



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Pötters, Stephan: "Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 13.7.2020)

All rights reserved.

Dr. Dr. Ralph Christensen und Stephan Pötters

Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze

I. Einleitung: Quelle und Schultz-Hoff

Im Arsenal der Sanktionsmittel für den Fall einer unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung wird seit einiger Zeit eine neue Wunderwaffe geführt: die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung. Erstmals tauchte sie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der viel beachteten Quelle-Entscheidung des BGH¹ auf. In einer etwas aktuelleren Entscheidung haben sich nun auch die Erfurter Kollegen vom BAG in der Rs. Schultz-Hoff² dieses neuen Instruments bedient. Den Entscheidungen der beiden Gerichte war jeweils ein Urteil des EuGH³ vorausgegangen, welches eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erforderlich machte.

Beide Gerichte suggerieren in ihren Verdikten, dass das neue Rechtsinstitut der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in methodischer Hinsicht großzügigeren Grenzen unterworfen sei als eine schlichte richtlinienkonforme Auslegung. Der BGH hatte noch in seiner Vorlage an den EuGH darauf beharrt, dass eine Konformauslegung des BGB an dem eindeutigen Wortlaut scheitern müsse.⁴ So resümieren die Karlsruher Richter: „Eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB dahin, dass die Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften nicht auch einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsvergütung begründet, widerspräche somit dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers. Eine solche Auslegung ist unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht zulässig.“ Sodann aber hat der BGH im Anschluss an das Luxemburger Verdikt⁵ seine bisherige Rechtsprechung korrigiert, indem er eine teleologische Reduktion des § 439 BGB im Wege einer

¹BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427.

²BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538.

³EuGH v. 17.4.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 (Quelle) bzw. EuGH v. 20.1.2009 – C-350/06, NJW 2009, 495 (Schultz-Hoff).

⁴BGH v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200, Rn. 12c-15.

⁵EuGH v. 17.4.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 (Quelle).

richtlinienkonformen Rechtsfortbildung vornahm.⁶

Das BAG wiederum lässt offen, ob es sein Ergebnis auch mit einer Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes rechtfertigen könnte. „Ob eine einschränkende Auslegung innerhalb der Grenzen des Wortlauts des nationalen Rechts möglich ist, kann offenbleiben. Jedenfalls ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion der zeitlichen Grenzen des § 7 Abs. 3 S. 1, 3 und 4 BUrlG in Fällen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des jeweiligen Übertragungszeitraums geboten und vorzunehmen.“⁷ Denn die richtlinienkonforme Auslegung verpflichtet auch zur Rechtsfortbildung jenseits der Wortlautgrenze; der EuGH habe für die Konformauslegung nur eine funktionelle Grenze gesetzt.⁸ Eine Auslegung oder Rechtsfortbildung contra legem liege daher nur dann vor, wenn der Richter eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers auf Grund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern will.⁹ Dieses Vorgehen wirft die Frage nach der Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung auf sowie die Frage nach der Wortlautgrenze im nationalen Recht und im Unionsrecht (II-IV.). An den hierzu gefundenen Maßstäben sollen die Entscheidungen gemessen sowie unter Umständen alternative Lösungswege aufgezeigt werden (V.).

II. Auslegung und Rechtsfortbildung

Das BAG geht übereinstimmend mit dem BGH davon aus, dass die Auslegung sich innerhalb der Wortlautgrenze – verstanden als wörtliche Bedeutung – vollziehe, während die Rechtsfortbildung über die Wortlautgrenze hinausgehe.

1. Konzeption des BAG

Die Vorstellung einer wörtlichen Bedeutung ist in den Textwissenschaften schon lange verabschiedet. Vertreten wird sie nur noch von Fundamentalisten, welche ihre speziellen Kontexte für das Verständnis des jeweils heiligen Buches privilegieren wollen. Sie führen dann Kriege, um andere daran glauben zu lassen. Ohne wörtliche Bedeutung kann von einer semantischen Abbildung eines Textes keine Rede sein. Auch auf der pragmatischen Ebene ist dies nicht denkbar. Das Ganze der Rechtsordnung bildet keine Totalität im Sinne des deutschen Idealismus, wo man von einem Sinnzentrum aus alle Details beherrschen könnte. Es ist vielmehr nur ein Horizontbegriff, der für einzelne Rechtsanwender nicht verfügbar ist. Damit ist klar, dass Abbildung nicht etwas ist, was wir tun könnten. Die pragmatische Kohärenz der Rechtsordnung wird durch jede neue Entscheidung leicht verschoben. Das ist unvermeidbar. Abbildung ist also nur denkbar als Grenzbegriff für eine permanente Fortbildung, welche verhindert, dass wir bei

⁶BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427.

⁷BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 64.

⁸BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 65.

⁹BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 65.

der Verschiebung die Widerständigkeit der pragmatischen Zusammenhänge unterschätzen. Zwar hat niemand die versionslose Beschreibung der Rechtsordnung als Ganzes, aber trotzdem wird von jedem Juristen erwartet, dass er sich mit allen relevanten Anschlusszwängen für seine Begründung auseinandersetzt. Das Wort Rechtsfortbildung ist also ein sinnvoller Begriff.

Wenn man aber so tut, als wäre Rechtsfortbildung durch wörtliche Auslegung vermeidbar, gelangt man damit gerade nicht zu einer strengen Gesetzesbindung. Vielmehr liefert man durch einen zu engen Textbegriff eine bequeme Rechtfertigung für richterlichen Dezisionismus. Die Beschränkung des Textbegriffs liegt in der Reduktion der Semantik auf Bedeutungserkenntnis qua grammatischer Auslegung. Das macht sich bis in die europarechtliche Literatur hinein bemerkbar: „Im Gemeinschaftsrecht gilt wie im Völker- und im innerstaatlichen Recht als erster Grundsatz, dass der Text in seinem Wortlaut zunächst einmal aus sich selbst heraus auszulegen ist. Der normale und natürliche Sinn der Worte in ihrem unmittelbaren Zusammenhang des Satzes usf. ist festzustellen. (...) Diese Aufgabe wird dadurch ungemein schwierig (und die Wortbedeutung relativiert), dass es nach der Sprachenregelung der EG jeweils zwölf authentische Texte gibt (...). Nur der EGKSV kennt die französische Fassung als einzig autoritative. Auch die häufige Verwendung einer 'Arbeitssprache' (insbes. englisch und französisch) bei der Herstellung eines Rechtstextes vermag angesichts der Gleichrangigkeit der Sprachen nur begrenzt Hilfe zu leisten. Es muss daher für den gemeinschaftsrechtlichen 'Wortlaut', wenn die sprachlichen Fassungen von einander abweichen, irgendwie eine Synthese gefunden werden (...). In solchen Fällen befindet man sich dann rasch jenseits einer rein textuellen Auslegung und wendet in der Angleichung der Sprachen bereits systematische oder teleologische Methoden mit an.“¹⁰ Die Konsequenz dieses sehr engen Textbegriffs ist eine entsprechend große Selbstverständlichkeit bei der Rechtsfortbildung.

2. Konzeption des EuGH

In seinen Entscheidungen zum Staatshaftungsanspruch bei höchstrichterlichen Entscheidungen hat der EuGH immer wieder betont, dass man hier mit einer schematischen Trennung von Auslegung und Rechtsfortbildung nicht zurecht kommt: „Seine (des nationalen Gerichts) Position ist umso strategischer, als es das Zusammenspiel seines innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen und daraus die gebotenen Konsequenzen zu ziehen hat. Somit ist es nicht mehr unbedingt, wie Montesquieu es einst ausgedrückt hat, das Sprachrohr des Gesetzes.“¹¹ Der EuGH geht also zurecht davon aus, dass das Gesetz seine Bedeutung erst in der Anwendung gewinnt.

Das Gericht sieht deutlich, dass man Rechtsprechung und Rechtsetzung nicht schematisch trennen kann. Sobald das Recht geschrieben ist,¹² entsteht eine

¹⁰ Thomas Oppermann, *Europarecht*, 2. Aufl., München 1999, S. 254 f.

¹¹ Generalanwalt Léger, in EuGH-Urteil zu Köbler, Rn. 59.

¹² Vgl. dazu Marie Therese Fögen, *Römische Rechtsgeschichten: Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Frankfurt/M. 2002, S. 82.

Komplexität, die mit linearer Rückkopplung nicht bewältigt werden kann. Mit der Schriftlichkeit wird der Unterschied von Zeichenkette und Sinn, von Text und Interpretation erzeugt.¹³ Deswegen kann der Richter kein Subsumtionsautomat sein. Das ist mittlerweile fast unstrittig. Aber er kann die Einheit des Rechts auch nicht durch „Werte“schau herstellen, weil dem Recht ein Sinnzentrum fehlt, von dem aus es beherrscht werden könnte. Denkbar ist nur, dass in der Anwendung des Gesetzes eine pragmatische Kohärenz entsteht. Eine *pragmatische* Größe ist als Gewissheitsinstanz nur nachträglich und nicht ex ante zugänglich. Das ist der Gedanke der in der analytischen Philosophie entwickelten *horizontalen* Fassung des Holismus.¹⁴ In der jeweiligen Anwendungssituation ist das Gesetz nur als offene und inhomogene Kette seiner Anwendungen zu beobachten. Deswegen kann man die Anwendung von der Erzeugung des Rechts nie vollkommen klar trennen. Zwar will sich jeder Richter in die Kette der Vorentscheidungen einschreiben und mit seiner Entscheidung selbst zum Autor eines Präjudizes werden. Aber er überblickt diese Kette nicht vollständig. Deswegen wird die hergebracht mechanische Sicht der Gewaltenteilung justiert: Der Richter hat bei seinem Ansetzen zur Entscheidung vom einschlägigen Gesetz als Text auszugehen. Er darf seine Entscheidungsprämisse also nicht frei wählen. Das ist die funktionelle Abgrenzung vom Gesetzgeber. Zudem vollzieht er die Entscheidung im Rahmen einer vom Fachpublikum und von anderen Gerichten kontrollierten inferenziellen Semantik. Das heißt, er bewegt sich längs einer Kette von Vorentscheidungen. Es gibt zwar keine Determination durch den Gesetzgeber, aber auch keine dezisionistische Willkür, solange man das Problem der Wortlautgrenze nicht verwirft.

III. Wortlautgrenze im nationalen Recht

Nach der Vorstellung des BAG und des BGH geht die Auslegung als Abbildung des Sprachgebrauchs bis zur Wortlautgrenze des Textes. Danach beginnt die Rechtsfortbildung. Die Wortlautgrenze wird dabei gleichgesetzt mit der Konkretisierungsleistung der grammatischen Auslegung. Diese liefert uns den Sprachgebrauch des Gesetzes als seine Semantik. Die Frage ist nur wie. Darauf gibt die herkömmliche Methodik eine klare Antwort: Entweder durch Besinnen auf den eigenen Sprachgebrauch oder durch Nachschlagen im Wörterbuch.¹⁵ Aber bilden die Gebrauchsbeispiele, welche einem Sprecher ohne besondere Anstrengung der Verknüpfung spontan einfallen, wirklich die Grenze sinnvollen Sprechens? Um dies zu glauben, müsste er schon sehr gut gegen Selbstkritik immunisiert sein. Wenn man zur Erprobung der eigenen Kompetenz eine beliebige Seite eines wissenschaftlichen Wörterbuchs aufschlägt, merkt man sehr

¹³Vgl. *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993, S. 289.

¹⁴*Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008, S. 52 ff.

¹⁵*Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 282, sowie *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996. Ausführlich gegen Alexys Ansatz *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 58 ff.

schnell, dass man viele Stichworte überhaupt nicht kennt. Das eigene Unwissen kann wohl kaum die Grenze sinnvollen Sprechens sein. Also muss man sich mit anderen Sprechern koordinieren, auf den Zusammenhang achten und den Zweck der Kommunikation berücksichtigen, wenn man einen Text verstehen will. Damit wäre man aber schon bei allen sprachbezogenen Regeln der Auslegung und hätte die grammatische Auslegung als Grenze schon hinter sich gelassen.

1. Die Wortlautgrenze steht nicht im Buch

Wie steht es nun mit dem Wörterbuch?¹⁶ Kann man darin die Grenzen sinnvollen Sprechens finden? Hier haben tatsächlich Autoren¹⁷ das unternommen, was wir uns als Juristen eben im Rahmen der grammatischen Auslegung verboten haben. Sie haben Gebrauchsbeispiele gesammelt, diese nach Zweck und Geschichte systematisiert sowie in Zusammenhänge eingeordnet. Finden wir hier also den Sprachgebrauch der Gegenwart? Tatsächlich nehmen die Gerichte die Vorschläge der herkömmlichen Literatur ernst. So will ein Obergericht den allgemeinen Sprachgebrauch der Gegenwart aus der Schnittmenge von drei Wörterbüchern und drei Enzyklopädien entnehmen.¹⁸ Die zugrunde liegende Vorstellung ist offenbar, dass eine gelingende Verständigung eine gemeinsame Sprache voraussetzt. Diese wäre dann so etwas wie die gemeinsame Schnittmenge aller Sprecher. Man kann mit diesem Ansatz das Sprechen von der Sprache her begreifen und sie reicht für viele Bedürfnisse des Alltagsverstands. Thomas Mann schildert im Zauberberg Frau Stöhr, deren Verwendung von Fremdwörtern immer wieder die Sprachkompetenz der anderen Gäste im Speisesaal herausfordert. Mit der allgemeinen Sprache der Gegenwart könnte man etwa Frau Stöhr erklären, dass jemand, der unverschämt ist, nicht insolvent, sondern insolent ist. Aber man könnte nicht erklären, wieso wir Frau Stöhr und ihren Malapropismus dennoch verstanden haben. Die im Alltagsverstand immer schon vorausgesetzte gemeinsame Sprache wird damit zum unerklärbaren Erklärungsgrund. Sie ist einfach da, wie die Natur und erklärt das Verhalten der Sprecher. Aber die Sprachwissenschaft will die Sprache umgekehrt aus dem Verhalten der Sprecher erklären. Über die Verwendung von Wörterbüchern bei Gericht sind Sprachwissenschaftler einfach nur erstaunt.¹⁹

Wenn man im Wörterbuch eine Abbildung des Sprachgebrauchs der Gegenwart finden könnte, hätte das für das Gericht natürlich den Vorteil, dass man die Wortlautgrenze nicht mit schwierigen juristischen Argumenten begründen müsste, sondern das Problem via Lexikografie outsourcen könnte. Was also lässt sich einem Wörterbuch entnehmen?

Sehr viel und meistens mehr, als man gesucht hat: „Die Sprache ist des Menschen Leben. Wenn das so ist, dann ist der Wortschatz sein Leben und folglich

¹⁶Vgl. dazu grundlegend *Anja Lobenstein-Reichmann*, Medium Wörterbuch, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Politik, (neue) Medien und die Sprache des Rechts*, Berlin 2007, S. 279 ff.

¹⁷##Beispiel##

¹⁸OLG Nürnberg, NJW 2010, S. 271 ff. (im Erscheinen), Rn. 28, S. 11.

¹⁹Fundstelle???

das Wörterbuch. Der Mensch (als soziales Wesen) hat den Eindruck, dass das Wörterbuch einen großen Teil seiner Selbst schwarz auf weiß einschließt, fixiert, nachschlagbar und überprüfbar macht. Das ist deshalb so wichtig, weil kein Mensch ein präsenten Bewusstsein seines sprachlichen Wissens hat. Ich weiß, dass ich viel weiß. Aber ich kann mein Wissen nicht vor mir aufschlagen. Aufschlagen aber kann ich das Wörterbuch. Das Wörterbuch ist die präsente Synopsis des versteckten sozialen Wissens.²⁰ Wörterbücher ordnen also das kollektive Wissen.²¹ Aber eine Sammlung ist nicht das Ergebnis ungefilterter Anhäufung aller auffindbaren Verwendungsweisen. Sie ist das Ergebnis einer *Auswahl*, womit das Wissen schon transformiert wird und eventuell auch Steuerungsimpulsen unterliegt. Lexikografen verstehen sich dann auch nicht als reine Information-süßermittler, sondern als Kulturwissenschaftler.²² Dies kollidiert allerdings mit der Erwartung der Gerichte, welche gerade darin besteht, im Lexikon eine „Abbildung“ des Sprachgebrauchs der Gegenwart zu finden.

Wenn man schon an Wörterbücher glauben will, sollte man auch an die Definition des Wörterbuchs im Wörterbuch glauben. Die Erklärung im Duden lautet: „Nachschlagewerk, in dem die Wörter einer Sprache nach bestimmten Gesichtspunkten ausgewählt, angeordnet und erklärt sind.“²³ Ein Wörterbuch ist also nach bestimmten Gesichtspunkten gestaltet. Es ist keine Schublade, worin schon vorher feststehende Informationen einfach eingeräumt werden. Dies wird auch in der Lexikologie genauso eingeschätzt: „Lexikografie ist nicht nur die vermeintlich objektive Präsentation von sprachlichen Fakten, nicht nur interesseloses Zusammenstellen von Daten, sondern auch interessenverhaftetes Schreiben von Texten, damit geistige Verarbeitung von Daten zu neuen Informationen und damit Selektion; dies führt zu einem gezielten Angebot potentieller Information.“²⁴ Schon die Sprache selbst ist nicht nur passiver Speicher, sondern auch aktive Konstruktion von Wirklichkeit. Dies muss natürlich auch für das Wörterbuch gelten, worin Sprache Objekt und Metasprache gleichzeitig ist. Der Umstand, dass jedes Wörterbuch mit Sachinformationen und Sprachinformationen arbeiten muss, die nur theoretisch getrennt werden können, macht die Notwendigkeit zu Entscheidungen bei der Artikelkonzeption ebenso deutlich. Fassbar werden die notwendige Auswahl und die sie tragenden Gesichtspunkte vor allem bei der Betrachtung von Wörterbuchtypen. Es gibt diachron-entwicklungsbezogene,

²⁰ Franz Josef Hausmann, Wörterbücher und Öffentlichkeit. Das Wörterbuch im Urteil der gebildeten Öffentlichkeit in Deutschland und in den romanischen Ländern, in: Wörterbücher, Band 1, 19-28 (HSK 5.1), S. 20.

²¹ Ulrich Johannes Schneider/Helmut Zedelmaier, Wissensapparate. Die Enzyklopädistik der frühen Neuzeit, in: Richard van Dülmen/Sina Rauschenbach (Hrsg.), Macht des Wissens. Die Entstehung der modernen Wissensgesellschaft, Köln/Weimar/Wien 2004, S. 349 ff., 349.

²²Vgl. dazu grundlegend Oskar Reichmann, Resümee der Tagung. I: Das Wörterbuch: Artikel und Verweisstrukturen. Jahrbuch 1987 des Instituts für Deutsche Sprache, hrsg. von Gisela Harras, Düsseldorf, S. 394 ff., 395.

²³Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, hrsg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, Stichwort Wörterbuch, Mannheim u.a. 1999.

²⁴Herbert Ernst Wiegand, Wörterbuchforschung, Untersuchungen zur Wörterbuchbenutzung, zur Theorie, Geschichte, Kritik und Automatisierung der Lexikografie. 1. Teilband, Berlin/New York, S. 60.

synchron-zustandsbezogene, gesamtsprachbezogene oder varietätenbezogene, einsprachige oder mehrsprachige, um nur die wichtigsten Funktionen von Wörterbüchern zu nennen.²⁵

Wörterbücher haben aber nicht nur Einschränkungen aus ihrer Funktion. Entscheidungen beginnen bereits mit der Auswahl der Stichwörter und der Belege, sowie der Ausführlichkeit ihrer Darbietung. Vor allem aber bei der Konstruktion der Bedeutungsebene zeigt sich deren Notwendigkeit. Früher, als man diese Arbeit noch „händisch“ vorgenommen hat, war dies erkennbar an der Bildung von Belegstapeln, die sich öfters mal während der Bearbeitung grundlegend veränderten. Zwar geht es häufig nur um Feinheiten, aber natürlich ist sowohl die Auswahl der Belege, als auch ihre anschließende Ordnung von der gesellschaftlichen und individuellen Prägung des Lexikografen und seiner professionellen Kompetenz abhängig. Hierzu kommen noch die wirtschaftlichen Interessen des Verlages, die über Seitenvorgabe und Preis zu vielfältigen Einschränkungen führen. Ein Wörterbuch ist also nicht einfach eine Abbildung sprachlicher Praxis, sondern viel eher eine Fortbildung. In seine Darstellung gehen viele Entscheidungen ein, die nicht nur Ausdruck der jeweiligen Kultur sind, sondern auch selbst kulturbildend wirken.

Dieses Resümee der Arbeit von Lexikografen scheint ernüchternd. Jedoch legt die Erkenntnis deren Tätigkeit ein grundsätzliches Missverständnis der Juristen von Sprache und damit ihrer eigenen Tätigkeit offen. Ebenso wie es dem Lexikografen aufgrund der Natur der Sprache unmöglich ist die eine wahre Bedeutung des Wortes aus sich selber aufzudecken, so vermag auch der Jurist nicht die Eigenarten der Sprache zu umgehen. Er arbeite mit und durch die Sprache. Man kann die Situation eines Juristen, der nach der Bedeutung eines Rechtsbegriffes fragt, mit der eines Sprachwissenschaftlers vergleichen, der ein Wörterbuch erstellt. Beide sammeln gelungene Gebrauchsbeispiele. Der Jurist macht dies mit Hilfe der Auslegungsregeln. Beispiele, die ihm ohne Nachdenken einfallen, ordnet er der grammatischen Auslegung zu. Um weitere zu finden, hat er als Suchstrategien die Systematik, Entstehungsgeschichte, Vorläufernormen und Zweck. Über die Kommentare findet er Vorentscheidungen und wissenschaftliche Stellungnahmen die diese Suchstrategien schon angewendet haben. Der Sprachwissenschaftler dagegen entwickelt einen Thesaurus je nach dem Zweck seines Wörterbuchs, um die zu Grunde gelegten Corpora auszuwerten. Obwohl auf den ersten Blick verschieden, machen doch beide das gleiche: Sie verknüpfen gelungene Gebrauchsbeispiele.

²⁵Vgl. dazu *Oskar Reichmann*, Lexikografie und Kulturgeschichte, in: Kleine Enzyklopädie deutsche Sprache, hrsg. von *Gotthard Lärchner u.a.*, Art. 3.3, Bern u.a. 2003, S. 51; *Franz Josef Hausmann*, Die gesellschaftlichen Aufgaben der Lexikografie in Geschichte und Gegenwart, in: Wörterbücher, Bd. 1, 1-18 (HSK 5.1), S. 6; *Peter Kühn*, Typologie der Wörterbuch nach Benutzungsmöglichkeiten, in: Wörterbücher, Bd. 1, 1989, S. 111 ff., 116.

2. Die Wortlautgrenze steht im Streit

Die Frage nach der Bedeutung stellt die Gerichte also vor eine Vielzahl von Möglichkeiten. Hier geht es ihnen nicht anders als denjenigen, die ein Wörterbuch erstellen – sie verzweifeln zunächst an der Komplexität der Sprache. Aber wiederum ähnlich wie Lexikologen, die ihre Befunde dann gewichten und nach Fragestellungen ordnen, kennen auch die Juristen eine Strategie, um diese Komplexität abzuarbeiten: Es ist dies die Argumentation der Beteiligten im Verfahren. Die Verwendung von Wörterbüchern und Kommentaren ist insoweit Einstieg in die Debatte und nicht deren Grenze. Die Grenzziehung erfolgt durch Argumentation im Verfahren.

Erkennt man Semantik als eine Praxis an, so bleibt nichts anderes übrig, als das *semantische* Modell einer isolierten Gegenstandserkenntnis *pragmatisch* zu öffnen. An die Stelle der beiden Pole des richterlichen Bewusstseins und des Normtextes ist die multipolare Beziehung des Verfahrens zu setzen. Man muss überprüfen, ob die von den streitenden Parteien geltend gemachten Verknüpfungen einer normativen Bewertung standhalten, oder anders formuliert, ob sie zu einer Traditionslinie verknüpft werden können, die auch künftigen Bewertungen standhalten wird.

Das Gericht muss jene Säulen, die als Wortlaut seine Entscheidung tragen sollen, erst errichten. Sie tragen nicht das Spiel. Sie sind im Spiel. Schärfer noch, sie stehen auf dem Spiel. Natürlich liegt darin, „die Paradoxie, dass sich juristische Textarbeit die Grenze erst selbst zu ziehen hat, der sie unterworfen und an der sie zu messen ist“.²⁶ Es handelt sich dabei aber um die Grundparadoxie von Recht. Mit dem Verfahren ist das Gesetz durch die widerstreitenden Lesarten der Parteien im Streit. Gleichzeitig müssen sich aber die streitenden Parteien beide auf genau dieses Gesetz beziehen. Auflösen kann man diese Paradoxie nur, wenn sie im Streit des Verfahrens entfaltet wird.²⁷ Für die Frage nach einer Grenze heißt dies, dass sie gerade nicht mit einer im Text enthaltenen Norm beantwortet werden kann. Vielmehr markiert diese Grenze das Ziel für die Semantisierung des Normtextes. Damit besagt jene Paradoxie nichts anderes als dass die Frage der Wortlautgrenze unvermeidlich eine solche des Verfahrens ist: des Vorgangs der Erarbeitung des Normprogramms und des Textes der Rechtsnorm aus den Sprachdaten. Die Frage nach der Wortlautgrenze kann *nicht* auf einen Fixpunkt *außerhalb* der juristischen Arbeit an Sprache verlagert werden.

Der „Wortlaut“ ist also keine durch die Norm gegebene Grenze. Vielmehr demarkiert er als Arbeit daran eine Grenze zur Norm. Dieses Verhältnis ist daher ein *internes*.²⁸ Denn „eine solche Grenze ist *in* der Sprache zu errichten. Sie ist *praktizierte* Sprache. Und sie ist genau damit auch nicht ein Problem,

²⁶ Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht*, 10. Aufl., Berlin 2009, Rn. 532.

²⁷ Zu diesem „re-entry“ Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe. Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen vom System und différance*, in: *Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann* (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff.

²⁸ Ralph Christensen, *Was heißt Gesetzesbindung?*, Berlin 1989, S. 269 ff.

das *immer schon* gelöst wäre, sondern eines, dass der juristischen Praxis *immer wieder* aufgegeben ist.“²⁹

Deswegen muss die Rationalität der Rechtsarbeit institutionell abgestützt werden: „Durch Organisation und Verfahren, die Raum und Anlass bieten für einen mit Gründen arbeitenden Rechtsdiskurs. Wenn Recht konventionalistisch sprachlich geschaffen wird, so sollte dies auch in Rede und Gegenrede geschehen, aus der sprachlichen Kommunikation heraus entstehen und nicht monologisch gesetzt werden. Die Rationalitätschancen des Dialogs sollten in den rechtlichen Bestimmungsprozess eingebracht werden. Von daher ist die Mündlichkeit der Gerichtsverhandlung zu pflegen, von daher ist das Einzelrichtertum, das leider zunehmend um sich greift, kritisch zu sehen.“³⁰

Das Urteil vollzieht weder die Erkenntnis einer objektiv vorgegebenen Bedeutung, noch trifft es eine Entscheidung aus dem normativen Nichts. Und ob es seine Aufgabe angemessen löst, ist nicht an einer objektiven Erkenntnisinstanz zu messen. Diese Frage ist vielmehr daran zu messen, ob es ihm gelingt, aus den vorgetragenen Argumenten im Verfahren und den vorliegenden Präjudizien eine Entscheidung zu treffen, die sich mit diesen beiden Vorgaben verträgt.

Die Entscheidung wird vernetzt mit dem Gesetz als Zurechnungspunkt und kontrolliert durch die in der Begründung geforderte Aufnahme der Argumentation der Beteiligten. Der Richter verbindet die Entscheidung des Einzelfalls mit dem Gesetz, indem er eine Regel formuliert, deren Einheit als Form unterstellt wird, ohne konkret verfügbar zu sein.³¹ Es handelt sich also um eine Praxis, die im jeweiligen Einzelakt fortgeschrieben wird, ohne dass die Einheit all dieser Akte schon verfügbar wäre. Nur so kann Recht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis entstehen. Der Zusammenhang beruht auf einzelnen Episoden. Die Menge der bereits gelungenen Kommunikationserfahrungen bildet sozusagen ein Corpus von Präzedenzfällen, der betrachtet wird, als ob er eine Einheit bilden könnte. Man versucht, die gegenwärtige Kommunikation an die Kette bereits gelungener Kommunikation anzuschließen. Dabei könnte es nun so aussehen, als sei die in der Vergangenheit liegende Kette früherer Episoden vollkommen dem Urteil der Gegenwart ausgeliefert. Denn der gegenwärtige Sprecher muss ja aus der Vielzahl widersprüchlicher Kommunikationsepisoden diejenigen auswählen, die er für gelungen hält. Aber da der gegenwärtige Sprecher von seinem Gegenüber verstanden werden will und seine Leistung selber als gelungenes Kommunikationshandeln anerkannt werden soll, werden seine Möglichkeiten eingeschränkt. Die Herrschaft der Gegenwart über die Vergangenheit über die Auswahl wird relativiert durch ihr Anliegen, von der Zukunft anerkannt zu werden. Aber weil diese Herrschaft eben nicht aufgehoben wird, muss sie kontrolliert werden

²⁹ Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht*, 10. Aufl., Berlin 2009, Rn. 532.

³⁰ Martin Morlok, *Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: Bernhard Ehrenzeller/Peter Gomez/Markus Kotzur/Daniel Thürer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 74.

³¹ Vgl. dazu grundsätzlich Robert Brandom, *Pragmatische Themen in Hegels Idealismus*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 47, S. 355 ff.

durch die Argumentation im Verfahren, Begründungspflicht, Rechtsmittel und wissenschaftliche Kritik.

Damit entwickelt sich Recht über Konfirmierung und Kondensierung von Sinn. Die Struktur ist nicht fest, sondern ihre Einheit wird „als ob“ gesetzt und damit unabhängig von den konkreten Idiosynkrasien der Kommunikationsteilnehmer. Es gibt kein Fundament des Rechts im starken Sinne. Recht beruht auf vergangener Kommunikation und eröffnet künftige. Keine der in der Vergangenheit liegenden einzelnen Episoden ist für sich gesehen sakrosankt: „Denn die Bewertung dessen, was als Verständigung ermöglichende Tradition gilt, muss jedes Mal aufs Neue erfolgen. Einzelne Kommunikationsakte, die bisher als Teil der Tradition gegolten haben, werden eventuell im Licht neuer Äußerungen nachträglich als missglückt bewertet, andere, die bisher von der Tradition ausgeschlossen waren, nachträglich aufgenommen.“³² Aber sie müssen sich in den Zusammenhang eines „Gesetzes“ stellen lassen, welches von diesen einzelnen Episoden ebenso konstituiert wird, wie es diese konstituiert.

Die Sprache ist dabei keine der Kommunikation vorgeordnete Regelmaschine, sondern sie entsteht aus der Verknüpfung gelungener Kommunikationserfahrungen und einer mitlaufenden normativen Bewertung. Sie ist also tatsächlich dem Sprechen vorgeordnet, aber nicht so wie Gebirge und Flüsse, sondern so wie eine Institution, die wir ständig in unserem Handeln reproduzieren müssen. Sie ist kein Naturegenstand, sondern ein Phänomen der dritten Art, wie auch der Markt.

Wenn die Wortlautgrenze in der Sprache nicht vorgegeben ist, stellt sich die Frage, wie die Gesetzesbindung noch funktionieren kann. Offensichtlich ist Gesetzesbindung eine Fiktion. Aber Fiktion heißt, so tun als ob. Gerade in diesem Tun liegt die gesuchte Bindung, welche dann allerdings nicht semantisch, sondern nur pragmatisch zu beschreiben ist.³³ Die Bindung an das Gesetz wandert durch Textstufen und diese sind zu beobachten.

IV. Die Wortlautgrenze im Gemeinschaftsrecht

Der EuGH unterscheidet den Wortlaut als Beginn der Auslegung (im Sinne der grammatischen Auslegung) vom Wortlaut als Grenze der Auslegung. Grammatische Auslegungen sind einfach die Gebrauchsbeispiele, welche uns ohne besondere Anstrengungen einfallen. Darin liegt nur die Grenze unserer eigenen Kompetenz. Diese überschreiten wir, indem wir die Suchstrategien von Systematik, Zweck und Geschichte anwenden. Aber auch dann können wir nicht sicher sein, alles sprachliche Wissen eingeholt zu haben. Dazu müssen wir uns dem kritischen Urteil anderer in der Argumentation des Verfahrens aussetzen.

³² *Jasper Liptow*, Das Fallrecht als Modell sprachlicher Praxis, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), Politik (neue) Medien und die Sprache des Rechts, Berlin 2007, S. 55 ff., 66.

³³ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller/Peter Gomez/Markus Kotzur/Daniel Thürer/Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 67 f.

1. Praktisch-semantische Grenze

Insgesamt ist die grammatische Auslegung für den EuGH ein wichtiges Instrument, aber kein Universalschlüssel für alle Auslegungsprobleme: „Wie der Gerichtshof jedoch in seiner Rechtsprechung betont hat, ist bei der Auslegung einer Rechtsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden.“³⁴

Bedeutet dies, dass der EuGH über die Semantik des Textes hinausgehen will? Tatsächlich wird dies in der methodischen Literatur zum Teil so interpretiert: „Eine vom semantischen Sinngehalt abweichende Auslegung rechtlicher Anordnungen ist dennoch geboten, wenn andere Auslegungsmethoden einen damit nicht in Einklang zu bringenden Willen eines Rechtsetzers überzeugender dokumentieren.“³⁵ Diese Einschätzung beruht aber auf der verkürzten Sprachtheorie der herkömmlichen Methodik. Die grammatische Auslegung kann nicht mit der Semantik eines Normtextes gleich gesetzt werden. Die Bedeutung eines Normtextes ergibt sich erst nach umfassender Heranziehung aller Konkretisierungselemente und nicht schon bei der isolierten Anwendung des grammatischen. Deswegen geht es hier nicht darum, die Semantik des Textes zu überschreiten, sondern darum, die Semantik des Textes überhaupt erst sinnvoll zu diskutieren.

Die eklatante Fehleinschätzung der grammatischen Auslegung im Rahmen der herkömmlichen Methodik erklärt sich aus ihrer Sprachtheorie: „Bei - vorhandenen - Divergenzen des Wortlauts ist zunächst zu versuchen, die richtige Bedeutung im Sinne einer wörtlichen, sprachvergleichenden Interpretation durch einen Vergleich der Sprachfassungen zu eruieren (...). Ist diese semantische Interpretation nicht zielführend, so ist der Auslegung Ziel und Zweck des Vertrags zugrunde zu legen, wobei vom Prinzip 'in dubio pro communitate' auszugehen ist.“³⁶ Die grammatische Auslegung soll zur „richtigen“ Bedeutung führen. Aber den sprachlichen Anforderungen ist Genüge getan, wenn die fragliche Äußerung verständlich ist. Ob eine Bedeutung "richtig" ist, bedarf erst einer normativen Bewertung. Diese kann nicht das Wortlautargument liefern, sondern sie kann nur im Wege einer detaillierten sprachlichen Analyse aus den Anschlusszwängen eines bestimmten Sprachspiels begründet werden. Diese gegebenenfalls schwierigen Begründungslasten tauchen aber erst gar nicht auf, wenn man die Frage nach der richtigen Bedeutung als Problem der grammatischen Auslegung behandelt. Damit zeigt sich in der sprachtheoretischen Prämisse, dass es bei der grammatischen

³⁴EuGH Rs. 292/82, Slg. 1983, S. 3781, 3792 (Merck). Als weitere Entscheidung könnte man hier nennen EuGH Rs. 231/78, Slg. 1979, S. 1449, 1459 (Kommission/Vereinigtes Königreich): „Wenn auch der Wortlaut des Art. 60 Absatz 2 – für sich allein betrachtet – die Auslegung der Regierung des Vereinigten Königreichs vielleicht rechtfertigt, so ist diese Auslegung doch mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Beitrittsakte sowie deren Zusammenhang mit den Bestimmungen des EWG-Vertrages nicht haltbar. Außerdem würde sie zu unannehmbaren Folgen bezüglich der Gleichheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf bestimmte grundlegende Regeln für das Funktionieren des gemeinsamen Marktes führen.“

³⁵Michael Potacs, *Auslegung im öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1994, S. 69.

³⁶Röttgers, Art. 248, Rn 3.

Auslegung um die richtige Bedeutung gehe, der zentrale Zug der klassischen Lehre. An die Stelle einer sprachlichen Analyse tritt die Sprache als Legitimationsinstanz. Hier wird der Wortlaut ausgeschaltet, in dem man zuviel von ihm verlangt. Die semantische Interpretation soll zu einer Bedeutung führen und diese Bedeutung soll nicht nur verständlich, sondern auch noch richtig sein. Der Wortlaut kann diese Forderung natürlich nicht erfüllen. Er liefert verständliche Bedeutung als Lesart des Normtext aber nicht die einzige richtige Bedeutung, sondern eine Vielzahl konfligierender Bedeutungen. Daraus kann man aber nicht folgern, dass er als bloßer Einstieg irrelevant ist. Wenn man den Wortlaut vor die Alternative „richtige Bedeutung oder Leben“ stellt, dann verliert er im Ernstfall der Argumentation immer sein Leben. Tatsächlich ist er aber als Lieferant von Lesarten und vor allem als Ziel juristischer Argumentation unverzichtbar.

2. Funktionell-rechtliche Grenze

Das BAG geht wieder übereinstimmend mit dem BGH davon aus, dass der EuGH vom nationalen Richter nicht die Einhaltung der Wortlautgrenze verlange, sondern nur die Einhaltung der funktionell-rechtlichen Grenze zwischen Richter und Gesetzgeber.³⁷ Tatsächlich spricht der EuGH von einer funktionellen Arbeitsteilung zwischen Richter und Gesetzgeber. Der Richter darf sich mit seiner Auslegung nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen. Zulässig ist aber, dass das Gericht im Rahmen des methodisch Möglichen seine Interpretation ändert. Dadurch wird die Gewaltenteilung nicht verletzt.

Im Urteil in der Rechtssache „Strafverfahren gegen Luciano Arcaro“³⁸ lässt sich beobachten, dass der Gerichtshof in einem Fall, in dem das Endergebnis als Form von horizontaler Direktwirkung angesehen werden kann, es nicht einfach dem mitgliedstaatlichen Gericht überlässt, zu entscheiden, wie weit es mit der Auslegung nationalen Rechts im Licht der Richtlinie gehen möchte. Hier zeigt sich eine Auslegungsgrenze. Es handelt sich aber nicht um ein Gleichsetzen der Wortlautgrenze mit der Konkretisierungsleistung der grammatischen Auslegung. Vielmehr ist dies offenbar eine Grenze, die durch die potentielle Auswirkung der Interpretation gezogen wird. In seinem Schlussantrag zur Arcaro-Entscheidung führt der Generalanwalt aus, dass die fragliche Auslegungsmethode nicht in einer Art und Weise angewendet werden könne, durch die es zu einer eigentlichen Neuschreibung der nationalen Vorschrift kommen würde. Das wäre nämlich gleichbedeutend mit der Einführung einer Direktwirkung von Richtlinienvorschriften ‚durch die Hintertür‘ (s. hierzu auch unten unter V.).

Eine Grenze findet die Methode der richtlinienkonformen Auslegung, wie die verfassungskonforme Auslegung im deutschen Recht, im umfassend ausgelegten Wortlaut des innerstaatlichen Gesetzes.³⁹ Zwar habe jedes nationale Gericht bei der Behandlung des nationalen Rechts davon auszugehen, dass der Staat die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen voll

³⁷BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 65.

³⁸Rs.C-168/95, EuGH Slg. 1996, I-4705, Rn. 41, 42.

³⁹Rn. 28; EuZW 1994, 182, Rn. 20, 21, 22 m. Anm. *Böhmer*.

nachzukommen. „Wie der Gerichtshof (Slg. I 1990, 4135 Tz. 8 – Marleasing) entschieden hat, muss das nationale Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts – gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt – dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit dieser verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gilt für ein nationales Gericht besonders dann, wenn ein Mitgliedstaat wie im vorliegenden Fall der Ansicht war, dass die bereits geltenden Vorschriften seines nationalen Rechts den Anforderungen der betreffenden Richtlinie genügen. Dem Vorlagebeschluss scheint sich entnehmen zu lassen, dass die nationalen Vorschriften nicht in einem der Richtlinie (...) konformen Sinn ausgelegt werden und daher nicht sicherstellen können, dass den leitenden Angestellten die in der Richtlinie vorgesehenen Garantien zugute kommen. Für diesen Fall ergibt sich aus dem Urteil Francovich, dass der betreffende Mitgliedstaat verpflichtet ist, leitenden Angestellten Schäden zu ersetzen, die ihnen dadurch entstanden sind, dass die Richtlinie 80 / 987 / EWG in Bezug auf sie nicht durchgeführt worden ist.“

Hierzu ist anzumerken, dass der Gerichtshof bereits in der Sache C-157/86 (Murphy)⁴⁰ festgestellt hatte, es sei Sache des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden; soweit eine solche gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, darf es entgegenstehende innerstaatliche Vorschriften nicht anwenden. In einem solchen Fall – aber auch erst dann – greift der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, wie das Urteil in „Wagner Miret“ zeigt.

Die richtlinienkonforme Auslegung wird also durch die nationalen Auslegungsregeln begrenzt⁴¹. Die Entscheidung darüber, was diese Regeln zulassen, liegt allein in der Kompetenz der nationalen Gerichte bzw. Rechtsanwender. Diese Begrenzung ist deshalb erforderlich, weil andernfalls die der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien gesetzten Grenzen fast beliebig unterlaufen werden könnten (s. hierzu sogleich), lässt sich doch mit Hilfe der richtlinienkonformen Interpretation eine ähnliche Wirkung wie mit der Figur der unmittelbaren Wirkung erzielen. Es gilt also auch für die richtlinienkonforme Auslegung die „Wortlautgrenze“. Der nationale Richter darf sich nicht an die Stelle seiner Legislative setzen.

⁴⁰Slg. 1988, 673, Rn. 11.

⁴¹*Hans Jarass*, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, in: *Europarecht* 1997, S. 211 ff., S. 217.

V. Bewertung der Entscheidungen Quelle und Schultz-Hoff

Gemessen an den soeben dargestellten Anforderungen an eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung weisen die Entscheidungen des BGH und des BAG in den Rechtssachen Quelle respektive Schultz-Hoff beide gewisse Unstimmigkeiten auf. Was die BGH-Entscheidung⁴² betrifft, so ist verwunderlich, dass die Karlsruher Richter in der Vorlage an den EuGH noch davon ausgingen, dass der Wortlaut des BGB derart eindeutig sei, dass eine Anpassung an die Ziele der Richtlinie im Wege der Konformauslegung nicht möglich sei⁴³, später dann aber die bisherige Rechtsprechung über eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung – gegen den Wortlaut? – korrigiert wurde. Wie dargelegt, muss jedoch auch eine Rechtsfortbildung die Wortlautgrenze achten, auch sie ist nicht contra legem möglich. Dabei ist allerdings – wie auch bereits bei der Auslegung – die Wortlautgrenze nicht gleichzusetzen mit dem Ergebnis der grammatikalischen Auslegung; nur der umfassend ausgelegte Wortlaut, eingebettet in die übrigen Auslegungscanones, ist äußerste Grenze von Auslegung und Rechtsfortbildung.

Das Urteil des BAG in der Rs. Schultz-Hoff ist in der Literatur bislang sogar noch deutlicher kritisiert worden als die Quelle-Entscheidung.⁴⁴ *Thüsing* etwa spricht anschaulich davon, dass „das BAG den BGH in seinem eigenen methodischen Windschatten überholt“ habe.⁴⁵ Das BAG habe Rechtsbeugung und nicht Rechtsfortbildung betrieben. Kritisieren lässt sich an der BAG-Entscheidung, dass es den Erfurter Richtern im Gegensatz zum BGH nicht gelungen ist, einen gesetzgeberischen Willen zu einem richtlinienkonformen Handeln überzeugend herauszuarbeiten. Es ist jedoch der gesetzgeberische Wille, auf dessen Fundament das Gebäude der Rechtsfortbildung ruht. Während der BGH mithilfe der Materialien darlegen konnte, dass der Gesetzgeber mit dem neuen Schuldrecht eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte, sodass sich die fraglichen Vorschriften im nachhinein als lückenhaft erwiesen⁴⁶, begnügt sich das BAG mit einem Hinweis auf den „regelmäßig anzunehmenden Willen des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien“⁴⁷ und mit der Feststellung, dass aus der Gesetzesgeschichte des BUrlG kein Anhaltspunkt für eine den Richtlinienzielen widersprechende Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers hervorgehe.⁴⁸ Anders als § 439 BGB im Quelle-Fall ist jedoch § 7 BUrlG gerade nicht in Umsetzung einer Richtlinie geschaffen worden. Daher ist es doch sehr zweifelhaft, ob man hier dem Gesetzgeber sozusagen vorausseilenden Gehorsam unterstellen kann, indem man von einem Willen zur Schaffung einer richtlinienkonformen Regelung annimmt, selbst wenn noch gar keine Richtlinie

⁴²Kritisch hierzu auch *Lorenz*, LMK 2009, 273611; *Höpfner*, EuZW 2009, 159, 160.

⁴³BGH v. 16.8.2006 - VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200, Rn. 12c-15.

⁴⁴S. etwa *Bauer/Arnold*, AP BUrlG § 7 Nr. 39; *Bayreuther*, NZA 2010, 262, 264; *Thüsing*, RdA 2010, 187, 189; a.A. *Abele*, EuZW 2009, 472; *ders.*, RdA 2009, 312.

⁴⁵RdA 2010, 187, 189.

⁴⁶BGH v. 26. 11. 2008 - VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427.

⁴⁷BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 59.

⁴⁸BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 545, Rn. 67.

am Brüsseler Horizont ersichtlich war. Geht man dann noch gleichzeitig sehr großzügig mit der Wortlautgrenze um, so besteht die Gefahr, dass über das Rechtsinstitut der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als neue Wunderwaffe mittelbar eine horizontale Direktwirkung der Richtlinie erzielt wird. Richtlinien wirken jedoch nach hM⁴⁹ und der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁵⁰ richtigerweise nur im vertikalen Verhältnis zwischen Staat und Bürger unmittelbar. Gegen eine unmittelbare horizontale Wirkung spricht schon der eindeutige Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlässt. Würde man eine horizontale Drittwirkung einer Richtlinie anerkennen, wäre der Unterschied zu Verordnungen verwischt. Dies darf nun nicht über die Hintertür der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung umgangen werden.⁵¹ Entgegen der gefestigten Rechtsprechung haben die Generalanwälte *Tizzano*⁵² und *Bot*⁵³ in den Verfahren Mangold und Küçükdeveci zwar den Vorstoß gewagt und eine unmittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien vorgeschlagen. Nach Ansicht des GA *Bot* sollte zumindest eine „negative“ unmittelbare Wirkung gelten, wonach eine nationale Norm, die einer Richtlinie entgegensteht, unangewendet bliebe. Diesen Vorstößen hat der EuGH jedoch zurecht zumindest implizit in den Urteilen Mangold⁵⁴ und Küçükdeveci⁵⁵ eine Absage erteilt.⁵⁶ In der Entscheidung Küçükdeveci stützte sich der EuGH maßgeblich auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Unionsrechts, also ein Gebot des Primärrechts und gerade nicht – wie vom GA vorgeschlagen – auf die entsprechende Richtlinie (dazu sogleich ausführlich).

Dementsprechend wäre auch Rechtsprechungswandel des BAG im Urlaubrechts ohne weiteres zu rechtfertigen gewesen, wenn der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ein Unionsgrundrecht wäre und so im Gegensatz zu einer Richtlinie die Unwirksamkeit entgegenstehender nationaler Normen⁵⁷ bewirken würde. Die Schlussanträge der GA *Trstenjak*⁵⁸ weisen bereits in diese Richtung. Ob der EuGH dem gefolgt ist, bleibt unklar. Zur Rechtsnatur des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub führt er aus: „Nach ständiger Rechtsprechung ist der

⁴⁹S. nur Rengeling/Middeke/*Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. 2003, § 33 Rn. 34 m.w.N..

⁵⁰S. nur EuGH v. 26.02.1986 – Rs 152/84, NJW 1986, 2178, Rn. 48 (Marshall); EuGH v. 05.10.2004 – C-391/01 u.a., Slg. 2004, I-8835 = ZIP 2004, 2342, Rn. 108 (Pfeiffer); an dieser Linie der EuGH hat – bei richtigem Verständnis – auch die Entscheidung in der Rs. Unilever (EuGH v. 26.09.2000 – C-443/98, EuZW 2001, 153 = ZIP 2000, 1773) nichts geändert, s. hierzu zutreffend *Gundel*, EuZW 2001, 143.

⁵¹Vgl. auch *Thüsing*, RdA 2010, 187, 189.

⁵²Schlussanträge v. 30.06.2005 – C-144/04.

⁵³Schlussanträge v. 07.07.2009 – C-555/07, abgedruckt in ZIP 2009, 1483; s. hierzu kritisch v. *Medem*, NZA 2009, 1072, zustimmend *Mörsdorf*, ZIP 2009, 1483.

⁵⁴EuGH v. 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345.

⁵⁵EuGH v. v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180.

⁵⁶S. hierzu ausführlich *Pötters/Traut*, ZESAR 2010, 267, ##.

⁵⁷Vgl. hierzu etwa EuGH v. 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 (Mangold).

⁵⁸V. 24.01.2008 – C-350/06, Rn. 33 ff. – Schultz-Hoff.

Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft anzusehen, von dem nicht abgewichen werden darf und den die zuständigen nationalen Stellen nur in den in der Richtlinie 93/104/EG [...] selbst ausdrücklich gezogenen Grenzen umsetzen dürfen.⁵⁹ Damit greifen die Luxemburger Richter die Grundrechtsterminologie der GA *Trstenjak* nicht wieder auf, sondern sie sprechen nur von einem „bedeutsamen Grundsatz“.⁶⁰ Gleichwohl scheint auch der EuGH davon auszugehen, dass dieser Grundsatz nicht nur in der Richtlinie 93/104/EG zum Ausdruck kommt, sondern darüber hinaus auch ein – ungeschriebener – Bestandteil des Gemeinschaftsrechts ist. Die bislang im Wege der wertenden Rechtsvergleichung gewonnenen Gemeinschaftsgrundrechte sind ebenfalls sog. „allgemeine Rechtsgrundsätze“ und damit ungeschriebener Bestandteil des Primärrechts gewesen. Man kann also die Ausführungen des EuGH durchaus auch als Hinweis auf eine primärrechtliche Verankerung des Urlaubsanspruchs verstehen. All diese Überlegungen wird man jedoch heute eher dem rechtsgeschichtlichen Bereich zuordnen können, denn in Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der EU (EuGRC) ist der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nun verbindlich kodifiziert. Seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages am 1.12.2009 ist die Charta gem. Art. 6 Abs. 1 EUV gleichrangiger Bestandteil des Primärrechts.

Es gibt also ein Unionsgrundrecht auf bezahlt Jahresurlaub. Die Unionsgrundrechte sind jedoch nicht allgemein für jeden nationalen Sachverhalt anwendbar, sondern sie gelten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁶¹ Hieran hat sich auch nichts durch die Reformen des Lissabon-Vertrages geändert – im Gegenteil: Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGRC bestimmt nun ausdrücklich, dass die Charta nur „für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gilt. Nur wenn sich das BUrIG also im Anwendungsbereich des Unionsrechts befindet, sind bei der Auslegung auch die Unionsgrundrechte, insbesondere der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub gem. Art. 31 Abs. 2 EuGRC i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EUV, zu beachten. Was nun die Reichweite des Anwendungsbereichs des Unionsrechts betrifft, so hat vor allem das aktuelle Urteil des EuGH in der Rs. *Kücükdeveci* für Furore gesorgt.⁶² Danach können die Unionsgrundrechte auch bei der Auslegung von nationalen Normen, die nicht in Umsetzung einer Richtlinie geschaffen

⁵⁹EuGH v. 20.1.2009 – C-350/06, NJW 2009, 495 (Schultz-Hoff), Rn. 22; vgl. auch EuGH, Slg. 2001, I-4881 = NZA 2001, 827 = EuZW 2001, 605 Rdnr. 43 – BECTU; Slg. 2004, I-2605 = NZA 2004, 535 = EuZW 2004, 340 Rdnr. 29 – Merino Gómez; Slg. 2006, I-2531 = NZA 2006, 481 = EuZW 2006, 244 Rdnr. 48 – Robinson-Steele u.a.

⁶⁰Gegen den primärrechtlichen Charakter dieses „Grundsatzes“ daher *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631, 633.

⁶¹S. EuGH v. 22. 11. 2005 – C 144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 (Mangold), Rn. 75; EuGH v. 11.07.1985 – 60/84 u.a., Slg. 1985, 2605, 2627 (Cinéthèque); EuGH v. 30.9.1987 – C-12/86, Slg. 1987, 3719, 3754 (Demirel) und EuGH v. 18.6.1991 – C-260/89, Slg. 1991, I-2925, 2964 (ERT); Callies/Ruffert/*Wegener*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 220 EGV Rn. 19.

⁶²EuGH v. v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180; s. hierzu *Pötters/Traut*, ZESAR 2010, 267, ##.

wurden, zu berücksichtigen sein. Die Entscheidung Küçükdeveci hat namentlich zur Unwirksamkeit des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB geführt, obwohl diese Norm nicht bei der Durchführung von Unionsrecht erlassen wurde. Die Luxemburger Richter bejahten hier einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (s. nun Art. 20, 21 Abs. 1 EuGRC) in seiner Ausprägung als Verbot der Altersdiskriminierung. Dieses Unionsgrundrecht ist anwendbar, weil § 622 BGB aufgrund der „Diskriminierungsrichtlinie“ 2000/78/EG hätte angepasst werden müssen. Die Richtlinie hat nach Ansicht des EuGH mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist bewirkt, dass in dem von der Richtlinie geregelten Bereich der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist und mithin auch die Unionsgrundrechte Berücksichtigung finden müssen.⁶³ Über diese Argumentation lässt sich auch die Anwendbarkeit des Grundrechts auf bezahlten Jahresurlaub auf das BUrlG begründen. Hier hat die Richtlinie 93/104/EG mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist bewirkt, dass für das BUrlG der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist.

Dem Unionsgrundrecht auf Jahresurlaub entgegenstehende nationale Normen sind damit – wie auch sonst bei unionsgrundrechtswidrigen Bestimmungen des nationalen Rechts – aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts unanwendbar.⁶⁴ Von dem Anspruch auf Jahresurlaub darf – so die bisherige Rechtsprechung des EuGH – nur in den engen Grenzen der Richtlinie 93/104/EG abgewichen werden.⁶⁵ Man kann also von einer Konkretisierung des Grundrechts auf Jahresurlaub durch die Richtlinie ausgehen. Eine solche Konkretisierung von Primärrecht durch Sekundärrecht hat der EuGH etwa auch in der Entscheidung in der Rs. Küçükdeveci⁶⁶ angenommen. Somit ist die geänderte Rechtsprechung des BAG zumindest aus heutiger Sicht zwingend, denn schon das europäische Primärrecht erfordert eine entsprechende „Anpassung“ des nationalen Urlaubsrechts. Sollte man also zu dem Schluss kommen, dass eine der Richtlinie entsprechende Auslegung oder Rechtsfortbildung des BUrlG contra legem sein sollte, so könnte dasselbe Ergebnis zumindest über die Unanwendbarkeit der unionsrechtswidrigen Vorschriften herbeigeführt werden. Über diesen Weg bleibt auch das Prinzip, dass Richtlinien keine unmittelbare horizontale Wirkung entfalten, gewahrt. Auch ohne die neue „Wunderwaffe“ der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung können in solchen Fällen Friktionen zwischen Unionsrecht und nationalem Recht

⁶³EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180 (Küçükdeveci), Rn. 25 ff.: „Zu diesem Zeitpunkt hat diese Richtlinie bewirkt, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung, die einen von der Richtlinie geregelten Bereich erfasst, nämlich die Entlassungsbedingungen, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. [...] Daraus folgt, dass die Frage, ob das Unionsrecht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, auf der Grundlage des jede Diskriminierung wegen des Alters verbietenden allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts, wie er in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert ist, zu prüfen ist.“ S. hierzu Pötters/Traut, ZESAR 2010, 267, ##.

⁶⁴Vgl. etwa EuGH v. 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 (Mangold).

⁶⁵EuGH v. 20.1.2009 – C-350/06, NJW 2009, 495 (Schultz-Hoff), Rn. 22.

⁶⁶EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180. Hier ist es die „Diskriminierungsrichtlinie“ 2000/78/EG, welche den primärrechtlichen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz konkretisiert.

vermieden werden.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

##Was wollen wir noch einmal in den Vordergrund stellen? Ich würde folgende Punkte vorschlagen:##

1. Wortlautgrenze
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ist keine neue Wunderwaffe
3. Wird eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung von den Gerichten zu großzügig gehandhabt, besteht die Gefahr, dass der Grundsatz des Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach Richtlinien gerade keine unmittelbare horizontale Wirkung haben, ausgehöhlt wird. Im Fall Schultz-Hoff hätte sich als Alternative etwa eine Lösung über das primärrechtliche Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 EuGRC i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EUV) angeboten, welches in jedem Fall zur Unwirksamkeit entgegenstehender nationaler Normen führt. Ist auch eine solche Lösung versperrt, so ist es den Gerichten verwehrt, das nationale Recht zu beugen, um eine richtlinienkonforme Regelung herzustellen. Für solche Fälle greift der Staatshaftungsanspruch nach der Francovich-Rechtsprechung⁶⁷ des EuGH. Der Bürger ist also auch dann nicht schutzlos gestellt.
4. Den Gerichten ist daher für die Zukunft zu raten, mit dem (vermeintlich) neuen Rechtsinstitut der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung vorsichtig umzugehen. Eindeutige Regelungen lassen sich hierdurch ebenso wenig wie bei einer „klassischen“ Auslegung korrigieren. Beide Vorgehensweisen finden ihre Grenze am umfassend ausgelegten Wortlaut.

⁶⁷EuGH v. 19.11.1991 – Rs C-6/90 u. 9/90, Slg. 1991, I-5357 = NJW 1992, 165.