfortbildung im Richtlinienkontext.....	112
3. Probleme der Methode .....	113
4. Begründung der Methode.....	114
5. Fazit.....	115



II. Die Lösung des Konflikts zwischen Richtlinie und nationalem Recht bei der Gesetzesanwendung.....	116
1. Die Richtlinienkonformität als Vorrangregel bei der Gesetzesanwendung .....	116
a) Richtlinienkonformität als interpretatorische Vorrangregel.....	117
(1) Gedanklicher Ansatz .....	117
(2) Das methodische Vorgehen .....	119
(a) Die richtlinienkonforme Auslegung.....	120
(b) Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung .....	121
(i) Die Lückenfeststellung und -schließung .....	122
(ii) Instrumente zur Lückenschließung .....	123
(c) Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfindung.....	123
(i) Der eindeutige Wortlaut .....	124
(ii) Gesetzgeberische Regelungsentscheidung und Contra-legen-Grenze .....	124
(3) Begründung und Vorteile der Methode .....	126
(4) Probleme der Methode.....	127
(5) Fazit .....	128
b) Die Auffassung von C. Herresthal .....	128
(1) Der gedankliche Ansatz.....	129
(a) Die unmittelbare Geltung von Rechtssetzungspflichten .....	129
(i) Der Beachtungsvorrang der Richtlinie .....	129
(ii) Die Modifikation des Modells vom Stufenbau der Rechtsordnung durch die „integrative Verbindung“ von nationaler und Unionsrechtsordnung zu einer Gesamtrechtsordnung .....	130
(b) Die Verschiebung der innerstaatlichen Kompetenzen .....	131
(2) Methode und Vorgehen .....	134
(a) Der neue Maßstab der Gesetzesanwendung .....	135
(b) Die gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsfortbildung.....	137
(i) Lückenfeststellung: Das Vorliegen einer systemwidrigen Regelungslücke .....	137
(ii) Die Lückenschließung .....	138
(iii) Zeitlicher Beginn der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung.....	138
(c) Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung .....	139

(3) Grenzen der Rechtsfortbildung nach C. Herresthal .....	140
(a) Ablehnung traditioneller Grenzen.....	140
(i) Der Wortlaut der nationalen Norm.....	140
(ii) Der Wille des nationalen Gesetzgebers.....	140
(iii) Tradierte Konkretisierungen von Verfassungsinhalten.....	141
(b) Verbleibende Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung.....	142
(i) Grenzen aus dem Prinzip der Gewaltenteilung.....	142
(aa) Die (weiterhin) aktuelle Wertungsentscheidung des Gesetzgebers .....	142
(bb) Die (weiterhin) aktuelle gesetzgeberische Ablehnung einer Umsetzung oder Durchsetzung .....	143
(cc) Sperrwirkung bevorstehender Gesetze .....	144
(ii) Funktionale Grenzen .....	144
(iii) Strukturelle Grenzen .....	144
(4) Fazit.....	145
2. Die Richtlinienkonformität als nationaler Gesetzgeberwille:	
Die These vom Vorrang des Umsetzungswillens .....	146
a) Der gedankliche Ansatz .....	146
b) Das methodische Vorgehen .....	147
(1) Fall 1: Der Umsetzungswille liegt konkret nachweisbar vor, ohne dass der Gesetzgeber eine materielle Regelungsentscheidung getroffen hat .....	148
(2) Fall 2: Widerspruch von konkretem Umsetzungswillen und gesetzgeberischer Regelungsentscheidung.....	149
(3) Fall 3: Fehlender bzw. nicht nachweisbarer Umsetzungswille .....	151
(a) Problematik: Die Vermutung eines (generellen) Umsetzungswillens.....	151
(b) Die Begründung der generellen Vermutung des Vorliegens eines Umsetzungswillens.....	152
c) Grenzen des Vorrangs des Umsetzungswillens .....	154
(1) Die Wortlautgrenze .....	154
(2) Die Grenze der konkreten Regelungsabsicht des (historischen) Gesetzgebers .....	154
d) Fazit.....	155
III. Die Lösung des Konflikts zwischen Richtlinie und nationalem Recht (auch) auf Normebene .....	156

1. Vorgehen und Methode .....	156
a) Die Richtlinie als unmittelbar geltende, höherrangige Norm .....	156
b) Einschränkungen der Anwendbarkeit der Richtlinie im Horizontalverhältnis.....	157
(1) Zeitliche Einschränkung: Ablauf der Umsetzungsfrist .....	157
(2) Methodische Einschränkung: Gesetzesanwendung vor Verwerfung der nationalen Norm.....	158
(a) 1. Stufe: Anwendung des nationalen Rechts nach den traditionellen Methoden .....	158
(b) 2. Stufe: Die Verwerfung von richtlinienwidrigen Auslegungskriterien als richtlinienkonforme Rechtsfindung .....	159
(c) 3. Stufe: Die Verwerfung der gesamten nationalen Norm.....	161
(3) Inhaltliche Einschränkungen bei der Wirkung der Richtlinie.....	161
(a) Die Theorie von den positiven Richtlinienwirkungen.....	162
(i) Vorgehen bei der Gesetzesanwendung.....	162
(ii) Begründung.....	163
(b) Die Theorie von den negativen Richtlinienwirkungen.....	164
(i) Vorgehen bei der Gesetzesanwendung.....	164
(ii) Begründung.....	166
(iii) Probleme.....	167
(aa) Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH .....	167
(bb) Nichtvorhandensein von richtlinienkonformem nationalem Recht .....	170
(cc) Methodische Probleme .....	172
2. Fazit.....	172
C. Die Ansätze in der deutschen Rechtsprechung zur Ausgestaltung der richtlinienkonformen Rechtsfindung.....	174
I. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs.....	174
1. Der Fall <i>Heininger</i> (BGHZ 150, 248-263).....	174
a) Sachverhalt und Problemstellung.....	174
b) Lösung des BGH .....	176
(1) Grammatikalische Interpretation.....	177
(2) Genetische Interpretation.....	177

c) Fazit .....	179
2. Der Fall <i>Quelle</i> (BGHZ 179, 27-43) .....	179
a) Sachverhalt und Problemstellung .....	179
b) Die Lösung des BGH.....	181
(1) Grammatikalische Interpretation.....	181
(2) Genetische Interpretation.....	182
(3) Reichweite der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung .....	184
c) Rechtfertigung des Lösungsansatzes .....	184
d) Fazit .....	185
3. Der Fall <i>Weber</i> (BGH NJW 2012, 1073 ff.) .....	186
a) Sachverhalt und Problemstellung .....	186
b) Lösung des BGH zum 1. Problemkomplex .....	188
c) Lösung des BGH zum 2. Problemkomplex .....	189
(1) Grammatikalische Interpretation.....	189
(2) Genetische Interpretation.....	189
d) Fazit .....	191
4. Zusammenfassung.....	192
II. Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts im Fall Urlaubsabgeltung .....	192
1. Sachverhalt und Problemstellung .....	192
2. Lösung des BAG.....	194
a) Die richtlinienkonforme Auslegung .....	194
b) Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.....	195
3. Fazit.....	196
III. Die Rechtsprechung des BVerfG .....	197
1. <i>Honeywell</i> (BVerfGE 126, 286 ff.).....	197
a) Sachverhalt und Problemstellung im nationalen Recht.....	197
b) Lösung des BVerfG.....	198
c) Fazit .....	199
2. Beschluss Haustürwiderrufsgesetz (BVerfGE NJW 2012, 699 ff.).....	200
a) Lösung des BVerfG.....	201
b) Fazit .....	202
3. Zusammenfassung.....	203
<i>D. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....</i>	203
 Teil 3: Zulässigkeit und Notwendigkeit der Veränderung traditioneller Methoden im Kontext der Richtlinie.....	206

A. Zulässigkeit der Modifikation traditioneller Rechtsfindungsmethoden .....	207
I. Rechtfertigung der mit der Modifikation traditioneller Rechtsfindungsmethoden verbundenen Kompetenzverschiebung auf der Grundlage eines unveränderten Verfassungsverständnisses .....	207
1. Die Kompetenz zur Setzung von materiellen Regelungszielen .....	207
a) Argumente.....	207
(1) Der nationale Gesetzgeber hat die Kompetenz zu materieller Entscheidung im Richtlinienbereich verloren .....	208
(2) Die Judikative trifft keine eigene rechtspolitische Entscheidung, sondern führt nur den Willen des Unionsgesetzgebers aus .....	208
b) Stellungnahme.....	208
(1) Vorliegen einer verfassungsrechtlich relevanten Kompetenzverschiebung durch die Modifikation der traditionellen Methoden .....	209
(2) Rechtfertigung der Verschiebung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen.....	210
(a) Die materielle Regelungsentscheidung im Richtlinienbereich .....	210
(b) Rechtfertigung der Kompetenzverschiebung, wenn Verordnungserlass möglich.....	212
(c) Rechtfertigung, weil sich die Legislative ihre Kompetenz zurückholen kann.....	213
2. Vermutete Entsprechung des judikativen Ergebnisses mit dem Gesetzgeberwillen .....	213
a) Argumente.....	213
(1) Die Vermutung des Gesetzgeberwillens zur korrekten Umsetzung .....	213
(2) Die Alterung des nationalen Gesetzes allein durch die Richtlinie.....	214
b) Stellungnahme.....	214
(1) Gleichwertigkeit von Umsetzungswillen und materieller Regelungsentscheidung .....	214
(2) Keine Rechtfertigung der Vermutung der ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung .....	216
(a) Umkehrung des festgestellten Auslegungsergebnisses.....	216
(b) Keine empirische Beweisbarkeit der Vermutung .....	218

(3) Keine Alterung des nationalen Gesetzes.....	219
3. Zwischenergebnis .....	220
II. Rechtfertigung der mit der Modifikation traditioneller Rechtsfindungsmethoden verbundenen Kompetenzverschiebung durch Aufwertung von Art. 23 GG als Staatsstrukturprinzip.....	221
1. Argument: Veränderung der Verfassungsstruktur und der nationalen Methoden durch das Staatsstrukturprinzip der integrierten Staatlichkeit.....	221
2. Stellungnahme .....	221
a) Der Ansatz über die Veränderung der nationalen Verfassungsstruktur .....	222
b) Vorliegen einer Veränderung der nationalen Verfassungsstruktur .....	222
(1) Auslegung von Art. 23 GG .....	222
(a) Wortlaut.....	222
(b) Genetische Auslegung.....	223
(c) Systematisch-teleologische Auslegung .....	223
(d) Fazit.....	224
(2) Jedenfalls keine Reduktion auf Null .....	224
III. Zwischenergebnis .....	225
 B. Schutzlücken bei richtlinienkonformer Rechtsfindung im Sinne eines Ergebnisvorrangs.....	226
I. Verfassungskonforme Konfliktlösungsmechanismen für den Konflikt zwischen Richtlinie und nationalem Recht .....	226
1. Die richtlinienkonforme Rechtsfindung im Sinne eines Ergebnisvorrangs .....	227
2. Die unionsrechtliche Staatshaftung .....	228
a) Hintergründe für die Entwicklung des Instituts der unionsrechtlichen Staatshaftung .....	229
b) Die Voraussetzungen der Staatshaftung .....	230
c) Die Qualifikation des Umsetzungsverstoßes .....	231
(1) Hintergrund für das Erfordernis der Qualifikation des Umsetzungsverstoßes .....	231
(2) Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs.....	232
(a) Das Ob der Umsetzung.....	232
(b) Das Wie der Umsetzung.....	233
d) Fazit.....	233
II. Bestimmung der Schutzlücken durch Anwendung der verfassungskonformen Konfliktlösungsmechanismen.....	234

1. Der Gesetzgeber hat die Richtlinie nicht umgesetzt (Altrecht).....	234
a) Bewusste Untätigkeit des Gesetzgebers .....	234
(1) Reichweite der richtlinienkonformen Rechtsfindung im Sinne eines Ergebnisvorrangs .....	234
(2) Reichweite der Staatshaftung.....	235
b) Unbewusste Untätigkeit des Gesetzgebers .....	235
(1) Reichweite der richtlinienkonformen Rechtsfindung im Sinne eines Ergebnisvorrangs .....	236
(2) Reichweite der Staatshaftung.....	236
2. Der Gesetzgeber hat die Richtlinie fehlerhaft umgesetzt.....	237
a) Bewusst fehlerhafte Umsetzung des nationalen Gesetzgebers.....	237
b) Unbewusst fehlerhafte Umsetzung des nationalen Gesetzgebers.....	237
(1) Der Gesetzgeber hat das nationale Recht zur Umsetzung der Richtlinie verändert .....	238
(a) Reichweite der traditionellen Rechtsfindungsmethoden.....	238
(i) Rechtsfindung nach subjektiver Theorie .....	238
(ii) Die Rechtsfindung nach objektiver Theorie .....	239
(b) Reichweite der Staatshaftung .....	240
(2) Der Gesetzgeber hat das nationale Recht unverändert gelassen, aber vermerkt, dass dieses der Umsetzung der Richtlinie dienen soll.....	242
(a) Reichweite der traditionellen Rechtsfindungsmethoden.....	242
(i) Rechtsfindung nach subjektiver Theorie .....	242
(ii) Rechtsfindung nach objektiver Theorie .....	243
(b) Reichweite der Staatshaftung .....	243
c) Die Unterscheidung zwischen unbewusst und bewusst fehlerhafter Umsetzung.....	244
3. Fazit: Es verbleiben Schutzlücken.....	245
III. Unzulässigkeit des Offenlassens von Schutzlücken.....	245
1. Effektive Durchsetzung des Unionsrechts .....	246
2. Ungleichbehandlung der Marktbürger .....	247
3. Verantwortungsverlagerung .....	248
 C. <i>Notwendigkeit der Modifikation der Staatshaftungsvoraussetzungen</i> .....	 249
I. Methode.....	250
II. Absicherung der Methode .....	251

1. Unzulässigkeit des Offenlassens von Schutzlücken als Rechtfertigung der Ausdehnung der richtlinienkonformen Rechtsfindung.....	251
a) Vertrauensschutz und Rechtssicherheit .....	251
b) Verantwortungsprinzip .....	254
2. Das Effektivitätsprinzip .....	254
a) Abstufung im Vertrauen aufgrund der Dogmatik der Richtlinie .....	255
b) Effektive Durchsetzung auf zweiter Ebene .....	256
c) Effektive Umsetzung der Richtlinie .....	256
3. Gleichbehandlung der Marktbürger .....	257
4. Keine Ausuferung der Staatshaftung .....	258
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	259
Verzeichnis der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs .....	263
Literaturverzeichnis .....	265
Sachverzeichnis .....	281





## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 9.5.2008
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.3.1957
E.L.Rev.	European Law Review
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg.	Herausgeber

I.C.L.Q.	The International & Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung von
i.V.m.	in Verbindung mit
JCMS	Journal of Common Market Studies
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben
Slg.	Sammlung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
Vgl.	Vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völker- recht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europäische Studien
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZGR	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Einleitung

Im November 2008 begann mit der Entscheidung des BGH in Sachen *Quelle*<sup>1</sup> eine neue Entwicklungsetappe in der deutschen Rechtsprechung zum Problemkomplex der richtlinienkonformen Anwendung des nationalen Rechts.<sup>2</sup>

Inhaltlich ging es um eine alltägliche kaufrechtliche Problemstellung: Eine Verbraucherin hatte beim Versandhandelsunternehmen Quelle ein „Herd-Set“ bestellt. Etwa eineinhalb Jahre nach Lieferung stellte sie einen Fehler der Kaufsache fest. Da eine Nachbesserung nicht möglich war, lieferte Quelle eine neue, mangelfreie Sache, verlangte aber eine Entschädigung für die Dauer der Nutzung des mangelhaften Herdes gemäß §§ 439 IV, 346 I, II 1 Nr. 1, 100 BGB. Die Nutzungsentschädigung wurde zunächst von der Verbraucherin gezahlt, später jedoch von dem von ihr hierzu ermächtigten Verbraucherverband gemäß § 812 I BGB herausverlangt.<sup>3</sup> Der BGH hatte noch vor Einführung des § 474 II 1 BGB n.F. zu entscheiden, ob die Zahlung der Verbraucherin ohne Rechtsgrund erfolgt war und damit inzident, ob ein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz aus §§ 439 IV, 346 I, II 1 Nr. 1, 100 BGB für die Zeit bestand, in der der Verbraucher eine mangelhafte Sache in Gebrauch hatte.

Das nationale Recht verweist in § 439 IV BGB für die Rückgewähr der mangelhaften Sache uneingeschränkt auf § 346 BGB, der einen Anspruch auf Nutzungsersatz für den Verkäufer bereithält. Zudem enthalten auch die Gesetzesmaterialien die Aussage, dass dem Verkäufer für die Nutzung der mangelhaften Sache ein Ersatzanspruch zustehen soll.<sup>4</sup> Aufgrund dieser eindeutigen Aussagen des nationalen Rechts war der Verbraucher unter

---

<sup>1</sup> BGH NJW 2009, 427 ff.

<sup>2</sup> Weitere vergleichbare, auch instanzielle Entscheidungen folgten: BGH NJW 2012, 1073 ff.; AG Köln BeckRS 2010, 2637, Rn. 20 f.; LG Stuttgart BeckRS 2012, 6165, Leitsatz, Rn. 19.

<sup>3</sup> Die Revision des Klägers, die sich gegen die Abweisung einer Unterlassungsklage nach § 2 I 1 UKlaG richtete, im Zusammenhang mit einer Ersatzlieferung im Sinne des § 439 Abs. 1 BGB, Verbrauchern für die Nutzung der mangelhaften Sache Beträge in Rechnung zu stellen, soll hier nicht betrachtet werden, vgl. dazu BGH NJW 2009, 427 ff., Rn. 36 ff.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 14/6040. Vgl. BGH NJW 2009, 427 ff., Rn. 23.

Anwendung traditioneller Gesetzesanwendungsmethoden verpflichtet, dem Verkäufer Nutzungsersatz zu leisten.<sup>5</sup>

Die Besonderheit des Falles lag nun darin, dass die Problematik in den Regelungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>6</sup> fiel. Nach Art. 3 III der Richtlinie steht dem Verbraucher ein Anspruch auf „unentgeltliche“ Nachbesserung des Verbrauchsguts zu. Da der BGH deshalb an der Richtlinienkonformität des nationalen Rechts zweifelte, legte er dem EuGH die Frage vor, ob § 439 IV BGB mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar sei. Der EuGH entschied, dass mit der Vorgabe der Richtlinie zur unentgeltlichen Nachbesserung eine Pflicht des Verbrauchers, Nutzungsersatz zu leisten, nicht vereinbar ist. Er stellte folglich die Richtlinienwidrigkeit von § 439 IV BGB (in der Auslegung durch den BGH) fest.<sup>7</sup>

Der BGH sah sich damit vor einen durch die Entscheidung des EuGH deutlich gewordenen Konflikt des nationalen Rechts mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gestellt. Die Problematik des inhaltlichen Gegensatzes zwischen Richtlinienvorgaben und nationalem Recht ist nicht unbekannt. Im öffentlich-rechtlichen Verhältnis, in dem sich der Bürger gegenüber dem fehlerhaft umsetzenden Mitgliedstaat auf seine Rechte aus der Richtlinie beruft (sog. Vertikalverhältnis), ist der Konflikt weitgehend wissenschaftlich aufgearbeitet. Im Grundsatz gilt, dass die Vorgaben der Richtlinie in nationales Recht zu überführen sind. Unterbleibt die Umsetzung oder erfolgt sie fehlerhaft, wird der auftretende Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht mit zwei Instituten gelöst: der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie in der nationalen Rechtsordnung und gegebenenfalls, wenn eine unmittelbare Wirkung ausscheidet, über das Institut der Staatshaftung.

Im Fall *Quelle* handelt es sich jedoch nicht um ein Vertikalverhältnis zwischen Bürger und Staat, sondern um ein sog. Horizontalverhältnis. Im Kern steht ein zivilrechtlicher Streit zwischen zwei Bürgern, hier einem Verbraucher und einem Unternehmer. Aufgrund der identischen Grundproblematik, dem Konflikt zwischen Richtlinienvorgaben und nationalem Recht, ist es nicht verwunderlich, dass auch bei Konflikten im Horizontalverhältnis vor allem zu Beginn der Diskussion als Lösung eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie vorgeschlagen wurde. Bei diesem Ansatz ist es jedoch nicht geblieben. Mehrheitlich wird nunmehr die These favorisiert, dass der Konflikt zwischen Richtlinienvorgaben und nationalem Recht mit den methodischen Mitteln der richtlinienkonformen Auslegung und der

---

<sup>5</sup> Vgl. BGH EuZW 2007, 286 ff., Rn. 12.

<sup>6</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 ff. (Quelle), Leitsatz, Rn. 31 ff., 43.

Rechtsfortbildung gelöst werden kann und muss. Auch der BGH hat sich in seinem *Quelle*-Urteil dafür entschieden, das nationale Recht

„wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden [...]. Daraus folgt hier das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion [...] des § 439 Abs. 4 BGB auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt.“<sup>8</sup>

Greift man lediglich dieses Ergebnis der Entscheidung heraus, erscheint das Urteil wenig spektakulär. Die Brisanz des Falles im Hinblick auf die gewählte Methode der Gesetzesanwendung zeigt sich erst, wenn man folgende Feststellung des BGH aus dem Vorlagebeschluss hinzunimmt: Der BGH sah dort nämlich noch

„keine Möglichkeit, die unangemessene gesetzliche Regelung im Wege der Auslegung zu korrigieren. Dem steht neben dem eindeutigen Wortlaut insbesondere der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte eindeutige Wille des Gesetzgebers entgegen.“<sup>9</sup>

Dennoch setzt sich der BGH in seiner endgültigen Entscheidung über diese eindeutige gesetzgeberische Regelungsentscheidung hinweg. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob der Erlass der Richtlinie Einfluss auf die Anwendung des nationalen Rechts haben und ein aus rein nationaler Sicht eindeutiges Auslegungsergebnis in Zweifel ziehen kann. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist Art 20 III GG, die Bindung des Richters an Gesetz und Recht. Eine Beeinflussung der nationalen Rechtsanwendung ist daher nur denkbar, wenn die Richtlinie mit ihrem Erlass Teil der nationalen Rechtsordnung und damit geltendes Recht würde. Deshalb wird in einem ersten Teil geklärt, ob die Richtlinie ohne weiteres Geltung in der nationalen Rechtsordnung entfaltet oder nicht (Teil I.A.).

Zum anderen stellen sich methodische und damit verknüpft verfassungsrechtliche Fragen. Der BGH spricht von einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion. Die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion ist den traditionellen Methoden der Rechtsfindung bekannt, jedoch an gewisse Voraussetzungen gebunden, die sich letztlich aus der Verfassung ergeben, um das Kompetenzgefüge zwischen Legislative und Judikative zu schützen. Zum Verständnis der in der Literatur und der Rechtsprechung vertretenen methodischen Ansätze ist es daher notwendig, die traditionellen Methoden der Gesetzesanwendung darzustellen (Teil I.B.).

Im anschließenden Teil 2 werden dann aufbauend auf den bisher gewonnenen Erkenntnissen die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansätze zur richtlinienkonformen Gesetzesanwendung im Richtlinienkontext analysiert. Aufgrund der Fülle der vertretenen Ansätze kann nicht jeder Vertreter gesondert dargestellt werden. Deshalb werden die Vertreter

---

<sup>8</sup> BGH NJW 2009, 427 ff., Rn. 21.

<sup>9</sup> BGH EuZW 2007, 286 ff., Rn. 12.