

etwaiger Tatsachen und Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit der fraglichen Verkaufsangebote hätte feststellen müssen.

5. Art 11 Abs 3 der RL 2004/48/EG (RL 2004/78 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 2004/157, 48) verlangt von den Mitgliedstaaten, Sanktionen für die Verlet-

zung der Rechte geistigen Eigentums sowie vorbeugende Maßnahmen vorzusehen. Diese Maßnahmen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und dürfen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten.

EuGH 12. 7. 2011 (GK), C-324/09, *L'Oréal SA ua gegen eBay International AG ua*, noch nicht in amtL Slg veröffentlicht.

INTERNATIONALES UND EUROPÄISCHES PRIVATRECHT

Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des Europäischen Verbraucherrechts

Schuld- und vertragsrechtliche Richtlinien der Europäischen Union sind in ihrem Anwendungsbereich meist auf das Verbraucherrecht beschränkt. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber muss entscheiden, ob er den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie beibehält oder ihn erweitert („erweiternde Umsetzung“). In beiden Fällen ist der Rechtsanwender mit methodischen Folgeproblemen konfrontiert.

Von Stefan Perner

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Regelungszweck als Differenzierungskriterium
- C. Pflicht zur Erweiterung des Anwendungsbereiches?
 - 1. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz
 - 2. Gleichheitssatz und verschiedene Normgeber
 - 3. Lösung: Möglichkeit einer vergleichenden Prüfung?
- D. Ebene der Rechtsanwendung
 - 1. Auf den Anwendungsbereich beschränkte Umsetzung; Analogie?
 - 2. Erweiternde Umsetzung; Richtlinienkonforme Interpretation?
 - 3. Vorabentscheidungsverfahren bei erweiternder Umsetzung?
- E. Ergebnis

A. Einleitung

Bei der Umsetzung verbraucherrechtlicher Richtlinien (RL) stellen sich für den nationalen Gesetzgeber zwei inhaltliche Fragen. Erstens muss er klären, ob er den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der RL beibehält oder ihn erweitert („erweiternde Umsetzung“).¹⁾ ZB: Der österreichische Gesetzgeber hat das aus der Klausel-RL 1993/13/EWG stammende Transparenzgebot – dem Anwendungsbereich der RL entsprechend – auf das Verbraucherrecht beschränkt (§ 6 Abs 3 KSchG), während der deutsche Gesetzgeber den Transparenzgedanken auf das gesamte AGB-Recht, also insb auch auf Verträge zwischen Unternehmern, erstreckt hat (§ 307 Abs 1 BGB).

Zweitens hat der nationale Gesetzgeber zu entscheiden, ob er das durch eine RL vorgegebene Schutzniveau

beibehalten oder darüber hinausgehen möchte. Dafür ist zu differenzieren: Bei vollharmonisierenden RL ist dem Gesetzgeber jedes Abweichen verwehrt, während er bei mindestharmonisierenden RL einen Spielraum für die Einführung strengerer Regelungen („modifizierende Umsetzung“)²⁾ hat. ZB: Einführung längerer Gewährleistungsfristen als in der VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG vorgesehen.

Beide Fragen des Hinausgehens über das europarechtlich Gebotene – man kann zusammengefasst von „überschießender Umsetzung“ sprechen³⁾ – sind insofern europarechtlich unproblematisch, als weder eine europarechtliche Pflicht (zur überschießenden Umsetzung) noch ein europarechtliches Verbot⁴⁾ (der überschießenden Umsetzung) besteht. Der nationale Gesetzgeber hat vielmehr die Wahlmöglichkeit. Damit ist die überschießende Umsetzung ein Problem des innerstaatlichen Rechts. Vor allem die Frage nach der erweiternden Umsetzung ist mit zahlreichen dogmatischen Schwierigkeiten verbunden. Ihr wird in der Folge nachgegangen. →

1) Zu den Handlungsalternativen des nationalen Gesetzgebers *J. Koch*, Die Einheit der nationalen Rechtsordnung und die europäische Privatrechtsangleichung, JZ 2006, 277; *Riehm*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035, 1036.

2) *Riehm*, JZ 2006, 1036.

3) So *Riehm*, JZ 2006, 1036, und *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006) 29. Meist wird von „überschießender Umsetzung“ allerdings nur gesprochen, wenn es um die Erweiterung des Anwendungsbereichs durch den nationalen Gesetzgeber geht, vgl *Habersack/Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, JZ 1999, 913.

4) *Bachmann*, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010) 424, 442 FN 78.

ZfRv 2011/29

Art 267, 288 AEUV

EuGH 17. 7. 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, Slg 1997, I-04161; EuGH 16. 6. 2011, C-65/09 und C-87/09, *Gebr. Weber*

erweiternde Umsetzung;
Inländerdiskriminierung;
überschießende Umsetzung;
Hybridnormen;
richtlinienkonforme Auslegung

B. Regelungszweck als Differenzierungskriterium

Das Entstehen einer „Regelungsinsel“ durch eine auf den Anwendungsbereich der RL beschränkte Umsetzung⁵⁾ ist so lange nicht weiter problematisch, als es sachliche Gründe dafür gibt. Dass nur ein Verbraucher, nicht hingegen ein Unternehmer von einem Vertragsabschluss im Fernabsatz (§§ 5 a ff KSchG) zurücktreten kann, lässt sich mit dem Schutz vor übereilter Bestellung und dem Wegfall persönlicher Beratung erklären. Es sprechen durchaus sachliche Gründe dafür, nur dem Verbraucher die Rücktrittsmöglichkeit zu gewähren. Von einem Systembruch durch Umsetzung der RL im Verbraucherrecht kann keine Rede sein.

Manchmal fügt sich eine auf den Anwendungsbereich der europarechtlichen RL beschränkte Umsetzung allerdings nicht stimmig in das nationale Gesamtkonzept ein, sondern führt zu Systembrüchen oder Wertungswidersprüchen.⁶⁾ Das ist insb der Fall, wenn die Einschränkung des europarechtlichen Anwendungsbereichs nicht teleologisch zu begründen ist, sondern an der bekanntlich sehr eingeschränkten Rechtsetzungskompetenz der EU liegt. Im Kernbereich des Privatrechts besteht eine Kompetenz vor allem für verbraucherrechtliche Regelungen (Art 169 iVm Art 114 AEUV).⁷⁾

Ein gutes Beispiel ist das bereits erwähnte Transparenzgebot (§ 6 Abs 3 KSchG). Die Bestimmung ist – wie die zugrunde liegende RL – nur auf Verbraucherverträge anwendbar (§ 1 Abs 1 KSchG). Die isolierte Regelung im Verbraucherrecht wirft eine naheliegende Frage auf: Müssen AGB im beidseitigen Unternehmergeschäft nicht transparent sein? Der – ganz allgemeine – Transparenzgedanke wurzelt ja an sich nicht im Verbraucherrecht, sondern im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁸⁾

Einen Zwischenbereich bildet die VerbrauchsgüterkaufRL, die das Recht der Schlechterfüllung regelt. Dass die EU die Regelung auf das Verbraucherrecht beschränkt hat, liegt wohl daran, dass sie keine allgemeine Rechtsetzungskompetenz hat. Weder ist die Schlechterfüllung ein Phänomen des Verbraucherrechts noch besteht in vielen Bereichen ein sachlich zwingender Grund, die damit verbundenen Probleme anders als im allgemeinen Privatrecht zu lösen. Soll der Mangelbegriff im Verbraucherrecht ein anderer sein als im allgemeinen Privatrecht?⁹⁾ Ist es sinnvoll, dass die Schlechterfüllung im Verbraucherrecht zu anderen Rechtsbehelfen führt als im allgemeinen Privatrecht? Beschränken die Mitgliedstaaten ihre Umsetzung auf das Verbraucherrecht, ist damit eine Zweispurigkeit der gesetzlichen Regelung verbunden.¹⁰⁾ Eine erweiternde Umsetzung scheint also naheliegend. Auf der anderen Seite ist es durchaus gerechtfertigt, dem Übernehmer im Anwendungsbereich des Verbraucherrechts eine bessere Rechtsposition zu verschaffen als im allgemeinen Privatrecht. Den Übernehmer durch einseitig zwingendes Recht vor Übervorteilung durch den unternehmerischen Verkäufer zu schützen, wie es dem Konzept der RL entspricht, ist im allgemeinen Privatrecht, das von einer Gleichordnung der Beteiligten ausgeht, ein Fremdkörper. Es bietet sich die Regelungstechnik an,

die der österreichische Gesetzgeber im Gewährleistungsrecht gewählt hat. Die Schlechterfüllung wird einheitlich geregelt (§§ 922 ff ABGB), nur gegenüber dem Verbraucher sind die Rechte aus der Gewährleistung einseitig zwingend ausgestaltet (§ 9 KSchG).

C. Pflicht zur Erweiterung des Anwendungsbereiches?

1. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Eine erweiternde Richtlinienumsetzung ist also sinnvoll, wenn der beschränkte Anwendungsbereich einer europarechtlichen Regelung nicht teleologisch zu begründen ist, sondern an der Kompetenzbeschränkung des Unionsgesetzgebers liegt. Oft wird betont, dass eine gespaltene Regelung in einem solchen Fall dem Ideal der „Einheit der Rechtsordnung“ widerspreche.¹¹⁾

Die Einheit der Rechtsordnung, die Systemgerechtigkeit und die innere Wertungskonsistenz sind freilich in erster Linie rechtspolitische Desiderata, die – schon aufgrund ihrer letztlich unscharfen Konturen – für den Gesetzgeber nicht als solche verbindlich sind.¹²⁾ Aus dieser Feststellung folgt aber noch nicht, dass aufgelöste Wertungswidersprüche und Systemungerechtigkeiten de lege lata überhaupt keine Folgen nach sich zögen.

Im europarechtlichen Schrifttum wurde nämlich die Frage aufgeworfen, ob verfassungsrechtliche Erwägungen eine Pflicht zur erweiternden Umsetzung begründen können.¹³⁾ Nichtgerechtfertigte Ungleichbehandlungen gleichgelagerter Sachverhalte könnten nämlich gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) verstoßen.¹⁴⁾

Auf den ersten Blick scheint der Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes eröffnet, verbietet dieser doch jede unsachliche Differenzierung durch den Gesetzgeber.¹⁵⁾ Eine solche könnte darin liegen, dass der Gesetzgeber verschiedene Regelungen (zB: verschiedene Definitionen des Mangelbegriffes) für vergleichbare Sachverhalte (Schlechterfüllung) vorsieht.

2. Gleichheitssatz und verschiedene Normgeber

Gegen die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes ist man versucht einzuwenden, dass nicht der nationale Gesetzgeber die Differenzierung verursacht hat, sondern der

5) J. Koch, JZ 2006, 279 spricht von „Minimalumsetzung“.

6) Vgl Höpfer, Die systemkonforme Auslegung (2008) 299.

7) Siehe ausführlich W.-H. Roth, Rechtsetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401.

8) Leitner, Das Transparenzgebot (2005) 129; Parapatis, Das Transparenzgebot im Unternehmergeschäft, in Knyrim et al (Hrsg), Aktuelles AGB-Recht (2008) 35, 40.

9) Siehe dazu Grigoleit/Herresthal, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, 118, 119.

10) Vgl zur erweiternden Umsetzung der VerbrauchsgüterkaufRL in Europa Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, EC Consumer Law Compendium (2008) 413.

11) J. Koch, JZ 2006, 279.

12) J. Koch, JZ 2006, 282; ferner Höpfer, Voraussetzungen und Grenzen richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, in Busch et al (Hrsg), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009 (2010) 73, 94.

13) J. Koch, JZ 2006, 281, 283.

14) So zum Gleichheitssatz des Art 3 GG J. Koch, JZ 2006, 282.

15) Mayer, B-VG⁴ (2007) Art 2 StGG III.1.

europäische. Der europäische Gesetzgeber hat eine Regelung mit beschränktem Anwendungsbereich getroffen. Das – nicht eine Differenzierung durch den nationalen Gesetzgeber – ist der Grund für die Ungleichbehandlung der beiden an sich vergleichbaren Sachverhalte.

Diese Sichtweise ist unzutreffend. Der Umstand, dass die Differenzierung „aus der europarechtlichen Ecke“ kommt, spricht nämlich schon bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht nicht entscheidend gegen die Anwendung des Gleichheitssatzes, wie man am Problem der Inländerdiskriminierung erkennen kann.¹⁶⁾ Erst recht muss der Gleichheitssatz zur Anwendung kommen, wenn der nationale Gesetzgeber Unionsrecht transformiert hat.

Entscheidend ist, dass vergleichbare Sachverhalte bestehen und der nationale Gesetzgeber es in der Hand hat, eine Differenzierung zu beseitigen oder – erst recht – zu vermeiden.¹⁷⁾ Dass dem nationalen Gesetzgeber die Hände europarechtlich zum Teil gebunden waren¹⁸⁾, greift daher als Argument gegen die Anwendung des Gleichheitssatzes zu kurz.¹⁹⁾ Der Gleichheitssatz verlangt eine inhaltliche Rechtfertigung der Differenzierung.²⁰⁾

3. Lösung: Möglichkeit einer vergleichenden Prüfung?

Eine auf den europarechtlichen Anwendungsbereich beschränkte Umsetzung steht nach dem bisher Gesagten in einem Spannungsverhältnis zum Gleichheitssatz. Dieser Befund ist durchaus konsequent, wenn man einen Vergleich mit der Situation bei der Inländerdiskriminierung anstellt.²¹⁾ Werden Bürgern aus EU-Mitgliedstaaten durch die primärrechtlichen Grundfreiheiten Rechte eingeräumt – nämlich durch Verdrängung entgegenstehenden nationalen Rechts –, die Inländern verwehrt sind, geht die hA in Österreich²²⁾ von einem Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz aus. Folgt man dieser Ansicht, scheint es nahezu liegen, dass auch die „beschränkte“ Umsetzung in Konflikt mit dem Gleichheitssatz gerät.²³⁾

Der Fall der Richtlinienumsetzung weist jedoch zwei entscheidende Unterschiede gegenüber der Inländerdiskriminierung aufgrund der Anwendung der Grundfreiheiten auf. Bei der Richtlinienumsetzung im Verbraucherrecht ist – wie herausgearbeitet – einer Differenzierung allgemeiner und verbraucherprivatrechtlicher Sachverhalte aus teleologischen Gründen (Verbraucherschutz) oftmals das Wort zu reden. Eine Differenzierung ist in diesen Fällen sachlich gerechtfertigt, ein Konflikt mit dem Verfassungsrecht scheidet aus.

Vor allem aber ist die Situation der Inländerdiskriminierung – per definitionem – durch die Schlechterbehandlung des Inlandssachverhalts gegenüber einem Sachverhalt mit Unionsbezug gekennzeichnet. Die Anwendung einer Grundfreiheit führt nämlich zur Unanwendbarkeit einer behindernden nationalen Bestimmung. Die beschränkte Richtlinienumsetzung hat nicht zwingend dieselbe Konsequenz. Setzt der Gesetzgeber eine RL nicht im allgemeinen Privatrecht um, führt dies zu einer Andersbehandlung, nicht aber jedenfalls zu einer Schlechterbehandlung eines Beteiligten.

Das kann am Beispiel der VerbrauchsgüterkaufRL illustriert werden. Das aus der RL stammende Gewährleistungsrecht mag den Gewährleistungsberechtigten besser stellen als davor bestehendes nationales Recht; das ist aber keineswegs zwingend der Fall. Vor allem fällt es oft schwer, einen Gesamtvergleich zu ziehen. Ist zB eine dreijährige Gewährleistungsfrist besser als eine zweijährige, bei der die Mangelhaftigkeit aber innerhalb der ersten sechs Monate vermutet wird? Eine vergleichende Prüfung wird vor allem bei multiteologischen RL schwierig sein. Die VerbrauchsgüterkaufRL schützt zwar den Verbraucher; die Anordnung der zweiten Chance des Unternehmers ist für den Verbraucher allerdings sicher nicht vorteilhaft.

Diese Unterscheidung hat im Lichte des Gleichheitssatzes erhebliche Bedeutung. Ist eine Schlechterstellung feststellbar, führt dies mangels inhaltlicher Rechtfertigung – also bei vergleichbaren Sachverhalten – sofort zur Gleichheitswidrigkeit. Ist eine solche vergleichende Prüfung hingegen nicht möglich, scheidet auch eine Gleichheitswidrigkeit aus.²⁴⁾ Es bleibt nur mehr das allgemeine Sachlichkeitsgebot.²⁵⁾ Im allgemein-privatrechtlichen Kontext bedeutet das, dass zu prüfen ist, ob die autonome nationale Bestimmung einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten vorsieht. Diese Frage wird in aller Regel zu bejahen sein.

D. Ebene der Rechtsanwendung

1. Auf den Anwendungsbereich beschränkte Umsetzung: Analogie?

Oft beschränkt der Gesetzgeber seine Umsetzung auf den europarechtlichen Anwendungsbereich, unabhängig davon, ob die Bestimmung von ihrem Telos her allgemeine Bedeutung hat. Meist möchte der Gesetzgeber durch eine möglichst an die RL angelehnte Umsetzung europarechtlichen Vorgaben genügen, ohne sich besondere weitere Gedanken über den inneren Bedeutungsgehalt der Regel zu machen. →

16) Dazu gleich im Text.

17) Das ist der entscheidende Unterschied zum Problem der Ungleichheit von Gliedstaaten im Bundesstaat. Der Bundesgesetzgeber kann im Bundesstaat – anders als im europarechtlichen Zusammenhang – gar keine Entdifferenzierung ungleicher Zustände vornehmen, wenn er dadurch in Kompetenzen der Gliedstaaten eingreifen würde. Soweit er hingegen im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für Angehörige der Gliedstaaten unsachliche Differenzierungen vornimmt, ist ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot ohne Zweifel zu bejahen. Die Gliedstaaten sind wiederum nur verpflichtet, die eigenen Normunterworfenen untereinander gleich zu behandeln, wofür die Regelung anderer Gliedstaaten nicht den Maßstab bilden kann (*Bußjäger*, Bundesstaat und Gleichheitsgrundsatz, JBl 2007, 289, 294). Aus dem Satz, dass ähnliche Probleme wie die hier im Text behandelten auch im Verhältnis Bundesstaat – Gliedstaat auftreten, dort aber im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes unbedenklich seien, kann daher nichts für die Beantwortung der vorliegenden Frage gewonnen werden.

18) Vgl *Höpflner in Busch et al* (Hrsg), Jb Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 94.

19) Vgl zu diesem Argument bereits *J. Koch*, JZ 2006, 282.

20) Vgl *Mayer*, B-VG⁴ Art 2 StGG III, 1.

21) Dies tut bereits *J. Koch*, JZ 2006, 283.

22) Ausführlich mit zahlreichen Nw *Kucsko-Stadlmayer in Mayer* (Hrsg), EGV/EUV (2005) Art 12 EGV Rz 52.

23) So wohl *J. Koch*, JZ 2006, 283.

24) Vgl *W. Doralt/Stöger*, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 275 Abs 2 HGB aF, ÖBA 2003, 265, 266 im Anschluss an *Mayer*, B-VG⁴ Art 2 StGG III, 1.

25) *Mayer*, B-VG⁴ Art 2 StGG III, 1.

Die Frage, ob die Umsetzungsbestimmung ihrer Teleologie nach den Schutz des Verbrauchers bezweckt oder von allgemeiner Bedeutung ist, hat dann hohe methodische Relevanz. Man hat nämlich zu prüfen, ob der allgemeine Regelungszweck eine analoge Anwendung der Umsetzungsbestimmung im allgemeinen Privatrecht zulässt.

Zwei Beispiele können dies illustrieren. Dem Gesetzgeber ging es bei der Einführung des Transparenzgebotes (§ 6 Abs 3 KSchG) nur um die Vermeidung von Europarechtswidrigkeiten im nationalen Recht. Eine Beschränkung des Transparenzgedankens auf das Verbraucherrecht hat er nicht beabsichtigt. Damit ist aber der Weg frei für eine Anwendung des Transparenzgebotes im allgemeinen Privatrecht (die freilich im Unternehmensgeschäft mit anderen Maßstäben zu erfolgen hat als im Verbraucherrecht).²⁶⁾

Ein ähnliches Bild ergibt die Analyse der Umsetzung des Händlerregresses der VerbrauchsgüterkaufRL in § 933 b ABGB. Art 4 der RL ordnet an, dass der Letztverkäufer einen Vormann im Weg des Regresses in Anspruch nehmen kann, wenn er einem Verbraucher Gewähr leisten musste. Telos der Anordnung ist es zu vermeiden, dass der Letztverkäufer infolge seiner Gewährleistungspflicht endgültig mit Nachteilen belastet wird, die aus dem Verantwortungsbereich eines anderen (nämlich eines Vormannes) stammen.²⁷⁾ Der Normzweck greift aber genauso in Konstellationen, in denen sich ein *unternehmerischer* Letztabnehmer an den Letztverkäufer wendet.²⁸⁾ Die Einschränkung in Art 4 der RL liegt einfach daran, dass diese auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt ist.²⁹⁾ Der Zweck der Bestimmung ist also ein allgemeiner, nicht auf Verbrauchsgüter beschränkter.³⁰⁾ Der Gesetzgeber hat sich zu dem Problem nicht geäußert. Da sein Wille einer Anwendung auf Verträge mit unternehmerischen Letztabnehmern nicht entgegensteht, ist die Analogie zu bejahen.³¹⁾

Eine „Behebung“ des Wertungswiderspruchs kommt freilich in den meisten Fällen nicht in Betracht. Setzt ein Mitgliedstaat die VerbrauchsgüterkaufRL im Verbraucherrecht um und belässt er es im allgemeinen Privatrecht bewusst bei den bestehenden Regeln über die Schlechterfüllung, setzt die Schranke des Contra-legen-Judizierens der Analogie eine Grenze.

2. Erweiternde Umsetzung: Richtlinienkonforme Interpretation?

Der österreichische Gesetzgeber hat den Weg der erweiternden Umsetzung beschritten, als er die VerbrauchsgüterkaufRL im Jahr 2002 zum Anlass genommen hat, sein Gewährleistungsrecht umfassend zu ändern. Die reformierten §§ 922 ff ABGB gehen damit zwar grundsätzlich auf eine europarechtliche RL zurück, der nationale Gesetzgeber hat den persönlichen Anwendungsbereich allerdings gegenüber der RL erweitert. Man spricht von „Hybridnormen“.³²⁾ Die erweiternde Umsetzung wirft vor allem die Frage auf, ob solche Hybridnormen auch in dem Bereich richtlinienkonform zu interpretieren sind, der europarechtlich nicht determiniert ist.

Eine an der RL orientierte Auslegung ist im Normalfall dem historischen (nationalen) Gesetzgeber geschuldet, der die RL ja gerade erweiternd umsetzen wollte. Es gibt aber auch „kritische Fälle“. Ein Beispiel aus jüngerer Zeit: In der Rs *Gebr. Weber* entschied der EuGH, dass sich der Unternehmer niemals auf einen unverhältnismäßig hohen Aufwand berufen könne, um die Gewährleistungsbehelfe der ersten Stufe zu verweigern.³³⁾ Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit betreffe nach der VerbrauchsgüterkaufRL vielmehr nur das Verhältnis von Verbesserung und Austausch. § 932 Abs 4 ABGB ist daher richtlinienwidrig, er kann aber in einem ersten Schritt für den Verbrauchsgüterkauf teleologisch um den Satzteil „oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden“ richtlinienkonform reduziert werden.³⁴⁾

Der Gesetzgeber hatte die VerbrauchsgüterkaufRL in § 932 Abs 4 ABGB aber überschießend umgesetzt. Die RL 1999/44/EG gilt nämlich nur für Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, während § 932 Abs 4 ABGB auf alle entgeltlichen Verträge – also auch Werkverträge sowie Kaufverträge zwischen Unternehmern und zwischen Verbrauchern – anwendbar ist. In einem zweiten Schritt ist also zu überlegen, ob sich der Übergeber im autonomen Bereich (also zB gegenüber einem unternehmerischen Käufer) in Zukunft auf die *Unverhältnismäßigkeit* berufen kann, um auf die sekundären Behelfe umzusteigen („gespaltene Auslegung“ des § 932 Abs 4 ABGB), oder ob auch diese Sachverhalte von der Rechtsfortbildung betroffen sind („einheitliche Auslegung“).³⁵⁾

Wie ist das Problem zu lösen? Eines vorweg: Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation kann nur so weit gehen wie die Umsetzungsverpflichtung selbst. Da eine solche im Überschussbereich nicht besteht, kann aus Art 288 Abs 3 AEUV keine europarechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation

26) Eingehend *Parapatits in Knyrim et al* (Hrsg), *Aktuelles AGB-Recht* 49 (methodischer Lösungsweg), 56 (Maßstab im Unternehmensgeschäft).

27) Siehe nur *Jud*, *Regressrecht des Letztverkäufers*, ZfRV 2001, 201, 202; *Schmidt-Kessel*, *Der Rückgriff des Letztverkäufers*, ÖJZ 2000, 668. Speziell zur Umsetzungsbestimmung des § 933 b ABGB *Faber*, *Der Rückgriff des Letztverkäufers nach § 933 b ABGB*, IHR 2004, 177.

28) Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass der Verkäufer nur im Verbrauchergeschäft zwingenden Gewährleistungspflichten unterliege, das Gewährleistungsrecht außerhalb des Verbraucherrechts aber dispositiv sei, weshalb sich der Letztverkäufer in diesem Fall gegen das Risiko absichern könne (so aber *Welser/Jud*, *Gewährleistung* [2001] § 933 b Rz 10). Auch in diesem Fall trüge der Letztverkäufer letztlich das Risiko, mit den Nachteilen belastet zu sein, die nicht aus seinem Verantwortungsbereich stammen. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass er ein Produkt, für dessen Qualität er nicht eintreten muss, am Markt zum selben Preis anbieten kann wie eines, für dessen Mangelhaftigkeit er haftet.

29) *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*³ (2010) § 933 b Rz 7.

30) Zutreffend *Augenhofer*, *Skizzen zum Händlerregreß und zur Direktklage*, in *FS Krejci II* (2001) 1021, 1029.

31) So auch *P. Bydlinski*, aaO § 933 b Rz 7.

32) Vgl *Höpfner*, *Systemkonforme Auslegung* 301.

33) EuGH 16. 6. 2011, C-65/09 und C-87/09, *Gebr. Weber*, Rn 63. Zur Entscheidung *Perner/Zoppel*, EuGH: *Umwälzungen bei der Gewährleistung*, RdW 2011, 447.

34) *Perner/Zoppel*, RdW 2011, 448 f.

35) Siehe *Perner/Zoppel*, RdW 2011, 449. Vgl bereits *Schulte-Nölke/Busch*, *Mittelbare horizontale Direktwirkung von umgesetzten EG-Richtlinien*, in *FS Canaris II* (2007) 795, 810.

tion im Überschussbereich abgeleitet werden. Das ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit.³⁶⁾

Verschiedentlich wurde allerdings versucht, eine solche Verpflichtung aus der Rsp des EuGH, insb der Entscheidung *Leur-Bloem*³⁷⁾ abzuleiten.³⁸⁾ Das konkrete Verfahren betraf einen nicht dem Anwendungsbereich der RL unterliegenden Sachverhalt. In der Entscheidung findet sich die Formulierung, dass „ein klares Interesse der Gemeinschaft daran [besteht], dass die aus dem Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern.“³⁹⁾

Diese Aussage des Gerichtshofs in *Leur-Bloem* darf allerdings nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden.⁴⁰⁾ Es ging nicht um die Frage, ob der nationale Richter verpflichtet ist, eine nationale Bestimmung im Überschussbereich richtlinienkonform auszulegen, sondern darum, ob ein Vorabentscheidungsverfahren zulässig ist, obwohl der konkrete Sachverhalt gar nicht in den Anwendungsbereich der RL fällt.⁴¹⁾ Wenn der EuGH in diesem Zusammenhang vom „Interesse der Gemeinschaft“ an einer einheitlichen Auslegung spricht, geht es ihm daher nur darum, die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens zu begründen, weil die Auslegung des Gemeinschaftsrechts für die Entscheidung des Ausgangstreits relevant ist. Der Gerichtshof spricht in derselben Entscheidung auch davon, dass er sich auf die Prüfung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften beschränke, während für die „Berücksichtigung der Grenzen, die der nationale Gesetzgeber der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf rein innerstaatliche Sachverhalte setzen wollte, [...] das nationale Recht [gilt].“⁴²⁾ *Leur-Bloem* ist daher keine Argumentationsgrundlage für eine europarechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation nationaler Bestimmungen auch im Überschussbereich. Die Folge-Rsp des EuGH bestätigt diesen Befund.⁴³⁾ Im Einklang mit der hA⁴⁴⁾ ist daher festzuhalten, dass es keine „europarechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung“ einer Norm im Überschussbereich gibt. Das Problem ist vielmehr durch die nationale Brille zu betrachten.

Welche Kriterien existieren für die Auslegung von Hybridnorm im Überschussbereich? Es ist von einer gesicherten Erkenntnis auszugehen: Es gibt im nationalen Recht weder ein Verbot der einheitlichen, noch eines der gespaltenen Auslegung.⁴⁵⁾ Die Frage kann nicht generell entschieden werden, sondern es können nur Kriterien aufgezeigt werden, die in die interpretatorische Gesamtabwägung⁴⁶⁾ einfließen. Blicken wir wieder auf den Fall *Gebr. Weber*: Entscheidend ist, ob die auf einheitliche Umsetzung gerichtete Absicht des nationalen Gesetzgebers außerhalb des Anwendungsbereichs der RL schwerer wiegt als die von ihm getroffene entgegengesetzte Sachentscheidung.

Die Sachentscheidung des Gesetzgebers basiert zwar auf einer falschen Prämisse, nämlich ihrer Richtlinienkonformität. Die Auslegung fällt allerdings in einen Bereich, der vom Anwendungsbereich der RL gerade nicht umfasst ist. Man könnte argumentieren, dass die Sachentscheidung dort, wo der nationale Gesetzgeber euro-

parechtlich nicht gebunden ist, eine stärkere Aussagekraft hat als im Anwendungsbereich der RL. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass dem Gesetzgeber bei der überschießenden Umsetzung stets auch an einer einheitlichen Auslegung der Bestimmung liegt. Zwar basiert streng genommen auch dieser Wille auf einer falschen Prämisse, nämlich der unzutreffenden Richtlinienauslegung durch den Gesetzgeber. Ergibt sich aus den Materialien jedoch klar, dass die einheitliche Auslegung für den Gesetzgeber der entscheidende Gesichtspunkt für die überschießende Umsetzung war, ist sie zu favorisieren.⁴⁷⁾

3. Vorabentscheidungsverfahren bei erweiternder Umsetzung?

Der EuGH ist im Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung von RL zuständig (Art 267 AEUV). In gefestigter Rsp lässt er – entgegen der Ansicht mehrerer Generalanwälte⁴⁸⁾ – auch Vorabentscheidungsersuchen aus Verfahren zu, die sich im „Überschussbereich“ abspielen.⁴⁹⁾ Gelange das nationale Gericht zum Schluss, dass eine Vorlageentscheidung hinsichtlich der Auslegung einer RL notwendig sei, um einen solchen Sachverhalt beurteilen zu können, sei der Gerichtshof zur Entscheidung – der Auslegung des Gemeinschaftsrechts – verpflichtet.⁵⁰⁾ Eine Unzuständigkeit des EuGH sei weder aus dem Wortlaut noch dem Zweck des (nunmehrigen) Art 267 AEUV abzuleiten.⁵¹⁾ Es bestehe vielmehr ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, dass

36) Schnorbus, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationalen Privatrecht, RabelsZ 65 (2001) 655, 685.

37) EuGH 17. 7. 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, Slg 1997, I-04161.

38) ZB W.-H. Roth, Europäisches Recht und nationales Recht, in Festgabe 50 Jahre BGH II (2000) 847, 883; Drexl, Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen, in FS Heldrich (2005) 67, 81.

39) EuGH C-28/95, *Leur-Bloem*, Rn 32. Ähnlich EuGH 17. 7. 1997, C-130/95, *Giloy*, Slg 1997, I-04291 Rn 28.

40) In diesem Sinn bereits *Habersack/Mayer*, § 15 Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) Rn 28.

41) Dazu unten 3.

42) EuGH C-28/95, *Leur-Bloem*, Rn 33.

43) Siehe vor allem EuGH 16. 7. 1998, C-264/96, *ICI*, Slg 1998, I-04695 Rn 34.

44) *Mayer/Schürnbrand*, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545, 548 f; *Schnorbus*, RabelsZ 65 (2001) 685 f, 693; *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² § 15 Rn 24 ff; *Höpfner* in *Busch et al* (Hrsg), Jb Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 93; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht 107 ff, 128.

45) Zum deutschen Recht jüngst *Höpfner* in *Busch et al* (Hrsg), Jb Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 94.

46) *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² § 15 Rn 37; *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydliński (2002) 47, 74; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht 142 ff (vgl auch 156 ff).

47) Kein entscheidendes Argument gegen die gespaltenen Auslegung ist die drohende Überforderung des Rechtsanwenders, s bereits *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 549 f.

48) SA *Darmon* 3. 7. 1990, verb Rs 297/88 et al, *Dzodzi*, Slg 1990, I-03763 Tz 8 ff; SA *Jacobs* 15. 11. 2001, C-306/99, *BIAO*, Slg 2003, I-00001 Tz 40 ff.

49) EuGH 18. 10. 1990, verb Rs 297/88 et al, *Dzodzi*, Slg 1990, I-03763 Rn 29; C-28/95, *Leur-Bloem*, Rn 16, 32 f; C-130/95, *Giloy*, Rn 16, 28; 7. 1. 2003, C-306/99, *BIAO* Rn 88. Auf den ersten Blick strenger noch EuGH 28. 3. 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson*, Slg 1995, I-00615 Rn 14; ausführlich *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht 175.

50) EuGH verb Rs 297/88 et al, *Dzodzi*, Rn 34 f.

51) EuGH verb Rs 297/88 et al, *Dzodzi*, Rn 38.

Gemeinschaftsrecht (auch außerhalb seines Anwendungsbereichs) einheitlich ausgelegt werde.⁵²⁾ Die herrschende Lehre folgt der Rsp des EuGH.⁵³⁾

Die Begründung des EuGH über Art 267 AEUV ist insofern problematisch, als die Bestimmung in ihrem systematischen Zusammenhang gesehen werden muss. Zwar verstößt ein Vorlageverfahren im „Überschussbereich“ nicht gegen Art 267 AEUV, wenn man ihn isoliert betrachtet (Auslegung des Unionsrechts, Erforderlichkeit für innerstaatliches Verfahren), doch darf nicht übersehen werden, dass der EuGH gem Art 19 Abs 1 Satz 2 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge sichert. Er ist also nach dem System der Verträge offensichtlich nur für die Entscheidung eines Rechtsstreits innerhalb des Unionsrechts zuständig. Insofern ist GA Darmon zuzustimmen: „Es gibt kein Gemeinschaftsrecht außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts.“⁵⁴⁾ Will man die Zuständigkeit des Gerichtshofs bejahen, muss man daher begründen können, wieso eine „Vorlage im Überschussbereich“ einen Bezug zum Unionsrecht aufweist.

Die Rechtfertigung für die Zuständigkeit des EuGH liegt nicht in der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung von Hybridnormen, wie man aus der EuGH-Rsp abzuleiten versucht ist. Im Überschussbereich besteht ja gerade keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung. Vielmehr lässt sich die Kompetenz des Gerichtshofs mit der sonst drohenden Unsicherheit im Anwendungsbereich der RL begründen. Gelangt das nationale, nicht vorliegende Gericht im Überschussbereich nämlich zu einem Ergebnis, das nicht in Einklang mit der RL (in Form einer späteren Auslegung durch den EuGH) steht, hat dies durchaus eine „Ausstrahlungswirkung“ auf das richtliniendeterminierte Recht. Ein Blick auf das (dann bereits falsch ausgelegte) richtlinienfreie Recht liegt bei äußerlich einheitlichen Hybridnormen nämlich nahe. Soweit eine solche Gefahr der Ausstrahlung einer richtlinienwidrigen Auslegung auf das richtliniendeterminierte Recht besteht (was der nationale Richter zu entscheiden hat), ist der EuGH daher im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zuständig. Insofern ist der Rsp des EuGH zuzustimmen.

Daneben ist auch fraglich, ob nationale letztinstanzliche Gerichte eine Vorlagepflicht in Fällen trifft, die

den Überschussbereich betreffen. Die Antwort fällt auf Basis der hier vertretenen Ansicht leicht: Besteht ein Bezug zum Unionsrecht, ist der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren zuständig. In diesem Fall ist auch die Vorlagepflicht gem Art 267 Abs 3 AEUV zu bejahen, wenn der nationale Richter zur Ansicht gelangt, dass die Auslegung der RL für den zu entscheidenden Fall relevant sein könnte.⁵⁵⁾

E. Ergebnis

Die Mitgliedstaaten der Union sind grundsätzlich weder aus europarechtlichen noch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen verpflichtet, eine in ihrem (sachlichen oder persönlichen) Anwendungsbereich begrenzte RL erweiternd umzusetzen.

Beschränkt der Gesetzgeber seine Umsetzung auf den europarechtlichen Anwendungsbereich, obwohl die Richtlinienbestimmung von ihrem Telos her allgemeine Bedeutung hat, kommt in manchen Fällen eine analoge Anwendung der Regel im allgemeinen Privatrecht in Betracht.

Hat der Gesetzgeber eine RL hingegen erweiternd umgesetzt, stellt sich die Frage, ob die Umsetzungsbestimmung auch in dem Bereich richtlinienkonform auszulegen ist, der europarechtlich nicht determiniert ist. Die Frage ist mithilfe einer interpretatorischen Gesamtabwägung zu lösen, die das Interesse des Gesetzgebers an einer einheitlichen Umsetzung auf der einen Seite und der getroffenen Sachentscheidung auf der anderen Seite abwägt. Auch in Verfahren, die den nicht determinierten Bereich betreffen, ist der EuGH zur Vorabentscheidung zuständig.

52) EuGH C-28/95, *Leur-Bloem*, Rn 32.

53) ZB *Schnorbus*, *RabelsZ* 65 (2001) 693; *Hess*, *Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens*, *RabelsZ* 66 (2002) 470, 484; *Fitter*, *Purely internal situations, reverse discrimination*, *Guimont, Dzodzi and Article 234*, *ELRev* 31 (2006) 690, 709; *Höpfner*, *Systemkonforme Auslegung* 314 ff. Tendenziell krit hingegen *Grigoleit/Herresthal*, *JZ* 2003, 119 (Zuständigkeit werde mit „beachtlichen Gründen“ in Zweifel gezogen).

54) SA *Darmon*, *verb Rs 297/88 et al*, *Dzodzi*, *Tz* 11.

55) Eine Vorlagepflicht bejahen auch *Schnorbus*, *RabelsZ* 65 (2001) 692; *Höpfner*, *Systemkonforme Auslegung* 317; *Jäger*, *Überschiebende Richtlinienumsetzung im Privatrecht* 224, 228; ebenso *Hess*, *RabelsZ* 66 (2002) 487, der dies allerdings aus dem nationalen Recht ableitet.

→ In Kürze

Schuld- und vertragsrechtliche Richtlinien der Europäischen Union sind meist auf das Verbraucherrecht beschränkt, selbst wenn die darin enthaltenen Bestimmungen allgemeiner Natur sind. Der Beitrag zeigt, dass die europarechtliche Beschränkung des Anwendungsbereichs methodische Probleme für Gesetzgeber (bei der Umsetzung der Richtlinie) und Rechtsanwender (bei der Interpretation der Umsetzungsbestimmung) verursacht.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Stefan Perner ist Assistenzprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Kontaktadresse: Schottenbastei 10–16, 1010 Wien. E-Mail: stefan.perner@univie.ac.at Internet: <http://zivilrecht.univie.ac.at>

Vom selben Autor erschienen:

EuGH: Umwälzungen bei der Gewährleistung, *RdW* 2011, 447 (gemeinsam mit *Moritz Zoppel*); Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: OGH folgt Quelle-Rsp des BGH, *ÖJZ* 2011, 621; Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig – Bemerkungen anlässlich EuGH 1. 3. 2011, C-236/09, *Test-Achats*, *ÖJZ* 2011, 333.