

Dr. Katharina Hilbig*

Neue Vorgaben für die richtlinienkonforme Auslegung

– Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.11.2008,
Az. VIII ZR 200/05 –

Abstract

Am Fall des gemeinschaftsrechtswidrigen Nutzungsherausgabeanspruchs des Unternehmers gegen den Verbraucher bei Nachlieferung (§§ 439 Abs. 4 i. V. m. 346 Abs. 1 BGB) entspann sich die Problematik, die dem vorliegenden Urteil zugrunde liegt. Einer richtlinienkonformen Auslegung im herkömmlichen Sinne war §§ 439 Abs. 4 i. V. m. 346 Abs. 1 BGB nicht zugänglich. Der *BGH* beschreitet hier methodisches Neuland, indem er die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als zulässig erachtet. Den Weg zu dieser Schlussfolgerung aufzuzeigen, ihre Auswirkungen und Grenzen aufzuzeigen und kritisch zu beleuchten, ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

* Die Autorin ist wiss. Ass. am Lehrstuhl *Prof. Dr. D. Coester-Waltjen, LL.M.* an der Georg-August-Universität Göttingen.

I. Einleitung: Das vorhergehende Verfahren

Ihren Anfang nahm die Kette von Urteilen, deren Schlusspunkt das hier besprochene bildet, mit folgendem Sachverhalt: Eine Kundin hatte vom Versandhandelsunternehmen *Quelle* ein Herdset zum Preis von rund € 500 gekauft. Die Kundin und *Quelle* handelten als Verbraucher, respektive Unternehmer i. S. v. §§ 13, 14 BGB. Nach anderthalb Jahren blätterte die Emaille-Schicht im Inneren des Herdes ab – ein Sachmangel. Nachbesserung war technisch nicht möglich, der Herd wurde ausgetauscht. *Quelle* verlangte rund € 70 Nutzungsersatz für die anderthalbjährige Nutzung. Zu recht?

Das *LG Nürnberg-Fürth*¹ und das *OLG Nürnberg*² hatten über den Antrag eines bundesweit tätigen Verbraucherschutzverbands (vgl. §§ 2, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 4 UKlaG) auf Erstattung des von der Käuferin – die den Verbraucherschutzverband ermächtigt hatte, den Rückzahlungsanspruch in eigenem Namen geltend zu machen – gezahlten Nutzungsersatz zu entscheiden.³ Sie bejahten einen solchen Rückzahlungsanspruch der Käuferin: Zwar verweise im Falle der Nachlieferung § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346–348 BGB, zwar gewähren §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 100 BGB grundsätzlich einen Wertersatzanspruch für die gezogenen Nutzungen (hier: Gebrauchsvorteile), zwar habe der Schuldrechtsreformgesetzgeber einen solchen Anspruch explizit bejaht.⁴ Jedoch gebiete Art. 3 der RL 1999/44/EG⁵ eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend, dass dem Unternehmer ein Nutzungsersatzanspruch bei Nachlieferung zu versagen sei. Der *BGH* legte die Frage, ob die RL 99/44/EG einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes verlangen kann, dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vor.⁶

1 *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 2005, 2558.

2 *OLG Nürnberg*, NJW 2005, 3000, hierzu *Saenger/Zurlinden*, Zur Auslegung des BGB § 439 Abs. 4, EWiR 2005, 819; *Gsell*, Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache, JuS 2006, 203; *Fest*, Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz bei Nachlieferung?, NJW 2005, 2959; *Wagner/Michal*, Keine Nutzungsvergütung bei Nachlieferung, VuR 2006, 46; *Muthorst*, Keine Nutzungsherausgabe bei Ersatzlieferung, ZGS 2006, 90, s. a. *BGH* Ur. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 8 f.

3 Die Anträge auf Unterlassung, die nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind, wies das LG ganz, das OLG teilweise ab – vgl. näher *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 2005, 2558 sub. Gründe B. und C., *OLG Nürnberg*, NJW 2005, 3000 sub. Gründe II.

4 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

5 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

6 *BGH*, NJW 2006, 3200, hierzu *Kniffka*, BauR 2006, 2051; *Hummel*, Zum Anwendungsvorrang von EG-Richtlinien im Zivilrecht, EuZW 2007, 268; *Bruns*, Zum Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung im Fall der Ersatzlieferung, EWiR 2006, 675; *ders.*, Kaufrechtliche Ersatzlieferung nur gegen Nutzungsentschädigung? NZV 2006, 640; *Theisen*,

Der *EuGH* bejahte die Frage durch Urteil v. 17.04.2008.⁷ „Unentgeltlichkeit“ bedeute Schutz vor finanziellen Belastungen im Zusammenhang mit der Nacherfüllung, die den Verbraucher von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnten.⁸ Daher schließe die RL 99/44/EG „jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands“ aus.⁹ Eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verbrauchers entstehe dadurch nicht – er erhalte lediglich verspätet, was er bereits zu Beginn hätte erhalten müssen.¹⁰

Hier zu besprechen ist nun die im Anschluss an die Vorabentscheidung des *EuGH* ergangene Revisionsentscheidung des *BGH* vom 26.11.2008.¹¹ Freilich sind die auf den Nutzungersatzanspruch des Unternehmers im Verbrauchsgüterkauf bezogenen Ausführungen des *BGH* bereits überholt, da zum 01.01.2009 § 474 Abs. 2 BGB neu gefasst wurde und nun den Nutzungsherausgabeanspruch des Unternehmers bei Verbraucherverträgen ausschließt.¹² Die Bedeutung der Entscheidung liegt jedoch nicht in ihren materiellrechtlichen Aussagen zur Nutzungersatzproblematik, sondern vielmehr darin, dass hier erstmals von der Rechtsprechung das methodische Neuland der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung besritten wird.

Nutzungsentuschädigung für den Gebrauch einer mangelhaften Sache?, GPR 2007, 276; *Roblfing*, Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung? Beschluss des *BGH* vom 16.8.2006, VIII ZR 200/05, GPR 2007, 80; *Riesenhuber*, Vorabentscheidungsbeschluss zur Frage des Wertersatz für die Nutzung einer vertragswidrigen Sache, LMK 2006, 199 730; *ders.*, LMK 2007, II, 85; *S. Lorenz*, NJW 2006, 3202; *Witt*, Nutzungersatz bei Nachlieferung – *BGH*-Vorlage an den *EuGH*, NJW 2006, 3322; *P. Schmidt*, Nutzungsentuschädigung bei Nacherfüllung durch Ersatzlieferung, ZGS 2006, 408; *Herrler/Tomasic*, Nutzungersatzpflicht im Fall der Neulieferung?, ZGS 2007, 209, s. a. *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 14–16.

7 *EuGH* Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 – *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*. Hierzu *Herrler/Tomasic*, Keine Nutzungersatzpflicht im Falle der Neulieferung, BB 2008, 1245; *Osterloh-Konrad*, Quelle und die Folgen: kein Nutzungersatz bei Ersatzlieferung, CR 2008, 545; *S. Lorenz*, Zum Wertersatz für die Nutzung vertragswidriger Verbrauchsgüter – Anmerkung, DAR 2008, 330; *Fischinger*, Für die Nutzung vertragswidrigen Gebrauchsguts fällt kein Nutzungersatz an, EuZW 2008, 312; *Westermann*, Zur Vereinbarkeit von BGB § 439 Abs. 4 mit EGRL 44/99 Art 3, EWIR 2008, 425; *G. Schulze*, Kein Nutzungersatz bei Ersatzlieferung, GPR 2008, 128; *Möllers/Möhring*, Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers, JZ 2008, 919; *Felling*, Keine Nutzungsentuschädigung bei mangelbedingter Nachlieferung, MDR 2008, 733; *Herresthal*, Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf, NJW 2008, 2475, s. a. *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 17 f.

8 *EuGH*, NJW 2008, 1433, 1434 Rn. 33.

9 *EuGH*, NJW 2008, 1433, 1434 Rn. 34.

10 *EuGH*, NJW 2008, 1433, 1435 Rn. 41.

11 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05 – *Quelle*, NJW 2009, 427 = ZIP 2009, 176 = BB 2009, 292 = MDR 2009, 248 = EuZW 2009, 155.

12 Art. 5 d. Ges. v. 10.12.2008, BGBl I S. 2399, vgl. BT-Drucks. 16/10607, S. 2. Zur Verjährung s. *Henssler*, Rückforderung von Nutzungersatz beim Verbrauchsgüterkauf: Verzögerter Beginn der Verjährungsfrist wegen unübersichtlicher Rechtslage, NJW 2009, 1845.

II. Kernaussagen der Entscheidung

1. Zulässige Reichweite der „richtlinienkonformen Auslegung“

Die Umsetzung der RL 99/44/EG durch den deutschen Gesetzgeber war, so die Folgerung aus dem Urteil des *EuGH* vom 17.04.2008, im Hinblick auf § 439 Abs. 4 BGB fehlerhaft – innerhalb des Regelungsberichts der Richtlinie ist die Rückgabe der zunächst gelieferten Sache so auszugestalten, dass der Verbraucher mit keinerlei finanziellen Ansprüchen des Unternehmers konfrontiert wird.¹³ Missachtet ein Mitgliedstaat durch Nichtumsetzung oder fehlerhafte Umsetzung seine Pflicht zur Richtlinienumsetzung (Art. 249 Abs. 3 EG), so setzt sich die Umsetzungspflicht auf judikativer Ebene fort (Art. 249 Abs. 3, Art. 10 EG): Die nationalen Gerichte haben die Auslegung „so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten“ und dabei „im Rahmen ihrer Zuständigkeit“ das nationale Recht „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen ihr Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“ (sog. richtlinienkonforme Auslegung).¹⁴ Unter „Zuständigkeit“ ist hierbei die innerstaatliche Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu verstehen.¹⁵

Dass sich im Wege dessen, was herkömmlich als „richtlinienkonforme Auslegung“ verstanden wurde – nämlich die Auslegung im engeren Sinne, orientiert an Wortlaut, Systematik, Zweck etc. –, das dem Verbraucher günstige und vom *EuGH* vorgegebene Ergebnis nicht erreichen lässt, hatte der *BGH* bereits im Vorlagebeschluss festgestellt.¹⁶ Denn der Wortlaut¹⁷ des Verweises von § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346–348 BGB¹⁸ und die Gesetzgebungsgeschichte der Norm stehen so klar wie selten der gewünschten Auslegung entgegen. Insbesondere der gesetzgeberische Wille war besonders deutlich:

13 Daher schied auch die etwa von *Herrler/Tomasich* (Fn. 6), S. 213 f. favorisierte Lösung über das Bereicherungsrecht (§§ 346 Abs. 3 S. 2, 818 ff. BGB) sowie eine Vorteilsausgleichung aus (so schon *Muthorst* (Fn. 2), S. 95; problematisch daher *Ayad/Hesse*, BB 2009, 297).

14 St. Rspr. seit *EuGH*, Slg. 1984, 1921, Rn. 26 – *Harz*; vgl. *EuGH*, Slg. 1984, 1891, Rn. 28 – *von Colson und Kamann*; *EuGH*, Slg. 2004 I – 8804, Rn. 113 – *Pfeiffer*; *EuGH*, Slg. 1994 I, 1657, Rn. 10 – *Habermann-Beltermann*; *EuGH*, Slg. 1994 I – 3325, Rn. 26 – *Faccini Dori*, vgl. zuletzt *EuGH*, Slg. 2007 I – 6199 Rn. 60–63 – *Lucchini*; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 19.

15 *Lorenz*, LMK 2009, 273 611 sub 2. a.

16 *BGH*, NJW 2006, 3200, Rn. 12, 14 f.; vgl. erneut in *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 20.

17 Anders hatten das *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 2005, 2558, 2560 sub. 3. a. und das *OLG Nürnberg*, NJW 2005, 3000 f. sub. I.1. u. I.2. den Wortlaut verstanden: Sie hatten angenommen, § 439 Abs. 4 enthalte nur eine Rechtsgrund- und nicht eine Rechtsfolgenverweisung und hatte sodann mit teleologischen und Billigkeitserwägungen einen Nutzungsersatzanspruch abgelehnt.

18 Hierzu gehören, dass der Verweis den Nutzungsersatzanspruch des § 346 Abs. 1 BGB und die ausschließlich mit Nutzungen befasste Norm des § 347 Abs. 1 BGB umfasst, vgl. nur *BGH*, NJW 2006, 3200 Rn. 14; *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 20.

„Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gem. §§ 439 IV, 346 I RE auch die Nutzungen, also gem. § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll.“¹⁹

Sodann fährt der Gesetzgeber fort, diese Regelung sei mit der RL 99/44/EG vereinbar und setzt sich mit dem Begriff der „unentgeltlichen Herstellung“ (Art. 3 Abs. 2 RL 99/44/EG) ausführlich auseinander.²⁰

Fraglich ist angesichts des Wortlauts des Verweises und der Gesetzgebungsgeschichte, wie weit eine „richtlinienkonforme Auslegung“ noch zulässig ist. Der *EuGH* betont in ständiger Rechtsprechung, das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung sei durch „den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot“ begrenzt und dürfe „nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen“.²¹ Daher muss die Grenze bestimmt werden, an denen die richtlinienkonforme Auslegung endet und das Judizieren *contra legem* beginnt. Ist die „richtlinienkonforme Auslegung“ auf die Auslegung „im engeren Sinne“ beschränkt (und daher eine darüber hinausgehende „Auslegung“ *contra legem*) oder umfasst sie auch eine richtlinienkonforme Fortbildung (mit den Instrumenten der Analogie sowie der teleologischen Extension und Reduktion und ggf. weiteren)? Diese Frage war bislang lediglich in der Literatur diskutiert worden. Teilweise wurde die richtlinienkonforme Fortbildung als „Auslegung“ im gemeinschaftsrechtlichen Sinne für zulässig gehalten,²² teilweise wurde aber auch vertreten, die richtlinienkonforme Auslegung scheide aus, wenn weder Wortlaut noch Systematik der Norm den erforderlichen Auslegungsspielraum beließen.²³ Für eine Erstreckung der richtlinienkonformen Auslegung auf die Fortbildung spricht jedoch, dass dem *EuGH* die in der deutschen Methodik geläufige Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung fremd ist.²⁴ Da der EG-Vertrag keine fertige Rechtsordnung geschaffen hat, liege auch die Rechtsfortbildung im Spektrum der teleologischen Auslegung.²⁵

19 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

20 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

21 Vgl. nur *EuGH*, NJW 2006, 2465 (2467, Rn. 110) – *Konstantinos Adeneler u. a./ELOG* m. w. N.; Freilich kennt auch das deutsche Recht das Verbot des Judizierens *contra legem*, vgl. *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydliniski, 2002, S. 47 (83).

22 Bejahend *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 358 m. w. N.; *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 317 f.; *Pfeiffer*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH, NJW 2009, 412, 413.

23 *Lorenz*, in: MünchKomm BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 BGB, Rn. 5.

24 *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 49.

25 *Stotz*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, § 22, Rn. 13 unter Verweis auf den „eindrucksvollen“ Beschluss des BVerfG vom 08.04.1987, Rs. 2 BvR 687/85 (BVerfGE 75, 223 – *Kloppenburg*).

Noch im Vorlagebeschluss von 2006 war der *BGH* davon ausgegangen, eine „einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB [sei] unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ... nicht zulässig ... Die Möglichkeit der Auslegung endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde“.²⁶ In der vorliegenden Entscheidung nun greift der *BGH* diese Formulierung auf, bezeichnet den im Vorlagebeschluss von 2006 umschriebenen Auslegungsvorgang als „einschränkende Gesetzesauslegung *im engeren Sinne*“²⁷ und fährt fort mit der Feststellung, dass der vom *EuGH* geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung von den nationalen Gerichten über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinne hinaus auch verlange, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, *richtlinienkonform fortzubilden*.²⁸ Das Verbot des *contra legem*-Judizierens stehe, so der *BGH*, nicht entgegen, da der Begriff funktionell auszulegen sei und denjenigen Bereich bezeichne, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig sei.²⁹

2. Durchführung der teleologischen Reduktion

An eine rechtsfortbildende Auslegung sind andere Anforderungen zu stellen als an eine Auslegung im engeren Sinne.³⁰ Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt, so der *BGH*, eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus.³¹ Eine planwidrige Unvollständigkeit könne sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber eine richtlinienwidrige Regelung geschaffen hat, obwohl er die Absicht hatte und davon ausging, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Die spezifische rechtliche Auffassung des Gesetzgebers hinsichtlich § 439 Abs. 4 BGB habe keinen „Vorrang“ vor seinem Willen und der Annahme, die RL 99/44/EG zutreffend umzusetzen. Dieser Wille sei maßgeblich, da der Gesetzgeber – wie auch durch die aktuelle Änderung des § 474 Abs. 2 BGB deutlich wird³² – § 439 Abs. 4 BGB in Kenntnis seines „Fehlers“ so nicht erlassen hätte.³³

§ 439 Abs. 4 BGB sei daher im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB, einschränkend so anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Rücktrittsvorschriften (§§ 346 bis 348 BGB) nur

26 *BGH*, NJW 2006, 3200, Rn. 15. Krit. hierzu bereits *Schmidt* (Fn. 6) (indes ebenda auch irriige Auslegung der *Mangold*-Entscheidung).

27 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 20.

28 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 21 u. Ls. 1.

29 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 21 unter Berufung auf *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47 (91). Anders berechtigterweise etwa noch das Verständnis des Vorlagebeschlusses bei *Schmidt*, ZGS 2005, 408 (410).

30 *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 359 m. w. N.

31 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 22 u. Ls. 2.

32 S. o. Fn. 12.

33 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 23–25.

für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst gelten und nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen.³⁴

Schließlich erläutert der *BGH* die differenzierte Reichweite der teleologischen Reduktion. Sie solle alle Verbrauchsgüterkäufe (§§ 474 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 13, 14 BGB erfassen).³⁵ Hiermit geht der *BGH* über die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe hinaus, die von einem engeren Verbraucherbegriff ausgeht (vgl. Art. 1 II lit. a RL 99/44/EG und § 13 BGB). Auf der anderen Seite soll die teleologische Reduktion nur Verbrauchsgüterkäufe und nicht alle Kaufverträge erfassen – denn über die Verbrauchsgüterkäufe hinaus bestünde keine gemeinschaftsrechtliche Notwendigkeit für eine derartige Fortbildung.³⁶ Bei anderen als Verbrauchsgüterkäufen i. S. d. § 474 BGB bleibt es also bei dem Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers.³⁷

III. Würdigung und Ausblick

1. Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BGH

Das vorliegende Urteil bedeutet eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*.³⁸ Nicht nur hat er bislang nie explizit auf eine „richtlinienkonforme Fortbildung“ abgestellt, vor allem hat er bereits richtlinienkonforme Auslegungen apodiktisch am Gesetzeswortlaut scheitern lassen. So etwa im Falle des heutigen § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der – über die Ausschlussmöglichkeiten der Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG hinausgehend – das Widerrufsrecht ausschließt, wenn die Willenserklärung von einem Notar beurkundet worden ist. Selbst wenn diese Regelung gegen die Richtlinienvorgaben verstieße, so der *BGH* in zwei Entscheidungen, bliebe „angesichts des klaren Gesetzeswortlauts für eine richtlinienkonforme Auslegung kein Raum“.³⁹ In beiden Entscheidungen verzichtet der *BGH* ohne weitere Ausführungen darauf, die Frage der Richtlinienkonformität des § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB⁴⁰ dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vorzulegen. Im Lichte der Voraussetzungen der Vorlagepflicht gemäß Art. 234 EG muss daraus gefolgert werden, dass der *BGH* davon ausging, die Richtlinie könne unter keinen Umständen die Auslegung des nationalen Rechts beeinflussen.⁴¹ Mit der Möglichkeit richtlinienkonformer

34 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 26 u. Ls. 3.

35 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 27.

36 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 28.

37 Vgl. zu den krit. Stimmen in der Lit. die Nachw. bei *Lorenz*, in: MünchKomm BGB (Fn. 23), Vor § 474 BGB, Rn. 19.

38 Obgleich der *BGH* hierauf nicht hinweist.

39 Vgl. *BGH*, ZIP 2003, 2149 = NJW 2004, 154 Rn. 18, krit. *Pfeiffer*, Grenzen für eine mit der Haustürgeschäftsrichtlinie konforme Auslegung deutschen Rechts – kein Widerruf bei notarieller Beurkundung, LMK 2004, 17; ebenso *BGH*, ZIP 2003, 1692 = WM 2004, 21 Rn. 22 – beide zu § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG, heute § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB.

40 Bzw. ihrer Vorgängerregelung § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG.

41 *Pfeiffer* (Fn. 39), S. 18.

Fortbildung oder der Analogie hatte sich der *BGH* in keiner Entscheidung befasst, sondern streng auf die Wortlautgrenze der herkömmlichen Auslegung abgestellt. Darüber hinaus ist der *BGH* in den genannten Entscheidungen nicht auf den Umstand eingegangen, dass nicht nur das konkrete Umsetzungsrecht (hier also § 312 BGB), sondern das gesamte einschlägige nationale Recht vom Gebot der richtlinienkonformen Auslegung erfasst ist, gleich ob es älter oder jünger ist als die Richtlinie.⁴² Daher wäre hier auch daran zu denken gewesen, die Berufung auf die notarielle Beurkundung als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) zurückzuweisen.⁴³

2. Die richtlinienkonforme Auslegung im System der Umsetzungsfehlerfolgen

Zunächst sei daran erinnert, dass bei fehlender oder fehlerhafter Richtlinienumsetzung außer an die „richtlinienkonforme Auslegung“ an zwei weitere mögliche Reaktionen zu denken ist. Zum einen könnte eine *unmittelbare Wirkung der Richtlinie* unabhängig vom Umsetzungsgesetz in Betracht kommen. Jedoch kann – trotz der Vorstöße dreier Generalanwälte⁴⁴ – nach ständiger Rspr. des *EuGH* eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für Private begründen, also nicht unmittelbar horizontal wirken.⁴⁵ Hiergegen spricht für den *EuGH* der Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG, wonach die Richtlinie nur „jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird“, bindet, nicht Private; ferner der notwendige und nicht zu verwischende Unterschied zur Verordnung, der gerade darin besteht, dass die Verordnung Einzelnen Verpflichtungen auferlegen kann; sowie schließlich der Gedanke, dass eine mitgliedstaatliche Umsetzungssäumnis nicht Privaten zur Last gelegt werden kann.⁴⁶

Zum anderen könnte – wenn und soweit Auslegung und unmittelbare Wirkung abzulehnen sind – der *gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch* Abhilfe schaffen (bei dem der potentiell belastete Private – hier der Unternehmer – unbelastet bleibt und dem potentiell berechtigten Privaten – hier dem Verbraucher – unter bestimmten Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat zugesprochen wird).⁴⁷

42 *EuGH* Slg. 1990 I-4135, Rn. 8 – *Marleasing*.

43 So Pfeiffer (Fn. 39), S. 17.

44 *GA van Gerven*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 12 – *Marshall*; *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 18 ff. – *Vaneetveld*; *GA Lenz*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 43 ff. – *Faccini Dori*.

45 Vgl. nur *EuGH*, Slg. 1986, 723, Rn. 48 – *Marshall I*; *EuGH*, Slg. 1987, 3969, Rn. 9 – *Kolpinghuis Nijmegen*; *EuGH*, Slg. 1990, I-4135, Rn. 6 – *Marleasing*; *EuGH*, Slg. 1994 I-3325, Rn. 19 ff. – *Faccini Dori*; *EuGH*, Slg. 1996 I-1281, Rn. 17 – *El Corte Inglés*; *EuGH*, Slg. 1997, I-6843, Rn. 24 – *Daihatsu*; *EuGH*, Slg. 2004, I-8835, Rn. 108 – *Pfeiffer*.

46 Vgl. *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert*, EGV/EUV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV, Rn. 83, 87 m. w. N.

47 Vgl. zum Staatshaftungsanspruch v. a. die Entscheidung *EuGH*, Slg. 1996 I-4845, Rn. 21 ff. – *Dillenkofer u. a.* Voraussetzungen sind die Verletzung einer Schutznorm, ein hinreichend qualifizierter (also offenkundiger und erheblicher) Verstoß gegen die Richtlinie durch einen Mitgliedstaat sowie die Kausalität zwischen Richtlinienverstoß und Schaden; als Rechtsfolge ist völlige Wiedergutmachung des tatsächlich entstandenen Schadens nach der Differenzhypothese geschuldet; vgl. auch *Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2005, Rn. 116.

3. Reichweite und Kritik an der „richtlinienkonformen Auslegung“

Dem *BGH* und den von ihm zitierten Stimmen in der Literatur ist zuzugeben, dass die richtlinienkonforme Auslegung, wie sie vom *EuGH* gefordert wird, nicht vor der Rechtsfortbildung Halt machen kann, sondern grundsätzlich auch teleologische Reduktionen, Extensionen und Analogien vornehmen muss. Dies zum einen, weil „Auslegung“ für den *EuGH* stets auch „Rechtsfortbildung“ umfasst (s. o.), und zum anderen, weil die Rechtsfortbildung in der BRD zu den traditionellen und verfassungsrechtlich zulässigen Funktionen der Gerichtsbarkeit gehört.⁴⁸

Das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung ist trotz seiner Ubiquität seit langem Gegenstand berechtigter Kritik. Da es „nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen“ darf,⁴⁹ kommt es zu willkürlichen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten – was in einem Mitgliedstaat noch als zulässige richterliche Entscheidung gilt, kann in einem anderen Mitgliedstaat Judizieren *contra legem* sein.⁵⁰ Für eine gemeinschaftsrechtsautonome Bestimmung dessen, was innerhalb des national zulässigen richterlichen Beurteilungsspielraums liegt, fehlt dem *EuGH* die Kompetenz.⁵¹ Ferner wird mit Recht darauf hingewiesen, der *EuGH* handle inkonsequent, wenn er zwar die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung (auch unter Berufung auf die Belastung Privater) untersage, gleichwohl aber eine Auslegung fordere, die in ihrer praktischen Umsetzung zu demselben Ergebnis führe: einem Unterliegen der anderen Seite im Prozess. Der Unterschied – einmal unterliegt die Partei aufgrund des unmittelbar angewandten Gemeinschaftsrechts, einmal aufgrund richtlinienkonform ausgelegten nationalen Rechts – macht für die Belastung des Einzelnen keinen Unterschied.⁵²

Diese Grenzverwischung von richtlinienkonformer Auslegung und horizontaler Richtlinienwirkung wird durch das vorliegende Urteil verstärkt, weil sie den Bereich möglicher „Auslegung“ um die Fortbildung erweitert und die Rechtsfortbildung für den Rechtsunterworfenen (noch) weniger transparent und vorhersehbar ist als die klassische Auslegung. (Zumal, wenn sie der detailliert zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Rechtsauffassung widerspricht.) Der *BGH* stellt fest, die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung „laufe [nicht] auf eine horizontale Direktwirkung hinaus“.⁵³ Zur Begründung kann der Entscheidung lediglich entnommen werden, richtlinienkonforme Rechtsfortbildung sei ein *aliud* zur horizontalen unmittelbaren Direktwirkung.⁵⁴ Daran ist freilich nicht zu rütteln⁵⁵ – die richtlinienkonforme

48 Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999, S. 358 m. w. N.

49 S. o. Fn. 21.

50 Klauer, *Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter*, Diss. St. Gallen, 1997, S. 39.

51 Canaris (Fn. 29), S. 61.

52 Klauer (Fn. 50), S. 39.

53 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 34.

54 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 35.

55 Anders Lorenz, *LMK* 2009, 273 611 sub. 2. b., der hier die Grenze zur unmittelbaren horizontalen Direktwirkung überschritten sieht.

Rechtsfortbildung führt nicht zu einer „dynamischen Verweisung“ auf die Richtlinie, sondern steht unter der Voraussetzung der Planwidrigkeit. Ferner würde eine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit der Richtlinienvorschrift voraussetzen.⁵⁶ Die beiden Instrumente unterscheiden sich also in ihren Voraussetzungen und ihrer Wirkweise deutlich. Damit ist indes noch nichts über die tatsächliche Auswirkung auf den Rechtsunterworfenen gesagt (s. oben).

Konsequenter – aber nicht unbedingt wünschenswert – wäre, die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung zuzulassen. Denn die Argumente ihrer Gegner können überzeugend zurückgewiesen werden. Der Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG ist nicht unüberwindlich.⁵⁷ Der Unterschied zur Verordnung bliebe trotz Bejahung unmittelbarer horizontaler Wirkung erhalten, denn durch das Umsetzungserfordernis (und parallel dazu dem Charakter der Richtlinienvorschriften als Zielvorgaben) sowie die Voraussetzung des Fristablaufs bestehen weiterhin maßgebliche Unterschiede zwischen Richtlinie und Verordnung.⁵⁸ Die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung bewirkt zudem in Verbindung mit dem Schadensersatzanspruch des Betroffenen eine systemwidrige Subventionierung des durch die Nichtumsetzung begünstigten Unternehmens.⁵⁹ Die Unterscheidung staatlicher und privater Stellen führe häufig zu Wertungswidersprüchen, etwa zu einer Ungleichbehandlung öffentlicher und privater Arbeitgeber.⁶⁰ Die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung bewirkt jedenfalls keine stärkere Rechtsunsicherheit als die jetzige Praxis: Denn im Augenblick wird zum einen der Begriff „Mitgliedstaat“ (in Art. 249 Abs. 3 EG) sehr weit ausgelegt, so dass Richtlinien auch gegenüber gewerblichen Unternehmen durchgesetzt werden können, an denen der Staat lediglich eine Beteiligung hält oder über die er eine Aufsicht ausübt – selbst wenn diese Unternehmen im unmittelbaren Wettbewerb zu privaten Unternehmen stehen (die von denselben Richtlinien nicht gebunden sind).⁶¹ Zum anderen bedingt der Auftrag an die nationalen Gerichte, die nationalen Rechtsvorschriften bis an die Grenze des Zulässigen auszulegen, aufgrund der verschiedenen nationalen Verfahrensordnungen erhebliche Unsicherheit (s. bereits oben).

56 St. Rspr. des *EuGH* (zur unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung), vgl. nur *EuGH*, verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 – *Andrea Francovich et al. gegen Italienische Republik*, Slg. 1991, I-05357, insbes. Rn. 12.

57 Mit Wortlautargumenten hätte auch die horizontale Direktwirkung des Primärrechts abgelehnt werden können, die jedoch nicht zur bei Art. 81 ff. und 141 EG, sondern inzwischen weitgehend auch bei den Grundfreiheiten angenommen wird – so *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 20 – *Vaneetveld*.

58 *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert* (Fn. 46), Art. 249 EGV, Rn. 86.

59 *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert* (Fn. 46), Art. 249 EGV, Rn. 86.

60 *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 21 – *Vaneetveld*; *GA van Gerven*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 12 – *Marshall*.

61 *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 31 – *Vaneetveld*.

4. Planwidrige Unvollständigkeit?

Unter Berufung auf den im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum Ausdruck kommenden allgemeinen Gesetzgeberwillen und den konkreten Gesetzgeberwillen zur Umsetzung der RL 99/44/EG bei Schaffung des § 439 Abs. 4 BGB lässt der *BGH* die gesetzgeberischen Ausführungen zu § 439 Abs. 4 BGB außer Betracht und bejaht eine *planwidrige* Unvollständigkeit des Gesetzes. Überraschend wäre dies, wenn der generelle gesetzgeberische Wille dem speziellen gesetzgeberischen Willen im Hinblick auf den Nutzungsersatzanspruch bei Nachlieferung vorgehe.⁶² Stellt man auf den generellen gesetzgeberischen Willen ab, so lässt sich jede richtlinienwidrige Umsetzung überwinden. Da in jeder Gesetzesbegründung zu Umsetzungsgesetzen der Wille zur richtlinienkonformen Umsetzung enthalten ist,⁶³ wird zutreffend vertreten, dass es bei einem „rechtspolitischen Fehler“ – bei dem sich der Gesetzgeber bewusst für bzw. gegen eine Regelung, die sich später als richtlinienwidrig bzw. -konform erweist, entscheidet – an der erforderlichen planwidrigen Lücke fehlt.⁶⁴

Indes geht die Begründung des *BGH* hier tiefer: Es ist nicht so, dass der „allgemeine“ Wille Vorrang gegenüber dem „speziellen“ Willen beanspruche. Vielmehr stellt der *BGH* auf den Widerspruch zwischen der konkreten Befassung mit den Richtlinienvorgaben bei den Ausführungen zu § 439 Abs. 4 ab (nicht auf den allgemeinen, der gesamten Gesetzesänderung vorangehenden Willen) und sieht eine *verdeckte* planwidrige Regelungslücke darin, dass ein konkreter, auf § 439 Abs. 4 BGB spezialisierter Wille zur richtlinienkonformen Auslegung geäußert wurde, die rechtliche Auffassung des Gesetzgebers jedoch fehlerhaft war.⁶⁵ Diese feine Unterscheidung zwischen konkretem und allgemeinem Gesetzgeberwillen wird es künftig zu beachten gelten, damit die vorliegende Entscheidung des *BGH* nicht zur *carte blanche* für unbegrenzte gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsfortbildung wird.

5. Fazit

Die *BGH*-Entscheidung ist sorgfältig begründet, konsequent und in sich stringent. Unbedingt zu beachten ist, dass gerade nicht dem allgemeinen Umsetzungswillen des Gesetzgebers der Vorrang vor seiner Absicht in Bezug auf einzelne Regelungen zukommt, sondern hier im Hinblick auf die konkrete Regelung Wille und Handeln des Gesetzgebers im Widerspruch zueinander standen.

Abgesehen davon ist äußerst fraglich, ob die Entscheidung zu begrüßen ist – oder ob eine klare Verneinung der Anwendung der Richtlinienvorgabe des Art. 3, insb. Abs. 2 RL 99/44/EG, wonach die Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung auch einen

62 Dagegen etwa *Schmidt* (Fn. 6), S. 410.

63 So wohl auch *Ayad/Hesse* BB 2009, 297. Der Fall des vorsätzlichen Richtlinienverstößes durch den Gesetzgeber dürfte rein hypothetisch sein, vgl. *Lorenz*, LMK 2009, 273 611 sub 2. b.

64 *Lorenz*, in: MünchKomm BGB (Fn. 23), Vor § 474 BGB, Rn. 5.

65 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 24 u. 31.

Nutzungsersatzanspruch ausschließt (sei es durch „Auslegung“ oder im Wege horizontaler Direktwirkung) nicht vorzuziehen⁶⁶ gewesen wäre. Denn die Entscheidung ist geeignet, die Entstehung eines gleichermaßen konturlosen wie „unsichtbaren“ Verbraucherschutzrechtes unter der Oberfläche des BGB weiter voranzutreiben: Konturlos ist das durch Rechtsfortbildung entwickelte (Verbraucherschutz-)Recht, wenn es sich nicht in die Systematik und zugrundeliegenden Konzeptionen des Gesetzes einfügt, sondern den Wertungen der sie umfassenden Normenkomplexe widerspricht. Als Beispiel sei hier die derzeit dem *EuGH* vorliegende Frage nach der Erstattungsfähigkeit der vom Verbraucher bezahlten Hinsendekosten im Fernabsatz genannt.⁶⁷ Eine teleologische Extension des § 346 Abs. 1 BGB, die als „empfangene Leistungen“ auch vom Verbraucher gezahlte Hinsendekosten, nicht aber die vom Unternehmer erbrachte Hinsendeleistung qualifiziert, würde der den §§ 346 ff. BGB zugrundeliegenden Symmetrie der Rückabwicklung widersprechen.⁶⁸

Mit der Frage hinreichender Rechtssicherheit setzt sich der *BGH* zwar auseinander und ist dabei der Ansicht, Vertrauen auf die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB habe nicht entstehen können, weil die Norm von Beginn an, auch im Hinblick auf ihre Gemeinschaftsrechtskonformität, stark umstritten war.⁶⁹ Mag die Rechtsprechung auch die Grenze der rechtsstaatlich gebotenen Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht überschritten haben, so wird – gerade angesichts der Vielzahl von Umsetzungsgesetzen und der Vielzahl der hieran anknüpfenden Streitigkeiten – gleichwohl die Vorhersehbarkeit und Transparenz der rechtlichen Bewertung erheblich beeinträchtigt. Es wäre daher wünschenswert, wenn von der Möglichkeit richtlinienkonformer Rechtsfortbildung nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht würde.

66 Und sodann auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch – trotz der Nachteile, die eine (zweite) Klage gegen den Staat für den Verbraucher mit sich bringt – zu rekurrieren gewesen wäre.

67 Vgl. Vorlagebeschluss des *BGH*, MMR 2009, 107 = WRP 2009, 62 = ZIP 2008, 2367.

68 Naheliegender wäre daher – ähnlich wie im vorliegenden Fall – eine gesetzgeberische Klarstellung in der für die Rückabwicklung von Fernabsatzgeschäften auf §§ 346 ff. BGB verweisenden Norm des § 357 BGB.

69 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 33.