



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph: "Hierarchie oder Vernetzung: Die Nationalsprache als Grenze europarechtlicher Konformauslegung" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 9.7.2020)**

All rights reserved.

Hierarchie oder Vernetzung: Die Nationalsprache als Grenze europarechtlicher Konformauslegung

## 1. Problemstellung

Das europäische Recht bildet ein Mehrebenensystem. Anders als normales Völkerrecht ist es innerstaatlich anwendbar und kann vom einzelnen Bürger eingeklagt werden. Wie muss man die unterschiedlichen Ebenen dieser Rechtsordnung miteinander verträglich machen?

Die Antwort muss zwei Extreme vermeiden: Das Unionsrecht darf in den Mitgliedsstaaten nicht uneinheitlich angewendet werden. Zum anderen soll der Reichtum nationaler Besonderheiten nicht nivelliert werden. Das Unionsrecht will eine einheitliche Ordnung gerade unter Wahrung der nationalen Besonderheiten werden. Praktisch wird dieses Problem nicht nur bei den Grundfreiheiten, sondern auch im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts. Konformauslegung heißt, dass es bei einem Gesetz zwei Lesarten gibt. Eine davon steht im Einklang mit der höherrangigen Vorgabe des Unionsrechts, eine dagegen nicht. Nun sagt der Grundsatz der Konformauslegung, dass die Lesart zu wählen ist, welche mit der höherrangigen Rechtsquelle im Einklang steht. Grenze der Konformauslegung ist der umfassend ausgelegte Wortlaut, damit der Richter dem nationalen Gesetzgeber nicht einen ganz anderen Text unterschieben kann.

Im Unionsrecht geht es meist um die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts. Die Richtlinien ist eine Rahmen- oder Stufengesetzgebung. Dabei gibt die Union ein Ziel vor und überlässt für die Realisierung den Mitgliedsstaaten einen Spielraum bei den Mitteln. Wenn die Union eine Richtlinie erlässt, muss der Mitgliedsstaat zunächst prüfen, ob der nationale Rechtszustand den Vorgaben schon entspricht oder richtlinienkonform ausgelegt werden kann. Wenn nicht, muss er die Richtlinie innerhalb der vorgesehenen Frist ordnungsgemäß umsetzen. Wenn die Richtlinie nicht oder nicht richtig umgesetzt wird, kann sie nach Ablauf der Frist auch unmittelbare Anwendung finden. Allerdings nur, wenn sie für eine Anwendung hinreichend bestimmt ist. Des weiteren erfolgt eine unmittelbare

Anwendung immer nur vertikal gegen den Staat und nicht horizontal zwischen den Bürgern. Wenn eine unmittelbare Anwendung nach diesen Grundsätzen scheitert, dann bleibt für den Bürger nur Schadenersatz nach Grundsätzen der Staatshaftung,

Quelle, Schultz-Hoff und Küçükdeveci sind Fälle, in denen das Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Recht problematisch waren. Bei Schultz-Hoff geht es um die Übertragbarkeit von nicht angetretenem Urlaub in die Folgejahre bei einem Arbeitnehmer, bei Küçükdeveci um die Kündigung einer Arbeitnehmerin nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB. Es gab jeweils eine Richtlinie der Union, die nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden war. Für die Lösung gab es vier Alternativen: Konformauslegung des nationalen Rechts, unmittelbare Anwendung der Richtlinie, Anwendungsvorrang des Primärrechts oder Staatshaftung. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kam wegen des Verbots horizontaler Wirkung nicht in Betracht. Staatshaftung wollte man als ultima ratio vermeiden, so dass es um die Alternative Konformauslegung oder Anwendungsvorrang des Primärrechts ging.

## 2. Konformauslegung als Unterwerfung des nationalen Rechts unter das Unionsrecht

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 BGH<sup>1</sup> auf. In einer weiteren Entscheidung haben sich nun auch die Erfurter Kollegen vom BAG in der Rs. Schultz-Hoff<sup>2</sup> dieses neuen Instruments bedient. Den Entscheidungen der beiden Gerichte war jeweils ein Urteil des EuGH<sup>3</sup> vorausgegangen, welches eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erforderlich machte.

Das BAG 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 BUrtG in Fällen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des jeweiligen Übertragungszeitraums geboten und vorzunehmen.“<sup>4</sup> Denn die richtlinienkonforme Auslegung verpflichtete auch zur Rechtsfortbildung jenseits der Wortlautgrenze; der EuGH habe für die Konformauslegung nur eine

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

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

<sup>3</sup>EuGH 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).

<sup>4</sup>BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 64.

funktionelle Grenze gesetzt.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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.

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.

Wenn man aber von der Sprache eine wörtliche Bedeutung fordert, schaltet man die Sprache als demokratisches Element der Rechtsfindung aus. Man liefert 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. Die Konsequenz dieses sehr engen Textbegriffs ist eine entsprechend große Selbstverständlichkeit bei der Rechtsfortbildung.

### 3. Wie funktioniert die Wortlautgrenze?

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.<sup>7</sup> 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 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

<sup>5</sup>BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 65.

<sup>6</sup>BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 65.

<sup>7</sup>*Klatt, M.*, Theorie der Wortlautgrenze, Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 282, sowie *Alexy, R.*, Theorie der juristischen Argumentation. 3. Aufl. 1996. Ausführlich gegen Alexys Ansatz *Christensen, R./Kudlich, H.*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, S. 52 ff., S. 58 ff.

wäre man aber schon bei allen sprachbezogenen Regeln der Auslegung und hätte die grammatische Auslegung als Grenze schon hinter sich gelassen. Grammatische Auslegung liefert eben nur die ersten uns selbst bekannten Beispiele. Wenn das eine Grenze zeigt, dann ist es die Grenze unserer eigenen Sprachkompetenz.

### a) Die Wortlautgrenze steht nicht im Buch

Wie steht es nun mit dem Wörterbuch?<sup>8</sup> Kann man darin die Grenzen sinnvollen Sprechens finden? Hier haben tatsächlich Autoren 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 die objektive Regel der Sprache? Kann man den allgemeinen Sprachgebrauch aus der Schnittmenge von Wörterbüchern und Enzyklopädien entnehmen?<sup>9</sup> 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.

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?

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.“<sup>10</sup> 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.“<sup>11</sup> 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

---

<sup>8</sup>Vgl. dazu grundlegend *Lobenstein-Reichmann, A.*, Medium Wörterbuch, in: *Müller, F.* (Hrsg.), Politik, (neue) Medien und die Sprache des Rechts, 2007, S. 279 ff.

<sup>9</sup>OLG Nürnberg, in: NJW 2010, S. 271 ff., Rn. 28, S. 11.

<sup>10</sup>Duden, 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.

<sup>11</sup>*Wiegand, H. E.*, Wörterbuchforschung, Untersuchungen zur Wörterbuchbenutzung, zur Theorie, Geschichte, Kritik und Automatisierung der Lexikografie. 1. Teilband, 1998, S. 60.

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, synchron-zustandsbezogene, gesamtsprachbezogene oder varietätenbezogene, einsprachige oder mehrsprachige, um nur die wichtigsten Funktionen von Wörterbüchern zu nennen.<sup>12</sup>

## b) Die Wortlautgrenze steht im Streit

Damit zeigt die Position von BGH und BAG ein grundsätzliches Missverständnis von Sprache und damit ihrer eigenen Tätigkeit. 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 arbeitet 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.

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 Verknüpfun-

---

<sup>12</sup>Vgl. dazu *Reichmann, O.*, Lexikografie und Kulturgeschichte, in: Kleine Enzyklopädie deutsche Sprache, hrsg. von *Lärchner, G. u.a.*, Art. 3.3, S. 51 ff.; *Hausmann, F. J.*, Die gesellschaftlichen Aufgaben der Lexikografie in Geschichte und Gegenwart, in: Wörterbücher, Bd. 1, 1-18 (HSK 5.1), 1989, S. 6; *Kühn, P.*, Typologie der Wörterbücher nach Benutzungsmöglichkeiten, in: Wörterbücher, Bd. 1, 1989, S. 111 ff., 116.

gen einer normativen Bewertung standhalten, oder anders formuliert, ob sie zu einer Traditionslinie verknüpft werden können, die auch künftigen Bewertungen standhalten wird.

## 4. Konformauslegung als Kompatibilisierung zweier Rechtsordnungen

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.

### a) Praktisch-semantic 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.“<sup>13</sup>

Der Wortlaut wird ausgeschaltet, wenn man zuviel von ihm verlangt. Die semantische Interpretation kann nicht zu einer wörtlichen Bedeutung führen. Sie 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 sie 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.

---

<sup>13</sup>EuGH 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.“

## b) 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.<sup>14</sup> 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“<sup>15</sup> 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‘.

Eine Grenze findet die Methode der richtlinienkonformen Auslegung, wie die verfassungskonforme Auslegung im deutschen Recht, im umfassend ausgelegten Wortlaut des innerstaatlichen Gesetzes.<sup>16</sup> 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 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

<sup>14</sup>BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 65.

<sup>15</sup>Rs.C-168/95, EuGH Slg. 1996, I-4705, Rn. 41, 42.

<sup>16</sup>Rn. 28; EuZW 1994, 182, Rn. 20, 21, 22 m. Anm. *Böhmer*.

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)<sup>17</sup> 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 Unionsrechts auszulegen und anzuwenden; soweit eine solche unionsrechtskonforme 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 begrenzt<sup>18</sup>. 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, 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.

## 5. Vernetzung oder Hierarchisierung

Fraglich ist aber, wie die Beziehung zwischen Europarecht und nationalem Recht zu strukturieren ist. Was wäre also die angemessene Beschreibung für die Relation zwischen den unterschiedlichen Schichten in einem rechtlichen Mehrebenensystem?

Ein erster sinnvoller Ansatz für eine Strukturierung ist die von der Systemtheorie vorgeschlagene Kategorie der Interlegalität.<sup>19</sup> Sie will das „Zwischen“ unterschiedlicher Rechtsordnungen erfassen. Die Grenze dieses Vorschlags liegt darin, dass sie entgegen ihrer Intention eine Beziehung zwischen zwei festen Einheiten herstellt. Die Veränderung, welche sich aus der Beziehung auf beiden Seiten ergibt, wird mit dieser Kategorie nicht sichtbar gemacht. Auch wenn man stattdessen von Multilegalität spricht<sup>20</sup>, wird diese Schwierigkeit nicht überwunden: Multikulturell kann man in zwei oder mehr Kulturen leben und ihre jeweilige Berechtigung ohne Hierarchie annehmen. Man geht montags zum Italiener, dienstags zum Griechen usw. Tatsächlich haben sich aber im Zuge der

---

<sup>17</sup>Slg. 1988, 673, Rn. 11.

<sup>18</sup>Jarass, H., Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, in: EuR 1997, S. 211 ff., S. 217.

<sup>19</sup>Hierzu grundlegend ##

<sup>20</sup>##



Globalisierung die jeweiligen nationalen Küchen einander angenähert. Nicht nur die Chinesen kochen auf jedem Kontinent anders, sondern auch in Deutschland findet man die bayerische Weißwurst als Weißwurst Hawaii. Die Globalisierung kann also nicht nur negativ alle Differenzen niederwalzen, sondern sie kann auch positiv die Ausbildung nationaler Dialekte fördern. Die Frage ob der Globalisierungsprozess nivellierend oder differenzierend wirkt, soll hier für die Konformauslegung gestellt werden.

#### a) Konformauslegung als unmittelbare Anwendung einer Richtlinie

Das Urteil des BAG in der Rs. Schultz-Hoff ist in der Literatur bislang sogar noch deutlicher kritisiert worden als die Quelle-Entscheidung.<sup>21</sup> *Thüsing* etwa spricht anschaulich davon, dass „das BAG den BGH in seinem eigenen methodischen Windschatten überholt“ habe.<sup>22</sup> 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. 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 erwiesen<sup>23</sup>, begnügt sich das BAG mit einem Hinweis auf den „regelmäßig anzunehmenden Willen des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien“<sup>24</sup> und mit der Feststellung, dass aus der Gesetzesgeschichte des BUrlG kein Anhaltspunkt für eine den Richtlinienzielen widersprechende Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers hervorgehe.<sup>25</sup> 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 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

<sup>21</sup>S. etwa *Bauer, J.-H./Arnold, C.*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07, in: AP BUrlG § 7 Nr. 39; *Bayreuther, F.*, Betriebsratswahl für das Luftfahrtpersonal von ausländischen Fluggesellschaften. Risiken und Nebenwirkungen einer „europarechtskonformen teleologischen Reduktion“ des nationalen Rechts, in: NZA 2010, S. 262 ff., 264; *Thüsing, G.*, Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht, in: RdA 2010, S. 187 ff., 189; a.A. *Abele, R.*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24. 3. 2009 - 9 AZR 983/07, in: EuZW 2009, S. 472 ff.; *ders.*, Geschwindigkeit ist keine Hexerei. Zur richtlinienkonformen Auslegung und Anpassung des deutschen Urlaubsrechts, in: RdA 2009, S. 312 ff.

<sup>22</sup>RdA 2010, 187, 189.

<sup>23</sup>BGH v. 26. 11. 2008 - VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427.

<sup>24</sup>BAG v. 24.3.2009 - 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 544, Rn. 59.

<sup>25</sup>BAG v. 24.3.2009 - 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 545, Rn. 67.

nach Literatur<sup>26</sup> und der ständigen Rechtsprechung des EuGH<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

## b) Unmittelbare Anwendung des Primärrechts

Nach Küçükdeveci fällt jede nationale Rechtsnorm, die von dem von einer Richtlinie geregelten Bereich erfasst ist, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts; die Richtlinie habe nach Ansicht des EuGH mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist eine entsprechende Ausweitung des Anwendungsbereichs „bewirkt“.<sup>29</sup> Damit sind auch solche Normen in Konformität mit den Unionsgrundrechten auszugestalten, bei denen der jeweilige nationale Gesetzgeber ursprünglich nicht zur Umsetzung von Unionsrecht tätig wurde. Der nationale Gesetzgeber ist also nicht nur an Unionsgrundrechte gebunden, nur er Unionsrecht ausführt (Wachauf-Konstellationen), sondern auch, wenn er es hätte ausführen müssen (Küçükdeveci).

Ob diese Entwicklungen im *case law* auch von Art. 51 Abs. 1 EuGRC abgedeckt sind, ist streitig. Danach gelten die Grundrechte der Charta „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.“ Teilweise wird auf diese Formulierung ein restriktiver Ansatz gestützt, wonach sich die Bindung der Mitgliedsstaaten im Wesentlichen auf die klassische Wachauf-Konstellation beschränken soll.<sup>30</sup> Der Wortlaut ist Art. 51 „durchführen“ ist nicht eng zu verstehen, sonst hätte man „umsetzen“ als Formulierung gewählt. Von den anderen Sprachfassungen ist die englische eher eng „only when they are implementing Union law“. Dagegen ist die französische Fassung („uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union“) eher weit. Auch die Entstehungsgeschichte spricht gegen ein enges Verständnis. Zwar gab im Grundrechtekonvent die Absicht,

<sup>26</sup>S. nur Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M., Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. 2003, § 33 Rn. 34 m.w.N.

<sup>27</sup>S. 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, J., Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten – Zur Unanwendbarkeit richtlinienwidriger nationaler Verbotsgesetze im Konflikt unter Privaten, in: EuZW 2001, S. 143.

<sup>28</sup>Vgl. auch Thüsing, G., Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht, in: RdA 2010, S. 187 ff., 189.

<sup>29</sup>EuGH, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, NJW 2010, 427, Rn. 25.

<sup>30</sup>Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 51 EUGRC Rn. 17; Meyer/Borowsky, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 24 ff.

die EuGH-Rechtsprechung einzuschränken,<sup>31</sup> diese Position konnte sich aber nicht durchsetzen. In den Erläuterungen zur Charta wird stattdessen auf die ERT-Entscheidung Bezug genommen und damit in die Rechtsprechungspraxis aufgenommen. Damit spricht alles dafür, dass die Charta in Kontinuität zu den vom EuGH entwickelten „Allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ verstanden werden muss. Dies zeigt auch die Präambel<sup>32</sup> und Art. 52 Abs. 4 EUGRC<sup>33</sup>. Außerdem ist Art. 6 Abs. 3 EUV zu beachten. Damit ist im Ergebnis der Wortlaut des Art. 51 EUGRC also nicht als Einengung der Rechtsprechungspraxis des EuGH aufzufassen.<sup>34</sup>

Entgegen der gefestigten Rechtsprechung haben die Generalanwälte *Tizzano*<sup>35</sup> und *Bot*<sup>36</sup> in den Verfahren *Mangold* und *Kücükdeveci* 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 *Mangold*<sup>37</sup> und *Kücükdeveci*<sup>38</sup> eine Absage erteilt.<sup>39</sup> In der Entscheidung *Kücükdeveci* 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.

<sup>31</sup>Hierzu *Meyer, J.*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 2 ff.; ferner *Huber, P. M.*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, in: NJW 2011, S. 2385 ff., 2387

<sup>32</sup>Wortlaut: „... den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbarer gemacht werden. Diese Charta bekräftigt unter Achtung der Zuständigkeiten und Aufgaben der Union und des Subsidiaritätsprinzips die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Union und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben.“

<sup>33</sup>Wortlaut: „(4) Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt.“

<sup>34</sup>Vgl. dazu grundsätzlich *Nusser, J.*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, 2001; *Jarass, H.*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte, in: NVwZ 2012, S. 457 ff., m.w.N.

<sup>35</sup>Schlussanträge v. 30.06.2005 – C-144/04.

<sup>36</sup>Schlussanträge v. 07.07.2009 – C-555/07, abgedruckt in ZIP 2009, 1483; s. hierzu kritisch *Medem, A. v.*, Europarechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB? Die Schlussanträge von Generalanwalt Bot in der Rechtssache *Kücükdeveci*, in: NZA 2009, S. 1072 ff., zustimmend *Mörsdorf, O.*, Unmittelbare Wirkung der Antidiskriminierungs-RL im Kündigungsschutzprozess ("Kücükdeveci"), in: ZIP 2009, S. 1483 ff.

<sup>37</sup>EuGH v. 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345.

<sup>38</sup>EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180.

<sup>39</sup>S. hierzu ausführlich *Pötters, S./Traut, J.*, Eskalation oder Burgfrieden: *Mangold* vor dem BVerfG, in: ZESAR 2010, S. 267 ff.

### c) Die Unionsgrundrechte sind nur kompetenzbegleitend

Die Unionsgrundrechte begründen keine Kompetenz der Union, sondern begleiten sie nur. Das hat der EuGH in der das Urteil Mangold präzisierenden Begründung zum Urteil Küçükdeveci dargelegt. Genau so ist es bei dem Problem des Urlaubsausgleichs. Nur weil die Union eine Sachkompetenz bezüglich des Sozialrechts zur Regelung hat, kann man die Unionsgrundrechte kompetenzbegleitend anwenden. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie würde demgegenüber das Kompetenzproblem verdecken. Das Unionsrecht könnte dann ultra vires angewandt werden, ohne dass man es überhaupt bemerken würde.

Dementsprechend wäre auch ein Rechtsprechungswandel des BAG im Urlaubsrechts 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 Normen<sup>40</sup> bewirken würde. Die Schlussanträge der GA *Trstenjak*<sup>41</sup> 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 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.“<sup>42</sup> Damit greifen die Luxemburger Richter die Grundrechtsterminologie der GA *Trstenjak* nicht wieder auf, sondern sie sprechen nur von einem „bedeutsamen Grundsatz“.<sup>43</sup> 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 Unionsrechts 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.

<sup>40</sup>Vgl. hierzu etwa EuGH v. 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 (Mangold).

<sup>41</sup>V. 24.01.2008 – C-350/06, Rn. 33 ff. – Schultz-Hoff.

<sup>42</sup>EuGH 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.

<sup>43</sup>Gegen den primärrechtlichen Charakter dieses „Grundsatzes“ daher *Bauer, J.-H./Arnold, C.*, EuGH kippt deutsches Urlaubsrecht – Die Schultz-Hoff-Entscheidung und ihre Folgen, in: NJW 2009, S. 631 ff., 633.

Es gibt also ein Unionsgrundrechts 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.<sup>44</sup> 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 BUrlG 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.<sup>45</sup> Danach können die Unionsgrundrechte auch bei der Auslegung von nationalen Normen, die nicht in Umsetzung einer Richtlinie geschaffen wurden, zu berücksichtigen sein. Die Entscheidung *Kücükdeveci* 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.<sup>46</sup> 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

<sup>44</sup>S. 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, C./Ruffert, M.*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, jetzt „EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011“, Art. 220 EGV Rn. 19.

<sup>45</sup>EuGH v. v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180; s. hierzu *Pötteers, S./Traut, J.*, Eskalation oder Burgfrieden: Mangold vor dem BVerfG, in: ZESAR 2010, S. 267 ff.

<sup>46</sup>EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 = ZESAR 2010, 180 (*Kücükdeveci*), 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 *Pötteers, S./Traut, J.*: Eskalation oder Burgfrieden: Mangold vor dem BVerfG, in: ZESAR 2010, S. 267 ff.

sind damit – wie auch sonst bei unionsgrundrechtswidrigen Bestimmungen des nationalen Rechts – aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts unanwendbar.<sup>47</sup> Von dem Anspruch auf Jahresurlaub darf – so die bisherige Rechtsprechung des EuGH – nur in den engen Grenzen der Richtlinie 93/104/EG abgewichen werden.<sup>48</sup> 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. Küçükdeveci<sup>49</sup> 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 vermieden werden.

---

<sup>47</sup>Vgl. etwa EuGH v. 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 (Mangold).

<sup>48</sup>EuGH v. 20.1.2009 – C-350/06, NJW 2009, 495 (Schultz-Hoff), Rn. 22.

<sup>49</sup>EuGH 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.