

## G. Die verfassungskonforme Auslegung

Verstößt ein einfaches Gesetz gegen die Verfassung, so gilt nach dem Grundsatz „lex superior derogat legi inferiori“, dass das einfache Gesetz unangewendet bleiben muss (wobei die Frage, ob das einfache Gesetz tatsächlich gegen die Verfassung verstößt, gem. Art. 100 I GG nur vom BVerfG beantwortet werden kann). Oftmals ist es aber so, dass das einfache Gesetz nur bei einer bestimmten Auslegung gegen die Vorgaben des Grundgesetzes verstößt, bei einer anderen Auslegung hingegen nicht. In den Worten des BVerfG:

„Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Eine Norm ist daher nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung vereinbare Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten.“<sup>50</sup>

Grundlage einer solchen verfassungskonformen Auslegung ist zweierlei: Zum einen führt die Gesetzesbindung der Judikative dazu, dass sie den Vorgaben der Verfassung Folge leisten muss; zum anderen greift die o.g. Vermutung, der Gesetzgeber habe ein widerspruchsfreies Regelungssystem normieren wollen (diese Vermutung beschränkt sich nicht auf die horizontale Systematik, sondern gilt in gleicher Weise für die vertikale Systematik). Vor diesem Hintergrund wird man die verfassungskonforme Auslegung als Unterfall der systematischen Auslegung einzuordnen haben. Dass sie dennoch oftmals als eigenständige Auslegungsform genannt wird, dürfte daran liegen, dass sie eben gewissermaßen ein zweites Standbein besitzt, nämlich die Bindung der Gerichte an die Verfassung.

Die verfassungskonforme Auslegung geht den übrigen Auslegungsarten in aller Regel vor (dazu unten ##). Allerdings scheidet eine verfassungskonforme Auslegung dann aus, wenn der Wortlaut (objektive Theorie) bzw. der Wille des Gesetzgebers (subjektive Theorie) eindeutig ist. Über diese Grenze der Auslegung kann auch die verfassungskonforme Auslegung nicht hinweg. Im Gegenteil: Das Gericht, das unter Berufung auf die Verfassung vom klaren Wortlaut bzw. vom klaren Gesetzgeberwillen abweicht, verletzt das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 I GG). Dies stellt das BVerfG ausdrücklich klar:

„Auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation darf aber der normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt werden. Die zur Vermeidung eines Nichtigkeitsausspruchs gefundene Interpretation muss daher eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige Auslegung sein. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergeben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (Art. 20 II GG) gebietet es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat. Er fordert mithin eine verfassungskonforme Auslegung der Norm, die durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahrt. Die Deutung darf nicht

<sup>50</sup> BVerfG, 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247.

dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird.“<sup>51</sup>

Für das Zivilrecht ergibt sich die Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung daraus, dass den Grundrechten nicht bloß die Funktion von Abwehrrechten des Bürgers gegen den Staat zukommt, sondern dass ihnen darüber hinaus mittelbare Drittwirkung zukommt, dass sie sich also mittelbar – nämlich vermittelt über die Auslegung zivilrechtlicher Normen – auch auf das Verhältnis von Bürgern untereinander auswirken. Die grundlegende Entscheidung dazu sollten Sie kennen: das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, daß der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.

Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...], in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt [...]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.

**So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.**

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“<sup>52</sup>

<sup>51</sup> BVerfG, 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247.

<sup>52</sup> BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198

## H. Die europarechtskonforme Auslegung

### I. Grundlagen

Nicht nur die Verfassung enthält Vorgaben für das einfache Recht, sondern auch die Europäischen Verträge und das auf ihnen beruhende europäische Sekundärrecht. Auch diesbezüglich gilt: Wenn für eine Norm mehrere Auslegungsergebnisse in Betracht kommen und eines davon den europäischen Vorgaben entspricht, das andere hingegen nicht, so ist dem erstgenannten Auslegungsergebnis der Vorzug zu geben.

Die Pflicht der nationalen Gerichte zur europarechtskonformen Auslegung der nationalen Vorschriften ergibt sich unmittelbar aus Art. \*\*\* AEUV.

Es ist daran zu erinnern, dass die nationale Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der fraglichen Richtlinie auslegen müssen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Artikel 249 III EG [= Art. \*\*\* AEUV] nachzukommen [...]. Diese Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung betrifft das gesamte nationale Recht, unabhängig davon, ob es vor oder nach der Richtlinie, um die es geht, erlassen wurde [...].

Das Gebot einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem EG-Vertrag immanent, da dem nationalen Gericht dadurch ermöglicht wird, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet [...].<sup>53</sup>

Wiederum gilt aber auch: Im Wege der europarechtskonformen Auslegung kann der klare Wortlaut (objektive Theorie) oder der eindeutig feststellbare Wille des Gesetzgebers (subjektive Theorie) nicht überwunden werden. Umso bemerkenswerter ist, dass der BGH eine Europarechtskonformität mitunter gegen den klaren Wortlaut einer Norm herstellt, zwar nicht im Wege der Auslegung, wohl aber im Wege der Rechtsfortbildung (teleologische Reduktion). Dazu ausführlich unten ##.

Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird zwar durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf sie nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen [...].

Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlangt jedoch, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt [...].<sup>54</sup>

<sup>53</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2006:443 – Adeneler, Rn. 108 f.

<sup>54</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2006:443 – Adeneler, Rn. 110 f.

**Vertiefender Hinweis:** Ebenso wie die Vorgaben der deutschen Verfassung und des europäischen Primär- und Sekundärrechts bei der Auslegung einer (einfachgesetzlichen) Norm zu berücksichtigen sind, müssen die Gerichte auch völkerrechtliche Vorgaben beachten (bzw. genauer: andere völkerrechtliche Vorgaben; auch die Europäischen Verträge sind schließlich völkerrechtlicher Natur). Unter mehreren möglichen Auslegungsergebnissen ist also dasjenige zu wählen, mit dem eine Völkerrechtsverletzung vermieden wird. In Ihrem Pflichtfachstudium dürften Ihnen völkerrechtliche Vorgaben indes kaum einmal begegnen (und selbst in Ihrem Berufsleben allenfalls ganz ausnahmsweise einmal).

## II. Exkurs: Vorgaben des Europäischen Primärrechts

Im Bereich des Primärrechts stellen vor allem die Europäischen Grundrechte (geregelt in der Charta der Europäischen Grundrechte, GRCh) und die europäischen Grundfreiheiten (geregelt im AEUV) wichtige Schranken für die Freiheit der nationalen Gesetzgeber auf. Für die Grundfreiheiten gelten die Grundsätze, die der EuGH in seiner berühmten Entscheidungstrilogie „Dassonville – Cassis de Dijon – Keck“ aufgestellt hat:

- *Dassonville*: Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit ist bei allen Regelungen anzunehmen, die „geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.<sup>55</sup>
- *Cassis de Dijon*: Das gilt auch für nicht-diskriminierende Vorschriften (also solche, die gleichermaßen auch für inländische Personen gelten). Bei ihnen ist ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit (nur) dann gerechtfertigt, wenn die Regelung notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden (wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes).<sup>56</sup> In letzter Zeit ist der EuGH bei der Beurteilung der rechtfertigenden Umstände äußerst streng: Er verlangt von den Mitgliedstaaten den Nachweis, dass die betroffene Regelung zur Erreichung des angestrebten Ziels tatsächlich geeignet und erforderlich ist; den Mitgliedstaaten bleibt also keine rechtspolitische Einschätzungsprärogative.<sup>57</sup>
- *Keck*: Reine Vertriebsmodalitäten verstoßen nur dann gegen die Warenverkehrsfreiheit, wenn sie diskriminierend sind; die Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung gilt nur für Produktmodalitäten.<sup>58</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Nach der Keck-Formel ist wohl das gesamte Zivilrecht auf eine reine Diskriminierungskontrolle beschränkt; hier werden letztlich nur „Vertriebsmodalitäten“ geregelt. Hinzu kommt, dass eine Regelung ohnehin von vornherein nicht gegen die Grundfreiheiten verstoßen kann, wenn sie dispositiv ist, wenn die Parteien also vertraglich von ihr abweichen können.

<sup>55</sup> EuGH, ECLI:EU:1974:82 – Dassonville.

<sup>56</sup> EuGH, ECLI:EU:1979:42 – Cassis de Dijon

<sup>57</sup> Vgl. nur EuGH, ECLI:2016:776 – Deutsche Parkinson Vereinigung.

<sup>58</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1993:905 – Keck und Mithouard.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH den Grundfreiheiten mittelbare Drittwirkung beimisst (ein wichtiges Einfallstor ist etwa das AGB-Recht). In bestimmten Fällen sollen die Grundfreiheiten sogar unmittelbare Drittwirkung entfalten, nämlich zulasten bestimmter privatrechtlicher Vereinigungen (wie etwa Sportverbänden)<sup>59</sup>

### III. Auslegung des europäischen Rechts

Für die Frage, ob eine deutsche Regelung europarechtskonform in der einen oder anderen Weise ausgelegt werden muss, ist es oftmals einmal erforderlich, die betreffende europäische Vorschrift selbst auszulegen. Ebenso wie deutsche Normen ist auch der Inhalt europäischer Normen nämlich nicht immer eindeutig. Aber Achtung: Für die Auslegung der europäischen Vorschrift dürfen Sie nicht einfach auf unsere deutschen Auslegungsmethoden zurückgreifen. Vielmehr ist das europäische Recht autonom auszulegen, also nach autonomen europäischen Methoden. Allerdings ähnelt der Methodenkanon des EuGH stark unserem deutschen: Auch der der EuGH stützt sich in seinen Entscheidungen regelmäßig auf den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und vor allem auf Sinn und Zweck eines Gesetzes. Dabei gelten jedoch folgende Besonderheiten:

- Bei der Wortlautauslegung müssen grundsätzlich alle (!) amtlichen Sprachversionen berücksichtigt werden. Unklar ist bislang, was gelten soll, wenn nach einigen Sprachversionen Auslegungsergebnis A naheliegt, andere Sprachversionen hingegen eher auf Auslegungsergebnis B schließen lassen. Eine Art demokratische Entscheidung nach der Anzahl der Sprachversionen, die das eine oder das andere Auslegungsergebnis stützen, scheidet wohl aus. Allenfalls mag man andenken, eines der Auslegungsergebnisse dann zu favorisieren, wenn es von der ganz überwiegenden Mehrzahl der Sprachversionen gestützt wird. Näherliegend (aber ebenfalls alles andere als vollständig überzeugend) scheint es zu sein, sich auf diejenigen Sprachversionen zu konzentrieren, die im Gesetzgebungsverfahren genutzt wurden (zumeist die englische und/oder die französische). Am ehesten wird man in einem solchen Fall wohl davon auszugehen haben, dass die Wortlautauslegung scheitert, wenn nicht alle Sprachversionen ein und dasselbe Auslegungsergebnis stützen.
- Bei der systematischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass das europäische Recht bislang nicht das Niveau eines vollständigen, geschlossenen Systems erreicht hat. Daraus folgt aber lediglich, dass nicht von der Lückenlosigkeit ausgegangen werden kann. Demgegenüber gilt natürlich auch für das europäische Recht die Prämisse, dass die bestehenden Regeln untereinander widerspruchsfrei sind bzw. sein sollen (natürlich gelten aber wiederum die o.g. Zweifel an der Richtigkeit dieser Prämisse). Dementsprechend stellte der EuGH bereits in seiner berühmten CILFIT-Entscheidung klar: „Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.“<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Grundlegend EuGH, ECLI:EU:C:1995:463 – Bosmann, Rn. 83 ff.

<sup>60</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1982:335 – C.I.L.F.I.T., Rn. 20.

- Die historische (und die teleologische) Auslegung wird bei europäischen Verordnungen und Richtlinien dadurch (jedenfalls theoretisch) erleichtert, dass die gesetzgeberischen Überlegungen als Erwägungsgründe formuliert und den eigentlichen Regelungen vorangestellt werden. Grundlage dafür ist Art. 296 II AEUV. Diese Erwägungsgründe entfalten zwar keine unmittelbare Bindungswirkung, können also „weder herangezogen werden [...], um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht“.<sup>61</sup> Sie bilden aber gewissermaßen die Basis für die Auslegung der jeweiligen Verordnung/Richtlinie, indem sie den (historischen) Willen des Gesetzgebers wiedergeben und Hinweise zum Zweck der gesetzlichen Regelungen enthalten.
- Auch im europäischen Recht gilt die Kontinuitätsvermutung: „Nach einem den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen, auf das römische Recht zurückgehenden Grundsatz ist bei Änderung der Gesetzgebung, soweit der Gesetzgeber nicht einen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck gebracht hat, der Auslegung der Vorzug zu geben, welche die Kontinuität der Rechtsstrukturen gewährleistet.“<sup>62</sup>

Achtung: Ein deutsches Gericht darf europäisches Recht nicht etwa einfach selbst auslegen. Vielmehr liegt die Auslegungshoheit beim EuGH; nur so lässt sich eine europaweit einheitliche Auslegung gewährleisten. Nationale Gerichte können bzw. müssen (wenn sie letztinstanzlich sind) Auslegungsfragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen (Art. 267 AEUV). Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht besteht nur, wenn „die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder [...] die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“ (sog. Acte-clair-Doktrin).<sup>63</sup> Die Vorabentscheidungen des EuGH binden das vorlegende Gericht (und dessen Instanzenzug). In anderen Verfahren entfalten sie zwar keine rechtliche Bindungswirkung, aber zumindest eine faktische Präjudizwirkung.

#### IV. Lesenswerte Beispiele

##### 1. Beweislastumkehr hinsichtlich des Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang

Mängelgewährleistungsrecht stehen einem Käufer nur dann zu, wenn die Kaufsache bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war. Grundsätzlich trifft den Käufer die diesbezügliche Beweislast. Für den Verbrauchsgüterkauf enthält jedoch § 477 BGB eine Beweislastumkehr: Diese Regelung beruht auf Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: „...“.

Problematisch ist, was in Fällen gelten soll, in denen sich innerhalb von sechs Monaten nach Lieferung ein Mangel zeigt, der in seiner konkreten Form bei Gefahrübergang unstreitig nicht vorlag (z.B. völlige Funktionslosigkeit) – und wenn nicht klar ist, ob dieser Mangel auf einer minderen Qualität der Kaufsache beruht (auf einem sog. Grundmangel) oder auf einer Fehl-

---

<sup>61</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2005:716 Rn. 32 – Deutsches Milchkontor.

<sup>62</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1969:3 Rn. 13 – Klomp.

<sup>63</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1982:335 – C.I.L.F.I.T.

behandlung durch den Käufer. Nachdem der BGH eine Anwendung des § 477 BGB in derartigen Fällen zunächst stets abgelehnt hatte, entschied der EuGH für Art. 5 III VGKRL zugunsten einer Anwendbarkeit:

„Falls die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar wird, erleichtert Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44 die dem Verbraucher obliegende Beweislast, indem er für diesen Fall die Vermutung aufstellt, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestand.

Um diese Beweiserleichterung in Anspruch nehmen zu können, muss der Verbraucher jedoch das Vorliegen bestimmter Tatsachen nachweisen.

Erstens muss der Verbraucher vortragen und den Beweis erbringen, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist, da es z. B. nicht die im Kaufvertrag vereinbarten Eigenschaften aufweist oder sich nicht für den Gebrauch eignet, der von einem derartigen Gut gewöhnlich erwartet wird. Der Verbraucher muss nur das Vorliegen der Vertragswidrigkeit beweisen. Er muss weder den Grund für die Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer zuzurechnen ist.

Zweitens muss der Verbraucher beweisen, dass die in Rede stehende Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, also sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat.

Wenn diese Tatsachen nachgewiesen sind, ist der Verbraucher vom Nachweis befreit, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand. Das Auftreten dieser Vertragswidrigkeit in dem kurzen Zeitraum von sechs Monaten erlaubt die Vermutung, dass sie zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits vorlag, auch wenn sie sich erst nach der Lieferung des Gutes herausgestellt hat (vgl. die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie, KOM[95] 520 endg., S. 14).

Es ist dann also Sache des Gewerbetreibenden, gegebenenfalls den Beweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes noch nicht vorlag, indem er dargetut, dass sie ihren Grund oder Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach dieser Lieferung hat.“<sup>64</sup>

Der BGH sah sich infolgedessen genötigt, § 477 BGB entsprechend richtlinienkonform auszulegen:

„Die nationalen Gerichte sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen [...].

Eine richtlinienkonforme Auslegung setzt allerdings voraus, dass hierdurch der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht verändert wird, sondern die Auslegung seinem Willen (noch) entspricht [...].

<sup>64</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2015:357 – Faber, Rn. 68 ff.

Gemessen an diesen Maßstäben ist im Streitfall eine richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB dahin zulässig und geboten, dass die dort geregelte Vermutung auch dann einsetzt, wenn offen ist, ob der eingetretene mangelhafte Zustand auf einer dem Verkäufer zuzurechnenden Ursache oder auf einem sonstigen Grund beruht.

Eine solche Auslegung ist vom Wortlaut des § 476 BGB noch gedeckt [...]. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen "Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein Sachmangel" lassen sich bei weitem Wortverständnis auch dahin interpretieren, dass schon allein das Auftreten eines mangelhaften Zustands, also einer nachteiligen Abweichung von der Sollbeschaffenheit, binnen der vorgesehenen Frist die Vermutungswirkung auslöst.

Auch der Wille des Gesetzgebers steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien war der Gesetzgeber bestrebt, § 476 BGB so auszugestalten, dass diese Vorschrift mit Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar ist. Dabei hat er - im Einklang mit der vom Gerichtshof auf Art. 2 Abs. 2 (Vermutung der Vertragsgemäßheit) und auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (Haftung des Verkäufers für jede bei Lieferung bestehende Vertragswidrigkeit) gestützten Beweislastverteilung (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 52 f., 67 - Faber) - die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr als abweichende Sonderregelung zu den allgemeinen, aus § 363 BGB abgeleiteten Beweislastgrundsätzen aufgefasst (BT-Drucks. 14/6040, S. 81, 245).

Allerdings lässt die Gesetzesbegründung klare Worte dazu vermissen, in welchem Umfang die allgemeinen Beweislastgrundsätze (§ 363 BGB) durch § 476 BGB verdrängt werden. Es wird nur ausgeführt, § 476 BGB übernehme die Vermutung aus Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; dabei handele sich um eine Umkehr der Beweislast zugunsten des Verbrauchers hinsichtlich der Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach der Lieferung offenbar würden (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Direkt daran anschließend wird erläutert, dass nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen, die bei der Lieferung einer mangelhaften Sache aus § 363 BGB hergeleitet würden, der Käufer die Voraussetzungen seines Gewährleistungsanspruchs zu behaupten und zu beweisen habe. Dazu gehöre auch, dass der Mangel bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei und nicht erst später infolge des anschließenden (übermäßigen) Gebrauchs der Sache durch den Käufer entstanden sei (BT-Drucks. 14/6040, aaO).

Diesen Ausführungen lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob sich der Gesetzgeber von der Vorstellung hat leiten lassen, § 476 BGB verdränge die allgemeinen Beweislastgrundsätze nur teilweise, nämlich allein hinsichtlich seiner Reichweite, oder ob er im Rahmen des § 476 BGB dem Käufer auch Erleichterungen bezüglich des Nachweises der Vermutungsvoraussetzungen zugutekommen lassen wollte. Auch die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie (KOM[95] 520 endg., S. 14 = BR-Drucks. 696/96, S. 13), auf deren Erwägungen die Gesetzesbegründung letztlich basiert, gibt keine hinreichenden Aufschlüsse über den Willen des nationalen Gesetzgebers. Dort werden zwar vom Gerichtshof angeführte (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 54 - Faber) und auch von der Gesetzesbegründung aufgegriffene (BT-Drucks.



14/6040, aaO) Verbraucherschutzwägungen angestellt, jedoch im Anschluss hieran ausgeführt, zugunsten des Verbrauchers sei in Bezug auf den Zeitpunkt des Vorhandenseins der Vertragswidrigkeit eine teilweise Beweislastumkehr während eines Zeitraums von sechs Monaten nach Lieferung vorgesehen. Die darin anklingende Beschränkung der Beweislastumkehr auf eine rein zeitliche Komponente wird durch die Unterstreichung des Wortes "Zeitpunkt" noch betont (KOM[95] 520 endg., S. 14 = BR-Drucks. 696/96, S. 13).

Ungeachtet der aufgezeigten Unklarheiten in den Gesetzesmaterialien lässt sich diesen jedenfalls kein der beschriebenen Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch den Gerichtshof (Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 69 ff. - Faber) entgegenstehender Wille des nationalen Gesetzgebers entnehmen. Letztlich ergibt sich hieraus nur, dass im Gesetzgebungsverfahren der Umfang der vom Käufer für das Eingreifen der Vermutung des § 476 BGB nachzuweisenden Umstände nicht hinreichend in den Blick genommen worden ist. Dass sich der Gesetzgeber bei entsprechendem Problembewusstsein einem mit der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie in Deckung stehenden Verständnis des § 476 BGB verschlossen hätte, kann dagegen aus der Gesetzesbegründung nicht abgeleitet werden.

Im Gegenteil zeigen die weiteren Ausführungen in der Einzelbegründung zu § 476 BGB im Gesetzesentwurf, dass mit der Schaffung dieser "spezifisch Verbraucher schützenden" Vorschrift ausdrücklich die - in ähnlicher Weise schon in der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie (KOM[95] 520 endg., S. 14 = BR-Drucks. 696/96, S. 13) genannte und vom Gerichtshof als entscheidend angesehene (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 54 - Faber) - Zielsetzung verfolgt worden ist, zur Stärkung des Verbraucherschutzes einen Ausgleich zwischen den "schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers" gegenüber den "- jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe - ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers" zu erreichen (BT-Drucks. 14/6040, S. 245 [...]). Unter diesen Umständen ist von einem Willen des Gesetzgebers zur richtlinientreuen Umsetzung auszugehen.<sup>65</sup>

#### **V. Sonderfall: Auslegung bei überschießender Umsetzung**

Ein Folgeproblem zur richtlinienkonformen Auslegung stellt sich dann, wenn sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden hat, die Vorgaben einer Richtlinie über deren Anwendungsbereich hinaus umzusetzen. Eine solche überschießende Umsetzung dient dem Zweck, die nationalen Regeln möglichst einheitlich zu gestalten und Sonderregeln zu vermeiden. So hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gleich in mehrfacher Hinsicht überschießend umgesetzt:

- Etliche Regeln sind nicht auf Verbraucherverträge beschränkt, sondern auf jegliche Kaufverträge erstreckt (Beispiel: § 439 BGB)

---

<sup>65</sup> BGH, 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224, Rn. 37-45.

- Manche Regelungen sind sogar im Allgemeinen Schuldrecht angesiedelt, gelten also auch für andere Vertragstypen (Beispiel: § 323 BGB)
- Von denjenigen Regeln, die auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sind (§§ 474 ff. BGB), gelten einige auch für Schadensersatzansprüchen (Beispiel: § 477 BGB)
- Der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufvorschriften richtet sich nach dem Verbraucherbegriff des § 13 BGB, der weiter ist als derjenige in Art. \*\* VGKRL.

Man spricht von hybriden Normen, weil sie teilweise auf der Vorgabe einer Richtlinie (hier: der VGKRL) beruhen, teilweise aber eben auch nicht. Muss das Gericht solch eine hybride Norm auf einen Sachverhalt anwenden, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen würde, so stellt sich die Frage, ob die Norm in dennoch richtlinienkonform auszulegen ist – oder anders formuliert: ob die Norm einheitlich auszulegen ist (für alle Sachverhalte gleich) oder gespalten (für Sachverhalte, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen richtlinienkonform, für alle anderen Sachverhalte ohne Berücksichtigung der Richtlinienvorgaben).

Klar ist in solch einem Fall zunächst einmal, dass das Europarecht in solch einem Fall keine richtlinienkonforme Auslegung verlangt. Der EuGH hat dies ausdrücklich klargestellt:

„Betrifft der Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht also einen Sachverhalt, der nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, so ist dieses Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht weder verpflichtet, seine Rechtsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, noch, sie unangewendet zu lassen. Falls ein und dieselbe Vorschrift in einer in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallenden Situation unangewendet bleiben müsste, in einer nicht in diesen Anwendungsbereich fallenden Situation jedoch weiterhin angewandt werden könnte, wäre das zuständige Organ des betreffenden Staates verpflichtet, diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, soweit sie die sich aus Gemeinschaftsvorschriften ergebenden Rechte beeinträchtigen könnte.“<sup>66</sup>

Auch das deutsche Recht enthält nach zutreffender ganz h.M. weder Vorgaben, die pauschal eine einheitliche Auslegung verlangen, noch Vorgaben, die pauschal eine gesplattene Auslegung gebieten. Tendenziell für eine einheitliche Auslegung spricht zwar der Aspekt der Rechtssicherheit; demgegenüber spricht jedoch der Souveränitätsgedanke tendenziell für eine gesplattene Auslegung.

Der BGH entscheidet daher richtigerweise nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Maßgebliches Kriterium ist dabei der Gesetzgeberwille bzw. genauer: die Frage, ob dem Gesetzgeber die Strukturentscheidung (einheitliche Regelung) oder die konkrete Sachentscheidung wichtiger war (Inhalt der konkreten Regelung).

Für § 477 BGB geht der BGH davon aus, dass die Strukturentscheidung im Vordergrund gestanden habe, so dass er die richtlinienkonforme Auslegung auch dann praktiziert, wenn es um Schadensersatzansprüche geht (die von der VGKRL nicht erfasst werden):

„Die in zweifacher Hinsicht gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB gilt nicht nur hinsichtlich der von der Verbrauchsgüter-RL erfassten Nacherfüllungsansprüche und Gewährleistungsrechte des Rücktritts und der Minderung, sondern

<sup>66</sup> EuGH, ECLI:EU:1998:370 – ICI, Rn. 34.

auch bezüglich hiervon nicht betroffener Schadensersatzansprüche (§ 437 Nr. 3 BGB). Dem nationalen Gesetzgeber stand die Reichweite der Umsetzungspflicht bei der Schaffung der den Verbrauchsgüterkauf betreffenden Vorschriften der §§ 474 ff. BGB deutlich vor Augen (vgl. BT-Drs. 14/6040, 245 [zu § 475 BGB-E]). In bestimmten Fällen hat er daher Sondervorschriften für Schadensersatzansprüche vorgesehen (§475 III BGB), in anderen Bereichen hat er dagegen die Verbrauchsgüter-RL überschießend (vgl. Art. 8 II der Richtlinie) auch auf Schadensersatzansprüche umgesetzt (vgl. BT-Drs. 14/6040, 245). Dies gilt auch für die Beweislastumkehrregelung in § 476 BGB, die mangels ausdrücklich angeordneter Beschränkung alle in § 437 BGB geregelten Mängelrechte des Verbrauchers erfasst. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die in § 437 BGB aufgeführten Rechte auch bezüglich der Beweislast einheitlich zu behandeln, ist daher auch im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung zu respektieren.“<sup>67</sup>

Für § 439 und die Frage, ob der Ersatzlieferungsanspruch auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der ersatzweise gelieferten Sache erfasst, sah der BGH hingegen die Sachentscheidung als gewichtiger an:

„Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB über den Verbrauchsgüterkauf hinaus ist nach dem oben Gesagten aber weiter, dass eine Ausdehnung der Nachlieferungspflicht im Sinne des Urteils des Gerichtshofs dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspricht [...]. Davon kann nicht ausgegangen werden. Denn der Gesetzgeber ist bei der richtlinienüberschießenden Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Nacherfüllung von einem anderen Verständnis der Richtlinie ausgegangen als der Gerichtshof. Aus den Gesetzesmaterialien der Schuldrechtsreform ist zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Gerichtshof vorgenommen hat, nicht vor Augen gestanden und er sie deshalb jedenfalls nicht für das gesamte Kaufrecht gewollt haben würde. Dies rechtfertigt es, die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB [...] auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken und nicht auf andere, der Richtlinie nicht unterfallende Kaufverträge auszudehnen.“<sup>68</sup>

## J. Die Auslegung anhand einer Folgenbetrachtung

### I. Grundsätze

Bei mangelhaften Gesetzen sieht Savigny gewissermaßen als ultima ratio vor, die Auslegungsentscheidung auf den „innere[n] Wert des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts“ zu stützen. Gemeint ist damit wohl, dass jedes in Betracht kommende Auslegungsergebnis darauf untersucht wird, welche Konsequenzen es nach sich zieht – und dann dasjenige gewählt wird, dass zu den „wertvollsten“ Konsequenzen führt.

<sup>67</sup> BGH, 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224, Rn. 53.

<sup>68</sup> BGH, 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135.

Diese Form der Folgenbetrachtung bzw. -bewertung wird man indes kritisch zu sehen haben: Die Frage, welche Konsequenzen am wertvollsten sind, dürfen nicht dem Gericht vorbehalten bleiben bzw. genauer: das Gericht darf diese Entscheidung nicht als Auslegung tarnen, sondern muss offenlegen, was es tut: Es fällt eine Entscheidung auf Basis der eigenen Wertvorstellungen; es betreibt also letztlich Rechtsfortbildung.

Allerdings ist die Folgenbetrachtung in aller Regel ohnehin keine eigenständige Auslegungsform, sondern erschöpft sich letztlich in der Vorbereitung einer teleologischen oder systematischen Auslegung. Die Frage, welches Auslegungsergebnis dem Zweck oder der Systematik des Gesetzes am besten entspricht, lässt sich oftmals nämlich erst beantworten, wenn man sich die Folgen der einen oder anderen Auslegung vergegenwärtigt.

Als besondere (wenngleich recht verdeckte) Form der Folgenbetrachtung mag man Fälle einordnen, in denen sich die Rechtsprechung von der Frage leiten lässt, ob die eine oder andere Partei (im konkreten Fall oder typischerweise) Versicherungsschutz genießt. So hat der BGH etwa entschieden, dass das Haftungsprivileg der Eltern gegenüber ihren Kindern (§ 1664 BGB) im Straßenverkehr nicht greift. Hintergrund: Hier sind die schädigenden Eltern haftpflichtversichert; den Schaden übernimmt also ein Dritter. Umgekehrt geht der BGH davon aus, dass der potentielle Autokäufer, der vorab eine Probefahrt durchführen möchte, in den Genuss einer – gesetzlich nicht vorgesehenen – Haftungsprivilegierung kommt. Eine solche Haftungsprivilegierung sei in der Probefahrtabrede stillschweigend mitvereinbart. Hintergrund auch hier: Der Autohändler hat das Fahrzeug regelmäßig vollkaskoversichert.

Oftmals wird die Folgenbetrachtung nicht positiv als Stütze der einen Auslegungsmöglichkeit herangezogen, sondern negativ als Argument gegen die andere, als *argumentum ad absurdum*: Diese andere Auslegungsart führe zu Konsequenzen, die der Systematik oder dem Zweck des Gesetzes widersprüchen oder zumindest untragbar seien. Auch bezüglich dieser negativen Folgenbetrachtung gilt: Sofern sich die Ablehnung der anderen Auslegungsmöglichkeit nicht auf teleologische oder systematische Überlegungen, sondern auf rechtspolitische Erwägungen zur „Zumutbarkeit“ stützt, handelt es sich letztlich nicht um eine Form der Auslegung, sondern um eine richterliche Rechtsfortbildung.

## II. Lesenswerte Beispiele

### 1. Übergang vom allgemeinen zum besonderen Leistungsstörungenrecht

Ein schönes Beispiel für eine Folgenabwägung findet sich in der oben bereits angeführten Entscheidung des BGH zu der Frage, ob die werkvertraglichen Sachmangelgewährleistungsrechte bereits vor oder erst nach der Abnahme bestehen können. Wie gesagt entschied sich der BGH aus verschiedenen Gründen für ein Entstehen der Rechte erst mit Abnahme. Unter anderem argumentierte er auf Basis einer Folgenbetrachtung:

„Die Auslegung der werkvertraglichen Vorschriften dahingehend, dass dem Besteller die Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme zustehen, führt zudem zu einem interessengerechten Ergebnis.

Vor der Abnahme steht dem Besteller der Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB zu, der ebenso wie der Anspruch auf Nacherfüllung aus § 634 Nr. 1 BGB die mangelfreie Herstellung des Werks zum Ziel hat. Der Besteller kann diesen Anspruch einklagen und, falls notwendig, im Regelfall nach § 887 ZPO vollstrecken.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks verbleibt beim Unternehmer, der Werklohn wird nicht fällig und die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln geht nicht auf den Besteller über, solange er den Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB geltend macht.

Die Interessen des Bestellers sind durch die ihm vor der Abnahme aufgrund des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: etwa Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, § 280 Abs. 2, § 286 BGB, Rücktritt nach § 323 BGB oder Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB.

Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB ist zwar anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB verschuldensabhängig (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung liegt aber auch vor, wenn der Unternehmer die Frist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verstreichen lässt [...].

Der Besteller hat hiernach die Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder aber die grundsätzlich eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend macht. Ein faktischer Zwang des Bestellers zur Erklärung der Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk besteht damit entgegen verbreiteter Meinung nicht. Im Übrigen wird der Besteller, der eine Abnahme unter Mängelvorbehalt erklärt, über § 640 Abs. 2, § 641 Abs. 3 BGB geschützt.<sup>69</sup>

## 2. Ein- und Ausbau im Rahmen der Nacherfüllung

Auch der EuGH bemüht mitunter eine Folgenbetrachtung, so etwa in seiner berühmten Entscheidung „Putz und Gebr. Weber“ zu der Frage, ob der Käufer im Rahmen seines Nacherfüllungsanspruchs vom Verkäufer verlangen kann, dass die bereits verbaute mangelhafte Sache ausgebaut und die ersatzweise gelieferte Sache stattdessen eingebaut wird. Der EuGH bejaht die Frage bekanntlich und führt dazu unter anderem aus:

„In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine solche Auslegung auch nicht zu einem ungerechten Ergebnis führt. Selbst wenn nämlich die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruht, hat dieser doch auf Grund der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß erfüllt und muss daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Dagegen hat der Verbraucher seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt [...]. Zudem kann der Umstand, dass der Verbraucher im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit des gelieferten Verbrauchsguts das mangelhafte Verbrauchsgut vor

<sup>69</sup> BGH, 19.1.2017 – VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604, Rn. 40 ff.

Auftreten des Mangels gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut hat, kein Verschulden darstellen, das dem betreffenden Verbraucher zur Last gelegt werden könnte.<sup>70</sup>

## K. Die rechtsvergleichende Auslegung

Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH, so finden sich dort nur ausnahmsweise Bezugnahmen auf das ausländische Recht. Zu nennen sind hier etwa der Hinweis auf das englische Recht bei der Frage, inwieweit bei nicht ermöglichter Abtreibung Schadensersatz zu leisten ist (sog. "wrongful life"-Entscheidung),<sup>71</sup> die Berücksichtigung schweizerischen Rechts bei der Frage, ob im Falle der Verletzung des Persönlichkeitsrechts Geldersatz verlangt werden kann,<sup>72</sup> sowie ferner die Bezugnahme auf italienisches und schweizerisches Recht bei der Beurteilung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters im Todesfall.<sup>73</sup> Allerdings handelte es sich in allen aufgeführten Entscheidungen um eher ergänzende Erwägungen. Sie beinhalteten im Wesentlichen den Hinweis darauf, dass die vom BGH jeweils gefundene Lösung mit den Ergebnissen in bestimmten anderen europäischen Staaten im Einklang stand, dienen also gewissermaßen als Rechtsfertigung für das (ohnehin) favorisierte Ergebnis.

In der Tat darf ein im Wege der herkömmlichen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung) erzieltetes Ergebnis nicht auf Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung geändert werden; die Rechtsvergleichung kann also allenfalls – gewissermaßen subsidiär – dann helfen, wenn die herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht zu einer eindeutigen Antwort führen. Dann aber spricht in der Tat vieles dafür, Überlegungen ausländischer Gesetzgeber oder Gerichte zumindest als „persuasive authority“ zur Kenntnis zu nehmen.<sup>74</sup>

Berechtigung hat eine rechtsvergleichende Auslegung insbesondere dann, wenn bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts an eine ausländische Regelung angelehnt sind bzw. – wie etwa das deutsche Schuldrecht nach der Schuldrechtsreform – in einem internationalen Kontext gesehen werden müssen, also bereits die Gesetzgebung (s.o.) durch eine rechtsvergleichende Vorarbeit gekennzeichnet war. Da der Richter den Willen des Gesetzgebers ausführen soll, muss er bei der Auslegung grundsätzlich dessen rechtsvergleichende Perspektive übernehmen bzw. – bei der richterlichen Rechtsfortbildung – fortführen. Kurz: Wenn ein Gesetz auf rechtsvergleichender Basis zustande gekommen ist, stellt die Rechtsvergleichung ein Element der historischen Auslegung dar.

---

<sup>70</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2011:396, Rn. 56 – Gebr. Weber & Putz.

<sup>71</sup> BGHZ 86, 240, 250 f. = NJW 1983, 1371.

<sup>72</sup> BGHZ 35, 363, 369 = NJW 1961, 2059.

<sup>73</sup> BGHZ 24, 214, 218. Vgl. ferner BGHZ 39, 124 (132); 86, 240 (250 f.) sowie BGHZ 21, 112, 119 (Verhältnis des § 616 BGB zur Schadensersatzpflicht des deliktisch Verantwortlichen).

<sup>74</sup> Vgl. von Bar, ZfRV 1994 221, 231.

## L. Die Ökonomische Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts zielt darauf, rechtliche Fragestellungen nach Effizienzgesichtspunkten zu beurteilen. Ihre wohl bekannteste Ausprägung ist die sog. efficient breach doctrine. Danach soll es jeder Vertragspartei offenstehen, ihren vertraglichen Pflichten nicht nachzukommen und stattdessen der anderen Partei den aus der Nichtleistung entstehenden Schaden zu ersetzen. Dafür wird sie sich immer dann entscheiden, wenn dieser Schaden geringer ist, als der Aufwand, den eine Leistung erfordern würde.

Auf Basis dieser Überlegungen billigt etwa das englische Recht dem Gläubiger (jedenfalls grundsätzlich) keinen Anspruch auf Vertragserfüllung zu, sondern verweist ihn stattdessen auf einen Schadensersatzanspruch (der denn auch verschuldensunabhängig durch die Nichterfüllung ausgelöst wird). Demgegenüber gestattet es das deutsche Recht (konkret: § 275 II BGB) dem Schuldner erst bei einem groben Missverhältnis zwischen eigenem Aufwand und drohendem Gläubigerschaden, die Erfüllung zu verweigern (wobei dem Gläubiger in diesem Fall dann oftmals auch kein Schadensersatzanspruch eingeräumt wird).

Für die Frage, inwieweit ökonomische Aspekte bei der Auslegung eine Rolle spielen können, gilt letztlich dasselbe wie für die rechtsvergleichenden Aspekte: Sie lassen sich immer dann heranziehen, wenn das Gesetz tatsächlich eine ökonomisch effiziente Lösung anstrebt. Das ist, wie das Beispiel des § 275 II BGB zeigt, hierzulande jedoch oftmals gerade nicht der Fall. Dann muss auch eine ökonomische Auslegung grundsätzlich ausscheiden.

Nichtsdestotrotz finden sich in Entscheidungen des BGH durchaus immer wieder ökonomische Überlegungen, mal offen, häufig jedoch verdeckt. Insbesondere der – oben bereits angeführte – Umstand, dass die eine oder andere Seite Versicherungsschutz genießt, hat oftmals ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung. Letztlich handelt es sich dabei um eine ökonomische Überlegung: Wer ein Risiko versichern kann (und es üblicherweise auch tut), soll es tragen müssen.